



Ziane Achour University of Djelfa
Faculty of Law and Political Science
Department of Law



Provisions of Parental Authority between Islamic legislation and Algerien law

LMD Doctorate in Law

Specialization: state and public institutions

Prepared by the student:

P. Abderahmane Bachiri

Supervision :

Lakhdar Hamza

Discussion committee

Fullname	Scientificrank	Origina university	character
Bourezeg Ahmed	Professor	University of Djelfa	President
Bachiri Abderahmane	Professor	University of Djelfa	Supervisor and rapporteur
Chriat Mohammed	Professor	University of Djelfa	Assistan Supervisor
Hellali Messaoud	Professor	University of Djelfa	Member
Aissaoui Fatma	Lecturer(A)	University of Bouira	Member
Ghazi Khadidja	Lecturer(A)	University of Bouira	Member
Kessir Amina	Professor	University of Djelfa	Invited

Academic year: 2022/2023



جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أحكام السلطة الأبوية بين التشريع الإسلامي والقانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث LMD

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إشراف

إعداد الطالب

الأستاذ الدكتور عبدالرحمن بشيري

لخضر حمزة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية الأصلية	الصفة
بورزق أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	رئيسا
بشيري عبد الرحمن	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مشرفا ومقررا
شريط محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مشرفا مساعدا
هلاي مسعود	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	ممتحنا
عيساوي فاطمة	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة البويرة	ممتحنا
غازي خديجة	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة البويرة	ممتحنا
قصير أمينة	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مدعوا

السنة الجامعية 2023/2022



جامعة زيان عاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أحكام السلطة الأبوية بين التشريع الإسلامي والقانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث LMD

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

إشراف

إعداد الطالب

الأستاذ الدكتور عبدالرحمن بشيري

لخضر حمزة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	المؤسسة الجامعية الأصلية	الصفة
بورزق أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	رئيسا
بشيري عبد الرحمن	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مشرفا ومقررا
شريط محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مشرفا مساعدا
هلاي مسعود	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	ممتحنا
عيساوي فاطمة	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة البويرة	ممتحنا
غازي خديجة	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة البويرة	ممتحنا
قصير أمينة	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجلفة	مدعوا

السنة الجامعية 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يقول الرسول صلى الله عليه وسلم

﴿ إِنَّ اللَّهَ سَائِلٌ كُلَّ رَاعٍ عَمَّا اسْتَرْعَاهُ حَفِظَ

أَمْ ضَيَّعَ؛ حَتَّى يَسْأَلَ الرَّجُلَ عَنْ أَهْلِ بَيْتِهِ ﴾

حديث شريف رواه ابن حبان في صحيحه

شكر وتقدير

أتقدم أولاً بشكر الله المنعم الذي وفقني وهداني لهذا وما كنت لأهتدي لولا أن هداني الله فله الحمد أولاً وآخراً، ومن باب قوله صلى الله عليه وسلم: « من لم يشكر الناس لم يشكر الله » أتوجه بأسمى عبارات الشكر والامتنان وأزكى كلمات التقدير والعرفان إلى الأستاذ الدكتور عبد الرحمن بشيري، لقبوله الإشراف على أطروحتي، وعلى تقديم ملاحظاته، وإسداء توجيهاته، وعلى سعة صدره، وانشراح قلبه، وتحمله وصبره، ودعمه المتواصل لنا طيلة هذه السنوات، إلى أن آتت هذه المساعي أكلها، وبلغت هذه الأطروحة نهايتها.

والشكر موصول للأساتذة الكاترة الكرام، من أعضاء لجنة التكوين في الدكتوراه دفعة 2019/2018، على كل ما قدموه من معلومات وما بذلوه من جهد؛ وكذا السادة أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم لمناقشة هذه الأطروحة وتقديمهم لكل الملاحظات والتوجيهات.

كما لا أنسى أن أشكر الأفاضل الأستاذ صالح بن نعجة والأستاذ الدكتور عطاءالله فشار، والأستاذ محمد شارف على دعمهم المتواصل لي كلما دعت الحاجة إلى ذلك .

الإهداء

إلى أطيّب روح طواها الثرى وخذها الورى روح أبي الطاهرة، الذي طالما
دفعنا نحو النجاح.

إلى أمي الفاضلة العزيزة بهجة قلبي ونور عيني حفظها الله وأطال عمرها.
إلى زوجتي الكريمة التي قاسمتني أمل الحياة وآلامها، وشجعنتني منذ البداية
لأصل إلى هدي.

إلى أولادي محمد أمين، سحر، آلاء، محسن.

إلى كل إخوتي وأخواتي.

إلى كل مشايخي وتلامذتي.

إلى كل المحبين...

أهدي هذا العمل

مقدمة

مقدمة:

حظيت الأسرة في الإسلام بعناية فائقة، وأولها القرآن اهتماما بالغا، وبوأها مراتب عالية، ونظم شؤونها أحسن تنظيم، وعرض أحكامها بعرض دقيق يتناول أدق التفاصيل، إذ الأسرة هي الخلية الأولى في تكوين المجتمع البشري، ولا يمكن أن تبنى دون زواج، والزواج مآشرع إلا لمقاصد سامية، من بينها: حفظ النسل، فالأولاد هم زينة الحياة الدنيا، وبهم يستمر الوجود الإنساني.

وحب الإنسان للولد فطرة فطر الله الناس عليها، واستكمالا لهذا الحب يسعى المرء لأن ينجب أولادا صالحين يكونون عوناً له على مشاق الحياة، ويخلدون ذكره من بعده، وينقشون اسمه بحروف من ذهب عقب وفاته، وفي هذا السياق وتأكيداً على أهمية هذه السنة الكونية جاء امتنان الله تعالى على رسله بهاتين النعمتين العظيمنتين نعمة الزواج، ونعمة الذرية فقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾¹.

وفي العصر الحديث حظي الطفل باهتمام كبير من طرف المختصين على الصعيدين الاجتماعي والقانوني، وسنت الهيئات الدولية تشريعات من شأنها توفير حماية أكبر لهذه الشريحة من كل أشكال العنف، وتقديم الرعاية لهم، والسهر على شؤونهم.

هذه التشريعات لم تخل من جوانب إيجابية كانت لصالح المرأة والطفل، إلا أنها في المقابل حملت في طياتها جوانب سلبية كتكريس مبدأ المساواة بين الجنسين في جميع المجالات، ومحو كل الفروق الفطرية بين الرجل والمرأة، وهو ما يؤثر حتماً على منظومة الأخلاق والقيم في المجتمع من خلال تغيير المركز القانوني لكل من الرجل والمرأة والطفل، ولا أدل على ذلك ما تضمنته "اتفاقية سيداو" CEDAW، وهي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وهي معاهدة دولية تم اعتمادها من طرف الأمم المتحدة سنة 1979، وانضمت إليها الجزائر وصادقت عليها سنة 1996، مع التحفظ على بعض بنودها التي

1 سورة الرعد، الآية 38.

تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إذ شكلت بعض بنود هذه الاتفاقية إجحافاً في حق المرأة والطفل، وأدت إلى خلق حالة من التمرد على كل ما هو أصيل، والثورة على كل ما هو مقدس، بدعوى الحرية في التعبير، ومحاربة العنف.

ولقد استطاعت مثل هذه الاتفاقيات الدولية التأثير على القوانين الداخلية للدول ومنها الجزائر كونها لا تتماشى والتطورات العالمية الحاصلة، ف جاء تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 في بعض مواد كرده فعل للرضوخ ولو بشكل نسبي لتلك المطالبات الخارجية، ليلغي بذلك بعض النصوص الواردة في قانون 84-11 ويعيد صياغة العديد منها ليتكيف مع الاتفاقيات الدولية ويشكل هاجسا حقيقيا للمشرعين، نظرا لصعوبة التوفيق بين المرجعية الدولية والثوابت الوطنية، وهو الأمر الذي انعكس على تغيير مفهوم الولاية ونظامها، كما انعكس على مركزي الأبوين والأولاد سلبا وإيجابا، لاسيما المواد المعدلة، وإزاء هذا التعديل جاءت بعض هذه المواد خصوصا المادة 36 المتعلقة بالحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين لتشكل رفضا للنظام الأحادي الأبوي، ولتحمل نمطا جديدا يفرض النظام الثنائي الأبوي المشترك الذي يستدعي تكريس المساواة بين الأبوين في توزيع الحقوق والواجبات .

وتلا ذلك كله صدور قانون حماية الطفل 15-12، المؤرخ في 15/07/2015 ليتأثر هو الآخر بتعديل قانون الأسرة، من خلال اعتماده على مبدأ "المصلحة الفضلى للطفل" في العديد من مواد " حيث أقر بأن المصلحة هي الغاية من كل إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي أو إداري يتخذ بشأن الطفل، وعليه فإن هذا القانون قدم إضافة جديدة للمنظومة القانونية، خصوصا ماتعلق منه بحقوق الطفل وقواعد حمايته، وظهر ذلك جليا من خلال المواد 2، 6، 8، 88، 136، 140؛ لكنه حاول في نفس الوقت أن يخفف من قيود السلطة الأبوية، ويفسح المجال لتحرر الطفل منها، وهو ما من شأنه أن يشجع على الانسلاخ من الأسرة، والتملص من هذه السلطة، وكلها أمور تتنافى ومقاصد الأسرة في الإسلام.

ومصطلح السلطة الأبوية من المصطلحات القانونية الحديثة، وهو مصطلح يجد تطبيقاته في مجالي الشريعة والقانون معا، ويظهر أنه أخص من مصطلح الولاية، فهو يُسند إلى الأبوين حصرا دون غيرهم من الأولياء الآخرين؛ ولذا آثرت استخدامه في هذه الدراسة بدل

مصطلح الولاية، ونظرا لكون بعض الأنظمة القانونية لا تعترف بمصطلح الولاية فقد يكون ذلك مسوغا للقبول باستخدام مصطلح السلطة الأبوية كمرادف لها ماداما يحققان نفس الهدف؛ إذ لا مشاحة في الاصطلاح، أظف إلى ذلك كله أن مصطلح السلطة الأبوية يشير بالخصوص إلى المواطن التي تظهر فيها قوة الأب في إنفاذ ما يراه مناسبا شرعا لإصلاح الطفل، وهو ليس مصطلحا مقتصرًا على الدراسات القانونية فحسب، وإنما يمكن توظيفه حتى في الدراسات الاجتماعية والنفسية، التي تتناول تأثير هذه السلطة على الأبناء.

أهمية البحث:

هذا البحث يتناول موضوعا من الأهمية بمكان، فهو يسلط الضوء على الحلقة الأضعف في منظومة الأسرة، وهي فئة القصر والمحجور عليهم، وينظم العلاقة بينها وبين الآباء.

كما جاءت هذه الدراسة لتكشف عن أحكام السلطة الأبوية ومجالاتها ومضامينها، من خلال كل مرحلة من مراحل حياة الأبناء، ومدى قدرتها على خلق حالة من الانسجام والاستقرار بين الطرفين على ضوء التشريع الإسلامي والقانون الجزائري، لتتيح لنا هذه المقارنة معرفة أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما، والوقوف على مكان الخلل في النظامين، ومحاولة استدراك هذا النقص الفقهي والتشريعي إن وجد سواء في الجوانب الشخصية أو المالية.

وأساس هذا البحث هو إجراء مقارنة بين الأحكام الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية و القواعد القانونية في المنظومة التشريعية الجزائرية لأحكام السلطة الأبوية، للوصول إلى رؤية واضحة تساهم في إثراء المنظومة القانونية .

أسباب اختيار الموضوع:

إضافة إلى الدوافع الشخصية لكل باحث، والمتمثلة أساسا في الرغبة الجامحة لخوض غمار دراسة ما، أو حب الولوج إلى موضوع من المواضيع بدافع الاستطلاع والمعرفة، إلا ان ثمة أسبابا موضوعية دفعتني إلى اختيار هذا العنوان أهمها:

- قلة الدراسات الأكاديمية التي بحوزتنا والتي سلطت الضوء على موضوع السلطة الأبوية.

- وجود فراغ قانوني سمح بإيجاد آراء متضاربة في هذا الموضوع بين فقهاء الشريعة والمختصين في القانون.
- وجود توجس من بعض الباحثين حيال مصطلح "السلطة الأبوية"، ولذا كان من المهم توحيد الرؤية بين فقهاء الشريعة والقانون عن طريق القبول به كمرادف لمصطلح "الولاية" وذلك من خلال تفعيل خاصية "المرونة" التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية، والتي تسهم في مواكبة المستجدات .
- تشتت المواضيع الخاصة بمجالات ممارسة السلطة الأبوية، وعدم وجود دراسة جامعة تستوعب كافة مكوناتها.
- عدم تعرض الدراسات السابقة لأثر السلطة الأبوية على الحياة الخاصة للأبناء، وهو موضوع في غاية الأهمية، إلا أنه لم ينل حظه من الدراسات الأكاديمية الحديثة، خصوصا مع ظهور وسائل الاتصال الحديثة وما أفرزته من ردات فعل عنيفة بين الآباء والأبناء، تقتضي البحث لإيجاد نقاط تقارب بين الطرفين.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

- إبراز الوجه الحقيقي لهذه السلطة، وأنها على عكس مايتبادر من معناها اللغوي، كونها مقصورة على معاني التسلط والقهر، وإنما هي سلطة برأسين، تتسم باللين أحيانا، وبالشدّة أحيانا أخرى، على حسب الظروف، والأحوال، والمناسبات.
- الاطلاع على موقف المشرع الجزائري من الآراء الفقهية المختلفة في مسائل السلطة الأبوية، و معرفة الأسس التي بنى عليها اختياراته، وإبراز جهوده في تقنين قواعد السلطة الأبوية.
- تحليل النصوص القانونية الخاصة بالسلطة الأبوية وربطها بأحكام الفقه الإسلامي.

- إظهار سماحة الشريعة ومرونتها عند معالجة عديد القضايا التي لها علاقة بالأبناء، ومواقفها الرامية إلى الحفاظ على وحدة الأسرة وحمايتها، وتقديم كل الوسائل المتاحة لمعالجة هذه المشاكل الأسرية وإيجاد الحلول لها.
- تقديم دراسة وافية حول هذا الموضوع بشقيه الشخصي والمالي وإظهار السلطة الأبوية على أنها أداة بناء في المجتمع لا أداة هدم.
- اقتراح حلول قانونية لكثير من المسائل المتعلقة بهذه السلطة من خلال تعديل بعض النصوص، أو إضافة بعض المواد، لدفع جملة من الإشكالات والاختلالات لطالما أرقّت المختصين والقضاة والمحامين.

الدراسات السابقة:

لا يستطيع المرء الادعاء بأن له قدم سبق في مثل هذا النوع من الدراسات، فالبحوث العلمية في غالبها توصف بالقصور أحيانا ولا تصل إلى ذروة الكمال، ولا يدعي صاحبها الإحاطة بجميع جوانب الموضوع، ولأجل هذا فإننا لا ننكر وجود دراسات سابقة في هذا الموضوع بالذات وقد عثرت على بعض منها وهي:

1. **السلطة الأبوية في الشرع الإسلامي على مذهب الإمام أبي حنيفة**، للدكتور نجيب صدقة من لبنان، وقد طبع الكتاب سنة 1936، وهو دراسة مختصرة تضم حوالي 90 صفحة، يركز فيها المؤلف على مجالات السلطة الأبوية الشخصية والمالية وفق المذهب الحنفي السائد آنذاك في البلاد، ويشير فيه إلى بعض المقارنات التشريعية مع القانون الروماني والفرنسي بخصوص بعض مصطلحات هذه السلطة، كما يجعل مصطلح الولاية هنا رديف مصطلح السلطة الأبوية، وهو ما يشعر بأن صاحبها يمتلك رصيذا فقهيا وقانونيا، ويقدم بأسلوب بسيط ومختصر أهم احكام هذه السلطة، إلا أن هذه الدراسة تميزت بحصرها على مذهب الحنفية كما أن النصوص القانونية التي ذكرها قد تجاوزها الزمن، وطرأت عليها تعديلات ولم يعد لها وجود حاليا، بخلاف هذا البحث محل الدراسة الذي يقدم بثوب عصري، ويحمل في ثناياه جزئيات عديدة لمجالات السلطة الأبوية التي تناولها الباحث على جميع المذاهب الفقهية إضافة إلى مقارنتها بالقانون الجزائري.

2. ، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، وهي رسالة ماجستير من جامعة أم القرى، بالسعودية، للأستاذ عبد الحق حميش، وطبعت سنة 1988، تقع في حوالي 338 صفحة، وهي عبارة عن دراسة فقهية مقارنة على المذاهب الأربعة تتناول ما تعلق بالأب من آداب شرعية وأحكام فقهية سواء في العبادات أو المعاملات أو الجنايات والمواريث والوصايا، وإن كان هذا البحث شاملاً إلا أنه لم يركز على سلطة الأبوين وإنما أشار إلى بعض أحكامها في مواضع قليلة، إضافة إلى عدم تطرقه لموقف القانون من هذه الأحكام.

3. السلطة الأبوية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والفرنسي، وهي مذكرة ماجستير، من جامعة قسنطينة، للدكتور حمادي عبد الفتاح سنة 2008، تقع في 180 صفحة، امتازت بالتنظيم وحسن الترتيب، والإيجاز، وتناولها للجانب الشخصي والمالي لهذه السلطة وفق التشريع الإسلامي والقانونين الجزائري والفرنسي، من خلال فصلين الأول بعنوان ماهية السلطة الأبوية وضوابط إسنادها وممارستها، والثاني بعنوان أثر الإخلال بالتزامات السلطة الأبوية مدنياً وجزائرياً، لكنها لم تفصل في كثير من المسائل الشخصية والمالية التي لها علاقة بهذه السلطة، وأهملت ذكر بعض الجوانب الأخرى.

4. النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، وهي أطروحة دكتوراه من جامعة بسكرة للأستاذ محمد توفيق قديري، سنة 2018، تقع في حوالي 400 صفحة، ركز فيها الباحث على أحكام النيابة الشرعية حيث تناول في الباب الأول أطراف النيابة الشرعية من الأشخاص القائمين بها والأشخاص الخاضعين لها وتطرق في الباب الثاني إلى أحكام النيابة الذي شمل صلاحيات النائب الشرعي في الفصل الأول وانتهاء النيابة في الفصل الثاني، وهي دراسة مقارنة شاملة ووافية لأحكام النواب والخاضعين لهم، وهي تختلف عن هذه الدراسة التي كانت حصراً على الولي الممثل في شخص الأب أو الأم، و الأبناء دون غيرهم من الأشخاص.

5. السلطة الأبوية في القانون المقارن، باللغة الفرنسية (DENNOUNI , Samia) وهي أطروحة دكتوراه من جامعة تلمسان، للأستاذة سامية دنوني، سنة 2018، تحوي 328 صفحة، وهي دراسة مقارنة تطرقت إلى سلطات الأب والأم نحو الطفل وخلصت إلى أنه يحظى بنفس الحقوق سواء في التشريع

الجزائري أوالتشريع الفرنسي، وبخصوص مركز الأبوين فإنهما يتمتعان بالمساواة الكاملة في التشريع الفرنسي الذي يكرس النظام الأبوي الثنائي على عكس التشريع الجزائري الذي يمنح الأب صلاحيات أوسع ويكرس النظام الأبوي الأحادي، والملاحظ على هذه الدراسة أنها لم تتناول أحكام الفقه الإسلامي، وإنما هي مقارنات تشريعية بين قانون وطني وقانون أجنبي، أما موضوع الدراسة التي بين أيدينا فهي عبارة عن مقارنة بين أحكام هذه السلطة على ضوء التشريع الإسلامي والقانون الجزائري حصرا فلا وجود للقانون المقارن.

وبعد الوقوف على أهم الدراسات السابقة خلصت إلى بعض الملاحظات بخصوصها

نجمها في الآتي :

- أن هذه الدراسات لم تستوعب المجالات العديدة لممارسة السلطة الأبوية.
- أن البعض منها اتسمت بالشمولية فتناولت في أغلبها أصحاب الحق كلهم في النيابة الشرعية، وهم: الولي، والوصي، والمقدم.
- أن بعضها عبارة عن مقارنات تشريعية بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، ومن شأن هذه المقارنات أن لا تركز على الجوانب العديدة لمجالات ممارسة السلطة الأبوية.

صعوبات الدراسة:

لا ننكر أن هناك صعوبات جمة اعترضتنا أثناء تقديم هذه الدراسة ويمكن ان نجمل

أبرزها في الآتي:

1. بالرغم من العثور على بعض الدراسات المتخصصة والمتعلقة بالموضوع من الناحية القانونية إلا انها لم تكن وافية وركز بعضها على الجانب الشخصي، والبعض الآخر على الجانب المالي، في حين حاول بعض الباحثين الجمع بينهما، إلا أنه لم يستوعب كل مجالات هذه السلطة، وتناول أهمها وأبرزها .
2. ندرة المراجع التي يمكنها أن تفرد موضوع مجالات السلطة الأبوية بدراسة مستقلة ومفصلة من الناحية القانونية.

3. فترة الإغلاق جراء جائحة كوفيد19 التي أثرت سلبا على التحصيل العلمي وحضور المنتديات واللقاء بالأساتذة والمتخصصين، وما نتج عنها من تعليق للنشاطات العلمية، والدراسية، وغلق أبواب المكتبات والمعارض، والتي كانت تساهم بشكل كبير في تسريع عملية البحث العلمي.

منهجية الدراسة:

هذا البحث هو عبارة عن دراسة وصفية تحليلية ومقارنة؛ حيث قمت باستخراج الأحكام الفقهية الشرعية المتعلقة بهذه السلطة ثم أورد بعدها النصوص التشريعية الجزائرية لتخضع بعدها إلى عملية استنباط الأحكام القانونية منها، ومن ثم الشروع في وصف وتحليل هذه الأحكام وإجراء مقارنة بينها.

وفي كل جزء من أجزاء هذا البحث سيتم التطرق لأحكام الفقه الإسلامي باعتباره المصدر المادي الأصلي لأحكام السلطة الأبوية، ثم التطرق بعده إلى موقف المشرع الجزائري من تلك المسألة.

وعند ذكر الآراء الفقهية في هذه الدراسة فإنني أعزوها إلى أصحابها وهم في الغالب فقهاء المذاهب الأربعة "الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة"، ويتم الإحالة إلى مصادرهم الأصلية، كما تمت الاستعانة بالمراجع الفقهية الحديثة والدراسات الفقهية المعاصرة التي تعتمد على تبسيط النصوص وتقريب أقوال المذاهب وتحقيقتها، ولم يمنعنا ذلك من اللجوء إلى مذاهب ومدارس فقهية أخرى أدلت برأيها في مسألة من المسائل وكان الحق إلى جانبها.

وبخصوص القانون الجزائري فإنني اعتمدت بالأساس على قانون الأسرة، لأنه هو المنطلق لهذه الدراسة واستعنت ببعض شروحه، ولم أغفل عن الاستعانة بنصوص القوانين الأخرى التي لها علاقة بالموضوع، كالقانون المدني، والقانون التجاري، وقانون الإجراءات المدنية، وقانون العقوبات، ويجدر التنبيه هنا إلى أنني قد أشرت إشارات عابرة لبعض من نصوص التشريعات الأجنبية، لكن في مواضع قليلة، وكان ذلك على سبيل الاستئناس، أو على سبيل المقارنة، أو من قبيل دعوة المشرع الجزائري لفحص النص القانوني قصد تعديله أو إلغائه،

أسوة بما فعله هذا المشرع أو ذلك، والهدف من كل ما ذكرت هو إخراج بحث علمي متكامل ملم بجميع جوانب الدراسة.

حدود الدراسة:

هذه الدراسة جاءت حصرا على سلطة الوالدين، وعدم تجاوزها إلى سلطات النواب الآخرين، كما أنها ركزت على فئة القصر والمحجور عليهم من الأبناء، ولم تتعداها إلى ذكر أشخاص آخرين كالعائب والمفقود، ولم تتعرض كذلك إلى ذكر أحكام الأبناء المكفولين وعلاقتهم بهذه السلطة، وإنما ركزت على الأبناء الصليبين والشرعيين.

وكذلك الحال بالنسبة لمصطلح "الأبوة" الذي ورد في ثنايا هذا البحث فدائما ما أقصد به "الأبوة الخالصة" والمحصورة في شخصي الأبوين الشرعيين فقط دون غيرهما.

وأما فيما تعلق بالجزاءات المترتبة عن الإخلال بالتزامات السلطة الأبوية في المنظومة القانونية الجزائرية، فلم تستوعب هذه الدراسة جميع جوانبها، وإنما جاءت كإشارات أستشهد بها عند الحاجة، وأورد ما كان منها متعلقا بدعم فكرة أو التدليل على مسألة، إذ هذا العمل وحده يحتاج جهدا، ويتطلب أفراد بحث مستقل بذاته، وهذه الدراسة لا تسعه.

إشكالية البحث:

تستمد السلطة الأبوية أحكامها في الأصل من الفقه الإسلامي وقد ورد التلميح إليها عند الحديث عن أحكام الولاية في المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة الصادر سنة 1984، وهذه المواد الخمس لم يمسه تعديل سنة 2005، إلا مادة واحدة هي المادة 87، نظرا لارتباطها بآثار فك الرابطة الزوجية.

هذه القواعد الموضوعية تتبعها قواعد إجرائية، دعمت المواد السابقة، من خلال صدور القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/23، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي توضح مجموعة من الإجراءات الخاصة، أمام بعض أقسام المحكمة، وأولها قسم شؤون الأسرة وذلك من خلال المواد 423 إلى 499.

وهذه القواعد والإجراءات لخصتها المادة 81 من التعديل الدستوري لسنة 2020 والتي نصت على الآتي " يمارس كل شخص جميع الحريات في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لا سيما منها احترام الحق في الشرف، والحياة الخاصة، وحماية الأسرة والطفولة والشباب "

واعتمادا على ما ذكرت، وعلى ضوء التطورات الاجتماعية والسياسية الراهنة التي تشهدها الساحة الوطنية، ونظرا لاتساع الهوة بين جيل الآباء وجيل الأبناء، ومحاولة إيجاد مقاربة بينهما يمكن طرح الإشكالية التالية:

- إلى أي مدى استطاع نظام السلطة الأبوية على ضوء التشريع الإسلامي والقانون الجزائري أن يحقق الكفاية المرجوة في تنظيم الأحكام الكفيلة بإصلاح الأبناء ورعاية مصالحهم ؟

وتثير هذه الإشكالية العديد من التساؤلات المنبثقة عنها أهمها:

- مفهوم السلطة الأبوية ومشتقاتها؟
- ماهي أطر ممارستها على الجانبين الشخصي والمالي؟
- ماهو المركز القانوني لكل من الأب والأم في سلم هذه السلطة؟
- انعكاسات هذه السلطة على الأبناء.
- إلى أي مدى التزم المشرع الجزائري بالمرجعية الفقهية التي تبناها عند إسناد هذه السلطة ؟
- مامواطن القوة ومكانم الخلل التي شابت نصوصه التشريعية؟.

عرض الخطة:

للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات التي تتطوي تحتها، سأعرض لأهم المسائل المتعلقة بهذه السلطة وفق الأحكام الواردة في التشريع الإسلامي الذي يعد المصدر الأصيل لقواعد قانون الأسرة، ومقارنتها بنصوص القانون الجزائري.

ولذا قمت بتقسيم هذا البحث إلى بابين، الباب الأول وتناولت فيه الشق الشخصي لهذه السلطة بعنوان أحكام السلطة الأبوية في المسائل الشخصية ويتضمن فصلين؛ الأول: تناولت فيه أحكام السلطة الأبوية في المسائل الشخصية أثناء مرحلة الطفولة، وأما الفصل الثاني فقد جاء ليبرز أحكام السلطة الأبوية في المسائل الشخصية أثناء مرحلتي البلوغ والرشد .

وأما الباب الثاني من هذه الدراسة ف جاء ليتناول الجانب المالي لهذه السلطة ويبين أحكامها في المعاملات المالية والتي شملت فصلين؛ الأول: ويتضمن أحكام السلطة الأبوية في مسائل الولاية على المال، وأما الفصل الثاني فخصص لأثر السلطة الأبوية على ذمة القاصر المالية في مسائل الاغتناء والنفقات.

الباب الأول

أحكام السلطة الأبوية في المسائل
الشخصية

أقر الفقه الإسلامي نظام الولاية على النفس من أجل الإشراف على مصالح المولى عليه، والقيام بشؤونه، ومنطلق هذه الولاية ومبتدؤها من لحظة الميلاد إلى فترة البلوغ والرشد، وانتهاء بتزويجه في بعض الحالات، وتنفرع عن هذه الولاية ثلاث ولايات وهي: أولاً: ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ من لحظة الميلاد إلى سن التمييز وتسمى الحضانة. ثانياً: ولاية التربية والتأديب والتهديب، وتبدأ من سن التمييز والاستغناء عن النساء، وتستمر إلى فترة البلوغ مع العقل، ويطلق عليها " ولاية الكفالة " أو " ولاية الضم والصيانة".

ثالثاً: ولاية التزويج وهذه تثبت للولي انطلاقاً من قدرته الشرعية على تزويج المولى عليه.¹

و استناداً إلى ما سبق، فقد تضمن هذا الباب أحكام السلطة الأبوية في المسائل الشخصية، ليتناول أهم الجوانب المتعلقة بشخص الابن والمرتبطة أساساً بسلطة الأبوين عليه، وقمت بتقسيمها إلى مرحلتين مرحلة الطفولة ومرحلة البلوغ والرشد.

حيث تميزت مرحلة الطفولة بفترتين؛ الأولى والتي تبدأ من لحظة خلق الإنسان وتكونه في بطن أمه إلى أن يصير جنينا وهو لما يخرج بعد إلى الحياة، ليحاط بعدها بمجموعة من الحقوق أهمها حق البقاء، والذي هو الأصل، ليصطدم بالحق في إجهاضه من طرف أحد الوالدين أو كلاهما وهو الاستثناء، لأكشف بعدها إن كان هذا التصرف هو من صميم تدخل السلطة الأبوية فيه، أم هو مجرد تعسف وتعدّ عليه.

ثم أوصل الحديث عن مسألة بالغة الأهمية وهي السلطة على نسب المولود بعد خروجه من رحم أمه، وكذا أحقية الأبوين في منح الاسم له، لتبدأ بعد ذلك عملية الإرضاع التي تختتم عادة بما يسمى بالفطام، وكلها مسائل تستدعي البحث في مدى تأثير السلطة الأبوية على أحكامها.

¹ صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، بغداد، ط1، 1976، ص33 .34.

لأنطلق بعدها في الحديث عن مرحلة الطفولة الثانية، والتي أعرج فيها على أهم الأحكام المتعلقة بالحضانة خصوصا ما تعلق منها بمركز الوالدين فيها، ثم الحديث عن سلطتهما على ديانة الأولاد.

ويأتي الفصل الثاني من هذا الباب استكمالا للمراحل العمرية للأولاد ولكن هذه المرة، كبالغين وراشدين، حيث عالج قضايا معاصرة شديدة الحساسية، تضاربت بشأنها الآراء، واختلفت فيها وجهات النظر بين أهل الشريعة وأهل القانون، كالسلطة التأديبية للوالدين بما تحمل من محاسن، وماتتضمن من مؤاخذات، وكذا موقف هذه السلطة من الحياة الخاصة بالأبناء ومجالات تدخلهم فيها، لينتهي بي المطاف في آخر هذا الباب للحديث عن أهم المسائل المتعلقة بالزواج وانحلاله وتأثرها بسلطة الآباء.

الفصل الأول

أحكام السلطة الأبوية في المسائل
الشخصية خلال مرحلة الطفولة

شرعت السلطة الأبوية للحفاظ على أنفس الغير من العاجزين عن حفظ أنفسهم لضعفهم، أوزوال عقولهم ونقص إدراكهم، وترافق هذه السلطة المراحل العمرية للأولاد، بداية من السلطة على الجنين وهوفي بطن أمه، مروراً بالسلطة الأبوية عليه حين ميلاده وحق الوالد في منحه الإسم له، ثم القيام بإرضاعه، وحضانته، وانتهاء بتربيته وتأديبه وتزويجه.

ويمكنني أن أقسم مرحلة الطفولة إلى فترتين؛ فترة الطفولة الأولى وتكون ما قبل الفطام، وفترة الطفولة الثانية والتي تكون ما بعد الفطام، ففترة ما قبل الفطام تبدئ بوجود الطفل جنينا في بطن أمه، ثم تأتي إثرها لحظة الميلاد، حيث يُمنح هذا الولد نسبا واسما له يتميز به عن غيره، ليتلقى بعد ذلك التغذية الضرورية لجسمه عن طريق إرضاع أمه له، ولا تتوقف هذه العملية إلا عند اتفاق الأبوين عليها عن طريق مايسمى بالفطام، وكلها محطات تستوجب تقديم مصلحة الصغير، وتستدعي اهتماما زائدا به، نظرا لما يعترى هذه الفترة من صعوبات، وما يتميز به الصبي أثناءها من احتياج للغير، إذ يكون في أضعف أحواله، قال تعالى: ﴿اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً﴾¹.

وعند انتهاء فترة الفطام واستغناء الولد عن لبن الأم، فإنه يتلقى بعد ذلك رعاية أبوية متمثلة في القيام بحضانته، وتربيته على دين أبيه.

ولأجل التعرف على أهم المجالات التي تتدخل فيها السلطة الأبوية في فترة الطفولة، قمت في البداية بالتنظر إلى مفهوم السلطة الأبوية على النفس والأفراد المشمولين بها كمبحث أول، ومجالات السلطة الأبوية في المسائل الشخصية أثناء مرحلة الطفولة كمبحث ثان.

¹ سورة الحجرات، الآية 54.

المبحث الأول: مفهوم السلطة الأبوية على النفس والأفراد المشمولين بها

مما لا شك فيه أن مصطلح السلطة الأبوية هو مصطلح قانوني حديث، والبحث عن مفهومه لا يتأتى إلا بمعرفة الفرق بين نظام الأهلية ونظام الولاية، فأهلية الأداء بمجرد اتصاف الشخص بها تلغي نظام الولاية؛ إلا في ولاية الزواج، وفي حال انعدامها يقوم نظام الولاية كبديل عنها؛ ولذا فوجود أحدهما في الغالب يلغي الآخر، وهو ماسأبينه في هذا المبحث حيث أستعرض في المطلب الأول مفهوم نظام الأهلية وعلاقته بالأشخاص الخاضعين للسلطة الأبوية، وأتأول في المطلب الثاني نظام الولاية وعلاقته بأصحاب الحق في السلطة الأبوية.

المطلب الأول: مفهوم نظام الأهلية وعلاقته بالأشخاص الخاضعين للسلطة الأبوية

لا تقوم السلطة الأبوية إلا بعد انعدام أهلية الأداء للشخص أو نقصانها، ولا يمكن الوقوف على العلاقة التي تجمعهما إلا من خلال التطرق إلى مفهوميهما.

الفرع الأول: مفهوم السلطة الأبوية على النفس

البحث عن أصل الخلاف حول مفهوم السلطة الأبوية بين الزاوية الشرعية والوجهة القانونية لا يتأتى إلا بمعرفة مفهوم مصطلح السلطة لغة واصطلاحاً.

أولاً: السلطة والأبوة في اللغة والاصطلاح

1. تعريف السلطة والأبوة في اللغة

مصطلح السلطة الأبوية مركب من مفردتين: السلطة، والأبوة.

أ. السلطة في اللغة: من سلط، والسلطة القهر والتسلط، وتتضمن أيضاً معاني السيطرة والتحكم.¹

¹ ابو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج7، دار صادر، بيروت، لبنان، ط8، 2014، ص230، 231. الجوهري ابو نصر اسماعيل بن حماد، الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2009، ص 549، احمد بن أحمد الفيومي، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2008، ص180، صلاح الدين الهواري، المعجم الوسيط، دار ومكتبة الهلال، بيروت، د.ط، دس ن، ص818.

ب. الأبوة في اللغة: أصل الأب أبو، مُحركة لامه وهي الواو هنا، وقد حذفت بالتونين المضموم، والأبُ الوالدُ جمعها: أبونَ؛ وآباءٌ؛ وأبوةٌ؛ والأبوانِ: الأبُ والأمُّ.¹

2. تعريف السلطة والأبوة اصطلاحاً

أ. تعريف السلطة اصطلاحاً: يطلق على السلطة باللغة الفرنسية (pouvoir) و(Autorité) وباللغة الانجليزية (Authority) و (Power)، وتعني: "صلاحية قانونية في الأمر والنهي؛ وإحداث آثار بالإرادة المنفردة في مواجهة الغير".²

فالسلطة اصطلاحاً هي "القدرة القانونية أو الشرعية التي تتصدى بالأوامر والنواهي للفرد ومراجعتها، وإثابته، وعقابه، ومنها سلطة الوالدين".³

ب. تعريف الأبوة اصطلاحاً: مشتقة من الأب وقد عرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه: "رجل تولد من نطفته المباشرة على وجه شرعي أو على فراشه إنسان آخر"⁴، وهذا التعريف شامل وخاص بالأبوة النسبية، لأن الفقهاء يستعملون الآباء ويراد بهم الوالدين الذكور.

وقد يراد بالأب مايتناول الأم، إذ كل من نطفتي الأب والأم تدخل في التولد، ولايراد بالأب المربي أو العم من غير قرينة⁵، وبالتالي فلا مكان للسلطة الأبوية لمن عدم الأولاد.

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج1، ص43، الفيومي، مرجع سابق، ص8، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث القاهرة، د ط، 2008، ص34.

² عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 1998، ص 228.

³ سليمة حمودة، التغيرات الاجتماعية والاقتصادية وانعكاساتها على السلطة الوالدية كما يدركها الابناء في الاسرة الجزائرية، أطروحة دكتوراه كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2014، ص116.

⁴ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية، ج1، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1983، ص 125.

⁵ ابو البقاء أيوب بن موسى الكفوي، الكليات، تحقيق عدنان درويش ومجد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط2، 1998، ص25.

ثانياً: السلطة الأبوية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

1. السلطة الأبوية في الفقه الإسلامي

من الجدير بالملاحظة أن مصطلح "السلطة" لم يعرف في كتب الفقهاء القدامى، وتجدد الإشارة إلى أن الموسوعة الفقهية الكويتية قد نقلت عن بعضهم أنهم استعملوا مصطلح "الولاية" كمصطلح مرادف لمصطلح السلطة؛ كسلطة الزوج في تأديب زوجته الناشز، والوالد في تأديب ولده الصغير، والمعلم في تأديب تلاميذه.¹

إلا أنه وبالرجوع إلى المصادر التي أحالت عليها الموسوعة، وجدت أن مصطلح السلطة لم يكن له ذكر في هذه المصادر ولا وجود له، وإنما هو تأويل من القائمين على الموسوعة لكلام الفقهاء الذين تحدثوا عن مصطلح الولاية²، وهو ما يدفع إلى التساؤل عن جدوى إيرادها في الموسوعة كمصطلح فقهي.

ونتيجة لهذا الفراغ الحاصل في منظومة الفقه الإسلامي، حاول بعض الفقهاء المعاصرين أن يعطي مفهوماً للسلطة الأبوية، فجاءت تعريفاتهم متقاربة إلى حد كبير مع تعريفات الولاية ومن هذه التعريفات:

. تعريف سيد عبد الله حسين: عرفها بقوله " هي حقوق ممنوحة للأب، أو لوصيه، أو للحاكم، محددة في التشريع الإسلامي على شخصية الولد، وعلى أملاكه، لمعاونته وحمايته حتى يصل إلى سن معين يسير بنفسه في الحياة ".³

لكن هذا التعريف معيب من ثلاث أوجه:

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص135.

² عبد القادر طهراوي، مصطلح السلطة في الفكر السياسي الغربي وفقه السياسة الشرعية، دراسة تحليلية مصطلحية مقارنة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلد 23، عدد48، 2019، ص602.

³ سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، تحقيق محمد احمد سراج. علي جمعة محمد. احمد جابر بدران، ج1، دار السلام، مصر ط1، 2001، ص321.

الأول: إدخال الولاية الأبوية مع الوصاية وولاية السلطان، وثانياً: تضييقه لمعنى الولاية فقد حصرها في الحقوق دون الواجبات والالتزامات، وثالثاً: لم يحدد بدقة زمان انتهاء الولاية.¹

. **تعريف نجيب صدقة:** "السلطة الأبوية هي مجمل الحقوق والواجبات التي يعلقها الشارع بالأب أو بمن ينوب عنه، فيما يختص بتربية الصغار والعناية بنفوسهم وأموالهم".²

ولعل تعريف نجيب صدقة للسلطة الأبوية هو الأشمل، مع إغفاله لجانب تحديد زمان انتهاء هذه السلطة.

. **تعريف وهبة الزحيلي:** عرف الولاية من الناحية الشرعية على أنها "سلطة شرعية تستمد قوتها من الشريعة الإسلامية يتمكن من خلالها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها"،³ وهي إشارة ضمنية منه إلى أن السلطة الأبوية تحمل نفس معاني الولاية الشرعية.

وعليه فيمكن تعريف السلطة الأبوية من الناحية الفقهية الإسلامية على أنها: "رعاية الأب لولده القاصر وعديم الأهلية، وإشرافه على شؤونهما الشخصية والمالية، من لحظة الميلاد إلى بلوغ الذكر أو الدخول بالأنثى مع اشتراط وجود العقل لكليهما".⁴

2. السلطة الأبوية في القانون الجزائري

لم أظفر بتعريف للسلطة الأبوية في المنظومة القانونية الجزائرية ككل، ومع هذا فلن يعينني ذلك من البحث عن تعريف لها في الفقه القانوني، فالسلطة الأبوية بالانجليزية

¹ عبد الفتاح حمادي، السلطة الأبوية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والفرنسي، مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2008، ص4.

² نجيب صدقة، السلطة الأبوية في الشرع الإسلامي على مذهب الإمام أبي حنيفة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، 1936، ص7.

³ وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج10، دار الفكر، دمشق، ط3، سنة2013، ص140.

⁴ عبد الفتاح حمادي، مرجع سابق، ص5.

(Parental authority) وبالفرنسية (Autorité parental)¹ وهي تعني "سلطة يعترف بها القانون للأب والأم على أشخاص وأموال أبنائهما القاصرين وعديمي الأهلية"².

وفضل القانون الجنائي الجزائري استخدام مصطلح السلطة الأبوية عند نصه على إسقاط السلطة عن أحد الأبوين في المادة 337 من الأمر رقم 66 - 156 المتضمن قانون العقوبات³، وكذا المادة 05 من الأمر 26-75 المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر.⁴

وحاول الأستاذ الغوثي بن ملحة أن يعطي تعريفا فقهيا للسلطة الأبوية يتفق مع رؤية المشرع الجزائري لها⁵، وباستقراء ميزات وعناصر السلطة الأبوية التي ذكرها، أمكن القول بأن السلطة الأبوية في نظره هي: حق قائم على علاقة القرابة؛ يمارسها الأب في حدود مصلحة الولد، وقد تمارسها الأم أحيانا، وتنتهي ببلوغ الصغير سن الرشد وهو 19 سنة وتقوم دائما على مبدأ رعاية الصغير والحفاظ على ماله.⁶

وعليه ومن خلال ما ذكرت يمكنني القول بأن تعريفات السلطة الأبوية بين الفقه الإسلامي المعاصر، والفقه القانوني الجزائري تكاد تكون متقاربة إلى حد ما، مع ملاحظة أنها في الفقه الإسلامي حصرتها في الأب دون الأم، بخلاف القانون الجزائري الذي وسع من نطاقها لتشمل الأم استثناء؛ كما أن السلطة هنا هي أخص من الولاية، إذ لا يمكن أن

¹ Larousse : Dictionnaire De Français Larousse , / SEJER , France , 2004, p 31 et 343

² عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص 228.

³ الأمر رقم 66 - 156، مؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ر، العدد 49، سنة 1966.

⁴ الأمر رقم 75 - 26 مؤرخ في 1975/04/29، المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، ج ر، عدد 37 سنة 1975.

⁵ B. EL GAOUTI: Le droit Algérien de la famille, OPU , ALGER , p 282 .

⁶ الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3، 2015، ص158.

تقوم دون وجود رابطة قرابة بين الولد وأبيه بصفته رب الأسرة، بخلاف الولاية التي يمكن القيام بها من عدة أشخاص قد لا تجمعهم قرابة الأبوة والبنوة.¹

وتأسيسا على ماسبق، وبناء على ما ذكر، ومن أجل إعطاء تعريف متقارب للسلطة الأبوية يجمع بين وجهة نظر الفقهاء المعاصرين والقانونيين، يمكن القول بأن السلطة الأبوية هي: مجموعة الحقوق والالتزامات الشرعية والقانونية التي تقضي برعاية الأب ابتداء، والأم استثناء لأولادهما القصر والمحجور عليهم، وإشرافهما على شؤونهما الشخصية والمالية من لحظة الميلاد إلى لحظة البلوغ والرشد .

ثالثا: تعريف السلطة الأبوية على النفس في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يقصد بالسلطة الأبوية على النفس عند الفقهاء رعاية الأب لولده القاصر ومن في حكمه، وإشرافه على شؤونهما الشخصية المتعلقة بنفس المولى عليه، من صيانة، وحفظ، وتأديب، وتعليمه علما أو حرفة، وتزويجه؛ من لحظة الميلاد إلى البلوغ؛ مع اشتراط وجود العقل.²

وقد اختار الأستاذ عبد الفتاح حمادي ومن خلال الرؤية التشريعية الجزائرية هذا التعريف للسلطة الأبوية على النفس أنها " مجموعة الحقوق والالتزامات القانونية التي تقضي برعاية الأب ابتداء والأم في حالات معينة، لأولادهما القصر وغير المرشدين؛ بما يحفظ مصلحتهم ويصون أخلاقهم وأمنهم."³

ومن خلال التعريفين يمكن القول بأن الفقهاء المعاصرين وفقهاء القانون تكاد تتقارب تعريفاتهم إلى حد بعيد للسلطة الأبوية على النفس مع تعريفات مصطلح الولاية على النفس، فيكون التعريف الجامع الذي أختره هو: مجموعة الحقوق والالتزامات الشرعية

¹ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ، ص158.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، ص140، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 1403هـ/1983، ص 789.

³ عبد الفتاح حمادي، مرجع سابق، ص 6.

والقانونية التي تقضي برعاية الأب ابتداء، والأم استثناء، لأولادهما القصر وعديمي الأهلية، وإشرافهما على شؤونهما الشخصية؛ من لحظة الميلاد إلى بلوغ سن الرشد؛ بشرط انتفاء مانع العجز أو الجنون لكليهما.

الفرع الثاني: نظام الأهلية وعلاقته بالسلطة الأبوية على النفس

لا يمكن الحديث عن الأشخاص المشمولين بالسلطة الأبوية دون التعرض لأحكام الأهلية، فمن خلالها نقف على مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق ومباشرة التصرفات.

أولاً: مفهوم الأهلية

- 1- تعريف الأهلية لغة: من الفعل "أهل" يقال فلان أهل لكذا أي أنه يستحق ذلك الأمر، ففي الآية: ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَعْرِفَةِ﴾¹، أي أن الله هو مستحق التقوى وصاحب المغفرة، والأهلية للأمر الصلاحية، والاستحقاق، والجدارة، والكفاءة.²
- 2- تعريف الأهلية اصطلاحاً: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك.³

ثانياً: أنواع الأهلية:

تنقسم الأهلية في معناها الشامل إلى قسمين أهلية وجوب، وأهلية أداء.

(أ) أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص للإلزام و الالتزام⁴، وهي قسمان:

¹ سورة المدثر، الآية 56.

² ابن منظور، مرجع سابق، ج11، ص30، الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص 1104، أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2008، ص136.

³ محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية - دروس في نظرية الحق، ج2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2011، ص466.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1999، ص785.

- أهلية وجوب ناقصة: وهو صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق دون الواجبات، وهي مختصة بالجنين قبل الولادة، فيكتسب بعض الحقوق كالإرث والوصية، بشرط ولادته حيا.

- أهلية وجوب كاملة: وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتترتب عليه التزامات، ولا يوجد انسان فاقد لهذه الاهلية.¹

ب) أهلية الأداء: أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه (أو لممارستها و مباشرتها) على وجه يُعتدّ به شرعا، وهي بمعنى المسؤولية؛ وأساسها البلوغ مع العقل.²

إذن فإن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام.³

وتنقسم أهلية الأداء إلى قسمين:

- أهلية أداء ناقصة: تثبت بالقدرة الناقصة للعقل، كما في الصبي المميز والمعتوه.

- أهلية أداء كاملة: وتثبت بالقدرة الكاملة للعقل، كما في الإنسان البالغ غير المعتوه.⁴

ثالثا: عوارض الأهلية

1- مفهوم عوارض الأهلية

أ. العوارض لغة: جمع عارض وهو المانع.⁵

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، ص 121.

² المرجع نفسه، ص124.

³ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص509.

⁴ يوسف بن حسين الكراماسي، الوجيز في أصول الفقه، تحقيق السيد عبد اللطيف كساب، دار الهدى، مصر، د ط، 1984، ص 106.

⁵ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004، ص593.

ب. العوارض اصطلاحاً: أمور تؤثر وتغير في أحكام الأهلية فتحول دون ثبوتها كلياً

أو جزئياً، فتعدمها أو تنقصها.¹

2- عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أ- عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي: عوارض الأهلية هي الأمور التي تؤثر في العقل، أو في الرشد عند الفقهاء الذين يستلزمونه لكمال الأهلية، وبذلك تكون العوارض في جملتها هي: أولاً عوارض تؤثر في العقل؛ وهي الجنون والعتة، وثانياً: عوارض تؤثر في الرشد، وهي السفه والغفلة عند جمهور الفقهاء، وكذلك الأنوثة عند بعض الفقهاء، وهذا الرأي هو الذي سارت عليه معظم التشريعات العربية حيث قصروا العوارض على أربعة وهي الجنون والعتة، والغفلة والسفه.²

ب- عوارض الأهلية في القانون الجزائري:

سبق أن ذكرت أن فقهاء القانون الوضعي قد قسموا الأهلية إلى الأثر المترتب على كل عارض، ولم يتوسعوا فيها مثلما فعل الفقهاء والأصوليون، وسأورد التوجه الذي اختاره المشرع الجزائري متماشياً بذلك مع معظم التشريعات العربية والتي اتفقت على هذا التقسيم الذي يقتضي خضوع ناقصي الأهلية وعديميها إلى السلطة الأبوية.

- انعدام الأهلية كلياً

هذا المشرع الجزائري حذو معظم التشريعات العربية فيما قرره بهذا الخصوص، فنص على أن أهلية الأداء تنعدم في حالتين، الحالة الأولى: وهي انعدام التمييز لدى الشخص بسبب عدم بلوغه سن التمييز المحددة قانوناً، والحالة الثانية: وهي انعدام التمييز لدى الشخص بسبب إصابته بعارض من عارضي الأهلية المعدمين للتمييز.

1 حسين النوري، عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، مطبعة لجنة البيان العربي مصر، ط1، 1953، ص94.

2 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 279، عيوب النظام القانوني لعوارض الأهلية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية. https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_66.html 2020/12/15 09:20

الحالة الأولى: انعدام الأهلية بسبب صغر السن:

ويكون ذلك في حالتين: حالة الجنين (الحمل المستكن)، لأن مناط أهلية الأداء الإدراك والتمييز، وعليه فالجنين لا يحمل هذه الصفة، مع أنه يتمتع بأهلية وجوب ناقصة تُكسبه بعض الحقوق، وحالة الصبي غير المميز والتي تبدأ مرحلتها من الميلاد إلى بلوغ سن الثالثة عشرة سنة في القانون الجزائري طبقاً للفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني.¹

الحالة الثانية: انعدام الأهلية بسبب احد عارضي الأهلية المعدمين للتمييز (الجنون والعتة):

الجنون في اللغة: من جُنَّ؛ وكلَّ شيء سُتِرَ عنك فقد جُنَّ عنك، وسمي الجنُّ لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، والمجنون هو من سُتِرَ عقله.²
واصطلاحاً: هو اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان، يفقد صاحبه الإدراك والتمييز بين الخير والشر، والصالح والطالح، والجنون بجميع أنواعه، مُعَدَمٌ للأهلية حال وجوده، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعلية كغير المميز لاغية باطلة لا أثر لها، لكنه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال.³
وأما العتة في اللغة: فهو نقص في العقل من غير جنون ولا دهش.⁴

واصطلاحاً: هو ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، يصير به المعتوه مختلط الكلام؛ فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين.⁵

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 522.

² ابن منظور، مرجع سابق، ص 217.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 130، محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 528.

⁴ الفيومي، مرجع سابق، ص 245.

⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 130، حسين النوري، مرجع سابق، ص 103، محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص

وقد نصت المادة 40 من القانون المدني على ما يأتي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة (19) كاملة." كما نصت المادة 42 (المعدلة) من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون".¹

ولقد سوى المشرع الجزائري في المادة 42 من القانون المدني بين الجنون والعتة، واعتبرهما سببين مفقدين لأهلية الأداء، ولم يأخذ بموقف الفقه الإسلامي بالتفرقة بينهما.²

- نقصان الأهلية

تكون أهلية الأداء ناقصة في حالتين: الحالة الأولى عند وجود نقص في التمييز بالنسبة للشخص المميز غير المرشد، والثانية عند الإصابة بأحد عارضي الأهلية المنقسين للتمييز وهما السفه والغفلة.

(أ) نقص الأهلية بسبب صغر السن (الصبي المميز)

الصبي المميز عند الفقهاء من يعرف أن البيع سالب والشراء جالب، قاصداً الربح، مدركاً لمضمونهما وله القدرة على التمييز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير.³

واختلفت التشريعات في تحديد بداية سن التمييز، ففقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا تمام السابعة من العمر في الحالة الطبيعية السليمة هو الوقت الذي يعد فيه الصبي مميزاً⁴، واستندوا في ذلك إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم: "مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ

¹ المادة 42، 40، الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، معدل بالأمر رقم 10/05 مؤرخ في 20/07/2005، ج ر ع 44 لسنة 2005 ومعدل بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، ج ر، عدد 31،

² محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، 532، حسين النوري، مرجع سابق، ص 104.

³ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ترجمة المحامي فهمي الحسيني، ج2، دار عالم الكتب، السعودية، طبعة خاصة، 2003/1423، م943، ص654.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص297

أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ وَاضْرِيُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»¹، واعتبر المشرع الجزائري تمام الثالثة عشر من العمر هو الوقت الذي يعتبر فيه الطفل مميزاً، وهو ما نصت الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني.²

فإذا بلغ سن الرشد وهي 19 سنة ميلادية وهو متمتع بقواه العقلية، ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر، انتهت حالة القاصر واكتمل إدراكه وتمييزه، كما نصت على ذلك المادة 40 من القانون المدني السالفة الذكر.³

ب) نقص الأهلية بسبب أحد عارضي الأهلية المنقصرين للتمييز (السفه والغفلة)

- السفه:

لغة: يعرف السفه بأنه: الخفة والطيش، والنقص في العقل، والسفيه خفيف العقل.⁴

واصطلاحاً: هو من لا يحسن القيام على تدبير ماله، فينفقه في غير موضع الإنفاق⁵

- الغفلة:

لغة: تعرف الغفلة بأنها: غيبة الشيء عن البال وعدم تذكره له، والمغفل من ليس له فطنة.⁶

¹ سليمان بن الأشعث السجستاني ابو داود، السنن ، ج 2، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث:

495، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص162

² محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق ص539.

³ المرجع نفسه، ص 578.

⁴ ابن منظور، مرجع سابق، ج7، ص203. الفيومي، مرجع سابق، ص177.

⁵ محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر القاهرة، مصر، د ط، 1996، ص318.

⁶ الفيومي، مرجع سابق، ص 280.

واصطلاحاً: هي عدم الاهتداء إلى التصرفات الزابحة بسبب البساطة وسلامة القلب، الأمر الذي يؤدي إلى الغبن في المعاملات المالية.¹

ولقد عد المشرع الجزائري السفه والغفلة عارضين منقسين للأهلية في القانون المدني في المادة 43 منه، أما في قانون الأسرة فلم يذكر المشرع الجزائري في المادة 101 الغفلة كسبب للحجر، كما أنه خلط بين المجنون والمعتوه والسفيه، واعتبرهم على صعيد واحد من حيث حكم التصرف بعد الحجر في المادة 85، وعليه يظهر التعارض واضحاً بين المادة 43 من القانون المدني، والمادة 85 من قانون الأسرة حول أثر الحجر على تصرفات السفيه وأثرها القانوني.

ومهما يكن من أمر المشرع الجزائري فإنه باختياره الحجر على السفيه وذي الغفلة يكون قد اختار مذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) من حيث وجوب الحجر على السفيه وذي الغفلة واعتبارهما شيئاً واحداً²، وقد نصت المادة 43 من التقنين المدني والمعدلة بالقانون رقم 05-10 على أن " كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون ".³

فيفهم من هذا النص أن كلا من السفيه والمغفل هما ناقصي أهلية أداء بسبب نقص إدراكهما وتمييزهما، لكن المادة 85 من قانون الأسرة ألحقت السفيه بالمجنون والمعتوه في الحكم⁴، حيث عدته عديم الأهلية في حين أن النص السابق يقضي بأنه ناقص الأهلية، كما أشير إلى أن المواد من 81 إلى 86 الخاصة بالنيابة الشرعية من قانون الأسرة لم تتعرض بالذكر للشخص ذي الغفلة الذي عادة ما يفتقرن بالسفيه في الفقه والتشريعات العربية

¹ حسين النوري، مرجع سابق، ص 197.

² محمد توفيق قديري، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري . دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2017/2018، ص 59.

³ المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

⁴ المادة 85، القانون 84-11، المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24، 1984، المعدل بالأمر الرئاسي رقم 02-02، المؤرخ في 27/02/2005، ج ر، عدد 15، 2005.

فأسقطت هذه اللفظة من نصوص هذه المواد، لتترك فراغا يفتح الباب على مصراعيه أمام المفسرين والفقهاء لبحثوا عن أحكامه خارج إطار قانون الأسرة.¹

رابعاً: انتهاء السلطة الأبوية على النفس

تنتهي السلطة الأبوية على النفس لوجود أحد الأسباب التالية:

1. إسقاط السلطة الأبوية عن أحد الأبوين، إما بسبب عجز الولي، أو ردّته، أو اختلاف دينه مع دين المولّى عليه، أو عدم أمانته بسبب ارتكابه لزنا المحارم، والتي من شأنها أن تؤثر على أخلاق الصغير.
2. وفاة الصغير، أو متولي السلطة الأبوية.
3. بلوغ القاصر سن الرشد مع تمتعه بكامل قواه العقلية وعدم الحجر عليه.
4. زواج البنت قبل بلوغها سن الرشد.
5. رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه.²

خامساً: الأهلية وعلاقتها بالسلطة الأبوية على النفس

إذا كانت الأهلية كما أسلفنا هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات³، فإن السلطة الأبوية على النفس يمنحها الشرع والقانون لشخص الأب ليقوم برعاية الولد القاصر وعديم الأهلية وناقصها، وإشرافه على شؤونهما الشخصية، من حفظ وتأديب وتعليم وتزويج من لحظة الميلاد إلى فترة البلوغ، مع اشتراط وجود العقل لكليهما⁴. ومن هنا تتجلى لنا العلاقة بين نظامي الأهلية والسلطة الأبوية على النفس، وهو أن متولي السلطة الأبوية على النفس ليس له سلطان على صاحب الأهلية الكاملة، وإنما سلطانه واقع على فاقد الأهلية أو ناقصها.

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 559.

² صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، ج1، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، الجزائر، د ط، 2019، ص787.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص466.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص140. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص789.

وبعد هذا العرض وقفت على نتيجة مفادها؛ أن من تثبت عليهم السلطة الأبوية على النفس هم كالأتي: الجنين، وناقصوا الأهلية وفاقدها من صبي مميز وغير مميز ومجنون ومعتوه وسفيه وذو غفلة، أما من بلغ سن الرشد وهو 19 سنة متمتعاً بقواه العقلية ولم يُحجر عليه فإنه يكون غير خاضع لهذه السلطة، وتنتهي الولاية والوصاية عليه بنص القانون، ويصير مستقلاً بنفسه متحملاً لأهلية الأداء.¹

المطلب الثاني: نظام الولاية وعلاقته بأصحاب الحق في السلطة الأبوية

منح الشرع والقانون السلطة الأبوية لأشخاص معينين وفق ترتيب محدد، يصبح لهم بموجبها ولاية التصرف في الشؤون الشخصية والمالية للقاصر والمحجور عليهم، عن طريق ما يسمى بنظام الولاية.²

الفرع الأول: مفهوم الولاية وأنواعها

شرعت الولاية حفظاً لحقوق العاجزين عن التصرف بسبب فقدان الأهلية أو نقصها، وأيضاً رعاية لمصالحهم حتى لا تضيع أو تُهدر، فمن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولّى أمره، ويحقّق له النفع ويدفع عنه الضرر، ونظراً لأهمية الولاية في توطيد علاقة الآباء بالأبناء سأتناول مفهومها أولاً، ثم أتطرق إلى مشروعيتها ثانياً.³

أولاً: مفهوم الولاية

1- لغة: القرابة والنصرة، والمحبة والقيام على شؤون الغير.⁴

2- مفهوم الولاية في الاصطلاح الفقهي والقانوني:

¹ صديق تواتي، مرجع سابق، ص 778.

² خالد بوشمة، نظرية الولاية الشرعية، منشورات بغدادية، الجزائر، د ط، 2009، ص 30.

³ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط 7، 1965، ص 157.

⁴ ابن الأثير أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط 4، 1421، ص 989، الجوهرية أبو نصر اسماعيل بن حماد، مرجع سابق، ص 1269، مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 1057.

أ . مفهوم الولاية في الاصطلاح الفقهي: " سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها".¹

ب - مفهوم الولاية في الاصطلاح القانوني: سلطة يُقرّها القانون لشخص معيّن قصد مباشرة تصرفات قانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية.²

إذن فالولاية سلطة شرعية وقانونية مقرّرة لشخص معيّن، يُبرم من خلالها العقود ويُباشر التصرفات لصالح شخص غير كامل الأهلية.

ثانياً: أنواع الولاية

تنقسم الولاية إلى نوعين؛ ولاية أصلية وولاية نيابية

1- ولاية أصلية: وتثبت بنص شرعي أو قانوني من غير حاجة إلى حكم القاضي، وهي إلزامية، وتتمثل هذه الولاية في ولاية الأب على مال ولده القاصر، وكذا ولاية أمه أو جده عليه.³

والولاية الأصلية تنقسم إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معاً، فالولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج والتعليم والتأديب والتطبيب؛ والولاية على المال: وهي الإشراف على الشؤون المالية للشخص القاصر أو المحجور عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية، وتتمثل في حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة به⁴؛ والولاية على النفس

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، ص140.

² عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2009، ص343.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2015، ص 401، مصطفى السباعي، مرجع سابق، ج1، ص 158.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، ص141.

والمال معا: وهي ولاية مشتركة، كولاية الأب على أولاده فاقدى الأهلية أو ناقصيا فهو يمارس الولاية على النفس بممارسة الحضانة عليهم، وكذلك الولاية على المال أيضا.¹ وهذا التقسيم هو تقسيم فقهاء المذهب الحنفي، ولا يوجد من قسّم الولاية إلى هذه الأقسام كما فعل فقهاء الحنفية، لأن جمهور الفقهاء عندهم أنّ الولي على النفس هو الولي على المال.²

2- ولاية نيابية: وهي التي يستمدها صاحبها من شخص آخر، كالوصي الذي يستمد ولايته ممن أقامه سواء كان أباً، أو جداً، أو قاضياً، والوكيل الذي يستمد ولايته من موكله.³

ثالثاً: علاقة الولاية بالسلطة الأبوية

يُظهر مصطلح "الولاية" تفوقاً واضحاً على مصطلح "السلطة" و"السلطان" من حيث مضمونه اللغوي واستعماله الاصطلاحي، فمن معاني الولاية كما ذكرنا القرب والنصرة والمحبة، وهذه المعاني لا تتوفر في المصطلحين الآخرين اللذين يغلب على ظاهرهما طابع القهر والتسلط، لكن يبقى تقييده بوصف "الأبوية" لازماً لتمييزه عن باقي الولايات⁴، كما أن مصطلح "الأبوية" يشعر بإيجابية هذه السلطة وينزع عنها صفة القوة والعنف، كيف لا وهي تتضمن معاني الولاية ومقاصدها، ولذلك فإن السلطة مصطلح قانوني أكثر منه شرعي⁵، ولا ضير في استعماله خصوصاً وقد سبقنا إليه بعض المؤلفين المعاصرين في مؤلفاتهم.⁶

¹ العبد براهيم، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010/2009، ص 25.

² <https://www.noor-book.com/كتاب-الولاية-على-الغير-pdf>، هاني بن عبد الله بن محمد الجبير

الساعة 20:45 تاريخ 2020/08/09 ص 10

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، مرجع سابق، ص 401، مصطفى السباعي، مرجع سابق، ج 1، ص 158.

⁴ عبد الفتاح حمادي، مرجع سابق، ص 31.

⁵ عبد القادر طهراوي، مرجع سابق، ص 616.

⁶ المرجع نفسه، ص 8.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في السلطة الأبوية على النفس

سأتناول في هذا الفرع الأفراد المؤهلين لأداء وظيفة هذه السلطة ومن ثم أتطرق إلى الشروط الواجب توفرها فيهم.

أولاً: المؤهلون للسلطة الأبوية على النفس

من وجهة نظر الفقه الإسلامي فإن منح السلطة الأبوية على النفس لا يستحقها إلا شخص واحد هو الأب نظراً لقرب نسبه من الولد، وحسن تدبيره، ورجاحة عقله، ورزاقه طبعه، وقوة شخصيته، وبعد نظره، وهذه الصفات لا تجتمع في الأم ولا تقوى عليها، ولذلك كان الأب هو الرئيس الفعلي للأسرة وهو القائم عليها، فاستوجب على الجميع طاعته والانصياع لأوامره، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾¹.

ولقد أجمعت المذاهب الفقهية على أن الأم لا تتولى السلطة الأبوية إلا على النفس، وذلك حال إسنادها لها من طرف الحاكم بسبب عجز في الأب، وتقوم هنا بدور الوصي لا بدور الولي.²

وقد قرر جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن العصبية أصل في ثبوت الولاية، والأم ليست عصبية، وإنما هي من ذوي الأرحام، فلا تستحق الولاية، ولو تنازل عنها الأب بمحض إرادته لها³، لأنها من النظام العام، فإن امتنع عنها الأب ألزمه القاضي بمباشرتها، وإلا تصرف نيابة عنه.⁴ وتستحقها عند أبي حنيفة عند انعدام العصبية⁵، وعند الولاية في الزواج.

¹ سورة النساء، الآية 34.

² سيد عبد الله حسين، مرجع سابق، ج1، ص322.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج10، ص25.

⁴ مصطفى السيوطي الرحبياني، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983، ص155.

⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص706.

وقد حمل لنا المشرع الجزائري نمطا جديدا في ممارسة السلطة الأبوية ولم يأخذ بأحادية السلطة الأبوية التي تبناها جمهور الفقهاء، وإنما أحدث نظاما أبويا ثنائيا فأشرك الأم في هذه الممارسة¹، ومنحها أيضا حق الانفراد بهذه السلطة دون الأب، وظهر ذلك جليا من خلال الأمر 05-02 في مادته 87 المعدلة والتي نصت على أن الأم تحل محل الأب عند حصول مانع له وهو على قيد الحياة يمنعه من مباشرة أعمال الولاية، وتحل محله عند غيابه، أو وفاته، أما في حالة الطلاق وعند إسناد الحضانة لشخص ما ذكرا كان أو أنثى، فإن القاضي يمنح الولاية لمن أسندت له الحضانة؛ وإزاء هذا التداخل الحاصل بين صلاحيات الولي وصلاحيات الحاضن بعد الطلاق، وقطعا لدابر الخلافات، أعطى المشرع الولاية التي تتضمن عنصر الرقابة لمن أسندت له حضانة الأولاد، فعمد بذلك إلى الدمج بين الصلاحيات لشخص واحد، وهو أمر يتناقض مع نص المادة نفسها التي تنص على ألا ولاية لأحد مادام الأب موجودا²، ويتناقض مع ما هو موجود في نص المادة 75 و72 التي تلزم الأب بالإنفاق على أولاده وبتوفير سكن ملائم للحضانة، ويتناقض مع المادة 41 التي نصت على إثبات نسب الولد إلى أبيه، إذ كيف يعقل لولي يتمتع بكافة هذه الصلاحيات أن مجرد من حقه في الولاية، أضف إلى ذلك أن هذا الإجراء الجديد لم يكن مراعى ولا متعارفا عليه من طرف القضاء من قبل.³

لذا كان جديرا بالمشرع أن يُبقي على توزيع الصلاحيات لكل طرف، وأن لا يلجأ إلى هذا الجمع فيجعل الولي هو الحاضن لمجرد استناده إلى اجتهاد قضائي سابق يتنافى مع المنطق ومع التشريع، و يؤدي إلى سحب الرعاية والرقابة الأبوية، وحرمان الولد منها.⁴

¹ DENNOUNI, Samia L'autorité parentale en droit comparé These de Doctoreat, Faculté de droit et des sciences politiques, université Aboubaker Belkaïd, Telemcen, algeria,2018,p44.

² عبد الفتاح حمادي، مرجع سابق، ص45.

³ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر، د ط، 2016، ص62.

⁴ المحكمة العليا: غ أش، ملف رقم:187692، المؤرخ في:1997/12/23، المجلة القضائية، ع1، 1997، ص53.

إن هذه الولاية التي قررها المشرع الجزائري للأم توحى باعتبارها ولاية على النفس والمال معاً، غير أن ولاية التزويج - وهي من مشتقات الولاية على النفس - لا تستحقها الأم، ولا تدخل ضمن إطار المادة 87 من الفقرة الثالثة، وإلا ناقضت ما جاء في المادة 11 من قانون الأسرة، والتي حددت أصناف الأولياء المشرفين على تزويج القصر ولم تذكر الإناث من بينهم.¹

ثانياً: شروط المؤهلين للسلطة الأبوية على النفس

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى شروط استحقاق السلطة الأبوية على النفس، وفسح المجال لشرح القانون من أجل إعطاء المدلول الحقيقي لهذه العبارة بالاستناد طبعاً إلى ما ذكره الفقهاء في هذا الباب وفق رؤية تشريعية معاصرة.

وقد اتفقت كلمة الفقهاء والمشرعين على ثلاثة شروط لإسناد السلطة الأبوية واختلفوا في ثلاثة منها.

أ. شروط الولاية المتفق عليها

الشرط الأول: كمال الأهلية بالبلوغ و العقل

لا خلاف في هذا الشرط²، لأن الصغير ليس من أهل الولاية، فلا ولاية للصغير ولو كان مميزاً، إذ هؤلاء يحتاجون أصلاً إلى من يكفلهم، فكيف يكفلون غيرهم وهم عاجزون

¹ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 62/63.

² عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1993، ص 31.

عن ذلك¹، ولا يستحق السلطة الأبوية أيضا من كان مجنونا أو معتوها، لأنهما يحتاجان إلى من يرعى مصالحهما في بعض الأحيان أكثر من المولى عليهم.²

وقد أشار قانون الأسرة في مادته 91 عند الحديث عن انتهاء وظيفة الولي بالعجز، وبمفهوم المخالفة فإن الولي يشترط فيه كمال الأهلية عقلا وبلوغا، فلا يكون محجورا عليه لجنون أو صغر.³

الشرط الثاني: القدرة على رعاية المولى

المقصود بالقدرة هي الاستطاعة على صون المولى عليه في أخلاقه وصحته، فلا ولاية للعاجز بسبب كبر سن أو مرض، أو إصابته بعاهة أقدته عن مباشرة أعمال الولاية.⁴

فالمعيار في القدرة عند إسناد الولاية هو القدرة على النظر في مصلحة المولى عليه، لأن الولي قد يصاب بأمراض لا تؤثر في وظيفته كولي، ولا تُعيقه عن مباشرة مهامه، وبناء على هذا ذهب الشافعية في الأصح، والحنابلة إلى ثبوت الولاية للأعمى والأخرس.⁵ ولا يفوتني هنا أن أشير إلى وجوب التفرقة بين القدرة على الرقابة، والقدرة على الحفظ والصيانة، فالقدرة على الرقابة عنصر ينفرد به الأب دون الأم يفترض في الموصوف بها امتلاكه لسداد الرأي وقوة النظر، أما القدرة على الحفظ فيشترك فيها الأبوان معا⁶، فقد جوّز المالكية الحضانة للضّير إن كان له شخص يرافقه في الإشراف على ممارسة

¹ شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق خرفان حسونة، ج5، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص343.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 .

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8 ص 686.

⁵ شوقي إبراهيم علام، الولاية في عقد النكاح، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر، ط1، 2012، ص54.

⁶ عبد الفتاح حمادي، مرجع سابق، ص37.

الحضانة ويساعده في ذلك¹، ويدخل في القدرة ما اشترطه المالكية في الرجل الحاضن؛ وهو أن يكون عنده من يتولّى الحضانة من النساء ممن تتوفر فيهن شروط الحضانة، كزوجة، أو قريبة، أو خادمة، أو متبرعة بالحضانة، لأن الرجال في الغالب لا يصبرون على أحوال الأطفال كالنساء، فإن لم يكن عنده من يقوم بهذا العمل من النساء سقط حقه في الحضانة وانتقلت إلى من بعده.²

وأما عن موقف المشرع الجزائري من شرط القدرة، فإنه من خلال استقراءنا لنص المادة 91 من قانون الأسرة عند الحديث عن مسقطات الولاية، تبين بأن عجز الولي مانع من ممارسة هذه الوظيفة، ولكنه لم يوضح لنا نوع العجز، مما يدل على أنه لم يضبط أيضا معنى القدرة بمعيار معين للحكم به على أهلية الأولياء أو عدم أهليتهم، وقد اشترطت المادة 62 من نفس القانون في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك، فهو يدل على أن القدرة على التربية التي يقصدها المشرع تتضمن معنى عاما لتندرج تحته الاستطاعة على صيانة الصغير ماديا ومعنويا، صحيا وخلقيا، كما تشمل توافر السلامة الجسدية للولي، فإذا حصل للولي عجز بسبب شيخوخة، أو مرض أو عاهة، أو انشغال المرأة بحرفة أو عمل يؤديان إلى منع أحدهما من تربية الصغير وتدير شؤونه، سقطت عنه الولاية والحضانة.³

ويبقى الفيصل في مسألة قدرة الحاضن من عدمها، بيد القاضي لأنها مسألة تقديرية، فدوره هنا يتمثل في دراسة كل حالة على حدة، وفحص وقائعها، معتمدا في ذلك على الخبرة الطبية إذا دعت الحاجة إليها، ومن ثم الخروج بقرار يثبت استطاعة الحاضن أو عدمها عند تولي الحضانة.⁴

¹ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عبد الله شاهين، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2011، ص 511.

² المرجع نفسه، ص 513.

³ زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2004/2005، ص 258.

⁴ المرجع نفسه، ص 265.

وقد ظهر موقف القضاء الجزائري جليا في اعتبار القدرة شرطا أساسيا في ممارسة الحضانة، حيث اعتبرها جزءا من الولاية، وأكد ذلك في العديد من قرارات المحكمة العليا، فقد جاء في أحدها: "إن الشارع اشترط في الحاضن عدة شروط من بينها الكفاية والصحة فلا حضانة لعاجز، ذكر أو أنثى، لكبر السن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون، ولأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده".¹

الشرط الثالث: اتحاد الدين

يشترط في الولاية اتحاد دين الولي مع دين المولى عليه، فلا ولاية لكافر على مسلم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «الإِسْلَامُ يَعْْلُو وَلَا يُعْلَى»²، وقد حكى ابن المنذر الإجماع على ذلك³، وكذا لا ولاية للمسلم على غير المسلم لأن اتحاد الدين يبعث غالبا على رعاية مصالح المولى عليه ووفور شفقتة عليه.⁴

ويترتب عن منع ولاية غير المسلم أيضا المنع من الميراث، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى»⁵، أي أهل ملتين متفرقتين مختلفتين.

¹ المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 33921، المؤرخ في: 1984/07/09، المجلة القضائية، عدد 04، 1989، ص 76.

² علي بن عمر ابو الحسن الدارقطني، السنن، ج 3، كتاب النكاح، باب المهر، رقم الحديث: 3554، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 176.

³ ابو محمد عبد الله ابن قدامة، المغني على مختصر الخرقي، تحقيق طه محمد الزيني، ج 7، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1969-1389، ص 27.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 520. ابو عبد الله محمد الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995/1416، ص 71، محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشيرازي حققه وأكمه محمد نجيب المطيعي، ج 17، مكتبة الإرشاد جدة، السعودية، ص 257. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 5، عالم الكتب، بيروت، 1403/1983، ص 53. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 10، ص 147.

⁵ سليمان بن الأشعث السجستاني، ابو داود، السنن، ج 8، كتاب الفرائض، باب هل يرث الكافر المسلم، رقم الحديث: 2912، مرجع سابق، ص 122.

وأما ولاية الكافر على الكافر فجائزة عند أكثر الفقهاء، بخلاف المرتدّ، فلا ولاية له على أحد مسلماً كان أم كافراً، أم مرتدّ مثله.¹

وبالنسبة للمشرع الجزائري فلم يصرح بشرط الإسلام، لكن اشترطه في الوصي في المادة 93 من قانون الأسرة، وهو الذي لا يعين إلا بناء على طلب من الولي، فمن باب أولى أن يتوفر هذا الشرط في الولي نفسه²، كما نصت المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري على أن الشرط الأول للكفالة أن يكون الكافل مسلماً، فمن باب أولى أن يكون المكفول مسلماً، فإذا تغيرت ديانة أحدهما انقضى عقد الكفالة.³

لكن بعض قرارات الاجتهاد القضائي تشير إلى عدم اعتبار شرط الإسلام، وهو ما تجلّى في القرار 52207 والذي جاء في بعض حيثياته "أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دين المحضون"⁴، وهذا يعني أن الأم الكتابية لها الحق في تولي السلطة الأبوية تبعا للحكم لها بحق الحضانة لها على أساس المادة 87 من قانون الأسرة، شرط أن لا تتعارض ممارسة هذه السلطة مع الأسس العقائدية والمبادئ الشرعية لدين الأب⁵، وأما بخصوص الردة عن الإسلام فهي من مسقطات الولاية، ولا يستحق المتصف بها أن تسند له هذه المهمة.⁶

ب. شروط الولاية المختلف فيها:

الشرط الأول: العدالة

يقصد بالعدالة الصلاح في الدين وعدم الفسق، وتتضمن أيضا معنى الأمانة والوقاية من الفساد والضياع، واجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، ولا خلاف بين

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج3، ص361 و362.

