**الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية**

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة اكلي محند او لحاج البويرة**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

# ولاية الام الحاضنة على أبنائها القصر

مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أسرة

قسم: قانون خاص

من إعداد الطالبتين

- عيدودي حسينة
- حجوطي سمية

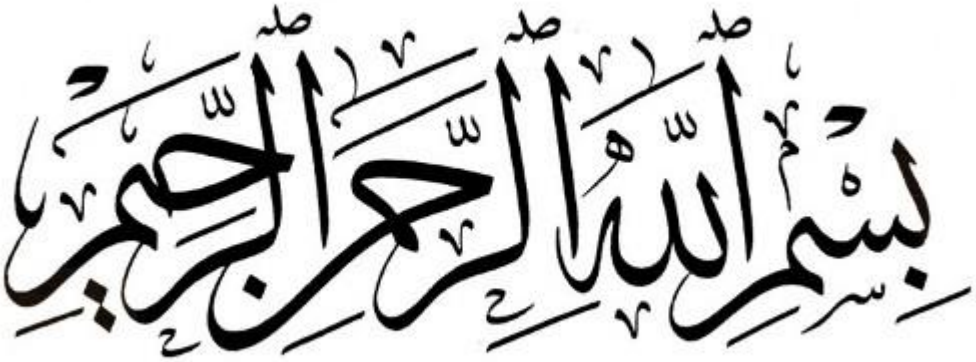
تحت إشراف:

أ/ د. يحياوي فاتح

لجنة المناقشة:

| | | | |
|---|---|---|---|
| د. غجاتي فؤاد | أستاذ محاضر أ | جامعة البويرة | رئيسا |
| د . يحياوي فاتح | أستاذ محاضر أ | جامعة البويرة | مشرفا ومقررا |
| د. غنيمي طارق | أستاذ محاضر أ | جامعة البويرة | ممتحنا |

السنة الجامعية :2024/2023


بسم الله الرحمن الرحيم

**الإهداء**

إلى أمي الغالية حفظها الله وأبي المتوفي رحمة الله عليه. اللّذان سهرا على تربيتي وتعليمي فكان لهما الفضل بعد الله عز وجل في وصولي إلى هذا المقام.

إلى رفيق دربي وكلّ عائلتي

إلى كلّ أساتذتي وزملائي وأصدقائي

إلى كلّ من ساعدني من قريب أو من بعيد طيلة مشواري الدراسي.

أهدي لكم عملي المتواضع هذا.

سمية

## الإهداء

**إلى من أُفضِّلها على نفسي، ولِمَ لا فلقد ضحَّت من أجلي**

**ولم تدَّخر جُهدًا في سبيل إسعادي على الدَّوام (أُمِّي الحبيبية).**

**نسير في دروب الحياة، ويبقى من يُسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه**

**صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة.**

**فلم يبخل عليَّ طيلة حياته (والدي العزيز).**

**إلى أصدقائي، وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكل ما يملكون،**

**وفي أصعدة كثيرة أُقدِّم لكم هذا البحث، وأتمنَّى أن يحوز على رضاكم**

**حسينة**

## كـلمـة شكر وتقدير

أحمد الله عـزّوجلّ الذي وفـقنا فـي انـجاز هذا العمل وعـملا بـقوله صـلّى الله عليه وسلّم:(لا يشكر الله من لا يشكر النـاس) أتقدم بشـكري الجـزيل للأستاذ الفـاضل_ يـحيـاوي فاتـح_ الذي تـكرّم بالإشراف علـى هذه المذكرة، ولـم يبـخل علينا بـكلّ مـا راه مفـيدا مـن معـلومات وتـوجيـهات ومـعينا لنا طيلة مـدّة اشـرافه عـلينا.

الـى مـن أنـار دربـي بـنور العـلم، أسـاتذتي الـكرام.

الـى كلّ من سـاهم فـي انـجاز هـذا العـمل مـن قـريب أو بـعيـد.

جزاكم الله خيرا.

**قائمة المختصرات :**

**ق.أ.ج .....قانون الأسرة الجنائي**

**ج.ر .....جريدة رسمية**

**د.ب.ن.....دون بلد نشر**

**د.د.ن .....دون دار نشر**

**د.س.ن .....دون سنة نشر**

**غ.أ.ش.....غرفة الأحوال الشخصية**

**ق.م .....قانون مدني**

**ق.ع.....قانون العقوبات**

**م.ق.....مجلة قضائية**

**م.م.ع .....مجلة المحكمة العليا**

**ع .....عدد**

**ط .....طبعة**

**ص.....صفحة**

**د.ط.....دون طبعة**

**ج.....جزء**

**م .....التاريخ الميلادي**

**هـ .....التاريخ الهجري**

# مقدمة

بما أن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمعات، فالعناية بها تضمن مجتمعا سليما من خلال تربية صحيحة وغرس لقيم الأخلاق بين أفرادها، ومن هنا حرص الإسلام على ارسائها وتثبيتها والمحافظة عليها لأنّها المنبت السليم الذي ينشأ فيها الطفل تحت مسؤولية الأبوين، كل بدوره وتكون الأولوية للأب، إلا أن هذه الوظيفة قد تتعرض للانكسار أو الاختلال بما يمس مشاعر الطفل و يدهور حالته النفسية لكي تصبح حياة غير مستقرة، كوفاة الأب أو طلاقه عن الأم أو غيابه، و باعتبار هذا الطفل القاصر هو الفئة الضعيفة والعاجزة عن الاهتمام بشؤونها الخاصة داخل الأسرة، فقد حظي بقسط وافر من الاهتمام والرعاية، إذ كان لا بد من إيجاد من يرعاه ويتولى أموره ويسهر على مصالحه الشخصية والمالية، لذا كرس المشرع للأم حق الولاية على الأبناء مراعاة لضمان السير الحسن لشؤون الطفل ومصلحة الأسرة بشكل عام ومنه فولاية الأم الحاضنة على أولادها تكون ولاية أصلية تلقائية دون اللجوء لحكم قضائي حسب ما جاء في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري فقرة 1 : " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وفي حالة وفاته تحل الأم محله قانونا " .

**أسباب اختيار الموضوع:**

اضافة الى الدوافع الذّاتية لدى كل باحث والمتمثلة أساسا في الرغبة وحب البحث فان اختيارنا لهذا الموضوع له دوافع موضوعية، أبرزها كثرة القضايا المتعلقة بالطّلاق، والذي ينتج عنه أطفالا صغارا قصرا يحتاجون الى من يكون كفؤا للقيام برعايتهم والمحافظة عليهم وعلى أموالهم

محاولة معرفة مدى تمكن الأم الحاضنة من تسيير شؤون أبنائها القصر عند غياب الأب سواء على النفس أو المال.

**الهدف من الموضوع:**

تهدف هذه الدراسة الى تحديد الاطار المفاهيمي لولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر، وبيان لأحكام هذه الولاية من أجل رفع اللبس عنه، وتمييزها عن ولاية الأب على أبنائه، وأنها حالة استثنائية، وابراز نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر.

**أهمية الموضوع:**

تتجلى أهمية هذا الموضوع في أنه يتناول حفظ شريحة مهمة من المجتمع ألا وهي الأطفال القصر، الذين يعجزون عن تدبير شؤونهم مما يقتضي مزيدا من الرعاية والعناية.

التعديل الجديد لقانون الأسرة في المادة 87 منه حيث أنه وسع من حالات ولاية الأم على أبنائها القصر، فأصبحت تمارس الولاية حتى في حياة الأب.

**المنهج المتبع:**

اعتمدنا على المنهج الوصفي، التحليلي، اضافة في بعض الأحيان الى المنهج المقارن، الوصفي من خلال استعراض مفاهيم حول موضوع الدراسة كمفهوم الولاية، القاصر،

الحضانة...أمّا التحليلي فنلمسه من خلال تحليلنا لبعض النصوص القانونية المتعلقة بهذا الموضوع والمنهج المقارن يفرض نفسه لاستعراض بعض أراء الفقهاء.

صعوبات البحث:

عند قيامنا بدراسة هذا البحث واجهتنا مجموعة من الصعوبات منها قلة المراجع المتناولة لهذا الموضوع، وخصوصا في الجانب القانوني المتناول لأخر تعديل قانون الأسرة 05_02.

قلة النصوص القانونية التي تعالج موضوع الولاية في القانون الجزائري، ما يترتب عنه ضعف في حماية القاصر، بالمقارنة مع التشريعات العربية الأخرى.

## الاشكالية:

لماذا تبنى المشرع الجزائري نظام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية:

**الخطة المتبعة:**

مقدمة

الفصل الأول: أحكام ولاية الأمّ الحاضنة على أبنائها القصر

المبحث الأول: مفهوم الولاية على القصر

المطلب الأول: مفهوم الولاية

المطلب الثاني: مفهوم القاصر

المبحث الثاني: ممارسة الأمّ الحاضنة الولاية على أبنائها القصر

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

المطلب الثاني: ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر وحلات ممارستها

الفصل الثاني: نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر

المبحث الأول: الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر

المطلب الأول: ولاية الحفظ

المطلب الثاني: ولاية التزويج

المبحث الثاني: الولاية على المال للأم الحاضنة على أبنائها القصر

المطلب الأول: تصرفات الأم الحاضنة المطلقة

المطلب الثاني: تصرفات الأم الحاضنة المقيدة بإذن القاضي

# الفصل الأول

# أحكام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر

# الفصل الأول

# أحكام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر

لقد أقرت الشريعة الإسلامية نظام الولاية على القاصر، لحماية هذا الأخير في كل مراحل نموه باعتباره بحاجة للعناية والرعاية خاصة لصغر سنه وعجزه عن ممارسة التصرفات القانونية بسبب انعدام أهليته أونقصها، فيقوم الوالد بالنيابة عنه وذلك للإشراف على ضمان حقوقه والسّهر على حسن سير مصالحه. والمشرّع الجزائري أقرّ بنظام الولاية من خلال نصوصه وقواعده، فالولاية تكون للأب أوّلا بصفة تلقائية ما دام حيا لكن عند حصول مانع له، أو في حالة غيابه تنوب الأم عنه، فتكون لها ولاية مؤقّته، أما في حالة وفاته أو طلاقها منه فإن الولاية تنتقل بصفة تلقائية إلى الأم. وعليه فإنه لمعرفة مختلف الأحكام الخاصة بولاية الأم الحاضنة على أولادها القصر تعين علينا التطرق إلى:

1. مفهوم الولاية على القاصر (المبحث الأول).
2. بيان كيفية ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أولادها القصر (المبحث الثاني).

# المبحث الأول

## مفهوم الولاية على القاصر

لقد استمد المشرع الجزائري نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية، حسب المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري، ومنه تتجلى مشروعية الولاية على القاصر التّي تهدف بالدّرجة الأولى إلى حفظ حقوق القاصر ورعاية مصالحه[1]. وهذا ما ستحاول توضيحه في المبحث الأول حيث سنتطرق إلى:

1- مفهوم الولاية (المطلب الأول).

2- مفهوم القاصر (المطلب الثاني).

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

## المطلب الأول

## مفهوم الولاية

لنتمكن من تقديم مفهوم ملم للولاية ارتأينا التطرق إلى:

1-التعريف بالولاية وأقسامها (الفرع الأول).

2-شروط الأولياء وترتيبهم (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: التعريف بالولاية**

**أولا: تعريف الولاية**

**تعريف الولاية لغة :**

الولاية بفتح الواو أو كسرها من الفعل ولي الشيء، وولي عليه إذا ملك أمره وكان له القيام عليه، وكذلك إذا قام به، فهو وليه وولي عليه ووال، والولاية تعني السلطان والنصرة والمحبة، والولي جمعه أولياء وهو النصير والمحب والصديق وولاه الشيء ملك أمره وقام به[1]. وهي ضد العداوة وتكون بإخلاص المودة، ووردت في قوله تعالى: {اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُمْ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا أَوْلِيَاؤُهُمُ الطَّاغُوتُ يُخْرِجُونَهُمْ مِنَ النُّورِ إِلَى الظُّلُمَاتِ أُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ}[2] أي ناصرهم على عدوهم.

---

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

[2] سورة البقرة، الآية 257.

وهناك من عرّفها أيضا أنّها مصدر ولي الرجل إذا أعانه أو قام بأمره، والولي اسم من أسماء الله الحسنى وهو النّاصر المتولي بأمور الخلق جميعا، وولي اليتيم الذي يلي أمره، وولي المرأة هو الذي عقد النكاح عليها[1].

