بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

- قسنطينة -

كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية — قسم الشريعة والقانون

رقم التسجيل...../..... — - دراسات عليا -

الرقم التسلسلي..... — تخصص أحوال شخصية

السلطة الأبوية

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والفرنسي

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون

إعداد الطالب:
عبد الفتاح حمادي

إشراف الأستاذ الدكتور:
سعيد فكرة

أعضـــاء اللجـــنة	الرتبـــــــة	الجامعة الأصلية	الصـــــفة
أ.د/ سعاد سطحي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر	رئيسا
أ.د/ سعيد فكرة	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة	مشرفا ومقـررا
أ.د/ فريدة زوزو	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	عـضوا منـاقشا
أ.د/ سبتي بن ستيرة	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر	عـضوا منـاقشا

السنة الجامعية: 1428- 1429 هـ/2007- 2008

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

كلمة شكر

عرفانا بالفضل وإجلالا لجميل الصنع يطيب لي أن أسجل عظيم امتناني وبالغ شكري لأستاذي الفاضل الدكتور سعيد فكرة على ما تكرم به علي من توجيه ونصح ، وعلى ما أولاني من عون وتشجيع فجزاه الله عني خير الجزاء.

وشكري موصول أيضا إلى أساتذتي الكرام - أعضاء لجنة المناقشة - على تحملهم جهد قراءة هذا البحث ومناقشته.

كما لا يسعني إلا كلمة وفاء وثناء لهيئة أساتذة الشريعة بالجامعة الأستاذ الدكتور نصر سلمان على تذليله لصعاب البحث وإجراءاته العلمية.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الحمد لله الذي علم فألهم ، وتفضل فأنعم ، ودعا للتي هي أقوم . والصلاة والسلام على مسك الختام وخير الأنام ؛ محمد عليه أفضل الصلاة والسلام .

أما بعد

فتحتل الأسرة مركزا هاما بين المؤسسات الاجتماعية التي تعنى بتربية النشء ، بما يملكه الأولياء من سلطة تخول لهم – في شقها الشخصي – حق الرعاية و التنشئة التربوية ، عبر تهيئة الجو الملائم والاستقرار النفسي و العاطفي للأبناء ، فضلا عن العمل المادي ماليا على تحقيق أسباب الشعور بالأمن و الطمأنينة من خلال دفئ العاطفة و المحبة و العلاقات الأبوية السوية . بينما تتجه – في شقها المالي – إلى رعاية مال القصر بصنوف التصرفات . وتنميته ، و حياطته بأسباب تكفل بقاءه وصرفه في مصالحهم .

وقد أسس الإسلام للعلاقات السوية داخل الأسرة ، ورسخ قواعدها ، ونظم أحكامها على الصعيد الشخصي والمالي للولاية الأبوية ، وأحاطها بسياج من الأمن والحماية والعدل الذي يحفظ حقوق الصغار و يصون مصالحهم ؛ فأوكل ولاية النظر والتصرف إلى الآباء الذين هم مظنة الشفقة والحنان وقوة الرأي وسداد والنظر . وجعل حق الحضانة إلى الأمهات اللواتي هن أقدر على الملازمة و أرفق بحوائج الصغار وأصبر على القيام بها ، وفي ذلك زيادة منفعة لهم . وحمّل الآباء تبعا لذلك كل التبعات التي قد تنجر عن الخطأ أو الإهمال نتيجة الإخلال بأحد التزامات هاته السلطة ، فالطفل يولد على الفطرة – كما قال الرسول صلى الله عليه و سلم –و بيئة أسرته مسؤولة إلى حد كبير عن مدى صلاح أو فساد تنشئته وتكوينه.

وفي ظل التغيرات الكثيرة ، و المستجدات المتتابعة ، و نتيجة التأثيرات الحضارية و العلمية المختلفة التي يشهدها العصر تغيرت خارطة هذه السلطة وتشعبت بشكل كبير على مستوى التنظيم القانوني والاجتهاد القضائي . حتى أخذت لها صورا متعددة وأنظمة متفارقة ، وحازت الاهتمام المحلي والدولي ، ونُظمت لها المؤتمرات والملتقيات . وأبرمت الاتفاقيات والمعاهدات بين الدول والمؤسسات الرعائية المختصة بشؤون الأسرة وحقوق الأطفال . وهذا ما يجعل من إجراء دراسات معمقة وموسعة ؛ لاستجلاء ماهية السلطة الأبوية و سر ربطها بضوابط معينة ، أمرا ذو بال . وفي هذا السياق جاء هذا البحث الموسوم بـ: **السلطة الأبوية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريعين الجزائري والفرنسي** .

أولا الإشكالية :

الإشكالية المحورية لهذا البحث تدور حول نقطة هي : إلى أي مدى وفق التشريع الجزائري ونظيره الفرنسي– في تنظيمهما وتقنينهما للسلطة الأبوية في ضوء المضامين الشرعية والفقهية ــ إلى تحقيق مصلحة الأبناء ورعاية حقوقهم ؟

و تتولد عن هاته الإشكالية تساؤلات ثانوية تستوجب الحل هي :

1- ما هي الضوابط و الشروط التي ناطها المشرعين بحق ممارسة السلطة الأبوية على الأبناء ؟؟

2- ثم وفي حال الإخلال بأحد التزامات هذه السلطة هل رتب المشرعان تبعات وآثار على المستوى الجزائي و المدني لتحول دون تكرر مثل هذه الخروقات ؟؟

3- ما هي نظرة القانون الفرنسي إلى نظام حماية القصر و نهجه التقنيني المتبع في ذلك ؟؟

4- هل وافق التشريعان الجزائري و الفرنسي ، فيما يتعلق بالسلطة الأبوية ، أحكام الشريعة الإسلامية؟؟

- ثانيا أسباب و دوافع البحث :

إن أسباب اختيارنا لموضوع السلطة الأبوية يكمن في :

1- الرغبة الجامحة للبحث في مجال السلطة الأبوية و التي يأتي على رأسها حق التنشئة و الرعاية فضلا عن التبعات التي تطرحها هذه المسؤولية الفطرية على الأبوين في حال الإخلال بأحد التزاماتها.

2- محاولة إجراء دراسة مقارنة بين ما توصل إليه فقهاء القانون الوضعي في هذا الشأن ، وبخاصة قضايا الأحوال الشخصية منها ، وما قررته الشريعة الإسلامية الحنيفة في ذات المجال .

3- التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر رقم 05 / 02 بشأن الأبوية و القسط الكبير الذي نالها من تعديلاته.

4- غياب الدراسات المقارنة المتعلقة بالقانون الجزائري للأسرة وكذا قوانين الأحوال الشخصية العربية فضلا عن الغربية منها.

- ثالثا أهداف البحث :

يسعى البحث إلى العديد من الأهداف و الغايات نقتصر على ذكر أهمها :

1- تحديد مضامين السلطة الأبوية من خلال تقصي عناصرها في ضوء الضوابط التي أناطها بها الشرع وما ركن إليه المشرع الجزائري قبل وبعد التعديل ، مع رصد التطور التاريخي لأحكام وقرارات الاجتهاد القضائي .

2- تباين التبعات التي رتبها المشرع في حال الإخلال بالتزامات هاته السلطة سواء على المستوى المدني أو الجزائي.

- رابعا الدراسات السابقة :

كل ما كتب في موضوع السلطة الأبوية – حسب علم الباحث – لم يتعد أن يكون : مقالا في مجلة أو جزءا مبثوثا في ثنايا كتاب من كتب الفقه أو القانون ، فلم يحظ هذا الموضوع بدراسة مقارنة ومستقلة في التشريع الجزائري .

فضلا عن أن معظم الدراسات التي تناولت الموضوع إما أن تكون فقهية الطرح عبر تأصيل موضوع الولاية بالطريقة المعهودة في كتب الفقه القديمة[1] ، أو قانونية عبر تناول أحد أنظمة حماية القصر لكن بطريقة مجملة يكتنفها غموض المفهوم وعدم وضوح الأساس[2] ، أو مجزأة[3] ومنصبة فقط على عنصر من عناصر هاته السلطة دون أن تحيط بها إحاطة دقيقة و شاملة أو حتى مقارنة. وهذا بخلاف الدراسات الأجنبية - وسيما الفرنسية منها – إذ جاءت مسهبة ومفصلة ، وعالجت مختلف عناصر و مشتملات السلطة الأبوية في ضوء التشريعات الفرنسية المقررة ، والرؤى الفقهية المعتمدة[4].

- خامسا المنهج :

اتبعنا في الإعداد لهاته الدراسة منهجا استقرائيا على مستوى النصوص الشرعية و الفقهية المتعلقة بالسلطة الأبوية ومن ثم تحليلها وتفكيكها وفق المنهج التحليلي لنصل إلى مقارنتها و عرضها على مواد قانون الأسرة الجزائري . و نظرا للطبيعة الخاصة التي تميز موضوع " السلطة الأبوية " لا سيما وأن هذا الاصطلاح فرنسي الصنعة و التقنين . كما أن الدراسات الفقهية الفرنسية فيه مسهبة ومنظمة على نحو

---

[1] – أبو زهرة :**الولاية على النفس** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.ط ، د.ت. عبد السلام الرفعي : **الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي** ، إفريقيا الشرق ، المغرب ، د.ط، 1996 .

[2] – **المنياوي** : محمد حسنين بن مخلوف : **المقارنات الشريعة** ، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام المالك ، تحقيق محمد أحمد السراج وعلي جمعة محمد ، دار السلام للطباعة والنشر ، مصر، ط 1 ، 1420، 1999. عبد الله السيد : **المقارنات التشريعية**، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرون ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، 2001.

[3] – حورية تاغلابت : **الولاية على النفس** ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري ، رسالة ماجستير الفقه و أصوله ، غير منشورة ، المعهد الوطني العام للعلوم الإسلامية ، 1999.

- L. Hanifi : **La Responsabilité Civile Des Père et Mère Du Fait De Leur Enfants Mineurs**, RASJEP., Algérie.

[4]- I. Carbonnier : **Autorité Parentale** : La Jouissance légale , Juris-Classeur , France , civil , art. 371 à 387 , fasc. 50 . - M. Huyette : **Autorité Parentale** , Assistance Educative , Juris-Classeur , France , 2002 , civil , art. 391 et 387 , fasc. 640 . - C. Neirinck : **Retrait** , Juris-Classeur , France , 1998 , civil , art. 371 à 387 , fasc. 660 . - F. Dreifuss - Netter : **Atteintes A l'Exercice De l'Autorité Parentale** . Juris -Classeur . France .2001.Pénal .Art 227-5 à 227-110, fasc. 1030 .

أوضح مما عليه في التشريع الجزائري ، وهو أمر يجعل استجلاء نظرة التشريع الفرنسي بهذا الخصوص ضرورة ملحة لبحث مواطن الاتفاق و الاختلاف والتأثر و التأثير ، ثم عرض ذلك كله على الشريعة الإسلامية الغراء . وعليه فقد رأيت تخير التشريع الفرنسي من بين التشريعات الغربية في هذه الدراسة ، ملتزما في ذلك الضوابط التالية :

- اقتصرت على كتب الأئمة الأربعة والفقه الظاهري إن وجد .
- و منعا للتطويل فقد ابتعدت في عرض الآراء الفقهية عن المنهج الكلاسيكي الذي يعرض لكل مذهب على حدى ، و قمت بدل ذلك ببيانٍ موجَزٍ ومختصرٍ للرأي الفقهي مسنودا لأصحابه و مشفوعا بأقوى الأدلة و أصحها في الباب .
- قمت بتخريج جميع الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة .
- عند ذكر المصدر أو المرجع لأول مرة أذكر جميع معلومات النشر خاصته ، ثم ألتزام بذكر العنوان مختصرا ومرفوقا بلفظة "المرجع السابق "عند كل إعادة للإحالة عليه تفاديا للخلط بين مؤلفات الكاتب الواحد .
- أرمز بـ (د.ن) لعدم وجود دار النشر ، وبـ (د.ط) لعدم وجود رقم الطبيعة ، و بـ (د.ت) لعدم وجود تاريخ النشر .
- وفي ختام كل مبحث أعقد تقييما مختصرا لرؤى التشريعات المدروسة ، مبرزا مواطن الاتفاق والاختلاف ، والايجابيات والسلبيات .
- اقتصرت في الترجمة للأعلام على الشخصيات غير المشهورة أو المغمورة .
- اكتفيت في تخريج الأحاديث بعزوها إلى الصحيحين إن كانت صحيحة ، أو إلى باقي مصادر التخريج إن كانت غير ذلك مع إيراد درجتها .

– سادسا خطة البحث :

وقد قسمت دراسة بحث السلطة الأبوية إلى فصلين هما:

1–الفصل الأول :وعنونته بـ "ماهية السلطة الأبوية وضوابط إسنادها وممارستها" ، وتطرقت فيه إلى مفهوم السلطة الأبوية كمبحث أول ، أين تعرضت لتعريف السلطة الأبوية في اللغة والاصطلاح والقانون في المطلب الأول ، ثم رصدت في المطلب الثاني تطورات السلطة لدى أشهر النظم التشريعية و التشريعات الدينية القديمة ، لأنهي هذا المبحث بتفصيل عام لمضامين السلطة الأبوية و مشتملاتها المكونة لها في المطلب الثالث .

أما المبحث الثاني فقد خصصته لدراسة الضوابط التي تحكم إسنادها السلطة وممارستها ، فجاء نهجه على النسق التالي :

المطلب الأول :وذكرت فيه ضوابط إسناد السلطة و حالات توليها ، مفرقا بين المعايير المتفق عليها والمختلف فيها بين التشريعات محل الدراسة .

المطلب الثاني : وتكلمت فيه عن ممارسة السلطة الأبوية ، وما أفرزه الاختلاف في بعض معايير الإسناد على أنماط ممارسة عنصر الرقابة على الأولاد و حراستهم .

ثم تعرضت في المبحث الأخير من هذا الفصل لأسباب وعوامل انتهاء السلطة الأبوية سواء كان انتهاء حقيقيا بالموت والبلوغ ، أو حكميا بالإسقاط والموانع .

2-الفصل الثاني و المتعلق بأثر الإخلال بالتزامات الخطة الأبوية في حق الأولاد والقصير قسمته إلى قسمين :

أ-تناول المبحث الأول منهما أثر الإخلال الأبوي في شقه المدني عبر تحميل الطرف المقصر المسؤولية المدينة بحق الأضرار الناجمة عن الأبناء في إطار ما يعرف بالمسؤولية الأبوية عن فعل الغير. و فصلت في شأن طبيعة هذا اللون من المسؤولية ، والأساس المتميز الذي تبنى عليه وأسباب دفعها.

ب- المبحث الثاني: و الذي سلطت فيه الضوء على آثار الإخلال الأبوي في شقه الجزائي من خلال التعرض لأهم الصور الجرمية التي تمس بصفة مباشرة خلق وأمن وصحة القاصر .

و انتهاء بالخاتمة التي ضمنتها أهم نتائج البحث والثمرات التي خلصت إليها الدراسة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول: ماهية السلطة الأبوية وضوابط إسنادها وممارستها

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول: مفهوم السلطة الأبوية

المبحث الثاني : ضوابط إسناد السلطة وممارستها

المبحث الثالث انتهاء السلطة الأبوية

تمهيد:

لقد وعت الاتجاهات الفقهية الحديثة والتشريعات المعاصرة حقيقة وأهمية حماية القصر، وجعلت مصلحتهم فوق كل اعتبار ؛ لدرجة أخذ معها هذا المنحى بُعدا عالميا ودوليا ، وأضحى من العسير على أي قانون تجاهلها أو الغض منها. وعلى هذا سارت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري و القانون المدني الفرنسي في تنظيم أحكام الولاية الأبوية و تقنينها على قواعد واضحة ومتينة ، عبر إناطتها بالضوابط التي يراها كفيلة بألا تُضار مصالح الصغار أو تُمس حقوقهم .

ولسوف ننهج في دراستنا لهذا الموضوع الخطة التالية :

المبحث الأول : مفهوم السلطة الأبوية .

المبحث الثاني : ضوابط إسناد السلطة الأبوية وممارستها .

المبحث الثالث :انتهاء السلطة الأبوية .

المبحث الأول: مفهوم السلطة الأبوية

نتناول في هذا المبحث تعريف السلطة الأبوية من الناحية اللغوية و الناحية الاصطلاحية في مطلبين منفصلين .

المطلب الأول : تعريف السلطة الأبوية

وسنعمد إلى تعريف السلطة الأبوية لغويا في فرع أول ؛ مادام ذلك سيعيننا على استجلاء أصل الخلاف وجوهره بين الرؤية الشرعية والنظرة القانونية لتشريعين وضعيين مختلفتين بشأن إدارة شؤون الأبناء القصر وأموالهم ، لاسيما وأن مصطلح السلطة الأبوية قانوني الأصل ، ثم نتطرق في الفرع الآخر للتعريف الاصطلاحي .

الفرع الأول : السلطة الأبوية لغة

بما أن مصطلح السلطة الأبوية ، محل الدراسة ، هو مصطلح مركب فلا بد من التطرق للتعريف اللغوي لكل من مفردتيه على حدى .

البند الأول: السلطة في اللغة :

من سَلَط وسلَاطة .بمعنى القهر ، وقد سلّطه عليهم تسليطا فتسلّط عليهم ، والاسم سُلطة بالضم . والسلطان هو الولي ، والسُلْطان والسُلُطان بضم اللام وسكنها : قدرة الملك ، يُذكر ويُونث والجمع سلاطين . والسُلطان أيضا حجة الله والبرهان ، قال تعالى : ﴿ **هَلَكَ عَنِّي سُلْطَانِيَهْ** ﴾[1]؛ أي ذهبت عني حجتي ، ولذا قيل للأمراء سلاطين

[1] - [الحاقة : 29]

لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق . والنون في السلطان زائدة لأن أصل بنائه سليط ، وسلطان كل شيء حدته وشدته وسطوته ، فاللسان السليط ؛ الحديد والفصيح ، والحافر السلط والسليط إذا كان شديدا[1].

البند الثاني : الأبوية في اللغة :

من الأب وأصله أَبَوٌ ، بفتح الباء وضم الواو ، لأن جمعه آباء مثل قفا و أقفاء ، وفعله أبوت و أبيت إباوة ؛ إذا صرت أبا ، ويقال لليتيم ماله أب يأبوه أي يغذوه ويربيه ، ومنه قول شريك بن حيان العنبري يهجو أبا نخيلة : "يا أيهذا المدعي شريكا بيّن لنا وجَلِّ عن أبيك ..قد سألنا من يعزوك إلى أب فكلهم ينفيك ، فاطلب أبا نخلة من يأبوك ، وادع في فصيلة تُؤويك .." . والأبوة مصدر الأب كالعمومة والخؤولة ، والأبوان الأب والأم . وبعض العرب تقول في التثنية أبان على النقص ، وفي الإفاضة أبيك ، وإذا اجتمعت بالواو و النون قلت أبون كذا أخون و حمون .. قال الشاعر: بكين وفديننا بالأبينا . وعلى هذا قرأ بعضهم " وإله أبيك إبراهيم و إسماعيل وإسحاق" يريد جمع أب ؛ أي أبينك فحذف نون الإضافة . والعرب تجعل تاء التأنيث في يا أبت عوضا عن ياء الإضافة ، وتقول على سبيل المدح لا أبَ لك ولا أبًا لك ، وربما أقحمت الكاف لتصبح لا أباك [2] .

الفرع الثاني : السلطة الأبوية اصطلاحا

البند الأول :تعريف السلطة الأبوية في الشريعة الإسلامية

من الطبيعي ألا نجد تعريفا خاصا بالسلطة الأبوية لدى فقهاء الشريعة القدامى ، لاسيما وأن المصطلح صنعة قانونية حديثة [3].

---

[1] – ابن منظور، **لسان العرب**، تصنيف يوسف خياط ونديم مرعشلي ، دار لسان العرب ، بيروت ، د.ط ، د.ت ، ج 2 ، ص182 و183 . الرّازي،**مختار الصحاح**، تصحيح: أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1994م ، ج 1، ص130. ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر، د.ط ، د.ت ، ج 3 ، ص95. الزبيدي ، محمد مرتضي ، **تاج العروس** ، دار صادر، بيروت ، د.ط ، د.ت ، ج 5 ، ص 158 و 159 . الفيروز آبادي ، **القاموس المحيط** ، دار العلم بيروت ، د.ط ، د.ت ، ج 3 ، ص 365 و 366.

[2] – ابن منظور، **لسان العرب** ، المصدر السابق ، ص 1 ، ج 12 و13 . الرّازي ، **مختار الصحاح**، المصدر السابق ،ج 01، ص 2 .

[3] – سنرى بأن العديد من الباحثين و المؤرخين العرب ، في تأريخهم للأمم الغابرة ، يصطلحون على النظام الأبوي السائد في تلك المجتمعات اسم "السلطة الأبوية"ويريدون به السلطان الأبوي ، لأن اصطلاح السلطة الأبوية لم يظهر إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر . انظر على سبيل المثال :- أحمد أبو الوفا ، **تاريخ النظم القانونية وتطورها** ، الدار الجامعية ، بيروت ، د.ط،1984. أندريه إيمار و آخرون ، **تاريخ الحضارات العام** ، ترجمة فريد داغر ، منشورات عويدات ، بيروت ، ط 2 ، 1987. جيرار كورنو، **معجم المصطلحات القانونية** ، ترجمة منصور القاضي ، الدار الفرنسية الجامعية للدراسات ، بيروت ، ط 1، 1998 . دليلة فركوس ، **الوجيز في تاريخ النظم** ، دار النفائس ، الجزائر ، ط3 ، 1999.

حيث اكتفوا بتنظيم ما يقابلها ضمن ما يسمى "نظام الولاية "[1] ، والتي هي : "نفاذ القول على الغير شاء أو أبى "[2].

فإذا ما تعلقت هذه السلطة بمباشرة عقد من العقود التي تخص شخص العاقد نفسه من زواج أو طلاق أو بيع كانت الولاية أصلية ، وهذا النوع من الولاية لا يعني هذا البحث لأن هذه الولاية قاصرة على صاحبها . أما إذا كان تعلقها متعديا إلى شؤون الغير ، بالقيام بحوائجهم والإشراف على أموالهم والتصرف نيابة عنهم ، فإن الولاية تكون متعدية . وتنقسم هذه الولاية بدورها إلى ولاية عامة وخاصة ، فأما العامة فهي ولاية السلطان والحاكم والقاضي ، وأما الخاصة فهي التي تمنح للأولياء على شخص ، وأموال المتولين القصر. وتتفرع هذه الولاية بدورها إلى ثلاث أقسام بحسب مستقاها ومصدرها : فقد تثبت الولاية بتولية المالك فتكون توكيلا، وقد تكون وصاية أو قوامة بتنصيب القاضي ، أما إذا كان مصدر توليتها الشرع فهي ولاية الأب والجد . و قسم ولاية الأب هو الذي يعيننا في هذه الدراسة .

هذا وقد سعى بعض الفقهاء المحدثين ، إلى إيجاد مقاربة بين هذه الرؤى الفقهية و التوجه القانوني الحديث ، فحاول تعريف الولاية الأبوية أو السلطة الأبوية من منظور شرعي بحت ؛ حيث عرفها الأستاذ سيد عبد الله علي حسين بقوله :" السلطة الأبوية أو ولاية الأب هي حقوق ممنوحة للأب ، ولوصيه ، أو للحاكم ، محددة في التشريع الإسلامي على شخصية الولد ، وعلى أملاكه لمعاونته ، وحمايته حتى يصل إلى سن معين يسير بنفسه في الحياة.. "[3] ، غير أن هذا التعريف – رغم نصه صراحة على أحقية الأب للولاية على أبنائه – فإنه يبقى معيبا من جهتين :

---

[1] – تأتي الولاية في اللغة بمعان ثلاث هي : **أولا** – القرب والدنو: يقال تباعدنا بعد وَلْيٍ وكل مما يليك ؛ أي مما يقاربك ، و دارك ولْي داري ؛ أي قريب منها . و منه قوله عز وجل : ﴿ **أَوْلَى لَكَ فَأَوْلَى** ﴾ [القيامة : 34] بمعنى التوعد والتهديد ، أي الشر اقترب إليك أو دنوت من الهلكة . **ثانيا** – النصرة والنسب : فالولي هو الصديق والنصير قال ابن الأعرابي : الوَلِي التابع المحب والولي والمولى واحد في كلام العرب وهو العصبة و من ذلك قوله تعالى:﴿ **وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي** ﴾ [مريم : 5] والمولى الحليف وهو من انظم إليك فعز بعزك وامتنع بمنعتك . قال أبو الهيثم : المولى الناصر والمولى الولي الذي يلي أمرك . وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته ، و ولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها و لايدعها تستبد بالعقد دونه ،و تولى الابن أباه إذا اتخذه وليا. **ثالثا** : السلطان والإمارة ، يقال وَلِي الوالي البلد و وَلِي الرجل البيع ، و ولاه الأمير عمل كذا إذا تقلده . قال ابن السكيت : الوِلاية بالكسر السلطان والولاية بالفتح والكسر النصرة . وقال سيبويه الوَلاية بالفتح المصدر ، و بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته وقمت به . وقال الزجاج في قوله تعالى : ﴿ **مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ**﴾ [الأنفال :72] يقرأ وَلايتهم و وِلايتهم بفتح الواو وكسرها فمن فتحها جعلها من النصرة والنسب و الوِلاية التي بمنزلة الإمارة مكسورة ليُفصل بين المعنيين . ابن فارس ، **معجم مقاييس اللغة** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص95.

[2] – الجرجاني ، **التعريفات** ، تحقيق: إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ط1، 1985، ج 1، ص 329. وهو تعريف غير سديد لأنه يعرف الولاية ببيان حكمها لا بشرح حقيقتها . انظر : الزرقا أحمد ، **المدخل الفقهي العام** ، دار الفكر ، ط 1 ، 1968 ، ص 745 .

[3] – عبد الله السيد ، **المقارنات التشريعية**، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرون ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، 2001 ،ج1 ، ص 320 .

أما الأولى : منهما فإن هذا التعريف – كما ترى – غير مانع ، حيث أدخل مع الولاية الأبوية الوصاية ، وولاية السلطان . وأما الثانية : فقد لخص السلطة الأبوية في الحقوق فقط ، رغم أن أعباء والتزامات السلطة الأبوية أكثر بكثير من امتيازاتها و صلاحياتها ، على نحو ما سيتكشف لنا في مبحث عناصر السلطة الأبوية . وهذا فضلا عن أنه لم يحدد بدقة زمان انتهاء الولاية .

وعليه فيمكن تعريف الولاية الأبوية – من الزاوية الإسلامية – على أنها: " قيام الأب بشؤون الأبناء القصر ، والإشراف على مصالحهم فيما يختص بأشخاصهم و نفوسهم وأموالهم ، من الولادة وحتى البلوغ للذكر ، أو الدخول للأنثى ".

البند الثاني : السلطة الأبوية في القانون

أولا: السلطة الأبوية في القانون الجزائري

عرف التشريع الجزائري نظامين مختلفين بالنسبة لحماية الأبناء القصر قبل وبعد إصلاحات 05 -02 ؛ حيث كان يتبنى نظام " **السلطان الأبوي" La Puissance Paternelle** في ظل قانون الأسرة القديم (رقم 84-11) ، رغم عدم نصه على ذلك صراحة ؛ إذ أنه كان لا يزال يُلبسه لبوسا فقهيا باصطلاح لفظ "الولاية" عليه . إلا أن الاتجاه العام للمشرع يُثبت ذلك[1] ، لا سيما وأن إرادته بدت صريحة في بعض فروع القانون الأخرى باستعمال المصطلح القانوني الحديث ، فالقانون الجنائي مثلا يفضّل مصطلح " **السلطة الأبوية** " عند نصه على إسقاط السلطة عن أحد الأبوين ، وذات الأمر يُمكن أن يُقال على الأمر رقم 75 -26 المتعلق بحماية أخلاق الشباب[2].

أما تعريف المشرع للنظام الأبوي ، فبالوسع القول بأن تنظيم المشرع الجزائري للولاية في قانون الأسرة الجزائري – وهو المختص الأصيل بهذا اللون من الأحكام – شابه قصور قانوني مُشين ؛ إذ اقتصرت أحكام الباب الثاني من الفصل الثاني المتعلق أساسا بالولاية على تقنين الشق المالي لها ، دون التطرق للشؤون المتعلقة بنفس المولى عليه . وعليه فمن الطبيعي ألا نظفر بتعريف للولاية الأبوية ، بله السلطان الأبوي ، في قانون الأسرة بل وفي المنظومة القانونية ككل .

ثم جاء التعديل الجديد بالأمر رقم 05- 02 ليمثل هزّة ثورية عنيفة في أحكام الولاية ؛ حيث تغيرت المفاهيم والأسس القديمة ، وتغير معها النظام برمته . وتم استبداله بنظام جديد يجاري نظام السلطة الأبوية

---

[1] – سنرى في المبحث الثاني أن مضامين النظامين اللذين اتبعهما المشرع الجزائري لا تتواءم مع التسمية المطلقة عليهما .

[2] – راجع على سبيل المثال المادة 337 مكرر من القانون الجنائي و المواد 05، 16 من الأمر رقم 75/ 26 المؤرخ في29 أفريل 1975.

"L'Autorité Parentale " المعروف في فرنسا . وبرر المشرع هذا الاتجاه الجديد بتغير الأسر الجزائرية اجتماعيا من العوائل الأبوية ذات النظام الأحادي إلى العوائل المتعاونة ؛ أين أضحى دور الأم أكبر من أي وقت مضى ، وهذا ما استدعى تكريس المساواة بين الزوجين في ذلك ، على نحو ما نص عليه الدستور والشريعة السمحاء ، وليتم الانسجام بينها وبين الاتفاقيات الدولية المصادق عليها ، خصوصا ما تعلق منها بالقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة ، وتكريس حقوق الطفل واتفاقيات حقوق الإنسان . وبمقتضى هذا التعديل أضحى بوسع الأم الحلول محل الأب لإتمام التصرفات التي لها طابع الاستعجال في حال غيابه ، أو حصول مانع له . بل وإن كامل الولاية تسند لها ، و بصفة كاملة – تبعا لإسناد الحضانة – وهذا من أجل وضع حد للمشاكل و العراقيل التي تتعرض لها المطلقة الحاضنة في رعايتها للأبناء القصر[1].

وقد كان مأمولا من هذا التعديل أن يسد خلات النظام الأبوي السابق ، خصوصا ما تعلق منها بتحديد أطر سلطة الأبوين وتوضيح فحواها ، غير أن شيئا من ذلك لم يحدث رغم النصيب الملحوظ الذي نالها من هذا الإصلاح؟!! فقد تغاضى المشرع حتى عن توحيد النظام على مستواه الاصطلاحي بين فروع القانون المختلفة ، التي ظلت على طبعتها القديمة دون تغيير[2]. وهذا ما خلق ارتباكا واضحا على مستوى المنظومة القانونية [3].

وعليه فلا مناص من الاستنجاد بالفقه القانوني لتحديد مضامين هذه الأنظمة ، وتوضيح معالمها ، وإبراز أهدافها وأطرها :

1) **تعريف السلطان الأبوي** : لم نظفر إلا بتعريف وحيد للسلطان الأبوي للأستاذ غوثة بن ملحة ، الذي عرّفه بأنه :" مجموع الحقوق والامتيازات التي يمنحها القانون للأب ابتداء ، وللأم في حال غيابه ، على شخص ومال أولادهما القصر"[4].

وهذا التعريف معيب من جهة أن صاحبه لم ير فيه إلا امتيازات السلطان الأبوي وصلاحياته التي تمنح

---

[1] – مشروع قانون الأسرة ، جريدة صوت الأحرار، السبت 5مارس 2005 ، ص 8 .

[2] – ترجم المشرع الجنائي المصطلح الفرنسي (La Puissance Paternelle) بالسلطة الأبوية وهي ترجمة غير دقيقة ، لأن مصطلح السلطان أليق بـ (La Puissance) ، الذي يحمل معنى القوة والسطوة والتسلط ، أما لفظة السلطة فهي ألصق بـ (Autorité) ، لأن حضور هذه المعاني فيها أضعف بكثير مما عليه في السلطان . والغريب في الأمر أن الصياغة الفرنسية بقيت على حالها حتى بعد اعتماد نظام السلطة الأبوية بالتعديل الأخير ؟؟ وهذا ما يستدعي تصحيح هذه الصياغة الفرنسية إلى (Autorité parentale) . انظر :

- Larousse : **Dictionnaire De Français Larousse** , / SEJER , France , 2004, p 31 et 343 .

[3] – راجع المبحث الأخير من هذه الدراسة .

[4] - B. EL GAOUTI: **Le droit Algérien de la famille**, OPU , ALGER ,p 282 .

للأب ، وتغاضى عن ذكر الجانب الأهم من هذا النظام ، وهو الواجبات التي وُجد السلطان أساسا للقيام بها تحقيقا لمصلحة القصر . كما أنه لم يبين إطلاقا الهدف من هذا النظام وضابطه ، ولا مبدأ السلطان و منتهاه .

2) **تعريف السلطة الأبوية** : لم يسعفنا الفقه ، في حدود ما اطلعنا عليه إلا بتعريف واحد للأستاذ جيراركورنو جاء فيه :"مجموعة الحقوق والواجبات التي تعود للآباء والأمهات ، استنادا إلى القانون ، والتي يمارسها هؤلاء مشتركين خلال الزواج من جهة أولى فيما يتعلق بأولادهم القاصرين غير المحررين من أجل حمايتهم ، ومن جهة ثانية فيما يختص بأموال هؤلاء "[1].ورغم دقة هذا التعريف إلا أنه لا ينطبق تماما مع فلسفة التشريع الجزائري بالنسبة لإسناد السلطة وممارستها . ولذا فالتعريف الذي نرتضيه للسلطة الأبوية حسب الرؤية التشريعية الجزائرية هو:" أنها مجموعة الواجبات والحقوق التي تمنح – بقوة القانون – للأب ابتداء ، وللأم في حالات معينة على شخص ، ومال أبنائهما القصر و غير المرشدين ، بما يحفظ مصلحتهم ويصون أخلاقهم وأمنهم ".

ثانيا: السلطة الأبوية في إصلاح التشريع القانوني الفرنسي :

أدى الاتجاه الحديث للمشرع الفرنسي والمستوحى أساسا من فلسفة حقوق الإنسان إلى إعادة النظر في نظام السلطان الأبوي الذي كان متبعا قبل 1971 بسبب ما يحويه من معاني التسلط ، والقوة ، و التمييز في إسناد الصلاحيات والإدارة ، وعدم المساواة بين الرجل والمرأة ؛ فانتهى به ذلك إلى استبداله مع مطلع ذات السنة بنظام مغاير تماما هو السلطة الأبوية حيث أضحت الإدارة مشتركة بين الأزواج وزالت الفوارق بينهما .

و بخلاف الفقه الإسلامي والتقنين الجزائري ، فإننا نجد المشرع الفرنسي قد أدرج في التعديل الأخير رقم 305/02 المؤرخ في : 4 مارس 2002 في المادة 371-1[2] مدني فرنسي فقرة جديدة ، ضمّنها تعريفا للسلطة الأبوية مفاده : " السلطة الأبوية هي مجموع الحقوق والواجبات ، التي تهدف إلى تحقيق مصلحة القاصر ، وتمنح للأب والأم حتى بلوغ القاصر أو ترشيده ، من أجل حماية أمنه وصحته وأخلاقه ، وضمان تربيته على نحو يسمح بتنشئته في إطار من الاحترام الواجب لشخصه ". ورغم دقة هذا التعريف باشتماله على مناط السلطة وهدفها ومدتها والقائمين بها ، إلا أنه يبقى معيبا هو الآخر من جهة أنه أسقط إبراز موضوع السلطة ؛ فيما إذا كان مشتملا لشخص القاصر وماله ، أو مقتصرا على أحدهما .

---

[1] – جيرار كورنو ، **معجم المصطلحات القانونية** ، المرجع السابق ، ص 907.

[2] – والنص الكامل للمادة هو : "L' autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l' intérêt de l' enfant .Elle appartient au père et à la mère jusqu' à la majorité ou l' émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité sa santé et sa moralité , pour son éducation et permettre son développement , dans le respect dû à sa personne"

المطلب الثاني : التطور التاريخي للسلطة الأبوية

شكلت سلطة الآباء على أبنائهم في النظم والشرائع القديمة مزيجا معقدا من ألم الحب ومتعة الاستبداد ، في ظل قوانين الضبط الاجتماعي لتلك الأزمنة والحضارات . وسنرصد في هذا المطلب الأوضاع الاجتماعية التي صاغتها هذه الأنظمة لإدارة شؤون الأسرة و الأولاد ، عبر إلقاء نظرة عجلى على أكناف التاريخ الطويل . ولأن مساحات واسعة منه لا زال يلفها الجهل ، بسبب قلة المستندات القانونية ، والمستحثات الوثائقية المرتبطة بهذا الشأن ، فستقتصر الدراسة على نماذج لأهم النظم الوضعية والشرائع السماوية التي شهدها العالم .

الفرع الأول : السلطة الأبوية في القانون الروماني

يُعد النظام الأبوي الذي كان متبعا في روما ، إبان العصور الوسطى ، أقوى الأنظمة القانونية التي شهدها العالم في مجال حكم الأسرة وإدارتها على الإطلاق ، بسبب امتزاجه بصبغة الدين و استمداد مواده من تشريعات الآلهة المقدسة . فهو يمنح الأب (**Pater familias**) مركزا مميزا ودائما في الضبط و التأثير على شخص ومال كل فروعه من قرابته المدنية (**Parent civile**) لدرجة إعطائه عليهم حق الحياة أو الموت .[1]

وكانت الأسرة في روما أشبه ما تكون بوحدة عسكرية مكونة من :

– الأم التي لم تكن أكثر من آلة إنجاب تأخذ مكانتها بجوار بناتها فيما إذا كان زواجها بسيادة ، غير أنها تحتفظ بعلاقاتها القانونية بأسرتها الأصلية ، وبالحقوق المترتبة على ذلك إذا كان الزواج بلا سيادة [2].

– الأولاد : الذين يكونون ثمرة لزواج قانوني ، أو تبنٍ ديني أو مدني . ورغم أن عادة ضبط النسل لم تكن غريبة على الرومان ، غير أن ميلاد أبناء جدد كان مناسبة محببة جدا لديهم ، لا لأن المولود الجديد إنسان وروح يُحتفى بها ، و إنما لأن طبيعة الحياة آنذاك جعلت من الأبناء مصدرا مهما لليد العاملة في الحقول التي تملكها الأسرة . فهم أشبه ما يكونون بالعبيد المجردين من كل حق شخصي أو مالي . وهكذا غدت سلطة الأب الروماني نظاما قاسيا ، يهيئ لحياة مجهولة و قاتمة بالنسبة للأولاد [3].

---

[1] – عباس العبودي ، **تاريخ القانون** ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، د.ط ، **1998** ، ص 201 .

[2] – ينعقد الزواج بسيادة – حسب القانون الروماني – بإحدى طرق ثلاث هي : الزواج الديني ، أو بالشراء ، أو بالاستعمال مدة سنة. وأيا ما كانت الطريقة فإن علائق الزوجة بأسرتها تنقطع تماما ، وتزول تبعا لذلك كل الحقوق المدنية المترتبة عليها بخلاف الزواج بلا سيادة . راجع : أحمد أبو الوفا ، **تاريخ النظم القانونية وتطورها** ، المرجع السابق ، د.ط ،ص 236 .

[3] – لقد كان تأثير التشريع الروماني على القانون المدني الفرنسي بهذا الشأن واضحا وقويا لدرجة أنه لم يستطع الانفكاك منه إلا في النصف الأخير من القرن العشرين . راجع :

- P. Courbe : **Droit De La Famille : op. cit.**, p 7 .

وبقي الحال كذلك زمنا ليس بالقصير حتى صدرت مجاميع جوستنيان الأربعة [1]، والتي خففت كثيرا من حدة النظام الأبوي الروماني ، و أعطت الاعتبار للصلة الطبيعية ، وساوت بين قرابة الأب و الأم ، كما حرمت على الأب " السيد" إعدام أبنائه ، واعتبر الإجهاض جناية تستوجب النفي ومصادرة الأملاك ، وحُظر على رب الأسرة جبر أولاده على الزواج دون رضاهم ، ومنحهم القانون حق التظلم أمام المحاكم فيما لو أُسيئت معاملتهم[2].

الفرع الثاني : السلطة الأبوية في القانون الميزوتامي

حظيت السلطة الأبوية باهتمام فريد من قوانين بلاد مابين النهرين وتشريعاتهم ، لا سيما منها قانون حمورابي الذي شغلت منه الربع تقريبا ؛ حيث نظمها تنظيما دقيقا باعتماد النظام الأبوي كأساس قانوني للأسرة ، و إناطته بضوابط عديدة في مجال النسب والزواج والميراث : فقد جعل انتساب الأولاد لأبيهم مادامت الرابطة الزوجية قائمة ، و أجاز التبني بموجب عقد رضائي ، شرط إعطاء المتبني ثلث الحصة الإرثية حال فسخ العقد . ونظّم قواعد الإرث وحدّدها فحفظ للأولاد حق الميراث من أبويهم دون تمييز أو تفريق ، وأوجب على الأرملة عدم نقل مالها إلى غير أولادها ما خلا بائنتها[3].

هذا وقد جرمت قوانين بابل قتل الأبناء ، أو وأدهم ، أو حتى نبذهم والتخلي عنهم ببيعهم أو إهمالهم[4]. كما فرض التشريع الحمورابي على الأولياء أمر تهيئة الزواج للأبناء ليُقره الطرفان فيما بعدُ بتبادل الهدايا . وإذا جاز لنا أن

نصدق بعض المؤرخين فإن دور الأولياء في الزواج آنذاك كان أشبه إلى حدٍ بعيد بالنظام المتّبع في الشريعة الإسلامية[5].

---

[1] – مجموعة من القوانين التي أصدرها الملك جوستنيان في أربع أسفار كبيرة سماها " القوانين الجديدة " انظر : أحمد أبو الوفا ، تاريخ النظم القانونية ، المرجع السابق ، ص 174.

[2] – ول ديورانت ، قصة الحضارة ، ترجمة زكي نجيب محمود ، دار الجيل بيروت ، ج 10 ، ص 370 .

[3] – فركوس دليلة ، الوجيز في تاريخ النظم ،المرجع السابق ، ص 52. أندريه إيمار و آخرون ، تاريخ الحضارات العام ، المرجع السابق ، ج1 ،ص 153و154.

[4] – لم تكن هذه الصورة الوردية هي الخط العام لحياة شعب الميزوتام ، فوثائق المعاملات اليومية لتلك الحقبة تثبت أن حرق القانون في هذا المجال ببيع الأبناء وتعريض البنات للدعارة كان يأخذ شكل العادة بالنسبة لأرباب الأسر الذين يعظهم الفقر بنابه . راجع : ول ديورانت ، قصة الحضارة ، المصدر السابق ، ج 2 ،ص 234. أحمد إبراهيم حسن ، فلسفة و تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د.ط ، 2003، ص 486.

[5] – لا سيما المواد : 16 ، 137، 155 ، 166، من تشريع حمورابي والمادة 12 أور، والمادة 25 أشوتا ، والمادة 19 من قانون لبث عشتار . راجع : أحمد إبراهيم حسن، فلسفة و تاريخ النظم ، المرجع نفسه ، ص 438 وما بعدها .

الفرع الثالث :السلطة الأبوية في القانون اليوناني

كان النظام الأبوي في اليونان من أقوى الأنظمة التشريعية في ذلك الوقت ، بحكم دوره الإنتاجي الفاعل في اقتصاد الحضارة الأثينية . وكان تمركزه حول الرجل " السيّد " الذي يتمتع بسلطات واسعة على أبنائه ، وليس أكثرها تعريضهم للموت بإهمالهم وإلقائهم إلى قارعة الطريق في أوان من الفخار بجوار الهيكل . وقد كانت هذه عادة متبعة إبان الإحن الاقتصادية و أزمات العيش ، وكان نصيب البنات من هذا الضنك أكبر من حظ البنين لدرجة أفزعت العديد من فلاسفة الإغريق[1] وجعلتهم يُحذرون من وقوع " **أوليغانثروبيا** " يونانية[2].كما كان السلطان الأبوي آنذاك يسمح برهن الأولاد القصر و التصرف في أموالهم أو تسليمهم إلى أسر أخرى لتتبناهم في إطار صفقة اقتصادية تضمن سيولة مالية وربحا جيدا[3].

إلا أن القانون اليوناني – في أيامه الأخيرة – أبدى نزعة نحو تقييد هذه السلطة والحد من غلوائها إذا تعلق الأمر بحق حياة الأولاد و موتهم ؛ أين نجده يُجرّم قتل الوليد ، ويمنع بيعه بعد اليوم العاشر من الولادة ؛ حيث يتوجب على الأب" الرئيس" قبوله رسميا أو إنكاره ، وفي حال القبول يُمنح اسما يعرف به في إطار احتفال ديني ، ويُسجل في دواوين خاصة .

هذا ولا يرتفع السلطان الأبوي عن الأبناء إلا بزواج الابن أو البنت كميعاد فاصل لانتهائه القانوني، حسب ما أشارت إليه العديد من المقطوعات الشعرية و الأدبية [4].

الفرع الرابع : السلطة الأبوية في الشريعة اليهودية

حفلت الأسرة باهتمام بالغ في الشريعة العبرانية وصل حد التقديس ؛ ممّا بوأها مكانة سامية لا يفوقها في ذلك سوى الهيكل ، حسب نص الوصية الخامسة من وصايا اليهود العشر ؛ على اعتبار أن الأسرة كانت آنذاك تمثل دولة صغيرة بما تحويه من نظام سياسي واقتصادي مستقل ، يديره رب الأسرة الكبير ، الذي كان يُمسك بخيوط سلطة

---

[1] – كلمة إغريقية تعني نقص الرجال .

[2] – قال الفيلسوف بوليب الكاتب – الذي عاش في القرن الثاني – في صفحته الشهيرة : نلاحظ اليوم في كافة أنحاء اليونان نقصا في الأولاد والرجال تفقر معه المدن ويشل إنتاجها " راجع : – أندريه إيمار و آخرون ، **تاريخ الحضارات العام** ، المرجع السابق ، ج 1، ص 449 و ما بعدها. ول ديورانت ، **قصة الحضارة** ، المصدر السابق ، ج 7 ، ص 121.

[3] – دليلة فركوس ، **الوجيز في تاريخ النظم** ، المرجع السابق ، ص 117.

[4] – ول ديورانت ، **قصة الحضارة** ، المصدر السابق ، ج7 ، ص 118 وما بعدها .

أقرب ما تكون لنظيرتها في شرائع الميزبوتام ، بيد أنها كانت دون النظام الأبوي الروماني ، حيث اعتبر القانون الموسوي الإجهاض ، وقتل الأطفال ، ووأدهم من الأعمال البغيضة التي تؤذي خياشيم الرب[1].

وبالمقابل فقد كان الأب يتمتع بصلاحيات واسعة تعطيه حق بيع ابنته الصغيرة كجارية حال الفقر المدقع ، أو تزويجها دون رضاها بمن يشاء مادامت لم تبلغ الثانية عشر والنصف . وليس هذا إلا في البنات ، أما الأولاد فلم يكن القانون اليهودي يُبيح بيعهم مطلقا[2]، ولا جبرهم على الزواج دون استيفاء شرط رضاهم المسبق والصريح بهذا العقد. كما كان القانون آنذاك يعترف للأبناء بذمة مالية مستقلة تسمى "**Segullah** " التي تُمكنهم من التملك والتصرف ، لكن على نحوٍ محدود[3].

الفرع الخامس : السلطة الأبوية في الشريعة المسيحية

لم تشذ المسيحية عن الديانات الأخرى في اعتماد نظام أبوي كأساس لإدارة الأسرة ، غير أنه لم يحظ في بداياته الأولى بتشريع خاص من القانون الكنسي ، باعتبار أن المسيحية تعاليم أخلاق أكثر منها شريعة قانون . غير أنه لم يلبث أن بسط سلطانه التشريعي على إجراءات الزواج والطلاق وتربية الأطفال ، لَما تبين للمجمع الكنسي أن الزهد في التقنين أورث مُريديه قلة الاكتراث بتعاليم المسيحية . حيث غدا لازما إجراء احتفال التعميد بمجرد ميلاد الطفل ليتم تطهيره من لوثة خطيئة آدم وحواء وتبتعد عنه لعنة الغضب الإلهي ، ويجري دمجه في أسرته بإعطائه اسما مسيحيا لقسيس أو راهب ينضاف إليه اسم أصوله ليُعرف به[4].

وجدير بالذكر أن نظام السلطة هذا قد تأثر – شيئا ما- بطابع المحبة والأخلاق التي جاءت به المسيحية ، مما جعله أخف وطأة من سابقيه ، ولعل هذا ما يفسر ندرة ظاهرة وأد الأطفال وقتها ؛ فلقد حرم القانون الكنسي منع الحمل واعتبره جريمة شنعاء .كما لم يكن سلطان الأب مؤبدا ، إذ يمكن التخلص منه متى بلغ الأولاد سن الرجولة .

لكن هذه النظرة لم تكن ذاتها بالنسبة للبنات ، حيث كان الرهبان يتحدثون عنهن كما لو كانوا يعنون العبيد

---

[1] – الإصحاح 12، 18، 21 من سفر التثنية : **الكتاب المقدس** ، دار الكتاب المقدس ، مصر ، ط 1، 2003 ، ص 152 وما بعدها. دل ديورانت ، **قصة الحضارة** ، المصدر السابق ، ج 2 . ص 375.

[2] – الإصحاح 7 ، 21 من سفر الخروج: **الكتاب المقدس**، المصدر السابق ، ص 48 وما بعدها.

[3] – أحمد إبراهيم حسن ، **فلسفة و تاريخ النظم** ، المرجع السابق ص 440 و 441.

[4] – ول ديورانت ، **قصة الحضارة** ، المصدر السابق ، ج 16 ، ص 183.

والرقيق ؛ باعتبارهن يجسدن " حواء التي خسر بسببها الجنس البشري جنات عدن ، وأداة الشيطان المحببة التي يقود بها الرجال إلى الجحيم.. "[1].

الفرع السادس: السلطة الأبوية في الجاهلية

كان النظام الأبوي هو السّمة البارزة للأسرة العربية في عصرها الجاهلي ،كنتيجة لاعتماد قرابة العصوبة المتأتية من عمود نسب الأب أساسا لرئاسة البيت آنذاك [2]. وقد كانت الصلاحيات والسلطات معصوبة بيد الرجل[3]، وكان حال أبنائه القصر أشبه بحال الأتباع ؛ بدليل جريان كلمة "الجارية" على البنت و الأمَة على السواء ، أو "الغلام" على الابن والعبد .كما كان للأب كل الحق في تأديب أولاده ومعاقبتهم ، دون قيد أو حد ولو بالطرد من القبيلة أو الحرمان من الميراث . بل وكان باستطاعته قتل أولاده أو بيعهم ، غير أن هذا كان خصيصة لبعض بطون العرب الذين كانوا يلجئون إلى وأد البنات خشية العار، ويقتلون الأبناء ، أو يبيعونهم[4] ، أو يرهنونهم مخافة الفقر والجوع[5] .

هذا وقد انعكس الوضع الاجتماعي المتدني للمرأة الجاهلية على مركزها القانوني ؛ سواء كانت بنتا أو أمًا ، مما جعلها دون أخيها منزلة أمام أسرتها ؛ فقد كانت العرب تفاخر بكثرة البنين ، باعتبارهم مصدر النصرة والمنعة وهو أمر تشهد به أشعارهم وأمثالهم[6]، و لم تحظ البنات بذات القدر من الاهتمام ، الأمر الذي استتبع غمطهن كثيرا من حقوقهن ، بما فيها حق الميراث [1]. فضلا عن أنه لم تكن تُسمع لهن كلمة في الزواج إلا في القليل النادر.

---

[1] – يقول القس توماس كونياس – رسول الرحمة !!- :" إن المرأة خاضعة للرجل ... و الرجل مبدأ المرأة ومنتهاها كما أن الله مبدأ كل شيء ومنتهاه .. ويجب على الأبناء أن يحبوا آباءهم أكثر من أن يحبوا أمهاتهم .." راجع : ول ديورانت ، **قصة الحضارة** ، المصدر السابق ، ج 16 ، ص 187.

[2] – صبحي المحمصاني ، **الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها** ، دار العلم للملايين ، بيروت، ط 4 ، 1994، ص 56 .

[3]– H. Vandevelde: Cour D' Histoire Du Musulmans Et Des Institutions Musulmans , O.P.U , Algérie , p 35 .

[4] – تذكر الروايات التاريخية أن زيد بن عمرو بن نفيل و صعصعة بن ناجية وغيرهما كانوا يشترون الأولاد من آبائهم خشية وأدهم أو قتلهم ، انظر: ابن هشام ، **سيرة النبي** ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، د.ت ، د.ط، ج 1، ص 244. القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق: أبو إسحاق إبراهيم أطفيش، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ج 19، ص 233.

[5]- قارن مع ذلك ما يذهب إليه البعض من أن الأب العربي كان يملك حقا مطلقا في موت أبنائه أو حياتهم وأن ظاهرة الوأد والقتل كانت فاشية في العرب ، وهو رأي تجّه معظم الشراح والمؤرخون واعتبروه مبالغة موغلة في التعميم ، انظر : أحمد إبراهيم حسن، **فلسفة تاريخ النظم** ، المرجع السابق ، ص 594 و595 .

[6] – من ذلك ما نطقت به عاطفة هند بنت عتبة و هي تلاعب ابنها الصغير "معاوية ":

إن بني معـــرق كريم محبب في أهـــله حـــليم

ليس بفحاش ولا لئيم و لا بطخرور و لا سئيم

صخر بني فهر به زعيم لا يخلف الظن ولا يخيم

وأنشد عبد المطلب ولده العباس فقال: –

و رغم ذلك كله فقد كانت أفضل حظا من قرينتها الرومانية ، ذلك أنها كانت تحتفظ لها بذمة مالية مستقلة ، مع حرية في التصرف في أملاكها والمتاجرة بها . فضلا عن امتهان بعض الحرف التي تليق بها كامرأة [2].

المطلب الثالث : مشتملات السلطة الأبوية

لما كان الأطفال الصغار عاجزين عن القيام بأنفسهم وقاصرين عن النظر في حوائجهم فقد اهتمت الشرائع والقوانين بتفويض ذلك إلى من هو أقدر عليه وأصبر، وأشفق بهم وأرفق . فأوكلت إلى الأبناء مهمة التكفل بهم وتأديبهم وحفظهم وصيانتهم وإقامة مصالحهم على صعيدين اثنين ؛ يتعلق الأول منهما بشخص الآباء القصر ؛ حيث يتعين على الولي واجب التربية و التأديب والحفظ والصيانة . في حين يختص القسم الثاني منهما بأملاكهم و أموالهم ، حيث يستوجب على الأب الولي إدارتها لهم وتنميتها ، بما يحفظ حاضرهم ومستقبلهم .

وسيكون من الأجدى – في هذه الحال– التبسط في شرح هذه العناصر في الفروع التالية :

الفرع الأول : عناصر السلطة المتعلقة بشخص القاصر

تتلخص عناصر السلطة الأبوية ، في ما تعلق منها بشخص القاصر ، في ثلاثة أشياء هي : أولا تربية الأبناء و تأديبهم، ثم حفظهم وصيانتهم ثانيا ، وثالثا رقابتهم و مباشرة عقود تزويجهم إذا اقتضت مصلحتهم ذلك .

وهكذا فإن خطة دراسة هذا الفرع تقتضي منا توزيعها على هذه البنود الثلاثة .

البند الأول: التربية

التربية – في عرف علماء النفس – هي عملية تنشئة الصغير على نحوٍ واعٍ وشامل عبر تنمية قدراته الذهنية، واتجاهاته الفكرية والدينية، وغرس القيم الأخلاقية والإيجابية في شخصيته . والتربية بهذا المفهوم الواسع تمتد لتشمل التعليم والتأديب والتثقيف والتدريب ؛ حيث يُعتبر التعليم والتثقيف الجانب الفني منها ، في حين يُشكل التأديب

- ظني بعباس حبيبي إن كبر
أن يمنع القوم إذا ضاع الدبر
ويترع السجل إذا اليوم أقمطر
ويسقي الحاج إذا الحاج كثر
وينحر الكوماء في اليوم الخضر
ويفصل الخطة في اليوم المبر

راجع : إبراهيم محمد صبيح ، **الطفولة في الشعر العربي الحديث** ، دار الثقافة ، الدوحة ، د.ط ، 1985 ، ص 69وما بعدها .

[1] – صبحي المحمصاني، **الأوضاع التشريعية** ، المرجع السابق ، ص 53.

[2] – أحمد إبراهيم حسن ، **فلسفة تاريخ النظم** ، المرجع السابق ، ص 597 .

والتدريب شقها التقني . ونجاح الرعاية الأدبية متوقف على التآم هذين الشقين معا، ومساهمتهما في عجن شخصية سوية للطفل عن طريق العناية بجسمه وروحه معا[1].

ولاشك أن قدرة تكييف الطفل بالشكل الطبيعي والسليم مع محيطه تعتمد أساسا على أنماط التنشئة التي تحكم أسرته والمبادئ والقيم التي ترعاها . فقلب الطفل جوهرة نفيسة خالية من كل نقش وصورة[2] ، وتعلقه الشديد بأبويه يجعله على درجة عالية من الحساسية والجهوزية لتشرب قيمهما ، والتطبع بأنماطهما ، و إتباع سلوكهما لإشباع حاجاته البيولوجية والنفسية. وهنا تأتي أهمية إحاطة هذه الفئة الضعيفة بحماية أبوية حانية ، ورعاية محيطة من مختلف أنماط الانحراف ومزالق الجريمة . وهذا تحديدا ما تسعى لتحقيقه القوانين الوضعية والشرائع الدينية والمواثيق الدولية[3] ، فلقد أوجبت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على الأبوين الحاضنين رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه ، وهو – تقريبا – ذات ما نصّت عليه المادة 203 من القانون المدني الفرنسي [4].

وبالمثل فقد حض الإسلام على أن تقوم علاقات الأبوين بابنهما على أساس من الحب والتراحم والتكافل ؛ فأحاط هذه الفئة بسياج من الحماية ومواثيق العدل التي تضمن تجاوبا وتكيفا أفضل مع العالم الذي هو أحد أعضائه .

وبالجملة يمكن تقسيم مراحل النمو التي تمر بها شخصية الطفل إلى أربعة مراحل هي[5] :

أولا مرحلة الطفولة المبكرة : يخلع علم النفس الحديث على هذه المرحلة طابع اللعب ، لأن خبرات الطفل وتجاربه العقلية في سنيه السبع الأولى لا يمكن إكسابها أي نوع من الثبات أو الجدية ، ولأن نموه الذهني لا يتوافق مع التجارب الرعائية الجادة التي تتطلب قدرا معينا من النضج ، وهو الأمر الذي لا يتساوق والمرحلة التي يحياها .

---

[1] – محمود قمبر ، **دراسات تراثية في التربية الإسلامية** ، دار الثقافة ، ط 1 ، 1987 ، ج 1 ، ص 225 .

[2] – الغزالي ، **إحياء علوم الدين** ، وبذيله كتاب المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من أخبار لأبي الفضل زين الدين بن الحسين العراقي ، دار قتيبة ، ط 1 ، 1992، ج 3 ، ص 69 .

[3] – أبرمت كل من الجزائر وفرنسا عدة اتفاقيات في هذا المجال أبرزها : – مرسوم رئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 24 جمادى الثانية 1413 ، الموافق 19ديسمبر 1992و المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على **اتفاقية حقوق الطفل** الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989.– **اتفاقية أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال** ، الموقع عليها بتاريخ 7 ذي القعدة 1408 ، الموافق لـ 21 ليونيو 1988.و

- Convention de **La Haye** sur **les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants** 25 oct. 1980 .
- Convention de **New York** relative aux **droit de l'enfants** . signée le 26 janv. 1990 .

[4] – تنص المادة 203 مدني فرنسي على: " Les épeux contractent ensemble par le fait seul du mariage ,l' obligation de nourrir , entretenir et élever leurs enfants ."

[5] – محمود البستاني ، **دراسات في علم النفس الإسلامي** ، دار البلاغة ، ط 2 ، 1991، ج 1، ص 57 .

و لا مانع من أن يتخلل هذا التصابي واللعب نتف من التربية والتوجيه ما دامت لا تأخذ صيغة الإلزام ، ولذلك استحبت السنة الشريفة تعليم الأبناء أحكام الصلاة مع نهاية هذه المرحلة ؛ فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال:" **مُروا أبناكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر، وفرقوا بينهم في المضاجع** "[1].

وعلى العموم فإن هذا السبيل يبقى هو الأنجع لتطبيع الأبناء على السلوك السوي ، إذا ما التزم الأبوان العدل والتسوية بينهم ، وعدم استثارة الغيرة والنزعة العدوانية فيهم ، وهذا ما قصده رسول الله ﷺ عندما قال لرجل له ولدان قبّل أحدهما وترك الآخر :" **فهلا واسيت بينهما.**"[2]بل واعتبر ذلك ظلما وجورا يُؤخذ بجريرته حين قال للبشير أبي النعمان[3]في نحلة خصّ بها بعض ولده :" **فإني لا أشهد على جور**"[4] .

ولا يمكن هنا تجاهل الدور الكبير الذي تلعبه الأم في رعاية ابنها الصغير وحضانته لأنها أرفق به و أشفق ، وأحنى عليه وأحفى من الأب ؛ لإحساسها بأنه قطعة منها فهي وعاؤه وسقاؤه ، فضلا عن أنها أخبر بتغذيته وحمله وما يُصلح شأنه، وأصبر على ذلك بتحملها من المشقة ما لا يتحمله الأب .

ثانيا مرحلة الطفولة المتأخرة : تشكل هذه المرحلة الشطر الآخر من عمر الطفولة ، غير أنها وبخلاف سابقتها تكتسي الأهمية الأكبر بما لها من أثر شبه حاسم على ما ستكون عليه شخصية الطفل غدا ؛ حيث يكتسب أطفال هذه المرحلة التمييز والوعي الذي يعينهم على اكتشاف مواهبهم ، وتفجير قدراتهم عبر التعليم والتأديب الذي يتلقونه خلالها .

---

[1] – **أبو داود** ، **السنن**، مراجعة محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر، بيروت ، د.ط، د.ت ، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة ، ج1 ، ص133 . **الحاكم** ، **المستدرك على الصحيحين**، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، أول كتاب الصلاة، باب في مواقيت الصلاة ، ج1 ، ص311 . **الترمذي**، **الجامع الصحيح**، إعداد هشام سمير البخاري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ط، 1995، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة ، ج 2، ص 259 و قال حديث حسن صحيح .