² خالد بوشمة، مرجع سابق ص36.

³ المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 .

⁴ المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 52207، المؤرخ في: 02/01/1989، المجلة القضائية، ع 4، 1990، ص74.

⁵ عبد الفتاح حمادي، مرجع سابق، ص40.

⁶ صديق تواتي، مرجع سابق، ص788.

الفقهاء في اشتراط العدالة في الولاية على المال، أما على النفس فهي محل خلاف فيرى فريق اشتراطها في الولي إذ ليس للفاسق أن يستبد بها، وهو مذهب الشافعي في أصح قوليه وأحمد في الراجح من روايته.¹

بينما ذهب الفريق الثاني إلى عدم اشتراط العدالة في الولي، لأن سببها القرابة وشرطها الوقوف على مصالح الولد، وكون الفاسق اهل لذلك جاز الإشراف على شؤون المولى عليه، وهو قول جمهور الفقهاء؛ أبي حنيفة، ومالك، والشافعي في القول الآخر، وأحمد في الرواية الثانية.²

والراجح أن العدالة شرط كمال لا صحة كما قال الجمهور، خصوصا في هذا الزمان الذي عم فيه الفساد في الأخلاق، والقول بأنه شرط صحة مجاف للواقع، ولا يخلوا من آثار سيئة قد تدمر المجتمع برمته، وتؤدي إلى ضياع الأولاد وفسادهم، فلا يجدون من يقوم بشؤونهم ولا من يعتني بهم، لا الصالحون ولا الفاسدون، ويكون الشارع ملاذهم الوحيد، ولهذا قد يكون بعض الشر أهون من بعض، والعيش في كنف أب فاسق أفضل من العيش في محيط لا يرحم، والولاية إنما جعلت لمصلحة الولد لا لإضاعته.³

ومع ذلك فإذا ظهر فسق في الأب يهدد حياة الولد الأخلاقية، فلا مناص إذن من سحب الولاية عنه، وهو الأمر الذي قرره المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 330 الفقرة الثالثة، والمادة 337 من قانون العقوبات، أن سلوك السيئ للوالدين والذي يؤدي إلى الحكم عليهما بجنحة أو جناية تشكل خطرا ماديا أو معنويا أو أخلاقيا على الأولاد، يوجب إسقاط السلطة الأبوية عن أحدهما أو كليهما.⁴

¹ شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق عادل عبد الموجود على محمد معوض، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421-2000، ص245. ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص22.

² الكاساني، مرجع سابق، ج3، ص362. ابن جزى بن محمد الكلبي، القوانين الفقهية، شركة دار الأرقم، بيروت لبنان، د ط، د س ن، ص222. الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص245. ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص22.

³ شوقي إبراهيم علام، مرجع سابق، ص42.

⁴ الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص163.

الشرط الثاني: الذكورة

لا خلاف بين فقهاء المذاهب أن الذكورة شرط في الولاية على المال، إذ هي من أعمال الرجال لكمال رأيهم وحسن تدبيرهم، والإشراف المالي هو جزء من القضاء، والمرأة ليست مؤهلة لخوض غمار هذه المسؤولية لضعفها وقلة خبرتها.¹

وأما ولاية التزويج والتي هي فرع عن الولاية على النفس فهي محل خلاف بين الفقهاء، فجمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن ولاية النكاح هي بيد الرجال، فلا تتعد بعبارة النساء، وخالفهم في ذلك الحنفية فأجازوا للأم أن تتولى أمور أولادها ومباشرة عقود تزويجهم.² ولم يتطابق موقف المشرع الجزائري مع قول الجمهور بشأن شرط الذكورة للقائم على السلطة الأبوية فوضع الأم في المركز الثاني في تولي السلطة الأبوية بعد الأب مباشرة وصرح بأن الذكورة هي شرط تقديم فقط وأن الأولوية هي للأب عند قيام الزوجية، لكن عند الطلاق أو وفاة الأب أو غيابه أو حصول مانع له فإن شرط الذكورة يفقد وجوده وقيمه بالكلية، وتصبح الأسبقية للأم في تولي السلطة الأبوية³، وهو ما نصت عليه المادة 87 المعدلة من ق أ: "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".⁴

وهذا الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري لم يقل به أحد من أئمة الفقه الإسلامي، ولم يقل به حتى أبو حنيفة نفسه الذي قيد إسناد السلطة للأم بعدم وجود عاصب من الرجال

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص525، الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج6، ص649. يحي بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، المكتب الإسلامي، دمشق، ط3، 1991/1412، ص187، منصور بن يونس البهوتي،

كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص447

² ابن جزى الكلبي، مرجع سابق، ص219.

³ عبد الفتاح حمادي، مرجع سابق، ص43.

⁴ المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 والمعدل بالأمر، 05-02.

وفي الغالب وجود عصبية للولد من عائلته، والأم من ذوي الأرحام*¹، وليست من العصبات.²

الشرط الثالث: الرشد

الرشد في السلطة الأبوية على المال قال به جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية، ويقصد به صلاح المال وعدم تبذيره، أما الرشد في السلطة الأبوية على النفس فيقصد به معرفة مواطن المصالح للأولاد واختيار ما يناسبهم، واشترط الشافعية والحنابلة أن يكون الولي رشيدا، فلا يصح أن يكون الولي غير مرشد.³ وأما عند المالكية فهو شرط تمام لا صحة، فيجوز للسفيه تزويج بناته، وإن كان يستحب له استئذان وليه.⁴

وأما الحنفية فقد قصر الرشد على الصلاح في المال وعدم تبذيره فلا يدخل في شروط الولاية على النفس⁵، وهو القول الراجح لأن الرشد الذي نص عليه الشرع هو المتعلق بالمال لا بالنفس.⁶

أما عن موقف التشريع الجزائري من هذا الشرط فقد حسمت المادة 91 من قانون الأسرة الجدل حول هذه المسألة فقررت أن متولي السلطة الأبوية سواء كان أبا أو أما، إن كان عاجزا ذهنيا أو فكريا عن ممارسة هذه الوظيفة فإن ذلك يعفيه منها، لأن السلطة الأبوية مبناهما على النظر وسداد الرأي، والرشد هو النضج العقلي، لكن لا رشد قبل البلوغ فهو مناط

* ذوو الأرحام هنا ليس على مصطلح الفرائض والمواريث بل على معناه اللغوي لأن الأم ترث فرضا (انظر فتح القدير ج3، ص274).

² كمال بن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج3، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 2003-1424، ص275.

³ النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج17، ص254. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5، ص54.

⁴ علي بن خلف المنوفي، كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي، تحقيق أحمد حمدي إمام، ج3، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، ط1، 1989، ص77.

⁵ محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل عبد الموجود على محمد معوض، ج5، دار عالم الكتب، الرياض، 2003-1423، ص112.

⁶ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص42.

كمال الأهلية، وقد حدد المشرع الجزائري سن الرشد بـ 19 سنة، وهو سن أهلية الأداء وهنا يظهر الفرق بين الرشد بالمعنى الشرعي والرشد بالمعنى القانوني التشريعي، فالرشد الذي يقصده الفقهاء إنما يكون مع البلوغ والعقل، وعلى حسب علامات البلوغ أو السن التي حددها الفقهاء والتي هي إما خمسة عشر سنة، أو ثمانية عشر سنة، عند عدم ظهور هذه العلامات، أما السن التشريعية للرشد مع البلوغ عند المشرع الجزائري فقد حددها 19 سنة.¹

¹ زكية حميدو، مرجع سابق، ص 227، وما بعدها.

المبحث الثاني: مجالات السلطة الأبوية في المسائل الشخصية خلال مرحلة الطفولة
خلق الإنسان ضعيفا لا يقوى على مواجهة مصاعب الحياة بمفرده، ويستمر ضعفه هذا ردحا من الزمن لا يستطيع من خلاله الاعتماد على نفسه ومجابهة المشاق لوحده، فاحتاج في هذا الظرف إلى سلطة تشرف عليه، حتى يزول ضعفه، ويشتدَّ عُوده، وتلبية لهذا الاحتياج نظمت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية مجالات السلطة الأبوية في مرحلة الطفولة الأولى والثانية وهو ما سنتناوله في المطلبين المواليين.¹

المطلب الأول: مظاهر السلطة الأبوية في مرحلة الطفولة الأولى

لكي تحقق السلطة الأبوية مقاصدها المرجوة وغاياتها النبيلة، لا بد أن تسير وفق الطريقة الشرعية المرعية، وأن توافق المنهج الرباني في تربية وتنشئة المشمول بها، ليصبح فردا صالحا في المجتمع وليكون محصنا من كل المحاولات الساعية لإفساده وانحرافه، وشمل هذا المطلب السلطة الأبوية على الجنين ونسبه في الفرع الأول، كما تناول سلطة منح الاسم له في الفرع الثاني، وانتهاء بسلطة إرضاعه وفطامه في الفرع الثالث.

الفرع الأول: السلطة الأبوية على الجنين ونسبه

بداية خلق الإنسان تكون بوجوده في طور الاجتئان في رحم أمه، وهي فترة قصيرة يقضيها ثم يخرج إثرها إلى عالم الدنيا، فهل بإمكان هذه السلطة أن تفرض على هذا المخلوق الضعيف الإجهاز عليه عن طريق الإجهاض، وتفرض النسب عليه بعد ميلاده؟.

أولا: السلطة الأبوية في الإجهاض على الجنين (فترة ما قبل الطفولة):

الجنين قبل أن يخرج إلى الحياة يكون تحت رقابة سلطة الأبوين وسلطة الغير كالحاكم ومن في معناه، والضابط العام الذي يجب مراعاته عند الاضطلاع بهذه السلطة،

¹ محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن، د ط، ص 5.

هو مراعاة مصلحة الجنين وحفظه ورعايته إلى حين ولادته حيا، والامتناع عن كل ما يؤدي إلى الإضرار به جزئيا أو كليا.¹

وإذا منحت السلطة الأبوية للوالدين على جنينهما فإن ذلك لا يعني أبدا أن لهما السلطة المطلقة في الاعتداء عليه بإجهاضه والتخلص منه، لأن الأصل هو الإبقاء عليه، والإجهاض بشروطه هو الاستثناء، وسأسلط الضوء على الحكم الشرعي لهذا الفعل وضوابطه وشروطه، مع ذكر موقف المشرع الجزائري من ذلك.

1. مفهوم الإجهاض والجنين:

- **الإجهاض لغة:** من الجهيض وهو السَّقَط الذي قد تمَّ خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش.²

- **الإجهاض اصطلاحا:** هو انزال الجنين قبل تمام نموه الطبيعي في بطن أمه³، وأما مفهومه من جهة الطب فيقصد به "خروج محتويات الرحم قبل 22 أسبوعا من آخر حيضة للمرأة، أو عشرين أسبوعا من لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي، وأغلب حالاته في الأشهر الثلاثة الأولى"⁴

- **الجنين لغة:** الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه.⁵

- **الجنين اصطلاحا:** عرفه الحنفية بأنه الولد الذي في الرحم بحيث يتبين بعض خلقه كشعر أو ظفر، وأما المالكية فيقولون بأن الجنين هو ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة بحيث يُعرف أن المطروح ولد لاشيء آخر، وعرف الشافعية الجنين بأنه ما كان في البطن وأقل ما يقال عنه جنين هو اجتياز مرحلة المضغة والعلقة وظهور بعض أجزائه، وأما

¹ نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1422هـ/2002م، ص 35 و46.

² ابن منظور، مرجع سابق، ج3، ص 228.

³ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج5، ص 388.

⁴ بوعلام عبد العالي، أحكام المرأة الحامل في الفقه المالكي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية، جامعة احمد بن بلة، وهران، 2014 / 2015، ص 288.

⁵ ابن منظور، مرجع سابق، ج 3، ص 217.

الحنابلة فعرفوا الجنين بأنه ماتبين فيه خلق آدمي، وتعريف المالكية جامع وشامل لمعنى الجنين فيطلق هذا الاسم على كل ما طرحته المرأة، وعلم أنه ولد، أو جزء منه.¹ وأما من الناحية الطبية فالجنين هو " البيضة المخصبة بالحيوان المنوي والآخذة في الانقسام والنمو من بداية تكوينها وحتى الولادة."²

2. حكم إجهاض الجنين:

أ. إجهاض الجنين في الشريعة الإسلامية:

الأصل في الإجهاض الحظر والمنع؛ وعليه فالإجهاض بعد 120 يوماً أي بعد الشهر الرابع من بدء الحمل حرام باتفاق العلماء، وهو جريمة في حق الطفل، واعتداء على نفس بريئة حرم الله قتلها إلا بالحق؛ لقول الله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾³، ولا يجوز الإجهاض إلا لضرورة شرعية تقتضيه، إذ الضرورات تبيح المحظورات، وأما قبل الأربعة أشهر ففي الإجهاض خلاف.

فالحنفية لهم قولان في المسألة قول يبيح الإسقاط قبل أربعة أشهر⁴، وقول لا يرى الإجهاض قبل نفخ الروح مباحاً إلا لعذر.⁵

وأما المالكية فقبل يكره عندهم إخراجه قبل الأربعين يوماً⁶، لكن المعتمد عندهم حرمة إخراج المنى المستقر في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، بل ويحرم إسقاط الجنين ولو بعذر، وتابعهم في هذا القول أبو حامد الغزالي.⁷

¹ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج10، ص 384 .

² موزة عبد الله احمد الشامسي، إجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2020/2019، ص8.

³ سورة الأنعام، الآية 151.

⁴ كمال بن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج3، ص380.

⁵ ملا خسرو الحنفي، درر الحكم شرح غرر الأحكام، ج1، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ص315.

⁶ محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص86.

⁷ شمس الدين بن شهاب الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، ص442، 2003/1424.

وأما الشافعية فالراجح عندهم تحريمه بعد نفخ الروح، وجوازه قبله.¹

والحنابلة: قالوا بجواز الإجهاض قبل الأربعين يوماً عن طريق تناول دواء مباح، ولم يجيزوه بعد مضي هذه المدة.²

وأما الظاهرية فوافقوا المالكية ولم يجيزوا إسقاط الحمل لا قبل الأربعة أشهر ولا بعدها، ولم يذكر ابن حزم استثناء للمنع كمرض ونحوه من الأعذار.³ إذن فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الإجهاض محرم بعد بلوغ الجنين أربعة أشهر من الحمل به، واختلفوا في الإجهاض قبلها بين مبيح مطلقاً، ومبيح في الأربعين يوماً الأولى من عمر الحمل، والذي يرجحه كثير من فقهاء العصر هو تحريم الإجهاض بمجرد الحمل لثبوت الحياة وبدء تطور الجنين في الرحم، وعليه فلا يكون الإجهاض جائزاً إلا عند الضرورة كمرض عضال، أو مرض يسري في الجسد كالسل أو السرطان⁴، أو كانت الولادة عسيرة وقرر الأطباء المتخصصون أن وجود الحمل سيضر بالأم بها، ففي هذه الحالة يباح الإجهاض بل قد يصير واجباً إذا توقفت عليه حياة الأم، إعمالاً لقاعدة "يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف" فلا يضحى بالأم في سبيل إنقاذ الجنين.⁵

وقد جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة ما يلي: "إذا كان الحمل قد بلغ مائةً وعشرين يوماً فلا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مُشوّه الخَلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنةٍ طبيةٍ من الأطباء المختصين أن بقاء

¹ شمس الدين بن شهاب الرملي، مرجع سابق، ج8، ص443.

² منصور بن إدريس منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج3، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، د ط، 1977، ص 208.

³ ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البداري، ج11، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص 238.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج3، ص550.

⁵ جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، ج 3، دار الحديث، القاهرة، 1426 هـ 2005م، ص124.

الحمل فيه خطرٌ مؤكَّدٌ على حياة الأم، فعندئذٍ يجوز إسقاطه، سواء أكان مشوهًا أم لا؛ دفعًا لأعظم الضررين".¹

ويباح الإجهاض أيضا لعذر طرأ على الأم كأن ينقطع لبنها عن ولدها الرضيع بعد ظهور الحمل وليس للأب ما يستأجر به مرضعا لولده، أو ما يقوم مقامها في الوقت الحالي من شراء حليب الأطفال المصنع، فإذا كانت ظروف الوالد المادية لا تسمح بذلك وخشي هلاك الطفل جاز الإجهاض²، وعليه فلا يجوز الإجهاض بقصد تحديد النسل، ولا بقصد التستر على فاحشة الزنا، ولا يجوز كذلك إجهاض جنين المرأة المصابة بمرض الإيدز لأن مصلحة الإبقاء على الحمل المصاب بالإيدز أرجح من المفسدة التي تقابلها، لأن الجنين وإن ولد حاملا لهذا المرض فلن يعدم وسيلة لشفائه، ومرضه هذا مما يرجى برؤه، وبالتالي فحقه في الحياة أرجح فلماذا نحرمه من ذلك، وأما إجهاض جنين الاغتصاب فقد جوزه بعض المعاصرين كمد سيد طنطاوي وسعد الدين الهلالي ولكن بضوابط خاصة منها: أن يكون في الأشهر الأولى قبل نفخ الروح، وأن يكون تحت إشراف طبي رسمي، وأن يكون بطلب من المغتصبة أمام جهة رسمية معينة.³

ب. إجهاض الجنين في القانون الجزائري

إن الاعتداء على الجنين من طرف أحد الأبوين أو كلاهما هو تعسف في استخدام هذه السلطة الشرعية والقانونية، وهو استبداد بهذا الحق الممنوح لأحدهما، لذلك لا بد أن يضبط بضوابط قانونية.

وقد نص قانون العقوبات الجزائري على الجرح المتعلقة بالإجهاض وتناولها في عشر مواد بداية من المادة 304 وانتهاء بالمادة 313، وهو ما يشير إلى تقييده لهذه السلطة

¹ التاريخ: 2021/01/21 الساعة 13303.08:45 <https://www.dar-alifta.org/ar/ViewFatwa.aspx?ID=13303.08:45>

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج3، ص550.

³ دليلة براف، الإجهاض في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري، ص304 وما بعده.

https://www.asjp_cerist.dz/en/downArticle/264/3/1/42978 اطلع عليه بتاريخ 14/12/2020، على

الساعة 10:20.

الأبوية، حماية لحق الجنين في الحياة في جميع مراحل تطوره في بطن أمه، فحرم الاعتداء عليه ولو من قبل أمه أو أبيه، ولم يبحه إلا في حالات استثنائية تستدعي الحفاظ على حياة الأم وصحتها.

ولمعرفة أنواع الإجهاض أهمية كبرى في فهم توجه المشرع الجزائري؛ فالإجهاض ينقسم إلى ثلاثة أنواع: تلقائي، وجنائي، وعلاجي.

فالتلقائي هو عملية طبيعية تتمثل في طرد الرحم للجنين الذي لم يكتب له أن يكمل عناصر حياته قبل موعده الطبيعي، بسبب خلل موجود في جسم المرأة.¹

والثاني هو الإجهاض الجنائي ويصطلح عليه أيضا بالإجهاض الاجتماعي أو الاقتصادي الناتج عن عدم الرغبة في الانجاب أو المحافظة على قوام المرأة ورشاقتها، أو بسبب الحالة المعيشية الصعبة للعائلة كأن يكون عدد الأبناء كثيرا والدخل قليلا، أو نتيجة وقوع في علاقة غير شرعية فيتخلص منه خشية الفضيحة و العار، أو لكون الجنين به تشوه خلقي لايؤثر على صحة الحامل، أو أنه غير مرغوب فيه أصلا.²

ولم يبيح المشرع الجزائري الإجهاض للمرأة المغتصبة لما ينجر عنه من تبعات وآثار تؤدي إلى إساءة استعماله، لكن إذا تعرضت الحامل لضرر بالغ وتقرر إجهاضها فإن الإجهاض هنا لا يكون بسبب الاغتصاب وإنما بسبب مالحقها من ضرر.³

والإجهاض الجنائي هو الممنوع شرعا والمجرم قانونا وقد نص المشرع الجزائري على أركانه في المواد 304، 306، 309، 310 من قانون العقوبات الجزائري⁴، وسواء كان من طرف المرأة الحامل نفسها، أو من طرف الغير الذي قد يكون أبا أو طبيبا.

والنوع الثالث من الإجهاض هو الإجهاض العلاجي أو الضروري، وذلك عندما يشكل الحمل خطرا حقيقيا على صحة المرأة، فنقتضي الضرورة هنا التضحية بالجنين

¹ الشيخ صالح بشير، الإجهاض العلاجي في ظل قانون الصحة الجديد 18-11، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مجلد1، عدد2، 2019، ص875.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

³ المرجع نفسه، ص 876.

⁴ المواد 304 وما بعدها من قانون العقوبات الجزائري رقم 66 - 156.

للمحافظة على صحة الأم عن طريق الإجهاض¹، ويسلم فاعله من الإثم ولايجرم قانونا، فقد جاء في نص المادة 308 من قانون العقوبات: "للعقوبة على الإجهاض إذا استوجبتته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطة الإدارية"²

والخلاصة إذن أن المشرع الجزائري قد وافق المذهب المالكي بل ووافق الرأي الراجح الذي مال إليه فقهاء العصر وهو أنه يحرم الاعتداء على الجنين من أول لحظة استقر فيها في رحم أمه، غير أنه خالف الفقهاء القدامى الذين لم يجوزوا إجهاض الجنين بعد الأربعة أشهر من أجل بقاء الأم على قيد الحياة، وعللوا مذهبهم بأن إحياء نفس بقتل أخرى لا يجوز، فخالفهم ووافق رأي أكثر الفقهاء المعاصرين الذين أباحوا الإجهاض عند وجود خطر يهدد الأم، وسارت جل التشريعات في هذا الاتجاه، فأباحت الإجهاض العلاجي، كونه حالة صحية تستدعي إنهاء حمل الأم لإنقاذها من مضاعفات خطيرة قد تؤدي بحياتها.³

ثانيا: السلطة الأبوية على نسب الطفل:

لانتقوم السلطة الأبوية إلا على أشخاص تجمعهم رابطة حقيقية بالأب والتمثلة في ثبوت نسب الابن من أبيه الشرعي، وهي رابطة شرعية مستمدة من تعاليم الدين الحنيف سأنترق إلى مفهومها، وأهميتها، وحكم فرضها بطريقة غير شرعية على الولد.

1- مفهوم النسب

4. تعريفه لغة: النسبة والنسبة والنسب القرابة.⁴

5. تعريفه في الاصطلاح الفقهي: هو " رباط سلالة الدم الذي يربط الإنسان بأصوله

وفروعه وحواشيه "⁵.

¹ الشيخ صالح بشير، مرجع سابق، ص875.

² المرجع نفسه، ص878.

³ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج3، ص124.

⁴ ابن منظور، مرجع سابق، ج 14، ص 242.

⁵ علي هاشم يوسفات، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد،

تلمسان، السنة الجامعية 2014/2015، ص20.

6. تعريفه في القانون الجزائري: اهتم المشرع بموضوع النسب فأدرجه ضمن آثار الزواج وضمنه خمس مواد بداية من 40 وانتهاء بالمادة 45 من قانون الأسرة المعدل، حيث صرح في المادة 41 على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.."¹ فالنسب الشرعي وفق هذا المفهوم هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة، وينتج أثره في الإرث وموانع الزواج، وتترتب عليه مجموعة الحقوق والواجبات بين الأبناء والآباء، وأما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقاً.²

وهذه المادة في الحقيقة لم تعرف لنا النسب الشرعي تعريفاً واضحاً وإنما كشفت طرق إثباته، على عكس المشرع المغربي الذي ركز على المعنى الدقيق للنسب الشرعي، فجاء في مدونة الأسرة المغربية تعريف النسب في المادة 150 وهو " لحمة شرعية بين الأب وولده، تنتقل من السلف إلى الخلف".³

فالإسلام ينسب الولد لأبيه وأمه، مع ترجيح جهة الأب، والنسبة إلى الأب لا تكون إلا إذا عرف الوالد، فإن كان مجهولاً نسب إلى أمه، كما في ولد الملاعنة، ومثله ولد الزنا.⁴

2- أهمية النسب: رابطة النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة بل هو شرفها، فالولد جزء من أبيه، وقطعة متأصلة فيه، ولولا هذا النسب لتفككت الأسر، ولتقطعت الصلات بينها، ولم يبق أثر لحنان أو عطف أو رحمة.

وقد اجمع الفقهاء على أن النكاح الذي يثبت به الفراش هو الذي توافرت فيه شروط النسب وهي بلوغ الزوجين، وإمكانية المعاشرة الجنسية بينهما بعد العقد، وولادة الولد

¹ المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري 84-11.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية، مرجع سابق، ص 620، علي هاشم يوسفات، مرجع سابق، ص 21 و 22.

³ مدونة الأسرة القانون رقم 70.03 بمثابة قانون الأسرة صدر بموجب الظهير رقم 1.04.22 المؤرخ في 2004/02/03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 2004/02/05 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08.09 بموجب الظهير 1.10.103 المؤرخ في 2010/07/16 الجريدة الرسمية عدد 5859 الصادرة بتاريخ 2010/07/26.

⁴ عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، ج 4، مكتبة وهبة، القاهرة، 1427-2006، ص 80-81.

بين أدنى وأقصى مدة الحمل وهي ستة أشهر وأكثرها عشرة أشهر، وأن لا ينفى الزوج نسب ولده منه عن طريق اللعان.¹

3- فرض النسب غير الشرعي تحت ضغط السلطة الأبوية:

من حقوق نعمة النسب أن لا تلتخ بعلاقة آثمة، وألا يفرض مجهول على عائلة الشخص، فيتمتع بكامل الحقوق الشرعية التي تمنح للابن الصلبي، وانطلاقاً من هذا وتأسيساً على هذا المبدأ وحفاظاً على هذه النعمة؛ حرمت الشريعة نظام التبني الذي كان من مخلفات الجاهلية، وكان مشروعاً حتى في صدر الإسلام ومنعته في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾² ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ﴾³، فمنع الشرع بذلك الأبناء من الانتساب لغير آبائهم ومنع الآباء من أن ينسبوا أولاد الغير إليهم مجهولين كانوا أو معلومين، وفي هذا يقول عليه الصلاة والسلام «مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ، فَالْجَنَّةُ عَلَيْهِ حَرَامٌ»⁴، كما حرم الإسلام إنكار نسب الأولاد، وحرّم على المرأة أن تتسب ولدا لغير أبيه، فقال عليه الصلاة والسلام: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ ادْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِّنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنْ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ. وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَدَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ»⁴.

وبخصوص موقف القانون الجزائري إزاء هذه المسألة، فقد كان واضحاً، وكشف عن الطرق الشرعية لإثبات النسب فنصت المادة 40-01 من قانون الأسرة على ما

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 627.

² سورة الأحزاب، الآية 4، 5.

³ محمد بن إسماعيل البخاري، الصحيح، ج 4، كتاب المغازي، باب غزوة الطائف، رقم الحديث: 4223، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، 1993، ص 1572.

⁴ أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء، رقم الحديث: 2264، مرجع سابق، ج 6، ص 351.

يلي: "يثبت النسب يثبت بالزواج الصحيح، أو بالإقرار، أو بالبينة، أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 34، 35، من هذا القانون.¹

كما فصلت المادة 46 في مشروعية التبني من عدمه بنصها الآتي: "يمنع التبني شرعا وقانونا"²، فلا مكان للدخيل في شجرة النسب، ولا يجوز فرض التبني على أي شخص.

الفرع الثاني: السلطة الأبوية في منح الاسم للمولود

لما كانت الشخصية القانونية للإنسان تثبت بتمام ولادته حيا، فوجب إذن أن يختص بخواص تميزه عند الاختلاط بهم، وتأتي على راس هذه الخواص التسمية؛ وهي اختيار اسم للمولود عند الولادة يعرف به بين أقرانه ويميزه عن غيره.³

أولا: السلطة الأبوية في منح الاسم للمولود في الفقه الإسلامي:

ينبغي على الأب اختيار اسم حسن لولده مستمد من التراث الإسلامي، مستبعدا بذلك الأسماء الغريبة والدخيلة المأخوذة من ثقافات الغير، وفي حال اختلاف الأبوين على تسمية المولود فالتسمية من حق الأب⁴، فهو الأحق بها دون غيره، وله الحرية الكاملة في ذلك، وهذا هو الأصل، ومع ذلك يستحب للأب استشارة الأم في اختيار الاسم تطيبا لخاطرها، فالمولود خرج من أحشائها وهو ولدها أيضا، ومن المستحب أن يختار له اسما حسنا⁵، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إِنَّكُمْ تُدْعَوْنَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِأَسْمَائِكُمْ وَأَسْمَاءِ آبَائِكُمْ، فَأَحْسِنُوا أَسْمَاءَكُمْ».⁶

¹ المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 والمعدل بالأمر، 05-02.

² المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري 84-11.

³ محمود عبد الحي محمد، الاهتمام بالطفولة وأثره في منع الانحراف وتحقيق التنمية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ط1، 2018، ص96، 98.

⁴ المرجع نفسه، ص110.

⁵ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج9، ص283.

⁶ ابو داود، السنن، ج 13، كتاب الأدب، بات في تغيير الأسماء، رقم الحديث: 4944، مرجع سابق، ص291.

ومن هدي النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يغير الاسم غير المرغوب فيه إلى غيره، والقبیح إلى ما هو أحسن منه، فغير اسم عاصية إلى جميلة، وأصرم إلى زرعة، وحزن إلى سهل.¹

والتسمية الحسنة مندوب إليها لما لها من الأثر الطيب على شخصية الولد، وليست هناك أسماء مخصوصة بعينها يلزم بها الآباء، ولكن الاختيار يخضع دائماً لمسايرة الدين والواقع والذوق والبيئة، كما أنه يلزم ديناً وأدباً أن تكون الاسماء موحية بالجدية والرجولة للذكور، وبالعفة والشرف للبنات، لتتناسب مع مقام كل منهما.²

ثانياً: السلطة الأبوية في منح الاسم للمولود في القانون الجزائري:

يعد الحق في الانتماء إلى اسم من الأسماء أول الحقوق القانونية التي تثبت للطفل عند ولادته، ولذا حرصت القوانين على تنظيمه والاهتمام به وقد حذا المشرع المصري في قانون الطفل المصري حذو الشريعة الإسلامية في مادته الخامسة والتي نصت على ألا يتضمن الاسم أي معنى من معاني الإهانة أو التحقير، وكل ذلك موكول إلى الأب لأنه صاحب السلطة³، وسارت المنظومة القانونية الجزائرية في هذا الاتجاه، فجعلت الحق في الاسم على رأس قائمة حقوق الطفل إذ هو من السمات التي يتميز بها الشخص الطبيعي وتتحدد بها هويته، ومن ثم جاءت النصوص التشريعية لتضمن هذه الحماية للاسم، ولتعطي للأب السلطة في اختياره، لأنه هو الولي القانوني، والطفل شخص ضعيف مسلوب الإرادة.⁴

1. تعريف الاسم في الفقه القانوني: هو: "التسمية التي تطلق على الشخص لتعيينه بين أقرانه تعييناً خاصاً"⁵

¹ محمود عبد الحي محمد، مرجع سابق، ص 103.

² عطية صقر، مرجع سابق، ج 4، ص 138.

³ محمود عبد الحي محمد، مرجع سابق، ص 111.

⁴ سليمان ولد خسال، إختيار اسم الطفل في الشريعة الإسلامية والمنظومة القانونية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 6، ص 12.

⁵ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 353.

2. مكونات الاسم في القانون الجزائري: يتكون الاسم حسب القانون المدني الجزائري من عنصرين اللقب والاسم، وقد نصت المادة 28 من القانون المدني التي تقضي بأنه: "يجب أن يكون لكل شخص لقب أو اسم فأكثر، ولقب الشخص يلحق أولاده"،¹ وهذا ما نصت عليه المادة 63 المعدلة بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 08/09/2014 من قانون الحالة المدنية حيث جاء نصها كآتي: " تبين في عقد الميلاد السنة والشهر واليوم والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له، وأسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الوالدين، وكذلك بالنسبة للمصرح..² وقد صرحت هذه المادة بذكر اسم الولد دون لقبه وفيه إشارة ضمنية إلى أن لقبه يتبع لقب أبيه أو والدته.³

- اللقب: هو "اسم الأسرة التي ينتسب إليها هذا الولد ويشترك جميع أفراد الأسرة في حمله".

- الاسم الشخصي: وهو "التسمية التي تطلق على الشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة"⁴

3. سلطة الوالدين في منح الاسم: إن اكتساب الاسم الخاص يتم عند الولادة، ويكون الشخص المخول الذي له الحق في منح الاسم هو أحد الوالدين، وفي حالة انعدامهما يقوم المصرح بمنح الاسم له، وهذا ما نصت عليه المادة 64 في فقرتها الأولى: "يختار الأسماء الأب أو الأم، أو في حالة عدم وجودهما المصرح"⁵، ولأبوين مطلق الحرية في هذا الاختيار مع مراعاة شرطين اثنين: الأول وجوب أن تكون الأسماء أسماء جزائرية، إلا إذا كان الأطفال مولودين من أبوين غير مسلمين؛ وهو ما نصت عليه المادة 28 من التقنين المدني والمادة 64 من قانون الحالة المدنية، والشرط الثاني: أن تمنع جميع الأسماء غير المخصصة في الاستعمال والعادة، فلا يكون الاسم شاذا أو متعارضا مع الآداب العامة، أو

¹ المادة 28 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري،

² المادة 63 من الأمر 70-20، المؤرخ 19/02/1970، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج ر، عدد 21، 1970.

³ سليمان ولد خصال، مرجع سابق، ص 13.

⁴ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 354-355.

⁵ المادة 64 من الأمر 70-20 المعدل والمتمم، المتعلق بالحالة المدنية.

مخلا بالشعور الوطني أو الديني، وهو مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية.¹

4. تصحيح أسماء الأبناء أو تغييرها: من أجل تصحيح اسم القاصر أو تغييره أو إضافة اسم إليه فإنه يجوز للولي الشرعي أو الممثل الشرعي أن يتوجه بطلب إلى وكيل الجمهورية مشفوع بذكر الأسباب التي دفعته إلى هذا التصحيح، مرفوقا بشهادة ميلاد، وبحول وكيل الجمهورية عريضة التصحيح بدوره إلى رئيس المحكمة المختص إقليميا للبت فيها، فإن استوفت الشروط القانونية أصدر حكما بتصحيح هذا العقد؛ وهذا كله طبقا للمواد 49، 50، 51، 52، من قانون الحالة المدنية.²

وعليه فإن سلطة اختيار الأسماء للأبناء الشرعيين تعود إلى الآباء في الفقه الإسلامي وفي القانون الجزائري، وتمتد هذه السلطة إلى تصحيح الأسماء وتغييرها، وأما الأبناء المكفولين في القانون الجزائري فإن كان نسبهم معلوما فالأب الشرعي هو من يمنحهم الاسم، وإن كانوا مجهولي الأب، فالأم تمنحهم ذلك الاسم، وإن كانوا مجهولي الوالدين فإن حق منح الاسم هو من اختصاص ضابط الحالة المدنية إن لم يوجد من حضر الولادة من المصرحين³، كما يجوز للكافل هو الآخر أن يصحح أو يغير اسم المكفول ويمنحه لقبه إن كان والداه مجهولين، وإن كانت أمه معلومة فلا بد من أخذ موافقتها، كما نصت على ذلك المادة الأولى مكرر من المرسوم 71-157 والمتمم بالمرسوم التنفيذي 20-223 المتعلق بتغيير اللقب؛ لأنه الممثل الشرعي له.⁴

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 356.

² المرجع نفسه، ص 366.

³ المادة 64 من الأمر 70-20 المعدل والمتمم، المتعلق بالحالة المدنية.

⁴ المرسوم رقم 71-51 المؤرخ في 03/06/1971 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر 47، 1971، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992، ج ر 5، 1992، والمتمم بالمرسوم التنفيذي 20-223، المؤرخ في 08/08/2020، ج ر 47، 2020، وكذا المادة 120 و121 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بأحكام الكفالة.

الفرع الثالث: السلطة الأبوية على الإرضاع والفظام:

إن أول ما يدخل جوف الطفل بعد خروجه للحياة هو لبن أمه الذي يتغذى به جسمه، ويتقوى به بدنه، وهذه العملية تسمى "الرضاع"، وعند ما تتوقف هذه العملية نهائياً تسمى هذه الحالة بحالة "الفظام"، فإلى أي مدى يمكن لسلطة الوالدين أن تؤثر على هاتين العمليتين؟.

أولاً: السلطة الأبوية على الإرضاع

تثار هنا مسالتان المسألة الأولى متعلقة بحكم الرضاع بالنسبة للأم، والمسألة الثانية تتناول حالات تنازع الأم مع غيرها في سلطة الإرضاع، وقبل ذلك يحسن بنا أن نقف على مفهومه أولاً.

1. تعريف الرضاع

- لغة: رَضِعَ ورضِعَ بفتح الضاد وكسرها، كسَمِعَ وضَرَبَ، رَضِعَ أمه امتصَّ ثديها، فالرضاع والرضاعة بالكسر والفتح¹ هو شرب اللبن من الثدي أو الضرع.²
- اصطلاحاً: "هو مص الرضيع من ثدي الأمية في مدة الرضاع".³

2. سلطة الإرضاع: وضعت الشريعة الإسلامية الأسس التي يقوم عليها حق الإرضاع في آيتين كريمتين: الأولى في قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾⁴، والثانية في قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأُتْمِرُوا

¹ الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص 654.

² الجوهري، مرجع سابق، ج 2، ص 400.

³ علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص 96.

⁴ سورة البقرة، الآية 233.

يَبْنِكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَرِّضْ لَهُ وَ أَحْرَى ﴿١﴾؛ ففي الآيتين الكريمتين يظهر التوزيع الشرعي لمسئولية الرضاع بين الأبوين، ومن خلالهما استنبط الفقهاء أكثر أحكامه.²

فيجب على الأم ديانة أن ترضع ولدها في جميع الأحوال، سواء كانت متزوجة بأبي الرضيع، أم مطلقة منه وانتهت عدتها، أو كانت في فترة العدة، أو تركها أرملة بعد وفاته، لعموم قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ ﴾، إلا إذا كان إذا منعها عذر من ذلك كمرض ونحوه فحينئذ لا يجب ذلك عليها لقوله تعالى ﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدَيْهِ ﴾³، ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».⁴

فإن انتفى العذر وقام غيرها بإرضاعه كانت آثمة، ومسئولة أمام الله عز وجل، لأنها ألحقت به ضرراً، وإن رضيت بإرضاعه فليس للأب أن يسلبها هذه السلطة على الرضيع التي منحها الشرع إياها.⁵

وتبعاً لذلك اختلف الفقهاء في الرضاع هل هو حق للأم، أم هو حق عليها؟ وإذا كان حقا عليها واجبا فهل للقاضي أن يجبرها عليه أم لا؟

ظهر في المسألة اتجاهاً؛ اتجاه يرى بأن ذلك واجب عليها ديانة وقضاء، والثاني ذهب إلى أن ذلك واجب عليها ديانة لا قضاء؛ والمقصود بوجود الرضاع ديانة أنها تسأل عنه أمام الله في يوم الدين، وتأتّم إن امتنعت إلا لعذر، والمقصود بوجوده قضاء أنها تجبر من طرف القاضي على إرضاع الولد.⁶

¹ سورة الطلاق، الآية 6.

² صليحة وجادي، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، العدد 16، ديسمبر، 2016، ص78.

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ مالك بن أنس، الموطأ، ج4، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث: 1440، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1988، ص31.

⁵ نجاشي علي إبراهيم، أحكام الرضاع في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، المكتبة التوفيقية، مصر، ط1، 1989، ص161.

⁶ صليحة وجادي، مرجع سابق، ص82.

-الاتجاه الاول القائل بوجوب الإرضاع ديانة وقضاء على الأم:

وهو رأي المالكية الذين قالوا بوجوب الرضاع عليها قضاء، فتجبر عليه مادامت زوجية أو رجعية إلا أن عند وجود مرض ألم بها، أو كان لبنها قليلا لا ينتفع به الطفل، أو كانت مطلقة طلاقا بائنا فإن أرضعت فلها الأجرة، أو كانت من شريفة من ذوي الحسب والقدر،¹ ففي هذه الحال على الأب استئجار مرضعة لولده، إلا إذا لم يقبل الطفل غير أمه فيجب عليها الإرضاع حينئذ، وكذلك إذا لم يجد الأب المال ليعطيه كأجرة للمرضعة نظرا لمروره بأزمة مالية مثلا، فهنا يصير الإرضاع في حقها أمرا لازما.²

ودليل وجوب الإرضاع قوله تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ ﴾³، ذلك لأن الفعل "يرضعن" هو صيغة خبر، مراد بها الأمر الذي يقتضي الوجوب وصار واجب الإرضاع من طرف الأم من قبيل العرف اللازم فهو كالشرط في عقد النكاح، لكن بعض المالكية رد على هذا الاستدلال وقال : أن سياق الآيات يشير إلى أنه خاص بالنساء المطلقات لا المتزوجات⁴، ونصر الظاهرية هذا القول فقالوا: يجب على كل والدة مادامت الزوجية قائمة أن ترضع ولدها رغبت أم كرهت؛ وتجبر على ذلك إن امتنعت، إلا إذا كانت مطلقة فلا تجبر، ولكن حقها مكفول في إرضاعه لا ينازعها في ذلك أحد.⁵

وسارت بعض التشريعات العربية في هذا الاتجاه فنصت المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الرابعة عند تناولها لحقوق الأبناء على الآباء على وجوب إرضاع

¹ ابو البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج4، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1434-2013، ص1939.

² ابن جزى الكلبي، مرجع سابق، ص242.

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ ابو عبد الله ابن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق حامد أحمد الطاهر، ج2، دار الغد الجديد، القاهرة، مصر، ط1، 1431-2010، ص116، ابن العربي ابو بكر، أحكام القرآن، تحقيق محمد إبراهيم الحفناوي -اسماعيل محمد الشنديدي، ج1، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1432-2011، ص285، لحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج4، دار مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، ط1، 1435-2014، ص280.

⁵ ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج10، ص165.

الأم لأولادها عند الاستطاعة¹، كما نصت المادة 55 من التشريع العراقي للأحوال الشخصية على أنه: "على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك".²

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ألغى تلك الوجوبية في تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، بعد أن كان واجب الرضاع ثابتاً في حق الزوجة بنص المادة 39 فقرة 2 الملغاة من القانون رقم 84-11، بل إنه لم يستدرك هذا الحق ولم يشر إليه حتى في قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، مما يدل على التخبط الذي وقع فيه المشرع الجزائري وتأثره بأفكار التيارات الوافدة، فنتج عن ذلك فراغ قانوني أدى إلى غموض موقف المشرع الجزائري تجاه هذه المسألة، وكان بإمكانه وبناء على المادة الملغاة أن يلزم الزوجة الممتعة عن الإرضاع التي قصرت في واجبها، وعليه فمتى ألزمها القاضي ولم تمتثل وأصرت على الامتناع ووصل الطفل إلى حافة الهلاك، تكون مرتكبة لجناية يعاقب عليها قانون العقوبات، كما أن الزوج لا يخلوا من المساءلة لتهاونه في عدم إخبار المحكمة بهذا الامتناع، إن كان يعلم بذلك.³

و لذلك كان على المشرع الجزائري أن يستدرك هذا القصور ويدرج هذا الحق الإنساني للطفل ضمن واجبات الأم، ويمنح هذه السلطة للأم دون غيرها عند التنازع.

-الاتجاه الثاني القائل بوجوب الإرضاع ديانة لا قضاء على الأم:

تبنى هذا الرأي جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) فنصوا على أن الإرضاع مندوب في حقها ولا يجبرها عليه أحد عليه⁴، وهو حق من حقوقها وليس بواجب

¹ مدونة الأسرة القانون رقم 70.03 بموجب الظهير رقم 1.04.22، المادة 54.

² المادة 55 من القانون رقم: 188، المؤرخ في 1959/12/01، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، جريدة الوقائع العراقية، عدد 280.

³ صليحة وجادي، مرجع سابق، ص 82.

⁴ ابن عابدين، مرجع سابق، ج 5، ص 347. ابو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، ج 4، دار القلم دمشق الدار الشامية بيروت، ط 1، 1996-1417، ص 635، ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 249.

عليها؛ إلا عند الضرورة كعدم وجود مرضعة ترضعه، ومن مقتضيات هذا الحق أن الأم تقدم على المرضعة الأجنبية ولو كانت الأجنبية متبرعة، ويفرض للأم جزاء إرضاعها أجرة المثل، إن هي طالبت بذلك سواء كانت زوجية أو بائنا، وإن طالبت أكثر من أجرها جاز انتزاعه منها.¹

القول الراجح: القول الراجح من أقوال أهل المذاهب هو قول من قال إن إرضاع الولد واجب على الأم وهي مجبرة على ذلك إذا كانت الرابطة الزوجية قائمة، والقول بوجوب الرضاع على الأم وإجبارها هو قول ابن تيمية وابن أبي ليلى وغيره من السلف، كما أن الإرضاع هو حق للأم يصاحبها حتى بعد انفصالها عن زوجها وسلطتها على الرضيع لا ينافيها فيها أحد، بل ولو طلبت أجرة المثل ووجد الأب مرضعة بالمجان؛ ومن نافلة القول أن نذكر هنا أن الرضاع لا يتعارض مع حق الاستمتاع، وقد صحح النووي قول الشافعية بقوله: "إن الأصح في مذهب الشافعية عدم حق منع الزوج زوجته من إرضاع ولدها منه".²

3- حالة تنازع الأم مع غيرها في سلطة إرضاع الصبي:

إذا كانت الأم متزوجة بأبي الرضيع وانفقت معه على استقدام مرضعة لولده، وقبل الرضيع ثدي المرضعة، جاز هذا التصرف بناء على هذا الاتفاق³ استناداً إلى الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْرِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَاءً تَيْتُمٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴، لكن التساؤل يثار حول أحقية الأم في الاستئثار بسلطة الإرضاع وعدم منحها للغير، خصوصاً عند ظهور طرف آخر يطالب بهذه السلطة، فلمن يكون التقديم؟؛ وبمعنى آخر هل تقدم الأم على الأجنبية مطلقاً في إرضاع الولد؟ أم أن هذا

¹ برهان الدين ابي إسحاق بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج8، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، د ط، 2003، ص192.

² عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج9، ص480.

³ نجاشي علي إبراهيم، مرجع سابق، ص173.

⁴ سورة البقرة، الآية 233.

التقديم مقيد بشروط؟، وللإجابة على ذلك نحاول استقراء آراء الفقهاء في هذه المسألة لنخلص في الأخير إلى نتيجة تجيب عن هذا التساؤل.

الحالة الأولى: تنازع الأم مع غيرها وقبولها بالتبرع بالرضاع أو طلب أجره المثل:
في هذه الحالة لا خلاف في تقديم الأم على غيرها لإرضاع ولدها بالمجان وبدون مقابل.

وكذا لا خلاف بين الفقهاء إن هي طالبت بأجرة المثل أو أقل منه مع اشتراط عدم وجود مرضعة تقبل بأقل من ذلك الأجر.¹

الحالة الثانية: تنازع الأم مع غيرها عند طلب أكثر من أجره المثل على الرضاع
في هذه الحالة يجوز للأب عند اعتراضه على طلب الأم، وعدم قبولها أن يلجأ إلى مرضعة أخرى لولده، ويطلق على هذا النزاع الحاصل بين الأبوين بـ "التعاسر" وقد جاءت هذه اللفظة في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾²؛ أي إذا ضيق أحد الزوجين على الآخر بالمشاحة في الأجرة أو طلب الزيادة عليها، فلا مناص من البحث عن مرضعة أجنبية للصبي.³

الحالة الثالثة: تنازع الأم مع غيرها عند وجود المرأة الأجنبية المتبرعة بالرضاع
في حال وجود المتبرعة بالرضاع، ومطالبة الأم إرضاع ولدها مقابل أجره المثل، فالراجح إجابة طلب الأم لأن إرضاعها له أصلح وأنفع، بشرط أن يكون زوجها ميسور الحال وقادرا على دفع الأجرة، وإلا فإن له حق انتزاع الطفل من أمه وتسليمه إلى مرضعة أخرى.⁴

¹ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج9، ص492

² سورة الطلاق الآية 6.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁴ المرجع نفسه، ج9، ص493.

ثانياً: السلطة الأبوية على فطام الولد

تنتهي فترة الرضاع بالفطام، وقد يفطم الولد عند انقضاء حولين كاملين، وقد يفطم في بعض الأحيان قبل مضي هذا الزمن، وقبل انتهاء فترة الحولين، فهل للسلطة الأبوية من تأثير للفصل في أمر الفطام من عدمه؟.

1. تعريف الفطام:

لغة: فصلَ الطفل من الرضاع.¹

واصطلاحاً: منع الصبي من الرضاع عن طريق الثدي، واستقلاله في غذائه عن

الأم.²

2. السلطة الأبوية على فطام الولد في الفقه الإسلامي:

إن السلطة الأبوية على فطام الولد قبل الحولين عند الفقهاء ليست مطلقة بل

مقيدة بشرطين اثنين:

الشرط الأول: اتفاق الوالدين ورضاهما على الفطام قبل هذه المدة

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا³﴾؛ فالإقدام على فطام الولد لا بد فيه من رضا الأبوين معاً، ولا يكفي رضا

أحدهما، و لا بد من استشارة أهل الخبرة أيضاً في شأن الفطام ومراعاة مصلحة الولد.⁴

الشرط الثاني: عدم الإضرار بالرضيع بهذا التنقيص

إن كان لا ضرر على الرضيع، فللأبوين فطامه وإن كان في ذلك ضرر، لمرض

ألم به أو لضعف في بنيته، أو رفضه تناول الطعام، لم يجز للوالدين أن يفطماه، لأنه سيؤد

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج 12، ص 199.

² نجاشي علي إبراهيم، مرجع سابق، ص 186.

³ سورة البقرة، آية 233.

⁴ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج 9، ص 466.

مفسدة، ولا يحصل منفعة، والمتأمل في الآية الكريمة ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ﴾¹، يجد أن عبارة "تضار" إنما تفيد المشاركة، وقد أسندت إلى كل واحد من الوالدين لإخباره أن الإضرار بالآخر، بسبب الولد، هو في الحقيقة إضرار بنفسه، لأنه تضمن إيصال الأذى للولد، وكيف يعقل للأب و الأم أن يكون كل همه هو السعي لإيذاء الآخر وضرره.² وقد أكد الفقهاء على هذا المقصد وهو الحفاظ على صحة الولد، ومراعاة مصلحة الصغير، وإليك أقوالهم في هذه المسألة:

المالكية: " لَوْ تَنَازَعَتِ الْأُمُّ مَعَ الْأَبِ فِي فِطَامِ الصَّغِيرِ لَمْ يُتَّقَتْ لِمَنْ أَرَادَ الْفِطَامَ لِأَنَّ الْحَقَّ فِيهِ لِلْأَبَوَيْنِ مَعًا، فَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا ذَلِكَ وَامْتَنَعَ الْآخَرُ لَمْ يُتَّقَتْ لَهُ وَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهُمَا مَعًا"³

الشافعية: " إِنْ كَانَ الْفِطَامُ يَضُرُّ الْوَالِدَ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا اسْتِقْلَالٌ بِالْفِطَامِ قَبْلَ مُضِيِّ الْحَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةُ الرِّضَاعِ فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى فِطَامِهِ حِينَئِذٍ جَازَ إِنْ لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ مِنْهُمَا"⁴.

الحنابلة: " ولا يفطم قبل الحولين إلا بإذن أبيه، فيجوز إلا أن يتضرر الصغير، فلا يجوز وإن رضيا⁵، لحديث: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁶

فمن هذه الآراء الفقهية نخلص إلى القول بأن السلطة الأبوية تستطيع أن تقرض الفطام على الولد الرضيع بشرط عدم الإضرار به نفسياً أو بدنياً.

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² نجاشي علي إبراهيم، مرجع سابق، ص 186.

³ أحمد بن غنيم المالكي النفراوي، الفواكة الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1997، ص 88.

⁴ الأنصاري ابو يحيى زكريا بن محمد، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص521.

⁵ منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5 ص485.

⁶ مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ، ج4، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث: 1440، مرجع سابق، ص31.

3. السلطة الأبوية على الفطام في القانون الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة الفطام في قانون الأسرة وإنما تكلم على أحكام الرضاع في ثلاث مواد وهي المادة 27، 28، 29، وتطبيقاً لمادة الإحالة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على أن "كل مالم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"¹، وبالرجوع إلى أقوال الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، فإن للوالدين سلطة فطام الولد قبل الحولين بشرطين اثنين أولهما: أن لا يتضرر الولد بهذا الفطام ضرراً نفسياً أو بدنياً، والشرط الثاني أن يكون الفطام بموافقتهم ومشاورة أهل الاختصاص والتجربة.²

المطلب الثاني: مظاهر السلطة الأبوية خلال مرحلة الطفولة الثانية

تبتدئ المرحلة الثانية للطفولة بعد انتهاء فترة الإرضاع، وفي هذه المرحلة يستطيع الولد أن يميز وأن يفهم وأن يخاطب وأن يفكر، لكنه يبقى مع كل ذلك قاصراً، ولذلك كانت مرحلة الحضانة مرحلة مهمة في حياة الطفل إذ فيها يتلقى صنوف التربية البدنية، والخلقية، والدينية، وسأتناول في الفرع الأول سلطة الأبوين على الحضانة بما فيها من تربية بدنية وخلقية، كما خصص الفرع الثاني للحديث عن سلطة الأبوين على ديانة الأولاد.

الفرع الأول: السلطة الأبوية على الحضانة

تعد الحضانة صورة من صور السلطة الأبوية وتبدأ مرحلة الحضانة أو ما يطلق عليها بالطفولة المبكرة من سن الرضاعة إلى السنوات الأولى من عمر الطفل وهي من أجلّ مظاهر الرعاية بالنسبة للأولاد.³

¹ المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 .

² نجاشي علي إبراهيم، مرجع سابق، ص 186.

³ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان الأردن، ط3، 2010، ص361.

أولاً: مفهوم الحضانة

لا يمكن الوقوف على مفهوم الحضانة الشامل إلا بعد أن التعرف على هذا المصطلح من الناحية اللغوية مروراً بالتعريف الاصطلاحي، ووصولاً إلى تعريفها على ضوء قانون الأسرة.

1. تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً

- لغة: القيام بأمر الصبي والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربّيانه والحضانة، بالفتح: فعلها.¹

- اصطلاحاً: هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير مجنون، وذلك برعاية شئونه وتدبير حاجياته في سن معينة، وهي ولاية نظر يراعى فيها الأصلح، والغرض منها حفظ المحضون، فإن لم تتحقق هذه الغاية فلا يحكم بها.²

2. تعريف الحضانة في التشريع الجزائري:

عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري الحضانة بانها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهل على حمايته وحفظه صحة وخلقا"³، وهو أحسن تعريف مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى، حيث جاء مشتملاً على كل حاجيات المحضون في جميع المجالات الصحية والدينية والتربوية والخلقية.⁴

ثانياً: الطبيعة الشرعية والقانونية للحضانة

تباينت آراء الفقهاء واختلفت قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية بخصوص تكييف الحضانة؛ هل هي حق أم واجب؟ وفي حال كونها حقاً هل هي حق

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج4، ص152.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص679. ناصر محمد عليوي، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، ، 2010، ص24.

³ المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري 84-11.

⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010، ص139.

للمحزون أم حق للحاضن؟، أم هي ذات طبيعة مزدوجة؟، و لبسط كل ذلك سيتم التطرق إلى طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي أولاً، ثم إلى طبيعتها في القانون الوضعي ثانياً.

1. طبيعة الحضانة في الفقه الإسلامي:

عند استقراء آراء الفقهاء حول طبيعة الحضانة وهل هي حق أو واجب، ستظهر ثلاثة اتجاهات متباينة.

الاتجاه الأول: الحضانة حق للحاضن

وقد تبني هذا الرأي الجمهور وهم الحنفية¹، والمالكية في المشهور عندهم²، والشافعية³، والحنابلة⁴، فقرروا أن الحضانة هي حق للحاضن لا ينازعه فيه أحد، ومن ثم فليست الحضانة بواجبة عليه، إلا إذا تضرر الصغير بإهماله وتركه، فتصير حينئذ واجبة متعينة على أحد الأبوين⁵، ولا يجبر على القيام بها⁶.

الاتجاه الثاني: الحضانة حق للمحزون

يرى هذا الفريق أن الحضانة هي حق للمحزون ويترتب على هذا القول وجوب الحضانة على الحاضن وإجباره حال التخلي عنها، وممن ذهب إلى هذا الرأي أبو الليث،

¹ كمال بن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج4، ص331.

² الخطاب الرعيني، مرجع سابق، ج5، ص602.

³ الشربيني، مرجع سابق، ج 5، ص192.

⁴ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج5 ص 496

⁵ المواق محمد بن يوسف المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ج5،

ص 593، ابن قدامة، مرجع سابق، ص237.

⁶ ابن جزى الكلبى، مرجع سابق، ص 245.

والهنداوي، وجواهر زادة من مشايخ الحنفية¹، وهو أيضا قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح، وابو ثور،² وابن الماجشون من المالكية³، والعمراني من الشافعية.⁴

الاتجاه الثالث: الحضانة حق مزدوج للحاضن والمحضون

جاء هذا الاتجاه وسطا بين الاتجاهين السابقين، وموفقا بين الرأيين المختلفين، فقرر حق الاشتراك في الحضانة بين الحاضن والصغير، فالقول الذي يقضي بعدم إجبار الحاضنة وأن الحضانة حق لها، محمول فيما إذا لم يتعين ذلك عليها، أما إذا وصل الأمر إلى ضياع حق المحضون ولم يوجد من يحضنه إلا هي، توجب حينئذ مراعاة حقه دون حقه، وإجبارها على التكفل به⁵، وهو مذهب ابن عابدين من الحنفية.⁶

القول الرابع: الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معا، حق الحاضن، وحق المحضون، وحق الأب أو من يقوم مقامه، فالحضانة حق مشترك بين الجميع⁷، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، أما إذا تعارضت هذه الحقوق وجب تقديم حق المحضون على غيره.

2. الطبيعة القانونية للحضانة:

الحضانة ولاية مشاركة جعلها الشرع بين الحاضن والولي، فالأم لها الحضانة وإن امتنعت عن إرضاع ولدها، كما أن للأب أن يتعهد ولده عند حاضنته ويتولى شؤونه التربوية ويوفر له احتياجاته المادية، ومتى تعينت الحضانة على أحد، منع عليه تركها ذلك أنها حق للمحضون يلتزم به من تعينت عليه.

¹ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص258.

² ابن الهمام الحنفي، مرجع سابق، ص331.

³ الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج5، ص602.

⁴ النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج20، ص222.

⁵ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج17، ص301.

⁶ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص259.

⁷ الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1436-2015، ص573.

وحضانة الولد الصغير تدور مع مصلحته، ومصلحته مقدمة على مصلحة الأبوين، خصوصا إذا ادعى أحدهما أحقيته في الحضانة.¹

ومعظم التشريعات العربية كيفت الحضانة على أنها حق وواجب، وهذا الحق يحمل طبيعة مزدوجة، سواء كان صاحب الحق حاضنا أم محضونا، وقد حذا المشرع الجزائري حذو التشريعات العربية، وكيف الحضانة على هذا الأساس، مع تغليب حق المحضون وإعطائه الأولوية.

فقد نصت المادة 66 من قانون الأسرة: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون"، وبالإضافة إلى ذلك فإن حصول أي مانع خارج عن إرادة الحاضن يحول دون ممارسته لهذا الحق يسمح له بعد زواله بعودة الحضانة إليه وهو ما نصت عليه المادة 71 من قانون الأسرة.²

ومقتضى ما تقدم عرضه من موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من خلال تكييفهما لطبيعة الحضانة يمكن الخروج بنتيجة مفادها أن هذه الأخيرة هي حق وواجب على الحاضن، وفوق ذلك كله تبقى سلطة شرعية وقانونية بيد الحاضن على المحضون مرجعها هو الشرع الحنيف الذي أعطاه هذا التفويض ليتسلط على الصغير من أجل المحافظة عليه، وتحصيل مصالحه.

ثالثا: مركز السلطة الأبوية في الحضانة

لقد أوكل الشارع الحكيم والقانون الجزائري مهمة الإشراف على مصالح الصغير للوالدين بما لهما من سلطنة، فهما أقرب الناس إليه، والأكثر شفقة عليه، ثم راعى بعد ذلك

¹ أحمد نصر الجندي، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص279-280.

² المادتان: 71، 66 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 .

من هو الأصل والأُنظر في كل مرحلة من مراحل حياته، فقدم الأم في البداية، وأما مركز الأب في الحضانة فسيتجلى على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.¹

1- مركز السلطة الأبوية في الحضانة في الفقه الإسلامي:

قرر الفقهاء أن الأم هي الأحق بحضانة ولدها ولو كانت كافرة بعد طلاق أو وفاة زوجها بالإجماع.

وأما إذا كان الأب على قيد الحياة ولا تزال في عصمته، ولم تنفصل عنه، فالحضانة حينئذ تكون مناصفة بينهما.²

والملاحظ عند ترتيب الفقهاء للحاضنين أن مركز الأم في سلطة الحضانة احتلّ صدارة القائمة لا ينازعها في ذلك أحد باتفاق الفقهاء، في حين أن مركز الأب قد تبوأ مراتب متأخرة وهذا ماسنبيبه.

حيث أخذ ترتيب الحواضن اهتماماً بالغاً من قبل الفقهاء فقد اعتمدوا على تحري الأشخاص الذين هم إلى الطفل أقرب، وعليه أحن وأشفق وأحرص³، فذهب الحنفية إلى أن التي تلي الأم وأم الأم في الحضانة هي أم الأب ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت الأب⁴، أما المالكية فقد جعلوا الخالة في المرتبة الثالثة⁵، إعمالاً لحديث « إِنَّمَا الْخَالَةُ أُمٌّ⁶ »، واتفقت الشافعية⁷، والحنابلة⁸، على أن الأب يأتي مباشرة بعد الأم وأم الأم وإن علت.

¹ عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف مصر، ط5، 1965، ص553.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، 681.

³ المرجع نفسه، ج8، ص680، زكية حميدو، مرجع سابق، ص327.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 2014، ص457.

⁵ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص508.

⁶ أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث 2279، مرجع سابق، ج6، ص371.

⁷ زكريا الأنصاري المصري الشافعي، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص144.

⁸ برهان الدين أبي إسحاق بن مفلح، مرجع سابق، ج8، ص200.

وذهب الشيعة الإمامية إلى أن أحق الناس بحضانة الأولاد هي الأم، ثم الأب، وإذا فقدت حضانة الأبوين انتقلت إلى الجد.¹

ونحنى ابن حزم منحى آخر فقرر أن إسناد الحضانة يجب أن يراعى فيه صلاح الحال، فكل من كان الأصلح من أرحام المحضون، كان هو المقدم، ولا عبرة باتباع الترتيب.²

وأما ابن القيم فقد ذكر الضوابط التي من خلالها رتب الفقهاء أصحاب الحق في الحضانة وهي أربع على الترتيب: الأمومة، ثم الأبوة، ثم الميراث، ثم الإدلاء...والأم مقدمة على الجميع في الحضانة وبالتالي فالمرأة القريبة منها هي خالة المحضون وهي أختها فتقدم على عمه المحضون التي أخت الأب.³

إلا ابن القيم اعترض على هذه الضوابط وكشف عن فساد هذه الطريقة وتناقضها مع قواعد الشريعة، وأخذ بضابط إسناد الحضانة الذي تبناه شيخه ابن تيمية وأيده فيه حيث يرى أن الحضانة هي ولاية تعتمد على الشفقة والتربية والملاطفة، وأحق الناس بها أقربيه؛ فإذا اجتمع منهم اثنان فأكثر وقد استوت درجاتهم فإن الأنثى تقدم على الذكر، فتقدم الأم على الأب، والجدة على الجد، والخالة على الخال وهكذا، أما إذا استوت درجاتهما و كانا ذكرين أو أنثيين يختار أحدهما عن طريق القرعة، وعند اختلاف درجاتهما من الطفل، فإن كانوا من جهة واحدة، يقدم الأقرب إليه، فتقدم الخالة على خالة الأبوين، وخالة الأبوين على خالة الجد والجدة، فجهة الأبوة والأمومة في الحضانة أقوى دائماً من جهة الأخوة فيها، وهذا هو الصحيح في الترتيب، وهو وجه في مذهب الإمام أحمد؛ وعليه فكل مسألة تتعلق بإسناد الحضانة يمكن الرجوع فيها إلى هذا الضابط الذي يتميز بسلامته من التناقض وموافقته

¹ محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ج2، دار التيار الجديد، بيروت، لبنان، ط10، 2008، ص121

² ابن حزم، مرجع سابق، ج10، ص143.

³ شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ج5، ص334.

لقواعد الشريعة، ومراعاته لمصلحة المحضون، وبالتالي يوفّر علينا عناء حصر مسائل هذا الباب.¹

والملاحظ في ترتيب الفقهاء للحواضن أن سلطة الأم في الحضانة هي أقوى من سلطة الأب، هذا الأخير الذي تآرجح مركزه بين من يجعله يلي الأم وأمها كما فعل الشافعية والحنابلة، وبين من يجعله يتذيل الترتيب ولا يستحق الحضانة إلا عند انعدام الحاضنات من النساء - وهن أكثر - وهو قول الحنفية؛ وبين من يجعله وسطا فيأتي بين أقارب الأب وأقارب الأم كما فعل المالكية؛ وبين من يرى أن الأب يأتي بعد الأم مباشرة وهو قول الإمامية، وبين من يرى أن الأولوية للأقرب والأصلح، ولا يأخذ بذاك الترتيب، وهو رأي ابن حزم الظاهري الذي رجح كفة الأب وقدمه على قريبات الأم بشرط أن يكون أصلح منهن.

هذا عن موقف الفقهاء من مستحقى الحضانة أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة فهو ما سأذكره في الفقرة الموالية.

2- مركز السلطة الأبوية في الحضانة في القانون الجزائري:

احتفظت الأم كعادتها بحق الصدارة في تقلد منصب الحضانة في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده، وذلك تماشيا مع ماقرره الفقه الإسلامي، لكن مركز الأب إزاء هذه السلطة شهد تحولا جذريا مقارنة بين قانون 11-84 والأمر 02-05 المعدل، وسأستعرض أهم الفروق بينهما لاكتشف في الأخير عن مركز الأب الجديد الذي تبناه المشرع الجزائري.

أ- مركز الأبوين في الحضانة قبل تعديل قانون 11-84:

سار المشرع الجزائري في قانون الأسرة 11-84 في ركب فقهاء المذاهب الأربعة و خصوصا فقهاء المذهب المالكي السائد والمنتشر في المجتمع الجزائري في ترتيب

¹ شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ص 336.

مستحقي الحضانة، فنصت المادة 64 منه قبل التعديل: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". فهذا النص يظهر أحقية الأم للحضانة لا ينازعها في ذلك أحد، إلا عند سقوط الحضانة عنها، فحينئذ تنتقل إلى أمها ثم بعد ذلك إلى خالتها، ثم تأتي بعدها أم الأم، ثم يأتي مركز الأب في الدرجة الرابعة، خلافا لمذهب مالك الذي يرى تقديم أم الأب عليه، وأخذا برأي الشافعية والحنابلة.¹

ب- مركز الأبوين في الحضانة في قانون الأسرة المعدل 05-02

أعاد المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 ترتيب الحواضن فجاء نص المادة 64 كالتالي: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".²

فهذا التعديل وإن خرج عن المذهب المالكي وبقية المذاهب في ترتيب الحاضنين ومال إلى قول الإمامية، إلا أنه حاول أن يساوي بين جهة الأب وجهة الأم، مع إبقائه الأولوية للأم، مع إقرار مبدأ الترتيب بين الأبوين وحسما للنزاع الذي يدور في أروقة المحاكم بين أهل الزوج وأهل الزوجة بخصوص الأحقية في الحضانة فالأب كان حقه مهضوما لأن دوره لا يأتي إلا بعد انقضاء جهة الأم بأكملها وهذا إجحاف في حقه.³

إن هذا الترتيب الجديد بؤاً الأب المركز الثاني بعد الأم في قائمة الحاضنين⁴، وهو ليس ملزما للقاضي إذ يستطيع أن يسند الحضانة لمن هو مؤهل لضمان مصلحة

¹ عادل شباب، حضانة الطفل، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم

الاجتماعية والاسلامية، الجامعة الإفريقية، أدرار، 2011، ص 58

² المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 والمعدل بالأمر 05-02.

³ عادل شباب، مرجع سابق، ص 64.

⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 140.

المحضون¹، والمشرع الجزائري بهذا الترتيب لم يخرق قواعد الشريعة الإسلامية، بل بناه على القياس والاستحسان، وربما يكون قد أخذ برأي الإمامية الذين يقدمون الأب على النساء الحاضنات بعد الأم، وأما تقديم الأم فجاء بسبب عنصر الأمومة لا عنصر الأنوثة، والفرق واضح بينهما، وأما استحقاق الأب الحضانة بعدها مباشرة فلأن جهة الأبوة والأمومة في الحضانة أقوى من أي جهة أخرى وهو ما صرح به ابن القيم².

ويرى الدكتور العربي بلحاج، أن مجيء ترتيب الأب ثانياً يعود إلى كونه أحرص الناس على مصلحة ولده من غيره، وتبقى مصلحة المحضون هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضن بإمكان القاضي أن يتخلى عن هذا الترتيب ولا يكون ملزماً به³.

وإلى هذا ذهب المادة 7 من قانون حماية الطفل 15-12 حيث نصت على وجوب مراعاة المصلحة الفضلى للطفل عند إجراء أو تدبير أو حكم أو قرار قضائي يتخذ بشأنه، مع الأخذ بعين الاعتبار عند تقدير هذه المصلحة جنسه وسنه وصحته واحتياجاته المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية ووسطه العائلي وجميع الجوانب المرتبطة بوضعه⁴.

رابعاً: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

مدة الحضانة تتحدد بقدر حاجة المحضون إليها تحقيقاً لمصلحته، وتنتهي هذه المدة بانتفاء الحاجة إليها، حيث يستغني المحضون عن حاضنته، وهذا الاستغناء إنما يعرف بعلامات ذكرتها كتب الفقه الإسلامي ونصوص القانون الجزائري.

أ- مدة الحضانة في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبدأ منذ ولادة الطفل إلى سن التمييز، واختلفت نظرتهم في تحديد السن الذي يستغني فيها الصغير ذكراً كان أم أنثى عن الحضانة، وتباينت أقوالهم على النحو التالي:

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرحاً، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2014، ص76.

² ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، مرجع سابق، ج5 ص 336

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص140.

⁴ المادة 7 من قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

فالحنفية رأوا بأن الاستغناء عن الحضانة يكون بالاستقلال النفسي في الأكل والشرب واللبس، وزمنه سبع سنين أو تسع سنين، وأما الفتاة فتنتهي حضانتها ببلوغها تسع سنين أو عشرة سنة؛ وهما سنا بلوغ¹؛ وذهب المالكية إلى أن الحضانة تنتهي بالنسبة للذكور إلى البلوغ على المشهور ولو كان مجنوناً أو مقعداً²، وبلوغ الفتاة لا يُنتهي حضانتها كالولد، بل تستمر حتى بعد البلوغ، لأنها لا تزال محتاجة إلى تعلم شؤون البيت وأمور النساء³؛ وأما الشافعية فحدّوا انتهاءها ببلوغ الصغير سن التمييز، وهو غالباً ما يكون بين سبع أو ثمان سنين، والحكم مداره على التمييز لا على السن، وإن تنازع الأبوان في كفالته بعد ذلك خيّر بينهما، فإن اختارهما لثلاثين أقرع بينهما⁴؛ ونص الحنابلة أن انتهاء الحضانة للذكر عند سبع سنين، وله أن يختار بعد ذلك أحد أبويه إذا تنازعا فيه كما قال الشافعية، والأنثى كذلك تنتهي حضانتها ببلوغها سبع سنين ولكنها لا تخيّر عندهم خلافاً للشافعية، أما المعتوه فتستمر حضانتها عند الأم ولا يخير⁵.

أما ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فقد رأيا أن يمنح للقاضي تقدير مصلحة الطفل في تقديم أحد الأبوين على الآخر عند إسناد الحضانة وانتهائها، إذ ليس هناك نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقاً، ولا تخيير للولد بين الأبوين مطلقاً، فمتى أخلّ أحد الأبوين بأمر الله وبأمر رسوله في الصبي وكان الطرف الآخر مُراعٍ لهذا الأمر، فهو أحق به وأولى⁶.

ب- موقف المشرع الجزائري من مدة الحضانة:

عرفنا إذن أن سن الحضانة في الفقه الإسلامي موضع اجتهاد فقهي، وهو ما سمح بالمشرعين في مجال الأحوال الشخصية بالاجتهاد فيه وفق هذه الغاية، فوضعوا لسن

¹ ابن الهمام الحنفي، مرجع سابق، ص334.

² محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 508.

³ القاضي محمد عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، شركة القدس، القاهرة، مصر، ط1، 2012، ص435.

⁴ ابو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ج4، ص.649.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص 229.

⁶ شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ج5، ص 354.

الحضانة تحديدا وتمديدا، على غرار المشرع الجزائري، الذي اجتهد في موضع الاجتهاد¹، ف جاء نص المادة 65 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية "

فببلوغ الطفل عشر سنوات وبلوغ الفتاة 19 سنة وهوسن الزواج طبقا للمادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة، يوضع حد للنزاع على الحضانة، وأما بخصوص تمديد أمد الحضانة فقد اشترط المشرع الجزائري في طالب التمديد أن يكون هو الأم نفسها، وبطبيعة الحال يشترط فيها أن لا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر غير ذي محرم للصبي المحضون.²

ولقد أغفل المشرع الجزائري الحديث عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها بقوة القانون، لكن بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن المذهب المالكي والحنفي لا يأخذان بحق اختيار المحضون بين والديه خلافا للشافعية والحنابلة³، وإنما يعود الولد للعيش مع أبيه ويضم إليه⁴.

الفرع الثاني: السلطة الأبوية على ديانة الأولاد

إذا كان من حق الشخص أن يكون حرا في اعتناق الديانة التي يراها مناسبة له دون اعتراض من أحد كما نص على ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في مادته 18⁵،

¹ المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، د ط، 2010، ص519.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2007، ص385.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8 ص702.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 393.

⁵ المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة اعتمد بموجب القرار: 217 ألف(د-3) في 1948/12/10.

فإن الأمر مختلف بالنسبة للأولاد الذين يخضعون لنظام السلطة الأبوية وهو ما سيتضح من خلال موقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من ديانة الأولاد وردتهم.

أولاً: السلطة الأبوية على ديانة الأولاد

1- السلطة الأبوية على ديانة الأولاد في الفقه الإسلامي

تحتل السلطة الأبوية موقعا هاما في حياة الأولاد الدينية، وتؤثر فيها تأثيرا إيجابيا، لذلك أحاطها الفقهاء بمجموعة من القواعد تضمن الحفاظ على حياتهم الدينية تحت مظلة الرقابة الأبوية، وتتواجد هذه السلطة في حالات ثلاث:

الحالة الأولى: وجود الولد عند أبوين مسلمين أو أب مسلم وأم كتابية

المولود الذي ولد من أبوين مسلمين يعد مسلما بلا خلاف بين العلماء، وكذلك من ولد من أب مسلم وأم كتابية يكون مسلما¹.

الحالة الثانية: عند اختلاف دين الأبوين

انقسم الفقهاء إلى اتجاهين: اتجاه يرى تقديم قاعدة "الصغير يتبع خير الأبوين دينا"، ومنهم من يرى تقديم قاعدة "الولد يتبع أباه في الدين والنسب و يتبع أمه في الرق والحرية" وإليك آراؤهم:

الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة): القاعدة التي تطبق عند اختلاف دين الأبوين هي أن "الصغير يتبع خير الأبوين دينا"، ذلك لأن الإسلام هو خير الأديان، والسلطة الأبوية على دين الولد يستحقها من الأبوين من كان مسلما، إذ أولاد المسلمين هم مسلمون بالتبعية لأبائهم بلا خلاف.²

¹ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج9، ص، 442.

² برهان الدين ابو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج4، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط 1، 1417، ص344.

والصبي ليس حراً في اعتناق أي ديانة فهو يتبع أبويه في الإسلام والكفر، فإذا بلغ وكان كافراً وأراد أن يُسلم كان حراً في اختياره، ولا يمنع من ذلك أحد، لأن الإسلام هو خير الأديان.¹

واستدل جمهور الفقهاء²، بقوله عليه الصلاة والسلام «كلُّ مولودٍ يُولدُ على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»³ وإنما أراد به الأبوان غير المسلمان، فإذا لحق أحد أبويه في كفره، فمن باب أولى أن يتبع الآخر في الإسلام⁴ واستدلوا كذلك بحديث «الإسلامُ يعلو ولا يُعلَى»⁵.

المالكية: وضع المالكية قاعدة عند اختلاف دين الأبوين مفادها أن " الولد يتبع أباه في الدين والنسب، ويتبع أمه في الحرية والرق "؛ فجاء في المدونة: الولد الصغير تابع لأبيه في الدين، وإسلام الأب لإسلام لصغير ولده مطلقاً؛ قال ابن الحاجب: يحكم بإسلام المميز على الأصح تبعاً لإسلام الأب كغير المميز وكالمجنون؛ فالصغير يحكم بإسلامه تبعاً لإسلام الأب دون الأم؛ فلأب النسب والولاية على الطفل وهو عصبه، والذرية تنسب إلى الأب لا إلى الأم.⁶

الرأي الراجح: يظهر مما سبق رجحان قول الجمهور، وهو أن الولد يتبع خير أبويه ديناً لقوة أدلتهم، فالأم في تبعية ولدها لها في الإسلام كالأب؛ إن لم تكن أولى وأجدر، فتبعية الطفل

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج9، ص356. ابن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص286.

² عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج9، ص446.

³ البخاري، الصحيح، ج1، كتاب الجمائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، رقم الحديث: 1361، مرجع سابق، ص465.

⁴ ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، ج1، تحقيق سيد عمران، دار الحديث، القاهرة، 1426-2003، ص351.

⁵ علي بن عمر ابو الحسن الدارقطني، مرجع سابق، ص176.

⁶ ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج1، ص350.

لأمه في الإسلام إن لم تكن أقوى من تبعية الأب فهي مساوية له، وأيضا فالولد جزء منها حقيقة، ولهذا تبعها في الحرية والرق اتفاقا دون الأب.¹

الحالة الثالثة: عند ردة أحد الوالدين

إذا ارتد أحد الوالدين عن الإسلام فهل سيؤثر ذلك على ديانة الولد وهي الإسلام؟ أم أن الولد باق على إسلامه وردته لا تسحب منه ديانته؟؛ للإجابة عن هذا التساؤل سنقوم بتعريف الردة ومفهومها أولا، ثم نتناول أثر الردة على الصبي.

أ. تعريف الردة

لغة: التحول و الرجوع.²

اصطلاحا: "هي الكفر بعد الإسلام، وتكون بقول صريح و بلفظ يقتضيه ويفعل يتضمنه" والقول الصريح يكون بالكفر بالله ورسوله، وأما اللفظ الذي يقتضيه فيكون بجحود ما علم من الدين بالضرورة كالصلاة والصيام، وأما الفعل الذي يتضمنه فيكون بإلقاء مصحف في القاذورات أو تلطيخ الكعبة ونحو ذلك.³

حكمها: الردة مُحِبطة للعمل لقوله تعالى ﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَلُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾⁴، وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد⁵، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ »⁶.

ب. أثر ردة الوالدين على الأولاد :

¹ ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج1، نفس الصفحة.

² ابن منظور، مرجع سابق، ج6، ص133.

³ خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق ابو الفضل الدمياطي، ج6، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1433-2012، ص317.

⁴ سورة البقرة، الآية 217.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج9، ص3.

⁶ البخاري، الصحيح، ج6، كتاب الحدود، باب حكم المرتد والمرتدة، لرقم الحديث: 6922، مرجع سابق، ص2537.

لا سلطة على الوالدين في إلزام الصبي بالردة الأبوية و الولد لا يتبع والديه في الردة ويبقى على إسلامه باتفاق المذاهب الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.¹

2- السلطة الأبوية على ديانة الأولاد في القانون الجزائري:

حرص المشرع الجزائري في المادة 62 و 67 من قانون الأسرة على تطبيق معيار امتياز الديانة بالنسبة للقاضي، وذلك خوفا على تربية المحضون على غير دين أبيه المسلم في الزواج المختلط، مما يوجب سقوط الحضانة على الأم غير المسلمة، لأن حقها في الحضانة يتعارض مع مصلحة الصغير، وحق المحضون مقدم على حق الحاضنين.²

والمبدأ القانوني الذي تركز عليه الأسرة الجزائرية يقضي بأن الولد ينشأ على دين أبيه لا أبويه، فصار من أحكام النظام العام، وهو ما يجعله ضمن القواعد الآمرة والتي تبطل كل اتفاق يخالفه، وعليه فكل اتفاق بين زوجين مختلفي الديانة يقضي بالمساس بديانة الأطفال يُعدّ لاغيا، ويلغى كل اتفاق يحرم الأب من ممارسة حقه في تربية ولده على دينه.³

ومن جهته سعى القضاء الجزائري إلى تطبيق معيار امتياز الديانة في جميع القرارات المتعلقة بحضانة الولد الناجم عن الزواج المختلط، لتوفير حماية أكبر لدين المحضون، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني المبني على المرجعية الإسلامية على حساب القانون العلماني، ومن ثم استبعاد قواعد التحليل التنازعي التي تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الحضانة.⁴

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج9، ص 450. شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، ج12، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص43، محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج21، ص77. ابن قدامة، مرجع سابق، ج 9، ص16.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج 9، ص، 267.

³ عفرة حياة، امتياز الديانة كمعيار لتطبيق القانون الوطني للدول الإسلامية على الحضانة في الزواج المختلط، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، المجلد15، العدد02، 2020، ص244.

⁴ المرجع نفسه، ص248.

وقد حرص الاجتهاد القضائي الجزائري على اعتماد هذا المعيار واستبعاد ضابط الجنسية والذي أساسه قانون أجنبي علماني، حفاظا على النظام العام وخصوصية المجتمع الجزائري المسلم، وصدر قرار بهذا الشأن عن المجلس الأعلى بتاريخ 1989/01/02 والذي بموجبه يرفض منح صيغة تنفيذية لحكم قضائي فرنسي يقضي بإسناد حضانة بنتين للأم الفرنسية غير المسلمة والتي تقيم في فرنسا، إذ بقاء البننتين معها يُخشى منه تغيير معتقدهما، وإبعادهما عن دينهما وعادات قومهما.¹

وهو ما أيده القرار الذي يليه والصادر أيضا عن المجلس الأعلى حيث جاء فيه أنه "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها، ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه... والقضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للأحكام الشرعية والقانونية"²

وفي قرار آخر وثيق الصلة أسندت الحضانة للأب وأسقطت عن الأم المسيحية الأجنبية التي سعت إلى تنصير أولادها من خلال سجلات الكنيسة، وجاء فيه: "من المقرر... أن الأم تستحق حضانة الأولاد ولكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم"³

وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي الجزائري في قراراته على إسقاط حق الحضانة عن الأم الأجنبية غير المسلمة التي لا تقيم في الجزائر، مع أن قانون الأسرة يمنحها هذا الحق بنص المادة 64، لأن ذلك يحول دون ممارسة الأب لحق رقابة أولاده وتربيتهم على دينه، وحقه في زيارتهم، ومن ثم حرمانه من ممارسة سلطته الأبوية.

وعلى هذا قضى المجلس الأعلى في قراره: "حيث إن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تُعطى للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن

¹ المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 52207، المؤرخ في 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد4، الجزائر، 1990، ص74.

² المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 52221، المؤرخ في 1989/03/13، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر 1993، ص48.

³ المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 19287، المؤرخ في 1979/04/16، نشرة القضاة، العدد2، الجزائر، 1981، ص110/108.

حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاث".¹ وأما الحاضنة غير المسلمة إذا كانت تمارس الحضانة فعليا في الجزائر فحقها في الحضانة مكفول، شريطة عدم الإضرار بمعتقدهم.²

ثانيا: ردة الصبي وأثرها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

قد يحدث أن يرتد الصبي فيخرج عن الإسلام، وسنقف على مدى تأثير للصبي بهذه الردة ومدى تأثير والديه عليه لننتهي عن ذلك مادام تحت سلطتهما.

1- ردة الصبي وأثرها في الفقه الإسلامي

ذهب ابو يوسف والشافعي ورواية عن أبي حنيفة وقول لأحمد أن الطفل إذا ارتد قبل البلوغ فإن رده لا تقع، وفي الرواية الثانية لأبي حنيفة ومحمد ومشهور أحمد ومذهب المالكية أن الردة تقع³، والراجح ما قاله ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغني وهو أن ردة الصبي المميز إذا صدرت عنه، لا اعتبار لها، ويبقى الصبي مسلما حتى يصل إلى سن البلوغ، فيعرض عليه الإسلام، فإن أصر على الكفر فهو مرتد، ويعامل معاملة البالغين وكأنه ارتد من جديد فيعامل معاملة البالغ.⁴

2- ردة الصبي وأثرها في القانون الجزائري

أقرت المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان حرية الفكر والاعتقاد وممارسة الشعائر الدينية فقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 الذي ينص في المادة 18 منه على أن: " لكل شخص الحرية في اعتناق دين معين، ويشمل هذا الحق

¹ المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 45186، المؤرخ في: 1987/03/09، غير منشور، مقتبس عن العربي بلحاج، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص131، 132.

² عفة حياة، مرجع سابق، ص249.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج9، ص437. ابو عبد الله محمد الخرشبي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، ج8، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص62، النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج21، ص57. ابن قدامة، مرجع سابق، ج9 ص15، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج6، ص175.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج9 ص15.

الإعراب عنه بالممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها، ويشمل كذلك الحرية في تغيير الدين أوالمعتقد، وأنه لايجوز فرض الدين على الآخرين بالقوة"¹، و يُعد الطفل من جملة هؤلاء فله الحق في اعتناق أي دين، أو تغيير دينه لدين آخر، وقد جاء في اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 في المادة 4 في فقرتها الأولى على أنه " تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين"²، وقد تحفظت الدول الإسلامية على التصديق على هذه الوثيقة لمخالفة بعض نصوصها للشريعة الإسلامية، بينما لجأت بعض الدول الإسلامية إلى التحفظ العام على كافة نصوص هذه الاتفاقية كباكستان وإيران وبنغلاديش والكويت للسبب نفسه.³

وكانت الجزائر من ضمن الدول المتحفظة على بعض مواد هذه الوثيقة، فقد تحفظت على المادة 14 في فقرتيها الأولى والثانية، والتي تنص على أن الأطفال أحرار في تحديد دينهم.⁴

وهذا التحفظ جاء بناء على أن الجزائر تتمسك بمعيار امتياز الديانة الذي تنص عليه المبادئ الدستورية الجزائرية، فالطفل شخص قاصر يتلقى التوجيهات الدينية وفقا لدين أبيه وهو الإسلام، ووفقا لهذا الاعتبار فليس للطفل الحق في اختيار الدين الذي يريده لأن هذه الحرية قد تسمح له بأن يرتد عن الإسلام، وهو أمر مخالف للشريعة الإسلامية، إذ أنه عودة إلى الكفر بعد الإيمان، وأما الطفل غير المسلم فينتلقى الشعائر الدينية تبعا لوالديه غير المسلمين، وهو إقرار من المشرع بعدم اعتراضه على ممارسة الديانات الأخرى، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾⁵، وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا حين قنن ممارسة

¹ المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة اعتمد بموجب القرار: 217 ألف(د-3) في 1948/12/10.

² اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 /11/ 1989 تاريخ بدء النفاذ: 09/02 /1990.

³ سعدي خلف مطلب الجميلي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الدار العثمانية للنشر، د ط، دت، ص259.

⁴ عفرة حياة، مرجع سابق، ص 244.

⁵ سورة البقرة، الآية 256.

الشعائر في الجزائر لغير المسلمين، بموجب الأمر 03-06¹ المتعلق بشروط ممارسة الشعائر الدينية، لينص على ان حرية التدين مكفولة ومشروعة، إلا أنها مقيدة بقيود، وكل إخلال بها حتما سيؤدي إلى الوقوع في المحذور، ويهوي بها إلى منزلق خطير من شأنه المساس بوحدة الوطن وهوية الأمة، وانطلاقاً من هذا رتب الجزاء القانوني على المخالفين؛ فقد جاء في نص المادة 11 من هذا الأمر: "أن كل رجل دين غير مسلم يقوم على تحريض مسلم على تغيير دينه ويستعمل وسائل الاغراء أو يسعى إلى زعزعة إيمانه يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج"²، ففي النص إشارة إلى تجريم كل محاولات التنصير داخل الوطن، كما أن العقوبة المنصوص عليها هي خاصة برجال الدين من غير المسلمين دون الآخرين، وجاء هذا الأمر استكمالاً للمادة 36 من الدستور 1996 والتي تقضي "لا مساس بحرية المعتقد"³، فالمشرع الجزائري يقر بحرية المعتقد متى كانت في إطارها القانوني، وهو ما أكدته التعديل الدستوري لسنة 2020 في المادة 51 "حرية ممارسة العبادات مضمونة وتمارس في إطار احترام القانون"⁴. ومسألة عقيدة الطفل تبقى استثناء على هذا المبدأ، ليتفق رأيه في الأخير مع الشريعة الإسلامية التي تقر بمبدأ "عدم حرية الطفل في العقيدة"، فعقيدته هي عقيدة أبيه وحرية في الاعتقاد مقيدة بأسرته.⁵

وعند تتبع شروط الولاية وشروط الكفالة فإن الملاحظ اشتراط الإسلام في الولي والمؤلّي، في الكافل والمكفول، فلا يتولى غير المسلم مسلماً، ولا مسلم غير المسلم، وهذا

¹ الأمر 03-06، المؤرخ في 28/02/2006، المحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، ج ر، العدد12، 10/03/2006.

² المادة 11 من الأمر 03-06، المحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين

³ مرسوم رئاسي 96-438، المؤرخ في 07/12/1996، المتعلق بإصدار تعديل نص الدستور، ج ر، عدد76، 8/12/1996.

⁴ مرسوم رئاسي، رقم 20-442، المؤرخ في 30/12/2020، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر، عدد 82، 2020.

⁵ العرابي خيرة، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة أحمد بن بلا، وهران، الجزائر، 2012/2013، ص84.

باتفاق جمهور العلماء، ومع هذا فإن ذلك لا يمنع من تدخل القاضي ليفرض سلطانه بقوة الشرع والقانون؛ وعلى هذا فإذا أسلم الولي، وتمسك المولى عليه بدينه، أو اسلم المولى عليه وبقي الولي على دينه، بطلت الولاية، وانتقلت إلى غيره لاشتراط اتحاد الدين بينهما في صحة الولاية والكفالة.¹

وفي خاتمة هذا الفصل أخلص إلى القول بأن مرحلة الطفولة ومايصاحبها من ضعف يلزم الصغير في بداية حياته، تستوجب قيام سلطة أبوية ترعى شؤونه، وتحمي شخصه، وتوفر له العناية اللازمة، وقد تجلت هذه السلطة في فرض النسب الأبوي الشرعي عليه، واختيار اسم له، مروراً بإرضاعه وفطامه وانتهاء بحضانهه، وتمسكه بدين أبيه، وقد لاحظنا أن هناك شبه اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في كثير من أحكام هذه السلطة في هذه المرحلة.

¹ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 224.

الفصل الثاني

أحكام السلطة الأبوية في المسائل

الشخصية خلال مرحلتي البلوغ

والرشد

عند تجاوز الابن مرحلة الطفولة ودخوله مرحلة البلوغ والرشد وهي مرحلة انتقالية تفصل بين حياة الطفولة وحياة الشباب ويطلق عليها البعض "فترة المراهقة" والتي تمتاز بالنضج العقلي النسبي للولد، يحاول من خلالها الاستقلال بذاته، والتعرف على من حوله، عن طريق إعلان مواقفه، وإبداء آرائه، ورفض التدخل من الغير في حياته الشخصية.

وهذه المرحلة العمرية من أصعب الفترات التي يمر بها الآباء والأبناء معاً، كونها تشكل صداماً وتجادباً بين مجموعة من الحقوق والواجبات لكليهما، قد يؤدي التشبث بهما إلى نفور كل طرف من الآخر، ويعمل على إيجاد حالة من الصراع، تؤدي في الأخير إلى تأزم في المواقف وتوتر في العلاقات، ويجعلنا في مواجهة معضلة يصعب حلها، مما يستدعي وضع الأمور في نصابها، ووضع حد فاصل بينهما، من خلال تحديد الحقوق والواجبات لكليهما، وهو ما تحقق في نظام الشريعة الإسلامية الذي أحاط هذه المرحلة بسياج منيع من الأحكام، يكفل لكل طرف حقه ويلزمه بأداء ما وجب عليه، وبذلك يندفع الضرر عنهما، وتتحقق المصلحة لكليهما، فلا تطرف ولا إجحاف، ولابغي ولا عدوان على أحد.

وقد سار القانون الجزائري على منوال الفقه الإسلامي في كثير من محطات هذه المرحلة، إلا أن قواعده جاءت مقتضبة وغامضة ومتناقضة في بعض الأحيان ولم تتلحظها من التفصيل والوضوح والاهتمام، وهو ما سبب منه من خلال عرض المبحث الأول بعنوان " السلطة الأبوية على تأديب الأولاد" ليتم التطرق بعدها إلى آخر تدخل للسلطة الأبوية في حياة الأبناء الشخصية في المبحث الثاني بعنوان " السلطة الأبوية في مواجهة خصوصيات الأبناء" والذي يتضمن موقف السلطة الأبوية في مواجهة الحياة الخاصة للأبناء، وكذا تأثيرها على بعض أحكام الزواج وانحلاله.

المبحث الأول: السلطة الأبوية على تأديب الأولاد

إن مسؤولية تربية الأولاد وتأديبهم، من أخطر المسؤوليات وأجلها قدرا، وهي من الأمانات المنوطة بالآباء، بالإضافة إلى كونها حقا مكتسبا للطفل بمجرد تمييزه، فهي سلطة تتقرر لصالح الطرف القوي وهما الأبوان لا الطرف الضعيف وهم الأولاد، فإن اكتملت مهمتهما بنجاح فقد أديا ما عليهما، وإن فرطا وأهملا تعرضا للمساءلة شرعا وقانونا، وعلى هذا جاءت الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية بإقرار هذا الحق وتكريسه، وجعلت له ضوابط شرعية وقانونية، لئلا يتخذ هذا الحق ذريعة للإضرار بالأولاد، وهو ما ينجر عنه تعسف يرتب على صاحبه المسؤولية المدنية والجزائية.

وسأتناول في هذا المبحث حقيقة السلطة التأديبية للوالدين في المطلب الأول، شروط ممارسة هذه السلطة ووسائلها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: حقيقة السلطة التأديبية للوالدين

من المواضيع التي شغلت بال الباحثين سواء في مجال الفقه الإسلامي أو على نطاق القانون الوضعي هو مدى مشروعية استخدام مصطلح السلطة الأبوية كوسيلة لفرض نمط من أنماط التأديب على الأولاد، لأجل تقويم سلوكهم ومعالجة انحرافهم، وللإجابة عن هذا التساؤل قمت بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول ويتناول مفهوم السلطة التأديبية الأبوية، والثاني خصص لمشروعية هذه السلطة وانتهائها.

الفرع الأول: مفهوم السلطة الأبوية التأديبية

ومن خلاله أتطرق إلى مفهوم التأديب الأبوي، وعلاقة بالسلطة الأبوية، والحكمة منه على ضوء الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي.

أولا: مفهوم التأديب الأبوي:

1- تعريف التأديب لغة واصطلاحا:

لغة: التأديب مشتق من مصدر أدب وأصل الأَدبِ الدُّعاء¹؛ وأدب ولده: علمه رياضة النفس ومحاسن الأخلاق والعادات.²

اصطلاحاً: هو تعليم قد تصحبه عقوبة خفيفة ينزلها الولي، غير القاضي، على الولد المولى عليه، بقصد تقويمه وإصلاحه، مع ملائمة العقوبة لنوع الانحراف، ومراعاة حال المؤدب.

فالتأديب إذن عقوبة خفيفة، تهدف إلى إصلاح الولد، وتلك هي ثمرة التأديب وغايته، وليست كعقوبة التعزير التي يشرف عليه القاضي.³

ثانياً. علاقة التأديب الأبوي بالسلطة الأبوية:

إن التأديب الأبوي هو في الحقيقة مظهر من مظاهر ممارسة السلطة الأبوية أساسه الولاية على النفس، وهو مؤسس على التزام شرعي وقانوني يتحملة الولي نظراً لقيامه بمسئولية التربية والتعليم، والإصلاح والتهديب، وهو حق من حقوق المولى عليه على الولي، فمن خلاله يضمن له حياة كريمة مستقيمة، تؤهله لأن يكون فرداً صالحاً في المجتمع؛ والتأديب الأبوي مصطلح أخص من مصطلح السلطة الأبوية العام، ذلك أنه يشمل جانبا معينا من جوانب المسؤولية الأبوية يضمن شقين الشق الأول وهو التهديب والشق الثاني وهو العقاب، أما السلطة الأبوية فهي أوسع مجالاً، وأعم استخداماً.⁴

ثالثاً: الحكمة من التأديب الأبوي في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي

من مقاصد الشريعة الإسلامية حماية الأخلاق والآداب العامة، وردع كل الأفعال المضادة لها، والتي لو بقيت دون عقاب لكان من شأنها أن تساهم في نشر المفسد والشور، وانهيار المجتمع؛ ولا يتصور التأديب بأنه وسيلة لإذلال للطفل أو إهانته، أو

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج1، ص70.

² أحمد مختار عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ص73.

³ إبراهيم بن صالح التتم، ولاية التأديب الخاصة في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1428هـ، ص55.

⁴ المرجع نفسه، ص66.

استعراض لقوة الأب أو إظهار لتسلطه، وإنما هو في الحقيقة ضرورة دعت إليها المصلحة وطريقة تربوية نصت عليها الشرائع.¹

ومن الحكم التي اشتملت عليها سلطة التأديب الأبوية في الشريعة الإسلامية أنها مرحلة مكملة لمرحلة سلطة الحضانة؛ وأن فيها ردع المؤدّب وزجره والعمل على إصلاحه وتهذيبه سلوكه؛ كما أنها تتضمن تحقيق العدالة بين الناس بإقامة العقوبة على المعتدي، لأن ترك الناس دون تأديب سيجعل المحسن والمسيء سواء، وسيؤدي ذلك إلى انهيار القيم وهدر الحقوق.²

وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري فإن علة إباحة التأديب فيه هي ذاتها الموجودة في الفقه الإسلامي، من الحفاظ على مصلحة الأسرة وحماية المجتمع، وتهذيب النشء وإصلاحه، بحيث أن انعدام التأديب من حياتنا سيجعل الأوامر والنواهي ضرباً من العبث، ولن تحقق النتائج المرجوة إذا لم يصاحبها عقاب، فهو الأداة التي يزجر بها عند ارتكاب الأخطاء، ومنعها من التكرار.³

الفرع الثاني: مشروعية السلطة التأديبية وانتهائها

أجازت الشريعة الإسلامية تأديب الصغير لغرض تهذيبه وإصلاح حاله، فقررت هذا الحق لكل من يلي أمرهم، وخصوصاً أبواه، ومن في حكمهم، واستقرت النظم القانونية على منح هذه السلطة لهما، وفق قواعد محددة تمارس من خلالها، ولذا سأتطرق إلى مشروعية السلطة التأديبية أولاً ثم أتناول زمن انتهائها ثانياً.

¹ اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، نيزي وزو، الجزائر، 2017، ص 83.

² إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 114.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج 1، دار الحديث، القاهرة، 1430 - 2009، ص 56.

أولاً: مشروعية السلطة التأديبية

تكتسب السلطة التأديبية للوالدين مشروعيتها من الفقه الإسلامي أولاً ثم من القانون الجزائري ثانياً.

1- مشروعية السلطة التأديبية في الفقه الإسلامي

أ- مشروعية السلطة التأديبية

ثبتت مشروعية التأديب للولد في القرآن الكريم وفي السنة النبوية، أما دليل ذلك من القرآن فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾¹، وجه الاستدلال هنا أن الآية أمرت المرء بحماية نفسه وأهله من النار، ولا يكون ذلك إلا بترك المعاصي والإقبال على الطاعات، والولد جزء من أبيه²، فتكون عليه مسئولية تعليمه ومناصحته³.

وأما دليل التأديب من السنة فقد جاء في الحديث قوله صلى الله عليه وسلم « إن لولدك عليك حقاً»⁴؛ قال النووي: فيه أن على الأب تأديب ولده وتعليمه ما يحتاج إليه من وظائف الدين، وهذا التعليم واجب على الأب وسائر الأولياء قبل بلوغ الصبي والصبية، نص عليه الشافعي وأصحابه، ونصوا أيضاً على أن الأمهات مثل الآباء في التعليم إذا لم يكن هناك أب؛ لأنه من باب التربية ولهن مدخل في ذلك⁵.

¹ سورة التحريم، الآية 6.

² ابو عبد الله ابن أبي بكر القرطبي، مرجع سابق، ج9، ص144.

³ ابو الفضل شهاب الدين الألويسي، روح المعاني، تحقيق السيد محمد السيد وسيد إبراهيم عمران، ج8، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2005/1426، ص469.

⁴ مسلم بن الحجاج النيسابوري، الصحيح، ج8، كتاب الصوم، باب النهي عن صوم الدهر، رقم الحديث: 2684، دار الكتب العلمية، بيروت، 1992، ص36.

⁵ النووي، شرح صحيح مسلم، تحقيق عصام الصباطي . حازم محمد . عماد طاهر، ج4، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1994/1415، ص303.

وجاء أمر الأولاد بالصلاة وهو نوع تأديب في قوله صلى الله عليه وسلم: «مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»¹، والأمر بالصلاة، والضرب عليها، إنما هو على وجه الرياضة لا على وجه الجوب كما قال الخطيب البغدادي.²

وإذا كان الصغير دون سن السابعة من عمره، فليس هناك مجال للحديث عن تأديبه، نظراً لقصور فهمه، وضعف إدراكه، وقد استقرت قواعد الشريعة على أن بلوغ الصبي سن السابعة هو بمثابة انطلاق لمرحلة التأديب؛ ففيها يعقل التأديب و يدرك الغرض منه، فيؤدب الولد حين تقوم موجبات التأديب، وينتهي هذا الحق بالبلوغ، ذلك ان مناط التأديب هو الولاية على النفس، وبانتهاء هذه الولاية تنتهي سلطات الولي المؤدب، إلا إذا كان البالغ غير مأمون وخُشيت عليه الفتنة أو الانحراف، فهنا نكون أمام وجوب درء المفسد التي قد تتجم عن تركه دون رقابة، ولا تتأتى حمايته إلا بمواصلة رعايته والإشراف عليه.³

ب - مراحل تطبيق العقوبة البدنية: أما تسليط العقوبات البدنية على الصغير فلا بد أن نفرق هنا بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: عدم التمييز

وفي هذه المرحلة لا تطبق العقوبات البدنية على الطفل، لأنه ليس أهلاً للعقاب لانعدام مسئوليته، لكنه يبقى مسئولاً مدنياً عن تعويض الأضرار.⁴

¹ ابو داود، السنن، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث: 495، مرجع سابق، ج 2، ص 162.

² ابو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، الكفاية في علم الرواية، تحقيق عبد الحليم محمد عبد الحليم وعبد الرحمن حسن محمود، دار الكتب الحديثية، القاهرة، مصر، ط2، د س ن، ص 78.

³ اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 284.

⁴ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 181.

المرحلة الثانية:مرحلة التمييز

لا تطبق على الصبي في هذه المرحلة عقوبات الحد والقصاص، إذ أن المسؤولية الجنائية تنعدم فلا تطبق عليه الحدود، ومع هذا فلا يترك دون تأديب يتناسب مع سنه، عن طريق توبيخه، أو ضربه ضربا غير متلف لبدنه، وأما إذا كان في فعل الصبي غير المميز إتلاف مال الغير، وجب عليه حينئذ الضمان.¹

ت - الأحق بالسلطة التأديبية

ما من شك في أن صاحب السلطة الأبوية هما أبواه، لكن الإشكال يثور عند وجودهما، فأيهما نقدم؟ وهل من الممكن مشاركة الأم للأب في هذه السلطة عند الفقهاء؟.

إن مرحلة التأديب تبدأ مع بداية الكفالة للطفل، وتبدأ كفالة الطفل بانتهاء أمد الحضانة ببلوغ سن معينة عند الحنفية والمالكية، أو بالتخيير بين أبويه عند الشافعية وتخيير الذكر دون الأنثى عند الحنابلة، ومن ثم فتثبت الكفالة لمن مصلحة الولد عنده.²

وقد اختلف الفقهاء في مدى استحقاق هذه السلطة التأديبية للأم عند وجود الأب

إلى قولين:

القول الأول: يرى أن النصوص العامة من الآيات والأحاديث دلت على مشروعية تأديب الوالدين دون تخصيص لأحد دون الآخر، فشمّل الخطاب الأب والأم معا، وممن تبني هذا القول الشافعية³، وأحد قولي الحنفية⁴.

القول الثاني: يرى عدم أحقية الأم في ممارسة هذه السلطة، إلا إذا كانت وصية على الصغير أو كافلة له، أو في حال غياب الأب، ذلك أن سلطة التأديب لا تكون إلا

¹ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، نفس الصفحة.

² انظر مبحث مدة الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ص55 من هذه الأطروحة.

³ شمس الدين بن شهاب الرملي، مرجع سابق، ج1، ص391.

⁴ ابن عابدين، مرجع سابق، ج10، ص221.

لصاحب الولاية على الصغير، فإذا وجد الأب كان الأجدد بذلك والأقرب عليه، وهذا قول الحنفية¹، والمالكية²، ووافقهم الحنابلة في ذلك فنصوا على أن الصبي إذا بلغ سن التمييز واختار الابن أباه ليكفله فيكون عنده بالليل والنهار، أما إذا اختار أمه فيكون عندها بالليل ويكون عند أبيه بالنهار، ليتلقى منه التأديب والتعليم، و أما الأنثى فلا تخير بل تكون في كفالة أبيها حتى تتزوج.³

وأخيرا فإن حق الأم في المشاركة في التأديب مع الأب هو المرجح، لأن دافعها هو الشفقة عليهم، أضف إلى ذلك فالنصوص المتعلقة بالتأديب جاءت عامة مطلقة للأبوين دون تخصيص أو تقييد، مما يفتح المجال واسعا لانضمامها في ممارسة هذه السلطة.⁴

2. مشروعية السلطة التأديبية في القانون الجزائري

تكتسب السلطة الأبوية مشروعيتها أيضا من القانون الجزائري، وسأبحث في هذا الجزء الأساس القانوني للتأديب، وثبوت هذه السلطة للوالدين، ومستنداتها في الأنظمة الوضعية.

أ - الأساس القانوني للتأديب الأبوي:

تعهد مسئولية تأديب الأبناء إلى الأولياء الذين لهم حق الولاية أو الوصاية التي منحها إياهم القانون الجزائري، وتكريسا لمبدأ التنسيق المشترك بين الزوجين فقد نصت المادة 36 من قانون الأسرة في فقرتها الثالثة على وجوب التعاون بينهما من أجل المحافظة على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، ونصت المادة 87 منه أيضا على اعتبار الأب وليا على أولاده القصر وهو المسئول الأول عن تربية أولاده وتحل الأم محله بعد وفاته.⁵

¹ ابن عابدين، مرجع سابق، ج10، ص222.

² الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج 5، ص595.

³ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص 242.

⁴ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص203.

⁵ المادتان 36 و 87 من قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 والمعدل بالأمر 05-02.

لقد تناول المشرع في تعريفه للحضانة في المادة 62 جانب التأديب الأبوي ضمن منظومة متكاملة من الأخلاق والآداب التي على الحاضن أن يغرسها في قلب الصغير ويتعاهدها، حيث نصت المادة على أن " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"¹، فهذا يدل على أن حق التأديب ينتقل للحاضن، لأن من معاني الحضانة التربوية والرعاية.²

وفي مقابل هذا الحق حدد القانون المدني الجزائري مسؤولية الأولياء ومن يقوم مقامهم، عن كل فعل ضار قد يلحقه القاصر بالغير، ممثلا في حق الرقابة القانوني المؤسس على نظام الولاية، والذي يترتب عنه التعويض عند الإضرار بالآخرين وهو ما نصت عليه المادة 134 من القانون المدني الجزائري، حيث حملت هذه الأخيرة مسؤولية الضرر للأب ومن بعده الأم بصفتهما مكلفين بالرقابة على أولادهما القاصرين دون تمييز بين المميز وغير المميز.³

ب - ثبوت التأديب الأبوي للوالدين في القانون:

الولي أو الحاضن هو من يوفر الرعاية للصغير ويجنبه الإهمال، لكن إن فرط في هذه الوظيفة، نزعته يده منه، وسقط حقه في تأديبه، لأن سلطة التأديب ولاية وما جعلت إلا لأجل المصلحة، فإن ترتبت عنها مضرة، انتقلت إلى غيره ومُنع من المطالبة بها.⁴

والولي هو الذي يحمي الناس من كل اعتداء أو ضرر يسببه الصغير لهم، عن طريق تهذيبه وردعه بالرفق واللين واللطف والرحمة، وبذلك يتبين لنا أمران:

¹ المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 .

² اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 288.

³ علي فيلاي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض -، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 103.

⁴ محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 23.

الأمر الأول: أن العقوبات الواقعة على ارتكاب جريمة من الجرائم، لا تطبق على بدن الصغير، لأن منشأها التبعة الدينية، والصبي غير مكلف ديناً، بخلاف العقوبات المالية فإنها تجب في ماله.

الأمر الثاني: أن المتبوع لا يؤخذ بجريرة التابع، فالولي لا يتابع بجناية الصغير، إلا عند قيامه بتحريضه على الجريمة، فالتبعة تكون بسبب الإغراء.

وهناك آراء في الفقه الإسلامي تتسع لتحمل المتبوع آثام التابع إذا لم يكن مسئلاً عن الجريمة، بوصفه مفرطاً في رقابة ولده، وتتلاقى مع آراء فقهاء القانون الوضعي.¹

ت- مستند السلطة التأديبية الأبوية في الأنظمة الوضعية

تستند السلطة التأديبية إلى اعتراف بمشروعيتها من قبل العديد من الأنظمة القانونية، حيث تمنح الحق لرب الأسرة للاضطلاع بهذه المهمة، لكنها تتفاوت من نظام لآخر، في تضيق هذه السلطة أو توسيعها.

- نظام العقوبة في القوانين الوضعية:

حصل تباين بخصوص مشروعية نظام العقوبة للأولاد في القوانين الوضعية بين مضيق وموسّع وانقسمت إلى اتجاهين.

الاتجاه الأول: ويرى السماح بالتأديب لكنه محصور في نطاق ضيق وفي إطار النظام العام بالاستناد إلى قاعدة تشريعية أو عرفية، أو إقرار المبادئ العامة للنظام القانوني لها، ومن القوانين التي سلكت هذا المسلك، القانون الإنجليزي، الألماني، السوفياتي، الفرنسي، التونسي، المصري والليبي وغيرها.²

الاتجاه الثاني: هذا الاتجاه وسع المجال في منظومة التأديب الأبوية، واعترف بشكل مباشر بأحقية الأب في التأديب، من خلال نصوص قانونية صريحة، تقرر إباحة

¹ محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 25.

² اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 309.

الأفعال التي ترمي إلى تكريس هذا الحق، وممن الأنظمة التي تبنت هذا الاتجاه، القانون الإثيوبي، البحريني، العراقي، اللبناني، الكويتي، وتصب في مجملها على إباحة استعمال القوة الأبوية الضرورية المعقولة، خصوصا إذا كان الغرض منها التهذيب والتأديب، مع انتفاء المتابعة القضائية للأولياء.¹

- السلطة التأديبية في القانون الجزائري:

إن التشريع الجزائري على ما يبدو قد نحا منحى الاتجاه الأول الذي سمح بالتأديب في نطاقه الضيق في إطار المبادئ العامة للقانون، فلم ينص صراحة على حق تأديب الأولاد، وهو الأمر الذي يدفع إلى التوجه إلى المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيلنا على الشريعة الإسلامية في حال عدم ورود النص القانوني، باعتبار أن الإسلام هو دين الدولة، وقد أقر الشرع حق تأديب الأب لابنه.

ولا يفوتني هنا أن أنوه إلى أن المشرع الجزائري قد أشار ضمنا إلى مشروعية استعمال حق التأديب، طالما كان مشروعا ولم يتجاوز حدوده المادية والمعنوية²، وذلك من خلال المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري، والتي تقضي بأنه لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون، أو دفعت إليه الضرورة.³

ولذلك ذهب الدكتور بوسقيعة إلى أن عبارة " القانون " لا تقتصر على القانون في حد ذاته، بل تتعداه لتشمل العرف، وهذا ما اتفق عليه القضاء الفرنسي والمصري، وهو ما يتفق مع واقعنا الجزائري الذي يبيح للأولياء ممارسة عنف خفيف على أولادهم بدافع التربية.⁴

¹ اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص312.

² المرجع نفسه، ص317.

³ الأمر رقم 66 - 156، المنضمّن قانون العقوبات المعدل والمتمم، المادة 39.

⁴ احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للاشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص119.

فيما ذهب الدكتور عبد الله سليمان إلى أحقية الوالد في تأديب ولده، لأنه داخل ضمن مهام الولي على النفس، مع وجود المبرر الشرعي لذلك، وتحقيق الغاية من وراء هذا التأديب.¹

ثانيا: انتهاء السلطة التأديبية

1- انتهاء السلطة التأديبية في الفقه الإسلامي:

يرى جل الفقهاء أن السلطة التأديبية الأبوية تنتهي ببلوغ الصبي، مع أنهم اختلفوا في حدّه فمنهم من قدره بعلامات تظهر على الفتى والفتاة، ومنهم من قدره بالسن، وقد بسطنا الكلام في هذا الموضوع سابقا.

غير أن الإشكال يثور حول إمكانية الولي تأديب ولده بعد سن البلوغ، وإزاء هذه الحالة انقسم الفقهاء إلى اتجاهين مانع، ومجيز.

الاتجاه الأول: ليس للأب تأديب الولد البالغ

لأن الولد البالغ قد ارتفعت عنه ولاية أبيه، واستقل بنفسه، ولم يعد صبيا، وصار كالأجنبي، فليس للأب الحق في تأديبه²، وهو مذهب الحنفية³، وهو أحد القولين عند المالكية؛ فقد قال القرافي "ويؤدب الصغير دون الكبير"⁴، وهو الأصح عند الشافعية.⁵

الاتجاه الثاني: جواز تأديب الولد البالغ، ولو كان متزوجا منفردا في بيت

قال هذا الفريق: إذا أمر الولد بعبادة الصلاة عند بلوغه عشر سنين، ولم يصل إلى سن البلوغ، وأصر على تركها، ضرب من باب التأديب والتهذيب مع أنه غير مكلف،

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د ط، 1995، ص 126.

² إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 192.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 522.

⁴ شهاب الدين القرافي، مرجع سابق، ج 12، ص 119.

⁵ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 9، مطبعة مصطفى محمد، مصر، ص 189، 180.

فما بالك إذا بلغ وتركها تكاسلا وهو مكلف، فتغليظ العقوبة في حقه أشد وأولى¹، وذهب إلى هذا القول الحنابلة حيث قالوا: "وَلِلَّأَبِ تَأْدِيبُ وَاَلِدِهِ وَلَوْ كَانَ مُكَلَّفًا مُتَزَوِّجًا مُنْفَرِدًا فِي بَيْتِ بَضْرَبٍ غَيْرِ مُبْرَحٍ"²، وهو القول الثاني للمالكية حيث قالوا "وفيه تأديب الرجل بنته ولو متزوجة كبيرة خارجة عن بيته، ويلحق به تأديب من له تأديبه ولو لم يأذن الإمام"³، وهو قول الشافعية الآخر.⁴

الرأي الراجح: والذي يترجح من القولين هو الرأي القائل بجواز تأديب الولد ولو كان كبيرا بالغا، مع مراعاة الطريقة والأسلوب المناسبين لسنة، والإعراض ما أمكن عن الضرب لما يسببه له من مشاكل نفسية، وصدمة اجتماعية قد تؤثر عليه مستقبلا، ومحاولة استبداله بوسائل أخرى كالتوبيخ، والزجر، والنصح، والتذكير، ونحو ذلك.⁵

2- انتهاء السلطة التأديبية في القانون الجزائري

وفقا لتقسيمات المشرع الجزائري في المواد 40 و 42 من القانون المدني و 81 و 86 من قانون الأسرة فإن الطفل يمر بأربعة مراحل في صغره وهي:

- 1- مرحلة ما قبل الميلاد: وهو الطور الذي يكون فيه الطفل جنينا في بطن أمه.
- 2- مرحلة عدم التمييز: وتبدأ من الولادة إلى بلوغ الصبي 13 سنة.
- 3- مرحلة التمييز: وتمتد من بلوغ الطفل 13 سن إلى غاية بلوغه سن الرشد وهي 19 سنة كاملة.
- 4- مرحلة البلوغ والرشد: والتي حددها المشرع سنها ب 19 سنة.⁶

¹ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 193.

² مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج 5، د د ن، ط 2، 1991، ص 657.

³ محمد بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2010/1431، ص 136.

⁴ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ص 189 و 180.

⁵ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 197.

⁶ اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 300.

فقبل بلوغ 13 سنة يكون الطفل غير مؤهل لمباشرة حقوقه المدنية، وكل ما أبرمه من تصرفات فهو باطل، واعتبرت المادة 269 من قانون العقوبات أن من لم يتجاوز 16 سنة يعتبر قاصراً¹، أما عند بلوغ الشخص 19 سنة وهو سن الرشد فتكون تصرفاته نافذة.

والملاحظ هنا أن القانون المدني لا يتفق تماماً مع الفقه الإسلامي في تحديد سن البلوغ، وهو ما ينعكس سلباً على التكليف الشرعي الفقهي ويؤدي إلى التضيق في مفهومه وآثاره، ويحدث خلطاً بين أحكام القانون وأحكام الفقه الإسلامي، خصوصاً في باب المعاملات، كما أن تحديد سن التمييز بـ 13 سنة أمر مبالغ فيه، لو قارناه بسن التمييز عند الفقهاء وهو سبع سنوات، مع استمرار السلطة التأديبية عندهم إلى غاية البلوغ.

وعلى هذا يمكننا اعتبار الطفل قاصراً قبل سن الثالثة عشرة متقارباً مع قول الحنفية والشافعية والحنابلة والذين يحددون سن البلوغ بخمسة عشر سنة، أما في نظر المالكية فسن البلوغ عندهم هو ثمانية عشر سنة إذا لم تظهر علاماته، مما يعني أنه يقارب سن الرشد القانوني وهو تسعة عشر سنة.²

وليس هناك نص قانوني صريح يحدد سن التأديب، وإن كان قانون العقوبات الجزائري قد أكد على الرقابة الدائمة للقاصر حتى سن الثالثة عشرة، وعدم تركه دون تهذيب أو تأديب، لأن من شأن ذلك أن يعرضه للانحراف وسلوك طريق لإجرام، ونص المادة 49 جاء موحياً بذلك ومشيراً إلى استعمال التأديب كوسيلة للتقويم والاصلاح، ولا يخضع القاصر الذي لم يتجاوز سنه 13 للعقوبة الجنائية، وإنما يخضع لتدابير الحماية وهذا نصها: "لاتوقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية".³

¹ المادة 269 من الأمر رقم 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

² اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 301.

³ عمر خوري، شرح قانون العقوبات القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2010/2011، ص 68.

ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على السن التي ينتهي عندها تأديب الأطفال، لكن ذلك يفهم من خلال قراءتنا لمنطوق المادة 269 من قانون العقوبات والتي تجرم أي شكل من أشكال العنف والاعتداء ضد القاصر الذي لم يتجاوز 16 سنة، كالجرح أو الضرب العمديين، أو تعذيبه عن طريق منع الطعام عنه، أو أي اعتداء يعرض صحته للخطر باستثناء الإيذاء الخفيف، وتكون عقوبة من ارتكب ذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج.¹

فانطلاقاً من هذه المادة يفهم أن كل إيذاء للطفل ما عدا الخفيف، يعرض صاحبه للمساءلة الجزائية والمدنية، ولو كان الجاني أحد أبويه، لكن في المقابل يفهم منها أيضاً جواز التأديب في هذه السن، بدليل جواز الإيذاء الخفيف، مما يجعلنا نسلم بإمكانية امتداد سلطة التأديب هذه إلى سن الرشد، مع الحرص على تجنب التأديب بالعقوبات البدنية كالضرب مثلاً، لما يحدثه من ضرر مادي ومعنوي على الابن، والاكتفاء بالعقوبات البديلة كالتوبيخ والزجر والنصح.²

ولذلك يرى فريد الزغبى بأن الرأي قد استقر نهائياً على اعتبار أن حق التأديب يشمل الأبناء مدة الحضانة حتى بلوغ سن الرشد القانوني المتفق عليه بعمر الثامنة عشرة، بقطع النظر عن استباق النضوج الطبيعي والبنوي هذا الواقع".³

المطلب الثاني: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية ووسائلها

لممارسة الحق في تأديب الأبناء ينبغي معرفة الشروط الواجب توافرها بالنسبة للمؤدب ولفعل التأديب على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

¹ المادة 269 من الأمر رقم 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

² اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 301.

³ القاضي فريد الزغبى، الموسوعة الجنائية، ج 4، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1995، ص 110.

الفرع الأول: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية

تتفق شروط التأديب في الفقه الإسلامي إلى حد كبير مع ما هو موجود في القانون الجزائري، وهو ما يتجلى في هذا الفرع من خلال هذه المقارنة.

أولاً: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية في الفقه الإسلامي:

يمكن حصر الشروط المتعلقة بحق تأديب الصغير في الفقه الإسلامي، في شرطين اثنين ذاتي، وموضوعي، ويتفرع عن كل واحد منهما من الشروط.

1- الشرط الذاتي: وهو متعلق بصفات لابد أن تتوفر في المؤدّب و المؤدّب وهي:

أ- أن يكون القائم على هذه السلطة هو الشخص الولي على نفس الصبي، فلا يقبل من أي كان أن يضرب طفلاً بحجة تأديبه وهو لا يملك هذا الحق.¹

ب- أن يكون الطفل المؤدّب خاضعاً لهذه السلطة، وسنه متناسب معها، إذ الأصل أنه لا يسمح بتأديب البالغين²، خصوصاً إذا صاحبه ضرب لهم، لأن ذلك سيؤدي بهم إلى خروجهم عن المألوف وعدم تحملهم لذلك، وأما زمن التأديب فينتهي بانتهاء زمن الولاية على النفس، ويجوز استثناء مناصحتهم باللفظ من باب التوجيه والتذكير.

ت- أن لا يكون الصغير المؤدّب مصاباً بجنون أو عته، وقد أجمع الفقهاء على أن المجنون لا يعزر، ولو كان ذلك على وجه التأديب، لأن تأديبه وهو على هذه الحال يعد ضرباً من التعذيب والإيذاء الذي لا جدوى من ورائه، وهو قسوة في غير موضعها³، وعلى المعتدي عليه الذي سبب له ضرراً وأتلف عضواً من أعضائه أن يضمن، لأنه غير مأذون فيه من طرف الشارع الحكيم.⁴

2. الشرط الموضوعي: ويتعلق بموضوع التأديب ويتفرع عنه شرطان.

¹ محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص20

² المرجع نفسه، ص45

³ المرجع نفسه، ص36.

⁴ المرجع نفسه، ص20.

- الأول: سلامة القصد في التأديب فلا يمارس هذا الحق إلا عند حدوث موجب له، فلا يؤدب الصغير دون سبب شرعي، لأن ذلك يعد إيذاء وتعذيباً.

- الثاني: ممارسة هذا الحق ضمن الإطار المشروع وعدم مجاوزة الحد المرسوم، مع مراعاة الظروف النفسية والمادية المناسبة عند التأديب.¹

ثانياً: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية في القانون الجزائري

هذا القانون الجزائري حذو الفقه الإسلامي واتفق معه في كثير من النقاط، مع اختلاف طفيف، فوضع ثلاثة شروط ممارسة حق السلطة التأديبية وهي:

أ- وجود حق مقرر قانوناً: المقصد من هذا الشرط هو وجود علاقة شرعية تربط الولي أو من يقوم مقامه بالصغير، بمقتضى الولاية القانونية، فعلى ضوءها تمارس سلطة التأديب، ووفق ما تقتضيه المصلحة المقررة قانوناً بنص المادة 39 من قانون العقوبات ضمن أسباب إباحة الأفعال التي تسبب ضرراً للصغير، ولا تجرم صاحبها، ومن ضمنها التأديب الأبوي.

فإذا انتفت رابطة الولاية القانونية بين شخص ما وطفل صغير، فلا يجوز قانوناً الاعتداء عليه والاحتجاج بدعوى تأديبه، لأنه يفقد حق التأديب وهو غير مؤهل قانوناً لذلك، مما يجعل فعله يقع تحت طائلة العقوبات²، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 269 من قانون العقوبات، والتي قضت بأن كل من جرح أو ضرب عمداً قاصراً لا يتجاوز سنه 16 سنة، أو منع الطعام عنه عمداً، أو لم يعتن به لدرجة تعرّض صحته للضرر، أو ارتكب ضده أي عنف سوى الإيذاء الخفيف يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج.³

¹ محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 20، 21.

² اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 318.

³ المادة 269 من الأمر رقم 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات .

ب- صدور خطأ من القاصر يستوجب التأديب: فعندما يخل القاصر بواجب من واجباته العامة أو الخاصة يكون هذا التقصير أو الخطأ سببا موجبا لتأديبه، ويقصد بالواجبات العامة الالتزام بكل ما هو واجب تجاه الله تعالى، كإقامة الصلاة، وعدم تركها، وتجاه الناس بعدم إيصال الضرر إليهم، ويقصد بالواجبات الخاصة مجموع الالتزامات التي تعهد إلى الصبي ليتحملها، كطاعة متولي رقبته، واحترامه للقيم والمثل ومنظومة الأخلاق والتقاليد والأعراف، أما إن أخل متولي الرقابة بالمهمة المنوطة به، ومارس على القاصر نوعا من الضغط للقيام بأمور تتنافى مع الدين والأخلاق والدين والنظام العام، صار على القاضي بما له من سلطة تقديرية أن يتحرك بسرعة لردعه، وسلب الولاية عنه، ودفع الضرر الواقع على أولاده.¹

ت- ممارسة حق السلطة التأديبية في الإطار القانوني: التأديب القانوني المشروع هو ما كان ضمن حدود لا يجوز الخروج عنها، فإذا تجاوز الولي صلاحياته في التأديب، كأن منع الطعام عن الصغير، أو أوثقه، أو ضربه ضربا مبرحا، أو عرضه للهلاك، فإن هذا لا يعد تأديبا إنما هو تعذيب وتعسف في استعمال الحق وعمل مجرم، وإنما أجاز القانون الإيذاء الخفيف بنص المادة 269 من قانون العقوبات.²

فإذا انحرف الولي بالحق عن مساره الشرعي والقانوني وحاول من خلاله تحقيق غاية أخرى، وحوّله إلى دوافع انتقامية وانحرافات نفسية، عن طريق ضربه أو طرده من منزله، أو اتخاذه وسيلة لتصفية حساباته مع زوجته المطلقة أو مع أهلها، أو إصابته بمرض نفسي ونحو ذلك، كان ذلك مؤذنا بانتهيار هذه السلطة التي حادت عن الخط المرسوم لها واكتست الصبغة الإجرامية، فليس هناك ما يببر وجودها قانونا، مادامت تشكل خطرا على الطفل خاصة وعلى المجتمع برمته عامة فوجب سحبها منه.³

¹ محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، ص 183.

² عبد الرحمن بن نصيب، الأسرة والقانون الجنائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014/2015، ص 212.

³ عبد الباقي بوزيان، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2009/2010، ص 146.

الفرع الثاني: السلطة التأديبية الأبوية بين الوسائل والضوابط

لكي تحقق السلطة التأديبية الأبوية نجاحها على صعيد الأسرة والمجتمع، فلا بد من الالتزام بوسائلها وضوابطها المقررة شرعا وقانونا، وهو ما سيتم التطرق إليه في الجزء الموالي من الدراسة.

أولا: السلطة التأديبية الأبوية بين الوسائل والضوابط في الفقه الإسلامي

يعد التأديب من أهم الجوانب التربوية للأبناء، والعقوبة بالضرب لا تأتي إلا في المرحلة الأخيرة، ولايجوز اللجوء إليها إلا عند الاضطرار، وبعد استنفاد وسائل تقويم الولد الأخرى.

ولا غرو أن منهج الإسلام في تأديب الأبناء ليس له نظام آخر يضاهيه، ولذا سنقف على كل وسيلة من وسائل التأديب لمعرفة ماهيتها وهي: التأديب التربوي عن طريق القدوة والموعظة الحسنة، والتأديب بالعقاب المعنوي، والتأديب بالعقاب البدني.

1- التأديب التربوي عن طريق القدوة و الموعظة الحسنة:

أ- القدوة الحسنة

البيت الذي يعيش فيه الصغير ويكبر هو المدرسة الأم التي يتلقى فيها الأخلاق الطيبة والقيم النبيلة، من خلال قدوته الحسنة وهما أبواه، فالطفل يولد متأدبا على الفطرة التي فطر الله الناس عليه، لكنه يتأثر بالوسط الذي ينشأ فيه سلبا أو إيجابا، وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم «كُلُّ مولودٍ يُولدُ على الفِطْرِ، فأبواه يُهودانه أو يُنصرانه أو يُمجسانه...»¹.

¹ محمد بن إسماعيل، البخاري، الصحيح، ج 1، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، رقم الحديث: 1361، مرجع سابق، 1993، ص465.

فكل حركة تصدر من الوالدين، وكل لفظة يتفوهان بها أمامه، إلا وهي مسجلة في ذاكرته، منعكسة على سلوكه بالضرر أو النفع، وأكثر الأولياء إنما جاء فسادهم من قبل الآباء جراء إهمالهم وتضييعهم لتعاليم الدين.¹

ولا يمكن لهذه التربية أن تستكمل طريقها، إلا بحضور لافتي للولي الذي يرافق ابنه في الميدان لينهل من مختلف الوسائل التربوية، والولد لا بد أن يكون منفتحاً على العالم من حوله فلا يعيش في انغلاق، ومن ثم كان عليه أن يعود ولده الذهاب إلى المسجد لتلقي مبادئ العلوم الشرعية، وتعلم الآداب الفاضلة، عن طريق انتهاج أسلوب التشجيع، واجتناب سلوك التخويف، كأن يشتري له هدية عند قيامه بتعلم شيء، أو يأخذه في نزهة، أو يقوم باصطحابه في زيارة لأحد الأقارب، أو يفسح له مجالاً للعب مع أقرانه، وكل هذا من شأنه أن يبني شخصية الولد بناء سليماً، ويخرج لنا الإنسان الصالح المنشود الذي نبتغيه.²

ب- الموعظة الحسنة:

إن الكلمة الطيبة تضع بصمتها على النفوس، وتترك آثارها في القلوب، وقد تتضمن عبارات التذكير والنصح والإرشاد، أو تتطوي على أمر أو نهي يقتضي التنبيه على الأخطاء والتحذير من العقوبات المترتبة عليها، ويكون القصد من ورائها دائماً تهذيب الولد وتقويمه³، و لذا لا بد أن يختار لها الطرف المناسب، مع مراعاة حال الطفل ومدى استجابته لها، وأن تتناسب مع الخطأ الصادر من الطفل؛ كما أنها تقوم على دعامين أساسيتين الترغيب والترهيب، فالترغيب يكون بتشجيع الطفل على القيام بالسلوك الإيجابي، ومكافأته عند أدائه عن طريق المديح والثناء والابتسام والتقبيل ونحو ذلك.⁴

¹ عبد الله ناصح علوان، تربية الأولاد في الإسلام، ج2، دار الشهاب، الجزائر، ط3، 1988، ص659.

² أحمد خليل جمعة، الطفل في ضوء القرآن والسنة والأدب، دمشق سوريا، بيروت لبنان، ط1، 2001، ص351.

³ إبراهيم بن صالح التميمي، مرجع سابق، ص324.

⁴ سناء حسن هدلة، تربية الطفل وأساليبها في التشريع الإسلامي، مجلة النور للدراسات الحضارية والفكرية، السنة 2، يناير 2011، العدد 3، ص55.

وإذا لم تُجد هذه الوسائل نفعا نتوجه إلى التأديب بالترهيب هو ما سنتناوله في الفقرة الموالية.

2- التأديب الأبوي عن طريق العقوبة المعنوية

لا يلجأ الولي إلى العقوبة إلا عند ثبوت عدم نجاعة الوسائل التي قبلها، والعقوبة هنا إما أن تكون معنوية أو بدنية وسنتطرق إلى كل واحدة منهما:
و تختلف العقوبة المعنوية عن البدنية حيث أنها تتخذ أشكالا، لا تتضمن تسليط أذى على البدن، وهي:

أ- تنبيه الطفل وتعريفه بخطئه

ويكون ذلك عن طريق عدم إقراره على فعله غير المشروع، بطريقة لطيفة هادئة، كما فعل النبي . صلى الله عليه وسلم - مع عُمَرَ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ الذي كان ربيبا عنده وتحت رعايته، وَكَانَتْ يَدُهُ تَطِيشُ فِي الصَّخْفَةِ فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - «يَا غُلَامُ سَمَّ اللَّهُ، وَكُلُّ بِيَمِينِكَ وَكُلُّ مِمَّا يَلِيكَ».¹

فالنبي لم يرشد الغلام إلا بعد صدور الخطأ منه، من خلال تحرك يده التي امتدت في جميع نواحي الصحن الكبير ولم تأخذ مكانا محددا لها فيه، بل تجاوزته، فنبهه إلى أن هذا التصرف غير مقبول، وأنه مناف لآداب الطعام.²

ب- التوبيخ عند التمادي في الخطأ:

عند وقوع الصبي في الخطأ وعدم إقلاعه عنه، واستدامته له، يتوجه مؤدبه إلى استعمال لون آخر من التأديب ألا وهو التوبيخ وهو توجيه انتقاد لاذع باللسان للمخطئ ممزوج بالتعيير والتعنيف من غير شتم ولاسب، نتيجة لعدم رضاه عن سلوكه.³

¹ البخاري، الصحيح، ج5، كتاب كتاب النكاح، باب التسمية على الطعام والأكل، رقم الحديث:5376. مرجع سابق، ص3056.

² عبد الله ناصح علوان، مرجع سابق، ص763.

³ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص337.

ويدل على ذلك الحديث الذي فيه أن الحسن بن علي أخذ تمرًا من تمر الصدقة، فجعلها في فيه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كخ كخ، ازم بها، أما علمت أننا لا نأكل الصدقة؟»¹ وكخ بكسر الكاف وفتحها وقد تكون بالتثوين وغير التثوين، هي كلمة يزجر بها الصبي والصبية عن تعاطي المستنذر، والحسن هو ابن فاطمة ابنته، وقد عجب منه النبي صلى الله عليه وسلم كيف خفي عليه وغاب عنه تحريم الأكل من تمر الصدقة عن آل البيت وهو واحد منهم، فزجره عن ذلك وهو صبي، بقوله: كخ كخ، وهي أبلغ في الزجر من قوله: لا تفعل.²

ت - هجر الولد حتى يرجع عن خطئه

عند فشل التأديب بوسيلتي الوعظ والتوبيخ، يصار إلى مرحلة التأديب بالهجر، والهجر هنا هو مقاطعة المؤدب الطفل، وتركه، والامتناع عن الاتصال به، أو معاملته بأية طريقة، والهجر قد يكون امتناعا عن الكلام معه، أو امتناعا عن مخالطته، فالأول يسمى الهجر بالقول، والثاني يسمى الهجر بالفعل.³

واختلف الفقهاء في مدة الهجر، فإذا كان هجر فعل ومخالطة، فلا مانع من الزيادة على ثلاثة أيام، وأما إن كان هجر قول من أجل رغبة نفسية أو مصلحة دنيوية، ولم يكن هناك عذر شرعي، فلفقهاء قولان في المسألة:

القول الأول: يمنع الهجر بالكلام فوق ثلاثة أيام ولو كان لغرض التأديب، وهو مذهب الشافعية⁴، والحنابلة.⁵

¹ مسلم، الصحيح، ج7، كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله، رقم الحديث: 2426، مرجع سابق، ص146.

² محمد بن علان صديقي، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، ج2، دارالفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ص129.

³ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 351.

⁴ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص426.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص318.

ودليلهم حديث: " لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال".¹

القول الثاني: الهجر بالكلام لا يتقيد بثلاثة أيام، فيجوز للمؤدب أن يتجاوز هذه المدة، وممن ذهب إلى ذلك، الحنفية، والمالكية، والحنفية لم يقيدوا مدة الهجر بأجل محدد وحملوا الحديث على الهجر لأجل الدنيا، وأما لأجل الآخرة والمعصية والتأديب فجائز بل مستحب من غير تقدير²، بينما ذهب المالكية أن غايتها شهر فإن احتاج إلى زيادة فلا يبلغن أربعة أشهر.³

ودليل هذا الفريق أن عائشة رضي الله عنها هجرت عبد الله بن الزبير أكثر من ثلاثة أيام⁴، بسبب كلمة سمعته قالها عنها فأغضبته، واعتبرتها من العقوق وعدتها انتقاصاً لها، وهي خالته وأم المؤمنين، وهي التي كانت أحن عليه كأمه، وكان أحب البشر إليها بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرأت أن مجازاته تكون بترك مكالمته، فهجرته مدة طويلة ثم عفت عنه.⁵

قال ابن القيم: " ويكون هجرانه دواء له بحيث لا يضعف عن حصول الشفاء به، ولا يزيد في الكمية والكيفية عليه فيهلكه، إذا المراد تأديبه لا إتلافه ".⁶

الرأي الرابع: الراجح من هذه الأقوال ما ذكره الإمام النووي من أن الهجر فوق ثلاثة أيام محرم إذا كان الباعث عليه مصالح دنيوية أو أغراض شخصية، ، وأما إذا كان المهجور مبتدعاً أو مجاهرًا بالظلم والفسوق، أو كان في الهجر مصلحة دينية، كتأديب ونحوه، فلا تحريم، وعلى هذا تحمل الروايات التي تجيز الهجر فوق ثلاث.⁷

¹ البخاري، الصحيح، ج5، كتاب الأدب، باب السلام للمعرفة وغير المعرفة، رقم الحديث6237، مرجع سابق، ، ص2302.

² ابن عابدين، مرجع سابق، ج11، ص191.

³ أحمد الدردير، مرجع سابق، ج4، ص1663.

⁴ البخاري، الصحيح، ج 5، كتاب الأدب، باب الهجرة، رقم الحديث: 6073 و6074 و6075، مرجع سابق، ص2255.

⁵ ابو العلاء المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، ج5، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 2001/1421، ص346.

⁶ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ج4، ص492.

⁷ محي الدين النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص64.

ث- حرمان الولد: وهو منعه من بعض الحقوق المقررة له شرعا، نظير إقدامه على فعل منكر¹، كحرمان الولد من اللعب، أو من مصروفه اليومي، وكذا حرمانه من الجوائز والمكافآت المادية التي كانت تمنح له، والامتناع عن مدحه والثناء عليه.²

3- التأديب الأبوي عن طريق العقوبة: حين تفشل خطوات التأديب السابقة، ولا تتجح محاولات ثني الولد عن أخطائه، يصبح اللجوء إلى وسيلة أشد، أمرا حتميا لا مناص منه، حتى يستجيب الطفل، ومن هنا وجه الشرع الأولياء إلى استعمال العقاب البدني والمتمثل في الضرب كوسيلة لمعالجة الأخطاء وتقويم السلوك.

والضرب المشروع في التأديب هو: "الضرب الخفيف باليد، ونحوها كالعصا، بحيث لا يكسر عظاما ولا يظهر أثرا في بدن المضروب".³

والدليل على مشروعية الضرب الحديث السابق "مروا أولادكم بالصلاة لسبع، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر.."⁴

ولا يكون الضرب إلا عند وقوع الخطأ المستوجب له، وأن يكون بقصد الإصلاح، وأن يلتزم فيه بحدود الضرب الشرعي فلا يشقُّ جلدا، ولا يُسيل دما، وأن يجتنب المواضع القاتلة والخطرة كالرأس والوجه، وأن يوزع الضربات على أجزاء البدن فلا يكون في موضع واحد⁵، وأن لا يزيد على عشر ضربات لحديث «لَا عُقُوبَةَ فَوْقَ عَشْرِ ضَرْبَاتٍ إِلَّا فِي حَدِّ مَنْ حُدِّدَ اللَّهُ».⁶

¹ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق ص 372.

² المرجع نفسه، ص 380.

³ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 415.

⁴ سليمان بن الأشعث السجستاني ابو داود، السنن، ج 2، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث:

495، مرجع سابق، ص 162.

⁵ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص 422.

⁶ البخاري، الصحيح، ج 6، كتاب الحدود، باب كم التعزير والأدب، رقم الحديث: 6849. مرجع سابق، ص 2512.

والأصل في الضرب أن يكون من واحد إلى ثلاثة، ضرب إيلام فقط دون تأثير في البدن، وبذلك مضت عادة السلف، فإن لم ينفع هذا القدر من الضرب واضطر إلى الزيادة فله ما بين الثلاثة إلى العشرة ساعة¹، وألا يكون قبل سن العاشرة، وهذا في شأن الصلاة التي هي الركن الأعظم بعد الشهادتين، فلا شك أن ما دون الصلاة من الأمور الحياتية والسلوكية والتربوية جدير بألا يعاقب عليها بالضرب، وأن يقلل منه ما أمكن، بحيث يكون كالمح في الطعام، فالإكثار منه يقلل من مفعوله، ويصيب الطفل بالبلادة².

وأما عن وسيلة الضرب فتكون خفيفة بالسوط، وبالعصا الصغيرة لا الغليظة وهي: الغصن الرقيق، كالسواك، ويكون بالنعال أيضاً، وأطراف الثياب، واستعمال اليد المجردة عن الآلة³.

وأما عن طريقة الضرب فيمنع فيها مد المؤدب، أو ربطه، أو شد يده، وهذا باتفاق الفقهاء، ويمنع كذلك تجريده من ثيابه، وأن يكون هناك فاصل زمني بين الضربتين بحيث يخف فيه ألم الأولى⁴.

ومن آداب الضرب أن لا يكون في حال غضب الولي، فقد ينتقم لنفسه، ولا يكون الضرب كذلك لغرض التأديب، لأن هذا ليس من العدل، ويمتنع الضرب عند استجارة الولد بالله شريطة أن لا يتخذ ذلك تحايلاً أو ذريعة لأجل التخلص من العقاب⁵، لحديث « إِذَا ضَرَبَ أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ فَذَكَرَ اللَّهَ فَارْفَعُوا أَيْدِيَكُمْ »⁶.

¹ الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج2، ص57. محمد ابن الحاج العبدري، المدخل، ج2، مكتبة دار التراث، القاهرة، مصر، ص317.

² علي بن نايف الشحوذ، الأساليب الشرعية في تأديب الأطفال، دار المعمور، ماليزيا، ط1، 1430/2009، ص41.

³ إبراهيم بن صالح التتم، مرجع سابق، ص427.

⁴ المرجع نفسه، ص434.

⁵ المرجع نفسه، ص451.

⁶ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، السنن، ج6، كتاب البر والصلة، باب ماجاء في أدب الخادم، رقم الحديث1953، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص55.

ثانيا: السلطة التأديبية الأبوية بين الوسائل والضوابط في القانون الجزائري

الحق في سلامة الجسم من الحقوق اللصيقة بالإنسان، يسمح لصاحبه الاستئثار والتمتع به، ومحلله الجسم بجميع مكوناته وجزئياته، وأجهزته وأعضائه، التي تؤدي وظائف عضوية كالجهازين الهضمي والتنفسي، أو وظائف ذهنية كالمخ الذي يساهم في عملية التفكير وهو القوة المحركة للشخص، وكل فعل ينال من سلامة الشخص الجسدية كالعنف مثلا قصد تحقيق غايات شخصية أو جماعية، هو استعمال غير مبرر وغير مشروع¹، والمحافظة على سلامته من الحقوق المرتبطة بالمقاصد الشرعية فهو يندرج تحت مقصد حفظ النفس، والحفاظ عليه هو حفاظ على بقاء النفس وإضافة إلى ذلك فهو مركز قانوني يُتيح لصاحبه التحكم بكامل جسده، والاحتفاظ براحته البدنية والنفسية.²

وقد يصطدم هذا الحق مع حق آخر وهو حق تأديب الصغار والذي يترتب عنه استعمال العنف في الظاهر ولكن غايته في الحقيقة هو تهذيب الولد وتقويمه، ولذا سأتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من وسائل التأديب، وكذا القيود الواردة عليها.

1- موقف القانون الجزائري من وسائل التأديب:

على خلاف ما بينه فقهاء الإسلام لم يحدد المشرع الجزائري وسائل تأديب الصغير، وإنما وضع تدابير لحمايته عند ممارسة حق التأديب من ممثله الشرعي، لأنه شخص ضعيف، ومن ثم فإن كل تسبب في إحداث جرح للقاصر عن طريق الضرب العمدي، أو منع الطعام عنه، أو عدم حمايته من أي خطر، يعد تعسفا في استعمال الحق وسببا موجبا للعقوبة المنصوص عليها في المادة 269 من قانون العقوبات.³

¹ نجاد البرعي، الحق في سلامة الجسم، ورقة مقدمة لجمعية حقوق الإنسان لمساعدة السجناء، ص2.

² رايح فغورر، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، مجلد 15، عدد2، 2018، ص64.

³ المادة 269 من الأمر رقم 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

واستثنت هذه المادة الإيذاء الخفيف، ويدخل في معانيه الضرب بوسائله وضوابطه في الفقه الإسلامي، ففيه إشارة ضمنية إلى أن هذا القدر من الضرب متسامح فيه قانونا، ولو أنه لم ينص عليه صراحة، وبما أن المادة 222 من قانون الأسرة أحات على الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد به نص قانوني فهي الملاذ إذن في هذا المجال لتكون سندا في مشروعية العقوبة الأبوية.¹

2- القيود الواقعة على وسائل التأديب في القانون الجزائري:

إن كل فعل ارتكب بحق الصغير من طرف صاحب الحق في التأديب، وأقرته الشريعة الإسلامية، وصاحبته النية السليمة، وكان قصد القائم عليه هو التأديب، وكان خفيفا ومتلائما مع حال الصبي وسنه، فإن أحكام قانون العقوبات لا تسري عليه، ويصير حقا مباحا، لا يتابع فاعله جزائيا، وأما الضرب الفاحش وهو الذي يؤثر في الجسم ويغير لون الجلد، فلا يجوز بحال من الأحوال اللجوء إليه، وإن حدث ووقع فإن مرتكبه يكون عرضة للمتابعة الجزائية.²

وتبعاً لذلك فإن الضرب يمنع بالوسائل الحادة والمتلفة للبدن كالحديد والزجاج، أو استعمال الكهرباء، أو الماء الساخن، أو التجويع، أو التعذيب بالنار، أو التوثيق بالحبل وماشابهه، هو بسبب ما تتركه من أثر خطير على بدن الصبي ونفسيته.³

وقد أصدر المشرع الجزائري قانونا جديدا يتعلق بحماية الطفل أو الحدث الذي لم يتجاوز 18 سنة، يتضمن مجموعة من القواعد والآليات تضمن المحافظة على جسده حال تعرضه للخطر، وتحمّل الأبوين مسئولية حمايته، وقد جاء نص المادة الثانية منه واضحا في هذه المسألة فالطفل الذي تكون صحته أو أخلاقه أو أمنه في خطر، أو يلقى معاملة سيئة، عن طريق تعرضه للتعذيب، أو احتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على

¹ اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص331.

² شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2001، ص81.

³ اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص335.

القساوة، ولو كان من طرف ممثله الشرعي¹، سيكون عرضة للمساءلة، ويقع على عاتق الدولة مباشرة الإجراءات الكفيلة بحمايته من كل أشكال الضرر والعنف، ومتابعة الجناة.²

وقد نصت المادة 40 من ذات القانون أنه يجوز لفاضي الأحداث أن يتدخل في بعض الأحيان وبشكل استعجالي بوضع تدابير حماية للطفل المعرض للخطر والذي قد يقع عليه اعتداء أو خطر حتى من أقرب الناس إليه وهما والداه أو أحدهما، ومن ضمن الإجراءات المتخذة بهذا الشأن " تسليم الطفل لوالده أو والدته الذي لا يمارس حق الحضانة عليه مالم تكن سقطت عنه بحكم، أو تسليم الطفل إلى أحد أقاربه أو تسليمه إلى شخص أو عائلة جديرين بالثقة"³ وقد أحسن المشرع صنعا في اتخاذ لمثل هذه التدابير وتكريسه للجانب الحمائي للطفل في المنظومة القانونية.

وبناء على ما ذكر فإن توجه المشرع الجزائري يقضي بأن الأصل في تأديب الأولاد أن يكون معنويا وتستخدم في ذلك كافة وسائله، فإن لم تجد هذه المحاولات نفعاً، توجه المؤدب إلى وسيلة أخرى من أجل التخويف والتقويم، وهي العقاب البدني عن طريق الإيذاء الخفيف، المقيد بالضوابط المذكورة، من أجل تحقيق المراد، ولا يستخدمه الوالدان إلا عند فشل العقاب المعنوي⁴، واستخدام العنف حق مباح معترف به، إذا كان لغرض التأديب متى أقرته الشريعة أو قرره القانون، وهو مقدم على الحق في سلامة الجسد.⁵

¹ المادة 2 من قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

² المادة 06 من قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

³ المادة 40 من قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

⁴ اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 332

⁵ أشرف توفيق شمس الدين، شرح قانون العقوبات . القسم العام . ص 200.

المبحث الثاني: السلطة الأبوية في مواجهة خصوصيات الأبناء

تعتبر خصوصيات الأبناء من القضايا الدقيقة والمعقدة، والتي ما فتئت تطرح سجلات من النقاش والخلاف في الشرائع والقوانين، نظرا لما تكتسبه من طابع المرونة والتطور، وما تخلفه من تأثير في أخلاق وقيم كل مجتمع، وجاء هذا المبحث ليتناول مواجهة السلطة الأبوية للحياة الخاصة للأبناء في المطلب الأول، ثم تأثير هذه السلطة على مسائل الزواج والطلاق كمطلب ثان.

المطلب الأول: السلطة الأبوية في مواجهة الحياة الخاصة للأبناء

يصعب إعطاء مفهوم محدد لفكرة الحياة الخاصة، أو وضع حدود معينة حتى لا يتجاوزها الأفراد، ومن ثم فإن من العسير إيجاد تطبيقات لها في المجال القانوني، ذلك أنها فكرة معقدة لم تلق اتفاقا في مفهومها بين فقهاء الشريعة الإسلامية والمختصين في القانون¹، وسنحاول ما أمكن أن نجمل آراء كل فريق، ونخرج بمفهوم واضح لهذا الحق، ومن خلاله نقف على مدى تأثيره بالسلطة الأبوية.

الفرع الأول: السلطة الأبوية في مواجهة الحياة الخاصة للأبناء في الفقه الإسلامي

خوفا على الأبناء من أن تسم عقولهم تلك الأفكار المنحرفة، وتفسدهم الدعوات المضللة، وضع الإسلام الخطوط العريضة للحياة الخاصة فلم يتركها على إطلاقها، ولم يضيق من دائرتها، وأعلن منهجه الوسط تجاهها، فلا إفراط ولا تفريط .

أولا: مفهوم الحق في الحياة الخاصة في الفقه الإسلامي

1- تعريف الحياة الخاصة في الإسلام:

قررت الشريعة الإسلامية مبدأ الحياة الخاصة للإنسان، وعدته جزءا من منظومة الحقوق اللصيقة بالإنسان في الإسلام، تجب المحافظة عليه بل ارتفعت بهذا الحق وجعلته في مصاف الواجبات المفروضة على الشخص، بحيث يتولى المطالبة به ويستमित في

¹ حسني الجندي، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1993/1413، ص37.

الدفاع عنه بكل الوسائل، ويأثم إن تخلى عنه أو تركه؛ وبناء على ما ذكرت فقد رسمت الشريعة الإسلامي معالم تلك الحماية، وأرست قواعدها، ووضعت الضمانات الكفيلة للتمتع بها.¹

وانطلاقاً من هذا المبدأ - ونظراً لكثرة التعريفات في هذا الموضوع- يمكن اختيار تعريف حسني الجندي للحياة الخاصة في الإسلام فهو الأنسب حسب رأينا، والجامع لمكوناتها وعناصرها، حيث عرفها بأنها: "صيانة الحياة الشخصية والعائلية للإنسان، بعيداً عن الانكشاف والمفاجأة من طرف الآخرين دون رضاه، مع الأمن على عورته وحرمة وخصوصياته هو وأسرته داخل البيت وخارجه، ورفض كل أشكال التدخل من الغير سواء كانوا مقربين له أم غرباء عنه، وضمان إعطاء قدر من الزمن للخلو بالنفس، والتصرف أثناءه بحرية هو وأهل بيته، مع الحق في دفع كل عدوان يمس بهذه الحرمة، ومجازاة المعتدي بالجزاء الشرعي".²

ومن خلال هذا التعريف الجامع يمكن القول بأنه قد استوعب كافة صور الحياة الخاصة وعناصرها، وشمل كل المعايير التي نصت عليها التشريعات والقوانين، من خلال ضمان الحماية للحياة الشخصية والعائلية في محيط البيت وخارجه، بالإضافة إلى إتاحة قدر من الوقت للتصرف بحرية والخلو بالنفس، مع استعمال القوة للدفاع حال الاعتداء عليها كلما دعت إلى ذلك الضرورة.

2- صور حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية:

تتجلى صور حماية الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية في مجموعة من العناصر أهمها:

- 1) تحريم التجسس بغرض الاطلاع على أسرار الغير وخصوصياته.
- 2) منع إفشاء الأسرار، والسعي وراء نشرها بأي وسيلة كانت.
- 3) النهي عن الدخول على الغير بدون استئذان، و انتهاك حرمة المنازل.

¹ حسني الجندي، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، مرجع سابق، ص43.

² المرجع نفسه، ص46.

(4) مراعاة حرمة الميت، وإضفاء طابع الخصوصية لجثته، و حمايتها.¹

ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من الحياة الخاصة للأبناء

عالج الفقه الإسلامي بعض الجوانب الخاصة المتعلقة بحياة الأبناء ليحسم الجدل المحتدم بينهم وبين آبائهم، وسنقتصر على ذكر ثلاثة جوانب، لنرى موقفه منها، ونقف على مدى تأثير السلطة الأبوية عليها، وهي: حكم استئذان الآباء على الأبناء، وحكم التجسس عليهم، ومشروعية السماح لهم بحرية التعبير.

1- موقف الفقه الإسلامي من استئذان الآباء على الأبناء

الاستئذان هو طلب إباحة الدخول للمستأذن، ويطلق عليه الاستئناس أيضاً²؛ وشرع لأجل ألا يقع بصر الشخص على ما يحرم النظر إليه؛ والرجل يلزمه أن يستأذن على أمه وأخته وبنيه وبناته البالغين و الأطفال الصغار الذين ليس لعورتهم حكم، أما البالغون الذين لا يحل النظر إلى عوراتهم، فهؤلاء يستؤذن عليهم، قال الشنقيطي "اعلم أن الأظهر الذي لا ينبغي العدول عنه أن الرجل يلزمه أن يستأذن على أمه وأخته وبنيه وبناته البالغين، لأنه إن دخل على من ذكر بغير استئذان فقد تقع عينه على عورات من ذكر، وذلك لا يحل له".³

وأما الاستدلال على جواز الدخول على هؤلاء فهو الآية الكريمة في قوله تعالى:

﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ﴾⁴، فوجه الاستدلال بهذه الآية كما ذكر الإمام ابن عطية أن البيت المقصود به في الآية ، هو البيت الذي لا أحد معه فيه، أو البيت الذي فيه زوجه أو أمته، وما عداه فهو غير بيته، وقال ابن مسعود وغيره: ينبغي للإنسان أن لا يدخل البيت

¹ سوزان عدنان الأستاذ، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الانترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 3، 2013، ص 228.

² وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 3، ص 144.

³ محمد الأمين بن المختار الشنقيطي، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، ج 6، دار الحديث، القاهرة، دط، 2006، ص 116.

⁴ سورة النور، الآية 27.

الذي فيه أمه إلا بعد الاستئناس، وروي عن جابر قال: يستأذن الرجل على ولده وأمه وإن كانت عجوزا وأخيه وأخته وأبيه.¹

فمن خلال هذه النصوص والآثار والأقوال نخلص إلى القول بأن الآباء والأمهات الذين لهم أولاد بالغين يسكنون معهم في بيوتهم وجب عليهم طلب الإذن بالدخول، لأن البيت الذي يجمعهم هو بيت مشترك، ولا يجوز النظر إلى عوراتهم، وأما الصغار غير البالغين والذين لا حكم لعورتهم، فهؤلاء مستثنون من النهي، فيجوز الدخول عليهم بغير استئذان.

وأخيرا فالسلطة الأبوية لا تجد تطبيقاتها في مجال الدخول على الأولاد دون استئذان إلا ما استثنينا، أو عند وجود ضرورة لذلك كالخوف على الأولاد من خطر أو كارثة قد تحل عليهم؛ فاستنادا لهذا السبب ومراعاة لمقصد حفظ النفس وجب التدخل من أي شخص لإنقاذ أرواحهم من الخطر أو الهلاك.

2- موقف الفقه الإسلامي من ظاهرة التجسس على الأبناء

التجسس هو التفتيش عن بواطن الأمور والبحث في العورات.²

وأما حكمه فقد يكون واجبا كالتجسس على قطاع الطرق والمفسدين في الأرض، ويكون مباحا بين المسلمين وغيرهم، ويباح كذلك التجسس على أهل المعاصي من طرف رجال الحسبة الذين أوكلت لهم مهمة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر³، غير أن مسألة تجسس الآباء على الأبناء قصد الاطلاع على أسرارهم عند تعرّض أخلاقهم للخطر لم نجد من تكلم فيها من الفقهاء الأوائل في حدود علمنا، ولعل من أسباب ذلك هو تطور الحياة المعاصرة وما صاحبها من ظهور لوسائل الاتصال، وانفتاح على الآخرين دون قيود تذكر، خصوصا ما يعرف منها بـ "وسائط التواصل الاجتماعي"، والتي تتضمن عبر منصاتها المضار والمنافع، والتي تفرض أيضا في بنودها على الغير احترام خصوصيات الآخرين

¹ البخاري، الأدب المفرد، باب يستأذن على أبيه وولده، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص311.

² أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، مرجع سابق، ص 153.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق ج 10، ص162.

ووجوب حمايتها، مما يدعونا إلى البحث عن الفتاوى المعاصرة والوقوف على آراء أصحابها أمام الفراغ الفقهي عند الآوائل، ونحاول أن نستخرج منه حكما، يتلائم ومقصود الشارع، ويبرز موقف الإسلام من التجسس بكافة وسائله على الأولاد، ومن خلال عملية استقصاء لهذه الآراء يمكننا أن نجعلها في اتجاهين، الأول يمنع التجسس بكافة أنواعه، والثاني يجيزه لكن بشروط.

الاتجاه الأول القائل بمنع التجسس على الأولاد:

يرى هذا الفريق بأنه لا يجوز التجسس على الولد بأي وسيلة كانت، ولا تُتبع عوراته، إلا في حالات خاصة وضيقة، تحقيقا لمصلحة أو دفعا لمفسدة؛ ودليلهم في ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا﴾¹، فإساءة الظن بالآخرين أمر انتهى عنه شريعة الإسلام، والتجسس أيا كان نوعه مرفوض وحرام على القريب والبعيد.

وأما دليلهم من السنة فقد جاء أمر النبي صلى الله عليه وسلم للأولياء بتحمل مسئولية الرقابة في قوله: « وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، .. أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ»²؛ فإذا رأى الوالد من ولده ريبة، ولم يجد وسيلة لتقويمه إلا بمعرفة ما خفي من حاله، فيمكنه التجسس عليه في حدود الحاجة دون زيادة.³

ويرى الدكتور أحمد كريمة أن الإسلام نهى عن التجسس بنص حديثه صلى الله عليه وسلم: « ولا تحسسوا ولا تجسسوا »⁴؛ ومعالجة أخطاء الأولاد إنما تكون بالرفق واللين

¹ سورة الحجرات من الآية 12.

² البخاري، الصحيح، ج2، كتاب العتق، باب كراهية التطاول على الرقيق، رقم الحديث: 2506، مرجع سابق، ص901.

³ فتوى رقم 212821 (ضوابط جواز تجسس الوالد على ولده)، <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/212821>، اطلع عليه بتاريخ 2022/01/05، الساعة 10:00.

⁴ البخاري، الصحيح، كتاب الأدب، باب ماينهى عن التحاسد والتدابير، رقم الحديث: 6064، مرجع سابق، ج 5، ص2253.

والاستئذان ومد جسور الثقة بيننا وبينهم، لا بالتجسس وإساءة الظن بهم، وكنتم أنفسهم ومراقبة حركاتهم وسكناتهم¹، وقد شاطر موقف الدكتور مجموعة من أساتذة جامعة الأزهر²، حيث أكدوا أن الاطلاع على خصوصيات الأطفال الإلكترونية الذين هم في سن صغيرة جائز بشكل مباشر أو غير مباشر، مع التعامل بالرفق واللين عند التقويم والإصلاح، وإذا تنهت لسمع الآباء أن هناك سلوكا خاطئا ينتهجه الأولاد فعليهما أن يقوموا بدور القدوة المربي، لا أن يتقمصا دور الجلال، لأنه من الطبيعي أن يخطئ الأبناء، ومن الواجب إرشادهم إلى الصواب عند ثبوت الخطأ، أما إن كان الأمر مجرد إشاعات مغرضة فهو الفتنة بعينها³، وقد نهانا الله عنها في قوله: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهْلَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾⁴، وامتنالا لهذا النص وجب على الأب أن يتحقق من كل ما يرد إليه من معلومات بخصوص أولاده، وألا يصدر حكما مسبقا لمجرد ظنون أو أوهام.

الاتجاه الثاني القائل بجواز التجسس على الأبناء:

يرى هذا الفريق أن ترك الحبل على الغارب للأولاد باسم الحرية واحترام الخصوصية أمر مرفوض، لافتقادهم للرشد والحكمة في التعامل مع الحياة، ولهذا لا بد من مراقبة تصرفاتهم وتوجيههم بضرورة الاستخدام الصحيح لوسائل التواصل الاجتماعي، وقد نصت الآية الكريمة على تفعيل عنصر الرقابة الأبوية في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قَوْمًا أَنفُسُهُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾⁵، فمن وسائل وقاية الأولاد من النار صونهم عن المحرمات ومراقبتهم في ذلك، واتخاذ كافة الوسائل لأجل تحقيق هذا الواجب، وقد جاء التجسس ليحقق

¹ مجلة اليوم السابع الإلكترونية (لا يجوز للأباء و الامهات التجسس على ابنائهم)

² <https://www.youm7.com/story/2020/10/6/5008323> / اطلع عليه بتاريخ 2022/01/05، الساعة 10:07.

³ كأمثال الدكتور عبد الرحمن العدوي و الدكتور صابر طه والدكتورة إلهام شاهين والدكتورة أماني عبد القادر وغيرهم.

⁴ <https://www.lahamag.com/article/59986> -تفتيش- خصوصيات- الأبناء- حق- للأباء- أم- تجسس- مرفوض،

تاريخ اطلع عليه بتاريخ 2022/01/06، الساعة 22:55.

⁵ سورة الحجرات، الآية 6.

سورة التحريم، الآية 6.

مصلحة ويدفع مفسدة، ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب¹، كما أن الضرر الحاصل بسبب التجسس على الأولاد، أهون من الضرر الذي يترتب عند تركه، ولذلك تُرتكب المفسدة الأخفّ مراعاة للمفسدة الكبرى، ويرتكب أهون الضررين وأخف الشرين².

ويشير الدكتور محمد عبد المنعم البري إلى أن مراقبة الوالدين للخصوصيات الإلكترونية وغير الإلكترونية، للأبناء لا يعدّ من فعل التجسس المنهي عنه خصوصاً عند الاطلاع عليها في حضرتهم، ليأخذوا احتياطاتهم ويحذروا من أي تجاوز لا يكون في صالحهم ويدركوا أن سلطة الرقابة الأبوية هي التي تحميهم من أي انحراف³.

وذهب هذا الفريق أيضاً إلى جواز تفتيش أغراض الأولاد وممتلكاتهم من حين لآخر لأن ذلك داخل في اليقظة الأبوية التي تستلزم تغيير هذا المنكر ما أمكن فور وقوعه، كما أن هذه المراقبة تكون عند ظهور علامات الانحراف، أما إذا كان الولد ظاهره الاستقامة فلا يجوز للوالدين مراقبته أو تفتيشه لأنها من سوء الظن، والتجسس المنهي عنهما⁴.

وذهب بعض ممن تبني هذا الرأي إلى أبعد من ذلك فأجازوا وضع جهاز للتجسس المنزلي بغية مراقبة الأولاد حيث يقول أحمد عطا الأستاذ بجامعة القاهرة: إن هذا الجهاز ليس بالتجسس والتنصت على الإطلاق، ولكنه يدخل في باب التوجيه والترشيد، لأنه

¹ هناء بنت ناصر الأحيدب، التجسس بين الزوجين وعلى الأولاد - دراسة مقارنة، مجلة العلوم الشرعية، العدد 61، شوال 1442، ص 252.

² المرجع نفسه، ص 255.

³ <https://www.lahamag.com/article/59986> -تفتيش-خصوصيات-الأبناء-حق-للآباء-أم-تجسس-مرفوض، تاريخ الدخول: الساعة 22:55، 01/06/

⁴ <https://www.lahamag.com/article/59986> -تفتيش-خصوصيات-الأبناء-حق-للآباء-أم-تجسس-مرفوض، تاريخ الدخول: الساعة 22:55، 01/06/

يعمل على حث الابن على التزام السلوك القويم، ومادام التتصت على المكالمات وكل ما ينشره الأولاد ليس بدافع الفضول أو قصد التجسس، فهو جائز حتما.¹

القول الراجح: لا شك أن ترك الولد دون رقابة أبوية سيؤدي حتما إلى انحرافه، والقول بعدم جواز التجسس على الإطلاق قول مجاف للواقع الذي يفرض المتابعة المستمرة للأبناء، كما أن فتح باب التجسس عليهم على مصراعيه دون قيود هو الآخر له مساوئه وأضراره التي لا تخفى، ومن ثم فينبغي سلوك مسلك الاعتدال والوسطية في هذا المجال فلا إفراط ولا تفريط، فالتجسس وإن كان جائزا في هذه الحالات فإني أرى أن يضبط بمجموعة من الضوابط أهمها:

- 1) أن يكون القائم على التتصت هو أحد الأبوين لا غيرهما، لأن كشف الأسرار هو من خصوصيات الأسرة فلا يتعدها لغيرها من أفراد.
- 2) أن يمنع التجسس عند ظهور الصلاح في الأولاد، ويباح التجسس على البالغين عند بدو علامات الانحراف، وعلى الصغار مطلقا.
- 3) التغافل عن الأمر في البداية وعدم مكاشفة الولد أفضحه، وإعطائه فرصة للإقلاع عن هذا الفعل المشين.
- 4) معاتبته سرا إن عاد إلى ذلك، وتحذيره من ذلك.
- 5) وضع كل الوسائل المتاحة للتتصت على الولد عند الإصرار على ممارسة السلوك السيئ، ومصارحته بذلك، وإعلامه مسبقا بأنه تحت الرقابة.
- 6) معالجة انحراف الولد بالحكمة وعدم التهور، واستعمال العنف، لأن من شأن ذلك أن يعقد الأمور.
- 7) استشارة المختصين في علوم التربية والنفس لمعالجة هذه الظاهرة وإيجاد الحلول لها.

¹ <https://alarab.co.uk> هل-تبرر-غاية-الآباء-وسيلتهم-في-التجسس-على-الأبناء الساعة 10:10،

3) موقف الفقه الإسلامي من حرية التعبير لدى الأبناء

يقصد بحرية التعبير عن الرأي "تمتع الإنسان بكامل إرادته في الجهر بما يراه صوابا ومحققا النفع له وللمجتمع، سواء تعلق بالشؤون الخاصة، أو القضايا العامة".¹

وحرية التعبير عن الرأي بالنسبة للطفل بوصفه إنسانا هي أن يستطيع التعبير عن آرائه وأفكاره للناس، سواء كان ذلك بشخصه أم برسائله، أم بوسائل النشر والاتصال المختلفة، ولقد أعطى الإسلام الجميع بما فيهم فئة الأطفال الحق في حرية التعبير عن آرائهم كرايهم في اختيار التخصص التعليمي الذي يرغبون فيه، وكذا اختيار الحرفة أو الهواية التي يحبونها، ولم يحجر عليهم، بل رباهم على استقلالية الرأي، واشترط ألا تكون في هذه المجالات والآراء المختارة مخالفة شرعية،

وتنعكس المواجهة بين الطفل والسلطة الأبوية في موقف حب الاستطلاع ومعرفة أسرار ذاته وأسرار البيئة التي من حوله، واكتشاف كل ما هو غامض، ومحاولة فتح كل ما هو مغلق، وهذا الصراع بين السلطة الأبوية والرغبة الولدية مبعثه قلق الوالدين، إلا أن هذا القلق الذي يؤدي بالوالدين إلى الإسراف في القسوة أو انتهاج المعاملة السيئة للأولاد، يصبح في حد ذاته مرضا ينبغي أن يعالج هو الآخر.²

إن الإسلام يرفض منطق الاستبداد والاستعباد بكل أشكاله حتى بين الآباء والأبناء، ويرفض التربية المبنية على منطق الطاعة العمياء، وينبذ الثقافة التسلطية القائمة على سحق إرادة الطفل، ويرفض التعامل مع الطفل وفق مبدأ "نفذ ولا تعترض" ولا يقبل أن يتحول البيت إلى أشبه بثكنة عسكرية، قائدها الأب، وجنديها المطيع الابن الذي يتلقى الأوامر ولا يجوز له الاعتراض.

¹ عبد الله عبد العزيز الزايد، حرية التعبير عن الرأي في الشريعة الإسلامية التأصيل والضوابط، المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، ص9.

² محمد عماد الدين إسماعيل، الطفل من الحمل إلى الرشد، ج1، دار القلم، الصفاة، الكويت، ط2، 1995، ص389.

وبناء على ما ذكرت حث الإسلام على إتاحة الفرصة للسماح بالنقاش والتحاور، واعتماد أسلوب التشاور، وعدم إلغاء رأي الطفل دائماً ومعالجة همومه، وأمام هذه الحتمية صار لزاماً على الآباء احترام قناعات الطفل وحفظ خصوصياتهم وأسرارهم، وعدم فرض العادات والتقاليد التي لا تحمل في طياتها شيئاً من القداسة على حياتهم، فلكل زمان عاداته ومتطلباته، وهو الأمر الذي يعزز شخصيته مستقبلاً ويقويها¹، ولذلك قال بعض الحكماء: لا تكرهوا أولادكم على آثركم، فإنهم مخلوقون لزمان غير زمانكم.²

وقد ثبت أن عمر بن الخطاب وهو آنذاك أمير للمؤمنين مر بطريق فهرب منه الصبيان خوفاً منه ومهابة له، وكان معهم عبد الله بن الزبير فبقي في مكانه ولم يفر، فسأله عمر لماذا لم تفر مثل أصحابك؟ فأجابه إجابة الواثق من نفسه قائلاً: لم أقترف ذنباً حتى أخافك، ولم تكن الطريق ضيقة فأوسع لك.³

فهذه النصوص تؤكد على أن الإسلام فتح الباب لحرية التعبير للطفل واحترام رأيه حين يصدح بالحق ويقول الصواب ولم ينكر عليه، كما أن هذه الحرية والخصوصية لا تتنافى المسؤولية، ولا تلغي واجب التربية والرعاية الأبوية، بل هي مقيدة بهما، وعلى الآباء يقع تعليم أبنائهم حدود الحرية، وإن ترك الطفل وشأنه يفعل ما يشاء دون ضوابط سيؤدي ذلك حتماً إلى الفوضى، وانتهاك الحرمات، والاعتداء على خصوصيات الناس وأموالهم وكراماتهم، فيولد ذلك مفسدة لا تقل عن مفسدة التضييق عليهم وسلبهم حريتهم.⁴

ونخلص في الأخير أن مفهومي السلطة الأبوية وحرية التعبير بالنسبة للطفل هما مفهومان نسيبان فيستحيل أن تتواجد سلطة أبوية مطلقة، أو حرية للأولاد مطلقة، بل لا بد

¹ الشيخ حسين الخشن، حقوق الطفل في الإسلام، دار الملاك، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ص139.

² محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي، إغاثة اللفهان من مصادد الشيطان، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 2004، ص454.

³ أحمد بن عبد ربه، العقد الفريد، تحقيق عبد المجيد الترحيني، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 4، 2013، ص120.

⁴ الشيخ حسين الخشن، مرجع سابق، ص145.

من توافر عامل النسبية الذي يوازي بينهما، فإذا ارتفعت درجة واحدة منهما انخفضت درجة الأخرى والعكس صحيح.¹

الفرع الثاني: الحق في الحياة الخاصة للطفل في القانون الجزائري

يؤثر العامل الديني بشكل كبير في الحد من الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، وعادة ما تتمسك المجتمعات الدينية بمنظومة الأخلاق والقيم، وتضفي على هذا الحق نوعاً من القداسة والاحترام والحماية، بخلاف المجتمعات العلمانية التي تنتهك حرمة هذا الحق تحت ذريعة حق النقد، أو دعوى حرية التعبير والرأي، أو الحق في الوصول إلى المعلومة، وهو ما يشكل تعسفاً في استعمال هذا الحق، واستخدامه لأغراض غير بريئة تهدف بالأساس إلى تدمير المجتمعات، وتحطيم القيم الأخلاقية والاجتماعية.²

أولاً: مفهوم الحق في الحياة الخاصة في القانون الجزائري

لم نظف بتعريف دقيق لتعريف الحق في الحياة الخاصة في التشريعات العربية، بالرغم من بعض المحاولات الفقهية الرامية إلى إيجاد مفهوم جامع له، إلا أنها لم تف بالمطلوب، نظراً لصعوبة إعطاء الخصوصية تعريفاً يصلح للتطبيق في المجال القانوني، وهو ما حصل مع مؤتمر الحق في الحياة الخاصة المنعقد في الإسكندرية والذي عرف هذا الحق بأنه: "حق الشخص في أن يحترم الغير في كل ما يعد من خصوصياته، سواء أكانت مادية أم معنوية، أم تعلق بحرياته، على أن يتحدد ذلك بمعيار الشخص العادي، وفقاً للعادات والتقاليد والنظام القانوني القائم في المجتمع، ومبادئ الشريعة الإسلامية".³

لكن هذا التعريف حمل معانٍ فضفاضة، يصعب معها وضع حدود منطقية لهذا النوع من الحق، كما صور الفرد وكأنه يعيش في جزيرة وحده بمعزل عن الآخرين، وهو ما

¹ عيسى بيزم، حقوق الإنسان والحريات العامة، مقارنة بين النص والواقع، دار المنهل، اللبناني، بيروت لبنان، ط1، 2011، ص 101.

² فضيلة عاقل، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011/2012، ص 86.

³ مؤتمر الإسكندرية، المنعقد عام 1987.

يتنافى مع المبدأ القائل "الإنسان اجتماعي بطبعه" إذ تجمع به بالجماعة روابط متمثلة في مجموعة الحقوق والالتزامات، وبالرغم من الانتقاد الموجهة لهذا التعريف إلا أنه تضمن جوانب سليمة كفكرة الخلوة والهدوء، فهي يحمل سلوكين مختلفين؛ سلوك إيجابي؛ والمتمثل في احترام سرية الحياة الخاصة، وسلوك سلبي؛ وهو الامتناع عن تعكير أجواء الحياة الخاصة.¹

وفي خضم الاختلاف الحاصل في إيجاد تعريف مناسب للحق في الحياة الخاصة اتجه المشرع الجزائري إلى الأخذ بالمعيار التعدادي، والذي يأخذ بتعداد الأمور والمظاهر التي تدخل في نطاق هذا الحق، والتصرفات التي من شأنها أن تشكل مساسا بها، ومن جملة ذلك حرمة المنزل، والحق في السرية، الحق في حرمة المراسلات، الحق في حماية المعلومات الشخصية، فلم يعرف المشرع الجزائري هذا الحق، وإنما نص على الاعتراف بحماية بعض مظاهره، كحماية المراسلات بمختلف أشكالها وأنواعها، وحماية المعلومات الشخصية، وماتتضمنه من أحاديث وصور.²

وتعزز دستور 2020 بنصوص قانونية تركز حماية هذا الحق، فنصت المادة 47 منه على أن: "لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة وشرفه، ولكل شخص الحق في سرية مراسلاته واتصالاته الخاصة في أي شكل كانت، ولا مساس بهذه الحقوق المذكورة إلا بأمر معلل من السلطة القضائية، وأن حماية الأشخاص عند معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي، وأن القانون يعاقب على كل انتهاك لهذه الحقوق".

كما نصت المادة 48 منه أيضا على أن الدولة ضامنة لعدم انتهاك حرمة المسكن، وبالتالي فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وبأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة".³

¹ صبرينة بن سعيد، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015/2014، ص13.

² محمد بن حيدة، الحق في الحياة الخاصة في إطار القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2018، ص 33.

³ المادتان 47 و48 من المرسوم رئاسي، رقم 20-442، المتضمن التعديل الدستوري، .

ومن خلال استقراء نص المادتين من الدستور المعدل، وبمنظرة فاحصة، نقف على نتيجة مفادها أن القانون الجزائري يقف بالمرصاد لكل شخص معنوي أو طبيعي، ينتهك هذه الحقوق، ويسلط أفسى العقوبات على كل من تسوّل له نفسه اركاب هذا الفعل.

أما من ناحية الحماية الجزائية لهذا الحق فقد أقرت بموجب تعديل قانون العقوبات 23-06، في المادتين 303 مكرر و 303 مكرر¹، واقتصرت على ضرورة حماية الصور والمكالمات والأحاديث الخاصة والسرية، من الالتقاط أو التسجيل أو النقل دون إذن من أصحابها، واعتبرت الاعتداء عليها انتهاكا يرتب جنحة يعاقب عليها جزائيا².

وإذا لم تثبت الجريمة وحكم ببراءة المتهم، فهذا لا يُعفيه من المسؤولية المدنية والتي تقوم على أساس قاعدة عامة تدرج تحتها تطبيقات غير محصورة³، والضابط فيها توفر الأركان الثلاثة فيها لقيامها وهي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية⁴، فقد جاء في المادة 124 من القانون المدني أن "كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، بينما نصت المادة 47 من القانون المدني على أن "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر"⁵، والمادة 47 أخص من المادة 124 كونها تتضمن أحد الحقوق الملازمة للشخصية وهو الحق في الحياة الخاصة فقط دون غيرها من الحقوق الأخرى⁶.

¹ المادتان 303 مكرر و المادة 303 مكرر 1 من الأمر رقم 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، .

² محمد بن حيدة، مرجع سابق، ص 115.

³ رشيد شمشيم، الحق في الحياة الخاصة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 12، ديسمبر 2018، ص 170.

⁴ علي فيلالي، الالتزامات -الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 03، 42.

⁵ المادتان 47، 124. من الأمر رقم 75 - 58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁶ محمد بن حيدة، مرجع سابق، ص 290 وما بعدها.

وقد نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنه "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو حملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات"¹

واستنادا إلى تطبيقات القانون الأمريكي والفقهاء والقضاء الفرنسي، يمكن لنا أن نجمل صور الاعتداء على الحياة الخاصة في العناصر التالية والتي تحمل تطبيقات عملية للأفعال التي تخضع لنص المادة 47 من القانون المدني والتي تفيدنا في تحليلها:

- (1) التعدي على الجانب العاطفي للإنسان وحياته الزوجية والعائلية.
- (2) التعدي على حق كتمان الآراء السياسية والمعتقدات الدينية من خلال كشفها للجمهور.
- (3) التعدي على الحق في الاسم واستخدامه من الغير لتحقيق مصلحة.
- (4) انتهاك حرمة الحياة الخاصة المتعلقة بحالة الشخص الصحية.
- (5) الاعتداء على حق إخفاء مكان الإقامة ورقم الهاتف عن الجمهور.
- (6) نشر معلومات طواها الزمن وهي من ماضي الإنسان واستغلالها للتشهير به.
- (7) استخدام صورة الشخص المتعلقة بحياته الخاصة، وإساءة توظيفها.
- (8) افشاء الأسرار، ونشر المعلومات المضللة عن الشخص.
- (9) التدخل من أجل الكشف عن مكان عزلة الغير التي يقضي فيها وقت فراغه.
- (10) انتهاك حرمة جسم الإنسان دون إذن.²

وهذه العناصر المذكورة تؤيد ما ذكره الباحث من أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا هذا الحق ولم ينصه بنص خاص، وإنما نص على الحقوق الملازمة للشخصية بشكل عام في المادة 47 من القانون المدني.³

¹ المادة 12 من إعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة اعتمد بموجب القرار: 217 ألف (د-3) في 1948/12/10.

² رشيد شمشيم، مرجع سابق، ص 171.

³ المرجع نفسه، ص 72.

ويبقى أن نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار المظهر في إقرار هذا الحق، من خلال تعداد عناصره، عن طريق عرض قائمة من التطبيقات والمظاهر المشكلة له دون تعريفه، إلا أن ما يعاب على الأخذ بهذا المعيار اتسامه بالجمود، والذي يتعارض مع طبيعة هذا الحق المتصف بالمرونة والتجديد، الأمر الذي يقتضي منه أن يتطور ويتماشى مع متطلبات الفرد، ويتغير حسب الظروف، و يتأثر بطبيعة الانتهاكات التي تقع عليه في ذلك الزمان.¹

ثانيا: مجالات تدخل السلطة الأبوية في الحياة الخاصة للأبناء في القانون الجزائري

يعتبر الوازع الديني أحد المعايير التي تجسد نسبية الحق في الحياة الخاصة للفرد، وهذا المعيار يختلف من فرد لآخر، على حسب الزمان والمكان، وعلى حسب خصوصيات البلاد الإسلامية التي تختلف تماما عن خصوصيات البلاد غير الإسلامية، إذ تحتل الشريعة الإسلامية فيها مرتبة مهمة في تشريعاتها، وتسموا في بعض الأحيان على كثير من قوانينها، كما هو الحال في قانون الأسرة أو الأحوال الشخصية.

أما إذا نظرنا إلى الجهة الأخرى والتي ينخفض فيها مستوى الالتزام بالدين فإننا نجد انهيارا للقيم والمبادئ الاجتماعية، وظهور مفاهيم جديدة للأسرة أفرزها مؤتمر بكين ومؤتمر السكان بالقاهرة، والتي تقر بزواج المثليين، وإضفاء المشروعية للعلاقات غير الشرعية، مما نجم عنه تقليص مساحة الاحترام للحق في الحياة الخاصة.²

1- اختلاف النظم الوضعية حول علاقة القاصر بنائبه أثناء الاعتداء على حياته الخاصة

إذا كان القانون قد كفل الحق في الحياة الخاصة للأفراد، فإن التساؤل يثار بخصوص تمتع القاصر بهذا الحق من عدمه، وإمكانية أن يمارسه بشكل مستقل دون حاجة من تدخل ممثله القانوني كالولي أو الوصي الذي هو صاحب هذا الحق، أو أن هذا الحق

¹ محمد بن حيدة، مرجع سابق، ص33، 36.

² المرجع نفسه، ص39.

امتياز لكليهما وأمر مشترك بينهما، في ظل اختلاف النظم القانونية حول العلاقة التي تجمعهما، ولذا ظهرت ثلاثة اتجاهات في هذه المسألة تجيب عن هذا التساؤل.

- **الاتجاه الأول:** يرى استقلالية القاصر في ممارسة هذا الحق، استنادا إلى أحكام الأهلية القانونية التي تمنحه الحقوق المعنوية اللصيقة بالشخصية، بخلاف الحقوق المالية التي يتولاها ممثله القانوني، وقد اعترفت الاتفاقية المتعلقة بحق الطفل القاصر في الحياة الخاصة فجاء نص المادة 16 ليمنع أي تعرض تعسفي أو غير قانوني ضده، سواء في حياته الخاصة أو أسرته أو منزله أو مراسلاته أو شرفه وسمعته، ولم تشر هذه المادة إلى السماح لممثله القانوني للدفاع عنه من هذا الاعتداء، وهو ما يعد إقرارا باستئثار القاصر بحياته الخاصة ومنع أي طرف من التدخل فيها.¹

- **الاتجاه الثاني:** ويرى أن النائب القانوني هو المخول الوحيد في تولي شؤون القاصر، هذا الأخير لا يمكنه رفع شكوى جنائية مثلا إلا عن طريق نائبه القانوني، لأنه صاحب الولاية على النفس وهو من يملك هذه السلطة، ويملك حق الموافقة على نشر خصوصيات القاصر، فإذا فتحنا باب الاعتراف بهذا الحق للقاصر على مصراعيه، فسيسهّم ذلك في حدوث صراع بين الآباء والأبناء، ويعمّق الهوة بينهم، ويهدد الأمن الاجتماعي والأسري.²

- **الاتجاه الثالث:** جاء هذا الاتجاه وسطا بين الاتجاهين، وحاول التوفيق بينهما عن طريق المشاركة بين القاصر ووليّه في التمتع بهذا الحق، فلا بد من اشتراط رضا القاصر ولا بد من موافقة الولي، وهذا الاتجاه ينسجم نوعا ما مع قررته المادة 10 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل، والتي سمحت بتدخل الآباء في خصوصيات أبنائهم بشكل معقول ودون تعسف، مع إمكانية توفير الحماية القانونية له إن أساء الولي استخدام هذه السلطة.³

¹ محمد بن حيدة، مرجع سابق، ص 124.

² المرجع نفسه، ص 125.

³ المرجع نفسه، ص 126.

2- موقف القانون الجزائري من تدخل الأبوين في حياة أبنائهم الخاصة

على ما يبدو فإن المشرع الجزائري قد سار في الاتجاه الثالث والأخير، فمنح الطفل حرية التعبير بقيود، وأحاط حياته الخاصة بسياج منيع من الإجراءات من شأنها أن تكفل له حياة هادئة، وذلك من خلال النص في المادة 8 من قانون حماية الطفل 12-15 على أن "للطفل الحق في التعبير عن آرائه بحرية، وفقا لسنة، ودرجة نضجه، في إطار احترام القانون والنظام العام، والآداب العامة، وحقوق الغير"، وجاء نص المادة 140 منه أيضا ليوقع العقوبة كذلك على كل من ينال أو يحاول النيل من الحياة الخاصة للطفل عن طريق نشر أو بث نصوص أو صور بأية وسيلة يكون من شأنها الإضرار بالطفل؛ وذلك بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 150.000 دج إلى 300.000 دج.¹

وقد حاول المشرع الجزائري أيضا قطع كل الطرق التي من شأنها أن تؤدي إلى استغلال الأطفال اقتصاديا واتخاذهم كمورد مالي للآباء، لأن فرض عمالة الأطفال في الأسرة هو اعتداء على حياتهم الخاصة ولا يملك الأبوان هذه السلطة، ولذا قام المشرع بمضاعفة عقوبة استغلال الأطفال اقتصاديا على الآباء فنصت المادة 136 على الآتي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج، كل من يستغل الطفل اقتصاديا؛ وتضاعف العقوبة عندما يكون الفاعل أحد أصول الطفل أو المسؤول عن رعايته".²

فهذه النصوص كلها جاءت لتؤكد على أن القانون الجزائري قد فتح مجال حرية التعبير والحياة الخاصة واسعا للقاصر، إلا أنه قيدها بمجموعة من القيود، تقترب إلى حد ما مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، ولعل القاسم المشترك الجامع بينهما هو ضرورة احترام القانون والنظام العام، والآداب العامة، وحقوق الغير.

¹ المادتان 8 و140. من القانون رقم 12-15 المتعلق بحماية الطفل.

² المادة 139 من قانون رقم 12-15 المتعلق بحماية الطفل.

المطلب الثاني: السلطة الأبوية على الزواج وانحلاله بين الإطلاق والتقييد

لا يمكن للسلطة الأبوية أن تكون عائقا أمام الراغب في الزواج، بشرط أن تمارس في حدود الضوابط الشرعية والقانونية المرسومة، فبوجود هذه الحدود تُضفى الشرعية عليها، وبانعدامها تتحول إلى تسلُّط لا إلى سلطة، وقد تتجاوز هذه السلطة صلاحياتها فتسبب في فك الرابطة الزوجية بمختلف صورها لبعض الأفراد، وهو ما يشكل خطرا على إرادة الشخص وهاجسا يهدد خصوصياته¹، وللوقوف على معرفة الصور التي تجيز تدخل السلطة الأبوية في الزواج وانحلاله، والصور التي تظهر تعسفها في هذا المجال ومعرفة الفواصل بينهما، كان لا بد من التطرق من خلال هذا المطلب إلى فرعين؛ الأول بعنوان "السلطة الأبوية على الزواج بين الإطلاق والتقييد" و الثاني بعنوان "السلطة الأبوية على فك الرابطة الزوجية".

الفرع الأول: السلطة الأبوية على الزواج بين الإطلاق و التقييد

إن الأب بما يملكه من سلطة تمكنه من الفصل في بعض مسائل الزواج، باعتباره وليا يقوم على شؤون تزويج أولاده وهو مكلف بحكم ولايته على النفس، فهو بالمقابل مكبل بمجموعة من القيود تهدب سلطته، فكل تصرف صادر منه لم تُراع فيه مصالح الابن أو البنت فإن مآله الرفض، ومن أجل معرفة مجالات تدخل الآباء في الحياة الزوجية للأولاد سنقوم بتناول مفهوم سلطة التزويج وأقسامها أولا، ثم مركز الولي في سلطة التزويج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ثانيا.

أولا: مفهوم سلطة التزويج وأقسامها

1- مفهوم سلطة التزويج وسبب مشروعيتها:

أ- تعريف سلطة التزويج: هي فرع من الولاية على النفس التي تتعلق بشخص المولى عليه، ويقصد بها: سلطة الشخص الشرعية التي تخول له إنشاء عقد الزواج نافذا بلا توقف على

¹ هجري بوليدوي، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم والإدراية، جامعة الجزائر، 2001/2000، ص17.

إجازة أحد، كما تسمح له برفضه أيضاً¹، وقد تكون هذه السلطة مقتصرة على الشخص نفسه وتخوّل له تزويج نفسه من غير حاجة لتوليّه من طرف الغير، أو تكون متعدية فتسمح له بتزويج الغير من خلال إنابة منحها له الشرع.²

ب- سبب مشروعيتها:

شرع هذا النوع من الولاية من أجل القيام بتزويج العاجزين والقاصرين بالنيابة عنهم رعاية لحقوقهم وحفظاً لمصالحهم من أن تُهدر أو تُضيع .

ت- عضل الأولياء أداة تسلطية أم وسيلة شرعية لفرض السلطة الأبوية

يطلق العَضْلُ في اللغة على التضييق والمنع³، وأما اصطلاحاً فهو "امتناع الولي من تزويج مولّيته من الكفوّ حيث يجب عليه هذا التزويج"⁴، وهو ممنوع شرعاً، فقد قال ابن رشد "اتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يعضَلَ وليّته إذا دعت إلى كفاء وبصداق مثلها، وأنها ترفع أمرها للسلطان فيزوجها"⁵.

والفقهاء متفقون على أن العَضْلُ هو منع المرأة من التزوج وإطلاق ليد السلطة الأبوية على البنت دون وجه حق، كما أن العَضْلُ الممنوع لا يتحقق إلا بتوافر شروط ثلاثة وهي: أن يكون الخاطب كفوّاً لها، وأن تكون المرأة هي الداعية إلى الزواج أو راضية به، وأن تكون راشدة؛ إذ لا يتحقق العَضْلُ في الصغيرة والمجنونة.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، مرجع سابق، ص401، خالد بوشمة، مرجع سابق، ص51.

² أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط3، 1985. ص 151

³ الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص1104.

⁴ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج6، ص 361.

⁵ ابو الوليد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق هيثم جمعة هلال، دار مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، 2012، ص458.

وأما معالجة مشكلة العضل فتكمن في قيام المرأة المتضررة برفع دعوى أمام القاضي تطالبه من خلالها بتزويجها، فيقوم هذا الأخير بتوجيه أمر إلى الولي الأقرب لزوجها، فإن امتنع، سلب القاضي منه هذه الولاية، وتولى هو تزويجها.¹

وقد تبنت عديد التشريعات هذا الرأي المتمثل في الإحالة على القاضي عند عضل الولي على غرار التشريع الليبي، والموريتاني، والأردني، والكويتي، والتونسي²، أما المشرع الجزائري فلم ينص على حالة العضل في التقنين الحالي بينما كان النص موجودا قبل التعديل، وذلك من خلال نص المادة 12 والتي كانت محررة كما يلي: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج، إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به، مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للابنت".³

وأمام هذا الإلغاء للمادة 12 نجد أنفسنا أمام فراغ تشريعي في هذه المسألة يُحيلنا مجددا إلى المادة 222 القاضية بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؛ والتي تقر بإسقاط الولاية عن الولي من طرف القاضي حال امتناعه عن تقديم مبررات معقولة للرفض، ويتولى هو تزويجها لأن القاضي هو ولي من لا ولي لها؛ ويبقى التساؤل مطروحا عن السبب الذي حمل المشرع على إلغاء هذه المادة، مع أنها تصب في صالح المرأة، وتوفر لها الحماية من تعسف الولي في سلطة التزويج.⁴

2- أقسام سلطة التزويج:

تنقسم سلطة التزويج إلى قسمين أساسيين؛ ولاية إجبار، وولاية اختيار.

¹ ابن جزلي الكلبى، مرجع سابق، ص221.

² سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/1435، ص272.

³ جمال نجمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة، الجزائر، د ط، 2018، ص53.

⁴ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص69.

– القسم الأول: ولاية الإيجاب كمظهر من مظاهر السلطة الأبوية

تتجلى ولاية الإيجاب كمظهر من مظاهر السلطة الأبوية في الفقه الإسلامي أكثر منه في القانون الجزائري، وهوما سنتناوله من خلال هذه المقارنة.

أ – ولاية الإيجاب كمظهر من مظاهر السلطة الأبوية في الفقه الإسلامي:

وتسمى ولاية استبداد عند جمهور الفقهاء، كما تسمى ولاية حتم وإيجاب عند الحنفية¹، وهي السلطة التي يستقل فيها الولي بإنشاء الزواج لمن وُلِّي عليه بسبب الصغر، أو البكارة، أو فقدان العقل، ولا تلقى هذه السلطة معارضة من أحد، بل ولا يُلزم الولي هنا باستشارة أو أخذ إذن المولى عليه، فينفذ العقد عليه شاء أم أبى.²

وأما أسباب ولاية الإيجاب فهي تعود لوجود صلة قرابة بين شخصين، وقد اختلف الفقهاء في الأولياء الذين يملكون سلطة الإيجاب على الزواج إلى قولين:

القول الأول: (الجمهور غير الحنفية) فقد ذهب المالكية إلى أن هذه الولاية تثبت للأب، ثم وصيه، فإن غاب عنها يزوجها سائر الأولياء من العصبية، فإن لم يكن لها ولي فولّيها السلطان أو من يقوم مقامه³، وهو قول الحنابلة، وقال الشافعية تثبت أيضا للجد لأب وإن علا، فضيّقوا دائرة الإيجاب وحصروها في الأبوة.

القول الثاني: وهو مذهب الحنفية الذين قالوا أنها تثبت للأب والجد وغيرهما من سائر الأقارب، وهؤلاء وسعوا من دائرة الإيجاب لتشمل الأقارب أيضا.⁴

واختلف الفقهاء في موجب الإيجاب وعلته، هل هو البكارة أم الصغر؟.

¹ بدران ابو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص120.

² خالد بوشمة، مرجع سابق، ص53.

³ ابن جزى الكلبي، مرجع سابق، ص222، 221.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص41.

فمناطق الإيجابار عند الحنفية وجود وصف الصغر في المولى عليه أو وجود وصف الجنون، بينما ذهب المالكية إلى تعليل الإيجابار بعلتين: الصغر، والبطارة، فيجب الأب الصغيرة وإن كانت ثيبا، ويجبر البكر وإن كانت بالغا، ولا يجبر الثيب البالغ¹، وقد اتفق الحنابلة مع المالكية في هاتين العلتين²، أما الشافعية فعلوا الإيجابار بالبطارة فقط، فيجب الأب البكر فقط سواء كانت كبيرة أم صغيرة عاقلة أم مجنونة، إلا إذا كانت هناك عداوة ظاهرة بينها وبين أبيها، فلا يزوجه حينئذ إلا بإذنها³.

ب- ولاية الإيجابار كمظهر من مظاهر السلطة الأبوية في القانون الجزائري

في ظل قانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة قبل التعديل نصت المادة 11 أن الذي يتولى زواج المرأة هو وليها فأحد أقاربها الأولين، ونصت المادة 13 منه على أنه لا يجوز إيجابار الولي لمن هي تحت ولايته على الزواج، سواء كان الولي هو الأب أو غيره، فلا يزوجه دون موافقتها وسواء كانت المرأة راشدة أم قاصرة⁴.

ومنحت المادة 12 قبل التعديل أيضا للأب سلطة على البنت البكر ليقوم بمنعها من الزواج إن رأى في ذلك مصلحة، ومن خلال تحليل هذه المادة يظهر أن اختيار المرأة للزوج هو المبدأ والأصل، أما تدخل الأب لمنع ذلك فهو الاستثناء⁵.

فهذه المواد توضح بما لا يدع مجالا للشك أن المشرع الجزائري قبل التعديل لم يأخذ بولاية الإيجابار لا على البكر ولا على الثيب، لا على الراشدة ولا على القاصرة وإن لم

¹ أحمد الدردير، مرجع سابق، ج4، ص 1477.

² منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص42.

³ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص 246.

⁴ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ط1، 2007، ص69.

⁵ علي فيلاي، امتناع الأب عن تزويج ابنته، تعليق على قرار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، دار الحكمة، الجزائر، ج41، رقم1، 2000، ص78، 79.

ينص على ذلك صراحة، وإنما أخذ بولاية الاختيار، مع التأكيد على أنه أخذ بشرط الولي الذي نص عليه الفقهاء وعلى رأسهم الأب في الترتيب.¹

وأما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد قرر أن زواج المرأة عن طريق الإيجار ودون رضاها يؤدي إلى فساد العقد.²

وأما بخصوص البنت القاصرة بكرة كانت أم ثيبا فقد نصت المادة 13 المعدلة أنها هي الأخرى لا تجبر على الزواج من طرف الأولياء ولا يجوز تزويجها دون موافقتها، وقد أقرت المادة 7 المعدلة والمادة 11 في الفقرة الثانية سلطة التزويج على الزوج القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد³، غير أن هذه السلطة تقتضي ألا يصاحبها إجبار على الصغار، مما يدفعنا إلى القول بأن حضور الولي هنا هو شرط لتزويج من في ولايته على عكس البالغة الراشدة التي لا يشترط فيها حضوره لمباشرة العقد، ويبقى الأب في هذه الحال محروما من سلطة الإيجار التي تقتضي الأمر والمنع⁴، وإشرافه على التزويج لا يكون نافذا إلا بعد صدور ترخيص وإذن من طرف القاضي عندما تقتضي المصلحة والضرورة ذلك.⁵

وقد أغفل المشرع الحديث عن الولاية على فاقد الأهلية وناقصيها الذين أتموا 19 سنة، ولا يمكن أن تشملهم أحكام المادة 13 بعد التعديل، لأنها تطرقت إلى عدم إجبار القاصر وهؤلاء ليسوا بالقصر لأنهم بلغوا سن الرشد، فليس الأمر على إطلاقه، ولذلك كان لزاما علينا أن نميز بين صنفين من النساء؛ نساء مصابات بالسفه والغفلة ونساء مصابات بالجنون، فأما السفهية أو ذات الغفلة فيستشف من المادة 13 أنها تأخذ حكم القاصر فلا تجبر على الزواج ورأيها محترم ومسموع.⁶

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996، ص123.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج1، ص148.

³ بن شويح الرشيد، مرجع سابق، ص66.

⁴ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، مرجع سابق، ص29.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزوجية ..، مرجع سابق، ص414.

⁶ سمير شيهاني، مرجع سابق، ص129.

وأما بخصوص المجنونة أو المعتوهة فهذه لا تحتاج إلى أخذ رأيها لأنه لا عقل لها، وهنا ينبغي التمييز بين حالتين؛ الحالة الأولى: إن كان جنونها منقطعاً فهذه تنتظر ساعة إفاقتها ليؤخذ رأيها، أما الحالة الثانية: فهي المجنونة جنونا مطبقاً، فعلى وليها تقديم طلب للقاضي يتضمن ذكر الأسباب الدافعة لتزويجها، والقاضي بعد ذلك يقرر ما إذا كان في هذا الزواج مصلحة فيمضيه ويرخص له، وإن انتفت المصلحة مَنع الولي من التزويج.¹

وإذا ترتب عن هذا النص مخالفة بتزويج البنت جبراً فإن البعض كالعربي بلحاج يرى أن العقد يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويمكن الطعن فيه من طرف أحد الزوجين أو النيابة العامة أو من له مصلحة، وأما بعد الدخول فيبطل بطلاناً نسبياً ويمكن الطعن فيه من أحد الزوجين فقط²، ومع مافي هذا الرأي من تشدد، إلا أن البعض فرق بين حالتين، عند انعدام الرضا أصلاً ففي هذه الحالة يقع الزواج باطلاً، وأما الحالة الثانية عند توافر الرضا مع وجود عيب من عيوب الإرادة كالإكراه المعنوي، ففي هذه الحالة يكون العقد قابلاً للفسخ قبل الدخول وبعده عن طريق إثبات ذلك بكافة الطرق، وإن رضيت به الزوجة فقد صح العقد.³

- القسم الثاني: ولاية الاختيار كقيد من قيود السلطة الأبوية:

تفقد السلطة الأبوية جزءاً من قوتها في ولاية الاختيار فيقيد موقف الأب من زواج البنت، ويُلزم بمشاركتها في رأيها، وهو ما سنتناوله من خلال هذه المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

أ- ولاية الاختيار كقيد من قيود السلطة الأبوية في الفقه الإسلامي

وتسمى أيضاً ولاية شركة، أو ولاية ندب واستحباب كما يسميها الحنفية، لا يستبد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج ولا ينفرد بذلك، بل يشارك موليته في اختيار الزوج ولا يجبرها على ذلك، ولا بد من تطابق إرادتهما، ويتولى وليها الصيغة، وذهب أبو حنيفة إلى استحباب

¹ سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 130.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها... مرجع سابق، ص 196.

³ بن شويح الرشيد، مرجع سابق، ص 67.

تولي الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج¹، وجوزوا للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها، فالولاية في نظرهم هي توكيل من المرأة للولي لمباشرة العقد عنها.²

وولاية الاختيار عند المالكية هي من حق القرابة وهم على الترتيب: ابن المرأة وقيل أن الأب أولى من الابن، أما الشافعي فقال: لا ولاية للابن، ثم قال المالكية: والدها، ثم أخوها الشقيق، ثم لأب، ثم ابن أخيها - وابن الأخ لأم لا ولاية له عليها - ثم الجد لأب، ثم العم، ثم ابن العم؛ فإن تعذر وجود هؤلاء الأولياء وهم من أهل الولاية الخاصة انتقلنا إلى أصحاب الولاية العامة والتي تكون لكل مسلم توكله امرأة لمباشرة عقد زواجها، ويدخل في ذلك الخال والجد لأم والأخ لأم، لكنها مقصورة على المرأة الدنيئة الخالية من الجمال والمال والحسب والنسب أما الشريفة فليست لها هذه الولاية.³

وذهب الشافعية والحنابلة بأنها تثبت لكل الأولياء العصابات في تزويج المرأة ويقدم الأب والجد⁴، وعند الحنفية أن كل ولي مُجبر وليس هناك ولي غير مُجبر.⁵

وأما مراعاة الترتيب في الأولياء فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى وجوب ذلك فلا يصلح الولي الأبعد إن وجد الولي الأقرب، بينما ذهب المالكية إلى استحبابه، وقالوا يصح العقد عند مخالفة الترتيب.⁶

ب- ولاية الاختيار كقيد من قيود السلطة الأبوية في القانون الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري في التعديل الأخير "ركن الرضا" الركن الوحيد في الزواج فبدونه لا يصح العقد، فقد جاء في نص المادة 33 منه " يبطل الزواج إذا اختل ركن

¹ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص108.

² عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1،

1984/1004، ص80.

³ ابن جزي الكلبى، مرجع سابق، ص221.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص43.

⁵ المرجع نفسه، ص24.

⁶ المرجع نفسه، ص43.

الرضا"، وبهذا لم تعد مسألة الإكراه على الزواج تثير أية مشكلة من الناحية القانونية، لأن المشرع قد فصل فيها ومنعها جملة وتفصيلا بغض النظر عن كون البنت بكرة أم ثيبا فالإجبار على الزواج بجميع صورته ممنوع قانونا.¹

وقد اتضح كذلك موقف المشرع جليا بجنوحه للأخذ بولاية الاختيار للمرأة البالغة العاقلة وغير البالغة القاصرة، وهجره لولاية الإجبار صراحة من خلال المادة 11 المعدلة التي تنص على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، وطبعا هذا لا يكون إلا برضاها واختيارها وعدم إجبارها، فليس من صلاحيات الأب معارضة إبرام عقد الزواج، لأن ذلك بيد المرأة، ولا يجوز له التدخل في كل اتفاق بين الزوجين، فنخلص في الأخير إلى أن الأب ليس له سلطة قبول الزوج أو منعه.²

ثانيا: مركز الولي في سلطة التزويج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وسع الفقه الإسلامي من سلطات الولي في عقد الزواج، بخلاف القانون الجزائري الذي قيدها تماشيا مع الظروف الراهنة التي تشهدها البلاد، وقبل الخوض في المركز الذي يتواجد فيه الولي في النظامين، لا بد أن نشير هنا كقاعدة عامة بأن الولي لا يمكنه أن يكون وليا وشاهدا في نفس الوقت على العقد، فيمنع من إنشاء التصرفين معا، وهذا ما قضى به قرار للمحكمة العليا الذي يتضمن أخذ أقوال أب البنت كشاهد لا كولي في مجلس العقد.³

1- مركز الولي في سلطة التزويج في الفقه الإسلامي

كل نكاح يقع بدون ولي فإن مآله البطلان، وقد وقع الخلاف في المذهب المالكي حول كون الولي ركنا من أركان الزواج أم شرط صحة، والصحيح أنه شرط صحة.⁴

¹ عبد القادر رجال، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

الجزائري، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد12، ص 183.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها .. مرجع سابق. ص413.

³ المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم:600911، المؤرخ في:2011/02/10، المجلة القضائية، العدد2، ص274.

⁴ الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج 5، ص42، ابن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص453، القاضي محمد عبد الوهاب

البغدادي، مرجع سابق، ص313.

وهو ماخلص إليه الأستاذ بلقاسم شتوان بعد بحثه في هذه المسألة فقال: إن الولي على التحقيق شرط في صحة العقد فلا ينعقد العقد إلا به.¹

وقد عدّ الحنابلة والحنفية الولي أيضا شرطا، وقصر الحنفية الركن على الإيجاب والقبول فقط، لكنهم جعلوا الولي شرطا لصحة زواج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة، ولو كانوا كبارا فقط، أما المرأة البالغة العاقلة الثيب أو البكر، فليس لأحد تولي نكاحها، وإنما تباشر هي العقد بنفسها مع من تريد بشرط أن يكون مكافئا لها، وإلا اعترض الولي وفسخ العقد²، وأما الشافعية فقد عدوا الولي ركنا من أركان عقد النكاح لا يتحقق إلا به.³

ومن أدلة المشترطين للولي: وهم جمهور الفقهاء عدا الحنفية قوله صلى الله عليه وسلم قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلِيٍّ»⁴، فالحديث صريح في عدم صحة الزواج دون حضور الولي، والعقد إن وقع دون موافقته فسخ مطلقا قبل الدخول وبعده، ولو طال أمده، ولا يترتب عليه حد الزنا على الزوجين، لما فيه من شبهة.⁵

ومن أدلة عدم المشترطين للولي: وهم الحنفية (ابو حنيفة، زفر، ابو يوسف) " قوله صلى الله عليه وسلم «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا»⁶، فالمرأة أحق من الولي في مباشرة عقد زواجها، والأيم هنا هي التي لازوج لها سواء كانت بكرا أم ثيبا.⁷

¹ بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج، دار الفجر، الجزائر، د ط، د س ن، ص 119.

² عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 12 و 36.

³ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 4، ص 226.

⁴ ابو داود، السنن، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم الحديث 2089، مرجع سابق، ج 6، ص 104.

⁵ ابن جزى الكلبى، مرجع سابق، ص 219.

⁶ مسلم، الصحيح، ج 9، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح والبكر، رقم الحديث: 3429، مرجع سابق، ص 172.

⁷ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 196.

وما ذكر من أدلة الفريقين لا يخلوا من مناقشة، فأدلة الجمهور تدل على أن المرأة ليس لها أن تستبد بأمر زوجها دون أخذ إذن وليها، كما أن أدلة الحنفية يؤخذ منها أن الولي يستأذن المرأة في زواجها ولا يستبد بذلك، وقد ذهب أبو ثور وهو من مجتهدي الشافعية إلى التوفيق بين الرأيين وذلك عن طريق تحصيل رضا الطرفين؛ المرأة ووليها، بكرة كانت أم ثيبا، فلا يهمل رأي الولي ولا يتغاضى عن رأي المرأة، وليس لأحدهما أن ينفرد بالعقد دون الآخر وبهذا تنتظم العلاقات الأسرية، ويبقى حق المرأة أقوى من حق الولي، فالأمر لها، ولا يجبرها على الزواج بمن لا ترضى به، فإن وقعت معارضة منه لهذا الزواج، وفشلت جميع محاولات استرضائه، رفعت أمرها إلى القاضي ليزوجها أو يأذن لها بالزواج، ودور القاضي هنا هو كف الظالم عن ظلمه، وإرجاع الحق إلى نصابه.¹

2- مركز الولي في سلطة التزويج في القانون الجزائري

السلطة الأبوية على الزواج ليست حجرا بالمفهوم القانوني لهذا المصطلح، وليس مردّها إلى وجود نقص في أهلية المرأة، وإنما جاءت حفاظا على كرامة المرأة وصونا لشرفها، ومن هنا تظهر الحاجة الملحة لوجود الولي متولي هذه السلطة للقيام باختيار الأصلح للقاصر والإشراف على شؤونه المختلفة.²

ولقد أحدث المشرع الجزائري التناقض في المركز القانوني للولي في قانون الأسرة قبل التعديل حينما اعتبره ركنا من أركان عقد الزواج في المادة 11 ثم بعد ذلك اعتبره شرط صحة فقط في المادة 32 و33، ففي حال غياب الولي وعدم حضوره يفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت بعد الدخول بصدق المثل، وينتج عن هذا عدم بطلان الزواج وهو الأمر الذي يجعل مركز الولي في خانة هي منزلة بين المنزلتين، فلا هو بشرط ولا هو بركن.³

¹ أحمد الغندور، مرجع سابق. ص 155، بن شويح الرشيد، مرجع سابق، ص 69.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها ..، مرجع سابق. ص 405.

³ محمد بجاق، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مجلد 1، ع 1، 2015، ص 159.

وعوض أن يتدارك المشرع الأمر ويخرج من هذا التخبط، ويحسم الجدل في مسألة الولي صراحة إما على أساس أنه ركن، أو على أساس أنه شرط صحة، هاهو بعد التعديل قد اتخذ موقفا مغايرا تماما عما هو مرجو منه، فنبتذ مذهب الجمهور وتخلّى عن رأي القائلين باشتراط الولي في عقد الزواج، وزعم الأخذ بمذهب الحنفية ومن وافقهم من القائلين بأن المرأة الراشدة العاقلة لها أن تتولى صيغة العقد بنفسها وأما حضور وليها فهو من قبيل الاستحباب، إذ حضوره ليس شرطا أو ركنا¹، غير أن الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يقف عند رأي الحنفية، ولم يتقيد حتى بالروايات الأخرى الموجودة في مذهب أبي حنيفة جملة وتفصيلا، مما يدل على أنه جاء برأي فقهي جديد، لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي في ولاية التزويج، فالحنفية وإن كانوا أجازوا للمرأة أن تتفرد بمباشرة صيغة العقد فقد أعطوا للولي الحق في الاعتراض والفسخ عن طريق القضاء لعدم كفاءة الزوج، أو بسبب دفع الزوج لأقل من مهر المثل لزوجته، وهذان القيدان لم يلتفت إليهما المشرع الجزائري ولم يُضمّنهما تعديل المادة 11 من قانون الأسرة.²

و بذلك اختار المشرع الجزائري أن يجمع بين المتناقضين فكان موقفه متذبذبا وغامضا فلم يقرر إلغاءه صراحة، ولم يشترطه صراحة سعيا منه لإرضاء بعض الأطراف ورضوخا منه لضغوط داخلية وخارجية.³

ولم يقف المشرع عند ذلك فحسب، بل تمادى فخرق الترتيب الشرعي للأولياء والذي نص عليه الفقهاء ونص عليه قانون الأسرة قبل التعديل، فأزاله وميّعه بترتيب لم يقف به أحد؛ ولم يعد له تأثير في ظل التعديل الجديد، وذلك من خلال نص المادة 11 الداعية إلى تخيير المرأة بين أوليائها لحضور عقد زواجها من خلال عبارة "أو" وهذا نصها "تعقد

¹ سميرة عبدو، المركز القانوني الدولي في عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، الملتقى الدولي التاسع، ص 272 وما بعدها.

² محفوظ بن الصغير، ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 8، ص 49.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، ط3، 2007، ص 41 و 42.

المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره" وبهذا تستطيع المرأة الاستغناء عن الولي وهو الأب، وتستبدله شخص آخر يكون من الغير وهو سلوك يتناقض مع قيمنا وأعرافنا، ويكون المشرع الجزائري بذلك قد ألغى شرط الولاية في الزواج وأصبح الولي مفوضاً من قبل المرأة ليباشر عقد الزواج نيابة عنها.¹

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري لم يعترف بسلطة التزويج والمتمثلة في ولاية الإيجابار للأباء في قانون الأسرة بعد التعديل على عكس الفقه الإسلامي، وعدّها نوعاً من أنواع القهر والتسلط ضد للمرأة، وأبقى على ولاية الاختيار التي ميعها بإحداث أنماط جديدة من صورها لم تذكر في بطون كتب الفقهاء السالفة ليجعلها كبديل لولاية الإختيار، وحتى وإن وجدت فإنها تحتاج إلى ترخيص من القاضي كما هو الحال في الولاية على القاصر، ليقوم الولي هنا بدور الشاهد أو الوكيل لا غير.

الفرع الثاني: السلطة الأبوية على فك الرابطة الزوجية

تتميز السلطة الأبوية في مسائل انحلال الزواج بالتقييد على عكس سلطة التزويج التي تميزت في الفقه الإسلامي بالإطلاق أحيانا والتقييد أحيانا أخرى، والسبب في ذلك أن فك الرابطة الزوجية فيها من المخاطر ما لا يخفى، فقد اشترط الفقهاء في المطلق أن يكون بالغا عاقلاً واعياً في كل ما يصدر عنه من تصرفات؛ ومن هنا يطرح تساؤل حول أحقية الولد بانفراده بفك الرابطة الزوجية دون غيره من عدمها، وموقف الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من إيقاع الطلاق من صاحب السلطة نيابة عنه لما يراه من مصلحة أو ضرورة، وهو الأمر الذي سأحاول الإجابة عنه في هذا الجزء من الدراسة.

أولاً: فرض السلطة الأبوية لفك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي.

تتفك الرابطة الزوجية بواسطة متولي السلطة الأبوية بطريقتين؛ التطلق، والخلع.

¹ بن شويح الرشيد، مرجع سابق، ص 65.

1- بالنسبة للتطبيق:

اختلف الفقهاء بالنسبة إلى التطبيق إلى قسمين:

القول الأول: (الجمهور): ذهب الحنفية أن طلاق الصبي باطل، وكذلك الحال بالنسبة لأبيه إذا أراد تطليق زوجته، لأن الولاية جعلت للنظر في مصالح الصبي وذلك لا يتحقق في الطلاق¹، وأما الشافعية فقالوا بعدم جواز تطليق زوجة الصغير والمجنون بعوض أم بغير عوض²، لكن إذا خالعا بماله جاز ذلك³، والحنابلة لهم قولان في المسألة قول يفيد بمشروعية التطليق للمجنون والصغير، والقول الآخر يفيد بالمنع من ذلك، وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي والقول الثاني هو المقدم⁴، واستدل المانعون بحديث «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»⁵، والمقصود منه أن من يملك إيقاع الطلاق هو الزوج، فهو الذي يجوز له أن يأخذ بساق المرأة ويستمتع بها دون غيره فهو صاحب السلطة.

القول الثاني: (المالكية): حيث ذهبوا إلى أن لولي الزوج الصغير أو المجنون سواء كان أبا للزوج أو وصيا أو قاضيا، أن يوقع التطليق على زوجتيهما بالنيابة عنهما إذا كان التطليق بعوض وهو طلاق الخلع وكان ذلك لمصلحتهما، ولا يجوز التطليق بغير عوض لهم، وقيل يجوز بغير عوض للمصلحة وهذا هو المعول عليه، وأما السفية فيصح الخلع منه لأن العصمة بيده⁶.

2- بالنسبة للخلع: وفيه مسألتان؛ الخلع الواقع من المشمول بالسلطة الأبوية كالقاصر والمحجور عليه سواء كان زوجا أو زوجة، والخلع الصادر من صاحب السلطة الأبوية.

¹ محمد بن أبي بكر السرخسي، المبسوط، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 1993، ص171.

² النووي المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج18، ص152.

³ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص452.

⁴ ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص54.

⁵ محمد بن يزيد الرُّبَعي القزويني، ابن ماجه، السنن، ج1، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، رقم الحديث: 2139 دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص672.

⁶ محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص225.

أ- **خلع الزوج:** ذهب إلى بطلان خلع الصبي وعدم وقوعه كل من الحنفية والمالكية¹ والشافعية²، والحنابلة²، ذلك أن من لم يصح طلاقه لم يصح خلعه، بخلاف السفية وذوي الغفلة فيصح خلعه منهما قياسا على صحة طلاقهما.

ب- **خلع الزوجة:** قال الحنفية إذا كانت الصبية صغيرة غير مميزة أو مجنونة فخلعها باطل، لأن أقوالها غير معتبرة في إنشاء العقود، وأما إذا كانت صغيرة مميزة وعاقلة بحيث تعلم أن الزواج طريق للاستمتاع وأن الخلع مانع منه، وقبلت الخلع وقع الطلاق ولا يلزمها مال - أي بدل الخلع - لأن التزام المال من الصبية لا يصح.

وإذا بلغت السفية واختلعت من زوجها بمال جاز الخلع، ولم يلزمها المال، فإن طلقها تطليقة بدل ذلك المال وقعت تطليقة رجعية، وأما إذا طلقها بلفظ الخلع وقت بئنة.

ويصح الخلع من أب الصغيرة عن طريق الأخذ من مالها أو مهرها، ويقع الطلاق في الأصح³، والمجنونة كالصغيرة غير المميزة في هذه المسألة مع أنه لم يأت ذكرها في النقول.

وقال الشافعية: لا يجوز للسفية أن تخالع بشيء من مالها سواء أذن لها الولي أم لم يأذن، فإن فعلت وقع الطلاق رجعيا⁴.

فلا يصح عند الشافعية خلع الزوجة الصغيرة سواء كانت مميزة أو غير مميزة، ولا يصح كذلك خلع المجنونة والسفية، لأن من شرط المختلع أن تكون يده مطلقا في التصرف بالمال وهؤلاء المذكورون محجور عليهم؛ ولا يصح اختلاع السفية ولو أذن لها الولي فإن اختلعت قبل الدخول وقع طلاقا بئنا، وإن وقع الخلع منه بعد الدخول كان طلاقا رجعيا وفي الحاليتين لا يترتب مال الخلع على الزوجة؛ وليس لولي السفية أن يخالع عنها بجزء من مالها ولو كان برضاها، فإن خالعها بعد الدخول وقبلت طلقا رجعيا وألغى

¹ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص432.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص351.

³ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص111 و112.

⁴ النووي المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج18، ص154.

مال الخلع، ولو أذن لها بتقديم المال وليها، إلا إذا خالعتها من مال آخر غير مالها فيصح هذا الخلع.¹

وذكر الحنابلة أن المحجور عليهن لسفه أو جنون أو صغر صاحبه التمييز أم لم يصحبه، لا يصح منهن الخلع لأنه تصرف في المال، ولو أذن به الولي، وعلى افتراض وقوعه فإنه يعتبر طلاقاً رجعيًا لا خلعا.²

وذهب المالكية إلى أن فاقد الأهلية ليس أهلاً للتبرع، لذا يشترط في المختلعة أن تكون بالغة عاقلة رشيدة، فلو دفعت الصغيرة أو السفهية مالا لزوجها ليطلقها وقبل الزوج، وطلق، لزمه الطلاق ووجب عليه رد المال.³

ت- خلع الأب لأحد الزوجين: وفيه نتناول حكم خلع الأب بالنيابة عن الزوج أو الزوجة.

- بالنسبة لخلع الأب نيابة عن ابنه المتزوج:

انقسم فيه الفقهاء إلى قسمين:

الفريق الأول: وهم فقهاء الحنفية⁴، والشافعية⁵، والقول المفتى به عند الحنابلة⁶، حيث قالوا لا يصح خلع الأب لزوجته ابنه، ولا يصح منه كذلك إجازة خلع الصبي، وإن أجازته فلا يعتد به.

الفريق الثاني: وهو قول المالكية، والقول الثاني للحنابلة، وهؤلاء أجازوا خلع زوجة الابن، فذهب المالكية إلى أن لولي الزوج الصغير أو المجنون سواء كان أباً للزوج أو وصياً أو قاضياً، أن يوقع التطليق على زوجتيهما بالنيابة عنهما إذا كان التطليق بعوض

¹ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص432، 433، 434، 452.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص351.

³ محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص217.

⁴ محمد أمين بن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص112.

⁵ أبو إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995 ص255.

⁶ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج5، ص214

و لمصلحتهما، ولا يجوز التطليق بغير عوض لهم، وقيل يجوز بغير عوض للمصلحة وهذا هو المعول عليه، وأما السفية فيصح الخلع منه لأن العصمة بيده.¹ وقال الحنابلة إن رأى الولي المصلحة في الخلع جاز له ذلك.²

بالنسبة لخلع الأب نيابة عن ابنته المتزوجة:

قال الحنفية يجوز لأبي الصغيرة أن يخلعها من زوجها، وبدل الخلع يتحمله الأب.³ وقال المالكية: يجوز الخلع من الأب المجرى والوصي المجرى نيابة عن المجبرة بغير إذنها، واختلف في السفية غير المجبرة وهي الثيب الكبيرة هل يقع خلع أبيها لها أم لا؟، والمقطوع به أنه إذا كان برضاها أو من مال الأب فجائز، وأما إن كان بغير إذنها ومن مالها فاختلف فيه بين مانع ومجيز.⁴

وقال الشافعية: لا يجوز خلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها.⁵

وقال الحنابلة: وأما بالنسبة لقيام الأب بخلع ابنته الصغيرة أو المجنونة أو السفية من ماله الخاص جازله ذلك أما إذا خالعه عن طريق الأخذ من مالها أو طلاقها بشيء من مالها فذلك لا يجوز له، ولا لغيره من الأولياء.⁶

وبهذا نرى أن المالكية انفردوا بمسألة جواز خلع الأب لابنته من مالها بصفة عامة، وإن كان الآخرون يرون عدم جواز ذلك، وجوازه بشرط أن يتحمل الأب بدل الخلع؛

¹ محمد بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 225.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 51.

³ ابن عابدين، مرجع سابق، ج 5، ص 112.

⁴ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 218.

⁵ ابو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ج 4، ص 255.

⁶ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 214.

لكن الراجح أنه لا يجوز مخالعة ولي السفينة نيابة عنها ولو كان بمال من عنده، إلا إذا كان ذلك برضاها وكان في خلعها مصلحة، فيجوز في هذه الحال ولو كان ذلك من مالها.¹

وأخلص في الأخير إلى أن الولي على النفس بالنسبة للصغير والمجنون كالأب هو صاحب ولاية خاصة، وقد يكون صاحب ولاية عامة كالقاضي الذي ولاه الخليفة، فالولي الخاص لا يملك سلطة شرعية في تطليق زوجة ابنه المجنون أو الصغير لأن الطلاق لمن أخذ بالساق، وإنما تقوم الزوجة بمراجعة القاضي وتطالب بالتفريق للضرر الذي لحقها، فيحكم لها القاضي حينئذ بالتفريق بعد التحقق من وجوده الضرر.²

ثانيا: فرض السلطة الأبوية لفك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري

نصت المادة 48 من قانون الأسرة أن الزواج ينفك بالطلاق الذي تتعدد صورته، فقد يكون بالإرادة المنفردة للزوج، أو عن طريق تراضيهما، أو بطلب من الزوجة في إطار المادتين 53 و54 واللتان تتناولان موضوع الخلع.

ولم يرد نص في قانون الأسرة الجزائري يفيد بوقوع طلاق أو تطليق أو خلع القصر والمحجور عليهم أو عدم وقوعه، وانعدم النص كذلك بالنسبة إلى أوليائهم، واقتصر تقنين الأسرة على ذكر أهلية الزواج فقط، وإزاء هذا الفراغ القانوني فلا مناص إذن من الاستتجاد بنص المادة 222 والتي بدورها تحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فطلاق الصبي والمجنون والمعتوه لا يقع لأن هؤلاء يفتقدون إلى الإدراك وحسن التدبير.³

ولا يستطيع الولي رفع دعوى قضائية من أجل فك الرابطة الزوجية، لأنه لا يملك حق الطلاق؛ إلا أن المالكية ذهبوا إلى جواز ذلك نيابة عن الصغير أو المجنون للمصلحة

¹ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج 5، ص 160.

² المرجع نفسه، ج 7، ص 391.

³ يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2013، ص 37.

والضرورة، فإذا تضررت الزوجة بالبقاء معه، فلها طلب التطلق من القاضي ليفرق بينهما طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة.¹

وأما بخصوص القاصر المرشد الذي رشده وليه للزواج فإن طلاقه واقع إن تلفظ به، وترفع الدعوى باسمه من قبل وليه أو المقدم لأن القاصر ناقص أهلية.²

وبخصوص السفية فقد اعتبره المشرع الجزائري شخصا ناقص أهلية في المادة 43 القانون المدني، لكنه في مقابل ذلك عدّه في قانون الأسرة فاقدا للأهلية حسب المادة 85، وجعله بذلك مساويا للمجنون والمعتوه، فبعد أن منعه من التصرف المالي عن طريق الحجر حاله كحال المجنون، هاهو يحرمه من التصرفات الشخصية، لأنه في نظره عديم الأهلية، وبهذا يكون المشرع قد خالف القانون المدني، وخالف ما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي من صحة تصرفات السفية الشخصية، من زواج وطلاق.³

ولذلك ذهب الأستاذ آث ملويا إلى اعتبار النص المدني المتمثل في المادة 43 المعدلة في سنة 2005، قد جاء لاحقا لنص المادة 85 من قانون الأسرة الذي سبقه، وبالتالي فقد ألغاهها ضمنيا ولا مجال للحديث عنها.⁴

وفي خضم هذا التضارب يصعب الكشف عن توجه المشرع الجزائري بالنسبة لوقوع طلاق السفية وذي الغفلة أو عدم وقوعه، لكن صدور قرار الحجر على السفية بإمكانه أن يحل هذا الإشكال، وإزاء ذلك برز اتجاهان في هذه المسألة.

الاتجاه الأول: يرى وقوع الطلاق من السفية وذي الغفلة، فمن يملك الزواج يملك الطلاق والحجر على المال لا يمنع من التصرف في غير المال، ولا يمكن مساواتهما بالمجنون

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 226

² المادة 437 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص 32.

⁴ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، مرجع سابق، ص 90.

مطلقاً، وعبارة ناقص الأهلية تشملهما، فإن حجر عليهما ينوب عنهما في الدعوى المقدم¹؛ لذلك يرى هذا الاتجاه أن من ملك الأصل ملك الفرع، ومن صح زواجه صح طلاقه.²

الاتجاه الثاني: وهو معارض للاتجاه الأول حيث يرى أن السفية شخص ناقص أهلية، لكنه قطعاً ليس في مرتبة المجنون، إذ بمجرد صدور قرار الحجر عليه يكون ممنوعاً من التصرفات المالية والشخصية ومن ضمنها الطلاق، واحتجوا بأن السفية إذا كان لا يملك التصرف في أمواله لعدم رشده واضطراب عقله وسوء تقديره وتدبيره، فكيف يسمح له بالطلاق³، والطلاق تترتب عنه تبعات مالية كدفع مؤخر الصداق، ونفقة العدة، أو التزوج بثانية وهو الأمر الذي يكبده أموالاً طائلة، وزيادة على ذلك فهو شخص لا يحسن التصرف فيها، ومن لم يحسن التصرف في ماله جدير بأن لا يحسن التصرف في بيته عن طريق الإساءة إلى زوجته، والمصلحة تقتضي أن يحجر على السفية في طلاقه كما يحجر عليه في ماله.⁴

وقد وجد هذا الاتجاه سنداً له عند بعض الفقهاء كابن أبي ليلى، وأبي يوسف، والنخعي، والذي دعوا إلى ضرورة إيقاف تصرفات السفية المالية كانت أم شخصية، وقالوا بعدم صحة طلاقه لأن البضع يجري مجرى المال، بدليل أنه يملك البضع بالمال، ويصح أن يزول ملكه عنه فلم يملك التصرف كالمال.⁵

وهذا الرأي وإن كان وجيهاً إلى حد ما، إلا أن طلاق السفية يبقى غير نافذ حتى يصدر القرار بالحجر على أمواله من المحكمة، فإن طلق قبل صدور القرار صح طلاقه.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 228، محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 210، سعاد لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014، ص 226.

² إبراهيم عنتر، السفه في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، السنة 1، ص 166.

³ عبد الفتاح تقيية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 33.

⁴ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، 1968، ص 352.

⁵ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 25، ص 64.

ويسمح لأب الزوجة القاصر والذي يعبر عن إرادتها، أن يرفع دعوى قضائية باسمها ولحسابها من أجل تطليقها، أو خلعها من زوجها، والقاضي يقوم بالثبوت من ذلك عن طريق جلسات الصلح، وأما الزوجة المجنونة فعلى الأب أن يثبت المصلحة من تطليقها أو خلعها فإن أثبتها طلقها القاضي.

ولقد فصلت المادة 432 من قانون الإجراءات المدنية في هذه المسألة فمنعت المحجور عليهم وهم المختلون ذهنياً، ومن هم تحت وضع التقديم، من تقديم طلب الطلاق بالتراضي، وأما القاصر ذكراً كان أو أنثى فلوليه أن يرفع دعوى الطلاق بالتراضي باسم ولحساب القاصر.¹

وبعد هذا العرض يظهر أن المشرع الجزائري لم يكن واضحاً في نصوصه المتعلقة بطلاق المشمولين بالسلطة الأبوية والتي تميزت بالتضارب في بعض الأحيان وبالتقصير في أحيان أخرى، إضافة إلى أنه تبنى مذهب الجمهور القائلين بمنع الأب من إنفاذ الطلاق على من في ولايته مخالفاً بذلك المذهب المالكي الذي أعطى هذه السلطة للأب، وتبعاً لذلك فإن دوره أمام القضاء يظهره في صورة الممثل الشرعي وليس صاحب سلطة، كما أن مسائل الخلع المتعلقة بفرض السلطة الأبوية التي أوردها الفقهاء ليس لها وجود لا في النص التشريعي ولا في العمل القضائي، وكأن المشرع الجزائري يتجه إلى اعتماد ضابط المصلحة كمعيار لفك الرابطة الزوجية للخاضعين للسلطة الأبوية، لكنه يبقى دائماً بيد القضاء.

وفي ختام هذا الفصل، ومن خلال المرور بهذه المرحلة المفصلية والحساسة من حياة الطفل مرحلة البلوغ والرشد، والتي تتزامن مع فترة المراهقة، وما يميزها من بداية النضج العقلي للولد، الذي يحاول الاستقلال بذاته، وإظهار مواقفه أمام الملاء، وهو ما من شأنه أن يحدث صداماً بين الآباء والأبناء، مالم يعالج بالشكل المطلوب من خلال تفعيل الآليات الشرعية والقانونية لفض هذا التنازع، وهو ما قام به فقهاء الإسلام الذين منحوا السلطة التأديبية للوالدين ووسعوا من نطاقها، ووضعوا لها ضوابطها الشرعية، لتكون أداة إصلاح لا

¹ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 210، سعاد لعل، مرجع سابق، ص 210.

أداة انتقام، وأما القانون الجزائري فلم يفصل في مسائل هذه السلطة التأديبية، وتناول بعض النصوص الخاصة بحالات الاعتداء على القصر من قبل الوالدين والجزاء الواقعة عليها كما هو الحال مع قانون العقوبات، بحيث حصر التأديب عن طريق العقوبة البدنية في الإيذاء الخفيف، ويبدو أن هناك توافقاً إلى حد ما بين آراء الفقهاء وما يرمي إليه المشرع الجزائري في هذه المسألة وهو الحفاظ على مصلحة الولد.