**-تعريف الولاية اصطلاحا**

تعرف الولاية اصطلاحا بأنّها سلطة شرعية للعاقد في مباشرة عقده وتوليه، أي أن يكون له سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعا فتترتب عليهما أثارهما

الشرعية[2].

كما تعرف بأنّها صلاحية الشخص لإجراء تصرّفات قانونية ترتب أثارها في حق الغير، كما تعرف بأنها سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم غيره ولحساب هذا الغير بما ينتج أثره في حقهم.

كما تعرف الولاية على أنّها منح سلطة لشخص معيّن لأن يجري التصرفات القانونية لا لحساب نفسه ولكن لحساب المشمول بولايته نيابة عنه[3].

ويدخل ضمن مفهوم الولاية بمعناها الواسع الوصاية والتقديم والولاية بمعناها الضّيق تكون أصلية، وتسمى بالولاية الطبيعية وهي تثبت بحكم الشّرع والقانون دون الحاجة إلى حكم من القاضي، ولا يملك صاحبها عزل نفسه لأنها لم تثبت بإرادته ورغبته بل تثبت بقوة الشارع والقانون، وذلك بسبب صفات وجدت فيه دون غيره، وتبقى بذلك ولاية اجبارية وليست اختيارية، بحيث لا يملك الشخص أي خيار بشأنها وتتمثل هذه الولاية في ولاية الأب على مال ولده القاصر، وولاية أمه والتي هي

---

(1) جمعة عبد المغني لطفي، موسوعة الأحوال الشخصية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، د س ن، ص 455.

(2) الخفيف علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 2004، ص181.

(3) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1985، ص210.

موضوع دراستنا في هذا البحث[1]، وتكون على نفس الطفل الذي لا يستقل بأموره ، وهي لتربيته وتدبير شؤونه بما يصلحه والبعد به عن كل ما يضّره وتكون هذه السلطة الشرعية على نفس القاصر أو على ماله[2].

**3-تعريف الولاية قانونا:**

هي سلطة قانونية تمنح لشخص معين للقيام بالتصرفات القانونية لحساب شخص آخر وقد تكون ولاية على النفس أو المال أو عليهما معا[3].

المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للولاية بل اكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة الجزائري، فالولاية سلطة بموجب القانون اذ يقرر لشخص معين مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية وتبين المادة 87 من نفس القانون كيفية انتقال ولاية الأولاد القصر من الأب إلى الأمّ بعد وفاته، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تقتصر ولاية الأمّ على الأمور المستعجلة[4].

**ثانيا: أقسام الولاية**

تنقسم الولاية إلى عدّة أقسام باعتبارات مختلفة، إمّا من حيث ذاتها، وإما من حيث مصدرها وإمّا من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره، أو من حيث موضوعها.

1- تقسيم الولاية من ذاتها: تشمل الولاية من حيث ذاتها إلى ولاية عامة وولاية خاصة

فالعامة: هي الثابتة لرئيس الدّولة أصالة، والقضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفتهم الشخصية

---

(1) بوالكور رفيقة، محاظرات في مادة النيابة الشرعية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، السنة الجامعية 2019-2020. ص63

(2) العربي يختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ديوان المطبوعات الجزائرية،د ب ن،2013 ص 187

(3) بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج1 الزواج والطلاق، دار النهضة العربية بيروت، لبنان،1967 ص312.

(4) حكيم مرطة، ولاية الام على أبنائها في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة 2015-2016 ص12 .

والخاصة: هي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لها بصفتهم حكاما[1].

هذا ويرى المالكية أنّ الولاية العامة سببها الإسلام، أمّا الولاية الخاصة فلها ستة أسباب وهي: الأبوة، الإيصاء، العصوبة، الملك، الكفالة والسلطة

2-تقسيم الولاية من حيث مصدرها:

تنقسم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية ذاتية، وهي ما تعرف بالولاية الأصلية، وولاية مكتسبة، وهي ما اصطلح على تسميتها بالولاية النيابية[2].

فالذاتية أو الأصلية هي الولاية التي تثبت ابتداءا من غير أن تكون مستمدة من الغير[3] كولاية الأب والجد على الولد القاصر، أو الابن على أبيه وجده وأمه إذا فقدوا الأهلية، فهذه الولاية بسبب الولادة والولادة أمر ذاتي لا ينفك عن صاحبه[4].

وهذه الولاية أيضا لا تقبل الاسقاط أو التنازل عنها[5].

أما المكتسبة أو النيابية فهي الولاية المعتمدة من غيرها، كولاية القاضي والوصي، فإن القاضي يستمدّ ولايته من الحاكم والإمام، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة ممن أقامه وصيّا، فهو نائب عنه في الوصاية وفيما يتولاه من شؤون القاصر[6]، وهذه الولاية يمكن التنازل عنها أو اسقاطها[7].

---

(1) بد ارن أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج 1 الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان ،1967، ص 312.

(2) جفرون عبد الرؤوف محمد إسلام، محجوبي حسان، النيابة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة، جامعة زيان عاشور الجلفة 2019/2020 ص9

(3) بدران أبو العينين بدران المرجع السابق 134ص

(4) صالح جمعة حسن الجيوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة الرسالة، بغداد، ط1976،1،ص36

(5) مصطفى الرافعي، نظام الأسرة عند المسلمين و المسيحين فقها و قضاءا، الشركة العامة للكتاب، ط1، 1990 ، ص31

(6) بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ج1، ص134 .

(7) مصطفى الرفاعي، المرجع السابق، ص31.

3-تقسيم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره :

تنقسم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية.

- فالقاصرة هي ولاية الشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية بالبلوغ والعقل، أو هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه.

- والمتعدية هي ولاية الشخص على غيره ولا تكون إلّا لمن تثبت له ولاية على نفسه[1]. أو هي قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع.[2]

4-تقسيم الولاية من حيث موضوعها:

تنقسم الولاية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، ولاية على المال وولاية على النفس والمال معا.

أ- ولاية على النفس:

الولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية[3] أو هي تختص بشؤون القاصر الخاصة غير المالية[4].

والولاية على النفس تتمثل في أمرين:

-أما الأول فيتعلق بالتربية والحفظ أي في شؤون الرضاع والحضانة والضمّ وما يتعلق بها وهي ما اصطلح على تسميتها بالحضانة[5].

---

[18]بدران أبو العينين بدران المرجع السابق، ج1، ص134.

[2] أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957، ص107.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط4 1997

[4] عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج و الطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5 ،1979، ص165.

[5] أحمد فراح حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1988، ص192

– أما الثاني فيخص التزويج، وهي إعطاء الحق للولي في أن يتولى عقد زواج المرأة التي تحت ولايته.[1]

هذا وقد حرّر المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد المرأة البالغة الراشدة من الولاية، بحيث جعلها تعقد الزواج بنفسها بالإضافة إلى اعطائها حرية اختيار الولي الذي يحضر معها عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر، وهذا ما نصت عليه المادة 11 من هذا القانون على النحو التالي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختار "[2].

**ب – الولاية على المال:**

الولاية على المال هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق[3]، وهي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها[4].

إنّ أساس التفرقة بين الولاية على المال والولاية على النفس تتمثل في أنّ الأولى أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال، أمّا الولاية على النفس فأساسها الشّفقة والعطف، ذلك أنّ عقد الزواج لا يعود على العاقدين وحدهما بل تنال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصبات إنهم قوم الزوجين.[5]

---

[1] عبد الكريم شيهون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1 ، الزواج و الطلاق الولاية و نتائجها، دار النشر و المعرفة، الرباط، 1987 ، ص74

[2] قانون الأسرة المعدل الصادر في الجريدة الرسمية سنة 2005

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط4 1997

[4] محمد أبو زهرة المرجع السابق ص108

[5] محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص108

ج- الولاية على النفس والمال معا:

الولاية على النفس والمال معا تشمل الشؤون الشخصية والمالية[1] كولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية أو ناقصيها.

**الفرع الثاني: شروط الأولياء وترتيبهم.**

أولا: شروط الولي:

يشترط في الولي جملة من الشروط، وبالرّجوع إلى تقنين الأسرة الجزائري فإنه أغفل ذكر الشروط التي يجب توافرها في الولي في حين تعرض لشروط الوصي في المادة 93 التي تنص على أنه: "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا حسن التصرف ... " وهي الشروط التي يجب توفرها في الولي من باب أولى.

- كمال الأهلية: والتي تعني أن يكون الولي عاقلا بالغا رشيدا غير محجور عليه[2]. حيث يشترط في الولي الأهلية القانونية لمباشرة التصرفات القانونية ومنها القيام عمال التي تقتضيها الولاية، لأن الولي يجب أن يكون أهلا للتصرف في أمواله قبل أن يصبح وليّا على أموال غيره فمن لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره[3].

---

[1] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص 108

[2] جمعة(هلياوي سمحاوي)، الأهلية و عوارضها، دار الهدى ، الجزائر ، د س ن ، ص65.

[3] موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس الجزائر،2006،ص22.

- الأمانة: يشترط في الولي أن يكون أمينا عادلا غير مبذر، ويقصد بالأمانة ألا يكون فاسقا يرتكب أمورا يخشى منها على مال القاصر.[1]
- اتحاد الدّين: يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدّين مع المولى عليه القاصر أي يجمعهما دين واح[2]د.

وبالرّجوع إلى فقهاء الشريعة الاسلامية نجدهم لا يثبتون ولاية الكافر على المسلم ويثبتون ولاية المسلم على الكافر، إلا في ولاية التزويج وعليه فإن الأمّ الكافرة تفقد حقها في الولاية على مال القاصر المسلم فإذا اجتمعت الولاية والحضانة في يد الأمّ تثبت لها الحضانة دون الولاية حفاظا على مصلحة المحضون[3].

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

- أن لا يكون الولي سفيها : ويقصد بالسفه تبذير المال على غير ما يقتضيه الشرع والعقل، والمبذر يخشى منه على مال القاصر ومثال ذلك التردد على دور القمار واللهو والفسق والإسراف والنفقة على أصدقاء السوء[5]، وهذا ما يؤدي بالإضرار بالذمة المالية للقاصر[6].
- القدرة على القيام بمهام الولاية : هناك رأيين للفقهاء بخصوص هذا الشرط الرأي الأول

---

[1] نفس المرجع ص39.

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

[3] أسماء بن جامع ، رحماني منصور ولاية الام على مال القاصر بين الاطلاق و التقييد مجلة القانون و المجتمع، المجلد8، العدد2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 230 اوت 1955، سكيكدة، الجزائر ،2020، ص149 .

[4] كمال حمدي، الولاية على المال الاحكام الموضوعية لاختصاص و الإجراءات و القرارات منشأة المعارف، مصر 2003، ص301 .

[5] بيلة بن حافظ، "الولاية الاصلية على مال القاصر"، العلوم الإنسانية المجلد 31 العدد 1 قسنطينة الجزائر جوان 2020 ص 262.

[6] المرجع نفسه ص 262

بالنسبة للشافعية والمالكية، يشترط كلّ منهما القدرة على القيام بمهام الولاية، نظرا لما تقتضيه طبيعة الولاية لأنّ العاجز في نظرهم يكون غير قادر على القيام بأموره بنفسه فكيف بغيره، وهذا ما يتنافى مع مصلحة المولى عليه، أما الرأي الثاني، يرى جمهور الفقهاء جواز الوصاية للعاجز عن القيام بمهام الوصاية ويعين له القاضي من يساعده[1].

– الحرية: يرى الشافعية أن الحرية شرط من شروط الولي كون العبد لا يمكنه التصرف في مصالحه إلا بإذن سيده، ولأنه لا يمكنه حفظ أموال غيره فهم لا يجيزون الولاية إلى العبد.[2]

أمّا الحنفية فذهبوا إلى جواز ولاية العبد بإذن سيّده لأنّه أهل للرعاية على المال، واستدلوا في رأيهم على قول رسول الله صلّى الله عليه وسلم: " الخادم في مال سيده راع وهو مسؤول عن رعيته" فهم اشترطوا إذن سيده وليس لسيده الرجوع بعد الرضا[3].

ثانيا: ترتيب الأولياء:

بالنسبة للولاية على المال رتب الفقهاء الأولياء كما يلي:

عند الحنفية، تثبت الولاية على مال القاصر بثمانية أشخاص هم الأب ثم وصيه، فوصي وصيه، ثم الجد فوصيه، فوصي وصيه، ثمّ القاضي فوصيه، وليس لم سوى هؤلاء من الأمّ والأخ والعمّ وغيرهم من ولاية التصرف في مال القاصر لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة[4].