[2] – عبد الرزاق ، **المصنف**، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، منشورات المجلس العلمي ، بيروت ،د.ط، 1970، كتاب الوصايا ، باب في التفضيل في النحل ، ج 9 ، ص99 . **البيهقي** ، **شعب الإيمان** ، تحقيق أبي هاجر محمد السعيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1، 1995، الباب السنون من شعب الإيمان وهو باب في حقوق الأولاد ، ج 6 ، ص 410 .وقال صاحب المجمع : وبقية رجاله ثقات . راجع : **الهيثمي** ، علي بن أبي بكر ، **مجمع الزوائد** ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ط ، د.ت ، ج 8 ، ص 156 .

[3] – البشير بن سعد هو أبو النعمان بن سعد بن ثعلبة بن جلاس بن زيد بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج ، بدري من الأنصار وأمه أنيسة بنت خليفة بن عدي بن عمرو بن امرؤ القيس ، قُتل بعين التمر بالشام وكان مع خالد بن الوليد بعد انصرافه من اليمامة .راجع : **العسقلاني** ، ابن حجر، **الإصابة في تمييز الصحابة**، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ط، د.ت ، ج 1، ص 162.

[4] – البخاري ، **الجامع الصحيح**، دار الفكر ، بيروت، د.ط، 1981، كتاب الشهادات ، باب لا يشهد على شهادة الزور ، ج 2 ، ص 938 . مسلم ، **الجامع الصحيح**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ط ، د.ت ، كتاب الهبات ، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ، ج 3 ، ص 1243 .

ولذا فقط حرص الإسلام على إضفاء الصفة التعليمية على هذه المرحلة ، حيث تتركز الرعاية الأدبية فيها ولمدة سبع سنوات أساسا على التأديب الجاد ، الذي ألمحت إليه نصوص كثيرة ، لاسيما ما تعلق منها بتعليم أحكام الطهارة والصلاة والصوم وغيرها من العبادات والفرائض مع عدم التعرض للتفاصيل التي ترهق طاقته العقلية . وهذا فضلا عن تهذيب أخلاقهم و تطبيع طباعهم على القيم الحسنة والأخلاق الحميدة ، لأن هذه المرحلة تشكل عتبة الولوج إلى العالم الخارجي ، وهم بحاجة إلى التسلح بهاته القيم للتعامل مع أفراد هذا العالم الجديد[1] ؛ حيث سيحتاج الأبناء الذكور إلى التخلق بآداب الرجال والاطلاع على عاداتهم وتعلم أعمالهم ، والآباء في ذلك أقدر و أقوى . بينما تتجه حاجة البنات إلى التعرف على آداب النساء ، واحتراف مهنهن المترلية من غسل و طبخ وغزل .... والأمهات في هذه أقوم وأهدى[2].

وبوسعك أن تلمس الحرص ذاته من الشريعة الإسلامية بشأن الجانب الحركي من التربية حيث توجه النصوص الآباء إلى تعليم أبنائهم بعض فنون الرياضة التي تكسبهم قوة صحية و نفسية ، و تُعزز شخصيتهم ، وتُقوي الثقة في نفوسهم ، وتُنمي فيهم الإحساس بأمتهم وواجب الذود عنها ؛ لذلك كله كانت التوصية بتعليم الصبية السباحة و الرماية وركوب الخيل[3]. ويحتل الإلزام والجبر في هذه المرحلة حيزا مهما لكنه يبقى نسبيا ، إذ يُعتبر العقاب البدني أحد طرائق تقويم الانحراف وليس كلها .

ومن المهم هنا أن نشير إلى تشدد المشرع الحكيم فيما يتعلق بالتربية الجنسية ؛ حيث أكد على النمو الجنسي المبكر لدى أطفال هذه المرحلة فكان الأمر بالتفريق بينهم في المضاجع[4].

---

[1] – ثبت في هذا السياق العديد من الآثار أهمها حديث : " **ما نحل والد ولدا من نحل أفضل من أدب حسن** " . أحمد ، **المسند** ، شرحه ووضع فهارسه: أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، د.ط، د.ت ، حديث جد إسماعيل بن أمية ..،ج 4 ، ص 419 . الترمذي ، **الجامع الصحيح**، المصدر السابق ، باب ما جاء في أدب الولد ، ج 4 ، ص 338 وقال هذا حديث غريب. الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، المصدر السابق ، كتاب الأدب، باب الأدب ، ج4 ، ص 292 .و حديث :"**أكرموا أولادكم وأحسنوا أدبهم** " ابن ماجه، **السنن**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د.ت، كتاب الأدب ، باب بر الوالد والإحسان إلى البنات ، ج 2، ص 1211.وحديث :" **حق الولد على الوالد أن يحسن اسمه ويحسن من مرضعه ويحسن أدبه** " البيهقي ، **شعب الإيمان** ، المصدر السابق ، الباب الستون من شعب الإيمان وهو باب في حقوق الأولاد ، ج 6 ، ص 401 .

[2] – راجع في هذا :– السرخسي ، **كتاب المبسوط** ، تصنيف خليل الميس ، دار المعرفة، بيروت ، ط2، 1986م ، ج 5 ، ص 27 . ابن الهمام ، **شرح فتح القدير على الهداية** ، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت ، ج 1 ، ص 333 .

[3] – من الأحاديث الواردة في ذلك :" **حق الولد على والده أن يعلمه الكتابة والسباحة والرمي وأن يورثه طيبا** " . البيهقي ، **السنن الكبرى** ، دار الفكر، بيروت ، د.ط ، د.ت ، كتاب السبق والرمي ، باب التحريض على الرمي ، ج 14 ، ص 419. البيهقي ، **شعب الإيمان** ، المصدر السابق ، الباب الستون من شعب الإيمان وهو باب في حقوق الأولاد ، ج 6 ، ص 401 بلفظ " **علموا أبناءكم السباحة والرمي والمرأة المغزل** " .

[4] – ورد في الحديث الذي سبق تخريجه :"**وفرقوا بينهم في المضاجع.**"

ثالثا مرحلة المراهقة : هي الفترة الانتقالية التي تجمع بين خصائص الطفولة وسمات الرجولة ؛ إذ تتسارع وتيرة النمو نحو النضج البدني والجنسي . ويسعى المراهق في هذه المرحلة جاهدا للإفلات من الوصاية الأبوية ، والانطلاق صوب ما يظنه استقلالا ذاتيا أو ما يسمي علميا "بالفطام النفسي"[1] . وليس غريبا هنا أن يعتبر المراهق أي نصيحة تُسدى إليه، أو تغاضٍ عن أحد مطالبه نوعا من التسلط والسيطرة التي يتحسس منها ، ولو كانت من أقرب الناس إليه ، ومن ثَمَّ فهو يُقابلها بثورة عارمة من الغضب والعصيان ، أو التمرد والمشاكسة . وغالبا ما يُؤدي ذلك للخروج به عن المعهود من سلوكه تجاههم[2] . فإذا لم يكن الأبوان على درجة كافية من الوعي لرعاية النمو الانفعالي لابنهما فإن ذلك من شأنه الزجّ به في مهاوي الانحلال والانحراف[3]. وهذا الأمر يخص الأب أكثر من الأم لأن سلطته على البيت تمنحه هيبة وحرمة لا تتوافر للأم ، فلا مناص من خفض جناح هاته السلطة والاستعانة بالحكمة والتعقل في استعمالها. ولا بد من توجيه عناية الآباء ههنا إلى مصاحبة أبنائهم ، والتقرب إليهم ، و تحسيسهم بصدق الطوية نحوهم . وقد أثبتت الدراسات النفسية في هذا السياق أن السبيل الأوحد لتحديد اتجاهات المراهقين وصفاء نفوسهم هو بالكف عن معاملتهم كأطفال وتوجيه اللائمة إليهم[4].

البند الثاني : الحفظ والرعاية

يمثل هذا العنصر أحد شقي الحضانة ، ويتعلق أساسا بتعاهد شؤون الصغار المادية وقضاء حوائجهم البيولوجية الحيوية من إطعام وكسوة ونوم وتطبيب ، مع إشباع رغباتهم الفكرية والنفسية وإشعارهم بالأمان والاطمئنان في ظل رعاية حانية وأمينة ، وذلك بحفظهم من كل ضرر أو خطر قد يتهدد أجسامهم أو أخلاقهم أو أمنهم .[5] وفي هذا السياق نجد المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن :" الحضانة رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ".

---

[1] – عبد العلي الجسماني ، **سايكولوجية الطفولة والمراهقة و حقائقها الأساسية** ، الدار العربية للعلوم ، لبنان ، ط 1، 1994، ص 199 .

[2] – مصطفى فهمي ، **سيكولوجيه الطفولة والمراهقة** ، دار مصر للطباعة ، مصر ، د.ت ، د.ط، ص 185 .

[3] – تصل نسبة انحراف الأحداث في الجزائر إلى 31 % للقصر الذين هم في سن السابعة عشر وهي الأعلى بين نسب الفئات العمرية الأخرى ، والسبب في أغلب الأحيان هو الإهمال الأبوي حسب بعض الدراسات المتخصصة . عبد العزيز بوودن ، **انحراف الأحداث في المدينة الجزائرية** ، بحث منشور بمجلة الطفولة والتنمية ، المجلس العربي للطفولة والتنمية ، الأردن ، العدد 7 ، مجلد 2، 2002 .

[4] – المبروك أحمد عثمان ، **تربية الأولاد والآباء في الإسلام** ، دار قتيبة ، بيروت ،د.ط، 1992 ، ص 272 .

[5] – البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1982م ، ج 5، ص 495 . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، تحقيق: زكريا عميرات، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت ، ج 4 ، ص 179 . الدمياطي، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين** ، دار الفكر ، لبنان ، د.ط، د.ت ، ج 4 ، ص 101. الحطّاب ، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، وبهامشه التاج والإكليل للمواق ، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992، ج 4 ،ص 214 .

وبالمثل تنص المادة 371-1 مدني فرنسي على أن يقوم الأبوان بواجب حفظ أبنائهما خلقا وأمنا ، وضمان تنشئتهم تنشئة طبيعية ولائقة .

البند الثالث : الرقابة

يكتسي حق الرقابة الأهمية القصوى في الدراسات المتعلقة بالنيابة الشرعية ، باعتباره أهم عناصر السلطة الأبوية التي بها يتحدد حق توليها من عدمه ؛ فمتولي عنصر الرقابة هو بالضرورة صاحب الحق في السلطة ، ولو لم يباشر ممارسة باقي مشتملاتها .

ورغم خطورة هذا العنصر فلم تتعرض لا الشريعة الإسلامية ولا التشريعان الوضعيان ، محل الدراسة ، وهم بصدد تنظيم أحكام سلطة الآباء على أبنائهم ، إلى تعريف محدد له أو توضيح لمفهومه . وهذا ما يضطرنا إلى الاستنجاد بالفقه القانوني لاستجلاء نظرته حول هذه القضية الجوهرية .

أولا تعريف عنصر الرقابة :

يميل بعض الفقهاء في تعريفهم للرقابة إلى التركيز على جانبها الأدبي ، فيعرفونها على أنها :"الإشراف على شخص ما والعمل على حسن تربيته وتوجيهه "[1] . وهذا الحد غير جامع ولا مانع لفحوى التزام الرقابة ؛ فأما أنه غير جامع فلأنه يُركز على الإشراف والتوجيه الأبوي ، وهما أمران معنويان بالأساس ، في حين يتغاضى كليًا عن الجانب المادي فيها والمتعلق أساسا بحراسة الأبناء ومنعهم من الإضرار بغيرهم . وأما عدم مانعيته فلأنه يشمل أنواعا أخرى لتولي الرقابة غير الأبوية ، سيّما وأن من الممكن دخول المجانين والتلامذة ومتمرني الحِرف إلى جانب القصر تحت مفهوم رقابة " شخص ما ". وفضلا عن كل ذلك فإن هذا التعريف يخلط ، بهذه الصيغة ، بين عنصري "التربية" و"الرقابة" رغم استقلاليتهما عن بعضهما ؛ إذ أن الرقابة ، وإن كانت تقوم على تربية مسبقة ، غير أنها ليست تربيةً في حدّ ذاتها.

ورأى فريق آخر ، تفاديا للعيوب السالفة ، وجوب شفع الشق المعنوي للرقابة بقرينه المادي ، فجاء تعريفهم لها كالتالي :" الإشراف على الشخص ، وتوجيهه ، وحسن تربيته ، ومنعه من الإضرار بالغير باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك "[2]. فالرقابة الأبوية – حسب وجهة نظر هذا الرأي – لا تكون إلا إشرافا وتوجيها، مقرونين بحراسة ومنعٍ لمشمولي الرقابة من المساس بالمراكز القانونية للغير ، لأن المسؤولية في التعويض عن هذا المساس هي الوجه

[1] – فيلالي علي ، **التزامات العمل المستحق للتعويض** ، موفم للنشر والتوزيع،الجزائر ،د.ط،د.ت، ص 93.

[2] – بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د.ط، 1999، ج 2، ص 287.

المقابل للحق في توليها . ورغم ذلك يبقى هذا التعريف معيبا –كسابقه - بعدم مانعيته من جهة ، وخلطه بين مفهوم التربية ومفهوم الرقابة من جهة أخرى .

وعليه فالتعريف الذي نرتضيه للرقابة الأبوية في نسق أدق و أوضح هو :"توجيه الآباء للقصر والإشراف على شؤونهم وتصرفاتهم ومنعهم من الإضرار بالغير" .

ثانيا مشمولات الرقابة: يشتمل التزام الرقابة على ثلاثة عناصر هي:

1- التوجيه : فيكون لمتولي الرقابة حق الطاعة على ابنه القاصر، وحق رسم خارطة علاقاته بمن حوله من الأقارب ، وتعيين محل إقامته ، وتحديد نوع تنشئته التربوية والدينية ، واختصاص دراسته العلمية ، والإمضاء على المقررات والوثائق الإدارية خاصّته ، والاطلاع على نتائجه في الامتحانات ، وتقرير جدوى القيام بالعلاجات الطبية المختلفة في الحالات غير المستعجلة .

2- الإشراف على الشؤون والتصرفات : ويكون ذلك في صيغة الأذون والترخيصات التي تصدر من الولي في حق تصرفات ابنه القاصر . سواء ما تعلق منها بماله كالتعاملات المالية والأعمال التجارية المختلفة ، أو ما تعلق منها بشخصه كالإذن له في الزواج والسفر إلى الخارج و امتحان حرفة ما...

3 – **المنع من الاعتداء على حقوق الغير** والإضرار بمصالحهم عبر الاحتياطات الواجبة لذلك .

الفرع الثاني : عناصر متعلقة بمال القاصر

تُمثل السلطة الأبوية في شقها المالي ضمانة أكيدة لأملاك الأبناء القصر من الضياع والفساد ، لأنهم أعجز ما يكونون عن صونها وحفظها وحسن التصرف فيها ، حيث يتولى إدارتها لهم والتصرف فيها عنهم أولياؤهم الذين هم مظنة الشفقة الحانية والرعاية الأمينة ، بما يملكون من كمال الرأي وسداد النظر .

و تأسيسا على ذلك فإن بحث هذا المطلب سيكون في ثلاثة بنود هي :

البند الأول : النفقة

البند الثاني: الإدارة المالية

البند الثالث: الانتفاع القانوني

البند الأول : النفقة

تُعد النفقة باتفاق كل الشرائع والقوانين أحد أهم الالتزامات التي تفرضها السلطة الأبوية . والبحث في مسائل النفقة يقتضي منا بالضرورة التعرض لحكمها ومقدارها و مشتملاتها .

أولا حكم النفقة وولده:

الأصل في النفقة أن تكون في مال الصغار إذا كان لهم مال يفي بمؤنهم وكُلفهم ؛ فلا تجب لموسر مستغنٍ لأنها مواساة ، ووجوبها معلول بالحاجة ، ولا حاجة مع الاستغناء [1].

وإذا كان مشمول النفقة فقيرا ، فلا خلاف في انتقال هذا الواجب لتُصبح دينا في ذمة متولي السلطة الأبوية، على اعتبار أن النفقة حق عام قائم على أساس البنوة التي تثبت بها "الجزئية " و"البعضية " ، وكما يتوجب على الإنسان إحياء نفسه وكله من أهله ، يتوجب عليه أيضا إحياء بعضه من فروعه [2]. وعلى هذا أوجب الإسلام على الولي رعاية ولده رعاية مادية محيطة بكل ما هو ضروري لتغذيته ، و إحياء جسمه ، وتغطية تكاليف تنشئته العقلية والفكرية و النفسية .

ودليل هذا الالتزام مسطّر بالكتاب و السنة و الإجماع : فأمّا من الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[3] وقوله : ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ...** ﴾[4] فدلت الآيتين على لزوم نفقة الأمهات وأجرة رضاع المطلقات لأجل الولادة والإرضاع ، ولزوم نفقة المولود والرضيع أولى لأنها سبب النفقة الأخرى وأصل وجودها .

وأما من السنّة : فقد روت أمّنا عائشة – رضي الله عنها – أن النبي ﷺ قال لهند امرأة أبي سفيان ، عندما جاءته مستفتيةً في أخذ نفقتها ونفقة عيالها من مال زوجها الشحيح دون علمه : " **خذي ما يكفيك وولدك**

---

[1] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ط2 ، 1984م، ج 5 ص 175 . ابن مفلح ، **الفروع** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1، 1998،ج 5 ، ص 456 . النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، 1994 ، ج 2 ، ص 69 . الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ج 2، ص 166 .

[2] – وقع خلاف بين الفقهاء حول إمكان تحميل الأم أعباء واجب الإنفاق على أولادها إذا حدث للأب إعسار أو عجز فذهب الجمهور إلى القول بإعفائها من هذا الواجب وجعلها في العصبة لأنه لا مدخل للنساء في تحمل النفقات بدليل قوله تعالى : ﴿ **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ** ﴾ [النساء : 34] فأوجب الشرع النفقة لهن ولم يوجبها عليهن ، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة و الشافعي وابن حزم الظاهري . فقال أبو حنيفة بوجوبها على الأبوين معا دون تفريق لأن البعضية فيها متحققة وفي الأب مظنونة ، فلما تحملت بالمظنونة كان تحملها بالمستيقنة أولى ، في حين يذهب الشافعي وابن حزم إلى القول بوجوبها على الأم ، ولكن بعد امتناعها في حق الأب حسب الظاهرية ، أو الجد حسب الشافعية . راجع: ابن مفلح، **المبدع** ، دار المكتب الإسلامي، بيروت ، ط 2 ، 1994، ج8 ، ص 214 . النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 69 . النووي ، **المجموع شرح المهذب**، دار الفكر،بيروت، ط1، 1996 ، ج 18 ، ص 294 . ابن حزم ، **المحلى** ، دار الفكر، بيروت د.ط، د.ت ، ج 9، ص 266 .

[3] – [البقرة : 233]

[4] – [الطلاق : 6]

بالمعروف "[1] ، فدل هذا على وجوب نفقة الولد على أبيه . وقد ثبت في السنة أيضا أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال: "**يا رسول الله عندي دينار"، فقال" أنفقه على نفسك "، قال "عندي آخر"، قال "أنفقه على زوجتك" ، قال " عندي آخر"، قال " أنفقه على ولدك ..**"[2]

وأما الإجماع فقد حكى صاحب المغني عن ابن المنذر قوله : " أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم "[3].

وهذا ما أكده قانون الأسرة الجزائري[4]؛ فالمادة 75 منه تنص على أنه : " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال " . فإذا حصل للأب عجز أقعده عن الكسب ، أو أصابه إعسار حال دون أداء هذا الواجب فإن المسؤولية تنتقل إلى الأم ، إذا كانت تملك الموارد المالية الكافية لمباشرة هذا التكليف ، فقد جاء في المادة 76 من ذات القانون :" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرةً على ذلك " .

وإذا جئنا إلى المشرع الفرنسي فإننا نجد أن المادة 203 مدني فرنسي تُسند هذه المسؤولية إلى الأبوين معا في محاصصة اتفاقية أو قضائية حسب موارد وقدرة الطرفين[5].

ثانيا مقدار النفقة :

نص قانون الأسرة الجزائرية في مادته 79 على أن الواجب في نفقة الأولاد هو قدر الكفاية ، لأنها وجبت للحاجة فقُدّرت بما تندفع به . و لأن النبي ﷺ قدّر لهند نفقتها ،ونفقة أولادها بما يكفيها حين قال لها :" **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** ". ولا بد في تقدير النفقة من مراعاة حال الطرفين ومستوى معيشتهما في ضوء المعروف من عوائد الناس وأعرافهم[6]، ولا يجوز الطعن في مقدارها ، تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة ، إلا بمضي سنة كاملة من صدور الحكم بها[7] (المادة 75 أسرة جزائري) .

---

[1] – البخاري، **الجامع الصحيح**، المصدر السابق ، كتاب الزكاة ، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، ج 5، ص2025 .

[2] – الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، المصدر السابق ، كتاب الزكاة ، باب الإعطاء للأقرباء أعظم للأجر ، ج1 ، ص415 . علاء الدين الفارسي ، **الإحسان بترتيب صحيح بن حبان** ، ضبطه كمال يوسف الحوت ، دار الفكر ، بيروت ، ط1، 1987 ، كتاب النكاح ، باب النفقة ، ج 5 ، ص 217 .

[3] – ابن قدامة المقدسي ، **المغني شرح مختصر الخرقي**، دار الكتاب العربي، بيروت، د .ط، 1983، ج 9 ، ص256 .

[4] – خصص المشرع الجزائري لنفقة الأولاد ستة مواد من أصل سبع تضمنها الفصل الثالث من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج .

[5] - L. Leveneur : **Obligation Parentale D'Entretien** , Juris-Classeur , France , 1997, civil , art. 203 à 204 , fasc. 10 , p 13 et 14 .

[6] – **قرار المحكمة العليا** رقم 216886 ، الصادر بتاريخ 16 – 03 – 1999 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 2001 ، ص 204.

[7] – **قرار المحكمة العليا** رقم 136604 ، الصادر بتاريخ 23 – 04 – 1996 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1997 ، ص 89.

وقد كان الاجتهاد القضائي الفرنسي يقضي بكفاية تقدير قيمة إسهام الأبوين في واجب النفقة على الأبناء أن يتواءم و مدخول الأسرة ، وموارد كل منهما بغض النظر عن احتياجات الأبناء[1].ثم عاد وقرر في التعديل الأخير لقانون الأسرة ضرورة مراعاة هذه الاحتياجات في تقدير نفقة القصر .

ثالثا مشمولات النفقة :

الإجماع حاصل بين الفقه والمشرعين الجزائري والفرنسي على وجوب قيام الآباء بتغطية احتياجات أبنائهم القصر العاجزين عن الكسب من نواح أربع هي : التغذية ، السكن ، الملبس والعلاج . لكن تفرّد الفقه الإسلامي[2] مع قانون الأسرة الجزائري[3] بإضافة بند خامس يتعلق بوجوب اشتمال النفقة على ضروريات حياة الأبناء ، في ضوء ما يفرضه العرف والعادة . وهذا ما جعل مساحة هذا الالتزام على الأبوين أوسع بكثير مما هي عليه عند المشرع الفرنسي[4]؛ حيث يمكن أن تشمل :

– تغطية مصاريف التكوين الفكري ، والذهني للطفل عبر توفير كل ما من شأنه ضمان نمو طبيعي ، ومتوازن لشخصية الطفل ، واندماجها في المجتمع بصفة فاعلة .

– تزويج القاصر و إعفافه إذا استدعت ذلك الضرورة ، والإنفاق عليه وعلى زوجته لأن هذا من جملة الكفاية المطلوبة .

– توفير الخدم للأبناء إذا كانوا بحاجة إلى من يخدمهم حسب الوسع والقدرة . بل وقد تفرض الضرورة أحيانا تقديم إعانات مادية في شكل مبالغ مالية للأبناء اليافعين ، في مستهل حياتهم المهنية ، للقيام بمشاريع تعينهم على تحقيق استقلال اقتصادي فعليٍّ عن ذويهم .

---

[1]- Cass. 2 e civ., 2 mars 1994 : P . Courbe : **Droit De La Famille** , p 428.

[2] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 4، ص38. النفراوي ، **الفواكه الدواني**، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 28 و29 . الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ، ج 2، ص 167. ابن تيمية ، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، ومعه النكت والفوائد السنية لابن مفلح ، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ج 2 ، ص 119 .

[3] – تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أن : تشمل النفقة : الغذاء ، و الكسوة ، و العلاج ، والسكن أو أجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة .

[4] – تتفق روح المادة 203 مدني فرنسي مع نظيرتها الجزائرية 71 أسرة في وجوب اشتمال واجب الرعاية لتكاليف الجانب التربوي للأبناء ، وفيما عدا ذلك فالفقرة الأخيرة – من ذات المادة – لا ترى أن من واجب الأبوين ضمان استقلال مالي لابنهما عبر تقديم معونات مالية ، أو حتى خدمية لافتتاح حياته الوظيفية ، كما أنه ليس من حقه مطالبتهما بتغطية تكاليف زواجه . انظر:

- L. Leveneur : **Obligation Parentale D'Entretien** , op., cit. , p 13.

و القاعدة العامة في الفقه والقانون الجزائري أن ينتهي واجب الإنفاق بانتهاء مدته ، وبلوغ سن الرشد بالنسبة للذكر ، أين يُفترض به أن يتحمل مسؤوليته في تدبير شؤونه الخاصة به[1]، أما الأنثى فتستمر نفقتها حتى دخول زوجها بها ، أو حصولها على كسب (المادة 75 أسرة)[2]. لكن يبدو أن الحقيقة الاجتماعية شيء آخر تماما ، إذ أن هناك تجاف بين الاستقلال القانوني وبين الاستقلال الواقعي للأبناء اليافعين الذين يجدون صعوبة بالغة في إيجاد عمل يسد خلتهم . وهذا ما حدا بالفقه الإسلامي و التقنيين الجزائري و الفرنسي إلى التأكيد على أن البلوغ لا يُمثل – بالضرورة – حدًا فاصلاً لانقضاء واجب الرعاية ، فقد تستمر إلى ما بعد البلوغ – كاستثناء من المبدأ العام – سواء كان ذلك لسبب من أسباب العجز العقلية كالجنون والعته ، أو البدنية كالإصابة بالأمراض الخطيرة و العاهات المستديمة ، أو كان سببه مواصلة التكوين الفكري و التخصص العلمي في ميدان ما من ميادين العلم[3](المادة 75 أسرة جزائرية و المادة 203 مدني فرنسي) .

البند الثاني : الإدارة المالية

الإدارة الأبوية لأموال القاصر هي تصرف الولي الممارس للسلطة الأبوية في أموال أبنائه القصر تصرف رب الأسرة الحريص ، وذلك بحصرها وجردها واستثمارها لهم مع تخصيص أقساط منها للإنفاق عليهم . ويستمر الحال كذلك حتى بلوغهم وإيناس الرشد منهم ، أين يتم تسليمهم هذه الأموال .

لا بد في بحث هذا الموضوع من التعرض لوجهة نظر الشريعة الإسلامية بشأنه ، ثم التطرق لرأي كل من التشريعين الجزائري ونظيره الفرنسي في سبيل تحقيق مصلحة الصغار و الحفاظ على أموالهم .

---

[1] – **قرار المحكمة العليا** رقم 57227 ، الصادر بتاريخ 25 – 12 – 1989 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1991 ، ص 106.

[2] – الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ الدردير** ، وبالهامش تقريرات عليش ، تحقيق محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 2، 2003، ج 3 ، ص 503 . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار الفكر، بيروت ط2، 1979م، ج 3 ، ص 612. الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ، ج 2، ص 167و168 . وانظر: **قرار المحكمة العليا** رقم 218736 ، الصادر بتاريخ 16 – 02 – 1999 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 2001 ، ص 203.

[3] – ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 228 . ابن عابدين ، **حاشية رد المحتار**، المصدر السابق ، ج3 ، ص 614. العدوي ، **حاشية العدوي** ، دار المعرفة، بيروت ، د.ط ، د.ت، ج 2، ص 174 . و **قرار المحكمة العليا** رقم 179186 ، الصادر بتاريخ 17 – 02 – 1998 ، المجلة القضائية، العدد 3 ، 2001 ، ص 198.

أدلة الشريعة الإسلامية :

تُسند الإدارة الأبوية لأموال القصر – من وجهة نظر الفقه – إلى الأب ما دام رشيدا ؛ حيث يتعين عليه التصرف فيها بما تقضيه المصلحة و الغبطة الظاهرة ، لقوله ﷻ:﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ** ﴾[1] ؛ فيجوز له المتاجرة بها، و ابضاعها ، والمضاربة فيها، وكل ما من شأنه استثمارها وتنميتها وحفظها من التلف أو المؤن التي تأكلها ، لقوله ﷺ "**من ولي يتيما وله مال يتجر له فيه فلا يتركه حتى تأكله الصدقة** "[2].

ومن هنا أجاز الفقهاء للأب أن يسافر بأموال أبنائه للمتاجرة لهم فيها مع الأمن وغلبة السلامة .كما له أن يُوكل بالبيع والشراء والإجارة لأنها من توابع التجارة ، وله أيضا أن يشتري لهم العقار ، إذا حصل من ريعه الكفاية، وأمن خرابه ويمتنع في حق الولي كل ما لا حظ فيه من التصرفات الضارة ضررا محضا بأموال المولَى عليهم ؛كالهبة والصدقة والوصية والمحاباة والشراء والبيع بغبن فاحش ، فإذا كان غبنا مما يعتاده الناس فيجوز[3].

وفي بيع العقار ثلاث أقوال : أحدها الجواز مطلقا كالمنقول وهو قول المالكية ، والثاني الجواز بشرط البيع بمثل ثمنه فأكثر وهو رأي الحنفية ، والثالث المنع إلا إذا اقتضت ذلك حاجة نفقة أو كسوة أو استدعت ذلك مصلحة ظاهرة ، بأن رُغب فيه بأكثر من ثمنه مع وجود مثله ببعض هذا الثمن ، أو خيرًا منه بكلّه وهو مذهب الشافعية والحنابلة[4].

---

[1] – [الأنعام : 152]

[2] – الترمذي ، **الجامع الصحيح**،المصدر السابق ، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم ، ج 3 ، ص 32 . البيهقي، **السنن الكبرى** ،المصدر السابق ، كتاب الزكاة ، باب من تجب عليه الصدقة ، ج4 ، ص107. الدارقطني ، **السنن**، عالم الكتب ، بيروت، ط 4،1986م،كتاب الزكاة ، باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم ، ج2، ص109. و في إسناده المثنى وهو ضعيف ، وقال الإمام أحمد ليس هذا الحديث بصحيح وروي بأسانيد متعددة فيها متروكون و ضعفاء . انظر :الشوكاني ، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة ، د.ط، 1988ء ،ج2 ، ص 11.

[3] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 155و156 . الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ، ج 1، ص 338. الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق، ج 4 ، ص 486 وما بعدها . ابن مفلح، **المبدع** ، المصدر السابق ، ج4 ، ص 337- 339 .

[4] – ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 114 . ابن قدامة المقدسي ، **الكافي في فقه أحمد ابن حنبل** ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط 5 ، 1988، ج 2، ص 190 . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 487 . **الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج** ، دار الفكر، بيروت ، د.ط، د.ت، ، ج 2 ، ص 175 .

ويلزم الأب وجوبا حصر أموال أبنائه ، والإشهاد على ما تحت يده منها إذا كانت ذات قيمة ، وعليه أداء الحقوق اللازمة في هذه الأموال سواء كانت زكاة ، أو أروش جنايات ، أو قيم متلفات ، وعليه أيضا أن يُنفق منها في طعام وكسوة أبنائه بالمعروف منه في الإعسار واليسار ودون إسراف أو تقتير.

وبالجملة فإن تصرف الولي يبقى محمولا على المصلحة ، وسداد النظر لما جُبل عليه من الشفقة و أصالة الرأي . وليس عليه تعليل وجوه تصرفاته في مال أبنائه ، ولا يُتعقب بحال حتى يثبت خلاف ذلك ؛ فيضمن عندها قيمة ما هلك بتفريطه . وإذا ما ادعى المولى عليه عند بلوغه أو أي أحد غيره تفريط الولي أو هلاك المال فالقول قول الأب .

وإذا بلغ القاصر وأونس الرشد منه ، و أمنت عليه المفسدة بمعرفة صحيح التصرف و فاسده سُلمت إليه أمواله ليتصرف فيها باستقلالية تامة .

ثانيا : الإدارة المالية في القانون الجزائري: يتمتع الولي في القانون الجزائري بسلطة مميزة في تسيير أموال أبنائه القصر ، غير أن المادة 88 من قانون الأسرة قيدتها بضابط الحرص و النظر لما هو أحظ لهم وأحفظ لأموالهم حيث جاء فيها " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ". فليس للمدير التصرف فيما لا مصلحة لأبنائه فيه لا سيما التصرفات الضارة ضررا محضا ، كالتبرعات والهبات وكل الأعمال التي يكون من شأنها إفقار القصر .

وله بالمقابل القيام بالتصرفات النافعة نفعا محضا من دون أخذ إذن من أحد . أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فإن كانت من نوع أعمال الإدارة التي يُقصد منها حفظ المال وصيانته واستغلاله ، كاتخاذ الإجراءات التحفظية، والإجارة وكل ما تقتضيه من توابع تستلزمها الإدارة كبيع ما يُسرع إليه التلف من البضاعة ، و المنقولات ، واستيفاء الحقوق ، ووفاء الديون فللولي القيام بذلك على نحو ما يتكشف له من وجوه المصلحة فيها (المادة – 573 مدني). ولا يرِد على ذلك إلا قيد واحد يخص الإيجار إذا جاوز مدة ثلاث سنوات ، سواء كان عقارا أو منقولا (573 مدني)، أو إذا امتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد إذا كان عقارا (المادة 88 أسرة)[1] .

أما إن كانت تصرفات الولي من نوع أعمال التصرف فتتقيد صلاحياته على النحو الذي حددته المادة 88 من ذات القانون إذ يمتنع في حقه بيع العقار أو رهنه أو إجراء المصالحة دون الرجوع إلى المحكمة . ولابد عليه أيضا من أخذ رأي القاضي بشأن بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة ، وكذا بالنسبة للاستثمار بالإقراض والاقتراض ، أو المساهمة في شركة ، فضلا عن استعمال المال لصالح نفسه (المادة 578 مدني) . وعلى القاضي أن يُراعي في أذوناته للولي الضرورة الداعية والمصلحة المقصودة ، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني (المادة 89 أسرة) .

[1] – محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام** ، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر د.ط ، 1983، ص 98.

وفي حال حصل من الولي تفريط ، أو تعريض أموال القصر للخطر و الضياع ، أو تعارضت مصالحه مع مصالحهم فيجب على القاضي تعيين متصرف خاص تلقائيا، أو بناء على طلب من له المصلحة (المادة 90) ، وعلى الـــولي أن يُقدم حسابا مع انتهاء سلطته بأملاك الصغير .

ثالثا : الإدارة المالية في القانون الفرنسي : تُرتب إدارة أموال القصر على الأبوين اللذين يتوليانها واجبات معينة أهمها :[1]

- حصر أملاكهم وجردها في الأيام العشر الأولى من حيازتها(3/451مدني).

- تحويل السندات التي لحاملها إلى سندات اسمية خلال ثلاثة أشهر ، أو إيداعها في حساب مفتـــوح باسمـــه (452/ 1مدني) .

- استلام رأس المال و إيداعه خلال شهر لدى مودع معتمد (453/1مدني) .

- استثمار هذه الأملاك بحرص متى بلغت المقدار الذي حدده مجلس العائلة ، خلال الأشهر الستة التي تلي حيازته لها (455 مدني) .

تقديم حسابات سنوية بمداخيل ونفقات الإدارة إلى قاضي الوصاية مادام القصر دون السادسة عشر، فضلا عن القيام بحساب ختامي يُسلم للابن مع نهاية هذه الإدارة (389-7، 369مدني) . و تجري على هذه الحـــسابات الأحكـــام المطبقة في حق الوصاية .

وفيما دون ذلك فإن الأبوان يتمتعان بسلطة عامة في تمثيل ابنهما القاصر ؛ إذ يُعتبران بمثابـــة الوكيـــل في كـــل تصرفاته المدنية التي لا يسمح له القانون والعرف القيام بها من تلقاء نفسه (389-3مدني) . ولابد هنا من التمييز بين أصناف أربع من التصرفات :[2]

1 - تصرفات يمكن أن يقوم بها أحد الأبوين ويتعلق الأمر هنا بالتصرفات التي هي من نوع أعمال الإدارة . وأدنى منها الأعمال التحفظية لأنها أقل ضررا (456 مدني) . وفي حال اعتراض أحدهما على تصرف الأخر يُبلَغ قاضـــي شؤون الأسرة ليبتّ في الأمر بما يرى فيه مصلحة القاصر (372-1 و261مدني) .

2 - تصرفات لا بد فيها من اتفاق مشترك حولها : وهذا يخص التصـــرفات التي هي من نوع أعمـــال التـــصرف (2/475 مدني) ، فإذا لم يحدث الاتفاق بشأنها تُعرض القضية على قاضي الوصاية (389 – 5مدني) .

3- ويستثنى من أعمال التصرف هذه بعض التصرفات التي لا بد معها من أخذ إذن قاضي الوصاية ، نظرا لأهميتـــها وخطورتها على مصالح القصر ؛ فقد نصت المادة 389 – 5 مدني على أنه لا تجوز المصالحة ، أو القسمة الوديـــة ، أو

[1] - P. Salvage – Gerest : **Tutelle , Administration légale pure et simple** , Juris-Classeur , France , 1996 , civil , art. 389 à 392 , fasc. 20 , p 24 , par 102 .

[2] - Ca paris ,14 août 1866 - Ca Montpellier , 10 juin 1862 : P , Salvage – Gerest : **Tutelle**, Ibid , p 14 et suivantes .

الاقتراض ، أو المشاركة في مؤسسة بمنقول أو عقار، حتى ولو حصل اتفاق أبوي مشترك بشأن أي من هذه التصرفات ما لم يوافق عليها قاضي الوصاية .

4 – تصرفات محظورة لتحقق إضرارها بمصالح الصغار المالية ، ويدخل في هذا كل التصرفات التبرعية ، أو التنازل المجاني عن حق ، أو كفالة دين للغير، وكذا تمثيل القصر في ممارسة التجارة ، حتى ولو كانوا مُرَشّدين لأنهم لا يملكون بعدُ صفة التاجر (02 تجاري) . وتمنع أيضا كل التصرفات التي يحصل معها تعارض بين مصالح القاصر ومصالح المدير ؛ سواء كان ذلك بتملكه كل أو بعض ماله ، أو إبراء نفسه من حقوق متولاه عليه . أما إذا كانت الأموال المُدارة عبارة عن هبات وأعطيات اشترط أصحابها أن يتولى إدارتها شخص آخر غير أبويه فعلى القاضي تعيين متصرف خاص لها[1].

وجدير بالذكر أن صلاحيات قاضي الوصاية أوسع بكثير مما هي عليه بالنسبة للتشريع الجزائري ، لاسيما إذا ما كانت الإدارة أحادية السلطة ، أين تُعوض رقابة القضاء هذا الغياب بشأن كل التصرفات التي تحتاج إلى إذن مشترك من الأبوين (389- 2 مدني) ، و يتوجب على المدير طلب إذن قاضي الوصاية في كل التصرفات التي ليست من نوع أعمال الإدارة (2/389مدني)[2] .

البند الثالث : الانتفاع القانوني

الانتفاع القانوني هو "الحق المخول للولي الذي يباشر السلطة الأبوية من قبض إيراد أموال الصغير، وملك جزئه الزائد عن مصاريف الإدارة ومصاريف الطفل من جميع ما يحتاجه "[3]. والشريعة الإسلامية متفقة مع القوانين الوضعية في أن للآباء امتياز الانتفاع بمال القصر ، لقاء حراستها لهم وتنميتها وحفظها من أن تأكلها المُؤن . غير أن ثمّة اختلافات جوهرية بين الفقه والقانون حول سبب ثبوت هذا الامتياز وهذا موضوع دراسة هذا البند .

---

[1] – محمد حسنين ، **الوجيز في مصادر الحق**، . المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، د.ط، 1985، ص 97 . و

- P , Salvage – Gerest : **Tutelle** , Ibid .p 8 , par 18

[2] - P , Salvage – Gerest : **Administration légale Sous Contrôle Judiciaire** , Juris-Classeur , France , civil , art. 389 à 392 , fasc. 30 , p 6 , par 27 .

[3] – عبد الله السيد ، **المقارنات التشريعية** ، المرجع السابق ، ج1 ، ص 328 .

أولا: الانتفاع القانوني في الشريعة :

أجمع أهل الفقه على أن للأبوين الفقيرين الانتفاع بمال ولدهما إذا لم يكن لهما مال ولا كسب ، بل ونفقتهما واجبة فيه لقوله ﷻ : ﴿ **وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا** ﴾[1] . وليس من الإحسان تركهما دون كفاية حاجتهما ، ولقوله ﷻ: ﴿ **وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا** ﴾[2] ، ومن المعروف الإنفاق عليهما و إغنائهما عن الكد الذي فيه من الأذى ما يفوق التأفيف المُحرّم ، وقد رُوي عن النبي ﷺ من حديث عائشة -رضي الله عنها- أنه قال : " **إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم إذا احتجتم إليه بالمعروف**"[3] . فإذا كان كسب الولد كسب لوالده كانت نفقته فيه ؛ لأن نفقة الإنسان في كسبه، ولما كان الولد من كسبه كان كسب هذا الولد ككسبه وكسبُ كسبِ الإنسان كسبُه، ككسب عبده المأذون ، فكانت نفقته فيه . ولأن الإنسان يجب عليه أن يُنفق على نفسه وزوجته فكذا على أصله ، وإن كان للأبوين كسب وشغلتهما إدارة مال ولدهما عنه جاز لهما الأخذ منه باعتبار الحاجة والكفاية[4].

كما وأن جمهور الفقهاء متفق على أن للأب المحتاج امتياز الأكل بالمعروف من مال متوليه ، ولو كان قادرا على التكسب . وله الاستقلال بالأخذ من غير مراجعة أو مطالبة بالكسب[5]، لأنه أقرب الناس إليه وله تأويل في ماله للخبر

---

[1] - [الإسراء : 23]

[2] - [لقمان: 15]

[3] - أحمد، **المسند**، المصدر السابق ، أول مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ..، ج 11، ص182 و 183 . ابن حبان ، **الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان** ، المصدر السابق ، كتاب النكاح ، باب النفقة ج1، ص 291 . ابن ماجه، **السنن**، المصدر السابق ، كتاب التجارات ، باب الحث على المكاسب ج 5 ، ص 226 . أبو داود ، **السنن** ، المصدر السابق ، كتاب الإجارة ، باب في الرجل يأكل من مال ولده ج 3 ، ص 288. الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، الرجع السابق ، كتاب النكاح ، باب البيوع ، ج 2، ص 46.

[4] - اختلفت أقوال الفقهاء في تكييف الأخذ من مال الأولاد هل هو أجرة أم قرض ؟ بسبب اختلافهم في تفسير الأكل الوارد في النصوص . فصار صائرون إلى القول بأنه قرض واجب القضاء مع اليسار لقول عمر ابن الخطاب قال :" **إني أنزلت مال الله ﷻ مني بمنزلة مال اليتيم إن استغنيت استعففت وإن افتقرت أكلت بالمعروف فإذا أيسرت قضيت** "و به أخذ ابن عباس وعبيدة وابن جبير والشعبي ومجاهد و أبو العالية وهو قول الأوزاعي ، وقال قائلون بأنه أجرة لا قضاء فيها ، لأنها حق النظر والإدارة و به قال إبراهيم وعطاء وحسن البصري و النخعي وقتادة وعليه جمهرة الفقهاء ، انظر: المرداوي . **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، صحّحه وحققه: محمد حامد الفقي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت،ط1، 1957م، ج 5 ، ص 339. القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، المصدر السابق ، ج 5، ص 41 و 42. الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ، ج 1، ص 330.

[5] - خالف المالكية هذا الرأي باشتراطهم العجز عن الكسب في نفقة القريب لأن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال ولو كانت بصنعة تزري بالولد ويجبر عليها ، فان كان قادرا على العمل وشغلته إدارة مال ولده عن كسبه جاز له أخذ الأقل من الأجرة أو النفقة بالمعروف انظر : مالك بن أنس الأصبحي،=

الوارد عن رسول الله أنه قال:"**أنت ومالك لأبيك** "[1]؛ فظاهر إضافة مال الولد إلى مال الأب بلام التمليك يقتضي بأن يكون للأب فيه حقيقة الملك ، فإن لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك مع الحاجة . وقد أطلق النبي ﷺ للأب الأكل من مال ابنه إذا احتاج مطلقا ، في الخبر السابق ، عندما قال :" **فكلوا من كسب أولادكم إذا احتجتم إليه بالمعروف** "[2].

غير أن الخلاف حاصل حيال الانتفاع من مال الأولاد مع الاستغناء وعدم الحاجة فانقسم الفقه في ذلك إلى فريقين:

فذهب الحنابلة إلى جواز أن يأخذ الأب الغني من مال أبنائه غير أنهم ضبطوا ذلك بشروط خمسة هي:[3]

الأول : أن لا يملك ما تعلقت به حاجته أو يُجحفه أو يُضر به .

الثاني : ألا يُعطيه ولدا غيره من إخوته لورود المنع من تخصيص بعض ولده بالعطية .

ثالثا: ألا يكون التملك في مرض موت أحدهما ، لأنه بالمرض يكون قد انعقد السبب القاطع للتملك .

الرابع : ألا يكون الأب كافرا والابن مسلما .

الخامس: أن يكون ما يتملكه عينا قوما لأنه لا يتصرف فيما لم يقبضه بعدُ .

في حين صار الجمهور إلى القول بالمنع من ذلك لقوله ﷻ : ﴿ **وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ** ﴾[4]، والعفة هي الكف ، فضلا عن أن عموم النصوص يحظر المساس بمال الغير أو التعدي عليه دون ترخيص مسبق من أصحابه ، والأب وغيره في ذلك سيان ، ومن ذلك قوله ﷻ: ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ** ﴾[5]، وقوله ﷺ : " **إن**

=**المدونة الكبرى**- رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم ، ومعها مقدمات ابن رشد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، مكتبة الثقافة الدينية ، القاهرة ،د.ط ، 2004، ج 2 ، ص287. الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، **المصدر السابق** ، ، ج 3 ، ص 501.

[1] – ابن حبان ، **الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان** ، المصدر السابق ،كتاب البر و الإحسان ، باب حق الوالدين ،ج 1، ص 316. ابن ماجه، **السنن**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د.ط،د.ت، كتاب التجارات باب ما للرجل من مال ولده ج2، ص769 .

[2] – الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 4، ص30 . الخطيب الشربيني ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع**، دار الفكر ، د.ت ، د.ط، ج 2، ص 481 . ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، **شرح مختصر الخرقي**، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، 1983م ،ج 9، ص 56.

[3] – البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، المصدر السابق ، ج 4، ص 318 .

[4] – [النساء : 6]

[5] – [البقرة : 188]

دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة ، يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا "[1]. وقوله ﷺ : " **لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه "**[2] .. وبالجملة فإن هذا الرأي هو الذي تقتضيه مصلحة الأبناء القصر ، ويتفق معه صريح النصوص الواردة في الباب . وعليه فامتياز الانتفاع القانوني – حسب المفهوم الإسلامي– أوسع وأقوى مما عليه في القوانين الوضعية لأنه يُعبر عن القرابة و البعضية التي تربط الأبوين بابنهما ، وعليه فإن بقاء هذا الامتياز مستمرٌ ما بقيت علّته وسبب وجوده (الحاجة و العجز عن التكسب) ، ولا علاقة له ببلوغ القاصر أو رشده ؛ فتبقى نفقة الولي المدير واجبة حتى ولو حُرم كليا من ممارسة السلطة على ابنه بالإسقاط أو العزل .

ثانيا : الانتفاع القانوني في القانون الجزائري : لم يرد في قانون الأسرة ولا القانون المدني الجزائريين النص على ما يُسمى بالانتفاع الأبوي من مال الأبناء ، لكن بالوسع القول بأن للأبوين التمتع بهذا الحق – بما يتوافق و أحكام الفقه الإسلامي– على أساس أن المادة 222 من قانون الأسرة تنص على وجوب الرجوع لأحكام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون .

ثالثا : الانتفاع في القانون فرنسي[3]: يتمتع متولي الإدارة المالية – في القانون الفرنسي– بما يسمى بامتياز الانتفاع القانوني (**Jouissance légale**) الذي يُتيح له تملك عوائد هذه الأموال ، والانتفاع بفوائدها إذا كانت زائدة عن الاحتياجات التي تتطلبها رعاية القاصر لقاء تحمل أعباء هذه الإدارة (382)[4]. ويشمل هذا الحق كل أمواله إلا ما كان تملكها عن طريق عمل شخصي ، أو آلة خاصة ، أو كانت أملاكا اشترط أصحابها عدم تمتع الوالدين بها ، أو

---

[1] – البخاري، **الجامع الصحيح**، المصدر السابق ، كتاب الأضاحي ، باب من قال الأضحى يوم النحر ، ج 6 ، ص 235 و 236 و كتاب الإذن ، باب قول الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم ،ج 7 ، ص 83 و 84 . مسلم ، **الجامع الصحيح**، المصدر السابق ، كتاب الحج ، باب حجة النبي ، ج 2، ص889 و باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ، ج3 ، ص 1305.

[2] – أحمد ، **المسند** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د.ت ، حديث عم أبي حرة ..،ج 5 ، ص 72 . ابن حبان ، **الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان** ، المصدر السابق ، كتاب الرهن ، باب الجنايات ، ج7 ، ص 587 . البيهقي ، **السنن الكبرى** ، المصدر السابق ، كتاب الغصب ، باب من غصب لوحا فأدخله في سفينة .. ، ج 8 ، ص 505 .

[3] – لا زال هذا الامتياز محل جدل كبير في أوساط الفقهاء الفرنسيين لأن هذا النظام الروماني القديم – حسب جانب من الفقه – يُضر بمصالح الصغار ويزري بحقوقهم المالية ويتعارض و مبدأ الممارسة المجانية للسلطة الأبوية ، غير أن المشرع الفرنسي لا زال يبدي تمسكه به مع كل تعديل جديد للقانون المدني محتجا لذلك بأن هذا النظام يمتلك من المزايا ما يستأهل معها الإبقاء عليه سيما و أنه – على حد تعبير المشروع الأخير لقانون الأسرة – يسمح بإدماج عوائد الطفل في الذمة المالية للأسرة ككل مما يعطي لإخوته فرصة مشاطرتها مع الأبوين ، راجع :

- I , Carbonnier : **Autorité Parentale : La Jouissance légale** , Juris-Classeur , France , civil , art. 371 à 387 , fasc. 50 , p3 , par 4 .

[4] – P . Courbe : **Droit De La Famille** : op. cit., p 410 .

الأموال التي ورثها عن شخص حرم أبويه من ميراثه [1]. وللقاصر أن يعترض على أي استعمال غير مشروع ، أو غير متفق مع طبيعة الشيء المُدار . وللقاضي – تبعًا لخطورة الحال – أن يُقرر إسقاط هذا الامتياز أو إبقاءه (618)[2].

وتسري على الأبوين المتمتعين أحكام الانتفاع الواردة بالقانون العام ، مع مراعاة استثناءين اثنين : يتعلق الأول منهما بأعباء النفقات وإصلاح محل الانتفاع ، التي يتحملها مال الصغير لا المنتفع، على اعتبار أنه ممثله القانوني[3]. بينما يخص الاستثناء الثاني إعفاء الأبوين من تقديم الكفالة الضرورية لعقد الانتفاع كضمان لرأس المال محل التمتع ، لأن في وفور شفقتهما ضمانا كافيا لذلك (المادة601).

ويستمر هذا الحق حتى بلوغ القاصر سن 16، أين يتوجب على الأبوين قانونا حفظ صافي إيراده مع فوائض العوائد ليستهل بها الابن حياته الجديدة عند فك وصايته .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

[1] -I. Carbonnier : **Autorité Parentale** : La Jouissance légale, op. cit., p 26 , par 119 .

[2] - Ca Grenoble , 19 févr. 1816 : I. Carbonnier : **Autorité Parentale** : La Jouissance légale , op. cit., p 16 , par 157 .

[3] - Cass. Req., 17 nov. 1903 - Ca Rennes , 24 févr. 1902 : I. Carbonnier : **Autorité Parentale** : La Jouissance légale , op. cit., p 11 , par 100 .

و بالجملة فإن النتائج التي نخرج بها من دراسة هذا **المبحث** هي :

● من الناحية **الاصطلاحية** لنظام السلطة الأبوية :

- يُبدي مصطلح "**الولاية**" تفوقا واضحا من ناحية المضمون اللغوي و الاستعمال الاصطلاحي على مصطلحي "**السلطة**" و "**السلطان**" ؛ لتضمنه معنى القرب و النصرة و المَنَعة ، و هو أمر لا يتوافر للمصطلحين الباقيين اللذين يغلب عليهما معنى القهر و التسلط . غير أنه لابد من تقييده بالسّمة "**الأبوية**" لفصله عن باقي أنواع الولايات .

- لاحظنا توضح فكرة نظام السلطة الأبوية شكلا و محتوى لدى كل من فقهاء الشريعة و المشرع الفرنسي في مسعاهما لحماية مصالح القصر ، بخلاف المشرع الجزائري الذي لا زال يُعاني ضبابية في هذا الشأن بسبب عدم انسجام مضامين الآلية المتبعة و شكلها .

● من الناحية **التاريخية** :

- عرفت مصالح القصر في أسر و عوائل الحضارات القديمة أحلك أيامها ، في ظل نظام أبوي يمسك بكل خيوط السلطة ليبت في مصائر الصغار حياةً أو موتًا ، ويعصف بحرياتهم ، و يهدر حقوقهم .وامتد أثر ذلك ليشمل التشريع الفرنسي الذي لم يستطع منه فكاكا إلا في النصف الأخير من القرن الفارط وهو مَن هو في التطور والرقيّ ؟؟

● من ناحية **محتوى السلطة** الأبوية :

- هناك توافق واضح وانطباق للرؤى إزاء خارطة مشتملات السلطة الأبوية ؛ إنْ على المستوى الشخصي للقاصر ، أو على المستوى المالي له .

● من الناحية **التشريعية** و **التنظيمية** لأحكام السلطة الأبوية :

- عالج المشرع الفرنسي موضوع السلطة الأبوية في باب خاص ، هو الباب الرابع من الكتاب الأول ضمّنه فصلين اثنين ؛ تعلق الأول منهما بتنظيم أحكام السلطة الأبوية المتعلقة بالشق الشخصي للقاصر، بينما اختص الآخر بالأحكام المتعلقة بالشق المالي . وقد خصص لذلك 57 نصا قانونيا ، دون احتساب المواد الخاصة بالقصّر والترشيد بالإذن والتي جعل لها بابا مستقلا ؛ و هذا ما أكسبه إحاطة أشمل وأوعى لقضايا السلطة الأبوية المختلفة ، و تنظيم شؤون الصغار و رعاية مصالحهم .

أما تنظيم المشرع الجزائري فقد جاء هزيلا بهذا الخصوص ، حيث لم يخصص لنظام الولاية سوى فصل واحد ؛ هو الفصل الثاني من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية ، و ضمنه 5 نصوص قانونية تناولت في مجملها تحديد الأولياء ، وترتيبهم ، وحالات إنهاء سلطاتهم ، مع تقنين مختصر لأحكام الإدارة المالية لشؤون القصر !!

المبحث الثاني : ضوابط إسناد السلطة وممارستها

أحاطت الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية السلطة الأبوية إسنادًا ، وتوليةً ، وممارسةً بمعايير وضوابط معينة لضمان مصلحة القاصر في أمنه وصحته وخلقه . وسنتولى ابتداءً رصد هذه الضوابط والمعايير وأثرها فيما يتعلق بإسناد السلطة الأبوية لدى كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية محل البحث ، ثم نعالج مسألة ممارسة السلطة الأبوية في ضوء هذه المعايير والضوابط ، ومدى استجابتها لمصلحة القاصر .

المطلب الأول : ضوابط إسناد السلطة الأبوية وتوليها

ليس غريبا القول بوجود مساحة تقاطع بين الشرائع و النظم القانونية إزاء مسألة الضوابط و المعايير المنوطة بتولي السلطة الأبوية وإسنادها . غير أن من شأن التنقيح و البحث أن يقود إلى استنتاج وجود تباين واضح في المواقف بين هاته التشريعات فيما وراء هذه المساحة . وهذا ما يضطرنا منهجيا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لشرائط الإسناد المتفق عليها ، بينما يُعنى الآخر بالضوابط المختلفة فيها .

الفرع الأول : ضوابط إسناد السلطة الأبوية المتفق عليها

اتفقت كلمة الفقهاء والمشرعين حيال ضوابطٍ أربعةٍ لإسناد السلطة الأبوية وتوليها . ونحاول فيما يلي استيضاحها:

البند الأول : العقل والبلوغ

أولا في الشريعة الإسلامية :

لا بد لمتولي السلطة الأبوية أن يكون كامل الأهلية بلوغًا وعقلاً ، لأن الولاية إنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه . و أهلية الولاية بالقدرة على تحصيل هذا النظر بكمال الرأي والعقل ، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر فلا يلي نفسه ، ومن لا يلي نفسه لا يلي على غيره ، لأن تعدي الولاية منوط بامتلاك الولاية القاصرة على النفس وهو ممتنع في حق غير العاقل .

وسواء في هذا من لا عقل له لصغر كالطفل[1]، ومن ذهب عقله بجنون ، أو كبر كالشيخ إذا فند و لم يدر موضع الحظ والمصلحة[2].

ثانيا في القانون الجزائري

يشترط قانون الأسرة الجزائري في مادته 91 **أن يحوز الولي أهلية كاملة عقلا وبلوغا ، بألا يكون محجورا عليه** لجنون أو صغر ، لأن المجنون والصغير بحاجة **إلى من يرعاهما فكيف تسند إليهما رعاية غيرهما .**

ثالثا في القانون الفرنسي :

من البديهي ألا يشذ القانون الفرنسي عن الفقه والتشريع الجزائري **في اشتراط كمال الأهلية للولي الذي** يباشر النظر لأولاده القصر ؛ فقد جاء في نص المادة 373 مدني **إسقاط السلطة الأبوية عن الأب أو الأم اللذين** يحجر عليهما بسبب جنون أو صغر.

البند الثاني: الرشد

أولا في الشريعة الإسلامية :

انقسم الفقهاء بشأن اشتراط الرشد في الأب المشرف على شؤون أولاده ، والنزاع حاصل في وجهي الولاية معا: ففيما يتعلق بالسلطة على شخص الولد ذهب الشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن إلى اشتراط أن يكون الولي رشيدا. وفسّروا الرشد هنا على أنه المعرفة بمواضع المصالح ، وتخيّر الأكفاء لأن ذلك مما يقتضيه النظر للصغار[3].

وقال المالكية بأنه شرط تمام لا صحة ، حيث يجوز للسفيه ذو الرأي تزويج بناته **وإن كان يُستحب له استئذان** وليه[4]. ولعل الرأي الأول هو الأقرب إلى حظ الصغار ومصلحتهم ، لأن هذه السلطة للإصلاح والحفظ والصيانة.. فلا يمكن أن تثبت إلا لرشيد يحسن الاختيار ويكون قادرا على تدبير أموره وأمور غيره[5].

---

[1] – للحنابلة في اشتراط البلوغ في ولاية التزويج روايتان عن الإمام أحمد : أولاهما أنه ليس بشرط ؛ وعليه يصح تزويج ابن عشر قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا بلغ عشرا زوج وتزوج وعنه اثنتي عشر، و الأخرى أنه شرط –كالجمهور– وهي ظاهر المذهب من رواية ابن منصور و الأثرم و علي بن سعيد . انظر : المرداوي ، **الإنصاف** ، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 73. ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، المصدر السابق ، ج7 ، ص355.

[2] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 239 . النفراوي ، **الفواكه الدواني**، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 4 . الخطيب الشربيني : **الإقناع** ، المصدر السابق ، ج 2 ص 123 . ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، المصدر السابق ، ج7 ، ص355.

[3] – البجيرمي : **حاشية البجيرمي** ، المكتبة الإسلامية ، تركيا ، د.ط ، د.ت ، ج 3، ص 335 ، البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ،المصدر السابق ، ج 5 ص54 ، ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 144 .

[4] – النفراوي ، **الفواكه الدواني** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 4 .

[5] – أبو زهرة ، ،**الولاية على النفس** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.ط ، د.ت، ص 122.

أما اشتراط الرشد في السلطة على مال الصغير ومصلحته فقد قال به جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنيفة ، غير أن رشد هذه الولاية غير رشد الولاية على النفس ، لأن رشد كل مقام بحسبه ؛ وعليه يكون المقصود الفقهي منه هنا هو الإصلاح في المال وتوقي الضياع والتبذير[1].

وخالف هذا الرأي الإمام أبو حنيفة بقوله بعدم الحجر على الحر البالغ إذا طرأ عليه سفه ، لأنه قادر على النظر بامتلاكه آلة العقل كالراشد[2].

ثانيا في القانون الجزائري :حسمت المادة 91 من قانون الأسرة مسألة رشد الأب أو الأم متولية السلطة الأبوية ، عندما قررت بأن عجز الولي بكل أشكاله الذهنية والفكرية يقيله من ممارسة هذه الوظيفة التي تبنى على النظر وسداد الرأي.

ثالثا في القانون الفرنسي : يتفق رأي المشرع الفرنسي مع قرينه الجزائري على ضرورة أن يكون متولي السلطة الأبوية راشدا لينهض بأعباء القصر ؛ وعلى هذا حرمت المادة الأمهات و الآباء الذين يحول عدم رشدهم دون التعبير السليم عن إرادتهم .

البند الثالث : العدالة :

العدالة من الضوابط المتفق عليها بين الفقه والتشريع الجزائري والفرنسي وفيما يلي توضيح ذلك :

أولا في الشريعة الإسلامية :

تراوحت العدالة في الاصطلاح الشرعي بين الصلاح في الدين وعدم الفسق ، و بين الأمانة والحفظ من الفساد والضياع ، وقيل هي ملكة في النفس تمنع من اقتراف الذنوب والكبائر والصغائر[3]. ولا خلاف بين الفقهاء في اشتراط العدالة في الولاية على المال ، لأن النفوس مجبولة على حب المال حبا قد لا تكفي شفقة الولي غير المأمون للحيلولة دون حياطته ، وصيانته من الضياع ، والتلف فتعيّنت في حقه[4] .

