



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الحقوق المعنوية والمادية للطفل

دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة نيل شهادة ماستر في القانون

تخصص قانون الأسرة

تحت إشرافه الأستاذ:

بطاطاش نذير

من إعداد الطالب:

يعياوي حمزة

لجنة المناقشة:

الدكتور: سي يوسف قاسي رئيسا.
الأستاذ: بطاطاش نذير مشرفا و مقروا.
الأستاذ: خليفي سمير ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 2015/05/14

كلمة شكر

نشكر الله عز وجل جلالة على كل النعم التي أنعم بها علينا وعلى الفتوة والعزيمة والصبر والصحة التي منحها إيانا إلى غاية إتمام عملنا هذا.

كما أشكر جزيل الشكر أستاذنا المشرف بطاطاش نذير على الجهود الذي بذله وعلى حسن معاملته لنا منذ أول لقاء بدأه فيه عملي إلى آخر يوم.
كما أتقدم بالعرفان والشكر الجزيل إلى كل الأشخاص والمؤسسات الذي ساعدوني ماديا ومعنويا وتشجيعهم لي ونخص بالذكر:

- أستاذتنا الكرام بجامعة البويرة.

- عمال مكتبة جامعة البويرة.

- عمال مكتبة جامعة بجاية.

- عمال مكتبة جامعة بن مكنون.

- عمال مكتبة جامعة تزي وزو.

- عمال مكتبة جامعة سطيف (الباز).

- وكل الذين ساهموا في مساعدتنا سواء من قريب أو بعيد ولو بكلمة طيبة.
ونأمل أن يضاف هذا العمل إلى ما تم إنجازه في مجال الدراسات الجامعية وأن يستفيد منه الطلبة ولو بقسط بسيط.

الإهداء

إلى الذي يسر لي العلم و المعرفة، إليك خالقي أحمدك و أشكرك يا إلهي
إليك يا من ملكته الفؤاد محبة ما بعدها محبة و منحتك ق لبي نبضة ما بعدها نبضة
تصدر منها كلمة أحبك أمي

إلى من كان لي دعمي و سندي المادي و المعنوي إليك أبي

إلى أختي و أعز الناس إلى قلبي إخوانتي و أخواتي

إلى كل من يقربني من قريب أو بعيد من الأهل، الأحباء و الأقارب

إلى من صبرت معي و ساعدتني على إتمام هذه المذكرة المتواضعة

إلى كل ه ولاء أهدي ثمرة جهدي.

يحيىوي حمزة

قائمة المختصرات

(ق.أ.ج): قانون الأسرة الجزائري

(ق.م.ج): قانون المدني الجزائري

(ق.إ.م.إ.): قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

(ق.ت.ج) قانون التجاري الجزائري

ج: الجزء

ط: الطبعة

ج.ر: الجريدة الرسمية

ص: صفحة

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية والوحدة الأولى لبناء المجتمع، والتي تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلتي الزوجية والقرابة، فالعناية والإهتمام بالأسرة لها آثار كبيرة في المجتمع، فإذا أنشئت على أسس متينة فإنها تضمن مجتمعا سليما لتربية الأجيال وغرس القيم والأخلاق بين أفرادها، ولهذا حرص الإسلام أشد الحرص على إرسائها وتثبيتها والمحافظة عليها مما يؤديها؛ لأنها المنبت السليم الذي ينشأ فيه الطفل، وذلك بإعطاء كل فرد من الأسرة دورا مهما في حياته فجعل للوالدين مسؤولية عظيمة في تربية الأولاد، فخصت كل واحد منهما بما يستطيع القيام به.

ومنه يعد البيت العائلي الركيزة الأساسية للتربية والمؤثر الأول في الطفل باعتباره ينشأ وينمو في ظله في أولى مراحل عمره و أن الوقت الذي يبقى فيه الطفل في المنزل أكبر من أي زمن أو وقت آخر. هذا دون أن نهمل دور المدرسة والشارع في التربية باعتبارهما كل متكامل.

الطفل في مراحل حياته الأولى يكون محل تأثر تام بما يحيط به في الأسرة أو خارجها، فهو يولد صفحة بيضاء ويكتب المجتمع عليها ما يشاء، وقد نبه الدين الإسلامي إلى ضرورة تنشئة الولد تنشئة صالحة، قد نبه رسول الله - ﷺ - إلى أهمية تنشئة الطفل تنشئة صالحة فقال " كل مولود يولد على الفطرة ، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ."

ما يحدث للطفل في هذه الفترة يرسم الملامح الأساسية لشخصيته المقبلة التي يصبح من الصعب إزاحة بعضها في المستقبل سواء كانت سوية أو غير سوية.

الطفل يعد رجل المستقبل لذا يجب القيام بتوجيهه، نصحه، تربيته، إرشاده وتعبئته روحيا وخلقيا، حتى يوصل إلى بر السلام فهو أمانة وضعها الله في أعناق الآباء .

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأطفال، لهذا رغبت في الزواج، وحثت عليه لقول الله تعالى: " وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۗ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ " ¹.

الزواج هو وسيلة لإنجاب الأطفال وزيادة النسل وأساس لحفظ الأنساب وصيانتها، ولأهمية الزواج لم تتركه الشريعة الإسلامية عرضة للأهواء والعواطف البشرية فتولتها بالعناية والحفظ، فإنجاب الأولاد، فهم زينة

¹ سورة النحل، الآية 72.

الحياة الدنيا و غاية الحياة الزوجية و ثمرتها ، وبهم يستمر الوجود الإنساني، فحب الإنسان للولد هو من سنن الله تعالى في خلقه فقد عد الله تعالى الولد من النعم الكبرى التي أنعم بها على صفوة خلقه وهم الرسل، قال تعالى: " **وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُم أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً** " ².

عليه جاءت الشريعة الإسلامية مؤكدة على رعاية الأطفال باعتبارهم نواة الأسرة، و حمايتهم من العنف والإهمال والاستغلال و اعدادهم بالعناية الصحية والرعاية العائلية والتعليم، لهذا حثت على توفير بيئة مناسبة لهم لحفظ حياتهم و الرحمة بهم والعطف عليهم لقول الله عزّ وجلّ: " **وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِّنْ إِمْلَاقٍ** ³ **نَحْنُ نَرِزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ** " ³.

قديمًا لم يعتبر الأطفال بشرا ذوي قيمة إنسانية كاملة، لهذا لم تحظ الطفولة بالاهتمام اللازم كقناة إجتماعية مستقلة، لكن مع مطلع القرن الثامن عشر بدأ الإعتناء بهذه الفئة إذ أخذت منعرجا واضحا إستجابة مع المؤثرات الدولية، وتجسد ذلك في إصدار تشريعات خاصة سواء على المستوى الدولي أو الداخلي. فعلى المستوى الدولي تم تبني الإتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الطفل سنة 1989 التي صادقت عليها الكثير من الدول من بينها الجزائر، و قد توجت هذه الجهود بعقد مؤتمر دولي للطفولة في شهر أيلول سنة 1990 ، و منذ ذلك التاريخ بدأت نظرة المجتمع الدولي تتغير إلى حقوق الطفل ، و أصبح ينظر إليها على أساس أنها حقوق إنسانية و عالمية لا يمكن التغاضي عنها أو تأجيلها؛ أما الشريعة الإسلامية ، فقد أولت موضوع الطفولة كل الاهتمام الواجب لهذا الموضوع الخطير في استمرار الحياة البشرية ، و وصلت فيه إلى درجات من الاهتمام و الرعاية لم تصلها بعد أحدث القوانين الوضعية ، فالإسلام يعتبر رعاية الطفل مسؤولية أبوية لقوله صلى الله عليه و سلم " كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته " و قوله كذلك " صغاركم دعاميص الجنة "؛ أما على المستوى الداخلي نجد أن المشرع الجزائري قد تبني أحكام الشريعة الإسلامية، فأبدى إهتمامه بالقصر فكرس نصوصا قانونية لحمايتهم ورعايتهم، وضمان حقوقهم من جميع النواحي فنجد لمادة 65 من الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل و المتمم تنص على أنه: " يجازي القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم و رعايتهم، كما يجازي الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آبائهم و مساعدتهم ".

² سورة الرعد، الآية 38.

³ سورة الأنعام، الآية 151.

تجدر الإشارة إلى أن هذا الموضوع الذي نحن بصدد البحث فيه قد تناول المشرع الجزائري جزء منه في قانون الأسرة بإعتباره أهم القوانين التنظيمية، فتقتصر هذه الدراسة على ما ورد في قانون الأسرة حول حقوق الأطفال خلال نصوصه مدى استطاعة المشرع في توفير الحماية اللازمة لهم منذ ولادتهم إلى غاية بلوغهم سن الرشد، و مدى أحذه بأحكام الفقه الإسلامي.

خلال ما أسلفناه أعلاه تتجلى لنا أهمية الموضوع في أن القصر ذوو مركز مهم في المجتمع عامة والأسرة خاصة، إذ أن تقدم أي مجتمع يستند إلى طاقاته البشرية باعتبار القصر شباب المستقبل ولهم دور أساسي في مستقبل النهضة وتقدم الشعوب وبهم تزدهر الدول، ونظرا لأن مرحلة الطفولة أهم مرحلة عند الإنسان فهي مرتبطة بالعجز وعدم القدرة على إشباع الحاجات، وعليه يجب العناية بكل من الأطفال الأيتام، وذوي الاحتياجات الخاصة.

ومن الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع هي أهمية معرفة حقوق الطفل، وما يمكن أن ينجم عنه عدة مشاكل من الناحية العملية، وكذلك نظرا للغموض الذي يحيطه لكون المشرع الجزائري ينظم بعض هذه الحقوق في قوانين مختلفة مع وجود بعض التناقضات فما بينها من جهة وبين أحكام الفقه الإسلامي من جهة أخرى.

بناء على ما سبق نطرح الإشكالية التالية: ماهية الحقوق المقررة للطفل المستمدة من الشريعة الإسلامية؟ و لأكثر تفصيل حاولنا الإجابة على هذه الإشكالية بالاعتماد على المنهج المقارن، أي مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية و بين نصوص مواد قانون الأسرة الجزائري في آن واحد بحيث نتطرق إلى دراسة كل عنصر من عناصر الموضوع من الناحية الشرعية نعرض إليه بالتطرق إلى موقف وآراء فقهاء الشريعة.

تولنا هذا الموضوع بدراسته في فصلين، أولهما خصصناه للحقوق المعنوية لهذا الفرد و التي تعد أولى الحقوق بالإثبات و التقرير، و حصرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة بالنسب، الحضانة و الكفالة و فقط؛ و خصصنا الفصل الثاني لدراسة الحقوق المادية للطفل المتمثلة في الحقوق المالية و حماية هذه الأخيرة.

الفصل الأول

الحقوق المعنوية للطفل

الحقوق المتعلقة بشخص الطفل حيث أن الشريعة الإسلامية ، فهذه الحقوق أهميتها الخاصة من جانب تكوين شخصيته بإعتباره فردا من أفراد المجتمع يساهم في بناءه، فنجد أن أحكام الشريعة الإسلامية أقرت له جميع الحقوق الثابتة اليوم في المواثيق الدولية و أكثر من ذلك و شرعت آليات لحماية هذه الحقوق، أما قانون الأسرة فلم يتطرق إليها بصفة كلية، و إنما عالج بعضها باعتبارها من آثار عقد الزواج و هذا لا يعني أنه أهمل الحقوق الأخرى، و إنما نص في المادة 222 منه على أنه : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".¹ و بهذا وإنطلاقا من أحكام قانون الأسرة، نجد الحقوق المتعلقة بشخص الطفل تتمثل في النسب الذي يعد أولى الحقوق بالإثبات و التقرير الذي سنتناوله في المبحث الأول، و الحقوق المدرجة ضمن ما يسمى بالولاية على نفس الطفل أي الحضانة التي سنتناولها في المبحث الثاني، و حماية الطفل المحروم من العائلة اذني ندرسه في المبحث الثالث.

المبحث الأول: الحق في النسب

ما يترتب عن الزواج من آثار هو النسب، إنساب المولود إلى والده دينا و قانونا، فهو حق منحه الله عز و جل للأولاد لتضمن لهم الحياة الكريمة.

الهدف من إثبات النسب منع اختلاط الأنساب و الحفاظ عليها، و من أجل تأسيس أسرة سليمة موحدة، مبنية على أساس وحدة الدم الذي يعتبر أقوى الروابط بين أفرادها.

لقد إتفق الفقهاء على أن نسب الولد لأمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية أو غير الشرعية، إنساب الولد لأبيه فيكون إما بالزواج الشرعي أو الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار أو البينة، و أبطلوا إثباته عن طريق التبني لأنه محرم شرعا.

أما المشرع الجزائري قد نظم أحكام النسب في المواد من 40 الى 46 من قانون الأسرة الجزائري.²

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05_02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

² نسرين شريقي و كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2013، ص

المطلب الأول: مفهوم النسب

النسب أما هو منصوص عليه في معاجم المصطلحات القانونية، وهو صلة قرابة الولد بأبيه أو بأمه وهو أهم حق للأولاد، وبذلك تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية.¹

الفرع الأول : التعريف اللغوي للنسب

قال ابن فارس: النون والسين والباء كلمة واحدة قياسها اتصال شيء بشيء منه النسب، سمي لاتصاله وللاتصال به. تقول: نسبت أنسب وهو نسيب فلان. وقد استخدم النسب بعد ذلك في الدلالة على واحد من المعانين الآتيين:

أولاً القرابة: قال الفيومي: " ثم استعمل النسب وهو المصدر في مطلق الوصلة بالقرابة، فيقال بينهما نسب أي قرابة و جمعه أنساب " وقال ابن السكيت: "يكون أي النسب من قبل الأم والأب".
ثانياً ذكر أبا الرجل أو قبيلته: قال ابن منظور: "يقال للرجل إذا سئل عن نسبه : استنسب لنا أي انتسب لنا حتى نعرفك، و نسبه نسبا : عزاه ونسبه، سأله أن ينتسب، و نسبت فلانا إلى أبيه أنسبه و أنسبه نسباً إذا رفعت في نسبه إلى جده الأكبر".

الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي للنسب

نلاحظ أن المعنى اللغوي لا يختلف عن المعنى الإصطلاحي الشرعي، و لذلك لم يهتم الفقهاء بوضع تعريف خاص للنسب، و سبب ذلك لوضوح معناه.

و عرف بعض الفقهاء بتعريف أدق من التعريف اللغوي فمن ذلك:
قال الزمخشري²: "النسب ما يرجع إلى ولادة قريبة" كما عرفه وقال ابن أبي تغلب³: "النسب هو القرابة، وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة".

¹ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة شهادة الماجستير، جامعة الجزائر " بن يوسف بن خدة " كلية الحقوق بن عكنون 2006-2007، ص 12.

² أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري، 538 - 467 هـ ، 1074 - 1143 م، إماما في التفسير والنحو واللغة والأدب و معتزلي المذهب.

³ عبد القادر بن عمر بن عبد القادر ابن عمر بن أبي تغلب بن سالم التغلبي الشيباني، 1135 - 1052 هـ ، 1642 - 1723 م، من فقهاء الحنابلة.

و التعريف الجامع للنسب الذي إقترحه الدكتور سفيان بورقة بقوله: " العلاقة الاجتماعية التي تربط الفرد الإنساني بأبويه وبأقاربه الذين يشتركون معه في ولادة قريبة أو بعيدة ".¹

أما المشرع الجزائري فلم يعرف النسب، ومن أجل معرفته وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من (ق.أ.ج).

المطلب الثاني: الطرق المنشئة لإثبات النسب

للسبب أسباب ينشئ عنها ويثبت وجوده بها، وهذه الأسباب تختلف بين الرجل والمرأة، ولأن نسب الولد من أمه ثابت في كل الحالات الشرعية والغير الشرعية لأنها معروفة بواقعة الولادة والتي لا يمكن إنكارها لكن إثبات نسبه من أبيه يكون إما عن طريق الرابطة القائمة على الوجه الشرعي وعليه فالرجل يثبت النسب منه في حالة الزواج الصحيح والنكاح الفاسد والوطء بالشبهة، هذا ما سنحاول توضيحه من خلال هذه الدراسة.

الفرع الأول : ثبوت النسب بالزواج الصحيح

إن العقد الصحيح سبب شرعي لثبوت نسب الولد لقوله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر".² و العاهر هو الزاني و له الحجر أي له عقوبة الرجم.

يعتبر الفراش أقوى وأولى الأدلة الشرعية لإثبات نسب الولد لصاحب الفراش، وإتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ينسب إلى أبيه،و ذلك بالشروط الآتية:³

أولا- الزوجية القائمة على أساس عقد الزواج الصحيح

الزواج الصحيح يسمى في الفقه الإسلامي "الفراش"، وفقا لنظامه الشرعي الذي يقوم على أساس أن الزواج الصحيح يحل للرجل مخالطة المرأة و يقصرها عليه وحده و لا تحل لغيره، فإذا جاءت بولد فهو

¹ عامر بن عيسى اللهو، الكفاءة في النسب وحكمها في النكاح، السعودية، 1429هـ، ص 11_12.

² نسرين شريقي و كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 58.

³ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1975، ص 681.

من زوجها و احتمال أن يكون من غيره أمر مرفوض لأن المبدأ الولد للفراش، و لهذا ينسب الولد لصاحب الفراش و هو الزوج و يثبت نسبه منه.¹

قد أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة الشرعية في قانون الأسرة في المادة 40 منه التي تنص على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، و الزواج الصحيح هو الذي استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة، عملا بالمواد من 7 الى 31 (ق.أ.ج)، و متى كان الزواج صحيحا كامل الشروط والأركان أصبح صالحا لإثبات النسب.²

على هذا الأساس فان القانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد غير شرعي، ناتج عن علاقة ما قبل الزواج الصحيح، هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر من غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 34046 بتاريخ 1984/11/19 الذي قضى على أنه من المقرر شرعا انه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد.³ ويرى الفقهاء على ذلك أن الزنا لا يثبت نسبا لأنه ثمرة لعلاقة غير شرعي.⁴

ويستخلص من ذلك أن عقد الزواج سبب شرعي لثبوت نسب الولد، حسب نص المادة 40 (ق.أ.ج) النسب يثبت بالزواج، كما نصت المادة 41 علي الشروط الواجبة توافرها لثبوت النسب و من بين هذه الشروط الزواج الصحيح، فمتى توفرت هذه الشروط وجب إلحق النسب للولد الذي يكون ثمرة الزواج الصحيح.

ثانيا - إمكانية الاتصال بين الزوجين

إن العقد وحده لا يكفي لإثبات النسب ، بل يجب أن يثبت دخول الزوج على زوجته بدون ذلك لا يمكن إثبات النسب هذا ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 41 من (ق.أ.ج) أنه لابد من تحقق الدخول

¹ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص16.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 191.

³ المجلة القصائية، سنة 1990، عدد1، ص 67.

⁴ عبد الله يوسف، موسوعة الأحوال الشخصية، ج 2، الإسكندرية، ص 777.

والاتصال الجنسي بين الزوجين كي يثبت النسب،¹ هذا ما اختلف فيه الفقهاء حيث أن الحنفية يرى أن نسب الولد يثبت بمجرد العقد الصحيح ولو لم تكن هناك معاشرة وتلاقي الزوجين، فبالنسبة للحنفية الإمكان العقلي شرط، فمتى أمكن إلتقاء الزوجين عقلا ثبت نسب الولد من الزوج أن ولدته الزوجة لسته أشهر من تاريخ العقد لاحتمال تلاقيهما من باب الكارمة.²

هذا ما رفضه الأئمة الثلاثة (مالك، الشافعي، وأحمد) إشتراطوا إمكان التلاقي بالفعل أو الحس أو العادة بين الزوجين والوطء والدخول كي يثبت النسب، ولأن ما ذهب إليه أبو حنيفة نادر ولا يمكن العمل به فانه كي يثبت النسب يجب أن يتأكد اللقاء الحسي والفعلية بين الزوجين.³

والمشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور الذي يتفق مع قواعد الشريعة والمنطق، هذا ما يظهر من إستقار نص المادتين 40 و 41 من (ق.أ.ج).⁴

وعليه إذا لم يتمكن الرجل من الدخول على زوجته فلا يلحقه ما جاءت به، كما لو طلق الزوج في مجلس العقد، أو إذا فصلت بينهما مسافة بعيدة ولم يثبت انتقال احدهما للأخر، فلا يلحقه ما تأتي به من ولد لأنه ليس منه حقيقة.⁵

لكن ما توصلت إليه التطورات العلمية يثبت أنه بالإمكان أن تصبح المرأة حاملا دون الاتصال الجنسي، و ذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي ، و هذا ما لم يشر إليه المشرع في نص المادة 41 من (ق.أ.ج)⁶

ثالثا - ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل

الأصل الشرعي في قوله ﷺ: "الولد للفراش" يؤسس عليه الحكم بثبوت النسب أو نفيه، ذلك أن تأتي المرأة بالولد خلال مدة معينة من الزواج لكي يصح إثبات نسبه لصاحب الفراش.⁷

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 192.

² محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية قانونية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1997 ، ص165.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دمشق، 1985 ، ص 683..

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 192.

⁵ محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق، ط 2، مكتبة الإيمان بالمنصورة، جامعة الأزهر، ص 453.

⁶ سلامي دليلا، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر بن عكنون، السنة الجامعية 2007_2008، ص11.

⁷ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، 2000 ، ص32

ولأن الحمل له مدة محددة له حد أدنى يستحيل أن يتشكل الجنين و أن يولد حيا أقل منها وله حد معتاد وغالب جرت عادة النساء بالولادة فيه، كما أن له حد أقصى لا يمكن أن يمكث الجنين في بطن أمه أكثر منه،¹ وعلى ذلك أجمع الفقهاء على أن:

1- أقل مدة الحمل: ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء في رأي الجمهور، لكي يثبت نسب الولد للزوج، ومن وقت عقد الزواج في رأي أبو حنيفة، ودليل إجماع الفقهاء على هذه المدة هو العمل بالآيتين من القرآن الكريم في قوله تعالى: "حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"²، وقوله سبحانه: "حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"³.

بحيث حددت الآية الأولى مدة الحمل وفساله معا بثلاثين شهرا.

ودلت الثانية على الفصال (الرضاع) وحده بعامين، وبإسقاط مدة العامين من الثلاثون شهرا تكون مدة الحمل ستة أشهر.

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في نص المادة 42 (ق.أ.ج) بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، و هذا ما يثبته العلم الحديث، حيث جاء قرار المحكمة العليا الصادر يوم 1997/10/28 أن من المقرر قانونا أن اقل مدة الحمل هي 6 أشهر وأن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة، ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل 8 أيام من يوم العلم بالحمل ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، وأن قضاة الموضوع أخطؤا عندما إعتدوا على الخبرة فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب للأم، أخطؤا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من (ق.أ.ج) مما يستوجب نقض القرار.⁴

لأن ثبوت الأنساب من أعظم المصالح والحقوق للأولاد، فإذا أتت به المرأة لأقل من ستة أشهر لا يثبت نسبه من الزوج لتحقق حصول الحمل قبل الزواج.

¹ عبد الله يوسف، موسوعة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 769.

² سورة الأحفاد، الآية 15.

³ سورة لقمان، الآية 14.

⁴ المجلة القضائية، سنة 2001، عدد خاص، ص 70.

2- أقصى مدة الحمل: ام يرد النص على أقصى مدة للحمل، لا في القرآن الكريم و لا في السنة النبوية الشريفة، لذلك إختلف الفقهاء ولهم عدة أقوال متباينة و مباحدة في ذلك.

يرى فقهاء الحنفية أكثر مدة الحمل سنتان، إستندوا في ذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها: " لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين "،¹ وعند الشافعي أربع سنوات، وعند جمهور المالكية أربع سنوات،² وتبقى هذه الآراء إجتهدية، إعتبارا لما شهدوه في زمانهم، والطب هو المرجع الوحيد لتقدير أقصى مدة الحمل، بأن الجنين لا يمكن أن يبقى في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر، هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 42 (ق.أ.ج) التي تنص على أن أقصى مدة الحمل 10 أشهر، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 222674، المؤرخ في 15/06/1999، قضية (عب) ضد (مل)، الذي يقضي بناء على المواد 43 و 63 (ق.أ.ج)، من المقرر أن الولد يثبت نسبه لأبيه متى كان الزواج شرعيا، ومن المقرر أيضا أنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الوفاة أو الطلاق.³

رابعا - أن يكون الزوج يتصور منه الإنجاب

يجب أن يكون الزوج بالغا في رأي المالكية و الشافعية، أو مراهقا على الأقل حسب يرى الحنفية و الحنابلة، فلا يثبت النسب من غير البالغ،⁴ لا ينسب الولد إليه لأن هذه قرينة قاطعة على أن الحمل ليس منه.⁵

خامسا - عدم نفي الولد بالطرق الشرعية

إتفق علماء الفقه الإسلامي على جواز إنكار الرجل لنسب الولد الذي ولد على فراشه، ذلك إذا وجد في زوجته ما يدعو لنفي النسب عن نفسه ذلك إذا شك أن حمل زوجته ليس منه، ثم بلغ درجة اليقين أو الظن الغالب في أن هذا الحمل من غيره، أن يلاعن لنفي الولد ويعد هذا من النفي الشرعي للنسب.⁶

¹ محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق، المرجع السابق، ص 404.

² عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، ص 33_34.

³ المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1999، سنة، ص 126.

⁴ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، ص 682.

⁵ محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1987 ، ص 389 .

⁶ حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات ، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 343.

جعلت الشريعة الإسلامية من اللعان، الطريق الوحيد لإنكار الزوج نسبه من الطفل في حالة ما إذا كان مولودا على فراش زوجية صحيحة. و يصح اللعان من كل زوجين سواء كانا مسلمين أو كافؤين، عدلين أو فاسقين، قال الإمام: "أحمد جميع الأزواج يلتعنون".¹

الفرع الثاني: ثبوت نسب الولد بعد فرقة الزوجين

تنتهي العلاقة الزوجية إما بالطلاق، التطليق، الخلع أو الوفاة، لذلك تختلف أحكام ثبوت نسب الولد الذي تأتي به المرأة خلال هذه الفترة، والفرقة يمكن أن تكون قبل الدخول والخلوة، أو الفرقة بعد الدخول.²

أولاً- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول والخلوة

إذا جاءت المرأة بولد بعد الطلاق أو الوفاة وقبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق³ أي المدة المنقضية بين الولادة و الطلاق، فإختلف الفقهاء حول ثبوت نسب المطلقة بعد العقد عليها وقبل الدخول به، يرى الشافعية والمالكية و الحنابلة أن الرجل المتزوج بإمرأة ثم طلقها بعد العقد مباشرة من غير إمكانية وطئها و أتت بولد بعد ستة أشهر من العقد لا يلحق به النسب، و حجية الجمهور في ذلك، أن إمكانية الوطء أو التلاقي هو شرط لثبوت النسب و ليس العقد الذي سبب الوطء بدليل قول الرسول صلى الله عليه و سلم: " الولد للفراش " فعند الجمهور لا تكون المرأة فراشا إلا بالوطء، فإذا أتت بولد بعد ستة أشهر أو أكثر فإنه يلحق به النسب مادام تلاقيهما ممكنا، ولا يلحق به لأقل مدة الحمل أي أقل من ستة أشهر و هو الرأي الراجح.

أما الحنفية فإنهم قالوا أنه عند العقد عليها ثم طلقها عقب العقد و أتت بولد بعد ستة أشهر لا أقل و لا أكثر منها فإن الولد ينسب لأبيه فمن اليقين أنها حملته أثناء العقد و قبل الفرقة، و حجية الحنفية أن النسب يثبت بمجرد العقد، و تعتبر المرأة فراشا بعد الزواج و ليس بالوطء.⁴

¹ ابن القيم و يسري السيد، جامع الفقه، ج6، ط1، الوفاء المنصورة، 2001م_1421هـ، ص 10.

² سلاف بومجان، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 19.

³ أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد 2007، ص 525.

⁴ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 29.

ثانيا - ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول

جاء في نص المادة 43 (ق.أ.ج) بأن المطلقة أو المتوقية عنها زوجها، يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، لكن المشرع الجزائري لم يميز بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن، عكس الفقهاء الذين فرقا بينهما.¹

1- ثبوت نسب الولد بعد طلاق رجعي

و هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي المدخول بها،² طلبة واحدة و له مراجعتها ما دامت في العدة،³ ويحق له أن يستمتع بها ولا تحرم عليه بذلك يمكن ان تحمل في هذه الفترة.

أ- في حالة ما إذا أقرت بانقضاء عدتها، ثم جاءت بولد لمدة تفوق ستة أشهر من وقت الإقرار بالنسب لا يثبت من مطلقها، أما إذا جاءت لأقل من ستة أشهر من حين الإقرار بالنسب يثبت على أن الحمل حدث من المطلق،⁴ وإذا ظهر أنها خاطئة في إقرارها بانقضاء العدة وأنها كانت حاملا حين أقرت وان انقضاء عدتها حين وضع حملها، حكمها حكم المطلقة التي لم تقرر بانقضاء عدتها.⁵

ب- في حالة عدم الإقرار بانقضاء عدتها، الأحناف يقرون بثبوت النسب ولو جاءت به بعد مضي سنتين أو أكثر باعتبار أن الحنفية ذهبوا إلى أن أكثر مدة الحمل سنتان.⁶

2- ثبوت نسب الولد بعد طلاق بائن

إذا أتت المرأة بولد وهي في طلاق بائن لأقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت نسبه لصاحب الفراش هذا عند الحنفية، أما إذا كانت المدة سنتين أو أكثر لا يثبت النسب للمطلق هذا إذا لم تقرر المرأة بانقضاء عدتها، أما إذا أقرت بذلك بعد مدة يمكن معها انتهاء العدة فان الولد الذي يأتي لمدة أكثر من ستة أشهر

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 193.

² السيد السابق، فقه السنة، ج2، دار الفتح للإعلام العربي، مصر، ص 177.

³ محمد بن إبراهيم التويجري، مختصر الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 824.

⁴ محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، ص 166.

⁵ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990،

ص 182.

⁶ أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقضاء وأسباب ثبوت النسب، المرجع السابق، ص 525.

من حين الإقرار فان نسبه لا يثبت،¹ أما المشرع الجزائري إشتراط لثبوت نسب ولد المطلقة لأبيه أن يوتد هذا الولد في مدة عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الانفصال الفعلي الزوجين حسب المادة 43(ق.أ.ج).²

الفرع الثالث: ثبوت النسب في الزواج الفاسد

النكاح الفاسد وضع خاص في الشريعة الإسلامية، فهو زواج من حيث عمومه و ليس بزنى، و لما ينتج عن هذا الزواج آدمي فلا يجوز إعتبره كالمعدوم، أو كولد الزنى.

أولاً- تعريف ثبوت النسب في الزواج الفاسد

1- الزواج الفاسد في الفقه الإسلامي: ميز الفقهاء بين الزواج الباطل و بين الزواج الفاسد، فالأول يعرفه بعض الفقه الإسلامي أنه العقد الذي فقد كل من أركانه أو فقد ركنين على الأقل من أركانه، أما الثاني هو ذلك العقد الذي تتوفر فيه الإيجاب و القبول و تخلف فيه ركن واحد من الأركان، أو تخلف فيه شرط من الشروط، أو يشتمل شرط يتنافى مع مقتضيات العقد.

و هذا التفرقة بين الفاسد و الباطل لا يعرف إلا في المذهب الحنفي.³

2- الزواج الفاسد في القانون: الزواج الفاسد هو ذلك الزواج الذي يتوفر فيه الرضى و الإيجاب و القبول، لكنه فقد شرط من شروطه الأساسية الواردة في المادة 9 مكرر (ق.أ.ج)، كان ينعقد العقد من دون ولي أو بغير شهود، أو يشتمل على مانع من موانع الزواج الشرعية، أو نقص الأهلية للزوجين، و يترتب عن غياب إحدى هذه الشروط فسخ العقد وفقا للمواد 32،33،34 (ق.أ.ج)،⁴ ومن مراجعة هذه المواد والأحكام الواردة فيها، يتضح بجلاء أن المادة 32 من (ق.أ.ج) نصت على فسخ النكاح أي فساده إذا إختل أحد شروطه، أو إشتتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أما نص المادة 33

¹ محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، المرجع السابق، ص 167.

² قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05_02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.

³ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 34_35.

⁴ ريمه مخبي، علاء بوتهلولة، إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة التخرج المدرسة العليا للقضاء، دفعة الخامسة عشرة، 2007، ص 14.

(ق.أ.ج) جاء فيها على انه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول لصداق المثل، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد، وجاءت المادة 34 (ق.أ.ج) على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده.¹

ثانيا- شروط ثبوت النسب في الزواج الفاسد

1- أن يكون قد دخل بالزوجة التي عقد عليها عقدا فاسدا، فإن لم يكون هناك وطء فلا محل للقول بالنسب، لأن الفراش في النكاح الفاسد يثبت من حين الدخول الحقيقي، و أن تأتي المرأة بولد في أقل مدة للحمل و هي ستة أشهر. و يرى علما الفقه بأنه ليس هناك فرق بين الزواج الصحيح و الفاسد من حيث ثبوت النسب.

2- إذا ثبت بان الزواج بإحدى المحرمات كان بحسن النية أو ثبت ردة الزوج المسلم منهما وخروجه من الإسلام أي أصبح كافا ر بعد إسلامه، فان مصير هذا العقد هو الفسخ ولو بعد الدخول، ويترتب عليه ثبوت نسب الولد إلى أبيه، ذلك إذا ولد بعد ستة أشهر على الأقل وقبل انقضاء عشرة أشهر على الأكثر ابتداء من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة وليس من تاريخ العقد؛ أما إذا تعمد الزوجين زواجهما رغم علمهما بأنه زواج ممنوع شرعا وقانونا، فانه يكون زواج باطل لا فاسد فقط، ويعتبر زنا وبذلك لا يثبت به النسب.²

الفرع الرابع: ثبوت النسب بالوطء بالشبهة

إلى جانب ثبوت النسب بالزواج الصحيح والنكاح الفاسد الواردة في المادة 40 (ق.أ.ج) ، أيضا الوطاء بشبهة يعتبر كطريق من طرق ثبوت النسب.³ و المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وهو ليس بثابت فيه،⁴ أي هي وجود المبيح صورة مع عدم حكمه أو حقيقته.

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996 ، ص 213.

² عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 213_214.

³ عائشة إبراهيم، احمد المقادمة، المرجع السابق، ص 17.

⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل الجديد، ط 2، دارهومة للنشر، الجزائر، 2008، 2009.