وعند المالكية، الولاية حسبهم تثبت للأب فوصيه ثم وصي الوصي وإن بعد، ثمّ للحاكم وجماعة

---

[1] أحمد عيسى " الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على مال القاصل" مجلة البحوث و الدراسات القانونية العدد 1 كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة 2009 ص 86 .

[2] بيبة بن حافظ المرجع نفسه ص 261

[3] بيبة من حافظ، المرجع السابق ص 261

[4] وسام قوادري، جماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني و تقنين الاسرة، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر ، 2013 ، ص13-14

المسلمين، وأما غير هؤلاء من أمّ أو أخ أو عم أو غيرهم من العصبات فلا ولاية لهم على مال القاصر [1].

أمّا عند الشافعية : الولاية عندهم تثبت للأب ثمّ للجدّ وإن علا وقدما على غيرهما فإن لم يوجد الأب ولا الجد فلمن يوصى إليه الموجود فيهما لأنه نائب عنهما فقدم على غيره ثم لوصي الوصي فإن لم يوجد الوصي ولا وصيه، فللقاضي أو وصيه لأنّ الولاية انقطعت من جهة القرابة، ولا ولاية لسائر العصبات كالأخ والعم[2].

-عند الحنابلة : تثبت للأب ثمّ وصيه في المقام الأول، ثم للقاضي أو من يقيم مقامه، ولم يثبت الولاية للجدّ لأنها انقطعت من جهة الأب بفقده أوعدم صلاحه لأنه لا يدلي القاصر بنفسه، بل يدلي إليه بواسطة الأب فاعتبر كالأخ[3] .

أما الولاية على شخص القاصر فكان ترتيب الفقهاء كالآتي:

- عند الحنفية: يشترط ترتيب أولياء النفس عندهم أمران، الأول هو العصبة سواء قريبة أو بعيدة، والثاني قرب القرابة، فيقدم الأقرب على الأبعد سواء كانت العصبات أو غيرها، فالولاية عندهم هي ولاية اجبار فقط تثبت لأقارب العصبة كالآتي: البنوة، الأبوة، الأخوّة، العمومة ثم السلطان[4].

---

[1] فرس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجيستير كلية الدراسات العليا للقضاء الشرعي ، جامعة الخليل فلسطين، 2008 ص93

[2] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و ادلته الأحوال الشخصية ج7 ط2 دار الفكر دمشق سوريا 1986 ص750

[3] باديس ديلمي ، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة اكلي محند ولحاج، البويرة، الجزائر ،2015،ص4.

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

- عند المالكية: تثبت ولاية الاجبار عندهم للسيد المالك والأب، أما ولاية الاختيار فتثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة، ثم الأخوة، ثمّ الجدودة، فالكافل فالقاضي ثم أحد من عامة المسلمين[1].
- عند الشافعية: الولاية على النفس عندهم للأب ثمّ الجدّ وإن علا، ثم الأخ الشقيق أو لأب ثم لابن كل واحد منهما وإن نزلا ثمّ العمّ الشقيق ثمّ العم لأب ثم ابن كل واحد منهما، ثمّ المعتق ثمّ السلطان[2].
- عند الحنابلة : تثبت الولاية للأب ثم أبوه وإن علا، أي الجدّ العصبي الذي لا تفصل بينه وبين القاصر أنثى ، ثم الابن وإن نزل ثمّ الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم أولادهم وإن نزلوا ثم العمومة ثم عمومة الأب، ثم المعتق وعصبته فالسلطان ووكيل كل واحد من هؤلاء، يقوم بمهامه[3].

غير أن قانون الأسرة وحسب المادة 87 ق أج أثبت الولاية للأب في المقام الأول ثمّ تحل الأم محله قانونا، لكن يستثنى من هذا الترتيب حالتين يكون فيهما حكم الولاية على النفس للقاضي، الأولى حالة الطلّاق حيث تمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة، والثانية هو تزويج القاصرة فيكون وليها أبوها فأحد الأقارب الأوّلين[4] .

إلا أنه بالرّجوع إلى المادة 87 ق أج نجد المشرع الجزائري جعل الولاية على مال القاصر للأب ثم الأم ولا ولاية للجدّ حسب هذه المادة، ويكون بذلك خالف المذاهب الإسلامية.

---

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

[2] محمد محدة، الخطبة و الزواج، دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائيى ط2، دار الشباب، الجزائر 2000، ص235.

[3] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص50

[4] المرجع نفسه ص 51

## المطلب الثاني

## مفهوم القاصر

الولاية هي التصرف في شؤون القاصر وذلك نظرا لعدم استطاعة هذا الأخير مباشرة التصرفات في نفسه ولحسابه[1]، ومنه سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف بالقاصر وحكم مختلف تصرفاته (الفرع الأول)، والإشارة إلى مدى امكانية القاصر مباشرة بعض التصرفات لضمان سير. مختلف مصالحه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التعريف بالقاصر

أولا تعريف القاصر

-1 تعريف القاصر لغة:

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

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

والقاصر من الوراثة من لم يبلغ سن الرشد[4]،

-2 تعريف القاصر اصطلاحا:

---

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

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

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

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

القاصر هو الذي لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقدها كغير المميز أم ناقصها كالمميز[1].

وعلى هذا النحو يكون فاقدا للأهلية الصغير غير المميز، المجنون

والمعتوه الذي فقد الإدراك، أما ناقص الأهلية فهو الصغير المميز أو ذو الغفلة أو السفيه.[2]

3-تعريف القاصر قانونا:

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

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

**ثانيا: حكم تصرفات القاصر**

قد يحدث ويباشر القاصر بعض التصرفات القانونية بنفسه، هذه الأخيرة أخضعها المشرع لأحكام خاصة حتى لا يكون القاصر عرضة للاستغلال إذا قام بتصرفات تضر به وتفقد ذمته المالية

---

[1] وهبة الزحيلي المرجع السابق، ص843.

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

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

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

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

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

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

ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

- التّصرفات النّافعة نفعا محضا: وهي التّي تترتب عليها اغتناء الذّمة المالية للقاصر دون عوض كقبول الهبة فالقاصر يمكن مباشرتها بنفسه ويعتبر كأنه كامل الأهلية ولا مصلحة للصبي في ابطالها ولا تتوقف على إجازة أحد[3].
- التصرفات الضارة ضررا محضا: وهي التصرفات التي تؤدي إلى افتقار الذمة المالية للقاصر دون مقابل فتعتبر باطلة بطلانا مطلقا ويعتبر القاصر المميز عديم الأهلية.
- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر: وهي التصرفات التي تحتمل

---

[1] باديس ديلمي، المرجع السابق ،ص44.

[2] وسام قوادري، المرجع السابق، ص63.

[3] باديس ديلمي، المرجع السابق، ص 45.

النفع كما تتحمل الضرر كعقد البيع والايجار والرّهن[1] أو التأمين وغيرها من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة التي تحتمل الرّبح كما تحتمل الخسارة وبالرّجوع لقانون الأسرة الجزائري وفي المادة 83 منه، على أنه تتوقف تصرفات القاصر المميز الدّائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي أو الوصي.

**الفرع الثاني: ترشيد القاصر**

حدد المشرّع الجزائري سنّ الرّشد 19سنة كاملة حسب المادة 40/2 ق م ج غير أنه قد يحصل ترشيد القاصر قبل اكماله 19 سنة ، وهذا عن طريق اجراء قانوني لكن قانون الأسرة لم يتعرض أصلا لهذه الحالة رغم أنها واردة في الشريعة وعليه يكون الرّجوع إليها عملا بحكم المادة 222 ق.أ.ج.[2] حيث أنّه يستفيد من الترشيد مبدئيا كل قاصر ذكر أو أنثى بلغ سن 19 سنة، أو أكثر من 16 سنة هو أهلا للتّصرّف في ماله، وحسب الشّريعة الإسلامية فإنّ الزّواج يرشّد القاصر في حالة ما يرّخص القاضي بالزّواج قبل بلوغ سن الزّواج المقررة قانونا حسب المادة 7 ق أج. ومن أمثلة التّصرفات التي يقوم بها الزّوج المرشّد دفع الصّداق، ويعتبرمن التّصرفات الدّائرة بين النّفع والضّرر التي تتوقّف على إجازة الولي غير أنّه إذا كان الصّداق مبالغ فيه يقوم الوليّ بإنقاصه إلى صداق المثل، وأمّا عن الزّوجة فلها كامل الحرّية في قبض مهرها والتصرّف فيه طبقا لنصّ المادّة 83 ق.أ.ج، أمّا اجراءات التّرشيد فيتم ترشيد القاصر بناءا على تصريح من الأب أو الأم أو الولي أو الوصي، والقاضي يصدر حكمه بترشيد القاصر مسببا بعد إجراء التحقيق.

هذا عن استفادة القاصر من التّرشيد وإجراءاته فما عن أثاره؟ يرفع الترشيد عن القاصر نقصانه للأهلية ويرفع الولاية عن نفسه وماله، فالترشيد الصّادر عن طريق القضاء ينتهي ببلوغ القاصر

---

[1] المرجع نفسه ص45.

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

سن الرّشد القانونية أو يكون محل إلغاء لمبرر، أمّا التّرشيد الحاصل بسبب زواج القاصر قبل سن الزّواج القانونية هو غير قابل للإلغاء.[1]

أمّا فيما يخص التّرشيد في المسائل التجارية أجاز المشرّع للقاصر البالغ من العمر 18 سنة ممارسة العمل التجاري وفق شروط وأحكام حسب المادة 5 ق.ت.ج والتي نصت على أنه: " لا يجوز للقاصر المرشّد ذكر أم أنثى البالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنّسبة للتعهدات التي برمها من أعمال تجارية"

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب والأمّ، ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري.[2]

---

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

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

## المبحث الثاني

## ممارسة الأمّ الحاضنة الولاية على أبنائها القصر.

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزّواج أو الطّلاق هو وضع الطّفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه والحضانة هي ضرب من هذه الرّعاية بالطفولة[1]، وفي حالة حضانة الأم لأبنائها تثار اشكالية مسألة ولايتها عليهم والقيام بجميع التصرفات القانونية لضمان حقوقهم، وسنتطرق إلى مفهوم الحضانة في المطلب الأول، وإلى ممارسة الأمّ بصفتها حاضنة الولاية على أبنائها في المطلب الثاني.

### المطلب الأول

### مفهوم الحضانة

الحضانة من المسائل التي يحاول الكثير من النّاس الاستفسار عليها نظرا لأهميتها باعتبارها تتعلق بمصير الأولاد، لذا ستحاول تعريفها وابراز الشّروط الواجب توفرها في الأمّ لأجل إسناد الحضانة لها (الفرع الأول) والتطرّق إلى مسقطاتها (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: التعريف بالحضانة**

أولا التعريف بالحضانة

1- تعريف الحضانة لغة

مأخوذة من الحضن، وهو الجنب، وهي الضمّ إلى الجنب، والحضانة مصدر الفعل حضن، والحضن بالكسر مادون الإبط إلى الكشح أو الصّدر والعضدان وما بينهما، وجانب الشيء وناحيته جمعهم

---

[1] العربي لبحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق اخر التعديلات و مدعم لاحدث اجتهدات المحكمة العليا، ج1، احكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2012، ص 379.

أحضان، وحضن الصبيّ، جعله في حضنه أو رباه كاحتضانه وحضن الطّائر بيضه حضنا وحضانة – بالكسر – رخم عليه للتفريخ[1].

**2- تعريف الحضانة اصطلاحا**

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

3- تعريف الحضانة قانونا

نصت عليها المادة 62 ق.أ.ج على أنّها رعاية الطّفل و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ثمّ إضافة في الفقرة الثانية : "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."[3]

المشرع الجزائري أحسن في تعريفه للحضانة من خلال احتوائه على أسبابها وأهدافها فشمل حاجيات المحضون الصّحيّة والدّينيّة والتربوية والخلقية لذلك على القاضي عندما يحكم بالطّلاق ويفصل في حق الحضانة والزّيارة أن يراعي هذه العناصر كلّها ومن أهمها حاجيات المحضون ومصلحته، فإذا أغفل القاضي بيان مصلحة الطّفل بدقّة ووضوح في حيثيات حكمه، يمكن أن يكون معيبا بنقص أو عدم كفاية التّسبيب ويتعرض للإلغاء[4].

---

[1] أحمد محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، ج الثالث وال اربع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ،1431هـ

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ،

[3] المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري.