و أما العدالة في الولاية على النفس فهي محل نزاع بين الفقهاء على رأيين :

---

[1] – المرغياني ، **بداية المبتدي** ، تحقيق حامد كرسون وآخرون ، مطبعة محمد علي ، مصر ، ط1 ، د.ت ، ج 1 ، ص201 . الدسوقي ، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 299 ، الشافعي، **الأم** ، تصحيح:محمد زهري النجار،دار المعرفة ، بيروت ، د.ط ،د.ت ، ج 3 ، ص 215 . ابن مفلح ، **الفروع** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 218.

[2] – الجرجاني ، **التعريفات** ، المصدر السابق ، ج 1، ص 191. المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي**، المكتبة الإسلامية ، بيروت، د.ط، د.ت ، ج 4 ، ص 315 .

[3] – الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 305. الخطيب الشربيني ، **الإقناع** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 123 .

[4] – البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 441 . بن ضويان ، **منار السبيل** ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ط 2 ، 1985 ،ج1 ، ص 361 . الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 5 ص 153 .

يرى الأول بأن هذه الولاية أمانة ولابد فيها من عدالة الولي ، وقد قال رسول الله ﷺ فيما رواه عنه ابن عباس - رضي الله عنه- : " **لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل** "[1] . ولما كانت الولاية سلطة نظرية لم يكن للفاسق أن يستبد بها كولاية المال ، لأن ضرره سيكون كبيرًا على القصّر ، خاصة إذا بلغوا سنّا من العقل والفهم يُخشى معها فساد أخلاقهم ، وضياع طباعهم بسوء سيرة متوليهم ، ورعونته فهي من باب الكرامة ، والفسق سبب للإهانة ، ونقصٌ قادحٌ في الشهادة فيكون مانعا من الولاية . ولذلك لو تاب الولي الفاسق توبة صحيحة عادت إليه الولاية بزوال مقتضى سلبها . وعلى هذا مذهب الشافعي في أصح قوليه وأحمد في الراجح من روايتيه[2].

وذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي في القول الآخر إلى أن العدالة ليست شرطا في ولاية الزواج ، لأن سببها القرابة وشرطها النظر ، والفاسق قريب ناظر فيلي كالعدل ، بما أن الفسق لا يقدح في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة ، ولأنه يلي نكاح نفسه فتكون له الولاية على ولده . وسيحمله وفور شفقته على اختيار الكفء لمتولاه ، لما فيه من دفع العار عن نفسه وعن أهله وهذا مشاهد .كما استدلوا بإجماع الناس عن آخرهم ، عامهم و خاصهم ، من لدن رسول الله ﷺ على ترويج بناتهم دون نكير من أحد على عدالة وليٍّ أو فسقه ، و به جزم الغزالي في الإفتاء فقد عمّ الفساد البلاد والعباد.

وردّوا على استشهاد مخالفيهم بحديث ابن عباس بأنه لم يثبت بدون زيادة صفة الترشيد فكيف يثبت معها . وحتى مع افتراض صحته ، فإن موجبه خلاف ما استدلوا به ، فالمقصود من الصفة توجيه الغير إلى ما فيه المصلحة، وهذا القدر متوفر في الفاسق بوجود آلته وهي العقل[3] .

والذي يترجح من بحث العدالة أنها شرط في الولاية على النفس والمال جميعًا ، لأن مطعن الفريق الثاني على مشترطي العدالة – رغم قوة دليله ورجاحة رأيه – مقصور على أحد وجهي الولاية على النفس وهو ولاية التزويج ، وهذا لا ينطبق على الوجه الأهم منها و المتعلق بالتربية والتوجيه ، أين يكون أثر الفسق ظاهرا وحاسما على أخلاق الصغار وتنشئتهم . لأن الفاسق عادل عن صلاح نفسه فكان أن يعدل عن صلاح ولده أشبه ، و لربما اقتدى

---

[1] – أحمد ، **المسند** ، المصدر السابق ، مسند عبد الله بن العباس بن عبد المطلب ، ج 4 ، ص 66 . الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، الرجع السابق ، كتاب النكاح ، باب السلطان ولي من لا ولي له ، ج2 ، ص 187. ابن حبان ، **الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان** ، المصدر السابق ، كتاب النكاح ، باب الولي ، ج 9 ، ص 386 . الترمذي ، **الجامع الصحيح** ، المصدر السابق ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، ج3 ، ص 407 . أبو داود ، **السنن** ، المصدر السابق ، كتاب النكاح ، باب في الولي ، ج 2 ، ص 229.

[2] – الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ،المصدر السابق ، ج 3 ، ص 506 ، البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 54.

[3] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 237، العبدري ، **التاج والإكليل** ، دار الفكر، ط 3 ، 1992 ،ج 3، ص 438 ، الخطيب الشربيني ، **الإقناع** ، المصدر السابق ،ج 2 ،ص410 .

الولد بفساده وفسقه ، فينشأ نشأة الفساق وأهل الضلال[1]. وهذا ما وُجدت الشريعة أساسا لمنعه ، فكان رأي القائلين باشتراط العدالة أشمل وأحوط .

ثانيا في القانون الجزائري :

وهذا الشرط معقول المعنى ، لأن متولي السلطة الأبوية إذا لم يكن أمينا على المهمة التي أوكلها إليه القانون فسيعصف بأخلاق القصر ويُعرضها لخطر محدق ، بسبب سوء سيرته ، وفساد أخلاقه وحدّها ، بدل أن يحميها ويصونها ؛ ومن ثمّ فهو غير جدير بثقة القانون في تولي السلطة على أولاده القصر.

وقد استوعب المشرع هذه الحقيقة حينما نص في المادة 24 عقوبات على أنه " عند ما يحكم القضاء على أحد الأصول بجناية ، أو جنحة وقعت منه على شخص أحد أولاده القصر ، ويقرر أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرضهم لخطر مادي أو معنوي فإنه يجوز له أن يقضي بسقوط سلطته الأبوية ، ويجوز أن ينصب هذا السقوط على كل حقوق السلطة أو بعضها ، وأن لا يشمل إلا واحدا أو بعضا من أولاده ."

وعلى هذا الأساس فقد أجازت المادة 16 من الأمر رقم 75 – 16 المتعلق بحماية أخلاق الشباب سحب السلطة من الولي إذا قدّم لأبنائه القصر الخمر حتى حالة السكر السافر[2]. وقد أيد الاجتهاد القضائي هذا المسعى عندما اعتبرت المحكمة العليا أن اقتراف الولي الحاضن لجريمة الزنا وسوء الأخلاق يُعد أهم مسقطات الحضانة عنه[3].

ثالثا في القانون الفرنسي :

تشير الفقرة الأولى من مادة 378 – 1 مدني إلى عدم أهلية الأشخاص لتولي السلطة الأبوية إذا كانوا مشهورين بالفسق وعدم الأمانة ، أو الاستهلاك الاعتيادي أو المفرط للكحول ، والإدمان على المخدرات[4] ، أو كانوا ممن يُعاملون الأولاد معاملة سيئة ، أو يقومون بأعمال جانحة تضع أخلاق وأمن الأولاد في خطر[5].

---

[1] – الماوردي، **الحاوي الكبير**، تحقيق: محمد مطرجي و آخرون ، دار الفكر، بيروت، د .ط، 1994م ،ج 15 ،ص 106 .

[2] – سيأتي تفصيل هذه الجرائم في مطلب إسقاط السلطة الأبوية .

[3] – **قرار المحكمة العليا** رقم 171684 ، الصادر بتاريخ 3 – 9 – 1997 ، المجلة القضائية ، العدد 3، السنة 2001 ، ص 169 .

– **قرار المحكمة العليا** رقم 53578 ، الصادر بتاريخ 22 – 05 – 1989 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، السنة 1991 ، ص 99.

– **قرار المحكمة العليا** رقم 31997 ، الصادر بتاريخ 09– 01 – 1984 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، السنة 1989 ، ص 73.

[4] - CA Paris , 10 nov. 1987 – CA , 12 nov. 1992 : M. L. Rassat : **Exploitation A Caractère Pornographique De L' Image D' Un Mineur** , Juris-Classeur , France , 1996 , pénal , art. 227-23 à 227-24 . p 5, par 9 .

[5] - C. Neirinck : **Retrait** : op. cit., p 6 , par 26 .

البند الرابع : القدرة

ونعني بالقدرة أن يكون في وُسع الولي القيام بشؤون الصغار ورعايتهم والقيام بمتطلباتهم اليومية . وهذا يستلزم توافر قوة في البدن ، وسلامة في الجسم للنهوض بالأعمال الثقيلة والمتواصلة لرعاية وحفظ الصغار .

أولا في الشريعة الإسلامية :

تشترط الشريعة الإسلامية في الولي أن يكون قادرا على مباشرة شؤون ولده ، وتوفير احتياجاته بحسب ما تقضيته المصلحة والغبطة . ولا غبطة في التفويض إلى ولي عاجز عن التصرف أيًا كان سبب هذا العجز: مرضٌ مزمنٌ ، أو كبرٌ في السن ، أو ضعفٌ شديد ، أو عاهةٌ مستعصية[1].

ولابد هنا من التفرقة بين القدرة على الرقابة ، والقدرة على الحفظ والصيانة ، لأن عنصر الحفظ من الأمور التي يشترك في القيام بها الأب والأم ، فلا يكون العجز عن أدائه موجبا لإسقاط السلطة عن الأب ، متى وجد من يباشرها عنه بتدبير و إشراف منه كما بيّن الفقهاء ذلك في شروط الحاضن[2].

وهذا بخلاف عنصر الرقابة الذي ينفرد به الأب دون الأم ، حيث يتطلب قدرةً شخصية تتمثل في قوة النظر وسداد الرأي للإشراف على شؤون القاصر وتوجيهه لما فيه مصلحته . وهذا ما يميز موانع تولي السلطة التي تمس عنصر الحفظ ، عن موانع عنصر الرقابة التي تخص العقل والذهن بالدرجة الأولى ، و تمتاز بالشدة والجسامة التي تحول دون أداء هذا الواجب على وجهه كما سنوضحه لدى بحث أسباب انتهاء السلطة الأبوية .

ثانيا القانون الجزائري :

يشترط القانون الجزائري في متولي السلطة الأبوية أن يكون متمتعًا بالقدرة الجسدية التي تؤهله لمباشرة التصرفات القانونية المترتبة عن توليه هذه السلطة (المادة 91 أسرة) . غير أنه لم يضبط معنى هذه القدرة بحدٍ معين يكون معيارًا للحكم به على الأولياء فيما إذا كانوا فعلاً قادرين على القيام بأعباء السلطة أم لا ؟. مما يجعل عبء تفسيره موكولا للقضاء ، الذي لم نظفر له إلا باجتهاد وحيد يخص شرط الولي الحاضن[3] ؛ فقد اعتبرت المحكمة العليا في أحد قراراتها

---

[1] – الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 237 . الغزالي ، **الوسيط** ، دار السلام ، القاهرة ، ط 1 ، 1995، ج 5 ، ص 72 . ابن مفلح ، **الفروع** ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 134 .

[2] – اشترط المالكية في حضانة الأب أن يكون عنده امرأة تصلح للحضانة و إلا امتنعت الحضانة في حقه . راجع: العبدري ، **التاج والإكليل** ، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 271 . الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج2 ،ص 529.

[3] – سنرى لدى بحثنا لإسناد السلطة الأبوية أن المشرع الجزائري يجعل تولي السلطة منوطا بإسناد الحضانة في حالة الطلاق .

أن فقد الحاضنة لبصرها يُعد خرقا لشرط الاستطاعة المفترض وجوده فيها لاستحقاق حضانة الأولاد[1] . ولا يبدو أن هذا العجز المُسقط للولاية بالنسبة للأم ممكنَ التعدية إلى الأب ، إذا علمنا أنه إنْ كان حاضنا فحضانته غير مباشرة ، وتتم بواسطة غيره من النساء وتحت إشرافه فلا يحتاج من القدرة ما تحتاج إليه الأم[2] .

وفي غياب تحديدٍ دقيقٍ لضابط قدرة الولي ومعناه ، يبقى التساؤل قائما حول حالات العجز الشديد ، والعاهات المستديمة ، و الأمراض المعدية والمزمنة ، والتي من شأنها أن تحول دون التعبير السليم عن إرادة الولي ونيابة ولده في العقد والتصرف ؟؟ [3]

ثالثا في القانون الفرنسي : لا بد و أن يتمتع متولي السلطة الأبوية بأهلية بدنية تمكنه من القيام بمتطلبات هذه السلطة واحتياجاتها على الوجه الواجب . وفي هذا السياق اعتبر قانون السلطة الأخير في مادته 373 مدني أن الولي الذي يُعاني عجزا بدنيا يحول دون رعايته لأبنائه وتولي أمورهم محروم من تولي السلطة عليهم بسبب هذا العجز.

الفرع الثاني : الضوابط المختلف فيها

ونبحث في هذا الفرع أهم الضوابط والمعايير التي تباينت حيالها رُؤى التشريعات الوضعية مع الفقه الإسلامي وهي شرط اتحاد الدين ، و الذكورة .

البند الأول: اتحاد الدين

أولا في الشريعة الإسلامية : يُشترط في الولي أن يكون دينه على شاكلة مولاه ، لأن اختلاف الدين مانع من الميراث لقوله "**لا يتوارث أهل ملتين شيئا** "[4] . فيكون مانعا من الولاية ، على اعتبار أن سبب ثبوتهما واحد وهو القرابة ، ومنه فلا ولاية لكافر على مسلم بدليل أن الشرع قطع ولاية الكفر على المسلمين بقوله ﷻ :

---

[1] - **قرار المحكمة** العليا رقم 33921 ، الصادر بتاريخ 9 – 7 – 1984 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1991 ، ص 146 . - **قرار المحكمة العليا** رقم 50011 ، الصادر بتاريخ 20 – 6 – 1988 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1991 ، ص 57 .

[2] - **قرار المحكمة العليا** رقم 51894 ، الصادر بتاريخ 19 – 12 – 1988 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1990 ، ص 70 .

[3] - سيكون للعجز زيادة كلام في طلب انتهاء السلطة الأبوية فلينظر في موضعه.

[4] - أحمد ، **المسند** ،المصدر السابق ، أول مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ، ج 10، ص 146 . ابن حبان ، **الإحسان بترتيب صحيح** ابن حبان ، المصدر السابق ، كتاب الرهن ، باب القصاص ، ج 13، ص 341 . أبو داود، **السنن** ، المصدر السابق ، كتاب الفرائض ، باب هل يرث المسلم الكافر ، ج 3 ، ص 125. ابن ماجه ، **السنن**، المصدر السابق ، كتاب الفرائض ، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، ج 2، ص 219. الدارقطني ، **السنن** ، المصدر السابق ، كتاب الفرائض والسير وغير ذلك ،ج 4 ، ص 72. الترمذي، **الجامع الصحيح**،المصدر السابق ، باب لا يتوارث أهل الملتين ، ج4 ، ص 2108 .

﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[1]،وقوله ﷺ : " **الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه** "[2] ، وقد حكى ابن المنذر الإجماع في ذلك عن أهل العلم[3]. والحكمة من ذلك ظاهرة ، إذ أن الولاية جُعلت لمصلحة الأبناء ولا حظّ لهم في ولاية الكافر ، للخوف من أن يفتنهم في دينهم وينشئهم على الكفر ، بأخذهم إلى المعابد والكنائس ، أو إطعامهم الخنزير ، أو سقيهم الخمر .. وفي ذلك أكبر الضّرر عليهم[4].

وأما ولاية الكافر على الكافر مثله فجائزة عند أغلب الفقهاء ، لأن الكفر لا يقدح في الشفقة الباعثة على تحصيل النظر في حق المولى عليه ، ولا في الوراثة فإن الكافر يرث الكافر ، ولهذا كان من أهل الولاية على نفسه فتكون له على غيره ممن هو من جنس دينه ، وقد قال الله ﷻ : ﴿ **وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ** ﴾[5].

وهذا بخلاف المرتد فلا ولاية له على أحد ، لا على مسلم ، ولا كافر ، ولا حتى مرتد مثله باتفاق . لأنه لا يرث أحدا، ولا ولاية له على نفسه فلا تكون له على غيره كائنًا من كان [6] .

ثانيا في القانون الجزائري : لم ينصص القانون الجزائري صراحةً على هذا الشرط ، غير أن من الممكن الجزم بعدم اعتباره من طرف المشرع بناءً على الاستنتاجات التي توحي بها بعض النصوص القانونية ، وقرارات الاجتهاد القضائي ذات الصلة . ويتجلى ذلك واضحًا مما اعتمدته المحكمة العليا في قرارها رقم 52207 الذي جاء فيه :"من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة ، إلا إذا خيف على دين المحضون. "[7] ؛ و هذا يعني أن للأم الكتابية حق تولي السلطة الأبوية تبعا للحكم لها بحق الحضانة على أساس المادة 87 من قانون الأسرة .

---

[1] - [النساء: 141]

[2] – البخاري، **الجامع الصحيح**، المصدر السابق ، كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه ، ج1 ، ص454 رواه معلقا . الدارقطني ، **السنن** ، المصدر السابق ، كتاب النكاح . باب المهر ، ج 3 ، ص 252 . البيهقي، **السنن الكبرى** ، المصدر السابق ، كتاب **اللقطة** ، باب ذكر من صار مسلما بإسلام أبويه أو احدهما من أولاد الصحابة ، ج6 ، ص205.

[3] – ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، المصدر السابق ،ج 7 ، ص 16.

[4] – الحطّاب، **مواهب الجليل**، المصدر السابق، ج 3 ،ص 438 . المرداوي، **الإنصاف** ، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 72 . المرغيناني ، **الهداية شرح بداية المبتدي** ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص190 . البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ،المصدر السابق ، ج5 ، ص 35 .

[5] - [الأنفال: 73]

[6] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ،ج 2 ، ص 239 . الخطيب الشربيني ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع** ، المصدر السابق ، ج 2، ص 410 . مالك بن أنس ، **المدونة الكبرى** ، المصدر السابق ، ج2 ، ص 123 . ابن مفلح ، **المبدع** ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 234.

[7] - **قرار المحكمة العليا** رقم 52207 ، الصادر بتاريخ 02 – 01 – 1989 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1990 ، ص 74.

وقُصارى ما يشترطه القرار في هذا الباب أن لا تتعارض ممارسة السلطة الأبوية والمبادئ الشرعية ، والأسس العقدية لدين الأب ، سواء كان مسلما أو كافرا . لأن المادة 62 من ذات القانون تنص على أن :"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه .."، ومضى القضاء في تأكيد ذلك عندما قرّر بأن الأم الكافرة قد تكون لها الحظوة في تولي السلطة الأبوية ، إذا لم يتوافر للأب الحرز الكافي لحفظ معتقد الأبناء ؛ بأن سافر إلى بلاد أجنبية يُخشى فيها على الأولاد المحضونين الفتنة في دينهم[1].

ثالثا: القانون الفرنسي :

لا يمكن تصور أخذ القانون الفرنسي باتحاد الدين كشرط في إسناد السلطة الأبوية ، لأن القول به سيقودنا حتمًا إلى اشتراط التوحد الديني بين الأبوين ، على اعتبار أنهما وليّين ، وأن ممارسة السلطة تتم باجتماع رأيهما معا ، فتعين أن يكون دينهما واحدا لتكون تربية الطفل القاصر عليه أمرا ممكنا . وهذا مخالف للنظام العلماني المنتهج في الدولة الفرنسية حاليا ، والذي ينأى بنفسه بعيدا عن المسائل الشخصية سيّما ما تعلق منها بالزواج ؛ حيث يُفضل ترك مساحة واسعة للأشخاص ليقرّروا بأنفسهم ما يرونه الأنسب لهم ، دون أيّ قيد ديني أو شرط تقنوقراطي .

غير أنه وفي حال كانت التوجهات الدينية للأبوين واحدة ، أو حصل اتفاق بشأن دين القاصر في الميثاق الزوجي فإنه لا بد وأن يُراعى ذلك في تدبير الإشراف التربوي ، طبقا لأحكام المادة 1200 من قانون الإجراءات المدنية [2].

البند الثاني : الذكورة

أدلة الشريعة الإسلامية : لا خلاف بين أئمة المذاهب في اشتراط الذكورة بالنسبة للولاية على المال[3]، لأنها شعبة من القضاء وليست المرأة من أهله ، لغلبة عاطفتها وقوة شفقتها ، ولأن شرط هذه الولاية كمال الرأي وحكمة التدبير

---

[1] – **قرار المحكمة العليا** رقم 52207 ، الصادر بتاريخ 2 – 1 – 1989 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1990 ، ص 74 .

[2] – الإشراف التربوي (Assistance Educative) :هو تدبير حماية للأطفال الذين هم في خطر ومساعدتهم على التغلب على الصعوبات التي يواجهونها في الوسط العائلي بتقديم مساعدة مادية وتربوية للأسرة و توفير المناخ المناسب لحفظ القصر وصيانتهم ،و في حال تطلب الأمر فصلهم عن آبائهم يتم إيكال مهمة تربيتهم بصفة مؤقتة إلى أحد الأبوين ، أو إلى شخص آخر ، أو إلى هيئات عمومية متخصصة كالهيئة الصحية أو التربوية أو إلى مصلحة المساعدة الاجتماعية للطفولة (المواد 375 مدني وما بعدها) انظر :

- M. Huyette : **Autorité Parentale , Assistance Educative** , Juris-Classeurs , France , 2002 , civil , art. 391 et 387 , fasc. 640 . p 3 et suivantes .

[3] – أجاز الشافعية للأم أن تكون وصية الأب على أبنائها إذا توافرت فيها كفاية التصرف و الاسترباح ، بل وأثبتوا لها الأولوية في ذلك على غيرها من الأولياء لوفور شفقتها ، على اعتبار أن الذكورة ليست شرطا في هذا النوع من الولاية بدليل أن عمر بن الخطاب ﷺ أوصى إلى ابنته حفصة رضي الله عنها " رواه أبو داود ، **السنن** ، المصدر السابق ،كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ، ج 3 ، ص 117 . انظر: الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج** ، المصدر السابق ، ج 3، ص 75 .

وحسن النظر ، و المرأة قاصرة عن النظر لنفسها ، لقلة خبرتها وندرة معاناتها لأمور المعاملات والعقود فكيف يكون لها النظر لغيرها[1].

وهذا بخلاف ولاية التزويج حيث نشب فيها نزاع قديم بين الفقهاء على رأيين اثنين هما :

الأول : وهو مذهب جماهير الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في أظهر الأقوال ، فقالوا بألاّ مدخل للنساء في ولاية النكاح ، لأن الزواج عقد عظيم خطره ، شريفة مقاصده . وقد أظهر المشرع فيه من التشدد ما لم يُظهره في غيره من المعاوضات ، ولهذا لم تنعقد صيغته بعبائر النساء الناقصات وكانت مباشرته مفوّضة إلى أولي الرأي الكامل من العصبة ، لأنهم الأقدر على الصيانة من العار والشين .

واستدلوا في ذلك بالأخبار الواردة في المنع من تزويج المرأة نفسها أو تولي عقد غيرها كحديث عائشة – رضي الله عنها – الذي قال فيه ﷺ :" **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل.**"[2] . وما رواه أبو هريرة – رضي الله عنه– أن النبي ﷺ قال : **لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تنكح نفسها** "[3] . وقد أُثر عن عائشة – رضي الله عنها – أنها كانت تحضر النكاح وتخطب ثم تقول : " **اعقدوا فإن النساء لا يعقدن..**"[4].

الثاني : وهو مذهب أبي حنيفة إذ صار إلى القول بأن للأم أن تتولى أمور أولادها ، ومباشرة عقود تزويجهم على أساس أن سبب ثبوت الولاية عندهم هو مطلق القرابة الحاملة على الشفقة في حق القريب والداعية إليها . وإنما العصوبة وقرب القرابة شرط في التقدم لا شرط في ثبوت أصل الولاية . ولأن الولاية نظريّة والنظر يتحقق بالتفويض

---

[1]– السرخسي ، **كتاب المبسوط**، المصدر السابق ، ج 25 ، ص23 . خليل بن إسحاق ، **مختصر خليل** ، دار الفكر، بيروت، د.ط، **1994**، ج 1 ، ص 207 . النووي ، **روضة الطالبين** ، دار المكتب الإسلامي، بيروت ، ط2 ، 1985، ج 40 ، ص 187 . الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ،ج 1 ، ص 328 .

[2] – الترمذي ، **الجامع الصحيح**، المصدر السابق ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، ج 3، ص 407 ، وقال حديث حسن. ابن حبان ، **الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان** ، المصدر السابق ، كتاب النكاح، باب الولي ، ج 5 ، ص 151 . أبو داود ، **السنن** ، المصدر السابق ،كتاب النكاح ، باب في الولي ، ج 2، ص 229. أحمد ، **المسند** ، المصدر السابق ، حديث السيرة عائشة رضي الله عنها ، ج 7 ، ص 98. ابن ماجه ، **السنن** ، المصدر السابق ،كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، ج 1 ، ص 605. الحاكم، ، **المستدرك** ، المصدر السابق ، كتاب النكاح ، باب النكاح ، ج2 ، ص 168، وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه .

[3] – ابن ماجه ، **السنن**، المصدر السابق ،كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، ج 1، ص 606 . الدارقطني ، **السنن** ، المصدر السابق ،كتاب النكاح ، باب النكاح ، ج 3 ، ص 227 . البيهقي ، **السنن الكبرى** ، المصدر السابق ،كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ، ج 10 ، ص 301.

[4] – الحطّاب، **مواهب الجليل**، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 438 . الدمياطي ، **إعانة طالبين** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 517 ، المرداوي ، الإنصاف . المصدر السابق ، ج 8 ، ص 73 .

إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ، ولا شك أن شفقة الأم وغيرها من ذوى الأرحام أقوى من شفقة السلطان ومن والاه ، ولأن ولاية النكاح مرتبة على استحقاق الميراث لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة فكل من استحق من الميراث استحق الولاية .

وحمل أبو حنيفة الأخبار الواردة في منع المرأة من تولي زواجها وتزويج غيرها على الصغيرة، قياسا على بيعها وشرائها[1].

والذي يتبدى أنه ليس للأم في عقد الزواج شيء لقوة الأدلة وصراحة النصوص على بطلان النكاح وعدم صحته. فضلا عن انسجام ذلك مع طبيعة النساء وفطرتهن وما جُبلن عليه من رقة العاطفة ، وغلبة الحياء ، وسرعة الانخداع فكان في المنع صون لهن من مخالطة الرجال ، والتبذل ، والتكشف في مجالس العقد .

ثانيا في القانون الجزائري :

لم تتطابق وجهة نظر المشرع الجزائري مع الفقه بشأن اشتراط الذكورة في متولي السلطة الأبوية ، فقد نصت المادة 87 من القانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05 -02 على أن :" يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا . وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد . وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ."

فنص المادة صريح في أن الذكورة شرط تقديم فقط في الأحوال العادية التي تكون فيها الزوجية قائمة ؛ حيث تكون الأسبقية للأب على الأم باعتبار الأصل في السلطة الأبوية ، ولا تحل محله إلا في حال غيابه أو حصول مانع له.

أما إذا كانت الزوجية منفكّة بطلاق أو الموت فإن شرط الذكورة يفقد قيمته كليًا ، وتصبح الأولوية للأم في تولي السلطة الأبوية بنوعيها المالي والشخصي باعتبارها صاحبة الأسبقية في تولي الحضانة بنص المادة 64 من قانون الأسرة. وهذا أمر لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية ، ولا حتى أبو حنيفة – في أشهر رأييه – حيث قيّد إسناد السلطة إلى الأم ، وهي من ذوي الأرحام ، بانعدام العصبة !!

ثالثا في القانون الفرنسي : لا يعتد المشرع الفرنسي بشرط الذكورة في إسناد السلطة الأبوية ، لأنه يرى فيه خرقا لمبدأ المساواة بين الرجال والنساء ، ومساسًا بحقوق المرأة كإنسان . هذه الحقوق التي أقرّتها الاتفاقيات و المعاهدات الدولية المبرمة ، وكرّستها فروع القوانين الداخلية ؛ خصوصا القانون المدني الذي جاء في المادة 371 منه ما يلي :" تُسند

[1] – الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 241 .

السلطة الأبوية إلى الأب والأم حتى بلوغ القاصر أو ترشيده ." . وهذا ما أكدته المادة 372 من ذات القانون حين قررت أن الأصل في السلطة الأبوية هو الممارسة المشتركة لها من طرف الأبوين[1].

الفرع الثالث : تولي السلطة الأبوية

في ضوء ضوابط إسناد السلطة الأبوية السالف ذكرها تتعين أحقية توليها في شخص الأب أو الأم ؛ حسب الفلسفة التشريعية لصاحب هذا الموقف أو ذاك ، وحسب ما يتبين لها من محددات المصلحة الفضلى للقصر .

البند الأول : تولي السلطة الأبوية في الشريعة الإسلامية

تُمنح السلطة على الأولاد من منظورها الإسلامي إلى من هو مظنة وفور الشفقة ، وسداد الرأي ، وحرص النظر وقرب النسب وليس ذلك إلا في الأب ؛ فلا ولاية لأحد معه ولو كانت أمًّا لفضيلته عليها بزيادة العقل والتدبير وقوة النفس ورزانة الطبع ، فحقّت له الإمرة على البيت وصحّت له الطاعة على من فيه ، لقاء إنفاق ماله عليهم والذبّ عنهم ، وكفايتهم مُؤن المعيشة وكُلَفها . وهذا مصداقًا لقوله ﷻ : ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**﴾[2]، وقوله أيضا : ﴿ **وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** ﴾[3] . ولأن هذه الولاية جزء من الملك الأعظم والقضاء ؛ والمرأة مفطومة عنهما فكان من المنطق منعها عما يليهما من ولايات . "وليست المسألة مسألة رئاسة يتولاها الأب ، ثم تنتقل إلى الأم بعد وفاته "[4] و إنما القضية أن هذا المنع اقتضاه معنًى " في كيانها فهي مخلوق ضعيف لا يقوي على أعراض وجوده من حمل ، وطمث ، وتعهد مترل وتربية أولاده صغار، و لم تتعود المرأة خوض غمار الحياة ، والمجادلة والدفع والتدافع كخِلقة الرجال.. "[5].

وعلى هذا أطبقت كلمة جمهور الفقهاء[6] عندما قرروا – في مختلف مذاهبهم – أن العصبة أصل في ثبوت الولاية ، وليس ذلك في الأم لأنها من قرابة الرحم ، ولو تنازل لها الأب عنها ، لأن مستمد الولاية الأبوية الشرع

---

[1] – الموازنة بين مبدأ المساواة المطلقة للمرأة بالرجل وبين مصلحة القاصر أورثت التقنين الفرنسي نظاما قانونيا جدّ معقد ، فضلا عن صعوبة تنفيذه على أرض الواقع ، و المشاكل العويصة التي يتخبط فيها المجتمع الفرنسي بسببه ، والتي ضربت مصلحة القاصر في الصميم ، على نحو ما تكشفت عنه الإحصائيات و الأرقام الحديثة ، نتيجة تجاهل طبيعة استعدادات الجنسين ، واختلاف الأدوار التي خُلق لها كل منهما ، وسيأتي بيان ذلك في مطلب ممارسة السلطة الأبوية.

[2] – [النساء: 34]

[3] – [البقرة : 228]

[4] – سيد عبد الله على حسين ، **المقارنات التشريعية** ، المصدر السابق ، ص 321 و 322 .

[5] – سيد عبد الله على حسين ، **المقارنات التشريعية** ، المرجع نفسه ، ص 321 و 322 .

[6] – – الحطّاب، **مواهب الجليل**، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 438 . الدمياطي ، **إعانة طالبين** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 517 ، المرداوي ، **الإنصاف** ، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 73 .

فهي من النظام العام . ولا عبرة باعتزاله أو تنازله لأن مقتضى السلطة هنا هو الأبوة ، وهي مستمرة فيه قبل التنـــازل وبعده . فإذا امتنع عن مباشرتها ألزمه القاضي ، وإلا تصرف نيابة عنه [1].

البند الثاني : تولي السلطة الأبوية في القانون الجزائري

أشرنا سابقا إلى عدم اعتداد المشرع الجزائري بشرط الذكورة في إسناد السلطة الأبوية ؛ وعليه فمن الممكن تصور إسناد السلطة للأم ، كما الأب ، وفق أوضاع قانونية محددة وفيما يلي تبيان حالات التولي لكل منهما :

أولا: حالات تولي الأب السلطة الأبوية :

الأصل أن تسند السلطة الأبوية إلى الأب سيّما إذا كانت الزوجية قائمة ، أو في حال انفكاك الأسرة بطلاق إذا مُنح حق الحضانة على أولاده المحضونين ؛ فقد نصت المادة 87 من قانون الأسرة على أن :"يكون الأب ولـــيا على أولاده القصر .... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد" [2].

ثانيا: حالات تولي الأم السلطة الأبوية :

كان نمط النظام المُتبع في إدارة شؤون الأولاد قبل صدور التعديل رقم 05-02 هو "**النظام الأبوي**" ، فقد كانت السلطة خصيصةً ينفرد بها الأب ولا تسند للأم إلا في حالة واحدة هي التي نصت عليها المادة 87 من ذات القـــانون قبل تعديلها ، حيث جاء فيها :"وبعد وفاته (أي الأب) تحل الأم محلّه قانونا." ، غير أن الإصلاح الجديد حمـــل هـــزّة عنيفة في مفهوم الولاية و إسناد السلطة ؛ حيث وسّع من فرص الأم لتولي هذه السلطة على شخص ومـــال أبنائهـــا القصر ، وبذلك أصبحت حالات تولي الأم للسلطة الأبوية كالتالي :

1) **حالات تولي السلطة بصفة كلية** : وتنتقل هنا عناصر السلطة الأبوية بجميع مشملاتها وبصـــفة تامة إلى يـــد الأم ؛ مما يعطيها حق التمتع بكامل امتيازاتها وصلاحياتها ، وهذا في حالتين اثنتين تتعلق أولاهما بوفاة الأب وهي الحالة التي قررها القانون القديم رقم 84-11 في المادة 87 .

أما الحالة الأخرى فهي التي استجدها التعديل الأخير في الفقرة الثالثة من ذات المادة والمتعلقة بإسناد حق الحـــضانة بحكم قضائي بعد الطلاق ، أين تملك الأم الأولوية على الأب بنص المادة 64 من ذات القانون : " الأم أولى بحـــضانة ولدها ثم الأب ثم .." . وذلك بالدمج بين تولي عنصر الرقابة والحق في الحضانة . وسبب لجوء المشرع إلى هذا الحـــل

---

[1] – السيوطي ، **الأشباه والنظائر** ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط 1، 1990 ، ج1 ، ص155 .

[2] – يستثنى من ذلك ولاية تزويج الأنثى البالغة ؛ فنص المادة 11 أسرة ، في نسختها المعدلة ، صريح على أن ترتيب الإسناد في هذه الولاية ليس أمرا وجوبيا سيّما وأن المشرع قد استخدم الأداة "أو" لدى سرده لأولياء التزويج ، بل وقد يخضع هذا الإسناد لإرادة المولى عليها نفسها التي لها كامل الحرية في اختيـــار وليها أيا كان هذا الشخص قريبا أو غيره ، مادامت الصيغة نكرة " أي شخص ".

هو تزايد القضايا والنزاعات باطراد أمام المحاكم بشأن تقسيم صلاحيات ، وامتيازات السلطة الأبوية وتداخلها ؛ وهو الأمر الذي خلق ارتباكا واضحا للقضاء على أعلى مستوياته ، أمام ضبابية مصطلح الرقابة ، وعدم دقة مفهوم الحضانة . وتجلى ذلك واضحا في القرار الغريب الذي تبناه الاجتهاد القضائي والذي مفاده إعطاء الحاضن حق تولي الرقابة على الأبناء المحضونين ، وتحميله بالمقابل عبء المسؤولية المدنية على أفعال محضونيه الضارة [1] ؛ مما أدى إلى إفراغ ولاية الأب – إذا لم يكن حاضنا – من محتواها القانوني ، ونقلها فعليًا للأم الحاضن، وجعلِ الإشراف على الأولاد يسير برأسين اثنين أحدهما قانوني ، والآخر واقعي[2] ؛ وهو أمر يتناقض وصريح النص القانوني للمادة 87 التي تنص على ألّا ولاية لأحد مع الأب . وأمام هذا التخبط لم يجد المشرع غير اللجوء إلى الطريق الأقصر لحسم هذه المسألة الجوهرية بتقنين اجتهاد المحكمة العليا في تعديله الأخير!! ، بدل الاحتكام إلى النص القانوني ، وتفسير مفهوم الرقابة تفسيرا واضحا يُزيل اللبس ، و يقطع دابر الخلط على مستوى القضاء بين حق الإسناد القانوني للرقابة ، وبين الممارسة الواقعية للحضانة ، و تتوحد بالتالي أحكامه على ذلك . والاجتهاد المنتهج مستمد أصلاً من التشريع المدني الفرنسي القديم ، وتحديدًا المادة 373 والتي تنص على أن الحاضن بعد الطلاق هو من يُمارس السلطة الأبوية بكل عناصرها [3].

2) **حالات تولي السلطة بصفة جزئية** : نصت المادة 87 من قانون الأسرة على أن تُسند إدارة الأمور المستعجلة من شؤون الأولاد ، بصفة مؤقتة للأم ، في حال غياب الأب أو حصول مانع له ، غير أنه لم يُبين لا القانون ، ولا الاجتهاد القضائي المقصود من الأمور المستعجلة التي من شأنها نقل السلطة إلى الأم بسبب امتناع مباشرتها من طرف الأب !! وهذا ما يضّطرنا للتعرض لهذا المفهوم وكشف معناه ههنا .

مفهوم الأمور المستعجلة :

يُمكن القول ابتداءً بأن مقصود المشرع من الأمور المستعجلة هو كل الأُذون التي تأخذ طابع السرعة والتأقيت ، ولا تقبل انتظار عودة الأب أو زوال مانع ممارسة السلطة عنه ، خوفًا من أن يُؤدي ذلك إلى فوات مصالح الصغار وضياعها .

---

[1] – اعتمد هذا الاجتهاد لأول مرة مع قرار **المحكمة العليا** ، الصادر بتاريخ 13 / 11 / 1970 ، النشرة القضائية ، العدد 1 ، 1972، ص 67. واستقر القضاء على ذلك في القرارات التي تلته .

[2] – انظر تفصيل هذا الموضوع في المبحث الأول من الفصل الثاني .

[3] – لا زال مشرع الأحوال الشخصية الجزائري يلجأ في حله لقضايا ومشاكل الأسرة إلى سياسة الاستيراد التقنيني من تجارب ركلها التشريع الفرنسي إلى زوايا الإهمال بسبب فشلها ، حتى ولو كان فيها مخالفة الشريعة الإسلامية دين هذا القانون ومصدره الأول ، بدل حسم المشكلة من جذورها بفحص أسبابها، وحل عواملها على نحو علمي وموضوعي ، يتواءم وثوابت المجتمع الجزائري وواقعه المعيش ؟!

وتتنوع الأذون والترخيصات – بهذا المعنى – تنوعَ هدفها ومغزاها ؛ فقد يكون متعلقها حياة الطفل المدرسية كتسجيله في مؤسسات التعليم ، وإجابة طلبات الحضور للاطلاع على سير الدراسة ، أو إداريا كالتوقيع على جواز السفر ، والترخيص في الذهاب إلى الخارج ، أو اجتماعيا كالموافقة على عقد الزواج للصغير المعفى من السن القانونية ، أو صحيا كتوقيع وثائق المكوث مع القصر داخل المؤسسات الاستشفائية ، أو الدخول والخروج منها، أو معاملاتيا كالإذن له بممارسة التجارة ، واكتساب صفة التاجر ، أو فتح حساب بنكي وما إلى ذلك.....

البند الثالث : تولي السلطة الأبوية في القانون الفرنسي

قبل 1970 كان المشرع الفرنسي يتبع النظام الأبوي لإدارة الأسرة ، وهو يشبه النظام الذي كان سائدا في العهد الروماني الأخير ؛ حيث كان الزوج يستأثر بالسلطة على كل من في الأسرة ، بما فيهم الأم ، التي لم يكن يحق لها حتى التصرف في ذمتها المالية ، فضلا عن أن تتصرف في شؤون أبنائها وإدارة أمورهم .

ثم و بضغط من المنظمات النسوية التي طالبت بالمساواة بين المرأة و زوجها في ممارسة السلطة الأبوية ، صدر قانون 04 جوان 1970 الذي ألغى معه نهائيا مصطلح "**رب الأسرة** " والممثل في الأب ، واعتمد "السلطة الأبوية" كنهج جديد للأسرة الفرنسية التي يقودها الأبوان معا ، غير أن ذلك ظلّ خصيصة للأبناء الشرعيين المنحدرين من زواج قانوني ، وظل إسناد السلطة مرهونا بمن يملك الحق في حضانة الأبناء . ثم جاء قانون : 93 -22 ليـنص على أن الممارسة المشتركة للسلطة هي المبدأ العام ، ويوسع دائرتها لتشمل الأبناء الطبيعيين و المتبنين . غير أنه هو الآخر ناط ذلك بشروط معينة أسهمت في جعل أثر هذا التعديل جد محدود . ليجيء قانون السلطة الأخير 305 -2002 و يدعم أساس اشتراك الممارسة بالتخفيف من الشروط المفروضة في حق الأبناء الطبيعيين والمتبنين ، لا سيما شرط إثبات اشتراك الحياة وقت الاعتراف بالطفل بافتراض قرينة قانونية على ذلك .

المطلب الثاني ممارسة السلطة الأبوية

تعتبر ممارسة السلطة الأبوية النتيجة الفعلية الأبرز لتولي هذه السلطة وتستقي أهميتها من مبدأ الإسناد ذاته ؛ الذي على وفقه ترتسم حدود خارطة الصلاحيات والسلطات الممنوحة ، وعلى وفقه تتحدد الأحقية في تولي قيادة شؤون الأولاد ، والبت في مصائرهم وقضاياهم . ولا بد هنا من التمييز بين الممارسة القيادية في شكلها الامتيازي ، أين يكون مستقاها الأوحد الحق في الرقابة ، وبين الممارسة الآلية المفروضة بقوة القانون والطبيعة البشرية ، وما جبلت عليه من غرائز الأبوة أو الأمومة . وهذا ما يقتضي منا التعرض لهذا التمايز في الفرعين التاليين :

الفرع الأول : ممارسة عنصر الرقابة :

يستهدف هذا الفرع التعرف أكثر على الأنماط التشريعية المتبعة في ممارسة أهم وأبرز عنصر في مشتملات السلطة الأبوية ، وهو عنصر الرقابة ، مع التمثيل له بأشهر نماذجه وهو ولاية التزويج .

البند الأول : أنماط ممارسة الرقابة الأبوية

أولا : في الشريعة الإسلامية

لا يثور أي إشكال بشأن ممارسة الولاية الأبوية على الأبناء في الفقه الإسلامي ؛ ذلك أن الأب يبقى هو الوحيد صاحب الحق فيها ، بما عليه من واجب الإنفاق والقوامة والعصمة الزوجية . وعلى ذلك يظل نمط توجيه حياة الأبناء والقيام بشؤونهم أحاديا وانفراديا مدى حياة الأب ، فإذا مات انتهت معه هذه السلطة وانتقلت الولاية إلى غيره من العصبة أو الأوصياء[1] ، كما رأينا لدى بحث شرط الذكورة .

أما الأم فليس لها فيه نصيب[2]، وممارستها لعنصري التربية والحفظ – تحت مسمى الحضانة – لا يعني البتّة أنها تملك هاته السلطة ، فهو أشبه بأداء واجب الطبيعة وتنفيذ أوامر تمليها عليها غريزة الأمومة [3].

ثانيا : في القانون الجزائري

اعتمد قانون الأسرة الجزائري النمط التتابعي في ممارسة عنصر الرقابة ، حيث تمنح المادة 87 منه سلطة التوجيه كاملة للأب الشرعي دون سواه على شخص أبنائه القصر وأموالهم . ويكون له بمقتضى ذلك تولي ، وممارسة حق

---

[1] - السرخسي ، **كتاب المبسوط**، المصدر السابق ، ج 25 ، ص23 . خليل بن إسحاق ، **مختصر خليل** ، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1994، ج 1 ، ص 207 . النووي ، **روضة الطالبين** ، دار المكتب الإسلامي، بيروت ، ط2 ، 1985، ج 40 ، ص 187 . الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ،ج 1 ، ص 328 .

[2] - أجاز الشافعية وبعض المالكية للأم ممارسة السلطة الأبوية تحت مسمى نظام مغاير للولاية الأبوية هو نظام الوصاية شرط أن يكون مستمدا من الغير سواء كان باختيار الأب أو الجد، أم بتعيين الحاكم أو السلطان ، ومن عبائر الفقهاء في ذلك قول صاحب مواهب الجليل :" لأن المرأة إذا لم تكن وصية ومالكة معتقة لا يمكن أن توصف بالولاية لأن أنوثتها لا تفارقها " . راجع في هذا : **الحطّاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، المصدر السابق ، ج 3، ص 438 . النووي ، **روضة الطالبين** ، المصدر السابق ،ج 6، ص 312 .

[3] – ورد عن بعض فقهاء الشافعية أن الحضانة ولاية ، أو سلطة ، أو نوع سلطنة . وهو أمر يوحي بالتناقض والليس في حال كانت الحاضن من النساء ، بل والأولوية في الحضانة للنساء كما هو مقرر في الشريعة ، فكيف يستقيم أن تكون الحاضنة ولية على شخص ومال محضونيها وأصول مذهبي الشافعية والحنابلة مجمعة على أن الذكورة شرط في الولاية ؟ وقد عددت كتبهم الفقهية أصحاب الولايات و لم يرد في شيء منها ذكر للنساء ؟؟ راجع في هذا : **النووي، روضة الطالبين** ، المصدر السابق ، ج 9، ص 98. **الخطيب الشربيني، مغني المحتاج** ، المصدر السابق، ج 3 ، ص 452 . الخطيب الشربيني : **الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع** ، المصدر السابق ، ج 2، ص 485 .

تزويج أبنائه الصغار وبناته دون مراجعة من أحد (المادة 11) ، وله حق إجازة تصرفات أبنائه المميزين ، أو منعهم حسب ما تقتضيه مصالحهم الفضلى (المادة 83)، وله التصرف في أموالهم بكل أعمال التحفظ والإدارة من صيانة واستغلال وحفظ (المادة 1/88) . غير أن رقابته تتقيد قانونا في أعمال التصرف بإذن القاضي ، لا سيما في بيع العقارات ورهنها ، واستثمار رؤوس الأموال بالإقراض أو الاقتراض ، و المساهمة في الشركة ، وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة (المادة 2/88) . وكذا الإذن لأبنائه بالتصرف في جزء من أموالهم أو كلها (المادة 84) . فيتوجب عليه أخذ موافقة كتابية وصريحة من المحكمة .

ثم ينتقل حق ممارسة الرقابة إلى الأم فتحل محله بموجب ذات المادة ، في ذات الأوضاع القانونية المبينة سلفا في إسناد السلطة . إذ تمارس الأم حقها في رقابة الأبناء بصفة مطلقة في كل الشؤون التي تخصهم في حال انتقلت إليها السلطة بسبب وفاة الأب ، أو الحكم لها بالحضانة . أما إذا كان مقتضى انتقال السلطة هو غياب الأب ، أو حصول مانع له فإن ممارستها للرقابة يكون مقصورا على الأمور التي لا تقبل التأخير في إنفاذها . وتقدير الاستعجال فيها من عدمه موكول إلى السلطة القضائية .

وممارسة الولي لعنصر الرقابة يحمّله بالمقابل عبء المسؤولية المدنية عن أي خطأ قد يبدر ممن هم تحت ولايته ، إذا أدى ذلك إلى المساس بالمراكز القانونية للغير أو الإضرار بحقوقهم ، أين يتعين عليه تعويض الأضرار الناجمة عن هذه الأخطاء و إصلاح ما أفسده مشمولو الرقابة في حق الغير [1] .

ثالثا : في القانون الفرنسي

حرص المشرع الفرنسي على تحقيق المساواة بين الأب والأم في تقلد السلطة الأبوية ، وتحمل مسؤوليتها ، وهذا ما قاده إلى ابتكار نمط ثالث لممارسة عنصر الرقابة ، حيث من الممكن تصور أن تسير الأسرة برأسين اثنين في آن واحد ، كقاعدة عامة ، فإذا تعذر الحال أو لم تقتض مصلحة القصر ذلك عُدل عنه إلى النمط الكلاسيكي الانفرادي.

1) الممارسة المشتركة

تخضع ممارسة الرقابة لحالة القصر – موضوع الحماية – فيما إذا كانوا شرعيين أم طبيعيين أم متبنين :[2]

أ – طفل شرعي : وهو الذي يكون ثمرة لزواج قانوني ، وتتميز ممارسة السلطة الأبوية عليه بالبساطة حيث تكون ،كمبدأ عام ، مشتركة بين الأب والأم . سواء كان ذلك أثناء زواج أو بعد طلاق أو انفصال جسماني (المادة 372مدني) .

[1] – سيأتي تفصيل قضية المسؤولية المدنية عن أفعال مشمولي الرقابة في المبحث الأول من الفصل الأخير من هذه الدراسة فليُنظر في موضعه.

[2] - P . Courbe : **Droit De La Famille** : op. cit., p 398 et suivantes .

ب – طفل طبيعي : ويُقصد به ما كان نتيجة علاقة جنسية غير مقننة بعقد زواج . ويمكن تصور أن تكون ممارسة الرقابة الأبوية مشتركة فقط في حالة ما إذا اعترف به أبواه خلال السنة الأولى من ولادته ؛ بإظهار إرادتهما الصريحة في الاضطلاع بتربيته ، والقيام بمصالحه . وهذا استحداث قانوني حث عليه تعديل 1993/1/8 ، ثم جعله قانون 2002-305 أصلا ومبدأ ما دامت البنوة مثبتة في ميعادها القانوني .

ج – طفل متبنى : يُفرق التشريع الفرنسي بين نوعين من التبني هما : التبني الكامل (Adoption plénière) والبسيط (Adoption simple) ، فالتبني الكامل هو الذي تنقطع فيه نهائيا علاقة الطفل البيولوجية والدموية بأسرته الأصلية ، ويجرى انتسابه إلى أسرته الجديدة وكأنه فرد منها ، تماما كأبنائها الشرعيين .(المادة 357مدني) وهنا تكون ممارسة السلطة الأبوية حكرا على المتبنِي دون غيره (المادة 358مدني) .

أما التبني البسيط فهو أشبه بأبوة اجتماعية مؤقتة ، تُؤطرها شروط وقيود أقل حدة من التبني الكامل ؛ فلا تنقطع كل روابط القاصر بأسرته الأصلية ، فضلا عن بقاء هذا النوع من التبني قابلا للمراجعة القضائية متى اقتضت الضرورة ذلك (المادة 307 مدني) .

ولا تكون ممارسة عنصر الرقابة على نحو مشترك إلا إذا كان التبني بسيطا ، وكان زوج المتبنِي أبا أو أما للمتبنَى، كما نصت على ذلك المادة 365 مدني في طبعتها الأخيرة المقرّرة بتعديل 1996/07/05.

ويفترض القانون وجود رضا الأبوين في كل تصرف اعتيادي من أحدهما للسلطة على شخص القاصر (المادة 372-2 مدني) وإذا حدث عدم اتفاق يُبلغ قاضي شؤون الأسرة للتدخل والفصل بينهما ، في ضوء الاتفاقيات المثبتة في ميثاق الأسرة ، وبما يضمن الإبقاء على الممارسة المشتركة قدر المستطاع (المادة 373-2-8 و المادة 376-1) . فإن لم تنجح عملية الصلح استعان القاضي بوسيط أسري لفض النزاع ، وتقريب الرؤى مع مراعاة أحكام المادة 373-2-1 مدني .

2) الممارسة الانفرادية :

قد تقتضي مصلحة القاصر أن تكون ممارسة عنصر الرقابة في السلطة الأبوية على نحو انفرادي وبصفة استثنائية في حالات معينة حددها القانون ؛ يتعلق بعضها بالوضع القانوني للقاصر مشمول الرقابة ، ويخص البعض الآخر وضع الآباء ومراكزهم .

أ – حالات الممارسة المنفردة المتعلقة بالقصر: وتتعلق أساسا بالطفل الطبيعي غير الشرعي والطفل المتبنى : فبخصوص الأول نصت المادة 372 مدني على أنه إذا لم يعترف بالقاصر إلا أحد الأبوين فإن ممارسة رقابة السلطة تقتصر على المعترف دون غيره .

أما القاصر المتبنى فينفرد متبنيه بحق توجيهه والإشراف عليه مادام التبني كاملا ، كما تنص على ذلك المادة 358 مدني[1] .

ب – **حالات الممارسة المنفردة المتعلقة بالآباء** : تنص المادة 373-1 مدني على أن السلطة الأبوية إذا أسقطت عن أحد الأبوين بسبب موته ، أو عدم أهليته ، أو غيابه ، **أو لعجزه عن التعبير عن إرادته ، أو لأي سبب آخر** كالتفويض ، أو الإعلان القضائي بالتخلي ، **أو السلب النهائي... فيسقط معها حق الرقابة الأبوية على القصر** ويبقى للولي الآخر وحده صلاحية ممارسته على أولاده[2].

البند الثاني : ولاية تزويج القصر

ركزنا في هذا البند على أنموذج تزويج القصر لأنه الأشهر والأهم بين نماذج الرقابة على مستوى التشريع :

أولا: تزويج القصر في الإسلام :

تراوحت آراء الفقهاء حول مسألة زواج الصغار إلى مذهبين :

الأول : ويرى منع هذا الزواج وبطلانه إذا وقع ، لأنه لا ولاية لأحد عليهم في الزواج ، بدليل أن الله حدّ بلوغ سن النكاح بانتهاء مرحلة الصغر في قوله ﷻ:﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[3]. ولو صحّ النكاح لما كانت لهذا الحد أي معنى ،كما أن التزويج في هذه السن الغضّة ضرب من اللهو والعبث ، وخروج عن مقاصد الشريعة الإسلامية المتوخاة من نظام الزواج ؛ بما قد يحمله من أضرار على الصغير ، وهو مَن هو في ضعف النضج العقلي لإدراك شؤون البعال ومقتضياته ، و قلة الزاد المعرفي لساسية الحياة الزوجية وإدارتها ، فضلا عن عدم اقتداره الجسدي والمالي للقيام بأعباء ومُؤن الأسرة الجديدة واحتياجاتها . وهذا رأي ابن شبرمة وعثمان البتي وأبي بكر الأصم ، و قصره ابن حزم على الصغير دون الصغيرة[4].

الثاني : وهو الذي عليه جمهور الفقهاء ، إذ أطبقت كلمتهم على القول بعدم اشتراط البلوغ لصحة الزواج ، وأن ولاية الأب ثابتة في نيابة الصغار وتزويجهم ومباشرة العقد عنهم . مستدلين في ذلك بتصحيح الشارع لزواج الصغار كما صرحت بذلك النصوص والأخبار ، و منها قوله ﷻ: ﴿ **وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ** ﴾[5] ؛ فقد جعل عدة الصغيرة التي لم تحض بعدُ ثلاثة أشهر ، ولا عدة إلا من

---

[1] - P . Courbe : **Droit De La Famille** , Ibid., p 404 et 405 .

[2] - C. Neirinck : **Retrait** : op. cit., p 11 , par 50 et 51 .

[3] – [النساء : 6]

[4] – الجصاص ، **أحكام القرآن** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د.ت ، ج 2 ، ص 50 .ابن حزم ، **المحلى** ، المصدر السابق ، ج 9، ص 44 .

[5] – [الطلاق :4]

طلاق ، فدل ذلك على صحة الزواج الذي سبقه . وقد تزوجت عائشة من الرسول ﷺ وهي بنت ست ، وتزوج عروة ابن الزبير بنتا صغيرة لابن عمر .. وعلى هذا مضى العمل في أقطار الإسلام . أما دعوى الفريق القائل بالمنع بانعدام الحاجة فهو ادعاء مدفوع ، فالغالب في الأمر أن المصلحة هي التي تستدعي التسريع بالتزويج خشية فوات الكفء الذي قد لا يتوافر وقت البلوغ[1].

ثانيا : في الجزائر: ركن المشرع الجزائري إلى رأي ابن شبرمة وعثمان البتي في القول بمنع زواج الصغار[2]؛ فقد نصت المادة السابعة منه على أن : " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة " [3]. ويكون تقدير هذه السن ابتداء من وقت إبرام العقد لا وقت الدخول[4].

غير أنه واستثناء من ذلك رخصت ذات المادة لمن لم يبلغ هذه السن أن يتزوج إذا اقتضت ذلك مصلحة بينة ، أو غبطة ظاهرة ، أو ضرورة ملحة بشرط الحصول على إذن كتابي من متولي السلطة الأبوية .

ومنحت المادة السابقة القضاء حق رقابة مدى جديّة هذا الزواج ونفعه المرجو منه للمعني ؛ حيث يتعين على ولي الصغير تقديم طلب بترخيص الزواج من رئيس المحكمة التي يقع بدائرتها محل إقامة الزوج الصغير ، أو وليه الشرعي . وتجري دراسة هذا الطلب وفحصه بعناية ، بالاستعانة بالخبرة و التحقيق الاجتماعيين إذا اقتضى الأمر ، وإذا تبيّن للقاضي نفع هذا العقد للصغير أعطى موافقته بذلك[5]. ويتولى الولي – أبا أو أما حسب الحالة – مباشرة العقد عن ولده كما نصت على ذلك المادة 11 من ذات القانون .

ثالثا: في فرنسا

لا يتفق القانون الفرنسي مع الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تكييف مسألة تزويج القصر ، التي يعتبرها مجرد نظام مساعدة قانونية (Assistance légale) للقاصر في إبرام عقد زواجه ، في قالب الإذن والترخيص، و ليس نيابة

---

[1] – الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ، ج 2، ص 40. ابن مفلح، **المبدع** ، المصدر السابق ، ج7 ، ص 22 . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 83 . مالك بن أنس ، **المدونة الكبرى** ، المصدر السابق ، ج2 ، ص 117.

[2] – كانت أهلية الزواج المحددة بالمادة الأولى من القانون رقم 63 / 222 دون أهلية الرشد القانوني ؛ فقد حددتها بثماني عشرة سنة للذكور وست عشرة سنة للبنات ثم ساواها قانون الأسرة القديم (رقم 84 / 11) بسن الرشد في المادة السابعة منه و التي جاء فيها : " تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام 21 سنة و المرأة 18 سنة ." غير أن التعديل الأخير لقانون الأسرة خفضها – بخفض سن الرشد – إلى تسع عشرة سنة للذكر و الأنثى .

[3]– بلحاج العربي ، **الوجيز في قانون الأسرة** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،د.ط، 1999 ، ج 1 ، ص 62 ، 63 .

[4] – حورية تاغلابت ، **الولاية على النفس** ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري ، رسالة ماجستير الفقه و أصوله ، غير منشورة ، المعهد الوطني العام للعلوم الإسلامية ، 1999 ، ص 94 و 95 .

[5]– **قرار المحكمة العليا** ، الصادر بتاريخ 07 / 12 / 1966 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1968، ص 139 .

أو إشرافا كاملا بالمعنى الموجود في الشريعة الإسلامية أو القانون الجزائري [1].

وتتلخص فحوى هذه المساعدة في صلاحية إعانة القاصر – ابنا كان أو بنتا – في عقد الزواج بحضور الأبوين وإبداء رأيهما بشأنه ، وشأن كل الاتفاقات التي تُبرم في المجلس بالتّبع ، خاصة ما تعلق منها بالنظام المالي للأسرة الجديدة . غير أن القاصر هو من يتولى إبرام العقد (المادة 1398مدني) . وهذا طبعا بعد الحصول على موافقة مكتوبة من وكيل الجمهورية بإعفائه من السن القانونية للزواج المقدرة بثماني عشرة سنة للذكر، وخمس عشرة سنة للبنت (المادة 144 مدني)[2].

الفرع الثاني :ممارسة الحضانة

الحضانة مشتقة من مدلول الحضن والضّم والتعاهد بالملازمة والعناية ، ومعناها في الاصطلاح :"ضم الطفل والقيام على تنشئته ، وتربيته ، وقضاء حاجاته الحيوية في المدة المعينة بالقانون "[3]. و تمثل الحضانة بهذا المعنى ثلثي مشتملات السلطة الأبوية على شخص الأبناء القصر.

البند الأول : في الشريعة الإسلامية

تكون ممارسة الحضانة ، حال قيام الزوجية ، مزدوجة بين الأب و الأم ؛ إذ يتشاركان في كفالة ولدهما على جبهتين اثنتين : تتعلق أولاهما برعاية الأولاد ، وحفظهم ، وتعاهد شؤونهم المادية ، واحتياجاتهم البيولوجية والحيوية من طعام وملبس ونوم وتنظيف وتطييب ..وغير ذلك من مصالحهم ومُؤنهم .

بينما تتعلق الجبهة الأخرى بالتربية ، والتهذيب العقلي والانفعالي والاجتماعي ؛ بإرسال الأبناء إلى الكتاتيب ، ودور العلم لحفظ القران وتعلم أحكام الدين وترسيخ أصول العقيدة في أذهانهم ، حتى يشبوا على الاستقامة والصلاح . غير أن دور الأم في ذلك يبقى الأبرز مقارنة بدور الأب . فإذا انفصلت عرى الزوجية بالطلاق فإن كفة الأم تترجح على كفة الأب في الحضانة إسنادا وممارسة ، لتَناسُب الأنوثة معها بزيادة الرقة والشفقة ، والاهتداء إلى التربية ، والصبر على القيام ، وشدة الملازمة . فالأم أولى منه في رعاية شؤون الصغير ، والقيام بحاجاته لأنها أقدر على مشاق حمله ومباشرة خدمته ، وأعرف باحتياجاته و أقوم بها ، و" ريحها ومسها ومسحها وريقها خير

---

[1] - إلى قريب من هذا يذهب المشرع الجزائري في شأن تزويج المرأة الراشدة التي يجعل لها مباشرة عقد زواجها دون وليها الحاضر معها (المادة 11 أسرة) .

[2] - M. Storck : **Contrat De Mariage , Juris-Classeurs , France , 1993 , civil , art. 1398 et 139 , fasc. 70 , p 3 et 4**

[3]- **الزرقا مصطفى أحمد وآخرون ، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما** ، دار العلم دمشق ، ط 1 ، 1996 ، ص 291 .

له من الشهد "[1]عند أبيه ، لما روي في الأثر الصحيح عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ وقالت له :" **إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وإن أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني فقال عليه الصلاة والسلام :" أنت أحق به ما لم تتزوجي "**[2].