وأما ما تعلق بخصوصيات الأولاد فلقد كان الفقه الإسلامي أشد وضوحاً من القانون الجزائري، وتناول فكرة الحياة الخاصة للولد، ودافع عنها، وأحاطها بمجموعة من الضوابط التي تحميها، فأوجب على الآباء الاستئذان عليه ماداموا في خلوتهم ولم يتعرضوا لخطر، كما حرم التجسس عليهم إلا لضرورة تقتضيه، وهو مالم يتعرض له القانون الجزائري الذي كفل لهم حماية حياته الخاصة دون أن يحدد ماهيتها وطبيعتها، لكنه في المقابل اتفق مع الفقه الإسلامي في إعطاء الحق للولد في التعبير عن آرائه دون أن يواجه ضغطاً من أحد، بشرط الالتزام بالآداب، وعدم الإخلال بالنظام العام، وعدم مخالفة القانون.

وختمت هذه المرحلة بشرعية سلطة الأب على تزويج أولاده وتطبيقهم من عدمها، لتتضح الصورة فيما بعد، وتكشف لنا أن هذا التدخل الأبوي في غالبه إنما يصب في مصلحة الولد سواء كان ذكراً أم أنثى، واللافت للانتباه في الأخير أن المشرع الجزائري جاءت نصوصه بخصوص بعض هذه المسائل الشخصية مقتضبة وغامضة ومتناقضة في بعض الأحيان، وهو الأمر الذي يستدعي إعادة النظر فيها وتعديلها.

الباب الثاني

أحكام السلطة الأبوية في المعاملات المالية

يكتسي كل من المال والأبناء أهمية بالغة في حياة الإنسان، فقد اقترنت هاتان نعمتان في القرآن الكريم في عديد من الآيات، منها قوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾¹؛ و قوله تعالى: ﴿وَيُمَدِّدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ﴾²، مما يدل على اكتمال اللذة للإنسان عند اجتماعهما فهما زينة الحياة الدنيا، ويفقدهما يفقد المرء زينة الدنيا.

وعلى اعتبار أن المال هو عصب الحياة، وهو الوسيلة التي من خلالها يحقق المرء أهدافه وطموحاته، ليحيا حياة كريمة مستقرة، جاءت الشريعة الإسلامية لتصنفه ضمن خانة الضروريات الخمس التي لا تقوم حياة الناس إلا بها، فنظمت طرق تحصيله وتملكه وبينت مجالات صرفه وإنفاقه في أوجهه المشروعة، كما أحاطته بسياج من الحماية، ووفرت له كل السبل لأجل المحافظة عليه وإنمائه، فقطعت بذلك دابر الطامعين وأغلقت الباب في أوجه الغاصبين.

وسارت النظم الوضعية على هذا المنوال من خلال سنّ النصوص التشريعية والقانونية التي تضمن بقاء هذا المال عند أصحابه، وتشجيع مجالات استثماره وإنمائه، والوقوف بالمرصاد لكل من تسوّل له نفسه أخذه دون وجه حق، من خلال تسليط جملة من العقوبات على المخالفين.

وقد يحدث أن يملك الولد القاصر أو المحجور عليه مالا استقر في ذمته، وتحصل عليه من طريق إرث أو هبة أو وصية أو نحو ذلك، فيعمد الأب إلى الأخذ من هذا المال - الذي ليس ملكه بالطبع - فيتصرف فيه كما يشاء دون قيود وبلا حدود، بحجة أن هذا الولد من صلبه فهو وماله مملوكان له، ولأن طبيعة العلاقة التي تجمعهما - بما لها من خصوصية - تسمح له بالاستيلاء عليه واستباحته، ففلا أحد في نظره يعترض طريقه.

وبناء على هذه الفكرة توجب علينا الرجوع إلى المصادر الشرعية والتشريعية للوقوف على مدى صحة هذا الموقف من عدمه، ليتم تسليط الضوء على حدود السلطة الأبوية على

¹ سورة الكهف، الآية 46.

² سورة نوح، الآية 12.

الأبناء فيما تعلق منها بالمعاملات المالية، وكذا مجالات تدخلهم فيها، وذلك من خلال تناول فصلين اثنين؛ الأول بعنوان " أحكام السلطة الأبوية في مسائل الولاية على المال "، والثاني بعنوان "أثر السلطة الأبوية على مسائل الاغتناء والنفقات ".

الفصل الأول

أحكام السلطة الأبوية في مسائل

الولاية على المال

إن القاصر والمحجور عليه شخصان عاجزان عن النظر لنفسيهما بنفسيهما، ولذلك فهما يحتاجان إلى من يرعاهما ويكون إلى جانبهما لمساعدتهما في هذه المرحلة، ومن ثمّ قرر كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري منح أحد الوالدين سلطة التدخل للقيام بتسيير شؤونهما المالية لهما فضلا عن متابعة شؤونهما الشخصية.

والمستحق للسلطة الأبوية ما كان ليتبوأ هذا المنصب ويقوم بهذه المهمة لولا اتصافه بمجموعة من الشروط من قدرة ووفور شفقة وكمال رأي وعقل، وهو ما يترتب عنه توفير الحماية للذمة المالية لأولئك العاجزين والقيام مقامهما في إدارة الأموال.

ولذا كان الأب ممنوعا من التصرف في مال ولده العاجز، إلا ما يحقق له المصلحة، كما أنه مطالب بالمحافظة عليه من أسباب التلف واستثماره فيما يعود عليه بالنفع، وتأسيسا على ذلك تناول المشرع الجزائري أحكام الولاية على المال في قانون الأسرة في مبحث النيابة الشرعية في المواد من 81 إلى 125 من قانون الأسرة، والتي لم تستوعب جميع الأحكام التي جاءت نصوصها عامة واتسمت بالغموض وعدم الوضوح أحيانا أخرى، ولم تميز بين الولاية على النفس والولاية على المال¹، وهو الأمر الذي دفع بالبعض إلى اعتبار نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالنيابة الشرعية نصوصا افتقدت إلى التنظيم، واتسمت بالضعف من حيث الكم والكيف ولم تعالج الكثير من المسائل.²

ومهما يكن فإن شرعية السلطة الأبوية على المال لا تعني أبدا الاستحواذ على مال القصر والمحجور عليهم، أو السماح باتّحاد ذمة الأب مع ذمة الابن، وإنما هي التزامات في حق الأب تجاه ابنه، وهي تكليف لا تشريف، فيقع على عاتقه وجوبا تحمل هذه المسؤولية، والعمل ضمن نطاق مايسمح به الشرع والقانون.

¹ صورية غربي، أحكام الأبوة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2018/2019، ص 213.

² أحمد شامي، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الشريعة، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008/2009، ص 7.

ومن ثم فقد اعتمدت في هذا الفصل المتعلق بأحكام السلطة الأبوية في مسائل الولاية على المال على مبحثين: الأول وأتناول فيه مفهوم السلطة الأبوية على المال والأفراد المؤهلون لها، وخصص المبحث الثاني لأسلط الضوء من خلاله على نطاق السلطة الأبوية في الولاية على المال.

المبحث الأول: مفهوم السلطة الأبوية على المال والأفراد المؤهلون لها

عندما يطلق مصطلح الأهلية فإنه يقصد به أهلية الأداء، وتنقسم العقود إلى أربعة أنواع : عقود اغتناء، وعقود إدارة، وعقود تصرف، وعقود تبرع.¹

وتعتبر عقود الاغتناء من الأعمال النافعة نفعا محضا، أما عقود الإدارة والتصرف فهي من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالنسبة لعقود التبرع فتعدّ من الأعمال الضارة ضررا محضا، فصاحب الأهلية الكاملة له صلاحية لمباشرة جميع أنواع العقود المذكورة، وصاحب الأهلية الناقصة لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه العقود، فالصبي المميز مثلا له مباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة بالنسبة لأمواله كلها أو بعضها إذا بلغ 18 سنة ورخص له بمباشرتها، أما عقود التصرف والتبرع فلا يصلح لمباشرتها، وبالنسبة لعديم الأهلية كالمجنون فلا يصلح لمباشرة أي نوع من أنواع العقود الأربعة.²

وسأتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم السلطة الأبوية على المال كمطلب أول، ثم الأشخاص المؤهلين لتولي هذه السلطة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم السلطة الأبوية على المال

القاصر ومن في حكمه من المحجور عليهم مشمولون بالسلطة على المال، وقد مرّ بنا في الباب الأول التطرق إلى مفهوم السلطة الأبوية بشكل عام، ومفهومها بشكل خاص على النفس، وسنورد الآن تعريفا لمصطلح المال، ليتضح لنا بعد ذلك مفهوم السلطة الأبوية على المال بشكل عام.

الفرع الأول: مفهوم السلطة الأبوية على المال.

يتقارب استعمال المعنى الاصطلاحي للمال مع معناه اللغوي، إلا أن تعريفه من الناحية الاصطلاحية هو الأشمل والأدق، وسنتعرف على كل من المعنيين في هذا الفرع.

¹ كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2003، ص6

² المرجع نفسه، ص7.

أولاً: مفهوم المال

- لغة: كل ما يحوزه الإنسان ويقتنيه بالفعل ويصير ملكاً له، سواء كان عيناً أو منفعة كذهب أو فضة، أو حيواناً أو نباتاً، أو منافع الأشياء كالسكنى، والركوب واللبس.¹

- اصطلاحاً: ي

أ- تعريف المال في الفقه الإسلامي:

تباينت تعريفات الفقهاء للمال وانقسموا في ذلك إلى قسمين:

الحنفية: عرف الحنفية المال على أنه كل ما يمكن إحرازه وحيازته والانتفاع به عادة، فلا يكون المال معنوياً كإحراز العلم أو الصحة أو الشرف، ولا يسمى مالا مالا يمكن السيطرة عليه كالهواء أو حرارة الشمس، ولا يسمى مالا الأشياء التي لا ينتفع بها.² وعرف ابن عابدين المال بأنه هو: "ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولاً كان أم غير منقول".³

وانتقد هذا التعريف كونه قصر معنى المال في ما يدخر، فما لا يدخر كالخضروات بالنسبة لهم لا تسمى مالا وهذا لا يصح، كما أن تحكيم الطبع في تعريف المال بجانب هو الآخر للضوابط، فبعض الأدوية عادة ما تنفر منها الطبائع لمذاقها المر مع أنها من الأموال.⁴

جمهور الفقهاء: جاء تعريفهم للمال مختصراً وشاملاً فقالوا: "المال كل ما له قيمة، بحيث يلزم من أتلفه بالضمان".⁵

ب- **تعريف المال من الوجهة القانونية:** هو الحق ذو القيمة المالية سواء كان حقا عينياً، أو شخصياً، أو فكرياً⁶، وقد نصت المادة 682 من القانون المدني على أن المال هو: "كل

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج 14، ص 152.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 10، ص 49.

³ ابن عابدين، مرجع سابق، ج 7، ص 10.

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 10، ص 50.

⁵ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁶ عبد المنعم البدر، المدخل للقانون الخاص، مطابع دار الكتاب، القاهرة، مصر، د ط، د س ن، ص 244.

شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية¹

فمن خلال هذه المادة يعتبر القانون المدني المال حقا ذو قيمة مالية، ويعتبر كذلك الشيء محلا فقط للحق الذي يعد مالا؛ وبهذا يمكن القول أن مفهوم المال في القانون الجزائري يتطابق كثيرا مع مفهومه عند جمهور الفقهاء.

ثانيا: مفهوم السلطة الأبوية على المال:

بعد التطرق إلى تعريف المال يمكننا الآن أن نمزج بين مصطلح السلطة الأبوية التي تستمد قوتها من نظام الولاية بوصفها سلطة مناطها النظر في مصلحة من لا يستطيع النظر بنفسه في شؤونه²، ومصطلح المال الذي سبق تعريفه فيصير تعريفها كالاتي: السلطة الأبوية على المال هي سلطة التصرف في مال الغير وهما القاصر أو المحجور عليه.³ أو هي "هي صلاحية الشخص لإجراء تصرفات قانونية باسم الغير ولحساب هذا الغير تنتج عنها آثار في حق ذلك الغير.⁴

وتعرف أيضا بأنها: الإشراف على الشؤون المالية للشخص القاصر أو المحجور عليه بسبب ما لحقه من أحد عوارض الأهلية، وتتمثل هذه السلطة في حفظ المال واستثماره، وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة به.⁵

فمن خلال هذه التعريفات يمكن القول بأن السلطة الأبوية على المال تعني صلاحية الشخص المتمثل في الأب ابتداء والأم استثناء للقيام بتصرفات شرعية وقانونية

¹ المادة 682 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

² عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 622.

³ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 33

⁴ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 598.

⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 10، ص 141.

تتمثل في حفظ مال الشخص القاصر والمحجور عليه ومن في حكمهما واستثماره، وإبرام العقود لصالحه، وصرفه في الأوجه المشروعة.

ثالثاً: أنواع الولاية على المال

تكون الولاية على المال لشخصين هما القاصر والمحجور عليه.

1- ولاية على القاصر: وتثبت للولي والوصي لحماية أموال القاصر.

2- ولاية على المحجور عليه: وهم الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد ولكنهم مصابون بجنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة، فهؤلاء تثبت عليهم الولاية في القانون المدني عن طريق ما يسمى بالقوامة لشخص يسمى القيم، ويطلق عليها في قانون الأسرة التقديم ويطلق على الشخص القائم بها القيم أو المقدم، وهو المعين من طرف القاضي.¹

الفرع الثاني: تمييز السلطة الأبوية على المال عن بعض النظم المشابهة لها

لا يمكن الوقوف على حقيقة السلطة الأبوية على المال ومعرفة أهدافها ومراميها، إلا بالمرور بمفاهيم لبعض النظم المشابهة لها، فمن خلالها يمكن لنا مقارنتها بها، لتتضح الصورة فيما بعد، ونقف على أوجه الاتفاق، ونقاط الاختلاف.

أولاً- تمييز السلطة الأبوية على المال والسلطة الأبوية على النفس:

موضوع السلطة الأبوية على المال هو مال المولى عليه، وذلك عن طريق إدارته وبذل الجهد في تنميته واستثماره وحمايته بما يحقق المصلحة المرجوة، إلى حين بلوغ الصغير سن الرشد عاقلاً، وأما السلطة على النفس فموضوعها الشخص لا المال، وتتصب على الأمور المتعلقة بكل ما يلزمه للقيام بحاجاته، من تربية وتعليم وتنشئة صالحة.²

ثانياً - تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام أهلية الأداء:

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية لصالحه وبنفسه، أما السلطة الأبوية على المال فهي القدرة المخولة قانوناً لأحد الأبوين ليحل محل الشخص

¹ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 600.

² المرجع نفسه، ص 599.

المشمول بالولاية - والذي يفتقد هذه الأهلية جزئياً او كلياً - من أجل مباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بأمواله دون الإضرار به.¹

ثالثاً - تمييز نظام السلطة الأبوية على المال عن نظام النيابة الشرعية

النيابة الشرعية هي: "قيام شخص مخصوص مقام آخر تعلقت به أسباب مخصوصة ليباشر عنه تصرفات مخصوصة".²

فالنيابة الشرعية نظام أقرته الشريعة الإسلامية ونظمته القوانين الحديثة، يتمثل في إقرار سلطة شرعية وقانونية لفائدة شخص مؤهل يطلق عليه النائب الشرعي، يقوم ليباشر تصرفات كان ينبغي أن يقوم بها الأصيل وهم طائفة القصر والمحجور عليهم، والغائب والمفقود وغيرهم.³

والنيابة أوسع معنى من الولاية، فقد تكون اختيارية وقد تكون إجبارية، فالاختيارية وهي الوكالة والتي يكون موضوع التصرف فيها على الغير، أما الإجبارية فهي التي من خلالها يفرض القانون أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر إلى شخص آخر بالنيابة عنه، ويقوم هذا النائب مقام المَنُوب عنه في جميع التصرفات التي تقبل النيابة سواء كانت أفعالاً، أم عقوداً، أم مخاصمات، وقد يكون النائب الشرعي مفوضاً بشكل مباشر كالأب والجد والحاكم ويمثله القاضي، أو يتدخل للإشراف بشكل غير مباشر كالوصي المعين من الولي، أو المقدم المعين من القاضي.⁴

فيمكن القول هنا أن الولاية هي أخص من النيابة الشرعية، بدليل أن القانون المدني هو أول من تناول هذا المصطلح في المواد من 73 إلى 77، وذلك عند الحديث عن أحكام تصرفات النائب والأصيل، ولعل قانون الأسرة استوحى منه هذا المصطلح، عندما

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 600.

² خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 16.

³ نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 13.

جعله عنوانا للكتاب الثاني، ولكنه قصر النيابة الشرعية على هؤلاء الأشخاص وهم: الولي، الوصي، والمقدم.¹

رابعاً - تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام الولاية:

عند تعريف بعض الفقهاء المعاصرين للولاية فغالبا ما يصفها بالسلطة، فالولاية إذن هي سلطة ثابتة شرعا لشخص مؤهل، تخول له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة نيابة عن الأصل القاصر ومن في حكمه، سواء ما تعلق منها بجهة النفس أو جهة المال.²

فيظهر من خلال هذا التعريف أن السلطة الأبوية على المال تقابل مفهوم الولاية على المال وتتفق معها في كثير من الأحكام، إلا أنها تختص عن الولاية بإسنادها إلى الأبوين وتستبعد الوصي والمقدم.

خامساً - تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام الوصاية:

الوصاية هي نظام من أنظمة النيابة الشرعية يقضي بصدور تصرف بإرادة منفردة من قبل الأب أو الجد، يؤدي إلى تعيين شخص غير الأب والأم للقيام بمهام الولاية، وهو إجراء مشروع كرسته المادة 92 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أمره، أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".³

ولذا فحسب نص هذه المادة فقد حُصَّ الأب والجد بسلطة تعيين الوصي دون غيرهما، وبالرغم من أن الجد ليس وليا شرعيا فقد أعطاه المشرع هذا الحق، وفي مقابل ذلك

¹ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص193.

² صديق تواتي، مرجع سابق، ج1، ص790.

³ المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 .

حرم الأم من حق الإيضاء على أبنائها مع أن لها صفة الولي الشرعي، وهو ما يُعد تضاربا في النصوص القانونية في توزيع الصلاحيات.¹

وبالإضافة إلى ذلك فإن الولاية وهي سلطة أبوية تقوم بقوة القانون ولا تحتاج إلى إذن من القاضي، أما الوصاية فهي فرع عنها ولا تثبت إلا بتدخل المحكمة، وهي التي ترفضها أو تثبتها كما جاء ذلك في نص المادة 94.

والسلطة الأبوية تكليف واجب بينما الوصاية تكون على الخيار فإما أن يرفضها من أوكلت إليه أو يقبلها.

ويبقى كذلك أن نشير هنا إلى أن سلطات الولي صاحب السلطة أوسع نطاقا من سلطات الوصي، فصاحب هذه السلطة تجمعها بالقاصر رابطة الدم والقرابة، بخلاف الوصي الذي قد يكون من أقاربه أو من غير أقاربه.²

وفضلا عن ذلك كله فإن نظام الوصاية لا تتحقق ممارسته، ولا ينتج آثاره إلا بعد وفاة الولي، أما إقامة الولي شخصا مقامه في حياته لأداء هذا العمل فلا يسمى وصاية بل هو كفالة.³

وأما نقطة الاتفاق بين النظامين فتكمن في كون الوصاية لها نفس المهام مع الولاية فقد نصت المادة 95 من قانون الأسرة أن " الوصي له نفس سلطة الأب في التصرف".⁴

وتتجلى سلطة الأب أو الجد هنا في منح إذن بالنيابة عنهما بعد وفاتهما، لشخص يقوم بمهام الولاية تحت غطاء نظام الوصاية فسلطة الوصي من سلطتيهما، لأنها

¹ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 154

² محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 610.

³ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 167.

⁴ المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري 84- 11 .

ولاية نيابية تصب بمجملها في مصلحة القاصر، لذا فالسلطة الأبوية على المال هي ولاية أصلية، أما الوصاية فهي فرع عنها.¹

سادسا- تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام القوامة:

يعرف نظام التقديم أو القوامة كما تسميها المادة 44 من القانون المدني، أسوة بفقهاء الشريعة الإسلامية، بأنه سلطة يمنحها القاضي بتعيين شخص كبير راشد عند عدم وجود ولي أو وصي، يسمى القيم أو المقدم، ليقوم مقام الولي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد الأطراف الثلاثة؛ أحد الأقارب، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة، وهو مانصت عليه المادة 99 من قانون الأسرة، فيباشر التصرفات لصالح القاصر في تدبير شؤونه النفسية والمالية، وكثيرا ما يسمي الفقهاء القيم هنا بوصي القاضي، ويسميه المالكية بمقدم القاضي.²

ولم يفرق المشرع الجزائري هنا بين سلطة الوصي وسلطة القيم، موافقا في ذلك الشافعية والحنابلة، فقد نصت المادة 100 من قانون الأسرة أن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام.³

ومما ينبغي الإشارة إليه بهذا الصدد هو أن الوصاية أو الولاية لا تكون إلا على الشخص الذي طرأ عليه أحد عوارض الأهلية قبل بلوغ سن الرشد، وتقضي المحكمة باستمرارهما بعد بلوغه؛ وأما التقديم فلا تلجأ إليه المحكمة إلا بعد طروء عارض من عوارض الأهلية على الشخص بعد بلوغه سن الرشد، فيتقرر عليه الحجر بعد ذلك، ويعين المقدم لإدارة شؤون المحجور عليه، والغالب أن الغاية من هذا النظام هو رعاية أموال هذا الأخير بالدرجة الأولى.⁴

¹ صديق تواتي، مرجع سابق، ج1، ص 805.

² خالد بوشمة، مرجع سابق، ص194.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص622، خالد بوشمة، مرجع سابق، ص194.

⁴ المرجع نفسه، ص620.

كما أن عمل المقدم يتجاوز فئة الخاضعين للسلطة الأبوية ليشمل فئة المفقودين والغائبين وهو مانصت عليه المادة 111 من قانون الأسرة.¹ وبناء على نص المادة 94 المتعلقة بالوصاية، والمادة 99 المتعلقة بالتقديم من قانون الأسرة، فإننا نستطيع التفريق بينهما وبين الولاية، فمصدر النيابة هو القضاء، لأن القاضي هو من يمنح صفة النائب للمقدم أو الوصي، أما الولاية فمصدرها القانون بنص المادة 87.

والسلطة الأبوية على المال من قبيل هذه الولاية، وهي محصورة في شخص الأبوين دون غيرهما على أولادهما الشرعيين، وهي ولاية ثابتة لهما شرعا وقانونا.

سابعاً- تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام الكفالة:

نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الفصل السابع من الكتاب الثاني المتضمن النيابة الشرعية في تسع مواد، بداية من المادة 116 وانتهاء بالمادة 125، ونظام الكفالة نظام قانوني يسمح للشخص بالقيام بتربية الولد القاصر معلوم النسب أو مجهوله، ويتم وفق عقد شرعي، وهي التزام تبرعي دون مقابل، يتم بناء على قرار إداري بعد تحرير وثيقة رسمية أمام الموثق أو أمام المحكمة، يخول له الولاية القانونية، ويتوجب على الكافل من خلاله تحمل الالتزامين معا: الولاية على النفس والولاية على المال، فيقوم بالرعاية والإنفاق وإدارة الأموال.²

أما السلطة الأبوية على المال فهي نظام شرعي وقانوني منبثق عن الولاية وينصب على وضع اليد الأمانة للأب الشرعي من أجل التصرف وحماية مال القاصر أو المحجور عليه الذي تربطه بالأب رابطة النسب الشرعي ولحمة الدم، وهي سلطة أصلية، وعليه فلا مجال هنا للحديث عن الأبوة الطبيعية التي يترتب عنها ولد غير شرعي، كما لا

¹ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 163.

² زكية حميدو، مرجع سابق، ص 95.

مجال للحديث عن الأبوة الحُكمية التي تتم عن طريق عقد الكفالة والتي تقع على مجهول النسب أو معلومه لأنها سلطة أبوية حكمية.¹

ثامنا- تمييز السلطة الأبوية على المال عن الإذن القضائي للقاصر

يعرف الإذن بأنه " رخصة من القاضي يصبح بموجبها القاصر أهلا للتصرف، بنفسه ولحسابه في كل أمواله أو في بعضها بحسب مضمون الإذن "² فبحسب هذا التعريف فإن تصرفات المأذون صحيحة سواء كانت نافعة له، أم ضارة به، أم مترددة بين النفع والضرر بعد إعطائه هذا الترخيص.

ويكمن الفرق بين الإذن والإجازة في أن الإذن يُمنح قبل التصرف بخلاف الإجازة التي تمنح بعد تصرف القاصر المميز لأن الإجازة معناها أن يمنح الإذن بالتصرف من طرف الولي بعد وقوع التصرف من طرف المميز لموافقته السداد³، وأما في القانون الجزائري فقد جاء في نص المادة من قانون الأسرة 84 ما يؤكد هذا الإجراء ويجيز هذا الإذن للقاصر وهذا نصها: "للقاضي أن يأذن لمن لم يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبزر ذلك"، وسن التمييز في القانون الجزائري هو 13 سنة⁴، فمن خلال هذه المادة يمكن القول بأن الأحقية للأب لأجل استصدار إذن من القاضي يكون بموجبه الترخيص لغير المميز للقيام ببعض التصرفات والأعمال، ثم تليه الأم بعد ذلك، ثم الوصي، ثم المقدم وكل من له مصلحة.⁵

¹ صديق تواتي، مرجع سابق، ج1، ص861.

² علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص215.

³ عبد السلام رفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المغرب، د ط، 1996، ص 414.

⁴ المادة 42 المعدلة من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁵ عبد الرحمان هيباوي، أثر إذن القاصر في رفع الحجر عنه دراسة فقهية مقارنة بالتشريعات المغاربية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلد7، ع1، 2022، ص63.

والفرق بين السلطة الأبوية والإذن القضائي أن الإذن يقلص من نطاق صلاحيات صاحب السلطة الأبوية، ويجعل الابن متحررا نوعا ما من قيود هذه السلطة، فإمكانه إنشاء تصرفات لصالحه دون حاجة لإجازة الولي.

وبعد التطرق لهذه الفروقات بين السلطة الأبوية وبعض النظم المشابهة لها أخلص إلى القول أن نظام الوصاية أو القوامة (التقديم)، أو الإذن القضائي كلها نيابات شرعية لا تمنح إلا من طرف القضاء، بخلاف الولاية وهي (السلطة الأبوية)، فليس لها للقضاء عليها سلطان في إنشائها، لأنها وجدت بقوة القانون.

الفرع الثالث: أنظمة النيابة الشرعية على المال

السلطة الأبوية على المال نوعان: سلطة أصلية على مال القاصر، وسلطة نيابية على مال القاصر.

أولا: السلطة الأصلية على مال القاصر:

وهي سلطة إلزامية تثبت شرعا وقانونا وتلقائيا على القاصر بمجرد ولادته بسبب رابطة الأبوة وتكون للأب، والأم، والجد الصحيح، ولا تحتاج إلى إذن من طرف القاضي.¹

ثانيا: السلطة النيابية على مال القاصر.

تستمد هذه السلطة من شخص آخر كالوصي الذي يستمد ولايته من صاحب السلطة الأصلية، وقد تكون نيابية من القاضي كسلطة القيم المقدم، وقد تكون اتقافية كسلطة الوكيل التي يستمدها من موكله.²

ثالثا: مركز الأبوين القانوني في نظام الولاية على المال:

تناول المشرع الجزائري أحكام الولاية على المال في قانون الأسرة ضمن الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية بداية من المادة 81 وانتهاء بالمادة 125، وما يعاب على

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 599. أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، مكتبة صادر، بيروت لبنان، د ط، 2000، ص 2929

² محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 599، أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 2929.

المشرع أنه لم يميز بين الولاية على النفس والولاية على المال وأورد نصوصا عامة تجمعهما، دون أن يتطرق إلى تخصيص ولاية عن أخرى، ويعتبر الأب الشخص الأول الذي له الحق في امتلاك هذه السلطة والقيام بها، وعند وفاته أو غيابه أو حصول مانع له فإن الأم تحل محله قانونا، وهو ما نصت عليه المادة 87 من قانون الأسرة.

وبهذا تعتبر ولاية الأبوين على المال ولاية إلزامية أصلية، ولا يجوز لأي منهما التنازل عنها، أو إسنادها إلى الغير إلا بإذن المحكمة.¹

المطلب الثاني: المؤهلون للنيابة الشرعية في تولي السلطة المالية وشروطهم ومراكزهم

جاء نص المادة 81 من قانون الأسرة موضحا ومحددا لمجموعة من الأفراد الذين يقومون بتولي زمام السلطة المالية لفاقدي الأهلية وناقصيها من القصر والمحجور عليهم، وأضفت عليهم صفة النائب الشرعي، ومنحت لهم مجموعة من الصلاحيات فنصت على أن: من كان فاقد للأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو لجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون²

الفرع الأول: المؤهلون للنيابة الشرعية في تولي السلطة المالية

من خلال نص المادة 81 من قانون الأسرة يتبين أن النائب الشرعي في سلطة الولاية على المال يكون وفقا للترتيب الآتي: الولي، الوصي، المقدم.

أولا: الولي

هو نائب شرعي، ومن صلاحياته تولي السلطة المالية، فطبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة فإنها حصرت في شخصين، وهما الأب، والأم.³

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 599.

² المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري 84- 11 .

³ المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري 84- 11 والمعدل بالأمر 05-02.

ثانيا: الوصي

يحتل الوصي المرتبة الثانية بعد الأبوين في قائمة النواب الشرعيين وهو الشخص الذي يتم تعيينه من قبل الأب أو الجد عند عدم وجود الأم أو عجزها حسب نص المادة 92 من قانون الأسرة.¹

ثالثا: المقدم

عند انعدام الولي أو الوصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، يعين القاضي شخصا يسمى المقدم بناء على طلب أحد الأطراف الثلاثة وهم أحد الأقارب، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة، ومن مهامه إدارة الشؤون المالية للمحجور عليه وهو مانصت عليه المادة 99 من قانون الأسرة.²

الفرع الثاني: شروط المؤهلين للنيابة الشرعية في تولي السلطة المالية

قد سبق بيان الشروط الخاصة بمتولي السلطة الأبوية في معرض حديثنا عن أحكام السلطة الأبوية على النفس، وهي البلوغ والعقل، والمعبر عنها بكمال الأهلية، والإسلام والقدرة، والعدالة، والذكورة، والرشد، هذا الأخير الذي فصل فيه الحنفية دون غيرهم، وسنرى موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من هذا الشرط.

أولا: موقف الفقه الإسلامي من شرط الرشد في السلطة الأبوية على المال

اعتمد ابو زهرة في تقسيم الآباء على تقسيم الحنفية في مسألة الرشد المتعلقة بالولاية على المال فقسموهم إلى ثلاثة أصناف :

القسم الأول: الأب غير الأمين والمبذر للمال

وهو من عرف بإفساد المال وتبذيره، وقد يكون محجورا عليه أو مستحقا الحجر، فهذا النوع من الآباء لا يمنح هذه السلطة وإن أُعطيها سُلبت منه، ويتولاها من يليه من الأولياء.³

¹ المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 .

² المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 .

³ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 469.

القسم الثاني: الأب المؤتمن غير المبذر

وهو من عرف بحسن رأيه و تدبيره، فله الحق في هذه الولاية كاملة غير منقوصة، إلا ما كان منها متوقفا على إجازة القاضي.¹

القسم الثالث: الأب المؤتمن المبذر

يعرف هذا الأب بين الناس بالأمانة لكن يعرف كذلك بفساد رأيه وسوء تدبيره أيضا، وولاية هذا النوع من الآباء على المال مقيدة وناقصة، إذ تثبت لهذا الأب الولاية نظرا لأمانته، ولأن تصرفاته تدور بين النفع والضرر، وبسبب سوء تدبيره تبقى تصرفاته موقوفة إلى أن تثبت المصلحة في إجازتها.²

ثانيا: موقف القانون الجزائري من شرط الرشد في السلطة الأبوية على المال

لم يأخذ المشرع الجزائري بالتقسيم الحنفي للآباء، وإنما أخذ برأي الجمهور الذين لم يعتدوا بهذا التصنيف، لكنه أشار إلى ضرورة كون الأب محسنا للتصرف وغير معروف بفساد الرأي، مما يوحي بأخذه بالمذهب الحنفي في هذه المسألة ولو جزئيا، فقد جاء في مستهل نص المادة 88 من قانون الأسرة أن الولي يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، فيفهم منها أن تصرف الأب بخلاف ذلك يجعله تحت طائلة المنع من التصرف ونزع الولاية عنه ولو مؤقتا، وهو ما أكدت عليه المادة 90 من قانون الأسرة أنه عند حدوث تعارض بين مصالح الولي ومصالح المولى فإن القاضي يقوم بتعيين متصرف خاص.³

الفرع الثالث: مركز الأبوين في الولاية على المال في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يختلف ترتيب الأولياء على المال في الفقه الإسلامي عنه في القانون الجزائري، كما تحتل الأم مركزا مهما في سلم الأولياء، وهو ماسنلاحظه من خلال هذه المقارنة.

¹ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 469.

² المرجع نفسه، ص 473.

³ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 149.

أولاً: مركز الأبوين في الولاية على المال في الفقه الإسلامي

1- مركز الأب في السلطة على المال في الفقه الإسلامي

احتل الأب المركز الأول في قائمة الأولياء فقد رتبهم الحنفية على النحو الآتي:
الأب، ثم الوصي، ثم الجد، ثم وصيه، ثم القاضي، ثم وصي القاضي.¹

أما المالكية فقالوا الأب ثم وصيه، فالقاضي، ثم مقدمه، أو الكافل عند غياب وصي الأب والقاضي.²

والشافعية قالوا أيضاً الأب، ثم الجد من قبل الأب، ثم وصيهما، ثم القاضي، أو من ينصبه القاضي.³

أما الحنابلة فقد تصدر الأب عندهم المركز الأول أيضاً فقالوا: الأب، ثم وصيه، ثم القاضي فوصيه.⁴

و الملاحظ أن المذهب الحنفي هو المذهب الوسط بين المذاهب، فلم يرقم بإلغاء ولاية الجد كما فعل المالكية والحنابلة، ولم يقدمه على وصي الأب كما فعل الشافعية.

2- مركز الأم في السلطة على المال في الفقه الإسلامي:

لم تجد الأم مكاناً لها في ترتيب الأولياء الأوائل على المال عند الفقهاء، وإنما ذكرت ولايتها عند بعض فقهاء المذاهب في حال الاضطرار، وفي حال انعدام البديل لها، فقد قال الحنفية: لا تكون ولاية التصرف على المال للأخ والعم وغيرهم، لأن الأم تفتقد إلى الرأي الكامل لقصور عقلها.⁵

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص132.

² ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج4، ص486.

³ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج4، ص187.

⁴ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص446.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص525.

وقال المالكية لا يجوز إيصاء أمّ بـمال ولدها، إلا أن تكون وصيا من قبل الأب.¹

و قال الشافعية في الأصح: لا ولاية على الأم.²

وذهب الحنابلة كذلك إلى أن الأم لا ولاية لها إذ المال محل الخيانة وهي غير مأمونة، لكن سأل الأثرم من الحنابلة الإمام أحمد عن رجل مات وله ورثة صغار فماذا يصنع؟ قال: إن لم يكن لهم وصي ولهم أم مشفقة تُدفع الولاية إليها.³

وذهب كذلك الإصطخري من الشافعية إلى أن للأم الولاية على المال بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما فهي أشفق من وصي الأب وأرحم منه وهي أحد الأبوين.⁴

وقال سليمان الجمل معلقا على قول الإصطخري ومطالبها بتجسيد هذا الرأي على أرض الواقع "رُبَّمَا تَعَيَّنَ الْعَمَلُ بِمَذْهَبِهِ فِي هَذَا الزَّمَانِ".⁵

ولعل هذا هو القول الراجح وإن خالف رأي الجمهور، فاحتجاج الجمهور على منع الولاية على المرأة مردّه إلى العرف السائد، وليس بسبب وجود النص، فالمرأة في السابق كانت تفتقد إلى الخبرة في المعاملات المالية، ولا تفقه الإدارة الاقتصادية، فتضيع أموالها بين يدي الرجال، على عكس ما نراه الآن من تميّزها وقدرتها في إدارة الأموال، وحتى وإن اعتراها النقص فإن لها أن تستعين بالخبراء والمستشارين، إضافة إلى أنها أحرص الناس على مال أولادها من الغير وأشفقهم عليهم، لذلك فلا مانع من إسناد هذه السلطة المالية لها، وتوليها لهذه المسؤولية، وهو أمر جائز مادامت تحت رقابة القضاء.⁶

¹ الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج6، ص 649.

² النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج4، ص187.

³ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص447.

⁴ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج4، ص187.

⁵ سليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 2013، ص172.

⁶ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص40.

ثانيا: مركز الأبوين في الولاية على المال في القانون الجزائري

لم يأخذ المشرع الجزائري بترتيب الجمهور، وأثبت الولاية للأُم على الأولاد القصر بعد الأب مباشرة، ولعل سنده في ذلك استثناسه بقولي كل من الإصطخري الشافعي، وابو بكر الأثرم الحنبلي، لكنه الملاحظ على المشرع عدم التزامه بترتيبهما للأولياء حيث جعل مرتبة الأم تلي مباشرة مرتبة الأب، فلا تكون بعد الجد أو وصي الأب.

ومن خلال نص المادة 87 من قانون الأسرة يتبين لنا أن المشرع قد أبقى على اعتبار الولاية للأب كأصل، ولا تنتقل للأُم إلا استثناء، فأورد ترتيب الأولياء على المال بقوة القانون على النحو الآتي:

1- الأب: هو الأحق أولا بالولاية مادام على قيد الحياة وحال قيام العلاقة الزوجية، لأنه هو رئيس الأسرة، إلا أنه يشترط فيه أن يكون حاضرا غير غائب، وخاليا من الموانع التي تحول دون ممارسة هذه السلطة المالية.¹

2- الأم: حوّل لها القانون سلطة الحلول محل الأب في هذه الولاية للأسباب

التالية:

- عند حصول مانع للأب وهو على قيد الحياة يمنعه من مباشرة أعمال الولاية.
- عند غياب الأب.

- عند انقضاء العلاقة الزوجية بوفاة الأب.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الأم لها الأولوية في النيابة الشرعية على القصر والمحجور عليهم، ولا يحل محلها وصي مادامت قادرة على ذلك.²

¹ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص53.

² المرجع نفسه، ص53 وما بعدها.

3- الجد: عند وفاة الأبوين، أو ثبوت عدم أهليتهما للولاية، ولم يوجد هناك وصي من قبل الأب، فإن الجد الصحيح من أب له حق الولاية بعدهما، والدليل على انتقال الولاية للجد هو أن المادة 92 المتعلقة بالوصاية تنص على أنه "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر.. فكيف يثبت للجد الحق في تعيين وصي لحفيده لو لم يكن وليا، وبناء على ذلك تثبت ولاية كل من الأب والأم والجد بقوة القانون دون حاجة إلى استصدار حكم من المحكمة لتعيينه أو تثبيته.¹

لكن وإن كان هذا الرأي مقبولا عند تحليل المادة 92 واستنباط ولاية الجد منها، إلا أنه مع ذلك يبقى عبارة إشارة تلميحية لا تصريحية لولاية الجد، فضلا عن أن هناك خلطا بين سلطة التعيين والوصاية نفسها، ولذلك وتماشيا مع المبدأ القائل: "لا اجتهاد مع النص" تبقى الولاية محصورة بنص القانون في الأب والأم.

وعطفا على ما ذكرنا يظهر عدم احترام المشرع الجزائري للقاعدة التي قررها الفقهاء والتي مفادها "أن صاحب الحق في الولاية هو صاحب الحق في تعيين الوصي"، فخالفها وأعطى سلطة تعيين الوصي للجد وحرّم الأم منها مع بأنها الأولى بذلك.²

4- صاحب الحق في الحضانة: في حال الطلاق وعند إسناد الحضانة لشخص ما ذكرا كان أو أنثى، يمنح القاضي الولاية على مال القاصر لصاحب الحق في الحضانة بناء على معيار مصلحة المحضون، وينص على ذلك في منطوق الحكم الفاصل في الطلاق، أو في حكم لاحق من خلال رفع دعوى يرفعها صاحب السلطة، وقد نصت المادة 84 من قانون السرة على ترتيب الأشخاص المستحقين للحضانة.³

وقد لخصت المادة 87 المعدلة المستحقين للولاية على المال فجاء نصها كالاتي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 609.

² خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 170.

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرعا، مرجع سابق، ص 91.

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

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد¹.

وهنا يطرح الإشكال التالي: حول إسناد الحضانة لغير الأب أو الأم، بناء على قرار القاضي الذي منح سلطة الولاية لصاحب الحق في الحضانة، والجواب أنه وبالرجوع إلى نص المادة 87 السالفة الذكر، فإن ارتباط الولاية بالحضانة يظهر في حالة واحدة وذلك عند إسناد الحضانة للأم أو الأب، ومعلوم أن الأم تحل ثانياً في ترتيب الأولياء، والأب يحل ثانياً في ترتيب الحاضنين، فممارسة الحضانة ومباشرة أعمال الولاية تكون الأولوية فيهما دائماً لأحد الأبوين، فإذا حصل الطلاق فالحاضن منهما يصير ولياً أيضاً، لكن إذا أسقطت الحضانة عن الأم مثلاً تكون الولاية للأب ولو لم تعد الحضانة إليه¹.

وبعد انتهاء الحضانة ببلوغ 10 سنوات للذكر أو تمديد لها إلى غاية 16 سنة، وبلوغ الأنثى 19 سنة وهي سن الرشد القانوني، فإن ولاية الأب على أبنائه القصر تعود إليه بعد أن كانت عند الأم، وأما بالنسبة للأنثى فلا ولاية لها لأنها قد بلغت سن الرشد، وانتهت النيابة الشرعية عنها بقوة القانون، هذا إذا لم يكن الأب متوفى، وإلا فإن الأم تكون ولياً شرعياً لمن لم يبلغ سن الرشد².

الفرع الرابع: الأشخاص الخاضعون للسلطة الأبوية على المال (ولاية الحجر):

ذكرنا فيما سبق أن عمل الولي أو الوصي أو المقدم هو إدارة الأموال والمحافظة عليها ابتداءً وانتهاءً، لمصلحة المولى ولحسابه، وقد كشفنا بأن أصحاب الحق الفعليين في أموالهم سواء كانت عقارات أو منقولات، أو حقوقاً شخصية كالعقود هم القصر والمحجور عليهم، فذمتهم المالية مشغولة بهذا الحق.

¹ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 150.

² المرجع نفسه، نفس الصفحة.

لذا لا بد من الوقوف على طائفة الأشخاص الخاضعين لهذه السلطة الأبوية، ولا يتأتى ذلك إلا بتسليط الضوء على مفهوم الحجر أولاً، لأن الولاية أو السلطة على المال يطلق عليها أيضاً "ولاية الحجر" باعتبار أن أحكامها الفقهية كثيراً ما نجدتها في باب الحجر عند تناولها من طرف الفقهاء، وه الأمر الذي يقتضي بيان مفهومه و تقسيماته، ثم تناول أسبابه.

أولاً: تعريف الحجر لغة و اصطلاحاً:

لغة: المنع.¹

اصطلاحاً: يقول ابو زهرة: " الحجر هو منع التصرف القولي"²، ويقول الزحيلي: " الحجر هو منع الإنسان عن التصرف في ماله"³، وحاول الأستاذ بوشمة إعطاء تعريف جامع وشامل للحجر انطلاقاً من تعريفات الفقهاء المتقاربة فقال: " هو منع الإنسان من التصرفات القولية الواقعة على ماله لأسباب خاصة يستحق بموجبها هذا المنع "⁴.

فالحجر في اصطلاح الفقهاء، يكون على أقوال الإنسان التي ترتب أثراً على ذلك التصرف المالي، فلا يُتصور الحجر على أفعال المحجور عليه لأن ذلك لا يفيد⁵، ولذا يكون كل من الصبي والمجنون ضامناً لما يتلفه من مال غيره⁶، ويكون الضامن هو متولي الرقابة.

وأما تعريف الحجر قانوناً فقد عرفه كمال حمدي بقوله: "منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله، أو لضعف في بعض ملكاته النفسية الضابطة"⁷.

¹ الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص331.

² محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص437.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص292.

⁴ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص89.

⁵ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2009، ص123.

⁶ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص293.

⁷ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 179.

وينبغي أن نشير هنا إلى أن الحجر لا يُتصور في الواقع إلا عند وجود المال فهو متعلق به، لأن الهدف من الحجر هو المحافظة على مال المحجور عليه.¹

ولم يتعرض القانون الجزائري لتعريف الحجر وإنما اكتفى بذكر عوارض الأهلية لأنها أسباب للحجر، وذلك في المادة 42 من القانون المدني، والمادة 85 من قانون الأسرة.²

ثانياً: أقسام الحجر:

يقسم الفقهاء الحجر باعتبارات عدة وهي:

1- الاعتبار الأول: حسب نوع المصلحة

فقد تكون المصلحة التي من أجلها وضع الحجر لفائدة المحجور، أو قد تكون لفائدة الغير وهذا تقسيم الشافعية والحنابلة.³

أ- حجر لمصلحة المحجور عليه: وتتمثل في الحجر على الصبي والمجنون والسفيه، فالمصلحة تقتضي الحفاظ على أموالهم إلى غاية زوال سبب الحجر عنهم.

ب- حجر لمصلحة الغير: عن طريق الحجر على المريض مرض الموت، مراعاة لحق وراثته، فيمنع من التصرف فيما زاد عن الثلث في ماله عن طريق التبرع أو الوصية.⁴

2- الاعتبار الثاني: بحسب مدى سلطة الحاجر وهو تقسيم المالكية الذين يرون أن الحجر نوعان عام وخاص.

¹ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 180.

² الطيب برمضان، الحجر على المجنون والمعتوه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة صوت القانون، مجلد 7، ع3، 2021، ص 854.

³ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 90.

⁴ المرجع نفسه، ص 91.

أ- الحجر العام: وهو المستغرق لجميع المال بحيث يُمنع المحجور عليه من التصرف في جميع ماله كالصبي غير المميز والمجنون.

ب- الحجر الخاص: وهو المتعلق بجزء من المال، لا كل المال، فلا يستطيع المحجور عليه أن يتصرف فيه، كما هو الحال بالنسبة للمريض مرض الموت فيما زاد عن الثلث من أمواله، فيُمنع من إنفاذ التصرف فوق هذا القدر في التبرع، ويصير للحاجر سلطة على ماله حينئذ.¹

3- الاعتبار الثالث: وهو متعلق بصاحب الحق في الحجر وينقسم إلى قسمين:

أ- الحجر الذاتي: لا يحتاج إلى حكم من القاضي، كالحجر على الصبي من طرف أبيه، والقائم بالحجر هنا في المذاهب الأربعة هو الأب ابتداءً، ثم وصيه، وأضاف الحنفية والشافعية الجد الصحيح ووصيه، والأم ووصيها، وانفرد فقهاء الحنفية بإضافة الأخ والعم ووصيهما، وأما في قانون الأسرة الجزائري فإن صاحب الولاية الذاتية في الحجر هو الأب بدايةً ثم تأتي بعده الأم مباشرة عند وفاته، أو حصول مانع له وهو ما نصت عليه المادة 87.²

ب- الحجر القضائي: وهو يعني أن توقيع الحجر على عديمي الأهلية أو ناقصيها لا يكون إلا بمقتضى حكم قضائي، ولا يرفع إلا بموجب حكم قضائي.

وأما الحجر القانوني فهو منع من قبل المشرع لشخص محكوم عليه بعقوبة جنائية من التصرف في أمواله، وتكليف من يقوم بإدارتها بالنيابة عنه، إلى حين انتهاء مدة عقوبته، واستعادة حريته.³

¹ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 91.

² المرجع نفسه، ص 92.

³ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 227.

فهو إذن حجر واقع بنص القانون لا يستلزم النص عليه أثناء النطق بالحكم القضائي، ويختلف عن الحجر القضائي الذي ترتبط أحكامه ارتباطا وثيقا بعوارض الأهلية، فلا يقوم إلا بوجود تلك العوارض.¹

و يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بجميع أنواع الحجر، لكنه لم يطلق مصطلح الحجر إلا على الحجر القضائي فقد جاء في نص المادة 103 من قانون الأسرة "يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".²

كما أنه أشار ضمنا إلى الحجر الذاتي حيث تكلم في المادة 87 عن الحجر على القصر عن طريق نظام الولاية الأبوية الذي لا يحتاج إلى حكم قضائي.³

فيفهم من المادة 103 من قانون الأسرة، أن توقيع الحجر ورفعته لا يكون إلا بمقتضى حكم قضائي، مما يشير إلى مخالفة واضحة لما استقر عند الفقهاء من أن الحجر لا يكون إلا بقيام مؤجبه، ورفعهُ لا يكون إلا بزوال مؤجبه، ولا يحتاج في بعض الأحيان إلى استصدار قرار من القاضي لِيُنتج أثره.⁴

ثالثا: أسباب الحجر:

اتفق الفقهاء على اعتبار كل من الصغر والجنون والفسه من أسباب الحجر، وأما الفسه والإفلاس ومرض الموت، فقد اختلفوا في اعتبارها أسباب حجر أم لا، ودليل من جعلها أسباب حجر أقوى من دليل من نفاها.⁵

والمهم في هذا المقام هو معرفة العوارض التي تؤثر على الأهلية بشكل كامل، أو تنقص منها، وتؤدي في الأخير إلى تعيين نائب شرعي، ومن خلالها يتسنى لنا الوقوف

¹ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 154.

² خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 93.

³ المرجع نفسه، ص 92. محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 522.

⁴ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 124.

⁵ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 95.

على الأشخاص الخاضعين لولاية الحجر، ، ولذلك واستنادا لأسباب الحجر فإن المشمولين بالسلطة الأبوية على المال هم كآتي: الصغير، والمجنون، والمعتوه، والسفيه، وذو الغفلة.

1- الصغير: لا بد أن نفرق هنا بين مرحلتين مرحلة انعدام التمييز ومرحلة التمييز.

أ- **مرحلة انعدام التمييز:** وتبتدئ هذه المرحلة بميلاد الطفل وتنتهي ببلوغه سن التمييز، وبداية سن التمييز للصبي عند الفقهاء تبتدئ بتمام سن السابعة، إذ هي السن التي يؤمر فيها بالصلاة¹، والصبي غير المميز عند الفقهاء من لا يعرف أن البيع سالب وأن الشراء جالب ولا يدرك مضمونها².

أما في القانون الجزائري فإن مرحلة انعدام التمييز تنتهي ببلوغ الصبي وإتمامه لثلاثة عشر سنة من العمر، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني على ما هو آتٍ "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، وعليه فإن الصغير في هذه الفترة يكون فاقدا لأهلية الأداء، ويطلق عليه اسم "القاصر غير المميز"، أو "الصبي غير المميز"، وتكون كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً، وهو ما قرره المادة 82 من قانون الأسرة حيث نصت على أن " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة ". وعديم التمييز بسبب صغر السن محجور عليه حجراً ذاتياً فتصرفاته الباطلة لا تحتاج إلى استصدار حكم من المحكمة بالحجر عليه³.

ب - **مرحلة التمييز:** تبتدئ عند الفقهاء بتمام السابعة إلى البلوغ، والصبي المميز عند الفقهاء من يعرف أن البيع سالب والشراء جالب قاصداً الربح مدركا لمضمونها⁴.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص 297

² علي حيدر، مرجع سابق، ص 654.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 522.

⁴ علي حيدر، مرجع سابق، ص 654.

وفي القانون الجزائري تبتدئ سن التمييز بتمام سن 13 سنة من العمر، وتنتهي ببلوغ سن الرشد، وهو 19 سنة، فقد نصت المادة 43 من نفس القانون على ما يلي "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون" فطبقا لمفهوم المخالفة وتطبيقا لنص المادة 42 ف2 وإعمالا لمقتضى المادة 43 السابقتين فإن سن التمييز محددة في القانون الجزائري ببلوغ الشخص تمام الثالثة عشر سنة.¹

فإذا بلغ سن الرشد وهي 19 سنة ميلادية وهو متمتع بقواه العقلية، ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر، انتهت حالة القصر واكتمل إدراكه وتمييزه، وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

والتمييز هنا أن يصبح للصبي بصر عقلي يستطيع من خلاله أن يفرق بين الحسن والقيبح، والنفع والضرر، مع أن هذا التمييز لا يمكنه من استيعاب النتائج وتقدير العواقب، لأن عقله لم ينضج ولم يكتمل بعد، فهو لا زال في بداية الطريق لمعرفة حقائق الأمور، لذا كان ذا أهلية أداء ناقصة مادام أنه لم يبلغ سن الرشد.

وتبقى تصرفات المميز وسطا بين تصرفات غير المميز وتصرفات البالغ الرشيد، بحيث يفسح له المجال لمباشرتها، لكنها تدور في نطاق ضيق، لأن أهليته ناقصة.²

2- الجنون: يعرف الجنون في الفقه والقانون بأنه "حالة مرضية تصيب وتعطل القدرة على الإدراك عند الإنسان بصورة دائمة أو مؤقتة"³ وينقسم إلى عدة أقسام فإذا نظرنا إليه:

أ. باعتبار زمن نشوئه: فينقسم إلى قسمين هما: جنون أصلي، وجنون طارئ.

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 541.

² المرجع نفسه، ص 539 وما بعدها.

³ عبد الواحد كرم، مرجع سابق، ص 151.

- الجنون الأصلي: هو أن يولد الشخص فاقد العقل منذ صغره، ثم يمتد به إلى ما بعد بلوغ سن الرشد.

- الجنون الطارئ: هو أن يبلغ الإنسان سن الرشد عاقلاً، ثم يطرأ عليه الجنون بعد ذلك.¹

ب. باعتبار زمن استمراره: ينقسم إلى ثلاثة أقسام: وهي الجنون المطبق، والجنون المتقطع، والجنون الجزئي.

- الجنون المطبق: هو الجنون المستمر الذي لا تتخلله فترات إفاقة أو تعقل، ويستوعب جميع الأوقات.

- الجنون المتقطع: لا يستغرق كل الأوقات، إذ تتخلله فترات إفاقة فيعود المجنون من خلالها إلى وعيه، ثم يعاوده الجنون مرة أخرى.²

- الجنون الجزئي: لا يكون كلياً، وإنما يقتصر على ناحية معينة في العقل فيختص بها، فيفقد الإدراك في تلك الناحية، مع بقاءه سليم القوى في النواحي الأخرى، وهذا ما يعبر عنه في علم النفس بـ "البَارَانُويَا" أو "الرُّورَانِيَّة"، وتعني تولّد فكرة خاطئة ووهمية تسيطر على المريض ويكون تفكيره فيها مختلفاً.³

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 528

² عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 437. حسين النوري، مرجع سابق، ص 93. محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 528.. اسحاق إبراهيم منصور، موجز في علم الإجرام والعقاب، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 44. لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص603.

³ خلود بنت عبد الرحمن المهيزع، أحكام المريض النفسي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود الرياض، السعودية، 1431/1432، ص68. عبد القادر عودة، مرجع سابق، ص 438. حسين النوري، مرجع سابق، ص 106. اسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 44. لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص603.

3- العته: يعرف فقهاء القانون المدني العته بقولهم أنه "اضطراب يعتري العقل دون أن يبلغ درجة الجنون، يجعل المريض مختلط الكلام، قليل الفهم، فاسد التدبير" ¹

فالعته إذن هو ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، يصير به المعتوه مختلط الكلام فيشبهه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين. ²

و المعتوه البالغ في حكم الصبي المميز وتثبت له أهلية أداء ناقصة³، وبناء على هذا الرأي تكون تصرفات المعتوه من حيث الصحة والبطلان تبعا لحالته العقلية ومدى تمتعه بالإدراك والتمييز، فإذا تصرف كالصبي المميز تبعه في الحكم، ويفسح له المجال في التصرف بصورة مقيدة، وإن كان دون ذلك ألحق حكمه بحكم الصبي غير المميز، فلا يصح منه أي تصرف قانوني، ويحجر عليه بحكم من المحكمة. ⁴

ولقد سوى القانون المدني الجزائري في المادة 42 بين الجنون والعته، واعتبرهما سببين لفقد أهلية الأداء، كما منح قانون الأسرة حق الولاية على المجنون والمعتوه لأنهما فاقدين للأهلية بنص المادة 81: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم".

وإذا استمر كل من الجنون والعته بعد سن الرشد، وخيف على سوء التصرف في المال، جعل المشرع الحجر كآلية من آليات حماية أموالهما، فجاء في نص المادة 101:

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 530.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 10، ص 130، حسين النوري، مرجع سابق، ص 103، محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 531.

³ محمد ابو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د ط، د س ن، ص 340.

⁴ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 531، علي حيدر، مرجع سابق، ص 654. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 29، ص 275. سعد الدين بن عمر التفتازاني الشافعي، التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ - 1996 م. ص 352.

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

ولم يميز المشرع الجزائري بين الجنون الدائم والجنون المتقطع، والعتة المعدم للأهلية والعتة المنقص لها، وهو ما استحسنته شراح القانون لأن التفرقة بين العتة والجنون دقيقة جدا خصوصا أن العتة نوع من الجنون إلا أنه هادئ.

ولم يميز المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة كذلك بين نوعي الجنون المعروفين في الفقه الإسلامي، وهما الجنون المطبق والجنون المتقطع، فلم يعتد بتصرفات الشخص أثناء إفاقة بعد تسجيل قرار الحجر عليه.²

وعليه فإذا كان الشخص مجنونا أو معتوها وصدر قرار الحجر بحقه فتصرفاته باطلة في حق نفسه وفي حق غيره، وأما قبل صدور الحكم بالحجر عليه فتكون تصرفاته صحيحة ولا تكون باطلة إلا في حالتين، الأولى حالة كون الجنون ظاهرا وشائعا ومعروفا بين الناس، والثانية حالة كون المتعاقد مع المجنون على علم بجنونه لحظة إبرام العقد ولو لم يكن جنونه معلوما للناس³؛ وهو ما نصت عليه المادة 107 بقولها: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وقت صدورها".⁴

4- السفه والغفلة: اعتبر فقهاء الإسلام السفه ضرا محضا يؤثر على الشخص المولى عليه وعلى ماله.⁵

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص532.

² محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص530، 532.

³ المرجع نفسه، ص 536.

⁴ المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري 84 - 11 .

⁵ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص711.

وألحق الفقهاء بالسفيه ذا الغفلة وهو من اتصف بطيبة القلب إلى أبعد حد حتى صار مغفلاً ساذجاً ينخدع بأبسط الوسائل، فيغبن في معاملاته، مع أنه كامل العقل.¹

ويختلف ذو الغفلة عن السفيه كونه ليس بمفسد للمال، ويحجر عليه عند المالكية دون توقف على قرار القاضي إذا ظهرت عليه علامات الغفلة، بينما يرى جمهور الفقهاء أن الحجر عليه لا يثبت إلا بقرار من القاضي.²

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر السفيه وذا الغفلة من ناقصي الأهلية، ويأخذ تصرفهما حكم تصرف الصبي المميز، فقد جاء في نص المادة 43 من ق أ" كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".³

والملاحظ أن المادة 107 من قانون الأسرة أنها ساوت بين تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه، فتصرفات السفيه حسب هذه المادة تتساوى مع تصرفات المجنون والمعتوه، كما أنها أغفلت الحديث عن تصرفات ذي الغفلة، وكان حرياً بالمشرع أن يساوي بين تصرفات السفيه وذي الغفلة مع تصرفات الصبي المميز ويرتب أحكامهما وقْفَةً، لا أن يضعهما مع أحكام المجنون والمعتوه.⁴

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 566.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 5، ص 324.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 569.

⁴ المرجع نفسه، ص 571.

المبحث الثاني: نطاق السلطة الأبوية في الولاية على المال

منحت الشريعة الإسلامية الأبوين سلطة التصرف المطلقة في أموال القصر بما يعود عليهم بالنفع، من خلال إبرام العقود نيابة عنهم من بيع وشراء، وإعارة، وإجارة، وإقراض، وغيرها من سائر التصرفات الجائزة المشروعة¹، وقد ذكر ابن قدامة أن استثمار أموال القصر واليتامى ليس فيه كراهة عند جمهور الفقهاء ولم يخالف في ذلك إلا الحسن البصري الذي رأى أن في الاتجار به مخاطرة، وأن حفظ المال أولى، إلا أن الصحيح ما عليه الجمهور.²

والدليل على ذلك من الكتاب قوله تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾³؛ ومن الإصلاح الإشراف على إدارة أموالهم، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾⁴، فلا يُنهى عن قربان مال اليتيم إذا كان فيه مصلحة له، و القاصر والمحجور عليه لهما حكم اليتيم.

والدليل من السنة قوله صلى الله عليه وسلم «اتَّجِرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلُهَا الرِّكَاءُ»⁵.

غير أن القانون الجزائري لم يطلق للأب يد التصرف في مال ولده كما فعل الفقه الإسلامي، وإنما قيد بعض التصرفات وجعلها خاضعة لإذن القاضي، وعليه فالمشرع الجزائري قسم

¹ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 45.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 180.

³ سورة البقرة، الآية 220.

⁴ سورة الأنعام، الآية 152.

⁵ سليمان بن أحمد ابو القاسم الطبراني، معجم الطبراني الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ج 4، رقم الحديث: 414152، دار الحرمين، القاهرة، مصر، 1995، ص 264. مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الزكاة، زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، رقم الحديث: 588، مرجع سابق، ج 2، ص 103، وقال البيهقي: رواه وصحه العراقي وحسنه ابن حجر ورواه البيهقي موقوفا على ابن عمر وقال سنده صحيح أي الموقوف. أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب 1/25.

سلطات الأب إلى نوعين، سلطات لا تحتاج إلى إذن من القاضي، وله حرية التصرف فيها، وسلطات مقيدة بإذن من القاضي، وهو ما سنتناوله من خلال تطرقنا في البداية إلى نطاق صلاحيات السلطة الأبوية على المال في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري كمطلب أول، ثم انتهاء السلطة الأبوية على المال كمطلب ثان.

المطلب الأول: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية على المال في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وسع الفقه الإسلامي من دائرة صلاحيات الأب للقيام بشتى التصرفات الجائزة شرعا في أموال القاصر ومن في حكمه، ما دام يحقق مصلحة للصغير، على خلاف القانون الجزائري الذي قيد بعض التصرفات فلا تكون نافذة إلا بإذن من القاضي¹، وهو ما سنخصه في هذا المطلب بذكر نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية في الفقه الإسلامي كفرع أول، ثم نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية في القانون الجزائري كفرع ثان.

الفرع الأول: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية في الفقه الإسلامي

حدد الفقه الإسلامي مجالين في الولاية على المال من خلالهما يسمح للأب بالتدخل للقيام بمجموعة من التصرفات؛ المجال الأول ويتعلق بالتصرفات الرامية إلى المحافظة على المال، والمجال الثاني وينصب على التصرفات الرامية إلى استثمار الأموال وتنميتها.

أولا: التصرفات الرامية إلى المحافظة على المال

أجاز الفقهاء للأب القيام بكل تصرف يؤدي إلى حفظ مال القاصر وصيانته، فيشرع له استئجار حارس للأموال وتكون الأجرة من مال المولى عليه، وعند التسبب في تلف المال أوضاعه بتفريط من الأب وقع عليه عبء الضمان المناسب، وقد ذهب بعض

¹ صورية غربي، مرجع سابق، ص 216.

الفقهاء إلى جواز وضع هذا المال عند شخص مؤتمن كوديعة خوفاً من تلفه أو ضياعه إن بقي في يد الأب.¹

ثانياً: التصرفات الرامية إلى استثمار الأموال وتنميتها

وهي تصرفات من شأنها أن تعمل على اغتناء الذمة المالية للقاصر ومن في حكمه، ويكون الهدف منها الزيادة في رصيده المالي، وتتضمن مجموعة من المعاملات تخص عقود المعاوضات، وعقود التبرعات، والرهن والشفعة.

1- أحكام السلطة الأبوية في عقود المعاوضات

وتظهر السلطة الأبوية عند الفقهاء في هذا النوع من المعاملات في الصور

الآتية:

أ- بالنسبة لبيع العقارات و المنقولات:

الحالة الأولى: سلطة الأب في بيع العقارات والمنقولات للغير

بالنسبة لبيع العقار: يرى الحنفية أن للأب سلطة البيع والشراء نيابة عن المولى عليه فإذا باع عقاره بمثل القيمة أو بغير يسير، فإننا نكون أمام ثلاثة أوجه؛ الوجه الأول والثاني في حال كون الأب محموداً عند الناس أو مستور الحال فحينئذ يجوز البيع له، ولا خيار للقاصر والمحجور عليه بعد الرشد أو رفع الحجر عنه، مادام الأب لم يعرف بالتبذير أو إفساد الأموال وهو الأمر الذي يترتب عنه عقد صحيح نافذ، وأما الوجه الثالث وهو في حال وقوع البيع والشراء من أب فاسد معروف بتبذير المال، ففي هذه الحالة لا يجوز البيع إلا للضرورة، أو في حال كون البيع فيه منفعة للصغير بأن يكون بضعف القيمة.²

ويرى المالكية أن للأب بيع العقار لأن أفعاله محمولة على السداد والنظر والمصلحة، ولا اعتراض للابن بعد رشده على بيع أبيه لماله.³

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية، الكويتية، مرجع سابق، ج45، ص162.

² محمد بن محمود الأسروشي الحنفي، جامع أحكام الصغار، تحقيق أبو مصعب البديري، ج1، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، دط، د س ن، ص268.

³ القرافي، مرجع سابق، ج8، ص240.

بينما يرى الشافعية أن الأب لا يجوز له بيع العقار إلا في حالتين: الأولى وتكون عند حصول ضرر على الصغير كحاجته للنفقة، والثانية عند تحقق غبطة ظاهرة كبيعه أكثر من ثمنه في السوق.¹

وسار الحنابلة على منوال الشافعية فنصوا على منع البيع إلا للضرورة؛ كتوفير النفقة للولد، أو تحقيق نفع له، أو خوف ضياع العقار.²

بالنسبة لبيع المنقول: اتفق الفقهاء على بيع الأب للمال المنقول الخاص بولده، ذلك أنه من حيث الأهمية أقل قيمة من العقار، لكنهم اختلفوا في ذكر أسباب البيع هل تشترط أم لا؟.

بالنسبة لجمهور الفقهاء لم يشترطوا وجود مسوغ للبيع، لأن الأب هو من أحرص الناس على مصالح الصغير وبالتالي فتصرفاته محمولة دوماً على السداد.³

أما الشافعية فاشتروا الغبطة في بيع المنقول مثل العقار، والمقصود بالغبطة اشتراط وجود المصلحة والمنفعة، لكنهم لم يشترطوا الحاجة الشديدة، أو وجود ربح كبير عند بيعه.⁴

ومما سبق بيانه نخلص إلى ان تصرف الأب في مال ولده القاصر ببيعه للغير سواء كان عقاراً أم منقولاً مرتبطاً أساساً بالمصلحة، وهي داخلة في حكم الإصلاح لمال اليتيم وقربانه بالتالي هي أحسن.

الحالة الثانية: سلطة الأب في بيع وشراء مال صغيره لنفسه

لا يتأتى لعاقده واحد أن يقوم مقام البائع والمشتري في آن واحد، ولا يصح ذلك منه بمفرده، إلا أنه واستثناء من هذا الأصل فإنه يجوز للأب ذلك مع ابنه المولّى عليه، وقد

¹ شهاب الرملي، مرجع سابق، ج4، ص376.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج4، ص181.

³ سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د ط، 2001، ص230.

⁴ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص377.

اختلف الفقهاء في مسألة قيام الأب ببيع مال ولده القاصر لنفسه، وكذا شراؤه ماله لنفسه على قولين.

القول الأول: الجواز وهو قول الجمهور من أصحاب المذاهب الأربعة.¹

القول الثاني: المنع وهو قول زُفر من الحنفية، ومستنده في ذلك أن العاقد لا يتعلق به حكمان متضادان فلا يكون الأب طالبا ومطالباً، مُسْلِماً ومُستلماً في عقد واحد.²

إلا أن الراجح هو قول الجمهور لأن التهمة منتفية عن الأب، ومن طبيعته وفور شفقتة على ولده، وتنازله عن حظ نفسه لصالحه، فيكون الأب أصيلاً في حق نفسه، نائباً عن ولده وتقوم عبارته مقام العبارتين.³

ب - بالنسبة للإجارة

اتفق أئمة الفقه الإسلامي على جواز إجارة الأب ولده، أي: جعله أجييراً عند الغير، وكذا إجارة ماله من عقار أو منقول، وسواء استأجره الأب لنفسه أو لغيره، لأن من ملك التجارة ملك توابعها، ويبقى هذا التصرف منوطاً بمصلحة القاصر دائماً.⁴

¹ ابن عابدين، مرجع سابق، ج10، ص108. ابن جزري بن محمد الكلبي، مرجع سابق، ص337. الرملي، مرجع سابق، ج4، ص378، منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع**، مرجع سابق، ج3، ص448.

² الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص447.

³ عبد الحق حميش، **أحكام الأب في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، 1988، ص117.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص522، أحمد الدردير، مرجع سابق، ج6، ص2817. النووي، **روضة الطالبين**، مرجع سابق، ج5، ص250. ابن قدامة، مرجع سابق، ج5، ص348.

ج - بالنسبة لاستثمار الأموال:

بخصوص موقف الإسلامي من استثمار أموال القصر في أي نوع من أنواع هذه الشركات فليس هناك خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة على جواز اتجار الأب بمال ولده مضاربة لأنها نوع من التجارة المشروعة.¹

قال القرطبي: "تواترت الآثار في دفع مال اليتيم مضاربة والتجارة فيه، وفي جواز خلط ماله بماله؛ دلالة على جواز التصرف في ماله بالبيع والشراء إذا وافق الصلاح"² وعلى هذا فالاستثمار في أموال القصر والمحجور عليهم والمؤدي إلى نماء الأموال يضبطه أمران:

الضابط الأول: تحقق المصلحة في هذا الاستثمار لقوله تعالى ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ﴾³ ، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾⁴.

الضابط الثاني: الغالب في استثمار أموال اليتامي أن تكون موضوعة في الشركات التجارية المشروعة، ومن ضمنها شركة المضاربة، والدليل على مشروعيتها قوله صلى الله عليه وسلم "اتَّجِرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَىٰ لَا تَأْكُلْهَا الزُّكَاةُ"⁵

ويبقى هذا النوع من الاستثمار مقيدا بقيود وهي:

– أن تكون مجالته آمنة، وأن يوضع في أيد أمينة صونا للمال وتجنباً للتغريب.⁶

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص523. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار، عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2005، ج5، ص316، بن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج6، ص537. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج5، ص124. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص449..

² عبد الله ابن أبي بكر القرطبي، مرجع سابق، ج2، ص48.

³ سورة البقرة، آية 220.

⁴ سورة الأنعام، الآية 152.

⁵ سبق تخريجه ص 188.

⁶ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 3، ص449.

- للأب أن يضارب بنفسه، ولا أجره له، أو يدفعه إلى الغير.
- للأب أن يدفعه إلى الغير بجزء معلوم من الربح.¹
- للأب إضاع مال ولده أي دفعه لمن يعمل فيه (بضاعة) مجاناً، والربح كله لليتيم، أو تخصص له أجره معلومة.²

2- أحكام السلطة الأبوية في عقود التبرعات:

أ- أحكام السلطة الأبوية في إعارة مال ونفس الصغير:

العارية تمليك منافع بالمجان بدون عوض وهي من عقود التبرع³، ولا نفع فيها للصغير بل فيها تعريض ماله للتلف، ولذا حكم عليها جمهور الفقهاء بعدم الصحة⁴، واختلفت آراء الحنفية في ذلك، فرأي يقول بقول الجمهور وهو عدم الجواز لأن الإعارة تمليك منفعة بغير عوض وهي ترتب ضرراً على مال الصغير، ورأي يقول بالجواز لأن الأب يملك إعارة مال الصبي، ولا عوض عنها، وهي من توابع التجارة.⁵

وممن أخذ بهذا القول بعض الفقهاء المتأخرين كالإمام أبي زهرة و مصطفى شلبي، وقالوا بأن العرف مادام قد جرى بها فلا مانع منها، وهي تدخل ضمن صلاحيات النائب الشرعي، فله أن يعير ويستعير، وهذا التصرف داخل في باب تبادل الخدمات، لكن إذا ترتب عن العارية تعطيل تأجيرها مثلاً فلا تصح.⁶

¹ أحمد الدردير، مرجع سابق، ج 8، ص 558، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج 3، ص 449. الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 3، ص 449.

² محمد عيش، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984، ط 1، ج 9، ص 588، ابو ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4، ص 181.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 4، ص 725.

⁴ محمد عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص 145.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 522.

⁶ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 470. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 811

ب- أحكام السلطة الأبوية في القرض و الاقتراض:

أجمع المسلمون على جواز القرض واستحبابه لأنه من باب التعاون على البر¹، وجرى الخلاف بين أصحاب المذاهب في مسألة سلطة الأب في الاقتراض من مال ابنه لنفسه ومسألة سلطة الأب في إقراض مال ولده للغير.

الحالة الأولى: سلطة الأب في الاقتراض من مال ابنه لنفسه

انقسم الفقهاء في المسألة إلى رأيين مانع، ومجيز:

الرأي الأول: القائلون بالمنع وهم الحنفية والشافعية².

الرأي الثاني: القائلون بالجواز وهم المالكية والحنابلة.

فمن خلال نصوص فقهاء المالكية وقولهم بمطلق التصرف في مال الولد بشرط المصلحة، فإن هذا النوع من التعامل المتمثل في الاقتراض جائز لأن تصرفات الآباء تجاه أبنائهم محمولة دائماً على السداد والنظر في مصلحة الولد حتى يثبت خلاف ذلك، فإن ثبت خلاف لذلك منع حينئذ³، بخلاف الوصي فسلطته مقيدة وليس كالأب، فيمنع من الإقراض والاقتراض⁴.

وسار الحنابلة في هذا الاتجاه أيضاً وأجازوا الاقتراض للأب دون الوصي، لأنه بعيد عن التهمة⁵.

- الحالة الثانية: سلطة الأب في إقراض مال ولده للغير

للفقهاء فيها رأيان في مسألة سلطة الأب في إقراض مال ولده للغير، فطائفة أجازت هذه المعاملة وطائفة منعتها.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص509.

² محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 471. الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 3، ص31.

³ الصادق الغرياني، مرجع سابق، ج4، ص456.

⁴ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج6، ص537.

⁵ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص450.

الرأي الأول: الجواز للحاجة، وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة حيث قالوا: لا يقرض الأب مال ولده إلا لحاجة، كخوف من تعرضه للنهب، أو السطو عليه أو من حريق، أو الخشية من تركه في البيت عند إرادته لسفر، فيجوز ذلك كله بشرط أن يُقرضه للأمين الغني.¹

الرأي الثاني: عدم الجواز وهو قول الحنفية، لأن القرض تبرع، والأب لا يملكه.²

الرأي الراجح: الراجح هو قول الجمهور، ويبقى الأصل هو عدم جواز الإقراض والاقتراض من مال القاصر، لكن إذا لم تكن هناك طريقة تحافظ على ماله من الضياع أو الهلاك إلا هذه الطريقة جاز هذا النوع من التصرف لأنه يندرج تحت استثناء الآية القرآنية التي تنص على عدم قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن وهذا التصرف فيه تحقيق للمصلحة، فهو تصرف بالتي هي أحسن³، لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾⁴، قياساً على جواز بيع مال الولد مطلقاً للأب ولو لم يذكر سببه وحيث كان الأب محمُولاً في بيعه على السداد فقد كره الإمام مالك أن يشتري الأب من مال اليتيم لنفسه، وإن فعل فإنه يكون تحت نظر القاضي فإن رأى فيه مصلحة للقاصر أمضاه، وإلا منعه من ذلك.⁵

¹ أبو إسحاق الشيرازي، مرجع سابق، ج3، ص276، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص450. ابن قدامة، مرجع سابق، ج4، ص185، الخطاب الرعيني، مرجع سابق، ج6، ص652.

² الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص521.

³ باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010، ص56.

⁴ سورة الأنعام، الآية 152.

⁵ الخطاب الرعيني، مرجع سابق، ج6، ص652.

ت- أحكام السلطة الأبوية في الهبة:

الهبة هي " عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً ¹، وهي على نوعين نوع اتفق الفقهاء على مشروعيته، ونوع اختلفوا فيه.

النوع الأول: الهبة بغير عوض

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للأب أن يهب مال ولده الصغير أو جزءاً منه للصغير، لأن في هذا التصرف انتقار لذمة الصغير، وكما هو معلوم فإن من شروط الهبة أن يكون الواهب أهلاً للتبرع، والمحجور عليه ليس أهلاً للتبرع، إلا إذا وجد عوض لها، ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ ²، كما أن الهبة تتنافى مع مقصد المحافظة على مصالح اليتيم وتحقيق المنافع له، لما يترتب عنها من إنقاص في ملكية المولى عنه أو إزالتها بالكلية، وهو ضرر محض له لا يقابله نفع دنيوي. ³

- النوع الثاني: الهبة بعوض

إذا كان الأب يعطي الهبة من مال ولده وينتظر من الموهوب له مقابلاً وعوضاً ومكافأة، فهذه هبة الثواب ⁴، وقد اختلف فيها الفقهاء إلى قولين:

- القول الأول: أنها جائزة، لأنها بمعنى البيع وهي معاوضة مال بمال، فأشبهت البيع الذي يملكه الأب، بالإضافة إلى ما يترتب عنها من تنمية لمال الصغير.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص677.

² سورة الأنعام، الآية 152.

³ الكاساني، مرجع سابق، ج8، ص109. شهاب الدين القرافي، مرجع سابق، ج6، ص292. شهاب الدين بن سلامة القليوبي، شهاب الدين البرلسي، حاشيتي قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، مصر، ط3، 1956، منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص112.

⁴ ابن جزري بن محمد الكلبي، مرجع سابق، ص358.