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

ثانيا : شروط إسناد الحضانة للأم

**1-الشروط العامة الواجب توفرها في الحاضنة**

- البلوغ : الحضانة مهمة شاقة، لا يتحمل تبعاتها ووظائفها إلاّ الكبار[1].
- العقل : فلا يمكن إسناد الحضانة لمعتوهة أو مجنونة لا تستطيع القيام بشؤون الولد بل يخشى عليه منها الهلاك[2] .
- السلامة من الأمراض المعدية، فلا حضانة لمن له مرض معد كالجذام والبرص لأنه يخشى انتقالها للمحضون[3].
- الأمانة: فيجب أن تكون الحاضنة أمينة على المحضون وتربيته، فتكون أمينة على نفسه وأدبه وخلقه[4].
- أن تكون المرأة من محارم الصغير نسبا، كالخالة والأخت والعمة والجدة فلا حضانة لغير القرابة النسبية، فالمحارم من الرّضاع العم والأخت لا حضانة لهن ولا حضانة لتقريب غير المحرم كبنت العم أو بنت العمة فلا تتوافر أهلية الحضانة في النساء إلا بتوافر المحرمية وقرابة عمود النسب.[5]

بالإضافة إلى هذه الشروط العّامة الواجب توافرها في الحاضنة هناك شروط أخرى الواجب توافرها في الأمّ خاصة وهي كالآتي:

---

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

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

[3] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجة، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،1431هـ ،

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

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

- ألا تكون الأمّ الحاضنة زوجة لغير محرم الصّغير لأنّ الزّوج الأجنبي عادة لا يعطف على الصّغير ويقدم حقوقه كزوج على حقوق أولادها كأم حاضنة[1].
- ألا تكون الأم قد امتنعت عن الحضانة مجانا عند اعسار الأب لأنّ الأب إن وجد الحاضنة المشرعة سقط حق الأم في الحضانة معاوضة لأن إعسار الأب يقتضي رعاية حاله.[2]
- أن لا تحضنه في بيت من يبغضه لأن ذلك يؤدّي للاضرار بالطفل.[3]
- أن لا تكون الأم الحاملة فاسقة فاجرة فجورا يضيع الولد معه ففي المذهب الشافعي جاء : لا تثبت الحضانة لفاسق لأنه لا يوفي الحضانة حقها إنّما جعلت لحظّ الولد ولا حظّ للولد في حضانة الفاسق لأنه ينشأ على طريقته[4]. وفي المذهب الحنفي، أحق الناس بحضانة الصغير حال قيام النّكاح أو بعد الفرقة الأمّ، إلا أن تكون مرتدة أو فاجرة غير مأمونة[5] .
- اتحاد الدين بين الأم الحاضنة والصغير حتى لا تلقنه دينها.
- قدرة الأمّ على رعاية المحضون وحفظه وصيانته.

**الفرع الثاني : مسقطات الحضانة للأم على أبنائها القصر**

تسقط حضانة الأم لأبنائها لأسباب محددة، وقد تعود مرة أخرى إذا زال سبب سقوطها.

**أولا : المسقطات الإجبارية**

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

---

(1) المرجع نفسه ، ص 492

(2) المرجع نفسه، ص 493

(3) محمد سمارة، المرجع السابق، ص 391.

(4) أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص21

(5) المرج نفسه، ص21.

1. سقوط الحضانة عند اختلال أحد شروطها فيسقط حق حضانة الأم إذا اختلت شروط الحضانة وهذه الشروط حددتها المادة 62 من قانون الأسرة، كما يسقط أيضا بالإخلال بالواجبات المنصوص عليها في المادة 62 قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية وللمحكمة في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون وهذا بحسب المادة 67/1 والمادة 67/3 قانون الأسرة.[1]
2. زواج الأم الحاضنة بغير قريب محرم: الملاحظ أن هنا السبب لم يكن محل إجماع من طرف كل فقهاء الشريعة الإسلامية إذ منهم من يرى توسيعه ليشمل كل زواج للحاضنة حتى ولو بالقريب المحرم، ومنهم من يرى عدم الأخذ به على الإطلاق ومنهم من يربط الأخذ به ما يخدم مصلحة المحضون. وقد نصت على هذا السبب المادة 66 قانون الأسرة الجزائري:"تسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم[2]".
3. من المقرر شرعا وقانونا أنّ جريمة الزّنا من أهم مسقطات الحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون.

**ثانيا: المسقطات الاختيارية**

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

---

[1] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الج ازئري، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الج ازئر ،2002، ص187.

[2] بلقاسم أع ارب ، "مسقطات الحق في الحضانة في قانون الأسرة الج ازئري والفقه الإسلامي المقارن"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، معهد القانونية، جامعة باتنة ،1994، ص49.

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

أمّا المشرّع الجزائري فقد أخذ بهذا السّبب ونص عليه في المادة 66 ق.أ.ج، وقد قيد الأخذ به بعدم الإضرار بمصلحة المحضون.[1]

2. عندما يصبح للأمّ الحاضنة ولاية على المحضون كان لزاما عليها حمايته وذلك بالقيام بشؤونه والتركيز على نشأته نشأة سليمة وبالتالي سفر الأم وانقطاعها لمكان بعيد وهو مقدار ( 132 كلم ) فلو سافرت الحاضنة هذا المقدار فأكثر فللولي أخذ المحضون وبذلك تسقط منها الحضانة وهذا ما ذهب به المالكية.[2]

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

## المطلب الثاني

## ثبوت الولاية للأم الحاضنة على أبنائها القصر وحالات ممارستها عليهم

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

---

[1] بلقاسم أع ارب ، المرجع السابق، ص52.

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

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

**الفرع الأول: ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر**

يرى معظم الفقهاء أن للأم ولاية على أطفالها الصّغار بعد وفاة والدهم، وأن هذه الولاية ثابتة للأم على غرار الجدّ والد الأب لكي تتحمل مسؤولية هؤلاء الصغار وقد اعتمدوا على إثباتها على مجموعة من الأدلّة والتّي من بينها طائفة العمومات التي يستدل بها على إثبات ولاية عدول المؤمنين مثل الآيات والروايات الدّالة على الأمر بالعدل والإحسان والخير وفعل المعروف فإنها كما تمثل الأب تمثل الأم، مثل قوله تعالى : { يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ۚ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ [1]} . وقوله أيضا { وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى}[2].

وبالتالي فإن هذه المعلومات تشمل الأم أيضا، فإن سلوك الأم الأمينة المديرة الهادفة برعاية أولادها إلى القيام بما يقوم به جدّهم والد أبيهم من احتضانهم وحمايتهم وحفظهم، وحفظ أموالهم وأبدانهم وحقوقهم، فهذا السلوك منها مصادق للبر والإحسان والمعروف.

كما اعتمدوا أيضا في أدلتهم في إثبات ولاية الأم على آيات مال اليتيم وحيث أنه من ميزات هذه الآيات عموميتها وشمولها للأمّ وهي قوله تعالى :{وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ}[3] وقوله تعالى : {وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلاَحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاء اللّهُ لأعْنَتَكُمْ إِنَّ اللّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ}[4]

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

---

[1] سورة ال عمران الاية 148 .

[2] سورة المائدة الاية 7

[3] سورة الأنعام، الآية 152.

[4] سورة البقرة، الآية 220.

**الفرع الثاني: حالات ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر**

نصت عليها المادة 87 ق.أ ج والمتمثلة في ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر في حالة الطلاق، أو في حالة وفاة الأب.

**أوّلا: ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر في حالة الطلاق**

تنص المادة 87/3 ق.أج: " وفي حالة الطّلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد" أقرت المادّة بمنح الولاية للأمّ على أبنائها القصر في حالة الطلاق إذا منحت لها الحضانة، وذلك بموجب حكم قضائي، فهي ولاية قضائية، لكنّها شاملة أي نفسية ومالية، وبالرّغم من وجود الأب حيّا، ودون وجود مانع يمنعه من مباشرة أعماله الولائية لكن رأى المشرع الجزائري أنّه السبيل لوضع حدّ للمشاكل التي تواجهها الأمهات الحاضنات[1].

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

وهو ما انتهجته المحكمة العليا عندما أقرت بأن إسناد الحضانة للأمّ بعد الطّلاق بدون منح الولاية لها حرق للقانون[2]

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

تنص المادة 87/1 ق.أ.ج "يكون الأب وليا على أولاده القصر فبعد وفـــــاته تحل الأم محله قانونا ".

موجب هذا النص أقّر المشرع الجزائري مبدأ يعتبر الأصل شرعا هو أن الولاية حق للأب باعتباره

---

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

[2] إيمان حيدوسي، المرجع السابق، ص335.

ربا لأسرته فمنحه ولاية تامة على أولاده القصر أي النفسية والمالية فذلك لأنّه أحرص الناس على مصالح أولاده و مستقبلهم، ولكن في حالة وفاة الأب أقر المشرع الجزائري منح الولاية للأم محل الأب وإسوة به.

كما جعل المشرع من ولاية الأم في هذه الحالة ولاية قانونية، أي بمجرد وفاة الأب تنتقل إليها الولاية دون حاجة لإصدار حكم قضائي من أجل إقرارها أي جعلها أيضا ولاية نفسية ومالية على الولد القاصر شأنها في ذلك شأن ولاية الأب.[1]

[1] إيمان حيدوسي، المرجع السابق، ص334.

**خلاصة الفصل الأول**

يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محلّه في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة فحسب هذه المادة تثبيت الولاية على النفس للأب في المقام الأول، ثم تحل الأمّ محله قانونا بعد وفاته، فلا حاجة إلى قرار من المحكمة لتعيين الأب أو الأمّ وليّا ذلك أن ولا يتهما طبيعية تقوم على صلة الدّم، كما يمكن أن تتولى الأم ولاية الأولاد رغم عدم وفاة الأب وذلك في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، فتتولى هنا للقيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد كتمثيل القاصر أمام القضاء.

# الفصل الثاني

# نطاق ولاية الام الحاضنة علي ابنائها القصر

تمهيد:

نظرًا لعدم قدرة القاصر وتفكيره المحدود، يتم إدراك حقوقه ومصالحه من قبل الآخرين. لذلك، يجب على الأم الحاضنة أن تمارس سلطة حفظ وصيانة أمواله وضمان حقوقه الشخصية، خاصة في حالة عدم وجود الأب بسبب الطلاق أو الوفاة وفقًا للمادة 87 من قانون الأحوال الشخصية. سنحاول في هذا الفصل توضيح الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر والولاية على المال للأم الحاضنة على أبنائها القصر.

# المبحث الأول

# الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر

والولاية على النفس تعني الأمور المتعلقة بالولي نفسه، وتشير إلى مراقبة الأمور التي تهم النفس من الولاية إلى المراهقة. ويشمل نطاق الوصاية على النفس الحماية والرعاية، والوصاية التربوية، والوصاية التأديبية، وأخيرا تعزيز الوصاية.

## المطلب الأول

## ولاية الحفظ

لا شك أن وضع القاصر يتطلب العناية الكافية منه، وبما أنه غير قادر على تنظيمها حسب عمره ونظام حياته، فهو بحاجة ماسة إلى من يتولى هذا الأمر. وهذا ما يسمى ولاية النفس، وهي تمثل سلطة الولي على الولي نفسه، بما في ذلك كل ما يحتاجه الطفل من الرضاعة والولاية والتربية الصالحة إلى زواجه. ومن ضمن ولاية النفس رعاية خاصة للأم الحاضنة لأولادها القصر، والتي سنحاولها بمطلبين (الأول: ولاية الولاية، ولاية الولاية) المشاكل تحل وتحل. زواج).[1]

فمثلاً: يمر الطفل بمراحل مختلفة في مرحلة الطفولة منذ الولادة وحتى البلوغ، ويحتاج إلى أم حاضنة تعتني به وتربيه تربية صحيحة وحل المشاكل الناجمة عن ضعفه وصغر سنه. وهذا ما سيتم توضيحه في المطلب من خلال تناول مسائل الحضانة والرضاعة.[2]

---

[1] عيسى أحمد، المرجع السابق، ص 35.

[2] حسين طاهري، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية الجزائر ، 2009، ص 117.

**الفرع الأول : الرضاعة والحضانة**

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

**أولا: الرضاعة**

وكفلت الشريعة حق الطفل في الرضاعة لمدة سنتين من ولادته، لقول الله تعالى: "من أراد أن يتم الرضاعة فليرضع ولدها حولين".