والإجماع حاصل بين فقهاء المذاهب الأربعة على ألا حضانة للأب مع الأم ولا مع قرابتها من النساء ، متى كنّ خاليات من موانع ومسقطات الحضانة[3].

وينتهي حق الأم في تولي وممارسة الحضانة ببلوغ الولد السن التي يستغني فيها عن رعاية النساء ؛ واختلفوا في تقدير ذلك ، فقال الحنفية من الحنيفة هي سبع سنين أو تسع[4]، وقالت المالكية :حضانة الولد إلى البلوغ ، وحضانة البنت إلى دخول زوجها بها[5] . بينما رأى الشافعية أن الصبي – ذكرا أو أنثى – إذا بلغ سن التمييز خُير بين أبويه أيهما اختار فيكون عنده[6] ، ومذهب الحنابلة على تخيير الصبي إذا بلغ سبعا ، فإن لم يختر قُرع بين الحاضنين ، أما الجارية فتكون عند أبيها ولا يُمنع الولي الآخر من الزيارة والتمريض[7].

البند الثاني : في القانون الجزائري

يتفق تنظيم قانون الأسرة الجزائري لأنماط ممارسة الحضانة مع عموم الفقه الإسلامي في حال اتحاد الأسرة ، حيث تبدأ الممارسة مشتركة بتعاون بين الأبوين في رعاية الأبناء القصر وتعليمهم ، والقيام بتربيتهم على دين أبيهم ، والسهر على حمايتهم ، وحفظهم صحة وخلقا (المادة 62) . فإذا انفصل الزوجان بطلاق فإن الأسبقية تكون للأم في ضم الصغار إليها و رعاية شؤونهم متى توافرت فيها شروط الحضانة (المادة 64) ، و لا يبقى للأب من

---

[1] – أحمد، **المسند**، المصدر السابق ، أول مسند عبد الله بن عمرو بن العاص ..، ج 2، ص 378 . أبو داود ، **السنن** ، المصدر السابق ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ،ج 3 ، ص 288. الحاكم ، **المستدرك على الصحيحين** ، المصدر السابق ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق ، ج2، ص 225.

[2] – عبد الرزاق ، **المصنف** ، المصدر السابق ، كتاب الوصايا ، باب في التفضيل في النحل ، ج 7 ، ص 154.

[3] – تسند الحضانة للأب في مذهبي الشافعية و الحنابلة بعد الأم و أمهاتها القربى ، وفي المذهب المالكي زيادة تقدم أمه التي من جهته وإن علت . بينما ترى الحنفية فضلا عن ذلك إعطاء الأولية عليه في الحضانة لكل قرابة من النساء سواء كن أمهات أو أخوات أو عمات .ولم يقل أحد من الفقهاء الأربعة بتولي الأب حضانة الأولاد بعد الأم مباشرة انظر: الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج3 ،ص 508 و 509. ابن مفلح، **المبدع** ، المصدر السابق ، ج8 ، ص 230 . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، المصدر السابق، ج 4 ، ص 164 و ما بعدها . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 179 .

[4] – ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 184 .

[5] – الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج3 ،ص 508 .

[6] – الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، المصدر السابق ، ج 2، ص 171 .

[7] – ابن قدامة المقدسي ، **عمدة الفقه** ،ج 1 ، ص119 .

مشتملات السلطة الأبوية سوى حق الزيارة[1]، المحكوم له به على هامش قرار إسناد الحضانة للأم التي تصبح ، بقوة القانون ، حاضنة وولية على الأولاد في آن واحد (المادة 3/87) . ثم يلي الأب الأمَ في ترتيب سلم الحاضنين إذا حال دون ممارستها حائل شرعي ، أو سقط حقها فيها بالتنازل ؛ وهذا ما قررته الصيغة المعدلة للمادة 64 ، حيث فضّل المشرع في تعديله الأخير الأخذ برأي المذهب الجعفري في إسناد الحضانة للأب مباشرة بعد الأم بعد أن كانت تتقدمه قرابة الأم في ذلك . ولعل مبرر هذا الاتجاه هو أولوية الأب في رعاية ولده وحرصه عليها من قرابة الأم – على حد تعبير لجنة المشروع الجديد – فيتعين له حق ممارستها[2] ، بشرط أن يكون عنده من يحضن له الصغار لأن حضانته غير مباشرة [3]. وتنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج (أي تسع عشرة سنة) وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى السادسة عشر إذا اقتضت ذلك مصلحة المحضون وكانت الحاضنة أمًا لم تتزوج ثانية (المادة 65)[4] .

وبالجملة فإنه إذا تعارضت الحضانة إسناداً ، أو ممارسةً ، أو انقضاءً مع المصالح العليا للمحضون فإن قاضي الموضوع مجبر على مراعاة هذه المصالح والاستجابة لمقتضياتها ، على اعتبار أن الحضانة من القضايا المتعلقة بمسائل الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها . وللقضاء الاستعانة بالخبرة الاجتماعية للتحقق من مطابقة هذه المصالح مع القرارات الصادرة عنه بذا الشأن[5].

البند الثالث : في القانون الفرنسي

ظلّ الغموض والتناقض يلفان مصطلح "الحضانة " على مستوى المفهوم والتفسير في الفقه والقضاء

---

[1] – استقر الاجتهاد القضائي على تحديد حق الزيارة بمعدل يوم واحد في الأسبوع (غالبا ما يكون الجمعة) ، تضاف إليه أيام الأعياد الوطنية والدينية ، والعطل المدرسية ، بدون تحديد مكان معين ما دام غير بيت الحاضن ، بيد أن الاتفاق لم يحصل بشان تحديد مدة الزيارة ، فبعض القرارات تشير إلى أنها من الشروق إلى الغروب وبعضها الآخر يحددها ما بين العاشرة صباحا إلى الخامسة مساء والبعض الآخر يجعلها أنصافا بين الأبوين . انظر :- قرار **المحكمة العليا** ، رقم 53578 ، الصادر بتاريخ 22-5-1989 ، المجلة القضائية ، العدد 4، 1991 ، ص99 . **قرار المحكمة العليا** ، رقم 214290 ، الصادر بتاريخ 15-12-1998، المجلة القضائية ، العدد 3 ، 2001 ، ص194 . **قرار المحكمة العليا** ، رقم 66552 ، الصادر بتاريخ 10-12-1990 . المجلة القضائية ، العدد 2، 1995 ، ص 89 .

[2] – **مشروع قانون الأسرة** ، جريدة صوت الأحرار،المرجع السابق ، السبت 5مارس 2005 ، ص 8 .

[3] – **قرار المحكمة العليا** ، رقم 51894 ، الصادر بتاريخ 19-12-1988، المجلة القضائية ، العدد 4، 1990، ص80 .

[4] – كان رأي المحكمة العليا مستقرا بشأن تكييف إعادة زواج الأم على أنه تنازل طوعي ، تسقط معه الحضانة بصفة نهائية ومؤبدة على أساس المادة 71 من قانون الأسرة ، غير أنها عادت في قراراتها الأخيرة لتتبنى تكييفا مغايرا عندما اعتبرت إعادة زواج الحاضنة تنازلا غير اختياري يعود بزواله الحق في الحضانة ، راجع على سبيل المثال : – **قرار المحكمة العليا** ، رقم 58812 ، الصادر بتاريخ 05-02-1990، المجلة القضائية ، العدد 4، 1992 . ص58 . **قرار المحكمة العليا** ، رقم 201336 ، الصادر بتاريخ 21-07-1998 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 2001، ص 178 .

[5] – **قرار المحكمة العليا** ، رقم 22655 الصادر بتاريخ 18-05-1999، المجلة القضائية، العدد 3 ، 2001 ، ص185.

الفرنسيين ، وهذا ما اضطر المشرع إلى إلغائه من القاموس القانوني بتعديل 22جويلية 1987 واستبداله بعبارة "ممارسة السلطة الأبوية"[1] ، والتي أصبحت تأخذ أحد الشكلين ، هما :[2]

أولا: الممارسة المشتركة للسلطة الأبوية :

اعتبر التعديل الأخير لقانون الأسرة الأبوية أن الاشتراك هو الأصل في ممارسة السلطة الأبوية ، أين يكون للأبـــوين معا حق ضم أبنائهما إليهما في محل الإقامة الأسرية ، وتربيتهم الروحية ، والقيام بشؤونهم المادية من إطعام وشـــراب ومبيت وعلاج ، مادام القصر عاجزين عن أداء ذلك بأنفسهم (المادة 372مدني) . فإذا نشب النزاع بـــين الأبـــوين حول ممارسة أحد هذه المشتملات كان لقاضي شؤون الأسرة التدخل بنفسه ، أو بالاستعانة بالوساطة العائلية لفصل هذا الخصام ، وضمان استمرارية و فعالية العلاقة بين الأبناء وأبويهم (المادتين 373 -2- 6، 373-2-10مدني)[3].

ثانيا: الممارسة غير المشتركة للسلطة الأبوية :

قد تقتضي مصلحة القاصر أن تكون الممارسة غير مشتركة – بصفة استثنائية – في حـــالات معينـــة حـــــددها القانون ، والتي تتعلق أساسا بالوضع القانوني للقصر المحضونين على النحو التالي :

1- الطفل الشرعي :

إذا بلغ الخصام بين الأبوين حدا يجعل الممارسة المشتركة للسلطة خطرا على خلق القصر أو أمنهم أو صحتهم، و لم يفلح معه لا تدخل القاضي ولا الوسيط الأسري ، فإن على القضاء إيكال تربية الأولاد وتولي شؤونهم إلى مـــن هـــو أحفظ وأرعى لمصالحهم ، وأقدر على القيام بها من الأبوين (المادة 373-2-1مدني) . ويبقى هـــذا القـــرار قـــابلا للتحديث والمراجعة إذا طلب ذلك النائب العام ، أو من له المصلحة من الأبوين ، أو أعضاء العائلة .

---

[1] – رغم ذلك مازال مصطلح الحضانة حاضرا في بعض النصوص القانونية كالمادة 380 مدني .

[2] - M. Géler : **Effets Du divorce , Conséquences Du Divorce Pour Les Enfants , Aspects Extra - Patrimoniaux , Juris-Classeur, France , 1997 , civil , art. 286 à 295, fasc. 10 , p 16 .**

[3] – تضاعفت نسبة الطلاق في ظل النظام الجديد (السلطة الأبوية) ثلاث مرات خلال خمس عشرة سنة الماضية حيث قفزت الأحكام الصادرة بهذا الشأن إلى **120000** قرار بنسبة **45%** ، **70000** حالة منها لأطفال قصر. وقد شجع هذا الظرف المفروض على انحسار الزواج الشرعي (M.Légal) بواقع النصف ، وترك المجال فسيحا للزواج الطبيعي (M. Naturel).وهذا ما جعل أكثر من **8,2** مليون طفل يعيشون في ظل أسر أحادية الولي . وألقى هذا الوضع بثقله على القضاء الذي لازال إلى اليوم يعاني كثرة القضايا المطروحة في هذا الشأن فـ**50000** طلب تنتظر المحاكم الفرنسية كل سنة فقط لتعديل نمط ممارسة السلطة لآباء طبيعين ؟؟ انظر : http://www.sos-papa.net . يوم التحميل 8 ماي 2005م.

2- الطفل الطبيعي :

تكون ممارسة السلطة الأبوية مقتصرة على أحد الوليين دون غيره إذا لم يعترف بالطفل غير الشرعي إلا أحد الأبوين (المادة 372 مدني) ، أو اعترفا به معا غير أن الظروف لم تساعدهما على الممارسة المشتركة بسبب الإهمال أو النزاع وهنا يترجح حظ الأم على نصيب الأب فتكون لها الأولوية عليه في الاضطلاع بمصالحهم و القيام بحاجاتهم[1] .

3- الطفل المتبنى : إذا كان التبني من النوع الكامل فإن المتبني وحده هو من يمارس السلطة الأبوية على المتبنى، وذات الشيء يمكن أن يقال في حق التبني البسيط في حال لم يكن المتبني زوج أم الابن المتبنى (المادة 365 مدني)

و للممارسة غير المشتركة نمطين تتشكل فيهما :

1 – النمط التناوبي : وغالبا ما يلجأ إليه القضاة على أنه الحل الأمثل بعد استعصاء الممارسة المشتركة ، لقرب مفهوم التناوب من الاشتراك ، حيث يعيش الطفل لدى أبويه على نحو متناوب زمانيا ومكانيا وباتفاق الطرفين . وغالبا ما يخضع ذلك للدوام المدرسي للمحضون [2] (المادة 273 -2 -9 مدني) .

2- النمط الانفرادي : قد تؤدي الممارسة المتناوبة للسلطة إلى تعريض مصالح المحضونين إلى الخطر بسبب غياب مشروع موحد للتربية ، بما أن كل ولي ينهج نهجا تربويا مغايرا عن نهج غريمه ، ومن المنطق أن يقود ذلك إلى عدم الاستقرار الأمني والنفسي للقصر ، وصعوبة التأقلم والاندماج الاجتماعي . ويتعين هنا اللجوء إلى الحل الصعب – على حد تعبير القضاء – بجعل ممارسة السلطة إلى أحد الأولياء دون الآخر[3] .

وتُبقي ممارسة الحاضن الحق في التربية ورعاية الصغار – أيا كان نمطها – تحت رقابة الولي الآخر الذي يملك حق إبداء الرأي بشأن سير حضانة أبنائه الصغار ، وحق الزيارة ، والمراسلة ، والاستقبال في المكان والزمان المتفق عليه مسبقا (المادة 273-2-1مدني)[4] .

---

[1] - برر المشرع الفرنسي تفضيل ممارسة الأم للسلطة على الأب بمبررات اجتماعية بحتة ؛ حيث تؤكد أرقام الدراسات في هذه الميدان على أن 90 % من الأطفال الطبيعيين الذين يعيشون في أسر أحادية الولي يعيشون مع أمهم وهذا بناء على ما أيده القضاء قبلا بشكل بارز انظر:

- P. Courbe : **Droit De La Famille** , op. cit. p 397 .

[2] - CA Montpellier , 29 avr. 1980 : M. Géler : **Effets Du divorce** , op. cit., p 16 , par 57 .

[3] - P. Courbe : **Droit De La Famille** , op. cit. p 400 .

[4] - لا يمكن أن يكون حق الزيارة والاستضافة موضوع رفض لطالبه من القضاء إلا لأسباب ومبررات جادة :كعدائية الأب وتدهور حالته الأخلاقية ، أو لإدمانه على الكحول ، أو إهماله لأبنائه وقسوة تعامله معهم . راجع على سبيل التمثيل :

- Cass. 2e civ., 4 janv. 1964 – CA Angers , 11 févr. 1992 – CA Rennes, 6e ch. 13 avr.1993 : M. Géler : **Effets Du divorce** , op. cit., p 16 , par 57.

ونخرج من دراسة هذا **المبحث بالنتائج** التالية :

- كان التشريع الإسلامي الأكثر تشددا إزاء الضوابط والمعايير التي تحكم تولي السلطة الأبوية من التشريعين الوضعين ، وانعكس ذلك جليا على فلسفة كل طرف في إسناد السلطة وممارستها .وعلى هذا نجد أن رؤية الفقه قائمة على تقاسم الأدوار وفق مؤهلات كل طرف وكفاءته التي زُود بها غريزيا ، فأسدى إلى الأب صلاحية قيادة الأسرة ،وخُصت الأم بأولوية الحفظ والرعاية والصيانة . بينما تقوم فلسفة التشريع الفرنسي على فكرة الإسناد المشترك في إدارة شؤون القصر الشخصية والمالية التي أراد لها أن تسير برأسين اثنين في آن واحد -كمبدأ عام - لا يُنكفئ عنه إلى غيره إلا في حال الضرورة ، تكريسا للمساواة بين المرأة والرجل . غير أن ذلك انعكس سلبا على حقوق الطفل التي غالبا ما تضيع مع أول حكم طلاق بسبب إرغام طرفي النزاع على الممارسة المشتركة التي لم يطبقاها وهما زوجان فهل يطبقانها وهما مطلقان ؟؟

أما المشرع الجزائري فقد اتخذ له موقفا وسطا بين بين ؛ حيث وافق الفقه الإسلامي في جعل السلطة للأب ابتداء ، غير أنه فارقه في إسناد السلطة للأم بعد وفاته، أو حال غيابه ، أو طرو مانع يحول دون مباشرته لمهام إدارته ، أو في حال منح الأم حق الحضانة بناء على حكم قضائي بالطلاق . وهو في هذا يوافق المشرع الفرنسي في مبدأ الإسناد وإن كان يخالفه في لون الممارسة .

- كان غموض مفهوم الرقابة وضعف آلية الزيارة المطبقة على مستوى القضاء الجزائري وراء شقاء الكثير من القصر وأسرهم ، بسبب تداخل صلاحيات الرقابة مع ممارسة حق الحضانة ، وعدم توضح حدود كل منهما . وهذا ما ألجأ المشرع إلى اعتماد نظام فرنسي قديم مفاده الدمج بين الأحقية في الرقابة ، وحق الحضانة في يد شخص واحد . وهو قصور قانوني شائن ، فهو وإن كان يحد بعض الشيء من المشاكل المطروحة على القضاء غير أنه لا يخدم البتة مصالح القصر ولا يراعي احتياجاتهم .

المبحث الثالث انتهاء السلطة الأبوية

تنتهي السلطة الأبوية بمجرد زوال مسببها وانتهاء الحاجة إليها ، وقد يكون هذا الانتهاء حقيقيا بموت متولي السلطة الأبوية أو ببلوغ القاصر أو ترشيده ، أو يكون حكميا بإسقاط السلطة الأبوية بحكم قضائي بسبب عدم أهلية الولي ، أو طرو مانع يحول دون القيام بالأعباء الواجبة في حقه للصغار .

وتأسيسا على ذلك فإن خطة هذا المبحث تكون كالتالي :

المطلب الأول : الانتهاء الحقيقي

المطلب الثاني : الانتهاء الحكمي .

المطلب الأول : الانتهاء الحقيقي

نعني بانتهاء السلطة الأبوية انتهاء حقيقيا زوال مقتضاها وموجبها زوالا فعليا ؛ إما بسبب موت كل من الولي أو الصغير ، أو بلوغ القاصر سن الرشد أو ترشيده بالإذن القانوني . وتبعا لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين هما :

- الفرع الأول : الموت .
- الفرع الثاني : بلوغ القاصر .

الفرع الأول : الموت

البند الأول : في الشريعة الإسلامية

تنتهي السلطة الأبوية في الفقه الإسلامي بمجرد وفاة أحد طرفيْها اللذين تقوم عليهما ، فإذا توفي الولي وهو الطرف المدير لها انتهت معه هذه السلطة وانتقلت ولاية النظر إلى من يليه من الأولياء حسب سلّم القرابة والشفقة.

أما إذا طال الموت المولى عليه فإن الانتهاء يطال سلطة الولي وولاية النظر جميعًا ، لأن الابن القاصر هو أساس هذا النظام وموجبه ، فإذا مات زال سببه و لم يعد لوجوده أيّ معنًى .

البند الثاني : في القانون الجزائري

نصت المادة 91 من قانون الأحوال الشخصيّة على أن وظيفة الأب تنتهي – بقوة القانون – بمجرد وفاته وتنتقل السلطة الأبوية بكل عناصرها وامتيازاتها إلى الأم (المادة 87 أسرة) .

هذا و لم يرد أي نص قانوني يشير إلى انتهاء السلطة بسبب موت الابن القاصر، ولعله من البداهة ما أغنى المشرع عن ذكره .

البند الثالث : في القانون الفرنسي

نصت المادة 373 مدني على أنه إذا توفي أحد الأبوين فإن على الولي الآخر أن يُمارس السلطة بطريق الانفراد ، على اعتبار أن المشرع الفرنسي يأخذ بنظام السلطة الأبوية المزدوجة كمبدأ عام . فإذا انتهت سلطة أحد الوليّين بالموت كان على الولي الآخر **وحده توليها بصفة انفرادية .**

الفرع الثاني : بلوغ القاصر

تنتهي السلطة الأبوية ببلوغ القاصر بلوغا حقيقيا **أو بترشيده بالإذن له في التصرف .**

البند الأول : البلوغ الحقيقي

أولا : في الشريعة الإسلامية

يُميز الفقهاء في انقضاء الوصاية الأبوية – بحسب متعلقها – بين **الولاية على النفس ، والولاية على المال .** فإذا كان موضوع السلطة هو شخص القاصر فلا خلاف في أن **منتهاها يكون بالبلوغ الطبيعي** بالنسبة للغلام [1]، أما إن كان المتولى جارية ففي الأمر تفصيل : لأنه إن كانت الولاية **متعلقة بعنصر الحفظ والصيانة فلا ترفع السلطة قبل** الزواج بالاتفاق . بخلاف ما إذا كان تعلقها بالتزويج فتنتهي **بالبلوغ بالنسبة لولاية الإجبار، وتبقى مستمرة بالنسبة** لولاية الشركة وولاية الاختيار على رأي الجمهور [1]، **لأن مناطها الأنوثة وهي باقية ما بقيت المولى عليها حيةً .**

---

[1] – علامات البلوغ في الفقه الإسلامي خمسة هي الإنبات والاحتلام والسن والحيض الحبل ، يشترك الذكور و الإناث في الثلاث الأولى منها بينما تختص النساء بالعلامتين الأخيرتين ، وليس ثمة خلاف في دلالة الاحتلام والحيض والحمل على البلوغ وإيجاب الفرائض والأحكام غير أن النزاع قائم بخصوص العلامتين المتبقيتين فأما الإنبات فهو مذهب مالك في أحد آرائه و به قال أحمد وإسحاق أبو ثور لقول عطية القرظي ﷺ:"كنت من سبي بني قريظة فكانوا ينظرون فمن أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل" رواه أحمد : **المسند**، المصدر السابق ، حديث عطية القرظي ، ج 5، ص 402 . أبو داود ، **السنن** . المصدر السابق ، كتاب الحدود ، باب في الغلام يصيب الحد ، ج 4 ، ص 141 .الترمذي ، **الجامع الصحيح**،المصدر السابق، باب ما جاء في النزول عند الحكم ، ج 4 ، ص 145 ، وقال هذا حديث حسن صحيح . وقال أبو حنيفة لا يثبت بالإنبات حكم وليس هو البلوغ ولا دلالة على البلوغ ، والراجح من مذهب الشافعي أنه يحكم به في حق الكافر ومجهول الولادة فقط ، وأما السن فجمهور الفقهاء على أن البلوغ خمس عشرة سنة هجرية للذكر و لأنثى لحديث ابن عمر – ﷺ– قال "**عُرضت على رسول الله ﷺ في جيش و أنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني فعرضت عليه من قابل في جيش وأنا ابن خمس عشرة فقبلني**"رواه الترمذي: **الجامع الصحيح**،المصدر السابق، باب ما جاء في حد بلوغ الرجل و المرأة ، ج 3 ، ص 641 ،وقال هذا حديث حسن صحيح . ابن حبان ، **الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان** ، المصدر السابق ، كتاب السير ، باب الخروج وكيفية الجهاد ، ج 11، ص 30. بينما يرى أبو حنيفة أنه اثنتي عشرة سنة للفتاة وسبع عشرة سنة للفتى ، أما مالك فيذهب إلى أن البلوغ سبع عشرة سنة لكليهما ، راجع :السرخسي، **كتاب المبسوط** . المصدر السابق ، ج 24 ، ص 284 . البهوتي ،**كشاف القناع عن متن الإقناع** ، المصدر السابق ،ج 3 ، ص 443 . الدردير ، **الشرح الكبير**، دار الفكر ، بيروت، د.ط، 1994، ج 3 ، ص 293. الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، المصدر السابق ، ج 1، ص 330.

وإذا كان موضوع الولاية هو مال القاصر فلا يكفي البلوغ لرفع الحجر وإطلاق يده في التصرف ، لأن مدار هذه الولاية هو حفظ المال ولا يتعين ذلك إلا بإيناس الرشد[2]، وفي هذا يقول سعيد بن جبير و الشعبي:" إن الرجل ليؤخذ بلحيته وما بلغ رشده فلا يدفع إلى اليتيم ماله وإن كان يتيما حتى يؤمن منه "[3] لقوله ﷻ : ﴿**وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**... ﴾[4] .ولا يتحقق الإيناس إلا بإجراء اختبار للرشد قبل بلوغ المولى عليه[5]، وذلك بدفع بعض المال إليه ، و الإذن له في التصرف، واحتراف بعض الصنائع كالمتاجرة و المماكسة وإبرام العقود ومباشرة الإنفاق ليتعود على طرق المعاملات وأوجه العقود . وبذلك يتأكد له ضبطه في التصرف وحفظه للمال من الضياع والهلاك ، ومن ثم يتم تسليمه ماله مباشرة دونما رجوع إلى رأي حاكم ، أو استئذان قاض لأن الحجر ثبت بدون حكمه فيكون ارتفاعه كذلك[6].

ثانيا: في القانون الجزائري

لا يعتد القانون بغير عامل السن في الدلالة على بلوغ القاصر سن الرشد وبالتالي انقضاء السلطة الأبوية عنه . فقد نصت المادة 40 مدني على أن سن البلوغ القانوني هو 19 سنة كاملة بالتقويم الميلادي بعد أن كانت 21 سنة في القانون القديم.

والغريب أن المادة 91 من قانون الأسرة أغفلت ذكر البلوغ كسبب من أسباب انتهاء الولاية ، رغم نص المشرع

---

[1] – يرى المالكية أن انقضاء ولاية الإجبار للبكر مرتبط ببلوغها الثلاثين أو خمسا وثلاثين أو الأربعين . ابن جزي ، **القوانين الفقهية** ، ج 1 ،دار الفكر ، د.ط ، د.ت ، ص 133 .

[2] – تباينت تفسيرات الفقهاء لمعنى الرشد الوارد في الآية فذهب الحسن و قتادة وغيرهما إلى انه الصلاح في العقل والدين وهو ماحكا ه أبو العباس عن الشافعي في أحد قوليه ، وقال ابن عباس و السدي والثوري بل هو الصلاح في العقل وحفظ المال و به قال مالك والشافعي في الراجح من روايتيه وهو الرأي الذي يقتضيه الحق ووجبه الإنصاف فلا علاقة للفسق وعدم العدالة بالإسراف وإضاعة المال و إلا استوجب ذلك الحجر على كل الفسقة البالغين وهذا لم يقل به أحد .انظر : ابن مفلح، **المبدع** ، المصدر السابق ، ج4، ص 333 . الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، المصدر السابق، ج 1، ص 331 . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 94 . مالك بن أنس ، **المدونة الكبرى** ، المصدر السابق ، ج4 ، ص 476 .

[3] – القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن**، المصدر السابق ، ج5 ،ص 37.

[4] – [النساء : 6]

[5] – يتأخر وقت اختبار رشد الجارية عن الذكر – في المذهب المالكي – إلى الدخول وعللوا ذلك باحتجابها وقلة معرفتها بالتصرفات والعقود ، وهذا معاناها لهكذا أمور ، وهذا الرأي بعيد وضعيف لأن نفس الوطء – كما قال القرطبي – بإدخال الحشفة لا يزيد في رشدها إذا كانت عارفة بجميع أمورها ومقاصدها غير مبذرة لمالها ، راجع : الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج3 ،ص 298 . القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن**، المصدر السابق ، ج5 ،ص 26.

[6] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ،ج 7 ، ص 171 .الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج 3، ص 266 وما بعدها .الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، المصدر السابق ، ج 1، ص 331 . ابن قدامة المقدسي ، **المغني** ، المصدر السابق ، ج4 ، ص 294 .

عليه في انتهاء نظام الوصاية . وكان الأجدر بالمشرع أن يرأب صدع هذه الهفوة التشريعية في تعديله الأخير غير أنه – للأسف – لم يفعل .

ثالثا : في القانون الفرنسي :

خضع سن البلوغ المدني للعديد من الإصلاحات القانونية التي أسهمت في خفضه بصفة تدريجية . فبعد أن حدده القانون المدني القديم بخمس وعشرين سنة ، جاء المرسوم المؤرخ في: 20-05 -1792 ليخفضه من جديد إلى 21 سنة ، واستقر الحال على ذلك لمدة قرنين تقريبا حتى صدور القانون رقم 74 – 632 المؤرخ في : 05 جويلية 1974 ، الذي خفضه بدوره إلى ثماني عشرة سنة (المادة 388 مدني) . أما سن الرشد الجنائي فقد تم ضبطه بذات السن مذ مطلع قانون :2 فيفري 1945[1] .

البند الثاني : الترشيد بالإذن

الإذن نظام إرادي ينفك به الحجر وترتفع به السلطة الأبوية عن القاصر بالنسبة للتصرفات المأذون له فيها متى بلغ سنًا يُؤنس معها رشده وكان في الإذن مصلحته . ويأخذ هذا النظام شكل الاختبار والتجربة باعتباره فترة انتقالية من مرحلة النضج إلى مرحلة الرشد . ويجد مبرره في أن من شأنه أن يهيأ القاصر ويُعده للمرحلة الجديدة ، ويضمن بالتالي أموال القاصر من الضياع والهلاك ، لأنه صار متبصرًا لموضع مصلحته وعالمًا بمواطن الفساد والصلاح .

فكيف هي نظرة الشريعة الإسلامية والشرائع الوضعية لنظام الإذن وما أثره على تصرفات القاصر؟!!

أولا: في الشريعة الإسلامية : اتفق أئمة العلم على أن للولي أن يأذن لمولاه في التصرف [2]– أولا إذا كان مميزا ليعلم حاله في الرشد من عدمه ، ويتأكد له صلاحه ، ويتعود على ضروب التصرفات ووجوه المعاملات ، حتى إذا شب راشدا لم يُخش على ماله من ضياع أو فساد لقوله ﷻ:﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾[3] .

---

[1] -Y. Buffelan-Lanore : **Minorité** , Juris-Classeur, France , 1998 , civil , art. 388, fasc. 710 , p 3 et 4.

[2] – استثنى الشافعي من جملة التصرفات التي يجري فيها الامتحان الإذن للصبي في التجارة فقال ببطلانه ، لأن أهلية التجارة تتحقق بكمال العقل ، وعقل الصبي ناقص وعاجز من المباشرة لنفسه لعدم الخطاب فبقي مولى عليه في هذه التصرفات ولذا فالاختبار هنا مقتصر على تسليم المال للصبي للمساومة و المماكسة فإذا آن الأمر إلى العقد عقد الولي : الشيرازي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، المصدر السابق ، ج 1، ص 331 . النووي. روضة **الطالبين**،المصدر السابق ،ج 4، ص181.

[3] -[النساء : 6]

ويختلف الاختبار باختلاف طبقات الناس فولد التاجر يمتحن بالمماكسة في البيع والشراء ، وولد المحترف في أمر حرفته ، والمرأة في شؤون الطهي والغزل والغسل وشبهها من مصالح البيت [1].

غير أنهم اختلفوا في تكييف الإذن هل هو فك للسلطة فتصح معه باقي تصرفات المأذون مادامت غير ضارة به ضررا محضا أم أنه مجرد توكيل لا يجوز معه تعدي مجال الإذن . فبالأول قالت الحنفية والمالكية[2] – في المعتمد عندهم – واعتلوا بأن الإذن إسقاط والإسقاطات لا تقبل التقييد . كما أن الصغير يكون أهلا للتصرف إذا كان يعقل النافع من الضار ، لا سيما مع انضمام رأي الولي إلى رأيه بالإذن ، وفي هذا كفاية أمان على أن المأذون سوف يُحسن النظر في عاقبة أمره ، وليس هذا في التصرف المأذون فيه فقط بل وفي كل توابعه وضروراته. وينبني على هذا الرأي أن الولي إذا أذن لمولاه باحتراف التجارة كان للمأذون البيع والشراء بالنقد والنسيئة و العروض ولو كان بغبن مادام يسيرًا لأنه من التجارة وعادات التجّار [3].

وذهبت الحنابلة إلى أن الإذن توكيل فلا ينفك الحجر عن الصبي إلا فيما أذن له وليه من التصرف مقدارا ونوعا، فإذا أذن له في التجارة في مائة لم يصح التصرف فيما زاد عنها ، و إذا أذن له في لون من التجارة لم يكن له مجاوزته إلى غيره من أنواع التجارة لأنه يتصرف بالإذن من جهة الآدمي فوجب التقيد بالمأذون فيه[4].

ثانيا : في القانون الجزائري : اعترف مشرع الأحوال الشخصية للقصر المحجور عليهم بحق التصرف في أموالهم مثلهم مثل الراشدين ، مع اكتساب أهلية التقاضي بعيدا عن الوصاية الأبوية، إذا كانوا موضوع إذن بالترشيد من أوليائهم . ويكون ذلك بأحد النمطين :

– النمط الأول : ويتم باستصدار قرار قضائي لترشيد القاصر إذا بلغ سن التمييز بناءً على طلب منه أو من أحد أبويه ، فينفك عنه بذلك الحجر ويُمنح أهلية التصرف كاملة إذا كان الإذن كليا . ويحق له بالتالي اكتساب صفة التاجر ،و إبرام التعهدات الناجمة عن العمليات التجارية إذا بلغ سن الثامنة عشرة (المادة 05 تجاري)[1] . أما إذا كان

---

[1] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ،ج 7 ، ص 193 و194. الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج 3، ص 297. **الشافعي، الأم**، المصدر السابق ، ج 3، ص 219. ابن مفلح، **المبدع** ، المصدر السابق ، ج4، ص 348 .

[2] – الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ،ج 2، ص 223 . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ،ج 7 ، ص 197.

[3] – أجاز أبوحنيفة للمأذون الشراء والبيع بغبن فاحش لوقوع اسم البيع والشراء عليه مطلقا فكان تجارة مطلقة تدخل تحت الإذن والصحيح المنع وهو مذهب تلامذته – فضلا عن الجمهور – لدخوله في معنى التبرع وليس للمأذون ذلك لأنه ضرر محض : الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** . المصدر نفسه ،ج 7 ، ص 194.

[4]- البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، المصدر السابق ، ج 3 ، ص457 .

الترشيد جزئيا فتقتصر أهليته على مساحة التصرفات المأذون له فيها[2]، وبهذا نصت المادة 84 أسرة على أن: " للقاضي أن يأذن بمن لم يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له المصلحة ".

- النمط الثاني: وهو الترشيد بالزواج حيث يُعطى الزوج القاصر أهلية للتقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات (المادة7 أسرة) .

وبغض النظر عن نوع الترشيد فإن هذا النظام يبقى قابلا للمراجعة إذا تبين للقاضي ما يبرر ذلك (المادة 84 أسرة).

ثالثا : في القانون الفرنسي :

يمنح الترشيد بالإذن الأبوي للقاصر نصف أهلية يكون بها وسطًا بين القصر وبين الرشد إذا بلغ السادسة عشر فما فوق وهو نوعان :

1- الترشيد بالزواج : فقد نصت المادة 476 مدني على أنه بإمكان الأبوين ترشيد ابنهما القاصر بقوة القانون عبر الزواج ، الذي يمنحه صلاحية التصرف من تلقاء نفسه ، على أساس أن بقاءه تحت سلطتهم يتعارض مع الاستقلال الذي تتطلبه إدارة أسرته الجديدة (476 مدني) [3].

2- الترشيد القضائي :لكل من أبوي القاصر الحق في طلب ترشيد ابنهما ؛ إذ يصبح بوسعه مباشرة حياته المهنية بعيدًا عن سلطتهما بحصوله على شبه أهلية مدنية يستطيع من خلالها القاصر أن يبرم عقد العمل ، ويحصل أتعابه ، وينتسب إلى النقابات المهنية الخاصة ...غير أن ذلك كله يبقى منوطًا بما تسمح به المصلحة العليا للقاصر (المادة 477 مدني) [4] .

وأيًا ما كان نمط الإذن فإن آثاره تبقى واحدة ؛ حيث يضع نهاية تقريبية للسلطة الأبوية على القاصر (1/482

---

[1] - تنص المادة الخامسة من القانون التجاري على أنه :"لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أو أن يبدأ في العمليات التجارية ،كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارة إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده ، أو أمه ، أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيها إذا كان والده متوف ، أو غائبا أو سقطت من سلطته الأبوية ، أو استحال عليه مباشرتها ، أو في حال انعدام الأب و الأم ويجب أن يقدم هذا الإذن كتابيا دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري ."

[2] - يمنح القاصر المأذون له موطنا خاصا بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها طبقا لأحكام المادة 38 مدني.

[3] - P. Courbe : **Droit De La Famille**, op. cit., p 397 .

[4] - P. Salvage – Gerest : **Emancipation** , Juris-Classeur , France , 1998 , civil , art. 388 , fasc. 710 , p 6 et suivantes .

مدني) بما فيها حق الرقابة ، والتربية ، والرعاية ، وامتياز الإدارة ، والانتفاع القانوني بعوائد الأموال المحصّلة[1] .

المطلب الثاني : الانتهاء الحكمي

يكون الانتهاء الحكمي للسلطة الأبوية بكل سبب، غير الموت والبلوغ ، يمنع الولي من تولي السلطة على أبنائه ، ويجعله غير قادر على القيام بشؤونهم ، سواء كان ذلك بسبب انخرام شرط من شروط الولاية ، أو قيام مانع من موانعها في شخص المتولي .

الفرع الأول : إسقاط السلطة الأبوية

عندما لا يقوم الأبوان بممارسة السلطة على الوجه الواجب أو يصدر عنهما ما ينم عن خطورة قد تصيب القاصر في أمنه أو خلقه أو صحته ، فإن الرقابة القانونية تتدخل لحماية القاصر عبر تدبير هو الأشد من بين تدابير حماية القصر ، لأنه يتعلق بالحرمان من الحق في السلطة ذاتها فضلا عن ممارستها وهذا التدبير هو الإسقاط أو العزل .فما هو الإسقاط؟؟ وما هي ضوابطه وشروطه ؟؟.

البند الأول : في الشريعة الإسلامية

كنا قد نوهنا- في مطلب سابق – إلى أن الفقه الإسلامي متشدد في اشتراط جملة من الضوابط التي رآها ضرورية لتولي السلطة الأبوية . وإذا أصاب الأبَ عارضٌ يخل بتلك الشروط لاسيما العدالة منها؛ بأن أساء استعمال سلطته أو قصّر في بعض متطلباتها بإهمال ، أو رعونة ، أو سوء سيرة فعلى القاضي عزله من ولايته والعهد بها إلى من يليه من العصبة ، لأنه أضحى غير قادر على القيام بمصالح أبنائه والنظر لهم ، فلا يُقرون بيد من لا يُصلحهم أو يصونهم . و الصلاحية المخولة للقاضي في تقدير ذلك واسعة جدا . أما أثر العزل فلم يبين الفقهاء فيما إذا كان إسقاطا لذات السلطة بصفة دائمة ومؤبدة ، أم أنه مجرد وقف مؤقت لصلاحيات الولي و تجميد سلطاته إلى حين . لكن الأكيد أن آثار هذا العزل لا يمكن أن تمس بحال حقوق ، وواجبات البنوة كواجب الإنفاق ،وحق الزيارة والصلة في إطار البر والاحترام[2].

---

[1] - يستثني القانون من جملة التصرفات التي تسمح بها الأهلية المدنية الممنوحة للابن المرشد ثلاثة أمور:حيث يكون طلب إذن الأبوين في اثنين منها ضروريا ويتعلق الأمر بزواجه أو تبنيه من عائلة أخرى (المادة 2/481مدني) ، في حين يبقى التصرف الثالث محظورا حتى يبلغ سن الرشد القانوني ويتعلق الأمر هنا باكتساب صفة التاجر (المادة 487مدني والمادة 2 تجاري) .

[2] - الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج 6، ص 534 . بن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير في شرح التحرير** ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، 1996 ، ج 3 ، ص 246 . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، المصدر السابق، ج 3 ، ص 305 . بن ضويان ، **منار السبيل** ، المصدر السابق ، ج1 ، ص 361.

البند الثاني : في القانون الجزائري

يعتبر إسقاط السلطة الأبوية أحد أهم التدابير الاحترازية التي نص عليها القانون لحماية القصر من أي خطر مادي أو معنوي قد يمس مصالحهم لا سيما وأن مصدره هو ولي الأمر نفسه ، مما يجعله غير جدير بتولي النظر لهم والتصرف عنهم (المادة 19 عقوبات) .

ويجوز أن ينصبّ هذا السقوط على كل حقوق السلطة الأبوية، أو بعضها ، وأن لا يشمل إلا واحدا أو بعضا من أولاده . وللحصول على الفعالية القصوى لهذا النظام فقد خول القانون للقاضي صلاحية الأمر بإنفاذ معجل له واشترط لتطبيقه شرطين اثنين هما :[1]

1- ارتكاب جريمة يكون ضحيتها ابن قاصر: وتفترض المادة 24 عقوبات في هذه الجريمة أن تكون جناية أو جنحة ، يرتكبها الولي في حق شخص أحد أولاده القصر دون أن تُحدد نوعها أو تحصر صورها. غير أن التساؤل يثور هنا بشأن الجرائم التي يكون فيها القاصر فاعلا أصيلا أو شريكا فهي وإن لم ترتكب على شخصه مباشرة . غير أنها تحمل من الخطورة الإجرامية عليه ما يوازي أو يفوق النوع المذكور ، وإغفال النص على ذلك قصور يجب تداركه!![2]

2- الخطورة الإجرامية : فإذا تقرر لقاضي الموضوع أن السلوك العادي للولي المدان سيضع أمن ، أو خلق ، أو صحة الأولاد القصر في خطر مادي أو معنوي فإن له القضاء بسقوط السلطة الأبوية . والحكمة في ذلك هي خوف المشرع من أن عدم جدارة الولي للقيام بمتطلبات السلطة الأبوية قد يقود بالأولاد إلى الانخراط في مزالق الجريمة ، والسير في ركاب المنحرفين .

هذا وقد يكون الإسقاط وجوبيًا أو جوازيًا بحسب الوقائع ودلالات التهديد التي تحملها تصرفات الولي على مصالح القصر ، فأما الإسقاط الوجوبي فقد قصره المشرع في حالتين اثنتين هما حالة الحجر على الولي (المادة 91 أسرة) ، وحالة إدانته بجريمة زنا المحارم ؛ حيث قدّر المشرع أن عجز الولي عن التصرف لنفسه سيجعله أعجز عن التصرف لغيره ، كما أن في جريمة الفاحشة بين الأقارب انتهاكا صارخًا لشرف هذه المهمة النبيلة ، و الضرر الناجم عنها كاف لتجريد الولي المدان من سلطته دونما حاجة إلى سلطة تقدير أو مراجعة . و يبقى للقاضي في ماعدا ذلك

---

[1] – عبد الله سليمان ، **شرح قانون العقوبات** ، دار الهدى ، د.ط ، د.ت ، ج2 ، ص 579 .

[2] – أدرج بعض الفقهاء الجرائم التي يرتكبها القاصر بصفته فاعلا أصيلا أو مشتركا في زمرة الجرائم المسببة للإسقاط . انظر سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة** في قانون العقوبات ، منشورات حلبي الحقوقية ،د.ط ، د.ت، ص 775 .

من الحالات[1] سلطة النطق بتطبيق نظام الإسقاط من عدمه(المادة 24 عقوبات)[2] . وبشأن مدة هذا التدبير فإن النصوص الواردة لم تذكر شيئا عن ذلك مما يعني ابتداء أن آثاره ستكون مؤبدة [3]، غير أن هذا النظام يبقى قابلا للمراجعة القضائية على أساس ما يُفرزه تطور الحالة الخطيرة لصاحب الشأن ، وما يتلاءم ومصالح القصر (المادة 19 عقوبات).

البند الثالث : في القانون الفرنسي[4]

أعطى المشرع الفرنسي للقضاء صلاحية **سحب السلطة من الآباء في حال تهددت مصالح القصر بإهمال، أو** سوء تصرف ، أو تجاوزٍ في الممارسة . ويخضع تقدير **خطر هذا التهديد للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع** في ضوء ما يتناسب ومصالح الأولاد .

ولتفعيل نظام السحب يتوجب أن يصدر قرار قضائي – مدنيا كان أو جنائيا ، بحسب الوقائع و الأحداث ؛ فقد نصت المادة 378 مدني على إمكانية تدخل القاضي المدني ، **من تلقاء نفسه وخارج إطار** أي إدانة جنائية للأبوين ، لسحب السلطة منهما ، سواء كان بسبب تصرف خاطئ **منهما يُعرّض أمن الأطفال** ،أو خلقهم ، أو صحتهم لخطر محقق ، أو كان بسبب إهمالهما ، وعدم اهتمامهما بأبنائهما[5].

---

[1] – أشهر جرائم الإسقاط الجوازي هي : جريمة ترك الأسرة (330–331 عقوبات) ، ضرب وجرح القصر (269–272 عقوبات) ، الفعل العلني المخل بالحياء (333–337 عقوبات) ، تحريض القاصر على السكر(المادة 16 من الأمر رقم 75–16 المؤرخ بـ:17 ربيع الثاني 1395 الموافق ل 29 أفريل 1975 المتعلق **بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول**).

[2] – يرى الأستاذ سليمان عبد المنعم أن مدة نظام الإسقاط لا يجب أن تنزل عن سقف المدة المحكوم بها على الولي المدان من عقوبةٍ أو تدبيرٍ احترازيٍ سالبين للحرية راجع : سليمان عبد المنعم ، **النظرية العامة في قانون العقوبات** ، المرجع نفسه ، ص775 .

[3] – عبد الله سليمان ، **شرح قانون العقوبات** ،المرجع السابق ، ج2 ، ص 579 .

[4] – ظهر مصطلح الإسقاط (Déchéance) لأول مرة مع قانون 7 ديسمبر 1884 ، ثم أخذ شكله المستقل كأول نظام للطفولة التي تتعرض للمعاملة السيئة أو الإهمال بصدور قانون 07/24 /1889. غير أن صرامة نصوصه وحدّتها جعلته أقرب إلى العقوبة الإجبارية والشاملة لكل صلاحيات و حقوق النظام الأبوي ، منه إلى نظام حماية للقصر ، وهذا ما جعل المحاكم تتردد كثيرا في تطبيقه ، وظل الجدل الفقهي محتدمًا بشأنه حتى صدور قانون 4 جوان 1970 المتعلق بالسلطة الأبوية أين حاول المشرع التخفيف من حدة هذا النظام الكلاسيكي عبر تشريع السحب الجزئي (Retrait Partial) وجعل الإسقاط أمرا جوازيا ، ثم جاء قانون 1996/7/5 ليُلغي مصطلح الإسقاط من القاموس القانوني ويستبدله بالسحب (Retrait) ليطوي بذلك صفحة العار والخزي عن كاهل الآباء حسب بعض الفقهاء . غير أنه وفيما عدا تعديلات قانون 4/جوان 1970 فإن نتائج وآثار النظام الجديد بقيت ذاتها بالنسبة للسحب الكلي !!؟ راجع :

P . Courbe : **Droit De La Famille** : op. cit., p 422.

[5] – أضافت محكمة النقض إمكانية ثالثة لنطق المحاكم المدنية بالسحب فيما لو لم تستعمل نظيرتها الجنائية هذا الحق بالنسبة للوقائع المنصوصة بالمادة 378 مدني . انظر : - C. Neirinck : **Retrait** , Juris-Classeur , France , 1998 , civil , art. 371 à 387 , fasc. 660 , p 2 .

كما خولت ذات المادة للقضاء الجنائي حق النطق بسلب السلطة الأبوية على إثر قرار يُدين أحد الأبوين، أو كلاهما كفاعلين أصيلين أو مشتركين لنوعين من الجرائم هي:

أ – جريمة ضحيتها الابن القاصر[1].

ب–جريمة فاعلها الابن القاصر[2].

ومهما كان نوع القرار فإن القضاء الفرنسي متجه اليوم إلى تعليل الحكم بالسحب بالضرر الذي يلحق القاصر وليس الجريمة ذاتها . فلا بد على القاضي أن يراعي ما تقتضيه مصلحة القاصر لا شدة التقصير ، أو فظاعة الجناية المرتكبة في حقه . والأصل في القرار القضائي الصادر أن تنسحب آثاره على كل حقوق السلطة وصلاحياتها ؛ أين يتعرض الأبوان لمصادرة تامة لمشتملات سلطتهما على ابنهما سواء منها المتعلقة بشخصه أو ماله . غير أن هذا لا يشمل بتاتا حق البنوة ومتعلقاته فهو لا يُعفي الولي المدان من واجب التغذية بناءً على أساس المادة 205 مدني. كما لا يحرم القاصر من حقه في الميراث منه (المادة 727مدني)[3] .

وكاستثناء من هذا الأصل فإنه يُمكن للمحكمة أن تقصر حكم السحب على بعض مشتملات السلطة، إذا رأت في ذلك مصلحة للقاصر (379 –1 مدني) . غير أنه يبقى للآباء امتياز الاحتفاظ ببعض عناصر السلطة الاستثنائية التي لا يستطيع هذا النوع من السحب أن يطالها ويتعلق الأمر بـ :

– الحق في طلب ترشيد القاصر .

– الترخيص للقاصر في الزواج أو التبني .

– الانتفاع القانوني .

كما يبقى هذا التدبير مؤقتا وبوسع الأبوين استرجاع سلطتهما ، عبر إيداع التماس يتضمن تبريرات جادّة لاسترجاع السلطة الأبوية بعد مرور سنة من الحكم بالتدبير . وفي حال رفض الالتماس يمكن تجديده ولكن بعد مرور مدة جديدة ابتداء من تاريخ آخر التماس[4].

---

[1] – رغم أن المادة لم تنص صراحة على جريمة بعينها غير أنه يمكن تكوين فكرة عن كنهها عبر نظرة فاحصة في قرارات الاجتهاد القضائي الفرنسي الخاصة بسحب السلطة حيث تندرج في عمومها تحت بند المعاملات السيئة من مثل جرائم هتك العرض ، والاعتداء الجنسي ، والعنف ، والأفعال المخلة بالحياء ...
- Cass. crim., 9 nov. 1994 - CA Angers , ch. corr., 19 nov. 1992 : C. Neirinck : **Retrait** , Ibid., p 5 . par 18 .

[2] – يمكن لهذه الحالة أن تشمل صور التحريض غير أن السحب الفعلي على أساسها يبقى محدودا جدا . انظر:
- C. Neirinck : **Retrait** , Ibid., p 6 . par 22 .

[4] - C. Neirinck : **Retrait** , Ibid., p 10 et suivantes .

الفرع الثاني : موانع السلطة الأبوية

لاشك أن وجود نظام السلطة الأبوية وهدفه الأساسي هو القيام بشؤون الصغار وقضاء حوائجهم ، فإذا طرأ على الولي مانع حال دون تحقيق هذه الغاية على النحو الواجب فإن نزع السلطة الأبوية منه يُصبح حلاً لامناص منه . لأنه يُخشى على مصالح القصر الفوات إن قام عليها ولي هذه حاله.

والكلام في المانع يقع في موضعين يتعلق الأول بالموانع الطبيعية ، بينما يختص الآخر بالموانع القانونية .

البند الأول : المانع الطبيعي

ويُقصد به كل عجز يصيب الولي فيُقعده عن القيام بأعباء السلطة الأبوية على أولاده ؛ بما فيها الأمراض ، والعاهات ، والإعاقات ، وغيرها من الأسباب التي تمنع النظر في مصالح وحوائج القصر ، لأن مبنى هذه السلطة هو حفظ مصلحتهم ورعايتهم وصونهم ، وذلك لا يكون مع العجز الذي يُحوجه إلى الغير.

وقد راعت الشريعة الإسلامية ذلك باشتراطها في الولي القدرة على النهوض بمتطلبات الولاية على متولاه فمن شأن العجز أن يُفضي إلى الخلل في قيامه بما عُهد إليه من واجبات كثيرة ومتواصلة [1]. والقانون متفق في ذلك مع الفقه الإسلامي فقد نص البند الأول من المادة 91 أسرة جزائري على انتهاء مهمة الولي بمجرد عجزه عن ممارسة السلطة الأبوية على أولاده .

أما المشرع الفرنسي فإنه وإن لم يذكر صراحة العجز كعامل لإنهاء السلطة الأبوية غير أن الأكيد أنه يُشكل أحد أهم الأسباب التي قصدتها المادة 373 مدني والتي جاء فيها :" يكون محروما من ممارسة السلطة الأبوية الأب أو الأم إذا لم يستطع الإفصاح عن إرادته بسبب عدم أهليته أو لغيابه أو لأي سبب آخر ".

البند الثاني :المانع القانوني

أ – في الشريعة الإسلامية : أشرنا آنفا إلى أن الفقهاء اشترطوا في الولي كمال الأهلية ، و هذا الشرط يتنافى وكونه محجورا عليه لأنه سيكون حينها ممنوعا من التصرف لنفسه فكان لغيره أولى .وإذا ما استثنينا البلوغ فإن أسباب الحجر التي تنسلب بها الولاية هي أضداد شروط كمال الأهلية ، لأن الحجر ههنا طارئ وليس أصليا ومن غير المعقول أن يطرأ على الولي صغر بعد بلوغ .

[1] - البجيرمي ، **حاشية البجيرمي** ، المصدر السابق ، ج 2، ص 442. ابن قدامة المقدسي ، **الكافي في فقه أحمد ابن حنبل** ،المصدر السابق ، ج 3، ص 17 . الكاساني ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 237 .

والحاصل أن الأولياء الذين تُسحب منهم السلطة الأبوية هم :

1 – **المجنون** : الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا [1]. وهو نوعان مطبق ومنقطع ، فأما الجنون المطبق فلا خلاف في أن صاحبه فاسد العقل عديم التمييز ، وحكمه حكم الصبي غير المميز تصرفا وفعلا[2]. أما المجنون جنونا متقطعا فجمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والمالكية وبعض الشافعية على القول بعدم سلب الولاية منه ، وانتظار إفاقته إذا كانت قريبة كالإغماء[3]. بخلاف مذهب الشافعية الذي يرى سلب ولاية النظر من الولي تغليبا لزمن الجنون الذي ينتابه بين فترة وأخرى ، مما يجعله مختلطا فلا يوقف له على حال ، ولو أفاق المجنون وبقيت فيه أثار خبل لم تعد ولايته في أحد الوجهين . أما لو قصرت نوبة الإفاقة كنحو يوم في السنة كانت كالعدم فلم تكن هذه الحال حال تقطع ، وينتظر حتى يفيق[4]. ويأخذ حكم الجنون العته كونه يوجب خللا في العقل يصير صاحبه مختلط الكلام فاسد التدبير [5].

2 – **السفيه** :السفه خفة في العقل تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل[6]، والجمهور على أن الرشد المالي شرط لتولي النظر في مال الصغار وأن السفه عارض مناف له ، يُفقد صاحبه الحق في هذه الولاية لقوله ﷻ:﴿**وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا**﴾[7]، وقوله ﷻ:﴿ **فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ**﴾[8]. ويأخذ حكم السفه أيضا ذو الغفلة لأنه موجب

---

[1]– الجرجاني ، **التعريفات** ، ج 1 ، ص 157.

[2] – الكاساني ،**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، المصدر السابق ، ج 6 ، ص 38 . الجاوي أبو عبد المعطي ، **نهاية الزين** ، دار الفكر ، بيروت . د.ط ، د.ت، ج 1 ، ص 247 .ابن أمير الحاج ، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود** ، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط1، 1996، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، 1996 ، ج 1 ، ص 131 . العبدري ، **التاج والإكليل** ، المصدر السابق ، ج 5 ،ص 75 .

[3] – ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، المصدر السابق ، ج6 ، ص 144 . الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ، المصدر السابق ، ج 3، ص 292 . البهوتي ، **كشاف القناع عن متن الإقناع** ،المصدر السابق ، ج 5 ، ص 53 . الدمياطي ، **إعانة الطالبين** ، المصدر السابق، ج 3 ، ص 69 .

[4] – النووي ، **فتح الوهاب** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، د.ت ،ج 2 ، ص 63 . الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 165 .

[5] – ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** ، المصدر السابق ، ج2 ، ص 256 . الشرواني ، **حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج** ، دار الإحياء للتراث العربي ، ، د.ت ، د.ط،ج 5، ص 299.

[6] – بن أمير الحاج ، **التقرير و التحبير** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 267 .

[7] – [النساء : 5]

[8] –[البقرة :282]

للحجر فأشبهه في الأثر[1] .

وشذ أبو حنيفة فقال لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه ، وتصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة، لأنه عاقل مكلف فلا حجر عليه[2].

وأما منع السفه من ولاية النفس فهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية؛ إذ قالوا بأن السفيه محجور عليه فليس له أن يزوج نفسه إلا بإذن من ناظره ، وهذا نقص يقدح في الشهادة وتمتنع معه الولاية [3]. ولعل هذا هو الراجح في الرأيين كما بينا في شروط الولاية .

ب – في القانون الجزائري :

الحجر على الولي مانع من موانع ممارسة السلطة الأبوية بنص المادة 91 أسرة ، التي اعتبرت وظيفة الولي منتهية بمجرد الحكم عليه بالحجر ، سواء كان بسبب فقد الأهلية لجنون أو عته (المادة 42مدني)، أو لنقص فيها بسفه أو غفلة (المادة 101 أسرة و43 مدني) . وتُعتبر كل تصرفاته في حقه وحق متولاه باطلة بعد الحكم وقبله إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها (المادة 106 أسرة).

ويبقى هذا المانع مؤقتا حيث يمكن أن يرتفع بزوال سببه بناء على طلب المعني ، وفقا لما قررته المادة 108 أسرة. هذا وأشار قانون العقوبات الجزائري إلى سبب قانوني آخر للحجر – خارج إطار الأهلية – ويخص الأمر الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة جنائية حيث تعاقبهم المادتين 6 و7 بالحجر بصفة تبعية فتكون كل تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا مدة تنفيذ العقوبة الأصلية وتوكل مهمة إدارة أموالهم ومباشرة حقوقهم المالية الى القيم الذي ينوب عنهم في ذلك [4].

ج – في القانون الفرنسي :

يتفق المشرع الفرنسي مع نظيره الجزائري على أن عدم الأهلية أو نقصها يحرم الولي من ممارسة سلطته على أولاده ، وينقلها إلى الزوج الآخر . فقد نصت المادة 373 مدني على أنه يكون محروما من ممارسة السلطة الأبوية الأب أو الأم إذا لم يستطع الإفصاح عن إرادته بسبب الحجر عليه لفقد أهليته .

---

[1] – الدردير ، **الشرح الكبير**، المصدر السابق ، ج3 ، ص292. الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج** ،المصدر السابق، ج3 ، ص154. ابن قدامة المقدسي . **المغني** ، المصدر السابق ، ج4 ، ص 296 .

[2] – السرخسي، **كتاب المبسوط** ، المصدر السابق ، ج 24 ، ص 157 . **المرغيناني** ، **بداية المبتدي** ، المصدر السابق ، ج 1 ، ص 201 . الغزالي ، **الوسيط** ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 72 . ابن نجيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المصدر السابق ، ج 8 ، ص 91 .

[3] – الغزالي ، **الوسيط** ، المصدر السابق ، ج 5 ، ص 72 . ابن نجيم ، **البحر الرائق**، المصدر السابق ، ج 8، ص 91 .

[4] – محمد حسنين ، **الوجيز في مصادر الحق**، المرجع السابق ، ص 72.

ثانيا : الغياب والفقد

أ – في الشريعة الإسلامية : إذا غاب الولي غيبة منقطعة يُخشى معها فوات مصالح الصغار فإن ولايته تنتقل إلى غيره ، لأن مبنى الولاية على النظر وقد صار عاجزا عن ذلك .لا سيما وأن قضاء حوائج الأولاد و حفظهم يحتاج دوام قيام ورعاية مستمرة ، ولا مدفع لحاجتهم برأي ولي غائب فلم تثبت له الولاية عليهم .

واختلف الفقهاء في مسافة هذه الغيبة فقال الحنفية – في المعتمد عندهم – هي أن يكون في بلد لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة واحدة[1].وذهبت المالكية إلى أنها الغيبة الطويلة التي لا يُرجى معها قدومه كمسافة الشهرين ونحوها[2].

وقال الشافعية بل هي مسافة القصر[3] . ورجح الحنابلة – في الأظهر من مذهبهم – بأنها كل بُعد لا يُقطع إلا بكلفة ومشقة ، وأوكلوا تحديدها لأعراف الناس وظروفهم[4].

وهذا كله إذا كان الولي معلوم الحياة والمكان ، أما إذا غاب غيبة انقطع معها خبره و لم يُعلم معها موضع وجوده ، ولا حياته من مماته فهو مفقود . ولا خلاف في سلب الولاية عنه لأنه أصبح غير قادر عن النظر لنفسه كالصبي والمجنون فكيف لغيره[5] ؟ ويكون إنهاء الولاية هنا مرتين : مرة قبل الحكم بفقده ، و أخرى بعده غير أن المرة الأولى تكون مجرد سحب مؤقت ، بينما تأخذ الثانية صورة سلب دائم لأنه صار في حكم المعدوم والمعدوم لا يعود . وهذا بخلاف الغيبة فهي تبقى قبل الحكم وبعده[6].

ب – في القانون الجزائري : اعتبرت المادة 87 أسرة – في صيغتها الجديدة – غيبة الولي إحدى الأسباب المذهبة للسلطة الأبوية ، لكن لا على سبيل الإطلاق والتأبيد ؛ فالغياب في نظر المشرع سلب جزئي ومؤقت للسلطة . فهو جزئي لأن موضوع السحب لا يتعدى الأمور المستعجلة ، وهو مؤقت لأنه يزول بزوال سببه وعودة الولي الغائب إلى بيت الزوجية .

وبخصوص الفقد فإن المادة 87 لم تنص عليه في قائمة موجبات إنهاء السلطة أو سلبها أو حتى سحبها !! ومع ذلك

---

[1] – ابن نجيم ، **البحر الرائق**، المصدر السابق ، ج 3، ص128 .

[2] – الحطّاب، **مواهب الجليل**، المصدر السابق ، ج 3 ، ص 428.

[3] – الدمياطي ، **إعانة الطالبين**، المصدر السابق، ج 3، ص 528 ،529.

[4] – بن ضويان ، **منار السبيل** ، المصدر السابق ، ج2 ، ص 142.

[5] – ابن الهمام ، **شرح فتح القدير على الهداية**، المصدر السابق ، ج6 ، ص141. الحطّاب ، **مواهب الجليل**، المصدر السابق ، ج 4 ، ص 155. ابن تيمية ، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، المصدر السابق ، ج 2 ، ص 17 .

[6] – عبد السلام الرفعي ، **الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي** ، إفريقيا الشرق ، المغرب ، د.ط، 1996، ص 467 .