وهذا قول المالكية والحنابلة ومحمد من الحنفية.¹

- **القول الثاني:** أنها غير جائزة، لأن الهبة عقد تبرع لا عقد معاوضة، إذ كيف تحمل في البداية معنى الهبة، ثم تحمل بعد ذلك انتهاء معنى المعاوضة، والأب لا يملك الهبة فكيف تتعدّد إذن، ولذلك لم يجرها أبو حنيفة وأبو يوسف.²

- **القول الرابع:** هو ما ذهب إليه القائلون بجواز هبة الثواب مع التقيد بشرط مهم ذكره الحنابلة وهو أن يكون العوض مثل قيمة الموهوب أو أكثر وإلا بطلت، لأن الإنقاص من عوضها من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالصغير.

3- أحكام السلطة الأبوية في الرهن والشفعة

أ. أحكام السلطة الأبوية في الرهن

اتفق الفقهاء على جواز رهن مال اليتيم لأمر يتعلق بحاجته أو مصلحته إذ الولي يملك التجارة بمال اليتيم فيملك توابعها من باب أولى، وهو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بشرط الضرورة.³

لكنهم اختلفوا في رهن الولي لمال القاصر ومن في حكمه لغير حاجته أو مصلحته سواء كان هذا الرهن لصالح الولي أو لصالح الغير، وظهر في هذه المسألة قولان اثنان:

القول الأول: ويرى أن رهن مال اليتيم لغير مصلحته لا يجوز، وهو مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، فإذا رهن المال وقع الرهن باطلا.⁴

¹ محمد عليش، مرجع سابق، ج8، ص214. منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع**، مرجع سابق، ج4، ص300، الكاساني، مرجع سابق، ج8، ص110.

² الكاساني، مرجع سابق، ج8، ص110.

³ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج4، ص375. الكاساني، مرجع سابق، ج8، ص155، النووي، **روضة الطالبين**،

مرجع سابق، ج4، ص62، منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع**، مرجع سابق، ج3، ص322

⁴ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص82.

وحجتهم أن التصرف في مال اليتيم منوط بمصلحته، فإذا كان فيه مصلحة لغيره فهو اعتداء على حقه يتناقض مع قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾¹، فهو قربان لمال اليتيم بالتي هي أسوأ.²

القول الثاني: ويرى جواز رهن مال اليتيم لمصلحة الولي على سبيل الاستحسان، وذهب إلى هذا الرأي فقهاء الحنفية.³

وحجتهم في ذلك قياس الرهن على الإيداع، فكل منهما حبس لمال اليتيم، فإذا جاز الإيداع جاز الرهن؛ إلا أن هذا القول اعترض عليه بأنه قياس مع الفارق، والفرق بين الوديعة والرهن أن الوديعة عقد جائز يمكن فسخه في أي وقت، بينما الرهن هو عقد لازم من قبل المرتهن، ولا يمكن فسخه إلا برضاه.⁴

- **القول الرابع:** الراجح قول الجمهور الذين لم يجيزوا رهن مال اليتيم لأمر خارج عن مصلحته، وسواء كان لصالح الولي أو الغير، لأن في عدم الجواز الاحتياط لمال اليتيم والنظر في مصالحه الشخصية.

ب- أحكام السلطة الأبوية في الشفعة

الشفعة عند الجمهور غير الحنفية هي حق بموجبه يستحق الشريك القديم تملك العقار المعروض للبيع جبرا، فيضمه إلى نصيبه، بحيث لا يسمح لمشتري آخر أن يتقدم قبله لأن له حق الأولوية في الشراء، وتكون الشفعة فقط في العقارات دون المنقولات بخلاف الظاهرية الذين أجازوها في المنقولات كالحيوان مثلا، وتكون الشفعة للشريك في العقار الذي

¹ سورة الأنعام، آية 152.

² مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010/2009، ص160.

³ ابن عابدين، مرجع سابق، ج10، ص108.

⁴ عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج6، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، ط1، 1315هـ، ص72.

يبيع حصته لغيره ولا تكون للجار ولا للأجنبي؛ وقد شرعت الشفعة لدفع ضرر الدخيل الأجنبي.¹

ولقد اتفق الفقهاء الحنفية²، والمالكية³، والشافعية⁴، والحنابلة⁵، على أن الأب هو من يأخذ الشفعة لولده، وكل ذلك موقوف على النظر في مصلحة الصبي ودفع الضرر عنه، والشفعة بمنزلة الشراء من المشتري والأب يملك الشراء⁶، كما أنها عبارة عن خيار وضع لإزالة الضرر عن مال الصبي، فكان لزاماً على الأب الأخذ بها.⁷

وإذا كان الأب هو المختص بطلب الشفعة لابنه فهل له التخلي عنها وتركها؟ والجواب على ذلك أن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة إلى قولين:

القول الأول: يجيز للأب ترك الشفعة وإبطالها متى اقتضت المصلحة ذلك، ومادامت لا تحقق نفعاً للصغير فلأب حق الامتناع عن الشراء، لأنه الأعم بمصلحة صغيره، وهو قول أبي حنيفة⁸ والمالكية⁹ والشافعية¹⁰ ووجه عند الحنابلة¹¹.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 5، ص 657. منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع**، مرجع سابق، ج 3، ص 447.

² برهان الدين ابن مازة الحنفي، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ط 1، ص 208.

³ أحمد الدردير، مرجع سابق، ج 6، ص 2703.

⁴ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 3، ص 153.

⁵ منصور بن يونس البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، تحقيق عبد الله التركي، ج 4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، ص 207، 2000.

⁶ الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 132.

⁷ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 5، ص 233.

⁸ الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 132.

⁹ القرافي، مرجع سابق، ج 7، ص 271.

¹⁰ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 3، ص 153.

¹¹ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 5، ص 252.

القول الثاني: لا يجوز للأب إبطال حق الشفعة للصغير لأن فيها تضييعاً لحقوقه، كما لا يجوز له العفو عنها أو إسقاطها، لأن في الأخذ بها زيادة في ذمة الصبي المالية، وهو قول محمد بن الحسن وزفر من الحنفية، والوجه الآخر لدى الحنابلة.¹

القول الراجح: هو قول الجمهور لأنه قد يكون في ترك الأب في الأخذ بالشفعة مصلحة للصغير، فإذا ألزماه بالأخذ بها قد نعرض مال الولد للضياع، والأب من أحرص الناس على عدم التفريط في مصالحه، وأشدّهم في دفع المضار عنه، وهو من يملك السلطة التقديرية في ذلك.

ثالثاً: السلطة الأبوية في مواجهة تصرفات ناقصي الأهلية:

كما سبق وأن أشرنا إلى أن التصرفات التي تقوم بها فئة فاقد الأهلية التي تشمل الصبي غير المميز، والمجنون، والمعتوه لدى البعض يعترئها البطلان، وعلى هذا الأساس فهي غير معتبرة شرعاً، ولو أجازها الولي، بل ولو تضمنت نفعاً محضاً للمولى عليه.

وهذا بخلاف تصرفات فئة ناقصي الأهلية والتي تضم الصبي المميز والسفيه وذا الغفلة والمعتوه لدى البعض، فتكون صحيحة نافذة مادامت تحقق نفعاً محضاً، ولا تُعرض على الولي من أجل إبداء موقفه منها بالإجازة أو الرد؛ مثل قبول الهبة والوقف والوصية والصدقة، وأما إذا نتج عنها ضرر محض كأن يترتب عنها خروج شيء من ملكه من غير مقابل كعقود التبرعات مثلاً، فهذه لا تصح وحكمها البطلان، ولا تحتاج إلى عرضها على الولي أصلاً لأجل إبداء موقفه منها.²

وأما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة وسائر عقود المعاوضات فهذه اختلف فيها الفقهاء إلى رأيين؛ بين من يرى صحة صدورها منه فتكون صحيحة موقوفة النفاذ حتى يعلن الولي موقفه منها بالإجازة أو بالرد، ومن يرى عدم صحتها.

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص133، ابن قدامة، مرجع سابق، ج5، ص252.

² وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج7، ص159.

القول الأول: للجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة حيث يرون صحة صدور هذه التصرفات منه لكنها تبقى موقوفة على إجازة الولي.¹

القول الثاني: للشافعية إذ يرون عدم صحة صدور هذه التصرفات من الصبي المميز، وإن وقعت فحكمها البطلان ولا ترتب أي أثر²، بخلاف السفية فإن كان قد أذن له الولي فتصرفه جائز.³

القول الراجح: مادام أن صاحب الولاية وهو الأب قد أجاز هذا النوع من التصرف للمميز والسفيه فإنه يصير صحيحا نافذا في حق الغير، لأن الأب وهو صاحب السلطة المتصف بحسن التدبير والتقدير لا يجيز إلا ما يراه صالحا للمولى عليه، ولذا كان رأي الجمهور هو الراجح.

وأما موقف القانون الجزائري من كل هذه المعاملات المالية فهو ما سنسلط الضوء عليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية على المال في القانون الجزائري

الأب بصفته وليا فإنه يملك حق التصرف في أموال القاصر، وإدارتها وتسييرها، والحرص على تميمتها بما يعود بمنفعتها على القاصر، ولم يتعرض المشرع الجزائري لتحديد التصرفات المطلقة، وفي المقابل نص على ذكر التصرفات المقيدة، فقد عرفت فقها بأنها "التصرفات التي ظاهرها السداد ولا تلحق ضررا بأصل أموال القاصر أو المحجور عليه".⁴

¹ سعد الدين بن عمر التفتازاني الشافعي، مرجع سابق، ص346، أحمد الدردير، مرجع سابق، ج5، ص2398. منصور

بن بونس منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع**، مرجع سابق، ج3، ص457.

² النووي، **روضة الطالبين**، مرجع سابق، ج3، ص343.

³ المرجع نفسه، ج4، ص242

⁴ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص236.

أولاً: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية المطلقة في القانون الجزائري

من بين هذه التصرفات التي لا تحتاج إلى إذن من القاضي أعمال الحفظ والصيانة، وأعمال الإدارة والانتفاع، وأعمال إجازة التصرفات التي يقوم بها القاصر.

1- أعمال الحفظ والصيانة

تتضمن هذه الأعمال كل ما هو ضروري لحماية أموال القصر والمحجور عليهم، واتخاذ كل السبل من أجل المحافظة عليها وتنميتها وعدم الانتقاص منها، وقد تكون في بعض الأحيان من قبيل التصرفات الواجبة الملقاة على عاتق الآباء، فيعد إهمالها وتركها إتلافاً للمال، وهو ما يتنافى مع المصالح التي وضعت لأجلها السلطة الأبوية المالية، ومن هذه التصرفات، دفع كل النفقات المترتبة على حفظ الأموال، من تسديد للضرائب، والرسوم، ودفع لفواتير الاشتراكات التأمينية التي تغطي مخاطر ضياع الأموال، والقيام بالتصليحات أو الترميمات الضرورية التي تتطلبها البنايات القديمة، أو السيارات المعطلة.¹

وقد نصت المادة 718 من القانون المدني على أنه: "لكل شريك في الشروع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان بغير موافقة باقي الشركاء".²

فاستتباطاً من هذه المادة فإن الأب وهو صاحب السلطة المالية ينوب عن الشريك القاصر أو المحجور عليه في القيام بأعمال الصيانة وحفظ المال الشائع، وهو ما أكدته المادة 719 من القانون المدني بقولها: "يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع وحفظه، والضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشروع أو المقررة على المال".

كما يقع على عاتق الأب وجوب القيام بإجراءات قيد الرهون الرسمية، وشهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري وذلك من أجل نقل الملكية لصالح الولد بشكل قانوني، والحيلولة دون حدوث عراقيل.³

¹ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 237.

² المادة 718، 119 من لأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

³ سورية غربي، مرجع سابق، ص 219.

2- أعمال الإدارة

أعمال الإدارة يقصد بها تلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، والقائمة على استغلال الأملاك ومنافعها دون المساس بأصلها، وهي تتناول المطالبة بالحقوق ورفع الدعاوى من أجلها، وتتضمن كذلك إمكانية انتقال الملكية في بعض التصرفات إذا كان فيها مصلحة للقاصر والمحجور عليه، ومثل ذلك بيع المنقولات العادية من بضائع، وسلع، وثمار وغيرها، وكذا المطالبة بالديون وتسلمها من جهة، والقيام بتسديدها إن كانت مترتبة على القاصر من جهة ثانية، والسماح بإيجار العقارات لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وتمثيل المولى عليه في جميع المعاملات المدنية كتلك المتعلقة بتسيير الشركة أو قبض الحصص التي آلت إلى القاصر عن طريق الميراث، وفي إجراءات التنفيذ الجبري.¹

3- أعمال الانتفاع

وتتمثل أعمال الانتفاع في عقود الاغتناء والتي تعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضا للقاصر، فلأب قبول التبرعات من هبات ووصايا وغلّات الأوقاف غير المقترنة بالتزام أو شرط لصالح المولى عليه، أما إذا كانت محملة بالتزامات أو أعباء معينة معينة تضر بمركز القاصر فيتعين هنا أخذ إذن من القاضي.²

4- إجازة تصرفات القاصر المميز

يقصد بالإجازة هنا كل تصرف قانوني من جانب واحد يترتب إسقاطا لحق من طرف من خوّل القانون ذلك، فيتنازل بمقتضاه الولي المسئول عن القاصر المميز عن عدم إبطال العقد القابل للإبطال، فيصير مجازا مشروعاً، منتجا لآثاره، بعد أن كان مهدداً بالزوال.³

¹ دليلة سلامي، حق الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بين عكنون، الجزائر، 2008/2007، ص106.

² كمال حمدي، مرجع سابق، ص52.

³ سورية غربي، مرجع سابق، ص229.

وعليه فنطاق تدخّل السلطة الأبوية عن طريق الإجازة يكون محصورا فقط في تصرفات ناقصي الأهلية المترددة بن النفع والضرر مثل عقود المعاوضات كالبيع والإيجار.¹

ثانيا: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية المقيدة في القانون الجزائري

الأصل أن سلطات الأب على أموال أولاده مطلقة، لكن إطلاق يد الأب قد يقيّد في بعض التصرفات التي تحتاج إلى إذن مسبق من القاضي في شكل أمر ولائي مع إتباع إجراءات خاصة، تهدف أساسا إلى مراعاة مصلحة الصغير وتحقيق الحماية المرجوة له، وفي حال انعدام هذا الترخيص فإن هذا التصرف لا يكون نافذا في حق الولد، نظرا لتجاوزه حدود سلطات النيابة القانونية.²

وأما بخصوص الهيئة المانحة لهذا الترخيص فهي ممثلة في شخص رئيس قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا والمتواجدة بمكان ممارسة الولاية.³

وقد نصت المادة 88 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية على هذه التصرفات صراحة، وحصرتها في خمس تصرفات، وقد نصت المادة 1/683 من القانون المدني على أن: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلفة فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" فيستشف من هذه المادة أن مصطلح العقار يشير دائما إلى الشيء الثابت غير المتحول والذي لا يمكن نقله، وأما المقصود بمصطلح المنقول فيعني ذلك الشيء الذي يمكننا تحويله ونقله من مكان لآخر.⁴

و كل العقارات والمنقولات التي يحوزها الابن في ذمته المالية والتي تكتسي أهمية خاصة، لا يمكن للأب التصرف فيها إلا بعد أخذ إذن من القاضي على النحو الآتي:

¹ انظر تفصيل ذلك في مبحث الذمة المالية من الفصل الثاني.

² كمال حمدي، مرجع سابق، ص 47.

³ لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرعا، مرجع سابق، ص 94.

⁴ صورية غربي، مرجع سابق، ص 235.

1- التصرف في العقار عن طريق بيعه أو قسمته أو رهنه أو إجراء المصالحة عليه:

يُمر ببيع العقار بمرحلتين، الأولى وهي تقديم طلب من طرف الأب يتضمن استصدار ترخيص من القاضي المختص بذلك مشفوعاً بإثبات حالة الضرورة لبيع العقار وبيان المصلحة المرجوة من ذلك، ومن صلاحيات القاضي قبول هذا الطلب أو رفضه، وللأب أن يباشر إجراءات الطعن باستئناف الأمر بالرفض أمام المجلس القضائي خلال 15 يوماً من تاريخ رفض القاضي¹، أما المرحلة الثانية فتبدأ بقبول الطلب ومنح الإذن بالبيع من طرف القاضي الذي يتابع بنفسه عملية البيع والتي تتم وفق إجراءات البيع بالمزاد العلني.²

وقد وضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية كل التفاصيل المتعلقة ببيع عقار القاصر، حيث يقوم الأب بالتقدم إلى المحضر القضائي، ويحرر قائمة بشروط بيع العقار، ثم تودع على مستوى أمانة ضبط المحكمة المختصة إقليمياً، وتتضمن القائمة ترخيص القاضي بالبيع، وتعيين العقار تعييناً دقيقاً، وذلك بذكر موقعه وحدوده ومساحته ومكوناته، وهل هو مشاع أو مفرز، وزيادة على ذلك تذكر شروط البيع والتمن الأساسي الذي يبدأ به البيع بالمزاد والقيمة التقريبية له في السوق³، مع إرفاق مجموعة من الوثائق منها مستخرج الضريبة العقارية، ومستخرج من عقد الملكية والشهادة العقارية⁴، ويتم هذا البيع في جلسة خاصة على مستوى المحكمة بإشراف قاضي شؤون الأسرة، ويصدر هذا الأخير حكماً برسو المزداد على من تقدم بأحسن عرض وكان آخر مزايد.⁵

هذا عن بيع عقار القاصر أما عن قسمته فتأخذ نفس حكم البيع، من حيث وجوب الحصول على إذن قضائي على غرار قانون الولاية المصري الذي اشترط الإذن

¹ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 238.

² المادتان 784، 783، من القانون 08-09، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21، 2008.

³ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 239.

⁴ المادة 785 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁵ سورية غربي، مرجع سابق، ص 240.

القضائي في القسمة سواء كانت رضائية أو قضائية¹، أما بخصوص عملية القسمة في مسائل الميراث والتي يكون القاصر ومن في حكمه من المحجور عليهم فيها وارثا، وسواء ماتعلق منها بعقارات أو منقولات، فإنها لا تتم إلا عن طريق القضاء وجوبا حماية للقاصر، وضمانا لنصيبه في الميراث، ويطلق على هذا النوع من القسمة "القسمة القضائية" لأنها تنشأ بموجب حكم قضائي من محكمة شؤون الأسرة بعد إعداد الفريضة.²

وتوضح المادة 181 من قانون الأسرة أنه في حال وجود قاصر بين الورثة فيجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء، وبناء على ذلك فإنه وإن حدث وأن قسمت التركة خارج إطار المحكمة فإن مصيرها هو النقص والبطلان، لأنها لم تقع تحت إشراف العدالة ولم تحترم نص المادة 181 من قانون الأسرة، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها فقد جاء في حيثيات القرار: "وحيث أن القسمة المنوه عنها لم تقع تحت إشراف العدالة، ودفاع النيابة العامة فإن المادة 181 من قانون الأسرة لم تحترم أحكامها... وبالتالي يتعين نقض القرار المطعون فيه".³

ومن هنا يظهر الفرق واضحا بين القسمة العادية للمال المشاع، والقسمة الخاصة بالتركة والتي يكون فيها المال عقارا أو منقولا، ففي الأولى يكفي حصول الإذن، وفي الثانية يشترط فيها شرطان حصول الإذن القضائي، وتولي القضاء هذه القسمة.⁴

و أما بخصوص رهن العقار فلم يحدده القانون الجزائري ولم يفصل فيه، وهل هو واقع بسبب دين على القاصر أم على وليه.

¹ احمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص102، والقسمة الرضائية تكون باتفاق الشركاء عليها، وأما القضائية فلا تنشأ إلا عند الاختلاف بين الشركاء، أو كان في الشركاء من هو ناقص الأهلية لم تأذن له المحكمة بها، أو أذنت له لكنها لم تقره على هذه القسمة. نفس المرجع نفس الصفحة.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرعا، مرجع سابق، ص148.

³ المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم: 84551، المؤرخ في: 1992/12/22، المجلة القضائية، العدد1، 1995، ص117.

⁴ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 240.

والملاحظ على المادة 88 من قانون الأسرة أنها جاءت عامة ومجردة فلم توضح ما إذا كان رهن العقار هو بسبب دين على الأب أم على الابن، وإنما اشترطت إذن القاضي في جميع الأحوال.¹

لكن المادة 06 من قانون الولاية على المال المصري كانت أكثر وضوحاً حيث منعت الولي من إجراء عقد رهن عقار القاصر في دين على نفسه مطلقاً، وسواء وجد إذن من المحكمة أم لم يوجد، وذلك بسبب خطورة الرهن على مال القاصر، إذ في إباحته فتح الطريق أمام الولي للالتجاء إليه كلما ألمت به ضائقة مالية، أما إذا كان رهن العقار بسبب وجود دين على المولى القاصر ومن في حكمه فيجوز.²

وعليه فلا يمكن رهن عقار القاصر إلا عن طريق إذن من القاضي الذي عليه هو الآخر أن يراعي حالة الضرورة والمصلحة التي نصت عليها المادة 89 من قانون الأسرة، ويبقى هنا الإشارة إلى أن الرهن إذا كان في مصلحة القاصر بحيث يكون هو الدائن المرتهن فلا مجال لأخذ إذن قضائي، كما أن هذه الحالة تخرج عن نطاق المادة 88 من قانون الأسرة.³

و هذا الغموض الذي اكتنف هذه المادة، سرعان ما يتلاشى في كتب الفقهاء الذين وضحو كل الصور، وفصلوا في أحكام ومسائل رهن الولي لمال القاصر سواء كان ذلك لفائدته، أو لدين عليه، أو لدين على الولي.

وأما بالنسبة للمصالحة فقد اقتصر في القانون الجزائري على العقارات ولم تشمل الصلح في المنقولات⁴، وتتم عملية الصلح عن طريق إبرام عقد طبقاً للمادة 459 من القانون المدني، والتي عرفته بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"⁵، وقد يترتب على هذا العقد

¹ سورية غربي، مرجع سابق، ص 244.

² كمال حمدي، مرجع سابق، ص 52.

³ سورية غربي، مرجع سابق، ص 244.

⁴ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 240.

⁵ المادة 459 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المنضم القانون المدني الجزائري .

إسقاط حق ثابت للقاصر ونقص في ذمته المالية، وذلك بتنازله عنه لشخص آخر عن طريق وليه، وفي هذه الحال فإن القاضي ملزم برفض إجراء هذا الصلح، أما إذا أدت هذه المصالحة إلى حصول منفعة للقاصر ومن في حكمه فإن القاضي يأذن بإجرائها.¹

2- التصرف في المنقولات ذات الأهمية الخاصة:

أضحت المنقولات من حيث قيمتها المالية تضاهي العقارات، بسبب ما أفرزه الواقع من تطور تكنولوجي هائل، شمل جميع مناحي الحياة، فعلى صعيد المنقول لم يعد هذا المصطلح مقصوراً على الدواب والمتاع فقط، فقد أظهرت لنا الاكتشافات الحديثة هذه السيارات الفخمة والطائرات النفاثة، بالإضافة إلى تلك المنقولات المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية، وكذا المحلات التجارية والأوراق المالية التي لم تكن موجودة في السابق، وكلها منقولات تفوق قيمتها قيمة العقارات.²

وبرجوعنا إلى قانون الولاية على المال المصري نجده أنه صرح في المادة 7 منه على تحديد سقف للقيمة المالية للمنقول الذي يتطلب إذنًا من المحكمة وهو أن تتجاوز قيمته 300 جنيه، فإذا كان أقل من هذه القيمة فيجوز للأب التصرف فيه ولا يحتاج إلى إذن.³ ومن شأن تحديد هذا الضابط أن يمكننا من جعل حد فاصل بين المنقول الذي له أهمية خاصة والمنقول الذي ليس له أهمية خاصة، ليساعدنا في التمييز بينهما، بيد أن المشرع الجزائري لم يتعرض لتحديد ضابط قيمة المنقول الذي يسمح بأخذ إذن قضائي، كما أنه لم ينص على ما إذا كانت الإجراءات التي تنطبق على العقار كالبيع بالمزاد العلني هي نفسها التي تسري على المنقول، وإن كانت النسخة الفرنسية لنص المادة 89 من قانون الأسرة تشير إلى أن الإجراءات التي تنطبق على المنقول هي نفسها التي تنطبق على العقار، إلا أن المعمول به هو تقديم النص العربي عند حدوث اختلاف بين النسختين، لذا فالمشرع الجزائري بحاجة إلى تعديل هذه المادة ووضع معيار قيمي يحدد القيمة الدنيا

¹ صورية غربي، مرجع سابق، ص 245.

² المرجع نفسه، ص 246.

³ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 46.

للمنقول ذي الأهمية الخاصة، وكذا النص صراحة على اتباع إجراءات بيعه لتتماشى مع إجراءات بيع العقار.¹

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض

استخدام المشرع للفظ "الاستثمار" في أموال القاصر يوحي بأن المقصود به وضع الولي أموال القاصر والمحجور عليهم في معاملات مالية تقدم في شكل صيغ عقود، كالمضاربة أو القرض السندي، أو يقوم الولي باقتطاع جزء من مال المولى عليه على شكل قرض تعود منافعه له ولصالحه كأن يتاجر به لنفسه، أو لغرض بناء منزل مثلا.

غير أن الإشكال الذي يطرح هنا هو كيف يمكن استثمار مال القاصر عن طريق القرض، وأي ربح مادي يدره ما لم يكن قرضا بفائدة وهو محرم شرعا كالقرض السندي، ومعلوم أن قانون الأسرة مستمد من الشريعة الإسلامية بل هي المصدر الأول له، مع أننا لا ننكر وجود نصوص قانونية أخرى تنص على وجود مثل هذا النوع من التعاملات، ولذلك كان حريا بالمشرع أن يوضح معنى الإقراض هل هو القرض الذي هو بمعنى السلف أم الإقراض الذي يحمل معنى المضاربة²، والأول إذا جر نفعا لم يجز شرعا لأنه ربا³، والثاني نوع من الشركات الجائزة شرعا.⁴

ولذلك شاب هذا النص غموض حينما أدخل عليه لفظ "استثمار"، ولو أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص الحرفي لنص المادة 09 من قانون الولاية على المال المصري لجنبه ذلك عديد التأويلات والتفسيرات، لأنه جاء واضحا بخصوص هذه المسألة، حيث نصت المادة على الآتي: "لا يجوز إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن من المحكمة"، فيفهم من هذه المادة أن الأصل أن إقراض مال القاصر للغير أو اقتراضه من

¹ بشير محمد، مرجع سابق، ص 268.

* وهي نوع من الشركات يدفع من خلالها المالك للعامل مالا ليتاجر فيه ويكون الربح مشتركا بينهما على حسب ما اشترطا من نسبة، أما الخسارة فهي على رب المال وحده ولا يتحملها العامل لأنه يخسر جهده وعمله، وهي جائزة باتفاق أئمة المذاهب. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص628.

³ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص 520.

⁴ المرجع نفسه، ص629.

طرف الولي فيه المنع لما يسببه من ضياع للمال، ومن افتقار لذمة القاصر بسبب المماثلة أو الإفلاس أو الطمع في ماله، وأن الاستثناء هو الجواز بشرط حصول إذن من المحكمة التي تعمل على التحقق من وجود المصلحة في ذلك، وانتفاء الضرر عن مال القاصر.¹

و لذلك ومن أجل الخروج من هذا الإشكال ينبغي على المشرع التخلي عن مصطلح "استثمار" وتعديل هذه الفقرة من المادة 88 ليكون الإذن من القاضي شاملاً للتصرف الآتي: "إقراض مال القاصر أو اقتراضه أو المساهمة في شركة".

4-المساهمة في الشركة:

الأعمال التجارية تحتاج إلى خبرة ودراية وقد تشكل خطراً على أموال القاصر، ولذلك يشترط في الشريك أن يكون أهلاً لإبرام العقود، وأهلية الشركة أهلية التزام، التزام بعقد الشركة والتزام بديونها، والمشرع الجزائري لم يحدد لنا في نص المادة 88 من قانون الأسرة نوع الشركة التي يستطيع الأب المساهمة فيها لصالح القاصر، لغرض استثمار أمواله فيها، وهل هي شركة أشخاص، أم شركة أموال، أم مختلطة، إلا أن الذي يظهر هو أن المشرع حريص على وضع أموال القاصر في المكان الآمن الذي يحقق له المصلحة، وتقدير ذلك للقاضي الذي يدرك تمام الإدراك أن النشاط التجاري بالرغم مما يدره من أرباح، إلا أنه في المقابل لا يخلو من مخاطر تعرّض هذا المال لخسائر فادحة، وخصوصاً في حال الإفلاس، لذلك يعتبر إذن القاضي هنا مهما ليفسح المجال للأب ويسمح له بالقيام بهذا التصرف نيابة عن القاصروالمحجور عليه.²

وتعتبر شركة التضامن من أهم أنواع شركة الأشخاص التي يمنع القاصر من الانضمام إليها لأنه لا يكتسب صفة التاجر لانعدام أهليته وهو عدم بلوغه سن 18، إضافة إلى أنها لا تحقق الحماية المرجوة للقاصر حيث تتميز بالصرامة عند تحمل الشركاء للمسئولية عند تضامنهم في أموالهم الشخصية.³

¹ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 42.

² الهادي معيفي، سلطة الولي على أموال القاصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014، ص 143.

³ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 241.

وعند ما يرث القاصر حصته من الشركة، فإنها تتحول إلى شركة توصية بسيطة مؤقتاً، إلى أن يبلغ القاصر ويصبح شريكاً متضامناً، أما قبل ذلك فيسمى شريكاً موصياً يتحمل المسؤولية بقدر حصة مورثه في الشركة، ولا يكتسب صفة التاجر، ولا يشهر إفلاسه، حماية له¹، وهو مانصت عليه المادة 562 من القانون التجاري، والتي تنص على الآتي: "تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي"².
وأما فيما يتعلق بشركات الأموال فهي بخلاف شركات الأشخاص، إذ يمكن للقاصر بعد أخذ إذن من المحكمة الانضمام إليها، لأنها قائمة على الأساس المادي لا الشخصي، ولا يكتسب فيها الشريك صفة تاجر ولا يشهر إفلاسه بمجرد إفلاس الشركة، ومسئوليته فيها على حسب حدود رأس ماله، ولا تنقضي بوفاة أحد الشركاء، وباستطاعة الشريك ان يحل محل شريك آخر دون انتظار موافقة من الشركاء الآخرين، ومن أشهر أنواع هذه الشركات شركة المساهمة.³

وهناك شركات من نوع ثالث تسمى بالمختلطة تجمع بين الاعتبار الشخصي والمالي وهي نوعان:

أ- الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

يقوم هذا النوع من الشركة على المسؤولية المحدودة للشريك على حسب حصته، ولا يكتسب من خلالها صفة التاجر، ويأذن القاضي للولي بهذا النوع من التصرف إذا كانت الحصة المقدمة نقدية وليست عينية فهذه الأخيرة لا تحقق الحماية لماله.⁴

ب- شركة التوصية بالأسهم: وهي مكونة من شركاء متضامنين وشركاء موصيين، وقد يكون القاصر أحدهم، ولا يشترط في الانضمام إليها إذن القاضي.⁵

¹ سورية غربي، مرجع سابق، ص 250.

² المادة 562 من الأمر 75-59، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج ر 101، 1975.

³ الهادي معيفي، مرجع سابق، ص 145.

⁴ سورية غربي، مرجع سابق، ص 151.

⁵ المرجع نفسه، ص 152.

5- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات

الأصل أن الأب يجوز له إيجار عقار ولده، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء، وذلك عند تأجير العقار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، فإنه في هذه الحالة لا بد من استصدار ترخيص من القاضي ليأذن بذلك، وهو ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة، لأن الأب يملك حق الإدارة وصاحب هذا الحق كما جاء في نص المادة 468 من القانون المدني لايجوز له أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاث سنوات، فإذا أبرم هذا العقد وتجاوز هذه المدة فإنه يخفض إلى ثلاث سنوات.¹

ويلاحظ ان المشرع الجزائري قصر الإيجار على العقار فقط ولم يتعرض لتأجير منقولات القاصر، ولعل سبب ذلك هو اعتماده على المفهوم التقليدي الذي ينظر إلى المنقول على أنه أقل قيمة من العقار، أو أن الغالب في عقود الإيجار أنها تنصب على العقارات دون المنقولات، وهو مفهوم تجاوزه الزمن يستدعي من المشرع إعادة النظر من جديد في هذا المادة وتعميم النص ليشمل المنقولات أيضا، خصوصا ونحن في زمن قد تتجاوز فيه قيمة المنقول قيمة العقار أضعافا مضاعفة.²

واللافت للانتباه أيضا أن تحديد مدة الإيجار التي تتطلب إذنا من القاضي وهي فوق ثلاث سنوات، من شأنها أن تحقق نفعا كبيرا للقاصر، ذلك أن إطالة الأمد بعد هذه الأجل سيضر بمصالح القاصر خصوصا في الوقت الراهن الذي يشهد تقلبات سريعة في قيمة العقار المالية، وكذا ما تعلق أيضا بأسعار الإيجار التي تشهد عدم الاستقرار، وهو الأمر الذي يدعوا إلى ضرورة وجود موافقة قضائية مسبقة تضي الشرعية على هذا العقد وتمنحه الترخيص متى وجدت المصلحة في ذلك.³

¹ المادة 486 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

² محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 242.

³ المرجع نفسه، ص 142.

ونشير هنا أيضا إلى أنه وحسب نص المادة سالفه الذكر أن القاصر إذا بلغ سن الرشد وأراد الأب القيام بإيجار عقاره وكانت مدة الإيجار تزيد عن سنة واحدة، تعين عليه اخذ ترخيص من القاضي بذلك.¹

المطلب الثاني: انتهاء السلطة الأبوية على المال

لكل بداية نهاية، ولكل سلطة أسباب تزيل وجودها، وتُنذر بنهايتها، ولما كان كل من القاصر والمحجور عليه شخصين ضعيفين يحتاجان إلى الرعاية والحماية، لزم الوقوف على شؤونهما، والاهتمام بأمرهما، إلى حين بلوغهما سن الرشد، فبذلك ينفك الحجر عليهما ويصير المولى عليه في غنى عن هذه السلطة الأبوية.²

وهذه الحالة هي ما يعرف عند الفقهاء والقانونيين بانتهاء الولاية، فما هي إذن أسباب انتهاءها؟ وما هي الآثار المترتبة عنها؟

للإجابة على هذا التساؤل سنتناول في الفرع الأول أسباب انتهاء السلطة الأبوية على المال، وفي الفرع الثاني نتطرق للآثار المترتبة بعد انتهاءها.

الفرع الأول: أسباب انتهاء السلطة الأبوية على المال

تنتهي سلطة الأبوية على المال بانتهاء أسباب وجودها، وقد يكون هذا الانتهاء راجعا إلى صاحبها وهو الأب، أو إلى الولد نفسه³، ولقد قررت المادة 91 من قانون الأسرة أن وظيفة الولي تنتهي بعجزه، أو بموته، أو بالحجر عنه، أو بإسقاط الولاية عنه.⁴ وسأتطرق إلى انتهاء السلطة الأبوية بسبب الأب أولا، ثم انتهاء السلطة الأبوية بسبب الولد ثانيا.

¹ بشير محمد، مرجع سابق، ص 242.

² صورية غربي، مرجع سابق، ص 155.

³ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 605.

⁴ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 230.

أولاً: انتهاء السلطة الأبوية بسبب الأب

تنتهي السلطة الأبوية بسبب الأب لأسباب خاصة به كوفاته أو فقدانه لأهلية الأداء، كما تنتهي بعجزه عن أداء هذه الوظيفة، وكذا عزله منها وسنتعرض إلى كل ذلك بالتفصيل.

1- وفاة الأب:

قد تكون الوفاة طبيعية بالموت الطبيعي، وقد تكون كذلك اعتبارية حكمية، وهي في حال فقدان الأب الذي يحكم بوفاته، كما أن الفقد في ذاته هو من الأسباب المنهية للسلطة الأبوية.

أ- الوفاة الطبيعية "الموت الحقيقي": ويقصد بها مفارقة الروح للجسد على وجه الحقيقة واليقين، ويعرف بالمشاهدة ويثبت بإقامة البينة عليه أمام القضاء.¹

فعند وفاة الأب تنتقل النيابة الشرعية لوصيه وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وعند الشافعية تنتقل مباشرة إلى الجد.²

وأما في قانون الأسرة الجزائري فنتقل مباشرة إلى الأم، كما نصت على ذلك المادة 87 من قانون الأسرة، وفي حال وفاة الوالدين تنقرر الولاية العامة وتفرض الرقابة على أموال القاصر لانتفاء عنصر الشفقة، وهو ما نصت عليه المادة 468 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث قررت خضوع أموال القاصر لرقابة القاضي في حال وفاة الوالدين.³

ب- الوفاة الحكمية "عن طريق الفقد": وتعني أن الشخص لم يمت يقيناً لكنه في عداد الأموات نظراً لغلبة قرينة الوفاة على قرينة الحياة، فإزاء هذه الوضعية يصبح الشخص في خانة المفقودين لكنه ميت حكماً⁴، وبالتالي تسقط سلطته الأبوية بمجرد إعلان فقده، وتنتقل

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج39، ص254.

² الكاساني، مرجع سابق، ج6، ص132، ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج4، ص486، النووي، روضة الطالبين،

مرجع سابق، ج4، ص187، منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج3، ص446

³ المادة 468 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، .

⁴ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص322.

النيابة الشرعية إلى الوصي إن وجد، فإن عدم انتقلت إلى المقدم الذي يعينه القاضي عند المالكية والحنابلة، وللجد عند الحنفية والشافعية.¹

وإن عاد الأب المحكوم بموته فهل يسترد سلطته وولايته؟ الجواب أن هذه السلطة له الحق في استردادها من جديد، بشرط بقاء المولى عليه قاصراً أو محجوراً عليه، أي رجوعه قبل سن رشده وقبل رفع الحجر عنه.²

2- فقدان أهلية الأب:

لا يستطيع الأب فاقد الأهلية أو ناقصها أن يتولى السلطة الأبوية أو يمارسها وهو فاقد لأهم مكوناتها وهي القدرة، فإذا طرأ على الأب عارض من عوارض الأهلية السالفة الذكر من جنون وعته، وسفه وغفلة، فلا يكون أهلاً للولاية على أموال غيره ولا أموال نفسه³، وهو ما نصت عليه المادة 78 من القانون المدني بقولها: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية، أو فاقدتها بحكم القانون".⁴

وعليه فإذا كان الأب مجنوناً أو معتوهاً وصدر قرار الحجر في حقه فتسقط عنه هذه السلطة، لأن تصرفاته باطلة في حق نفسه وفي حق غيره، وتنتهي ولايته، وأما قبل صدور الحكم بالحجر عليه فتكون صحيحة ومُنتجة لآثارها، ولا تكون باطلة إلا في حالتين، الأولى حالة كون الجنون ظاهراً وشائعاً ومعروفاً بين الناس، والثانية حالة كون المتعاقد مع المجنون على علم بجنونه لحظة إبرام العقد ولو لم يكن جنونه معلوماً للناس.⁵

وهو ما نصت عليه المادة 107 بقولها: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وقت صدورها".⁶

¹ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 229.

² محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 279.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 605.

⁴ المادة 78 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري .

⁵ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 536.

⁶ المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري 84-11 .

وأما بخصوص السفه فلم يجز الفقه الإسلامي ولاية السفه سواء كان محجورا عليه أو لم يكن، لأن السفه ضرر محض على المولى عليه بالدرجة الأولى، وضرر على الولي وهو الأب هنا بالدرجة الثانية.¹

والأب المغفل يحجر عليه عند المالكية دون توقف على قرار القاضي إذا ظهرت عليه علامات الغفلة، بينما يرى جمهور الفقهاء أن الحجر عليه لا يثبت إلا بقرار من القاضي.²

وعليه فإن حُجر على الأب فلا تثبت هذه السلطة له عند جمهور الفقهاء، وإن لم يحجر عليه وظهرت عليه علامات الغفلة سقطت عنه هذه السلطة الأبوية عند المالكية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر السفه وذا الغفلة من ناقصي الأهلية، ويأخذ تصرفهما حكم تصرف الصبي المميز كما أسلفنا وهو ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني: "كل منة بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها وذا غفلة، يكون ناقص الأهلية".³

وبناء على نص هذه المادة يمكن القول أن السلطة الأبوية تنتهي في القانون الجزائري عند صدور القرار بالحجر على هؤلاء الأربعة المجنون والمعنوه والسفيه وذا الغفلة، فإذا لم يصدر قرار بالحجر عليهم فتبقى هذه السلطة بأيديهم.

3- عجز الأب:

لم يفصح المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 91 عن المقصود بكلمة "عجز الولي"، وهل يقصد بها عجز في القوى الجسمانية، أم عجز على مستوى القدرات

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص711.

² المرجع نفسه، ج5، ص324.

³ المادة 43 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

الفكرية ؟ وأمام هذا الغموض يمكن حمل العجز على عمومه فيشمل الجانب الحسي والمعنوي.¹

ومن خلال هذا التفسير، فإنه يجوز للأب الذي عجز عن تولي هذه السلطة بسبب كبر سنه أو مرضه²، كإصابته بعاهتين، أن يطلب من المحكمة إعفاءه منها عن طريق التنحي³، أو طلب المساعدة بناء على ما نصت عليه المادة السالفة الذكر، وكذا المادة 80 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".⁴

وهذه المساعدة ليس مردها إلى نقص الأهلية أو فقدانها، لأن التمييز متوفر لدى الأب وإنما جاءت بسبب عجزه عن التعبير عن إرادته، فتكون تصرفات الأب قابلة للإبطال إذا انفرد بها لوحده دون وجود المساعد الذي يقوم بدور المستشار في إبداء موقفه، وفي نفس الوقت يصير بمثابة لنائب له⁵، وأما إن كان في مقدوره إدارة الأموال دون حاجة إليه، فلا مانع من ذلك، إلا أن المستحسن أن يتنازل عن الولاية لغيره.⁶

4- عزل الأب:

عزل الأب هو قرار بيد القاضي يتضمن إعفاءه من مهامه وإدارته لأموال المولى عليه إذا رأى مصلحة في ذلك، كأن يرى أن أموال القاصر مهددة بالتلف أو الضياع، أو أن عدالة الأب قد انعدمت أو لم تتحقق فيه الكفاءة لأداء هذه المهام، أو صدر في حقه حكم

¹ دليلة سلامي، مرجع سابق، ص 114.

² جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006، ص 82.

³ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 157 و 192.

⁴ المادة 80 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁵ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 159.

⁶ صورية غربي، مرجع سابق، ص 263.

جزائي متعلق بجريمة خطيرة ارتكبها الأب أو الأم من شأنها أن تعرض الجانب المادي والنفسي للولد للخطر، كالفاحشة بين الأصول والفروع¹، وقد نصت على تجريم هذا الفعل المادة 337 مكرر من قانون العقوبات والتي تقضي بعقوبة قدرها من 10 سنوات إلى 20 سنة وهو ما يؤدي إلى فقدان السلطة الأبوية على الولد.²

وفي جميع الأحوال يتدخل القاضي لإزالة هذه المفسدة ورفع الضرر عن الابن، ويطبق نص المادة 91 من قانون الأسرة والتي تقضي بإسقاط الولاية عن الأب.³

ثانياً: انتهاء السلطة الأبوية بسبب الابن

تنتهي السلطة الأبوية بسبب الابن أيضاً وذلك عند بلوغه سن الرشد؛ أو بزوال الحجر عنه لسبب من أسباب الحجر، بالإضافة إلى ترشيده، أو موته، أو هلاك أمواله.

1- بلوغ سن الرشد أو رفع الحجر

لم ينص قانون الأسرة على هذه الحالة في معرض حديثه عن حالات انتهاء الولاية، لكن وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المادة 40 منه تنص على أن: "كل من بلغ سن الرشد ومتمتها بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية".⁴

فتبين إذن أنه بمجرد بلوغ القاصر سن الرشد وهو 19 سنة، فإن له الحق في استرداد جميع أمواله التي كانت بحوزة الأب وتحت إشرافه، وبذلك تنتهي سلطة الأب الفعلية على ماله.⁵

ويتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الولاية على الصغير تنتهي بالبلوغ مع العقل والرشد، ولا يكون البلوغ سبباً لانتهاء الولاية لوحده بل لابد من توافر الرشد معه، الذي

¹ صورية غربي، مرجع سابق، ص 264.

² المادة 337 مكرر من الأمر رقم 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

³ دليلية سلامي، مرجع سابق، ص 115.

⁴ المادة 40 من الأمر رقم 75 - 58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري .

⁵ جميلة موسوس، مرجع سابق، ص 73.

يعرف بالاختبار وذلك عن طريق تجربة المحجور عليه، ومدى قدرته على حماية المال الذي بيده وحسن التصرف فيه فيختبر ولد التاجر بالبيع والشراء، ويختبر المحترف بما يتعلق بحرفة أبيه أو أقاربه، وتختبر المرأة بالغزل والقطن من خياطة ونسج وغير ذلك مما يصلح لهن، وتكرر العملية مرتين أو أكثر قبل البلوغ وقيل بعده¹، وهذا كله مصداقا لقوله تعالى: ﴿

وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۗ﴾².

هذا بالنسبة للقاصر الذي بلغ سن الرشد، أما بالنسبة للمحجور عليه، فمن حقه أن يطالب برفع الحجر عنه، واستعادة أهليته المفقودة أو المنقوصة، وذلك من خلال إيداع عريضة قضائية في المحكمة، ليفصل بعدها القاضي بموجب الخبرة الطبية وبعد التحقق برفع الحجر أو عدم رفعه، طبقا لقواعد قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية المعمول بها، وبنفس الإجراءات المقررة في إيقاع الحجر.³

وقد نصت المادة 108 من قانون الأسرة على أنه يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه، وبذلك يمتلك المحجور الذي تعافى من العارض الذي أصاب أهليته، المطالبة برفع الحجر متى زال المبرر الموقع للحجر عليه.⁴ وموقف القانون الجزائري هنا يتفق مع موقف القانون التونسي، أما مدونة الأسرة المغربية في المادة 218 فقد سمحت أيضا للنائب عن المحجور عليه بتقديم طلب رفع الحجر عنه، وهو ما لم ينص عليه قانون الأسرة.⁵

2- ترشيد القاصر

ترشيد القاصر بالنسبة للفقهاء الإسلامي هو نظام يهدف إلى امتحان القاصر وتمرينه والتوسيع عليه في موارد رزقه، ومن ثم السماح له بمباشرة التصرفات والإذن له بإدارة الأموال، لتكون هذه المرحلة بمثابة مرحلة انتقالية يتلقى فيها القاصر دورات تدريبية،

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج5، ص304.

² سورة النساء، الآية 6.

³ صورية غربي، مرجع سابق، ص 270.

⁴ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁵ جمال نجيمي، مرجع سابق، ص320.

تمكنه من الاستعداد لمرحلة تولي شؤونه بنفسه، ويتخلى من خلالها عن تبعات النيابة الشرعية، وعليه فالترشيد هو رفع الحجر عن الصغير بعد اختباره والتأكد من صلاحيته لتسيير أمواله، فتصبح له ولاية التصرف عليها، وتنتهي بذلك ولاية أبيه.¹

وقد أجاز الحنفية للأب ترشيد الصغير والسفيه والمعتوه، والإذن له بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر²، كما أن المالكية لهم قولان ذكرهما القرافي عدم الجواز لما فيه من الضرر وهو رأي مالك، والجواز وهو رأي المتأخرين من المالكية لما فيه من المصلحة³، وهو قول الشافعية والراجح عند الحنابلة أيضاً.⁴

وقد سمح المشرع الجزائري بترشيد القاصر في الزواج طبق للمادة 7 من قانون الأسرة، فمن باب أولى أن يكون هناك ترشيد في المال، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة، حيث سمحت " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبزر ذلك"، ولذا فهذا الترشيد يرفع عن القاصر نقصانه للأهلية، كما يرفع عنه الولاية الأبوية بشقيها الشخصي والمالي.⁵

وبناء على هذا النص فإنه يجوز للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز وهو 13 سنة أن يباشر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بشرط إرفاق ذلك بطلب ممن له مصلحة كالولي أو الوصي، وهو ما يسمى بالترشيد.⁶

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج11، ص193.

² علي حيدر، مرجع سابق، ص 225.

³ شهاب الدين القرافي، مرجع سابق، ج8، ص236.

⁴ ابو الحسين العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج6، دار المنهاج، 200، ط1، ص226، برهان

الدين ابي إسحاق بن مفلح، مرجع سابق، ج4، ص 228.

⁵ الغوثي بن ملح، ملحة، ملرجع سابق، ص200.

⁶ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص282 و283.

غير أن تحديد سن الترشيد بسن التمييز وهو 13 سنة أمر فيه نظر، ولو أن مشرعنا هذا حذو المشرع المغربي في تحديد سن الترشيد بـ 16 سنة في المادة 218 من مدونة الأسرة المغربية لكان أفضل وأسلم للقاصر¹، كما أن اللافت للانتباه هو أن سن التمييز كان قبل تعديل القانون المدني 05-10 الصادر في 20 جوان 2005 هو 16 سنة، وأما المادة 84 من قانون الأسرة فهي غير معدلة وتضمنها قانون 09 جوان 1984، ولعل في ذلك إشارة مفادها أن سن التمييز الذي تعنيه المادة 84 من قانون الأسرة هو 16 سنة لا 13 سنة.²

ومما يؤكد أن هذا ما يرمي إليه المشرع تلك المجموعة من الإجراءات والتشريعات نسوق أمثلة لها في المجالات التي يؤذن فيها للقاصر بالتصرف في أمواله وكلها توحى بأن المشرع يسير في هذا الاتجاه.

- (1) حالة القاصر المأذون له بالزواج طبقا للمادة 7 من ق أ.
 - (2) حالة الطالب القاصر الذي يحتاج إلى نفقات الدراسة.
 - (3) حالة القاصر المأذون له في ممارسة التجارة فوفقا لنص المادة 5 من القانون التجاري فسن الترشيد التجاري بالنسبة للقاصر هو 18 سنة كاملة، مع اشتراط إذن القاضي.
 - (4) حالة إبرام عقد العمل إذ الملاحظ أن السن وفقا للمادة 15 من قانون رقم 90-11 لا تسمح بإبرام العقد لمن كان عمره أقل من 16 سنة، مع اشتراط ترخيص الولي.³
- ولذلك فالمشرع الجزائري مدعو للنظر مجددا في هذه المادة، من أجل تحديد وتوحيد سن الترشيد بـ 16 سنة لينجس مع طبيعة القاصر وحالته، والواقع الاقتصادي الذي يعيش فيه، وليتلاءم هذا التحديد مع باقي التشريعات الأخرى كتشريع العمل والقانون التجاري، والقانون المدني، تفاديا لكل صدام قد يحدث بينها.⁴

¹ مدونة الأسرة القانون رقم 70.03، المادة 218.

² صورية غربي، مرجع سابق، ص 273.

³ المرجع نفسه، ص 775.

⁴ المرجع نفسه، ص 274.

3- وفاة الابن أو هلاك أمواله

من الأسباب المباشرة لسقوط السلطة الأبوية المالية وفاة الابن سواء كانت الوفاة حقيقية أو حكمية، فعلى أساس هذا الولد قامت هذه السلطة، وبموته لا يعود لها وجود على أرض الواقع، ويترتب عن ذلك انتقال تركته إلى ورثته إن كان له مال.

كما تنقضي السلطة الأبوية على المال بهلاك أموال القاصر، لأنها ما قامت إلا لأجل المحافظة عليها وتميئها فإذا ضاعت أو هلكت، لم يعد لها أثر ولا معنى لانعدام محلها، ولم ينص المشرع الجزائري على هاتين الحالتين في مواد الولاية، ونص على حالة وفاة القاصر فقط في مواد الوصاية في المادة 96 من قانون الأسرة.¹

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على انتهاء السلطة الأبوية على المال

عند انتهاء السلطة الأبوية فإن آثارا هامة ستخلفها على الأب، ومن جملتها تسليم الأموال إلى من بلغ رشيدا، أو رفع عنه الحجر، وهو التزام يترتب على عاتق الأب.

أولا: التزامات الأب

أجمع الفقهاء على مبدأ تسليم المال، ولكنهم اختلفوا في وجوب الإشهاد عليه، لكن وبعد النظر في آرائهم، نخلص إلى القول بأن هناك شبه اتفاق بينهم مادام الأب هو النائب الشرعي، وهذا يستلزم عدم الإشهاد عليه، لأن ولايته ولاية نظر ومصالحة، وهو أبعد الناس عن مواطن التهم.²

وبخصوص المشرع الجزائري فلم يتعرض إلى ذكر هذا الإجراء أو أي التزام آخر قد يقع على عاتق الولي الأب بعد انتهاء الولاية، بخلاف الالتزامات الخاصة بكل من الوصي والمقدم إلى غاية انتهاء النيابة الشرعية والتي قد حددها وبينها.³

¹ جميلة موسوس، مرجع سابق، ص 88.

² الكاساني، مرجع سابق، ج 6، ص 524. أبو الحسن اللخمي، التبصرة، تحقيق احمد عبد الكريم نجيب، ج 12، دار ابن حزم، بيروت لبنان/ط 1، 2012، ص 5588. ابن قدامة، مرجع سابق، ج 4 ص 353. أبو الحسين العمراني الشافعي، مرجع سابق، ص 228.

³ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 320.

أما المشرع المصري فقد نص على التزامات الولي في المادة 25 من قانون الولاية على المال المصري حيث جاء فيها: "على الولي أو ورثته، رد أموال القاصر إليه عند بلوغه ويسأل هو أو وارثه عن قيمة ماتصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف، والبلوغ هنا بلوغ سن الرشد القانوني، وبخصوص الولي الأب فإنه لا يحاسب على ماتصرف فيه من ربع مال القاصر، ويحاسب على ربع المال الذي وهب للقاصر لأجل غرض معين كتعليم أو قيام بحرفة معينة، وهذه الخصوصية منحها هذا القانون للأب فقط دون غيره من الأولياء.¹

ويبدو أن المشرع المغربي كان هو الآخر أكثر دقة فنص في المادة 242 و243 من مدونة الأسرة المغربية على وجوب إشعار القاضي من طرف الولي بوضعية المحجور وأمواله عبر تقرير مفصل للمصادقة عليه، مع تقرير سنوي عن كيفية إدارة هذه الأموال وتنميتها.²

و استنادا إلى هذه المواد، وبرجعنا إلى الشريعة الإسلامية ومادة الإحالة 222 من قانون الأسرة، واستئناسا بالمادة 97 والمادة 100 من ذات القانون التي تتضمن التزامات كل من الوصي والمقدم يمكن لنا أن نستخلص أهم هذه الالتزامات الملقاة على عاتق الأب:

- 1) تسليم الأموال وردّها للقاصر بعد بلوغ سن الرشد القانوني.
- 2) تقديم حساب بالمستندات إلى كل من الابن أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء الولاية، وتقديم نسخة منه إلى القضاء، ويتضمن هذا الحساب بيان الإيرادات والمصروفات والموازنة بينهما.
- 3) القيام بمحاسبة الولي بموجب أمر قضائي من طرف القضاء، طبقا للمادتين 590 و599 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.³

¹ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص72.

² مدونة الأسرة القانون رقم 70.03، المادة 242 و243 .

³ صديق تواتي، مرجع سابق، ص797، سورية غربي، مرجع سابق، ص279.

ثانياً: مسؤولية الأب عن الأعمال المترتبة عن السلطة المالية

إذا كان الغرض من السلطة الأبوية المالية هو حماية أموال الابن وحسن التصرف فيها واستثمارها، بما يعود عليه بالنفع من مكاسب وأرباح، فإن الإخلال بهذه الالتزامات الأبوية سيؤدي حتماً إلى تجاوز للصلاحيات، وهو ما يستدعي تدخل القضاء لإيقاع الجزاء المناسب على شخص الأب أو على تصرفه.¹

1- الجزاءات الواقعة على شخص الأب:

إذا أساء الأب استعمال سلطته في المال وتعدى حدوده اعتبر مُخلاً بواجبه، مما يحتم عليه تحمل مسؤولياته التقصيرية والتي تقضي بمحاسبته على الخطأ اليسير والجسيم الذي يقع من الرجل المهمل والعادي، وهو ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسئولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام"²، بخلاف المشرع المصري الذي راعى خصوصية الروابط بين الآباء والأبناء في المادة 24، والتي من شأنها أن تكون سبباً للتغاضي عن أخطاء الأب البسيطة، وأن تشفع له هذه الروابط عند ارتكابه للخطأ اليسير لا الجسيم، والجسيم كتصرفه بغبن فاحش، أو ارتكابه لحالة غش في معاملة من المعاملات.³

و الملاحظ أن الحنفية لا يقولون بمساءلة الأب إلا إذا كان الخطأ جسيماً بخلاف الوصي الذي يسأل عن اليسير والجسيم، وهو الأمر الذي يتفق مع قانون الولاية على المال المصري.⁴

والجزاءات التي تترتب على الإخلال بهذه الالتزامات تتمثل في وسيلتين اثنتين،

العزل والضمان.

¹ صورية غربي، مرجع سابق، ص 282.

² محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 331.

³ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 71.

⁴ جميلة موسوس، مرجع سابق، ص 71.

أ- العزل: تسقط الولاية عن الأب عن طريق العزل إن رأى القاضي أن أموال القاصر مهددة بالضياع أو ثبتت خيانة الأب أو فسقه.¹

ب- الضمان: إذا تسبب الأب في خسارة مال ابنه أو جزء منه يحكم عليه القاضي بالتعويض، فيضمن ما كان متسببا فيها هو بالإهمال أو التبذير، وأما ما ضاع منها بسبب أجنبي خارج عن إرادته، فلا يضمه.²

والفقه الإسلامي لا يجيز للحاكم أو نائبه محاسبة الولي، لأن الأب غير متهم على مال ولده لكمال شفقتة وعطفه وسعيه لبذل كل ما بوسعه لمصلحة ولده، وبإمكان رابطة القرابة التي تجمعهما أن تجعل كلاهما مسئولا حيال الآخر في مجال النفقة، وليس معنى ذلك أبدا أن يترك للأب الحبل على الغارب فيفعل ما يشاء، فقد يتدخل القاضي أحيانا ليقوم ذلك السلوك المنحرف للأب الذي يمس بأموال وذمة ابنه الصغير المالية، كأن يمنعه من تبذير الأموال، فإن تمادى في تجاوزاته كان للقاضي عزله.³

2- الجزاءات الواقعة على تصرفات الأب

قد يباشر الأب تصرفات ضارة بالقاصر وقد يقوم بإجراءات أخرى تتم دون علم القضاء، ومن شأنها أن تؤثر على الذمة المالية للولد، ولذا تصدى القانون لمثل هذه الممارسات ووضع حدا لهذه التجاوزات، نجملها في الآتي:

أ. حكم تصرفات الأب الضارة ضررا محضا

التصرفات الضارة ضررا محضا هي التي تؤدي إلى افتقار ذمة الشخص، دون وجود مقابل لذلك كالهبة للواهب والإبراء من الدين وما شابههما من عقود التبرعات.

وبالتالي فلا يجوز للأب أن يباشر مثل هذه التصرفات الممنوعة.⁴

¹ جميلة موسوس، مرجع سابق، ص 142.

² المرجع نفسه، ص 143.

³ محمد عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص 194.

⁴ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 606.

وقد استتنتت المادة 5 من قانون الولاية على المال المصري جواز التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي، بعد أخذ إذن من المحكمة لأنها صاحبة السلطة التقديرية.¹ وقد سبق وأن قلنا أن الفقهاء قد اتفقوا على منع الأب من إبرامه لعقد الهبة بالنيابة عن ولده لما فيه من الضرر المحض، إلا الهبة بعوض أو هبة الثواب كما تسمى فتجوز²، ويجوز كذلك إقراض مال القاصر إذا كان فيه صيانة للمال من الضياع.³

ب. حكم تصرفات الأب التي تتم دون إذن قضائي

ونتناول من خلاله الجهة المختصة بمنح الإذن القضائي، ثم الجزاء المترتب على عدم أخذ الإذن.

- الجهة المختصة في منح الإذن:

معلوم أن الجهة المختصة المانحة للإذن هي المحكمة، لكن السؤال المطروح في اختصاص القاضي المانح للإذن هل هو قاضي شؤون الأسرة باعتباره الساهر على أموال القاصر، أم رئيس المحكمة الذي من اختصاصه إصدار الأعمال الولائية؟

والجواب على هذا السؤال فصلت فيه المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة".⁴

وبناء على ذلك فإن القاضي المختص بمنح الإذن هو قاضي شؤون الأسرة، ومع ذلك أغفل المشرع الحديث عن القواعد الموضوعية الخاصة بالإذن القضائي في قانون شؤون الأسرة، كما أغفل أيضاً القواعد الإجرائية التي يمنح على أساسها هذا الإذن، واكتفى بالنص فقط على كون الإذن يكون بموجب أمر على عريضة في المادة 479 من قانون

¹ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 31.

² انظر ص 186 من هذا البحث، سلطة الأب في إقراض مال ولده للغير.

³ انظر ص 188 من هذا البحث، في مسألة الهبة بعوض.

⁴ المادة 479 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

الإجراءات المدنية والإدارية، وأن يراعى في الإذن حالة الضرورة والمصلحة في المادة 89 من قانون الأسرة.¹

ومن خلال ما هو معمول به في المحاكم فإن الإذن بالتصرف لا يصدر إلا عند استيفاء وثائق الملف الآتي: طلب خطي من ولي القاصر، شهادة ميلاد للقاصر، الفريضة الخاصة بالتركة في حال وفاة الولي، وثيقة تثبت الشيء المراد التصرف فيه، طابع جبائي بقيمة 20 دج، دفع رسم قدره 5000 دج.²

-الجزاء الواقع على التصرف غير المأذون فيه:

لم نجد في حدود علمنا ما يشير إلى وجود نص قانوني يحدد الجزاء المترتب على إساءة التصرف من طرف الأب، لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني، لكن ومن خلال القواعد العامة للقانون المدني وبحسب ماتضمنته المادة 77 منه، يظهر رفض المشرع الجزائي لفكرة تعاقد الشخص مع نفسه بسبب ما يخلفه ذلك من تعارض للمصالح، ومع ذلك أجازته بشرط موافقة الأصيل، فقد نصت المادة على الآتي: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد"³، وبناء على هذه الفكرة فإن الولي إذا تجاوز صلاحياته ولم يأخذ إذنا قضائيا أو باع بأقل من الثمن الذي قرره المحكمة، فإن هذا التصرف لا ينفذ في حق القاصر، أما إذا تم إقرار هذا التصرف من المحكمة، أو إجازته من طرف القاصر بعد رشده فإنه يصبح نافذا.⁴

ويبدو أن القضاء الجزائري نحى منحى مغايرا تماما، واعتبر هذا النوع من التصرفات باطلا، فقد جاء في حيثيات أحد قرارات المحكمة العليا أن عقد الإيجار المتعلق

¹ صورية غربي، مرجع سابق، ص 285.

² موقع وزارة العدل www.mjjustice.dz

³ المادة 77 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

⁴ جميلة موسوس، مرجع سابق، ص 107.

بأملاك القاصر لابد وأن يوافق عليه القاضي المختص، وإلا أصبح مخالفا للقانون وباطلا، ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها من تسبب فيها.¹

وفي ختام هذا الفصل أخلص إلى القول بان السلطة الأبوية على المال أو مايعرف بالولاية على المال هي سلطة شرعية تستمد قوتها من الفقه الإسلامي بالدرجة الأولى، ثم من نصوص القانون الجزائري، تمنح في المقام الأول للأب، لتحل الأم محله عند فقده، غير أن الملاحظ هو أن هذا الأخير قد قيد بعض تصرفات الأب في أموال الولد، وجعلها خاضعة لإذن القاضي، على عكس الفقه الإسلامي الذي أطلق يد التصرف للأب، ومنحه صلاحيات أوسع، لأن ولايته ولاية نظر ومصلحة، وهو أبعد الناس عن مواطن التهم، وأحرصهم على العناية بمال الصغير.

¹ المحكمة العليا، غ أش، رقم الملف: 72353، المؤرخ في: 10/04/1991، المجلة القضائية، 1993، ع 3، ص 115.

الفصل الثاني

أثر السلطة الأبوية على مسائل
الإغتناء والنفقات

عرفنا في مباحث أحكام السلطة الأبوية في مسائل الولاية على المال إباحة التصرف للأب في أموال أولاده القصر أو المحجور عليهم، إذا كان معروفا بحسن التدبير، ولم يوصف بالتبذير، وعليه فتصرفه إذن جائز شرعا مادام يعود عليه بالنفع لولده، سواء تعلق الأمر بعقود المعاوضات أو عقود التبرعات أو غيرهما مما ذكرنا، مع تقييد بعض التصرفات التي لا تنفذ إلا بموافقة القاضي، والسبب في ذلك كله أن الأبوة تتضمن معاني الشفقة والرحمة والنظر في مصلحة الصغير والضعيف العاجز المحتاج إلى مد يد العون وتقديم المساعدة، وكل ذلك مندرج في باب التعاون على البر.

إلا أن السلطة الأبوية قد تتدخل في ذمة القاصر المالية والتي من المفترض أن تكون محصنة من أي تدخل يسعى لإنقاصها أو افتقارها، وهذا التدخل هو استثناء من هذا الأصل إذ قد يباح للأب في بعض الحالات أن يأخذ من هذا الوعاء المالي المقيد باسم ولده، من أجل تغطية نفقاته أو نفقات هذا الابن أو نفقات الأفراد الذين تجب على الابن نفقتهم، مما يجعلنا نتساءل عن نطاق تدخل السلطة الأبوية في ذمة القاصر المالية وهل هناك من ضوابط تقيّد تغوّل هذه السلطة.

وللإجابة على هذا التساؤل قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول ويتعلق بانعكاسات السلطة الأبوية على مسائل الاغتناء من ذمة القاصر المالية، والثاني خصصناه لانعكاسات السلطة الأبوية على مسائل النفقات.

المبحث الأول: انعكاسات السلطة الأبوية على مسائل الاغتناء من ذمة القاصر المالية

تحكي لنا الكتب المتخصصة في تاريخ النظم القانونية أن الدائن كان في الماضي يبسط يده على جسم المدين بحيث يضمن من خلاله الوفاء بالتزاماته، ومن ضمنها الديون، فباستطاعة الدائن أن يجعل المدين عرضاً أو سلعة تباع في السوق، كما يمكنه أن يستعبده أو يسلط عليه صنوف العذاب، وقد يصل به الأمر إلى تقطيع بعض من أوصاله وأجزاء من جسمه بالقدر الذي يراه موقياً لحقه؛ لكن ومع بزوغ فجر الإسلام صارت هذه الأعراف الجاهلية من زمن الماضي، وتم القضاء عليها ووضع حد لهذا التعسف والاستبداد، كما تم طرح فكرة بديلة عنها وهي فكرة الذمة كبديل للوفاء بالتزامات.¹

وسارت القوانين الوضعية على المنوال في تكريس هذا المبدأ، فانحسر بذلك الضمان في ذمة الشخص المالية مع مرور الوقت، وأضحت حقوق الشخص المالية هي الضامنة لديونه، وحلت محل حبس المدين جسمانياً حتى يؤدي ما عليه، فحلت أمواله محل بدنه في ضمان ديونه، ونشأت بعدها في القرن السابع عشر فكرة الذمة المالية كضمان عام للدائنين على أموال المدينين، وأبقى على نظام الإكراه البدني لكن في إطار ضيق في القانون.²

إن فكرة الاغتناء من ذمة القاصر المالية لا يمكن إعطاء صورة واضحة لها إلا بالمرور على مفهومها والتطرق إلى المجالات التي تتسبب في افتقارها، وتتسبب كذلك في نفس الوقت في اغتناء ذمة الأب منها وعلى حسابها، ومن أجل ذلك قمنا في هذا المبحث بتناول مفهوم الذمة المالية للقاصر كمطلب أول، ثم ذمة القاصر المالية في مواجهة السلطة الأبوية كمطلب ثان.

¹ إبراهيم رحمانى، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، مجلة البحوث والدراسات، عدد8، جوان 2009، ص 54.

² محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص475.

المطلب الأول: مفهوم الذمة المالية للقاصر.

وقع اختلاف بين فقهاء الإسلام وفقهاء القانون الوضعي حول مفهوم الذمة المالية حيث كان لكل طرف الأساس الذي من خلاله بنى عليه تعريفه، وإذا استطعنا أن نخرج بمفهوم دقيق للذمة المالية فإننا سنلاحظ بعد ذلك أن الذمة المالية متكونة من عنصرين أحدهما إيجابي والآخر سلبي، كما أنها تتضمن مجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها و في هذا المطلب سنقف على مفهوم الذمة المالية وعناصرها وخصائصها كفرع أول، ثم نعرض على القواعد القانونية التي من شأنها أن توفر الحماية لذمة القاصر المالية كفرع ثان.

الفرع الأول: مفهوم الذمة المالية وعناصرها وخصائصها

الذمة المالية تتضمن مجموعة من العناصر المكونة لها، كما أنها تتميز بخصائص تجلي مفهومها أكثر، وتعطينا صورة شاملة عن حقيقتها، وقبل تناول ذلك كله يحسن بنا الوقوف على مفهومها.

أولاً: مفهوم الذمة المالية

- تعريف الذمة في اللغة:

تطلق الذمة في اللغة على العهد، والكفالة، والضمان و الأمان.¹

1- تعريف الذمة في الاصطلاح الفقهي:

لفظ "الذمة" في الفقه الإسلامي يحمل معنى الوعاء الاعتباري الذي من خلاله يضمن ديون الشخص الثابتة، ولعل هذا المعنى مبني على معناها اللغوي الذي ذكرناه، ثم اعتبرت بعد ذلك الذمة محلاً للواجبات المالية والدينية الملقاة على عاتق الإنسان، ولقد تعددت تعريفات فقهاء الإسلام للذمة للدلالة على عدة معان، فقد عرفها عبد العزيز البخاري بأنها "وصف شرعي مقدر وجوده في الإنسان، يصير به الإنسان أهلاً للإيجاب

¹ احمد بن أحمد الفيومي، مرجع سابق، ص134. الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص597.

والإستيجاب"¹، فالذمة في نظر هؤلاء هي عبارة عن شيء معنوي افترضه الشارع وقدره في الشخص ومن خلاله يصير مستعدا ومسئولا لأن يكون ملتزما أو ملتزما له في نفس الوقت.

فعلى هذا الاعتبار يمكن القول أن للذمة علاقة وطيدة مع أهلية الوجوب لأن الأهلية في معناها العام صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له أو عليه²، ومنهم جعل لها معنى كأهلية الأداء الكاملة كالقرافي من المالكية فتتوقف عنده على البلوغ وتنتهي بالحجر.³

وذهب بعض الفقهاء الأصوليين إلى القول بأن الذمة ماهي إلا نفس الإنسان فقد قال فخر الإسلام البزدوي: "إن الذمة نفس لها عهد"⁴

وعرفها البعض بأنها "أمر شرعي مقدّر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام"⁵

وأمام هذه التعريفات للذمة التي تحمل معنى شرعي مقدر في الشخص يقبل الإلزام والالتزام أو يحمل في مضامينه معني أهلية الوجوب بعنصرها يبقى أن نشير بأنها لم تخل من ردود عليها واعتراضات ومناقشات ليس مجال بسطها الآن في هذا البحث، لكن التعريف الذي نميل إليه هو التعريف الذي قدمه الدكتور مصطفى الزرقا فقد استوعب جميع عناصر هذه الذمة وجمع خصائصها فامتاز على غيره من التعريفات الأخرى بالضبط والشمولية والدقة، حيث يقول عن الذمة بأنها: "محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه" فالمحل هنا ليس ماديا بل اعتباري يتعلق بالأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين وأما الحيوانات والجمادات فليس لها ذمة، والحقوق هنا تدخل فيها حقوق الله وحقوق العباد.⁶

¹ عبد الله مصطفى المراغي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، ج2، مكتبة ومطبعة الشهد الحسيني، القاهرة، مصر، ط1، ص141.

² مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص194.

³ أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ص231.

⁴ علي بن محمد البزدوي، أصول الفقه، ج4، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د ط، د س ن، ص239.

⁵ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص194.

⁶ المرجع نفسه، ص201.

2-تعريف الذمة في القانون الوضعي: لا تذكر الذمة المالية في القانون الوضعي إلا وهي مضافة إلى المال، فيقال الذمة المالية، وتعرف الذمة المالية بأنها: "مجموع ما يثبت للشخص من حقوق وما يتحمله من التزامات ذات قيمة مالية في الحاضر والمستقبل".¹

ووفق هذا التعريف فإن الذمة المالية تعتبر وعاء افتراضيا يسمح بتزويد كل شخص بمجموعة من الحقوق والالتزامات.

ومن خلال هذه المقارنة يبدو أن الفقه الإسلامي قد أعطى الذمة معنى منسجما، ومنحها تعريفا دقيقا وواسعا، إذ اعتبرها أمرا شخصيا خالصا يتمثل في تلك المحلية الاعتبارية المقدرّة في الشخص لتكون وعاء لجميع الحقوق المادية والمعنوية لذلك الشخص، على عكس القانون الوضعي الذي قصرها على الجانب المالي فقط.²

ثانيا: عناصر الذمة المالية

تقوم الذمة المالية على عنصرين هامين إيجابي وسلبي:

1- العنصر الإيجابي:

تمثل الحقوق فيها الجانب الإيجابي والتي تشمل الحقوق المالية فقط، والتمثلة في الأصول والأموال والتي يمكن تقويم محالها بالنقود كالحقوق العينية بنوعها "الأصلية والتبعية"، والحقوق الشخصية "أي حقوق الدائنية"، والحقوق الذهنية كحق المؤلف في الجانب المالي، والحق في التعويض الناشئ عن الاعتداء على الحقوق غير المالية كالحقوق السياسية وحقوق الأسرة والحقوق الشخصية.

و لا تشمل ذمة الشخص المالية الحقوق السياسية والشخصية، وحقوق الأسرة، والحقوق الذهنية في شقها المعنوي، إلا إذا وقع اعتداء عليها سبب ضررا.³

¹ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص474.

² مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 212.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص476.

و لا تشمل كذلك الولاية على النفس التي ليس لها أثر مالي، كما لا تشمل دعاوى الحالة المدنية كدعاوى البنوة والنسب، إلا إذا تفرعت عنها حقوق مالية، كالحق في الإرث والحق في النفقة فحينئذ تدخل في نطاق الذمة المالية.¹

2- العنصر السلبي:

وأما الجانب السلبي للذمة المالية فيشمل تلك الالتزامات التي تلقى على عاتق الشخص، في الحاضر أو المستقبل، وسواء كان موضوع الالتزام أداء مبلغ من النقود، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويطلق على هذا الجانب أيضا عنصر الديون.² و أما باقي الالتزامات التي لا تحمل طابعا ماليا، كمنظومة القيم والأخلاق والآداب الاجتماعية التي تفرض على الشخص احترامها والقيام بها، كالولاء للوطن، وكذا القيام بواجب الخدمة الوطنية، وأداء الحقوق الأسرية كطاعة الزوجة لزوجها فهذه لا تعدّ من قبيل الالتزامات المالية.³

ثالثا: خصائص الذمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لا يمكننا معرفة حقيقة مصطلح الذمة المالية إلا بالوقوف على أهم خصائصها التي تميزها عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها، ولذلك سنتناول أهم هذه الخصائص في الفقه الإسلامي، وكذا في القانون الجزائري.

1- خصائص الذمة في الفقه الإسلامي

أ. الملازمة الشخصية: أهلية الوجوب والتي مناطها الصفة الإنسانية تبدأ فعليا مع ولادة الإنسان وتتكون من عنصرين، وهما الإلزام والالتزام، والذمة المالية من لوازم الشخصية، وهي متعلقة بالعنصر الثاني من أهلية الوجوب وهو القابلية للالتزام، بخلاف أهلية الأداء

¹ أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2013، ص110.

² محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص477.

³ أحمد سي علي، مرجع سابق، ص112.

التي مناطها العقل ولا تبدأ إلا ببلوغ الإنسان سن التمييز وهي متعلقة بالعنصر الأول وهو الإلزام.¹

و إذا كانت الذمة متعلقة بالشخص فإنها غير متعلقة بثروته أو أمواله، ولا تعيقه الديون من ممارسة أعماله المالية أو التجارية، وليس في قدرة أحد الاعتراض على ذلك ما لم يكن هناك مانع شرعي يقيد تصرفاته كالرهن أو الحجر.²

والشخص أيضا يشمل الطبيعي والحكمي فالشخص الطبيعي يُؤد حسا فتتلمسه الحواس، بينما الحكمي فيولد اعتبارا من خلال تشريع، أوقانون ينشئه، فبداية من تاريخ صدوره تسري عليه الذمة.³

ب. الصفة الشخصية: الذمة المالية تنصب على الشخص فيستقل بها عن غيره ولا يشاركه فيها أحد، وتقع على الشخص الطبيعي وهو الإنسان أو الشخص الاعتباري كالشركة كما ذكرنا، وبناء عليه فإن هذه الخاصية لاتثبت للحيوانات التي لا أهلية لها، ولا تثبت كذلك للجنين لأن شخصيته تابعة لأمه، وهو غير مستقل عنها، فليست له ذمة، ولا يتمتع بعنصر القابلية للالتزام، ويتمتع بعنصر الإلزام في نطاق ضيق يدور في هذه الأربعة: النسب، والوصية، والإرث، والوقف.⁴

ت. ضمان الحقوق للغير: الذمة تتسع لجميع الحقوق، وتضمنها، لكن دون ترجيح أو أفضلية فيما بينها، فالديون المترتبة في الذمة كلها متساوية، ويستثنى من ذلك الديون الممتازة كالرهن مثلا، فتقدم على الديون الأخرى.⁵

ث. عدم الاشتراك: الذمة تقتضي من شخص واحد الانفراد بها، ولا يمكن أن تثبت لأكثر من واحد، ولذا فالاشتراك فيها ممتنع.⁶

¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 203.

² إبراهيم رحمانى، مرجع سابق، ص 61.

³ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 203.

⁴ إبراهيم رحمانى، مرجع سابق، ص 61.

⁵ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 204.

⁶ المرجع نفسه، ص 203.