الرضاعة الطبيعية هي الطريقة الأساسية لحماية الطفل من الفقدان خلال فترة الضعف الشديد، وبالتالي تعتبر الرضاعة الطبيعية واحدة من أهم مسؤوليات الشخص البالغ تجاه الطفل.[1]

وقد جعل المشرع الجزائري ذلك إلزاميا في المادة 39/2 من قانون الأسرة رقم 84/11 ويجب على الزوجة إرضاع الطفل وتربيته كلما أمكن ذلك. لكن بموجب المرسوم رقم 05-02 كما تم تعديله وتتميمه بمجلة الأسرة، ألغيت هذه المادة لأن المشرع لم ينص على الرضاعة الطبيعية في أحكام الأمر، كما لم ينص عليها هنا. بمعنى أن هذه المسؤولية تقع على عاتق الأم أو الزوجة الحاضنة.

وإذا رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما ورد في المادة 22/2 ق.أ نجد أن أغلب فقهاء المذاهب الإسلامية متفقون على أن الرضاعة فريضة دينية على الأم الحاضنة، مما يعني أنها مسؤولة أمام الله. إذا لم ترضع طفلها.[2]

---

[1] محمد عيد، محمود الصاحب حقوق الطفل ومسؤولية الوالدين دراسة في السنة النبوية والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل"، مجلة الدراسات، م21، ع 2 كلية علوم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2004، ص 435

[2] أحمد حماني، حقوق الطفل في القرآن الكريم، مجلة الصراط ع2 كلية أصول الدين جامعة قسنطينة، 2000، 285

**ثانيا: الحضانة**

نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر الحضانة هي تلبية احتياجات الطفل الأساسية التي يجب توفيرها، مثل الطعام والملبس والتنظيف. فإذا زال السبب سقط الالتزام الذي بني عليه. اختلف علماء القانون حول مدة الحضانة.[1]

خلال هذه الفترة، يمكن للطفل القيام بأشياءه الخاصة ومدة استمرار حضانته.

وفكرة المذهب الحنفية هي أنه منذ ولادة الطفل حياً يبقى في حضانة من يستحقه حتى يصل إلى درجة لا يحتاج فيها إلى خدمة الآخرين، وهذه هي المرأة، لأن ومن باب الرحمة فإن الأسرة الحنفية تحافظ على الولد، وقد حددت حد الإنجاب بسبع سنوات وتسع للفتيات، فإذا تعذر تحديد السن.[2]

ارجع إلى السمات التي قررت التخلي عنها أو نضجها لأنها ستكون عناصر مفيدة للكشف عنها الحقيقة والمعرفة للصبي أو الفتاة في نهاية فترة حضانتهما.

أما الحنابلة فيرون أن مدة الولاية تستمر حتى لا يعتمد الطفل على نفسه في الخدمة والطعام والشراب والملبس، ويقدرون أن مدة الولاية للذكور سبع سنوات، وللإناث تسع سنوات. واستدل على ذلك بقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه: «كانت قبل أن تكبر تستحق أكثر...

ويرى الشافعية أن حضانة الطفل تستمر حتى يبلغ المعتقل سن التمييز سواء كان ذكراً أو أنثى، وهو سبع سنوات، حين يستحق صاحبه الحضانة.

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

---

[1] محمد علوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 128.

[2] بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 569.

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

أما المشرع الجزائري فكان له موقف آخر حيث أوضحه في المادة 65 ق: أ. تنتهي مدة الحضانة للذكر ببلوغه (10) سنوات وللأنثى ببلوغها سن الزواج، ويجوز للقاضي تمديد مدة الحضانة للذكر إذا كانت الحضانة حتى زوالها 16 سنة[2]. الفرضية هي

وينبغي إيلاء الاعتبار عندما ينتهك الحكم مصالح الطفل المحتجز.

ويتبين من هذا النص أن الولاية لها مدة محددة ولا يمكن أن تستمر لمدة طويلة، ويفرق المشرع بين مدة الولاية بين الذكر والأنثى، مع مراعاة الفروق النفسية والروحية والنفسية. وبناءً على تركيبة أجسادهم، قرر أن فترة ولاية الذكر تنتهي خلال عشر سنوات.

وفقا لنص المادة 7 س، أ، ج، تكون المرأة في سن الزواج، أي 19 سنة فما فوق.

علاوة على ذلك، في التشريع الجزائري، يسقط حق المطالبة بحضانة الطفل بقوة القانون قبل بلوغ السن المحددة، لكن بالرجوع إلى المادة أعلاه نجد. وينص المشرع الجزائري على استثناء لهذا المبدأ، وهو تمديد الحضانة بناء على طلب مصلحة الطفل، والتي تخضع لمجموعة من الشروط.[3]

تكمن فيما يلي:

– أن تكون الأم هي الحاضنة.

ألا تكون الأم قد تزوجت بغير محرم المحضون..

---

[1] العربي بختي، المرجع السابق، ص 262.

[2] المرجع نفسه، ص 263

[3] نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر 2013، ص 25.

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

**الفرع الثاني: حسن تنشئة الصغير**

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

**أولا: رعاية وتربية الصغير**

يرى الإسلام أن الطفل يولد بصفحة بيضاء، ولا يستطيع أن يميز بين ما يضره وما هو خيره، ولذلك يأتمنه ولياً لما يتمتع به الطفل من مرونة ومرونة. ، وتتأثر بالبيئة.

ويجب أن تكون هناك مؤثرات إيجابية حوله، تتمثل في التربية الصالحة، وإقامة علاقات اجتماعية سليمة مع الأشخاص من حوله، حتى يقوم على محبة إخوانه، ومحبة أصدقائه، ومحبة والديه، والإعالة للكبار.[2]

احترام الضيوف واللطف مع الجيران مع مراقبة أصدقائه وتشجيع الناس على فعل الخير لقد تم اختيارهم حتى لا ينجرف في صحبة السوء ويتعلم فوائد الأخلاق وتنص المواد 36/3 س، أ، ج على وجوب التعاون بين الزوجين لمصلحة الأسرة في رعاية الأطفال وتربيتهم. ويتضح من نص المادة أن حضانة الطفل تقع على عاتق الزوج. الوصاية إذ لها أهمية كبيرة في تكوين الطفل وإعداده للحياة.[3]

---

[1] ا عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص 299.

[2] ليلى عبد الله سعيد، حقوق الطفل في الأسرة: دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق، ع3 جامعة الكويت، 1984، ص 23.
سامية منسي، المرأة وتنظيم الأسرة في الإسلام، دار الفكر العربي، دمشق، 1996، ص 38

[3] ا عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص 293.

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

**ثانيا: تعليم الصغير**

إن الإسلام دين علم ونور، ولا دين جهل ظلام. فبداية الوحي على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم كانت بأمر العلم والقراءة، كما جاء في القرآن الكريم. لذلك، يجب على الأم توفير حق التعليم لطفلها منذ الصغر، وحمايته من الضياع حتى يكون قادرا على اكتساب المعرفة بشكل مجاني وإلزامي عند بلوغه سن الدراسة.

إذا كان الطفل ميالا إلى مهنة معينة، يجب على الأم فهم هذا الأمر وتوفير البيئة المناسبة لتطوير مهاراته. يبدأ التعليم منذ الصغر بالتلقين، وتعزيز الشعور الاجتماعي وتربية الطفل على الانضباط والإيثار.[1]

يجب على الأم تعليم الطفل حقوقه وحقوق الآخرين، وذلك من خلال التلقين والتوجيه. دور كبير وإذا بلغ التمييز كان التعليم ببيان الحقائق الدينية والقيام ببعض العبادات[2]

بعد أن يعود الشخص للقيام بها، يدرك مغزاها. وقد حثنا الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك، فأمروا صبيانكم بالصلاة عندما يبلغون سن السابعة، واضربوهم عندما يبلغون سن العاشرة. ولا يجب على الصبي أن يؤدي الصلاة إلا إذا علم أحكامها ومعانيها، ويتعلم ما يجب عليه فعله فيها. ويجب تعليمه جميع فرائض الإسلام الأخرى، مثل الصوم والزكاة والحج، دون الخوض في تفاصيلها التي تتعدى قدرته الفهمية. إضافة إلى الضرب للتعليم، فإنه يعتبر توجيهًا

---

[1] سامة منسي، المرجع السابق، ص 38.

[2] عدنان حسن صالح، مسؤولية المسلم في تربية الولد، ط1، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، 1997، ص 84

وليس هدفه إيذاء الصبي، فالإيذاء مرفوض. ومن الضروري أيضًا تعليمه المهارات الحياتية وتوجيهه بحسب قدراته لتحقيق المطالب والأهداف .[1]

**ثالثا : حفظ الصغير**

يجب على الأم الحاضنة أن لا تهمل أبناءها الصغار، بل يجب عليها الاهتمام بهم والحفاظ على سلامتهم الجسدية والعقلية. إذا قامت بتجاهل أي جانب من هذا الاهتمام، فإنها تفقد حقها في رعايتهم. فالحفاظ على سلامة أجسادهم يعني عدم تعرضهم للأذى، وأي تقصير من الأم الحاضنة في هذا الأمر يستدعي العقاب وسحب حق الولاية عنها، لأن ذلك يتعلق بمصلحة الأطفال. أما الحفاظ على عقولهم، فيتم عن طريق منعهم من التعرض للتدخين والمخدرات، وتمكينهم من التعلم الذي يناسبهم، لكي يتمكنوا من إظهار مواهبهم. ويتم الحفاظ على أنفسهم عن طريق إبعادهم عن الشر والأشخاص السيئين، وتعويدهم على العادات الحسنة. ويتم ضمان هذا الحفاظ عن طريق مساعدة الأم الحاضنة للطفل عند تعرضه للضرر، حيث تتحمل المسؤولية وتطالب بتطبيق العقوبة المناسبة نيابة عنهم [2].

**رابعا : تأديبب الصغير**

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

فالتربية الحسنة للطفل تكون باللطف واللين أو بالشدة عند اللزوم حسب ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، حيث كان له أسلوب آخر في التربية يعتمد على المعاملة

---

[1] عدنان حسن صالح، المرجع السابق، ص 84.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 21

الجادة السليمة وحسن التأديب والرعاية في كل صغيرة وكبيرة، فقال: " ما نحل والى ولدا أفضل من خلق حسن.."

## المطلب الثاني

## ولاية تزويج القاصر

إن الأنثى على وجه الخصوص تحتاج إلى حماية خاصة في حالة معينة وهي الزواج فأنشأ لها نظاما لحمايتها من سوء الاختيار للزوج المناسب لها، سمي هذا النظام بولاية التزويج" أو "ولاية النكاح"، وكان سبب هذه الولاية هي أنثى مقدمة على تأسيس أسرة أول أبوابها هو اختيار الزوج المناسب، ونظام الولاية يعينها على هذا الاختيار ويحميها من الوقوع فيما يجلبه عليها خطأ الاختيار، وهذا ما سنحاول شرحه في هذا المطلب من خلال التطرق إلى أنواع ولاية التزويج (الفرع الأول والحماية القانونية لزواج القاصر (الفرع الثاني).[1]

### الفرع الأول: أنواع ولاية التزويج

الولاية في الزواج نوع من أنواع الولاية على النفس، وهي سلطة مخولة للولي في قبول أو رفض زواج المولي عليها أو تولي إبرام العقد وعليه وهي نوعين: ولاية إجبار (أولا) وولاية اختيار (ثانيا).[2]

#### أولا: ولاية الإجبار

ولاية الإجبار هي الحالة التي يتم فيها إبرام عقد الزواج بدون موافقة المولى عليه، وقد أطلق عليها الفقهاء هذا الاسم نظرًا لاستبداد الولي في إبرام العقد دون مشاركة المولى عليها.

---

[1] بسام محمد قاسم عمر « الولاية على النفس من منظور الفقه المالكي دراسة مقارنة » مجلة كلية الدراسات الإسلامية ع36، جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، دس ن، ص 876

[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 275

واتفق الفقهاء على أن ولاية الإجبار تنطبق على الأشخاص المجانين والمعتوهين والأطفال والفتيات الصغيرات غير البالغات، واتفقوا على أن العقل الضعيف هو سبب وجود ولاية الإجبار على المجانين والمعتوهين، وأن الصغر هو سبب وجودها على الأطفال غير المميزين، وبالنسبة للفتيات الصغيرات الغير بالغات، فإن سبب وجودها هو جهلهن بأمور الزواج وحالة الرجال، وقلة تجاربهن وسرعة تأثرهن وخداعهن[1].