يُمكن القول بأن المشرع الجزائري يُشاطر الفقه الإسلامي فكرة وجود ارتباط وثيق بين مفهومي الفقد و الغياب . غير أن قعوده عن إعطاء تعريف واضح ومحدد للغياب أورث هذا الارتباط شيئا من الالتباس حتى إنه ليصعب التمييز بينهما في ظل الصياغة الحالية للنصوص المتعلقة بذلك ؛ فالمادة 109 أسرة تُعرف المفقود على أنه "الشخص الغائب الذي لا يُعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ." بينما تنص المادة 110 على أن " الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته ، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، و تسبب غيابه في ضرر للغير يُعتبر كالمفقود." والأكيد أن المشرع لا يرمي من هذا النص تعريف الغيبة و إلا لما كان للتمييز بين المفهومين أي معنىً ، و قُصارى ما في الأمر أنه ألحق حالة من حالات الغيبة بالفقد وأعطاها ذات أحكامه .

ج – في القانون الفرنسي : الغائب في العرف القانوني للمشرع الفرنسي هو الشخص الذي غاب عن محل بيته أو إقامته وانقطع خبره مدة من الزمن يمكن لقاضي الوصاية أن يعتبرها قرينة مفترضة على غيابه ، ويتأسس عليها إصدار قرار بالغياب في حق هذا الشخص على وجه الافتراض ، بطلب ممن له المصلحة في ذلك ، ويتوجب عندها تعيين وصي قضائي على القصر(المادة 113 مدني) .

ولا يمكن للمحكمة أن تصدر في حقه قرارا بالغياب الفعلي إلا بعد مرور30 سنة من غيابه وانقطاع خبره ، أو 10 سنوات من الحكم بغيابه المفترض .

وسواء كان الشخص غائبا غيابا مفترضا أو فعليا فإنه يبقى محروما من ممارسة السلطة الأبوية لأن الغياب داخل قطعا ضمن الأسباب الأخرى التي عنتها المادة 373 مدني لتعيق قصرا الولي الغائب المفقود عن إدارة سلطته ولو بواسطة بسبب بعده و استحالة الاتصال به .

ومحصول هذا المبحث ونتيجته أن :

الاتفاق حاصل بشأن أهم محاوره لاسيما منها :

1- انتهاء السلطة الأبوية الذي **إما أن يكون حقيقيا بأحد عوامل الانقضاء موتا كان أو** بلوغا أو ترشيدا بالإذن. وقد يكون حكميا **بالإسقاط أو طرو مانع من تولي هذه السلطة .**

2- **اعتبار** تدبير إسقاط السلطة إجراء **أمنيا يهدف لحماية مصالح القصر إذا ما تعرضت** للخطر بسبب إخلال أو تقصير **من متولي السلطة الأبوية مع إخضاع تقدير هذا الخطر للسلطة العليا** للقضاء.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الثاني : أثر الإخلال بالتزامات السلطة الأبوية

ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : المسؤولية الأبوية مدنيا

المبحث الثاني : المسؤولية الأبوية جزائيا

تمهيد:

خلصنا مما سبق إلى أن السلطة الأبوية هي مجموع التزامات و امتيازات ، وواجبات و حقوق تربط الأبوين بالأبناء أوجبها القانون – وقبله الفطرة الإنسانية – وراعاها حماية منه لمصلحة الأولاد ، ورعاية لحقوقهم من الضياع أو التفريط .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو :ماذا لو أخل أحد الأبوين ببعض هذه الالتزامات أو كلها؟ وهل رتب المشرع على هذا التقصير أية إجراءات من شأنها أن تضمن الردع ، وتحوط مصالح الصغار بسياج متين من الأمان والرعاية ؟؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الفصل على مدار مبحثين اثنين : نخصص الأول منهما للإخلال الأبوي في شقه المدني ، عبر التطرق إلى المسؤولية المدنية عن الأضرار التي يسببها الأبناء للغير نتيجة إهمال الأبوين في تولي واجب الرقابة المنوط بهما .

ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى أهم النماذج الجرمية التي تمثل خرقا واضحا لالتزامات السلطة الأبوية في شقها الجنائي وما ينجر عنها من جزاءات عقابية في حق الأبوين المدانين .

المبحث الأول : المسؤولية الأبوية مدنيا[1]

من القواعد المسلم بها اليوم في الفقه والتشريع القانوني أن المسؤولية التقصيرية أمر شخصي يتحمل تبعته – بصفة منفردة – من صدر عنه الفعل الضار، لكن حاجة الأبناء القصر للرقابة فرضت على المشرع تنظيم مسؤولية أخرى من نوع خاص تسمى " مسؤولية متولي الرقابة " حيث يكلف أصحاب السلطة

---

[1] – عارض الفقه هذا اللون من المسؤولية والأساس الذي تقوم عليه باعتبار أن الشريعة الإسلامية تأبى مساءلة الأشخاص عن أضرار لا يد لهم فيها بناء على افتراض حدوث خطأ منهم أو تقصير في تلك الرعاية و العناية أديا إلى حدوث هذا الضرر . وهذا بنص القرآن ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ [الأنعام : 164] . وقوله﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ﴾ [البقرة:286] . باعتبار أن المبدأ العام في الشريعة هو المسؤولية الشخصية القائمة على تقرير مسؤولية المشمولين بالرقابة عن كل فعل يصدر عنهم، وذلك من أموالهم الخاصة أو المستقبلية التي تتكون لديهم بعد الرشد ، مما يدل على اتجاه الفقه في التضمين نحو النزعة الموضوعية المادية . و على هذا المنوال جرى علماء الأصول بتقريرهم مؤاخذة الصغار في أفعاله الجنائية المتعلقة بإتلاف الأموال . ووافقتهم في ذلك مجلة الأحكام العدلية في مادتها 916 عندما قررت بألا يسأل متولو الرقابة عن أفعال أولادهم إلا إذا نجم عنهم ما يوجب الضمان سواء كان تقصيرا أو إغراء ، أم تسليطا و رعونة . إلا أن بعض الفقهاء المعاصرين جوز الأخذ بهذه المسؤولية مراعاة لمبدأ العدالة ودفعا للضرر عن الغير ، مع حصرها في عديمي الأهلية وغير المميزين فضلا عن تكليف المدعي عبء الإثبات وعدم الأخذ بقرينة الخطأ المفترض .انظر : علي خفيف ، **الضمان** . دار الفكر العربي، القاهرة ، د.ط ، 2000 ، ص 46 وما بعدها . وهبة الزحيلي ، **نظرية الضمان** ، دار الفكر ، بيروت ،د.ط ، د.ت . ص 255.

الأبوية رقابة أبنائهم والحيلولة دون صدور سلوك خاطئ منهم يمس بمصالح الغير أو يضر بمراكزهم القانونية . لأن وقوع شيء من ذلك سيجعل المسؤولية على الأولياء إعمالا لمقتضى الرقابة بافتراض وقوع تقصير منهم في القيام بواجب حراسة الأولاد .

و هذا ما يعطي للمسؤولية الأبوية ميزة خاصة على مستوى أساسها وطبيعتها ، ويجعل بالتالي دفعها وطرق التخلص من عبء تعويض أضرارها مغايرا تماما لما هو عليه الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية .

ولرسم صورة مكتملة لهذا اللون من المسؤولية ، في ضوء النصوص القانونية للمشرع الجزائري وقرينه الفرنسي ، لا بد لنا من إتباع النهج التالي :

المطلب الأول : شرائط المسؤولية الأبوية

المطلب الثاني : طبيعة المسؤولية الأبوية وأساسها

المطلب الثالث : أسباب دفع المسؤولية الأبوية

المطلب الأول : شرائط المسؤولية الأبوية

نهج القانون المدني الجزائري نهج نظيره الفرنسي في جعل مناط المسؤولية الأبوية قائما على واقعتين أساسيتين ، تتعلق أولاهما بقيام التزام الرقابة من الآباء ، في حين تتعلق الأخرى بصدور فعل غير مشروع من الأولاد الذين هم بحاجة إلى هذه الرقابة (المادة 134 مدني جزائري -4/1384 مدني فرنسي). واشترطا لكل واقعة منهما شروطا خاصة بها سنتولى دراستها تباعا على النحو التالي:

الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالآباء المسؤولين

الفرع الثاني : الشروط المتعلقة بفاعل الضرر

الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بالفعل الضار

الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالآباء المسؤولين

إن المسؤولية الأبوية في الواقع هي الوجه المقابل للسلطة الأبوية التي يمارسها الآباء على أبنائهم. وبالتالي يقع عليهم وحدهم عبء تحمل مثل هاته المسؤولية ، التي تفترض قيام التزام بالرقابة . ولا يكون مصدرها هنا إلا القانون ، حيث يتولى بموجبه الأب أو الأم أو هما معا –حسب الحالة– رقابة وحراسة ورعاية أولادهم بما يتواءم ومقتضى السلطة الممنوحة لهم ، باعتبارهم أولياء على نفس ومال القصر .

غير أن الأمر لا يبدو واضحا بالنسبة لتحديد كنه التزام الرقابة ومضمونه !! ، الأمر الـذي طبـع بظلاله على مسألة تحديد الأشخاص المسؤولين ، على اعتبار أن الرقابة هي مناط إسناد المسؤولية الأبويـة. خاصة حالة انفصال الأسرة على نحو ما ستبينه النقاط القادمة ، وهو ما يقتضي منا التوقف عند الأشخاص الموكول لهم تحمل عبء هذه المسؤولية ثانيا .

البند الأول : أصحاب المسؤولية الأبوية

أولا: في القانون الجزائري :

عالج المشرع الجزائري مسؤولية متولي الرقابة في المادتين 134و135 مدني قبل التعـديل الأخـير بنمط متفرد ، دمج فيه بين تجربتين مختلفتين في هذا المجال : حيث أصّل لقضية تحديد الأشـخاص متـولي الرقابة بقاعدة عامة في المادة 134 المقتبسة من القانون المدني المصري (المادة 173) . في حـين نـاط أسباب تولي الرقابة – المذكورة في المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي- قبل إصلاحات 1970[1]- بأشخاص معينين على سبيل الحصر بالمادة 1/135. وهو ما أوهم بوجود تضارب بين هاته التطبيقـات الخاصة ، والمبدأ العام للمادة 134 [2]. فضلا عن أن الثغرات التشريعية التي شابت نص المادة 135

---

[1] - تم اقتباس المادتين 183 مدني مصري و 1384 مدني فرنسي حرفيا حيث تنص الأولى على أن : " كل من يجب علية قانونا أو اتفاق رقابـة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه عمل الضار غير مميز ."

في حين تنص الثانية على : "...le père et la mère après décès du mari , sont responsables du dommage cause par leurs enfants mineurs ...."

والغريب أن كلا المادتين كانتا موضوعا لسلسلة من التعديلات لدى المشرعين المصري والفرنسي بسبب الجدل الكبير الذي أثارتاه على مسـتوى مسؤولية عديم التمييز بالنسبة للمادة 173 مصري وقضية حصر مسؤولية تولي الرقابة في أشخاص معينين وهو ما أفضى بالتالي أشخاصا يتقاسمون مع الأطراف المحصورة مسؤوليات مشابهة كالوصي والمتقدم والمتصرف المالي ....ورغم هذا القصور المعيب في التشريع للنصين فقد كـان مقـررا للمادتين أن تظلا على علّاتهما بالنسبة للتشريع الجزائري حتى صدور التعديل الأخير بموجب القانون 05 – 10 ! ! !

[2] – كانت المادة 134 تنص – بشكل عام – على أن كل متول للرقابة بموجب قانوني لمن هو في حاجة إليها يتحمل مسؤولية التعـويض عـن الضرر الذي يحدثه مشمول الرقابة للغير ، في حين نصت المادة 135 – قبل التعديل – على حصر هاته المسؤولية في الأب ومن بعـد وفاتـه الأم بشرط مساكنة القاصر لهما . وهذا ما خلق اضطرابا بين النصين على مستوى مساحة صلاحية كل منهما وأيهما أولى بالتطبيق ؟ ! . الأمر الـذي نحا بالفقه إلى البحث عن تفسيرات تحلي هذا الاضطراب وتزيل ذاك التعارض ، أشهرها ما ذهب إليه الأستاذ علي علي سليمان من أن المسؤولية تكون أبوية ابتداء – حسب نص المادة 135 – في حال وجودهما ، في حين ننتقل إلى تطبيق أحكام المادة 134 في حال انعدامهما انظر: علي علي سليمان ، **دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية ؛ الجزائر 1989، ص 14 .

– خصوصا فيما تعلق منها بتحديد صاحب المسؤولية في حال الطلاق – أثارت جدلا كبيرا على مستوى القضاء [1]. فلم يجد المشرع مناصا من تعديل المادة 87 من قانون الأسرة المتعلقة ، بالولاية على القصر ، بموجب الأمر رقم 05 -02 ليحدث بذلك انقلابا عنيفا في مفهوم الولاية بالنسبة للأم على أولادها – على نحو ما رأينا في الفصل السابق – ثم ألغى المادة 135 من القانون المدني بموجب الإصلاح رقم 05-10 لينتهي بذلك الاضطراب والتعارض الذي رتبته على مستوى النصوص .

هذا ويقتضي منا العرض لكل هذه النقاط التطرق لمسؤولية الأب ابتداء على أنه صاحب السلطة الأبوية ثم للأم باعتبارها متولية المحضونين – حسب التعديل – ونائبة الأب حال غيابه أو وفاته أو حصول مانع له .

1– مسؤولية الأب :

طبيعي أن يستقل الأب بالقيام بالمسؤولية الأبوية – في ظل ما أشارت إليه المادة 134 مدني – بموجب الرقابة الموكولة إليه قانونا بالمادة 87 من قانون الأسرة ، التي تنص على أنه : " يكون الأب وليا على أولاده القصر..." وبما أن التشريع الجزائري يعتمد نمط التتابع بالنسبة لإدارة الأسرة والقيام بشؤون القصر ورعايتهم ، فإن هذه المسؤولية تبقى مسنودة إليه مدى الحياة .

إلا إذا طرأ عليه غياب أو مانع يحول دون ممارسة الرقابة على أرض الواقع أو منحت السلطة الأبوية إلى حاضن غيره .

---

[1] – أثارت هذه المادة إشكالات عدة على مستوى تحديد المسؤول من الأبوين في حالات ثلاث لزمت الصمت فيها جميعا :

أولا : في حالة الطلاق : حيث لا يمكن لا مساءلة الأب ولا الأم الحاضنة ؛ لتخلف شرط المساكنة عن الأب باعتبار أن الابن يقيم مع أمه ،حيث لا يكفي حق الزيارة – الذي لن يدوم لأكثر من سويعة في بحر أسبوع أو أسبوعين – لممارسة واجب الرقابة على الطفل ، ومنعه بالتالي من الإضرار بالغير ، أما عدم إمكان مساءلة الأم الحاضنة فلأن الأب مازال على قيد الحياة ،وهو الشرط الذي ذكرته المادة صراحة ومن بعد وفاته إلخ

ثانيا : في حال غياب الأب : حيث يحدث أن يتغيب في سفر أو عمل أو حتى سجن ..... فهل يسأل الأب ، باعتباره الولي الشرعي وصاحب السلطة الأبوية ، عن أفعال أولاد لا يستطيع أن يراقبهم لاعتبار البعد ، أم تسأل الأم باعتبارها الممارسة الفعلية للرقابة على أولادها ؟ ..

ثالثا : حال وجود مانع يحول دون قيام الأب بممارسة الرقابة فعليا على أولاده ، سواء كان ذلك بسبب إصابة عقلية ، أو جسمية، أو إسقاط مؤقت للسلطة الأبوية عنه .... انظر:

. Hanifi :**La Responsabilité Civile Des Père et Mère Du Fait De Leur Enfants Mineurs, RASJEP.,** ..gerie, p 541.

2- مسـؤوليـــــــــة الأم :

تتولى الأم المسؤولية الأبوية – كقاعدة عامة - بعد الأب بشرط تحقق وفاته حيث تنص المادة 87 من قانون الأسرة على أنه : " وبعد وفاته (أي الأب) تحل محله قانونا. " . غير أن المـادة في تعديلـها الجديد أضافت استثناءات ثلاثة لتولي السلطة ، حيث سيكون بإمكان الأم تولي المسؤولية الأبوية كاملة حال حياة الأب ، إذا ما أسندت إليها حضانة أولادها بعد طلاقها من زوجها فتنتقل إليها السلطة الأبوية تلقائيا ، بموجب القانون مع حكم الحضانة كما هو نص المادة 87 في فقرتهـا الأخـيرة : " وفي حالـة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه حضانة الأولاد " . وهذا التعديل كان بناءا على مـا اسـتقر عليه قضاء المحكمة بهذا الشأن إذ جاء في القرار المؤرخ في : 13 نوفمبر 1970 بـأن :" المحكـوم لـه بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما يكون مسؤولا عن تربية الولد المحضون وحمايتـه ورعايتـه و مسؤولا مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحقه بالغير مدة الحضانة."[1] ، باستثناء حق الزيارة حيـث تنتقـل المسؤولية للأب باعتبار أن مشمول الرقابة سيكون حينها تحت سلطته وحراسته المباشرة .

في حين تتولى السلطة الأبوية بصفة جزئية في الفرضين الآخرين ، وهو ما يجعل مسؤوليتها محصورة فقط في الأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد حال غياب الأب أو حصول مانع له . وهو ما أشـارت إليـه الفقرة الثانية من ذات المادة ، حيث نصت على أن :"وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له تحـل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ".

ولأن النص القانوني لم يبين المقصود من الأمور المستعجلة فان السلطة التقديرية تبقى واسعة أمـام قاضي الموضوع ليقدر ما يدخل ضمن هذا الاستعجال مما هو خارج عنه في إطار ما تقتـضيه مـصلحة القصر .

ثانيا: في القانون الفرنسي

اعتمد المشرع الفرنسي في إسناده المسؤولية الأبوية على معيار مغاير لما اعتمده التقنين الجزائـري فيما يخص عزو المسؤولية الأبوية إلى أصحابها ، استنادا إلى فكرة قانونية مفادها أن : " كل وظيفة قانونية لابد لها من ضمان ." حـيث أضحت مسـاءلة الآباء عن الأضـرار الـتي يـسببها أبنـاءهم – مشمولو الرقابة – مبنية على قرينة جديدة ، كرسها قانون : 8 /1993/1، هـي : ممارسـة الـسلطة

[1] - بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ، ج2 ،ص 292.

الأبوية. حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة 1384 في آخر تعديل لها ، بالقانون رقم : 305-2002 ، على أنه : "يكون الأب والأم – بقدر ممارستهما للسلطة الأبوية – مسؤولين – بصفة تضامنية ومشتركة – عن الضرر الذي يسببه ابنهما القاصر الذي يسكن معهما ."[1]

ولعل هذا ما يفسر استقرار الفقه والاجتهاد الفرنسي على أن المسؤولية الأبوية واردة على سبيل الحصر فلا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها بحكم أنها مسؤولية استثنائية . وهو الأمر الذي يخرج الوصي والقيم والمقدم من دائرة التبعية . حيث يمكن أن يكونوا مسؤولين ولكن على أسس أخرى [2].

ولأن ممارسة السلطة الأبوية بصفة مشتركة تبقى السمة الأصلية والعامة للتشريع الفرنسي – خصوصا بعد صدور القانون الأخير المتعلق بالسلطة الأبوية (وتحديدا بالمادة 371-2) – فإن المسؤولية الأبوية تبقى تضامنية ومشتركة باشتراك هذه الممارسة ، لا فرق في ذلك بين أسرة متحدة أو منفصلة [3]، شرعية أو طبيعية ، أو حتى متبنية مادامت صياغة المادة خالية عن كل تخصيص [4] .

ولما كان الأمر كذلك فإن المضرور بالخيار في أن يرفع دعواه ضد الأب أو الأم أو هما معا والذي يدفع التعويض منهما يمكنه الرجوع على الأخر بقدر نصيبه في المسؤولية عن هذا الخطأ [5].

---

[1] – كانت الصيغة الفرنسية لهاته الفقرة ، حتى قبيل صدور القانون رقم 2002 – 305 ، تستثير التساؤل بشأن جدوى إبقاء المشرع على لفظة الحضانة " **la garde** " ، والتي أناط بها إسناد المسؤولية الأبوية لا بممارسة السلطة ذاتها !! رغم أن هذا المفهوم قد أصبح باليا منذ صدور قرار **Malhuret** : 29 /7/ 1987 وقانون 8 /1/1993 ، حيث جاء في نص هذه المادة :

"le père et le mère, en tant qu ils exercent le droit de garde"

وهذا ما أكده قانون السلطة الأبوية الأخير في 4 مارس 2002 ، الذي ألغى صراحة مصطلح الحضانة واستبدله بالسلطة الأبوية ، حيث أصبح النص الجديد :. "...en tant qu ils exercent l autorité parentale...."

[2] – راجع بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام**، المرجع السابق،ج 2 ، ص 291 و زهدي يكن ، **المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة** ، المكتبة العصرية، بيروت ، د.ت ، ص 192.

[3] – رغم نص المادة 373 – 2 في فقرتها الأولى على أن انفصال الأبوين لا أثر له على سير قواعد ممارسة السلطة، غير أن الواقع الاجتماعي الفرنسي ينبؤ عن غالبية كبيرة من الأسر المنفصلة التي يسيرها ربان واحد " **monoparent** " ، وذلك لصعوبة تطبيق مبدأ المشاركة في السلطة بعد الطلاق ، نتيجة تحكم الأهواء في النفوس ونشوب النزاع بشأن مسائل الحضانة ، فضلا عن حالات عديدة نص عليها القانون والتي من شأنها حرمان أحد الأبوين من ممارسة السلطة ، بسبب عدم القدرة على التعبير عن الإرادة ، أو عدم الأهلية ، أو الغياب (المادة 373) ، أو الوفاة (المادة 373 – 1) ، كما أن مصلحة المحضون قد تستدعي تجميع السلطة في يد واحدة (373 – 2 – 1) . وفي كل الحالات فإن الذي يمارس السلطة الأبوية هو وحده من يتحمل تبعة المسؤولية عن أضرار من هم تحته .

[4] D. Pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., p 5 , par 16 .

[5] – محمد حسنين ، **الوجيز في نظرية الالتزام** ، المرجع السابق ، ص 188 .

الفرع الثاني : الشرائط المتعلقة بفاعل الضرر

أوجب القانون – لقيام المسؤولية المدنية على الأبوين – التزامهما الرقابة لمن هم تحت كنفهم ممن هم في حاجة إليها . غير أن كلمة المشرعين – الجزائري والفرنسي – لم تتفق بشأن تفسير المقصود من هذه الحاجة ؟!. ففي حين يقصرها المشرع الفرنسي في القصر الذين يساكنون ذويهم بنص المادة 1384/ 4 ، لا يرى المشرع الجزائري مانعا من توسيع هذا التفسير بإدراج : الإصابة العقلية أو الجسمية ضمنها ، حسب النص الجديد للمادة 134 ، مع إلغاء الاعتبار لشرط المساكنة .

ومن أجل الوقوف على مجمل هاته النقاط يحسن بنا إتباع المنهج التالي :

- أولا: شرط الحاجة إلى الرقابة .
- ثانيا : شرط المساكنة.

البند الأول : شرط الحاجة إلى الرقابة [1]

تنحصر أسباب الحاجة إلى الرقابة في ثلاث نقاط هي : القصر بالدرجة الأولى ، و تضاف إليها الحالة العقلية والإصابة الجسمية .

أولا- القصر:

يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة طالما لم يبلغ سن 19 عاما حسب المادة 40 مدني جزائري أو 18 حسب التقنين المدني الفرنسي .[2] فالقاصر حتى هذه السن ، يكون في حاجة إلى الحراسة الحانية والرعاية المحيطة في ظل أبوين يضطلعان بشؤونه . فإذا بلغ سن الرشد تحرر من الرقابة والإشراف الأبوي ، إلا إذا أصيب بعارض عقلي أو عاهة جسمية تستدعي تمديد هاته الرقابة عليه .[3]

غير أنه لا بد هنا من التفرقة بين مرحلتين اثنتين للقصر هما : القصر مع عدم التمييز والقصر مع التمييز .

---

[1] – لم يتعرض لا التشريع الفرنسي ولا الجزائري إلى مسألة تحديد الأشخاص مشمولي الرقابة واكتفيا بعزوهم إلى الصفة التي تربطهم بهذا الالتـ . انظر: بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام** ،المرجع السابق ،ج 3، ص 287.

[2] – تنص المادة 388 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم : 74-631 على أنه :

" le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'age de dix- huit ans accomplis. "

ويقدر سن القاصر اعتبارا من لحظة وقوع الضرر لا وقت المحاكمة أو رفع الدعوى : انظر

- Cass.2e civ.,25 Oct.1989 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , Responsabilité De Fait D' Autruit , Responsabilité des père et mères , p9, par 43 .

[3] –عبد الرزاق السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، دار احياء التراث، بيروت ، ط 1964، ج 1 ، ص 1001 .

1- عديم التمييز : تمتد هذه المرحلة لتشمل السنوات الثلاث عشرة الأولى من عمر القاصر، حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 42 مدني جزائري المعدلة .[1] حيث جاء فيها أنه : " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ".

وغني عن البيان أن حاجة القاصر في هذه الفترة إلى الرقابة والحراسة آكد من أي فترة أخرى حيث لا يكون بوسعه الإستقلال بشؤونه أو تمييز تصرفاته وإدراك عواقبها ، وهذا بالضبط ما يجعل من قيام المسؤولية الشخصية في جانبه أمرا مستحيلا لعدم جواز وقوع الخطأ في حقه [2] .

ومع ذلك فمن الممكن أن يكون القاصر غير المميز مسؤولا – وبصفة استثنائية - مسؤولية احتياطية ، جوازية ومخففة (125/ 2 مدني جزائري – 489 مدني فرنسي) [3] .فهي مسؤولية استثنائية من المبدأ العام المنصوص عليه في الفقرة الأولى من ذات المادة لغياب عنصر الخطأ منها .كما أنها احتياطية لأن قيامها مرهون بشرط عدم وجود المسؤول الذي أنيطت به المحافظة على القاصر أو وُجد مع تعذر الحصول على تعويض منه .وهي جوازيه لأنها تخضع لسلطة القاضي في تقدير لزوم الحكم بها من عدمه. وهي أخيرا مخففة لأن التعويض العادل فيها لا يُقدر بقدر الضرر ، كما هو مقرر مبدئيا بل يخضع لمركز الخصوم والوضع المالي للقاصر .[4]

---

[1] – يختلف الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي حيث لا توجد سن قانونية معينة للقاصر غير المميز ، مما يجعل تحديد هذه السن من صلاحيات قاضي الموضوع الذي غالبا ما يسلك أحد الطريقين : الأول يعتمد على معيار كمي لتقدير ما إذا كان القاصر قد تخطى عتبة التمييز أم لا بتحديد متوسط عمري معين (وغالبا ما يكون بين 12 و13 سنة) وهذا المسلك نادر الاستعمال ، حيث يفضل القضاء عادة اللجوء إلى الطريق الثاني الذي يعتمد المعيار التكييفي في تحديد درجة نضج كل حالة حسب نوع التصرف المراد القيام به .انظر :

- C. Watine – Drouin : **Minorité** , Audition du Mineurs En Justice , Juris-Classeur , France , 1998 , civil , art. 388-1 à 388-2 , fasc. 720 , p 6 , par 23.

[2] – السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، المرجع السابق ،ج 1 ، ص 1003.

[3] – نصت المادة 125 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على : " غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه ،أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيا في ذلك مركز الخصوم ."

في حين نصت المادة 489 مدني فرنسي المعدلة بالقانون رقم 68 – 5 المؤرخ في 30 جانفي 1968 على : Pour faire un acte , il faut : être sain d' esprit.

Mais c' est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte .

Du vivent de l individu , l'action en nullité ne peut être exercé que par lui , ou par son tuteur ou cruteur , s il en a été ensuite nommé un . Elle s éteint par le délai prévu a l'article 1304 ."

[4] – علي علي سليمان ، **نظرات قانونية مختلفة** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 1994 ، ص 126 – 127.

وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري كان يرى أنه من الأنسب النص صراحة على أن عدم تمييز الخاضع للرقابة لا يمنع من قيام المسؤولية الأبوية ، بإدراج عبارة " ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز " في المادة 134 ، إذ قد يكون في " عدم تمييز الفاعل الأصلي وارتفاع مسؤوليته – تفريعا على ذلك- مدخلا للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسؤولية التبعية لا تقوم إلا مستندة إلى مسؤولية أصلية " [1] بيد أنه عدل عن ذلك في الصياغة الجديدة لهاته المادة .

2- المميز : وتبدأ هذه المرحلة العمرية متى بلغ القاصر سن الثالثة عشر، حيث يتملك أهلية تمكنه من التمييز بين التصرفات النافعة والضارة . وهذا ما يجعل حاجته إلى الرقابة والتوجيه أقل مما كانت عليه في مرحلة عدم التمييز، فيصبح بالتالي مسؤولا – بنص القانون – مسؤولية شخصية عن الأضرار التي يتسبب فيها [2]، بفعله أو امتناعه أو إهماله حسب نص المادة 125 مدني جزائري ، التي جاء في فقرتها الأولى : " لا يُسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزا " .

وعليه فإذا بلغ القاصر الخاضع للرقابة سن التمييز ، وتسبب في ضرر للغير فإنه يتحتم على الضحية إتباع القواعد العامة في إثبات هذا الخطأ ، لتقوم بذلك مسؤولية الخاضع للرقابة بصفة أصلية وتقوم معها مسؤولية أبويه بصفة تبعية . ويكون للمضرور بالتالي خيار الرجوع على أيهما شاء .[3]

هذا ومن الممكن أن تنتفي المسؤولية الأبوية ويتحمل بدلها القاصر مسؤوليته الشخصية قبل بلوغه سن الرشد إذا كان موضوع إذن بالترشيد من أحد والديه أمام القاضي .[4] حيث تنقضي السلطة الأبوية التي تمثل المصدر القانوني لالتزام الرقابة ، وتزول بالتالي معها المسؤولية المدنية للأبوين عن الأضرار التي يحدثها ابنهما القاصر رغم أنه لم يبلغ بعد سن الرشد .

---

[1] – السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، المرجع السابق ، ج1 ، ص 1004.

[2] – بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام**، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 302 .

[3] – بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع نفسه ، ج 2 ، ص 302 .

[4] – تنص المادة 482 على:

le mineur émancipé est capable cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère .

Ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit , en leur seule qualité de père ou mère , du dommage qu'il aurra causer à autrui postérieurement à son émancipation ."

ومنه لن يكون بوسع الضحية مساءلة الأبوين بقوة القانون على أساس المادتين (134 مدني جزائري – 1384/ 4 مدني فرنسي) ، بل يجب عليه إثبات خطئهما الشخصي على أساس المواد 125 مدني جزائري- 1382 و 1383 مدني فرنسي) ، كإقامة الدليل على الترشيد قبل الأوان مثلا.[1]

ثانيا- الحالة العقلية والجسمية :

قد توجد ظروف أخرى – غير القصر تستدعي تمديد الرقابة وبسطها لما بعد الرشد . مما يتعين معها اضطلاع الولي من جديد بواجب الإشراف والتوجيه وتأخذ هذه الظروف أحد الشكلين[2]:

1. **الإصابة العقلية** : وتتمثل في خلل في القوى العقلية والإدراكية لصاحبها بحيث يصبح في حكم المجنون أو المعتوه .

2. **العلة الجسمية** : هي التي تبلغ حدا من الجسامة تصبح معها الرقابة ضرورة ملحة ، كما لو أصيب الشخص بمرض أقعده عن القيام بشؤونه الخاصة .

ففي كل هاته الحالات لا بد على الأبوين من استئناف رقابتهما على أبنائهما ومنعهم من الإضرار بالغير.

البند الثاني: شرط المساكنة

أولا- في القانون الجزائري :

أوجب المشرع لقيام المسؤولية الأبوية طبقا لأحكام المادة 135 مدني – قبل التعديل – أن يكون القاصر مقيما مع والديه إقامة معتادة تمكنهما من حراسته والإشراف عليه . وجعل من هذه الإقامة قرينة على الممارسة الفعلية لحق الرقابة ، بحيث تنتفي هذه القرينة في حال ما إذا كان الولد يعيش بعيدا عنهما وتنتفي معها بالتالي الرقابة .[3] فلا يفترض في حقهما الخطأ إلا إذا كان سبب عدم المساكنة راجعا إلى سوء رقابة الأبوين ، أو إهمالهما ، أو تركه عرضة للتشرد . وبالمقابل يمكنهما التنصل من المسؤولية بإثبات أن عدم المساكنة كان مشروعا ،كحال تسليم الولد لمشرف مهني أو لمدرسة داخلية .[4]

---

[1] – محمد حسنين ، **الوجيز في نظرية الالتزام** ، المرجع السابق ، ص 177 .

[2] – السعدي محمد صبري ، **شرح القانون المدني** ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الهدى ، د.ط، 2004 ،ج2 ، ص 186 .

[3] –بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 290 .

[4] – محمد حسنين ، **الوجيز في نظرية الالتزام** ، المرجع السابق ، ص 183 .

غير أن المشرع تخلى عن ذكر هذا الشرط في تعديله الأخير، بإلغائه للفقرة الأولى من المادة 135 التي جاء فيها " يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القصر الساكنون معهما " ، وضم فقرتها الثانية إلى المادة 134. ولا يبدو الأمر واضحا فيما إذا كان قصد المشرع من الصياغة الجديدة هو إلغاء الشرط ذاته لا سيما وأن المادة 87 [1] من قانون الأسرة في تعديلها الجديد تعفي الأب في حال غيابه عن الأسرة من هذه المسؤولية وتسندها للأم !! .وهو ما يعني اعتدادها بشرط المساكنة!!!..

وأيّا ما كان الأمر فالأكيد أن المشرع يبغي من وراء هذا التعديل التنسيق بين النصوص القانونية فيما بينها ، للحد من المساوئ التي طالما أثارتها التفسيرات المضطربة لشرط اشتراك السكن بين متولي الرقابة ومشمولها على مستوى تعويض الضحية .وهذا ما يجعله يقترب أكثر من نهج قرينه الفرنسي.

ثانيا :في القانون الفرنسي:

تعتبر المساكنة أحد الشروط المنصوص عليها في نظام المسؤولية بقوة القانون ، حيث لم يبرح هذا الشرط نص المادة 1384 مذ ظهورها ، في حين بدأ الفقه يطرح تساؤلات بشأن جدوى هذا الشرط اليوم ؟! ذلك أن شرط الاشتراك في السكن بين الأبوين وأبنائهم لا يمكن أن يجد له مبررا منطقيا إلا إذا كانت المسؤولية الأبوية مفترضة – في شق منها – على خطأ الطفل القاصر ، فضلا عن إمكان دفعها – في شقها الآخر- بإثبات ألا خطأ وقع من جهة الأبوين في أدائهما لواجب الرقابة والرعاية. وهذا ما يخلص بنا إلى القول بأن إعمال شرط المساكنة وتفعيلها بات منوطا بالنظام الكلاسيكي للمسؤولية المفترضة لا المسؤولية بقوة القانون .[2]

ورغم كل ذلك كان الاجتهاد حتى سنة 1997 يميل إلى الإجابة على هذا الإشكال بهز الأكتاف ، فقد كان القضاء آنذاك يقبل بوقف المسؤولية الأبوية في حق الأب الذي تخلص ابنه من رقابته لسبب شرعي ، غير الرشد ، و لو كان مؤقتا . وهكذا لم يكن على الآباء المطلقين الذين لا يقيم معهم أولادهم

---

[1] – كانت المادة 87 تنص قبل تعديلها على ما يلي : " يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ". وسبّب اقتصر المشرع على النص على حالة الوفاة كاستثناء وحيد لحلول الأم محل الأب قصورا قانونيا على مستوى حالات كثيرة مشابهة : كحالة الطلاق ، الغياب أو السفر أو السجن ، والتي لم يكن بوسع المضرورين معها تحميل أحد الأبوين مسؤولية الأضرار التي تقع خلالها ، بسبب انحراف شرط المساكنة بالنسبة للأب ، وعدم إسناد الرقابة للأم. وهذا ما حدا بالمشرع إلى تعديل المادة بالأمر رقم : 05 – 02 بإدراج حالة الغياب والطلاق ضمنها .

أي مسؤولية تجاه أفعالهم غير المشروعة ، ولو كانت هذه الإقامة مؤقتة .[1] وذات الشيء يمكن أن يقال على الأسر المنفصلة جسديا[2] . بل إن محكمة النقض كانت تستبعد مساءلة الأبوين لأن ابنهم يقضي عطلته عند أجداده [3] ، أو يزاول دراسته في مدينة بعيدة [4]، أو سلم إلى مدرسة داخلية.[5] وتبعا لذلك فمن الطبيعي ألا يتحمل المسؤولية صاحب الحق في الزيارة من الأبوين بعد طلاق ، أو انفصال أفقده حق ممارسة الحضانة ، إذا كان الولد مقيما معه مؤقتا ، إلا على أساس خطأ واجب الإثبات [6]. ومما زاد الأمر تعقيد أن الاجتهاد القضائي كان يُظهر شيئا من الغموض والتشويش بشأن ماهية مدة الإقامة ، وكذا شروط الاستقلال التي من شأنها وضع نهاية للمساكنة وبالتالي استبعاد المسؤولية الأبوية .

وهذا ما دفع بالقضاء الفرنسي إلى إعادة النظر في حكمه على هذا الشرط على نحو يؤيد ما استقر عليه الفقه. حيث تتجه محكمة النقض اليوم إلى إظهار التشدد في المسؤولية الأبوية تجاه الآباء أكثر فأكثر ، حتى في الحال التي يكون فيها القصر خارج إطار سلطتهم الأبوية أو تحت رقابة شخص آخر ،كالمدرس مثلا [7].

و قمين بالذكر أن المشرع الفرنسي رغم أنه ، باستبداله للفظة الحضانة بالسلطة الأبوية في المادة 1384، يكون قد أفرغ شرط الاشتراك في السكن من محتواه مادام أساس المسؤولية أضحى ممارسة السلطة بصفة تشاركية ، غير أن هذا الشرط مازال حاضرا في الصياغة الجديدة لنص ذات المادة بعد تعديل : 305 -2002 .

1- Cass. crim., 13 Dec. 1982: D. Pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., p10 , par 46.

Cass. 2e civ .,25 juin 1995 : D. pohé : **Droit A Réparation**, Ibid., p10, par 46.

Cass. 2e civ.,24 avr. 1989 : D. pohé : **Droit A Réparation**, Ibid., p10 , par 46.

Cass. civ., 4 juill. 1951 : D. pohé : **Droit A Réparation**, Ibid., p10 , par 46.

5- Cass. 2e civ.,12 fevr. 1989 et T. civ. Fontainebleau , 9 déc. 1932 : D. pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 10 , par 46.

Cass. 2e civ., 19 fevr. 1997: D. pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 10 , par 48 .

Cass. crim., 26 févr. 1927 et Cass. 2e civ .,27 juin 1974 et cass.1ere civ., 2 juill. 1991 et Cass. 26 nov. 1991: pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p10 , par 47 .

Cass. 2e civ., 4 juin 1997 et T. civ. Fontainebleau , 9 déc. 1932 : D. pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p17, par 94 .

الفرع الثالث : الشروط المتعلقة بالفعل الضار [1]

لا يكفي في المسؤولية الأبوية وقوع خطأ من القاصر الخاضع للرقابة بل لابد وأن ينجم عن هذا الخطأ ضرر مادي يصيب جسم الغير أو ماله ، أو أدبي يمس شرفه وسمعته ، ويتحتم هنا على المضرور عبء إثبات هذا الضرر ، لتقوم القرينة القانونية على خطأ متولي الرقابة . لكن ما الذي يجب أن يُفهم من مصطلح الضرر ؟! .

- **الضرر** : في عرف الفقه القانوني هو : " الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه "[2] . ويقسم الفقهاء الضرر إلى نوعين اثنين هما :

1- الضرر المادي : وهو عبارة عن "إخلال محقق بمصلحة أحد الأشخاص ذات قيمة مالية ."[3] وهذا التعريف يقودنا إلى استنتاج أن هذا اللون من الضرر مرهون بشرطين اثنين هما : [4]

أ)- أن يكون محققاً : حيث لابد وأن يكون الإخلال قد وقع على وجه التأكيد ، أو أنه على الأقل سيقع فعلا . فلا يعتد في قيام المسؤولية بالضرر الاحتمالي ، الذي لا يستوجب التعويض إلا حال وقوعه ، بخلاف تفويت الفرصة التي وإن كانت لم تقع ، غير أن وقوعها في المستقبل محقق .[5]

ب)- الإخلال بحق مالي أو مصلحة مالية : بأن يمس مصلحة مشروعة ، أو حقا رتبه مركز قانوني للغير على نحو يمكن تقدير هذا الإخلال ماليا .

2- الضرر الأدبي : وعرفه بعضهم بأنه : " المساس بالناحية النفسية للإنسان دون أن يسبب له خسارة مالية " [6] إذ يصيب مباشرة كرامة وشرف الغير بقذف أو شتم أو سب ... ، وهنا تبرز السلطة الواسعة التي اضطلعها القانون لقضاة الموضوع في تقدير التعويض حسب جسامة الضرر الواقع .

---

[1] - فضل المشرع في النص القديم للمادة 134 استعمال لفظة "العمل" إمعانا منه في الدقة لعدم اشتراط التمييز في مشمول الرقابة ثم عدل عن ذلك في التعديل الأخير باستعمال لفظة "فعل" بدلها .

[2] - السعدي محمد صبري ، شرح القانون المدني ، المرجع السابق ،ج 2 ، ص 75 .

[3] - قدادة خليل أحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005، ط 2 ، ص 248 .

[4] - قدادة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني ، المرجع نفسه ، ص 248 و249 .

[5] - السعدي محمد صبري ، شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 79 .

[6] - محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 3 ، 2006 ، ص 228 .

وإذا كان التعويض عن ضرر مادي أمرا لا غبار عليه فإن التعويض عن الضرر الأدبي أثار جدلا كبيرا على مستوى الفقه بين مؤيد ومعارض . غير أن القضاء في فرنسا والجزائر لم يتردد في الأخذ به رغم عدم وجود نص صريح بذلك .[1]

ثم تفرد القانون المدني الجزائري ، بعد التعديل الأخير، بالنص صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي في مادة مستقلة (182 مكرر) حيث جاء فيها :" يشمل التعويض عن الضرر الأدبي كل اعتداء على الحرية أو الشرف أو السمعة ." وحسنا فعل حيث قطع الجدل الفقهي بذا الشأن .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

[1] – على على سليمان، **نظرات قانونية مختلفة** ، المرجع السابق ، ص 213 .

المطلب الثاني: طبيعة المسؤولية الأبوية وأساسها

خلصنا مما سبق إلى أن المسؤولية المدنية للآباء على الأضرار التي يتسبب فيها أبنائهم هي التزام قانوني يستمد وجوده من واجب الرقابة الذي تخوله لهم السلطة الأبوية ، باعتبارهم الحماة الطبيعيين لمصالح القصر وحقوقهم ، الأمر الذي يعطيها طابعا خاصا يميزها عن باقي أطياف المسؤوليات الأخرى على مستوى الطبيعة والأساس الذي ترتكز عليه ، وهو ما نحن بصدد بحثه هنا على النحو التالي :

الفرع الأول : طبيعة المسؤولية الأبوية .

الفرع الثاني : أساس المسؤولية الأبوية .

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية الأبوية

يتبدى واضحا أن الفقه القانوني اليوم ينحو إلى اعتبار المسؤولية الأبوية ذات طبيعة مزدوجة ،بعد أن ظل ردحا من الزمن يعزو هذه الطبيعة إلى التبعية . باعتبار أن الفاعل الرئيسي للضرر والمتسبب فيه هو شخص آخر غير الأبوين ، وشمول رقابتهما عليه هو ما يجعل مسؤوليتهما تابعة لمسؤوليته ؛ومن هنا فإن الاتجاه الفقهي الجديد يرى أن مساءلة الآباء مدنيا عن أفعال أبنائهم تكون :

أولا أصلية :

إذا ما كان المتسبب في هاته الأضرار غير مميز[1] ؛ ما يعني أن محل المسالة هنا هو الخطأ الشخصي للولي ، وليس خطأ الابن ، مشمول الرقابة ، الذي يتحمل المسؤولية هنا بصفة تبعية . وعليه يكون المضرور أمام مسؤول واحد هو متولي الرقابة . وبالرغم من ذلك فإن المشرع المدني- حتى بعد التعديل الأخير- مازال مصرا على إدراج هذه المسؤولية تحت بند المسؤولية عن فعل الغير .[2]

ثانيا تبعية :

وذلك في حال ما إذا كان الابن المميز ، الموضوع تحت الرقابة ، قد أحدث ضررا وأثبت المضرور خطأه ، فإن الرقيب يكون مسؤولا عنه مسؤولية تبعية[3]. في حين ينوء القاصر المميز بالمسؤولية الأصلية

---

[1] - راجع : محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام** ، المرجع السابق ، ص 171 . و سلطان أنور ، **مصادر الالتزام** ، دار النهضة العربية، بيروت ، ط 1983 ،ص 369 و 370.

[2] - بلحاج ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 304 .

[3] - علي علي سليمان ، **دراسات في المسؤولية المدنية** ، المرجع السابق ، ص 20 .

وبالتالي يكون المضرور أمام مسؤولين اثنين هما الأب وولده ، محدث الضرر، وهنا يكون بوسع الأب الرجوع على ابنه حسب نص المادة 137 .[1]

الفرع الثاني : أساس المسؤولية الأبوية

رغم التقارب الكبير الذي طبع تقنين المسؤولية الأبوية بشكل عام لدى التشريعين الجزائري والفرنسي ، غير أن ثمة فارقا واضحا بشأن رؤيتهما لأساس ومرتكز هذه المسؤولية وهو ما نحاول استيضاحه في النقطتين التاليتين :

البند الأول : أساس المسؤولية الأبوية في القانون الجزائري

درج الفقه والقضاء عندنا على اعتبار أن أساس المسؤولية الأبوية ، مدنيا ، على أفعال أبنائهم هو افتراض وقوع خطأ مزدوج من جانب الآباء بالنسبة لواجب التربية من جهة ، وواجب الرقابة والملاحظة من جهة أخرى .[2] فإذا ما ارتكب الأولاد أفعالا غير مشروعة فستكون حتما ناجمة عن تقصير في الرقابة ، أو سوء في الرعاية من الآباء .وهو ما يفترض بالتالي وقوع إخلال من جانبهم ، حيث كان من شأن القيام بواجبهم على وجهه الكامل ضمان عدم وقوع أضرار تمس بمراكز ومصالح الغير .

وهذا ما يستشف من نص المادة 134 مدني التي ذكرت بأن : " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب القصر ، أو بسبب حالته العقلية ، أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ".وهو ذات الحكم الذي استخلصه المجلس الأعلى بوضوح في القرار رقم 84/175 ، الصادر بتاريخ 1983/03/02 حين قضى بأن :" مسؤولية الأب عن أفعال ولده القاصر تقوم على أساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل مراقبته . ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه .. وارتكاب هتك العرض من ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب في تربية ابنه ." [3]

والخطأ المفترض يقوم- كما في أي خطأ على ركنين اثنين هما :

---

[1] - محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام** ، المرجع السابق ، ص 185.

[2] - بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص304 .

[3] - بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع نفسه ، ج2 ، ص291 .

أولا الركن المادي :

والمتمثل في التعدي الذي هو "عمل تلازمه بذاته ونتيجته الصفة غير المشروعة "[1] أو " هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير "[2]. ويقاس الخطأ استناد إلى المعيار الموضوعي الذي يفترض في الناس أن يبلغوا درجة رب الأسرة الصالح [3] في الفطنة واليقظة . وهو ما يتفق في هذا مع المعيار العام للخطأ الشخصي غير المباح .

هذا وعادة ما يظهر هذا التعدي في شكل إهمال أو عدم احتياط وتبصر، إذ من النادر أن يكون فعلا مقصودا بذاته[4] .

ثانيا - الركن المعنوي :

و المتعلق بالإدراك ، حيث يفترض في التعدي أن يكون فاعله على الأقل مميزا ، على نحو يمكنه من أن يدرك ما يحويه سلوكه من انحراف وما قد يرتبه من عواقب . [5] غير أن من شأن اشتراط الإدراك والتمييز في الخطأ التقصيري أن يثير اعتراضا على مستوى الخطأ المفترض ، لاسيما إذا ما علمنا أن قيام مسؤولية متولي الرقابة قد يستبعد ،لاستحالة تصور حصول خطأ من قاصر غير مميز؛ وهو ما يضطرنا إلى تقدير الفعل الضرري تقديرا موضوعيا بعيدا عن عنصر التمييز ، باعتباره ظرفا خاصا بشخص فاعل الضرر وحسب.[6] ولعل هذا هو سبب إصرار المشرع الجزائري في إدراج عبارة "ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز " في نص المادة 135 مدني الملغاة . وبالمقابل فقد فضل المشرع الفرنسي الاستناد إلى أساس مغاير هو فكرة المخاطر، إذ لا تشترط المادة 1384 في تعديلها الأخير أكثر من وقوع الفعل الضار

---

[1] – عاطف النقيب ، **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي** ، الخطأ والضرر ، منشورات عويدات ، بيروت ، ط 3 ، 1984 . ص 123 .

[2] – بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ،ج 2، ص 64 .

[3] – هو الذي يقوم بشؤون عائلته بالعناية العادية التي يقوم بها أغلب الناس في العادة . وهو مصطلح روماني مستمد " من رب المال " انظر : زهدي يكن ، **المسؤولية المدنية** ، المرجع السابق ، ص57.

[4] – عاطف النقيب ، **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي** ، المرجع السابق ، ص 124 .

[5] – بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ،ج 2 ،ص 73.

[6] – عاطف النقيب ، **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي** ، المرجع السابق ، ص 150 .

لتحقق المسؤولية الأبوية ، بمعزل تام عن العنصر النفسي الذي يكمن وراءه .[1] الأمر الذي يبيح لنا أن نقطع بكفاية العنصر المادي في الخطأ لدى كلا المشرعين ، رغم اختلافهما في الأساس المبرر لذلك .

وجدير بالذكر أن الاحتجاج بقرينة الخطأ منوط بشخص المضرور تجاه الأب متولي الرقابة دون سواهما . فلا يجوز التمسك بها من شخص غير المضرور أو الاحتجاج بها عند غير متولي الرقابة كالابن المتسبب في الضرر إذ يفترض في المدعي حينها إثبات هذا الخطأ .[2]

البند الثاني: أساس المسؤولية في القانون الفرنسي

اعتمد القانون المدني الفرنسي مع أول ظهور له نظام الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية الأبوية . حيث نصت المادة 1384 في فقرتها السابعة على أنه بوسع الآباء دفع المسؤولية عنهم إذا أثبتوا عدم قدرتهم على منع وقوع الفعل الذي نتج عنه الضرر .[3]

بيد أن هذا النظام تعرض لانتقادات واسعة ، بسبب الغموض الذي لف المادة 1384 /7 ، في ظل صمت الاجتهاد القضائي وتضارب التفسيرات بشأنه ، حتى اعتبره جانب كبير من الفقه بالنظام غير العادل ؛ ذلك أنه يترك الضحية في أغلب الحالات دون تعويض ، مادام بوسع الآباء بيسر إثبات عدم تقصيرهم بقرينة سلبية بسيطة ،كآباء حريصين على أسرهم[4] ، وهي قرينة يصعب ردها .

كل ذلك أظهر بأن نظاما ، بهذه الصيغة ، لن يكون الأساس المثالي للمسؤولية الأبوية ، الأمر الذي دفع بمحكمة النقض إلى التفكير جديا في تغيير هذا الأساس ، وهو ما حدث فعلا مع انعقاد جلستها العامة بـ 9 ماي 1984 . حيث رسمت من خلالها إحداثيات مسؤولية أبوية موضوعية ، يكفي معها ارتكاب فعل يكون السبب المباشر للضرر . ثم جاء القرار الشهير بـ Bertrand المؤرخ في 19 فيفري 1997 ، ليتوج هذا المسعى ويؤكد على أن الأساس الجديد هو المسؤولية بقوة القانون .

---

1 - D . Pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., fasc. 141 , p 3, par 8.

2 - بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ،ج 2 ، ص 304 .

3 - D. pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., p 14 , par 77 .

4 - سواء كان ذلك بإثبات استحالة مراقبة الطفل الذي هو تحت حضانة شخص آخر غير الزوجين ، أو استحالة تجنب الضرر نتيجة حالة الطفل العقلية أو سنه المبكرة ، أو حتى بسبب الميزة الخطرة أو المفيدة للنشاط المرخص به أنظر:

Cass. 2e civ., 9 déc. 1954 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., p 3 , par 6 .
Cass. 2e civ., 12 fév. 1976 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 3. par 6 .
Cass. 2e civ., 2 avr. 1979 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 3. par 6 .
Cass. 2e civ., 12 janv. 1937 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 3. par 6 .
Cass. 2e civ., 2 avr. 1976:D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., fasc : 141. p 3. par 7 .

ليفصل بذلك المسؤولية الأبوية عن مفهوم الخطأ ، ويقصر أسباب الإعفاء منها في السبب الأجنبي سواء كان قوة قاهرة أم خطأ من الضحية نفسه[1] ؛ وهو ما يعني أن الآباء لم يعودوا مسؤولين لأن خطأ ما وقع من أبنائهم ، ولكنهم من الآن سيكونون مساءلين فقط لفعل الإنجاب البسيط ، الذي يربطهم بمسبب النتيجة الضررية.

هذا التوجه الجديد للاجتهاد القضائي وجد له دعما قانونيا قويا لدى بعض النصوص الأخرى التي لها بعض الارتباط بموضوع المسؤولية المدنية لمتولي الرقابة .كما هو الحال بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 482 مدني التي تنص على أن الآباء لن يكونوا مسؤولين بقوة القانون بصفتهم الأبوية عن ضرر لاحق لترشيد القاصر، تسبب فيه هذا الأخير للغير. ومفهوم المخالفة يقتضي أنهم مُساءلون بقوة القانون على أفعال أطفالهم غير المأذون لهم بالتصرف[2] . الأمر الذي أضفى انسجاما أكثر وتنسيقا أكبر بين نصوص القانون المدني الفرنسي ، خاصة فيما يتعلق بالأنواع الأخرى لمسؤولية متولي الرقابة .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

Cass. 2e civ., 19 fevr.1997 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 3 , par8.

D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 5 , par 17.

المطلب الثالث : أسباب دفع المسؤولية الأبوية

خلصنا مما سلفت دراسته إلى أن المسؤولية الأبوية على القصّر المشمولين برعايتهم هي مسؤولية شخصية بالدرجة الأولى ، استنادا إلى خطأ في واجب الرقابة الذي فرضه القانون عليهم تجاه أولادهم .غير أن هذا لا يعني البتة أنه لا يمكن للمسؤول المدني التخلص منها .لا سيما وأن هذا الخطأ هو مجرد قرينة بسيطة ، يمكن إثبات عكسها ؛ إما بنفي الخطأ – حسب التشريع الجزائري –من جانب متولي السلطة الأبوية ، وإما بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض ، والضرر الذي أصاب المضرور.

أما المشرع الفرنسي فقد حمل له الأساس الجديد للمسؤولية بقوة القانون انقلابا في أسباب الإعفاء من هاته المسؤولية . فأقصى – بالتالي – الكثير من الأسباب التي كانت تسمح للأبوين التنصل من أعباء مسؤوليتهما ، لدرجة أضحى معها الأمر مقصورا على إثبات وجود السبب الأجنبي ؛ سواء كان قوة قاهرة أم خطأ الضحية نفسه . وهذا الحل الجديد ليس ثوريا – بمعنى الكلمة – مقارنة بالتطور الذي أحرزه الاجتهاد القضائي في السنوات الأخيرة ، بيد أنه يمثل على الأقل مظهرا من مظاهر الانسجام بين القرارات المتعلقة بدفع المسؤولية الأبوية .[1]

وعليه فإن خطة دراسة طرق دفع المسؤولية الأبوية يقتضي منا توزيعها على قسمين :

الفرع الأول : نفي الخطأ

الفرع الثاني : السبب الأجنبي .

الفرع الأول : نفي الخطأ

انفرد التقنين المدني الجزائري باشتراط هذا الإثبات المعفي ، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 134 المعدلة : " ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة..". ولما كان متولو الرقابة هنا هم الآباء ، فلا بد أن يثبتوا قيامهم بهذا الواجب على وجهه الأكمل ، باعتبارهم آباء حريصين على رعاية وعناية أبنائهم دونما تقصير أو تفريط . متخذين في ذلك كل الاحتياطات الضرورية ، أو على الأقل المعقولة لتفادي وقوع إضرار بالغير ممن يتولون رقابتهم .

[1] - D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., pp 16 et 17, par 87 et 91 .

ولا يكفي هنا بذل عناية الرجل العادي ، المشروطة في تولي الرقابة بالاتفاق ، بل على الأب والأم خاصة إثبات قيامهما بالتزاماتهما دونما خطأ ، أو إساءة ، أو إهمال واجب التربية ، أو التهذيب .[1]

وتطبيقا لذلك فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2 مارس 1983 بـأن مسؤولية الأب عن أفعال ولده القاصر تقوم على أساس خطأ مفترض فيه ،أنه أهمل مراقبته وتربيته . ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه ، ومن ثم فإن ارتكاب هتك عرض من قبل ولد مميز يثبت إهمال الأب في تربية ابنه بصفة قطعية "[2].

لكن ومع اقتضابية النص القانوني فيما يخص نفي الخطأ في القيام بالتزام الرقابة ،وندرة الاجتهاد القضائي بشأنه ، فإنه يمكن القول بأن تفسيرات قضاة الموضوع للفقرة الثانية من المادة السابقة ستظل انطباعية ، إن لم نقل إنها مزاجية ، مادام الأمر يتعلق بإقامة حجة ايجابية وبسيطة لحسن التربية ، وحزم الرقابة ، مع نفي التقصير في ذلك . إلا إذا تدارك المشرع أو القضاء هذه الحال ، بإناطة مثل هذا الإثبات المعفي بضوابط ثابتة ، يمكن معها توحيد الأحكام القضائية وضمان انسجامها وثباتها .[3]

الفرع الثاني : السبب الأجنبي

اتفقت كلمة التشريعين الجزائري والفرنسي[4] على وجه من وجوه دفع المسؤولية الأبوية هو نفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض ، والضرر الذي لحق المضرور . وذلك بإقامة الدليل على أن النتيجة الضررية كانت واقعة لا محالة ، ولو تم القيام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية والحرص ؛ سواء كان ذلك بفعل قوة قاهرة ، أو بسبب خطأ المضرور ذاته ، أو تعلق الأمر بخطأ الغير .

وفي ضوء هذه الصور الثلاث نبحث السبب الأجنبي على النحو التالي :

---

[1] - بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع السابق ،ج 2 ، ص 305 و 306 .

[2] – بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام** ، المرجع نفسه ،ج 2 ، ص 306.

[3] – خلص الباحث إلى هذا الحكم بناء على التجربة السيئة التي تخبط فيها الاجتهاد القضائي الفرنسي قبل 1997 و التي كان يتبنى فيها ذات النظام والأساس فيما يخص المسؤولية الأبوية المطبقة في التقنين الجزائري انظر : على سبيل المثال :

- Cass. 2e civ., 12 oct. 1955 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., p 15 . par 78 .
- Cass. 2e civ., 03 mars .1988: D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 15 . par 79.
- Cass. 3e civ., 04 janv. 1973: D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 15 . par 82.
- Cass. 1e civ., 26 nov. 1991: D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p16 .par 88.

[4] – نصت المادة 134/ 2 من التقنين المدني الجزائري على أن متولي الرقابة يمكنه التخلص من المسؤولية إذا :" أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ." في حين نصت الفقرة السابعة من المادة 1384 مدني فرنسي على :

"...Qu ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lien a cette responsabilité."

البند الأول : القوة القاهرة

البند الثاني : خطأ الضحية

البند الثالث : خطأ الغـــير

البند الأول : القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

رغم أن عبارات المادتين 127 مدني جزائري و 1384 /7 مدني فرنسي واضحة وقاطعة الدلالـــة في النص على عنصر القوة القاهرة ، غير أنهما لا تسعفاننا في فهم كنه هذه القوة ؟! وفيمـــا إذا كانـــت تتعلق بجانب مشمول الرقابة (القاصر) ، أم أنها تتعلق بمتولي السلطة الأبوية ؟! .

وهذا ما سنتولى بحثه هنا ، باستنجاد رأي الفقه والاجتهاد القضائي ما أمكن ذلك :

أولا- ماهية القوة وعلاقتها بالحادث المفاجئ :

قبل اليوم كانت كلمة الفقه متفقة – تقريبا – بشأن انفصال ماهيتي القوة القاهرة والحادث المفاجئ ، رغم تباين الرؤى حول إيجاد تعريف محدد لكل منهما ، حيث اتجه بعض الفقهاء إلى تعريـــف القـــوة القاهرة بأنها الحدث الذي لا يمكن دفعه . في حين عرفوا الحادث المفـــاجئ على أنه :" الحـــدث الذي لا يمكن توقعه ".[1]

وقابل هذا الرأي فريق آخر ، رأى بأن القوة القاهرة هي حدث خارجي بالنسبة للـــشيء الـــذي تتحقق به المسؤولية كالإعصار أو الزلزال ، بخلاف الحادث المفاجئ الذي هو حدث داخلي يـــنجم عـــن الشيء ذاته كانفجار آلة[2] . ورغم أن المادة 127 كانت قد استعملت المصطلحين معا حين نصت علـــى أنه : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة ...كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر " . إلا أن الفقه والقضاء اليوم مستقران على توحيد المفهومين في معنى واحد وضبط تحققه بشرطين اثنين هما : -عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه[3] . فإذا توافر الشرطان في واقعة مـــا ونجم عن ذلك ضرر فإن المسؤولية الأبوية هاهنا تمتنع ، وذات الحال يمكـــن أن يقـــال في حـــق التقـــنين الفرنسي.[4]

---

[1] – مصطفى الجمال ، **النظرية العامة للالتزامات** ، الدار الجامعية ، مصر ، د.ط، 1987 ، ص 396 .

[2] – السعدي محمد صبري ، **شرح القانون المدني** ، المرجع السابق ،ج 2 ، ص 12 .

[3] – علي علي سليمان ، **نظرات قانونية مختلفة** ، المرجع السابق ، ص 101.

[4] -D. Pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., p 17, par 93

ثانيا- متعلق القوة القاهرة[1]

واجه القضاء الفرنسي صعوبة كبيرة في تحديد متعلق القوة القاهرة هل يكون القاصر بحكم أنه فاعل الضرر ، أم الأبوين بحكم أنهما المسؤولان عنه ؟!.