أما الوطاء بالشبه فهو الإتصال الجنسي غير الزنا و ليس بناءا على عقد صحيح أو فاسد، فيقع خطأ بشبب غلط يقع فيه الشخص، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤيتها سابقا و قيل أنها زوجته فيدخل بها.¹ كأن يجامع الرجل زوجته المطلقة ثلاثا أثناء العدة على اعتقاد أنها تحل له.²

الفرع الخامس: ثبوت النسب التلقيح الاصطناعي

يعتبر التلقيح الإصطناعي من أحدث الوسائل العلمية للإنجاب، والمراد بها أن تحمل المرأة دون إتصال جنسي طبيعي بينها وبين زوجها، ويتم اللجوء إليه في حالة إصابة أحد الزوجين بالعقم أو أي مرض يكون عائقا يحول دون إتمام الحمل بالطريق الطبيعي، وعليه وضع المشرع الجزائري إطار قانوني وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه العملية ذلك في نص المادة 45 مكرر من (ق.أ.ج).

أولا- تعريف التلقيح الاصطناعي

هذا المصطلح يتكون من كلمتين هما التلقيح و الإصطناعي، بحيث المقصود بالتلقيح في اللغة وضع طلع الذكور في الإناث، و هو مأخوذ من لقح الناقة، والملاقيح هي الأمهات و ما في بطونها من الأجنة، أما في الاصطلاح هو إدخال مني رجل في رحم امرأة بطريقة آلية،³ وهو تلقيح بويضتها بماء زوجها وبهذا المعنى هو المزج بين خلية جنسية مذكرة و خلية جنسية أنثوية على يد طبيب مختص.⁴ و يهدف التلقيح الاصطناعي إلى التوليد بغير الطريق الطبيعي ، و هو على نوعين :

1- **التلقيح الإصطناعي الداخلي:** و يطلق عليه التلقيح الإخصابي الذاتي، و هو الذي يؤخذ فيه ماء الزوج (الحيوان المنوي)، و يحقن في الموضع المناسب من مهبل الزوجة أو رحمها حتى تلتقي طبيعيا بالبويضة التي يفرزها احدي مبايض المرأة كما لو انه اتصال جنسي طبيعي.

¹ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون، المرجع السابق، ص39.

² رمضان علي السيد السرنباص، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، جامعة الإسكندرية، لبنان، ص 38.

³ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، المرجع السابق، ص 120.

⁴ زبيدة اقروفة ، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى ،الجزائر، 2010 ،ص 41_45.

2- التلقيح الإصطناعي الخارجي: و يطلق عليه الإخصاب المعلمي،¹ و هو الذي يؤخذ فيه الحيوان المنوي و البويضة و الجمع بينهما في أنبوب الاختبار ليتحدا، وبعد حصول الالتحام فيما بينها تزرع في رحم المرأة، لتواصل نموها الطبيعي إلى أن تتم الولادة.²

ثانيا- شروط ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي

تنص المادة 45 مكرر (ق.أ.ج) على إمكانية اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لكن وفق الشروط التالية:

1- أن يكون الزواج شرعياً: أن يكون أطراف التلقيح مرتبطين بعقد زواج شرعي، لكي يتم ثبوت نسب الولد لأبيه، بالتالي فالتلقيح الإصطناعي يقتصر على الزوجين فقط،³ فالتلقيح الاصطناعي لا يمكن أن يتم إلا ضمن رابطة صحيحة أي يجب ان يجمع بين الطرفين عقد شرعي، توفرت فيه كل الشروط و الأركان المنصوص عليها في المواد 7 إلى 37 (ق.أ.ج).⁴

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما: بما أن عقد الزواج من العقود الرضائية حسب المادة 4 (ق.أ.ج)، أن من بين أهدافه إنجاب الأولاد فيجب أن تجري هذه العملية بناء على رضا الزوجين، أي لا يجب أن يجبر احدهما الآخر على شيء لا يرضاها، يجب على الطبيب المكلف بإجراء العملية لحصول على رضا كل من الزوج و الزوجة في شكل موافقة كتابية صريح على ذلك،وفقاً لنص المادة 40 (ق.م.ج).⁵

¹ يحيى موسى حمد بني عبد الله، القواعد الفقهية في إجتماع الحلال و الحرام و تطبيقاتها تامعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا-جامعة الأردن،2004، ص 254.

² زبيدة اقروفة ، التلقيح الاصطناعي ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الهدى،الجزائر، 2010 ،ص 44.

³ حميدي حاج، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا القضاء، الدفعة 2009،17، ص 49.

⁴ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 29.

⁵ انظر نص المادة 4 من الأمر رقم 58_75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78 مؤرخة في 05/07/1375 المعدلة إلى غاية القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

ولا يمكن اللجوء إلى تلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج لأن الرابطة الزوجية تنتهي بالوفاة هذا ما نصت المادة 47 (ق.أ.ج)، ومن استقراء نص المادة 128 من (ق.أ.ج) يفهم انه لا يمكن اللجوء إلى استعمال طريقة بنوك النطف المجمدة.

3- أن يتم بمني الزوج و بويضة الزوجة دون غيرهما: هذه هي الصورة الشرعية و القانونية لإثبات نسب الولد الناتج عن التلقيح الاصطناعي، بحيث انه لا يجوز شرعا و قانونا إلا إذا تم بمني الزوج وبويضة الزوجة و لا دخل للغير في ذلك، و لأن الزواج الصحيح يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين ، و يجعل الزوجة مقتصرة على زوجها دون غيره.¹

4- لا يجوز اللجوء إلى الأم البديلة: و يدخل أيضا في حكم المنع، إستعمال الأم البديلة أو الرحم المستأجر، وعليه تتخذ بويضة المرأة تلقح بمني زوجها وبعدها تزرع في رحم امرأة أجنبية ،حتى تصل مرحلة الولادة تلده وتعطيه للزوجين صاحبي البويضة المخصبة،² فنظرا للمشاكل التي قد تثار حول تحديد هوية الأم، فوضع المشرع الجزائري حدا لهذا المشكل و ذلك بوضع بنصه صراحة على منع التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة. ولأن الله عز و جل شرف الرحم عن غيره من سائر أعضاء الجسم لأنه منبت البذرة الإنسانية، قوله تعالى " وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا رَقِيبًا " و قوله تعالى: " وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ " .⁴

وكل هذه الآيات الكريمة مجدت الرحم، لذلك فلا مجال للتلاعب به وجعله محلا للإستتجار.

المطلب الثالث: الطرق الكاشفة لإثبات النسب

إذا كان الفراش من وسائل ثبوت النسب التي تعد وسيلة منشئة له، ويعد الإقرار أو دعوى النسب في الفقه إحدى الطرق الغير المباشرة أو الكاشفة للنسب، كما يمكن أن يثبت النسب في كل الأحوال عن طريق البينة، فهذه الوسيلتين تعتبر كاشفة للنسب لأن المقر يخبر بالحق لغيره ولا ينشئ ذلك الحق، وهو إخبار

¹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، المرجع السابق، ص 30.

² عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف و الأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 1، دار النهضة العربية، 2001، ص 86.

³ سورة النساء، الآية، 1.

⁴ سورة الأفال، الآية، 75.

الشخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر،¹ إلى جانب البينة التي هي شهادة يكشف بها عن نسب مجهول.

الفرع الأول: ثبوت النسب بالإقرار

أجمع الفقهاء على أن الإقرار أقوى الأدلة الشرعية، وأن كان حجة قاصرة على المقر به إلا أنه لا يمنع كونه سيد الأدلة لأنه يظهر الحق ويقطع التنازع.²

أولاً - المقصود بالإقرار

1- **المعنى اللغوي للإقرار:** يعني الإثبات، قر الشيء، يقرر قرار إذا ثبت.³

2- **المعنى الإصطلاحي للإقرار:** يعني الاعتراف بالشيء، أي أقربيه هو إعلان الشخص صراحة أن شخصا معيناً ابنه أو ابنته سواء كان المقر رجلاً أو امرأة و سواء كان المقر له ذكر أو أنثى.⁴

3- **المعنى القانوني للإقرار:** تعرض المشرع الجزائري للإقرار في نص المواد 40.44.45 من (ق.أ.ج)، و اعتبره طريقاً من طرف إثبات النسب، غير أن المشرع لم يعرفه من خلال هذه المواد، لكن عرفه في نص المادة 341 (ق.م.ج)، حيث جاء فيها: "الإقرار هو إقرار الخضم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة".⁵

ثانياً - مشروعية الإقرار

وقد ثبت مشروعية الإقرار في الكتاب والسنة والإجماع.

¹ حميدة ناسلي، محاضرة بعنوان عقود الزواج العرفية، مجلس قضاء مسيلة، 2008/01/02، على الموقع : <http://www.Courdesial.mjustie.dz>

² محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006، ص 65_66.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، ط 2، دار الفكر للطباعة والتوزيع، دمشق، 1985، ص 610.

⁴ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، ص 728.

⁵ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون، المرجع السابق، ص

1- من الكتاب: قوله تعالى: "وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُمْ مِنْ كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنْصُرُنَّهُ^١ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي^٢ قَالُوا أَقْرَرْنَا^٣ قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ^٤."

2- من السنة: ما روي أن ماعزا أقر بالزنى فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكذلك الغمادية، و قال: "واغد يا أنيس على 'مرأة هذا ف'ن إعترفت فأرجمها".

3- من الإجماع: إن الأمة الإسلامية أجمعت على صحة الإقرار، و لإن الإقرار إخبار على وجه ينفى عنه التهمة و الريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها.^٢

ثالثا - أنواع الإقرار

من تحليل وإستقراء نص المادتين 44،45 (ق.أ.ج)^٣ نجد أن الإقرار ينقسم إلى قسمين وهما إقرار برابرة لا يكون فيها واسطة بين المقر والمقر به وهي الأبوة والبنوة والأمومة وبعبارة أخرى هو إقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير، أما النوع الثاني هو إقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له كالأخوة والعمومة وبعبارة أخرى إقرار فيه تحميل النسب على الغير^٤

1- الإقرار بالبنوة والأبوة و الأمومة

الإقرار بالبنوة والأبوة و الأمومة هو ما يعبر عنه الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه، هو إقرار بأصل النسب ولا يكون فيه واسطة بين المقر والمقر له^٥، هذا ما نصت عليه المادة 44 من (ق.أ.ج) على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".^٦

¹ سورة آل عمران، الآية 81.

² أبو محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج 16، ص 3.

³ المادة 44 " يثبت النسب في غير البنوة، أو الابوة، و الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" المادة 45 " الإقرار بالنسب في غير البنوة ، و الأبوة، و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه.

⁴ عبد الله يوسف، موسوعة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 803 .

⁵ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 215 .

⁶ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

عند فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون على هذا النوع من الإقرار إسم الإستلحاق، ويشترط لصحة هذا الإقرار وهو أن يقر الرجل ببنة الطفل الشروط التالية:

أ- أن لا يصرح المقر بان الولد ابنه من الزنا، لان الزنا لا يصح أن يكون سببا للنسب،¹ هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا، بأنه من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا، وان ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه.

ب- أن ينصب الإقرار على شخص مجهول النسب أي غير معروف الأب، أما إذا كان معروف الأب فانه لا يثبت له بالإقرار نسب جديد لأن النسب متى تأكد ثبوته من شخص لا يقبل الفسخ أو الإنتقال من شخص لآخر.²

ج- أن يكون من النوع الذي يصدقه العقل والعادة بحيث يكون فرق السن بينهما معقول ومقبول، لو كان الطفل ذو 10 سنوات وسن المقر 20 سنة، لا يصح إقراره لان الواقع يكذب،³ وعليه يجب أن يكون المقر اكبر من المقر له أن كان إقرار بالأبوة أو الأمومة على طفل يجب أن يكون الفارق بينهما 12 سنة ونصف لان العادة جرت على أن لا يولد للإنسان ولد في اقل من هذا العمر.⁴

د- أن يصدق المقر له إدعاء المقر ذلك إذا كان بالغاً، أما إذا كان صغيراً أو مجنوناً ثبت نسبه، فإذا بلغ الصغير أو فاقد الأهلية كالمجنون أو أنكر النسب فانه لا يسقط.⁵

أما إذا كانت المقررة ببنة الطفل زوجة أو معتدة يشترط أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضا لأن فيه تحميل النسب على الغير فلا يقبل إلا بتصديقه.⁶

¹ دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 20.

² فضيلة الشيخ عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، تربية الأولاد في الإسلام، ج 4، مكتبة وهبة، مصر، 2002، ص 94.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 198.

⁴ كمال صالح، الزواج العرفي ومنازعات البنة في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2005 . ص 220 .

⁵ أبي إساق إبراهيم علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 3، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1990، ص 448.

⁶ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 198.

متى تحققت هذه الشروط فالنسب يثبت للولد و يصبح في مكانة الأولاد الآخرين و له نفس حقوقهم من نفقة و المراث...إلخ.

2- إقرار في غير الأبوة والأمومة والبنوة

يعرف في الفقه الإسلامي بالإقرار بالنسب على غير المقر، وهو إقرار بقرابة فيها واسطة بين المقر له و المقر كالإقرار بالأخوة أو العمومة، فلا يثبت النسب إلا بتصديق من حمل عليه النسب وأقيمت عليه البينة،¹ و هذا المعمول به في المذهب الحنفي، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 45 (ق.أ.ج) حيث تنص بأن: "الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة الأمومة لا يسري على المقر إلا بتصديقه".²

يشترط لصحة هذا الإقرار بالإضافة إلى الشروط السالفة الذكر في الإقرار بالبنوة و الأمومة و الأبوة ،

أن يوافق المحمول عليه بالنسبة على هذا الإقرار حسب نص المادة 44(ق.أ.ج)،³ فيشترط أن يصدق الأب المقر عليه عند الإقرار بالأخوة، و الجد عند الإقرار بالعمومة، و أن يقدم المقر البينة على إقراره، و يبقى للمقر له جميع الحقوق،⁴ لأن الإقرار إقرار مقصود بواقعة منتجة لأثر قانوني على عاتق من يصدر منه.⁵

في حالة لم يقع التصديق من الأب أو الجد في إقراره، فالنسب من الأب عند الأخوة و من الجد عند العمومة، لا يلزم من أنكر منهما و كذبه و إنما يلزم فقط من أقر بالأخوة أو العمومة، و هو موقف الفقه الإسلامي.

على كل حال فإن الإقرار بالنسب لولد مجهول النسب، يجب أن يكون ناتج عن زواج صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة، لأنه إذا كان من علاقة غير شرعية فإن النسب لا يثبت إلى أي رجل، وعليه يتعين على القاضي الذي تطرح عليه دعوى إثبات النسب أن يبحث أولاً عن شرعية الزواج وقيام عقد شرعي و

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 385

² قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق

³ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون، المرجع السابق، ص 47.

⁴ أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب، مرجع سابق، ص 529.

⁵ أوديت الياس اسكندر، شعبان عبد العاطي عطية، محسن احمد عبد الرحمن، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ص 54.

قانوني قبل البحث عن إثبات النسب، متى توفرت شروط الزواج و شروط ولادة المولود خلال الأجل المحدد شرعا و قانونا لمدة الحمل.

لم يحدد قانون الأسرة شكلا معيناً للإقرار، ولا الجهة التي يدلى به أمامها، من جهة، و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء لم يشترطوا لصحة الإقرار المثبت بنسب أن يكون أمام القاضي، فالإقرار بالنسب يكون صحيحاً سواء في مجلس القضاء أو في غيره.¹

الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبينة

تعتبر البينة طريق من طرق إثبات النسب شرعا وقانونا، لقد اعتبرها جمهور الفقهاء الشهادة، رأى بعضهم أنها كل ما تقوم به الحجة من طرق الإثبات، و لقد قصد المشرع الجزائري المعنى الأول أي أن البينة هي الشهادة،² و هي فرض على الشهود إحياء للحقوق و حفظ لها من الضياع و لا يسعهم كتمانها.³

أولاً - المقصود بالبينة في مسألة النسب

1 - لغة: البينة مؤنث بين من بان الشيء تبين بيانا أي اتضح، و البينة هي الحجة الواضحة عقلية كانت أو محسوسة.

2 - اصطلاحاً: المقصود بالبينة في مجال إثبات النسب هي الشهادة أو الشهود و سمي الشهود ببينة لأن بهم يبين الحق و يظهر،⁴ و عرفها الأستاذ أدوار عيد على النحو التالي: "الإثبات بالشهادة هو إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود و بعد تحليفهم اليمين، و تقوم الشهادة في الإخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها أو أدركها على وجه العموم بحواسه.

¹ صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 48.

² مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، جامعة العربي، الجزائر، 2009_2010، ص 49.

³ محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القُدوري، ج 2، مكتبة الشيخ كراتشي، المملكة العربية السعودية، 1412 هـ، ص 193.

⁴ إبراهيم أحمد المقادمة عائشة، المرجع السابق، ص 18.

عرفها الفقهاء تعريفات متعددة للشهادة ، منها : الحنفية فلقد عرفها بأنها إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء و لو بلا دعوى. و المالكية عرفها بأنها إخبار الحكم عن علم ليقين بمقتضاه، فحين عرفها الحنابلة بأنها إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص كشهادة أَلْ أَشْهَدُ و عرفها أيضا الشافعية على أنها إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد بينات.¹

ثانيا - مشروعية البينة

البينة مشروعية بإتفق العلماء على مشروعية البينة الشخصية؛ فالبينة الشخصية مشروعية بالكتاب، والسنة، والإجماع.

1 - أدلة مشروعية البينة من الكتاب

قالى تعالى: " وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۗ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ " .²

هذا وعيد شديد من الله تعالى لمن كتم الشهادة، وذلك لما فيه من تضييع للحقوق وتفريط فيه.

و قوله تعالى: " فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا " .³

أمر الله سبحانه وتعالى بالإشهاد عند دفع الأموال للأيتام، وذلك عند بلوغهم، تنبيها على التحصين وإزالة للتهم.

قالى تعالى: " فَإِذَا بَلَغَ الْبُلُغَ فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا دَوِيَّ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۗ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا " .⁴

نص صريح في طلب البينة الشخصية، وأمر من الله سبحانه وتعالى لتوثيق الرجعة، فتكون البينة الشخصية مشروعية في الطلاق، والرجعة، والنكاح، وجميع أحكام الأحوال الشخصية.

¹ براهيمي صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجزائية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 16، 18.

² سورة البقرة، الآية 283.

³ سورة النساء، الآية 6.

⁴ سورة الطلاق، الآية 2.

2- أدلة مشروعية البينة من السنة

عن ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه و سلم سئل عن الشهادة، فقال : " هل ترى الشمس؟ فقال: نعم، قال على مثلها فاشهد أو دع "

عندما سئل رسول الله صلى الله عليه عن الشهادة أخبر أنها تكون بالمعينة، والدقة في النقل والرؤية.

3- أدلة مشروعية البينة من الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية البينة الشخصية؛ وذلك لأنها وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء .

ثالثا_ النصاب الشرعي و القانوني للبينة في إثبات النسب

إن الله سبحانه و تعالى أوجب في حد القذف أربعة شهود، أما نصاب الشهادة في دعوى النسب هناك اختلاف بين الفقه¹:

فالبينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل، و إمرتين، لقوله تعالى: " واستشهدوا شاهدين من

رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل واحد و إمرأتان " ، هذا عند أبي حنيفة و محمد، أما المالكية قالوا بأنه

تجب شهادة رجلين فقط و لابد من شهادة كل الورثة في رأي الشافعية و الحنابلة و أبي يوسف.²

و الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنفية بأنه تجوز شهادة رجل و إمرأتين في إثبات النسب كما تجوز شهادة إمرأتين منفردتين في الولادة،³ لأن شهادة النساء جائزة في كل ما لا يطلع عليه الرجال، و الشهادة يمكن أن تكون بالتسامع، و المقصود من ذلك هو استفاضة الخبر و اشتهاره بين الناس هذا ما ذهب إليه المذاهب الأربعة على جواز إثبات النسب بشهادة السماع.⁴

¹ عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، المرجع السابق، ص 19.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 695.

³ البصري أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب، التفریع، ج 2، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، 1987 ، ص 237_238.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص 386_387.

وأما المشرع الجزائري فلم يوضح هذا النصاب للشهادة في إثبات النسب لما أورد البينة كطريق لإثبات النسب في المادة 40 (ق.أ.ج)، إلا أنه ما هو معمول به هو ما ذهب إليه أبي حنيفة و العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تحيلنا إليها المادة 222 من قانون الأسرة.¹

الفرع الثالث: ثبوت النسب بالبصمة الوراثية

خلق الله الإنسان و أحسن خلقه و أودع فيه من الصفات و المميزات التي سمي بها على كل المخلوقات، وجعل وجوده يمتاز بالثبوت في مجموعة من الخصوصيات، بما فيها مختلف البصمات المتعلقة بكل عضو من جسمه.

أولاً- تعريف البصمة الوراثية

إن البصمة الوراثية مركبة من كلمتين: البصمة والوراثة، وعليه نعرف كل كلمة على حدى كي نتوصل إلى تعريف البصمة الوراثية .

1- البصمة الوراثية لغة: إن البصمة الوراثية مركب وصفي مكون من كلمتين هما البصمة والوراثة، و تعرف البصمة لغة بأنها العلامة والأثر، كما تدل أيضا على الغلظة والكثافة فيقال رجل ذو بصم أي غليظ وثوب له بَصْمٌ إذا كان كثيفا كثير الغزل، والبصم هو فوت ما بين الخنصر إلى طرف البنصر.²

الوراثة لغة هي من مصدر ورث - الورث ومعناها الانتقال والبقاء.

أما الوراثة هي الدراسة العلمية للوراثة أي تمرير خصائص الكائنات الحية من جيل إلى جيل آخر، حيث يدرس العلماء الوراثة تركيب الموروثات ووظيفتها وطريقة انتقالها.³

2- البصمة الوراثية اصطلاحا: عرفتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية "البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل شخص بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق

¹ دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 23.

² حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 19.

³ الموسوعة العربية العالمية، ج 27، ط 2، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر و التوزيع، السعودية، 1999، ص 71.

من الشخصية وكذا إثباته¹ أما المشرع الجزائري لم يتعرض لتحديد مفهومها تاركة الأمر للفقهاء للقيام بتلك المهمة.

ثانيا - خصائص البصمة الوراثية

1- دقة نتائج الهندسة الوراثية فهي قرينة إثبات ونفي قوية لا تقبل الشك جعلها سيده الأداة ومعترف بها في جميع المحاكم الأوروبية، حيث تصل إلى 100 % في دعاوى النفي وإلى 99.99 % في دعاوى الإثبات.²

2- عدم تشابه البصمة الوراثية واستحالة تطابقها مع شخص آخر إلا في حالة التوائم المتماثلة والتي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد.³

3- يمكن تخزين الحمض النووي بعد استخلاصه لفتا رت طويلة جدًا، كما يمكن إجراء هذا الفحص على جزيء صغير حيث أصبح بالإمكان تكثيره وتوليدته إلى غاية الحصول على الكمية المرغوبة.

4- يمكن إجراء هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية السائلة كالدم والمنى أو الأنسجة كالشعر والعظام، وهذا راجع إلى تطابق الطاقم الوراثي في كل خلايا الجسم.⁴

ثالثا - حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب

البصمة الوراثية لها دور كبير في مجال إثبات أو نفي النسب لكون أن كل شخص له نمط وراثي خاص يميزه عن غيره، بحيث تصل نسبة نجاحها في حالة الإثبات إلى حد قريب من القطع 99.99% أما في حالة نفي النسب فتصل إلى حد القطع أي نسبة 100%، و عليه ما مدى حجيتها في إثبات النسب.

¹ حسين محمود عند الدائم، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 86.

² إقروفة زبيدة، الإكتشفات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الأمل، تيزي وزو - الجزائر، 2012، ص 243.

³ مقبل حنان و بلقايد نوال، دور البصمة الوراثية فب الإثبات الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم الياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012، ص 11.

⁴ ميهوبي زهرة و معسي مريم و دكار العربي و آخرون، إثبات النسب ز نفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية العلوم القانونية و الإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2012، ص 32.

يرى بعض الفقهاء المعاصرين بأن يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية، و استدلو رأيه بأن البصمة الوراثية تفوق جميع الطرق الظنية في إثبات النسب من حيث درجة الوصول إلى الحقيقة، أي أنها تؤدي إلى إظهار الحقيقة بصفة قطعية جازمة، ولو منعنا العمل بها فإننا نكون بذلك قد حرمانا المكلفين من استخدام وسيلة علمية مضمونة النتائج في إثبات دعواهم، وهو ما يتنافى مع مقصود الشرع الذي ربط إثبات النسب بأيسر الطرق.¹

يرى البعض الآخر إن كانت قطعية الدلالة فإن يجوز الحكم بها لنفي النسب دون إثبات من الأب، لأن تطابق الجينات الوراثية بين الإبن وأبيه، قد ينتج عن علاقة غير شرعية وبالتالي لا تكون دليلا لإثبات النسب.²

المبحث الثاني: الحق في الحضانة

يترتب عن انحلال الرابطة الزوجية وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي إمساك الولد و تربيته منذ أول وجود سواء كان ذلك للأم أو ممن يقوم مقامها. فهي أول ضرب من ضروب الولاية على الطفل.³

المطلب الأول: مفهوم الحضانة

الحضانة من الولاية على النفس تثبت للحاضن، صيانة للصغير ووقاية له مما يهلكه أو يضره وتتمثل في إمساكه وحفظه في مبيته أو في ذهابه وفي مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته من إطفاء ولباس وتنظيف لجسده وموضعه. و قد قال عنها الشافعي: "هي ما رقبته على اللحظات حتى لا يهلك".⁴

¹ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبق لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنتة، دط، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010، ص 187.

² حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 724.

³ صقر نبيل، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 244.

⁴ فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقرب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص 22.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الإصطلاحي للحضانة

أولاً- التعريف اللغوي

الحضانة مأخوذة من الحضن، وهو مادون الإبط إلى الكشح، وحضن الشيء جانباه، وحضن الطائر بيضه إذ ضمه إلى نفسه تحت جناحه، و احتضن الصبي أي جعله في حضنه، ضمه إلى صدره، و الحاضنة هي التي تقوم على تربية الصغير. كما تعني الحضانة روضة الأطفال أي مؤسسة تعتني بحالة الأطفال، ونظافتهم و تعويدهم ألعاباً متنوعة تتلاءم و سنهم.¹

ثانياً - التعريف الاصطلاحي للحضانة

ذكر الفقهاء وأهل العلم عدة تعريفات للحضانة استعرضها منها ما يلي:

عرف الحنفية الحضانة بأنها " تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع أمور في سن معينة على من له حق الحضانة "،² و عند المالكية " تعني الحفظ والعناية للعاجز عن القيام بأمور نفسه أي رعايته . في ملبسه وطعامه ومضجعه وتعليمه".³ أما عند الشافعية تعني عندهم: " حفظ من لا يستغل بأمور نفسه عما يوازيه لعدم تميزه لصغر أو جنون أو معتوه".⁴ وأخيراً عند الحنابلة تعني عندهم " ضم المحضون وتربيته وهي مأخوذة من الحضن لأن المربي يضم الطفل إلى حضنه، وكفالاته واجبة لأنه بتركها يهلك لذا وجب حفظه من الهلاك أما يجب الإنفاق عليه".⁵

مما تقدمية يتضح لنا أن الفقهاء متفقون على أن الحضانة تعني رعاية الطفل, حفظه عما يؤذيه و التكفل بالنفقة عليه في جميع مراحل حياته الى غاية بلوغه سن الرشد. و يضيف الشافعية الى ضرورة حضانة المس المعتوه و المجنون لعدمك تميزه.

¹ قاموس المنجد في اللغة و الأعلام، ط. 27 ، دار المشرق، بيروت، 1984، ص1.

² محمد أمين بن عابدين الرملي، حاشية ابن عابدين، دار الفكر - بيروت، 1421 هـ، ج 2، ص 560.

³ العلامة احمد الدرديري، الشرح الصغير، دار المعارف بمصر ج 1، ص 451.

⁴ الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الاخيرة، 1984 ، ص 225.

⁵ عبدالله بن عبدالعزيز العنقري ، الروض المريع، مطبعة، السعودية، ج ، ص ، 251.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للحضانة: عرفها المشرع الجزائري في المادة 62 (ق.أ.ج) حيث نص على مايلي " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً...".¹

ونلاحظ على هذا التعريف إرادة عازمة أظهرها المشرع الجزائري اتجاه هذا العمل وأحاطه بقيود يكاد يذهب بها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس، وأراد أن يلفت إنتباه الحاضن إلى ما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون وأهله. فالأمر يحتاج إلى ذي أهلية خاصة ويكون المشرع قد حدد في هذه المادة نطاق الحضانة ووظائفها التي لا تتم إلا بها، بوصفها جوانب أساسية لتنمية شخصية المحضون.²

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الحضانة

إتفق العلماء بلا خلاف بينهم على مشروعية الحضانة ودليلهم من الكتاب والسنة، و من الإجماع وبيان ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أدلة وجوب الحضانة في الكتاب

لم يرد لفظ حضانة في القرآن الحكيم وأن دل عليه باستعمال ألفاظ أخرى مثل قوله جل شأنه "يكفل" وأيضاً جاء في آية أخرى بلفظ الرضاعة والكسوة والإعاشة والرعاية وغيرها.

الدليل الأول: قوله تعالى: " فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَأَقَلَّهَا زَارِيًّا " .³

الدليل الثاني: قوله تعالى: " ذَلِكَ مِنْ أَنْبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ وَمَا أَنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَفْئَامَهُمْ أَيُّهُمْ . يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا أَنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ " .⁴

جاء في تفسير تلك الآيات قول الإمام القرطبي من يكفل مريم أي من يحضنها قال زارياً أنا أحق بها وخالتها عندي وأنت عنده (إشباع بنت فاخود وأخت جنة بنت فاخود أم مريم) عليها السلام قال بنو

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

² سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج. 1، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1988، ص 369-370.

³ سورة آل عمران، الآية 37.

⁴ سورة آل عمران الآية 44.

إسرائيل نحن أحق بها بنت عالمنا فافترعوا عليها وجاء آلود بقلم وانتفقوا أن يجعلوا الأرقام في الماء الجاري فمن وقف قلمه ولم يتحرك في الماء هو حاضنها قال هنا جرت الأرقام ووفق قلم سيدنا زاريا فحكم له بحضانتها.¹

الدليل الثالث: قوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ آَمَلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ . وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَآسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ).²

جاء في تفسير الآية أن الولد وأن فطم فالأم أحق بحضانتها لفضل حنوها وشفقتها . وصبرها على متاعب الصغير وعلى الأب آسوتهن ونفقتة بما يسع (بالمعروف).

الفرع الثاني: أدلة وجوب الحضانة في السنة

الحديث الأول: عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت: يا رسول الله أن بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له جواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله "أنت أحق به ما لم تنكحي".³ وفي هذا الحديث دلالة على أن الأم أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج بغير أبيه وإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة.

الحديث الثاني: حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله خير غلاماً بين أبيه وأمه .

نص الحديث: "أن امرأة جاءت إلى رسول الله. فقال يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عتبة وقد نفعني فقال : استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي؟ فقال : هذا أبوك وهذه أمك خذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به".⁴

¹ الجامع لأحكام القرآن القرطبي- دار النشر ومناهل العرفان - بيروت-لبنان- ج. 3 - 4، ص 86 - 87.

² سورة البقرة الآية 233.

³ رواه البخاري في صحيح، دار المعرفة، بيروت، في باب هذا ما صالح فلان بن فلان كتاب الصلح، ج 1 . ص

.112

⁴ رواه مالك في الموطأ، دار الفكر، بيروت-لبنان، د ط، ج 2، ص 767 .

الفرع الثالث: دليل وجوب الحضانة من الإجماع

لا خلاف بين جمهور أهل العلم في إيجاب آفالة الصغار لأن الإنسان خلق ضعيفا محتاجا إلى من يكلفه ويرعاه حتى ينضج وينفع نفسه ويستغني عن غيره .

وقد قال بن المنذر: "وأجمع آل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم"

المطلب الثالث : شروط ممارسة الحضانة

الحضانة حق ثابت لمن هو أهل لها بتوافر شروط معينة، فهناك شروط عامة في الرجال والنساء و شروط يجب توفرها في النساء فقط وأخرى يختص بها الرجال دون النساء .

نجد أن المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري تنصت على شرط واحد فقط وهو الأهلية، حيث وردت الفقرة الثانية من هذه المادة كما يلي: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".¹

المقصود بالأهلية في هذه المادة هي القدرة على القيام بمهمة صعبة نوعا ما وهي تربية طفل وإعداده إعدادا سليما وجعله قادرا على تحمل صعاب الحياة ومتاعبها.²

الملاحظ أنه لم ترد بصريح العبارة شروط أخرى في هذا القانون، لذلك ومن أجل تحديد هذه الشروط يتوجب علينا العودة إلى الفقه الإسلامي، وذلك استنادا إلى الم 222 من (ق.أ.ج) التي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".³

الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء

تثبت الحضانة للرجال كما تثبت للنساء مع اختلاف في ترتيبهم، فبحكم أنّ المرأة أكثر صبورا على توفير

¹ قانون رقم 11_84 ، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

² حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير ،المرجع السابق، ص 28_29.

³ قانون رقم 11_84 ، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

احتياجات الصغير وأكثر رافة به، فهي دائماً مقدمة على الرجال في الترتيب و حتى تسند الحضانة لأحدهما وجب توفر بعض شروط.

أولاً - شرط البلوغ

اتفق الفقهاء على أن الصغير غير المميز لا حضانة له ، لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه فكيف له أن يقوم برعاية غيره أما الصغير المميز فالجمهور على أنه لا حضانة له، و أما المالكية فيرون أن الصغير المميز العاقل غير المضيع للمال يستحق الحضانة إن كان مستوفياً لسائر شروطها.

و الراجح هو قول الجمهور أن البلوغ شرط لتولي الحضانة، حيث إن الحضانة ولاية نظر، و هي منوطة بمصلحة الصغير، و لا تتحقق مصلحة الصغير بحضانة صغير مثله.

يثبت البلوغ في الصبي و الصبية بظهور العلامات الطبيعية، و علاماته للولد: الاحتلام بإنزال المنى ، و إنبات الشعر الخشن على العانة.

وعلاماته بالنسبة للبنات الحيض، أما إذا لم يتحقق ذلك فالبلوغ يتحدد بالسن. فذهب بعض الفقهاء إلى أن سن البلوغ خمس عشرة سنة و هو قول الصحابان من الحنفية و الإمام مالك في رواية ابن وهب.