وبالنسبة للمرأة، فإن ولاية الإجبار تنطبق على الأشخاص الذين يفتقرون إلى القدرة القانونية، وهم المجانين والأطفال غير المميزين، وتعتبر البكارة هي سبب وجود ولاية الإجبار وفقًا للشافعي ومالك وأحمد، نظرًا لعدم معرفة البكر بأمور الرجال. أما أبو حنيفة، فيروي أن سبب وجود ولاية الإجبار هو الصغر، نظرًا لأن الصغر هو سبب العجز، وما ينطبق على الصغير ينطبق على الصغيرة، وتستمر ولاية الإجبار على البكر بعد بلوغها.[2]

ذهب الشافعية إلى أن مناط ثبوت الولاية على الأنثى هي البكارة، لأن البكر صغيرة أو كبيرة جاهلة لأمور الزواج، ولا تحسن اختيار الأزواج فلا ولاية على البنت الصغيرة كانت أم كبيرة، فالبنت الصغيرة لا تتزوج حتى تبلغ، وذلك لأنها لا ولاية عليها لعدم البكارة، بل تنتظر حتى تبلغ فتكون الولاية عليها حينئذ مشتركة بينها وبين وليها، ومناط ثبوت الولاية عند الشافعي على الغلام هو الصغر وعلى المجنون والمجنونة الكبيرين هو الجنون[3].

**ثانيا: ولاية الاختيار**

تقوم عقد الزواج على مبدأ التراضي، حيث يجب أن يكون رضا الزوج والولي موجودين قبل توقيع العقد. يمكن للرجل البالغ العاقل الرشيد تزويج نفسه بنفسه دون الحاجة لولي، وإذا تزوج

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 124.

[2] حسين طاهري، المرجع السابق، ص 37.

[3] جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاضعة بالزواج، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص 251

بنفسه فإن العقد صحيح بغض النظر عن كفاءة الزوجة. إذا فوض الرجل البالغ العاقل أباه أو جده بتزويجه، فإن ذلك يكون عن طريق الوكالة وليس الولاية[1].

أما بالنسبة للصغير، فإن ولاية الإجبار تثبت عليه ولاية الاختيار. أما بالنسبة للمرأة الصغيرة، فإذا كانت بكراً فإن ولاية الإجبار تثبت عليها ولاية الاختيار. أما إذا كانت ثيباً، فوفقاً للحنفية تثبت عليها ولاية الإجبار وليس الاختيار[2].

**الفرع الثاني الحماية القانونية لزواج القاصر:**

الولاية الإجبارية هي الوضع الذي يتم فيه عقد الزواج دون موافقة الولي عليه، وقد أطلق الفقهاء هذا الاسم نظرًا لاستبداد الولي في إبرام العقد دون مشاركة المولى عليه.

واتفق الفقهاء على أن الولاية الإجبارية تنطبق على الأشخاص المجانين والمعتوهين والأطفال والفتيات الصغيرات غير البالغات، وأن العقل الضعيف هو سبب وجود الولاية الإجبارية على المجانين والمعتوهين، وأن الصغر هو سبب وجودها على الأطفال غير المميزين، وبالنسبة للفتيات الصغيرات الغير بالغات، فإن سبب وجودها هو جهلهن بأمور الزواج وحالة الرجال، وقلة تجاربهن وسرعة تأثرهن وخداعهن.

وبالنسبة للمرأة، فإن الولاية الإجبارية تنطبق على الأشخاص الذين يفتقرون إلى القدرة القانونية، وهم المجانين والأطفال غير المميزين، وتعتبر البكارة هي سبب وجود الولاية الإجبارية وفقًا للشافعي ومالك وأحمد، نظرًا لعدم معرفة البكر بأمور الرجال. أما أبو حنيفة، فيروي أن سبب وجود الولاية الإجبارية هو الصغر، نظرًا لأن الصغر هو سبب العجز، وما ينطبق على الصغير ينطبق على الصغيرة، وتستمر الولاية الإجبارية على البكر بعد بلوغها[3].

---

[1] عبد الحميد الجياش الأحكام الشرعية للطلاق والزواج بين الحنفية والشافعية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان ص 30

[2] جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 257

[3] جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 258.

**أولا: تحديد الولي في عقد زواج القاصر**

لم يتم تعريف قانون الأسرة الجزائري بشكل كامل، ولكن تم التركيز على دور الولي في عقد الزواج. حيث يعتبر الولي وفقًا للمادة 09 مكرر ق ا ج شرطًا أساسيًا في تكوين الزواج. وبالمادة 11/2، يتم تحديد الممثل القانوني والشرعي للقاصر من قبل الولي، نظرًا لعدم قدرة القاصر على اتخاذ القرارات المتعلقة بالزواج بسبب صغر سنه وعدم معرفته بمصلحته. لذلك، يتم توكيل شخص آخر لاختيار الشريك المناسب للقاصر.

وعلى الرغم من دور الولي في عقد الزواج، إلا أن الركن الأساسي والوحيد في الزواج هو موافقة القاصر نفسه وفقًا للمادة 13 ق ا ج، التي تمنع الزواج بالإكراه. بالتالي، يظهر أن المشرع الجزائري يحمي مصلحة القاصر ويمنع الزواج بالإكراه، على الرغم من اختلافه مع التوجه الإسلامي في ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر.

تم تأكيد ولاية الصغير بسبب ضعفه العقلي وعدم قدرته على اتخاذ القرارات الصحيحة بنفسه، وذلك لتجنب أي تعارض مع مبدأ أن الزواج يجب أن يكون بموافقة الأطراف المعنية.

وبالنظر إلى المادة 11/2 من قانون الأحوال الشخصية، نجد أن القانون يحدد الأولياء الذين يتولون زواج القصر، وهم الأب وأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له. وبالتالي، يظهر أن القانون يحافظ على ترتيب الأولياء في عقد زواج القاصر، حيث يعطي الأب الولاية في حالة تكوين الرابطة الزوجية أو انتهاء الزواج بالطلاق. أما في حالة انتهاء الزواج بالوفاة، فإن الولاية تكون للأقارب الأولين، ويشمل ذلك إمكانية أن تكون الأم ولياً على القاصر في الزواج، وهذا ما ينص عليه المادة 87 من قانون الأحوال الشخصية.[1]

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

أما بالنسبة لولاية القاضي، فإن مصدرها هو الفقه الإسلامي، الذي يعطي القاضي دورًا في حماية حقوق القاصرين في عقد زواجهم، وهذا يتماشى مع المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبالتالي، في حالة عدم وجود الأب أو الأم أو الأقارب، يحل القاضي محلهم وينوب عن القاصر في زواجه، ويكون ممثله القانوني. وبالإضافة إلى ذلك، يتمتع[1] القاضي بالسلطة بموجب المادة 07 من قانون الأحوال الشخصية في السماح للقاصر بالزواج وإعفائه من شرط الأهلية، وبذلك يكون للقاضي دور مستقل عن أحكام المادة 11/2.

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

**ثانيا: الترخيص القضائي بزواج القصر في القانون الجزائري**

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

أجاز المشرع الجزائري عند وجود ضرورة أو مصلحة الزواج قبل بلوغ 19 سنة بان أحد الطرفين أو كلاهما على إعفاء السن من القاضي المختص ويلاحظ على نص هذه المادة ما يلي[3]:

---

[1] المادة 07 من قانون الأسرة

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

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

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

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

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

إذا تبين أن هناك مصلحة واحدة تجمع بين الأم الحاضنة والقاصر نتيجة لهذا الزواج، وإذا لم تكن هذه المصلحة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فإن القاضي يجب أن ينظم الأمر بينهما. وإذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الأم الحاضنة، فإن القاضي يتدخل بإعمال سلطته التقديرية ويعطي أولوية لمصلحة القاصر باعتباره الشخص المعني بهذا الزواج وطرفاً حيادياً[1].

وإذا كانت مصلحة الأم الحاضنة والقاصر متعارضتان مع مقتضيات عقد الزواج، فإن القاضي يجب أن يرفض منح الإعفاء لأن المصلحة تتعارض مع أهداف الزواج كما هو منصوص عليه في المادة 4 من القانون المدني. وفي هذه الحالة، يترتب عن ذلك إبطال العقد في حال تم إبرامه وفقاً للمادة 32 من القانون المدني.

ويجب أن تكون المصلحة واضحة وأن تكون هي الدافع الرئيسي لطلب الإذن بالزواج. ونظراً لعدم تحديد المشرع لهذه المصلحة، يمكن استنتاجها من أقوال الأم الحاضنة أو رأي الطبيب المختص أو تقرير اجتماعي، أو من لقاء قد يتم بين القاضي أو القاصرة الراغبة في الزواج. كما يمكن أن تتجلى المصلحة من الخوف من الوقوع في الزنا أو الفساد[2].

---

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

[2] عبد الله الفاسي، المرجع السابق، ص 99

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

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

تنص المادة 32 ق ا ج " يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

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

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

الملاحظ من المادة 326 ق ع أنها عالجت مسألة زواج القاصرة أو المخطوفة، أو المبعدة من خافها وهذا واضح من الفكرة الثانية للمادة المذكورة، حيث يكون القاصرة المخطوفة بخاطفها جائزا أما المتابعة تحول دون معاقبة الجاني ويستفيد منها حتى الشريك غير أنه من الجائز رفع هذا الحاجز بتوافر شرطين متلازمين هما[2]:

---

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

[2] المادة 326 من قانون العقوبات

– إبطال الزواج .

الشكوى المسبقة للأشخاص الذين له صفة إبطال الزواج.

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

وتبعا لما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا من أن هذه الجريمة إذا اثبت أن القاصر تعمدت الهروب من بيت أهلها ومن تلقاء نفسها دون أي تدخل من المتهم أو تهديدا[1]

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

## المبحث الثاني

## ولاية الأم الحاضنة على مال أبنائها الق صر

يجب على الأم أن تكون حريصة على أموال القاصرة وتلزم بالحدود المرسوم قانونا طيلة فترة ولايتها ما لم تقم أسباب لانقضائها، فالأصل أن يكون للأم كامل الحرية للتصرف في أموال القاصر[2] (مطلب أول إلا أن بعض التصرفات تتطلب الحصول على إذن قاضي (مطلب ثاني) وفيما يلي تفصيل لذلك[3].

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، 7، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 190. عبد العزيز سعد المرجع السابق، ص 201

[2] ا عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 201.

[3]أسماء بن جامع ، منصور رحماني ، المرجع السابق، ص 152. بيبة بن حافظ المرجع السابق، ص 269. صورية غربي، المرجع السابق، ص 183

## المطلب الأول

## تصرفات الأم الحاضنة على أبنائها القصر غير المقيدة بإذن القاضي

تنص المادة 88 ق أ ج على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. ومن خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد الأعمال التي لا تتطلب الحصول على إذن قضائي للقيام بها، وعليه يمكننا حصر هذه التصرفات طبقا للقواعد في

ثلاث أنواع: أعمال الحفظ والصيانة (الفرع الأول)، أعمال الإدارة والانتفاع (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: أعمال الحفظ والصيانة[1]**

أعمال الحفظ والصيانة من الأعمال العاجلة التي تتطلب السرعة للمحافظة على مال القاصر وتجنب إتلافه وهذا ما نصت عليه المادة 718 ق م ج : لكل شريك في الشيوع يحق للشخص اتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ الممتلكات حتى لو كان ذلك دون موافقة باقي الشركاء، وفي حالة وجود شريك قاصر في الممتلكات المشتركة، يتولى الوصي مسؤولية القيام بجميع الأعمال الضرورية للحفاظ على الممتلكات المشتركة. ووفقًا للمادة 719 من القانون، يتحمل جميع الشركاء تكاليف إدارة وحفظ الممتلكات المشتركة والضرائب المفروضة عليها، ما لم يكن هناك نص ينص على خلاف ذلك[2].

لذلك، يجب على الأم الحاضنة تحمل تكاليف حفظ ممتلكات القاصر بنسبة حصته، ودفع الضرائب المترتبة عليها، بالإضافة إلى تسجيل الرهون الرسمية لصالح القاصر وتنفيذ الإجراءات اللازمة لتحويل الملكية لصالحه.

---

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

[2] صورية غربي ، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2014-2015، ص 183.

**الفرع الثاني: أعمال الإدارة والانتفاع**

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

***أولا: أعمال الإدارة***

تعتبر أعمال الإدارة أكثر خصوصية وحساسية من أعمال الحفظ، كما تتميز بأنها ذات تكلفة مقارنة بالأولي وبالمقابل فهي أقل خطورة من أعمال التصرف التي ترد علي العقار ببيعه ورهنه وإيجاره[1] .