بداءةً وبما أن المسؤولية الأبوية لن تكون بعدُ مؤسسة على الخطأ الشخصي للأبوين ، فلا يمكن إطلاقا فهم سبب وجوب تعلق القوة بهما ، لأن هذا سيقودنا إلى السماح بدفع هذه المسؤولية عبر إثبات غياب هذا الخطأ!!! ؛ وعليه فقهر القوة وعدم توقعها لن يكون أبدا مرادفا لحسن التربية والرقابة النبيهة . وإلى هذا الرأي اتجهت محكمة النقض باشتراط خروج الفعل بالنسبة للطفل ، لا بالنسبة للأبوين عن طاقة الدفع أو المنع . غير أن هذا الاتجاه لاقى - هو الآخر - معارضة شديدة من بعض الفقهاء الذين شككوا في جدواه ، لا سيما وأن تعلق عدم القهر والدفع بالطفل سوف لن يجعله السبب المباشر في الضرر ، وبالتالي فسنكون أمام حالة غياب للعلاقة السببية[2] .

و أيًا ما كان الأمر فقد اتجه القضاء إلى اعتماد توجه جديد يقضي بأن القوة المعفية من المسؤولية الأبوية لا بد لها أن تأخذ صورة حدث خارجي بالنسبة للطفل ،وغير ممكن الدفع أو التوقع بالنسبة للأولياء[3] .

و الواقع أن القوة القاهرة ، بهذه الصيغة الجديدة ستكون أمرا مستعصي التمييز بالنسبة للقضاء .كما أنها تفرض على الآباء وضعا صعبا للغاية ، مادام لن يكون بوسعهم التنبؤ بكل التصرفات الضارة الناجمة عن أطفالهم . فضلا عن أنه من الصعب عليهم إثبات عدم إمكان دفع أضرار حدثت في حضورهم . ومن شأن كل هذا التقليل من فرص الإعفاء لديهم[4] .

البند الثاني : خطأ الضحية

يعتبر خطأ المضرور سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية الأبوية سواء كان الإعفاء كليا أو جزئيا حيث يكون الإعفاء كليا – حسب المادة 127 من التقنين المدني الجزائري – إذا كان خطأ الضحية هو

---

[1] - رأي القضاء الجزائري بشأن متعلق القوة القاهرة غير واضح تماما نتيجة ندرة الاجتهادات القضائية.

[2] - D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p17 , par 94.

[3] - Cass. 2e civ., 4 juin 1997 et Cass. 2e civ., 2 dec. 1998 : D: pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., p 17, par 94 .

[4] - D. Pohé : **Droit A Réparation** , Ibid., pp17 et 18 .

السبب الوحيد المتفرد بإنتاج الضرر وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بقولهم : "خطأ الضحية يستغرق خطأ المدعي عليه ".[1]

ويتحقق هذا الاستغراق في فرضيين أساسيين هما : [2]

الأول : حين يثبت فيه أن خطأ المدعي عمدي فينسب الضرر إلى خطئه وحده ، في حين يعد فعل القاصر مجرد ظرف أتاح لخطأ الضحية إحداث ذلك الضرر .

وأما الثاني :فعندما تثبت تبعية خطأ القاصر لخطأ الضحية ؛ بمعنى أن خطأ الأول لم يعدُ أن يكون نتيجة الخطأ الثاني ، وعليه يُنسب الضرر لمنتج النتيجة .

كما يكون الإعفاء كليا – حسب منظور التشريع الفرنسي – إذا كان خطأ الضحية غير متوقع وغير ممكن الدفع . وهو لا يتعلق هنا بسبب أصيل في الإعفاء ، ولكن بحالات شبيهة بالقوة القاهرة. حيث يُصنف فعل المضرور في هذه الخانة ، ويخضع لذات الشروط التي تفترضها القوة القاهرة [3] .

وبالمقابل يكون الإعفاء من المسؤولية الأبوية جزئيا إذا لم يحز فعل الضحية كل عناصر القوة القاهرة (المادة 1384 / 7مدني فرنسي) ، أو إذا لم يكن السبب الأساسي والوحيد للضرر (المادة 167 مدني جزائري) . وفي هذه الحال يحصل الآباء على محاصصة للمسؤولية ، حسب شدة الضرر الواقع . وتطبيق هذا التقسيم متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع [4]، أما إثبات هذا الضرر فيبقى مستوجبا على القاصر وأبويه . لأن قرينة المادتين134 مدني جزائري ، و4/1384 مدني فرنسي لا تخصان سوى أبوي الضحية .

---

[1] – مصطفى الجمال ، **النظرية العامة للالتزامات** ، المرجع السابق، ص 398 .

[2] – السعدي محمد صبري ، **شرح القانون المدني** ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 118 .

[3] – Cass. 2e civ., 15 mai 1967 : **D. Pohé : Droit A Réparation** , op. cit., p 18 , par 98 .

[4] – السعدي محمد صبري ، **شرح القانون المدني** ، المرجع السابق ،ج 2 ، ص 120 و121.

البند الثالث : خطأ الغـــير

نصت المادة 127 مدني جزائري على اعتبار خطأ الغير أحد أسباب الدفع للمـــسؤولية ، بالنـــسبة للآباء إذا كان هو السبب الوحيد للضرر رغم ثبوت خطأ القاصر . كما قد يشترك خطأ الغير مع خطـــأ مشمول الرقابة ،مما يجعل مسؤولية كل منهما مسؤولية جزئية ، أو ما يسمى في الفقه " بتعدد المسؤولين"[1]

ولابد من الإشارة هنا إلى أن قرار Bertrand لم ينص صراحة على خطأ الغير، كسبب من أسباب نفي المسؤولية الأبوية ، لكن وتأكيدا لاجتهاد كلاسيكي قديم يجب الاعتراف بأن سبب الإعفاء هذا قـــد أدرج ضمن حالات القوة القاهرة[2].

[1] – مصطفى الجمال ، **النظرية العامة للالتزامات** ، المرجع السابق ، ص 400 .

[2] – Cass. 2e cvi., 11 juill . 1977 : D. Pohé : **Droit A Réparation** , op. cit., p 18 , par 99 .

ومحصول هذا المبحث وخلاصته هي :

- أن المسؤولية الأبوية عن أضرار الصغار آلية ضمان مدني متفردة طبيعةً وأساسًا :

- فمن ناحية الطبيعة : تأخذ المساءلة المدنية أحد وجهين اثنين : تكون في الأول ، وهو المبدأ، أصيلة و شخصية إذا كان القاصر غير مميز . بينما تأخذ شكل التبعية ، في صورة الاستثناء ، في وجهها الثاني عندما يكون القاصر مميزا ، وهذا محل اتفاق بين التشريع الجزائري ونظيره الفرنسي .
- أما أساس هذه المسؤولية فيقوم من وجهة نظر المشرع الجزائري على خطأ مزدوج في رقابة وتربية القاصر من جهة متولي السلطة الأبوية ، بينما يقوم لدى المشرع الفرنسي على فصل المسؤولية عن مفهوم الخطأ ، وجعل قوة القانون البديل الموضوعي و المثالي لنظام الخطأ المفترض . وهذا ما جعل أسباب دفع المسؤولية أقل بكثير مما هي عليه لدى التشريع الجزائري .

- **نجم عن الخلاف في أساس المسؤولية الأبوية الخلاف في إسنادها ، ففيما يعتمد القانون الجزائري النمط التتابعي في المساءلة المدنية ، يقوم إسناد المسؤولية في القانون الفرنسي على معيار ممارسة السلطة الأبوية .**

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني : المسؤولية الأبوية جزائيا

تمهيد:

تكتسي الحماية الجنائية للأولاد القصر من إخلال الأبوين بواجبات السلطة الأبوية أهمية كبيرة . حيث بات من غير الممكن لأي تشريع جنائي معاصر أن يتجاهلها ، سيما وأن الأوضاع الاجتماعية الراهنة تُسفر باطراد عن انهيار في بُنى المجتمع وقيمه ، واستهتار فاضح بنظم الاجتماع الإنساني من أشخاص كان يفترض بهم أن يصونوا ، بالرعاية الرحيمة ، أمن أبنائهم وأعراضهم ، ويحفظوا ، بالعطف الكريم ، أخلاقهم ونفوسهم بما يضمن لهم حاضرهم ومستقبلهم .

فلا غرو بعد هذا أن يبدي التشريع الجزائري ونظيره الفرنسي الصرامة كلها مع هذا الصنف من الجناة الذين أضحوا مصدر تهديد حقيقي للأبناء الصغار ، وذلك عبر تخصيص فصل خاص لهذا اللون من الجرائم وترتيب الجزاءات التي يرياها كفيلة بردع الجناة وحماية القصر .

ولأن عدد هذه الجرائم هو من الكثرة والتشعب ما يجاوز نطاق هذا البحث، فإنه لا معدى من اقتصار الدراسة هنا على تخير بعضٍ من تلك النماذج الجرميّة وفق المنهاج التالي :

المطلب الأول : الجرائم المتعلقة بالإهمال العائلي

المطلب الثاني : الجرائم الماسة بجسم وعرض القاصر:

المطلب الثالث : الجرائم المتعلقة بالحضانة والحالة المدنية

المطلب الأول :الجرائم المتعلقة بالإهمال العائلي

يأخذ هذا النوع من الجرائم ،كما نص على ذلك القسم الخامس من الفصل الثاني من قانون العقوبات الجزائري ، حالات ثلاث هي :1 – التخلي عن الواجبات العائلية بترك مقر الأسرة (المادة 330 /1عقوبات جزائري – المادة 227 -17 عقوبات فرنسي .)

2 – حرمان القصر من النفقة المستحقة لهم (المادة 331 عقوبات جزائري – المادتين 227 -15 و337 -16 عقوبات فرنسي .)

3 – الإهمال المعنوي للقصّر .(المادة 330 / 3 عقوبات جزائري) .

وسنتناول هذه الحالات تباعا في الفروع التالية :

الفرع الأول :ترك مقر الأسرة

عالجت المادة 330 في فقرتها الأولى من قانون العقوبات الجزائري هذه الجريمة ، والتي اقتبست نصها من المادة 375 -1 قانون العقوبات الفرنسي القديم ، المعدلة بالمادة 227-17[1] و المتعلقة بتخلي أحد الأبوين عن التزاماته القانونية . وعليه فإن دائرة التشابه بين التشريعين فيما يخص العناصر المكونة لهاته الجريمة تقلصت كما سنلحظ ذلك جليا فيما يلي من بنود :

البند الأول : العناصر المكونة للجريمة

أولا- الركن المادي :

نصت المادة 330 /1 على اشتراط خمس نقاط لقيام العنصر المادي لجريمة التخلي عن الالتزامات العائلية هي[2] : 1 - التخلي عن الالتزامات العائلية

2- أن يكون الضحية ولدا قاصرًا .

3- ترك مقر الأسرة .

4- أن يدوم الترك شهرين على الأقل

5- فقدان السبب الجدي .

واتفق المشرع الفرنسي معه على الثلاث الأولى منها على نحو ما سنبينه .

1. **التخلي عن الالتزامات العائلية** :لا يثور أي إشكال بشأن طبيعة هذه الالتزامات لدى النصين الجزائري والفرنسي ، اللذين اتفقا على عدم التمييز بين ألوان هاته الالتزامات سواء كانت مادية أو معنوية مادامت متعلقة بحماية الطفل في أخلاقه وصحته وأمنه . فالالتزامات المادية تتمثل في تأمين احتياجات

---

[1] - تقدمت بهذا التعديل اللجنة القانونية لمجلس الأمة في جلستها الثالثة بتاريخ 21 جوان 1991، حيث أضحى النص الجديد للمادة هو:

"le fait par le père ou la mère légitime ,naturel ou adoptif , de se soustraire , sans motive légitime , à ses obligations légales au point de compromettre gravement la santé , la sécurité , la moralité ou l éducation de son enfant mineur est puni de deux ans emprisonnement et 30000 euro d'amande .
l'infraction prévue par le présent article est assimilée à abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du Code civil ".
- P. Malibert : **Soustraction D Un Parent A Ses Obligations Légales** , Juris-Classeur , France ,1996, pénal, Art.227-17, p 03 , par 02 .

[2] - سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ط 2 ، 2002 ، ص 2 وما بعدها .

القاصر اللازمة له من غذاء ومسكن وملبس ودواء حسب ما يقتضيه نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري ، والمادة 203 من القانون المدني الفرنسي .

أما الالتزامات الأدبية للسلطة الأبوية فتتعلق أساسا برعاية الأبناء ، وتربيتهم ، وتنشئتهم على نحو ما يفرضه الدين والأخلاق والعادات السائدة ، والسهر على حماية أمنهم وأخلاقهم وصحتهم (المادة 62 قانون الأسرة الجزائري – المادة 371-2 مدني فرنسي).[1]

كما أن التشريع الجنائي الجزائري – على غرار الفرنسي – يحمل الأم ذات التبعات والالتزامات ، غير أنه يربط ذلك بحالة عجز الأب بالنسبة للنفقة (المادة 72 قانون الأسرة) ، وبحالة غيابه أو حصول مانع له بالنسبة للالتزامات ذات الصبغة الاستعجالية (المادتين 62 و64 من قانون الأسرة) ، وبحالة منحها الولاية إثر طلاق أو وفاة بالنسبة لكل الالتزامات (المادة 87 قانون الأسرة) . وعليه فمن شأن هذه الجريمة أن تشمل الأبوين معًا دون تمييز .مادام قد وقع منهما تخل عن هذه الالتزامات أو بعضها[2] .

2. **الضحية ولد قاصر** : لابد لجريمة التخلي عن الالتزامات العائلية من أحد الأبوين أن تنصب على ولد قاصر ، أو على عدة أولاد تربطهم بهم رابطة الأبوة أو الأمومة[3] . والجدير بالذكر هنا أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة من حيث الصياغة القانونية فيما يخص صفة الأولاد ؛ حيث خص صراحة الحماية الجنائية للقصر دون غيرهم سواء كانوا نتيجة رابطة شرعية أم طبيعية أو حتى نتيجة تبن . بخلاف صيغة التعريض التي طبعت ألفاظ المادة 330 /1 والتي من شأنها أن تترك هامشا لبعض التساؤلات .فرغم أن قصد المادة لا يتجه – قطعا – إلى الولد الطبيعي ولا المتبنى كونهما غير معترف بهما في إثبات أو إستلحاق النسب في القانون الجزائري (المادتين 40و46 قانون الأسرة) ، غير أن الإشكال قد يثور بشأن الإذن وبعض الحالات الاستثنائية لذوي الاحتياجات الخاصة .

3.**ترك مقر الأسرة** : هذا الشرط انفردت به المادة 330 في فقرتها الأولى والتي تفترض وجود مقر إقامة زوجي يقطنه الأولاد ، وتمارس فيه السلطة الأبوية بكل التزاماتها . ويحدث هذا الترك بالابتعاد الجسدي

---

[1] – قضت الغرفة الجنائية من محكمة النقض أن إهمال الأب الطبيعي لالتزاماته الأدبية يبقى قائما فيما يخص تعريض صحة الابن للخطر، حتى ولو غادر منزل خليلته أين تتولى تربيته انظر: - Cass. crim.,16 janv. 1974: P. Malibert : **Soustraction D Un Parent A Ses Obligations Légales** , op. cit., p 4 , par 7 .

وهذا ما أكده قانون السلطة الجديد في مادته 374.

[2] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 16 .

[3] – أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،الجرائم ضد الأشخاص وضد الأموال ، دار هومه ، د.ط ، د.ت ،ج1 ، ص 144 .

عن هذا المقر ، وتركه من طرف أحد الزوجين ؛ سواء كان أبا أو أما ، دون تفرقة بينهما من حيث ممارسة السلطة الأبوية من عدمها .[1]

4. ترك مقر الأسرة لمدة شهرين : وبالمثل فإن هذا الشرط يشكل خصيصة للمادة 330 عقوبات جزائري . حيث نصت على ضرورة توافر مدة زمنية محددة ، تفوق الشهرين ، ابتدءا من تاريخ مغادرة أحد الأبوين لمقر الأسرة ، المتزامنة مع تخليه عن الواجبات العائلية تجاه الأولاد[2]. على نحوٍ يُنبؤ عن رغبة الزوج في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية . ويخضع تقدير صحة العودة من عدمها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .[3]

5. السبب الجدي :وهو آخر عناصر الركن المادي لهذه الجريمة ، حيث يجب على الولي المتهم ، لكي يتخلص من المسألة العقابية ، أن يثبت بأن سببا جديًا motif grave (1/330 عقوبات جزائري) ، أو شرعيا motif légitime (المادة 227- 17 عقوبات فرنسي) كان وراء تركه مقر الأسرة، وتخليه عن التزاماته القانونية تجاه أولاده القصر . غير أن مفهوم السبب الجدي أو الشرعي مازال يلفه الغموض ، أمام وجوم الاجتهاد القضائي لدى التشريعيين عن تقديم تفسير واضح وجلي بشأنه ، واكتفاء محكمة النقض بالحكم على بعض الصور والحالات فيما إذا كانت داخلة في دائرة الأسباب المعفية من ذلك أم لا ؛ حيث اعتبرت أن استقرار الأب في مدينة بعيدة ، أين وجد عملا ، مع استمراره المنتظم في تسديد النفقات الواجبة عليه تجاه زوجته وأولاده يشكل سببا جديا ومعفيا من المتابعة القضائية للإهمال العائلي[4]، وبالمقابل رفضت ذات المحكمة إعطاء بعض التبريرات الصبغة الشرعية ، من ذلك الزوج الذي تنصل من مسؤولياته تجاه ولده بحكم أن الأخير مُنح إلى أجداده ، أو الذي هرب من بيته بدعوى نفوره من حماته .[5]

---

[1] – أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، المرجع نفسه ،ج 1 ، ص 143 .

[2] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 13 .

[3] – أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، المرجع السابق ، ج1 ، ص 146 .

[4]- CA Lyon ,12 juin 1943: P. Malibert : **Soustraction D Un Parent A Ses Obligations Légales** , op. cit., p 4, par 16 .

[5] - T.corr.Nantes,31 juill.1947: P. Malibert : : **Soustraction D Un Parent A Ses Obligations Légales** , op. cit., p 4 , par 16

البنـــــد الثـاني :المتابعة والجزاء

أولا- المتابعة :

نصت المادة 330 /3 والمادة 357 –1 عقوبات فرنسي قديم على أن إجراءات المتابعة ضد أحـــد الأبوين على جريمة التخلي عن الالتزامات الأسرية لا تقوم إلا بناءا على شكوى الزوج الآخر. فلا يجوز لا لوكيل الجمهورية ولا لوكيل النيابة أن يحرك مثل هذه الدعوى من تلقاء نفسه [1]، غير أن المـــادة 227-17 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد استقرت على إلغاء بند الشكوى من المتابعات العقابيـــة وتـــبني تدبير الإشراف التربوي في أغلب الحالات[2].

هذا و لم ينص كل من التشريعين على مسألة المحاولة بالنسبة لهذه الجريمة ، في حين يعتـــبر التـــشريع الفرنسي الاشتراك جنحة معاقبا عليها تطبيقا للمواد 121-6 و121-7 عقوبات .

ثانيا- الجزاء:

اتفق المشرعين الجنائيين على أن جريمة الإهمال العائلي تستوجب عقوبة رئيسية وأخرى تكميلية :

1. **العقوبة الأصلية** :العقوبات الأصلية ، حسب القانون ، لجريمة التخلي عن الالتزامات العائلية هي :

- الحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة قدرها من 500 إلى 5000 دج (3/330 عقوبات جزائري).
- الحبس سنتين مع 30000 أورو كغرامة (227-17عقوبات فرنسي) .

2. **العقوبة التبعية** : إذا قدر قاضي الموضوع أن العقوبة الرئيسية غير كافية لردع الآباء الجناة فإن بإمكانه شفعها بعقوبات تكميلية على خلاف بين التشريعين في مضمونهما ، حيث اتفق المشرعان على حرمان الجـــاني من الحقوق الوطنية ، في ضوء نص المادة 8 عقوبات جزائري والمادة 227-29 عقوبـــات فرنـــسي ، لمـــدة تتراوح ما بين سنة إلى خمس سنوات .

غير أن المشرع الفرنسي انفرد بتوسيع مساحة هذه العقوبات لتشمل إمكانية إرداف الحكم الجنـــائي بالنص على إسقاط السلطة الأبوية عن متوليها ، سواء ارتكبها كفاعل أصيل أو مشارك . وهذا فـــضلا عـــن حرمانه من حقوقه المدنية والأسرية ، مع حجز رخصة السياقة أو منع استصدارها ، و حظر السفر إلى خارج إقليم الدولة لمدة لا تتعدى خمس سنوات .

---

[1] – محمد صبحي نجم ، **شرح قانون العقوبات الخاص** ، القسم الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 4 ،2003 ، ص70،71 .

[2] - P. Malibert : **Soustraction D Un Parent A Ses Obligations Légales** , op. cit., p 5 , par 17.

الفرع الثاني : جريمة الامتناع عن النفقة

تعد النفقة أحد أهم الالتزامات المادية للسلطة الأبوية تجاه الأبناء القصر . ومن البديهي أن يشكل الإهمال العائلي ، في شكله المادي ، جرما يعاقب عليه القانون بالمادة 331 [1] عقوبات جزائري والمواد 227-3 و227-4 عقوبات فرنسي ، في حق الآباء الذين تخلوا عن واجباتهم المادية تجاه أبنائهم ، لأكثر من شهرين ، رغم صدور أحكام جنائية في حقهم تلزمهم بذلك . و أناط القانون هذه الجنحة – فضلا عن العناصر العادية لكل جريمة – بشروط أولية نتناولها فيما يلي من بنود :

البند الأول :العناصر الأولية لجريمة الامتناع عن النفقة

وتتمثل في عنصرين اثنين هما وجود دين غذائي وصدور حكم قضائي نهائي:

أولا- وجود دين غذائي :

وهو عبارة عن أحد الالتزامات المالية للسلطة الأبوية تجاه الأبناء تحت مسمّى " النفقة " التي ورد النص عليها بالمادة 75 أسرة جزائري و المادة 203 مدني فرنسي ، على اعتبار أن المواد 331 عقوبات جزائري و227-3 و227-4 عقوبات فرنسي تتحدث عن النفقة لا غير[2] ، والتي يستفيد منها الأطفال القصر سواء كانوا شرعيين – على رأي التقنين الجزائري – أم طبيعيين ومتبنيين على رأي نظيره الفرنسي . وتستمر هذه النفقة حتى سن الرشد للذكر والدخول للأنثى حسب التشريع الجزائري ، وبلوغ الرشد لكليهما حسب قرينه الفرنسي .

ثانيا- صدور حكم قضائي نهائي :

تقتضي جريمة الامتناع عن سداد النفقة وجود حكم قضائي نافذ ، بأداء نفقة في حق قاصر على وليه ، أيا كان مسمى هذا الحكم (أمرا أم حكما أم قرارًا)[3] ، وأيا كانت الجهة القضائية الصادر عنها : درجة

---

[1] – تمت ترجمة المادة بطريقة ركيكة أفقدتها بعضا من قيمتها القانونية ، بحيث لا يمكن الاستقلال بها عن النص الفرنسي انظر:
– سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 25 .

[2] – انظر : أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ،ج1، ص 155. و
- F. Dreifuss- Netter: **Abandon De Famille** .juris–classeur , France, 2002 , pénal , Art.227-3 à 227-41 , fasc.1020 , p 3, **par 274** .

[3] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 26.

أولى ، أم ثانية ..، وسواء كان صادرا من جهة وطنية ، أم أجنبية بشرط أن يكون ممهورا بالصيغة التنفيذية حال كونه أجنبيا [1] .

هذا وقد يكون الحكم غير نهائي على خلاف الأصل إذا كان متضمنا صيغة النفاذ المعجل ، رغم المعارضة والاستئناف ؛كما هو الحال بالنسبة للمادة 40 قانون الإجراءات المدنية الجزائري .كما لابد أن يبلغ الحكم إلى المدين حسب الأنماط والشروط الإجرائية المقررة .

والأصل أن ينتج هذا العلم عن تبليغ فعلي من الدائن لغريمه المدين [2] ، غير أن هذا لا يمثل القاعدة العامة بالنسبة للقضاء الفرنسي ، الذي اضطرب كثيرا بهذا الشأن ؛ حيث كان [3] يكتفي بالعلم الفعلي بالحكم القضائي للمتهم دونما تبليغ ، ثم عاد واشترط العلم القانوني المسبق بالحكم وفق الإجراءات القانونية المنصوصة [4] . ورغم هذا فإن قرارا كالذي صدر بتاريخ : 9 أكتوبر1996 قضى بكفاية العلم الفعلي بالحكم القضائي ؟ !.[5]مما يعني بأن القضاء لم يرسُ بعدُ على رأي قارٍ.

ويجدر بالإشارة هنا أن المشرع الفرنسي في مادته 227-3 عقوبات يعتبر أن كل اتفاقية بعد الطلاق مصادق عليها قضائيا لها ذات قوة الحكم القضائي [6].

البنـــد الثـــاني : العناصر المكونة لجنحة الامتناع عن النفقة

أولا- الركن المادي: يرتكز الركن المادي لهذه الجريمة على عنصرين اثنين هما :- الامتناع عن النفقة ومجاوزة ذلك لمهلة الشهرين :

1. الامتناع عن النفقة : ويكون ذلك بفعل وحيد يتمثل في عدم دفع الدين المستحق كاملا ، بعد العلم بالقرار القضائي الذي استوجب هذا الدفع ؛ مما يعني أن دفع جزء من النفقة الواجبة لايعفي المدين من قيام الجريمة بحقه[7] . ولا تهم هنا كثيرا طريقة الدفع ، سواء كانت عينية أو نقدية ، وإن كان القضاء الفرنسي قد استقر على جعل الأخيرة هي القاعدة[1] .

---

[1] - أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ،ج 1 ، ص 155 .

[2] - Cass. crim ., 12 nov. 1936 :F. Dreifuss-Netter : **Abandon De Famille** , op. cit., p5 , par7 .

[3] - Cass. Crim., 23 fév. 1971 : F. Dreifuss-Netter: **Abandon De Famille** , Ibid., p5 , par 7.

[4] - Cass. Crim., 5 mars 1980 : F. Dreifuss-Netter: **Abandon De Famille** , Ibid., p5 , par7.

[5] - Cass. Crim., 9 oct. 1996 : F. Dreifuss-Netter: **Abandon De Famille** , Ibid., p5 , par7.

[6] - F. Dreifuss –Netter : **Abandon De Famille** , Ibid., p4, par5.

[7] - أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ،ج1، ص157.

2. الامتناع عن النفقة لأكثر من شهرين :حيث يشترط مرور أكثر من شهرين دون القيام بواجب سداد النفقة المستحقة للأولاد ، ويبدأ حساب المهلة – على الأرجح – من تاريخ انقضاء مهلة 20 يوما المحددة في التكليف ، بدفع المحكوم عليه النفقة على وفق ما نصت عليه المادة 330 إجراءات مدنية جزائري . ويظهر أنه الرأي الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي بالجزائر ، مادام الأمر يتعلق بعدم تنفيذ حكم [2] .

وإذا جئنا إلى القضاء الفرنسي فإننا نجد أن انقضا ء المهلة يبتدئ من التاريخ الذي يصبح فيه القرار نافذًا أو من تاريخ آخر دفع [3] . ويبتدئ الحساب من تاريخ المتابعة لا الشكوى [4] . وهذا يتعلق بمدة متتابعة كاملة [5] . غير أن ذلك سيقود حتما إلى نتائج لا تتلاءم مع المنطق وروح العدالة ، لذلك يرى جانب من الفقه اليوم أن تواصل المهلة وانقطاعها سيان بالنسبة لقيام الجريمة [6].

ثانيا – الركن المعنوي :

لابد هنا من توفر نية جرمية ، وقصد جنائي عند الولي المتهم ، حيث يتجه به هذا القصد إلى الامتناع عن سداد الدين الذي عليه تجاه أولاده ، طيلة أكثر من شهرين ، رغم علمه عن طريق التبليغ بصدور حكم قضائي يلزمه بذلك .

هذا وافترضت الفقرة الثانية من المادة 331 سوء النية لدى الجاني مع الامتناع عن سداد النفقة . وعليه وحده يقع عبء دفع هذه القرينة ، على غير الأصل [7] ، بخلاف التشريع الفرنسي الذي استقر مؤخرا على إلغاء افتراض سوء النية بعد صدور قانون العقوبات الجديد ، حيث سقط هذا الافتراض من نص المادة 121 -3 المعدلة للمادة 375-2 من القانون القديم ، وأضحى بالتالي عبء إثبات يسار المدين على الطرف المدعي [8] .

---

[1] – نحا المشرع الفرنسي هذا المنحى مع صدور القانون رقم :596 -2000 الصادر بتاريخ : 30 جوان 2000 .انظر :
- F. Dreifuss –Netter : **Abandon De Famille** , op. cit. , p 6, par 13.

[2] – أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ،ج1، ص159.

[3] - F. Dreifuss –Netter : **Abandon De Famille** , op. cit., p 6 , par 14.

[4] - Cass. crim., 7 déc. 1967: F. Dceifuss-Netter: **Abandon De Famille** , Ibid., p 6 , par14.

[5] - CA Montpellier ,1er avr. 1999 : F. Dreifuss –Netter : **Abandon De Famille** , Ibid., p 6, par 14.

[6] – أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ، ج1، ص 120.

[7] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 26 .

[8] - F. Dreifuss –Netter : **Abandon De Famille** , op. cit., p7, par 18 et 19 .

ويبقى في الحالتين التمسك بالعسر هو العذر الوحيد للمدين الذي يعفيه من مسؤولية السداد.ويرفع عنه الصفة الجرمية بشرط ألا يكون ناجمًا عن سوء السلوك أو الكسل أو السكر (مادة 2/331 عقوبات جزائري) ، مع ملاحظة أن القضاء الفرنسي كان أكثر تشددا في هذا الشأن ، بقصر الإعفاء على حال الاستحالة المطلقة لاقتضاء واجب النفقة .[1]

الجزاء :يتفق كل من المشرعين على أن لجريمة الامتناع عن أداء واجب النفقة للأبناء عقوبات أصلية وأخرى تكميلية :

1- العقوبات الأصلية: يعاقب القانون على جنحة الامتناع عن أداء النفقة :

- الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة مالية تتراوح مابين 500 إلى 5000 دج (المادة 331 /1 عقوبات جزائري) .
- سنتين حبسا وبغرامة قدرها :15000 أورو (المادة 227- 3 عقوبات فرنسي) .

2 – العقوبات التبعية: وهي ذات العقوبات التكميلية المتعلقة بجريمة التخلي عن الالتزامات العائلية حسب ما نصت عليه المادة 332 عقوبات جزائري والمادة 227-29 عقوبات فرنسي .

الفرع الثالث : جريمة الإهمال المعنوي للأولاد [2]

إن جريمة الإساءة للأولاد تعتبر من الجرائم التي تشكل اعتداءً واضحًا وشنيعًا على الأولاد ،كونها تمس مباشرة أمن وخلق وصحة الأبناء . وقد ورد النص عليها بالفقرة الثالثة من المادة 330 عقوبات جزائري ، بصيغة يشوبها التعقيد والتشابك ، بسبب اتساع دائرة الإساءة للأبناء التي تتقاطع عادة مع حق الوالدين في التأديب[3] . غير أن المشرع يكون قد أحسن صنعا بربطه التمييز بين هذين المفهومين بأساس وحيد هو تعريض أمن وأخلاق وصحة الأولاد للخطر الجسيم[4].

---

[1] - Cass –crim. ,17avr.1991 – CA paris , 28 janv. 1998 - CA paris , 9 mai 1991 - CA paris , 28 janv. 1998 : F. Dreifuss –Netter : **Abandon De Famille** , Ibid., p 8 , par 20 .

[2] – لا يوجد في قانون العقوبات الفرنسي الجديد نص صريح ومستقل بهذه الجريمة بل اكتفى المشرع الفرنسي في مادته 227-17 المعدلة للمادة 357-1 التي تضمنت هذه الجريمة فقرتها الثالثة ،بإدراجها تحت جريمة التخلي عن الواجبات العائلية التي تطرقنا لها في الفرع الأول فلا داعي لإعادتها هنا راجع : . - P. Malibert : **Soustraction D Un Parent A Ses Obligations Légales** , op. cit., pp 1 et

[3] – حيث جاء فيها :" – أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحدا أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم، بأن يسيئ معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم ..."

[4] – سعد عبد العزيز، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 21 .

البند الأول : مكونات الجريمة

تقتضي هذه الجريمة توفر ركنين لها هما الركن المادي والمعنوي .

أولا- الركن المادي :

يقوم الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي للأبناء على عناصر ثلاث هي :

1. صفة الأبوة والأمومة : بمعنى أن تتوافر في الولي الجاني الصفة الشرعية التي تربطه بالولد الضحية ، بأن يكون أبا شرعيا أو أمًا حقيقية[1] ؛ وهو ما يعني استبعاد الأولاد الذين كانوا نتيجة علاقة آثمة ، أو تبن (مادة 46 أسرة جزائري)، كما لا يدخل في مفهوم الضحية هنا الولد الذي استفاد من الكفالة(المادة 116 قانون الأسرة) رغم حيازته على نسب الكافل[2].

2. أعمال الإهمال أو الإساءة وهي التي نصت عليها المادة 330 في بندها الثالث على سبيل التمثيل حيث يمكن أن تأخذ طابعا ماديا أو أدبيا :

أ)- أعمال ذات طابع مادي : وتتمثل عادة في أمرين : الأول يتعلق بإساءة معاملة الأبناء ، سواء كان ذلك بالضرب المفرط الذي قد يصل حد التعذيب ، أم بالحبس والقيد داخل البيت . وأما ثانيهما فيرتبط بإهمال الرعاية والتي يكفي معها تجويع الأبناء ، أو إهمال علاجهم بعدم عرضهم على الطبيب ، أو شراء الدواء لهم ، مما من شأنه أن يعرض صحتهم لخطر جسيم .

ب)- أعمال ذات طابع أدبي : ومجال هذه الأعمال أوسع بكثير من قرينتها السابقة ، كونها تتعلق أكثر بالجانب الخلقي والأمن النفسي للأبناء وصورها تعدو عن الحصر ، غير أن المادة 330 صنفتها في شيئين اثنين : أولهما القدوة السيئة ، حيث يمكن أن يكون الأب أو الأم مثلا سيئا للأولاد بالاعتياد على السكر ، أو السلوك الأرعن ، أو الانحلال الخلقي . وثانيهما يتمثل في تنصل الوالدين من واجب الإشراف على الأولاد وتربيتهم وتوجيههم ومراقبتهم .

---

[1] - سعد عبد العزيز، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع نفسه، ص 21 .

[2] - أحسن أبو سقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ،ج1 ، ص 158 .

هذا ويجب في أعمال الإساءة للأولاد – أدبيها وماديها – أن تتسم بالتكرار وهو ما يقتضيه تعريض صحة الأولاد منهم وخلقهم للخطر ،كما هو واضح من السياق العام للمادة 330 [1].

3. **الخطر الجسيم** : حيث لابد أن ينجم عن أعمال الإهمال والإساءة من الأبوين ضرر حقيقي وخطر جسيم على مستوى صحة أو أمن أو خلق الأولاد ، غير أن قانون العقوبات لم ينص على المعيار المعتمد في تحديد جسامة الضرر من عدمها ، وهو ما يوسع من السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في هذا الشأن [2].

فإذا ما تقرر لديه أن موضوع الدعوة من الجسامة بمكان يجعل معه صحة الأبناء ،أو أمنهم ، أو خلقهم محل تهديد فإنه يحكم بقيام الجريمة ، سواء أدى ذلك إلى إسقاط السلطة الأبوية للمتهم أم لا.

ثانيا الركن المعنوي :

أغفل المشرع النص على وجوب توفر النية الجرمية للولي المتهم بجريمة الإهمال المعنوي للأولاد ، إذ يفترض به أن يكون مدركا للمخاطر التي قد تنجم عن إخلاله بأداء التزاماته الأسرية اتجاه أبنائه[3].

البند الثاني الجزاء :

إذا ما توافرت لجريمة الإساءة أو الإهمال المعنوي للأولاد عناصرها السابقة كاملة فإن المتهم – بموجب المادة 330 – يكون موضوع الجزاء التالي :

- الحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة تتراوح مابين 500 إلى 5000 دج .
- وهذا فضلا عن أنه يجوز – بنص المادة 330 – أن يعاقب بصفة تكميلية بالحرمان من الحقوق الوطنية من سنة إلى خمس سنوات .

---

[1] – أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، المرجع نفسه، ج1 ،ص 152 .

[2] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق، ص 23 .

[3] – أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ،ج1 ، ص 153.

المطلب الثاني :الجرائم الماسة بجسم وعرض القاصر:

سعى المشرع عبر الحماية الجنائية التي يوفرها للقاصر إلى تأكيد حقه في سلامة جسمه وعرضه، لا سيما إذا كان الجاني ممن يفترض به أن يحميه ويحوطه ويصونه من كل خطر محدق قد يمسه بضرر ما ، وذلك من خلال وضع ضوابط محددة للتجريم عبر محورين هما :

أولا: تناول الأفعال الجرمية التي من شأنها الإخلال بالسير الوظيفي والفسيولوجي لجسم القاصر و أعضائه. ورتب عليها جزاءات تتوافق مع النتيجة الضررية الماسة بسلامة الجسم ، عبر تجريمه لقتل الأطفال ، وأفعال الضرب، والجرح ،والإهمال التي لها أبلغ الضرر على صحة القاصر .

ثانيا :تجريم الأفعال التي تتضمن انتهاكا لشرف وسمعة القاصر والتعدي على حرمته الجنسية كالاغتصاب، وهتك العرض . فضلا عن التصدي لاستغلال الأطفال جنسيا ، وتزيين الفساد لهم، وإعانتهم عليه .

ودراستنا لهذين المحورين تستوجب علينا إتباع الخطة التالية :

الفرع الأول :الجرائم الماسة بجسم القاصر

البند الأول : قتل الوليد

البند الثاني : ترك القصر وتعريضهم للخطر

البند الثالث : العنف ضد الأطفال

الفرع الثاني :الجرائم الماسة بعرض القاصر

البند الأول : الفاحشة بين الأصول والفروع

البند الثاني : تحريض القصر على الفسق والدعارة .

الفرع الأول : الجرائم الماسة بجسم القاصر

البند الأول : جريمة قتل الوليد

اقتبس المشرع الجزائري نص تجريم قتل الأطفال حديثي عهد الولادة من طرف الأمهات ، باعتبارها جريمة مستقلة ، من القانون الفرنسي القديم (المادة 302 عقوبات فرنسي) . غير أن الصياغة الجديدة

للمادة 221-2/4 [1] من ذات القانون ألغت ذلك وجعلت هذه الجريمة مجرد ظرف مشدد ضمن جريمة القتل العمدي ، بعدم اعتبار الأمومة ظرفا مخففا ، مساوية في ذلك بين الأم والأب في المساءلة الجنائية .

أولا- أركان الجريمة الأولية :

تتطلب جريمة قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة شروطا خاصة لكل من الضحية والجاني :

1. صفة الضحية :اشترط التشريع الجنائي الجزائري في الضحية أن تكون حياتها متحققة . ويقع عبء إثبات ذلك على النيابة العامة [2] . كما اشترط ذات القانون أن يكون الطفل حديث عهد بولادة ، وإلا فان أساس الجريمة سينتفي ؛ إذ نصبح أمام جريمة قتل عمدي تبعا للحالات المنصوصة بالقانون العام . ولا يتفق المشرع الفرنسي في ذلك ، حيث يمكن للجريمة أن تقوم ، حسب المادة 221-4 ، مادام الضحية لم يبلغ سن 15 سنة .

وليس مهما بعد ذلك أن يكون الابن شرعيا أو غير شرعي بما أن الأمومة متوافرة[3] .

2. صفة الجاني : يشترط القانون الجزائري في الجاني وجود رابطة أمومة حقيقية ، تربطه بالمولود حتى تستفيد من ظرف التخفيف. والذي سوف لن يشمل الأب حتى لو كان مجرد مساهم ، أو مشارك في الجريمة ، بخلاف التشريع الفرنسي الذي لا يرى فرقا بين الأب والأم في المساءلة الجزائية [4] .

ثانيا- الأركان الأساسية للجريمة :

1. الركن المادي : تتطلب هذه الجريمة إزهاق روح المولود باعتداء مميت على شخصه ، سواء كان ذلك بفعل مادي ايجابي أو سلبي [5] ، حيث تتوجه فيه نية الجاني إلى تحقيق هدف قتل هذا الوليد . وليس

---

[1] - H. Angevin : **Atteintes Volentaire A La Vie** , juris- Classeur , France , 2000 , pénal , art. 221 –1 à 221- 5 , p 7, par 16.

[2] – بن شيخ لحسين ، **مذكرات في القانون الجزائي الخاص**، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 2000 ، ص 34 .

[3] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 92 .

[4] - H. Angevin : **Atteintes Volentaire A La Vie** , op. cit., p4 , par , 195.

[5] – تثير الجريمة الايجابية بطرق الامتناع أو الترك جدلا حادا بشأنها في الفقه الفرنسي ، غير أن التشريع الجنائي—رغم النداءات المتكررة للمؤتمرات الدولية بضرورة مراعاة حد أدنى من التنظيم لها – ما زال مصرا على اعتبار استحالة وقوع هذا اللون من الجرائم بمجرد امتناع أو ترك بسيطين !! انظر: - H. Angevin: **Atteintes Volentaire A La Vie**, op. cit., p 8 . par 31.

ثمة ضرورة لاشتراط وسيلة ما في اقتراف هذه الجريمة ، ما دامت صالحة بطبيعتها ، أو بالكيفية المستخدمة بها لإحداثها كاملة . [1]

2. **القصد الجنائي** : قتل الوليد جريمة عمدية بالدرجة الأولى ، فهي تفترض ابتداء توافر نية دائمة تبغي إزهاق روح المولود [2] والتي لا بد لها هنا من دليل يثبت وجود ها لدى الجاني .لأن انعدامها يعني أن الجريمة هنا قتل خطأ ، وكثيرا ما يثور الشك بشأن توافر النية في حالات الامتناع السلبي ، وهو ما يجعل عبء الإثبات على النيابة العامة استنادا إلى الخبرة الشرعية[3] ، والقرائن المتوفرة [4] .

ثالثا - الجزاء :

نصت المادة 261 عقوبات جزائري على أن الأم التي تقترف جريمة قتل مولود حديث عهد بالولادة تستفيد من تخفيف العقوبة الأصلية المنصوص عليها في ذات المادة وهي الإعدام إلى السجن المؤقت من10 إلى 20 سنة .

في حين ألغي هذا الامتياز من القانون الفرنسي ، حيث أضحت العقوبة حسب المادة 221 -4/ 1 هي السجن المؤبد مع الإشغال الشاقة أيًا كان الجاني .

البند الثاني : جريمة ترك القصر وتعريضهم للخطر

تعد جريمة ترك القصر في مكان خال وتعريضهم للخطر من طرف الأبوين أحد أخطر الجرائم التي تكشف ، في صفاقة تامة ، التخلي الصارخ عن كافة الالتزامات الأبوية تجاه الأبناء القصر .كونها تمس بصفة مباشرة صحة القاصر وتعرضه للخطر المحقق ، مما قد يصيبه بعجز جسدي ، أو عيب عضوي ، أو عاهة مستديمة ، وقد تفضي به إلى الموت . ولذا فلا غرو أن يخصص لها المشرع الجزائري قسما مستقلا يحوي في جزئه المختص بالآباء ستة نصوص هي المواد 314...319 تقابلها المادتين 227-1 227-2 عقوبات فرنسي [5] .

---

[1] – فتوح الشاذلي ، **شرح قانون العقوبات** ، القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، ص 473 .

[2] - H Angevin : **Atteintes Volentaire A La Vie**, op. cit., p 11 , par 48 .

[3] – بن شيخ لحسين ، **مذكرات في القانون الجزائي الخاص**، المرجع السابق ، ص 35 .

[4] - Cass. crim., 2000 , 1955 – Cass. crim., 5 fev . 1957 – Cass. crim., 9 janv. 1990 - Cass. crim., 6 janv. 1993 : H. Angevin : **Atteintes Volentaire A La Vie** , op. cit., p 12 , par 62 .

[5] – خصص المشرع الفرنسي لهاته الجريمة – هو الآخر قسما خاصا هو الأول في باب " الاعتداءات على القصر والأسرة " ويحوي المادتين 227-1و 227-2 .حيث تنص الأولى على أن :

"Le délaissement d' un mineur de quinze ans eu lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 105000 EU d' amande , sauf si les circonstances du délaissement ont permis d' assurer la santé et la sécurité de=

أولا- العناصر الأولية لجريمة ترك القصر :

تتطلب جريمة ترك القصر صفة خاصة في الضحية والجاني :

1. الضحية المتروك : اشترطت المادة 314 عقوبات جزائري في الضحية أن يكون غير قادر على حماية نفسه بنفسه ،كونه صغير السن ، أو لأن عاهة ، أو عيبا أصابه في جسمه أو عقله [1] . على أن ذات المادة لم تحدد هذا السن بحد معين بخلاف التشريع الفرنسي الذي يشترط في نظامه العقابي الجديد أن لا يتعدى سن القاصر 15 سنة ، وهذا حفاظا على الانسجام بين النصوص العقابية الأخرى . فضلا عن أنه خصص للعاجزين ، بسبب عاهة أو عيب ، نصوصا منفصلة عن القصر (المواد 223-3 223-4)[2] .

2. التارك أم أو أب : اشترطت المادة 315 عقوبات جزائري أن تربط المتهم بالضحية رابطة أبوة أو أمومة شرعية ، تخوله بالتالي ممارسة السلطة بكل ما تفرضه من التزامات الرقابة والحراسة والإشراف على الضحية ؛ مما يعني أن ارتكابه لمثل هذه الجريمة يُعد خرقا واضحا لهذه الالتزامات ، وهو ما يستوجب العقاب .

ثانيا- الأركان الأساسية للجريمة :

الركن المادي :يقوم الركن المادي لجريمة ترك الآباء لأبنائهم القصّر على اشتراط اقتراف الجاني لفعل مادي مخصوص .

1. الفعل المادي : ويأخذ أحد الصورتين التاليتين :

أ)- **فعل الترك والتعريض**[3] : وهو عبارة عن فعل مادي موجب ؛ يتمثل في نقل القاصر من مكانه الاعتيادي الآمن إلى مكان أخر ، ثم يتركه هنالك مما يعرضه للخطر، بغض النظر عن حالة القاصر

=celui–ci ."

في حين تنص الثانية على : " Le délaissement d'un mineur de quinze ans qui a entraîné mutilation ou une infermité permanente de celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle .
Le délaissement d'un mineur de quinze ans suivi de la mort de celui-ci est puni de trente ans de réclusion criminelle."

[1] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 34 .

[2] - F. Dreifuss –Netter : **Délaissement De Mineur** , Juis–Classeurs , France , 2001, **Pénal** , Art. 227 –1 et 227-2, fasc. 1010, pp 4 et 5 , par 17 et 18 .

[3] – كان النظام الفرنسي يقتضي توافر الترك مع التعريض ، غير أنه ومع إصلاحات 1898 أصبح يكفي توافر أحدهما لقيام الجريمة ،ثم تخلت المادة 227- 6 في التعديل الأخير عن مفهوم التعويض واكتفت بالترك وحده انظر : -

والوسيلة المستعملة في ذلك [1].

ب)- **حمل الغير على الترك أو التعريض** : حيث تعتبر إحدى صور التحريض . وهي مجرمة تماما كما لو تم الفعل من المحرض نفسه [2].

2. الركن المعنوي : ويتمثل هنا في النية الجرمية بعدم القيام بالعناية التي تفترضها رقابة القاصر . غير أن القصد الجنائي يفقد الكثير من قيمته ، إذا ما علمنا أن خطورة الجريمة مرتبطة أساسا بالضرر الذي ينجم عنها . ويبقى للظروف المحيطة وحدها سلطة تقدير درجة هذا الخطر ، إذا ما استثنينا – طبعا توجه النية إلى قتل القاصر عبر هذه الجريمة ، لأننا سنكون حينها بصدد قتل أو اغتيال مقصودين[3].

ثالثا- الجزاء :

1. العقوبة الأصلية : تتحكم في شدة العقوبة – حسب المشرع الجزائري – ظروف ثلاث هي : طبيعة المكان وصفة الفاعل والأضرار التي يمكن أن تنجم عن الجريمة .[4] وبما أن دراستنا هنا مقصورة عن الأبوين دون سواهما ، فسنعمد إلى بحث تأثير علاقة صفة الفاعل أو الجاني على الظرفين المشددين الآخرين في المحاور التالية :

أ – طبيعة المكان : ونفرق هنا بين جريمة الترك فيما إذا كانت في مكان خال أم مكان مأهول . ويخضع معيار التفرقة بينهما لمحددات مكانية ، وفصلية ، وزمانية بحسب ما تفرضه العادة :

- - F. Drerfuss- Netter : **Délaissement De Mineur** , op. cit., p 4 , par 8 et 9 .

[1] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 33 .

[2] – أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، المرجع السابق ، ج 1، ص 187 .

[3] – رينيه غارو ، **موسوعة قانون العقوبات العام والخاص** ، منشورات الحلبي الحقوقية.لبنان، دت ،ج 7، ص 258 و259 .

[4] – مع صدور قانون العقوبات الفرنسي الجديد ألغت المادة 227 – 1 الظرفين المشددين المتعلقين بمكان وفاعل الجريمة ، إذ لم يعد مجرما لدى التشريع الفرنسي ترك الطفل في ظروف تسمح بضمان صحته وأمنه أيا كان المكان الذي ترك فيه ، فضلا عن أن الاتفاق الفقهي كان منعقدا بشأن معاقبة كل شخص اقترف مثل هذه الجريمة، له على القاصر مسؤولية ما ، بغض النظر عن صفته أبا أو أما أو معلما...، وهذا ما أعطى تبسيطا ووضوحا كبيرين على مستوى المساءلة الجزائية و ملخصه :

– في غياب الإصابة بتتر أو عاهة مستديمة يكون عقاب الترك هو السجن 7 سنوات مع غرامة قدرها 100000 أورو(المادة 227-1) .

– السجن 20 سنة مع الأشغال الشاقة في حالة الإصابة بإحدى هذه الأضرار (المادة 227-2) . وفي حال الوفاة فإنه يستوجب رفع العقوبة إلى السجن 30 سنة مع الأشغال الشاقة (المادة 227- 2) .

1) **جريمة ترك قاصر أو عاجز في مكان خال:**

يعاقب الأب أو الأم لمجرد فعل الترك ، أو التعريض للخطر ، أو حمل الغير على ذلك بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات (المادة 1/315) . وتشدد العقوبة بحسب النتيجة الضررية على النحو التالي :

- إذا نشأ عن الترك أو التعريض مرض ، أو عجز كلي لمدة عشرين يوما فإن العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات (المادة 315 /2) .

- إذا حدث للقاصر أو العاجز بتر ، أو عجز في أحد أعضائه ، أو أصيب بعاهة مستديمة فالعقوبة هي السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة (المادة 3/315) .

- إذا نجم عن الجريمة موت فإن الجزاء يكون بالسجن المؤبد (المادة 4/315) .

2) **جريمة ترك القاصر أو العجز في مكان غير خال :**

بموجب المادة 317 تكون العقوبة الأولية للأبوين المدانين بجريمة الترك في مكان غير خال هي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين (المادة 1/317) . وفي حال نتج عن الجريمة مضاعفات جسيمة فإن العقوبة هي :

- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات إذا نشأ عن الترك مرض ، أو عجز كلي لمدة عشرين يوما. (المادة 2/317).

- السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات إذا أصيب القاصر أو العاجز بعاهة مستديمة ، أو حصل له بتر ، أو عجز في أحد أعضائه (3/317) .

- السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا أدت هذه الجريمة إلى الموت (المادة 4/317) .

فإذا اقترنت بالجريمة نية القتل ونجم عنها موت القاصر فإن العقوبة تصبح السجن المؤبد حسب نص المادة 2/263 ، أو الإعدام بموجب المواد 261 ،262 ،1/263 إذا اقترنت بسبق إصرار ، أو ترصد ،أو إذا صاحبتها أو تلتها أو سبقتها جناية أخرى (المادة 318).

2. العقوبة التبعية :

يجوز الحكم على الجاني – كعقوبة تكميلية – الحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 عقوبات جزائري من سنة إلى خمس سنوات ، وهذا في حالة ما إذا قضي على الجاني بعقوبة جنحة فقط طبقا للمواد :314 ..317 من ذات القانون (المادة 319) .

وبالمثل نصت المادة 272 - 29 عقوبات فرنسي على معاقبة جريمة الترك بالعقوبات التكميلية ذاتها المنصوص عليها سابقا ،مع الملاحظة بأنها لم تفرق بين كون الجريمة بسيطة أو مشددة[1].

البند الثالث : جريمة العنف ضد الأطفال

جرم التشريع الجنائي الجزائري ، بنص المادة 269 (و المواد 227-15 و227-16 و227-17 عقوبات فرنسي) ، كل الأفعال التي من شأنها المساس بجسم وصحة القاصر سواء كانت جرحا، أو ضربا ، أو منعا للطعام ، أو حجبا للعناية والإشراف ، مما قد يعرض صحة الضحية لضرر محقق. وشدد العقوبة في ذلك إذا كان الجاني مكلفا برقابة الضحية وتربيته على نحو ما سنبينه هنا :

أولا- أركان الجريمة :

يشترط لقيام جريمة العنف على الأبناء توافر الأركان التالية :

1.الركن المادي : يأخذ الفعل المادي لجريمة العنف ضد الأطفال إحدى الصورتين التاليتين :

أ)- الضرب والجرح : ويراد بالضرب في العرف الاصطلاحي الجنائي كل" ضغط مادي على الجسم لا يؤدي إلى إحداث قطع فيه أو تمزيق لأنسجته"[2] أما الجرح فهو" كل قطع أو تمزيق في الجسم أو أنسجته" [3].

ولا يشترط هنا أن يكون الضرب أو الجرح على درجة معينة من الجسامة [4] ، بحيث يفوق الإيذاء الخفيف الذي يدخل في حق التأديب المسموح به للأبوين[5] . كما لاعبرة بالوسيلة المستخدمة في ذلك [6].

ب. الحرمان من الطعام أو العناية : ويدخل في هذا عدم الكفاية الغذائية أو الصحية على مستواها

---

[1] - F. Dreifuss-Netter : **Délaissement De Mineur** , op. cit., p 7, par 47 .

[2] - فتوح عبد الله الشاذلي ، **شرح قانون العقوبات** ، المرجع السابق ، ط 96 ، ص209 .

[3] - هلالي عبد اللاه أحمد ، **شرح قانون العقوبات** ،القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ط 1 ، 1988، ص 419.

[4] - حيث يندرج ضمن مفهوم الضرب الصفع باليد ، أو الركل بالقدم ، أو القرص . ويكون من قبيل الجرح الرضوض ، والتسلخات ، والحروق، والكسور ، والسحجات انظر : فتوح عبد الله الشاذلي ، **شرح قانون العقوبات** ، المرجع السابق ، ص 209 و210 – هلالي عبد اللاه أحمد ، **شرح قانون العقوبات** ، المرجع السابق ، ص419.

[5] - سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص101 .

[6] - J. M. Gonnard : **Violences** , Juris –Classeur , France , 1999, Pénal , Art. 222-7 à 222-16. fasc. 10 , pp 4 et 5 .par 15....25.

الكمي أو النوعي ، على نحو يعرض صحة القاصر إلى خطر جسيم ومحقق ؛ مما يعني أن هنـــاك ارتباطـــا وثيقا بين الفعل المجّرم الذي يأخذ صورة الامتناع السلبي ، ونتيجته التي لا تظهر في العادة إلا بعد التدهور الفعلي لصحة القاصر [1] ، الذي يمثل بدوره مدار التجريم وأساسه [2] .

رغم ذلك لم تبين النصوص العقابية ما المقصود بتعريض صحة القاصر للضرر، الأمر الـــذي جعـــل سلطة تقدير ذلك موكولة لقاضي الموضوع ، في ضوء النتيجة الحاصلة والمثبـــتة بـــشـــهادة طبيـــة ، أو بتقرير الخبرة. وليس ثمة ضرورة لأن يدوم الفعل المادي للـــجريمة – بصوره – مـــدة معينة ، بل يكفـــي وقوعه مرة واحدة ليتعرض الولي الجاني للمساءلة الجنائية .

2. صفة الضحية : تفترض جريمة الاعتداء على الأبناء بالضرب والجرح – لتتميز عن نظيرتها العادية– أن يكون المجني عليه صغير السن ، وهي المرحلة التي تكون فيها الحماية الجنائية ضرورية . غير أن المشرعين اختلفا في تقديرها حيث حددها المشرع الفرنسي بخمس عشرة سنة (المـــادة 227- 15)، ورفعهـــا التشريع الجنائي الجزائري إلى ست عشرة سنة (المادة 269) . وهي بالتالي لا تشمل من فاق هذه السن ولو كان ممن تعجزه حالته الجسدية والعقلية عن حماية نفسه [3].

3. صفة الجاني :لابد أن يكون الجاني من أصول الضحية ، وأن تربطه به رابطة أبوة أو أمومة شرعية حسب التشريع الجزائري ، فضلا عن الأبوة الطبيعية أو التبني بالنسبة لقرينه الفرنسي ، غـــير أن القـــانون الفرنسي لا يزال يعتبر أن توافر صفة الأبوة أو الأمومة في الجاني هي أحد الظروف المـــشددة ، وليـــست ركنا في الجريمة كما سنرى في جزاء جريمة العنف [4].

4. الركن المعنوي : تكتسي هذه الجريمة صبغة عمدية ؛ تلعب فيها النية والقصد دورًا بارزًا ، يتجلى أكثر في الفعل المادي ، الموجب ، المتوجه إلى ضرب أو جرح الابن . غير أنه يكون شبه خافٍ في الفعـــل

---

[1] - P. Roman : **Privation D'Aliments Ou De Soins Envers Un Mineur** , Juris– Classeur , France , 1995 , Pénal, Art. 227-15 et 227-16, p 5 , par 15 .

[2] - CA Paris , 15 juin 1951- CA Roman ,27 oct. 1954: P. Roman : **Privation D'Aliments Ou De Soins Envers Un Mineur** , op. cit., p 5, par 71 .

[3] – بن شيخ لحسين ، **مذكرات في القانون الجزائي الخاص**، المرجع السابق ، ص 77.

[4] – خالف المشرع الفرنسي هذا المسار في جريمة الحرمان من الطعام و العناية الصحية انظر:

- P. Roman : **Privation D'Aliments Ou De Soins Envers Un Mineur** , op. cit., p 5, par 60.

السلبي [1]، وهذا ما يجعل الحاجة ملحة لاستجلائه ، عبر الاستنجاد بالظروف والملابسات التي صاحبت هذا الفعل وفيما إذا كان مّرده التهاون والإهمال أم لا[2] .

ثانيا- الجزاء :

تعاقب المادة 272- عقوبات جزائري الأب أو الأم التي تعتدي على أحد الأبناء، بحسب الأحوال ، بالجزاءات التالية :

1- في حال ضرب ، أو جرح ، أو منع من الطعام أو العناية ، أو أحد أعمال التعدي ، أو الأعمال الأخرى يكون العقاب هو:

- الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات وبغرامة مالية تتراوح مابين 500 إلى 6000 دينار جزائري .

أما المشرع الفرنسي فيعاقب على ذات الأفعال بالسجن عشرين سنة (المادة 222-3) . باستثناء المنع من الطعام أو العناية ، التي يرفع عقوبتها باعتبارها جريمة مستقلة ، إلى : ثلاثين سنة سجنا وبغرامة قدره 30000 أورو (المادة 227-17) .

2- إذا تسبب فعل التعدي في مرض ، أو فقدان للحركة[3] ، أو عجز كلي عن العمل لأكثر من 15 يوم ، أو إذا اقترن الفعل بسبق إصرار وترصد فالعقوبة هي :

- السجن المؤقت من خمسة إلى عشر سنوات حسب البند الثاني من المادة 272 عقوبات جزائري.

أما القانون الفرنسي فيعاقب على أعمال العنف التي تؤدي إلى عجز كلي لمدة ثمانية أيام فأكثر بالسجن سبع سنوات وبغرامة قدرها 100000 أورو (المادة 222 -12) .

3- إذا نجم عن الوقائع السابقة فقد عضو ، أو بتره ، أو الحرمان من استعماله ، أو فقد بصر ، أو عاهة مستديمة ، أو وفاة دون القصد بإحداثها فإن الجزاء هو :

- السجن المؤبد ، في حين تعاقب المادة 222 -10 عقوبات فرنسي على ذات الوقائع ، بشرط عدم حصول الوفاة ، بالسجن 15 سنة مع الأعمال الشاقة . وإذا كانت الوقائع ناجمة عن أعمال اعتيادية فإن العقوبة ترفع إلى عشرين سنة (المادة 222 -2/14) ، وإلى ثلاثين سنة إذا كانت ناجمة عن تعذيب أو أعمال وحشية .

---

[1] - سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص101.

[2] - إذا ثبت انعدام القصد الجنائي بسبب إهمال أو تهاون فإن الجاني يبقى متابعا جنائيا لكن عن جريمة الإهمال العائلي .

[3] - اندثر مفهوما المرض وفقدان الحركة كمشددين لعقوبة العنف ، إذ لم يعد لهما وجود في التعديل الجديد لقانون العقوبات الفرنسي بعد إلغاء المادة 1/309 .

4- إذا تسبب فعل التعدي في الوفاة سواء كانت مقصودة أم لا فإن العقوبة هي:

- الإعدام حسب الفقرة الرابعة من المادة 272 عقوبات جزائري . والسجن ثلاثين سنة حسب الفقرة الثانية من المادة 222-8 عقوبات فرنسي .

الفرع الثاني : الجرائم الماسة بعرض القاصر

تعتبر الأفعال الجرمية التي تتضمن انتهاكا لشرف وسمعة القصر ، والتعدي على أخلاقهم ، و حرمتهم الجنسية باستغلالهم ، وتزيين الفساد لهم ، وإعانتهم عليه من أفضع وأبشع الجرائم التي تصيب كيان الأسرة في مقتله ، فهي تشكل ضربة قاصمة لروابط الحنان و أواصر الرحمة التي زرعتها الفطرة بين الآباء وأبنائهم وتعصف بأخلاق الأولاد وأمنهم النفسي .