ج. عدم التعدد: كل شخص تلازمه ذمة واحدة طول حياته تستوعب جميع الحقوق والديون، ولا حاجة له في أن يتمتع بأكثر من ذلك لأنه لا فائدة منها.¹

2. خصائص الذمة المالية في القانون الوضعي

تتميز الذمة المالية للشخص في القانون الوضعي بجملة من الخصائص أهمها:

- ✓ لكل شخص ذمة مالية ولو لم تكن له حقوق مالية أو عليه التزامات مالية.²
- ✓ الذمة المالية لا يقصد بها وصف الشخص بالثراء، ولا يقصد بها أيضا وصفه بالغنى أو الفقر³، ولكن الذمة المالية تصف حال الشخص من حيث اليسار والإعسار، فإذا زادت حقوق الشخص عن التزاماته فإنه يعتبر في هذه الحالة موسرا، أما إذا زادت التزاماته عن حقوقه فإنه يعتبر معسرا.⁴
- ✓ الذمة لا تقبل التنازل، ولا يمكن التصرف فيها.
- ✓ الذمة المالية لا تتجزأ و لا تتعدد، فليس هناك إلا ذمة واحدة للشخص.⁵
- ✓ الذمة المالية مرتبطة بالشخصية القانونية للشخص، فهي تشكل المظهر المالي لها فيستحيل أن يتواجد شخص بغير ذمة أو تكون ذمة بدون شخص.
- ✓ تنشأ الذمة المالية للشخص مع لحظة الميلاد و تزول بانقضاء الشخصية، فعند وفاة الشخص تعتبر تركته باقية على ذمته فتتجمد إلى حين تصفيتها مما علق بها من التزامات، ولا تنتقل الذمة إلى الورثة، وإنما تنتقل إليهم الحقوق.
- ✓ لا تدخل في الذمة إلا الحقوق والالتزامات المالية.⁶

وانطلاقا من وقوفنا على مفهوم الذمة فقد اتضح لنا بأن مفهومها في الفقه الإسلامي قد أعطاه صفة الشخصية المتعلقة بالإنسان لا بمال الإنسان، فهي محل يتم تقديره في شخص

¹ إبراهيم رحمانى، مرجع سابق، ص 60.

² إسحق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1990، ص231.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص477.

⁴ إسحق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص231.

⁵ علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص269.

⁶ أحمد سي علي، مرجع سابق، ص109.

معين تثبت فيه الديون، بينما صورها القانون الوضعي على أساس مادي ورآها في شكل مال للشخص يصلح للوفاء بديونه.¹

الفرع الثاني: حماية الذمة المالية للقاصر

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه نص على مسئولية الولي في قانون الأسرة في المادة 88 لكنه لم يتطرق إلى إجراءات حمايته، ليفسح المجال للقاضي ضمن قواعد إجرائية تقضي بقيامه باتخاذ كل الإجراءات المؤقتة والضرورية حتى يحمي مصالح القاصر بموجب أمر ولائي، وهو ما نصت عليه المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأن القاضي هو المعني بمراقبة السلطة الأبوية على المال.²

واستنادا إلى هذه الإجراءات فقد كرس قواعد القانون المدني وقانون الأسرة الجزائريين الحماية القانونية اللازمة لذمة القاصر المالية ومن في حكمه، وذلك نظرا لما اعتراه من عجز وما أصابه من ضعف حال دون القيام بشؤونه، ومن شأن هذه الإجراءات أن تمنع تغول السلطة الأبوية، وتقف سدا منيعا في مواجهة تعسفها، وسنتناول هذه الحماية من ناحيتين: الأولى من خلال قواعد القانون المدني، والثانية من خلال قواعد قانون الأسرة.³

أولا: حماية الذمة المالية للقاصر على ضوء قواعد القانون المدني

تناول القانون المدني جملة من القواعد التي تهدف إلى تنظيم العلاقات المالية بين الأشخاص، وحماية الحقوق المالية للقاصر بنوعيتها سواء كانت حقوقا شخصية والمتمثلة في العقود والالتزامات، أو حقوقا عينية. فقد تضمنت قواعد نظرية البطلان اعتبار تصرفات ناقصي الأهلية قابلة للإبطال عند إبرامها وهم في حالة نقص الأهلية.

¹ مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 212.

² بشير محمد، مرجع سابق، 343.

³ قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، ع 14، 2017، ص 482.

و لكي يمارس القاصر حقه في إبطال العقد عليه أن يظهر تمسكه بهذا الحق عن طريق رفع دعوى قضائية من أجل إبطاله خلال السنوات الخمس قبل بلوغه سن الرشد مع شرط تمتعه بقواه العقلية، وعدم مرور عشر سنوات على إبرام العقد.¹

وإذا حكم على العقد بالإبطال فإن هذا يتطلب عودة العاقدين إلى الحالة السابقة التي كانا عليها، ويعيد كل طرف ما أخذه من الآخر، غير أنه في حال وجود متعاقد ناقص أهلية، فإن هذا الأخير لا يلزم إلا بإرجاع ما عاد عليه من منفعة بعد إبرام العقد²، فلو أتلّف سيارة اشتراها ثم استعملها بطريقة أنقصت من قيمتها، فإنه لا يرد من ذلك شيئاً لكنه يرد له قيمة تقابل ما استفاد به منها.³

وإذا جئنا إلى قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية والتي مناطها التمييز، فإننا نجد غير المميز شخصاً تنتفي عنه المسؤولية عند ارتكابه للخطأ المستوجب للتعويض، ومن ثم فإن المسئول عنه هو الولي الملتزم بالتعويض، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 125 من القانون المدني⁴، وعليه فلا يعتبر القاصر غير المميز مسئولاً عما يصدر عنه من تصرفات، وعلى المتضرر منه أن يخاصم متولي الرقابة عليه، طبقاً للمادة 134 فقرة 1 من القانون المدني⁵، وهو ملزم بتعويض ذلك الضرر بحكم رابطة التبعية التي تجمعهما⁶، وهو الإجراء من شأنه أن يوفر حماية قوية لذمة القاصر المالية، وقد يجنبه خسائر مالية كبيرة في سنه الصغيرة، وأما القاصر المميز فيرى جانب من الفقه أن بإمكان متولي الرقابة أن يطالبه باسترداد مبلغ التعويض الذي قدمه للغير المضروب مادام هو المتسبب في ذلك، وهو مسئول عن ذلك مدنياً.⁷

¹ المادة 101 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

² المادة 103 المادة 103 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

³ قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر، مرجع سابق، ص 484.

⁴ المادة 125 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁵ المادة 134 فقرة 1 من الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري.

⁶ علي فيلاي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض-، مرجع سابق، ص 122.

⁷ المرجع نفسه، ص 66.

ثانيا: حماية الذمة المالية للقاصر على ضوء قواعد قانون الأسرة

تبرز حماية الذمة المالية للقاصر أيضا في قواعد قانون الأسرة من خلال استعراضنا لمباحث النيابة الشرعية في المواد من 81 إلى 101 من قانون الأسرة، والتي مرت بنا سابقا، حيث تضمنت سمتين أساسيتين، الأولى وهي تقييد التصرفات المالية للقاصر وربط جوازها أو عدم جوازها بوجود التمييز لديه أو عدم وجوده، ومنع كل تصرف ضار به، وكذا النص على ضوابط التسليم لأمواله من خلال نظام الترشيح، والرقابة عليه. والسمة الثانية وهي تقييد تصرفات الولي، ومن يقوم مقامه، ومراقبتها من طرف القضاء ومحاسبته عند انتهاء مهامه، والتصدي لإبطال كل تصرف يلحق الضرر بالمولى عليه، حفاظا على ذمته المالية وحماية لمصالحه.¹

وبهذا تتجلى الحماية القانونية للذمة المالية للقاصر من خلال غلق كل منافذ الاستغلال وأشكال التعسف التي يقوم بها الولي ضده، واتخاذ كل الإجراءات الكفيلة برفع الضرر عنه وعن أمواله.

ثالثا: سلطة الولي على العقد الموقوف بين قواعد القانون المدني وقواعد قانون الأسرة.

العقد الموقوف من ناقص الأهلية كالقاصر المميز عقد صحيح لكن أثره متوقف على من يملك الإجازة شرعا كالولي، بخلاف العقد البات الصادر من كامل الأهلية فهو ينتج أثره في الحال، فالبيع مثلا من القاصر المميز هو تصرف يدور بين النفع والضرر وهو بيع صحيح، لكنه يتوقف على إجازة الولي، أما البيع من الشخص كامل الأهلية فإنه بمجرد إبرامه للعقد يلزمه نقل الملكية للمشتري دون انتظار إجازة من أحد.²

والقابلية للإبطال أو البطلان النسبي تكون بسبب تخلف شرط من شروط صحة العقود كحالة نقص الأهلية، والعقد القابل للإبطال هو عقد منتج لجميع آثاره، ولصاحب

¹ قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر، مرجع سابق، ص 486.

² عبد القادر حمر العين، تصرفات القاصر المميز في إطار قواعد المسؤولية المدنية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلد 5، العدد 10، 2020، ص 195.

الحق أن يقرر إبطاله، ولذا فإن وجود العقد مهدد بالزوال، فإن لحقته الإجازة وتم النزول عن دعوى الإبطال، استقر العقد نهائياً.¹

1- الأشخاص المستحقون لإجازة الولي لتصرفاتهم:

الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني، والمادة 81 و82 من قانون الأسرة تعتبر تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تلحقها إجازة، لأنهم أشخاص فاندون للأهلية، أما ناقصو الأهلية وهم الصبي المميز، والسفيه، وذو الغفلة، فتصرفاتهم على حسب ما تركه من آثار، فإن كانت نافعة لهم نفعاً محضاً فتكون صحيحة نافذة لا تحتاج لإجازة أحد، وإذا كانت ضارة بهم ضرراً محضاً فتكون باطلة بطلاناً مطلقاً لا تؤثر فيها إجازة أو إذن من أحد، أما إذا كانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر، فحينئذ تصبح موقوفة فلا تنفذ إلا بإجازة الولي.²

وقد نصت المادة 101 من القانون المدني على الآتي: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب..".

كما نصت المادة 83 من قانون الأسرة على أن " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

2- اختلاف التشريع الجزائري بشأن العقد الموقوف وأثره على الذمة المالية للقاصر

وقع الخلاف في هذه المسألة بين القانون المدني وقانون الأسرة فقد اعتبر القانون المدني في المادة 101 تصرف ناقصي الأهلية في الأعمال الدائرة بين النفع والضرر سبباً موجباً لقبولية هذا التصرف للإبطال؛ أي أنها صحيحة ونافذة إلى أن يطلب

¹ عبد القادر حمر العين، مرجع سابق، ص 193.

² محمد توفيق قديري، حماية الذمة المالية للقاصر، مرجع سابق، ص 252.

القاصر إبطال هذه التصرفات أو إجازتها نهائياً فتزول القابلية للإبطال في الفترة الممتدة بين 19 سنة حتى 24 سنة، أي من بلوغه سن الرشد إلى خمس سنوات، وأما قانون الأسرة فقد اعتبر تصرفات الصبي المميز موقوفة على إجازة الولي مع إمكانية اللجوء إلى القاضي حين المنازعة في تصرفات القاصر للفصل فيها.

ويتضح بجلاء التناقض الواقع بين التقنينين فقد أخذت تصرفات الصبي المميز هنا حكماً مزدوجاً، وظهر كل واحد منهما على أنه صورة عكسية للآخر، فأيهما الأحق بالتقديم؟

لم يعتد القانون المدني الجزائري بفكرة العقد الموقوف التي أخذ بها قانون الأسرة، لأنه صورة عكسية للعقد القابل للإبطال، فالعقد الموقوف غير نافذ حتى ينفذ بالإجازة والعقد القابل للإبطال عقد نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة.¹

وإزاء هذا التباين ظهرت ثلاثة اتجاهات في هذه المسألة:

الاتجاه الأول: ذهب جانب من القانونيين إلى ضرورة تطبيق قواعد القانون المدني، باعتبارها الأصل في التصرفات القانونية²، وإلى وجوب تعديل المادة 83 من قانون الأسرة لتتسجم مع نصوص القانون المدني، لأنه الشريعة العامة، والنص العام، أما قانون الأسرة فهو نص خاص وقد يلجأ أحيانا إلى الإحالة في بعض قواعده إلى القانون المدني³، كما يتوجب كذلك أعمال المبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق، ومعنى ذلك أن النص الأحدث واللاحق وهو المادة 101 من القانون المدني المعدلة بالقانون 05-10 الصادر في 20 جوان 2005 تنسخ النص السابق والأقدم وهو المادة 83 غير المعدلة من قانون الأسرة الصادر في 09 جوان 1984.

وبالتالي فكرة وقف التصرف الدائر بين النفع والضرر الواردة في المادة 83 من قانون الأسرة ملغاة ضمناً بنص المادة 101.⁴

¹ عبد القادر حمر العين، مرجع سابق، ص 196.

² عبد الفتاح تقيية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 42.

³ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق ص 553.

⁴ المرجع نفسه، ص 557.

الاتجاه الثاني: ذهب جانب آخر من رجال القانون إلى تطبيق قواعد قانون الأسرة، وأن العقد الموقوف على إجازة الولي الذي مرجعه في ذلك الفقه الإسلامي يمثل حماية لمال القاصر وضمانة أكبر له وللطرف الآخر، وإتاحة الفرصة للقاصر لمباشرة التصرفات عن طريق إجازة الولي يعد نوعاً من التدريب له على إبرام العقود بواسطة التصويب الأبوي بالتوجيه للنافع منها ورفض الضار¹، كما ذهب إلى ضرورة تطبيق قاعدة الخاص يقيد العام وقانون الأسرة قانون خاص يقيد القانون المدني الذي هو قانون عام.

الاتجاه الثالث: ويرى فريق آخر أن ليس ثمة تعارضاً بين المادة 101 من القانون المدني والمادة 83 من قانون الأسرة، إذ المادة 101 تنص على أن ناقص الأهلية له الحق في إبطال العقد الذي أبرمه عند بلوغه سن الرشد، ولا ذكر هنا للولي لأن سلطته قد انتهت ببلوغ القاصر هذا السن، أما المادة 83 فقد نصت على سلطة الولي على تصرف القاصر ناقص الأهلية وهو في فترة قصره.²

وبهذا يمكن الجمع بين الموقفين والتوفيق بين المادتين من خلال بيان مقصود المشرع من كل مادة، ويتأسس على هذا أن الأب وهو الولي له الحق في إجازة تصرفات القاصر المميز التي تدور بين النفع والضرر أو ردّها.

3- حالة عدم قيام الولي بإجازة العقد الموقوف أو رده

يثور إشكال بخصوص مصير العقد الموقوف الذي لم يقرم الولي برده أو إجازته، وبقي على هذه الحال معلقاً إلى غاية بلوغ القاصر سن الرشد التي تؤهله لأن يكون كامل الأهلية، فهل للولي أن يجيزه بعد ذلك وهل هذا الإجراء من صلاحياته، أم يظل موقوفاً؟.

¹ عبد الفتاح تقيّة، النياية الشرعية، مرجع سابق، ص42.

² محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص252.

والجواب أن مثل هذه الحالة تؤكد وجوب تطبيق أحكام المادة 101 من القانون المدني، والتي تقضي بانقلاب التصرف من موقوف إلى تصرف قابل للإبطال لصالح الشخص الذي كان ناقص الأهلية، ثم أصبح رشيدا بعد ذلك.¹

وبهذا نستطيع القول بأن المادة 83 من قانون الأسرة أثبتت للولي الحق في إجازة تصرفات القاصر المميز أو ردها مادام في فترة القصر، لتؤكد على دوره البارز والمؤثر، أما بعد بلوغ القاصر سن الرشد وهو وقت اكتمال أهليته، فلا تأثير لمركز الولي، وإنما يمنح القاصر مدة خمس سنوات بعدها إذا أراد أن يبطل العقد الذي أبرمه قبل فترة الرشد، وهو ما نصت عليه المادة 101 من التقنين المدني.

وقد وجه الانتقاد إلى هذه المادة التي جعلت فترة الخمس سنوات فترة طويلة بالنسبة للإعلان عن رغبة القاصر في إبطال العقد أو إجازته، وهو ما دفع ببعض الشراح إلى المطالبة بتعديل هذه المادة وتخفيض هذه المدة إلى سنة، بحجة أن إطالة أمدها لا يفيد بشيء، بل بالعكس قد يعقد الأمور في بعض الأحيان، ويدفع إلى عدم استقرار التعامل وتعطيل مصالح القصر والآخرين.²

المطلب الثاني: ذمة القاصر المالية في مواجهة السلطة الأبوية

قد ينشأ اعتداء على ذمة القاصر عند قيام الأب بخلط مال القاصر مع ماله، وهو الأمر الذي يشكل تعسفا في استعمال حق السلطة الأبوية، إذ يؤدي إلى اغتناء طرف وافتقار آخر دون وجه حق، ومن أجل الوقوف على ما هو مسموح وممنوع من وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، سنتطرق إلى حدود اغتناء الأبوين من ذمة القاصر المالية في الفقه الإسلامي كفرع أول، وحدود اغتناء الأبوين من ذمة القاصر المالية في القانون الجزائري كفرع ثان.

¹ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 253.

² محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 556.

الفرع الأول: حدود اغتناء الأبوين من ذمة القاصر المالية في الفقه الإسلامي

تثير مسألة الأخذ من مال الابن للحاجة ولغير الحاجة عديدا من التساؤلات المطروحة على الساحة الفقهية من حيث مشروعيتها او عدم مشروعيتها، فهذا التصرف يشكل تأثيرا على ذمة القاصر، ويعرضها للافتقار، مما يجعلنا نبحث عن الحالات التي يسمح بها الفقه الإسلامي للأب للأخذ من مال ولده، والقيود الضابطة لذلك، وكل هذا سنتطرق إليه من خلال حالتين: الأولى عند أخذ الأب من مال ولده للحاجة، والثانية عند أخذ الأب من مال ولده لغير الحاجة.

الحالة الأولى: أخذ الأب من مال ولده للحاجة

إذا كان الأب فقيرا محتاجا للنفقة جاز له أن يأخذ من مال ولده لوجوب النفقة عليه على ولده لقول النبي صلى الله عليه وسلم صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ»¹ وقوله أيضا: «إِنَّ أَوْلَادَكُمْ هِبَةٌ اللَّهِ لَكُمْ، يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ، فَهُمْ وَأَمْوَالُهُمْ لَكُمْ إِذَا احْتَجَّتُمْ إِلَيْهَا»².

وذهب الحنفية إلى جواز الأخذ من مال الولد لاحتياجه للنفقة ولا يتحمل ضمان ما أخذ، لأنه استوفى حقه³، لكن يمنع عليه بيع العقار لأجل تغطية نفقاته⁴ ولا يمنع من بيع متاعه⁵.

وعند التنازع في أحقية الوالد لهذا المال أو عدم أحقيته عند غياب الولد فإن قول الأب هو المقدم إذا تأكد إعساره أو احتياجه⁶.

¹ أحمد بن حنبل، المسند، ج7، رقم الحديث 24898، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1993، ص233.
² أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، ج2، كتاب التفسير، رقم الحديث 3173، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، ص312.
³ أبو محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، ج2، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 1999، ص931.
⁴ علي حيدر، مرجع سابق، ص 495. الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص158.
⁵ المرغيناني، مرجع سابق، ج3، ص404.
⁶ الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص158.

والمالكية يقولون بجواز الأخذ من المال عند الاحتياج ولو بغير إذن الولد، بل وله أن يبيع عقار الولد لينفق منه على نفسه إن كانت يسيرة الثمن، فإن كانت كثيرة الثمن باع قدر نفقته لمدة ليست بالطويلة.¹

وإن كان عاملاً في مال ابنه فيأخذ قدر حاجته، ولا يرد شيئاً مما أخذ، وفي حال استغنائه فله أن يأخذ إذا كان المال كثيراً مقدار أجره عمله فقط، ولا يزيد على ذلك، ولا يرد ما أخذ.²

ويرى الشافعية مثل هذا القول لأنه يدخل في معنى النفقة الواجبة المترتبة عن الولد تجاه أبيه، وذلك بحكم الولاية التي تربطه به، بل قالوا له أن يؤجره فيما يطيقه من عمل لأجل النفقة.³

وذهبوا أيضاً إلى أن للولد الكبير الذي لا تلحقه الولاية لأبيه الحق في أخذ النفقة من ماله عند امتناعه.⁴

وذهب الحنابلة إلى أبعد من ذلك فنصوا على جواز الأخذ والتملك من مال الابن دون حد، بسبب الحاجة أو عدم وجودها، كان الابن صغيراً أم كبيراً⁵، بشرط عدم الإضرار بذمة الولد المالية - فقد يكون محتاجاً إلى ذلك المال -، أو يأخذه الأب ليعطيه أحد أولاده، ومن جملة الشروط أيضاً أن لا يكون في مرض موت أحدهما المخوف، وأن يكون المأخوذ عينا موجودة، وليس ديناً، وأن لا يكون الابن كافراً والأب مسلماً، لأنهم يرون اختلاف الدين مانعاً من وجوب النفقة.⁶

¹ أبي عبد الله محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع حاشية المعداني، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص23.

² القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص33.

³ الرملي، مرجع سابق، ج7، ص221. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9، ص88.

⁴ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص187.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج4، ص183.

⁶ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج4، ص318.

والخلاصة أنه يجوز للأب أن يأخذ ما يحتاجه للنفقة الضرورية، ولا يضمن ما أخذه لأن نفقته واجبة على ابنه، ولكن لا يجوز له بيع العقار أو المنقول إلا للضرورة، ودرءاً لما قد يحصل من تنازع حول هذا البيع يستحسن الإشهاد على ذلك.

وفي حال امتناع الابن عن نفقة أبيه، فإن لهذا الأخير حق المطالبة بها عن طريق القضاء.¹

الحالة الثانية: أخذ الأب من مال ولده لغير حاجة

من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء، والتي من شأنها أن تبرز انعكاس السلطة الأبوية على الذمة المالية للولد مسألة الأخذ من مال الولد لغير الحاجة، وذلك بأن يكون الأب موسراً وعنده ما يكفيه، و قد ظهر في المسألة رأيان فقهيان سنتطرق إليهما؛ الأول يذهب إلى المنع والثاني يذهب إلى الجواز.

1-أخذ الأب من مال ولده لغير حاجة بين المنع والجواز

القائلون بالمنع:

وهم الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية، وابن عقيل من الحنابلة²، وألزم الحنفية الأب الضمان عند أخذه المال لعدم الحاجة عدم الحاجة.³

فيفهم منه أنه يعتبر في هذه الحالة غاصباً، لكن ذكر الحنفية أن من لا يضمن بالخط بماله الأب فلا يصير غاصباً بأخذ مال ولده الصغير إذا كان محتاجاً، ويفهم منه أن

¹ عبد الله بن الشيخ داماد أفندي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، ج1، دار إحياء التراث العربي، د د ن، د س ن، د ط، ص503، الخرشي، مرجع سابق، ج4، ص202. زكريا بن محمد الأنصاري ابو يحيى، مرجع سابق، ص496. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج5، ص484.

² ابو محمد بن غانم البغدادي، مرجع سابق، ص862. ابو عبد الله محمد الخطاب الرعيني، مرجع سابق، ج7، ص309. ابو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص145. برهان الدين ابي إسحاق بن مفلح، مرجع سابق، ج5، ص295.

³ علي حيدر، مرجع سابق، ص 495

الأب إذا أخذ مال ولده الكبير ولو محتاجاً فإنه يضمن¹، لكن لم يرد قول صريح بالحكم عليه بالغضب ولعل مرد ذلك إلى علاقة البعضية التي تجمعهما.

ومع ذلك فيبقى الاعتداء الأبوي على مال الولد لغير حاجة ضرراً محضاً يتنافى مع مقاصد الولاية على المال المبنية على مراعاة مصلحة الصغير، والتي ما جعلت إلا لأجل المحافظة على ماله، وعلى هذا اعتبر الأب المبذر غير الأمين شخصاً غير مؤهل لهذا المنصب مما يترتب عنه سحب الولاية منه.²

ومما استدل به الجمهور حديث النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الذي قال فيه: «لا يَحِلُّ مالُ امرئٍ مسلمٍ، إلاَّ بطيبِ نفسٍ منه»³

والابن مستقل بماله عن والده، ولا سلطان لأبيه على ماله لأنه لا يملكه، وإنما يملك ولاية النظر والتي لا تخوله الأخذ من ماله دون وجه حق، وأما إذا بلغ الولد فإن تصرفات الوالد لا تنفذ في أموال ابنه.⁴

القائلون بالجواز:

وهم الحنابلة حيث جوزوا للأب أن يأخذ ما يشاء من مال ولده في فترة صغره أو كبره، وسواء دفعته الحاجة أو لم تدفعه رضي أم سخط، بشروط ستة:

- (1) عدم الإضرار بالولد.
- (2) أن لا يأخذ ما تعلقته به حاجة ذلك الولد.
- (3) أن لا يأخذ الأب هذا المال ليعطيه لأحد أولاده الآخرين، ويحرم صاحب الحق منه.

¹ محمد أمين بن عابدين، مرجع سابق، ج6، ص234.

² هشام يسري محمد العربي، أحكام التعامل المالي بين الوالد والولد في الفقه الإسلامي، مجلة الشهاب، م6، ع2، 2020، ص232.

³ البيهقي، السنن الكبرى، ج8، كتاب الغصب، باب من غصب لوحاً، رقم الحديث 11634، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1996، ص504.

⁴ محمد بن أبي بكر السرخسي، مرجع سابق، ج30، ص139.

(4) أن لا يكون الأخذ في مرض موت أحدهما المخوف، لأنه بالمرض انقطع السبب القاطع للتملك.

(5) أن يكون المأخوذ عينا موجودة فلا يملك دين ولده لأنه لا يملك التصرف فيه قبل قبضه، والقبض هو أساس التملك.

(6) أن لا يكون الابن كافرا والأب مسلما.¹

وممن ذهب إلى هذا القول ابن تيمية والصنعاني والشوكاني²، ووافق ابن أبي ليلى الحنفي الحنابلة فيما ذهبوا إليه.³

ومما استدلوا به من القرآن قوله تعالى ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ...﴾⁴؛ ووجه الاستدلال أنه ذكر جميع الأقارب ولم يذكر الأولاد فهم داخلون في قوله تعالى: ﴿مِنْ بُيُوتِكُمْ﴾ وبيوت أولادهم كبيوتهم⁵، وأما دليلهم من السنة فحديث الرجل الذي أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِي مَالاً وَوَلَدًا، وَإِنَّ وَالِدِي يَجْتَا حُ مَالِي. قَالَ: أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ، إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ». والولد هبة من الله للعبد، وما كان موهوبا للإنسان كان له أخذ ماله كعبد.⁷

والراجح هو مذهب الجمهور القائلون بالأخذ من مال الولد للحاجة فقط، لأن قواعد الشريعة ومقاصدها تقتضيه، فليست هناك سلطة مطلقة للأب على مال الولد، بل هي سلطة مقيدة بتحصيل المنافع للصغير ودرء المفساد عنه، وعدم إلحاق الضرر بكليهما،

¹ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج5، ص317.

² <https://www.albayan.co.uk/MGZarticle2.aspx?id=13843>، الساعة 19:52، 2022/05/21.

³ محمد بن أبي بكر السرخسي، مرجع سابق، ج30، ص139.

⁴ سورة النور من الآية 61.

⁵ برهان الدين أبي إسحاق بن مفلح، مرجع سابق، ج5، ص294.

⁶ أبو داود، السنن، كتاب الإجارة، باب الرجل يأكل من مال ولده، رقم الحديث: 3531، مرجع سابق، ج9، ص447.

⁷ ابن مفلح، مرجع سابق، ج5، ص294.

فيأخذ من هذا المال قدر حاجته وكفايته، وهو بمقدار النفقة الواجبة ولايزيد على ذلك، ويجاب عن الحديث أن نفوس الآباء لما كانت تتحرج من أخذ شيء من أموال الأبناء بحكم انه مال مملوك للغير، جاء حديث «إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ» ليطيب نفوسهم بجواز الأخذ من أموالهم بقدر ما يحتاجون.¹

وأما بخصوص حديث «أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ» فقد اختلف العلماء في تصحيحه وتضعيفه؛ فقد صححه جماعة من الأئمة كابن القطان، وابن الملقن، والبوصيري، والألباني، وشعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، وضعفه بعضهم كالشافعي، والبيهقي، وقال عنه القرطبي «حديث واهٍ، ولو صحَّ لَمْ تَكُنْ فِيهِ حُجَّةٌ».²

وعلى فرض صحته فإن اللام في قوله صلى الله عليه وسلم: (لأبيك) تفيد الإباحة لا التملك، فيباح للوالد أن يأخذ من مال الابن حاجته، وليس المقصود منها أن الأب يملك مال الابن فإن مال الابن له، وزكاته عليه، وهو موروث عنه.³

وقال الشيخ علي الطنطاوي معلقاً على هذا الحديث: «إن الحديث قوي الإسناد لكن لا يؤخذ عند جمهور الفقهاء على ظاهره، بل يؤول ليوافق الأدلة الشرعية الأخرى الثابتة، والقاعدة الشرعية المستنبطة منها وهي: أن المالك العاقل البالغ يتصرف بماله، وليس لأحد التصرف به بغير إذنه».⁴

ولذا قال ابن عبد البر عن الحديث "مادام المقصود بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث "أنت" أن الابن ليس ملكاً للوالد فكذلك قوله في المال "ومالك" لا يقصد بها التملك، ولكن يقصد بها البر والتكريم للأب لاغير.⁵

¹ عطية صقر، مرجع سابق، ج5، ص32.

² <https://www.albayan.co.uk/MGZarticle2.aspx?id=13843> 2022/05/21، الساعة 19:52.

³ <https://fiqh.islamonline.net/> معنى-حديث-أنت-ومالك-لأبيك / 2022/05/21، الساعة 19:52.

⁴ علي الطنطاوي، فتاوى علي الطنطاوي، دار المنارة، جدة، السعودية، ط1، 1985، ص136.

⁵ ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق، عبد المعطي أمين قلنجي، ج24، دار قتيبة دمشق بيروت، دار الوعي، حلب، القاهرة، ط1، 1993، ص143.

وقال الخطابي معنى الحديث: أنه إذا احتاج إلى مالك أخذ منك قدر الحاجة، وإذا لم يكن لك مال وكان لك كسب لزمك أن تكتسب وتنفق عليه، فأما أن يكون أراد به إباحة ماله له على الإطلاق حتى يجتاحه ويأتي عليه إسرافا وتبذيرا، فلا أعلم أحدا ذهب إليه من الفقهاء".¹

وقال المناوي: "معناه: أنه يأخذ منه بقدر الحاجة، وهو داخل في وجوب نفقة الأصل على الفرع، لا أن ذلك يباح له على الإطلاق".²

2- مسؤولية الأب عند أخذه من مال الولد لغير حاجة

اختلف الفقهاء في مسؤولية الأب عند أخذه من مال الولد لغير حاجة وهل يعدّ الأب ضامنا عند الأخذ من مال ابنه لغير حاجة؟

فيرى الحنفية أن الأب إذا أخذ مالا دون حاجة فهو دين عليه ويتحمل ضمانه ويفهم من كلامهم أنه غاصب، وخالفه ابن أبي ليلى فقال: لا ضمانة عليه فيه.³ ويرى المالكية أن أخذ الأب مال ولده قهرا لا يسمى غصبا؛ وعمله لا يسمى تعديا، لأن في الأخذ من مال الولد شرعية مستندة إلى حديث « أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ » فيرفع عنه حكم التعدي لهذه الشبهة، لكن الحاكم يؤدبه بغير الحبس، ويحكم عليه بالضمان.⁴

وفي قول للمالكية أنه غاصب لكنه يؤدب بغير الحبس.⁵

والشافعية قالوا أيضا بالضمان بالنسبة لمن أخذ مال ولده الكبير دون حاجة.⁶

¹ محمد شمس الحق العظيم أبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج 9، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003، ص353.

² محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، 1972، ص49.

³ السرخسي، مرجع سابق، ج30، ص143.

⁴ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ج5، ص157.

⁵ المرجع نفسه، ج4، ص455.

⁶ محمد بن إدريس الشافعي، مرجع سابق، ج7، ص173.

وقال الحنابلة ليس لولد ولا لورثته مطالبة أبيه بدين قرض، ولا ثمن مبيع، ولا قيمة متلف، ولا أرش جنائية، ولا بأجرة ما انتفع به من ماله، وحديث « أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ » يحمل على سلطة التملك ويدل عليه إضافة المال للولد.¹

والراجح أن الأب إذا أخذ مال ابنه لغير فقر ولا احتياج أنه غاصب، فأخذ المال الغير دون وجه حق غصب، والغصب سبب لوجوب الضمان.²

وأما بخصوص حد السرقة على الأب فقد أجمع جمهور الفقهاء أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده وأنه لا حد عليه.³

الفرع الثاني: حدود اغتناء الأبوين من ذمة القاصر المالية في القانون الجزائري

أقر المشرع الجزائري مبدأ استقلالية الذمة المالية للشخص، وجعلها ملازمة له وحده، فهي لا تقبل التجزئة، ولا تتعدى إلى الغير، أي كان هذا الغير، وهو الأمر الذي يطرح إشكالا قانونيا حول مدى مشروعية ضم ذمة الولد إلى ذمة أبيه على أساس رابطة القرابة التي تجمعهما، وهل للسلطة الأبوية سلطان على أموال القاصر؟ وماهي الآليات التي نحمي بها ذمته المالية، هذا ما سأحاول الإجابة عنه في هذا الفرع، من خلال تفعيل الدور الرقابي القضائي على أموال القاصر أولا، ثم أعرج على موقف القانون الجزائري من استباحة الأب لذمة ولده المالية ثانيا.

أولا: تفعيل الدور الرقابي القضائي على أموال القاصر

سلطة ولاية الأب على مال القاصر تتجلى عند حصول هذا الأخير على ما آل إليه من أموال عن طريق تجارة، أو هبة، أو وصية، أو من مصدر آخر، فيقوم بالإشراف عليه، وحمايته، واستثماره، وصرفه في الأوجه المشروعة، والإنفاق منه دون تبذير أو إسراف.

¹ منصور بن يونس البهوتي، **كشاف القناع**، مرجع سابق، ج4، ص320.

² هشام يسري محمد العربي، مرجع سابق، ص237.

³ ابن عبد البر، مرجع سابق، ص142.

وقد نصت المادة 476 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن جميع المنازعات المتعلقة بالولاية ينظر فيها قاضي شؤون الأسرة، ونصت المادة 474 من ذات القانون على رفع كل المنازعات المتعلقة بأموال القصر أمام قاضي شؤون الأسرة، وهذا يدل على تفعيل المشرع للدور الرقابي الذي يجب أن يقوم به القاضي على هذه الأموال سواء من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة، أو طلب أي شخص تهمّه مصلحة القاصر؛ وهو ما نصت عليه المادة 465 من الإجراءات المدنية والإدارية؛ كما يجوز له بناء على المادة 466 من نفس القانون استدعاء كل شخص يرى أن في سماعه إفادة.¹

ثانيا: موقف القانون الجزائري من استباحة الأب لذمة ولده المالية

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري ولا القانون المدني مسألة أخذ مال الابن من طرف أحد الأبوين سواء كان ذلك على سبيل الإباحة لهما بحكم رابطة القرابة التي تجمعهما، وهي رابطة الأبوة والبنوة، أو كان ذلك على سبيل الأجرة نظير مايقدمه من عمل.²

ولعل سبب إجماع المشرع عن التطرق لهذه المسألة هو اعتباره أن العمل الذي يقوم به الأب أو الأم هو عمل مجاني لا يتطلب أجره، بل إنه يكتسي طابعا إلزاميا بحكم الولاية الأصلية.

إلا أنه وفي حال الإعسار يمكن لهما الأخذ من مال ولدهما بالمعروف باعتبار أن نفقتهما واجبة عليه، وهو ما نصت عليه المادة 77 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كالآتي: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول، حسب القدرة والاحتياج ودرجة الإرث والقرابة" وتقرير هذا الحكم من طرف المشرع إنما جاء مراعاة لتلك الروابط الوثيقة التي تجمع الولي بالصغير.³

¹ المواد 465 وما بعدها من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² الهادي معيفي، مرجع سابق، ص 81.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

فالنفقة مردّها الجزئية والبعضية بين الأصل والفرع، واستنادا إلى هذا القاعدة فإنه يباح لأحد الوالدين ممارسة هذا الحق دون الحصول على إذن من المحكمة، لأن النفقة هي إحياء النفس بدفع الهلاك عنها، فلا تقف على قضاء القاضي¹، ومع ذلك فالأب مطالب بأخذ القدر الذي يناسبه ويتناسب مع حالته الاجتماعية، وحالة ولده الصغير، بلا إفراط ولا تقريط.²

وأما المطالبة بالأجرة في مقابل عمل الولاية فالأصل أن الأب لا ينتفع بأموال أولاده القصر، ولا يتقاضى أجرا على استثمار أموالهم أو المحافظة عليها، مادام مستغنيا وعنده ما يكفيه، فإن احتاج فإن له الأخذ من مال الصغير على سبيل النفقة لا على سبيل الأجرة.³

وأما الوصاية فالأصل أنها تكون هي الأخرى بغير أجر، إلى أن المادة 46 من قانون الولاية على المال المصري أجازت للمحكمة بناء على طلب الوصي أن تعين له أجرا أو تمنحه مكافأة على العمل الذي يقوم به.⁴

¹ كمال حمدي، مرجع سابق، ص 49. أ حمد نصر الجندي، الولاية على المال، ص 57.

² خالد عبد العظيم ابو غابة، مرجع سابق، ص 246.

³ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 55.

⁴ المرجع نفسه، ص 108.

المبحث الثاني: انعكاسات السلطة الأبوية على مسائل النفقات

تعدّ مسألة تدخل السلطة الأبوية في موضوع النفقات من المسائل الجديرة بالاهتمام، فالأب وإن وجبت عليه نفقة أولاده عند الاستطاعة، فإن بإمكانه عند عجزه أن يأخذ من مال ولده لينفق منه على نفسه بقدر الحاجة، كما يمكنه كذلك أن يفرض سلطته عليه ليوزعه ويصرفه في النفقات الواجبة من مال الولد على المستحقين لها، توزيعاً عادلاً ودون إجحاف، بالنيابة عنه، ويقوم بسداد ما عجز عنه الابن، ومثال هذه الحالات أن يكون له ولد معنوه وله مال وله زوجة وأولاد، فيتولى الأب بما له من سلطة الإنفاق عليهم من ذلك المال، وسنعالج في هذا المبحث مظاهر السلطة الأبوية في الإنفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري كمطلب أول، ثم علاقة هذه السلطة ببعض الآثار المادية للحضانة كمطلب ثان.

المطلب الأول: مظاهر السلطة الأبوية في الإنفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أوجبت الشريعة الإسلامية على الأب الإنفاق على الولد مادام صغيراً غير قادر على الكسب، ولم يكن له مال، فإن كان له مال أنفق عليه الأب من ذلك المال، وتتوسع دائرة الإنفاق لتشمل طائفة من الأفراد، أو جبت الشريعة الإسلامية إنفاق الولد عليهم، فالأب بما يملكه من سلطة من حقه أن يشرف على توزيع هذه النفقات على هؤلاء الأفراد بالعدل، مع مراعاة عدم الإضرار بذمة الولد المالية، ولمعرفة الأشخاص الذين تصرف لهم هذه النفقات وبحكم الولاية على المال سنقوم ببيان مفهوم النفقة ومشروعيتها وجزاء الإخلال بها وشروطها في الفرع الأول ونتناول شروط نفقة الأصول على الفروع وتقديرها ومشمولاتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم النفقة ومشروعيتها وجزاء الإخلال بها وشروطها

نظراً لحاجة الطفل العاجز إلى من يتولى الإنفاق كونه ضعيفاً وعير قادراً، أوجب الفقهاء على متولي أمورهم أن يقوم بالإنفاق عليهم، ويوفر احتياجاتهم من غذاء، وملبس، وعلاج، وسكن يعيشون في كنفه، ويحتمون بظله، ولا يمكن لصاحب السلطة الأبوية أن يجد تطبيقاً عملياً لسلطته في الحياة اليومية دون الاهتمام بالجانب المادي الضروري في حياة

الطفل، فالمال عصب الحياة، فبه ينمو ويتوسع ومن خلاله يعيش حياة كريمة، وبناء على هذا سنتناول مفهوم النفقة وجزاء الإخلال بها أولاً، ثم نقوم بالتطرق إلى ضابط القرابة الموجبة للإنفاق ثانياً.

أولاً: مفهوم النفقة وجزاء الإخلال بها

1- **تعريف النفقة:** النفقة هي ما يصرفه الزوج على زوجته، والأب على أولاده وأقاربه، من طعام وكسوة، ومسكن، وكل ما يلزم للمعيشة، بحسب المتعارف عليه، وبحسب قدرة المنفق واستطاعته.¹

2- **مشروعية نفقة الأولاد:** إن نفقة الطفل تقع على عاتق والده لا يشاركه فيها شخص آخر، ولا ينازعه في ذلك أحد، لأن نسبه لاحق به²، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.³

والمعنى: أنه على آباء الصبيان رزق الأمهات المرضعات؛ ويعني بالرزق ما يُفَوِّتُهُنَّ من طعام وكسوة، ويعني بالمعروف ما يجب لمثلها على مثله على حسب الأحوال والظروف.

وإذا وجبت نفقة الأمهات على الزوج بسبب الإنجاب كان وجوب نفقة الولد ثابتاً بطريق أولى.⁴

وأما دليل نفقة الأولاد من السنة فقد جاء في الحديث أن هُند بنت عُتبة، قالت للرسول - صلى الله عليه وسلم -: **إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي**

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 169.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 732.

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ بلقاسم شتون، نفقة الأقارب والزوجة، دار الفكر، المنصورة، مصر، ط1، 2010، ص 113.

وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَالَ «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ»¹؛ قال الشوكاني: الحديث فيه دليل على وجوب نفقة الولد على الأب وأنه يجوز لمن وجبت نفقته شرعا على شخص أن يأخذ من ماله ما يكفي حاجته، إذا امتنع عن دفعها وأصر على عدم الامتثال.²

وقد أجمع العلماء على وجوب نفقة الابن والبنت على الأب.³

2- جزاء الإخلال بواجب النفقة

أجمع العلماء على وجوب نفقة الابن والبنت على الأب كما أسلفنا، ويبدو أن المشرع الجزائري لم يركن إلى قول الشافعية القائلين بعدم جواز حبس الوالد المدين بالنفقة للأولاد، وجنح إلى مذهب الحنفية والمالكية والوجه الآخر لدى الشافعية الذين يقولون بمشروعية حبسه عند الامتناع عن الإنفاق، وتقدير مدة الحبس تخضع لسلطة القاضي وللظروف المحيطة بكل حالة.⁴

ولم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى عقوبة الممتنع عن تسديد النفقة، لكن المشرع الجزائري عالج هذا الأمر في قانون العقوبات فقد بينت المادة 331 أن الممتنع عن أداء النفقة المقررة يعاقب بعد مرور شهرين من صدور الحكم الملزم بأداء النفقة، بعقوبة من 6 أشهر إلى 3 سنوات، وغرامة مالية من 50.000 إلى 300.000 دج.⁵

كما أن عدم قدرة الزوج على دفع نفقة زوجته وأولاده لا يُعدّ عذرا مقبولا لإعفائه من النفقة، وإضافة إلى ما ذكرنا فهناك إمكانية الحجز على أجر أو مرتب بقيمة النفقة

¹ البخاري، الصحيح، كتاب النكاح، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة..، رقم الحديث: 5364، مرجع سابق، ج5، ص2052.

² محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق نصر فريد واصل، ج6، المكتبة التوفيقية، مصر، ص 449 .

³ ابن حزم، مراتب الإجماع، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ط2، 1980/1400، ص91.

⁴ أحمد بن عبد الله الجعفري، أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي، مقارنا بأنظمة المملكة العربية السعودية، مجلة العدل، الرياض، السعودية، ط1، 2005، ص122-124.

⁵ المادة 331 من الأمر رقم 66 - 156، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

الغذائية، على أن لا يتجاوز الحجز نصف الأجر أو المرتب وفقا للمادة 777 من قانون الإجراءات المدنية.¹

ويبقى دين النفقة الغذائية مقدما على جميع الديون عند الاستيفاء كما نصت على ذلك المادة 3/779 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

وتحكم المحكمة على الأب بعد التحقق من شروط المادة 331 من قانون العقوبات، بإدانته بجنحة الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء، وتسلب عليه العقوبة القانونية المناسبة.

كما لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتیاد على سوء السلوك أو الكسل أو السُّكْر عذرا مقبولا من المدين في أي حال من الأحوال، وجريمة عدم تسديد النفقة (الإهمال العائلي) هي جنحة مستمرة إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ المقررة للمتهم، وتقدير مدة الحبس والغرامة بيد السلطة التقديرية للقاضي.³

وقد تدخل المشرع في القانون المدني ليؤكد على أهمية النفقة وخصوصيتها فوصفها بأنها حق من الحقوق الممتازة يتعين الوفاء به، وتقدم له الأولوية على سائر الديون الأخرى، وهو ما أشارت له المادة 993 من القانون المدني.⁴

وإن كانت الأم قادرة على النفقة بحيث تكون موسرة ولها مال، وكان الوالد فقيرا معسرا فتحلُّ محل الأب وتجب نفقة أولادها عليها.⁵

¹ المادة 777 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² المادة 779 من القانون 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 616 و617.

⁴ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المادة 992.

⁵ صديق تواتي، مرجع سابق، ج1، ص 564.

ثانياً: ضابط القرابة الموجبة للإنفاق

جعل الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ضوابط من خلالها يصدر الحكم بوجوب إنفاق الأصول على الفروع، والفروع على الأصول، وهذه الضوابط من الفقهاء من ضيق فيها ومنهم من وسع، وهو ما سنتناوله في هذا الجزء مع بيان موقف القانون الجزائري من كل ذلك.

أ- ضابط القرابة الموجبة للإنفاق في الفقه الإسلامي:

نفقة الأولاد تجب بمقتضى سبب القرابة، وتتصدر النفقات الواجبة، واختلف الفقهاء في حدود القرابة الموجبة للإنفاق بين مضيّق وموسّع، ومتوسّط، فاتجه الإمام مالك إلى تضييق نطاقها وحصرها في الأصل المباشر والفرع المباشر؛ فهو يوقفها على الآباء الصليبين والأبناء الصليبين ولا يتعداهم إلى غيرهم من قرابة عمود النسب ولا من قرابة غير عمود النسب.¹

وقاربه في ذلك الشافعي فجعلها واجبة للأصول وإن علوا، والفروع مهما نزلوا، دون تقيّد بدرجة، وضابط القرابة عندهما هو الولادة، فتشمل النفقة الوالدين والأولاد دون غيرهما، ذلك لأن الولد جزء من أبويه وعليه فيجب على الإنسان إحياء كله أو بعضه.

وتوسع الحنابلة في ضابط القرابة فضبط الإمام أحمد حدود القرابة بضابط

الإرث، فكل وارث للصبّي بعد موته يجب الإنفاق عليه على حسب حصته في الإرث.²

وأما الحنفية فتوسطوا في ذلك ورأوا أن من يجب عليه الإنفاق هو من تربطه بالشخص رابطة المحرمية، ويدخل في المحرمية جميع الأصول والفروع والحواشي المشتملة على الأخوة والعمومة والخوالة؛ فالضابط في الإنفاق عندهم هو القرابة المحرمية.³

وقد مال الإمام أبو زهرة إلى اختيار رأي الحنابلة في غير نفقة الأصول على فروعهم، والفروع على أصولهم، كون مناط الإنفاق هو الميراث في غير المذكورين أولى

* المقصود بعمودي النسب عند الفقهاء هو الآباء والأمهات وإن علوا، والأولاد وإن سفّلوا، فعمودا النسب هما إذن: أصول

المرء وفروعه. انظر سعدي أبو جيب، المعجم الفقهي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1988، ص 35.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 415.

³ المرجع نفسه، نفس الصفحة 415.

بالقبول، فلو كان هناك فقير عاجز وله خال موسر وابن عم، فإن الحنفية يوجبون النفقة على الخال دون ابن العم، مع أن هذا الأخير هو من ورثة المنفق عليه، بينما يرى الحنابلة النفقة على ابن العم، لأن الغرم بالغنم، فكلاهما يرث الآخر إن كان للآخر مال، فهو يتحمل تبعه النفقة، فيكافئ عليها باستحقاقه الإرث من هذا الطريق.¹

وإذا لم يكن للأب مال وقدر على الكسب وجب عليه الاكتساب، على رأي الجمهور، فإن امتنع حبسه القاضي، وخالفهم المالكية فقالوا لا يجب الاكتساب، وأما إذا كان معسرا وعاجزا عن الكسب فلا نفقة عليه إذ فاقد الشيء لا يعطيه.²

ويرى المالكية أن النفقة تجب على الأب وحده حصرا دون غيره، بينما ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى وجوب إدخال الأم في النفقة عند عدم وجود الأب، أو فقره، أو عجزه.³

كما اشترط الحنابلة اتحاد الدين في النفقة دون غيرهم، فإذا اختلف ديانة المنفق مع المنفق عليه فلا تجب.⁴

ب. ضابط القرابة الموجبة للإنفاق في القانون الجزائري:

من خلال تحليلنا للمادة 77 التي تشير إلى وجوب الإنفاق على الفروع من طرف الأصول مهما نزلوا، والإنفاق على الأصول من طرف الفروع مهما علوا، فإننا نلاحظ أن المشرع قد وسع من دائرة المنفقين وأخذ برأي الشافعية الذين يضبطون النفقة بالولادة، لكنه قيدها بقيدي القدرة والاحتياج؛ أي على حسب قدرة المكلف بالإنفاق وإمكانياته، ومراعاة احتياجات المنفق عليه، وكذا مراعاة درجة القرابة في الميراث؛ فلا يجوز تخطي درجة إلى أخرى دون مبرر، كما لا يجوز تجاوز درجة قريبة للإلزام بالنفقة لتنتقل إلى شخص آخر بعيد في الدرجة؛ وبعبارة أدق، يجب أن يكون المنفق وارثا للمنفق عليه ومن أقرب الوارثين

¹ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق،، ص 416.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص775 و776.

³ المرجع نفسه، ج8، ص778.

⁴ المرجع نفسه، ج8، ص777.

إليه، إلا إذا كان القريب في حالة إعسار، فيمكن الانتقال حينئذ إلى الدرجة الموالية ولو كان بعيدا.

فالمشعر الجزائري تخلى قليلا عن المذهب المالكي وأخذ جزئيا بالمذهب الشافعي لتشمل النفقة كل الأصول وكل الفروع، كما أخذ بالمذهب الحنبلي جزئيا عندما أخذ بدرجة الإرث في إيجاب النفقة، دون أن تخرج جميعها عن عمود النسب.¹

ومما يؤكد على ذلك ما لمسناه من خلال قرار المحكمة العليا الذي نص على المبدأ التالي: "نفقة الأصل (الجد) على الفرع (الحفيد) تكون حسب القدرة والاحتياج" وفي قضية الحال فإن المحكمة العليا نقضت القرار المطعون فيه لأنه حكم على الجد بالإنفاق على حفيده دون تحقيق مُسبق حول قدرة واحتياج الطرفين.²

وكان الأولى بالمشعر الجزائري أن لا يسلك مذهب الحنابلة لأنه مذهب غريب عن مجتمعنا، فهو يسقط النفقة عند اختلاف الدين بين المنفق والمنفق عليه، لأن الكفر مانع من موانع الميراث، ينتج عنه المنع من النفقة، وهو تطرف غير مستساغ، يتناقض مع ما هو موجود في واقعنا العملي، وفي فقها الإسلامي، إذ كيف نحرم مثلا ابنا مُعوقا مسلما من النفقة بحجة أن أباه مسيحي مثلا.

لذا اقترح الأستاذ لحسين أث ملويا تعديل المادة 77 من قانون الأسرة حتى تتماشى مع المنطق والعدالة، ومبادئ الإنسانية السامية، ويكون نصها كالاتي: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج، مهما كانت درجة القرابة" فقد حذفت كلمة " الإرث " لتفادي تلك المساوىء، مع التمييز في الدرجة، أسوة بالمذهب الشافعي.³

¹ فتحة حاب، النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الأمل، الجزائر، 2014، ص23.

² المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 259422، المؤرخ في: 2001/02/12، المجلة القضائية، عدد2، 2004، ص337.

³ لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 552.

الفرع الثاني: شروط النفقة على الفروع وتقديرها ومشمولاتها

قد يُحرم بعض الفروع من استحقاق النفقات الواجبة في حقهم، نظرا لعدم استيفائهم لشروط الإنفاق، وهذه الشروط يمكننا الوقوف عليها من خلال النظر في آراء فقهاء الشريعة، وكذا من خلال موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط.

أولا: شروط نفقة الأصول على الفروع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ليس كل شخص يستحق أن يُنفق عليه من قبل الغير، وإنما تجب النفقة في حق الأفراد الذين استوفوا الشروط التي ذكرها الفقهاء.

1- شروط النفقة على الفروع في الفقه الإسلامي: يشترط الفقهاء في الابن المنفق عليه مجموعة من الشروط وقد اختلفوا في البعض منها فمنهم من يراها شرطا ومنهم من لا يراها.

أ- الفقر:

إن لم يكن الولد فقيرا فنفقته من ماله، ذلك أن الأصل أن ينفق الإنسان على نفسه، مادام قادرا على كفاية نفسه بماله، أو له كسب يحصل به قوته، وعليه فلا يلزم الغير بنفقته.

وإليك أقوال الفقهاء في ذلك.

- **الحنفية:** إذا كان بحوزة الصغير مال حاضر كعقار أو نقود أو ثياب، فهو غني، وللأب بيع ذلك المال وينفق عليه بقدر ما يلزمه، من حاجات ضرورية وسكن، أما إذا كان المال بعيدا فينفق عليه إلى أن يحضر ماله.¹

وإذا كان الأب موسرا فامتنع عن النفقة حبسه القاضي، ودين النفقة هو الحالة الوحيدة التي يحبس فيها الأب لعدم تسديد ديون ولده، فما عداها من امتناع عن سداد الديون الأخرى لا يعرضه للحبس، لأن الأصل أن إيذاء الأب حرام، وفي الحبس إيذاؤه، إلا عند التقريب في هذه النفقة لأن فيها ضرورة دفع الهلاك عن الولد.²

¹ ابن مفلح، مرجع سابق، ج3، ص398.

² الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص160.

فإن كان عاجزا عن التكسب والإنفاق وجبت النفقة على الأم إن كانت موسرة شرط أن تكون نفقتها لولدها دينا في ذمة الأب إلى أن تتيسر أموره، ولها فيما بعد الحق في المطالبة بإرجاع ذلك الدين.¹

أما إذا مرض الأب مرضا مزمنًا، أو أصابته عاهة منعتة من التكسب سقطت عنه النفقة.

- **المالكية:** العبرة في نفقة الولد الذكر بافتقاره، فمادام الصبي متملكا للمال، أو له صنعة يمكنه التكسب منها، فإنه يعتبر غنيا وتسقط على الأب نفقته، وتستمر إلى البلوغ، والقدرة على الكسب، فإذا كان مجنونا، أو مقعدا، أو مريضا، أو أعمى مثلا، فإن نفقتهم تستمر حتى بعد البلوغ، ما لم يكن لأحدهم صنعة أو حرفة.

ووجوب النفقة هنا على الأب الموسر الذي عنده ما يكفيه ويكفي زوجته، فإن كان معسرا فلا يجبر على التكسب لأجل الإنفاق على الولد المعسر، كما أن النفقة تسقط بمضي زمنها، ولا تترتب دينا في الذمة.²

والأصل ألا يحبس الوالد بدين ولده لكنه استثناء يحبس حال امتناعه عن نفقة ابنه الصغير إن كان له مال لأن ترك الصبي دون نفقة يضره ويقنطه.³

- **الشافعية:** فقر الابن سبب لوجوب النفقة على الأب، فإن كان الصغير والعاجز والمجنون أغنيا فإن نفقتهم تسقط، والمقصود بالغنى هو بلوغ حد الكفاية، وليس المقصود أن يكون ثريا.⁴

وأما بخصوص حبس الوالد بدين الولد فقد ذهب الشافعية في المسألة إلى ثلاثة أقوال: القول الأول الأصح عندهم أنه لا يحبس، والقول الثاني يحبس والقول الثالث يحبس عند الامتناع عن النفقة فقط، وهو الأصح عند الغزالي واختاره ابن الناس.⁵

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص146.

² ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 503.

³ الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج 6، ص 616.

⁴ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص185.

⁵ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج 4، ص139.

- **الحنابلة:** تجب نفقة الآباء على أولادهم إذا كانوا فقراء، فإذا كانوا موسرين فلا نفقة عليهم، وحد اليسار هو قدرتهم على التكسب والإنفاق على أنفسهم، أو يكون لهم مال.¹

ب- **الصغر:** إضافة إلى شرط افتقار الولد يضاف شرط آخر ألا وهو اشتراط الصغر الذي لم يبلغ المتّصف به مرحلة الكسب والقدرة على العمل، فإن بلغها صار على عاتق الأب تعليمه حرفة، أو تأجييره، لينفق على نفسه، لكن هذا الأمر لا ينطبق على الأنثى، لما في توجيهها إلى المجالات المذكورة من مخاطر محتملة قد تقع فيها، كخلوها بمن يستخدمها وهو لا يجوز شرعا، بخلاف ما لو سلمها لامرأة ثقة ومأمونة تعلمها حرفة غير منهي عنها شرعا كخياطة أو تطريز أو غزل أو نحوها فإن ذلك جائز شرعا.²

ت- **الأنوثة:** تجب نفقة البنت الفقيرة على أبيها لكن اختلف الفقهاء في زمن سقوطها عن الأب واليك أقوالهم:

- **الحنفية:** تجب النفقة على الأنثى صغيرة كانت أم كبيرة لأن مجرد أنوثتها عجز، بشرط أن تكون فقيرة، فإن استغنت بعمل يُدرّ عليها دخلا ويكفيها، فينشق عليها الأب من ذلك المال ولا يطالب بنفقتها.³

ولا يجوز له أن يجبرها على العمل والخدمة، وتستمر نفقتها إلى الزواج فإن كان لها زوج فننقتها على زوجها⁴، وإن حصلت فرقة بينهما، أو كانت ناشزا، فننقتها واجبة على أبيها حينئذ.⁵

- **المالكية:** النفقة للبنت سواء بلغت أم لم تبلغ واجبة على أبيها ما دامت في بيت أبيها، فإذا تزوجت ودخل بها الزوج سقطت نفقتها باتفاق، إلا إذا كان الزوج فقيرا، فتستمر النفقة على الأب لأن زوجها لا يغني عنها شيئا، وتعود النفقة على الأب أيضا عند طلاقها أو

¹ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص211.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص776.

³ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص337.

⁴ المرجع نفسه، ج5، ص341.

⁵ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب ابي حنيفة، دار القلم، الكويت، ط2،

1990/1410، ص204.

موت زوجها في حالات وهي: إن عادت له البنت صغيرة دون البلوغ، أو بكرًا ولو بالغًا، وتعود أيضًا عند دخول الزوج بها وهي مصابة بمرض مزمن، أما إذا دخل بها وهي صحيحة سليمة، ثم طرأ عليها المرض المزمن وعادت إلى أبيها وهي بهذه الحال، أو استعادت عافيتها بعد الدخول ولكن عاودها المرض المزمن، فإن النفقة لا تجب على أبيها، وهناك رأي يقول بعودة النفقة على أبيها عند إصابتها بالمرض المزمن مطلقًا دون تقييد.¹

ولذلك قال بن جزي: وإن طلقت البنت بعد سقوط نفقتها لم تعد على الأب إلا إذا عادت وهي غير بالغ.²

والقول الأخير هو اجتهاد فقهي له ما يؤيده في الواقع، لأن فيه صيانة لشرف المرأة وضمانًا لكرامتها، ودرءًا للمفاسد التي قد تنجر من سلوكها لطريق التسول، وهذا كله في حال ما إذا لم يكن للبنت المطلقة أو المتوفى عنها زوجها عمل أو صنعة تغنيها عن ذل السؤال، فإن كان لها ذلك سقطت نفقتها عن الأب.³

- الشافعية: الأنثى كالذكر فتجب نفقتها على أبيها إلى أن تبلغ وتصير قادرة على الكسب، فإن لم تقدر على الكسب فنفتها على أبيها.⁴

قال الشرييني قال: إذا عقد عليها الزوج تسقط نفقتها في جميع الأحوال عن أبيها، وتصير النفقة واجبة على الزوج، ولو كان معسرًا.⁵

- الحنابلة: لا تسقط نفقة الأب على البنت حتى تتزوج.⁶

الراجح: وجوب النفقة على الأب على كل أنثى ليس لها مال تستغني به، ولو كانت بالغة وقادرة على الكسب إلى أن تتزوج، كما أنها لا تجبر على العمل للإنفاق على نفسها، لكنها إذا امتهنت مهنة الخياطة أو الغزل، أو كانت موظفة، أو عاملة، وكانت الأجرة التي تتقاضاها تكفيها واستغنت بها، سقطت نفقتها على الأب.

¹ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 504.

² ابن جزي الكلبي، مرجع سابق، ص 181

³ بلقاسم شتون، نفقة الأقارب والزوجة، مرجع سابق، ص 119.

⁴ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج 10، ص 172.

⁵ الخطيب الشرييني، مرجع سابق، ج 5، ص 185

⁶ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 215.

ونرجح كذلك عودة النفقة على الأب إذا طلقت البنت ولم يكن لها مال في جميع الأحوال، لأن نفقة زوجها عليها قد سقطت بالفرقة، فكان لزاماً أن ترجع على المنفق عليها الأول.¹

ث- المرض: قد يصاب الشخص بعاهة مستديمة، أو عجز يَحُول دون أدائه لعمله وتوفير حاجياته ونفقاته، فإذا وجد من يعوله كالأب، وجب الإنفاق عليه لعجزه، واليك أقوال الفقهاء في المسألة.

- الحنفية: إذا بلغ الولد الحلم وكانت به عاهة تمنعه من التكسب استمرت النفقة على أبيه.²

- المالكية: إذا بلغ الولد عاقلاً بالغاً قادراً على الكسب فإن نفقته تسقط عن أبيه، ولا تعود مرة أخرى إن ألم به جنون أو عجز عن الكسب، بخلاف ما إذا ما لازمته هذه العاهة أو العجز واستمرت معه إلى ما بعد البلوغ، ولم يكن له صنعة، فلا تسقط النفقة عنه، بل تجب على أبيه.³

- الشافعية: من بلغ وهو لا يستطيع التكسب كالمجنون والزَّمن وجبت النفقة على أبيه.⁴

- الحنابلة: خالفوا الجمهور وقالوا أن وجود نقص في الخلقة للمنفق عليه كالمرض المزمن والعمى، أو نقص في الأحكام، كالصغر والجنون، لا يوجب النفقة على الأب، لأن العبرة في النفقة بالفقر والاحتياج وعدم القدرة على الكسب، فإذا وجد في هؤلاء ما يمنعهم من التكسب وجبت النفقة عليهم، وهذا هو ظاهر المذهب لكن ظاهر كلام الخرقي وجوب النفقة عليهم مطلقاً.⁵

¹ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج10، ص 172.

² ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص341.

³ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 503.

⁴ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص186.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص215.

ج- **طلب العلم:** نص الفقهاء على أن طالب العلم يعتبر عاجزا عن الكسب فتجب نفقته على من تجب عليه شرعا، إذا كان ذا رشد، ويتعلم علوما نافعة مشروعة غير محظورة، بما في ذلك العلوم الدينية والعلوم الأخرى كالطب والكيمياء والفيزياء وغيرها.¹

وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى وجوب نفقة طالب العلم الذي لا يتفرغ للتكسب، وأوردوا قول السلف بوجوبه، وهو المختار عندهم، بالرغم من معارضة أبي حامد الغزالي وانتصاره للقول بعدم الوجوب نظرا لفساد أحوال الطلاب في ذلك الزمان.

إلا أن هذا القول اعترض عليه بأنه بعد غزو التتار لبلاد المسلمين، ومقتل الكثير من العلماء صار من الواجب القول بوجوب نفقتهم وهو ما يؤدي إلى حفظ العلوم، وتثوير العقول، وترغيب الناس في طلبها، والقول بعدم وجوب النفقة يؤدي إلى ضياع العلم وتعطيله.²

على أن الاحتجاج بالخوف على ضياع العلم ليس على إطلاقه دائما، بل هو مقيد بشرطين نص عليهما العلماء وهما:

الشرط الأول: أن يتصف طالب العلم بالجد والاجتهاد وأن يكون ناجحا ومثابرا في مساره الدراسي، فلا نفقة لكسول، ولا لراسب أثبتت التجربة عدم أهليته لتلقي العلم، وإن كان هذا لا يمنع من توجيه هؤلاء للحياة العملية، وممارستهم لأنشطة أخرى نافعة غير طلب العلم.

الشرط الثاني: أن تكون العلوم التي يتلقاها الطالب مفيدة له، ولمجتمعها وأمتها، سواء كانت علوما دينية شرعية، أو دنيوية، كعلوم الطب والهندسة والكيمياء، والعلوم الإنسانية والاجتماعية والتربوية.³

¹ نجيب صدقة، مرجع سابق، ص 580.

² ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص341.

³ عبد الرحمن الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، دار القلم، دبي، الإمارات، ط3، 2000/1421، ص325.

2- موقف المشرع الجزائري من شروط النفقة على الفروع

لقد حسمت المادة 75 من قانون الأسرة الجدل الفقهي حول بداية النفقة للأولاد وانتهائها، فنصت على وجوب النفقة على الأب الموسر، الذي عنده من المال ما يكفي لسد حاجيات أبنائه، وتستمر نفقته بالنسبة للذكر إلى سن الرشد وهو 19 سنة، وبالنسبة للإناث، إلى تحقق الدخول بها وهو يوم الزفاف، لأن مجرد إبرام عقد الزواج لا يعفي الأب من النفقة وتوجّه المشرع هذا موافق لما عليه المالكية والحنفية.¹

فإن كانت البنت غير بالغة لسن الرشد القانوني كأن تكون في السادسة عشر من عمرها فلا يسمح لها بالزواج إلا عن طريق استصدار ترخيص من القاضي بالزواج.²

وعند وجود عجز بالولد، أو إصابته بعاهة عقلية أو بدنية أو كان يزاول دراسته، فإن نفقته تستمر على الأب، وتسقط بالاستغناء عنها عن طريق الكسب أو بوجود المال الكافي للنفقة أو بانتهاء الدراسة وهو موافق لآراء الفقهاء.³

وحددت المادة استمرار النفقة بالرشد مع القدرة على الكسب، فمتى توفرت القدرة على الكسب سقطت النفقة على الأب، ولا تسقط إذا لم يجد الولد عملاً يتكسب منه⁴، وقد مال المشرع هنا إلى مذهب الحنابلة الذين أوجبوا النفقة للولد الكبير الفقير ولو كان صحيحاً⁵ لأن العبرة في النفقة عندهم بالفقر والاحتياج وعدم القدرة على الكسب والمبدأ عندهم هو وجوب النفقة على المولودين والوالدين دون اشتراط نقص الخلقة كالعجز والمرض في ظاهر المذهب، وخاصة في هذا الزمان الذي انتشرت فيه البطالة وصعوبة التكسب.⁶

¹ المصري مبروك، مرجع سابق، ص 496.

² لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 536.

³ صديق تواتي، مرجع سابق، ج 1، ص 563.

⁴ المرجع نفسه، ص 564.

⁵ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 215.

⁶ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 776.

غير أن المشرع لم ينص على إلزام الولد بالكسب، ومن شأن ذلك أن يكون مدعاة للتواكل، والخلود إلى الكسل، والإعراض عن العمل، وكان جديرا به أن لا يترك هذه الثغرة القانونية لئلا يستغلها هؤلاء الأبناء، ويفصل فيها حتى لا يكونوا عالة على الغير، ومن ثم يكون تحديد سن الرشد مع القدرة على الكسب كافيا لسقوط النفقة على الولد، وهذا هو رأي الجمهور غير الحنابلة.¹

وتبنى المشرع الجزائري الرأي الحنفي الذي يلزم الأب بالإنفاق على الولد المنهمك في طلب العلم، وتحصيل الفنون، وخصوصا في عصرنا الحالي الذي قد تدوم فيه الدراسة إلى سن الخامسة والعشرين أو تزيد، ومعلوم أن منحة الطالب التي يتقاضاها لاتسمن ولا تعني من جوع، ولا تكفي حتى حاجياته البسيطة، فكان لزاما على من يعيله من الأصول الاستمرار في نفقته إلى حين انتهاء دراسته.²

وإذا كان الابن المعاق يتقاضى منحة تقدم له على سبيل الإعانة ولا تكفي حاجياته، فلا يسقط حقه في النفقة، لعدم الاستغناء بها.

وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما خلاصته: "من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإنفاق على الولد الذي ليس له كسب، ومتى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه مُعَوَّق ويتقاضى منحة شهرية، فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون".³

ويمكن للمشرع الجزائري في تعديل قادم أن يستند إلى هذا القرار، ويزيل الغموض بشأن نفقة الطفل المعوق التي لا تفي حاجياته، ومن ثم يقوم بإلزام أصوله بالإنفاق عليه.

ثانيا: تقدير النفقة ومشمولاتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

اختلف الفقهاء في تقدير النفقات وما تشتمل عليه، وكل منهم نظر إلى الزواية التي من خلالها تتحقق الكفاية المادية للطفل، في حين سلك المشرع الجزائري مسلكا لم يكن

¹ المصري مبروك، مرجع سابق، ص 496.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 106.

³ المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم: 179126، المؤرخ في: 17/02/1998، عدد خاص، 2001، ص 198.

مخالفاً بل كان جامعاً حاول من خلاله التوفيق بين آراء الفقهاء، إلا أن بعض عباراته اتسمت بالغموض وعدم الوضوح، وهو ما سنكشف عنه عند تعرضنا لمسألة تقدير النفقة ومشتملاتها عند كل فريق.

1- تقدير النفقة ومشتملاتها في الفقه الإسلامي:

أ- تقدير النفقة في الفقه الإسلامي

تقدر نفقة الأولاد بالكفاية، والولد من الأقارب، ولأنها وجبت للحاجة فتقدر بما تندفع به الحاجة، ودليلهم قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ»¹، فقدّر نفقتها ونفقة أولادها بالكفاية، وبهذا صرح الفقهاء الآخرون² وتحقيق هذه الكفاية يتطلب الوقوف على أعراف الناس وعاداتهم في هذه النفقة، حيث لم يرد نص شرعي في تقدير هذه النفقة، وقد نص الفقهاء على ضرورة مراعاة أعراف الناس وعوائدهم، فقد جاء في كشف القناع "والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة بقدر العادة... لأنها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة"³. وقال ابن جزى المالكي "يجب للأولاد والأبوين النفقة على قدر حال المنفق وعوائد البلاد"⁴.

كما يراعى في النفقة حال المنفق عليه من النواحي الاجتماعية والشخصية والاقتصادية، لمعرفة حاجياته، اعتماداً على سنه، ورجبته في النفقة من عدمها. ويراعى كذلك حال المنفق الذي سيتحمل النفقة، فقد يكون صاحب دخل ضعيف أو متوسط، ولا يستطيع تحمل أعباء النفقة التي ستفرض عليه، والقاعدة في الشريعة الإسلامية تنص على "ألا تكليف إلا بما يطاق" ونفقة القريب وجبت على سبيل المواساة، فلا يجوز أن تنقل كاهل المواسي الملزم بالنفقة وهو ما نص عليه الشافعية.⁵

¹ البخاري، الصحيح، كتاب النكاح، باب إذا لم يُنفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه، رقم الحديث، 5364، مرجع سابق، ج 5، ص 2052.

² ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 196.

³ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 486.

⁴ ابن جزى الكلبي، مرجع سابق، ص 244.

⁵ الخطيب الشرييني، مرجع سابق، ج 5، ص 186.

ولذلك كان من أسس العدالة الاجتماعية في الإسلام مراعاة حال المنفق والمنفق عليه، فإن تعذر ذلك بأن كان المنفق في أدنى مراتب اليسار، وكان المنفق عليه يحتاج إلى نفقات واسعة، لا يستطيع أن يفي بها المنفق، فإن المرجح في هذه الحالة تغليب كفة المنفق ومراعاة أحواله وظروفه على كفة المنفق عليه.¹

ب- مشتملات النفقة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في مشتملات النفقة وهي الطعام والكسوة والسكن وأجرة الطبيب، وثمان الأدوية، والخادم، وتزويج المنفق عليه؛ فتعددت آراؤهم بين موسع ومضيق فيها:

- الطعام والكسوة والسكن:

اتفق الفقهاء على أن نفقة القريب تشمل توفير طعامه وكسوته وسكنه ورضاعه²، وبعضهم عبر عن الطعام بذكر الخبز والأدم.³

- أجرة الطبيب وثمان الأدوية:

لم ينص الحنفية على أجرة الطبيب وثمان الدواء ولم يلزموا الزوج بذلك⁴، وأما الشافعية فقالوا يدخل في الكفاية أجرة الطبيب وثمان الدواء على الوالد لابنه.⁵

لكن الراجح أن علاج الولد على أبيه، لأنه لا غنى عنه، والنفقة وجبت لسد حاجة المنفق عليه، ومرض الابن سبب مشروع لقيام الأب بتغطية مصاريف علاجه، وهو مقيد بمراعاة حالته المادية وظروفه الاجتماعية فلا إفراط ولا تفريط.⁶

¹ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج10، ص 233.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص780.

³ ابن جزى الكلبي، مرجع سابق، ص244. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج5، ص 486.

⁴ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص336.

⁵ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص186.

⁶ عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج10، ص 235.

- **الخدم:** إذا احتاج الولد إلى خادم يخدمه فعلى الأب القيام بنفقته، لأنه من تمام كفاية الولد عند الحنفية¹، وهو قول الشافعية²، وقول الحنابلة أيضا³، وقول المالكية في المعتمد، فقد علق الدسوقي على كلام الدردير القائل بسقوط نفقة الخادم على الأب، أن هذا الكلام لا أساس له، وهو مناقض للقول المعتمد في المدونة من وجوب إخدام الولد إن احتاج لخادم، بشرط يسار الأب، وأن يكون ذلك في فترة الحضانة دون غيرها⁴.

- **تزويج المنفق عليه:** وأما بخصوص تزويج الأبناء فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الآباء غير ملزمين شرعاً بتزويج أبنائهم، قال النووي وهو من الشافعية: لا يلزم الأب إعفاف الابن⁵، ويرى الحنابلة وجوب ذلك⁶، وأن من تمام كفاية النفقة تزويج المنفق عليه إن احتاج إلى الإعفاف، إن لم تكن له زوجة، وأما المنقول عن الإمام مالك في المدونة من أنه لا يجب عليه تزويجه، فقد رجح اللخمي وجوبه لكن ابن عرفة رد عليه⁷.

والخلاصة أن المسئول على الإنفاق عليه يجب أن يوفر للولد المتطلبات الأساسية، من مأكّل ومشرب وملبس ومسكن لائق به، ويدخل في ذلك أيضا أجره الطبيب وثمان الدواء عند الشافعية⁸، والزامية تعليمه عند الحنفية عند ظهور الجد وحصول الاجتهاد منه⁹.

وانفق الفقهاء على وجوب أجره الخادم إن احتاج المحضون إلى ذلك¹⁰.

¹ الكاساني، مرجع سابق، ج5، ص159.

² الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص186.

³ منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج5، ص679.

⁴ ابن عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص502.

⁵ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9، ص86.

⁶ ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص217.

⁷ الحطاب الرعيني، مرجع سابق، ج5، ص576.

⁸ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص186.

⁹ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص341.

¹⁰ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص695.

2 - تقدير النفقة ومشمولاتها في القانون الجزائري

أ- تقدير النفقة في القانون الجزائري

أورد المشرع الجزائري في قانون الأسرة موضوع نفقة الأولاد ضمن الكتاب الأول من الباب الثاني في الفصل الثالث تحت عنوان النفقة، وذلك من خلال التنصيص على ست مواد توضح أحكامها، وهي المواد من 75 إلى 80.

واستند المشرع الجزائري في نصه على وجوب النفقة على المحضون من مال أبيه، إن لم يكن للمحضون مال إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الأربعة، ورغم أن الأصل هو أن نفقة الولد وسكانه تكون من ماله إن كان غنيا، لكنه إذا عدم ذلك، تحمل الأب عبء الإنفاق عليه.¹

وقد يحدث أن يكون الأب معسرا ففي هذه الحالة تنتقل النفقة إلى الأم وتجب عليها بشرط أن تكون ميسورة الحال، وقد تم النص على هذه القاعدة بموجب المادة 76 من القانون نفسه، "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

واللافت للانتباه أن القانون لم يبين ما إذا كانت نفقة الزوجة على أولادها، ترجع دينا فيما بعد على زوجها يجب الوفاء به عند اليسار أو لا، فعبارة العجز غير واضحة²، إذ الملاحظ أن كلمة "عجز" في المادة جاءت لتعبر عن مدلول كلمة الإعسار، لتحمل معنى عدم القدرة التامة على الكسب لا مجرد الفقر والإعسار، ومن هنا سد المشرع الباب أمام أولئك الآباء الكسالى والمتقاعسين عن أداء نفقات أولادهم، والمتصلين من القيام بواجباتهم بذريعة الفقر، الساعين في إضاعة مصالح المحضونين.³

وقد تصدى الاجتهاد القضائي الجزائري لمثل هذه المحاولات الرامية إلى التهرب من النفقات، وليّ عنق النصوص القانونية لتأخذ تفسيرات غير تلك التي قصدتها المشرع، فقد صدر قرار من المحكمة العليا يقضي بعدم سقوط نفقة البننتين على أبيهما، والذي يعمل

¹ خالد داودي، الحضانة، دار الإعصار العلمي، عمان، الأردن، ط1، 2018/1439، ص 53.

² بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 159.

³ نسيمه أمال حيفري، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث جامعة الجلفة، العدد 27، السنة التاسعة، جوان 2017، ص 6.