و ذهب البعض إلى أنه ثمان عشرة سنة و هو قول أبي حنيفة و المشهور عند المالكية.¹

و القانون المدني الجزائري و سن الرشد الواجب توفرها في الحاضن حسب القانون الجزائري هي سن 19 سنة كاملة.²

الجنون مانع من موانع الحضانة سواء كان الجنون أصلياً أو طارئاً، مطبقاً أو متقطعاً، لأن الحضانة ولاية و المجنون ليس من أهلها. و هذا محل اتفاق بين الفقهاء.

¹ فاطمة عبد الصمد الحمادي ، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رسالة ماجستير، جامعة المدينة العالمية- كلية العلوم الإسلامية- قسم الفقه و أصوله، سنة 1433هـ - 2012م

² أمر رقم 75_85 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، متضمن القانون المدني، معدل و متمم بالأمر رقم 05_07 ، مؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر عدد 31، صادرة في 13 ، صادرة في 2007

اشترط المالكية في استحقاق الحضانة الرشد مع العقل، فإذا كان الحاضن سفيهاً في عقله، أو في المال فلا أحقية له في الحضانة، لئلا يتلف مال المحضون؛ إلا إذا كان السفيه له ولي يقوم عليه، فلا يسقط حقه في الحضانة، و هنا يتولى السفيه صيانة المحضون.¹

أما عن موقف المشرع الجزائري، فإنه لم ينص صراحة على اشرط العقل في الحاضن، إلا و بالعودة إلى الم 62 ق.أ.ج ، وبالنظر إلى حالة كل من المجنون والمعتوه والسفيه، فإن حالتهم تجعلهم غير أهلين حتى للقيام بشؤونهم فكيف القيام بشؤون غيرهم، كما نصت المادة 85 من (ق.أ.ج) على ما يلي: "تعتبر تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه.²

ثانياً - شرط الإستقامة و حسن السيرة

الاستقامة و حسن السيرة التي تجعل المحضون بمأمن من الانحراف و الانزلاق و هو في بداية حياته، مما يجعل علاجه جد صعب، و قد نص العديد من الفقهاء في الاستقامة على شرط العدالة، و هذا يعني أن الحاضن غير معروف بفسق أو انحراف أو بقيامه بأعمال التي لا تقبله الأخلاق الحميدة، حتى يتربى بها المحضون و ينشأ عليها.

أكد المالكية شرط الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر لماله حتى لا يتلف مال المحضون، أو ينفق عليه منه لما لا يلق. قال ابن عبد البر المالكي: "و لا يرون حضانة لفاجرة و لا لضعيفة و لا لعاجزة عن القيام بحق الصبي لمرض أو زمانة".

قال ابن قدامة: "ولا لفاسق لانه غير موثق به". و قال النووي: "الشرط الرابع : كونها أمينة فلا حضانة افاسقة".

حسن السيرة يقدر في كل عصر بما يتعارف عليه الناس، فمن كان مستورا مقبولا عند الناس فله الحضانة، أما من كان معروفا بفسق ظاهري رجلا كان أو امرأة، كالسكر أو الزنا أو الفجور و غيره أو ما كل ما قد يؤثر سلبا على أخلاق المحضون فلا حق له في الحضانة، بل لو كان أبا فيه هذه الصفات

¹ فاطمة عبد الصمد الحمادي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رسالة ماجستير، المرجع السابق. ص 15.

² قانون رقم 84-11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

فوجب نزع الحضانة منه¹. قال الامام مالك: " رب رجل شريـر سكير، يترك ابنته و يذهب لشرب أو يدخل عليها الرجال، فهذا لا تضم اليه أبدا بشيء ؛ ومن كان بيته مأوى للفساق و الدعار، أو بجواره بيت من هذا النوع يخاف منه على المحصون فلا حق له في الحضانة.²

نجد أن موقف القضاء الجزائري، فقد أخذ برأي جمهور الفقهاء في عدم إسناد الحضانة للفاقد، ونستنتج ذلك في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا، منها ما ورد في إحدى القرار رقم 53578 الصادر بتاريخ 1989/05/22 في قضية (ج.أ) ضد (ك.م) الطي قضي بمايلي: " لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاثة للأم على اعتبار عاطفي مع ثبوت سوء خلقها يكون قد خرق القانون.³

ورد في القرار رقم 171864 الصادر بتاريخ 09/30 في قضية (ب.س) ضد (ز.ف) 1997 بما يلي: " ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من (ق.أ.ج)."⁴

ثالث - شرط القدرة

القدرة الاستطاعة على القيام بشؤون الطفل، أي يجب أن يكون من أسندت إليه الحضانة سليم الجسم، ولذلك فلا توكل حضانة الطفل لشخص عاجز أو مريض مرضا معديا أو مرض يعجزه على القيام و يعد الاعم عاجزا عن الحضانة لعدم تحقق المقصود به. بشؤونه اتجاه الطفل، كما لا تسند الحضانة إلى شخص متقدم في السن تقدا يجعله في حاجة إلى رعاية غيره له.⁵ فالمرأة المحترفة أو العاملة ان كان عملها يمنعها من تربية الصغير و الاهتمام به، لا تكون أهلا لممارسة الحضانة. و ان كان عملها لا

¹ مجلة الأحمدية، العدد الثالث، المحرم 142 هـ.

² الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 727.

³ المجلة القضائية عدد 4 ، صادر في 1991، ص99.

⁴ المجلة القضائية، عدد خاص ، 2001، ص 164.

⁵ قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة

12، الجزائر، 2001_2004، ص 13.

يمنعها لرعاية الصغير و تدبير شؤونه، لا يسقط حقها في الحضانة كون أن شرط القدرة متوفرا فيها.¹ ويرى الدكتور محمود السرطاوي أنه يجب النظر إلى سن المحضون للقول إذا كانت المرأة العاملة تستحق الحضانة أم لا، فإذا كان الصغير ما زولا للدارسة، بحيث الوقت الذي تقضيه في العمل هو بدوره يقضيه في المدرسة فإن هذا لا يؤثر عليه، ومنه يمكن القول بأنها تستحق الحضانة، وحسب رأي الدكتور فإنه يحبذ ترك الأمر للقاضي ليقدر فيما إذا كانت الحاضنة العاملة تستحق الحضانة أم لا² أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فنجد المادة 67 (ق.أ.ج) في فقرتها الثانية قد نصت

على : " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في ممارسة الحضانة".³

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة، عبر عن موقفه بشكل صريح لا يثير أي جدال، وهو أن عمل المرأة مهما كان لا يمكن أن يكون سببا لإسقاط حضانة الصغير عنها. و هذا ما أقرته المحكمة العليا في قضية رقم 245156 الصادر بتاريخ 2000/07/18 ، حيث قضى بأن عمل المرأة لا يعد من مسقطات الحضانة عنها وأقر بأنها تبقى حاضنة لأطفالها رغم عمل.⁴

رابعا - شرط الإسلام

الإسلام شرط عند الشافعية و الحنابلة، فلا حضانة لكافر على مسلم، إذ لا ولاية له عليه لأن ذلك قد يؤثر على المحضون في دينه. أما عند المالكية و الحنفية لا يعد الإسلام كشرط من شروط الحضانة، يمكن إسنادها كتابية أو غير كتابية، سواءا كانت الحاضنة أم أم غيرها، لأنه صلى الله وسلم خير صبيا بين أبيه المسلم و أمه المشتركة، فمال إلى الأم.

لكن إختلفت المالكية و الحنفية في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة الغير مسلمة:

يرى الحنفية أنه يبقى عندها ألى أن يعقل الأديان، ببلوغه سن السابعة، لأن بقائه معها يشكل خطر على دينه، فقد تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها، أو تعوده على شرب الخمر و أكل الخنزير.

¹ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 726.

² السرطاوي محم ود علي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008، ص 239.

³ قانون رقم 84_11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

⁴ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 484.

و المالكية ترى أنه يبقى عند الحاضنة إلى غاية انتهاء مدة الحضانة شرعا، و لكنها تمنع من تغذيته بالخمير و لحم الخنزير، يمكن الرقابة على أفعالها ليحفظ الولد من الفساد.

و اختلفوا أيضا في إسلام الحاضن.

رأي الحنفية أنه يجب أن يكون الحاضن مسلما خلافا عن الحاضنة، لإعتبار الحضانة نوعا من الولاية على النفس فلا ولاية مع إختلاف الدين.

ورأي المالكية أنه لا يشترط إسلام الحاضن، لأن حق الحضانة في الحقيقة حق للمرأة.¹

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الذين يشترطون شروط عامة أخرى كشرط الحرية فلا تثبت الحضانة للعبد لأنه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى.

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالنساء

الفقه الإسلامي خص المرأة ببعض الشروط التي يجب أن تتوفر فيها دون الرجل، وتتمثل هذه الشروط في:

أولاً: يشترط في المرأة أن تكون ذات رحم محرم للصغير وقريبة منه كالأم، الأخت، الخالة، وعليه فلا تثبت الحضانة لمن لم تكن قريبة للصغير وإن كانت محرما له كالأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة، كما لا تثبت للقريب الغير محرم كبنات العم وبنات الخال وبنات الخالة لعدم المحرمية.²

ثانياً: يشترط في الحاضنة الأم أن لا تكون متزوجة بأجنبي غير ذي رحم محرم للصغير منه، وقد اختلف الفقهاء في حكم زواج المرأة من أجنبي عن الصغير، فمنهم من يرى بأن زواجها لا يسقط الحضانة مطلقا، خاصة إذا كان سن الصغير لم يتجاوز الحولين، فلا يجوز التفريق بين الصغير وأمه في هذه الفترة مهما كان مستنديا في ذلك إلى قول الله تعالى: " وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ " .³

¹ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 727-728.

² الشرنباصي رمضان علي السيد، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2002، ص 402.

³ سورة البقرة، الآية 233.

كما أنه حسب رأيهم لم يرد نص صحيح يبين أن زواج الأم يسقط الحضانة عنها وجانب آخر من الفقهاء يرو بأن زواج الأم بأجنبي عن الصغير يسقط الحضانة عنها مطلقا. فقد قال الإمام مالك أنه لا ينبغي للأولياء أن يحولوا بين الولد وأمه إلا أن تتكح، فنكاحها يؤدي بها إلى أن تفقد حضانة ولدها.¹ وهذا ما اتجه إليه معظم الفقهاء كالشافعية، الحنابلة، والحنفية، فجميع هؤلاء قد اتفقوا على أن زواج الأم من أجنبي يسقط الحضانة عنها.

تجدر الإشارة إلى أن أغلب الفقهاء اشترطوا الدخول بالمرأة لإسقاط الحضانة عنها، فالعقد لوحده غير كاف؛ غير أن حق المرأة في الحضانة لا يسقط إذا كان الزوج قريب محرم للمحضون كعمه، لأن العم كالأب له شفقة على الصغير عكس الأجنبي الذي لا يعطف ولا يرأف عليه²

موقف المشرع الجزائري فإنه بالعودة إلى نص الم 66 (ق.أ.ج) فإنها تنص على: " يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"³

بالإطلاع على هذه المادة، نستنتج أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء، وهو أن زواج الأم بأجنبي أو بقريب غير محرم للصغير يسقط حقها في الحضانة، و هذا ما أكده القضاء الجزائري في عدة قراراتها منها ما جاء في قرار رقم 40418 المؤرخ في 1986/05/05 الذي أكد أن المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون مما يستوجب معه نقض القرار.⁴

لكن من أجل إسقاط الحضانة عن المرأة المتزوجة يجب أن يكون زوجها بأجنبي محرر في شكل رسمي وهذا ما نستنتجه في قرار رقم 102886 المؤرخ في المحكمة العليا 1994/04/19 في قضية: (ص ب) (ه ع) التي قضت بمايلي : " إن الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا

¹ أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، المجلد الخامس، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1999، ص 62.

² تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 880.

³ قانون رقم 84_11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

⁴ المجلة القضائية، سنة 1989، العدد 2، ص 75.

للمادة 66 من قانون الأسرة".¹

غير أنه ومراعاة لمصلحة المحضون فإن قاعدة سقوط حضانة الأم بزواجها بأجنبي ترد عليها بعض الاستثناءات وهو ما لم يقره المشرع الجزائري بالإشارة إليها، يجب علينا العودة إلى الفقه الإسلامي للتعرف عليها استناداً للمادة 222 من (ق.أ.ج).

وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

1- حالة عدم وجود من يحضن الطفل غير أمه: فإذا لم يوجد شخص يحضن الصغير غير أمه أو موجود لكنه غير مأمون على الطفل أو عاجز على حضانتها، فإن حق الأم في الحضانة يبقى رغم زواجها بأجنبي وذلك مراعاة لمصلحة المحضون.

2- إذا وجد شخص آخر يحضن الصغير، لكن رغم ذلك لم يقبل المحضون به في هذه الحالة أيضاً يبقى حق الأم في الحضانة قائماً رغم زواجها.²

3- سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الأم، فإذا سكت من له الحق في حضانة الصغير لمدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه في المطالبة بحضانة الصغير وبالتالي يبقى حق الأم قائماً رغم زواجها.³

لكن هناك إشكال يطرح بخصوص زواج الأم بأجنبي عن المحضون وهو في حالة طلاقها من هذا الأجنبي سواء كان طلاق رجعي أو بائن، فهل يعود لها حق الحضانة؟

ذهب الحنفية إلى القول أنه إذا كان الطلاق رجعياً فلا يعود حقها إلا بعد انتهاء العدة، كون أنه في فترة العدة تبقى الزوجية قائمة بينهما، أما إذا كان الطلاق بائناً فيعود حقها في الحضانة. أما رأي الشافعية والحنابلة فذهبوا للقول أن حقها يعود سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً.⁴

¹ نشرة القضاة، العدد 51، نقلاً: العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 64.

² الموسوعة الفقهية، ط. 2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1990، ص 307_308.

³ تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، المرجع السابق، ص 880_881.

⁴ المومني أحمد محمد، نواهضة إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة، عمان، 2009، ص 171_172.

أما عن موقف المذهب المالكي فيرى أنه من أجل القول بعودة الحضانة إلى الأم بعد زوال المانع، فيجب التفريق بين زوالها لعذر اضطراري وزوالها لعذر اختياري، فإذا سقطت الحضانة لعذر اضطراري كمرض الحاضنة ثم زال العذر بشفاؤها عاد حقها في الحضانة، أما إذا سقطت لعذر اختياري كزواج الحاضنة بأجنبي ثم يزول العذر بطلاقها فلا يعود حقها في الحضانة سواء كان الطلاق رجعيًا أو بائنًا.¹

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فنجد المادة 71 (ق.أ.ج) قد نصت على ما يلي:

"يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه الاختياري".²

ثالثًا: يشترط عدم إقامة الحاصنة بالصغير في بيت يبغضه فأغلب الفقهاء يرى أن سكن الحاضنة مع من يبغضه، يكون الصغير معرض للأذى و الضياع ، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها المتزوجة، إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها.³ و هذا أتت بها المادة 70(ق.أ.ج) : "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".⁴

الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بالرجال

فبالإضافة إلى الشرط العامة السالفة الذكر، يشترط في الرجال شروط خاصة بهم فقط وهي:

- 1_ يجب أن يكون الحاضن محرماً للمحضون، إذا كانت أنثى وعليه فليس للرجل أن يحضن ابنة عمه لأنه ليس محرماً لها وذلك تفادياً للفتنة والفساد.⁵
- غير أنه إذا كان ابن العم هو العصبية الوحيدة للبننت أي أنه لم يكن لها عصبية محارم، فإنه تسلم له حضانة البننت لثقة أي يجب أن يكون مأموناً عليها.⁶

¹ الزحلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص732.

² قانون رقم 84_11، متضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، المرجع السابق.

³ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 408.

⁴ قانون رقم 84_11، السابق الذكر.

⁵ فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقرب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998، ص231.

⁶ البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع، شرح زاد المستقنع، دار المؤيد، ص629.

2_ يشترط في الرجل أن يكون متحدا مع المحضون في الدين، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على المي إرث فلا توارث في اختلاف الدين، ويفهم من خلال هذا أنه إذا كان الصغير مسلم وكان ذوي

الرحم المحرم له غير مسلم فلا تسند إليه حضانته إلا إذا كان مسلما لأنه لا توارث بينهما.¹

وهناك من يضيف شرطا آخر بالنسبة للرجال وهو أن يكون عنده من يحضن الصغير من النساء كأن يكون له أمه، أخته أو زوجة تتولى أمور الصغير ورعايته، فإذا لم يكن عنده أنثى فلا حضانة له لأن الرجال حسبهم غير قادرين على رعاية الطفل كالنساء.²

المطلب الرابع: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة

الأصل في حضانة الصغار ذكورا و إناثا أنها للنساء، لأنهن أشفق و أرفق و أهدى إلى تربية الصغار و أصبر على القيام بشؤونهم و مصالحهم وكل ما يدخل في مفهوم الحضانة، فإن لم توجد النساء فالحضانة للرجال، و أول من يستحق حضانة الطفل أمه، فهي أحق من غيرها بحضانة طفلها، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء في الجملة، و لكنهم قد اختلفوا فيمن يستحق الحضانة بعد الأم³، و ترتيبهم على النحو الآتي.

الفرع الأول : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه

أولا- ترتيب الحنفية : قدموا النساء على الرجال، فمن ليس له محرم من النساء أو وجدت وليست أهلا لحضانته انتقل الحق في حضانته إلى محارمه من الرجال العصبية، فإن لم يوجد عاصب محرم له أو وجد وليس أهلا له انتقل الحق إلى محارمه من الرجال غير العصبية، فإن لم يوجد فمن يعينه القاضي.

وقد رتب الحنفية الحاضنات من النساء على النحو التالي:

¹ ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 26.

² أبي بكر الحسن بن حسن الكشاوي الكسادي، أحكام العلاقة ال زوجية على مذهب السادة المالكية، ط. 1، مؤسسة الكتب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010، ص 279.

³ صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 246

الأم، أم الأم وإن علت، أم الأب وإن علت، الأخوات، بنات الأخوات الشقيقات، بنات الأخوات لأم، الخالات، بنات الأخوات لأب، بنات الإخوة، العمات، خالة الأم، خالة الأب، عمه الأم، عمه الأب¹ وعندما يجتمع صنف من درجة واحدة تقدم من كانت شقيقة، ثم من كانت لأم، ثم من كانت لأب هكذا بالنسبة للأصناف الأخرى.

فإذا لم توجد من المحارم واحدة أو وجدت وليست أهلاً للحضانة انتقل الحق في حضانة الصغير إلى العصابة المحارم من الرجال على حسب ترتيبهم في الإرث.

الأب ثم أب الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ للأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم، فإن لم يوجد من عصبته المحارم أحد أو وجد وليس أهلاً للحضانة انتقل حق حضانته إلى المحارم غير العصابة²

أما المحارم من ذوي الأرحام فهم:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم الخال الشقيق، فالخال لأب، فالخال للأم، فإن لم يكن للصغير قريب عين له القاضي حاضنة تقوم بتربيته، لأن حضانة الطفل أمر لا بد منه و أولى الناس به ق ا ربه وبعض القرابة أولى من بعض، فيقدم الأولياء فإذا لم يكونوا موجودين أو كانوا ووجد ما يمنعهم من الحضانة انتقلت إلى الأقرب فالأقرب فإذا لم يكن قريب فإن القاضي مسؤول عن تعيين من يصلح للحضانة³

ثانياً - ترتيب المالكية : في ترتيبهم للمستحقين للحضانة قدموا الأم على غيرها في الحضانة وهذا في حق الأم المطلقة. إن لم توجد أم المحضون فالحضانة لأم الأم، ثم جدة الأم، ثم خالة الأم، ثم عمه الأم، ثم أبي المحضون ، ثم أخت المحضون ، ثم عمه أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت أخت المحضون، ثم عمته ثم عمه أبيه، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب.

¹ التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص267.

² خلاف عبد الوهاب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990 ، ص.195

³ خلاف عبد الوهاب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 195.

فإن لم يوجد أحد ممن ذكر فتثبت الحضانة للوصي الشامل للذكور و الأنثى، ثم لأخ المحضون ثم للجد من جهة الأب الاقرب فالأقرب، ثم ابن أخي المحضون، ثم العم ثم ابنه.

فإن ام يوجد أحد ممن ذكر فالحضانة للمعتق لعصبته.

يلاحظ أنه إن كان الحاضن ذكرا فيشترط أن يكون فيه أن يكون محرما للمحضون.¹

ثالثا - ترتيب الشافعية: أن ترتيب الحق في الحضانة إنما يكون على حسب الحال ، و الحال لا يخلو من ثلاث: فإما أن ينفرد النساء، أو ينفرد الرجال، أو يجتمع الرجال و النساء .

• إذا إجتمعت النساء وحدهن فأولاهن أم المحضون، ثم أمهات لها يدلن بإناث وارثة من المحضون، فيقدم الأقرب منهن فالأقرب، ثم أبي المحضون، ثم أمهاتها المدليات بإناث وارثات الأقرب فالأقرب.

ثم الأخت الشقيقة، ثم لأب، ثم لأم على وجه هو الأصح عندهم، و الوجه الآخر تقديم الاخت لأم على الاخت لأب، ثم الخالة، ثم بنت الاخت، ثم بنت الأخ، ثم العمه.

• و إذا إجتمع الرجال وحدهم دون النساء فتثبت الحضانة لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث.

فإن كان ذكرا وارثا غير محرم له الحضانة أيضا و ذلك بتعين امرأة ثقة تكون الصغيرة عندها.

• و إذا إجتمع الرجال و النساء فالأحق بالحضانة الام كما ذكر الإجماع، و بعدها أمهاتها المدليات بإناث و إن علون، ثم الأب، و قيل : تقدم الخالة و الاخت لأم على الأب.

ثم يقدم الأقرب فالأقرب، فإن إستوى في القرابة ذكر و أنثى قدمت الأنثى.²

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في القانون الجزائري

المشرع الجزائري في معالجته لموضوع ترتيب أصحاب الحق في الحضانة ظهر من خلال نص المادة

¹ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسعة الفقهية، الجزء السابع، ص 232.

² أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة،

2010، ص 306.

64 من (ق.أ.ج).

أولاً : موقف المشرع الجزائري قبل التعديل لسنة 2005

موقف المشرع الجزائري قبل التعديل المادة 64 نص على أن "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك،"¹ نستخلص من هذه المادة أن الحضانة تثبت للنساء أصلاً لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به، كما يتضح لنا بأن القانون الجزائري بعد أن أعطى حق الحضانة للأم رتب المستحقين لها مبتدئاً بجهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم على رحم الأب، و يكون الترتيب حسب نص المادة السابقة الذكر كمايلي:

الأم، أم الأم، الخالة، الأب، أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون.

يتضح لنا من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد رتب مستحقي الحضانة بتغليب النساء من جهة الأم و بهذا كان يتوافق مع فقهاء الفقه الإسلامي،² لكن هذا الترتيب الذي وضعه القانون ليس إلزامياً للمحكمة وليس من النظام العام العام، بل يجوز للقاضي أن يعتمد في حكمه بإسناد حق حضانة الطفل إلى من طالبه ليس إلى الترتيب المذكور في القانون ، لكن أيضاً وقبل ذلك ينظر إلى مصلحة المحضون حيث للقاضي أن يقوم بتحقيق حول مصلحة الطفل، حتى ولو أدى إلى القفز فوق درجة أو درجتين، فإذا تنازع حول حضانة الطفل أمه وخالته وأبوه وأم أبيه مثلاً يمكن أن يحكم لأم أبيه إذا كانت الرعاية الصحية. وهذا على عكس اجتهادات المسلمين الذين يغلبون في ترتيب حق الحضانة جانب النساء على جانب الرجال اعتماداً على أن النساء أكثر شفقة.³

ثانياً: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل لسنة 2005

التعديل الذي أدخله المشرع على هذه المادة مراعيًا في ذلك التطور الاجتماعي الجزائري وأصبح الترتيب

¹ قانون رقم 80_11، متضمن قانون الأسرة، المرجع السابق

³ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر، والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 249..

على النحو التالي: "الأم، الأب، الجدة لأم، الجدة لأب، الخالة، العمّة والأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك".¹

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبقى حق الحضانة للأم و قدم الأب على الجدة لأم و الخالة في إستحقاق لحضانة ابنه،² كما جاء المشرع الجزائري بفتة ثالثة من مستحقي الحضانة وهي فتة " الأقربون درجة " دون ذكرهم أو تحديدهم ومن ثم نلجأ إلى نص المادة 222 من (ق.أ.ج) التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة الإسلامية وذلك في حالة غموض أو غياب نص في أمر محدد وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد الآراء تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم متفقون على التصنيف التالي:

القريبات من المحارم، العصابات من المحارم، المحارم من الرجال غير العصابة، من سراه القاضي أصلح للمحضون، و لقد سبق لنا دراسة مستحقي الحضانة بالتفصل في الفقه الإسلامي.

في الحقيقة القاضي الجزائري يمكنه العودة إلى جميع المدارس الفقهية المختلفة، و تختار منها الرأي الذي تلائم القضية المطروحة بين يديه و يحقق به مصلحة المحضون.³

المطلب الخامس : إنقضاء الحضانة

إختلف الفقهاء حول إنقضاء مدة الحضانة، فبعض المذاهب يرى بأن تنتهي الحضانة عند بلوغ الطفل سن التمييز، و البعض الآخر يمتد بها لأكثر من ذلك، و نجد أيضا القانون قد تدخل في تحديد نهاية الحضانة، و الأصل أن تنتهي الحضانة بإستغناء المحضون عن الرعاية و قدرته على الإستقلال.⁴

الفرع الأول: إنقضاء الحضانة عند الفقهاء

لقد اختلف الفقهاء في المدة الدة تنتهي عندها حضانة النساء، لينتقل الطفل بعدها إلى حضانة الرجال، ويرأي الحنفية أن الحضانة على الذكر تستمر إلى أن يستغني عن خدمة النساء، فيأكل وحده ، و يشرب وحده و يلبس وحده.

¹ قانون رقم 11_80، متضمن قانون الأسرة، معدل و متمم، المرجع السابق

² أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص 308.

³ سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 294.

⁴ محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، ص 184.

وقد قدر الإمام الخفاف ذلك بسبع سنين أو ثمان سنين، و هو المفتي عليه في المذهب الحنفي، و بعد ذلك يسلم الغلام إلى أبيه أو عصبته.¹

إذا كانت المحضونة أنثى، فيرى أصحاب هذا المذهب أن تبقى الجارية عند الأم و الجدة حتى تحيض أي تبلغ، أما إذا كانت عند غير الأم و الجدة فحتى تشتهي، و قدر ذلك بتسع سنوات، و بعدها تسلم إلى أبيها أو عصبتها من المحارم.

وجه الاختلاف بين الولد و البنت في مدة الحضانة أن الولد إذا استغنى يحتاج إلى التأدب و التخلق بأداب الرجال و أخلاقهم، و الأب أقدر على ذلك، بخلاف البنت فتترك في يد الأم لحاجتها إلى تعلم آداب النساء و التخلق بأخلاقهن، و لا يحصل ذلك إلا بوجودها عند أمها، و بعدها تنتقل إلى الأب لحاجتها لحمايته، ولا يخير الولد أو البنت بعد بلوغه حد انتهاء الحضانة، بل يتم تسليم من بلغ منهما إلى عصبته، لأن الطفل لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه و بين اللعب ، فلا تتحقق مصلحة الصبي في الاختيار.²

يرأى المالكية حد الحضانة للذكر البلوغ وهو المشهور في هذا المذهب، و هناك رواية أخرى عن الإمام مالك أنه حتى يثغر، أي تنبت أسنانه بعد سقوطها، و لا تخيير عندهم للذكر المحضون بعد البلوغ، فيسلم إلى عصبته.

أما حد الحضانة للأنثى حتى تتزوج و يدخل بها زوجها، و لكن بشرط أن يتوافر لها الحرز و التحصين فلو كانت الأم في مكان غير آمن أو لا حرز للبنت و لا تحصين، فأولياؤها أحق بها.

أما الشافعية فلم تفرق بين الذكر و الأنثى، حيث يرى أن مدة الحضانة لكلاهما إلى سن التمييز، و هي سبع سنين، و بعدها يخير الولد بين أبويه، فيسلم إلى ما يختار.³

¹ بن عصمان نسرین ایناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009، ص 134.

² بن عصمان نسرین ایناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 134.

³ إبراهيم الشيخ احمد، حضانة الطفل الصغير في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير الآداب في الدراسات الإسلامية، السودان، 2009، ص 139.

لكن يشترط أن لا يكون الصبي معتوها أو مجنوناً أو معاقاً، و لا يشترط أن يكون التخيير بين الأب و الأم، بل يخير بين أم و إن علت، و جد و إن علا عند فقد من هو أقرب منه، و كذا يكون التخيير بينها وبين الحواشي.

ذهب الحنابلة إلى أن الأم أحق بالطفل إلى أن يبلغ سبع سنين، ثم بعد ذلك يخير بين أبويه، وهذه أصح الروايات و المشهورة عن الإمام، و لكن بشرط أن لا يكون الغلام معتوها أو مجنوناً.

أما إذا كان المحضون أنثى فالمشهور من مذهب الإمام أحمد أن الأم أحق بها إلى سبع سنوات، ثم تنتقل إلى الأب من غير تخيير، لأنه الأصلح لها، لأنها تحتاج إلى التأديب و الصون و الحفظ، و لأنها بعد ذلك قد تتزوج ، و إنما تخطب البنت من أبيها، لذا فهي لا تخير.

الفرع الثاني: إنقضاء الحضانة في التشريع الوضعي

نلاحظ أن موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة يشبه رأي المالكية، حيث تنص المادة 65 (ق.أ.ج) : "تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية"،¹ و أثبتت ذلك المحكمة العليا في ملف 347914، قرار بتاريخ 2006/01/04 أنه تتقضي حانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها،² إلا أن المشرع الجزائري أورد استثناء لهذا المبدأ و هو تمديد الحضانة حسب مقتضيات مصلحة المحضون.³

المبحث الثالث: الحق في الكفالة

إن مصطلح الكفالة له عدة معاني فمنها ما يعني ضمان الدين ومنها ما يعني الولاية على المال ومنها ما يعني الولاية على النفس القاصر، لكن ما يهمنا في هذا المبحث هو كفالة القاصر من ناحية النفس.

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

² المجلة القضائية، سنة 2006، العدد 1، ص 449.

³ بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2008/2009، ص 126.

المطلب الأول: مفهوم الكفالة

سنعرف في هذا المطلب الكفالة أولاً في اللغة، ثانياً في الإصطلاح و نقصد بذلك تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي للوصول في الأخير إلى التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للكفالة

الكفالة مصطلح مشتق من الفعل الثلاثي المفتوح الحروف من كفل، يكفل، كفلا و كفالة الرجل، فهو كافل رياه وأنفق عليه و قام بأمره.¹

و في ذلك قوله تعالى: " أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ " .²

و كذلك قوله تعالى: " إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ " .³

فالكفالة إذا لها معنى الضم،⁴ ومنه قوله جلى علاه: " وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا "،⁵ فكما جاء في القرآن الكريم كان معناها أن الله ضمن زكريا أمر مريم حتى تكفل بحضانتها، وإذا قرئت بالتخفيف كما جاء في بعض القراءات فالمعنى ضمها إلى نفسه ليربيها، أو ضم القيام بأمرها.

الفرع الثاني : التعريف الفقهي للكفالة

لا تختلف الكفالة في الاصطلاح عن معناها في اللغة، وقد اختلف الفقهاء في إعطاء معنى واحد للكفالة فمنهم من أطلق عليها لفظ الضمان، ومنهم من فرق بين الضمان والكفالة.

اختلف فقهاء المذهب الحنفي في تعريف الكفالة، فمن هم من عرفها بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة، و من هم من عرف الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين التعريف الأول هو الراجح.⁶

¹ علي بن هادية و بلحسن بليش و الجيلاني بن الحاج بحثي، القاموس الجديد للطالب، ط 7، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 910.

² سورة آل عمران، الآية 44.

³ سورة طه، الآية 40.

⁴ أحمد العبد و آخرون، المعجم الأساسي، المنظمة العربية للثقافة و العلوم، ص. 1181

⁵ سورة آل عمران، الآية 37.

⁶ علي أحمد، الكفالة في ضوء الكتاب و السنة و التطبيق المعاصر، ص589.

أما فقهاء المذهب المالكي عرفوا الكفالة بتعريفات عديدة لا تختلف من معناها منها ما يلي:

الكفالة و الصمان و الحاملة بمعنى واحد و هو أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون سواء كان شغل الذمة متوقفا على شيء أو لم يكن متوقفا.¹ وقد عبروا عن الكفالة بالضمان فعرّفها بأنها شغل ذمة أخرى بالحق،² و أنها أيضا شغل ذمة أخرى بالحق مع بقاءه شاغلا للذمة الأولى.

الشافعية يعرفون الكفالة عقد يقتضي إلتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره.³

الكفالة عند الحنابلة هي إلتزام من يصح تبرعه، و هو الحر غير المحجور عليه، و هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في إلتزام الحق فيثبت في ذمتها جميعا و لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما أي الكفيل و المكفول.⁴

الفرع الثالث: التعريف القانوني للكفالة

إن مصطلح الكفالة كعقد له معنيان مختلفان، و يكون هذا الاختلاف حسب المجال الذي أستعمل فيه و القانون المطبق عليه، معنى الكفالة في القانون المدني تختلف عن معنى الكفالة في قانون الأسرة، فهما مختلفان تماما في الموضوع رغم تشابههما في التسمية، لذلك ظهرت ضرورة التطرق إلى تعريف كلاهما.

أولاً- الكفالة في القانون المدني: فالكفالة في القانون المدني هو ذلك العقد الذي ينشأ نتيجة وجود علاقة مديونية أو التزام بين الدائن و المدين، و الكفيل فلا يأتي إلا للوفاء بذلك الدين في حالة عدم وفاء المدين به،⁵ أي أن الكفيل ضامن للمدين.

¹ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة و الجماعة دار الكتب العلمية، لبنان، ص 197.

² سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص 10.

³ و داد باقي، الكفالة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة (رسالة ماجستير)، كلية الحقوق ببودواو، جامعة بومرداس، 2009، ص 13.

⁴ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، المرجع سبق ذكره، ص 09.

⁵ نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى للنشر و الطباعة والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 61.

عرف المشرع الجزائري الكفالة تحت إسم الصمان في نص المادة 644 (ق.م.ج) التي تنص على مايلي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه.¹

بالتالي نستنتج أن عقد الكفالة في القانون المدني يكون بين الكفيل و الدائن،و يشترط عقد لإنعقاده، لضمان دين الشخص المدين في حالة إمتناع هذا الأخير أو عدم قدرته على الوفاء بما عليه من إلتزام تجاه الشخص الدائن عند موعد إستحقاق الدين.²

ثانيا - الكفالة في قانون الأسرة: تنص المادة 114 قانون الأسرة الجزائري على أن: "الكفالة التزم على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه و تتم بعقد شرعي"³

و من خلال إستقراء هذه لمادة يتضح لنا الكفالة في قانون الأسرة عبارة عن عقد مبرم في شكل رسمي أمام الموثق، أو قضائي أمام المحكمة يصرح فيه طالب الكفالة الرغبته في التكفل بولد قاصر و العمل على رعايته و حمايته و تربيته تربية سليمة مبنية على أخلاق سامية.

بالتالي فعلى الشخص الكافل أن يضمن لمن كفله كل ما يحفظ له حياته، و يصلح أمره جسما، عقلا و خلقا.⁴

ما يلاحظ أن المشرع قد قصر الكفالة على الطفل القاصر، دون أن يشمل المجنون و المعتوه و المسن و العاجز بدنيا.⁵

¹ أمر رقم 75_85 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، متضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

² زهية سي يوسف، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو، ص 18.

³ القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و التتم، لسابق الذكر.

⁴ صقر عطية، موسوعة الأسرة تحت رعاية الاسلام، الجزء الرابع، تربية الأولاد في الاسلام ، مكتبة وهبة، مصر،

2007، ص 66.

⁵ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 168.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الكفالة

الكفالة جائزة، و هي من التعاون على البر و التقوى و حفظ الحقوق و إستحصلها، فهي من الكفيل مستحبة، لأنها إحسان إلى المكفول.¹

الفرع الأول: أدلة مشروعية الكفالة من الكتاب

قوله تعالى: " وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَفَلَا مَهْمُ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ " .²

و أيضا قوله تعالى: " هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ أَهْلِ بَيْتٍ يَكْفُلُونَهُ لَكُمْ " ،³ فورد الفعل "يكفل" في الآيات السالفة الذكر بمعنى يتعهد الصغير و يرضى شؤونه.

و قوله تعالى: " تَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا " ،⁴ ورد الفعل "كفل" بالتشديد بمعنى جعله كافلا له راعيا.

جاء مرة واحدة بصيغة " أكفل" و هو في قوله تعالى: " إن هذا أخي اه تسع و تسعون و لي نعمة واحدة فقال أكفلينها و عزي في الخطاب"، الآية 23 من سورة ص، و المعنى اجعلني كافلا اها، راعيا لشؤونها .⁵

الفرع الثاني: مشروعية الكفالة من السنة الشريفة

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ " أنا وكافل اليتيم له أو لغيره في الجنة، والساعي على الأرملة والمسكين كالمجاهد في سبيل الله " .⁶
في رواية " كافل اليتيم له أو لغيره أنا وهو كهاتين في الجنة " .⁷

¹ محمد بن إبراهيم بن عيد الله التويري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن و السنة، المرجع السابق، ص 711.

² سورة آل عمران، الآية 44.

³ سورة القصص، الآية 12.

⁴ سورة آل عمران، الآية 37.

⁵ علي أحمد، الكفالة في ضوء الكتاب و السنة و التطبيق المعاصر، المرجع السابق، ص 582_583.

⁶ صحيح مسلم، ج 4، ص 2287.

⁷ صحيح البخاري، ج 5، ص 2237.

لقد اهتم الإسلام بشأن اليتيم اهتمامًا بالغًا من حيث تربيته ورعايته ومعاملته وضمان سبل العيش الكريمة له و ذلك بإجازة الكفالة.

و في رواية أخرى " الزعيم غارم"، و جاء قول الخطابي في معالم السنن (3/177): الزعيم الكفيل و الزعامة الكفالة، و منه قيل لرئيس القوم الزعيم لأنه هو المتكفل بأمورهم". و يستفاد من هذا الحديث الشريف حسب الفقهاء أن الكفالة من عقود التبرع، فالأصل فيها الغرم لا الغنم.¹

الفرع الثالث: مشروعية الكفالة في قانون الأسرة

لقد أقر المشرع الجزائري نظام الكفالة في القانون الجزائري في سنة 1984 في قانون الأسرة من المواد 116 إلى المادة 125.

و الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بإبنه كما هو الحال في الفقه الإسلامي، و تتم بعقد شرعي.

المطلب الثالث: خصائص الكفالة

الكفالة تتميز بخصائص تميزها عن الأنظمة المشابهة لها مثل الحضانة و التبني، فلكفالة خصائص

تتصف بها دون غيرها و تجعلها مختلفة عن غيرها و يمكن إجماعها كما يلي:

أولاً- الكفالة عبارة عن عقد: الكفالة عقد فية 03 أطراف و هم الكفيل و المكفول و الهيئة التي تبرم العقد مع الكفيل، و لا يدخل حيز التنفيذ إلا إذا أبرمت أمام الجهات القضائية أو أمام الموثق² وفقا لنص المادة 117 (ق.أ.ج). و يشترط فيه مجموعة من الشروط حتى ينعقد صحيحا مثل باقي العقود، من تراضٍ و هو تطابق الإيجاب مع القبول كتعبيرين صادرين عن طرفي العقد.و يجب أن يصدر عن ذوي أهلية خالية من العيوب التي قد تشوب الإرادة و التي تختلف من طرف لأخر، و أن يتمتع الكافل بالأهلية

¹ علي أحمد، الكفالة في ضوء الكتاب و السنة و التطبيق المعاصر، المرجع السابق، ص 585.

² عنتر نور الهدى، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري (مذكرة لنيل شهادة الليسانس)، كلية الحقوق و العلوم السياسية لجامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013_2014. ص 09.

المقدرة ببلوغه سن الرشد.¹ فلا تجوز كفالة المكره والمجنون والصبي ولو كان مميزاً ل نقص أهليتهم ولعدم رشدهم.²

إضافة إلى المحل الذي يجب أن يكون موجود أو ممكن الوجود في المستقبل، أن يكون معين أو قابل للتعيين و أن يكون مشروعاً، حسب القواعد العامة المحددة في القانون المدني في المواد 92_95، فمحل الكفالة هو العناية بالطفل و القيام بشؤونه.

فيما يخص السبب، فهو الغرض من إنشاء العقد،³ و أخيراً يشترط الشكلية حسب المادة 117(ق.أ.ج) يجب أن تبرم الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق.⁴

ثانياً - الكفالة عقد تبرعي: يعتبر عقد الكفالة من عقود التبرع، بمعنى أن الكافل لا ينتظر مقابلًا لما قام بكفالة القاصر المكفول، نصت المادة 116(ق.أ.ج): "لكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية و رعاية..."⁵ و هذا ما إتفق فقهاء المسلمون على اعتبار عقد الكفالة عقد تبرع لأن الكفيل بعمله هذا لم يأخذ شيئاً معوضة، وإنما بطل إلتزامه رفعا للصيق و المشقة عن المكفول، و جاء في البدائع: "لأنها عقد تبرع فلا تتعقد ممن ليس من أهل التبرع".⁶ و هناك رأي اللسنهوري يعتبر فيه أن الكفالة تبرع بالنسبة للكفيل، أما بالنسبة للدائن فهي عقد معاوضة.⁷

ثالثاً - الكفالة عقد مؤقت: فهو ليس بعقد مؤبد، فينتهي بعدة آيباب و منها: وفاة الكافل أو فقدانه للأهلية سواء قانونية كإدانته بعقوبة الحبس أو السجن أو بحجره بعد جنونه أو إصابته بإحدى المعوقات فتجعله غير قادر بدنيا على رعاية القاصر و متابعة شؤونه، أو حتى بإسقاط الكفالة عنه لعدم التزامه بمضمون

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 54.

² سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، المرجع السابق، ص 19.

³ أحمد لعورو نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 119.

⁴ القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

⁵ القانون رقم 84_11، نفس المرجع.

⁶ محمد بن إبراهيم الموسي، نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)، ج2، السعودية، 1411هـ_1991م، ص 130_131.

⁷ سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، سبق ذكر المرجع، ص 19.

الكفالة و العناصر المكونة لها، بالتخلي عنها، أو مطالبة الوالدين الأصليين أو أحدهما عودة المكفول إلى ولايتهما.¹

رابعا - الكفالة عقد ملزم لطرف واحد: تنص المادة 56 (ق.م.ج): " يكون العقد ملزما لشخص واحد أو عدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحوى شخص أو عدة أشخاص آخرين، دون إلتزام من هؤلاء الآخرين"²، نستقرء من هذه المادة أن الكفالة عقد لازم من جهة الكفيل، وهو ملتزم بوفاء الدين للدائن، و لا يمكن للكفيل أن يفسخ العقد بدون رضا المكفول، أما المكفول فلا يلتزم بشيء نحو الكفيل، ويجوز له فسخه و لو لم يرضى الكفيل لأن الكفالة تخدم مصلحة المكفول و ليس مصلحة الكفيل، و أن تنازله عنها لا يترتب أي ضرر على الكفيل أو على الغير.³

خامسا - الكفالة عقد شرعي: إتفق فقهاء المسلمون على اعتبار الكفالة عقد مشروعة مستندين للآيات القرآنية و الأحاديث النبوية الشريفة السابقة الذكر، و لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أيد الشريعة الإسلامية ونظم أحكام الكفالة في قانون الأسرة من المادة 116 إلى المادة 125، فالكفالة محددة بموجب نصوص قانونية صريحة فهي تجد مصدرها في قانون الأسرة، إذن فكل ا رغبٍ بالكفالة يجد نفسه ملزما بالإمتثال لهذه الأحكام.⁴

سادسا - الكفالة ترد على القاصر دون غيره: تنص المادة 117(ق.أ.ج) " الكفالة التزم على وجه التبرع بالعاية بولد قاصر ..."،⁵ من خلال المادة نجد ان الكفالة ترد على الأطفال دون الكبار.

¹ إبراهيم لعرج و آخرون، أحكام كفالة القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة اللسانس في العلوم القانونية و الإدارية، جامعة جيجل، كلية الحقوق، ص 13.

² أمر رقم 85_75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

³ محمد بن إبراهيم الموسي، نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)، المرجع السابق، ص 129.

⁴ مالك طلبة، التبرع و الكفالة، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشرة، 2003_2006. ص 18.

⁵ القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

سابعاً - الكفالة تحافظ على الأنساب: الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب، إذ المكفول يبقى أجنبي عن الأسرة المكفولة، و يترتب عن ذلك حمايتها للحقوق المراثية، فلا يحق للمكفول أن يرث من تركة الكافل بل يمكن الحصول على الهبة أو الوصية فقط.¹

المطلب الرابع: شروط عقد الكفالة

إن الكفالة لا تؤول بمجرد طلبها إلى الراغب بها، إنما قبل انتقال الطفل محل الكفالة إلى الشخص الكافل لأبداً من توافر مجموعة من الشروط، فعقد الكفالة كباقي العقود الأخرى التي يجب عند إنعقادها توفر شروط فيها ما تتعلق بالكافل ومنها ما يتعلق بالمكفول ومنها ما يتعلق بعقد الكفالة.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل

تنص المادة 118 (ق.أ.ج) على أنه: "يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً، أهلاً للقيام بشؤون المكفول و قادراً على رعايته"²

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد حدد الشروط الواجب توفرها في الكافل صراحة و بصفة دقيقة و التي يمكن تعدادها كما يلي:

أولاً - الإسلام: لقد أعتبر الإسلام في الكافل شرطاً ضرورياً يجب توفره فيه حتى يحظى بكفالة الطفل القاصر، فغير الإسلام يرفض طلبه في منحه الكفالة،³ لا ولاية للكافر على مسلم و في ذلك أدلة كثيرة نذكر منها قوله جلي و علا: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ۗ أَتُرِيدُونَ أَنْ تَجْعَلُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ سُلْطَانًا مُبِينًا " .⁴

¹ علال أمال، التبني و الكفالة، دراية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق لجامعة أبو بكر بلقايد_تلمسان، 2008_2009، ص 33.

² القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

³ زهرة بلقرقيد، الحماية القانونية للأطفال غير الشرعيين، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007_2010، ص 32.

⁴ سورة النساء، الآية 144.

و كذلك جلى شأنه : " وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا " ¹.

فالهدف من إشتراط الإسلام هو أن الكفالة تسعى إلى رعاية و تربية الطفل المكفول تربية صحيحة و سليمة، و أن يتربى الطفل على أساس تعاليم الديانة الإسلامية و مبادئها الحنيفة و لكي يكبر الطفل المكفول مسلما في مجتمع مسلم. ²

ثانيا- العقل: هو الشرط الثاني الذي اشترطه المشرع في المادة 118(ق.أ.ج) لابد أن يكون الكافل عاقلا بحيث لا يمكن تصور إمكانية إسناد أمر الولد المكفول إلى شخص مجنون أو معتوه لأن المعدوم عقله لا يمكنه التكفل بشخص، لأنه في الأصل من لا يملك الولاية على نفسه لا يملكها على غيره. ³ فالمشرع الجزائري لم يخالف فقهاء الفقه الإسلامي فنجد المالكية تشترط في الكفيل أن يكون بالغا فلا يصح للصبي أن يكفل غيره، و أن يكون الكافل عاقلا فلا تصح كفالة المجنون.

و أن لا يكون المكفول محجورا عليه لسفه فلا يصح للسفيه أن يكفل غيره. ⁴

ثالثا- الأهلية: إضافة إلى العقل يشترط في طالب الكفالة الأهلية، و التي نعني بها صلاحية الشخص لكسب الحقوق و تحمل الإلتزامات و مباشرة التصرفات القانونية⁵، و هذه الأهلية تكون على نوعين:

أهلية الوجوب والتي يقصد بها صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات و التي تثبت بالولادة لكل شخص،⁶ و أهلية الداء و التي نعني بها قدرة الشخص على ممارسة التصرفات القانونية و ذلك عن طريق استعمال حقه لصالحه أو لصالح غيره. ⁷

فبما أن عقد الكفالة يعد تصرف قانوني فإنه يستوجب أن يتوفر الكافل المبرم على أهلية إداء و التي تعرف بأنها أهلية إبرام التصرفات القانونية أو صلاحية الشخص لممارسة حقوقه و إلزام نفسه بنتائج

¹ سورة النساء، الآية 141.

² دليلة سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 69.

³ علال أمال، التبني و الكفالة، دراية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 74.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 200_201.

⁵ الغوتي بن ملح، قانون الأسرة علي ضوء الفقه و القضاء، المرجع السابق، ص 169.

⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء الأول (النظرية العامة للإلتزام، مصادر للإلتزام، العقد و

الإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 152.

⁷ علي علي الفيلاي، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون، الجزائر، 2011، ص 206.

أفعاله،¹ و التي تستوجب في الكافل بلوغه السن القانونية و المحددة ب 19 سنة تامة و متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، ذلك وفقا للأحكام العامة في القانون المدني،² و بالتحديد في نص المادة 64 من هذا الأخير.

ربعا - القدرة على رعاية الولد المكفول: الشرط الرابع الذي يجب على الكافل أن يتمتع به حتى يقبل طلبه بالكفالة هي القدرة و التي نعني بها استطاعة الكافل على توفير كل ما يمكن أن يحتاج إليه الطفل المكفول، أي أن يكون الكافل قادرا ماديا و جسديا على التكفل بالقاصر و المراد بالقدرة المادية قدرة الكافل على تحمل مصاريف و إحتياجات الولد المكفول من ملابس، مأكّل، مسكن... و غيرها من الأشياء التي يحتاج إليها الولد، لهذا السبب نجد أن المشرع الجزائري اشترط من بين وثائق الملف المقدم لطلب الكفالة، كشف الراتب الشهري لتحقق من الوضعية المالية و القدرة على تغطية نفقات المكفول إضافة إلى القدرة المادية نجد إلى جانبها القدرة الجسدية التي من دونها لا معنى للأولى، و ذلك بأن يتمتع الكافل.

بكل قواه البدنية و معافى من أي أفةٍ أو مرض من شأنه التقليل من هذه المقدرة، فلو كان الكافل عاجزا عن القيام بشؤون الصغير لكبر في السن أو لمرض أو لعاهة تحول بينها و بين أداء المهمة النبيلة بشكل سليم.³ يمكن إجمال شرط القدرة في كونها المقدرة على رعاية الطفل القاصر و صيانتها في خلقه و صحته.⁴

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول

بالرجوع إلى الأحكام التي نضمت عقد الكفالة نجدها قد خلت من نصوص صريحة تشير إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في المكفول حتى يصلح لأن يكون موضوع الكفالة، و لكن هذا لا يعني الخلو التام لقانون الأسرة منها، بل يمكن أن نستشفها و نستخلصها من خلال المادتين 116 و 119(ق.أ.ج) نستنتج أن المشرع إشتراط في المكفول أن يكون قاصرا وأن يكون أيضا مجهول النسب أو معلوم النسب.

¹ عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ط4، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012، ص 56.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 221.

³ مصطفى محمد شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان، ص 763.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 383.

أولاً- أن يكون المكفول قاصراً: المشرع لم ينص على السن التي تشترط في المكفول صراحة في أحكام الكفالة الموجودة في قانون الأسرة، لكنه قد لمح في المادة 116 إلى أن الولد القاصر محل الكفالة لا بد أن يكون قاصراً لحضة إبرام العقد دون أن يحدد أدنى هذا السن أو أقصاه،¹ هذا ما يعني أن هذه المرحلة تبدأ بالميلاد و تنتهي بالبلوغ.² لكن أحالنا إلى القانون المدني باعتباره يحتوي على المبادئ العامة للقانون فالمشرع الجزائري حدد سن البلوغ ب 19 سنة كاملة سليماً من كل أفة أو عارض الذي من شأنه أن يمس بسلامة العقل،³ فبمفهوم المخالفة نصل إلى أن القاصر هو من لم يبلغ 19 سنة، فكل شخص لم يبلغ هذا العمر يعد مصنفاً ضمن فئة القصر.

فالطفل في هذه المرحلة من عمره يكون غير قادر على رعاية نفسه و القيام بأموره لا الشخصية و لا المالية، مما يستوجب منطقياً شخص آخر أكبر منه سناً إلى جانبه حتى يقوم بشؤونه و يتكفل به، يوجهه، يصونه و يحميه مما يمكن أن يضر به و يفسده.⁴

ثانياً- أن يكون مجهول أو معلوم النسب: ورد هذا الشرط في المادة 119 (ق.أ.ج) "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".⁵

1_القاصر المجهول النسب: هو الولد غير معروف الأبوين و الذي تم العثور عليه في الطريق أو في مكان عمومي آخر دون معرفة اسمه، نسبه أو أي معلومة أخرى من شأنها أن تعرف به.

فلضعف مركز هذا الطفل نجد أن المشرع الجزائري قد أولى اهتماماً بالغاً و جعلت منه ربيب الدولة بحيث أخذت هذه الأخيرة مهمة الاهتمام برعايتهم و التكفل بهم داخل مراكز خاصة و مؤسسات تتولى مهام

¹ دليلاً سلامي، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 70.

² سعيد سالم جويلي، مفهوم حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 4.

³ الغوتي بن ملح، قانون الأسرة علي ضوء الفقه و القضاء، المرجع السابق، ص 169.

⁴ عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001_2004، ص 23.

⁵ القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

الإيواء إلى غاية البلوغ لسنٍ يسمح له فيها الاعتماد على نفسه أو ضمان أسرة تكفله.¹ تظهر الحماية التي تخصصها الدولة للولد مجهول النسب بمعاقبة كل من ترك طفل في مكان ما و تعريضه للخطر.²

2_ القاصر المعلوم النسب: أي أنه يوجد والديه ورغم ذلك يضعه في كفالة شخص آخر ويتنازل عليه للكافل، و على القاضي ترجيح القدرة على رعاية المكفول بين والديه و الشخص الكافل و ذلك مع مراعاة مصلحة القاصر.³

أما في حالة وفاة الأبوين أو كانا فاقد الأهلية لأي سبب من الأسباب، فإن الرضا يكون للمجلس العائلي، بعد موافقة من كان في حضنه الولد.⁴

وفي كل هذه الحالات يحتفظ القاصر المكفول هويته الأصلية وهذا ما نصت عليه المادة 120 من قانون الأسرة.⁵

المطلب الخامس: إجراءات انعقاد الكفالة

إن توفر الشروط المطلوبة في كل من الكافل و المكفول و المحددة في القانون الذي ينظم عقد الكفالة ليست كافية وحدها لانعقاد هذا العقد وقيامه صحيحا، وإنما يجب إلى جانب ذلك الإمتثال أمام الجهات المكلفة بتحرير هذا العقد سواء كانت هذه الجهات قضائية أو غير قضائية، فهذه الجهات هي الكفيلة و القادرة على إنشاء هذا العقد وسريانه صحيحا و منحه الصبغة القانونية.

الفرع الأول: إجراءات انعقاد الكفالة أمام الجهات القضائية

المحاكم هي الجهات القضائية المكلفة و المختصة بإبرام عقد الكفالة لكونها صاحبة الولاية العامة للنظر في القضايا المدنية... و قضايا شؤون الأسرة حسب نص المادة 52 (ق.إ.م.إ.)،⁶ بالتالي فعلى طالب

¹ علال أمال، التبني و الكفالة، دراية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 80.
² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 1، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص 179.

³ عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 23_24.

⁴ الغوتي بن ملح، قانون الأسرة علي ضوء الفقه و القضاء، المرجع السابق، ص 170.

⁵ تنص المادة 120 ق.أ.ج: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية"

⁶ قانون رقم 09_08، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 8008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.د.ش، ع 21، المؤرخة في 17 ربيع الاول عام 1429، الموافق ل 23 أفريل 2008.

الكفالة أن يقدم طلبه بواسطة عريضة أمام رئيس المحكمة أو قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن الطالب بها.¹ و ذلك بعد تطابق إرادة الكافل و ولي المكفول سواء كان أبوه أو بموافقة مؤسسة حماية الطفولة التي يتواجد فيها.²

فبعد الحصول على التصريح بالموافقة، يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، كما يمكن له أن يأمر بإجراء أي تدبير يراه مفيد للتأكد من سيرة الكافل و من مدى استعداداه على تحمل المسؤولية من الناحية المادية أو الصحية مع إرفاقه بكل الوثائق التي تثبت صحة ذلك، وهذا من أجل تحقيق مصلحة المكفول و لضمانه ظروف معيشة ملائمة.³

يقع على ملتمس الكفالة تشكيل ملف من الوثائق التي تختلف بحسب ما اذا كان الولد معلوم أو مجهول الهوية :

أولاً: بالنسبة لملف معلوم النسب

- طلب خطي
- تصريح شرفي لأبوي المكفول بنتنازلهما عن كفالة ابنهما إلى شخص ما
- شهادة ميلاد القاصر المكفول و شهادة ميلاد الكافل
- عقد زواج الكافل
- شهادة العمل و كشف الراتب
- شهادة عائلية للأبوين
- صور لبطاقة تعريف الكافل و أبوي الطفل و كذا الشاهدين
- طابع جبائي

¹ المادة 492 من القانون نفسه.

² علال أمال، التبني و الكفالة، دراية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 83.

³ المادة 495 من قانون رقم 09_08، سبق ذكر المرجع.

ثانياً: بالنسبة لملف مجهول النسب

- طلب خطي
- شهادة ميلاد الكافل و الولد المكفول
- عقد زواج الكافل و كشف الراوتب
- صور لبطاقة التعريف الوطنية للكافل و الشاهدين
- تصريح شرفي بعدم معرفته الأم الطبيعية للولد القاصر
- شهادة الوضعية العائلية يتم تسليمها من طرف مصالح مديرية النشاط الاجتماعي
- طابع جبائي¹

بعد تحقيق القاضي من إستكمال الملف الخاص بالعقد و التأكد من توفر الشروط المطلوبة، و حسب النتائج التي يتوصل إليها بعد التحقيق فقد يصدر امر الموافقة على منح الكفالة للكافل الذي طلبها، و لا يتم ذلك الأمر إلا بعد أخذ رأي النيابة العامة لإعتباره طرف أصلي في كل قضايا شؤون الأسرة.

الفرع الثاني: إجراءات انعقاد عقد الكفالة أمام جهات غير قضائية

عقد الكفالة يمكن إبرامه أمام جهات قضائية، كما يمكن فعل ذلك أمام جهات غير قضائية التي لا تنقص من قيمة العقد الذي تبرمه، و تتمثل هذه الجهات في كل من الموثق و البعثات الدبلوماسية.

أولاً- أمام الموثق

طبقاً لنص المادة 117(ق.أ.ج) فإنه ممكن للموثق إبرام عقد الكفالة إلى جانب المحكمة، و ذلك بناء على طلب من أصحاب الشأن من تحريره، و للموثق أن يتبع نفس المراحل و الإجراءات التي يتبعها القاضي، بحيث يتأكد من مدى توفر العناصر المطلوبة في الملف الواجب على الكافل تشكيله و التأكد من استكمال جميع الوثائق فيها دون نقص.²

عند تحرير العقد يجب على الأطراف المثل أمام الموثق ليتأكد هذا الأخير من رضاهم، سواء رضى أبوي الطفل أو رضى الجهة المكلفة برعاية الطفل المجهول النسب، و إن بلغ الطفل سن التمييز فله

¹ مالك طلبية، التبني و الكفالة، المرجع السابق، ص 26_27.

² علال أمال، التبني و الكفالة، دراية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 84.

الحرية في الإختيار بالقبول أو الرفض مع تذكير الكافل بالإلتزامات التي تقع على عاتقه تجاه الطفل المكفول.¹

بعدها و بحضور الشاهدين اللذان سيشهدان بأمانة ذلك الشخص يمضيان على العقد إلى جانب الموثق، الكافل و الطرف الذي يمثل المكفول. و بعدها يصبح العقد صحيح قابل للتتفيذ و إعطاءه قوة ثبوتية مطلقة باعتباره من السندات التنفيذية الغير القضائية والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير²، لكون أن العقد الذي يبرمه الموثق له القوة التنفيذية دون الحاجة إلى التصديق عليه من طرف القاضي حسب المواد 30 و 31 من القانون المنظم لمهنة الموثق³.

ثانيا - أمام البعثات الدبلوماسية

بالإضافة إلى الموثق و المحكمة اللذان يختصان في إبرام عقد الكفالة داخل الوطن نجد البعثات الدبلوماسية للمقيمين بالخارج من الجالية الجزائرية، سواءا كان الكافل أو المكفول أو كلاهما، بحيث يتم تقديم الطلب من ذوي الشأن إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية التي تتبع نفس الخطوات و الإجراءات التي يتبعها القاضي أو الموثق، أما فيما يتعلق بالوثائق فعلى صاحب الطلب أن يكون مرفقا بالإضافة إلى الوثائق المذكورة سابقا و بحسب ما إذا كان ال ولد معلوم أو مجهول النسب بما يلي:

- تحقيق نفسي اجتماعي مملوء وموقع قانوني من طرف مصالح القنصلية المختصة والمعنية.
- نسخة طبق الأصل من بطاقات ووثائق التعريف أي البطاقة القنصلية.
- عقد الملكية أو عقد إيجار.⁴

وهذه الأخيرة إما تقبل أو ترفض الطلب حسب توافر الشروط المطلوبة.

¹ مالك طلبة، التبني و الكفالة، المرجع السابق، ص 26.

² حبار أمال، الوجيز في التنفيذ طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار الغرب للنشر و التوزيع، 2011، ص 94.

³ القانون رقم 02_06، المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.د.ش، ع 14، المؤرخ في 8 مارس 2006، المعدل و المتمم.

⁴ مالك طلبة، التبني و الكفالة، المرجع السابق، ص 27.

المطلب السادس: طرق انقضاء عقد الكفالة

إن عقد الكفالة كغيره من العقود يقوم ويبقى، إلى غاية تعرضه لعوامل و أسباب تجعله ينقضي وتنتهي آثاره القانونية، فقد تكون هذه الأسباب عامة لا إرادية خارجة عن رغبة أطراف هذا العقد أو لأسباب راجعة إلى رغبة الأطراف في العدول على هذا الإتفاق، و قد حصر المشرع الجزائري هذه الأسباب ف المواد 125 و 124 (ق.أ.ج) بالإضافة الى الحالة العامة و هي تخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 من نفس القانون.

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة

من بين الأسباب العامة للإرادية الخارجة عن إرادة و رغبة أطراف هذا عقد و إنهاء الآثار المترتبة عنه، نجد تخلف أحد الشروط الواردة في نص المادة 118(ق.أ.ج)، أو بوفاة سواء الكافل أو المكفول.

أولاً - سقوط الكفالة لتخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 (ق.أ.ج)

بما أن الغاية من عقد الكفالة هو رعاية القاصر و القيام بشؤونه، فمن الضروري أن من سيقوم بهذه الرعاية يجب أن تتوفر فيه شروط المادة 118(ق.أ.ج) أي توفر شرط الأهلية و الإسلام و القدرة على القيام بالمكفول، ومادامت هذه الشروط قائمة في حق الكافل فإن عقد الكفالة يبقى قائماً ومنتجاً لآثار، لكن بإختلال أحدها يسقط هذا العقد مباشرة خدمة لهذا الطفل و حماية له، لكون الكافل غير كفؤ للقيام بهذا الصغير.¹

1 - شرط الأهلية

عقد الكفالة يعد من عقود التبرع، بالتالي فلا بد من أن يصدر هذا العقد من سليم العقل حتى تسري آثاره عليه و يتحمل بعد ذلك نتائج أفعاله.

أي لبد أن تكون أهلية الكافل خالية من كل العيوب التي تعدم للإرادة كالجنون و العته و الذي نعني بهما مرض أو آفة تصيب العقل و التي تمنعه من الإدراك و معرفة الأمور على حقيقتها، فهي تؤدي

¹ عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 48.

إلى البطلان المطلق للتصرفات الصادرة لإعتباره غير أهل لمباشرة أي عمل.¹

2- شرط الإسلام

الإسلام هو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 118 من قانون الأسرة ، لأن الطفل و هو في أول مراحل منعده الإدراك، فهو يتأثر بكل ما يلزم له و يربى عليه من أخلاق و دين، فالطفل ورقة بيضاء تدون فيها ما تشاء بحسب ما علمته إياه، لهذا السبب اشترط المشرع في الكافل تدينه بالدين الإسلامي حتى يتشبع بمبادئ و أخلاقيات المسلم، بتعاليم و أصول الإسلام الحنيف و يكبر عليها، فعلى هذا الأساس يجب إسناد أمر الولد محل الكفالة إلى من يأمن عليه في سيرته و أخلاقه حتى لا يخشى عليه من استغلال ضعفه الفكري لتصبح حرته في الفكر، الوجدان و الدين وسيلة للتفرقة التي قد تمس الأسرة الواحدة، بالتالي تتلاشى مقومات الوحدة و تدخل في صراعات دينية و طائفية.²

و السبب الآخر لإشترط الإسلام راجع لوجود نص في الدستور على أن دين الدولة الجزائرية هو الإسلام و من وجد فوق ترابها قرينة على أنه مسلم أو مفترض إسلامه إلى أن يثبت العكس.³

3- شرط القدرة على القيام بشؤون المكفول

إضافة إلى الشرطان السابقان الذكر، فإن المادة 118(ق.أ.ج) تستلزم شرطا آخر ألا هو شرط القدرة سواء كانت مادية أو جسدية، بالتالي إذا ما اعترض هذا الشرط أي عارض يؤدي إلى انعدام القدرة عنده أو إنقاصها لديه أو يصبح فقيرا ولا يمكنه حتى إعانة نفسه فيؤدي ذلك إلى انقضاء عقد الكفالة، يكون ذلك عاملا منطقيًا في عجز الكافل عن أداء التزامه، هذا يستوجب بالضرورة انقضاء الكفالة دون رغبة من الكافل و إسقاطها عنه.⁴

نستخلص في الأخير أن الشروط المنصوصة في المادة 118(ق.أ.ج) ضرورية من أجل قبول طلب

¹ علال أمال، التبني و الكفالة، دراية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 122.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 54.

³ توفيق قادري، الحماية الدولية لحقوق الطفل، مدى تطبيق الجزائر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، مجلة البحوث و

الدراسات العلمية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، الجزائر، 2007، ص 8.

⁴ علال 123

الراغب بالكفالة، فحتى تقوم الجهة المكلفة بإبرامها تتأكد أولاً من توفرها حتى يسند الطفل إليه،¹ بالتالي و بمفهوم المخالفة فحدث أي خلل في هذه الشروط أو غيابها يستوجب بالضرورة عدم قبول الطلب أو إسقاطها عنه بعد تخلفها.

ثانياً - وفاة أحد طرفي عقد الكفالة

قد يحدث أن يتوفى الكافل أو المكفول، فإذا توفي المكفول انعدام محل أو سبب الكفالة و كنتيجة حتمية عن ذلك ينتهي و ينقضي معها العقد بصفة تلقائية، أما في حالة وفاة الكافل الذي يقع عليه التزام الرعاية، التربية، التعليم و توفير كل ما يحتاجه الولد في هذه المرحلة من حياته و ضمان له حياة أفضل، تنقضي معها الكفالة لاستحالة تنفيذها.

1- إنتهاء الكفالة بموت الكفيل

فوفاة المكفول يعد سبباً من أسباب انقضاء عقد الكفالة، وذلك راجع إلى أن محل العقد هو القيام بقاصر، لم يعد هذا الأخير موجود وبالتالي فإن العناية والرعاية والتربية لم يعد لها محل في التطبيق لعدم وجود من سوف تقام من أجله أو لمصلحته وذلك بوفاة من أقرت لمصلحته، فإذا توفي المكفول وانقضت الكفالة فما مصير المال المملوك للمكفول؟ و قد اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين.

ف رأي الحنفية والشافعية أن الكفالة تنتهي إذا مات الكفيل، وتسقط الكفالة عن الكفيل ووارثه، لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول عنه بنفسه و ذلك وراثته لم يلتزمه فلا يطالب.

يرى المالكية والحنابلة إذا مات الكفيل، فلا تسقط الكفالة وإنما يطالب ورثة الكفيل إحضار المكفول عنه وتسليمه في الوقت المعين لذلك؛ فإن لم يتم تسليمه أرغموا، بحيث يؤخذ من تركة الكفيل بقدر الدين المستحق للمكفول.²

نجد أن المشرع الجزائري أخذ برأي المذهب المالكي و المذهب الحنبلي، فعمل على توريث عقد الكفالة

¹ حسب المادة 495 من قانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

² أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفي في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة و القانون المقارن قسم الفقه المقارن، 1430هـ. 2009م، ص116.

كتوريث المال إلى الورثة، خدمة لمصلحة الطفل و حمايته من الضياع، خاصة مع طول إجراءات الكفالة وتعقيدها، ذلك وفقا لنص المادة 3/125(ق.أ.ج) و التي تنص: "... في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة أن ألتزموا بذلك، و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".¹ نستخلص من هذه المادة أنه في حالة وفاة الشخص الكافل إنتقلت الكفالة إلى ورثة المتوفى فهم الأولى بالاستمرار فيها عن غيرهم خدمة للطفل دائما، طبعا إن رغبوا في ذلك، لأ نها لا تنتقل إليهم بقوة القانون كانتقال تركة المتوفى.

2- إنتهاء الكفالة بموت المكفول

يجمع جمهور الفقهاء المسلمين على إلى أن موت المكفول يبئ الكفيل من الكفالة ولا يلزم الكفيل شيء،² فب وفاة هذا الأخير ينعدم محل أو سبب الكفالة و كنتيجة حتمية عن ذلك ينتهي و ينقضي معها العقد بصفة تلقائية، لأن الولد القاصر هو الموضوع الرئيسي في هذا النظام، و بالتالي انعدام هذا الأخير يستلزم بالضرورة انعدام الالتزامات الواقعة على الشخص الكافل تجاه المكفول، فلا ضرورة في الإستمرار في العقد إن كان الطفل محل الكفالة غير موجود.³

الفرع الثالث: الأسباب الخاصة لإنقضاء عقد الكفالة

الأصل أن الكفالة لا تنتهي في الأوضاع الطبيعية إلا ببلوغ سن الرشد بالنسبة للولد و بسن الزواج بالنسبة للبنات حماية لهما من كل استغلال من طرف سيء النية؛ غير أن الأمور لا تجري دائما كما تشتهي، فقد يطرأ ظرف يجعلها تنتهي قبل أوانها لأسباب خاصة راجعة إلى رغبة الأبوين الأصليين في استعادة ولدتهما أو راجعة لإرادة الشخص الكافل في التخلي عن التزاماته تجاه الطفل المكفول.

أولا- طلب الأبوين الأصليين عودة المكفول إلى ولايتهما

قد جاء قانون الأسرة صريحا في مسألة انقضاء عقد الكفالة بالنسبة للأطفال معلومي النسب، و ذلك إذا

¹ القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

² أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفي في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، المرجع السابق، ص 118-119.

³ إبراهيم لعرج و آخرون، أحكام كفالة القصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 82.

ما عبر الوالدين الأصليين عن نيتهما في إسترجاع ولدتهما المكفول إلى حضنهما،¹ بعدما قاموا بالتخلي عنه لسبب ما، و ذلك الطلب يصدر من كلاهما أو أحدهما سواء من الأم أو الأب، و ذلك وفقا لما هو واضح في نص المادة 124(ق.أ.ج) و التي ورد فيها ما يلي: " إذا طلب الأبوين أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الإلتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز و إن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن من القاضي مراعاة لمصلحة المكفول"،² لكن عودة الطفل إلى أبويه لا تكون آلية بمجرد تقديم الطلب من أولياء الكفيل، يجب الإمتثال أمام القضاء من أجل طلب إعادة إبنهما إلى ولايتهما بعد تخيير من كان بالغا لسن التمييز لتقرير مصيره بنفسه، و إسناد أخذ القرار للقاضي لمنلم يبلغ هذا السن.

و بالتالي الحالة التي يكون فيها الولد مميزا، بمعنى بلوغ هذا الأخير سن التمييز اللذي حدده المشرع ببلوغ سن 13 سنة في نص المادة 2/42.(ق.م.ج)،³ فإذا ما تحققت هذه الحالة يخير الطفل بالالتحاق بأبويه الشرعيين حسب ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 184712 المؤرخ في 1998/03/17 في قضية (ع أ) ضد (ق ح)،⁴ في حين إذا ما رفض العودة إليهما بقي تحت ولاية الكافل،⁵ فلبد أن يصرح بهذا الرأي أمام القاضي و تحت رقابته للتأكد من صدوره دون أي ضغط من الطرفين لإستمالته إلى صالحهما.⁶

أما إذا كان الولد المكفول غير مميز، أي لم يبلغ سن التمييز المقدر ب 13 سنة، ففي هذه الحالة لا يمكنه أن يدرك الأصلح له أي أن يبقى مع الكفيل أم يعود إلى والديه، لهذا السبب لم يتركها المشرع لحرية الأطراف و إنما قيدهم باللجوء إلى القاضي الذي يعتبر حاميا للحقوق و الحريات.⁷

¹ عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 50.

² القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

³ أمر رقم 75_85، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، معدل و متمم، المرجع السابق.

⁴ المجلة القضائية الإدارية عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1998، ص 98-91.

⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى من قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 619.

⁶ إبراهيم لعرج و آخرون، أحكام كفالة القصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 83.

⁷ عقيلة بوعشة، سبق ذكر المرجع، ص 51.

و بما أن للقاضي سلطة تقدير الوقائع و الظروف المحيطة بالمكفول¹ بوالديه الأصليين أو الكافل، فهو الذي يصدر أمر رفض أو قبول العودى لوالديه، بعد التحقيق الذي سوف يجريه من أجل معرفة الأسباب التي دفعت لأبوين طلب العودى، و حسب النتائج المتوصل إليه ينبني القرار الذي يتخذه القاضي و دائما لابدا من التأكد من أن القرار فيه مصلحة الطفل.²

ثانيا - التخلي عن الكفالة

تتقضي الكفالة كذلك بالتخلي عنها و ذلك بتعبير الكافل عن رغبته الصريحة في التخلي عن واجباته تجاه الولد المكفول، وهو ما يظهر جليا في نص المادة 125(ق.أ.ج) و التي تنص أن : " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة و أن يكون بعلم من النيابة العامة".³

فمن خلال هذه المادة يتضح أن يمكن للشخص الكافل التخلي عن الكفالة بعدوله عنها و عن كل الإلتزامات الواقعة عليه بموجب عقد الكفالة، و الأسباب الدافعة إلى أخذ موقف التخلي راجع لعدة ظروف و عوامل قد تطرأ على الكافل، كعدم القدرة المالية لتدهور مركزه الاقتصادي مما قد يؤثر على قدرة الكافل على تلبية كل حاجيات الطفل المكفول، كما يمكن أن يكون سبب إتخاذ هذا الموقف راجع لظهور عارض جسمي، عجز فيه ما يجعله غير قادر على القيام بأمر الولد و تجسيد دوره كأب له على الوجه السليم، كما يمكن أن لا يكون للكافل أي سبب يدفعه للتخلي عنه و إنما لعدم رغبته في المواصلة فيها.

فكل هذه الأسباب و أخرى و رغم اختلافها و تعددها إلا أنها تؤدي إلى نتيجة واحدة و هو الإخلال بواجب الكفالة و إهمال الطفل مرة أخرى.

فلتجسيد رغبة الكافل في التوقف عن التزاماته تجاه المكفول، يستوجب عليه الإمتثال أمام نفس الجهة التي قامت بإقرار هذا العقد و إبرامه سواء أمام المحكمة، الموثق أو أمام البعثات الدبلوماسية من أجل فك

الرابطة التي كانت تجمع الكافل بالطفل المكفول،⁴ و التي ترفع وفقا للإجراءات العادية بعد علم النيابة العامة و سماعها بذلك، ينظر في الدعوى في جلسة سرية، هذا حسب ما صرحت به المادة 496

¹ إبراهيم لعرج و آخرون، أحكام كفالة القصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 83.

² حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى من قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 82-83.

³ القانون رقم 84_11، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.

⁴ إبراهيم لعرج و آخرون، أحكام كفالة القصر في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 84.

(ق.إ.م.إ) على أنه: " ترفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها حسب قواعد الإجراءات العادية، ينظر في الدعوى في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة في طلباتها".¹

¹ قانون رقم 09_08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق.

الفصل الثاني

الحقوق المادية للطفل

للطفل حقوق مالية يتحصل عليها بعدة طرق تسمح الحصول على أموال تدخل في ذمته المالية وتمكنه من حق التملك بالطرق الشرعية، سنتناول هذه الحقوق المالية في المبحث الأول، وبالرغم من أن الطفل لم يبلغ بعد سن 19 سنة التي تمكنه من التصرف في أمواله بكل حرية، فإن الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة قد إعتنى بتوفير الحماية القانونية لأموال القاصر، بإدارة أمواله من طرف الغير الذي يكون ممثله الشرعي و هذا ما سنتناوله في المبحث الثاني. و هذه النيابة على أموال القاصر لا تستمر إلى غاية بلوغ القاصر سن الرشد فمتى بلغ الطفل القاصر سن 18 سنة فإنه يجوز له الحصول على إذن من المحكمة لإدارة أمواله و هذا ما رآه في المبحث الثالث.

المبحث الأول: الحقوق المالية للطفل

إن أموال الطفل القاصر لم تأت من العدم، و إنما إكتسبها نتيجة تمتعه بحقوق كالنفقة و الوصية أو الهبة، فهذه الحقوق تثبت له حتى و إن كان جنينا في بطن أمه شريطة أن يولد حيا.

المطلب الأول: الحق في النفقة

حق الطفل في النفقة هو في الأصل التزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية و يستمر إلى ما بعد الطلاق، ذلك أن الأب ينفق على أولاده، كما لو كان ينفق على نفسه لأنهم جزء منه، و يظل الحق قائما طالما أن الأولاد لم يستغنوا عنها بالكسب.¹

الفرع الأول: مفهوم النفقة

النفقة هي ما يحتاج إليه الإنسان من طعام و كسوة و ما يتبع ذلك من أمور ضرورية لحياته المادية و المعنوية الكريمة، و إعتبرت النفقة حقا شرعيا للولد بسبب البنوة أو القرابة.

¹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 80.

أولاً - التعريف اللغوي للنفقة

النفقة هي ما أنفق الإنسان من الدراهم و نحوها على نفسه و عياله و غيرهم و الدراهم من المال¹، فإن النفقة هي هلاك لمال المنفق و رواج لحال المنفق عليه بل أخص من الرواج الحفاظ على حياة الإنسان.

ثانياً - التعريف الإصطلاحي للنفقة

تباينت إصطلاحات الفقهاء الشرعية في تعريف النفقة، فالبعض قصرها على بعض أنواع ما ينحل فيها، كالإطعام مثلاً، و البعض الآخر حصها بما يحكم به قضاء، و البعض الآخر أجمع بين الآراء السابقة، فعند الحنفية عرفها المتقدمون بأنها: الطعام و الكسوة و السكنى، و المشهور عندهم أنها في الشرع الإدرار على الشئ اما فيه بقاءه.²

عند المالكية هي ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف، و عند الشافعية: طعام مقدر لزوج و خدامها زوج و غيرها من أصل و فرع و رقيق و حيوان ما يكلفه، و عند الحنابلة : كفاية من يمونه خبزاً و إداماً و كسوة و مسكناً و توابعها.

لعل أقرب تعريف للنفقة هو تعريف الحنابلة لإشتماله على المقدار الواجب من النفقة والأعيان الواجبة لها النفقة، كالزوجة والقريب ونحوها.³

ثالثاً - التعريف القانوني للنفقة

لم يعرف المشرع الجزائري النفقة، و بإستقراء نص المادة 78 (ق.أ.ج)⁴ بأنها توفير احتياجات الطفل من مأكّل و ملبس و مشرب، بالإضافة إلى دفع أجور بعض الأمور التي قد يحتاج إليها الطفل في شؤون حياته كمصاريف العلاج والدواء، و مصاريف الدراسة إلى آخره من الأمور التي جرى العرف الاجتماعي على إرسالها.⁵ و نلاحظ أن المشرع قد أخذ نفس معايير التي أخذ بها المذهب الحنبلي، و أضاف المشرع

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 189.

² مجلة العدل، العدد 54، حق النفقة للطفل دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، 1433هـ، ص 9.

³ مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 كلية بن عكنون،

2011-2012، ص 143.

⁴ " تشمل النفقة : الغذاء والكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

⁵ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 80.

الجزائري من مشتملات النفقة " الأمور التي جرى العرف الاجتماعي على إرسائها " و ذلك لتغير الظروف الإجتماعية بتغير الأمكنة و الأزمنة.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية النفقة

الطفل مستحق للنفقة بالكتاب و السنة و الإجماع و المعقول.

أولاً- أدلة مشروعية النفقة في الكتاب

قول الله عز وجل: " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ " ¹

فقد أوجب الله تعالى الرزق و الكسوة للوالدات على المولود له أي الأب، فقد تضمنت هذية الآية تعليل الحكم بكون النفقة وجبت على الأب.

و قوله تعالى: " وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ " ².

ثانياً - أدلة مشروعية النفقة من السنة

الذي يميز التشريع الإسلامي على غيره من التشريعات التي أوجبت النفقة على الأولاد هو أنه لم ينظر إليها باعتبار أنها مسؤولية مالية جافة كمسؤولية المدين مثلاً، بل أضفى عليها وصف العبادة والطاعة ، فهي فوق ما فيها من مسايرة الفطرة وما تحققه من اللذة الروحية تحتسب للأب طاعة وصدقة يشبهه الله تعالى عليها، حيث يقول النبي(ص): " كل معروف صدقة، و ما أنفق الرجل على أهله كتب صدقة، و ما وقى المرء به عرضه كتب له به صدقة، و ما أنفق المؤمن من نفقة فإن خلقها على الله و الله ضامن " ³.

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : " قال النبي صلى الله عليه و سلم: " أفضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وبدأ بمن تعول".

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² سورة الطلاق، الآية 6.

³ حسن بن خالد حسن السندي، عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و الدراسات الإسلامية، العدد 44، ذو القعدة 1429 هـ، ص 51.

فأمرنا الرسول صلى الله عليه و سلم بتقديم ما يجب على ما لا يجب، فقله " وابدأ بمن تعول" ، و يعني ذلك أن يبدأ بكفاية من تلزمه كفايته ثم بعد ذلك يدفع لغيرهم، لأن القيام بكفاية العيال واجب، و الصداقة على الغير مندوب.¹

ثالثا - أدلة مشروعية النفقة من الإجماع و المعقول

أجمع العلماء على أن نفقة الاطفال الذين لا مال لهم و لا كسب واجبة على آبائهم.

فالإنفاق عند الحاجة من باب الإحياء، والولد جزء من الوالد، و إحياء نفسه واجب، وكذا إحياء جزئه وإعتبار هذا المعنى يوجب النفقة للولد عند الحاجة.

أن هذه القرابة مفترضة الوصل، محرمة القطع بالإجماع، والإنفاق هنا من باب الصلة، فكان واجبا، وتركه مع قدرة المنفق وتحقيق الحاجة للمنفق عليه يؤد إلى القطع، فكان حراما.

أيضا هذا الإنفاق من الإحسان الذي أمر الله به عباده في الحياة، أن يحسن الأب إلى أولاده بالإنفاق عليهم وهو جزء من الإحسان الأبوي المردود له في الدنيا قبل الآخرة، فقد قال تعالى: " هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ " ²

الفرع الثالث: شروط إستحقاق الصغير للنفقة

ييعتبر الإنفاق على الأولاد واجبا شرعيا على أبيهم بسبب واقعة الولادة أو البنوة، و قدر الفقهاء أن نفقة الطفل الصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد، مع إشتراطهم بعض شروط الواجبة توفرها في الطفل الصغير من أجل تمتعه بهذه النفقة و هي كمايلي:

أولا- ثبوت نسب الصغير من الأب المطالب بالنفقة، لأن الأب أصل و الإبن فرعه، أو يكون المنفق على هذا الصغير قريبا وارثا، و ما دام القريب الوارث أحق بمال المورث من غيره فمن العدل أن ينفق على الصغير دون قريبه غير الوارث،³ مصدقا لقله عز و جل: " وَأَتِ دَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ " ⁴

¹ مجلة العدل، العدد 54، حق النفقة للطفل دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، المرجع السابق، ص 13-14.

² سورة الرحمن الآية 60.

³ مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 145.

⁴ سورة الإسراء، الآية 26.

ثانياً - أن يكون الصغير فقيراً لا مال له و لا كسب يستغنون عن إنفاق غيرهم، و أن لا يكون قادر على الكسب من عمله أو حرفته أو يكون عاجزاً عن الكسب عاجزاً حقيقي أو حكماً أي المصاب بعاهة عقلية أو بدنية، فإن كان يملك بمال أو كسب فلا نفقة له ، لأن الأصل أن نفقة الإنسان في ماله صغيراً كان أو كبيراً، و هذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء.¹

ثالثاً - أن يكون المنفق على الصغير موسراً أي يكون على قدرة الإنفاق على نفسه، لأنه لو كان غير قادر على ذلك لكان عاجزاً عن النفقة على غيره.²

الفرع الرابع: المكلف عن النفقة

باعتبار أن حق النفقة هو من أعظم الحقوق التي يجب أن تكفل للطفل، لأنه بها تصان حياته، و توفر له الحماية و الرعاية ، لذلك تجب النفقة في الأصل على الأب و كاستثناء على الأم.

أولاً - الأب

الأصل في نفقة الطفل الحر الفقير على أبيه للإجماع على ذلك ويؤيده قوله تعالى ويؤيده قوله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"³، والمولود له هو الأب ، فأوجب الله تعالى عليه رزق النساء لأجل الأولاد ، فلأن تجب عليه نفقة الأولاد من باب أولى.⁴

كما أن المادة 75 (ق.أ.ج) تنص على أنه تجب نفقة الولد على الأب⁵، و حتى يلزم الأب بالإنفاق يجب توفر الشروط السابقة الذكر و التي تنحصر أساساً في فقر الولد لا مال له، و عجز الولد عن الكسب، و أن يكون الأب قادراً على الإنفاق على أولاده، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا لغرفة الأحوال

¹ مجلة العدل، العدد 54، حق النفقة للطفل دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، المرجع السابق، ص 36.

² مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 145

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 194-190.

⁵ "تجب النفقة على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو لمزاولاً لدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب"

الشخصية ملف رقم 47915، قرار بتاريخ 1987/02/07 الذي قضى أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا.¹

ثانيا - الأم

وجوب نفقة المرأة على أولادها الصغار إن عجز الأب عن الإنفاق والتي تعد أولى من غيرها بالإنفاق على زوجها وابنه من سائر الأقارب بما فيهم الجد لأب وترجع على الأب إذا أيسر، وهذا قول للحنفية وهو قول عند الشافعية، أما المالكية ترى النفقة لا تعود إلى الأب إذا أيسر بعد عجزه عنها أي تسقط عنه نصفة نهائية بعد عسره.²

أما المشرع الجزائري إكتفى بوجود نفقة المرأة على أولادها في حالة عجز الأب عن الإنفاق و ذلك في نص المادة 76(ق.أ.ج) بما يلي: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".³

و يتبين لنا أنه في حالة ما يفقد الأب القدرة على الإنفاق على نفسه وعلى زوجته و أولاده لسبب فقره أو عجزه عن الكسب، فواجب الإنفاق على الطفل ينتقل إلى الأم إذا كان باستطاعتها ذلك بأن يكون لها مال ومدخول من عمل ما ، و نفس الشيء يقال في حالة ما إذا كان الأب غائبا أو مفقودا أو ميتا.⁴

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر من غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 390381، قرار صادر بتاريخ 2009/05/09 الذي قضى أنه " لا تنتقل نفقة الأولاد من أمهما إلى جدهما طالما والدتهما عاملة و لها دخل...".⁵

الفرع الخامس: تقدير النفقة

إذا ما رفض الأب الإنفاق على أولاده دون سبب شرعي ، فلأولاده أن يتقدموا إلى القضاء بموجب عريضة افتتاحية يطلبون فيها الحكم لهم بالنفقة، و تمثل الأم الزوجة أو المطلقة أولادها القصر .

¹ المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1990، ص 65.

² إيناس عبد الرزاق علي الجبوري، نفقة المرأة على الأقارب، ص 71_72.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 82.

⁵ المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2008، ص 295.

قد منح القضى بساطة واسعة في مجاز تقدير قيمة النفقة و لم يقيد بشيء إلا مراعاة حال المعيشة وغلاء الأسعار طبقا لنص المادة 79 (ق.أ.ج).¹

و قد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر من غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 446630 قرار بتاريخ 1987/02/09 الذي قضى بأنه " من المقرر فقها و قضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال مستوى المعيشة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية".²

يجب الإشارة أن النفقة إلى المراجعة ذلك أن الأسس التي اعتمد عليها القاضي عند تقديره للنفقة غير ثابتة بل هي متغيرة بتغير مستوى المعيشة و ظروف المجتمع و متطلبات الحياة ، شريطة أن يكون قد انقضى عام كامل من تاريخ الحكم بالنفقة ، و بموجب طلب يقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية ملف 136604، قرار صادر بتاريخ 1996/04/23 التي قضت بمراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيا الأول.³

بالرجوع إلى المادة 80 (ق.أ.ج) و التي تنص : "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى ، و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".⁴

المطلب الثاني: الحق في الميراث

يعتبر الميراث فرع هام من فروع الأحوال الشخصية، تترتب عليه حقوق مالية معتبرة، لهذا يتطلب الأمر الحديث عن المقصود بالميراث وبيان حق القاصر في الميراث.⁵

الفرع الأول: تعريف بالميراث في اللغة

هو إنتقال قنية من شخص لآخر، من غير عقد ولا ما يجري مجرى العقد.

¹ " يراعي القاضي عند تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"

² المجلة القضائية العدد 3، سنة 1990، ص 55.

³ المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1997، ص 89.

⁴ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁵ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 86.

الميراث في اللغة العربية مصدر (وراث) يرث إرثاً وميراثاً، يقال ورث فلان قريبه وورث أباه قال تعالى: " وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ ¹ . " وقال تعالى: " وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ " ² .

الفرع الثاني: التعريف الإصطلاح للميراث

عرفه الفقهاء هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، وعرف أيضا ما ينتقل جبرا بالموت إلى الوارث من تركة مورثه، بحدود شرعية.

أنه قواعد فقهية و حسابية يعرف بها نصيب كل وارث من التركة، و عرفه بعضهم بأنه علم يتوصل به لمعرفة ما يخص كل ذي حق من التركة.

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الميراث

الميراث بالكتاب و السنة و الإجماع و المعقول

أولا - أدلة مشروعية الميراث في الكتاب

وردة آيات قرآنية كثيرة تدل على مشروعية الميراث م منها مايلي:

قوله تعالى: " أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ³ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ⁴ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا " ³

كان المشركون يجعلون المال للرجال الكبار، ولا يورثون النساء ولا الأطفال شيئا ، فأنزل الله هذه الآية و أصبح الجميع فيه سواء في حكم الله تعالى، يستنون في أصل الوراثة وإن تفاوتوا بحسب ما فرض الله تعالى لكل من هم، بما يدلي به إلى الميت من قرابة ، أو زوجية ، أو ولاء . فإنه لحمة كلحمة النسب .

و قوله تعالى: " وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ ⁴ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ⁵ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ " ⁴

¹ سورة النمل، الآية 16.

² سورة القصص، الآية 58.

³ سورة النساء، الآية 7.

⁴ سورة الأنفال، الآية 75.

لآية عامة تشمل جميع القرابات و أنها ناسخة للإرث بالحلف والإخاء اللذين كانوا يتوارثون بهما أو لا وعلى هذا فتشمل ذوي الأرحام بالاسم الخاص.

ثانيا - أدلة مشروعية الميراث في السنة

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: " ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفرائض ، فأولى رجل ذكر".¹ هذا مشتمل على أحكام المواريث وجامع لها.

عن زيد بن ثابت أنه: سئل عن زوج وأخت لأبوين، فأعطى الزوج النصف والأخت النص، وقال: " حضرت رسول الله ﷺ قضى بذلك".²

ثالثا - أدلة مشروعية الميراث في الإجماع

أما الإجماع فقد حصل من صحابة رسول الله ﷺ بتوريث الجد عند عدم الأب، وكذا نصيب ابن الأب، ونصيب الأخت لأب.

فقد ثبت إجتهد الصحابة رضي الله تعالى عنهم في مسائل كثيرة منها ميراث الجد والإخوة وميراث الجدة والعول والرد.

الفرع الثالث: حق الطفل في الميراث

أجمع الفقهاء على أن ميراث الأولاد من والدهم و والدتهم، إن كانوا ذكورا و إناثا معا يكون حسب القاعدة الشرعية (للذكر منهم حظ الأنثيين)، إن قانون الأسرة في مسألة الميراث لم يخرج عما جاءت به الشريعة الإسلامية ، فهي لم تفرق بين الصغير و الكبير في حق كل منهما في التركة، فالشخص بمجرد أن يلد حيا يأخذ حقه كاملا في الميراث.³

فالأولاد فرع عصبه لأبهم الأصل، و العصبه هو الوارث بغير تقدير، و إذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو كثر، و إن إنفرد أخذ المال كله، و إن إستغرقت الفروض المال سقط حقه من الميراث،

¹ ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، مؤسسة الرسالة، 1422هـ_2001م، ص 419.

² محمد بن علي الشوكاني، أحاديث الأحكام، دار الحديث، ط1، 1413هـ_ 1993م، ص 69.

³ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 87.

كما أن نصيب الأولاد يفوق نصيب الأبوين ، بالرغم من أنهما في درجة واحدة من القرابة ، ذلك أن حاجة الأولاد أكثر ، فكان العطاء لهم أكثر، كما أنهم ذرية ضعيفة تستقبل الحياة. و الطفل قد يرث بالفرض كما قد يرث بالتعصيب، و تفاصيل مسائل الميراث موضحة في القانون ابتداء من المادة 126 إلى غاية المادة 183 من قانون الأسرة.¹

يلاحظ أن الأولاد ذكورا و إناثا متواجدين في أغلب مسائل المراث على إختلاف المستحقين للتركة، و أن المشرع الجزائري قد قنن أغلب مسائل الميراث في قانون الأسرة، و لا تخلو من المسائل المشهورة في الميراث من تحديد أنصبة الأولاد.²

المطلب الثالث: الحق في الوصية و الهبة

الوصية و الهبة تعتبر مصدر ملكية الفرد للأموال، لهذا سأتناول الحق في الوصية أولا و بعدها الحق في الهبة.

الفرع الأول: الوصية

إقتضت حكمة التشريع الإسلامي مراعات الصالح العام، فهو يهدف إلى جلب كل ما تحقق فائدة و رداء كل ما تحقق مفسدته، و منها تشريع الوصية لشدة حاجة الناس إليها، فالوصية نوع من أنواع عقود التبرعات المالية التي تنشأ بالإرادة لمنفردة للموصي.³

أولا- تعريف الوصية

سنعرض التعاريف الفقهية المختلفة، و بعدها نتعرض إلى مفهومها القانوني.

1- التعريف الفقهي للوصية

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوصية إلا أن معناها في إصطلاحهم تملك مضاف إلى ما

¹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 88.

² مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 157.

³ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر، الأردن، 2010، ص 321.

بعد الموت، سواء كان الموصي به عينا أو منفعة¹ فنجد الأحناف عرفوها أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصي به عينا أو منفعة.

عرفها المالكية بأنها هبة الرجل لشخص آخر بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح، و عند الشافعية هي تبرع نحق مضاف إلى ما بعد الموت وذلك كالتبرع المنجز في مرض الموت، أما الحنابلة فهي عندهم الأمر بالتصرف بعد الموت فالوصية بالمال هي تبرع.²

2- التعريف القانوني للوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية بموجب نص المادة 184 (ق.أ.ج) و التي تنص على " الوصية تملك

مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".³

جاء هذا التعريف شاملا و جامعا لكل أنواع الوصيا، سواء كانت واجبة أو مندوبة أو كانت بالمال أو غيره، فمصطلح " تملك "يشمل ذلك كله، و هو يشمل أيضا التملكيات و تقرير المرتبات و تقسيم التركة بين الورثة سواء بالنفع أو الأعيان.⁴

بهذا يجوز للوصي أن يوصي بمال معين إلى الطفل القاصر في حياة الموصي لكن لا ينتج أثره، أي لا يدخل ضمن الذمة المالية للطفل، إلا بعد وفاة الموصي.⁵

ثانيا: أدلة مشروعية الوصية

الوصية مشروعية بالكتاب و السنة و الإجماع

¹ حمدي كمال، المواريث، الهبة، الوصية، منشأة المعارف، مصر، 1991، ص 190.

² عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، دراسة فقهية مقارنة، ط2، دار الآفاق المغربية للنشر، المغرب، 2010، ص 175.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث و الوصية، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 230، 231.

⁵ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 92.

1- أدلة مشروعية الوصية من الكتاب

فوجد آيات كثيرة تفيد جواز الوصية منها قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾¹ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ

هذه الآية دليل على أن الوصية مشروعة و جائزة فلو لم تكن كذلك لما جعل الله إستحقاق الميراث و ثبوته للورثة بعد إخراجها من التركة.

كذلك قوله تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" ².

الآية نص صريح في طلب الوصية للوالدين و الأقربين ممن حضرته الوفاة و له مال يوصى فيه فيما يفيد مشروعيتها.³

2- أدلة مشروعية الوصية من السنة

ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " ما حق امرئ مسلم

¹ سورة النساء، الآية 12.

² سورة البقرة، الآية 180.

³ محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الإسلام، مقاصد و قواعد، منشأ المعارف، مصر، 1999، ص 35.

له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه".¹

وكذلك ما رواه سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه قال: "جاءني رسول الله صلى الله عليه و سلم يعودني من اشتد بي، فقلت: يا رسول الله إني قد بلغ مني الوجع ما ترى و أنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفا أتصدق بثلثي مالي؟

قال: لا، فقلت: فالشرط يارسول الله، فقال: لا، قلت: فالثلث، قال: الثلث و الثلث كثير إن كان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس"،² ففي هذا الحديث جواز الوصية بالثلث فلو لم تكن مشروعة لما أجازها السؤل عليه الصلاة و السلام.

3 - أدلة مشروعية الوصية من الإجماع

لقد أجمع علماء الشريعة الإسلامية على إستحباب الوصية في حدود الثلث متى كانت مستوفية لأركانها و شروطها و إذا قصد بها التقرب إلى الله تعالى.³

كما نجد تاريخ الصحابة يزوي نماذج من وصاياهم، فقد أوصى أنس ابن مالك و أبو الدردار و غيرهم من دون مخالفة و معارضة، وهكذا تواتر نقل الإجماع عن الصحابة بصحة الوصية و مشروعيتها، و الحكمة من مشروعية الوصية هو تحصيل ذكرى الخير في الدنيا، و نوال الثواب في الآخرة، كما أنه قد يقصد بالوصية مساعدة بعض أقربائه و أحبابه ممن هم في حاجة ليد العون.⁴

ثالثاً: شروط صحة الوصية

يشترط في الوصي حتى تصح وصيته أن يكون كامل الأهلية، و سليم العقل، ورضى الموصي بالإيضاء، هذا ما نصت عليه المادة 186 (ق.أ.ج).⁵

¹ رواه الدارقطني

² رواه لبخاري و مسلم في الصحيحين.

³ مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث و الوصية و حق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن و القانون، دار وائل للنشر، الأردن 2007، ص 165.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الإسلام، مقاصد و قواعد، منشأ المعارف، المرجع السابق، ص 36.

⁵ " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".

كما نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية إتفقوا على أن وصية الصبي غير المميز باطلة، لإعتبارها محتملة للضرر و النفع، أما وصية الصبي المميز فقد إختلفوا فيها على النحو الآتي:

الحنفية و الشافعية يعتبران وصية الصبي المميز باطلة، لأن الوصية تبرع، و التبرع منه لا يجوز، و المالكية و الحنابلة لا يشترطان البلوغ، و إكتفوا بالتميز، فتصح عندهم وصية الصبي المميز كوصية البالغين.¹

أما بالنسبة للموصى له سواء كان ذكرا أم أنثى فيشترط فيه أن يكون موجودا، و الوجود هنا يشترط عند إنشاء الوصية ، سواء كان وجود الموصى له حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه، و هذا الأخير يشترط فيه أن يولد حيا طبقا لنص المادة 187 (ق.أ.ج).²

ففي هذا الشأن نجد الفقهاء أنه في حالة تعدد الحمل و ولد أحدهما حيا و الآخر ميتا، كانت الوصية للحى دون الميت، و إن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة حيا، كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان ، أما إذا كانت الوصية بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به.

يشترط أيضا أن لا يكون الموصى له من ورثة الوصي، إذا كان الموصى له وارثا للموصي فلا تصح له الوصية و هذا ما نصت عليه المادة 189 (ق.أ.ج) و التي تنص : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"³، و هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر من غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 278004 قرار بتاريخ 2002/01/16 الذي قضى بأن لا وصية لوارث.⁴

كما يجب أن لا يزيد عن الثلث في الوصية، فجمهور الفقهاء (المالكية - الشافعية - الحنابلة) فعندهم الوصية باطلة إذا زادت عن الثلث إذا لم يكن للموصي وارث، لأن ماله ميراث للمسلمين، و تؤول الزيادة إلى البيت العام. و في حالة إذا كان للموصي وارث فلا تنفذ في الزائد عن الثلث و هذا عند جمهور الفقهاء (الحنفية - الشافعية - الحنابلة)، أما عند المالكية فلا تنفذ الوصية في الزائد على الثلث إلا إذا

¹ مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 166-167.

² " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، و إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس "

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ المجلة القضائية ، سنة 2003، عدد 01، ص 367.

أجازها الورثة ، فبعد ذلك تعتبر هبة من أموالهم،¹ فنلاحظ أن المشرع الجزائري لم يأخذ برأي الجمهور في تحديد مقدار الوصية، حيث تنص المادة 185 (ق.أ.ج) : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"،² أي أنه أخذ برأي المالكية.

الفرع الثاني: الهبة

الهبة مصدر من مصادر أموال الطفل و ملكيته، فنظم المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالهبة في قانون الأسرة، و هي مقتبسة في الغالب من الفقه الإسلامي.

أولاً- تعريف الهبة

الهبة عقد من عقود التبرعات المحضة التي يكون فيها التملك من غير مقابل إذ لا يطلب المتبرع عوضا عما تبرع به، ولا خلاف في ذلك شرعا و قانونا، إلا أن الهبة للصبي تخضع لجملة من الأحكام في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

1- تعريف اللغوي للهبة

الهبة هي التبرع و التقضل بما ينفع الموهوب له مطلقا، سواء كان مال أو غير مال، تعرف أيضا بأنها العطية الحالية من الأعواض و الأغراض.

2- التعريف الفقهي للهبة

لم يختلفوا الفقهاء حول تعريف الهبة فالحنفية و الشافعية تعرفوها بأنها تملك بلا عوض، و المالكية هي تملك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له و تسمى هدية.³

3- التعريف القانوني للهبة

عرف المشرع الجزائري الهبة في نص المادة 202 (ق.أ.ج) التي تنص : "الهبة تملك بلا عوض"،⁴

¹ مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 168.

² قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ مداني هجيرة نشيدة، المرجع السابق، ص 169.

⁴ قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

نلاحظ أن المفهوم القانوني للهبة لا يختلف عن المفهوم الفقهي.

ثانيا - أدلة مشروعية الهبة

حكم الهبة في الشريعة الإسلامية الندب و الإستحباب، لذلك تكون بمعنى الهدية و العطية و الصدقة، لقوله تعالى: " رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ " 1.

قوله تعالى: " اللَّهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۖ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّا لَهُ وَهَّابٌ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ. 2

أما الإجماع، فقائم بشأن صحة الهبة للكبير و الصغير بل للحمل في بطن أمه.

ثالث - حكم الهبة للصبي

تتعقد الهبة في الفقه الإسلامي بالصيغة أي بإيجاب من الواهب و قبول الموهوب له. ولما كانت الهبة من التصرفات الضارة ضررا محضا بالصغير، فإنها لا تصح منه سواء أكان مميزا أو غير مميز، لأنه يشترط في الواهب الأهلية الكاملة.

أما قبولها و قبضها، فإن كان غير مميز فيقبل الهبة و يقبضها وليه على المال. و إن كان مميزا فيقبلها يقبضها إما وليه على المال ، و إما يقبضها بنفسه لأن قبولها من التصرفات النافعة له نفعا محضا. 3

تتعقد الهبة في القانون الأسرة الجزائري بتطابق الإيجاب و القبول، مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق حسب نص المادة 206 (ق.أ.ج)، 4 و يجب على هذا الأخير التأكد من أهلية

1 سورة آل عمران، الآية 8.

2 سورة الشورى، الآية 49.

3 مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 170.

4 " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم الحيازة و مراعاة، أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات.

و إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة."

الواهب قبل تحريره لعقد الهبة، فعقد الهبة يتطلب أهلية التبرع فيه ما دام يقوم بعمل ضار به ضررا محضا حسب نص المادة 203 (ق.أ.ج).¹

تجدر الإشارة إذا كان الواهب عديم التمييز أو صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها، أو صغيرا مميزا أو سفيها أو ذي الغفلة، فإن الوالي أو الوصي أو المقدم لا يحق أحد منهم أن يهب مال من هو تحت ولايته، وإلا كان ذلك إخلال بالنظام الولاية على المال الذي يهدف إلى حفظ مال القاصر أو المحجور عليه، وإستماره بالطرق الشرعية.

أما المهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف، و يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً، فتتص المادة 210 (ق.أ.ج): "يجوز المهوب له الشيء بنفسه أو وكيله.

إذا كان قصيرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانون.²

فحسب هذه المادة إذا كان المهوب له مميزاً، يجوز له قبول الهبة و حيازتها دون إذن الوالي أو غيره لأنها من التصرفات النافعة نفعاً محضاً. أما إذا المهوب غير مميز أو القيم.

رابعاً - الرجوع في الهبة

ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم الرجوع في الهبة بعدد قبضها بالنسبة للواهب الأجنبي لقوله صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته، كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه" أما إذا وهب الوالد شيئاً لولده، أراد الرجوع فيه جازا لقوله صلى الله عليه و سلم: "لا يرجع أحدكم في هبته إلا الوالد و لده".³

أما المشرع الجزائري ينص في المادة 212 (ق.أ.ج): "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".⁴

فالقاعدة العامة أن الهبة عقد ملزم بمجرد الإيجاب، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة المنفردة للواهب إلا إستثناء و يكون ذلك في الهبة الصادرة من الأبوين إذا وهبا لولدهما حسب نص المادة 211

¹ "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشر (19) سنة و غير محجور عليه".

² قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 171.

⁴ قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

(ق.أ.ج)،¹ و هذا ما قضت به المحكمة العليا غرفة المدنية ملف رقم 153622 قرار بتاريخ 1998/03/11 الذي قضى بأن " من المقرر قانوناً أنه لا يحق للولدين الرجوع في الهبة لولدهما إذا تصرف الموهب له في الشيء الموهب ببيع أو تبرع أو ضياع منه أو أدخل عليه ما غير من طبيعته"،² مفاد المادة 211 أنه توجد حالات يمنع فيها الواهب من الرجوع في الهبة الممنوحة للأولاد بغض النظر عن سنهم إن كانوا قسراً أم بالغين سن الرشد ، وهذه الحالات هي:

1- الهبة من أجل زواج الموهوب له: لأن الغرض من الهبة قد تحقق بمجرد إبرام عقد زواج الابن، فتكون لازمة للواهب منذ صدورهما.

2- الهبة لضمان قرض أو قضاء دين: ذلك أن الغرض من الهبة قد تحقق بجعلها كمقابل لما سدده الموهوب له من دين مترتب على ذمة الواهب، أو بتقديمه ضمان لدائن الواهب.

3- التصرف في الشيء الموهوب أو التغيير في طبيعته أو ضياعه: بالنسبة لتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأي تصرف ناقل للملكية، أو أنه فقد ملكيته للعين عن طريق تملكها من طرق الغير بالتقادم المكسب مثلاً ، أصبحت الهبة هنا لازمة لا رجوع فيها حماية للغير المتصرف إليه.³

المطلب الرابع: الحق في الوقف

الوقف نظام عرفته الشريعة الإسلامية يتمثل في حبس عين من الأعيان عن التصرف أو التملك لأحد من الأفراد، و رصد منفعتها على جهة من جهات الخير إبتداء و إنتهاء؛ وهو بذلك يعتبر من مجموعات الأموال لا من مجموعات الأشخاص.

الوقف من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة هي إرادة الواقف نفسه أي إيجابه الذي أجمع الفقهاء على أنه

¹ "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع، أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته"

² المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 2، ص 69.

³ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 91.

الصيغة المعتبرة ركنا في الوقف دون قبول الموقوف عليه.¹

إذا كان يصح الوقف على الجنين شرعا، فإن صحة ذلك في القانون الجزائري منتقبة.

الفرع الأول : مفهوم الوقف

لتحديد معنى الوقف بدقة لا بد من التطرق إلى تعريفه اللغوي والاصطلاحي، إذ للوقف عدة مرادفات منها: الحبس والمنع والتسبيل.

أولاً: التعريف اللغوي للوقف

لمصدر " وقف " في لغة العرب عدة معان منها ما ورد في المعجم الوسيط: " وقف وقوفا، وقف قام من جلوس وسكن بعد المشي، ووقف على الشيء عاينه، ووقف في المسألة ارتاب فيها، و وقف على الكلمة نطق بها مسكنة الآخر قاطعا لها عما بعدها، ووقف الحاج بعرفات شهد وقتها، ووقف فلان على ما عند فلان فهمه وتبينه، ووقف الماشي والجالس وقفا جعله يقف يقال وقف الدابة، ووقف فلانا عن الشيء منعه عنه، ووقف فلانا على الأمر أطلعه عليه، ووقف الأمر على حضور فلان علق الحكم فيه بحضوره، ووقف الدار ونحوها حبسها في سبيل الله ويقال وقفها على فلان وله، وأوقف فلان عن الأمر الذي كان فيه أقلع عنه.²

ثم اشتهر إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول، تقول: هذا العقار وقف، أي موقوف، ومن هنا جمع على أوقاف، ولذا يقال وزارة الأوقاف.³

ثانياً: التعريف الإصطلاحي للوقف

يقتضي تحديد المعنى الاصطلاحي للوقف ضبط معنى الوقف في الاصطلاح الشرعي و معناه في الاصطلاح القانوني.

¹ مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 176.

² المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، مصر، 2004، ص 272.

³ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط 4 ، لبنان، 1982، ص 303.

1- الوقف في الاصطلاح الشرعي

معنى الوقف في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية مختلف فيه تبعا لإختلاف حقيقته في نظرهم ولقد كان معروفا في صدر الإسلام باسم الحبس ويرى البعض، أن كلمة الحبس اصطلاح مستعمل في شمال إفريقيا، أما اصطلاح الوقف فهو مستعمل بكثرة في بلدان المشرق العربي.¹

إختلف الفقهاء في تعريفه، فوجد الحنفية عرفته بأنه حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة ولو في الجملة. ومعناه بقاء العين على ملك الواقف، مع منعه من التصرف فيها. و عرفته المالكية من حيث هو مصدر فهو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديرا، ومن حيث هو اسم ما أعطيت منفعته مدة وجوده. و الشافعية عرفته بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود. أما الحنابلة عرفته بأنه تحبب مال مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرفه وغيره في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة بر تقربا إلى الله تعالى.²

2- التعريف القانوني للوقف

عرف المشرع الجزائري الوقف في أكثر من قانون و في مراحل مختلفة.

فقد عرفه من خلال نص المادة 213(ق.أ.ج) و التي تنص على مايلي: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق".³

وورد تعريفه كذلك في نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري التي تنص على مايلي: "الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالؤها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما، تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوطاء الذين يعينهم المالك

¹ بن مشرّن خيرالدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2011_2012، ص 11_12.

² بوهنتالة عبد القادر، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2009_2010، ص 08.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

المذكور "1. وأما نص المادة 03 من قانون الأوقاف على مايلي : "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير "2.

ومن خلال تحليل التعريفات الواردة في هذه النصوص القانونية نستنتج أن قانون الأسرة عبر عن الوقف بكلمة " المال " التي تشمل المنقول و العقار، في حين جعله في قانون التوجيه العقاري حكرا على العقار وحده دون غيره، بينما جاء في قانون الأوقاف شاملا للعقار و المنقول و المنفعة، و نلاحظ أن هذه القوانين تتفق على فكرة التأييد في الوقف و طابعه الخيري.³

الفرع الثاني : الوقف على الأولاد

إعترفت الشريعة الإسلامية بحق الوقف للصغير بل للحمل في بطن أمه، ما دام يتم بإرادة منفردة للواقف.

أولا- الوقف على الأولاد في الفقه الإسلامي

يسمى أيضا الوقف الأهلي أو الذري، و معناه أن يحبس الإنسان شيئا مملوك له على نفسه، ثم على أبنائه و أحفاده من بعده، و على ذريتهم بتسلسل إتبعا، أو أن يقف على نفسه ثم أولاده ثم على جهة خيرية.

الدليل على ثبوت الوقف على النفس و على الذرية أن النبي صلى الله عنه و سلم قد أجاز للرجل أن ينتفع مع غيره بما وقف، أي يجوز للواقف أن يجعل لنفسه نصيبا من الوقف و لغيره.

يشترط في الواقف أن يكون بالغا، فلا يصح وقف الصبي سواء كان مميذا أو غير مز، لأن غير المميز تصرفاته باطلة و عديمة الأثر ، أما المميز ليس أهلا للتبرعات.

أما الموقوف عليه فيجوز أن يكون صبيا أو صغيرا، و قد أجمع الفقهاء على أن قبول الموقوف عليه ليس ركنا في الوقف و ليس شرطا في صحته.

يجوز الوقف على الذرية، و قد يكون على ذريته، و قد تكون على ذرية غيره و الحكم فيها واحد و هذا

¹ قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

² قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن قانون الأوقاف.

³ بوهنتالة عبد القادر، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 10.

بإجماع الفقهاء. و يعرف الأولاد المستحقون للوقف و أنصبتهم بموجب ما إشتراطه الواقف، و بما تدل عليه صيغة الوقف، و من الصيغ و الألفاظ الدالة على ذلك نذكر مايلي:

كقوله وقفت على أولادي، فعند الحنابلة يكون الوقف على أولاده و أولاد أولاده الذكور دون أولاد البنات. أو كقوله و قفت على أولادي و أولادهم و نسلهم، تشمل هذه الصياغة على أولاد الذكور بغير خلاف أما البنات فعند الحنابلة و بعض المالكية لا يدخلون في الوقف، أما عند الشافعية يدخل في الوقف ولد البنت، و لأن البنات أولاد أيضا، و غيرها من الصيغ و الألفاظ الدالة على الوقف.¹

ثانيا - الوقف على الأولاد في القانون الجزائري

إذا كان الوقف نظاما ماليا مستمدا من الشريعة الإسلامية و مطبقا في الجزائر، فإن الوقف على الأولاد في قانون الأوقاف بعد تعديده قد ألغي بعد إلغاء أحكام الوقف الخاص دون الوقف العام.

فنصت المادة 13 من قانون الأوقاف قبل التعديل على ما يلي: "... الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف يكون شخصا طبيعيا أو معنويا. و الشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه على و جوده و قبوله...".²

فلاحظ أن هذه المادة لم تفصل أكثر بخصوص الموقف عليه من الناحية التشريعية، فيبدو أن الوقف للجنين في القانون الجزائري غير معمول به، اما الوقف على الأولاد كان معمولا به سابقا لكن بعد التعديل تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف، و الذي أصبح فيه الموقوف عليه يكون شخصا معنويا فقط دون الشخص الطبيعي حسب نص المادة 13 منه التي تنص على ما يلي: "الموقف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".³

¹ مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 177_178.

² قانون رقم 10/91 المؤرخ في 10/04/27 المتضمن قانون الأوقاف

³ القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف

المبحث الثاني: إدارة الغير لأموال القاصر

نظرا لانعدام الأهلية لدى الطفل، فإنه حقوقه و مصالحه المالية يتم إدارتها من طرف الغير ضمن ما يسمى الولاية¹ على المال تلك السلطة الشرعية التي بموجبها يكون لصاحبها القدرة على مباشرة التصرفات والعقود المتعلقة بمال المولى عليه و التي ينفذها مراعاة لمصلحة الطفل المكفول² و كما يمكن تعريفها على أنها سلطة التصرف في مال القاصر،³ المقيدة بمصلحة المولى عليه فلا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة بالقاصر إلا ما ينفعه و بما يحقق مصلحته⁴، بالتالي فهي تثبت للشخص الأقدر و الأدرى بشؤون هذا الولد و منفعتة بحيث لا يصح منحها لغير الشخص البالغ، الكامل الأهلية و السليم من كل آفة لأنه ن لم يثبت له لإدارة أمواله فمن باب أولى عدم ثبوته لإدارة أموال غيره.⁵

و نجد نص عليها المشرع الجزائري في أحكام النيابة الشرعية التي تشمل على و الولاية و الوصاية و التقديم و الكفالة.

المطلب الأول: الولاية على أموال الطفل

الولي بالمعنى العام هو كل من يتولى شؤون فاقد الأهلية أو ناقصها، لكن الولي بمعناه الخاص هو الأب أما من يتولى الولاية بعده فقد كان محلا للتباين في مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة المعروفة من جهة، و موقف المشرع الجزائري من جهة أخرى.

الفرع الأول: مفهوم الولاية على أموال الطفل

¹ " الولاية بفتح الواو وكسرهما وهي مصدر ولي الرجل إذا أعانه، ونصره أو قام بأمره وتولى شؤونه، وهي من ولي الشيء وولي عليه".

² محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 669.

³ كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، مصر 1982، ص 6_7.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباطي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، القسم الثاني، الفرقة بين الزوجين و حقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 492.

⁵ كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، سبق ذكر المرجع، ص 8.

أولاً- تعريف الولاية على أموال الطفل

الولاية في اللغة مأخوذة من الفعل الثلاثي " ولي " يقال: ولي الشيء وولي عليه ولاية وولاية، والواو واللام والياء: أصل صحيح يدل على القرب،¹ و عرفها ابن عرفة² أنها من له على المرأة ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سلطنة، أو ذو إسلام، عرف بعض المعاصرين الولاية بتعريفات متقاربة منها: قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شئونه الشخصية والمالية، و القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد، ويسمى متولى العقد الوالي.³ أما المشرع الجزائري لم يعرفها لذا يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية للحصول على تعريفها طبقاً لنص المادة 222 (ق.أ.ج).

ثانياً - أدلة مشروعية الولاية

الولاية مشروعية في الكتاب والسنة والإجماع كما يلي:

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: " فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فُلْيَمَلْهُ عَلَيْهِ بِالْعَدْلِ " ⁴.

وجه الدلالة وهنا تكون الولاية للصغير والكبير لأن السفیه غير قاصر، وشرعت الآية أن يكون ولي ولو لم يكن هناك ضعف للسفيه وعدم حسن إدارة للدين لما شرع الله في هذه الآية أن يكون هناك ولي. من السنة النبوية قول النبي صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق".

¹ إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التميمي، معنى الولاية في الإسلام، مجلة الألوكة، تاريخ النشر: 2012/03/01.

² محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، تاريخ وفاته 803 م.

³ يمينة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 1، 1431-1432 هـ _ 2010-2011م،

⁴ سورة البقرة، الآية 282.

وجه الدلالة في هذا الحديث النبوي أن عدم تكليف الصبي والمجنون، لأنهما لا يعقلان الأمور فمن باب أولى لم يصح توليتهما أمور المسلمين، لأن الولاية إنما تثبت لمن يقدر على تحقيق مصالح المولى عليه، والمجنون والسفيه ليس له من سلامة التفكير ما يلي أمر نفسه فلا يصح أن يلي أمر غيره.¹

ثالث - شروط الولاية على المال

لم ينص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توافرها في الولي، عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يشترطون مجموعة من الشروط و هي:

فيشترط أن يكون كامل الأهلية، إذا من ليست له الولاية على ماله لا يصلح للتصرف في مال غيره،² و أن لا يكون الولي محجورا عليه، أي يجب أن يكون مؤهلا لإدارة أموال المولى عليه. و أن يكون أمينا يحافظ على أموال القاصر حفاظ الرجل الحريص على أمواله الخاصة، أن يكون الولي قادرا بدنيا أو ماليا، أو الاثنين معا. ويشترط أيضا العقل و البلوغ، أي من كان صغيرا أو مجنونا لا ولاية له، فالعقل هو التميز الذي ينفرد به الإنسان عن سائر الحيوان،³ يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه، و بالتالي فلا يجوز لغير المسلم أن يكون وليا على المسلم أو المسلمة و لا يجوز للمسلم أن يكون وليا على غير المسلم.⁴ لقوله تعالى: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا".⁵

الفرع الثاني: الأحق بالولاية على المال

إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية جميعا على تقديم الأب لأن الأصل فيه أنه أكثر الناس رعاية لمصلحة أولاده، فتبدأ ولاية الأب على أولاده القصر إلا من وقت الولادة، وتبدأ على أموالهم من وقت تملكهم المال.

¹ هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، دا رسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر_غزة، 2013_2014، ص 19.

² كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 30.

³ هاشم السيد أحمد عبد الرحيم الهاشمي، الولاية على المال في القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، رسالة الماجستير في أصول الفقه، الأردن، 1998، ص 38.

⁴ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 103.

⁵ سورة النساء، الآية 141.

فإذا لم يوجد الأب فالأخفاف يجعلون الولاية بعده لوصية الذي يختاره ويعينه وصيا على أولاده بعد مماته لأنه موضع ثقته وتقديره، وإذ فقد أو لم يوجد يكون للجد الصحيح، وبعده لوصية الذي يختاره ثم للقاضي لأنه ولي لمن لا ولي له.¹

و الولاية عند المالكية فتكون للأب ثم تنتقل إلى من أوصى به الأب ثم لمن أوصى به وصي الأب، أما الجد أبو الأب وكذلك الأم وسائر العصبات لا ولاية لهم على القاصر.

أما الولاية عند الشافعية فتكون للأب ثم أبو أبيه وإن علا فإن اجتمع الأب والجد كان الأب مقدما على الجد، ولا ولاية للأم عند الشافعية إلا إذا أقامها الأب أو الجد أو القاضي أي أن الأم لا تكون إلا وصية.² أما المشرع الجزائري جاء بترتيب آخر حيث ينص في المادة 87 (ق.أ.ج) على مايلي:

" يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانون.

و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ".³

إن هذا الترتيب الذي جاء به المشرع الجزائري أي منح الولاية للأم بعد وفاة الأب أو بتحقق الحالات المنصوص عليها بنفس المادة، وهو ترتيب مخالف لما أقرته مذاهب الفقه الإسلامي التي لا تعطي للأم مسؤولية الولاية على مال القاصر، معنى ذلك أن المشرع الجزائري أناط الولاية على مال القاصر إلى الأب بقوة القانون، فإذا لم يوجد أو حصل له مانع فإنها تثبت للأم دونما حاجة لتدخل القاضي، فالمشرع هنا استبعد ولاية الجد اقتضاءا بالمذهب المالكي.

الفرع الثالث: سلطات الولي

الأصل أنه لا يجوز التصرف في مال الغير شرعا، إلا أنه كاستثناء يمكن للولي التصرف في مال المولى عليه مراعيًا في ذلك حدود السلطات المخولة له. هناك تصرفات لا تحتاج إلى إذن والتي تدخل ضمن التسيير المباشر لأمهاتك تصرفات لا تحتاج إلى إذن والتي تدخل ضمن التسيير المباشر لأموال القصر أما التصرفات اوال القصر، أما التصرفات الأخرى لابد من استئذان القاضي حماية لأموال القاصر من التلف والضياع والاستغلال والتي تدخل ضمن التسيير الغير المباشر.

¹ محمد سلام مذاور، مدخل الفقه الإسلامي، تاريخه وصادره و نظرياته العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 477.

² يمينة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني دراسة تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص

.229

³ قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

أولاً - التسيير المباشر لأموال الطفل

تنص المادة 1/88 (ق.أ.ج) على مايلي: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام".¹ من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد التصرفات التي يمكن للوالي القيام بها دون الحصول على إذن من القاضي، إلا أنه يمكن القول بأن التصرفات التي لا تلحق أي ضرر بأموال القاصر لا داعي للحصول على إذن، وتندرج ضمنها أعمال الحفاظ على المال، وأعمال الإدارة، والتصرفات النافعة نفعاً محضاً.

1 - أعمال الحفاظ على المال

هي أعمال ضرورية تهدف إلى تجنب تلف المال وبالتالي على الولي القيام بتسجيل الزهون الرسمية وشهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري كانتقال الملكية، وكذلك الترميمات الضرورية من أجل الحفاظ على العقار المملوك للقاصر.

2 - أعمال إدارة أموال الطفل

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفاً محدداً لأعمال الإدارة، و لكن يمكن تعريفها بالرجوع إلى الفقه بأنها تلك الطائفة من الأعمال التي تقع في منطقة وسطى بين أعمال الحفظ و أعمال التصرف و ذلك من حيث أثرها على الذمة المالية للقاصر، فهي لا تتصف بالضرورة و لا بضالة التكاليف مثل أعمال الحفظ، كما أنها اقل خطورة من أعمال التصرف التي يترتب عليها تعديل المركز القانوني و المالي للشخص تعديلاً نهائياً مثل التصرف في العقار بيعه أو رهنه.² و مثل هذه الأعمال نجد كبيع المنقولات العادية والمنقول العادي هو ذلك الذي ليست له قيمة مالية كبيرة. أو إيجار العقارات لمدة تقل عن ثلاث سنوات، لأنّه إذا تجاوزت هذه المدة لابد من استئذان القاضي في ذلك. أو دفع ديون القاصر، وتسلم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير وذلك لتفادي الفوائد التأخيرية.³

¹ قانون رقم 84_11، المرجع السابق.

² رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، عالم الكتاب القاهرة، 1980، ص 485.

³ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 107.

3- التصرفات النافعة نفعا محضا

من البديهي أن للولي قبول التبرع أو الهبة أو الوصية الغير مقترنة بالتزام أو شرط دون ما حاجة إلى إذن من المحكمة إذ مثل هذا التبرع أم تلك الهبة أو الوصية تعتبر من الأعمال النافعة نفعا محضا.¹

ثانيا - التسيير غير المباشر لأموال القصر

إن حق الولي في التصرف في أموال القاصر ليس مطلقا، وإنما هو حق مقيد بما فيه مصلحة المولى عليه، قيده المشرع بإجراءات محددة في القانون و الممثلة في الحصول على إذن مسبق من القاضي من طرف المحكمة وهذا ما تنص عليه المادة 2/88(ق.أ.ج): "... وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1 - بيع العقار، و قسمته، و رهنه، و إجراء مصالحة،

2 - بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

3 - استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض، أو المساهمة في شركة،

4 - إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".²

نستج من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حدد التصرفات التي تستوجب حصول الوالي على إذن من القاضي، لأن هذه التصرفات من بي التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، و التي تتمثل فيما يلي:

1- بيع العقار و قسمته و رهنه و إجراء المصالحة

حسب المادة 1/683(ق.م.ج)³ العقار هو كل شيء مستقرو ثابت في مكانه و لا يمكن نقله دون تلف.

و عليه لا يجوز للوالي التصرف فيه إلا بعد الحصول على إذن.

¹ كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، المرجع السابق، ص 45.

² قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ " كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

و تنص المادة 89 (ق.أ.ج) على: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة وحالة المصلحة وأن يتم بيع العقار في المزاد العلني".¹

و يفهم من خلال هذه المادة إشتراط بيع العقار في المزاد العلني بالإضافة إلى الحصول على الإذن من المحكمة ضمانا لحماية حقوق الطفل في التشريع الجزائري.

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

ومن أمثلتها القيم المنقولة كأسهم البورصات، والحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية والفنية وكذا بيع المحلات التجارية التي تدخل ضمن الأموال المنقولة وليس العقارية، ومن ثم فإنه لا يجوز للولي أن يتصرف في بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة إلا بموجب إذن من المحكمة.²

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، الاقتراض أو المساهمة في شركة

عرف المشرع الجزائري القرض في القانون المدني في المادة 450 على أنه: "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض ملكية مبلغ من النقود، أو أي شيء مثلي آخر على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر والصفة".³

وإقراض مال القاصر للغير أو الاقتراض للغير لحساب القاصر من التصرفات التي لا يجوز للولي مباشرتها إلا بإذن المحكمة لما فيهما من المخاطر التي قد تؤدي إلى الإضرار بأموال القاصر.⁴

أما فيما يتعلق بالمساهمة في الشركة لابد من الحصول على إذن من المحكمة في شركات الأموال، أين تكون مسؤولية الشريك فيها محددة بنصيبه في رأسمال الشركة، كما أنه لا يكتسب صفة التاجر، و بالتالي لا تقع عليه الالتزامات الملقاة على عاتق الشريك التاجر. أما بالنسبة لشريكة الأشخاص التي لا يمنك للقاصر المشاركة فيها لعدم توفر الأهلية الكاملة لديه.⁵

¹ قانون رقم 84_11، المرجع السابق.

² سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 110.

³ أمر رقم 75_85، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

⁴ كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، المرجع السابق، ص 12.

⁵ سلامي دليلة، سبق ذكر المرجع، ص 111.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد

يحق للولي إيجار عقار المولى عليه لأية مدة و إذا كان مجاوزا لمدة ثلاث سنوات شرط الحصول على إذن مسبق من القاضي، وهذا ما تنص عليه المادة 1/468 (ق.م.ج): "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".¹

وكذلك لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ سن الرشد بسنة.²

وفي كل الأحوال، إذا ما حدث تعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر يقوم القاضي بتعيين متصرف خاص تلقائيا، أو بناء على طلب من ذوي المصلحة حماية لحقوق القصر والسهر على سلامتها، وهذا ما نصت عليه المادة 90(ق.أ.ج) و التي تنص على: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".³

الفرع الرابع: إنقضاء الولاية على المال

إن سلطة الولي على أموال القاصر ليست سلطة أبدية فهي تنتضي بإحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 91 (ق.أ.ج) التي تنص على: "تنتهي وظيفة الولي:

1- بعجزه،

2- بموته،

3- بالحجر عليه،

4- بإسقاط الولاية عنه".⁴

ومن خلال نص هذه المادة نميز بين الانقضاء الطبيعي والانقضاء القانوني.

¹ أمر رقم 75_85، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

² كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، المرجع السابق، ص 12.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ قانون رقم 84_11، المرجع السابق.

أولاً - العجز الطبيعي

مهمة الولي طبيعياً إذا تحققت أحد الأسباب الآتية:

1 - العجز

إذا كان الولي عاجزاً مادياً كالعجز الجسماني، أو معنوياً كنفق القدرات الفكرية، أدى ذلك إلى زوال الولاية.

2 - الموت

لا شك أنه بوفاة الولي تنقضي ولايته على مال الصغير، ولا تنتقل الولاية إلى ورثته.

وكذلك في حالة موت القاصر قبل بلوغه سن الرشد يصبح مال القاصر بعد وفاته تركة تقسم على الورثة.¹

3 - بلوغ القاصر سن الرشد

إذا بلغ القاصر سن 19 سنة كاملة؛ فإن الولاية ترفع عنه.

ثانياً - العجز القانوني

تزول الولاية بحكم القانون في إحدى الحالات التالية:

1 - الحجر على الولي

إذا ما توفرت حالات في الولي أدت به إلى عجزه عن إدارة أمواله وجميع شؤونه الخاصة، فالأولى أن لا يستطيع أن يقوم برعاية أموال وشؤون القاصر، وهذه الحالات تسمى بعوارض الأهلية، والتي تؤدي إلى الحجر على الولي تحت ما يسمى بالحجر القضائي، وبالتالي إنهاء ولايته على القاصر، كحالات السفه و العته و الجنون.²

¹ كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال القاصر، المرجع السابق، ص 57.

² سلامي دليلا، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 115.

2- إسقاط الولاية

تسقط الولاية عن الولي بطلب من ذوي المصلحة إذا ثبت سوء تصرفه، أو تقصيره في إدارة أموال القصر إلى درجة عرض مصالح هؤلاء للخطر. أو بقبول المحكمة طلب تنحية الولي عن الولاية.¹

المطلب الثاني: الوصاية على أموال الطفل

إن الوصاية من النيابة الشرعية بحيث تأتي بعد الولاية، و تعتبر أقل شمولاً من الولاية، فالوصاية تثبت لكل شخص غير الأب و الجد إذا ما توفرت الشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، ولذلك فإن الوصاية لا تثبت بقوة القانون فيعين الوصي من قبل الأب أو بقرار من المحكمة.

كما أنها تهدف، كالولاية إلى صيانة أموال القاصر و استثمارها على الوجه الذي يعود عليه بالخير و المنفعة.

الفرع الأول: تعريف الوصاية

عرف الدكتور وهبة الزحيلي الوصي بقوله: " هو الذي يختاره الشخص في حياته قبل موته للنظر في تدبير شؤون القاصر المالية".²

ويمكن أن تكون الوصاية أيضا على أ نها: تفويض ممن له التصرف شرعا لمكلف، بالقيام بتصرف ما بعد وفاته، لمصلحة من لا يستقل بأمر نفسه.³

الفرع الثاني: شروط الوصاية

الشروط الواجب توفرها في الوصي هي كالآتي:

¹ فاطمة شحاتة، أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 60.

² يمينة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص 231.

³ عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، ط1 ن دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 24.

أولاً - الشروط المتعلقة بالتعيين

لا يجوز للأب أو الجد تعيين وصي على الطفل القاصر، إلا في حالة عدم وجود أم تتولى أمره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وذلك حسب نص المادة 92 (ق.أ.ج).¹

وعلى القاضي أن يتأكد عند تثبيت اختيار الأب أو الجد للوصي بعدم وجود الأم، و يثبت عدم وجودها إما بوفاتها الطبيعية أو الحكيمة، و إما بفقدانها.

و عليه أن يتأكد على عدم أهلية الأم لتولي الولاية، و الإنعدام يثبت كقاعدة عامة إما بفقدان الأهلية للجنون أو عته أو سفه، و إما بحكم جزائي يقضي بسقوط السلطة الأبوية عن الأم كتدبير آمن.²

ثانياً - الشروط المتعلقة بالوصي

يجب أن تتوفر في الوصي الشروط التي نصت عليها المادة 93 (ق.أ.ج) بنصها الآتي: " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم يتوفر فيه الشروط المذكورة."³

ومن نص هذه المادة نستنتج أن هذه الشروط تتمثل في مايلي:

- 1- الإسلام: لأن لا يمكن للكافر أن يتولى شؤون المسلم، والعكس صحيح.
- 2- العقل: فلا تثبت الولاية للمجنون ونحوه لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف في حق نفسه فلا يلي شؤون غيره.
- 3- البلوغ: فلا تثبت الولاية للصبي لأنه قاصر النظر إلى وجود المصلحة أو المنفعة.⁴

¹ المادة 92 ق.أ.ج: "يجوز للأب أو لجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أمره أ تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون."

² سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 120.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ رمضان علي السيد السرنياص، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 441.

القدرة: أي قدرة الوصي بالقيام بمقتضيات الوصاية، فمن كان عاجزا عنها، كان جديرا هو بمن يعاونه فكيف يعاون غيره، ويراعي شؤون القاصرين، فبديهي أن فاقد الشيء لا يعطيه.¹

4- الأمانة: يجب أن يكون الوصي والمقّم أمينين في تصرفاتهما حتى يتحقق الهدف من الوصاية، وهو حفظ ورعاية أموال القاصر.

5- حسن التصرف: أي أن يكون الوصي محمود السيرة ومستور الحال،² ولا يكون مستهترا في وظيفته.

ثالثا - الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته

تنص المادة 94(ق.أ.ج) على أنه: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها."³

يفهم من هذه المادة أنه لا يجوز للوصي الذي اختاره الأب أو الجد أن يباشر في وصايته إلا بعد:

- 1- وفاة الأب أو الجد: و تثبت الوفاة بمستخرج من سجلات الحالة المدنية.
- 2- عرض الوصاية على القاضي: يجب أن تعرض الوصاية على المحكمة، سواء كانت بوثيقة رسمية أو بوثيقة عرفية، أو بشهادة الشهود، و ذلك من طرف كل من له مصلحة في مباشرة الوصي لوصايته.
- 3- تثبيت الوصاية من طرف القاضي: إن المشرع لم يشترط صدور حكم لتثبيت الوصاية، إنما إكتفى بأشترط عرضها على القاضي لتثبيتها.⁴

الفرع الثالث: سلطات الوصي

تنص المادة 95(ق.أ.ج) على: "لوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و 89 و 90) من هذا القانون."⁵

¹ سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 121.

² كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال؛ عالم الكتب، القاهرة، 1982، ص 25.

³ قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 122.

⁵ قانون رقم 11_84، المرجع السابق.

و من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري منح للوصي نفس سلطات الولي، إلا أنه يخضع لرقابة القاضي وعليه تقديم مستندات حسابية على تسيير أموال الطفل القاصر، ومن بين هذه السلطات نجد : أن يدير أموال القصر ويتصرف فيها تصرف الرجل الحريص، وعليه طلب الإذن عند بيع العقار وقسمته ورهنه و إجراءات المصالحة، وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة...إلخ.

الفرع الرابع: إنقضاء الوصاية على أموال الطفل

تنتهي الوصاية والقوامة بإحدى الحالات المذكورة في المادة 96(ق.أ.ج) و التي تنص على : "نتهي مهمة الوصي:

- 1 - بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موت،
- 2 - ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،
- 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها،
- 4 - بقبول عذره بالتخلي عن مهمته،
- 5 - بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ما ثبت من تص رفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.¹

من خلال نص المادة نلاحظ أن حالات انتهاء مهام الوصي هي كالاتي:

أولاً- الإنقضاء الطبيعي

تنتهي مهمة الوصي طبيعياً بأحد الأسباب الآتية:

1- موت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته

من الطبيعي أن موت القاصر يؤدي إلى زوال الوصاية بصورة آلية، بحيث أنه بموت القاصر يؤول ماله إلى تركه تقسم بين ورثته كل حسب نصيبه الشرعي،² كذلك إذا ما فقد الوصي الأهلية أو نقصت بسبب

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، نفس المرجع.

² كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال القاصر، المرجع السابق، ص 145.

عارض من عوارض الأهلية، أدى ذلك إلى فقد أو نقص أهليته و بالتالي لا يمكن له أن يكون وصيا على غيره، لأنه هو بحد ذاته بحاجة إلى من يرضى مصالحه.

ففي حالة زوال أهلية أو موت الوصي يستوجب عرض هذه الحالة على القاضي من قبل كل من له مصلحة في ذلك ليتم تعيين مقدم¹ للحفاض على مصالح القاصر.

2- بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يحجر عليه

إن الهدف المرجو من تعيين الوصي هو الحفاظ والأمن على أموال القاصر، وبالتالي إذا بلغ سن الرشد 19 سنة كاملة خال من عوارض الأهلية، بحيث يؤتمن في إدارة أمواله، والتصرف فيها،² و ذلك أنه أصبح يتمتع بأهلية الأداء التي تمنحه حرية التصرف في أمواله.³

وهذا يؤدي إلى إنتهاء مهمة الوصي والوصاية بصفة كلية، فتسلم إليه أمواله لقول الله سبحانه وتعالى:

" وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْعِفْ ۚ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهُدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا " ⁴

3- إنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها

إن مهمة الوصي محددة بتحقيق هدف الحفاظ على أموال القاصر، ولقد جعل المشرع الجزائري له نفس سلطات الولي، فإذا زال سبب تعيين الوصي أدى ذلك إلى إنتهاء مهامه، كما لو إسترد الأب ولايته على ولده القاصر، أو بلغ القاصر سن الرشد رشيدا أو حكم بترشيده، و لا يفهم من هذا السبب الذي نصت عليه المادة 96 من قانون الأسرة أن مهمة الوصي محددة بفترة زمنية معينة، أو محددة بتحقيق هدف معين ، و بالتالي تنتهي مهمة الوصي بانتهاء المدة أو بتحقيق الهدف.

¹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 124.

² عبد الله محمد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 298.

³ سلامي دليلة، سبق ذكر المرجع، ص 124.

⁴ سورة النساء، الآية 06.

ثانيا - الإنقضاء القانوني

قد تنقضي الوصاية بحكم القانون أو القضاء في الحالات التالية:

1- قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته

طبقا لنص المادة 4/96(ق.أ.ج) يجوز للوصي طلب التخلي عن وظيفته بعذر، فللقاضي الذي ثبت الوصاية كامل السلطة في رفض أو قبول الطلب، وكمثل على ذلك أن يسافر الوصي لمدة طويلة أو يعتقل... فتتعطل بذلك مصالح الطفل القاصر.¹

ففي حالة قبول القاضي الطلب أدى ذلك إلى رفع الوصاية على الموصى عليه.

2- العزل الوصي

يصح عزل الوصي إذا توفر سببا يستدعي العزل، و عزل الوصي لا يتم بصفة تلقائية، و إنما بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.

أي إذا أساء الوصي الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر، ومثال على ذلك إرتباك شؤون الوصي المالية على نحو يندر بإفلاسه أو بإعساره، أو تبين مصلحة له في منشأة مملوكة للقاصر وللمحكمة مطلق الحرية في تقدير الأسباب.²

حيث نجد المادة 98(ق.أ.ج) تنص على: " يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره."³

من خلال هذه المادة يتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري حمل الوصي مسؤولية إلحاق الضرر بمصالح القاصر، وتعتبر هذه المسؤولية مشتركة بين كل من الولي والوصي والمقدم.

كما يمكن عزل الوصي إذا ما اختل شرط من الشروط الواجب توفرها فيه المنصوصة في المادة 93 من قانون الأسرة و هذا بإتفاق الفقهاء، لأن هذه الشروط كما تعتبر في الابتداء تعتبر في الدوام والبقاء.⁴

¹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 124_125.

² كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال القاصر، المرجع السابق، ص 147.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، المرجع السابق، ص 289.

المطلب الرابع: المقدم

إن التقديم هو من النيابة الشرعية بحيث يأتي بعد الوصاية إذ أنهما يخضعان لنفس الأحكام طبقا لما تنص عليه المادة 100 (ق.أ.ج): "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام."¹

الفرع الأول: تعريف المقدم

يعتبر لفظ المقدم هو الشائع و المستعمل لدى الفقه المالكي، و يقابله لدى الفقهاء الآخرين تسمية الوصي أو القيم الذي يعينه القاضي على القاصر² أو على المحجور عليه للولاية على المال للنيابة عن المحجور عليه والقيام على رعاية أمواله وإدارتها وذلك تحت إشراف المحكمة ووفقا لأحكام القانون.³

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 99 (ق.أ.ج) و التي تنص على مايلي: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".⁴

من خلال نص المادة نلاحظ أن المقدم يعتبر نائبا عن الطفل القاصر يعينه القاضي ليباشر نيابة عنه التصرفات القانونية ، إلا أن هذا التعيين لا يتم إلا إذا لم يكن للطفل القاصر أبا أو أما أو وصيا، يتم هذا التعيين بناء على طلب أحد الأقارب (زوجة، أولاد، أعمام، أخوال، أقارب عن طريق المصاهرة ...) أو ممن له مصلحة في ذلك (كالدائن) أو من النيابة العامة بصفتها حامية القصر.⁵

الفرع الثاني: الأحكام التي يخضع لها المقدم

تنص المادة 44 (ق.م.ج) على أنه "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

² سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 126.

³ رمضان علي السيد السرنباص، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 441.

⁴ قانون رقم 84_11، سبق ذكر المرجع.

⁵ سلامي دليلة، سبق ذكر المرجع، ص 127.

الوصاية، أو القوامة".¹

تنص المادة 81 (ق.أ.ج) على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".²

من خلال نص المادتين نلاحظ أن فاقدو الأهلية وناقصوها يجب تعيين من يقوم مقامهم ليباشر نيابة عنهم التصرفات القانونية والقيام على رعاية أمواله وإدارتها.

كما تنص المادة 99 من نفس القانون على أن المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها.

تنص المادة 100 منه أيضا على أن "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام"³، و قد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر من غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 577743 قرار بتاريخ 2010/10/14 أن من المقرر قانونا أن يراعي القاضي عند تعيينه المقدم لرعاية شؤون الحجور عليه الأصلح.⁴

تنص المادة 104 من قانون الأسرة أيضا على أنه "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون".⁵

بهذا تكون للمقدم نفس سلطات الوصي، و عليه نفس الواجبات و يسأل مثله عما يلحق أموال الطفل الفاصر المشمول بولايته من أضرار بسبب تقصيره، و إذا رجعنا إلى نص المادة 95 من قانون الأسرة التي تتحدث عن سلطات الوصي نجدها تحيل إلى سلطات الولي الواردة في المواد 90 ، 89 ، 88 ، السالف ذكرها ، فسلطات الولي و الوصي والمقدم في قانون الأسرة هي متماثلة .

¹ الأمر رقم 58_75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ قانون رقم 11_84 ، المرجع السابق.

⁴ المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2010، ص 285.

⁵ قانون رقم 11_84، المرجع السابق.

و تنتهي مهمة المقدم بالأسباب ذاتها الواردة في المادة 96 من قانون الأسرة السالف ذكرها و المتعلقة بانتهاء مهام الوصي.¹

المطلب الخامس: الكفيل على مال القاصر

إذا كان بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل، على نفس المكفول فإن الأمر كذلك على ماله، إذا بمقتضى أحكام الكفالة، حددت مضمون الكفالة فيما يتعلق بالذمة المالية للمكفول فسلطة الكافل هي إدارة مال المكفول إن وجد، وهذا شيء بديهي كون المكفول قاصرا، لا يعمل، إذ تحرم جميع التشريعات المتعلقة بالعمل عمل القاصر وبالتالي فأموال المكفول هي ناتجة عن الإرث أو الوصية أو الهبة، إذ يجب عليه التصرف فيها تصرف الرجل الحريص.²

الفرع الأول: المقصود بالكفالة على المال

عرفها الحنفية بأنها " ضم في إلتزام المطالبة بالدين " و هي أيضا " الكفالة بأداء مال ". و عرفها الشافعية بأنها " إلتزام ما في ذمة الغير من مال ".³

أما المشرع الجزائري إكتفى بالتعريف العام للكفالة كما هو الحال بالنسبة للمالكية و الحنابلة.

الفرع الثاني : شروط الكفالة على المال

نجد المشرع تشدد ووضع شروطا عندما يريد الكافل التصرف في أموال المكفول إذ أشتراط أن يتصرف تصرف الرجل الحريص، والرجل الحريص هو الذي يدرس الواقعة ونتائجها المستقبلية سواء سلبية أو إيجابية ثم يوازن بين الضرر والمنفعة.

و أن يأذن القاضي في تصرفات محددة على سبيل الحصر وللقاضي السلطة التقديرية في منح الإذن أو عدم منحه، وما بقي من هذه التصرفات فإن الكافل يجب أن يحترم شرط الحرص.

وفي حالة عدم مراعاة هذه الشروط وثبتت تصرفات الكافل في أموال المكفول وألحق به ضرر بسوء نية إستغلال أمواله نتيجة قصره وعدم خبرته، فإنه يحق لكل شخص إبلاغ النيابة العامة، وللنيابة العامة من

¹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 127.

² علال أمال، التبني و الكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 108.

³ أسامة يعقوب الأيوبي، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 20.

تلقاء نفسها تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 380 قانون العقوبات والمعاقبة باستغلال حاجة قاصر لم يكمل 19 سنة بالاختلاس أموال مستغلا صغر سنه أو هوى أو ميلا أو عدم الخبرة.

أما التصرفات التي تتطلب الإذن من القضاء هي التي يجب على القاضي أن يراعي حالة الضرورة ومصصلحة القاصر هي نفسها التي تم عرضها في الولاية المنصوصة في مادة 88 (ق.أ.ج).¹

الفرع الثالث: إدارة أموال المكفول

أولاً- للكافل إدارة أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية والهبة لصالح الطفل المكفول فتتص المادة 122 (ق.أ.ج): "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث و الوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول".²

يمكن أن نفهم من خلال هذه المادة أن الكفالة تمنح للكافل الحق في إدارة أموال المكفول.³ التي تشمل كل ما يمكن أن يدخل في ذمة القاصر، سواءا من أبويه أو من أي شخص آخر عن طريق الهبة، الوصية أو الميراث و التصرف فيه تصرف الرجل الحريص فيما يملك وفقا لنص المادة 88 (ق.أ.ج)، فعلى الكافل الذي يعد رب أسرة بالنسبة للولد المكفول أن يدير أمواله كأنه يدير أموال أحد أبنائه أو ماله الخاص و بالطريقة التي تدر له الربح و المنفعة،⁴ إلى غاية بلوغ الولد سن الرشد التي تسمح له بممارسة التصرفات القانونية بنفسه و تسري عليه الآثار التي تنتج عنها؛ غير أنه يمكن أن تتوقف الولاية أبكر من ذلك في حالة ترشيد القاصر بطلب إذن من القاضي و السماح له باستغلال أمواله و ممارسة أي نشاط يعود له بالنفع إن رأى في ذلك مصلحة القاصر،⁵ و ذا حسب نص المادة 5 من قانون التجاري الجزائري.

ثانيا- تنص المادة 123 (ق.أ.ج) بمايلي: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة".⁶ يفهم من خلال هذا النص أن الكفيل يمكنه أن يتبرع أو يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث، فهذه المادة تقيد هبة الكفيل للمكفول بالثلث ف، هذا يتناقض مع نص المادة 205 (ق.أ.ج) التي تنص: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".⁷

¹ علال أمال، المرجع السابق، ص 111.

² قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ إبراهيم لعرج و آخرون، المرجع السابق، ص 70_71.

⁴ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 76.

⁵ صالح فرحة زراوي، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي-الأنشطة التجارية

المنظمة-السجل التجاري، نشر و توزيع ابن خلدون، الجزائر، ص 340.

⁶ قانون رقم 84_11، المرجع السابق.

⁷ قانون رقم 84_11، نفس المرجع.

فجاء في قرار المحكمة العليا في ملف رقم 620402 قرار بتاريخ 2011/05/12 أنه يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث. و عقد الهبة المبرم بين الكافل للمكفول يدخل ضمن عقود التبرع. و الثابت من قضية الحال أن الواهب إذا كان أن يهب كل ممتلكاته و فقا لنص المادة 205 (ق.أ.ج)، فإن ذلك مقيد بأن لا يكون الواهب كافلا و الموهوب مكفولا، كون الكافل مقيدا إتجاه المكفول بأن لا تزيد التصرف بالوصية أو التبرع عن حدود الثلث طبقا للمادة 123 (ق.أ.ج)، إلا إذا أجازته الورثة.¹

يفهم من خلال ما سبق ذكره أن الكافل لا يمكنه أن يهب ماله للمكفول أكثر من الثلث، و إذا زاد عن الثلث يجب إجازة الورثة على ذلك.

المبحث الثالث: إدارة القاصر لأمواله

ببلوغ الطفل القاصر سن تسعة عشر سنة، و كان متمتعا بقواه العقلية دون أن يحجر عليه أصبح رشيدا أي كامل الأهلية و له بذلك أهلية الأداء تمكنه من مباشرة التصرفات القانونية.

إلا أنه يجوز له أن يتحصل على إذن من المحكمة لإدارة أمواله عند بلوغه سن الثامنة عشرة، و يحق له بعد ذلك إبرام التصرفات القانونية لكن هذه الأخيرة لا تعتبر كلها نافذة و إنما تخضع لأحكام مختلفة.

المطلب الأول: حصول القاصر على الإذن

تجدر الإشارة على ضرورة تبين ما المقصود بكل من الطفل القاصر و القاصر المرشد قبل الحديث على كيفية منح الإذن.

الفرع الأول : المقصود بالطفل القاصر

الطفل القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد و المحددة بموجب المادة 40 من القانون المدني بتسعة عشر سنة كاملة، ذكرا كان أم أنثى، و لم يحكم بعد بترشيده ، ذلك أن الإنسان قبل استكمال أهليته المالية يسمى قاصرا سواء كان فاقدا لهذه الأهلية أم كان ناقصها، وبالتالي فهو يخضع إلى الولاية بقوة القانون.² والأهلية كما يعرفها الفقهاء بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وإبرم التصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تحمله إلتزاما وللأهلية نوعان، هما:

¹ المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2011، ص 283.

² سلامي دليّة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 128.

أهلية الوجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وهي تثبت لكل الأفراد ومنذ الميلاد وبغض النظر عن السن أو مدى الإدراك والتمييز لدى الشخص، حيث تثبت أهلية الوجوب للصبي غير المميز والمجنون بل إنها تثبت للجنين في بطن أمه ولكن تكون أهلية وجوب ناقصة توهله لإكتساب بعض الحقوق.¹

أهليته لمباشرة التصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تحمله إلتزاما كالبيع أو الهبة أو الإيجار، و هذه هي أهلية الأداء ، تختلف من شخص لآخر بحسب مدى التمييز المتوافر لديه بخلاف أهلية الوجوب التي تثبت لكل الأفراد ويتساوى فيها الجميع.

و لأجل تقدير أهلية الأداء عند الطفل الصغير، لا بد من بحث الأدوار المختلفة التي يمر بها في حياته حسب الترتيب الآتي:²

أولا- دور قبل الولادة

فالإنسان حين يكون جنينا في بطن أمه تقتض له حياة تسمى الحياة التقديرية، وله شخصية شرعية، قانونية غير مستقرة و غير ثابتة، وتستقر بعد ولادته حيا.

والدليل على وجود هذه الشخصية الناقصة جواز الوصية والوقف والهبة له والاحتفاظ بنصيبه من تركة من مات وكان الجنين أحد ورثته، ولكن رغم ذلك لا يعتبر مالكا حقيقيا للموصى به، والموهوب له والموقوف والنصيب الذي حبس لأجله من التركة إلا بعد أن يولد حيا وعند ها يعتبر مالكا لتلك الحقوق بالأثر الرجعي.³

أما أهلية الأداء فلا وجود لها بالنسبة للجنين، إذ لا يتصور صدور أي تصرف منه لعجزه الكامل، كما أن هذه الأهلية مبناها التمييز بالعقل، و لا تمييز مطلقا عند الجنين.⁴

¹ بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، سالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2013_2014، ص 128.

² سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 128.

³ مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المرجع السابق، ص

⁴ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 128.

ثانيا - دور الانفصال إلى التمييز

يبدأ هذا الدور بالولادة وينتهي بالبلوغ إلى سن التمييز أي إكمال السنة السابعة من العمر بالنسبة للشريعة الإسلامية،¹ أما المشرع الجزائري فيعتبره غير مميز حتى بلوغه سن ثلاث عشرة سنة حسب المادة 42(ق.م.ج) التي تنص على مايلي: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"² وللإنسان في هذا الدور أهلية وجوب كاملة وهي صلاحيته لان يكون له الحقوق وعليه بعض الالتزامات.

و لا تثبت للطفل غير المميز أهلية الأداء على الإطلاق لإنعدام الإرادة عنده، حتى أهلية الإغتناء لا تثبت له.³

ثالثا - دور التمييز إلى البلوغ

تبدأ مرحلة التمييز في المذهب المالكي تبدأ هذه المرحلة من سن السابعة إلى غاية سن البلوغ , أما في المذهب الحنفي فتبدأ من نفس السن و لكن تنتهي بسن التاسعة عشر،⁴ أما المشرع الجزائري حصرها بين سن ثلاث عشرة سنة و تسعة عشرة سنة، فخلاب هذه الفترة الزمانية يعتبر الطفل ناقص الأهلية، و رغم اعتباره مميزا إلا أنه لم يكتمل تمييزه بعد ،لأن ذلك لا يكون إلا ببلوغه سن الرشد.⁵ حيث تنص المادة 43(ق.م.ج) على مايلي: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيفا أو معتوها ، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".⁶

ففي هذه المرحلة تثبت له أهلية أداء ناقصة لنقصان عقله، و يترتب على ذلك أنه بإمكانه مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضا، فله قبول كافة التبرعات وكل حق يتلقاه بدون عوض لأن التبرع بالنسبة

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد،

² الأمر رقم 58_75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

³ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 129.

⁴ بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، 2010_2011، ص 22.

⁵ سلامي دليلة، سبق ذكر المرجع ، ص 129.

⁶ الأمر رقم 58_75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

للمتبرع له من التصرفات النافعة نفعا محضاً، فهي صحيحة مطلقاً أجازها الولي أم لم يجيزها، ويمتتع عليه مباشرة التصرفات الضارة به ضرراً محضاً كهبة أمواله.¹

ربعا - دور البلوغ

تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الشخص المميز سن الرشد المحدد قانوناً بلوغ تسعة عشرة سنة كاملة، بدون أن يحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية أو القوامة بسبب عارض من العوارض كالجنون و السفه و العته و الغفلة، و يستكمل الشخص أهلية كاملة بعد أن كانت في دور التمييز.²

و قد أشار المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 81(ق.أ.ج) و التي تنص علي مايلي: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون".³

و قد حدد المشرع الجزائري سناً للرشد في القانون المدني في نص المادة 40 التي تنص أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة".⁴

و يختلف القانون الوضعي عن الفقه الإسلامي في تحديد هذه المرحلة، حيث نجد المشرع يشترط بلوغ سن التاسعة عشرة سنة كاملة مع بقاء الشخص متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه لأي عارض من عوارض الأهلية، بينما يكفي الشرع في تحديد هذه المرحلة بالبلوغ الطبيعي أو التقديري.⁵

الفرع الثاني: المقصود بالقاصر المرشد

إن القاصر ذكراً كان أو أنثى، عند بلوغه سن تسعة عشر سنة يصبح كامل الأهلية، إلا أنه بالإمكان أن

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المرجع السابق، ص

² بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 23.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁴ الأمر رقم 75_58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁵ بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 24.

يرشد قبل ذلك، و هذا ما نصت عليه المادة 2/32 (ق.م.ج) على النحو الآتي : " غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها " ¹.

نصت المادة 84(ق.أ.ج) على أنه " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة ، و له الرجوع في الإذن إذا تثبت لديه ما يبطل ذلك " ².

فبمجرد بلوغ القاصر سن التمييز المحدد بثلاث عشر سنة بموجب نص المادة 42 قانون المدني يحق لهذا القاصر المميز ترشيده، و يصبح أهلا لإجراء بعض التصرفات القانونية التي لم يكن صالحا لإجرائها قبل ترشيده و ذلك بمقتضى المادتين 38 القانون المدني و المادة 84 من قانون الأسرة، و تعتبر تصرفات صحيحة نافذة ، لأن الإذن السابق على التصرفات بمنزلة الإجازة اللاحقة بعده ³.

لكن في المسائل التجارية لا يمكن ترشيد القاصر بمجرد بلوغه سن التمييز المحدد ببلوغه ثلاثة عشر سنة، بل يشترط بلوغه ثمانية عشر سنة كاملة، إذ لا يمكن تصور القاصر البالغ من العمر ثلاث عشرة سنة يرشد مباشرة، بعدما كانت كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا و لو كانت نافعة له نفعاً محضاً، رشيدا يستطيع أن يبرم كل التصرفات و لو كانت ضارة به.

حيث نجد المادة 05(ق.ت.ج) على أنه : " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة... " ⁴.

الفرع الثالث : كيفية منح الإذن

تنص المادة 84 من قانون الأسرة على أنه : " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا

¹ الأمر رقم 58_75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 131.

⁴ أمر رقم 59-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1974 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك".¹
من خلال نص المادة نلاحظ أنه يتم ترشيد القاصر بناء على تصريح الأب أو الأم، أو الوصي، وعلى القاضي أن يصدر حكمه بترشيد القاصر مسببا، بعد إجراء التحقيق.

وعلى ذلك فإن هذه التصرفات تقع صحيحة في ذاتها على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لوجود أصل الأهلية في الصغير المميز، و لكن نظرا لأنها أهلية ناقصة، فإن نفاذها يتوقف على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت، و إن لم يجزها بطلت.²

ونلاحظ أن المشرع قد منح أولا، للمرشد حق التصرف في أمواله فلا يحق للولي أو الوصي أن يتصرف في أموال القاصر بعد ذلك، لأن المرشد أهلا للقيام بذلك.

يكون هذا الإذن إما مطلق كما قد يكون مقيد، فيمكن لذوي الشأن أن يقيدوه لأن غرضهم يجعلهم يحيطونه بضمانات كفيلة لتحقيق هذه المصلحة، و بالتالي فالقاصر يكون مرشدا إلا في التصرفات التي تدخل في إطار الإذن، أما التصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الإذن فيجوز له أن يتمسك بإبطالها.³

قد اختلف فقهاء الشرع الإسلامي بين من يقول بعدم جواز الإذن للصبي المميز بإجراء التصرفات القانونية الدائرة بين النفع و الضرر إلا بعد بلوغه سن الرشد، و على من يجيزون له الإذن بالتصرف كاختبار له مع اشتراطهم في الصبي المميز الحصول على الخبرة اللازمة و النباهة.⁴

كما تنص المادة 5(ق.ت.ج) على إجراءات الترشيد كالأتي: " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية :

إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها ، أو

¹ قانون رقم 84_11، المرجع السابق.

² بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 68.

³ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 133.

⁴ بوكرزاة أحمد، المرجع السابق، ص 69.

في انعدام الأب و الأم.

- و يجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري ¹.

من خلال نص المادة نلاحظ أن لترشيد ينجم عن حالات معينة إما من إذن الأبوين أو قرار من مجلس العائلة وكل ذلك مع مصادقة المحكمة على ذلك.

كما جاءت المادة 6 من القانون التجاري أكثر توضيحا بنصها على أنه: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يربتوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية ².

من خلال نص هذه المادة يفهم أن المشرع أجاز للقاصر المرشد أن التصرف في أمواله أو هن الأموال العقارية بشرط إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة ببيع أموال القصر و ذلك حماية له.

المطلب الثاني: أنواع التصرفات القانونية التي يبرمها القاصر

تقتصر أهلية الأداء على مباشرة التصرفات القانونية على اعتبار أن الإرادة والتمييز جوهر للتصرف القانوني، وعليه فإن نطاق أهلية الأداء ينحصر في التصرفات القانونية، و قد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية هذه التصرفات الصادرة من القاصر المرشد إلى ثلاثة أقسام و هي: تصرفات نافعة نفعاً محضاً تصرفات ضارة ضرراً محضاً، و تصرفات دائرة بين النفع و الضرر ³.

أما المشرع الجزائري لم يأخذ برأي الفقه الإسلامي في تقسيمه للتصرفات القانونية إلى الأقسام الثلاثة المذكورة، و ذلك على خلاف قانون الأسرة الذي أخذ بهذه الفكرة بمقتضى نص المادة 83 منه و التي تنص على مايلي: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون

¹ أمر رقم 59-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1974 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

² أمر رقم 59-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1974 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

³ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 134.

تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء¹.

الفرع الأول : التصرفات النافعة نفعاً محضاً

التصرفات النافعة نفعاً محضاً هي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملك ناقص الأهلية من تحقق إثراء للشخص و إغنائه دون دون التزامه عنه بمقابل يعطيه للطرف الأخر، كالوصية بالنسبة للموصى له والهبة للموهوب له والإبراء من الدين للمدين، فهذه التصرفات تصح من الصبي العاقل دون إذن ولا إجازة من الولي، لأنها لنفعة التام.²

الفرع الثاني: التصرفات الضارة ضرراً محضاً

التصرفات الضارة ضرراً محضاً هي التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك ناقص الأهلية و إفتقاره و إنتقال ملكيتها إلى شخص آخر دون أن يحصل على مقابل لهذا الإفتقار، لا يجني المتصرف من ورائها أي نفع مالي له، كالهبة والصدقة والإقراض أو وقف أو كفالة دين على غيره، فهذه لا تصح من الصبي العاقل، ولا تنفذ، ولو أجازها وليه؛ لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر.³

الفرع الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر

التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر هي التصرفات التي لا يترتب عليها إغتناء محض ولا إفتقار محض وإنما يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطي، كالبيع بالنسبة للبائع والمشتري حيث أنها تحمل الربح والخسارة للطرفين فهي دائرة بين النفع و الضرر.⁴

من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ما يؤدي إلى خروج المال من ذمة صاحبه، فيسمى هذا النوع من التصرفات بأعمال التصرف كالبيع مثلاً الذي يؤدي إلى خروج المبيع من ذمة صاحبه، ومن التصرفات

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

² وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط4، دار الفكر، سورية، ص 3318.

³ بوكرززة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 53.

⁴ سلامي دليلا، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 135.

الدائرة بين النفع والضرر ما يقصد به استغلال الشيء واستثماره مع بقاءه في ذمة صاحبه فيسمى هذا النوع من التصرفات بأعمال الإدارة كالإيجار مثلا الذي يترتب عليه أن ينتفع المستأجر بالعين المؤجرة مقابل الأجرة دون أن تنتقل إليه ملكية المأجور.¹ وإن وقوع هذا العقد من القاصر المميز يتوقف على إذن أو إجازة ممثله الشرعي، و ذلك لحفاظ على مصلحة القاصر المميز لنتائج التصرف التي أناط المشرع بممثله الشرعي تقديرها، فقد يكون البيع بضعف القيمة في واقع الأمر ضارا، كما إذا كان القاصر المميز في حاجة إلى نفس المبيع ، أو كما في حالة احتمال أن يأتي عليه زمن ترتفع قيمته فيه إلى أكثر مما يبيع به.²

وتختلف قدرة الشخص على مباشرة هذه التصرفات القانونية بأنواعها الثلاثة بحسب مدى أهلية الأداء التي يتمتع بها، فإذا كان الشخص كامل أهلية الأداء فيحق له مباشرة كل التصرفات القانونية بأنواعها، وإذا كان عديم أهلية الأداء فلا يحق له مباشرة أي نوع من هذه التصرفات، أما إذا كان ناقص الأهلية فيحق له مباشرة و إبرام التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً، ولا يحق له مباشرة أو إبرام التصرفات القانونية الضارة ضراً محضاً وتتوقف صحة التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر على إجازة الولي أو الوصي أو المحكمة بحسب الأحوال.

المطلب الثالث : حكم تصرفات القاصر القانونية

لم يكن التقنين المدني الجزائري واضحاً في حكم هذه التصرفات القانونية بمختلف تقسيماتها، بل أنه لم ينص على الأقسام الثلاثة للتصرفات القانونية النافعة و الضارة و الدائرة بين النفع و الضرر و اقتصر على جعل القاصر المميز و من في حكمه باعتباره ناقصاً للأهلية، في نص المادة 43 منه و التي تنص: "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".³

¹ وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص 3319.

² سلامي دليلا، المرجع السابق، ص 135.

³ أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1974 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم

ثم أخضع المشرع تصرفات المرشد مسلكا مغايرا لما سلكه في القانون المدني، إذ تنص المادة 83 من قانون الأسرة على أنه : " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ".¹

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد أخذ بتقسيم الفقه الإسلامي في تقسيم التصرفات القانونية إلى نافعة نفعاً محضاً، و تصرفات ضارة ضرراً محضاً، و تصرفات دائرة بين النفع والضرر، و قد خالف القانون المدني فيما يتعلق بالتصرف الدائر بين النفع و الضرر فلم يعتبر نقص الأهلية لإبطال العقد، و إنما جعله سبباً موجباً لوقفه.

فيما يلي عرض لحكم كل نوع من أنواع التصرفات القانونية على ضوء المادة 83 من قانون الأسرة.²

الفرع الأول: حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً

لما كان هذا النوع من التصرفات لا يترتب عنه ضرراً للقاصر المميز، بل نفعاً له، فإن الفقه الإسلامي يرى إنعقادها صحيحة نافذة " غير موقوفة " دون حاجة إلى إجازة ممثله الشرعي، إذ يثبت للصبي بشانها أهلية أداء كاملة، و لم تثر هذه التصرفات إختلافاً فقهيًا حول إنعقادها صحيحة نافذة.³ هذا هو المطبق في التشريع الجزائري طبقاً لنص المادة 83 من قانون الأسرة التي تنص : " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ".⁴

يفهم من عبارة " تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له " أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً التي يقوم بها القاصر المميز تنعقد صحيحة و لا تحتاج إجازة الولي أو الوصي من أجل نفاذها.⁵

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

² سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 139.

³ بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 63.

⁴ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

⁵ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 139.

الفرع الثاني: حكم التصرفات الضارة ضررا محضا

مع أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على أصل بطلان التصرفات الضارة إلا أنهم اختلفوا حول بعض صور هذه التصرفات و منها وصية الصبي المميز بين من يجيزها، و بين من ينكرها عنه و يجعل حكمها البطلان المطلق.

فالقاعدة أنها الصبي لا يملك أهلية مباشرة مثل هذه التصرفات القانونية، و إن باشرها فهي عديمة الأثر لإعتبارها تصرف باطل، و لا يمكن لممثله الشرعي إجازتها لأن مثل هذه التصرفات تكون من صلاحيات هذا الممثل يقوم بها نيابتا عن القاصر المميز، و بإعتبار أن الولاية مشروطة بالمصلحة، فلا يمكن لممثل القاصر المميز مباشرة مثل هذا النوع التصرفات، لأن إخراج شيء من مال القاصر المميز بدون مقابل ليس فيه مصلحة.

أما الإمام الشافعي يرى بجواز وصية الصبي المميز إذا كانت في وجه من وجوه البر و ذلك دون حاجة إلى إجازة ممثله الشرعي، طالما أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فهي لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، فهي إذن خير لا يلحق الصبي المميز منها ضرر في ماله. كما أنه روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز وصية صغير يافع.

أما الإمام أبو حنيفة و أصحابه يقضي ببطلان وصية الصبي المميز مطلقا، في رأيه شرعت الوصية في حق البالغ ليتدارك بها ما فاتته من التقصير في واجباته الشرعية، أما الصغير فلم تشرع في حقه لعدم حاجته إليها لأنه غير مكلف شرعا، اضرار الوصية بوارث الموصي، فإذا كان في الوصية نفع للموصى له حقا، فإنه منفعة وارثه و هو قريبه مصلحة له، و صلة القريب أكثر ثوبا من صلة الموصى له و هو أجنبي عنه، فإن هو أوصى بشيء كان فعله عدولا عن الإرث إلى الوصية، و هو ترك للأفضل، و العدول عن الأفضل يعتبر ضررا محضا في حقه لا محالة، فيكون الإيضاء باطلا خاصة أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: "لأن تدع ورتك أغنياء خيرا من أن تدعهم عالة يتكفون الناس".¹

أن الوصية هي من التصرفات الضارة ضررا محضا، لأنها من قبيل التبرع بالمال بدون مقابل فإن المشرع نفسه اشترط في الموصي بلوغ سن الرشد القانونية مع سلامة العقل حيث نصت المادة 186(ق.أ.ج)

¹ بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 63_64.

و التي تنص على ما يلي: " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".¹

من ذلك فإن وصية الصبي المميز ينطبق عليها حكم تصرفاته بدون مقابل، فهي حينئذ لا تصح منه و تعتبر باطلة مطلقاً.

الفرع الثالث: حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر

التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر و هي جميعها يملكها الصبي المميز بإذن مسبق من وليه، و قال بذلك كل من أحمد و أبو ثور و النوري و أبو حنيفة، و استندوا في ذلك إلى قوله تعالى: " وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ " ².

أو بإجازة لاحقة إذا كان الصبي المميز قد أجرى إحدى تلك التصرفات، لأن الإجازة اللاحقة تعتبر كالإذن السابق فيما إستوفت شروطها على أنه لا يعترى غبن فاحش فيقع ذلك التصرف باطلا و قال بالإجازة كل من أبي حنيفة و مالك، و لا عبرة لإجازة غير الولي، كما لا عبرة في إجازته لتصرف لا يملكه كإسقاط الحق.

أما الإمام الشافعي يرى أن جميع العقود الموقوفة باطلة و إن أذن بها الولي، لأن العقد عنده، إما أن يكون صحيحاً أو باطلا و لا يعترف بإنعقاد العقد موقوفاً على إجازة الولي أو غيره لأنه الولاية عنده شرط لإنعقاد العقد و لنفاده.

يرى أن كل تصرف يمكن للصبي المميز مباشرته دون إذن الولي فهو صحيح و أن كل تصرف لا يمكن للصبي المميز أن يجريه إلا عن طريق وليه أو وصيه و قد أجراه فلا يصح منه.

على ذلك لا يصح في رأي الإمام الشافعي بيع و شراء الصبي المميز لأن مباشرتهما للولي فلا يجوز للصبي أن يقوم بها و لكن تصح عنه وصية الصبي لأنه لا يمكن للولي أو الوصي أن يجريهما عن الصبي المميز.³

¹ قانون رقم 11_84، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

² سورة النساء، الآية 06.

³ بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 65_66.

أما حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون الجزائري، فنجد المادة 83(ق.ا.ج) تنص على ما يلي: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".¹

من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، و هو العقد الصحيح الذي يتوقف نفاذه على الإجازة و لم يسلك النهج الذي سار عليه بموجب القانون المدني و هو قابلية التصرف للإبطال.

فإذا انعقد تصرف القصر المميز إنعقادا صحيحا فلا يرتب أي أثر إلا إذا تم إجازته من قبل ممثله الشرعي، فإذا ما أجاز نفاذ و أنتج الأثر التي أبرم من أجلها، الإجازة ل تنشئ العقد بل تنفذه، و بها يستند المتعاقد من آثار العقد منذ إنعقاده، أي إستفادة بأثر رجعي.

أما العقد القبل للإبطال، فهو عقد منتج لكل آثاره ما دام لم يتقرر بطلانه، و لا فارق بينه و العقد الصحيح، إلا في أن العاقد الذي خوله المشرع حقا في إبطال يستطيع أن يطلب إبطاله، فوجوده مهدد بالزوال ، فإذا ألحقته الإجازة بأن تم النزول عن دعوى إبطاله استقر نهائيا سواء كان النزول عن دعوى الإبطال صريحا أو ضمنيا، أو بالتقادم و به يسقط حقه إبطال العقد و حسب المادة 101 من القانون المدني تقدر مدة التقادم ب خمس (5) سنوات، و يبدأ سريان هذه المدة من يوم بلوغ القاصر المميز سن الرشد أي بعد بلوغه 19 سنة كاملة.

تجدر الإشارة إلى اختلاف أحكام قانون الأسرة عن أحكام القانون المدني في شأن التصرف الدائر بين النفع و الضرر، ففي القانون المدني وضع هذه التصرفات تحت طائلة الإبطال، أما في قانون الأسرة أخذ برأي الفقه الإسلامي، أي أخذ بفكرة وقف النفاذ مثل هذا التصرف على الإجازة و ذلك بموجب نص المادة 83 من قانون الأسرة.

فتصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع و الضرر تأخذ حكما مزدوجا، فهي موقوفة على الإجازة في قانون الأسرة، و قابلة للإبطال في القانون المدني، فنلاحظ أن القانونين متناقضين.

¹ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

فالعقد الموقوف لا ينتج آثاره إلا أن يتم إجازته، أما القابل للإبطال فهو ينتج آثاره إلى أن يتم بطلانه.¹

فيرى الأستاذ محمد سعيد جعفرور فيما ذهب إليه عند قوله " و يا حبذا لو أن مشرعنا يسلك المسلك الثاني الذي يسلكه الفقه الإسلامي لا سيما أنه استقى منه المسائل الموضوعية المتعلقة بتصرفات القاصر المميز".²

طبقا لنص المادة 123(ق.أ.ج) التي تقضي بأنه: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".³

كما أن القانون المدني في حد ذاته قد أحال في المادة 79 منه فيما يخص قواعد الأهلية إلى الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة.

¹ سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 141_142.

² محند سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 29.

³ قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

الخاتمة

بعد دارستنا لهذا الموضوع والإحاطة بمختلف جوانبه توصلنا إلى أن المشرع الجزائري قد وضع عدة آليات ووسائل لحماية القصر ومنها الولاية في عقد الزواج، الحضانة، الكفالة، الولاية على المال، الوصاية، والتقديم، وأخيرا الميراث، فكل آلية من هذه الآليات شرعت للعناية والحفاظ بالقصر سواء على أنفسهم أو على أموالهم من كل ضرر وخطر يحيطان بهم.

ومن خلال البحث تبين لنا إهتمام المشرع الجزائري بالقصر لم يظهر بصورة واضحة مقارنة بإهتمامه بعقد الزواج والآثار المترتبة عليه، إذ ركز على توضيح الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الزوجين دون التطرق إلى ثمره هذا الزواج والمسمى بالطفل الذي يستوجب علينا رعايته وحمايته كفرد أساسي وفعال في المجتمع، لذلك فمن المستحب تخصيص فصل مع ين للقصر وتحديد الحماية المقررة لهم، وليس فقط الإشارة إليها من خلال المواد المتعلقة بآثار عقد الزواج كال نسب، الحضانة، والكفالة... إلخ.

و بالرغم من إهتمام المشرع الجزائري على حقوق الطفل و حمايتها من خلال نصوص قانون الأسرة التي تنسجم إلى حد بعيد للمواثيق و الإتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الطفل خاصة الإتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل لسنة 1989، التي صادقت عليها الجزائر مع التحفظ على بعض بنودها التي لا تتماشى مع تعاليم الدين الإسلامي كفكرة التبني مثلا. فكان من الضروري على المشرع الإعتماد على الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية التي تجد مصدرها في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، لأن الحقوق المقررة فيها عالمية معترف بها لجميع الأطفال مسلمين كانوا أو غير مسلمين، كما إشملت وعالجت الشريعة الإسلامية جل حقوق الطفل.

و ما يلفت الانتباه أن حقوق الطفل بصفة عامة لا توجد في وثيقة واحدة، و إنما جاءت النصوص المتعلقة بالطفل مبعثرة، ليس المقصود نصوص قانون الأسرة فقط، و إنما التشريعات الأخرى كذلك كالقانون المدني و قانون الحالة المدنية، و قانون العقوبات... إلخ.

و بالرغم من أن الحماية التي قررها المشرع للطفل من خلال نصوص قانون الأسرة هي حماية تنسجم إلى حد كبير مع المواثيق والإتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الطفل، ومع أحكام الشريعة الإسلامية خاصة بعد التعديل الأخير الذي أجري على قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، عن طريق تطرقه إلى الكثير من الحقوق المتعلقة بالطفل، فهذا لا عن طريق تطرقه إلى الكثير من الحقوق المتعلقة بالطفل، إلا أنه من الناحية الواقعية تشوبها عدة ثغرات ونقائص وغموض في تلك الحماية، إلا أنه لم يقض عليها بصفة كلية حيث بقيت بعضها معلقة بدون نص و لا توضيح خاصة ما يتعلق بمسألة النسب و هذا ما تم توضيحه.

كما تم الإعمال بمختلف المذاهب الفقهية الأربعة، و ذلك ما نتج عنه غموض في الكثير من المسائل، خصوصا و أن المادة 222 (ق.أ.ج) لم توضح في حالة إحالتها على الشريعة الإسلامية، أي المذهب الأربعة الواجبة الأخذ بها.

كما أنه أغفل بعض الحقوق لها أهميتها في حماية الطفل، كاختيار الزوجة الصالحة، وحماية الجنين في بطن أمه بالنفقة عليه و منع إجهاضه، و تحريم الزنا إلخ.

لهذا على المشرع سد تلك الثغرات وإزالة الغموض الذي يكتنف بعض النصوص، كما يجب أن تكون حماية الطفل منسجمة مع كل النصوص القانونية. كما أغفل أيضا في نضام الولاية مجلس العائلة رغم أهميته.

حتى تأخذ هذه الحماية مفعولها بصفة كلية، على المشرع الجزائري أن يدقق في النقائص و الغموض الذي يكتنف مواد قانون الأسرة بصفة عامة ، و أخص بالذكر المواد المتعلقة بأموال الطفل القاصر ، و نظام الولاية ، و كذا بالنسبة لحكم تصرفاته ، كما سبق و أن بينت ذلك في صلب الموضوع ، فلا يمكن القول أن الطفل القاصر يتمتع بالحماية القانونية

بموجب مواد قانون الأسرة، ذلك أن الحماية التي أعطيت له قد أخذت بموجب هذه النقائص التي تكتنف هذه المواد وبالتالي يحوم الغموض هذه الحماية.

في الأخير نصل إلى القول أن الآليات القانوني التي كرسها المشرع الجزائري و إن كانت مقبولة لكنها غير كافية نظرا للثغرات التي تبدو أثناء التطبيق، و لذلك نقترح العمل ببعض التوصيات التالية:

1/ على المشرع أن يخص حقوق الطفل جميعها بفصل خاص بها مستقل و عدم إدراجها كأثار للزواج فقط، فهذا يعد استصغارا لهذه الحقوق و عدم إيلاءها أهميتها الخاصة.

2/ نقترح تعديل المادة 41 بإضافة بند يتضمن تقييد إستعمال اللعان الذي ينفي النسب للطفل و حتى إن أثبت ذلك بطرق علمي ADN فهذا إهدار لكل حقوق الطفل و رغم ثبوتها له.

3/ نظرا لتناقض الوارد بين المادة 213 ق أج و المادة 13 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم فإنه يستوجب تعديل هذه الاخيرة لتفادي التناقض.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولاً: الكتب

1. ابن القيم و يسري السيد، جامع الفقه، ج6، ط1، الوفاء المنصورة، 2001م_1421هـ.
2. ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، موسعة الرسالة، 1422هـ_2001م.
3. أبو محمد عبد الله بن قدامة، المغني، ج 16.
4. أبي إساق إبراهيم علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 3، ط 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1990.
5. أبي بكر الحسن بن حسن الكشاوي الكسادي، أحكام العلاقة ال زوجية على مذهب السادة المالكية، ط. 1، مؤسسة الكنب الثقافية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2010.
6. أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، المجلد الخامس، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1999.
7. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 1، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الأموال، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر.

قائمة المراجع

8. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبق لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنتة، دط، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010.
9. أحمد لعورو نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
10. اشرف عبد الرازق ويح، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، د ط، دارالنهضة العربية للنشر، القاهرة.
11. إقروفة زبيدة، الإكتشفات الطبية و البيولوجية و أثرها على النسب، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار الأمل، تيزي وزو، 2012.
12. الإمام الجليل، المحلي، ج 10 ، دار الطباعة المنيرية ، مصر.
13. الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية.
14. أوديت الياس اسكندر، شعبان عبد العاطي عطية، محسن احمد عبد الرحمن، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون . المطابع الأميرية، القاهرة.
15. البصري أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب، التقرير، ج 2، ط 1، دار الغرب الإسلامي، - بيروت- لبنان، 1987.
16. البهوتي منصور بن يونس، الروض المربع: شرح ا زد المستقنع، دار المؤيد.

قائمة المراجع

17. التكروري عثمان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.
18. تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ط2، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
19. حبار أمال، الوجيز في التنفيذ طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار الغرب للنشر و التوزيع، 2011.
20. حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي و النسب، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
21. حسين محمود عند الدايم، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
22. حمدي كمال، المواريث، الهبة، الوصية، منشأة المعارف، مصر، 1991.
23. حمدي كمال، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

قائمة المراجع

24. خلاف عبد الوهاب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
25. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، عالم الكتاب القاهرة، 1980.
26. رمضان علي السيد السرنباص، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان. 2002.
27. الرملي، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، الطبعة الاخيرة.
28. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط.2، دار الفكر، سوريا، 1975.
29. زبيدة اقروفة ، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ،دار الهدى ،الجزائر، 2010.
30. السرطاوي محم ود علي، فقه الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، ط1، دار الفكر، الأردن، 2008.
31. سعد عبد العزيز ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
32. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج. 1، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1988.

قائمة المراجع

33. سعيد سالم جويلي، مفهوم حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
34. السيد السابق، فقه السنة، ج2، دط، دار الفتح للإعلام العربي، مصر 26.
35. صالح فرحة زراوي، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي-الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري، نشر و توزيع ابن خلدون، الجزائر.
36. البخاري، الصحيح، دار المعرفة، بيروت، في باب هذا ما صالح فلان بن فلان كتاب الصلح، ج 1.
37. صقر عطية، موسوعة الأسرة تحت رعاية الاسلام، الجزء الرابع، تربية الأولاد في الاسلام، مكتبة وهبة، مصر، 2007.
38. صقر نبيل، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
39. صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى للنشر و الطباعة والتوزيع، الجزائر، 2008.
40. عامر بن عيسى اللهو، الكفاءة في النسب وحكمها في النكاح، المدرس في كلية المعلمين في الدمام بالسعودية، 1429هـ.

قائمة المراجع

41. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام)، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
42. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة و الجماعة دار الكتب العلمية، لبنان.
43. عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، دراسة فقهية مقارنة، ط2، دار الآفاق المغربية للنشر، المغرب، 2010.
44. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، بين الفقه الإسلامي و قانون الاسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع الجزائر.
45. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل الجديد، ط 2، دارهومة للنشر، الجزائر، 2008، 2009.
46. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، ط4، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012.
47. عبدالله بن عبدالعزيز العنقري ، الروض المربع، مطبعة الرياض، ج1.
48. عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، ط1 ن دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
49. عبد الله يوسف، موسوعة الأحوال الشخصية، ج 2، الإسكندرية.

قائمة المراجع

50. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
51. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث و الوصية، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
52. عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النفط و الأجنة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط 1، دار . النهضة العربية، 2001.
53. العلامة احمد الدريدي، الشرح الصغير، دار المعارف بمصر ج 1.
54. علي أحمد، الكفالة في ضوء الكتاب و السنة و التطبيق المعاصر.
55. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
56. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
57. فاطمة شحاتة، أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

قائمة المراجع

58. فراج أحمد حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقرب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998 .
59. فضيلة الشيخ عطية صقر، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام، تربية الأولاد في الإسلام، ج 4، مكتبة وهبة، مصر، 2002 .
60. كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، دار الكتب القانونية مصر، 1982.
61. كمال صالح، الزواج العرفي ومنازعات البنوة في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2005 .
62. لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى من قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
63. محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية قانونية، د ط ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1997 .
64. محمد إبراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة الطلاق، ط 2، مكتبة الإيمان بالمنصورة، جامعة الأزهر.
65. محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1987.

قائمة المراجع

66. محمد بن إبراهيم التويجري، مختصر الفقه الإسلامي، ط15، دار أصدقاء المجتمع للنشر و التوزيع، السعودية، 2013م_1435هـ.
67. محمد عاشق الهى البرني، التسهيل الضروري لمسائل القُدوري، ج 2، مكتبة الشيخ كراتشي، المملكة العربية السعودية، . 1412 هـ.
68. محمد أمين بن عابدين الرملي، حاشية ابن عابدين، دار الفكر بيروت، 142 هـ، ج 2.
69. مالك، الموطأ، دارالفكر، بيروت، ج 2.
70. محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية.
71. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث و الوصية و حق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن و القانون، دار وائل للنشر، الأردن 2007.
72. محمد بن إبراهيم الموسي، نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)، ج2، السعودية، 1411هـ_1991م.
73. محمد بن علي الشوكاني، أحاديث الأحكام، دار الحديث، ط1، 1413هـ_1993م.
74. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر، الأردن، 2010.

قائمة المراجع

75. محمد سلام مذاور، مدخل الفقه الاسلامي، تاريخه وصادره و نظرياته العامة، دار الفكر العربي، القاهرة.
76. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء الأول (النظرية العامة للإلتزام، مصادر للإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
77. محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الإسلام، مقاصد و قواعده، منشأ المعارف، مصر، 1999.
78. محمد فريد الشافعي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، دار البيان، القاهرة، 2006
79. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ط 4 ، بيروت، 1982.
80. محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
81. محند سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، دار هومه ، الجزائر، 2002.

قائمة المراجع

82. مصطفى محمد شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، لبنان.
83. ممدوح عزمي، عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
84. المومني أحمد محمد، نواهضة إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار المسيرة، عمان، 2009.
85. مراد كاملي، الوجيز في قانون الأسرة، جامعة العربي بن م أم البواقي، 2009_2010.
86. الموسوعة العربية العالمية، ج27، ط2، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر و التوزيع، الرياض، 1999.
87. الموسوعة الفقهية، ط. 2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1990.
88. الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الجزء السابع، حجاب_حفيد.
99. منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح ا زد المستنقع، دار المؤيد.
90. نسرين شريقي و كمال بوفورورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر_دار البيضاء_الجزائر، 2013.
91. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، دمشق، 1985.

قائمة المراجع

ثانيا: الرسائل و المذكرات

أ.الرسائل

01. إبراهيم صالح، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجزائئية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.

02. بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، سالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2013_2014.

03. عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، 2000.

04. يمينة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 1، 1431-1432 هـ _ 2010-2011م.

ب.المذكرات

01. . إبراهيم الشيخ احمد، حضانة الطفل الصغير في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير الآداب فى الدراسات الاسلامية، السودان.

02. أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي و التلقيح الإصطناعي، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، سنة 2000.

قائمة المراجع

03. بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في الحقوق، جامعة قاصدي مرباح - ورقلة، 2010_2011.
04. بن عصمان نسرین إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2009/2008.
05. بن مشرّن خيرالدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2011_2012.
06. بوهنتالة عبد القادر، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر - باتنة، 2009_2010.
07. حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001 .
08. سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري، مذكرة الماجستير، كلية إبراهيم لعرج و آخرون، أحكام كفالة القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة.
09. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الاسرة، مذكرة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة الجزائر _ بن عكنون، السنة الجامعية 2007_2008.
10. سهير سلامة حافظ الأغا، قواعد النسب في ضوء علم الوراثة مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010 .

قائمة المراجع

11. صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة الماجستير، جامعة الجزائر _ بن عكنون 2006_2007.
12. علال أمال، التبني و الكفالة، دراية مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق لجامعة أبو بكر بلقايد_ تلمسان، 2008_2009.
13. فاطمة عبد الصمد الحمادي، أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مذكرة ماجستير، جامعة المدينة العالمية، كلية العلوم الإسلامية، قسم الفقه و أصوله، سنة 1433هـ - 2012م.
14. مداني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 كلية بن عكنون، 2011-2012.
15. مازن عبد القادر أحمد وادي، البيئة الشخصية في الشريعة الإسلامية و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية بقطاع غزة، مذكرة ماجستير ،الجامعة الإسلامية_ غزة، 1428هـ_2007م.
16. هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، دا رسة فقهية مقارنة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر_ غزة، 2013_2014.
17. مقبل حنان و بلقايد نوال، دور البصمة الوراثية فب الإثبات الجنائي، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم الياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012.

قائمة المراجع

18. ريمه مخبي، علاء بوتهلولة، إثبات النسب في ضوء التشريح الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، دفعة الخامسة عشرة، 2007.
19. زهرة بلقرقيد، الحماية القانونية للأطفال غير الشرعيين، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007_2010.
20. حميدي حاج، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الاصطناعي، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، 2009.
21. سلاف بومجان، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة السادسة عشر، 2008.
22. عقيلة بوعشة، الكفالة في قانون الأسرة و الشريعة الإسلامية، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001_2004.
23. قاسي عبد الله رؤوف، الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 12، الجزائر، 2001.
24. مالك طلبة، التبني و الكفالة، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشرة، 2003_2006.
25. عنتر نور الهدى، الكفالة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة الليسانس، كلية الحقوق و العلوم السياسية لجامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013_2014.

قائمة المراجع

26. ميهوبي زهرة و معسي مريم و دكار العربي و آخرون، إثبات النسب زنفه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية العلوم القانونية و الإدارية، جامعة فرحات عباس،سطيف، 2012.
27. هاشم السيد أحمد عبد الرحيم الهاشمي، الولاية على المال في القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، رسالة الماجستير في أصول الفقه، الأردن، 1998.

ثالثا: النصوص القانونية

01. قانون رقم 84_11، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، بالأمر رقم 05_02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر. عدد 15، صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.
02. قانون رقم 08_09، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 8008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.د.ش، ع 21، المؤرخة في 17 ربيع الاول عام 1429، الموافق ل 23 أفريل 2008.
03. قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري.
04. قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن قانون الأوقاف.
05. القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف.
06. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1974 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.

قائمة المراجع

07. أمر رقم 75_85 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، متضمن القانون المدني، معدل و متمم بالأمر رقم 07_05 ، مؤرخ في 13 ماي 2007 ، ج.ر عدد 31، صادرة في 13 ، صادرة في 2007.
- رابعاً: المجلات
01. أسامة الحموي، التبني ومشكلة اللقطاء وأسباب ثبوت النسب، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 23، العدد 2، 2007.
02. إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التتم، معنى الولاية في الإسلام، مجلة الألوكة، تاريخ النشر: 2012/03/01.
03. مجلة الأحمدية، العدد الثالث، المحرم 142 هـ.
04. توفيق قادري، الحماية الدولية لحقوق الطفل، مدى تطبيق الجزائر للاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، . مجلة البحوث و الدراسات العلمية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، الجزائر، 2007.
05. حسن بن خالد حسن السندي، عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و الدراسات الإسلامية، العدد 44، ذو القعدة 1429 هـ.
06. علي بن هادية و بلحسن بليش و الجيلاني بن الحاج بحثي، القاموس الجديد للطالب، الطبعة السابعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
07. عز الدين كيل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي و مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مجلة الفكر العدد الثالث.

قائمة المراجع

08. مجلة العدل، العدد 54، حق النفقة للطفل دراسة فقهية مقارنة تطبيقية، 1433هـ.
09. المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1990.
10. المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1997.
11. المجلة القضائية ، سنة 2003.
12. المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2008.
13. المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2010.
15. المجلة القضائية، العدد 2، سنة 2011.

خامسا: القواميس

01. أحمد العبد و آخرون، المعجم الأساسي، المنظمة العربية للثقافة و العلوم.
02. علي بن هادية و بلحسن بليش و الجيلاني بن الحاج بحثى، القاموس الجديد للطالب، الطبعة السابعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
03. قاموس المنجد في اللغة و الأعلام، ط. 27 ، دار المشرق، بيروت، 1984.
04. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، مصر، 2004.

الفهرس

01.....	المقدمة.....
04.....	المبحث الأول: الحق في النسب.....
05.....	المطلب الأول: مفهوم النسب.....
04.....	الفرع الأول : التعريف اللغوي للنسب.....
05.....	الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي للنسب.....
06.....	المطلب الثاني: الطرق المنشئة لإثبات النسب.....
06.....	الفرع الأول : ثبوت النسب بالزواج الصحيح.....
06.....	أولاً- الزوجية القائمة على أساس عقد الزواج الصحيح.....
07.....	ثانياً- إمكانية الاتصال بين الزوجين.....
08.....	ثالثاً- ولادة الولد بين أقل وأقصى مدة الحمل.....
10.....	رابعاً- أن يكون الزوج يتصور منه الإنجاب.....
10.....	خامساً- عدم نفي الولد بالطرق الشرعية.....
11.....	الفرع الثاني: ثبوت نسب الولد بعد فرقة الزوجين.....
11.....	أولاً- ثبوت نسب ولد المطلقة قبل الدخول والخلوة.....
12.....	ثانياً- ثبوت نسب ولد المطلقة بعد الدخول.....
13.....	الفرع الثالث: ثبوت النسب في الزواج الفاسد.....
13.....	أولاً- تعريف ثبوت النسب في الزواج الفاسد.....

- 14.....ثانيا-شروط ثبوت النسب في الزواج الفاسد.....
- 14.....الفرع الرابع: ثبوت النسب بالوطء بالشبهة.....
- 15.....الفرع الخامس: ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي.....
- 15.....أولا- تعريف التلقيح الاصطناعي.....
- 16.....ثانيا - شروط ثبوت النسب بالتلقيح الاصطناعي.....
- 17.....المطلب الثالث: الطرق الكاشفة لإثبات النسب.....
- 18.....الفرع الأول: ثبوت النسب بالإقرار.....
- 18.....أولا - المقصود بالإقرار.....
- 18.....ثانيا - مشروعية الإقرار.....
- 19.....ثالثا - أنواع الإقرار.....
- 22.....الفرع الثاني: ثبوت النسب بالبينة.....
- 22.....أولا - المقصود بالبينة في مسألة النسب.....
- 23.....ثانيا - مشروعية البينة.....
- 24.....ثالثا_ النصاب الشرعي و القانوني للبينة في إثبات النسب.....
- 25.....الفرع الثالث: ثبوت النسب بالبصمة الوراثية.....
- 25.....أولا- تعريف البصمة الوراثية.....
- 26.....ثانيا - خصائص البصمة الوراثية.....
- 26.....ثالثا - حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب.....

27.....	المبحث الثاني: الحق في الحضانة.....
28.....	المطلب الأول: مفهوم الحضانة.....
28.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للحضانة.....
28.....	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي الشرعي للحضانة.....
29.....	الفرع الثالث: التعريف القانوني للحضانة.....
29.....	المطلب الثاني : أدلة مشروعية الحضانة.....
29.....	الفرع الأول: أدلة وجوب الحضانة في الكتاب.....
30.....	الفرع الثاني: أدلة وجوب الحضانة في السنة.....
31.....	الفرع الثالث: دليل وجوب الحضانة من الإجماع.....
31.....	المطلب الثالث : شروط ممارسة الحضانة.....
31.....	الفرع الأول: الشروط العامة في الرجال والنساء.....
32.....	أولاً- شرط البلوغ.....
33.....	ثانياً - شرط الإستقامة و حسن السيرة.....
34.....	ثالث - شرط القدرة.....
35.....	رابعاً - شرط الإسلام.....
36.....	الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بالنساء.....
39.....	الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بالرجال.....
40.....	المطلب الرابع: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة.....

40.....	الفرع الأول : ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه.
40.....	أولا- ترتيب الحنفية.
41.....	ثانيا - ترتيب المالكية.
42.....	ثالثا - ترتيب الشافعية.
42.....	الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في القانون الجزائري.
43.....	أولا : موقف المشرع الجزائري قبل التعديل.
43.....	ثانيا: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل.
44.....	المطلب الخامس : إنقضاء الحضانة.
44.....	الفرع الأول: إنقضاء الحضانة عند الفقهاء.
46.....	الفرع الثاني: إنقضاء الحضانة في التشريع الوضعي.
46.....	المبحث الثالث: الحق في الكفالة.
47.....	المطلب الأول: مفهوم الكفالة.
47.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للكفالة.
47.....	الفرع الثاني : التعريف الفقهي للكفالة.
48.....	الفرع الثالث: التعريف القانوني للكفالة.
48.....	أولا- الكفالة في القانون المدني.
49.....	ثانيا - الكفالة في قانون الأسرة.
50.....	المطلب الثاني: أدلة مشروعية الكفالة.

- 50.....الفرع الأول: أدلة مشروعية الكفالة من الكتاب
- 50.....الفرع الثاني: مشروعية الكفالة من السنة الشريفة
- 51.....الفرع الثالث: مشروعية الكفالة في قانون الأسرة
- 51.....المطلب الثالث: خصائص الكفالة
- 51.....أولاً - الكفالة عبارة عن عقد
- 52.....ثانياً - الكفالة عقد تبرعي
- 52.....ثالثاً - الكفالة عقد مؤقت
- 53.....رابعاً - الكفالة عقد ملزم لطرف واحد
- 53.....خامساً - الكفالة عقد شرعي
- 53.....سادساً - الكفالة ترد على القاصر دون غيره
- 54.....سابعاً - الكفالة تحافظ على الأنساب
- 54.....المطلب الرابع: شروط عقد الكفالة
- 54.....الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالكافل
- 54.....أولاً - الإسلام
- 55.....ثانياً - لعقل
- 55.....ثالثاً - الأهلية
- 56.....رابعاً - القدرة على رعاية الولد المكفول
- 56.....الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول

- 57.....أولاً- أن يكون المكفول قاصراً.
- 57.....ثانياً - أن يكون مجهول أو معلوم النسب.
- 58.....المطلب الخامس: إجراءات انعقاد الكفالة.
- 58.....الفرع الأول: إجراءات انعقاد الكفالة أمام الجهات القضائي.
- 59.....أولاً: بالنسبة لملف معلوم النسب.
- 60.....ثانياً: بالنسبة لملف مجهول النسب.
- 60.....الفرع الثاني: إجراءات انعقاد عقد الكفالة أمام جهات غير قضائية.
- 60.....أولاً- أمام الموثق.
- 61.....ثانياً - أمام البعثات الدبلوماسية.
- 62.....المطلب السادس: طرق انقضاء عقد الكفالة.
- 62.....الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد الكفالة.
- 62.....أولاً- سقوط الكفالة لتخلف أحد الشروط الواردة في المادة 118 (ق.أ.ج).
- 64.....ثانياً- وفاة أحد طرفي عقد الكفالة.
- 65.....الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد الكفالة.
- 65.....أولاً- طلب الأبوين الأصليين عودة المكفول إلى ولايتهما.
- 67.....ثانياً- التخلي عن الكفالة.
- 69.....الفصل الثاني.
- 69.....المبحث الأول: الحقوق المالية للطفل.

69.....	المطلب الأول: الحق في النفقة.....
69.....	الفرع الأول: مفهوم النفقة.....
70.....	أولاً- التعريف اللغوي للنفقة.....
70.....	ثانياً- التعريف الإصطلاحي للنفقة.....
70.....	ثالثاً- التعريف القانوني للنفقة.....
71.....	الفرع الثاني: أدلة مشروعية النفقة.....
71.....	أولاً- أدلة مشروعية النفقة في الكتاب.....
71.....	ثانياً- أدلة مشروعية النفقة من السنة الشريفة.....
72.....	ثالثاً- أدلة مشروعية النفقة من الإجماع و المعقول.....
73.....	الفرع الثالث: شروط إستحقاق الصغير للنفقة.....
73.....	الفرع الرابع: المكلف عن النفقة.....
73.....	أولاً- الأب.....
74.....	ثانياً- الأم.....
74.....	الفرع الخامس: تقدير النفقة.....
75.....	المطلب الثاني: الحق في الميراث.....
75.....	الفرع الأول: تعريف بالميراث في اللغة.....
76.....	الفرع الثاني: تعريف الميراث في الإصطلاح الشرعي.....
76.....	الفرع الثاني: أدلة مشروعية الميراث.....

- 76.....أولا- أدلة مشروعية الميراث في الكتاب
- 77.....ثانيا - أدلة مشروعية الميراث في السنة الشريفة
- 77.....ثالث - أدلة مشروعية الميراث في الإجماع
- 77.....الفرع الثالث: حق القاصر في الميراث
- 78.....المطلب الثالث: الحق في الوصية و الهبة
- 78.....الفرع الأول: الوصية
- 78.....أولا- تعريف الوصية
- 79.....ثانيا: أدلة مشروعية الوصية
- 81.....ثالثا: شروط صحة الوصية
- 83.....الفرع الثاني: الهبة
- 83.....أولا- تعريف الهبة
- 84.....ثانيا - أدلة مشروعية الهبة
- 84.....ثالث - حكم الهبة للصبي
- 85.....رابعا- الرجوع في الهبة
- 86.....المطلب الرابع: الحق في الوقف
- 87.....الفرع الأول : مفهوم الوقف
- 87.....أولا: التعريف اللغوي للوقف
- 87.....ثانيا :التعريف الإصطلاحي للوقف

89.....	الفرع الثاني : الوقف على الأولاد.....
89.....	أولا- الوقف على الأولاد في الفقه الإسلامي.....
90.....	ثانيا- الوقف على الأولاد في القانون الجزائري.....
91.....	المبحث الثاني: إدارة الغير أموال القاصر.....
91.....	المطلب الأول: الولاية على أموال الطفل.....
91.....	الفرع الأول: مفهوم الولاية على أموال الطفل.....
92.....	أولا- تعريف الولاية على أموال الطفل.....
92.....	ثانيا- أدلة مشروعية الولاية.....
93.....	ثالث- شروط الولاية على المال.....
93.....	الفرع الثاني: الأحق بالولاية على المال.....
94.....	الفرع الثالث: سلطات الولي.....
95.....	أولا- التسيير المباشر لأموال القصر.....
96.....	ثانيا- التسيير غير المباشر لأموال القصر.....
98.....	الفرع الرابع: إنقضاء الولاية على المال.....
99.....	أولا- العجز الطبيعي.....
99.....	ثانيا- العجز القانوني.....
100.....	المطلب الثاني: الوصي.....
100.....	الفرع الأول: تعريف الوصاية.....

100.....	الفرع الثاني: شروط الوصاية.
101.....	أولاً - الشروط المتعلقة بالتعيين.
101.....	ثانياً - الشروط المتعلقة بالوصي.
102.....	ثالثاً - الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته.
102.....	الفرع الثالث: سلطات الوصي.
103.....	الفرع الرابع: إنقضاء الوصاية على أموال الطفل.
103.....	أولاً - الإنقضاء الطبيعي.
105.....	ثانياً - الإنقضاء القانوني.
106.....	المطلب الرابع: المقدم.
106.....	الفرع الأول: تعريف المقدم.
106.....	الفرع الثاني: الأحكام التي يخضع لها المقدم.
108.....	المطلب الخامس: الكفيل على مال القاصر.
108.....	الفرع الأول: المقصود بالكفالة على المال.
108.....	الفرع الثاني: شروط الكفالة على المال.
109.....	الفرع الثالث: إدارة أموال المكفول.
110.....	المبحث الثالث: إدارة القاصر لأمواله.
110.....	المطلب الأول: حصول القاصر على الإنذ.
110.....	الفرع الأول: المقصود بالطفل القاصر.

111.....	أولاً- دور قبل الولادة.....
112.....	ثانياً- دور الانفصال إلى التمييز.....
112.....	ثالثاً- دور التمييز إلى البلوغ.....
113.....	رابعاً- دور البلوغ.....
113.....	الفرع الثاني: المقصود بالقاصر المرشد.....
114.....	الفرع الثالث : كيفية منح الإذن.....
116.....	المطلب الثاني: أنواع التصرفات القانونية التي يبرمها القاصر.....
117.....	الفرع الأول : التصرفات النافعة نفعا محضاً.....
117.....	الفرع الثاني: التصرفات الضارة ضرراً محضاً.....
117.....	الفرع الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر.....
118.....	المطلب الثالث : حكم تصرفات القاصر القانونية.....
119.....	الفرع الأول: حكم التصرفات النافعة نفعا محضاً.....
120.....	الفرع الثاني: حكم التصرفات الضارة ضرراً محضاً.....
121.....	الفرع الثالث: حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر.....
124.....	خاتمة.....
126.....	قائمة المراجع.....
145.....	الفهــــــــــــــــرس