وهذا ما حدا بالتشريعات المعاصرة إلى إبداء التشدد كله تجاه الآباء الجناة ، حيث تقضي عليهم فيها بأقصى الجزاءات ، على نحو ما سنبحثه هنا بالنسبة للتقنينين الجزائري والفرنسي . وسيقتصر بحثنا هنا على بعض هذه الجرائم التي تشترك في ذات الموضوع والهدف . وعليه فسيكون نهج الدراسة كالتالي :

البند الأول : جريمة الفاحشة بين الأصول والفروع

البند الثاني : جريمة تحريض القصر على الفسق والدعارة

البند الأول : الفاحشة بين الأصول والفروع

عرفت المادة 337 مكرر ، المنشاة بالأمر رقم 75-47 ، الفاحشة بين المحارم بأنها كل علاقة جنسية تقع بالتراضي الصريح بين شخصين تربطهما رابطة المحرمية . وقد حددت الأشخاص الذين يمكن اعتبارهم محارم في بنود ستة ، وسوف تقتصر دراستنا على البند الأول منها والمتعلق بالفاحشة بين الأصول وفروعهم .

هذا ويبدي المشرع الفرنسي اختلافا واضحا بشأن هذه الأفعال الجرمية ، وبعد تعديلات 1995 ، لا سيما ما تعلق منها بأركان الجريمة ، وظروفها المشددة التي أضحت مرتبطة أساسا بالفئة العمرية للقاصر على نحو ما نصت عليه المواد : 227-25 ، 227-26 ، 227-27 من قانون العقوبات ، وسيتضح هذا جليا مع دراسة أركان الجريمة .

أولا- الأركان الأساسية لجريمة الفاحشة بين الأصول والفروع :

تتطلب هاته الجريمة وجود علاقة قرابة تربط مقترفي الفعل المادي الفاحش ببعضهما كما سنبينه هنا :

1. علاقة القرابة : تشترط جريمة الفاحشة بين الآباء وأبنائهم أن تتم العلاقة الجنسية بين أفراد عائلة واحدة ، تربطهم ببعضهم علاقة قرابة محرمية ، والتي لن تكون هنا إلا أبوة شرعية، أو أمومة حقيقية سواء كانت نسبية أم رضاعا بحسب أسباب التحريم المذكورة في المواد : 24، 25، 27 من قانون الأسرة الجزائري فضلا عن القرابة الطبيعية أو التبني حسب التقنين الفرنسي .

غير أن ثمة فارقا واضحا بين التشريعين بشأن استقلالية هذه الجريمة ، حيث يعتبر القانون الجنائي الفرنسي – ابتداء – هذه القرابة مجرد ظرف مشدد لجريمة الاعتداء الجنسي على القصر دون عنف (المادتين 227-25، 227- 26) ، إلا إذا كان سن القاصر ما بين 15 و 18 سنة حسب نص المادة 227-27-1 ، التي تحصر هاته القرابة في الأصول فقط دون غيرهم من القرابات الأخرى .

2 . الفعل المادي الفاحش : يمتد هذا الركن- بإجماع المشرعيْن- ليشمل كل العلاقات الجنسية بأنواعها ، سواء كانت وقاعا طبيعيا بإيلاج عضو الذكر في فرج أنثى ، أو كانت لواطا ، أو سحاقا ، أو حتى مجرد دلك . كما لا يشترط لهذه العلاقة أن تكون تامة ، وهذا يقودنا إلى استنتاج مفاده أن هذه الجريمة يمكن أن يكون منفذوها من جنس واحد أو من جنسين مختلفين .

وأيا ما كان الأمر فلا بد أن تتم هذه العلاقة برضا مقترفيها الكامل والصريح ، لأن انتفاء رضاهما أو رضا أحدهما بسبب إكراه ، أو تهديد ، أو تحايل سيجعل الوصف الجرمي اغتصابا ، أو فعلا مخلا بالحياء مع العنف بحسب الوقائع والأحوال .

3 . القصد الجنائي : لا بد في جريمة زنا المحارم أن يكون مرتكباها على وعي تام ، ودراية أكيدة بالقرابة المحرمية التي تربطهما ببعضهما ، والتي من شأنها أن تجعل من هذه المواقعة فعلا غير مشروع . فإذا انتفى هذا العلم ، أو لم يكن بالوسع معرفة ذلك فإن القصد الجنائي ينتفي هنا ، وتنتفي معه بالتالي الجريمة بشرط إثبات هذا الجهل بالقرائن والأدلة القانونية .

ثانيا- الجزاء: يكون الجزاء الجنائي- بالنسبة للمشرع الجزائري – لجناية الفاحشة بين الأصول والفروع هو:

– السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة ، غير أن عقوبة الذي لم يتجاوز 18 سنة ستكون أخف من عقوبة وليه الراشد ، حسب الفقرة الثالثة من المادة 327 مكرر عقوبات جزائري .

– إسقاط السلطة الأبوية بقوة القانون عن الولي الجاني بموجب الفقرة الأخيرة من ذات المادة.

في حين فرق التشريع الفرنسي الجنائي بالنسبة لهاته الجريمة بين حالتين :

– الأولى تتعلق بالقاصر دون الخامس عشرة سنة حيث ترفع العقوبة درجة واحدة إذا كان الجاني أبا أو أما ، بحيث تصبح السجن عشر سنوات مع غرامة قدرها 150000 أورو (227- 26).

– بينما تتعلق الثانية بالقاصر الذي تتراوح سنه ما بين 15 و 18 سنة حيث تكون العقوبة السجن سنتين مع غرامة قدرها 30000 أورو (227-27).

وفي كلتا الحالتين لا تشمل العقوبة سوى الآباء دون أبنائهم القصر . باعتبار أن ما وقع وإن كان – ظاهريا – قد تم برضاهم ، غير أن القانون لا زال يُكيفه على أنه اعتداء معنوي على إرادة ونفسية الأطفال القصر.

البند الثاني :تحريض القصر على الفسق والدعارة

تكتسي هذه الجريمة أهمية كبيرة بالنسبة لقانون العقوبات باعتبارها تمس بصفة مباشرة خلق وعرض القاصر . ولا أدل على ذلك من أن المشرع الجزائري خصص لها – هي الأخرى – قسما كاملا في المواد 342..348 ، في حين كرس لها المشرع الفرنسي المادة 227-22 [1] من قانون العقوبات الجديد.

أولا- العناصر المكونة للجريمة :

قبل المُضي في بحث وعرض العناصر المادية والمعنوية للجريمة ، يجب سكب شيء من الوضوح على طبيعة شخص مرتكب الجريمة ، وضحيتها ، وما يجب أن يتوافر فيهما من صفات :

1. **صفة الجاني** : لما تعلق الأمر هنا بإحدى الجرائم المخلة بالتزامات السلطة الأبوية ، فلن يعنينا من صنف المجرمين سوى الأبوين ، اللذين يعتبران ظرفا مشددا لجريمة التحريض على الفسق والدعارة بموجب المادة 4/344 عقوبات جزائري والمادة 344 عقوبات فرنسي قديم ، غير أن المشرع الفرنسي تخلى عن هذا الظرف في تعديله الجديد ، و أضحى مفهوم سن الجاني أقل أهمية عنده ، فسيان كان المتهم قاصرا أم لا تبقى الصفة الجرمية قائمة بحقه[2] .

2. **صفة الضحية** : المجني عليه في جريمة التحريض على الفسق والدعارة لن يكون إلا قاصرا دون 19 سنة بالنسبة لجريمة التحريض الاعتيادي ، و 16 سنة بالنسبة لجريمة التحريض العرضي بموجب المادة 342 عقوبات جزائري ، ودون 18 سنة بموجب المادة 388 مدني فرنسي .

---

[1] – هذه المادة نسخة معدلة عن المادتين 334 و 335 من القانون القديم (1810) المخصصتين لتجريم فعل التحريض ، أو التشجيع ، أو التسهيل في إفساد القصر تحت سن 21 سنة ، دون أن يأخذ صفة الجريمة المستقلة عن باقي جرائم الآداب العامة .وظل النقاش محتدما بخصوص ركنيها المادي وعقوبتها ، حتى جاء قانون العقوبات الجديد الذي أعطاها اسمها الحالي ، وقرر لها عقوبة أخف ، فضلا عن إلغاء ظرف الاعتياد ، على ما سيتبين في هذه الصفحات انظر :

- M. L. Rassat : **Fait De Favoriser La Corruption D'Un Mineur** , Juris-Classeur , France , 1996 , Pénal , Art. 227-22, p 2 , par 296 et 297 .

[2]- M.L. Rassat : **Fait De Favoriser La Corruption D'Un Mineur** , Ibid. , p 4 , par 8 .

والحكمة من حصر هاته الجريمة في القاصر- بغض النظر عن جنسه – هي سهولة إغوائه ، وإغرائه بسبب محدودية تفكيره ، وقصر نظره ، وسذاجة عقله .

3. الركن المادي : يأخذ الركن المادي لجريمة التحريض – حسب نص المادة 342 عقوبات جزائري ثلاث صور هي :

أ)– التحريض : ويتم بالتأثير في نفسية المجني عليه و إرادته فيخلق الجاني جريمة الإفساد في ذهن القاصر خلقا ، ويدفعه بتوجيه منه إلى الوجهة التي يبغيها الجاني ، على نحو يجعل نشاط الضحية مختلفا عن نشاط المحرض[1] .

ب)– التشجيع والتسهيل : تتضمن هذه الصورة كل فعل من شأنه تسهيل تنفيذ مبتغى المحرض، بكل وسيلة تقرب القاصر من فعل الجريمة وتعينه عليها ، كتعليمه طريقة ارتكابها ، أو مساعدته ببعض الوسائل المادية التي تتطلبها الجريمة[2] .

ويمكن أن يكون الركن المادي لهاته الجريمة نشاطا قوليا كما في الوعود أو النصائح ، وقد يأخذ صورة الفعل كما في تقديم هدايا ونحوها . ولا بد من الإشارة هنا إلى أن التحريم قائم فقط على الفعل المادي مجردا عن نتيجته ، فسيان حصلت النتيجة أم لم تحصل فالجريمة تبقى قائمة[3] .

4. الركن المعنوي : كما في كل جريمة لابد أن يكون القصد الجنائي لجريمة التحريض مبنيا على وعي تام بعواقب فعل التحريض المقبل عليه تجاه ضحية قاصر[4] . حيث تتوجه نيته إلى تحقيق هذا القصد بإفساد القاصر ، و تعريض أخلاقه للخطر . وليس على القاضي بعد ذلك أن يبحث عن دافع أو باعث هذه النية الجرميّة[5].

---

[1] – محمد صبحي نجم ، **شرح قانون العقوبات الخاص** ،المرجع السابق ، ص93 .

[2] – محمد صبحي نجم ، **شرح قانون العقوبات الخاص** ،المرجع نفسه ، ص 93.

[3] – عبد الحكم فوده ، **الجرائم الجنسية في ضوء الفقه وقضاء النقض** ،مكتبة الاشعاع الفنية ، مصر، د.ط ، 1997، ص 172 و173.

[4] – ما زال تعامل الاجتهاد القضائي الفرنسي مشوبا بكثير من الحذر بخصوص تمسك المتهم بخطئه في سن الضحية القاصر الذي ظنه راشدا ، حيث لم يعد مقبولا- كعذر معف من العقوبة – إلا في حال اثبت المتهم أن علمه كان مستندا إلى دلائل جدية ، ومن ذلك لم يعد كافيا الاعتذار بإيهام الجانب الجسماني للقاصر ، انظر :

- Cass. crim.4 janv. 1907 : M. L. Rassat : **Fait De Favoriser La Corruption D'Un Mineur**, op. cit., p 5, par 15

[5] – رينيه غارو ، **موسوعة قانون العقوبات العام والخاص** ، المرجع السابق ، ج7 ، ص 180 .

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي – فضلا عن القصد الجنائي العام – يشترط قصدا خاصا يتمثل في رغبة الجاني في إرضاء شهوات الغير لا شهواته هو ،لأن ذلك سيكون محل مساءلة على أساس جريمة أخرى ، غير التحريض حسب المادة 222- 23 عقوبات فرنسي[1].

ثانيا- الجزاء :

اعتبر البند الرابع من المادة 344 عقوبات جزائري أن ارتكاب أحد الأبوين لوقائع وصور التحريض المنصوص عليها في المادة 343 هو ظرف من الظروف المشددة ؛ وعليه فإن العقوبة ترفع إلى :

- السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة تتراوح ما بين 1500 إلى 15000 دج ، بعد أن كانت الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح ما بين 500 إلى 20000 دج.

في حين أن المشرع الفرنسي – ولأنه لم يشترط لفاعل هذه الجريمة أية صفة – فإن الجزاء واحد سواء كان المتهم من الأبوين أو من غيرهما وعليه فالعقوبة هي :

- السجن خمس سنوات مع غرامة قدرها 75000 أورو . وترفع العقوبة إلى سبع سنوات سجنا و100000 أورو إذا كان القاصر تحت سن خمس عشرة سنة (227-22) .

[1] - M. L. Rassat : **Fait De Favoriser La Corruption D'Un Mineur**, op. cit., p 5. par 13.

المطلب الثالث :الجرائم المتعلقة بالحضانة والحالة المدنية

تعتبر مرحلة الحضانة أولى وأهم المراحل التي يمر بها القاصر ، والتي تستوجب على الأبوين القدر الأكبر من الحماية للصغير ، وصيانته من كل خطر قد يتهدده . حيث من شأن أي إخلال بمسؤولياتهما أن يؤدي إلى نتائج غير مأمونة العواقب على أمن وصحة وخلق المحضون .

وعليه فقد اتجهت إرادة التشريع الجنائي الجزائري إلى التشدد مع الأبوين في ذلك باعتبارهما الحماة الطبيعيون للمحضون . وبالوسع تلمس هذا الحرص عبر تشريعه الذي غطى مرحلة الحضانة من مبتدئها إلى منتهاها – بما في ذلك متعلقات حالته المدنية – بتجريم اغفالات التصريح بالولادة ، وأفعال الخطف ، و عدم التسليم التي تحرم المحضونين من حقهم في الرعاية والعناية الواجبة لهم .

ونحاول – فيما يلي من فروع – استيضاح رأي التشريعين الجزائري و نظيره الفرنسي في هذا الشأن متتبعين في ذلك المنهج التالي :

- الفرع الأول : الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية
  - البند الأول: جريمة عدم التصريح بالولادة
- الفرع الثاني : الجرائم المتعلقة بالحضانة
  - البند الأول : جريمة عدم تسليم المحضون

الفرع الأول : الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية

خص المشرع الجزائري الأبوين بجريمة واحدة من مجموع الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية ، وهي جريمة إغفال تصريح بازدياد مولود جديد ، بحسب الشروط التي نصت عليها المادة 61 من قانون الحالة المدنية وعليه فستنصب دراستنا على هذه المخالفة في البند التالي :

البند الأول : مخالفة عدم التصريح بالولادة

نصت المادة 442 عقوبات جزائري ، تقابلها المادة 346 عقوبات فرنسي قديم ، على أن كل من حضر ولادة طفل و لم يقدم تصريحا بشأنها ، وفق ما نص عليه القانون و طبقا لإحكام المادة 61 من قانون الحالة المدنية الجزائري (المادة 56 مدني فرنسي) وضمن المواعيد المحددة ، يكون قد ارتكب جريمة عدم التصريح بالولادة ويتعرض بالتالي للمساءلة الجنائية .

وواجب الإعلان هنا يخص أشخاصا محددين ، ممن حضر الولادة ، تتوفر فيهم الصفة القانونية ، على خلاف بين التشريعين في تحديدهم على نحو ما سنبحثه هنا :

الجزائري ، بالنسبة للولادة التي تقع ضمن إحدى بلديات الوطن ، و10 أيام بالنسبة للولادات التي تتم خارج الوطن[1] ، وثلاثة أيام حسب المادة 57 مدني فرنسي .

كما لابد وأن يحوي العنوان البيانات المنصوص عليها قانونا حسب ما نصت عليه المادة 63 من قانون الحالة المدنية الجزائري ، والمادة 57 مدني فرنسي ؛ من قبيل يوم ومكان الولادة ، واسم الطفل ، وجنسه ، واسم الأب والأم ، ولقبيهما .[2]

ثالثا - الجزاء :

يكون عقاب جريمة الامتناع عن التصريح بالولادة حسب المادة 442 عقوبات جزائري :

- الحبس من عشر أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة تتراوح ما بين 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين .

أما المادة 346 عقوبات فرنسي فتستوجب أن يكون العقاب :

- الحبس من ستة أيام إلى ستة أشهر وبغرامة لا تتعدى 40 أورو.

الفرع الثاني : الجرائم المتعلقة بالحضانة :

يُعد هذا اللون من الجرائم أحد أبرز الاعتداءات التي تحرم أصحاب السلطة الأبوية من حقهم في ممارستها . فضلا عن أنها تنطوي على أخطار محققة قد تمس الأمن النفسي ، والصحي للقاصر؛ بحرمانه من رعاية وإشراف الطرف المعتدى عليه ، في حال ما إذا لم يتم تسليمه القاصر لمباشرة حق العناية والرقابة الضروريين له .

ويمكن القول بأن جريمة عدم تسليم المحضون وخطفهم تُجمل أهم صور الاعتداءات المتعلقة بالحضانة بنص المادة 328 عقوبات جزائري التي تقابلها المواد 227 -5 .....227 -11 من قانون العقوبات الفرنسي[3] . وهي التي ستنصب عليها الدراسة هنا .

---

[1] - سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 134 .

[2] -رينيه غارو ، **موسوعة قانون العقوبات العام والخاص** ، المرجع السابق ج 7 ، ص247 .

[3] - خصص المشرع الفرنسي للجرائم الماسة بحق ممارسة السلطة الأبوية القسم الثالث من الفصل السابع المعنون بالاعتداء على ممارسة السلطة الأبوية ، حيث نص على ثلاث جرائم تحت هذا العنوان هي :جرم عدم تسليم القصر ، وجرم الخطف وجريمة تغيير المسكن دون إعلان الزوج الآخر.

الجزائري ، بالنسبة للولادة التي تقع ضمن إحدى بلديات الوطن ، و10 أيام بالنسبة للولادات التي تتم خارج الوطن[1] ، وثلاثة أيام حسب المادة 57 مدني فرنسي .

كما لابد وأن يحوي العنوان البيانات المنصوص عليها قانونا حسب ما نصت عليه المادة 63 من قانون الحالة المدنية الجزائري ، والمادة 57 مدني فرنسي ؛ من قبيل يوم ومكان الولادة ، واسم الطفل ، وجنسه ، واسم الأب والأم ، ولقبيهما .[2]

ثالثا - الجزاء :

يكون عقاب جريمة الامتناع عن التصريح بالولادة حسب المادة 442 عقوبات جزائري :

- الحبس من عشر أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة تتراوح ما بين 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين .

أما المادة 346 عقوبات فرنسي فتستوجب أن يكون العقاب :

- الحبس من ستة أيام إلى ستة أشهر وبغرامة لا تتعدى 40 أورو.

الفرع الثاني : الجرائم المتعلقة بالحضانة :

يُعد هذا اللون من الجرائم أحد أبرز الاعتداءات التي تحرم أصحاب السلطة الأبوية من حقهم في ممارستها . فضلا عن أنها تنطوي على أخطار محققة قد تمس الأمن النفسي ، والصحي للقاصر؛ بحرمانه من رعاية وإشراف الطرف المعتدى عليه ، في حال ما إذا لم يتم تسليمه القاصر لمباشرة حق العناية والرقابة الضروريين له .

ويمكن القول بأن جريمة عدم تسليم المحضون وخطفهم تُحمل أهم صور الاعتداءات المتعلقة بالحضانة بنص المادة 328 عقوبات جزائري التي تقابلها المواد 227 -5 .....227 -11 من قانون العقوبات الفرنسي[3]. وهي التي ستنصب عليها الدراسة هنا .

---

[1] - سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 134 .

[2] -رينيه غارو ، **موسوعة قانون العقوبات العام والخاص** ، المرجع السابق ج 7 ، ص247 .

[3] - خصص المشرع الفرنسي للجرائم الماسة بحق ممارسة السلطة الأبوية القسم الثالث من الفصل السابع المعنون بالاعتداء على ممارسة السلطة الأبوية ، حيث نص على ثلاث جرائم تحت هذا العنوان هي :جرم عدم تسليم القصر ، وجرم الخطف وجريمة تغيير المسكن دون إعلان الزوج الآخر.

البند الأول : جريمة عدم تسليم المحضون

جرّم كل من التشريع الفرنسي و الجزائري الأب أو الأم ، الذي لا يقوم بتسليم قاصر قُضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل ، أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به .

أولا- الأركان الأولية للجريمة :

النصوص التشريعية للقانون الجزائري و الفرنسي متفقة على اشتراط وجود عناصر أولية لجريمة رفض التسليم ، فضلا عن الأركان العادية وذلك من أجل حصول إدانة تامة لهاته الجريمة وتتمثل هذه العناصر في :

1. **طفل قاصر** : القاصر[1] هو من لم يبلغ سن 19 سنة حسب الفقرة الثانية من المادة 40 مدني جزائري أو 18 سنة بالنسبة 388 مدني فرنسي.

2. **حكم قضائي سابق** :اشترطت المادة 328 عقوبات جزائري الوجود المسبق لحكم قضائي ، متضمن إسناد الحضانة إلى من له الحق في ذلك ، بشرط أن يكون نافذًا . وذلك عبر حيازته قوة الشيء المقضي فيه ، أو شموليته للنفاذ المعجل ، أو قبوله للتنفيذ الفوري بقوة القانون ،أو بقوة مضمون هذا الحكم [2].

وبالمثل نصت المادة 227 - 5 عقوبات فرنسي – قبل تعديل 1993 – على كفاية صدور قرار بعدم الصلح [3] ، أو بتعديل تدابير مؤقتة [4] ، أو تدابير دائمة متعلقة بالسلطة الأبوية أو بعض امتيازاتها المتقاسمة بين الزوجين .[5] كما يكفي صدور الحكم بالطلاق ، أو بفسخ الزواج فضلا عن أن ذات المادة لم

---

[1] – يرى اتجاه الفقهي في الجزائر بأنه لابد من ربط مفهوم القصر بانقضاء مدة الحضانة وإعطاء الكلمة للمادة 65 من قانون الأسرة ،بدلا من المادة 40 مدني ، مادام الأمر متعلقا بالحضانة . وغني عن البيان بجانبه مثل هذا الرأي الصواب لاسيما و أن حجر مفهوم القاصر على من بلغ 16 للذكر و18 للأنثى سيقصر الجريمة زمنيا في ثلاث سنوات متبقية للذكر ، وسنة واحدة للأنثى ، وهو ما يعني بالتالي عدم قيام الجريمة فيما إذا لو تمت قبل هذا السن رغم أن معظم حالات عدم التسليم يكون المحضون فيها عادة صغير السن ، بسبب سهولة القيام بها دونما تحايل أو عنت .انظر:

– أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، المرجع السابق ،ج1، ص 172 .

[2] – سعد عبد العزيز ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 124 و125 .

[3] - Cass. crim., 8 févr. 1996 - 28 févr. 1968 – 4 juin 197 : F. Dreifuss – Netter: **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** . Juris–Classeur , France , 2001, Pénal , Art. 227-5 à 227-110 , fasc. 1030 , P 5 , par 10.

[4] - Cass. crim., 8 mai 1979 : F. Dreifuss – Netter: **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , op. cit., p 5. par 10 .

[5] - Cass. crim., 29 sept. 1993 : F. Dreifuss – Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , op. cit., p6. par 10.

تكن ترى فارقا بين حق المطالبة بالطفل الناجم عن قرار قضائي أو اتفاقية بين الزوجين مصادق عليها قضائيًا [1].

غير أن تجديدا رئيسيا قد طرأ على قانون العقوبات الفرنسي – بعد تعديل 1993 – مفاده أن عدم تسليم القاصر للشخص الذي يملك حق المطالبة به كافٍ لتحقق الجريمة التي نصت عليها المادة 227-5 [2]. وبالتالي فلن يكون لا القرار القضائي ، ولا الاتفاقيات الزوجية شرطا في تحقق الجريمة ، باستثناء ما إذا حمل ذلك اعتداءً على حق المطالب بالتسليم . وبهذا لم يعد هناك فرق – حسب ذات المادة – بين حق المطالبة بالطفل الناشئ عن القانون ، أو عن قرار قضائي ، أو حتى عن اتفاقية صادق عليها القضاء [3].

3. وجود الطفل تحت سلطة المتهم : ويتعلق الأمر هنا بخضوع القاصر لسلطة فعلية لأحد الأبوين الممتنع عن تسليمه ، رغم ثبوت الحق في رقابته ورعايته لشخص آخر ، بتقرير القانون حسب المادة 227 -5 عقوبات فرنسي ، أو بعد صدور قرار قضائي يقضي تسليمه إلى وليّه صاحب الحق بالحضانة، حسب المادة 328 عقوبات جزائري .

و قمين بالذكر أن مفهوم السلطة ، حسب التشريع الفرنسي ، أو الحضانة حسب التشريع الجزائري ، هما مصطلحين واسعي الدلالة [4] ، ومن ثَم فهما يشملان حق الزيارة المرتبط آليا بمنح حق الحضانة أو السلطة (المادة 64 أسرة جزائري والمادة 371-4 مدني فرنسي) . وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 5 [5] من الاتفاقية الثنائية مع فرنسا بشأن أطفال الزواج المختلط بين الجزائريين والفرنسيات ، التي أخضعته لذات قواعد جريمة الامتناع عن التسليم .

---

[1] - F. Derifuss – Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid., p 6 , par 10 et 11.

[2] - Cass.crim., 13 mars . 1996 : F. Dreifuss –Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid., p 2 , par 14.

[3] - F. Dreifuss–Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid., p 2 . par 14 .

[4] – أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، المرجع السابق ،ج1، ص173 .

[5] – هذه المادة تثير إشكالا بخصوص جدوى اشتراط صدور قرار قضائي يقضي بإعطاء حق ممارسة السلطة لأحد الأبوين ، وهو مايعطي بالتالي للزوج الآخر – فيما إذا كان محروما من هذه الممارسة – الحق في الزيارة ، رغم أن هذا الشرط قد ألغي مع تعديل القانون الجنائي المؤرخ بـ 14 ماي 1993 !!

ثانيا- الأركان الأساسية للجريمة :

1.الركن المادي : ويتمثل الركن المادي لجريمة عدم تسليم القصر بلا مسوغ قانوني في الامتناع الـذي يتم بعمل سلبي[1] ، متعمد ، واضح ، ومقصود[2]؛ يتمثل في عدم تنفيذ واجب التسليم . ويأخذ الركـن المادي للجريمة عدة أشكال :

أ)- **امتناع شخص** كان يمارس سلطـة على القاصر عن تسلـيمه إلى من انتـقل إليـه الحـق في الممارسة ، غير أنه لابد أن يتم إثبات هذا الامتناع بواسطة محضر بعد القيام بإجراءات التنفيذ .

ب)- **إبعاد القاصر** : وهذه الصورة خاصة بمن منح حق الزيارة أو الحضانة المؤقتة ، فيقـوم باحتجـاز المحضون رغم انتهاء مدة هذه الزيارة أو الحضانة ، سواء صاحب هذا المنع إكراه للقاصر وإرغامـه علـى البقاء أم لا[3].

ج)- **خطف القصر** : والمتمثل في أخذ القاصر بدون رضاه ، ولا إرادته من الأماكن التي وضعه فيهـا صاحب الحق في حضانته دون علمه ولا موافقته .

د)- **حمل الغير على خطف القاصر** أو إبعاده حيث يقوم بالاختطاف والإبعاد شخص ما لصالح ولي قاصر وبناءًا على طلبه . مع الإشارة إلى أن الحالتين الأخرتين على خلاف سابقتيهما ليستا مجرد عمـل سلبي محض ، فلا بد فيهما من عمل موجب يتمثل في نقل القاصر من مكانه الموضوع فيه أصلا من طرف صاحب الحق في حضانته .[4]

2. الركن المعنوي : مصطلح الامتناع في جريمة عدم تسليم القاصر يقتضي هيئة واعية وإراديـة . ولا تُفترض النية هنا بل يجب على قضاة الموضوع تقديرها ، عبر فحص كيفية حصول الامتناع دون حـق أو مسوغ قانوني لإرجاع طفل إلى من يملك حق المطالبة به ، أيًا كان الدافع ، وفي غياب كل خطر فعلي أو حتى وشيك يهدد شخص القاصر أو صحته [5]. وهذا الامتناع الاختياري يفترض التصرف مـع كامـل

---

[1] - Cass. crim., 29 avr .1976: F. Dreifuss - Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , op. cit., p 7 , par 18 .

[2] - سعد عبد العزيز، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، المرجع السابق ، ص 124.

[3] - انظر :أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ،ج 1 ، ص 173 . و

- Cass. Crim., 28 nov.1973 : F. Dreifuss - Nettre : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , op. cit., p6 , par 18 .

[4] - F. Dreifuss- Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid., p 10. par 43 .

[5] - Cass. crim ., 8 sept 1999: F.Dreifuss - Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid.,p 7 , par 24 .

الوعي بالحقوق التي هو مقبل على منع صاحبها من مباشرتها دونما حق قانوني ، أو مسوغ شرعي من شأنه أن يجعل بعض حالات الامتناع معفية من المساءلة ؛ كما في الخطر الفعلي والمداهم (المادة 122-7 عقوبات فرنسي)[1] ، بخلاف الاعتذار بمقاومة الطفل وإصراره على رفض العودة إلى الولي الذي له الحق في المطالبة به حيث لا يعتد به كعذر قانوني يعفي من الجريمة[2] ، إلا إذا أثبت المتهم بأنه استنفذ كل ما بوسعه في فل مقاومة القاصر ، و فتّ عزمه[3] . وعلى كل يبقى هذا التبرير في عمومه ظرفًا من ظروف تخفيف العقوبة بنظر القضاء الفرنسي بسبب سن القاصر[4].

ثالثا- الجزاء[5] :

ابتداء لا عقاب على المحاولة في جريمة عدم التسليم ، وهذا الرأي يتماشى مع المنطق عندما تنتج مثل هذه الجريمة عن سلوك سلبي محض. أما إذا أثمرت هذه المحاولة نتيجتها المقصودة فالمادة 328 عقوبات جزائري نصت على أن عقوبة عدم تسليم القاصر هي الحبس من شهر إلى سنة ، وبغرامة مالية تتراوح مابين 500 إلى 5000 دج . أما المادة 227-5 عقوبات فرنسي فنصت على أن العقوبة الرئيسية هي السجن سنة ، مع غرامة قدرها 15000 أورو .

و يجدر بالذكر هنا أن المشرعين اتفقا على اعتبار إسقاط السلطة الأبوية بالنسبة للجاني ظرفا مشددًا يرفع العقوبة إلى الحبس ثلاث سنوات ، حسب المادة 328 عقوبات جزائري ، وإلى ثلاث أضعاف العقوبة الرئيسية ، حسب المادة 227- 10 عقوبات فرنسي ،كما اعتبرت المادة 227- 9 احتجاز الطفل أكثر من 5 أيام ظرفًا مشددًا يرفع العقوبة إلى الضعف .

وهذا فضلا عن العقوبات المكملة التي نصت عليها المادة 227-29 عقوبات فرنسي.

---

[1] - Cass.crim ,. 10 Dec. 1976: F.Dreifuss - Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid., p 7 , par 24 .

[2] - Cass. crim., 17 janv.1929 - Cass. crim., 19 avr.1976 - Cass. crim., 23 nov. 1982 : F. Dreifuss - Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid., p 7, par 25 .

[3] - Cass. crim., 3 mars 1912 - Cass. crim., 13 nov.1957 : F. Dreifuss- Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , Ibid., p 7 . par 25 .

[4] - أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ،المرجع السابق ، ج1 ، ص 171 .

[5] - تشير الإحصائيات الفرنسية حسب نشرية ،لوزارة العدالة ، إلى صدور 1173 إدانة بجريمة عدم التسليم سنة 1997، 487 منها كانت عقوبتها الحبس انظر : . F. Dreifuss-Netter : **Atteintes A l'Exercice De l' Autorité Parentale** , op. cit., p 9. par 3

والذي نخلص من هذا المبحث إليه أن المفاضلة بين التشريعين بشأن مسعاهما نحو حماية جنائية للقصر من الإخلالات التي يرتبها عدم التزامهم بمسؤولياتهم التي يفرضها عليهم القانون والطبيعة البشرية ، هذه المفاضلة لا تبدو أمرا عسيرا على أكثر من صعيد فقد خلصت الدراسة إلى :

1- من الناحية الهيكلية والتنظيمية للنصوص التشريعية :

أبدى المشرع الفرنسي تفوقا واضحا من حيث دقة التبويب وإحكام التنظيم ووضوح التقسيم ، ولا غرو بعد ذلك أن نرى تفريعات الجرائم قد أخذت منحنى شجريا ذاهبا في الطول حتى شملت ما يربو عن 14 قسما تحوي أنماطا وصورا مختلفة لأفعال إجرامية مستحدثة [1] ، في حين لازال المشرع الجزائري متبلدا على نصوص قانون العقوبات الفرنسي القديم بتفريعاته وتقسيماته الكلاسيكية التي يرجع أغلبها إلى قانون 1810 . ولسنا هنا بصدد الحث على التشريع الفرنسي الجديد ، ونقله إلينا ولكننا نعجب لهذا الوجوم الغريب تجاه نصوص ركلها أصحابها إلى زوايا الإهمال والنسيان منذ زمن ليس باليسير ، وبدلا من إعادة نظر جادة لتطوير القوالب القانونية المنظمة للسلطة الأبوية لتواكب المتغيرات ، والوقائع المستجدة في ضوء النظام العام والقيم والآداب التي يدين بها الدستور لازلنا نشهد سياسات ترقيعية لهاته المادة أو تلك ، وسيبقى الحال كذلك ما استمرت الصورة الضبابية للسلطة الأبوية في المنظومة القانونية .

2- من ناحية المضامين القانونية للنصوص العقابية :

يمكن تقدير مدى نجاح كل من الاتجاهين في تحقيق مسعى الحماية الجنائية عبر مراعاة النقاط التالية:

أ- العقوبة الرئيسية : أظهر كل من التشريعين - محل الدراسة - تشددا متقاربا تجاه الآباء المذنبين في حق أبنائهم ، إذا ما استثنينا جريمتي القتل وإحداث الوفاة ، سواء كانت مقصودة أم لا حيث انفرد المشرع الجزائري بمنح الأم امتيازا تخفيفيا إذا كان الطفل حديث عهد بالولادة ، بينما رفع العقوبة إلى الإعدام في حق الأب سواء كان الطفل حديث عهد بالولادة أم لا . وذات الحال يمكن أن يقال فيما لو

[1] - استعاض المشرع الفرنسي عن التصنيف القديم للجرائم الأبوية بتقسيم جديد أكثر دقة من سابقه ، حيث أضحى يفرق مثلا بين جريمتي الإهمال الأسري ، والتخلي عن أحد الالتزامات الأسرية ، وكذا جريمتي الامتناع عن أداء النفقة ، وعدم تقديم طعام القصر المستحق لهم ، وهذا فضلا عن استحداث جرائم جديدة .

تسبب تعريض القصر للخطر في وفاة مقصودة . أما إذا كانت الوفاة غير مقصودة فإن العقوبة ستكون السجن المؤبد. وثمة ما يمكن ملاحظته بشأن عقوبة إسقاط السلطة الأبوية – كعقوبة أساسية – عن الولي الجاني حيث انفرد المشرع الجزائري بالنص عليها ، غير أنها اقتصرت على حالة وحيدة هي : جريمة زنا المحارم .

العقوبات التكميلية :

كل الجرائم التي يقترفها الأصول في حق أبنائهم بلا استثناء لها عقوبات تكميلية بالنسبة للمشرع الفرنسي في ضوء ما نصت عليه المواد 221-8 ، 221 -9 ، 221-11 و 227-29 عقوبات . في حين خصّ المشرع الجزائري أربع حالات جرمية فقط بهذا اللون من العقوبات هي : جريمة الإهمال الأسري ، الإهمال المعنوي ، ترك القصّر وتعريضهم للخطر و الامتناع عن النفقة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن مضمون هذه العقوبات – حسب التشريع الجزائري – مقتصر على الحرمان من الحقوق الوطنية المنصوصة بالمادة 8 عقوبات جزائري . في حين وسع التشريع الفرنسي دائرة هذه العقوبات لتشمل الحرمان من الحقوق المدنية والأسرية لا سيما إسقاط السلطة الأبوية في كل الجرائم والجنح التي تمثل خرقا واضحا لواجب التربية حسب ما نصت عليه المادة 1/378 من قانون العقوبات ، فضلا عن حظر استصدار رخص السياقة أو استخدامها خارج الإطار الوظيفي ، وكذا المنع من السفر إلى الخارج .

الظروف المشددة :

يبدو أن إرادة النظام التشريعي الفرنسي متجهة إلى خفض سقف الجرائم التي تختص بالأبوين كمجرمين بنسبة 50 % ، مع اعتبار صفة الأبوة في باقي الحالات ظروفا مشددة ، بينما يعتبر التشريع الجزائري اقتراف أصول الضحية ركنا أساسيا في ثلاثة أرباع الحالات المجرّمة المتعلقة بالقصر.

الخاتمة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

خصصت الدراسة إلى جملة من النتائج والمقترحات التالية :

1) النتائج :

- تبنى المشرع الجزائري "**للسلطة الأبوية**" كنظام أساسي لحماية الأبناء القصر ورعاية مصالحهم ، بعد إلغاء النظام الكلاسيكي" **النظام الأبوي**" في التعديل الأخير؛ عبر توسيع دور الأم في إدارة شؤون أولادها ، اعتمادا على مبدأ الاستناد على أساس الأحقية في الحضانة في حال انفصال العرى الزوجية بالطلاق ، أو على أساس الممارسة الاستثنائية في حال غياب الأب أو حصول مانع له . وعلّل هذا النهج بالتغير الاجتماعي و الثقافي الذي طال الأسرة الجزائرية ، فنقلها من النظام الأبوي الأحادي إلى العوائل المتعاونة ، وهو ما تقتضي تكريس المساواة أكثر بين الزوجين ، وإشراك المرأة في السلطة على أبنائها ، و القضاء على أشكال التمييز الجنسي ضدها طبقا لما نصت عليه المعاهدات الدولية والاتفاقات المبرمة في هذا الشأن . وبهذا يتفق المشرع الجزائري مع نظيره الفرنسي في آلية الحماية المتبعة ، ويفترق بالتالي عن نظام التشريع الإسلامي "**الولاية**" الذي يختلف معه اختلافا جذريا على مستوى مبدأ التولي، وضوابط الإسناد ، وممارسة السلطة ، وإن حاول إلباسه لبوسا شرعيا باصطلاح " الولاية " عليه ، وهو الأمر الذي أضفى شيئا من الضبابية والالتباس على بعض مبادئه وأسسه .

- شاب تنظيم المشرع الجزائري لأحكام السلطة الأبوية قصور واضح على المستوى الهيكلي التقنيني ، وعلى مستوى المحتوى الموضوعي : فقد خلص البحث – فيما يخص الجانب الشكلي – إلى وجود ضعف في تقنين السلطة الأبوية ، إذ لم يخصص التشريع لها سوى فصل واحد يحوي خمسة نصوص قانونية ، ويتمحور موضوعها حول تحديد الأولياء وترتيبهم وحالات إنهاء سلطاتهم ، فضلا عن تقنين مختصر لأحكام الإدارة المالية لشؤون القصر . بينما أظهر كل من الفقه الإسلامي والتشريع الفرنسي إحاطة أوعى ، وتنظيما أشمل لدقائق نظامي الحماية خاصّتهما .

أما من الناحية الموضوعية فقد لاحظ الباحث وجود تقاطع واضح بين التشريع الجزائري وقرينه الفرنسي إزاء ضوابط ومعايير إسناد السلطة الأبوية ، حيث أبديا تشددا أقل بشأنها ، مقارنة بالتشريع الإسلامي الذي امتاز عليهما باشتراط الذكورة . وقد بنى فلسفته هاته على أساس تقاسم الأدوار وفق مؤهلات كل طرف ، وما زود به من كفاءات وغرائز . بينما قامت فلسفة التشريعيين الوضعيين على المساواة بين الأبوين ، وعدم الميز الجنسي بينهما ، بغض النظر عن تناغم هذا الإسناد مع القدرات أو مناقضته لها . وقد انعكس أثر ذلك جليا على ممارسة السلطة الأبوية؛ ففي حين تكون قيادة البيت والبت

في شؤون الأولاد من نصيب الأب . تسير الأسرة في المجتمع الفرنسي برأسين اثنين ويدار شؤونها بتدبير عقلين مختلفين ؟؟ وقد أثبتت التجربة في هذا السياق أن مصلحة الصغار هي أولى ضحايا هذا المبدأ ، بسبب كثرة الشقاق والاختلاف بين الزوجين ، وما نجم عنه من ارتفاع في نسب الطلاق وانتعاش الزواج الطبيعي على حساب قرينه الشرعي .

أما المشرع الجزائري فيُبقي نمط الممارسة أحاديا إما للأب أو الأم حسب الأوضاع القانونية المبينة سلفا .

- كان غموض مفهوم الرقابة وضعف آلية الزيارة المطبقة على مستوى القضاء الجزائري وراء شقاء الكثير من القصر وأسرهم ، بسبب تداخل صلاحيات الرقابة مع ممارسة حق الحضانة ، وعدم توضح حدود كل منهما . وهذا ما ألجأ المشرع إلى اعتماد نظام فرنسي قديم مفاده الدمج بين الأحقية في الرقابة ، وحق الحضانة في يد شخص واحد . وقد أثبت هذا الحل عدم فاعليته في خدمة مصالح الصغار ورعاية احتياجاتهم .

- حصل انطباق نسبي للرؤى بين التشريعات – محل الدراسة – إزاء مشتملات السلطة الأبوية ؛ الشخصية منها و المالية ، وأنماط إنهائها ، وعوامل انقضائها .

- تعتبر المسؤولية الأبوية عن أضرار الأبناء آلية الحد من الإخلال بالتزامات السلطة الأبوية على المستوى المدني لدى التشريع الجزائري و الفرنسي ، بينما يفضل الفقه الإسلامي الأخذ بالمسؤولية التقصيرية تحقيقا لمعنى العدالة .

- أبرز التشريعان الوضعيان تشددا متقاربا تجاه الإخلال الأبوي في شقه الجنائي عبر جملة من النصوص العقابية التي تُكافي نوع الجرم وشدّته .

2) المقترحات :

- على المشرع الجزائري تبني طرح واضح بشأن نظام حماية الأبناء القصر؛ من خلال توحيد المصطلح و محتواه القانوني ، بما يتواءم وقيم الدستور ومبادئ الدين الذي أثبت نظام الولاية فيه قدرة على المسايرة ، وإمكانية الاستيعاب ، ويسر الاستحداث ، و مرونة التغيير.

- عدم اعتماد مبدأ إسناد السلطة الأبوية بناء على الأحقية في الحضانة بعد ثبوت فشله في رعاية القصر في المجتمع الفرنسي .

- إضافة بند "بلوغ القاصر" للمادة 91من قانون الأسرة باعتباره أهم أسباب انقضاء السلطة الأبوية .

- تحديد صفة ولي الزواج وضبطها بشروط واضحة تمنع التخاصم حوله في المادة 11من القانون الأسرة .

- تخصيص مساحة أوسع لأحكام الولاية على شخص القاصر ، وضبط مفهوم الرقابة منعا للتخبط في التفسير، وتداخل الصلاحيات بين الولي والحاضن .
- إعادة النظر في آلية الزيارة وتنظيم أحكامها على المستوى الزماني والمكاني.

هذا ما خلصنا إليه من نتائج في دراسة موضوع السلطة الأبوية ، وما تبين لنا من مقترحات فيه فإن وفقنا في ذلك فمن الله وحده ، وإن كان غير ذلك فحسبنا أن الخطأ سنة الله في خلقه ، والعصمة سمتـــه وسمـــة أنبيائه و ملائك قدسه .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ملحق

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قانون السلطة الأبوية الفرنسي رقم 02/ 305

Chapitre Ier

L'autorité parentale

Article 1er

I - *Non modifié*

II L'article 286 du même code est ainsi rédigé :

« *Art. 286.* - Les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre Ier du titre IX du présent livre. »

III - L'article 256 du même code est ainsi rédigé :

« *Art. 256.* - Les conséquences de la séparation pour les enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre Ier du titre IX du présent livre. »

Article 2

Conforme

Article 2 *bis*

L'article 371-2 du code civil est ainsi rédigé :

« *Art. 371-2.* - Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.

« Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur. »

Article 3

Conforme

Article 4

I, II et II *bis*. - *Non modifiés*

III et III *bis*. - *Supprimés*

III *ter*. - Les articles 373 et 373-1 du même code sont ainsi rédigés :

« *Art. 373.* - Est privé de l'exercice de l'autorité parentale le père ou la mère qui est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autrep cause, ou s'il s'est rendu coupable d'un déplacement illicite de l'enfant vers l'étranger.

« *Art. 373-1.* - Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité. »

IV. - Avant l'article 373-3 du même code, il est inséré un paragraphe 3 ainsi rédigé :

« § 3. - De l'intervention du juge aux affaires familiales

« *Art. 373-2-6.* - Le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

« Le juge peut prendre les mesures permettant de garantir la continuité et l'effectivité du maintien des liens de l'enfant avec chacun de ses parents.

« *Art. 373-2-7.* - Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

« Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement.

« *Art. 373-2-8.* - Le juge peut également être saisi par l'un des parents ou le ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non, à l'effet de statuer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant.

« Le parent qui ne respecte pas les devoirs qui s'attachent à l'autorité parentale peut se voir rappeler ses obligations.

« *Art. 373-2-9.* - En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

« A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut, sauf si l'intérêt de l'enfant s'y oppose, ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée.Cette durée ne peut excéder six mois. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un deux.

« *Art. 373-2-10.* - En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties.

« A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur pour y procéder, à moins que les violences constatées au sein de la famille ne rendent cette mesure inappropriée.

« Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial agréé qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure à laquelle ce dernier procédera le cas échéant.

« *Art. 373-2-11.* - Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

« 1° La pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords qu'ils avaient pu antérieurement conclure ;

« 2° Les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ;

« 3° L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre ;

« 4° Le résultat des expertises éventuellement effectuées, tenant compte notamment de l'âge de l'enfant ;

« 5° Les renseignements qui ont été recueillis dans les éventuelles enquêtes et contre-enquêtes sociales prévues à l'article 373-2-12.

« *Art. 373-2-12.* - Avant toute décision fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation de la famille et les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants.

« Si l'un des parents conteste les conclusions de l'enquête sociale, une contre-enquête peut à sa demande être ordonnée.

« L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

« *Art. 373-2-13.* - Les dispositions contenues dans la convention homologuée ainsi que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande des ou d'un parent ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. »

V *Supprimé*

Article 5

I. - *Non modifié*

II. - L'article 373-2 du même code est ainsi rédigé :

« *Art. 373-2.* - La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale.

« Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent.

« Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statuera selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant en fixant la répartition des frais de déplacement dans le cadre d'une appréciation équitable de l'ensemble des charges et contributions de chacun des parents. »

III *Non modifié*

Articles 6 et 7

Conformes

Article 7 *bis (nouveau)*

L'article L. 441-2 du code de la sécurité sociale est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« En l'absence de déclaration d'un accident survenu alors que la victime mineure était confiée à un tiers par décision judiciaire ou administrative, cette dernière peut effectuer cette déclaration jusqu'à l'expiration de la deuxième année qui suit sa majorité. »

Chapitre II

Filiation

Article 8

I. - *Non modifié*

II. - Dans le même code, sont remplacés respectivement :

1° A l'article 340-6, les mots : « et 374 » par les mots : « et 372 » ;

2° A l'article 358, le mot : « légitime » par les mots : « dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre » ;

3° Au deuxième alinéa de l'article 365, les mots : « dans les mêmes conditions qu'à l'égard de l'enfant légitime » par les mots : « dans les conditions prévues par le chapitre Ier du titre IX du présent livre » ;

4° Dans le troisième alinéa du même article, les mots : « de l'enfant légitime » par les mots : « des mineurs ».

III. - *Non modifié*

Article 9

Conforme

Article 9 *bis* A

I. - A la fin du deuxième alinéa de l'article 318-1 du code civil, les mots : « sept ans » sont remplacés par les mots : « cinq ans ».

II. -Le dernier alinéa de l'article 339 du même code est ainsi rédigé :

« Quand il existe une possession d'état conforme à la reconnaissance, celle-ci ne peut être contestée que par son auteur, l'autre parent, ceux qui se prétendent les parents véritables ou l'enfant. L'action cesse d'être recevable quand la possession d'état a durée cinq ans depuis la reconnaissance.Elle demeure toutefois ouverte à l'enfant dans les dix ans qui suivent sa majorité lorsque la filiation a été établie pendant la minorité. »

Chapitre II *bis*

Dispositions diverses et transitoires

Article 9 *bis*

Supprimé

Chapitre III

[Suppression conforme de la division et de l'intitulé]

Article 10

Conforme

Article 12

I. - Après l'article 225-12 du code pénal, il est inséré une section 2 *bis* ainsi rédigée :

« *Section 2* bis

« Du recours à la prostitution d'un mineur

« *Art. 225-12-1.* - Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75000 € d'amende.

« *Art. 225-12-2.* - Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100000 € d'amende :

« 1° Lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans ;

« 2° Lorsque l'infraction est commise de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs mineurs ;

« 3° Lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication ;

« 4° Lorsque les faits sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

« *Art. 225-12-3.* - Dans le cas où les délits prévus par les articles 225-12-1 et 225-12-2 sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.

« *Art. 225-12-4.* - Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 des infractions prévues par la présente section.

« Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;

« 2° Les peines mentionnées à l'article 131-39.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. »

II. - *Non modifié*

III. - Le 4° de l'article 227-26 du même code est abrogé et le 5° de cet article devient le 4°.

Le dernier alinéa de l'article 227-28-1 du même code est supprimé.

IV et V. -*Non modifiés*

VI. - *Supprimé*

Article 12 *bis (nouveau)*

Il est inséré, après le deuxième alinéa de l'article 227-23 du code pénal, un alinéa ainsi rédigé :

« Le fait de détenir une telle image ou représentation est puni des mêmes peines. »

Article 12 *ter (nouveau)*

Après le premier alinéa de l'article 35 de la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« La mention de l'interdiction résultant du premier alinéa de l'article 34 est en outre insérée dans le document lui-même, quel que soit son support. De plus, lorsque le document présente un caractère pornographique, est également inséré le rappel des dispositions de l'article 227-22 du code pénal. »

Article 13

I. - L'article 35 *quater* de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France est ainsi modifié :

1° Après le deuxième alinéa du I, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« En l'absence d'un représentant légal accompagnant le mineur, le procureur de la République, avisé dès l'entrée d'un mineur en zone d'attente en application des dispositions du II, lui désigne sans délai un administrateur *ad hoc*. L'administrateur *ad hoc* assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien.

« L'administrateur *ad hoc* nommé en application de ces dispositions est désigné par le procureur de la République compétent sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation. » ;

2° Après la quatrième phrase du premier alinéa du III, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« Le mineur est assisté d'un avocat choisi par l'administrateur *ad hoc* ou, à défaut, commis d'office. » ;

3° Au début de la cinquième phrase du premier alinéa du III, les mots : « Il peut également demander » sont remplacés par les mots : « L'étranger ou, dans le cas du mineur mentionné au troisième alinéa du I, l'administrateur *ad hoc* peut également demander » ;

3° *bis (nouveau)* Le premier alinéa du V est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Tout administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième alinéa du I doit, pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, se rendre sur place. » ;

4° Il est complété par un IX ainsi rédigé :

« IX. - L'administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième alinéa du I assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée sur le territoire national. »

II. - Après l'article 12 de la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, il est inséré un article 12-1 ainsi rédigé :

« *Art. 12-1.* - Lorsque la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié est formée par un mineur sans représentant légal sur le territoire français, le procureur de la République, avisé par l'autorité administrative, lui désigne un administrateur *ad hoc*. L'administrateur *ad hoc* assiste le mineur et assure sa représentation dans le cadre des procédures administratives et juridictionnelles relatives à la demande de reconnaissance de la qualité de réfugié.

« L'administrateur *ad hoc* nommé en application de ces dispositions est désigné par le procureur de la République compétent sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation.

« La mission de l'administrateur *ad hoc* prend fin dès le prononcé d'une mesure de tutelle. »

Article 14

Conforme

Article 15 *(nouveau)*

I. - Les articles 62, 75, 318-1, 339, 368, 372-2, 373-3, 374-1, 388-1, 388-2, 389 à 389-5 du code civil et les dispositions du XII de l'article 7 de la présente loi sont applicables à Mayotte.

Les dispositions du XII de l'article 7 sont applicables dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie.

II. - Les dispositions de l'article 12 et des articles 12 *bis* et 12 *ter* sont applicables dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie.

III. - Les dispositions de l'article 13 sont applicables en Nouvelle-Calédonie. Les dispositions du II de l'article 13 sont applicables à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna et en Polynésie française.

IV. - A. - L'article 50 de l'ordonnance n° 2000-371 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les îles Wallis et Futuna est ainsi modifié :

1° Après le deuxième alinéa du I, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« En l'absence d'un représentant légal accompagnant le mineur, le procureur de la République, avisé dès l'entrée d'un mineur en zone d'attente en application des dispositions du II, lui désigne sans délai un administrateur *ad hoc*. L'administrateur *ad hoc* assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien.

« L'administrateur *ad hoc* nommé en application de ces dispositions est désigné par le procureur de la République sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation. » ;

2° Après la quatrième phrase du premier alinéa du III, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« Le mineur est assisté d'un avocat choisi par l'administrateur *ad hoc* ou, à défaut, commis d'office. » ;

3° Au début de la cinquième phrase du premier alinéa du III, les mots : « Il peut également demander » sont remplacés par les mots : « L'étranger ou, dans le cas du mineur mentionné au troisième alinéa du I, l'administrateur *ad hoc* peut également demander » ;

4° Le premier alinéa du V est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Tout administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième alinéa du I doit, pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, se rendre sur place. » ;

5° Il est complété par un IX ainsi rédigé :

« IX. - L'administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième et du quatrième alinéa du I assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée sur le territoire national. »

B. - L'article 52 de l'ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Polynésie française est ainsi modifié :

1° Après le deuxième alinéa du I, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« En l'absence d'un représentant légal accompagnant le mineur, le procureur de la République, avisé dès l'entrée d'un mineur en zone d'attente en application des dispositions du II, lui désigne sans délai un administrateur *ad hoc*. L'administrateur *ad hoc* assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien.

« L'administrateur *ad hoc* nommé en application de ces dispositions est désigné par le procureur de la République sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation. » ;

2° Après la quatrième phrase du premier alinéa du III, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« Le mineur est assisté d'un avocat choisi par l'administrateur *ad hoc* ou, à défaut, commis d'office. » ;

3° Au début de la cinquième phrase du premier alinéa du III, les mots : « Il peut également demander » sont remplacés par les mots : « L'étranger ou, dans le cas du mineur mentionné au troisième alinéa du I, l'administrateur *ad hoc* peut également demander » ;

4° Le premier alinéa du V est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Tout administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième alinéa du I doit, pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, se rendre sur place. » ;

5° Il est complété par un IX ainsi rédigé :

« IX. - L'administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième et du quatrième alinéa du I assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée sur le territoire national. »

C.- L'article 50 de l'ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte est ainsi modifié :

1° Après le deuxième alinéa du I, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« En l'absence d'un représentant légal accompagnant le mineur, le procureur de la République, avisé dès l'entrée d'un mineur en zone d'attente en application des dispositions du II, lui désigne sans délai un administrateur *ad hoc*.L'administrateur *ad hoc* assiste le mineur durant son maintien en zone d'attente et assure sa représentation dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles relatives à ce maintien.

« L'administrateur *ad hoc* nommé en application de ces dispositions est désigné par le procureur de la République sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise également les conditions de leur indemnisation. » ;

2° Après la quatrième phrase du premier alinéa du III, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« Le mineur est assisté d'un avocat choisi par l'administrateur *ad hoc* ou, à défaut, commis d'office. » ;

3° Au début de la cinquième phrase du premier alinéa du III, les mots : « Il peut également demander » sont remplacés par les mots : « L'étranger ou, dans le cas du mineur mentionné au troisième alinéa du I, l'administrateur *ad hoc* peut également demander » ;

4° Le premier alinéa du V est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Tout administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième alinéa du I doit, pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, se rendre sur place. » ;

5° Il est complété par un IX ainsi rédigé :

« IX. - L'administrateur *ad hoc* désigné en application des dispositions du troisième et du quatrième alinéa du I assure également la représentation du mineur dans toutes les procédures administratives et juridictionnelles afférentes à son entrée sur le territoire national. »

Article 16 ***(nouveau)***

Le titre II du livre II du code de l'organisation judiciaire est complété par un chapitre VI intitulé : « Dispositions particulières aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », comprenant un article L. 226-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 226-1.* - Le magistrat visé au premier alinéa de l'article L. 223-2 ou son remplaçant désigné conformément au deuxième alinéa du même article siège dans la formation de la cour d'appel qui statue sur les recours formés contre les décisions rendues en première instance sur le fondement de la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, signée à la Haye le 25 octobre 1980.

« Le magistrat du parquet général visé au troisième alinéa de l'article L. 223-2 est également chargé du traitement des affaires de déplacements internationaux d'enfants. »

Article 17 ***(nouveau)***

Il est inséré, après l'article L. 312-1 du code de l'organisation judiciaire, un article L. 312-1-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 312-1-1.* - Le siège et le ressort des tribunaux de grande instance compétents pour connaître des actions engagées sur le fondement de la convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, signée à la Haye le 25 octobre 1980, sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

« Il existe un seul tribunal compétent par cour d'appel. »

الباب الرابع من قانون السلطة الحالي في القانون المدني الفرنسي

TITLE IX
OF PARENT AND CHILD (II : OF PARENTAL AUTHORITY) Articles 372 to 387
CHAPTER I
Of Parental Authority with regard to the Person of a Child Articles 372 to 371-5
Art. 371
Updated 04/04/2006 - Page 66/268
CIVIL CODE
A child, at any age, owes honour and respect to his father and mother.
Art. 371-1
(Act no 2002-305 of 4 March 2002)
Parental authority is a set of rights and duties whose finality is the welfare of the child.
It is vested in the father and mother until the majority or emancipation of the child in order to protect him in his security, health and morality, to ensure his education and allow his development, showing regard to his person.
Parents shall make a child a party to judgments relating to him, according to his age and degree of maturity.
Art. 371-2
(Act no 2002-305 of 4 March 2002)
Each one of the parents shall contribute to the education and support of the children in proportion to his or her means, to those of the other parent and to the needs of the child.
That obligation does not come to an end as of right where the child is of age.
Art. 371-3
A child may not, without the permission of the father and mother, leave the family home and he may be removed from it only in cases of necessity as determined by statute.
Art. 371-4
(Act no 2002-305 of 4 March 2002)
A child has the right to have personal relations with his grandparents. Only serious reasons may constitute a bar to that right.
Where the welfare of the child so requires, the family causes judge shall fix the details of the relations between a child and a third person, relative or not.
Art. 371-5
(Act no 96-1238 of 30 Dec. 1996)
A child may not be separated from its brothers and sisters, unless this is not possible or where his welfare dictates a different solution. If there is occasion, the judge shall rule on the relations between the brothers and sisters.
SECTION I
Of the Exercise of Parental Authority Articles 372 to 374-2
Paragraph 1
General Principles Articles 372 to 372-1
and Art. 372-1
Art. 372
(Act no 2002-305 of 4 March 2002)
The father and mother shall exercise in common parental authority.
Where, however, parentage is established with regard to one of them more than one year after the birth of a child whose parentage is already established with regard to the other, the latter alone remains vested with the exercise of
parental authority. It shall be likewise where parentage is judicially declared with regard to the second parent of the child.
Parental authority may however be exercised in common in case of joint declaration of the father and mother before the chief clerk of the tribunal de grande instance or upon judgment of the family causes judge.
Art. 372-1 and Art. 372-1-1
[repealed]
Art. 372-2
Where one of the"parents" (Act no 93-22 of 8 Jan. 1993) performs alone an usual act of parental authority

concerning the person of the child, he or she shall be considered to be acting with the consent of the other with regard to third parties in good faith,.

Art. 373

(Act no 2002-305 of 4 March 2002)

Shall be deprived of the exercise of parental authority the father or mother who is unable to express his or her intention, by reason of a disability, absence or any other cause.

Art. 373-1

(Act no 2002-305 of 4 March 2002)

Where one of the father and mother dies or is deprived of the exercise of parental authority, the other shall exercise that authority alone.

Art. 372-1 and Art. 372-1-1

[repealed]

Art. 372-1 and Art. 372-1-1

Updated 04/04/2006 - Page 67/268

CIVIL CODE

[repealed]

Art. 372-1 and Art. 372-1-1

[repealed]

Paragraph 2

Of the Exercise of Parental Authority by Separated Parents Articles 373-2 to 373-2-5

Art. 373-2

Separation of the parents has no influence on the rules of devolution of the exercise of parental authority.

Each of the father and mother shall maintain personal relations with the child and respect the bonds of the latter with the other parent.

Any change of residence of one of the parents, where it modifies the terms of exercise of parental authority, shall be the subject of a notice to the other parent, previously and in due time. In case of disagreement between them, the most diligent parent shall refer the matter to the family causes judge who shall rule according to what the welfare of the child requires. The judge shall apportion removal expenses and adapt accordingly the amount of the contribution to the support and education of the child.

Art. 373-2-1

Where the welfare of the child so requires, the judge may commit exercise of parental authority to one of the parents.

The exercise of the right of access and lodging may be refused to the other parent only for serious reasons.

That parent shall keep the right and duty to supervise the support and education of the child. He or she must have notice of the important choices relating to the life of the child. He or she shall comply with the obligation that devolves upon him or her under Article 371-2.

Art. 373-2-2

In case of a separation between the parents, or between the latter and the child, a contribution to his support and education shall take the form of periodical payments to be paid, according to the circumstances, by one of the parents to the other, or to the person to whom the child is entrusted.

The terms and guaranties of those periodical payments shall be fixed by the approved agreement referred to in

Article 373-2-7 or, failing which, by the judge.

Those payments may in whole or in part take the form of a direct taking charge of costs incurred on behalf of a child.

They may in whole or in part be effected under the form of a right of use and dwelling.

Art. 373-2-3

Where the consistence of the debtor's property so permits, periodical payments may be replaced, in whole or in part, under the terms and guarantees provided for by the approved agreement or by the judge, by the payment of a sum of money in the hands of an accredited body responsible for granting in counterpart to the child an index-linked annuity, a surrender of property in usufruct or an allocation of property yielding income.

Art. 373-2-4

Ascription of additional means, in particular under the form of periodical payments, may, if there is occasion, be requested later on.