كطبيب بحجة يسار زوجته المطلقة التي هي أمهما والتي تعمل كطبيبة، إضافة إلى أنه لم يقدم أدلة تثبت إعساره أو عجزه أمام المحكمة وهو ما ترتب عنه عدم إسقاط النفقة، ومطالبته بها، لعدم وجود مبرر شرعي، أو أساس قانوني يدفعه إلى الامتناع.¹ وخروجا عن المذهب المالكي سار المشرع الجزائري في فلك الفقهاء الثلاثة وابن حزم القائلين بوجوب النفقة على الأم عند عجز الأب، إن كانت قادرة على ذلك.²

ب- مشتملات النفقة في القانون الجزائري:

من خلال قراءتنا للمادة 78 من قانون الأسرة، نلمس حرص المشرع الجزائري على مبدأ شمولية النفقة فهي ليست مقتصرة على نفقة الغذاء والكساء والسكن فحسب، بل تعدتها إلى وجوب علاج المنفق عليه وهو رأي انفرد به الشافعية الذين يقولون بوجوبه، وأخذ به المشرع، و فتحت هذه المادة الباب على مصراعيه لإدخال كل ما هو ضروري في معنى النفقة الواجبة بالنسبة للمنفق عليه، وهو ما يعد من أساسيات الحياة ولا يستغني عنه الإنسان وفق ما يقتضيه العرف والعادة.

كما ألزم المشرع الجزائري في المادة 79 من قانون الأسرة القاضي الذي سيتولى إصدار الحكم بالنفقة مراعاة أحوال الطرفين، المنفق والمنفق عليه، من الناحية الاقتصادية ومن الناحية الاجتماعية وظروف المعيشة، عند تقديره مبلغ النفقة المحكوم بها، ولا يتم مراجعة مقدار هذه النفقة إلا بعد مرور سنة من صدور الحكم بها، ومخالفة هذه القواعد تعرض حكمه للإلغاء أو التعديل.³

وبناء على ما ذكرنا يمكن القول أن الأب يملك سلطة الإنفاق على ولده فلا ينازعه في ذلك أحد، ثم تليه الأم بعد ذلك، كما يملك سلطة الأخذ من مال ولده الموسر الذي تحت ولايته لتغطية نفقات أصول وفروع ذلك الولد التي وجبت عليه.

¹ المحكمة العليا، غ أش، رقم الملف: 237148، المؤرخ في: 2000/02/22، المجلة القضائية، العدد 1، 2001، ص 284.

² المصري مبروك، مرجع سابق، ص 298.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 107.

المطلب الثاني: السلطة الأبوية وعلاقتها ببعض الآثار المادية للحضانة

بين الفقهاء أن الأصل في الإنسان أن ينفق على نفسه من ماله، فإن كان للصبى مال أنفق عليه من ذلك المال، وإن لم يكن له مال فعلى الأب خمس نفقات نحوه أجره الرضاع، وأجرة الحضانة، ونفقة المعيشة من صابون، ودُّهن، وفراش، وغطاء، وأجرة مسكن الحضانة، وأجرة الخادم إن احتاج إليه.¹

وسنعالج في هذا المطلب نظرة الفقه الإسلامي إلى أجره كل من الرضاع والحضانة وأجرة السكنى باعتبارها من الآثار المادية للحضانة في الفرع الأول، ثم ننتقل بعدها إلى موقف المشرع الجزائري من أجره السكنى وأجرة الرضاع والحضانة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: نظرة الفقه الإسلامي إلى أجره الرضاع والحضانة وأجرة السكنى

لا تقوم الحضانة على الإشباع العاطفي للولد فحسب، فبالإضافة إلى أهمية حضور الجانب المعنوي في الحضانة المتمثل في التربية، إلا أن ثمة جانبا ماديا آخر متعلقا باستئثار الأم بأجرة الرضاع والحضانة وأجرة المسكن، ليساعدها ذلك على استكمال مهمتها على أحسن وجه، ويشجعها على القيام بالمسئولية المنوطة بها، لذا سنقف على آراء الفقهاء ومواقفهم من الآثار المادية للحضانة ومدى أحقية الأم لهذه الأجرات من عدمه.

أولا: نظرة الفقه الإسلامي إلى أجره الرضاع والحضانة

فصل الفقهاء في استحقاق الأم لأجرة الرضاع والحضانة من عدمها سواء حال قيام الزوجية أو حال انحلالها وإليك بيان آرائهم.

الحالة الأولى: عند قيام الرابطة الزوجية

ظهر قولان للفقهاء في هذه المسألة ففريق منهم يقول باستحقاق الأم أجره الرضاع والحضانة حال قيام الزوجية، والفريق الآخر يقول بعدم استحقاقها لذلك.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص 665.

1-القائلون بعدم استحقاق الأم أجره الرضاع والحضانة حال قيام الزوجية (الحنفية والمالكية)

أ- الحنفية: لا تستحق الحاضنة أجره على حضانة ولدها ولا على إرضاعه مادامت العلاقة الزوجية قائمة أو كانت المرضعة في عدة طلاق رجعي من أبي الطفل، لأن هذا العمل واجب عليها ديانة، وأما إن كانت في عدة الطلاق البائن، فقيل: لا تستحق أجره الحضانة لانقطاع العلاقة الزوجية، لكن بمجرد انقضاء العدة تأخذ أجره حضانتها كاملة، كباقي الحاضنات الأخريات.¹

وإذا لم يكن للحاضنة بيت تحضن فيه الولد، وجب لها أجره المسكن، لأن ذلك داخل ضمن أجره الحضانة المستحقة، أما إن استطاعت أن تحضن الولد في مسكن لها، فلا تستحق أجره المسكن مع أجره حضانتها²، وبالإضافة إلى كل هذا فإنه يجب على الأب استقدام خادم يقوم على شؤون الصغير.³

ب- المالكية: لا أجره للأم المرضعة إذا كانت زوجية أوجعية، أما إن كانت بئنة فلها الأجره⁴، وأما بخصوص الحاضنة، فلا تأخذ من مال ولدها المحضون مقابلا لحضانتها، إلا إذا كانت فقيرة فتأخذ نفقتها من ولدها لأنها فقيرة، لكن لا يسمى هذا أجره حضانة⁵، وأما بخصوص الخادم للمحضون ففي مشهور المذهب أن ذلك لا يجب، لكن المعتمد كلام المدونة ومفاده أن على الأب إخدام ولده إن احتاج إلى ذلك بشرط يسار الأب وقدرته على ذلك.⁶

¹ ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص259.

² المرجع نفسه، ج5، ص261.

³ المرجع نفسه، ج5، ص262.

⁴ أحمد الدردير، مرجع سابق، ج4، ص 1939

⁵ المرجع نفسه، ج4، ص 1952.

⁶ المرجع نفسه، ج4، ص 1936.

واستثنى المالكية المرأة إذا كانت شريفة القدر فإنها تستحق أجره الرضاع، لأن ذلك غير واجب عليها.¹

2-القائلون بعدم استحقاق الأم أجره الرضاع والحضانة حال قيام الزوجية (الشافعية والحنابلة)

- الشافعية: تستحق الأم وغيرها أجره الرضاع ولو في حال الزوجية²، وتستحق كذلك أجره الحضانة ولو في حال الزوجية، وَلَا تَسْقُطُ حَضَانَتُهَا إِذَا طَلَبَتْ أُجْرَةَ الْمَثَلِ، من مال المحضون أو من مال أبيه إن لم يكن له مال، والحضانة للحفظ والنظر وليست للخدمة³، وعلى هذا فأجره الخادم على الوالد.⁴

- الحنابلة: تستحق الأم الأجره على الرضاع وعلى الحضانة، حال قيام الرابطة الزوجية أو بعدها،⁵ وإن احتاج المحضون لشخص يخدمه كان على الأب مسؤولية إحضاره والتكفل به إن كان قادرا على مؤنته.⁶

فمن خلال هذه الآراء تبين إذن أن الأم إن كانت في عصمة أب الولد، أو كانت مطلقة طلاقا رجعيا فلا تستحق أجره الرضاع ولا أجره الحضانة عند الحنفية والمالكية، لأن الزوج مكلف بالإنفاق عليها، فلا تستحق نفقة أخرى مقابل الرضاع، لئلا يجتمع عليه واجبان: واجب النفقة وواجب الأجره في آن واحد، وأما عند الشافعية والحنابلة فتستحق الأم أجره الرضاع والحضانة معا لأن ذلك بمثابة عقد إجارة بين الأم والأب.

الحالة الثانية: استحقاق الأم أجره الرضاع والحضانة بعد انحلال الرابطة الزوجية

بعد فك الرابطة الزوجية، وبعد انقضاء فترة العدة فإن الأم تستحق أجره الرضاع والحضانة باتفاق الفقهاء.⁷

¹ أحمد الدردير، مرجع سابق، ج 4، ص 1939.

² الرملي، مرجع سابق، ج 7، ص 222.

³ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 5، ص 191، الرملي، مرجع سابق، ج 7، ص 223.

⁴ الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج 5، ص 186.

⁵ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج 5، ص 496.

⁶ ابن قدامة، مرجع سابق، ج 8، ص 222.

⁷ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 663.

ذلك أن مجال النفقة يكون جزءاً من إجراء الحضانة الذي يحمل معنى شاملاً للرعاية المادية والأدبية، وجاءت أحكام الفقه الإسلامي لتوضح ما لهذا المحضون من نفقات فإن كان له مال أنفق عليه من ماله، وإن لم يكن له مال فإن الإنفاق عليه يتعلق بذمة والده، والأم مكلفة بواجب الإرضاع دون مقابل في حال الزوجية، وعند الانفصال عن الأب تطالبه بأجرتها، وعند امتناعها يقع على الأب واجب استئجار مرضعة لولده.¹

ثانياً: نظرة الفقه الإسلامي إلى أجره السكنى

إسكان المحضون في بيت لائق به هو من ضمن عناصر نفقة الصغير، وإذا تعذر العثور على مسكن وجب استئجار منزل لممارسة الحضانة وإليك تفصيل آراء الفقهاء في المسألة:

- **الحنفية:** الأظهر عندهم لزوم السكنى للحاضن والمحضون على الأب، وتجب أجره المسكن إن انعدم، لأنه داخل في نفقة الولد، فإن كانت تملك سكناً سقط عن الأم مطالبة الأب به.²

- **المالكية:** من حق الحاضنة أن تعيش في سكن لائق بها، فإذا انعدم طوّل الأب بكراء مسكن للحاضن، أو يجتهد الحاكم أو القاضي أو غيرهما في توزيع أجره المسكن بين الأب والحاضنة، كنصف الأجره لكل منهما، أو يقدم الأب ثلث الأجره، وتقدم الأم ثلثيها، أو العكس.³

- **الشافعية:** لهم قولان في المسألة: قول صريح يفيد بعدم وجوب السكن على الأب إن لم تكن في عصمته، ولها أن تستأجر بأجره الحضانة سكناً، وهو ما أفتى به ابن حجر

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج8، ص666.

² ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص259.

³ أحمد الدردير، مرجع سابق، ج4، ص1951.

الهيثمي¹، والقول الثاني يمكن أن نستشفه ضمنا من كتب الشافعية والذين ينصون على وجوب إخدام الولد وتوفير بيت يليق بحاله لئلا يضيع.²

وبناء على يمكن القول بأن من تجب عليه نفقة الحاضنة يجب عليه إسكانها لأنها تَبَع لولدها في السكنى.

- **الحنابلة:** لم يتعرض فقهاء الحنابلة إلى سكن الحاضنة ولا إلى أجرته ولم يصرحوا بذلك، لكن ما يفهم من خلال حديثهم عن نفقة الأولاد أن سكنى الصغير تدرج ضمن النفقات التي تجب على الأب، ففيه تلميح بأن الحاضنة تتبع المحضون في سكنه.³

فيفهم إذن من خلال عبارات الفقهاء فيما يخص سكن المحضون والحاضنة أنهم شبه متفقين على وجوبه للصغير، وإن تباينت آراؤهم بخصوص سكن الحاضنة، والحقيقة أن الحاضنة ساكنة معه بالتبعية إذ لا يتصور أن يقيم المحضون وحده في بيت دونها، فهي من تشرف على شؤونه وتربيته.

ولهذا اعتبر الشافعية والحنابلة السكنى من النفقة، فمن تجب عليه نفقة الحاضنة يجب عليه إسكانها.⁴

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أجره السكنى وأجرة الرضاع والحضانة

وسع فقهاء القانون من عناصر النفقة لتشمل كل ما هو ضروري في العرف والعادة، وانطلاقا من هذا جاءت المادة 78 من قانون الأسرة لتفتح المجال ليدخل ضمن هذه العبارة كل ما هو ضروري للإنسان في مفهوم النفقة الشرعية وفقا لعرف كل بلد وعاداته.⁵

¹ ابن حجر الهيثمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، ج4، مطبعة عبد الحميد أحمد، القاهرة، مصر، 1957، ص 216.

² الرملي، مرجع سابق، ج 7، ص 220، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9، ص85.

³ منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج5، ص481.

⁴ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج17، ص312.

⁵ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص107.

فيندرج تحت هذا المعنى تعليم الولد، وتوفير خادم له إن أمكن وقدر الأب على ذلك، وكذا إعفاهه بالزواج خشية الوقوع في الحرام بشرط كون المنفق موسراً مستطيعاً لذلك.¹

وقد نصت المادة 72 المعدلة من قانون الأسرة، على أنه "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار".

وهو عين ما ذكره الحنفية والمالكية صراحة بخصوص توفير سكن للحاضنة أو استئجاره إن لم يوجد سكن لها، وهو ما عبر عنه الشافعية والحنابلة تلميحا من خلال ذكرهم لمشتملات النفقة التي تفي حاجياتهم وتوفر لهم الكفاية.²

وذكرت هذه المادة أيضا أن الأب هو المسئول عن توفير السكن، وعند عجزه عن ذلك يستأجر لها سكناً ويدفع أجرته، أو يدفع بدل الإيجار عند التعذر، لكنها لم تذكر حالة وجود مال خاص بالابن، فالأصل أن سكن الحاضنة أو أجرته على عاتقه، وليس على عاتق الأب، كما نص على ذلك الفقهاء، وهو ما نصت عليه المادة 72 قبل التعديل من أن "سكن المحضون ونفقته تكون من ماله، إن كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكناً، وإن تعذر فعليه أجرته" أما المادة المعدلة فلم تبين مكان المسكن الذي تمارس فيه الحضانة، لكن المحكمة العليا اتجهت إلى أن مسكن الحضانة هو المسكن المتواجد بالقرب من مسكن الزوجية قبل الطلاق، وعليه فلا يلزم الأب بتوفير سكن في مكان آخر تختاره الحاضنة، فإن لم يكن فمكان الحضانة هو بيت أهلها، كما أن إقامتها عندهم لا يسقط حقها في مطالبة الأب بالسكن أو أجرته.³

¹ خالد عبد العظيم ابو غابة، مرجع سابق، ص 117.

² ابن عابدين، مرجع سابق، ج5، ص259. أحمد الدردير، مرجع سابق، ج4، ص1951. الرملي، مرجع سابق، ج7، ص220، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج9، ص85. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج5، ص481.

³ المحكمة العليا، غ أ ش، رقم الملف: 581700، المؤرخ في: 2010/11/11، المجلة القضائية، عدد1، 2011، ص252.

ولم تذكر المادة عند دفع أجرة السكن للحاضنة، هل تستحقها في حال وجود سكن مستقل بأبويها هي وأبنائها، أم تتضمن أيضا حالة سكنها مع والديها؟.

والجواب أن الأوضاع الاقتصادية الصعبة التي تمر بها الأسرة الجزائرية اليوم تحول دون تحقيق ما يصبوا إليه المشرع، ولذا فبقاء الحاضنة مع والديها، هو الأفضل لها، إذا لم يكن لها دخل خاص، كما أن نفقة الصغار لا تشمل نفقة الحاضنة، لأن الأب غير مسؤول عنها قانونيا، إضافة إلى أنها لا تغطي حاجات الأولاد فضلا عن الأم.

ولذلك يستحسن أن تصاغ المادة 72 من قانون الأسرة مرة أخرى بإضافة عبارة " إذا قامت الحاضنة بتوفير مسكن عند عجز الزوج، ولو كان هذا المسكن سكن أبويها، فإن على الأب دفع بدل الإيجار لها ما لم يضر بمصلحة المحضون".¹

وما يمكن ملاحظته في هذا المقام أن نص الفقرة الثانية من هذه المادة جاءت صياغتها غير دقيقة ومجانبة للصواب حيث نصت على أن " تبقى الحاضنة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن"، والحقيقة أن هذا الوضع لا أساس له في الواقع، بل يكاد يكون معدوما وفي حكم المستحيل، فلا يمكن تصور نزاع بين الزوجين يصل إلى حد الطلاق، ومع ذلك نجد الزوجة لا زالت مقيمة في بيت الزوجية إلى غاية صدور حكم الطلاق؛ بل إلى غاية تنفيذ الجزء المتعلق بتوفير المسكن، لأن الزوجة في تلك اللحظة تكون قد خرجت من بيت الزوجية بإرادتها، أو طردت منه، ولم يعد باستطاعة أحدهما الجلوس مع الآخر.²

ومن خلال التمعن في المواد 76، 77، 78 يظهر جليا إجماع المشرع الجزائري عن الحديث عن أجرة الحضانة أو أجرة الرضاع، وهو ما يجعلنا نلجأ إلى الفقه الإسلامي

¹ بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 259.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 146.

ليحيلنا على آراء الفقهاء التي تباينت بخصوص هذه المسألة، بين من يوجبها ومن يرفضها.¹

وفي هذا الصدد يجدر التنبيه إلى أن النفقات المحكوم بها لصالح الأولاد هي من أجل الغذاء واللباس والعلاج شرعا وقانونا، والمشرع يرفض كل إجراء يتضمن طلب إدخال قيمة إيجار السكن المخصص لممارسة الحضانة، لأن نفقة سكن المحضون حق مستقل للحاضنة ولا علاقة له بالنفقات الأخرى²، بدليل أنه ذكر في مواد الحضانة ولم يذكر في مواد النفقة.

وفي خاتمة هذا الفصل بإمكاننا القول بأن السلطة الأبوية بما لها من قوة شرعية وقانونية يمكن لها أن تتدخل في ذمة القاصر المالية فيؤدي ذلك إلى افتقارها في حالات استثنائها الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مع أن الأصل هو عدم التدخل، وقد يكون الغرض من وراء هذا الإجراء هو تغطية بعض النفقات المتعلقة بالأبوين أحيانا، أو المتعلقة بالأب العاجز عن ذلك أحيانا أخرى، أو المتعلقة بالأفراد الذين ينفق عليهم الابن، فيقوم الأب بالنيابة عنه في صرفها لمستحقيها، وبطبيعة الحال فإن المخاطب بنفقة الأولاد هو صاحب السلطة الأبوية فالحق المتمثل في بسط السلطة على الأولاد، يقابله واجب الإنفاق عليهم، وقد يكون إجراء هذه النفقة أيضا داخلا في مجالات هذه السلطة بحيث يستأثر به الوالدان دون غيرهما، ولا ينازعهما في ذلك أحد.

وأما بخصوص الجوانب المادية للحضانة وتأثيرها بهذه السلطة، فقد خلصنا إلى أن فقهاء الحنفية والمالكية لا يوجبون عند قيام الزوجية أجره الحضانة والإرضاع على الأب، بخلاف الشافعية والحنابلة الذين قالوا أن الأم تستحق ذلك، واختلفوا كذلك في استحقاقها بعد فك هذه الرابطة الزوجية بين موجب ومانع، وأما السكنى للصغير فالفقهاء شبه متفقين على

¹ باديس نياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص156.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص393.

وجوبها على الأب، وذهب بعضهم إلى اعتبارها داخلة ضمن مشتقات النفقة، ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى أجره الحاضنة ولا إلى أجره الموضع، ليحيلنا بذلك إلى أحكام الشريعة المذكورة، وفي المقابل نص على حق الصغير في السكن مع مرافقة الحاضنة له على أساس التبعية، ليظهر مرة أخرى تفوق الفقه الإسلامي على القانون الجزائري في تناوله للعديد من الجزئيات المتعلقة بالسلطة الأبوية ومجالاتها.

وتم الانتهاء بحمد الله من الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الأطروحة.

الخاتمة

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة والتطواف على مجالات وأحكام السلطة الأبوية، توصلت إلى عدة نتائج وتوصيات أجملها على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

- ✓ نظام السلطة الأبوية يقوم على ركيزتين أساسيتين؛ الأولى الإشراف على الشؤون الشخصية للأولاد من إرضاع وحضانة وتربية ورعاية وتأديب ومراقبة وتزويج، والثانية الإشراف على الشؤون المالية للأولاد عن طريق توفير سبل حمايتها، واستثمارها وتنميتها عند اللزوم، وكذا الأوجه المشروعة التي تبيح للولدين الأخذ منها عند الاقتضاء، وهو يسعى لفرض علاقة تتسم بالشدة والقسوة مع الأولاد أحياناً، وبالمرونة والتساهل أحياناً أخرى، وغايته من ذلك كله تقديم حماية أكبر لهم تضمن لهم حياة كريمة هادئة وأمنة.
- ✓ اتفق المشرع الجزائري في توجيهه العام مع أساس نظام الولاية على النفس والولاية على المال المقررين في الفقه الإسلامي، إذ المقصد العام والمشارك الذي يجمعهما هو المحافظة على نفس ومال المولى عليه واستثماره فيما يعود عليه بالمصلحة، وليس رغبة في التسلط .
- ✓ حصل هناك انطباق نسبي بين الرؤية الشرعية والتشريعية لمجالات السلطة الأبوية ومشمولاتها الشخصية منها والمالية، وعوامل قيامها، وطرق إنهاؤها.
- ✓ تتجلى السلطة الأبوية خلال مرحلة الطفولة الأولى في فرض النسب الأبوي الشرعي على الولد، واختيار اسم له، مروراً بإرضاعه وفطامه وانتهاء بحضانته، وتمسكه بدين أبيه؛ وهناك شبه اتفاق بين التشريع الإسلامي والقانون الجزائري في كثير من أحكام هذه السلطة في هذه المرحلة.
- ✓ تضمن قانون الأسرة المعدل بخصوص سلطة الحضانة ترتيباً جديداً للحاضنين حيث بوأ الأب المركز الثاني وهو ما عدّ خروجاً عن المذاهب الفقهية المعروفة، وإحداثاً لحالة من التساوي بين مركزي الأب والأم في سلطة الحضانة، مع إعطاء الأم الأولوية في منح هذه السلطة، بخلاف الولاية التي تكون فيها الأولوية للأب.
- ✓ وسع التشريع الإسلامي من آليات السلطة التأديبية للوالدين فوضع لها ضوابطها الشرعية، لتكون أداة إصلاح لا انتقام، وأما القانون الجزائري فلم يفصل في مسائل هذه السلطة، وإنما تناول بعض النصوص الخاصة بحالات الاعتداء على القصر من قبل الوالدين والجزاء الواقعة عليها.

✓ التشريع الإسلامي كان الأشد وضوحا من القانون الجزائري في تناول فكرة الحياة الخاصة للولد، حيث دافع عنها، وأحاطها بمجموعة من الضوابط التي تحميها، كما كفل القانون الجزائري هذه الحماية إلا أنه لم يحدد ماهيتها وطبيعتها، واتفق في المقابل مع الفقه الإسلامي في إعطاء الحق للولد في التعبير عن آرائه دون أن يواجه ضغطا من أحد، بشرط الالتزام بالأداب، وعدم الإخلال بقواعد النظام العام، وعدم مخالفة القانون.

✓ ضيق القانون الجزائري من نطاق التدخل الأبوي في مسائل تزويج الأولاد أو تطبيقهم متأثرا بذلك بما تشهده الساحة الوطنية من تحولات ومطالبات بإنصاف المرأة، على عكس التشريع الإسلامي الذي وسع من دائرة هذا التدخل، لما يرى فيها من حفاظ على مصلحة الولد .

✓ القانون الجزائري كان الأشد تقييدا لصلاحيات متولي السلطة على المال وهذا حفاظا على ذمة الابن المالية، على عكس التشريع الإسلامي الذي وسع نطاق صلاحياته، ولعل مرد ذلك أننا في زمن يمتلك فيه بعض الأبناء ثروات طائلة قد يؤدي التصرف فيها من قبل الآباء دون إذن إلى المخاطرة بها، فكان من الضروري ومن اللازم استشارة القضاء في ذلك .

✓ السلطة الأبوية بما لها من قوة شرعية وقانونية يمكن لها أن تتدخل في ذمة القاصر المالية فيؤدي ذلك إلى اقتنارها في حالات استثنائها التشريع الإسلامي والقانون الجزائري، مع أن الأصل هو عدم التدخل، وقد يكون الغرض من وراء هذا الإجراء هو تغطية بعض النفقات المتعلقة بالأبوين أحيانا، أو المتعلقة بالابن العاجز عن ذلك أحيانا أخرى، أو المتعلقة بالأفراد الذين ينفق عليهم الابن .

✓ السلطة الأبوية من خلال رؤية التشريع الإسلامي والقانون الجزائري تضيق دائرتها وتتسع على حسب المراحل العمرية للطفل، ففي مرحلة ضعفه وهي مرحلة الطفولة تنقوى سلطة الأبوين على الابن، وذلك مراعاة لحاجته الملحة إلى من يخدمه ويرعى شؤونه نظرا لقصوره وشدة عجزه، وضعف قواه، وضعف السلطة الأبوية في هذه الفترة الحساسة من شأنه أن يؤدي بالطفل إلى الضياع والإهمال، بخلاف مرحلة التمييز التي تعقب هذه المرحلة إذ تقل فيها حدة هذه السلطة ليُفسح المجال للطفل ليمارس بعض الأعمال بحرية ودون قيود وبعيدا عن رقابة السلطة الأبوية، قصد إشعاره باستقلالية شخصيته واحترام وجهة نظره، وكذا تعويده وتدريبه على أعمال الكبار، ليكون هذا الطور فترة تحضيرية لإعداده ونقله لمرحلة الرشد والبلوغ وهي مرحلة تكليف وتحمل لأعباء المسؤولية، ولذا كان لزاما على الأبوين أن يتخليا عن بعض تلك الشدة المعهودة في هذه الفترة الحساسة.

✓ نظام السلطة الأبوية على ضوء التشريع الإسلامي يوفر حماية أكبر للقصر ومن في حكمهم بخلاف القانون الجزائري الذي شحت نصوصه بذلك، وشابها قصور واضح سواء من الجانب الشكلي أو الجانب الموضوعي، فمن الجانب الشكلي لا حظ الباحث وجود ضعف في تقنين السلطة الأبوية في قانون الأسرة إذ لم يخصص لها إلا فصل واحد في كتاب النيابة الشرعية من قانون الأسرة يتضمن خمس مواد تدور محاورها حول تحديد الأولياء، والمعاملات المالية التي يشرفون عليها، وكذا التطرق إلى الحالات التي تنهي سلطتهم، بخلاف التشريع الإسلامي الذي أحاط بجميع مباحث الولاية.

✓ وأما من الجانب الموضوعي فقد لاحظ الباحث أن المشرع الجزائري بناء على التعديل الأخير لقانون الأسرة حمل لنا نمطا جديدا في ممارسة السلطة الأبوية ولم يأخذ بأحادية السلطة الأبوية التي تبناها جمهور الفقهاء والذي يقوم على مبدأ تقاسم الأدوار بين الأبوين، وأحدث نظاما أبويا ثنائيا أشرك من خلاله الأم في هذه الممارسة ومنحها أيضا حق الانفراد بهذه السلطة دون الأب ووضعها في المركز الثاني في الولاية بعد الأب مباشرة وصرح بأن الذكورة هي شرط تقديم فقط، محاولا بذلك تكريس مبدأ المساواة والقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، الذي نصت عليه المعاهدات الدولية الملزمة، فمنحها حق الولاية على أساس الأحقية في الحضانة بعد فك الرابطة الزوجية، أو في حال غياب الأب أو حصول مانع له ، وبذلك يتقاطع توجه المشرع هنا مع نظام الولاية المستمد من التشريع الإسلامي الذي يقر بهذه الولاية للأب فقط دون الأم .

✓ حاول المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل أن يحدث نوعا من التوازن بين مركزي كل من الأب والأم في سلم هذه السلطة من خلال تبادل الأدوار، سعيا منه لتمتين الروابط بين الآباء والأبناء حتى بعد فك الرابطة الزوجية؛ ففي سلطة الحضانة والتي تكون فيها الأولوية للأم يرتب الأب في المركز الثاني، وفي سلطة الولاية والتي تكون فيها الأسبقية للأب تأتي الأم بعده ثانيا، مما يوحي بحرص المشرع على وجوب المرافقة الأبوية للطفل وبضرورة استخلاف أحدهما للآخر عند اللزوم، ومن خلال تبنيه لهذا الرأي فإنه بذلك قد تخطى عن ترتيب الحاضنين وترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي.

✓ قانون حماية الطفل جاء ليحد من تغول السلطة الأبوية وليضعها تحت رقابة القضاء ويضع حدا لتجاوزاتها، فمن جملة التدابير الحمائية المتخذة في هذا الشأن بالنسبة للطفل في حال خطر تسليم الطفل لوالده، أو والدته الذي لا يمارس حق الحضانة عليه، مالم تكن سقطت عنه بحكم، أو تسليم الطفل إلى أحد أقاربه، أو تسليمه إلى شخص، أو عائلة جديرين بالثقة .

✓ لجأ المشرع في هذه الدراسة إلى التلفيق بين المذاهب الفقهية الإسلامية ولم يعتمد على مذهب معين في مسائل هذه السلطة، وإن كان هذا انفتاحاً مقبولاً، فلا يكون على حساب النصوص الشرعية، إذ ما يعاب على المشرع هو ابتداعه لبعض الآراء الخارجة عن دائرة المدارس الفقهية المعروفة، والعمل على تبنيها والنص عليها كما هو الشأن في تغاضيه عن شرط الولي وفتح الباب على مصراعيه للمرأة لتختار هي وليها بنفسها، زعماً منه اتباع مذهب أبي حنيفة، ومعلوم أن هذا الرأي الذي تبناه شاذ ولم ينص عليه أحد من الفقهاء حتى من الحنفية أنفسهم، ولعل هذا التخبّط بين الآراء الفقهية مرجعه إلى محاولة استرضاء بعض الأطراف المطالبة بإلغاء قانون الأسرة.

✓ تناغمت رؤية المشرع الجزائري مع رؤية التشريع الإسلامي بخصوص الاتفاق على مبدأ استقلال الذمة المالية للولد وتحسينها من أي اختراق للسلطة الأبوية من شأنه أن يؤدي بها إلى الافتقار.

✓ وفي الختام وإجابة على الإشكالية المطروحة وما تبعها من تساؤلات فرعية أخلص إلى القول بأن نظام السلطة الأبوية على ضوء التشريع الإسلامي استطاع أن يتفوق على القانون الجزائري فحقق الكفاية المرجوة في تنظيم الأحكام الكفيلة بإصلاح الأبناء ورعاية مصالحهم، حيث استوعب جل الممارسات المشروعة تجاههم سواء على الجانب الشخصي أو المالي من خلال نظام الولاية، وهذا التفوق لا ينقص من قدر الجهود المبذول من طرف المشرع الجزائري الذي ركز على الجانب الحمائي للطفل، من خلال بوضع الآليات القانونية التي من شأنها من أن تضمن سلامته الشخصية والمالية من الاعتداء الأبوي، عن طريق تكريسه لمبدأ المصلحة الفضلى للطفل، وإحداثه توازناً في مركز الأبوين في سلطتي الحضانه والولاية، وتحسين ذمة الولد المالية من غلواء السلطة الأبوية في بعض التصرفات المالية، وإن كان هذا لا ينفي وجود بعض الاختلالات والقصور الذي شاب نصوصه، ما يستدعي مراجعتها وإعادة صياغتها لتنسجم وتتواءم مع مقاصد الولاية في التشريع الإسلامي.

ثانياً: التوصيات والاقتراحات

وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها، يحسن بنا أن نطرح مجموعة من التوصيات والاقتراحات، والتي تهدف إلى تعديل أو تتميم بعض المواد المتعلقة بأحكام هذه السلطة وإضافة مواد أخرى ومن أهمها:

أولاً: اقترح على المشرع الجزائري توسيع صلاحيات متولي السلطة الأبوية في قانون حماية الطفل 15-12 من خلال تفعيل الجانب الرقابي ليعمل بالموازاة مع الجانب الجزائي عن طريق اتخاذ مجموعة من الإجراءات، وصياغة مواد جديدة تعطي ضمانات قانونية

أقوى للمربي، خصوصا عند تدخله من أجل تقويم السلوك المنحرف للمشمول بهذه السلطة وحماية أخلاقه من أي خطر يتهدها.

ثانيا: أهيب بالمشرع الجزائري قيامه بتحديد مفهوم الحياة الخاصة للطفل على غرار مفهوم حرية التعبير الواردة في قانون حماية الطفل 15-12 وبيان علاقتها بالسلطة الأبوية.

ثالثا: يستحسن صياغة مواد جديدة تتناول الأحكام الخاصة بعوارض الأهلية، تكون سابقة لأحكام الحجر في الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة، وهي من الأهمية بمكان، إذ تظهر فيها لمسة المشرع الفاصلة في عديد المسائل العالقة بخصوص فاقد الأهلية وعديميها، والتي هي محل خلاف بين فقهاء الشريعة ورجال القانون.

رابعا: حث المشرع على صياغة مواد من شأنها أن تزيل الغموض التشريعي الوارد في النصوص القانونية، كما هو الحال في أحكام المحجور عليهم وخصوصا السفه وذا الغفلة، والفرق بين مصطلح القابلية للإبطال والعقد الموقوف، وذلك تقاديا لفتح الباب لعدد التأويلات.

خامسا: إعادة النظر في المواد التي تتناول السلطة الأبوية على الزواج و انحلاله

حيث يرى الباحث ان هناك قصورا واضحا في صياغة المواد من 9 إلى 13 المتعلقة بالولاية في الزواج، فلم يتناول المشرع زواج المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية، فيستحسن صياغة مادة تتعلق بكيفية تزويجهم ويكون نصها كالاتي: " للقاضي أن يأذن بزواج من به جنونٌ أو عتّةٌ إذا ثبت بتقريرٍ طبيّ أنّ في زواجه مصلحةٌ له"

ولم يتطرق المشرع كذلك في مواد الطلاق من 48 إلى 57 مكرر، إلى أهلية المطلق ولا إلى الأشخاص الذين لا يقع طلاقهم ومن بينهم المحجور عليهم، وكذا حكم صدور الخلع في حقهم؛ ولذا يستحسن أيضا صياغة مادة تنص على من يقع طلاقهم من الرجال، ومن لا يقع، أسوة بكثير من التشريعات العربية، تتضمنها فقرة تنص على ما يلي: "طلاق المجنون وإيلاؤه وظهاره ورجعته وخُلعه ولعانه لا يقع".

سادسا: النص على تحديد السن بالنسبة لانتهاء السلطة التأديبية للأولاد

فالمشرع الجزائري لم يصرح بتحديد السن الخاصة ببداية و انتهاء السلطة التأديبية للوالدين، مما قد يفتح المجال لتعسف هذه السلطة وتجاوزها لصلاحياتها، فحبذا لو صاغ المشرع مادة جديدة تُدرج مع مواد الحضانة، تتضمن تحديد بداية و انتهاء السلطة التأديبية على أن تبتدئ مدتها من سن 7 سنوات وتنتهي مع سن الرشد وهو 19 سنة.

تم الكلام وربنا محمودٌ وله المكارم والعلا والجودُ

وعلى النبي محمد صلواته ماناح فُمري وأورق عودُ

وبه نختم هذا البحث والحمد لله رب العالمين.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولاً: : النصوص القانونية

1- المعاهدات والاتفاقيات:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة اعتمد بموجب القرار: 217 ألف (د-3) في 10/12/1948 .
- اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 /11/ 1989 تاريخ بدء النفاذ: 02/09/1990 .

2- الدستور:

- مرسوم رئاسي 96-438، المؤرخ في 07/12/1996، المتعلق بإصدار تعديل نص الدستور، ج ر، رقم 76، 8 ديسمبر 1996 .
- مرسوم رئاسي، رقم 20-442، المؤرخ في 30/12/2020، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر، عدد 82، 2020 .

3-القوانين والأوامر:

- القانون 84-11، المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ج، ج ر، عدد 24، 1984، المعدل بالأمر الرئاسي رقم 02-02، المؤرخ في 27/02/2005، ج ر، عدد 15، 2005 .
- القانون 08-09، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ج، ج ر 21، 2008 .
- القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15/06/2015، قانون حماية الطفل، ج ج، ج ر، العدد 39، 2015 .
- الأمر 06-03، المؤرخ في 28/02/2006، المحدد شروط وقواعد ممارسة الشعائر الدينية لغير المسلمين، ج ج، ج ر، العدد 12، 10/03/2006 .

- الأمر رقم 66 - 156، مؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج ج، ج ر، العدد 49، سنة 1966.
- الأمر 70-20، المؤرخ 1970/02/19، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج ج، ج ر، عدد 21، 1970. م 63.
- الأمر رقم 75 - 26 مؤرخ في 1975/04/29، المتضمن قمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، ج ج، ج ر، عدد 37، 1975.
- الأمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ج، ج ر، عدد 78، معدل بالأمر رقم 10/05 مؤرخ في 2005/07/20، ج ر 44 لسنة 2005 ومعدل بالأمر رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، ج ج، ج ر 31.
- الأمر 75 - 59، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج ج، ج ر 101، 1975.

4-المراسيم التنفيذية

- المرسوم رقم 71-51 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب، ج ر 47، 1971، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 1992/01/13، ج ر 5، 1992، والمتمم بالمرسوم التنفيذي 20-223، المؤرخ في 2020/08/08، ج ر 47، 2020.

5-النصوص القانونية العربية:

- القانون رقم:188، المؤرخ في 1959/12/01، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، جريدة الوقائع العراقية، عدد 280..
- مدونة الأسرة المغربية القانون رقم 70.03 بمثابة قانون الأسرة صدر بموجب الظهير رقم 1.04.22 المؤرخ في 2004/02/03، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 2004/02/05 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08.09 بموجب الظهير 1.10.103 المؤرخ في 2010 /07/16 الجريدة الرسمية عدد 5859 الصادرة بتاريخ 2010/07/26.

6-القرارات القضائية

- نشرة القضاة، العدد2، الجزائر، 1981، المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 19287، المؤرخ في 16/04/1979.
- المجلة القضائية، عدد04، 1989، المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 33921، المؤرخ في: 09/07/1984، المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 45186، المؤرخ في: 09/03/1987، غير منشور، مقتبس عن العربي بلحاج، قانون الأسرة الجزائري، مبادئ الاجتهاد القضائي ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- المجلة القضائية، ع 4، 1990، المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 52207، المؤرخ في: 02/01/1989، المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم: 52221، المؤرخ في 13/03/1989، المجلة القضائية، العدد1، الجزائر1993.
- المجلة القضائية، 1993، ع 3، المحكمة العليا، غ أ ش، رقم الملف: 72353، المؤرخ في: 10/04/1991، .
- المجلة القضائية، العدد 1، 1995، المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم: 84551، المؤرخ في: 22/12/1992 .
- المجلة القضائية، ع 1، 1997، المحكمة العليا: غ أ ش، ملف رقم: 187692، المؤرخ في: 23/12/1997، .
- المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم: 179126، المؤرخ في: 17/02/1998،
- المجلة القضائية، العدد1، 2001، المحكمة العليا، غ أ ش، رقم الملف: 237148، المؤرخ في: 22/02/2000 .
- المجلة القضائية، عدد2، 2004، المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 259422، المؤرخ في: 12/02/2001.
- المجلة القضائية، عدد1، 2011، المحكمة العليا، غ أ ش، رقم الملف: 581700، المؤرخ في: 11/11/2010، .
- المجلة القضائية، العدد2، المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم: 600911، المؤرخ في: 10/02/2011.

- ثانياً: الكتب باللغة العربية

1- الكتب العامة

1. ابن إسحاق خليل المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق ابو الفضل الدمياطي، ج6، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1433-2012.
2. ابن الأثير ابو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط4، 1421.
3. ابن العربي ابو بكر، أحكام القرآن، تحقيق محمد إبراهيم الحفناوي -اسماعيل محمد الشنديدي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1432-2011.
4. ابن الهمام كمال الحنفي، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، 1424-2003.
5. ابن أنس مالك، المدونة الكبرى، تحقيق عامر الجزار، عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2005.
6. ابن أنس مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1988.
7. ابن جزري بن محمد الكلبي، القوانين الفقهية، شركة دار الأرقم، بيروت لبنان، دط، د س ن.
8. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية الكبرى، مطبعة عبد الحميد أحمد، القاهرة، مصر، 1957.
9. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، مطبعة مصطفى محمد، مصر.
10. ابن حزم ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003.
11. ابن حزم، مراتب الإجماع، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ط2، 1980/1400.
12. ابن حنبل أحمد، المسند، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1993.

13. ابن رشد ابو الوليد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق هيثم جمعة هلال، دار مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، 2012.
14. ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل عبد الموجود على محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، 1423-2003.
15. ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبية، دمشق بيروت، دار الوعي، حلب، القاهرة، ط1، 1993.
16. ابن عبد ربه أحمد، العقد الفريد، تحقيق عبد المجيد الترحيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط4، 2013.
17. ابن علان محمد صديقي، دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.
18. ابن قدامة ابو محمد عبد الله، المغني على مختصر الخرقي، تحقيق طه محمد الزيني، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1389-1969.
19. ابن قيم الجوزية شمس الدين، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق خرفان حسونة، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 2007.
20. ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، تحقيق سيد عمران، دار الحديث، القاهرة، 1426-2003.
21. ابن ماجه محمد بن يزيد الرّبيّ القزويني، السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
22. ابن مازة برهان الدين الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ط1.
23. ابن مفلح برهان الدين ابو إسحاق، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، د ط، 2003.
24. ابو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

25. ابو محمد بن غانم البغدادي، مجمع الضمانات، دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 1999.
26. الأسروشي محمد بن محمود الحنفي، جامع أحكام الصغار، تحقيق ابو مصعب البدري، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، دط، د س ن.
27. الألوسي ابو الفضل شهاب الدين، روح المعاني، تحقيق السيد محمد السيد وسيد إبراهيم عمران، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2005/1426.
28. الأنصاري ابو يحيى زكريا بن محمد، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
29. الأنصاري زكريا المصري الشافعي، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
30. البخاري محمد بن إسماعيل، الأدب المفرد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان. دط، د س ن.
31. البخاري محمد بن إسماعيل، الصحيح، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، 1993.
32. البزدوي علي بن محمد، اصول الفقه، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، د ط، د س ن.
33. بن طاهر لحبيب، الفقه المالكي وأدلته، دار مكتبة المعارف، بيروت، لبنان، ط1، 2014-1435.
34. البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، د ط، 1977.
35. البهوتي منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
36. البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، 1403/1983.
37. البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1996.
38. الترمذي محمد بن عيسى بن سورة، السنن، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994.

39. التفتازاني سعد الدين بن عمر الشافعي، التلويح على التوضيح لمتن التفتيح في أصول الفقه، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ - 1996م.
40. الجرجاني علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004.
41. الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 2014.
42. جواد مغنية محمد، الفقه على المذاهب الخمسة، دار التيار الجديد، بيروت، لبنان، ط10، 2008.
43. الحاكم ابو عبد الله النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.
44. الحطاب ابو عبد الله محمد الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1995/1416.
45. حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ترجمة المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب، السعودية، طبعة خاصة، 2003/1423.
46. الخرخشي ابو عبد الله محمد، الخرخشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان.
47. الخطيب البغدادي ابو بكر أحمد بن علي، الكفاية في علم الرواية، تحقيق عبد الحليم محمد عبد الحليم وعبد الرحمن حسن محمود، دار الكتب الحديثية، القاهرة، مصر، ط2، دت.
48. الدارقطني علي بن عمر ابو الحسن، السنن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
49. داماد أفندي عبد الله بن الشيخ، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د د ن، د س ن، د ط.
50. الدردير ابو البركات أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1434-2013.

51. الدسوقي محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2011.
52. الرحيباني مصطفى السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1983.
53. الرحيباني مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، 1991/1415.
54. الرملي شمس الدين بن شهاب، نهاية المحتاج إلى شرح أَلْفَاظِ الْمَنْهَاجِ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003/1424.
55. الزحيلي وهبة، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، ط3، سنة 2013.
56. الزرعي محمد بن أبي بكر الدمشقي، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 2004.
57. الزرقاني محمد بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2010/1431.
58. الزيلعي عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، 1315هـ، ط1.
59. السرخسي محمد بن أبي بكر، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط د، 1993.
60. الشافعي ابو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
61. الشربيني شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق عادل عبد الموجود على محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000-1421.
62. الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق نصر فريد واصل، المكتبة التوفيقية، مصر.

63. الشيرازي ابو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم دمشق الدار الشامية بيروت، ط1، 1417-1996.
64. الطبراني سليمان بن أحمد ابو القاسم، معجم الطبراني الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة، مصر، 1995.
65. عبد الوهاب البغدادي، القاضي محمد، المعونة على مذهب عالم المدينة، شركة القدس، القاهرة، مصر، ط1، 2012.
66. العبدري محمد ابن الحاج، المدخل، مكتبة دار التراث، القاهرة، مصر.
67. العظيم أبادي محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن ابي داود، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2003.
68. عlish محمد، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1984، ط1.
69. العمراني ابو الحسين الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، ط1، 2000.
70. القرافي شهاب الدين، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
71. القرطبي ابو عبد الله ابن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق حامد أحمد الطاهر، دار الغد الجديد، القاهرة، مصر، ط1، 1431-2010.
72. القليوبي، شهاب الدين بن سلامة، شهاب الدين البرلسي، حاشيتي قليوبي وعميرة على منهاج الطالبين، مطبعة مصطفى بابي الحلبي، مصر، ط3، 1956،
73. الكرامستي يوسف بن حسين، الوجيز في أصول الفقه، تحقيق السيد عبد اللطيف كساب، دار الهدى، مصر، ط1، 1984.
74. اللخمي ابو الحسن، التبصرة، تحقيق احمد عبد الكريم نجيب، دار ابن حزم، بيروت لبنان/ط1، 2012 .

75. المالكي ابو عبد الله محمد، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام مع حاشية المعداني، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
76. المباركفوري ابو العلاء، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 2001/1421.
77. المرغينانى برهان الدين ابو الحسن علي بن أبى بكر، الهداية شرح بداية المبتدى، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشى، باكستان، ط1، 1417.
78. ملا خسرو الحنفى، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.
79. المناوى محمد عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، 1972.
80. المنوفى علي بن خلف، كفاية الطالب الربانى مع حاشية العدوى، تحقيق أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني، القاهرة، مصر، ط1، 1989.
81. المواق محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
82. النفراوى أحمد بن غنيم المالكي، الفواكة الدوانى على رسالة ابن أبى زيد القيروانى، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1997.
83. النووى يحيى الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب للشيرازى حقه وأكمه محمد نجيب المطيعى، مكتبة الإرشاد جدة، السعودية.
84. النووى يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامى، دمشق، ط3، 1991/1412.
85. النووى يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم، تحقيق عصام الصبايطى . حازم محمد. عماد طاهر، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 1994/1415.
86. النيسابورى مسلم بن الحجاج، الصحيح، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1992.

2-الكتب المتخصصة

87. ابو العينين بدران بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961.
88. ابو جيب سعدي، المعجم الفقهي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1988.
89. ابو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د د ن، د ط، د س ن.
90. ابو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر القاهرة، مصر، د ط، 1996.
91. ابو زهرة محمد، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن، د ط.
92. ابو غابة خالد عبد العظيم، حقوق المحضون في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2013.
93. آث ملويا لحسين بن الشيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006.
94. آث ملويا لحسين بن الشيخ، قانون الأسرة نسا وشرحا، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2014.
95. إسماعيل محمد عماد الدين، الطفل من الحمل إلى الرشد، دار القلم، الصفاة، الكويت، ط2، 1995.
96. البدراوي عبد المنعم، المدخل للقانون الخاص، مطابع دار الكتاب، القاهرة، مصر، د ط، د س ن.
97. بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2009.
98. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ط1، 2007.
99. بن حيدة محمد، الحق في الحياة الخاصة في إطار القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2018.
100. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.

101. بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3، 2015.
102. بوسقيعة احسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
103. بوشمة خالد، نظرية الولاية الشرعية، منشورات بغدادية، الجزائر، د ط، 2009.
104. بيزم عيسى، حقوق الإنسان والحريات العامة، مقارنة بين النص والواقع، دار المنهل، اللبناني، بيروت لبنان، ط1، 2011.
105. تقيّة عبد الفتاح، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر، د ط، 2016.
106. التّم إبراهيم بن صالح، ولاية التّأديب الخاصة في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1428هـ.
107. تواتي صديق، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، الجزائر، د ط، 2019.
108. جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، دار الحديث، القاهرة، 1426هـ 2005م.
109. الجبوري صالح جمعة حسن، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، بغداد، ط1، 1976.
110. الجعفري أحمد بن عبد الله، أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي، مقارنا بأنظمة المملكة العربية السعودية، مجلة العدل، الرياض، السعودية، ط1، 2005.
111. جعفرور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية . دروس في نظرية الحق، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2011 .
112. جمعة أحمد خليل، الطفل في ضوء القرآن والسنة والأدب، دمشق سوريا، بيروت لبنان، ط1، 2001.
113. الجمل سليمان، حاشية الجمل على شرح المنهج، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، 2013.
114. الجميلي سعدي خلف مطلب، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الدار العثمانية للنشر، د ط، د س ن.

115. الجندي أحمد نصر، الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
116. الجندي أحمد نصر، مسائل الأحوال الشخصية بعد مؤتمرات القاهرة للسكان، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
117. الجندي أحمد، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، مكتبة صادر، بيروت لبنان، د ط، 2000.
118. الجندي حسني، ضمانات حرمة الحياة الخاصة في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1993/1413.
119. حاب فتيحة، النفقة وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الأمل، الجزائر، 2014.
120. حسين سيد عبد الله، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، تحقيق محمد احمد سراج. علي جمعة محمد. احمد جابر بدران، دار السلام، مصر ط1، 2001.
121. حمدي كمال، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
122. الخشن الشيخ حسين، حقوق الطفل في الإسلام، دار الملاك، بيروت، لبنان، ط1، 2009.
123. خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على مذهب ابي حنيفة، دار القلم، الكويت، ط2، 1990/1410.
124. خوري عمر، شرح قانون العقوبات القسم العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2010/2011.
125. داودي خالد، الحضانة، دار الإعمار العلمي، عمان، الأردن، ط1، 2018/1439.
126. دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2013.
127. ذيابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
128. رفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المغرب، د ط، 1996.

129. الزايدى عبد الله عبد العزيز، حرية التعبير عن الرأي في الشريعة الإسلامية التأصيل والضوابط، المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي.
130. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1999.
131. الزغبى القاضي فريد، الموسوعة الجنائية، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1995.
132. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت، ط1، 1993 .
133. السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط7، 1965.
134. السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان الأردن، ط3، 2010.
135. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، ط3، 2007.
136. سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010.
137. سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د ط، 1995.
138. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
139. سي علي أحمد، مدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2013.
140. سيد كامل شريف، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2001.
141. الشامسي موزة عبد الله احمد، إجهاض الجنين المشوه في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، كلية القانون، جامعة الشارقة، 2020/2019.

142. شتوان بقاسم، الخطبة والزواج، دار الفجر، الجزائر، د ط، د س ن.
143. شتوان بلقاسم، نفقة الأقارب والزوجة، دار الفكر، المنصورة، مصر، ط1، 2010.
144. الشحوذ علي بن نايف، الأساليب الشرعية في تأديب الأطفال، دار المعمور، ماليزيا، ط1، 2009/1430.
145. شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 1403هـ/1983.
146. شمس الدين أشرف توفيق، شرح قانون العقوبات . القسم العام .
147. الشنقيطي محمد الأمين بن المختار، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الحديث، القاهرة، دط، 2006.
148. الصابوني عبد الرحمن، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، دار القلم، دبي، الإمارات، ط3، 2000/1421.
149. الصابوني عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1968.
150. صدقة نجيب، السلطة الأبوية في الشرع الإسلامي على مذهب الإمام أبي حنيفة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، 1936.
151. صقر عطية، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، 1427-2006.
152. الطنطاوي علي، فتاوى على الطنطاوي، دار المنارة، جدة، السعودية، ط1، 1985.
153. عامر عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1984/1004.
154. عبد الحي محمد محمود، الاهتمام بالطفولة وأثره في منع الانحراف وتحقيق التنمية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ط1، 2018.
155. عبد الله عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف مصر، ط5، 1965.

- 156.عبدو سميرة، المركز القانوني الدولي في عقد الزواج في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، الملتقى الدولي التاسع.
- 157.العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2015.
- 158.العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2007.
- 159.علام شوقي إبراهيم، الولاية في عقد النكاح، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر، ط1، 2012.
- 160.علوان عبد الله ناصح، تربية الأولاد في الإسلام، دار الشهاب، الجزائر، ط3، 1988.
- 161.عليوي ناصر محمد، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2010.
- 162.عودة عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الحديث، القاهرة، 1430-2009.
- 163.الغرياني الصادق، مدونة الفقه المالكي وأدلته، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1436-2015.
- 164.الغندور أحمد، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، ط3، 1985.
- 165.فريد واصل نصر، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الاسلامية، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1422هـ/2002م.
- 166.فيلاي علي، الالتزامات -الفعل المستحق للتعويض-، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 167.فيلاي علي، نظرية الحق، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص269.
- 168.قزامل سيف رجب، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د ط، 2001.

169. كرم عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2، 1998.

170. مبروك المصري، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية دراسة فقهية مقارنة، دار هومة، الجزائر، د ط، 2010.

171. المراغي عبد الله مصطفى، الفتح المبين في طبقات الأصوليين، مكتبة ومطبعة الشهد الحسيني، القاهرة، مصر، ط1.

172. منصور اسحاق إبراهيم، موجز في علم الإجرام والعقاب، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991،

173. منصور إسحق إبراهيم، نظريتا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1990.

174. نجاشي علي إبراهيم، أحكام الرضاع في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، المكتبة التوفيقية، مصر، ط1، 1989.

175. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة، الجزائر، د ط، 2018.

176. النوري حسين، عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، مطبعة لجنة البيان العربي مصر، ط1، 1953.

177. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2.

3- المعاجم والقواميس

1. ابن منظور ابو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط8، 2014.

2. ابو البقاء أيوب بن موسى الكفوي، الكليات، تحقيق عدنان درويش ومجد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط2، 1998.

3. الجوهري ابو نصر اسماعيل بن حماد، الصحاح (تاج اللغة وصحاح العربية)، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2009،

4. عبد الحميد عمر أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2008.

5. الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث القاهرة، د ط، 2008.

6. الفيومي احمد بن أحمد، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2008.

7. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.

8. الهواري صلاح الدين، المعجم الوسيط، دار ومكتبة الهلال، بيروت، د.ط، د.س ن.

ثالثا: الرسائل الجامعية

أ - أطروحات الدكتوراه

1. بن سعيد صبرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015/2014.

2. بن نصيب عبد الرحمن، الأسرة والقانون الجنائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015/2014.

3. بوعلام عبد العالي، أحكام المرأة الحامل في الفقه المالكي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية، جامعة احمد بن بلة، وهران، 2015 /2014.

4. تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.

5. حمودة سليمة، التغيرات الاجتماعية والاقتصادية وانعكاساتها على السلطة الوالدية كما يدركها الابناء في الاسرة الجزائرية، أطروحة دكتوراه كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014/2013.

6. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004.

7. شيهاني سمير، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/1435.

8. عاقل فصيحة، الحماية القانونية للحق في حرمة الحياة الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011.
9. العرابي خيرة، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة أحمد بن بلا، وهران، الجزائر، 2013/2012.
10. عيسات اليزيد، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.
11. غربي صورية، أحكام الأبوة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2019/2018.
12. قديري محمد توفيق، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري . دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2018/2017.
13. لعل سعاد، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014.
14. لنكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010.
15. المهيزع خلود بنت عبد الرحمن، أحكام المريض النفسي في الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود الرياض، السعودية، 1432/1431.
16. يوسفات علي هاشم، احكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015/2014.

ب- مذكرات الماجستير

17. براهيم العبد، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران.
18. بلعباس مراد، استثمار أموال الأيتام، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010/2009 .

19. بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.
20. بوليداوي هجري، الولاية في الزواج بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم والإدراية، جامعة الجزائر، 2001/2000.
21. حرارة باسم حمدي، سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، كلية الشريعة الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010.
22. حمادي عبد الفتاح، السلطة الأبوية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2008، ص4.
23. حميش عبد الحق، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، 1988.
24. سلامي دليلة، حق الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ببن عكنون، الجزائر، 2008/2007.
25. شامي أحمد، التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، قسم الشريعة، جامعة الإسكندرية، مصر، 2009/2008.
26. شباب عادل، حضانة الطفل، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، الجامعة الإفريقية، أدرار، 2011.
27. معيفي الهادي، سلطة الولي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014.
28. موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006.

رابعاً: المقالات العلمية

1. الأحيدب هناء بنت ناصر، التجسس بين الزوجين وعلى الأولاد . دراسة مقارنة ، مجلة العلوم الشرعية، العدد61، شوال 1442.

2. سوزان عدنان، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الانترنت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد 3، 2013.
3. بجاق محمد، مركز الولي في عقد الزواج فقها وقانونا وقضاء، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، مجلد 1، ع 1، 2015.
4. البرعي نجاد، الحق في سلامة الجسم، ورقة مقدمة لجمعية حقوق الإنسان لمساعدة السجناء.
5. برمضان الطيب، الحجر على المجنون والمعتوه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة صوت القانون، مجلد 7، ع 3، 2021.
6. بشير الشيخ صالح، الإجهاض العلاجي في ظل قانون الصحة الجديد 11-18، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مجلد 1، عدد 2، 2019.
7. بن الصغير محفوظ، ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 8.
8. حمر العين عبد القادر، تصرفات القاصر المميز في إطار قواعد المسؤولية المدنية، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلد 5، العدد 10، 2020.
9. حيفري نسيمة أمال، نفقة المحضون في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث جامعة الجلفة، العدد 27، السنة التاسعة، جوان 2017.
10. رحال عبد القادر، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد 12.
11. رحماني إبراهيم، مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، مجلة البحوث والدراسات، عدد 8، جوان 2009.
12. شميثم رشيد، الحق في الحياة الخاصة، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 12، ديسمبر 2018.

13. طهراوي عبد القادر، مصطلح السلطة في الفكر السياسي الغربي وفقه السياسة الشرعية، دراسة تحليلية مصطلحية مقارنة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مجلد 23، عدد48، 2019.
14. عفرة حياة، امتياز الديانة كمعيار لتطبيق القانون الوطني للدول الإسلامية على الحضارة في الزواج المختلط، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، المجلد15، العدد02، 2020.
15. عنتر إبراهيم، السفة في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد2، السنة1.
16. فغور رابح، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الوادي، مجلد 15، عدد2، 2018.
17. فيلاي علي، امتناع الأب عن تزويج ابنته، تعليق على قرار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، دار الحكمة، الجزائر، رقم1، 2000.
18. قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، ع 14، 2017.
19. هدلة سناء حسن، تربية الطفل وأساليبها في التشريع الإسلامي، مجلة النور للدراسات الحضارية والفكرية، السنة 2، العدد3، 2011.
20. هيباوي عبد الرحمان، أثر غذن القاصر في رفع الحجر عنه دراسة فقهية مقارنة بالتشريعات المغربية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلد7، ع1، 2022.
21. وجادي صليحة، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، العدد 16، ديسمبر، 2016.
22. ولد خسال سليمان، اختيار اسم الطفل في الشريعة الإسلامية والمنظومة القانونية، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، العدد6.
23. يسري هشام محمد العربي، أحكام التعامل المالي بين الوالد والولد في الفقه الإسلامي، مجلة الشهاب، م6، ع2، 2020.
- خامسا: المواقع الإلكترونية.

1. <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/264/3/1/42978>

2. https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_66.html
3. www.mjjustice.dz
4. <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/212821>
5. <https://www.youm7.com/story/2020/10/6/5008323>

سادسا :المراجع باللغة الاجنبية

1. B. EL GAOUTI: Le droit Algérien de la famille, OPU , ALGER.
2. Larousse: Dictionnaire De Français Larousse , / SEJER , France, 2004.
3. DENNOUNI, Samia L'autorité parentale en droit comparé These de Doctoreat, Faculté de droit et des sciences politiques, université Aboubaker Belkaïd, Telemcen, ALGER,2018

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
69	217	البقرة	﴿ وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ ﴾
184/179	220	البقرة	﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّتِي مَلَّ قَلُ إِصْلَاحُ لَهُمْ خَيْرٌ ﴾
49/48/47	233	البقرة	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ ﴾
248	233	البقرة	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾
54/48	233	البقرة	﴿ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ﴾
51	233	البقرة	﴿ وَإِن أَرَدْتُمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ ﴾
53	233	البقرة	﴿ إِن أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا ﴾
73	256	البقرة	﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾
211	206	النساء	﴿ وَأَبْتَلُوا الَّتِي مَلَّ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾
23	34	النساء	﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ﴾
189/188/187/184/179	152	الأنعام	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الَّتِي مَلَّ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾
أ	38	الرعد	﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا ﴾
145	46	الكهف	﴿ الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾
107	27	النور	﴿ لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ ﴾
241	61	النور	﴿ لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ ﴾
5	54	الروم	﴿ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّن ضَعْفٍ ﴾
42	5-4	الأحزاب	﴿ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ﴾
110	06	الحجرات	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ ﴾

109	12	الحجرات	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ ﴾
52/48	06	الطلاق	﴿ وَإِن تَعَاَسَرْتُمَّ فَسَتَرْضَعُنَّ لَهُنَّ أُخْرَى ﴾
110/81	06	التحريم	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ ﴾
145	12	نوح	﴿ وَيُمِدِّدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ ﴾
12	56	المدثر	﴿ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَعْرِفَةِ ﴾

فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	تخريج الحديث	الصفحة
1	إِنَّمَا الْخَالَةُ أُم	ابو داود	60
2	لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ	مالك	54/48
3	الإِسْلَامُ يَعْلو وَلَا يُعْلَى	الدارقطني	68/28
4	لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى	ابو داود	28
5	مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ	البخاري	42
6	أَيُّمَا امْرَأَةٍ ادْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ	ابو داود	42
7	إِنَّكُمْ تُدْعَوْنَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِأَسْمَائِكُمْ وَأَسْمَاءٍ	ابو داود	43
9	كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ،	البخاري	95/68
10	إِن لَوْلَدَكَ عَلَيْكَ حَقًّا	مسلم	81
11	مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ	ابو داود	82/16

97	البخاري	يَا غُلَامُ سَمِّ اللَّهَ	12
98	مسلم	كَيْخِ كَيْخِ، اِرْمِ بِهَا	13
99	البخاري	لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال	14
100	البخاري	لَا عُقُوبَةَ فَوْقَ عَشْرِ ضَرْبَاتٍ	15
101	الترمذي	إِذَا ضَرَبَ أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ فَذَكَرَ اللَّهَ فَارْفَعُوا أَيْدِيَكُمْ	16
108	البخاري الأدب المفرد	يستأذن الرجل على ولده وأمه	17
109	البخاري	أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ	18
109	البخاري	وَلَا تَحَسَّسُوا وَلَا تَجَسَّسُوا	19
131	ابو داود	لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَلِيٍّ	20
131	مسلم	الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا	21
135	ابن ماجه	إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ	22
183/179	الطبراني، مالك	اتَّجِرُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لَا تَأْكُلْهَا الرِّزْقَاةَ	23
237	أحمد	إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ	24
237	الحاكم	إِنَّ أَوْلَادَكُمْ هِبَةٌ لِلَّهِ لَكُمْ	25
244/243/242/241	ابو داود	أَنْتَ وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ	26
262/249	البخاري	خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ	27

الفهرس

شكر وتقدير

الإهداء

مقدمة: أ

الباب الأول: أحكام السلطة الأبوية في المسائل الشخصية 1

الفصل الأول: أحكام السلطة الأبوية في المسائل الشخصية خلال مرحلة الطفولة 4

المبحث الأول: مفهوم السلطة الأبوية على النفس والأفراد المشمولين بها 6

المطلب الأول: مفهوم نظام الأهلية وعلاقته بالأشخاص الخاضعين للسلطة الأبوية 6

الفرع الأول: مفهوم السلطة الأبوية على النفس 6

أولاً: السلطة والأبوة في اللغة والاصطلاح 6

ثانياً: السلطة الأبوية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري 8

ثالثاً: تعريف السلطة الأبوية على النفس في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .. 11

الفرع الثاني: نظام الأهلية وعلاقته بالسلطة الأبوية على النفس 12

أولاً: مفهوم الأهلية 12

ثانياً: أنواع الأهلية: 12

ثالثاً: عوارض الأهلية 13

رابعاً: انتهاء السلطة الأبوية على النفس 19

خامساً: الأهلية وعلاقتها بالسلطة الأبوية على النفس 19

المطلب الثاني: نظام الولاية وعلاقته بأصحاب الحق في السلطة الأبوية 20

الفرع الأول: مفهوم الولاية وأنواعها 20

أولاً: مفهوم الولاية 20

ثانياً: أنواع الولاية 21

ثالثاً: علاقة الولاية بالسلطة الأبوية 22

الفرع الثاني: أصحاب الحق في السلطة الأبوية على النفس 23

أولاً: المؤهلون للسلطة الأبوية على النفس 23

ثانياً: شروط المؤهلين للسلطة الأبوية على النفس 25

المبحث الثاني: مجالات السلطة الأبوية في المسائل الشخصية خلال مرحلة الطفولة 34

المطلب الأول: مظاهر السلطة الأبوية في مرحلة الطفولة الأولى.....	34
الفرع الأول: السلطة الأبوية على الجنين ونسبه	34
أولاً: السلطة الأبوية في الإجهاض على الجنين (فترة ما قبل الطفولة):	34
ثانياً: السلطة الأبوية على نسب الطفل:	40
الفرع الثاني: السلطة الأبوية في منح الاسم للمولود	43
أولاً: السلطة الأبوية في منح الاسم للمولود في الفقه الإسلامي:	43
ثانياً: السلطة الأبوية في منح الاسم للمولود في القانون الجزائري:	44
الفرع الثالث: السلطة الأبوية على الإرضاع والفظام:	47
أولاً: السلطة الأبوية على الإرضاع	47
ثانياً: السلطة الأبوية على فظام الولد	53
المطلب الثاني: مظاهر السلطة الأبوية خلال مرحلة الطفولة الثانية	55
الفرع الأول: السلطة الأبوية على الحضانة	56
أولاً: مفهوم الحضانة	56
ثانياً: الطبيعة الشرعية والقانونية للحضانة	57
ثالثاً: مركز السلطة الأبوية في الحضانة	60
رابعاً: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	64
الفرع الثاني: السلطة الأبوية على ديانة الأولاد	66
أولاً: السلطة الأبوية على ديانة الأولاد	67
ثانياً: ردّة الصبي وأثرها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	72

الفصل الثاني: أحكام السلطة الأبوية في المسائل الشخصية خلال مرحلتي البلوغ والرشد

.....	76
المبحث الأول: السلطة الأبوية على تأديب الأولاد	78
المطلب الأول: حقيقة السلطة التأديبية للوالدين	78
الفرع الأول: مفهوم السلطة الأبوية التأديبية	78
أولاً: مفهوم التأديب الأبوي:	78
ثانياً: علاقة التأديب الأبوي بالسلطة الأبوية:	79
ثالثاً: الحكمة من التأديب الأبوي في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي	79
الفرع الثاني: مشروعية السلطة التأديبية وانتهائها	80
أولاً: مشروعية السلطة التأديبية	81
ثانياً: انتهاء السلطة التأديبية	88

المطلب الثاني: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية ووسائلها	91
الفرع الأول:: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية	92
أولا: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية في الفقه الإسلامي:.....	92
ثانيا: شروط ممارسة حق السلطة التأديبية الأبوية في القانون الجزائري	93
الفرع الثاني: السلطة التأديبية الأبوية بين الوسائل والضوابط.....	95
أولا: السلطة التأديبية الأبوية بين الوسائل والضوابط في الفقه الإسلامي.....	95
ثانيا: السلطة التأديبية الأبوية بين الوسائل والضوابط في القانون الجزائري	102
المبحث الثاني: السلطة الأبوية في مواجهة خصوصيات الأبناء	105
المطلب الأول: السلطة الأبوية في مواجهة الحياة الخاصة للأبناء.....	105
الفرع الأول: السلطة الأبوية في مواجهة الحياة الخاصة للأبناء في الفقه الإسلامي	
.....	105
أولا: مفهوم الحق في الحياة الخاصة في الفقه الإسلامي	105
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الحياة الخاصة للأبناء.....	107
الفرع الثاني: الحق في الحياة الخاصة للطفل في القانون الجزائري	115
أولا: مفهوم الحق في الحياة الخاصة في القانون الجزائري.....	115
ثانيا: مجالات تدخل السلطة الأبوية في الحياة الخاصة للأبناء في القانون الجزائري	
.....	119
المطلب الثاني: السلطة الأبوية على الزواج وانحلاله بين الإطلاق والتقييد.....	122
الفرع الأول: السلطة الأبوية على الزواج بين الإطلاق و التقييد.....	122
أولا: مفهوم سلطة التزويج وأقسامها	123
ثانيا: مركز الولي في سلطة التزويج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري....	131
الفرع الثاني: السلطة الأبوية على فك الرابطة الزوجية.....	135
أولا: فرض السلطة الأبوية لفك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي.	135
ثانيا: فرض السلطة الأبوية لفك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري.....	140
الباب الثاني: أحكام السلطة الأبوية في المعاملات المالية	145
الفصل الأول: أحكام السلطة الأبوية في مسائل الولاية على المال	148
المبحث الأول: مفهوم السلطة الأبوية على المال والأفراد المؤهلون لها	151
المطلب الأول: مفهوم السلطة الأبوية على المال	151
الفرع الأول: مفهوم السلطة الأبوية على المال.....	151
أولا: مفهوم المال	152

- 153 ثانيا: مفهوم السلطة الأبوية على المال:
- 154 ثالثا: أنواع الولاية على المال
- 154 الفرع الثاني: تمييز السلطة الأبوية على المال عن بعض النظم المشابهة لها
- 154 أولا- تمييز السلطة الأبوية على المال والسلطة الأبوية على النفس:
- 155 ثانيا - تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام أهلية الأداء:
- 155 ثالثا - تمييز نظام السلطة الأبوية على المال عن نظام النيابة الشرعية:
- 156 رابعا- تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام الولاية:
- 156 خامسا - تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام الوصاية:
- 158 سادسا- تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام القوامة:
- 159 سابعا- تمييز السلطة الأبوية على المال عن نظام الكفالة:
- 160 ثامنا- تمييز السلطة الأبوية على المال عن الإذن القضائي للقاصر:
- 161 الفرع الثالث: أنظمة النيابة الشرعية على المال
- 161 أولا: السلطة الأصلية على مال القاصر:
- 161 ثانيا: السلطة النيابة على مال القاصر:
- 161 ثالثا: مركز الأبوين القانوني في نظام الولاية على المال:
- المطلب الثاني: المؤهلون للنيابة الشرعية في تولي السلطة المالية وشروطهم ومراكزهم
- 162
- 162 الفرع الأول: المؤهلون للنيابة الشرعية في تولي السلطة المالية:
- 162 أولا: الولي
- 163 ثانيا: الوصي
- 163 ثالثا: المقدم
- 163 الفرع الثاني: شروط المؤهلين للنيابة الشرعية في تولي السلطة المالية
- 163 أولا: موقف الفقه الإسلامي من شرط الرشد في السلطة الأبوية على المال
- 164 ثانيا: موقف القانون الجزائري من شرط الرشد في السلطة الأبوية على المال
- الفرع الثالث: مركز الأبوين في الولاية على المال في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
- 164
- 165 أولا: مركز الأبوين في الولاية على المال في الفقه الإسلامي
- 167 ثانيا: مركز الأبوين في الولاية على المال في القانون الجزائري
- 170 الفرع الرابع: الأشخاص الخاضعون للسلطة الأبوية على المال (ولاية الحجر):
- 170 أولا: تعريف الحجر لغة و اصطلاحا:
- 171 ثانيا: أقسام الحجر:

174	ثالثا: أسباب الحجر:
180	المبحث الثاني: نطاق السلطة الأبوية في الولاية على المال
		المطلب الأول: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية على المال في الفقه الإسلامي والقانون
181	الجزائري
182	الفرع الأول: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية في الفقه الإسلامي
182	أولا: التصرفات الرامية إلى المحافظة على المال
182	ثانيا: التصرفات الرامية إلى استثمار الأموال وتنميتها
193	ثالثا: السلطة الأبوية في مواجهة تصرفات ناقصي الأهلية:
195	الفرع الثاني: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية على المال في القانون الجزائري..
195	أولا: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية المطلقة في القانون الجزائري....
197	ثانيا: نطاق صلاحيات السلطة الأبوية المالية المقيدة في القانون الجزائري.....
206	المطلب الثاني: انتهاء السلطة الأبوية على المال
207	الفرع الأول: أسباب انتهاء السلطة الأبوية على المال
207	أولا: انتهاء السلطة الأبوية بسبب الأب
212	ثانيا: انتهاء السلطة الأبوية بسبب الابن
216	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على انتهاء السلطة الأبوية على المال
216	أولا: التزامات الأب
217	ثانيا: مسؤولية الأب عن الأعمال المترتبة عن السلطة المالية.
223	الفصل الثاني: أثر السلطة الأبوية على مسائل الإغتناء والنفقات
225	المبحث الأول: انعكاسات السلطة الأبوية على مسائل الإغتناء من ذمة القاصر المالية
226	المطلب الأول: مفهوم الذمة المالية للقاصر..
226	الفرع الأول: مفهوم الذمة المالية وعناصرها وخصائصها
226	أولا: مفهوم الذمة المالية
228	ثانيا: عناصر الذمة المالية
229	ثالثا: خصائص الذمة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
232	الفرع الثاني: حماية الذمة المالية للقاصر
232	أولا: حماية الذمة المالية للقاصر على ضوء قواعد القانون المدني
234	ثانيا: حماية الذمة المالية للقاصر على ضوء قواعد قانون الأسرة
		ثالثا: سلطة الولي على العقد الموقوف بين قواعد القانون المدني وقواعد قانون
234	الأسرة.

المطلب الثاني: ذمة القاصر المالية في مواجهة السلطة الأبوية.....	238
الفرع الأول: حدود اغتناء الأبوين من ذمة القاصر المالية في الفقه الإسلامي.....	239
الحالة الأولى: أخذ الأب من مال ولده للحاجة.....	239
الحالة الثانية: أخذ الأب من مال ولده لغير حاجة.....	241
الفرع الثاني: حدود اغتناء الأبوين من ذمة القاصر المالية في القانون الجزائري.	246
أولاً: تفعيل الدور الرقابي القضائي على أموال القاصر.....	247
ثانياً: موقف القانون الجزائري من استباحة الأب لذمة ولده المالية.....	247
المبحث الثاني: انعكاسات السلطة الأبوية على مسائل النفقات.....	249
المطلب الأول: مظاهر السلطة الأبوية في الإنفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	249
الفرع الأول: مفهوم النفقة ومشروعيتها وجزاء الإخلال بها وشروطها.....	249
أولاً: مفهوم النفقة وجزاء الإخلال بها.....	250
ثانياً: ضابط القرابة الموجبة للإنفاق.....	253
الفرع الثاني: شروط النفقة على الفروع وتقديرها ومشمولاتها.....	256
أولاً: شروط نفقة الأصول على الفروع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري	256
ثانياً: تقدير النفقة ومشمولاتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....	263
المطلب الثاني: السلطة الأبوية وعلاقتها ببعض الآثار المادية للحضانة.....	269
الفرع الأول: نظرة الفقه الإسلامي إلى أجره الرضاع والحضانة وأجره السكنى.	269
أولاً: نظرة الفقه الإسلامي إلى أجره الرضاع والحضانة.....	269
ثانياً: نظرة الفقه الإسلامي إلى أجره السكنى.....	272
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من أجره السكنى وأجره الرضاع والحضانة	273
الخاتمة	278
قائمة المصادر والمراجع	284
الفهرس	310

ملخص:

تسلط هذه الدراسة الضوء على الحلقة الأضعف في منظومة الأسرة، وهي فئة القصر والمحجور عليهم، وتنظم العلاقة بينها وبين الآباء من خلال ما يسمى بنظام السلطة الأبوية والذي سنرى إن كان بمقدرته أن يستوعب كل الممارسات المشروعة على الأبناء لغرض إصلاحهم ورعاية مصالحهم أم لا. إن السلطة الأبوية في مفهومها الشرعي والقانوني هي مجموعة الحقوق والالتزامات التي تقضي برعاية الأب ابتداءً، والأم استثناءً، لأولادهما القصر ومن في حكمهم، و تقوم على ركيزتين أساسيتين الأولى الإشراف على الشؤون الشخصية لأولاد من إرضاع وحضانة وتربية وتأديب ومراقبة وتزويج، والثانية الإشراف على الشؤون المالية لأولاد من خلال بيان طرق حمايتها، وكيفية استثمارها وتنميتها عند اللزوم، والأوجه المشروعة التي تبيح للولدين الأخذ منها عند الاقتضاء، وقد تضيق دائرة هذه السلطة وتتسع، وتقوى وتضعف، على حسب المراحل العمرية للمشمول بها، وهي سلطة برأسين تفر بمركزي الأب والأم في منظومة الواجبات الأبوية، وتفرض عليهما مراعاة مصلحة المشمول بها في جميع المجالات.

الكلمات المفتاحية: السلطة الأبوية، الولاية، الأهلية، الحضانة، القاصر، الحجر.

Summary:

This study highlights the weakest group in the family system, which is the category of minors and forbidden, and regulates the relationship between them and parents through the so-called patriarchal system, which we will see if it can accommodate all legitimate practices on children for the purpose of reforming them and caring for their interests.

The parental authority in its legitimate and legal concept is a set of rights and duties that require the care of the father from the beginning and the mother is an exception, for their minor children and those in their rule and is based on two main pillars, the first is the supervision of the children's personal affairs, such as breastfeeding, custody, upbringing, discipline, control and marriage; The second is to supervise children's finances by indicating ways of protecting them and how to invest and develop them, where necessary, and the legitimate aspects of children's access to them where appropriate and the circle of this power may narrow, widen, strengthen and weaken according to the age stages of the person covered by it, which is a two-headed authority which recognizes the status of father and mother in the parental duty system and imposes on them respecting the covered interests in all areas

Keywords: Parental Authority, Custody, Eligibility, Nursery, Minor, Quarantine.