وهي تلك الأعمال التي تتفق مع ما أعد له المال سواء كان عقارا أو منقولا وتتضمنها أعمال الإدارة المعتادة التي لا تنطوي على تغيير جوهري في الشيء، وأيضا أعمال الإدارة غير المعتادة التي تدخل على تعديل جوهري في الغرض الذي أعد له الشيء أو المال. ولذلك فالأم الحاضنة يحق لها القيام بكل أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة ويدخل ضمن أعمال الإدارة ما يلي [2]:

بيع المنقولات العادية للقاصر التي ليست لها قيمة مالية معتبرة .

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

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

---

[1] سهير زرارقة دنيا زاد قرجوخ مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية 2015-2016، ص 87

[2] ا عبد العزيز مقفولجي الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة الجزائر، 2003 المرجع نفسه، ص 269.

- تمثيل القاصر في مختلف الدعاوي القضائية وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984-01-10: "لا يمكن للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أن يؤسس نفسه طرفا

طرفا مدينا دون إدخال وليه في الدعوى.....

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

- إدارة تجارة القاصر، فإذا ورث القاصر تجارة قائمة ومزدهرة يتولى إدارتها دون الحاجة إلى إذن من المحكمة وهذا حقيقة أمر خطير يضر بمصلحة القاصر المالية نظرا لأهمية التجارة وتحتاج لخبرة أكبر [1].

**ثانيا: أعمال الانتفاع**

إن المشرع الجزائري لم ينص على أعمال الانتفاع التي تقوم بها الأم الحاضنة على القاصر، و تعرف هذه الأعمال كونها إنفاق الأم الحاضنة من أموال القاصر على نفسه أو على من تلزمها النفقة بالمعروف، وبغياب نص قانوني نعود لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق ا ج والتي اتفق فقهائها على عدم جواز إنفاق الأم الحاضنة المقتدرة على نفسها من مال الصغير، ودليلهم على ذلك قوله تعالى : " ومن كان غنيا فليستعفف.[2]

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

---

[1] شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، كفاية المحتاج إلى شرح المنهاج، على مذهب الإمام الشافعي، ج 4، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 380

[2] صورية غربي، المرجع السابق، ص 186.

## المطلب الثاني

## تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المقيدة بإذن القاضي

ينبغي على الأم الحاضنة أن تباشر نيابتها في الحدود التي رسمها القانون، وقد لا يسمح لها من مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن من المحكمة، من بينها جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لها لحق من هذه الحقوق فإذا قامت الأم بأي تصرف من هذه التصرفات دون إذن المحكمة تكون بذلك جاوزت حدود نيابتها وبالتالي فلا تتصرف آثارها إلى القاصر [1] .

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

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

لقد تم حصر هذه التصرفات صراحة في المادة 88 ق أ ج و التي يمكن ذكرها فيما يلي: التصرف في عقار القاصر (أولا)، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة (ثانيا)، استثمار أموال القاصر بالإق ارض أو الاقت ارض أو المساهمة في شركة (ثالثا)، إيجار عقار القاصر (اربعا).

**أولا: التصرف في عقار القاصر**

---

[1] أبو بكر الجصاص أحكام القرآن، ج 2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د س ن، ص 360

[2] 3 احمد نصر الجندي: مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ددن القاهرة، مصر، 1992، ص 154.

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

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

أما فيما يخص قسمة العقار المشرع الج ازئري لم يكتف بالحصول على الإذن فقط بل أكد على ضرورة أن تكون القسمة عن طريق القضاء وذلك لتوفير الحماية لأملاك القاصر[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 181 ق أ ج " ى ارعي في قسمة الشركات أحكام المادتين (109و173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

وبالتالي فكل تصرف قامت به الأم دون الحصول على إذن القاضي يعتبر باطلا وهذا ما أكده الق ارر عن المحكمة العليا غرفة أحوال شخصية رقم 51282 الصادر بتاريخ 19-12-1988[4]: من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأينيعد خطأ في تطبيق القانون.

---

[1] بيبة بن حافظ، المرجع السابق، ص13.

[2] وسام قوادري، المرجع السابق، ص42.

[3] المرجع نفسه، ص42.

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

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

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

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

وللإشارة أن الرهن الذي يشترط إذن المحكمة هو الذي يكون في صالح القاصر أماالرهن الذي يكون في صالح النائب الشرعي فهو باطل بطلانا مطلقا[5]. هذا عن الرهن، فماذا عن المصالحة؟

المصالحة عملية تتم عن طريق إب ارم عقد الصلح حيث عرفته المادة 459 ق م:

---

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

[2] صورية غربي ، المرجع السابق، ص200.

[3] هشام عليواش ،"اشت ارط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الج ازئري"، مجلة البحوث والد ارسات القانونية والسياسية، العدد 9، جامعة البليدة 2، الج ازئر، د س ن، ص57.

[4] المرجع نفسه ص 57–58.

[5] هشام عليواش ،المرجع السابق، ص58.

"الصلح عبارة عن عقد ينهي به الطرفان ن ازعا قائما أو يتوقيان به ن ازعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " فهنا تظهر خطورة عملية المصالحة بحيث أن هذا التنازل قد يلحق ضرار بمصالح القاصر[1]، فإذا كان هذا الصلح فيه منفعة للقاصر بحيث عدم المصالحة قد تؤدي إلى إنقاص من ماله يمنح القاضي للأم الإذن في إج ارئه[2].

أما إذا كانت هذه المصالحة تؤدي إلى إسقاط حق ثابت للقاصر فالقاضي في هذه الحالة يرفض إج ارء الصلح[3].

**ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة**

المشرع الج ازئري في نص المادة 2/88 ق أ ج لم يحدد معيا ار معينا لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة بسبب اختلاف مستوى الطبقات الاجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند غيره ذو أهمية[4][5].

ومن أمثلة المنقولات التي تعتبر ذا قيمة: الحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعيةوالتجارية والأدبية، أسهم البورصات[6].

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

كما أن عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة يجعل الأم الحاضنة مقيدة بإذن القاضي في بيع أي منقول كما كانت قيمته[7].

---

[1] وسام قوادري، المرجع السابق، ص43.

[2] صورية غربي، المرجع السابق، ص203 –204.

[3] المرجع نفسه، ص204.

[4] ، ص 110،111.

[5] دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بن عكنون، الج ازئر ،2007 –

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

[7] علاوة بوتغ ارر ،"التصرف في أموال القاصر"، مجلة الموثق، ع3، الج ازئر ،1998، ص78.

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

الحكمة من اشت ارط المشرع الج ازئري الإذن في هذا العمل هي التأكد من حاجة القاصر للاقت ارض أو الإق ارض أو أن الإق ارض لا يؤدي بماله إلى الضياع بأن يقدم إلى شخص مأمون ولا يمل في رده وغيره معرض للإفلاس[1]، أما بخصوص المساهمة في شركة المشرع الج ازئري في المادة 3/88 ق أ ج لم يحدد نوعها هل هي شركة أشخاص أم أموال أم مختلطة، فشركة التضامن والتي تعتبر من أهم أنواع شركة الأشخاص لا يمكن للقاصر الانضمام إليها لأنها تكسب الشركاء صفة التاجر والقاصر لا يمكنه اكتساب هذه الصفة لانعدام أهليته كما أنها لا تحقق الحماية له[2].

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

---

[1] رمضان أبو السع ود، شرح مقدمة القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر ،1999، ص181.

[2] صورية غربي المرجع السابق، ص207.

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

اربعا: إيجار عقار القاصر

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

---

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

[2] صورية غربي ، المرجع السابق، ص208.

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

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

وفي نفس السياق سمح للأم الحاضنة بإيجار عقار القاصر لمدة تصل إلى سنة بعد بلوغه سن الرشد ذلك تحقيق لمصلحة القاصر، وغاية المشرع الج ازئري من وضع هذا القيد لأنه قد يتبين للقاصر بعد بلوغه أن يبرم عقد إيجار بصيغة مختلفة التي أقر بها الولي[1].

**الفرع الثاني: جزاء تصرفات الأم الحاضنة المجاورة لسلطتها**

قد تسيء الأم الحاضنة التصرف في أموال أبنائها القصر فتكون ضارة ضررا محضا (أولا)، أو تتصرف فيها من دون أخذ الإذن من القاضي (ثانيا)، أو تتصرف فيها متجاوزة الحدود سلطاتها (ثالثا).[2]

**أولا: حكم التصرفات التي فيها ضررا محضا**

ويقصد بها التصرفات المفقرة للأزمة المالية للقاصر دون مقابل ومثل ذلك الهبة. لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر مهما كان سبب التصرف.

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

ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لا يجوز هبة مال القاصر مطلقا مهما كانت قيمة العوض.[3]

- أما القول الثاني فذهب أصحابه إلى جواز هبة المال القاصر بعوض، لكن شرط أن يزاد على ضمن المثل ذلك أن تصرف الولي في مال اليتيم منوط بالمصلحة ولا مصلحة للقاصر

---

[1] المرجع نفسه ص90.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 295

[3] شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي، ج 2، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص 175.

إلا إذا كانت الهبة بعوض أكثر من القيمة وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنفية.

**ثانيا: حكم تصرف الأم الحاضنة دون استئذان القاضي**

لم يحدد المشرع الجزائري القاضي المختص بمنح هذا الأذن في القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون الأسرة حيث جاء بمصطلح القاضي دون أن يحدد طبيعته، و القاضي بمثل

هذه الحالات يكون أمام معاملات تقتضى الدقة و التريث[1] .

إلا انه باستقراء المادة 479 ق أم أو التي أجابت عن هذا السؤال و التي تنص علي أنه يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل

قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة[2]

أما من الناحية الإجرائية فلم يتكلم المشرع عن الإجراءات التي يمنح من خلالها القاضي الأذن بالتصرف المنصوص عليه في المادة 88 ق أ ج و اكتفي بالنص فقط علي أن يكون الأذن بموجب أمر علي عريض في المادة 479 ق أم أو أن يراعي في الأذن

حالة الضرورة و المصلحة في المادة 89 ق أج.

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

طلب خطي من ولي القاصر.

شهادة ميلاد القاصر.

الفريضة إذا كان الولي متوفيا.

وثيقة تثبت الشيء المراد التصرف فيه.

---

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

[2] صورية غربي، المرجع السابق، ص 215.

دفع رسم قدره 5000 دج

**ثالثا : سلطة القاضي في حالة تجاوز الأم الحاضنة لسلطاتها**

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

وهذه المسؤولية بالنسبة لها هي تقصيرية، ولم يحاسبها المشرع فيها عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل فقط، بل حاسبها عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي

فيرتب عن إخلالها بواجباتها جزاءان يكون على القاضي توقيعهما[1] :

**. العزل:**

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

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

---

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

[2] المرجع نفسه، ص 103

**خلاصة الفصل الثاني :**

نظرا لنقص قدرات القاصر وتفكيره المحدود فإن حقوقه ومصالحه يتم إدراكها من طرف الغير، لذلك كان لزاما على الأم الحاضنة أن تقوم بممارسة سلطة حفظ وصيانة أمواله وضمان حقوقه الشخصية، وذلك في حالة عدم وجود الأب بسبب الطلاق أو الوفاة بحسب ما نصت عليه المادة 87 ق أج.

# خاتمة عامة

# خاتمة عامة

تبين لنا من السابق أن الأم الحاضنة تلعب دورًا هامًا في الرعاية والحماية لأبنائها الصغار عند عدم وجود الأب، حيث تكون هي المسؤولة عن شؤونهم المالية والشخصية وتضمن حقوقهم وتوفر لهم الرعاية وفقًا لنظام الولاية المنصوص عليه في الفقه الإسلامي. وقد نظم المشرع الجزائري هذه القضية بشكل يضمن حماية مصالح الأطفال، خاصة فيما يتعلق بولاية الأم الحاضنة.

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري يمنح الأم الحاضنة الولاية في حالة انفصال الأبوين، مما يعكس اهتمامه بحماية حقوق الأطفال. ومع ذلك، هناك بعض النقائص في هذا النظام، مثل عدم مراعاة طبيعة المرأة وتهيئتها مسبقًا لهذا الدور، وعدم مراعاة الثقافة العربية الإسلامية في هذا السياق.

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

ومع ذلك فإننا وجدنا بعض الثغرات والنقائص كانت أهمها :

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

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

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

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

- اقتراح مرصد وطني لحقوق المرأة الحاضنة والدفاع على مصالحها.

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

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

**نقائص و إقترحات :**

اغفال ذكر شروط الولي واكتفى بشروط الوصي.

لما قرر المشرع انتقال الولوية للأم بعد وفاة الوب ، لم يحدد نوع الولاية هل هي على النفس أم على المال أم عليهما معا، والنص كما جاء عاما مما يوحي بأنه تنتقل لها الولاية على النفس والمال معا.

وإذا علمنا أن الولاية على النفس تشمل ولاية التزويج فهذا يعني أنه يمكنها أن تكون ولية على بنتها في عقد الزواج، وهذا مخالف للشرع والقانون ( 11 ق . أ .ج) .

لذا يجدر بالمشرع النص على تحديد نوع الولاية لتفادي اللبس نشر

كما أن المشرع نص على انتقال الولاية للأم بعد وفاة الأب ولم ينص على حالة فقدانه للأهلية رغم أن الولاية تسقط عنه في هذه الحالة الأمر الذي يجب تعديل النص المذكور بإضافة حالة فقدان الأب لأهليته

فضلا عن أن المادة في فقرتها الثالثة لما منحت الأم الولاية بعد وفاة الأب لم تشر إلى ضرورة أن تكون الأم مسلمة فقد تكون غير مسلمة وتؤول إليها الولاية على القاصر مع العلم أن الفقهاء المسلمون يشترطون اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه استنادا لقوله تعالى:{ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } [النساء:141]

لاحظنا من خلال دراستنا لأحكام الولاية نقص المواد الخاصة بهذه الأخيرة مقارنة بالتشريعات العربية المقارنة

لم يبين جزاء عدم حصول الولي على إذن مسبق من القضاء

المقترحات :

وضع شروط لولاية الأم حتى تكون مؤهلة أكثر للتصرفات القانونية خاصة المالية منها الخاصة بالقاصر .

لاحبذا لو يعتمد المشرع كليا على أحكام الشريعة الإسلامة لتفادي التناقضات الواقعة في قانون الأسرة .

# قائمة المصادر والمراجع

# قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

**قائمة المصادر:**

1. قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، قانون 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة والمتمم بالأمر رقم 05-002 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2. المجمع الوسيط، معجم اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، القاهرة، مصر، 2004.
3. محمد رواس قلعلجي، معجم لغة الفقهاء، ج 1، ط2، دار النفائس، بيروت، 1988.
4. المعجم الوجيز، معجم اللغة العربية، د ب ن 1989.

**الكتب :**

1. أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، ج 2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د س ن.
2. أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957.
3. أحمد حماني، حقوق الطفل في القرآن الكريم، مجلة الصراط، ع2، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، 2000.
4. أحمد عيسى، "الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على مال القاصر"، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009.
5. أحمد فراح حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1988.
6. احمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، ددن القاهرة، مصر، 1992.
7. أسماء بن جامع، رحماني منصور، ولاية الام على مال القاصر بين الإطلاق والتقييد، مجلة القانون والمجتمع، المجلد8، العدد2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 23 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2020.

8. اسمهان عفيف، "الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ع4، جامعة أم البواقي، ديسمبر 2019.

9. بسام محمد قاسم عمر، «الولاية على النفس من منظور الفقه المالكي دراسة مقارنة» مجلة كلية الدراسات الإسلامية، ع36، جامعة العلوم الإسلامية، الأردن، دس ن.

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

11. بيلة بن حافظ، "الولاية الأصلية على مال القاصر"، العلوم الإنسانية، المجلد 31، العدد 1، قسنطينة الجزائر، جوان 2020.

12. جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة الخاضعة بالزواج، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007.

13. جفرون عبد الرؤوف محمد إسلام، محجوبي حسان، النيابة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2019/2020.

14. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

15. صالح جمعة حسن الجيوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، بغداد، ط1، 1976.

16. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج 2، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997.

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

18. عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للطلاق والزواج بين الحنفية والشافعية، دار النهضة العربية، بيروت.

19. عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1979.

20. عبد الكريم شيهون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، الزواج والطلاق الولاية ونتائجها، دار النشر والمعرفة، الرباط، 1987.

21. علاوة بوتغرر، "التصرف في أموال القاصر"، مجلة الموثق، ع3، الجزائر، 1998.

22. الغوثي بن محلة، قانون الأسرة على ضوء الصفحة والقضاء، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.

23. فتحية يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفق للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، ط2، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، د س ن.

24. كمال حمدي، الولاية على المال: الأحكام الموضوعية لاختصاص والإجراءات والقرارات، منشأة المعارف، مصر، 2003.

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

26. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

27. محمد عيد، محمود الصاحب، حقوق الطفل ومسؤولية الوالدين، دراسة في السنة النبوية والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، مجلة الدراسات، م21، ع 2، كلية علوم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2004.

28. محمد علوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

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

30. محمد مخدة، الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية، ط2، دار الشباب، الجزائر، 2000.

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

32. مصطفى الرافعي، نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاءً، الشركة العامة للكتاب، ط1، 1990.

33. نسرين شريفي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

34. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط4، 1997.

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

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

**الرسائل و المذكرات :**

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

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

3. بوالكور رفيقة، محاضرات في مادة النيابة الشرعية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، السنة الجامعية 2019-2020.

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

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

6. سوسن زرارقة، دنيا زاد قرجوخ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015-2016.

7. سورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

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

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

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

11. سهير زرارقة، دنيا زاد قرجوخ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015-2016.

12. صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

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

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

15. موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006.

16. إيمان حيدوسي، "ولاية الأم على أبنائها القصر"، مجلة العلوم الإنسانية، ع30، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ديسمبر.

# الفهرس


| فهرس | الصفحة |
| --- | --- |
| كلمة شكر وتقدير | |
| إهداء | |
| قائمة المختصرات | |
| مقدمة | 1 |
| **الفصل الأول: أحكام ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر** | |
| تمهيد | 6 |
| المبحث الأول: مفهوم الولاية على القاصر | 7 |
| المطلب الأول: مفهوم الولاية | 8 |
| الفرع الأول: التعريف بالولاية | 8 |
| أولا: تعريف الولاية | 8 |
| 1- تعريف الولاية لغة | 8 |
| 2- تعريف الولاية اصطلاحا | 9 |
| 3- تعريف الولاية قانونا | 10 |
| ثانيا: أقسام الولاية | 10 |

| | |
|---|---|
| الفرع الثاني: شروط الأولياء وترتيبهم | 14 |
| أولا: شروط الولي | 14 |
| ثانيا: ترتيب الأولياء | 16 |
| المطلب الثاني: مفهوم القاصر | 19 |
| الفرع الأول: التعريف بالقاصر | 19 |
| أولا: تعريف القاصر | 19 |
| 1- تعريف القاصر لغة | 19 |
| 2- تعريف القاصر اصطلاحا | 19 |
| 3- تعريف القاصر قانونا | 20 |
| ثانيا: حكم تصرفات القاصر | 20 |
| الفرع الثاني: ترشيد القاصر | 22 |
| المبحث الثاني: ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبناءها القصر | 24 |
| المطلب الأول: مفهوم الحضانة | 24 |
| الفرع الأول: التعريف بالحضانة | 24 |
| أولا: تعريف الحضانة | 24 |
| 1- تعريف الحضانة لغة | 24 |
| 2- تعريف الحضانة اصطلاحا | 25 |
| 3- تعريف الحضانة قانونا | 25 |
| ثانيا: شروط إسناد الحضانة للأم | 26 |
| الفرع الثاني: مسقطات حضانة الأم على أبنائها القصر | 27 |
| أولا: المسقطات الإجبارية | 27 |

| | |
|---|---|
| ثانيا: المسقطات الاختيارية | 28 |
| المطلب الثاني: ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر وحالات ممارستها | 29 |
| الفرع الأول: ثبوت ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر | 30 |
| الفرع الثاني: حالات ممارسة الأم الحاضنة الولاية على أبنائها القصر | 31 |
| أولا: ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر في حالة الطلاق | 31 |
| ثانيا: ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر في حالة وفاة لأب | 31 |
| خلاصة الفصل | 33 |

| **الفصل الثاني: نطاق ولاية الأم الحاضنة على أبنائها القصر** | |
|---|---|
| تمهيد | 35 |
| المبحث الأول: الولاية على النفس للأم الحاضنة على أبنائها القصر | 36 |
| المطلب الأول: ولاية الحفظ | 36 |
| الفرع الأول: الرضاعة و الحضانة | 37 |
| أولا: الرضاعة | 37 |
| ثانيا: الحضانة | 38 |
| الفرع الثاني: حسن تنشئة الصغير | 40 |
| أولا: رعاية وتربية الصغير | 40 |
| ثانيا: تعليم الصغير | 41 |
| ثالثا: حفظ الصغير | 42 |
| اربعا: تأديب الصغير | 42 |
| المطلب الثاني: ولاية تزويج القاصر | 43 |

| | |
|---|---|
| الفرع الأول: أنواع ولاية التزويج | 43 |
| أولا: ولاية الإجبار | 43 |
| ثانيا: ولاية الاختيار | 44 |
| الفرع الثاني: الحماية القانونية لزواج القصر | 45 |
| أولا: تحديد الولي في عقد زواج القصر | 46 |
| ثانيا: الترخيص القضائي لزواج القصر في القانون الجزائري | 47 |
| المبحث الثاني: الولاية على المال للأم الحاضنة على أبنائها القصر | 50 |
| المطلب الأول: تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المطلقة | 51 |

| | |
|---|---|
| الفرع الأول: أعمال الحفظ والصيانة | 51 |
| الفرع الثاني: أعمال الإدارة والانتفاع | 52 |
| أولا: أعمال الإدارة | 52 |
| ثانيا: أعمال الانتفاع | 53 |
| المطلب الثاني: تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المقيدة بإذن القاضي | 54 |
| الفرع الأول: حدود تصرفات الأم الحاضنة على مال أبنائها القصر المقيدة بإذن القاضي | 54 |
| أولا: التصرف في عقار القاصر | 54 |
| ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة | 57 |
| ثالثا: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة | 58 |
| ربعا: إيجار عقار القاصر | 62 |

| | |
|---|---|
| الفرع الثاني: حكم تصرفات الأم الحاضنة المجاوزة لتصرفاتها | 62 |
| أولا: حكم التصرفات التي فيها ضرار محضا | 63 |
| ثانيا: حكم تصرفات الأم الحاضنة دون استئذان القاضي | 63 |
| ثالثا: سلطة القاضي عند تجاوز الأم الحاضنة لسلطاتها | 64 |
| خلاصة الفصل | 65 |
| خاتمة | 67 |
| قائمة الم ارجع | 71 |
| فهرس | 81 |
| ملخص | |

الملخص

في ختام هذه الدراسة تبين جليا أن المشرع الجزائري منح للأم حق الولاية على أبنائها القصر أسوة بالأب ولاية شاملة على النفس والمال، بغية مسايرة التغيرات البنيوية للأسرة الجزائرية، وحرصا على تحقيق مصالح القصر على اعتبار كون الأم الأرحم والاحن والأحرص عليها.

فالمادة 87 من قانون الأسرة جعلت من ولاية الأم على ثلاث ضروب:

- ولاية شاملة بقوة القانون في حالة وفاة الأب.
- ولاية مؤقتة ومحدودة وقضائية في حال غياب الأب أو حصول مانع له.
- ولاية شاملة قضائية في حالة الطلاق.

إن هذا النظام القانوني الجديد لولاية الأم على أبنائها القاصرين، يعتريه بعض النقص والغموض، وأحيانا التعارض بين أحكامه، كما في مسألة السفر بالمحضون، وسلطة تعيين وصي، فعلى المشرع الجزائري تدارك الأمر بسن تنظيمات تفسيرية للنصوص المعدلة والغامضة، وتعديل بعض نصوص قانون الأسرة حتى تتطابق مع أحكام المادة 87 منه.

# Summary

At the conclusion of this study, it has become evident that the Algerian legislator has granted mothers the right to guardianship over their minor children, similar to fathers. This comprehensive guardianship encompasses both personal and financial matters. This move aims to keep pace with the structural changes in Algerian families and ensure the best interests of minors, acknowledging that mothers are often the most compassionate, loving, and concerned about their children.

Article 87 of the Family Code stipulates three types of maternal guardianship:

- Comprehensive guardianship by law in the event of the father's death.
- Temporary, limited, and judicial guardianship in the absence of the father or in the event of an impediment.
- Comprehensive judicial guardianship in the case of divorce.

This new legal system for maternal guardianship over minor children has some shortcomings, ambiguities, and sometimes contradictions in its provisions. Issues arise, for instance, in matters of travel with the custodial child and the authority to appoint a guardian. Therefore, the Algerian legislator should address these issues by enacting interpretative regulations for the amended and ambiguous texts and amending some provisions of the Family Code to align them with the stipulations of Article 87