Art. 373-2-5

A parent who has primarily the responsibility of an adult child who cannot meet his own needs may ask the other

parent to pay a contribution to his support and education. The judge may decide or the parents agree that this contribution be paid in whole or in part into the hands of the child.

Paragraph 3

Of the Intervention of the Family Causes Judge Articles 373-2-6 to 373-2-13

Art. 373-2-6

A judge of the tribunal de grande instance in charge of family causes shall settle issues brought before him in the framework of this Chapter in watching in particular over the safeguarding of the welfare of minor children.

The judge may order measures that allow to protect continuity and effectiveness of the keeping of the bonds of the child with each of his parents.

He may in particular order an entry on the passports of the parents to prohibit the child's departure from the territory without the authorization of the two parents.

Art. 373-2-7

Parents may seize the family causes judge to have approved the agreement through which they organize the terms of exercise of parental authority and establish their contributions to the support and education of the child.

The judge shall approve the agreement unless he observes that it does not sufficiently protect the welfare of the child or that the consent of the parents was not freely given.

Updated 04/04/2006 - Page 68/268

CIVIL CODE

Art. 373-2-8

The judge may also be seized by one of the parents or the Government procurator, who may himself be seized by a third person, relative or not, for the purpose of ruling upon the terms of exercise of parental authority and the contribution to the support and education of the child.

Art. 373-2-9

In compliance with the two preceding Articles, the residence of a child may be fixed alternately at the domicile of each of the parents or at the domicile of one of them.

On request of one of the parents or in case of disagreement between them about the mode of residence of the child, the judge may order provisionally an alternate residence of which he shall determine the duration. On the expiry of it, the judge shall rule finally on the residence of the child alternately at the domicile of each of the parents or at the domicile of one of them.

Art. 373-2-10

In case of disagreement, the judge shall endeavour to conciliate the parties.

For the purpose of making easier the search by the parents of a consensual exercise of parental authority, the judge may offer them a measure of mediation and, after gaining their agreement, designate a family mediator who will initiate it.

He may call upon them to meet a family mediator who will acquaint them with the subject and progress of such a measure.

Art. 373-2-11

Where he rules on the terms of exercise of parental authority, the judge shall take into consideration in particular:

1° The practice previously followed by the parents or the agreements they entered into earlier;

2° Feelings expressed by a minor child in the way provided for in Article 388-1;

3° The capacity of each parent to assume his or her duties and to respect the rights of the other;

4° The result of court-ordered appraisals possibly carried out, taking into account in particular the age of the child;

5° Information collected in possible social enquiries and counter-enquiries provided for in Article 373-2-12.

Art. 373-2-12

Before any decision fixing the terms of exercise of parental authority and of the right of access, or entrusting the children to a third person, the judge may assign the task of undertaking a social enquiry to any qualified person. This is for the purpose of collecting information on the situation of the family and on the conditions in which the children live and are educated.

Where one of the parents contests the conclusions of a social inquiry, a counter-inquiry may be ordered on his or her request.

A social inquiry may not be used in a trial of a cause for divorce.

Art. 373-2-13

The provisions of an approved agreement as well as the judgments relating to the exercise of parental authority may be varied or completed at any time by the judge, on request of the parents or of a parent or of the Government procurator, who himself may be seized by a third person, relative or not.

Paragraph 4

Of the Intervention of Third Persons Articles 373-3 to 374-2

Art. 373-3

(Act no 87-570 of 22 July 1987)

"Separation of the parents" (Act no 2002-305 of 4 March 2002) is not a bar to the devolution provided for by Article

373-1, even where the parent who remains able to exercise parental authority was deprived of the exercise of some attributes of that authority by the effects of a judgment delivered against him or her.

(Act no 2002-305 of 4 March 2002) The judge may, by way of exception and where the welfare of the child so requires, in particular when one of the parents is deprived of the exercise or parental authority, decide to entrust the child to a third person, chosen preferably within his relatives. He shall be seized and shall rule under Articles 373-2-8 and 373-2-11.

In exceptional circumstances, the"family causes judge" (Act no 93-22 of 8 Jan. 1993) who decides on the terms of exercise of parental authority after"a separation of the parents" (Act no 2002-305 of 4 March 2002) may decide, even in the lifetime of the parents, that in case of death of the parent who exercises parental authority, the child may not be placed in the custody of the survivor. He may, in that event, designate the person to whom the child shall temporarily be entrusted.

[deleted]

Art. 373-4

(Act no 87-570 of 22 July 1987)

Where the child was entrusted to a third party, parental authority shall continue to be exercised by the father and mother; however, the person to whom the child was entrusted shall perform all the usual acts regarding his supervision and education.

The"family causes judge" (Act no 93-22 of 8 Jan. 1993), where he temporarily entrusts the child to a third person, may decide that the latter shall require the establishment of a guardianship.

Updated 04/04/2006 - Page 69/268

CIVIL CODE

Art. 374

(Act no 93-22 of 8 Jan. 1993)

Where the parentage of an illegitimate child is established only with regard to one of his parents, the latter shall exercise parental authority alone.

Where his parentage is established with regard to both parents under terms different from those provided for in Article 372, parental authority shall be exercised by the mother. It shall however be exercised in common by both parents where they make a joint declaration thereof before the"clerk in chief of the tribunal de grande instance" (Act no

95-125 of 8 Feb. 1995).

In all cases the family causes judge may, on request of the father, the mother or the Government procurator's office, modify the terms of exercise of parental authority with regard to an illegitimate child. He may decide that it will be exercised either by one of the two parents, or in common by both parents; in that case, he shall designate the parent at whose home the child will have his usual residence.

The family causes judge may grant a right of supervision to the parent who does not have the exercise of parental authority. He may refuse him or her a right of access and lodging only for serious reasons.

In case of exercise in common of parental authority, the parent at whose home the children do not usually reside shall contribute to their support and education in proportion to the respective means of the parents.

Art. 374-1

(Act no 93-22 of 8 Jan. 1993)

The court which decides on the establishing of a [...] parentage may decide to entrust the child temporarily to a third person who will be in charge of requiring the organization of a guardianship.

Art. 374-2

In all cases provided for in this Title, a guardianship may be established even where there is no property to be administered.

It shall be then organized in accordance with the provisions of Title X.

SECTION II

Of Educational Assistance Articles 375 to 375-9

Art. 375

Where the health, security or morality of a not emancipated minor are imperilled, or where the conditions of his education are seriously endangered, measures of educational assistance may be judicially ordered on request of the father and mother jointly, or of one of them,"of the person or body to whom the child was entrusted" (Act no 87-570 of 22
July 1987) or of the guardian, of the minor himself or of the Government procurator's office. Exceptionally, the judge may be seized of his own motion.
They may be ordered at the same time with regard to several children dependent on a same parental authority.
(Act no 86-17 of 6 Jan. 1986) The decision shall fix the duration of the measure without exceeding two years, where it relates to an educational measure implemented by a service or body. A measure may be renewed by a judgmentsetting out the grounds on which it is based.

Art. 375-1

The juvenile judge shall have jurisdiction, subject to appeal, in all matters relating to educational assistance. He shall always endeavour to secure the adhesion of the family to the measure contemplated.

Art. 375-2

Whenever possible, a minor must be kept in his present circle. In that case, the judge shall designate, either a qualified person, or a service of observation, education or rehabilitation in the free community, with the mission of bringing aid and counsel to the family in order to overcome the material or moral difficulties which it is encountering.
That person or service shall be responsible for following the development of the child and making a periodical report of it to the judge.
The judge may also make the keeping of the child in his circle conditional on specific obligations, such as that of regularly attending a medical or educational institution, ordinary or specialized, or of exercising a professional activity.

Art. 375-3

Where it is necessary to withdraw the child from his present circle, the judge may decide to entrust him:
1°"To the other parent" (Act no 2002-305 of 4 March 2002) ;
2° To another member of the family or to a trustworthy third person;
3° To a medical or educational, ordinary or specialized, service or institution;
4°"To a départemental Children's aid service" (Act no 89-487 of 10 July 1989).
However, where a petition for divorce was filed or a divorce order handed down between the father and mother, those measures may be taken only if a new circumstance likely to endanger the minor is revealed after the decision"which rules on the terms of exercise of parental authority or entrusts the child to a third person" (Act no 87-570 of 22 July 1987) . They may not be a bar to the power of the"family causes judge" (Act no 93-22 of 8 Jan. 1993) to decide,"under Article 373-3" (Act no 2002-305 of 4 March 2002), to whom the child is to be entrusted. The same rules shall apply to judicial separation.

Art. 375-4

(Act no 87-570 of 22 July 1987)
Updated 04/04/2006 - Page 70/268
CIVIL CODE
In the circumstances specified in 1°, 2° and 3° of the preceding Article, the judge may assign either to a qualified person, or to a service of observation, education or rehabilitation in the free community, the mission of bringing aid and counsel to the person or the service to whom the child was entrusted, as well as to the family, and of following the development of the child.
In all cases, the judge may join the handing over of the child with the same terms as under Article 375-2, paragraph 2. He may also decide that periodical report shall be made to him as to the situation of the child.

Art. 375-5

Provisionally, but subject to appeal, the judge may, pending suit, either order the provisory handing over of the child to a rest or observation centre, or take one of the measures provided for in Articles 375-3 and 375-4.
In case of emergency, the Government procurator of the place where the child was found, shall have the same power, with the responsibility of referring the matter within eight days to the competent judge who shall maintain, vary or revoke the measure.

Art. 375-6

Decisions taken in matters of educational assistance may, at any time, be varied or revoked by the judge who took them, either of his own motion, or on request of the father and mother jointly or of one of them,"of the person or service to whom the child was entrusted" (Act no 87-570 of 22 July 1987) or of the guardian, the child himself or the Government procurator's office.

Art. 375-7

The father and mother whose child gave occasion for a measure of educational assistance keep their parental authority over him and exercise all the attributes of it that are not incompatible with the implementation of the measure.

They may not emancipate the child without authorization of the juvenile judge, while the measure of educational assistance is being implemented

Where it was necessary to place the child outside the parents' home, the latter keep a right of correspondence and a right of access. The judge shall fix the terms thereof and may even, if the welfare of the child so requires, decide that the exercise of these rights or of one of them shall be temporarily suspended."The judge may indicate that the locamlity of placement of the child shall be chosen so as to make easier, as far as possible, the exercise of the right of access for the parent or parents" (Act no 98-657 of 29 July 1998).

Art. 375-8

The expenses of support and education of the child who was the subject of a measure of educational assistance continue to devolve upon its father and mother as well as upon his ascendants from whom maintenance may be claimed, except for the power of the judge to discharge them of it in whole or in part.

Art. 375-9

(Act no 2002-303 of 4 March 2002).- The judgment which, under Article 375-3, paragraph 3, entrusts the minor to an institution which receives persons admitted by reason of mental diseases, shall be handed down after detailed medical advice from a physician not belonging to the institution, for a duration which may not exceed fifteen days.

The provision may be renewed, after medical assent given by a psychiatrist of the receiving institution, for a duration of one month, renewable.

SECTION III

Of the Delegation of Parental Authority Articles 376 to 377-3

Art. 376

No relinquishment or transfer relating to parental authority may be effective, unless under a judgment in the cases specified below.

Art. 376-1

A"family causes judge" (Act no 93-22 of 8 Jan. 1993) may, where he is called to rule upon"the terms of exercise of parental authority or upon the education of a minor child or where he decides to entrust a child to a third person" (Act no

87-570 of 22 July 1987), take into consideration the covenants which the father and mother may have freely concluded between them on this subject, unless one of them adduces serious reasons which allow him or her to revoke his or her consent.

Art. 377

(Act no 2002-305 of 4 March 2002)

The father and mother, jointly or separately, may, where circumstances so require, seize a judge for the purpose of having delegated all or part of the exercise of their parental authority to a third person, member of the family, trustworthy near relation, institution approved for receiving children or départemental Children's aid service.

In case of plain disinterest or where the parents are unable to exercise all or part of parental authority, the individual, the body or the départemental Children's aid service who received the child may also seize the judge for purpose of having delegated to them parental authority wholly or partially. In all cases referred to in this Article, both parents shall be called in the case. Where the child concerned is the subject of a measure of educational assistance, delegation may occur only after opinion of the juvenile judge.

Art. 377-1

(Act no 2002-305 of 4 March 2002)

Updated 04/04/2006 - Page 71/268

CIVIL CODE

Delegation, total or partial, of parental authority results from the judgment handed down by the family causes judge.

However, a judgment of delegation may provide, for the needs of education of a child, that the father and mother, or one of them, shall share all or part of the exercise of parental authority with the third person delegatee. That division shall require consent of the parent or parents in so far as they exercise parental authority. The presumption in Article

372-2 shall apply with regard to transactions performed by the delegator or delegators and the delegatee.

The judge may be seized of the difficulties that a shared exercise of parental authority may produce by the parents, one of them, the delegatee or the Government procurator. He shall rule in accordance with the provisions of Article
373-2-11.

Art. 377-2

In all cases, delegation may come to an end or be removed by a new judgment, where new circumstances are adduced.

In the case where the father and mother are granted the return of the child, the"family causes judge" (Act no 93-22
of 8 Jan. 1993) shall place on them, unless they are necessitous, reimbursement of all or part of the expenses of support.

[deleted]

Art. 377-3

The right to consent to the adoption of a minor may never be delegated.

SECTION IV

Of the Total or Partial Withdrawal of Parental Authority Articles 378 to 381

Art. 378

By express provision of a criminal judgment, parental authority may be"totally withdrawn" (Act no 96-604 of 5 July 1996) from the father and mother who are sentenced either as perpetrators, co-perpetrators or accomplices of a serious or ordinary offence committed on the person of their child, or as co-perpetrators or accomplices of a serious or ordinary offence committed by their child,.

That"withdrawal" (Act no 96-604 of 5 July 1996) may be applied to ascendants other than the father and mother as regards that part of parental authority which they may have over their descendants.

Art. 378-1

The father and mother who"apart from any criminal sentence, either by maltreatment, or by usual and excessive consumption of alcoholic beverages or drug addiction, or by a notorious misconduct or criminal activities" or by lack of care or want of guidance, obviously endanger the security, health or morality of the child,"may be totally withdrawn parental authority" (Act no 96-604 of 5 July 1996).

The father and mother who, for more than two years, have intentionally abstained from exercising the rights and fulfilling the duties they retained under Article 375-7, may likewise"be totally withdrawn parental authority" (Act no 96-604 of 5 July 1996).

An action"for total withdrawal of parental authority" (Act no 96-604 of 5 July 1996) shall be brought before the tribunal de grande instance, either by the Government procurator's office, or by a member of the family or by the child's guardian.

Art. 379

(Act no 96-604 of 5 July 1996)

A total withdrawal of parental authority ordered under one of the two preceding Articles affects by operation of law all the attributes, patrimonial as well as personal, connected with parental authority; in the absence of other determination, it extends to all minor children already born at the time of the judgment. It involves, for the child, dispensation from maintenance obligation, in derogation from Articles 205 to 207, unless otherwise provided by the judgment of withdrawal.

Art. 379-1

(Act no 96-604 of 5 July 1996)

Instead of a total withdrawal, the judgment may be confined to ordering a partial withdrawal of parental authority, limited to the attributes it specifies. It may also decide that a total or partial withdrawal of parental authority will be effective only with regard to certain children already born.

Art. 380

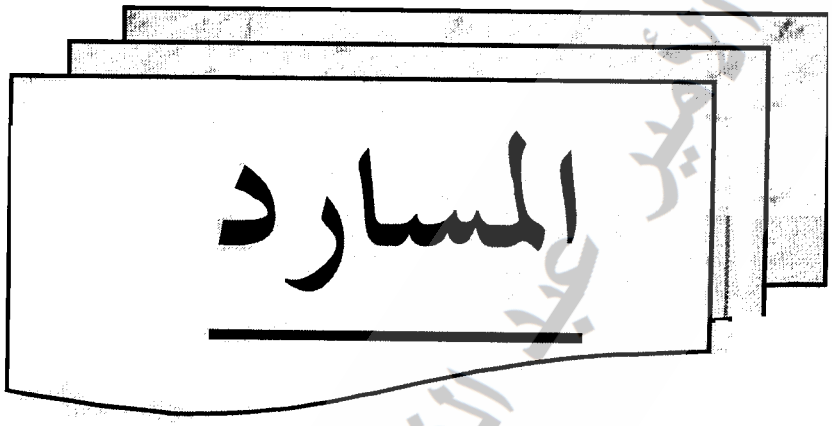
When it orders"a total or partial withdrawal of parental authority or" (Act no 96-604 of 5 July 1996) of the right of custody, the court seized shall, where the other parent is dead or has lost the exercise of parental authority, either"designate a third person to whom the child will be temporarily entrusted" (Act no 87-570 of 22 July 1987) with the responsibility of requesting the organization of a guardianship, or entrust the child to the Children's aid service.

It may take the same measures where parental authority has devolved on one of the parents through the effect"of a total withdrawal of parental authority ordered" (Act no 96-604 of 5 July 1996) against the other.

Art. 381

The father and mother who have been the subject"of a total withdrawal of parental authority" (Act no 96-604 of 5 July 1996) or of a withdrawal of rights for one of the grounds provided for in Articles 378 and 378-1,

may, by way of a petition, gain from the tribunal de grande instance, by proving new circumstances, the restitution to them, in whole or in Updated 04/04/2006 - Page 72/268
CIVIL CODE
part, of the rights of which they were deprived.
An application for restitution may be filed only one year at the earliest after the judgment ordering"the total or partial withdrawal of parental authority" (Act no 96-604 of 5 July 1996) became irrevocable; in case of dismissal, it may be renewed only after a new period of one year. No application is admissible where, before the filing of the petition, the child has been placed for the purpose of adoption.
Where restitution is granted, the Government procurator's office shall, if there is occasion, apply for measures of educational assistance.
CHAPTER II
Of Parental Authority with regard to the Property of a Child Articles 382 to 387
Art. 382
The father and mother have, subject to the distinctions that follow, the administration and enjoyment of the property of their child.
Art. 383
(Act no 85-1372 of 23 Dec. 1985)
Statutory administration shall be exercised jointly by the father and mother where they exercise in common parental authority and, in the other cases, under judicial supervision, either by the father or by the mother, according to the provisions of the preceding Chapter.
Statutory enjoyment is attached to statutory administration: it belongs either to the two parents jointly, or to the one of the father and mother who is responsible for the administration.
Art. 384
The right of enjoyment comes to an end :
1° As soon as the child has completed"sixteen years" (Act no 74-631 of 5 July 1974), or even earlier when he contracts marriage;
2° Through the causes which put an end to parental authority, or even, more particularly, through those which put an end to statutory administration;
3° Through the causes which involve extinction of any usufruct.
Art. 385
The charges of such enjoyment are:
1° Those to which usufructuaries are liable in general;
2° The feeding, supporting and educating the child, according to his wealth;
3° Debts which burden a succession received by the child to the extent that they must be discharged out of the income.
Art. 386
That enjoyment may not take place for the benefit of a surviving spouse who omits to make an inventory, authentic or under private signature, of property owed to a minor.
Art. 387
Statutory enjoyment does not extend to property acquired by a child through his work, or to that which is donated or bequeathed to him under the express condition that the father and mother may not have enjoyment of them.



المسارد

- مسرد الآيات القرآنية.
- مسرد الأحاديث و الآثار.
- مسرد الأعلام.
- مسرد المصادر و المراجع.
- مسرد الموضوعات.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مسرد الآيات القرآنية

السور	الآيـــــــــــــــــــــــــــــة	رقمها	الصفحات
البقرة	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾	188	29
	﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾	195	44
	﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	233	20
	﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾	282	70
	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾	286	76
النساء	﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾	05	70
	﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ ﴾	06	62-61-51
	﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾	06	29
	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾	34	44 -20
	﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾	141	40
الأنعام	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾	152	24
	﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾	164	76
الأنفال	﴿ مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾	72	4
الإسراء	﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾	23	28
مريم	﴿ وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي ﴾	5	4

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

لقمان	﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾	15	28
الطلاق	﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾	4	51
	﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ... ﴾	6	20
الحاقة	﴿ هَلَكَ عَنِّي سُلْطَانِيَهْ ﴾	29	2
القيامة	﴿ أَوْلَى لَكَ فَأَوْلَى ﴾	34	4

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مسرد الأحاديث والآثار

الرقم	الحديث أو الأثر	الصفحات
01	« أنت ومالك لأبيك »	29
02	« إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم إذا احتجتم إليه بالمعروف »	28-29
03	« إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء »	54
04	« إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة ، يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا »	30-29
05	« الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه»	40
06	« أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل »	42
07	« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»	21
08	« اعقدوا فإن النساء لا يعقدن .. »	42
09	« لا تنكح المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تنكح نفســـها »	42
10	« لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل »	36
11	« مُروا أبناكم بالصلاة لسبع ، واضربوهم عليها لعشر »	15
12	« من ولي يتيما وله مال يتجر له فيه فلا يترك حتى تأكله الصدقة »	24
13	« فهلا واسيت بينهما »	15
14	« فإني لا أشهد على جور »	15

15	« وإن أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني »	54
16	« يا رسول الله عندي دينار.. »	21

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مسرد الأعلام

إبراهيم ، الفقيه 28
ابن المنذر 21- 40
ابن السكيت..... 4
ابن حزم 20- 51
ابن منصور 34
ابن عمر– ﷺ.....52- 60
ابن شبرمة..... 51- 52
أبو العالية.....28
أبو العباس.....61
أبو الهيثم..... 4
أبو ثور.....60
أبو حنيفة.....20- 35- 36
42-43-60-63-71-
أبو نخيلة.....3
أبو سفيان– ﷺ– 20
أبو هريرة – ﷺ– 42
أبي بكر الأصم..... 51
أحمد، الإمام ابن حنبل.....23-32-36
الأثرم.....34
الأوزاعي.....28
البشير أبي النعمان– ﷺ–.....15
بوليب الكاتب.....10
الترمذي 14-15-41-59
الخصاف.....54
الزجاج.....4
الغزالي.....35
القرطبي.....60
السدي.....60
الشعبي.....27-60
الشافعي،الإمام 19-35-59-69
إسحاق.....59
توماس كونياس.....11
الثوري.....60
جيرار كورنو.....6
حسن البصري.....27-60
مالك بن أنس، الإمام 59-60
مجاهد.....27
محمد بن الحسن.....33-69
معاوية بن أبي سفيان– ﷺ–.....12
عائشة –رضي الله عنها–.....20-27-41-50
العباس– ﷺ–.....12-26
عبد الله بن عمرو بن العاص– ﷺ–.....52
عبد المطلب.....12
عبيدة.....27
عثمان البتي.....50-51-70-157
عروة ابن الزبير.....50
عطاء..... 27
عطية القرظي ﷺ.....59
شريك بن حيان العنبري.....3

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

النخعي.....27	هند بنت عتبة-رضي الله عنـــها-.....20-21-
علي بن سعيد.....32	12
عمر ابن الخطاب- ﷺ-.....27	
عمرو بن شعيب.....14	
غوثة بن ملحة..... 6	
قتادة.....27	
سليمان عبد المنعم.....65	
سعيد ابن جبير.....27-60	
سيبويه.....3	
سيد عبد الله علي حسين.....4	

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

مسرد المصادر والمراجع

- **القـــرآن الكـــــريم برواية حفص.**

أ/ تفسير القرآن الكريم

1- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، **أحكام القرآن**، دار الفكر ، د.ت ، د.ط .

2- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق، أبو إسحاق إبراهيم أطفـــيش، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

ب/ الحديث الشريف

3- أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني، **السنن**، مراجعة محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر، بيروت ، د.ط، د.ت .

4- البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، **الجامع الصحيح**، دار الفكر ، بـــيروت، د.ط، 1981.

5- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني ، **المسند** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د.ت .

6- **المسند** ، شرحه ووضع فهارسه، أحمد محمد شـــاكر، مكتبـــة التـــراث الإسلامي، القاهرة، د.ط، د.ت .

7- ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، **السنن**، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، د.ط ،د.ت .

8- البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى**، وفي ذيله الجوهر النقي لابـــن التركمـــاني ، دار الفكر، بيروت ، د.ط، د.ت .

9- **- شعب الإيمان** ، تحقيق أبي هاجر محمد السعيد ، دار الكتـــب العلميـــة ، بيروت ، ط 1، 1990 .

10- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى، **الجامع الصحيح**، إعداد هشام سمير البخاري ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، د.ط، 1995.

11- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، دار الكتاب العربي، بـــيروت، د.ط، د.ت.

12- الدارقطني ، علي بن عمر، **السنن**، عالم الكتب، بيروت، ط 4، 1986 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

13- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، **الجامع الصحيح**، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت.

14- النسائي، أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب الخراساني، **السنن الكبرى** ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1991.

15- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير اليمني ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، تحقيق إبراهيم عصر ، دار الحديث ، مصر ، د.ت ، د.ط .

16- عبد الرزاق، أبو بكر بن همام الصنعاني، **المصنف**، تحقيق، حبيب الرحمان الأعظمي، منشورات المجلس العلمي ، بيروت ، د.ط ، 1970.

17- علاء الدين ، علي بن بلبان الفارسي ، **الإحسان بترتيب صحيح بن حبان** ، ضبطه كمال يوسف الحوت ، دار الفكر ، بيروت ، ط1، 1987.

18- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** ، ، تحقيق، محمود إبراهيم زايد، لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة ، د.ط ، 1988م

18- الهيثمي ، علي بن أبي بكر ، **مجمع الزوائد** ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ط ، د.ت .

ج/ الفقه الإسلامي

أولا/ الفقه الحنفي

19- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم ، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة، بيروت، د.ط ، د.ت .

20- ابن عابدين، محمد أمين، **حاشية رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه أبي حنيفة النعمان** ، دار الفكر، بيروت ط 2، 1979م.

21- ابن الهمام ، كمال الدين بن عبد الواحد، **شرح فتح القدير على الهداية**، دار الفكر، بيروت ، د.ط ، د.ت .

22- الكاساني ، أبو بكر علاء الدين بن مسعود، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي، بيروت ، ط 2، 1982.

23- المرغيناني ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل ، **بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة** ، تحقيق حامد كرسون وآخرون ، مطبعة محمد علي ، مصر ، ط1 ، د.ت .

24- المرغيناني ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر، **الهداية شرح بداية المبتدي**، المكتبة الإسلامية ، بيروت ، د.ط ، د.ت .

25 - السرخسي، أبو بكر محمد بن أبي سهل شمس الدين، **المبسوط** . دار المعرفة ، بيروت ، ط2 ، 1986.

ثانيا / الفقه المالكي

26- **ابن جزي**، محمد بن أحمد بن محمد الكلبي، **القوانين الفقهية** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د.ت.

27- **الحطّاب**، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، وبهامشه التاج والإكليل للمواق ، دار الفكر، بيروت، ط3، 1992.

28- **خليل** ، ابن اسحاق، ، **مختصر خليل، دار الفكر**، بيروت، د.ط، 1994 .

29- **الدردير**، أبو البركات سيدي أحمد محمد العدوي، **الشرح الكبير**، دار الفكر، ، بيروت، د.ط، 1994.

30- **الدسوقي** ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ الدردير** ، وبالهامش تقريرات عليش ، تحقيق محمد شاهين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 2، 2003

31- **مـــالك**، بن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى**- رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، ومعها مقدمات ابن رشد للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد ، مكتبة الثقافة الدينية ، القـــاهرة ، د.ط ، 2004 .

32- **النفراوي** ، أحمد بن غنيم بن سالم ، **الفواكه الدواني** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، 1994.

33 – **العبدري** ، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم ، **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، دار الفكر، ط 3 ، 1992 .

34 – **العدوي** ، علي الصعيدي ، **حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة بن أبي زيد** ، دار المعرفة ، لنبان ، د.ط ، د.ت .

ثالثا / الفقه الشـــافعي

35- **الأسيوطي** ، شمس الدين محمد بن أحمد بن علي المنهاجي ، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود** ، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ط1، 1996 .

36- **البجيرمي** ، سليمان بن عمر بن محمد ، **حاشية البجيرمي** ، المكتبة الاسلامية ، تركيا ، د.ط ، د.ت .

37- **الجاوي** ، أبو عبد المعطي محمد بن عمر بن علي بن نووي ، **نهاية الزين** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د.ت.

38- **الخطيب الشربيني**، شمس الدين محمد بن أحمد ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع** ، وبهامشه تقرير الشيخ عوض ، دار الفكر ، د.ط، د.ت.

39- **الخطيب الشربيني** ، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت .

40- الدمياطي ، البكري بن السيد محمد شطا ، **إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين** ، دار الفكر ، لنبان ، د.ط، د.ت .

41- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد، **الحاوي الكبير**، تحقيق، محمد مطرجي و آخرون، دار الفكر، بيروت، د .ط، 1994م.

42- النووي ، أبو زكريا محيي الدين بن شرف ، **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، دار المكتب الاسلامي، بيروت ، ط2 ، 1985.

43- – **المجموع شرح المهذب** ، دار الفكر،بيروت، ط1، 1996 .

44- – **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، د.ت .

45- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، **الوسيط** ، دار السلام ، القاهرة ، ط 1 ، 1995 .

46- الشـــافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، **الأم**، تصحيح،محمد زهري النجار، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

47- الشرواني ، عبد الحميد و **العبادي** ، أحمد بن قاسم ، **حواشي الشرواني وابن القاسم العبادي علـــى تحفـــة المحتاج** ، دار الإحياء للتراث العربي ، ، د.ت ، د.ط .

48- الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي، **المهذب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنـــه**، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

رابعا / الفقه الحنبلي

49- ابن تيمية، مجد الدين أبو البركات عبد السلام، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بـــن حنبـــل**، ومعـــه النكت والفوائد السنية لابن مفلح ، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، د.ت .

50-ابن مفلح ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح ، **المبدع** ، دار المكتب الاسلامي، بيروت ، ط 2 ، 1994.

51- ابن مفلح ، أبو عبد الله محمد بن مفلح ، **الفروع**، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1998.

52- ابن ضويان ، إبراهيم بن محمد بن سالم ، **منار السبيل** ، مكتبة المعارف ، السعودية ، ط2 ،1985 .

53- ابن قدامة المقدسي ، أبو محمد عبد الله بن أحمد ، **الكافي في فقه أحمد ابن حنبل** ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط5 ، 1988 .

54- ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي، **المغني شرح مختصر الخرقي** ،دار الكتاب العربي، بيروت، د .ط، 1983 .

55- **البهوتي** ، منصور بن يونس بن إدريس ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، راجعه وعلق عليه هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1982.

56- **المرداوي** ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، صحّحه وحققه، محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط 1 ، 1957.

خامسا / الفقه الظاهري

57 – **ابن حزم**، أبو محمد علي أحمد بن سعيد الأندلسي، **المحلى بالآثار** ، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت .

ع/ أصول وقواعد الفقه

58 – **ابن أمير الحاج** ، محمد بن محمد بن محمد بن حسن بن علي بن سليمان ، **التقرير والتحبير في شرح التحرير** ، دار الفكر ، بيروت ، ط1 ، 1996 .

59- **القرافي**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي، **الفروق**، عالم الكتاب، بيروت، د.ط، د.ت.

60- **السيوطي** ، عبد الرحمن بن أبي بكر ، **الأشباه والنظائر** ، دار الكتب العلمية ، لنبان ، ط 1، 1990 .

د/ مراجع حديثة في الشريعة والفقه الإسلامي

61 – **أبو زهرة** ، **الولاية على النفس** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.ط ، د.ت .

62- **أحمد الغندور** ، **الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي** ، مكتبة الفلاح ، ط 2 ، 1982.

63- **الزحيلي**، وهبة ، **نظرية الضمان** ، دار الفكر ، بيروت ، د.ط ، د.ت.

64- – **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، ط2 ، 1405هـ-1985م.

65- **الزرقا**، مصطفى أحمد ، **المدخل الفقهي العام**، دار الفكر ، ط 1 ، 1968.

66- **المنياوي** ، محمد حسنين بن مخلوف ، **المقارنات الشريعة** ، تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام المالك ، تحقيق محمد أحمد السراج وعلي جمعة محمد ، دار السلام للطباعة والنشر ، مصر، ط 1 ، 1420، 1999.

67- **نبيل** إبراهيم سعد ، **مبادئ القانون** ، دار النهضة العربية ، بيروت ، د.ط ،1995.

68 – **العبادي** ، عبد السلام داود ، **الملكية في الشريعة الإسلامية** ، طبيعتها ، وظيفتها ، قيودها، دراسة مقارنة ، ، الرسالة ، بيروت ، ط 1، الرسالة ، 2000 .

69- **عبد الله** السيد ، **المقارنات التشريعية** ، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرون ، دار السلام ، القاهرة ، ط1 ، 2001.

70 – عطية ، صقر، **موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام** ، الدار المصرية، مصر، ط 1، 1989.

71 – علي خفيف ، **الضمان** ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د.ط ، 2000 .

72– شلبي ، محمد مصطفى ، **أحكام الأسرة في الإسلام** ، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السينية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط 2 ، 1977.

ز/ اللغة والمعاجم والموسوعات

73– إدريس ، سهيل و **جبور**، عبد النور، **المنهل – قاموس فرنسي عربي**، دار الآداب بالاشتراك مع دار العلم للملايين، ط 9، 1978م.

74– ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، تصنيف يوسف خياط ونديم مرعشلي، دار لسان العرب ، بيروت ، د.ط ، د.ت .

75– ابن فارس، أبو الحسين أحمد، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر، بيروت، د.ط ، د.ت .

76– الجرجاني، علي بن محمد السيد الشريف، **التعريفات** ، تحقيق، إبراهيم الأبياري ، دار الكتاب العربي، بيروت ، ط1، 1985.

77– جيرار كورنو ، **معجم المصطلحات القانونية** ، ترجمة منصور القاضي ، الدار الفرنسية الجامعية للدراسات ، بيروت ، ط 1، 1998.

78– الرَّازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، **مختار الصحاح**، تصحيح، أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1994م.

79 - Larousse , Dictionnaire De Français Larousse , / SEJER , France , 2004 .

ز/ التاريخ والسيرة

80– أحمد إبراهيم حسن ، **فلسفة و تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية** ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، د.ط ، 2003 .

81– أحمد أبو الوفا ، **تاريخ النظم القانونية وتطورها** ، الدار الجامعية ، بيروت ، د.ط،1984.

82– أندريه إيمار و آخرون ، **تاريخ الحضارات العام** ، ترجمة فريد داغر ، منشورات عويدات ، بيروت ، ط 2، 1987 .

83– ابن هشام ، أبو محمد عبد الملك ابن هشام ابن أيوب المعافري ، **سيرة النبي** ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، دار الفكر ، د.ت ، د.ط .

84- دليلة فركوس ، **الوجيز في تاريخ النظم**، دار النفائس ، الجزائر ، ط3 ، 1999.

85- صبحي المحمصاني ، **الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها** .دار العلم للملايين ، بيروت. ط 4 ، 1994.

86- عباس العبودي ، **تاريخ القانون** ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1998.

87- ول ديورانت ، **قصة الحضارة** ، ترجمة زكي نجيب محمود ، دار الجيل ،.بيروت ، د.ط ، د.ت .

ط/ التراجم

88- العسقلاني ، ابن حجر، **الإصابة في تمييز الصحابة**، دار الكتاب العربي ، بيروت ، د.ت، د.ط .

ظ/ الأدب

89- إبراهيم محمد صبيح، **الطفولة في للشعر العربي الحديث** ، دار الثقافة ، الدوحة ، د.ط ، 1985 .

ك/ المراجع القانونية العربية

90- أحسن بوسقيعة ، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص** ، الجرائم ضد الأشخاص وضد الأموال ، دار هومه ، د.ط، د.ت .

91- بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،د.ط، 1999.

92 - **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،د.ط، 1999.

93- بن شيخ لحسين ، **مذكرات في القانون الجزائي الخاص**، ديوان المطبوعات الجامعية ، د.ط، 2000.

94- رينيه غارو ، **موسوعة قانون العقوبات العام والخاص** ، منشورات الحلبي الحقوقية.لبنان ، د.ط ، د.ت.

95- الزرقا مصطفى أحمد وآخرون ، **مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما** ، دار العلم دمشق ، ط 1 ، 1996 .

96- زهدي يكن ، **المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة** ، المكتبة العصرية، بيروت د.ط، د.ت.

97- كيره، حسن، **المدخل إلى القانون**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط5، د.ت.

98- محمد حسنين ، **الوجيز في نظرية الحق بوجه عام** . المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، د.ط، 1985.

99 – **الوجيز في نظرية الالتزام** ، مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر د.ط ، 1983.

100– **محمد** صبحي نجم ، **شرح قانون العقوبات الخاص** ، القسم الخاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 4 ، 2003 .

101– **محفوظ** لعشب ، **المبادئ العامة للقانون المدني** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 3 ، 2006.

102– **مصطفى** الجمال ، **النظرية العامة للالتزامات** ، الدار الجامعية ، مصر ، د.ط ، 1987.

103– **نبيل** إبراهيم سعد ، **المدخل إلى القانون** ، دار النهضة العربية ، ، بيروت ، د.ط، 1995 .

104– عاطف النقيب ، **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي** ، الخطأ والضرر ، منشورات عويدات ، بيروت ، ط 3 ، 1984.

105– **عبد الحكم** فودة ، الجرائم الجنسية في ضوء **الفقه وقضاء النقض** ،مكتبة الإشعاع الفنية ، مصر ، د.ط ، 1997.

106– **عبد الرزاق** السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني** ، دار إحياء التراث، بيروت ، د.ط، 1964.

107– **عبد الله** سليمان ، **شرح قانون العقوبات** ، دار الهدى ، د.ط ، د.ت .

108– **عبد العزيز** سعد ، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ط 2 ، 2002.

109 – **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، ط 2، قسنطينة ، دار البعث ، 1989.

110– **عبد السلام** الرفعي ، **الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي** ، إفريقيا الشرق ، المغرب ، د.ط، 1996 .

111– **علي** علي سليمان ، **دراسات في المسؤولية المدنية** ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، د.ط ، 1989 .

112– – **نظرات قانونية مختلفة** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د.ط، 1994.

113– – **النظرية العامة للالتزام** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د.ط ، 1990.

114– **فتوح** عبد الله الشاذلي ، **شرح قانون العقوبات** ، القسم الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، ط ، 1996 .

115– **فيلالي** علي ، **التزامات العمل المستحق للتعويض** ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، د.ط ، د.ت.

116– **قدادة** خليل أحمد حسن ، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، ط 2 .

117– **سلطان** أنور ، **مصادر الالتزام** ، دار النهضة العربية، بيروت ، د.ط، 1983 .

118- السعـــــــدي محمد صبري ، **شرح القانون المدني** ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الهدى ، د.ط ، 2004 .

119- هلالي عبد اللاه أحمد ، **شرح قانون العقوبات** ،القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 1 ، 1988.

ب/ المراجع القانونية الفرنسية

120- C. Neirinck , **Retrait** , Juris-Classeur , France , 1998 , civil , art. 371 à 387 , fasc. 660 .

121- C. Watine-Drouin **, Minorité** , Audition du Mineurs En Justice , Juris-Classeur , France , 1998 , civil , art. 388-1 à 388-2 , fasc. 720 .

122- F. Dreifuss- Netter , **Abandon De Famille** .Juris-Classeur , France, 2002 , pénal , Art.227-3 à 227-41 , fasc.1020 .

123- F. Dreifuss – Netter , **Atteintes A l'Exercice De l'Autorité Parentale** . Juris - Classeur . France .2001.Pénal .Art 227-5 à 227-110. fasc. 1030 .

124- H. Angevin , **Atteintes Volentaire A La Vie** , Juris-Classeur, France, 2000, pénal, art. 221 –1 à 221- 5 .

125- I. Carbonnier , **Autorité Parentale** , La Jouissance légale , Juris-Classeur , France , civil , art. 371 à 387 , fasc. 50 .

126- J. M. Gonnard , **Violences** , Juris –Classeur , France , 1999, Pénal , Art. 222-7 à 222-16. fasc 10 .

127- L. Hanifi , **La Responsabilité Civile Des Père et Mère Du Fait De Leur Enfants Mineurs**, RASJEP., Algérie.

128- L. Leveneur , **Obligation Parentale D'Entretien** , Juris-Classeur , France , 1997, civil , art203 à 204 , fasc. 10 .

129- M. Géler , **Effets Du divorce** , Conséquences Du Divorce Pour Les Enfants , Aspects Extra - Patrimoniaux , Juris-Classeur, France , 1997 , civil , art. 286 à 295, fasc. 10 .

130- M. Huyette , **Autorité Parentale** , Assistance Educative , Juris-Classeur , France , 2002 , civil , art. 391 et 387 , fasc. 640 .

131- M. L. Rassat , **Exploitation A Caractère Pornographique De L' Image D' Un Mineur** , Juris-Classeur , France , 1996 , pénal , art. 227-23 à 227-24 .

132- M. L. Rassat , **Fait De Favoriser La Corruption D'Un Mineur** , Jurais - Classeur , France, 1996, Pénal , Art.227-22 .

133- M. Storck , **Contrat De Mariage** , Juris-Classeur , France , 1993 , civil , art. 1398 et 1399 , fasc. 70 .

134 - P. Courbe „ Droit De La Famille „ Armand Colin „ France „ 2ème „ 2001..
135- P. Malibert „ Soustraction D'Un Parent A Ses Obligations Légales „ Juris – Classeur „France 1996, penal Art. 227-17
136- P. Roman „ Privation D Aliments Ou De Soins Envers Un Mineur „ Juris-Classeur „ France „ 1996 „ Penal „ Art. 227-15 et 227-16 ..
137- P. Salvage – Gerest „ Administration légale Sous Contrôle Judiciaire „ Juris-Classeur „ France „ civil „ art. 389 à 392 „ fasc. 30 ..
138- P. Salvage – Gerest „ Emancipation „ Juris-Classeur „ France „ 1998 „ civil „ art. 372 „ fasc. 710 ..
139- P. Salvage – Gerest „ Tutelle „ Administration légale pure et simple „ Juris-Classeur „ France „ 1996 „ civil „ art. 389 à 392 „ fasc. 20 ..
140- P. Salvage – Gerest „ Tutelle „ Cas D'ouverture Des Différentts Régimes „ Juris-Classeur „ France „ 1998 „ civil „ art. 389 à 392 „ fasc. 750..
141 - Y. Buffelan-Lanore „ Minorité „ Juris-Classeur, France „ 1998 „ civil „ art. 388, fasc. 710 ..

الاجتهادات القضائية

1442– قرار المحكمة العليا رقم 216886 « الصادر بتاريخ 16 – 03 – 1999 « المجلة القضائية « العدد 4 « السنة 2001 « ص 204.

1443– قرار المحكمة العليا رقم 1366604 « الصادر بتاريخ 23 – 04 – 1996 « المجلة القضائية « العدد 2 « السنة 1997 « ص 89..

1444– قرار المحكمة العليا رقم 572227 « الصادر بتاريخ 25 – 12 – 1989 « المجلة القضائية « العدد 4 « السنة 1991 « ص 106..

1445– قرار المحكمة العليا رقم 2187736 « الصادر بتاريخ 16 – 02 – 1999 « المجلة القضائية « العدد 4 « السنة 2001 « ص 203.

1446– قرار المحكمة العليا رقم 1179186 « الصادر بتاريخ 17 – 02 – 1998 « المجلة القضائية « العدد 3 « السنة 2001 « ص 198

1447– قرار المحكمة العليا رقم 1711684 « الصادر بتاريخ 3 – 9 – 1997 « المجلة القضائية « العدد 3 « السنة 2001 « ص 169 ..

1448– قرار المحكمة العليا رقم 535778 « الصادر بتاريخ 22 – 05 – 1989 « المجلة القضائية « العدد 4 « السنة 1991 « ص 99..

1449– قرار المحكمة العليا رقم 311997 « الصادر بتاريخ 09– 01 – 1984 « المجلة القضائية « العدد 1 « السنة 1989 « ص 73..

150- **قرار المحكمة** العليا رقم 33921 ، الصادر بتاريخ 9 – 7 – 1984 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1991 ، ص 146 .

151- قرار المحكمة العليا رقم 50011 ، الصادر بتاريخ 20 – 6 – 1988 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1991 ، ص 57 .

152- **قرار المحكمة العليا** رقم 51894 ، الصادر بتاريخ 19 – 12 – 1988 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1990 ، ص 70 .

153- **قرار المحكمة العليا** رقم 52207 ، الصادر بتاريخ 02 – 01 – 1989 ، المحلة القضائية ، العدد 4 ، 1990 ، ص 74.

154- **قرار المحكمة العليا** ، الصادر بتاريخ 13 / 11 / 1970 ، النشرة القضائية ، العدد 1 ، 1972، ص 67

155- **قرار المحكمة العليا** ، الصادر بتاريخ 07 / 12 / 1966 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1968، ص 139

156- **قرار المحكمة العليا** ، رقم 53578 ، الصادر بتاريخ 22-5-1989 ، المجلة القضائية ، العدد 4، 1991 ، ص99 .

157- **قرار المحكمة العليا** ، رقم 214290 ، الصادر بتاريخ 15-12-1998، المجلة القضائية ، العدد 3 ، 2001 ، ص194 .

158- **قرار المحكمة العليا** ، رقم 66552 ، الصادر بتاريخ 10-12-1990 ، المجلة القضائية ، العدد 2، 1995 ، ص 89 .

159- **قرار المحكمة العليا** ، رقم 51894 ، الصادر بتاريخ 19-12-1988، المجلة القضائية ، العدد 4، 1990، ص80 .

160- **قرار المحكمة العليا** ، رقم 58812 ، الصادر بتاريخ 05-02-1990، المجلة القضائية ، العدد 4، 1992 ، ص58 .

161- **قرار المحكمة العليا** ، رقم 201336 ، الصادر بتاريخ 21-07-1998 ، المجلة القضائية، العدد 2 ، 2001، ص 178 .

162- **قرار المحكمة العليا** ، رقم 22655 الصادر بتاريخ 18-05-1999، المجلة القضائية، العدد 3 ، 2001 ، ص185 .

6/الرسائل الجامعية

163- حورية تاغلابت ، **الولاية على النفس** ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري ، رسالة ماجستير الفقه و أصوله ، غير منشورة ، المعهد الوطني العام للعلوم الإسلامية ، 1999.

ص/ المقالات و الأبحاث

164 – عبد العزيز بوودن ، **انحراف الأحداث في المدينة الجزائرية** ، بحث منشور بمجله الطفولة والتنمية ، المجلس العربي للطفولة والتنمية ، الأردن ، العدد 7 ، مجلد 2، 2002.

ض/ كتب علم النفس

165- المبروك أحمد عثمان ، **تربية الأولاد والآباء في الإسلام** ، دار قتيبة ، بيروت، د.ط، 1992.

166- محمود البستاني ، **دراسات في علم النفس الإسلامي** ، دار البلاغة ، بيروت ، ط 2 ، 1991.

170- محمود قمبر ، **دراسات تراثية في التربية الإسلامية** ، دار الثقافة ،قطر ، ط 1 ، 1987 .

171- مصطفى فهمي، **سيكولوجيه الطفولة والمراهقة دار مصر للطباعة** ، مصر ، د.ط ، د.ت .

172- عبد العلي الجسماني ، **سايكولوجية الطفولة والمراهقة و حقائقها** الأساسية ، الدار العربية للعلوم ، لبنان ، ط 1، 1994.

ع/ كتب عامة

173- الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد ، **إحياء علوم الدين** ، وبذيله كتاب المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الإحياء من أخبار لأبي الفضل زين الدين بن الحسين العراقي ، دار قتيبة ، ط 1 ، 1992.

غ/ النصوص التشريعية

أولا. التشريع الجزائري

175- الأمر رقم 02- 05 المؤرخ في، 18 محرم 1426هـ الموافق ل، 27 فبراير 2005م، المتعلق بتعديل قانون الأسرة .

176- الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن **قانون العقوبات** .

177- الأمر رقم 75- 16 المؤرخ ب،17 ربيع الثاني 1395 الموافق ل 29 افريل 1975 بتاريخ المتعلق **بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول** .

178- **الأمر** رقم 58/75 المؤرخ في20 رمضان1395 هـ الموافق ل 26 ديسمبر1975م والمتضمن **القانون المدني** والمتمم - القانون رقم10/05 المؤرخ في13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق ل 20 يونيو 2005م المعدل والمتمم للقانون المدني.

179- **الأمر** رقم 58/75 المؤرخ في20 رمضان1395 هـ الموافق ل 26 ديسمبر1975م والمتضمن **القانون التجاري** المعدل والمتمم إلى غاية الأمر رقم 96-27 مؤرخ في 28 رجب عام 1417 الموافق 09 ديسمبر سنة 1996.

180- **القانون** رقم 04 /15 مؤرخ في 27 رمضان 1425 الموافق 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات .

181- **القانون** رقم 11/84 المؤرخ في9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984م والمتضمن **قانون الأسرة** .

ثانيا ، التشريع الفرنسي

** **Code Civil** 1804 et ses modifications notamment :

182 - Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à **l'autorité parentale** .

179- Loi n° 87- 570 du 22 juill. 1987 relative à **l'exercice de l'autorité parentale.**

180- Loi n° 93 – 22 du 8 janv. 1993 relative à **l'état civil** , à **la famille et aux droits de l'enfant** et instituant **le juge aux affaires familiales** .

181 - Loi du 5 juill. 1974 fixant à **18 l'age de la majorité** .

182 - Loi du 11 juill. 1975 portant reforme du **divorce** .

183 - Ordre , 3 janv. 1959 précisant **le régime de l'administration légale** .

184 - Loi n° 85 – 1372 du 23 déc. 1985 relative à **légalité des parents dans la gestion des bien de l'enfant .**

185 - Loi du 13 juill. 1965 portant reforme **des régimes matrimoniaux** .

186 - Loi n° 64 -1372 du 14 déc. 1964 relative a **l'émancipation** .

187 - Loi n° 96 – 604 des 5 juill. 1996 relative a **l'adoption** .

188 - Loi n° 2002 – 304 du 4 mars 2002 relative au **nom de famille** .

189 - Loi n° 2002 -305 du 4 mars 2002 relative à **l'autorité parentale**

** **Code Pénal** 1810 et ses modifications par les lois et l'ordonnances :

190 - Ordonnance n° 58 – 1298 du 23 déc. 1958 .

191 - Loi n° 8 – 82 du 2 févr. 1981 .

192 - Loi n° 94 – 89. 1er févr.1994 .

193 - Loi n° 95 -116. 4 févr. 1995 .

194 - Loi n° 96 – 22 juill. 1996 .

195 - Loi n° 98 – 468 . 17 juill. 1998.

6/ الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

196- اتفاقية **أطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال** ، الموقع عليها بتـــاريخ 7 ذي القعدة 1408 ، الموافق لـــ 21 ليونيو 1988.

197- مرسوم رئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 24 جمادى الثانية 1413 ، الموافق 19دسمبر 1992و المتـــضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على **اتفاقية حقوق الطفل** الصادرة عن الأمم المتحدة بتاريخ 20نوفمبر 1989.

198- Convention de **La Haye** sur **les aspects civils de l'enlèvement intern- ational d'enfants** 25 oct. 1980 .

199 - Convention de **New York** relative aux **droit de l'enfants** . signée le 26 janv. 1990

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

قائمة الاختصارات

الاختصار	تفسيره
Juris-Classeur	Classeur de Jurisprudence
art	Article
fasc	Fascicule
Ca	Cour d'appel
par	Paragraphe
Cass.	Cassation
civ.	Civil
2e ch.	Deuxième chambre
Crim.	Criminelle
Corr.	Correction

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

خطة البحث :

الفصل الأول : ماهية السلطة الأبوية و ضوابط إسنادها وممارستها.....1
المبحث الأول : مفهوم السلطة الأبوية 2
المطلب الأول : تعريف السلطة الأبوية 2
الفرع الأول : السلطة الأبوية لغة.....2
البند الأول السلطة في اللغة 2
البند الثاني : الأبوية في اللغة.....3
الفرع الثاني : السلطة الأبوية اصطلاحا 3
البند الأول : تعريف السلطة الأبوية في الشريعة الإسلامية 3
البند الثاني : السلطة الأبوية في القانون 5
أولا : السلطة الأبوية في القانون الجزائري 5
ثانيا : السلطة الأبوية في اصطلاح التشريع القانون الفرنسي 7
المطلب الثاني : التطور التاريخي للسلطة الأبوية 8
الفرع الأول : السلطة الأبوية في القانون الروماني 8
الفرع الثاني : السلطة الأبوية في القانون الميزبوتامي 9
الفرع الثالث : السلطة الأبوية في القانون اليوناني 10
الفرع الرابع : السلطة الأبوية في الشريعة اليهودية 10
الفرع الخامس : السلطة الأبوية في الشريعة المسيحية 11
الفرع السادس : السلطة الأبوية في الجاهلية.....12
المطلب الثالث : مشتملات السلطة الأبوية 13
الفرع الأول : عناصر السلطة المتعلقة بشخص القاصر.....13
البند الأول : التربية 13
أولا : مرحلة الطفولة المبكرة 14
ثانيا: مرحلة الطفولة المتأخرة 15
ثالثا : مرحلة المراهقة 17
البند الثاني : الحفظ و الرعاية 17

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

البند الثالث : الرقابة 18
أولا : تعريف عنصر الرقابة 18
ثانيا : مشتملات الرقابة 19
الفرع الثاني : عناصر متعلقة بمال القاصر 19
البند الأول : النفقة 19
أولا : حكم النفقة ودليله 20
ثانيا: مقدار النفقة 21
ثالثا : مشتملات النفقة 22
البند الثاني : الإدارة المالية 23
أولا: الشريعة الإسلامية 24
ثانيا : **الإدارة المالية في القانون الجزائري** 25
ثالثا : **الإدارة المالية في القانون فرنسا** 26
البند الثالث : الانتفاع القانوني 27
أولا : الانتفاع القانوني في الشريعة 28
ثانيا : الانتفاع القانوني في القانون الجزائري 30
ثالثا : الانتفاع في القانون فرنسي 30
المبحث الثاني : ضوابط إسناد السلطة وممارستها 33
المطلب الأول : ضوابط إسناد السلطة الأبوية وتوليها 33
الفرع الأول : ضوابط إسناد السلطة الأبوية المتفق عليه 33
البند الأول : العقل و البلوغ 33
أولا : في الشريعة الإسلامية 33
ثانيا : في القانون الجزائري 34
ثالثا : في القانون الفرنسي 34
البند الثاني : الرشد 34
أولا : في الشريعة الإسلامية 34
ثانيا : في القانون الجزائري 35
ثالثا : في القانون الفرنسي 35

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

البند الثالث : العدالة..... 35
أولا: في الشريعة الإسلامية..... 35
ثانيا : في القانون الجزائري 37
ثالثا : في القانون الفرنسي..... 37
البند الرابع : القدرة 38
أولا: في الشريعة الإسلامية 38
ثانيا: في القانون الجزائري 38
ثالثا : في القانون الفرنسي 39
الفرع الثاني : الضوابط المختلفة فيها 39
البند الأول : اتحاد الدين 39
أولا : في الشريعة الإسلامية 39
ثانيا : في القانون الجزائري 40
ثالثا : في القانون الفرنسي 41
البند الثاني : الذكورة 41
أولا: في الشريعة الإسلامية 41
ثانيا : في القانون الجزائري 43
ثالثا : في القانون الفرنسي..... 43
الفرع الثالث : تولي السلطة الأبوية..... 44
البند الأول : تولي السلطة الأبوية في الشريعة الإسلامية 44
البند الثاني : تولي السلطة الأبوية في القانون الجزائري 45
أولا: حالات تولي الأب السلطة الأبوية 45
ثانيا : حالات تولي الأم السلطة الأبوية..... 45
البند الثالث : تولي السلطة الأبوية في القانون الفرنسي 47
المطلب الثاني : ممارسة السلطة الأبوية 47
الفرع الأول : ممارسة عنصر الرقابة 48
البند الأول : أنماط ممارسة عنصر الرقابة الأبوية 48
أولا : في الشريعة الإسلامية 48

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ثانيا : في القانون الجزائري 48
ثالثا : في القانون الفرنسي 49
1-الممارسة المشتركة 49
2-الممارسة الانفرادية 50
البند الثاني : ولاية تزويج القصر 51
أولا: تزويج القصر في الإسلام 51
ثانيا : في الجزائر 52
ثالثا: في فرنسا 52
الفرع الثاني : ممارسة الحضانة 53
البند الأول : في الشريعة الإسلامية 53
البند الثاني: في القانون الجزائري 54
البند الثالث : في القانون الفرنسي 55
أولا : الممارسة المشتركة للسلطة الأبوية 56
ثانيا :الممارسة غير المشتركة للسلطة الأبوية 56
المبحث الثالث انتهاء السلطة الأبوية 59
المطلب الأول : الانتهاء الحقيقي 59
الفرع الأول :الموت 59
البند الأول : في الشريعة الإسلامية 59
البند الثاني : في القانون الجزائري 59
البند الثالث : في القانون الفرنسي 60
الفرع الثاني : بلوغ القاصر 60
البند الأول : البلوغ الحقيقي 60
أولا: في الشريعة الإسلامية 60
ثانيا : في القانون الجزائري 61
ثالثا :في القانون الفرنسي 62
لبند الثاني: الترشيد بالإذن 62
أولا: في الشريعة الإسلامية 62

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

ثانيا: في القانون الجزائري 63
ثالثا : في القانون الفرنسي 64
المطلب الثاني : الانتهاء الحكمي 65
الفرع الأول : إسقاط السلطة الأبوية 65
البند الأول:في الشريعة الإسلامية 65
البند الثاني :في القانون الجزائري 66
البند الثالث :في القانون الفرنسي 67
الفرع الثاني :موانع السلطة الأبوية..... 69
البند الأول: المانع الطبيعي..... 69
البند الثاني :المانع القانوني 69
أولا :الحجر..... 69
ثانيا: الغياب والفقد 72
الفصل الثاني :أثر الإخلال بالتزامات السلطة الأبوية..... 75
المبحث الأول :المسؤولية الأبوية مدنيا..... 76
المطلب الأول :شرائط المسؤولية الأبوية..... 77
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالآباء المسؤولين..... 77
البند الأول :أصحاب المسؤولية الأبوية..... 78
أولا: في القانون الجزائري..... 78
ثانيا: في القانون الفرنسي..... 80
الفرع الثاني : الشرائط المتعلقة بفاعل الضرر..... 82
البند الأول : شرط الحاجة إلى الرقابة..... 82
أولا: القصر..... 82
ثانيا :الحالة العقلية والجسمية 85
البند الثاني :شرط المساكنة..... 85
أولا: في القانون الجزائري..... 85
ثانيا: في القانون الفرنسي 86
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالفعل الضار..... 88

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المطلب الثاني : طبيعة المسؤولية الأبوية وأساسها 90
الفرع الأول:طبيعة المسؤولية الأبوية 90
أولا: أصيلة 90
ثانيا:تبعية 90
الفرع الثاني :أساس المسؤولية الأبوية 91
البند الأول :أساس المسؤولية الأبوية في **القانون الجزائري** 91
أولا:الركن المادي 92
ثانيا:الركن المعنوي 92
البند الثاني : أساس المسؤولية في القانون الفرنسي 93
المطلب الثالث: أسباب دفع المسؤولية الأبوية 95
الفرع الأول :نفي الخطأ 95
الفرع الثاني : السبب الأجنبي 96
البند الأول :القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ 97
أولا:ماهية القوة وعلاقتها بالحادث المفاجئ 97
ثانيا: متعلق القوة القاهرة 98
البند الثاني : خطأ الضحية 98
البند الثالث: خطأ الغير 100
المبحث الثاني: المسؤولية الأبوية جزائيا 102
المطلب الأول :**الجرائم المتعلقة بالإهمال العائلي** 102
الفرع الأول: ترك مقر الأسرة 103
البند الأول :العناصر المكونة للجريمة 103
أولا:الركن المادي 103
البند الثاني: المتابعة والجزاء 106
أولا :المتابعة 106
ثانيا :الجزاء 106
الفرع الثاني : جريمة الامتناع عن النفقة 107
البند الأول :العناصر الأولية لجريمة الامتناع عن النفقة 107

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

أولا: وجود دين غذائي 107
ثانيا: صدور حكم قضائي نهائي..... 107
البند الثاني : العناصر المكونة لجنحة الامتناع عن النفقة..... 108
أولا : الركن المادي 108
ثانيا : الركن المعنوي..... 109
الفرع الثالث : جريمة الإهمال المعنوي للأولاد..... 110
البند الأول : مكونات الجريمة..... 111
أولا: الركن المادي..... 111
ثانيا : الركن المعنوي..... 112
البند الثاني : الجزاء..... 112
المطلب الثاني : الجرائم الماسة بجسم وعرض القاصر..... 113
الفرع الأول : الجرائم الماسة بجسم القاصر..... 113
البند الأول : جريمة قتل الوليد..... 113
أولا: أركان الجريمة الأولية..... 114
ثانيا : الأركان الأساسية للجريمة..... 114
ثالثا: الجزاء 115
البند الثاني : جريمة ترك القصر وتعريضهم للخطر..... 115
أولا: العناصر الأولية لجريمة ترك القصر..... 116
ثانيا : الأركان الأساسية للجريمة 116
ثالثا : الجزاء..... 117
البند الثالث : جريمة العنف ضد الأطفال..... 119
أولا : أركان الجريمة..... 119
ثانيا : الجزاء..... 121
الفرع الثاني : الجرائم الماسة بعرض القاصر..... 122
البند الأول : الفاحشة بين الأصول و الفروع..... 122
أولا: الأركان الأساسية لجريمة الفاحشة بين الأصول و الفروع..... 122
ثانيا : الجزاء..... 123

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

البند الثاني : تحريض القصر على الفسق و الدعارة.....124
أولا: العناصر المكونة للجريمة.....124
ثانيا : الجزاء.....126
المطلب الثالث : الجرائم المتعلقة بالحضانة و الحالة المدنية.....127
الفرع الأول : الجرائم المتعلقة بالحالة المدنية.....127
البند الأول : مخالفة عدم التصريح بالولادة.....127
أولا : العناصر الأولية للجريمة.....128
ثانيا : الأركان الأساسية للجريمة.....128
ثالثا : الجزاء.....129
الفرع الثاني : الجرائم المتعلقة بالحضانة.....129
البند الأول : جريمة عدم تسليم المحضون.....130
أولا : الأركان الأولية للجريمة.....130
ثانيا : الأركان الأساسية للجريمة.....132
ثالثا : الجزاء.....133
الخاتمة.....137
ملحق.....140
مسرد الآيات القرآنية.....159
مسرد الأحاديث والآثار.....161
مسرد الأعلام.....163
مسرد المصادر والمراجع.....165
خطة البحث.....180

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية