مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 14 - (العدد التسلسلي 29) – مارس 2022 (ص ص: 141 - 162)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

إشكالية ممارسة السلطة الأبوية في ظل إسناد الحضانة للأم

قراءة نقدية في نص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهاد القضائي

The problem of exercising the authority of the father in light of assigning custody to the mother

A critical reading in the text of Article 87 of the Algerian Family Code supported by jurisprudence

د. دلالي جيلالي [1]
أستاذ محاضر
جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف (الجزائر)
d.dellali@univ-chlef.dz

د. بلبشير يعقوب [2]
أستاذ محاضر
جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف (الجزائر)
y.belbachir@univ-chlef.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
27 نوفمبر 2021	23 مارس 2022	30 مارس 2022

الملخص:

تبدو مسؤولية تسيير مرحلة ما بعد الطلاق إحدى أهم الإشكالات الواقعية والاجتماعية المسببة للمنازعات الأسرية؛ لا سيما لدى إسناد الحضانة للأم وتقييد حدود ممارسة السلطة الأبوية على الأبناء، حيث يعجز القضاء بكل إجراءاته وآلياته عن حل تعقيداتها؛ خصوصا في مسائل الحضانة والزيارة ونفقة المحضون، وإدارة أمواله والولاية عليها، فإذا كان قانون الأسرة قد حسم الأمر في حال وفاة الأب بإسناد الولاية للأم، فإن تعديل نص المادة 87 في سنة 2005 كان سببا في صدور أحكام وقرارات قضائية مختلفة ومتضاربة أحيانا، اتجهت في السنوات الأخيرة نحو إسناد الولاية والحضانة معا للأم دون طلب منها، مما أسهم في تعقيد المشكلة وتعميق الهوة بين الآباء وأبنائهم. وسنحاول من خلال هذه الدراسة فك رموز التداخل بين مفاهيم ووظائف الحضانة والوصاية والسلطة الأبوية والولاية الشرعية، من أجل حسم الجدل الفقهي والتضارب في الاجتهاد القضائي في مسائل الحضانة والولاية والمسؤولية المدنية للآباء عن سلوكات الأبناء.

الكلمات المفتاحية: الولاية؛ الحضانة؛ السلطة الأبوية؛ مصلحة المحضون؛ الاجتهاد القضائي؛ متولي الرقابة.

Abstract:

The responsibility of managing the post-divorce stage is one of the most important real and social problems that cause family disputes. Especially when assigning custody to the mother and limiting the exercise of the father's authority over the children, as justice, with all its mechanisms, is unable to solve its complications; especially in matters of custody, visits, alimony for the child under custody, management of his money and guardianship over it. If family law has settled the issue of the father's death by assigning guardianship to the mother, then the amendment of the text of Article 87 in 2005 has caused the issuance of various and sometimes conflicting judicial decisions, which have tend in recent years to assign guardianship and custody together to the mother without her request. This has contributed to the complication the problem and widening the gap between fathers and their children. In this study we will try to decipher the overlap between the concepts and functions of custody, guardianship, parental authority, and legal guardianship, in order to resolve the jurisprudential controversy and the conflict in jurisprudence in matters of custody and guardianship and the civil responsibility of fathers for the behaviour of their children.

key words: *guardianship; custody; father's authority; the child's interest; jurisprudence; controller.*

[1] المؤلف المرسل: د. دلالي جيلالي ـــــــــــــــــــ *Email: abouissame2007@yahoo.fr*

مقدمة:

شرع الله عز وجل الزواج وجعله سكينة ومودة ورحمة من أجل تحقيق مقاصد وأغراض سامية، كالتناسل والإحصان والتعاون على تربية الأبناء وتنشئتهم، كما شرع الطلاق وجعله وسيلة للفكاك من جحيم علاقة زوجية فاشلة بنيويا أو وظيفيا، وجعل للأبناء حظا في الحفاظ على أواصر العلاقة مع الأبوين، وفقا لأحكام العرف والشريعة والقانون من خلال نظام الحضانة والنيابة الشرعية، حتى في ظل إسناد الحضانة للنساء بعد الطلاق. وما ينجر عن ذلك من مشاكل واقعية وقضائية في تسيير مرحلة ما بعد الفرقة الزوجية؛ خصوصا حينما يتعلق الأمر بتربية الأبناء وممارسة مقتضيات الولاية والسلطة الأبوية (التربية، الإشراف، التوجيه، الرقابة، والمسؤولية عن أفعال القصر).

ولأن حضانة الأبناء أثناء قيام الرابطة الزوجية يمارسها الأبوان معا، فمن الطبيعي أن تستأثر بها الأم بالأولوية بعد الطلاق، إلا إذا توفرت موجبات إسقاط الحضانة عنها وعدم أهليتها لذلك؛ الأمر الذي يستلزم منه عدم إمكان مساهمة الآباء في عملية التربية بالشكل والوقت الكافي، خصوصا عندما يصطدم الأمر ببعض الإشكالات الواقعية التي تعجز التدابير القضائية المؤقتة أو الموضوعية عن حلها (الزيارة، النفقة).

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في كونها مساهمة علمية نسعى من خلالها إلى مناقشة بعض الإشكالات الواقعية والقضائية، التي تبدو أحيانا في غاية التعقيد بالنسبة لفك رموز التداخل بين مفاهيم الحضانة والولاية الشرعية، وبين معاني الأسرة والأمومة ومنازعاتها السلبية أو الايجابية بعد الطلاق؛ خصوصا أن أحكام قضاء الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا تتسم بكثير من التعارض والتناقض على مسائل تحديد مسؤوليات متولي الرقابة في ظل إسناد الحضانة للأم وكيفية ممارسة مقتضيات السلطة الأبوية؛ خصوصا بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005، لا سيما المادة 87 منه؛ ذلك أن إشكالية ممارسة السلطة الأبوية بعد الطلاق وإسناد الحضانة للأم تعد من أولى المسائل التي ينبغي معالجتها نصا وتطبيقا؛ خصوصا في ظل عدم وضوح وكفاية النصوص القانونية المنظمة للولاية والحضانة وتناقض الأحكام والاجتهاد القضائي في هذا الصدد، وهذا ما يدعونا إلى طرح الإشكالية الآتية:

ما المقصود بالسلطة الأبوية وكيف تتم ممارستها بعد الطلاق؟ وما هي الإشكالات التي تثيرها خصوصا بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري؟.

وعلى ضوء هذا الإشكال يمكن طرح التساؤلات الفرعية الآتية:

- ما هو هامش تدخل قضاء الأسرة من خلال سلطته في تقدير مصلحة المحضون في إسناد الولاية والحضانة معا للأم؟

- هل من المنطقي إسناد الولاية والحضانة للأم في حياة الأب بعد الطلاق؟

- إلى أي مدى يمكن تحميل الأب المسؤولية المدنية كمتولي الرقابة في ظل تجريده من صفة الولي بموجب المادة 87 فقرة 3 وأحكام قضاء الأسرة الجزائري؟

- هل من الضروري إعادة النظر في صياغة أحكام المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء التناقضات الكبيرة في الأحكام والقرارات القضائية الصادرة تطبيقا للفقرة الثالثة منها؟.

ومن أجل تحقيق أهداف هذه الدراسة اعتمدنا مناهج البحث الآتية: المنهج الوصفي: عند مقاربة وتوصيف مسائل الحضانة والولاية الشرعية والسلطة الأبوية وما يعتريها من تداخل مفاهيمي واختلالات في الممارسة. المنهج التحليلي: من خلال تحليل ومناقشة النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية ومقاربتها تحليليا واستنباط مكامن القصور والتناقض والخلل وتقديم التصورات اللازمة بهذا الخصوص.المنهج المقارن: من خلال مقارنة واستنباط مكامن التناقض بين أحكام القانون المدني (مسؤولية متولي الرقابة) وأحكام قانون الأسرة الجزائري (الولاية على القاصر).

المبحث الأول: انتقال الولاية للأم وأثره على ممارسة السلطة الأبوية في قانون الأسرة الجزائري

تطرح مشكلة ممارسة الآباء لمهامهم وسلطتهم الأبوية بعد الطلاق إشكالات واقعية في غاية التعقيد يسهم فيها التداخل بين مفاهيم الولاية الشرعية والسلطة الأبوية والمنازعات الأسرية، التي يستعر لظاها بين الأبوين، ناهيك عن عجز القضاء عن تقديم حلول حقيقة ونهائية لها، مما يفرض علينا فك رموز التداخل بين هذه المفاهيم والوظائف وتحديد معالم وحدود العلاقة بين الأبوين المطّلقين، ومساهمة كل منهما في تربية الأبناء والرقابة عليهم وتسيير مرحلة ما بعد الطلاق، وهذا ما سيأتي تفصيله من خلال العناصر الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الولاية على القاصر وتمييزها عن باقي الأنظمة القانونية

الولاية الشرعية نظام قانوني يعطي للولي سلطة على نفس القاصر وماله ما لم يبلغ سن الرشد؛ وهو مصطلح يتداخل مع مفاهيم ووظائف أخرى في المهام والتعريف والصلاحيات (الوصاية، القوامة، الحضانة، الكفالة، السلطة الأبوية)؛ لذا وجب بيان أوجه الاشتباه والاختلاف بين كل هذه المفاهيم على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الولاية على القاصر

لا يمكن في الواقع تعريف الولاية على القاصر فقها وقانونا دون استعراض المدلول اللغوي للمصطلح؛ الذي لا يخرج في النهاية عن ذات المضمون والممارسة.

أولا - المدلول اللغوي للولاية: الولاية بسكون اللام القرب والدنو، بالكسر السلطان، وهي الخطة والإمارة، والولاية بكسر الواو، وفتحها: المحبة والنصرة.[1] وقيل إن: الولاية بالفتح المصدر، وبالكسر الاسم.[2] وجاء في معجم مقاييس اللغة كل من قام بأمر شخص فهو وليه.[3] وجاء في القاموس المحيط (والولي الاسم منه، والمحب والصديق، والنصير. ووليَ الشيء، وولى عليه وِلاية ووَلاية بالفتح، أو هي المصدر، وبالكسر: الخطة، والإمارة، والسلطان).[4] والولاية: هي تنفيذ القول على الغير شاء الغير أو أبى.[5] فتشمل قيام شخص كبير على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية، والمالية.

ثانيا- الولاية على القاصر من منظور فقهي: يقول محمد أبو زهرة: أول ما يثبت للأولاد من حقوق، هو ثبوت النسب، وهو حق للولد وللأب ثم يكون حق للتربية، ويشترك في هذا الحق الثابت الأب بالإنفاق، والأم بالرضاعة والحضانة عند تعينها لها، ثم إذا تجاوز الولد سن الحضانة ثبتت عليه الولاية على النفس منفردة وتكون للعصبات.[6]

أما بالنسبة لحق الحضانة فهو الولاية الأولى التي تثبت على الطفل منذ ولادته، والتي تسبق الولاية على النفس، والولاية على المال إذا كان له مال، واعتبرت على أنها ولاية التربية؛ فالدور الأول منها يكون للنساء، فالحضانة هي تربية الولد في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء، ممّن له الحق في تربيته شرعا، وهي حق للأم، ثم لمحارمه من النساء.[7]

ثالثا - الولاية على القاصر من منظور قانوني: لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري تعريفا واضحا ودقيقا للولاية الشرعية، وخصوصا الولاية على نفس القاصر وماله، وإذا كان الأمر مقبولا من حيث المبدأ على اعتبار أن التعريف اختصاص فقهي أصيل؛ فإننا نسجل أن المشرع الجزائري خصص كتابا كاملا عن أحكام النيابة الشرعية في المواد 81 وما بعدها[8] وما يتصل بها من وظائف ومفاهيم ذات صلة (الوصاية، القوامة، الحجر، الكفالة)، ناهيك عن أحكام الحضانة وما يتعلق بها من مهام موكلة للحاضن هي من صميم واجباته كولي يمارسها من منطلق ما يملكه من سلطة على المحضون القاصر، وما يكنه من عطف ومحبة له، كتربيته وحفظ صحته وخلقه وتعليمه وإرشاده والرقابة عليه، مما يبين أن نظام النيابة الشرعية ليس المقصود به فقط إنفاذ القول على القاصر حتى يرشد بقدر ما هو نصرة وحرس عليه وعلى أمواله مصداقا لقوله تعالى: ﴿...وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾؛[9] ومجمل

القول في هذه المسألة أن الولاية على القاصر هي تربية ورعاية، ونفقة وقوامة، ومحبة ونصرة، ورقابة ومسؤولية عن القاصر وعن أخلاقه وأفعاله.

الفرع الثاني: أنواع الولاية

تنقسم الولاية إلى ثلاثة أقسام وهي كالأتي:

أولا - ولاية على النفس: أي أن للولي سلطة تأديبية وأخلاقية وشرعية قانونية تكره الأبناء على إطاعة الأب وتنفيذ أوامره مادامت في مصلحتهم، ومنها كما ذكرنا ولاية الأب في تزويج ابنته المادة 11 و13 من قانون الأسرة. ويتحمل تبعا لذلك آثار تصرفاتهم الضارة بالغير، فيكون مسؤولا عنها قانونا حسب المادة 134 من القانون المدني.[10]

ثانيا - ولاية على المال: فللأب سلطة التصرف في أموال أولاده القصر إن كان ذلك في مصلحتهم وهذه السلطة مقيدة بإذن القاضي في بعض الحالات كما ورد في المادة 88 من قانون الأسرة.

ثالثا - ولاية على النفس والمال معا: يمكن للأب أن يجمع بين الولاية على نفس أبنائه القصر ما دام قائما على رعاية شؤونهم وتربيتهم وحسن توجيههم، كما له أن يتصرف في أموالهم في آن واحد طبقا لأحكام المواد المتعلقة بولاية التزويج والولاية على المال ضمن قانون الأسرة الجزائري على أساس المواد 11 و88 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: التمييز بين نظام الولاية والكفالة والوصاية والتقديم

يختلف مفهوم الولاية عن ما يشابهها من مفاهيم الكفالة الوصاية والتقديم، وهذا ما سيأتي بيانه على النحو الآتي:

أولا - الكفالة: هي التكفل برعاية الغير والقيام بشؤونه، وتأتي كذلك بمعنى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين.[11] كما عرف الذهبي صاحب كتاب الكبائر كفالة اليتيم بأنها "القيام بأموره والسعي في مصالحه من إطعامه وكسوته وتنمية ماله إن كان له مال، وان كان لا مال له أنفق عليه وكساه ابتغاء وجه الله تعالى[12]، وعليه فإن كافل اليتيم هو القائم بأموره من نفقة وكسوة وتأديب وتربية، وهذه الفضيلة تحصل لمن كفله من مال نفسه، أو من مال اليتيم بولاية شرعية؛[13] حيث نصت المادة 116 من قانون الأسرة على أن الكفالة هي: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، كما يجب أن تكون أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان، وهذا طبقا لنص المادة 117 من نفس القانون.

وهذه الكفالة تعطي للكافل جميع سلطات الأبوين الأصليين للولد المكفول، والكافل من هذا المنظور يتقاطع في دوره ومسؤولياته مع الحاضن والولي الشرعي، وهو بذلك يتحمل نفس

مسؤوليات متولي الرقابة كما نصت عليها المادة 134 من القانون المدني، وهذا ما تدعمه المادة 121 التي تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في ذات الشأن[14]؛ حيث قضى بأنه يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا مال م يثبت قانونا تخليه عن الكفالة، حيث أن المادة 116 من قانون الأسرة واضحة للغاية؛ إذ تنص على إلزام الكافل بالإنفاق على الأطفال المكفولين من قبله، فلا يمكن له أن يتملص تحت أي ذريعة من التزاماته المنصوص عليها في المادة أعلاه إلا إذا أثبت أنه تخلى عن الكفالة.

وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم رقم: 20-223 المؤرخ في 08 أوت 2020، المعدل والمتمم للمرسوم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب،[15] الذي نص في المادة الأولى مكرر على إمكانية تقديم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة، طفلا قاصرا مجهول النسب من الأب، أن يقدم باسم هذا الطفل ولفائدته إلى وكيل الجمهورية لمكان إقامته أو لمكان ميلاد الطفل، طلب تغيير اللقب العائلي للطفل، وذلك قصد مطابقته مع لقبه. وعندما تكون أم الطفل القاصر معلومة وعلى قيد الحياة، فإنه يجب أن يرفق الطلب بموافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي.

ثانيا- الوصاية: وهي نظام قانوني مقرر لحماية القصر الذين لا ولي لهم، فيقصد بها إقامة الشخص غيره مقامه بعد وفاته للنظر في شؤون أبنائه القصر ورعايتهم؛[16] أي مقام الولي الشرعي ويسمى هذا الشخص الوصي؛ وقد عرف الدكتور وهبة الزحيلي الوصي بأنه: "هو الذي يختاره الشخص في حياته قبل موته للنظر في تدبير شؤون القصر المالية؛[17] فهو الموصى إليه وهو المأمور بالتصرف بعد الموت. في حين تناوله المشرع الجزائري في المواد من 92 إلى 98 من قانون الأسرة؛ حيث نصت المادة 92 منه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء، فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون". كما أن للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون، وذلك طبقا لأحكام المادة 95 من قانون الأسرة؛ ما معناه أن تعيين الوصي أو عدة أوصياء مرهون بوفاة الأب وهو الولي الأصلي أو وفاة الأم أو عدم أهليتها للولاية، وهنا يثار الإشكال حول التناقض بين نص المادة 87 في فقرتها الأولى والثالثة والمادة 92 من قانون الأسرة؛ فكيف يعقل أن تكون الأم وليا على القاصر بعد وفاة الأب أو بعد الطلاق، ثم يكون بمقدور الجد أن يعين وصيا على القاصر مع أنه مستبعد في ترتيب الأولياء الشرعيين بنص المادة 87 المذكورة أعلاه.

ثالثا - التقديم (القوامة): ولفظ القوامة ذكره المشرع الجزائري ضمن المادة 44 من القانون المدني، في حين عنون الفصل الرابع من الكتاب الثاني لقانون الأسرة المتضمن النيابة الشرعية بالتقديم، غير أنه أشار الى مصطلح المقدم صلب المادة 81 و99 من نفس القانون. والتقديم أو القوامة هي ولاية يفرضها القاضي إلى شخص راشد بأن يتصرف لمصلحة القاصر بتسيير شؤونه المالية، والتصرف فيها،[18] حالة عدم وجود ولي شرعي أو وصي، هذا الشخص يسمى بالمقدم أو القيم؛ فهو النّائب عن المحجور عليه تقيمه محكمة الأحوال الشّخصية للولاية على المال للنّيّابة عن المحجور عليه والقيام على رعاية أمواله وإدارتها وذلك تحت إشرافها ووفقا لأحكام القانون.[19] حيث عرفت المادة الأولى من القانون رقم: 40 لسنة 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين لدولة قطر القوامة على أنها: " نوع من أنواع النيابة الشرعية يقوم فيها القيّم بتمثل المحجور عليه ورعاية أمواله وإدارتها وفقاً لأحكام القانون".[20] في حين نصت المادة 99 من قانون الأسرة على أن القيّم: "هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة. كما نصت المادة 100 من نفس القانون يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها بشأن تعيين الأب قيما على ولده المحجور عليه؛ حيث قضت في قراراها الصادر في: 2011/09/15 تعيين الأب مقدما على ولده، المحجور عليه، لا يعني الحكم عليه، بصفته جد المحضون بدفع نفقة الحضانة[21]؛ حيث أنه يتبين من خلال هذا القرار أن الجد الذي تم تعيينه مقدما على والدهما المحجور عليه والذي تم إلزامه بدفع النفقة للطفلين، أي حفيديه وحسب المادة 75 من قانون الأسرة أن النفقة تجب على الأب. ذلك لأن الحلول في النيابة الشرعية بصورها الثلاث الولاية والوصاية والتقديم، يجب أن لا يتجاوز تسيير شؤون فاقد الأهلية لتصل إلى تسيير ديون المحجور عليه وتسيير أمواله إن كانت له أموال؛ مما يبين أن هنالك فرقا بين الولي الشرعي والمقدم الذي يمارس فقط وبصفة استثنائية بعض صلاحيات الولي وليس كلها، وعليه فلا يمكن تحميله مسؤوليات متولي الرقابة إلا في حدود سلطاته كمقدم وفي حدود التزاماته بواجب رعاية القاصر والقيام بشؤونه، خصوصا إذا كانت له أموال تحتاج إلى تثمير وإدارة.

المطلب الثاني: شروط وواجبات الولي على ضوء المادة 87 من قانون الأسرة

الولاية على القاصر كما حددت المادة 87 بعد تعديلها ولاية من نوع خاص ولها شروط وواجبات مخصوصة نذكرها في العناصر الآتية:

الفرع الأول: شروط الولي حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة

من المقرر قانونا أن الولاية على نفس القاصر وماله ينبغي أن تتوفر فيها الشروط المعتبرة التي جاءت بها المادة 87 من قانون الأسرة بعد تعديلها:

أولا - تحديد من تثبت له صفة الولي قانونا: أقر المشرع صراحة أن صفة الولي في نص المادة 87 فقرة 1 و2 من قانون الأسرة قبل وبعد التعديل للأب على أولاده القصر؛ بمعنى إثبات الولاية لشخص الأب على أولاده القصر قيد حياته، لأنه بعد وفاته تحل الأم محله قانونا؛ أي تنتقل الولاية إلى الأم بعد وفاته ولا تثبت لها هذه الصفة في حياة الأب، لكن هل هذا يعني انتقال السلطة الأبوية للأم بانتقال الولاية إليها بعد وفاة الأب؟ لا سيما وأن الأبوة في هذه المسائل مقدمة على الأمومة لما تقتضيه من حزم وقدرة على إنفاذ القول والأمر، وهي قيمة معنوية ترتبط بالسلطة الأبوية.

وأكد المشرع على هذه الصفة في الفقرة الثانية من نص المادة 87؛ حيث منح للأم القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، ذلك في حالة غياب الأب وحصول مانع له، دون تحديد سبب المانع ومدة الغياب. يستخلص من ذلك أن المشرع أقر للمرة الثانية في نفس المادة على أن صفة الولي تثبت للأب لا غير.

كما ورد مصطلح الولي في شروط عقد الزواج في نص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، ليؤكد المشرع للمرة الثالثة حسب نص الماد 11 بأن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها، كما أشار في نص المادة 13 على أنه: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره..."، ومن خلال نص المواد 9 مكرر و11 و13 بعد التعديل تثبت ولاية التزويج للأب، كما ورد إثبات صفة الولي للأب في المواد 11 و12 و13 قبل التعديل والمادة 87.

بالإضافة إلى أن الولاية الشرعية لا تتحقق إلا مع الولاية المتعدية وهي الولاية غير الذاتية، منها الولاية على النفس وتكون هذه الأخيرة إما ولاية إجبار وإما ولاية اختيار. فأغلب الفقهاء يرون بأنها تكون للأب والجد، وأضاف البعض العصبة حسب ترتيب المواريث. فإذا انعدموا انتقلت الولاية إلى ذوي الأرحام، وتنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له[22]، كما اشترط الفقهاء في الولي أن يكون ذكرا عاقلا بالغا وذهب مالك إلى ثبوتها للأب فقط وذهب الحنفية إلى ثبوتها للأب والجد وغيرهما من العصبات. وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في[23]: 1998/05/17 الذي قضى بأنه من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحت الأم محله قانونا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لا يزال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه أمه ومن ثم فإن القضاة

بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما استوجب نقض القرار.

ثانيا - قصر الأولاد محل الولاية: حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة بعد التعديل في فقرتها الأولى، تثبت الولاية للأب بقوة القانون، وتمارس هذه السلطة على الأولاد القصر؛ والقاصر هو من لم يبلغ سن الرشد حسب نص المادة 40 من القانون المدني، وكذلك فاقدي الأهلية أو ناقصيها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، والذين ينوب عنهم الولي أو الوصي أو المقدم وفقا، لما جاء به نص المادة 81 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المحجور عليه حسب نص المادة 100 و101 من نفس القانون، وكانت المادتين 42 و43 من القانون المدني الجزائري كفيلتين لتأكيد هذه الحالات وقيام السلطة الأبوية أو الولاية.

الفرع الثاني: واجبات الولي

حدود ما يجب على الولي نحو ابنه القاصر وماله لا تخرج عما أقره الشرع والقانون من شروط وضوابط وواجبات؛ وهي أساس تكليفه للولاية واستحقاقه لممارسة السلطة الأبوية، وهو ما سياتي تفصيله ضمن العناصر الآتية:

أولا - أساس مشروعية إسناد الولاية للأب: يعتبر الأب الولي الشرعي على أبنائه القصر، باعتباره رب العائلة، ومعيلها، ومدير شؤونها، والمحتبس لخدمتها؛ وعليه فالأب ملزم بتوفير السكن الملائم لعائلته، والإنفاق عليهم، والإشراف على توجيههم وتربيتهم على دينه، وتوفير الحماية لهم، وإبعاد الضرر عنهم، بتحمله لمسؤولية ما يقع منهم من أخطاء أثناء تنشئتهم؛ سواء كان الخطأ متعمدا أو غير ذلك، أو كان أبناؤه مميزين أو غير مميزين مهما بلغت عنايته ورعايته لهم.

كما يتضح لنا ذلك جليا من خلال المادة 330 من قانون العقوبات[24] في الفقرة الثالثة منها والتي تنص على أنه: يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج: أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها"؛ وجاء نص هذه الفقرة ليبين التزامات أحد الوالدين الأب أو الأم لتؤكد على ذلك بحفظ الأولاد صحة وخلقا وعدم تعريضهم للخطر الجسيم وإساءة معاملتهم، مما يلزم الأب بالتحلي بالسلوك الحسن، والأخلاق الفاضلة، وعدم إتيان الفواحش والسلوكات المشينة؛ مما يبين أن اتجاه القضاء الجزائري إلى سحب الولاية من الآباء وتجريدهم من السلطة الأبوية بإسناد الحضانة والولاية معا للمطلقة حتى دون طلب

منها يعد مخالفة لصريح القانون الذي يحمل الآباء المسؤولية المدنية عن القصر بنص المادة 134 من القانون المدني والمسؤولية الجزائية عن تقصيرهم في مسؤولياتهم التربوية نحو الأبناء بنص المادة 330 عقوبات المذكورة أعلاه؛ وهو تناقض ينبغي تداركه.

ثانيا - الفرق بين الولاية والحضانة والسلطة الأبوية: شرّعت الولاية في الإسلام حفظا لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم وشؤونهم، حتى لا تضيع وتهدر. ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته، أقام له الشارع من يتولى أمره، ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر[25].

والواقع أن ممارسة واجبات الحضانة من تربية وتعليم والحفاظ على الصحة والخلق، وتولي السلطة الأبوية بما يحتم على الأب التشدّد في تربية الولد، ومراقبة سلوكه، والإشراف عليه وتوجيهه، وتحمل المسؤولية القانونية عن ذلك يدخل في صميم مهام الولي الشرعي. ذلك أن الحضانة تعدّ من الولاية على النفس؛ إذ تثبت للحاضن صيانة الصغير، وتربيته، ورعايته، والقيام بأمر طعامه ولباسه، ونظافته في المرحلة الأولى من عمره، بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النّفس.[26] كما أن الحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، ممن له حق الحضانة، في المدة التي لا يستغني فيها عن النساء، ممن له الحق في تربيته شرعا؛[27] ففي المرحلة الأولى تثبت للأم أو من يحل محلها من النساء وتسمى، ولاية الحضانة أو ولاية التربية الأولى، أما في المرحلة الثانية فتثبت للأب ويطلق عليها ولاية الحفظ والرعاية.[28] وهو ما نستشفه من نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري التي أدرك فيها المشرع حاجة الولد المحضون بالأولوية إلى ولاية الأم وهي ولاية حضانة ورعاية، ثم الأب بعدها وهي ولاية حفظ وحماية ومسؤولية، رغم اتجاه المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة إلى التراجع عن هذه الفكرة بإسناد الولاية لمن أسندت إليه الحضانة، وهي الأم في الغالب الأعم من الأحكام والقرارات القضائية؛ وهو ما نراه إجحافا في حق الأب وكأنه عقاب وتجريد له من صفة الولي بسبب الطلاق. إن الحدود الفاصلة بين الحضانة والولاية على النفس رغم صعوبة تطويقها، ترتسم في موضوع كل منهما. فالحضانة تحمل في لفظها معنى جسدي عاطفي محض، لذلك كيفها بعض الفقهاء على أنها وظيفة بيولوجية غذائية، وأنها ولاية عاطفية.[29] في حين لم يرد في القانون تعريف لمدلول السلطة الأبوية وإن كانت جزءا أساسيا من صلاحيات الولي، اللهم ما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن واجبات الإشراف والتربية والتوجيه والرقابة (133، 134 ق.م.ج) والمسؤولية الجزائية عن الإخلال بواجبات السلطة الأبوية وإهمال الأولاد القصر (3/330 ق.ع.ج). كما ذهب الدكتور الغوثي بن ملحة في تعريفه للسلطة الأبوية بقوله أن: "مجموعة الحقوق والواجبات التي يمنحها القانون أو ينيطها للأب أولا وللأم في حالة غيابه

على شخص وأموال ابنهم القاصر، وهو يتولاها باعتباره رأس العائلة أو رب العائلة والمشرف والقائم بأمورها الحياتية وشؤونها المختلفة، وهذه السلطة تتلخص في حماية الولد القاصر في كل ما يمكن أن يسبب له ضررا في هذه الحياة بداية بممارستها على النفس ذاتها وانتهاء بتولي أموره المادية والحرص على تسيير شؤونه فيما يخصها، وحق واجب الرقابة.[30] ولو أن قانون الأسرة الجزائري في تعديله عام 2005 اتجه نحو تقزيم دور الأب في الأسرة وتحجيم سلطاته كرب للعائلة بدليل إلغائه لنص المادة 39 فقرة 01، بزعم إعادة التوازن بين مركزي الرجل والمرأة ضمن إطار مؤسسة الأسرة. في حين أن الحاضن متولي الرقابة هو الشخص الذي أسندت له الحضانة والولاية، كما بينته المادة 87 الفقرة 2 لقيامه بواجب الرقابة للطفل المحضون من تربية، وتوجيه للسلوك، حتى لا يرتكب أفعالا ضارة تجاه الغير، والتي يحدد على أساسها المسؤولية؛ غير أن المشرع أغفل نوع الولاية التي تقوم بها الحاضنة، على اعتبار أن الولاية أنواع.[31] وهذا ما يكشف الفراغ القانوني حول طبيعة مسؤولية الأب المجرد من الولاية بحكم القضاء حينما يرتكب الحض ون القاصر أفعالا تضر بالغير.

ثالثا - نهاية وظيفة الولي: تنتهي وظيفة الولي حسب نص المادة 91 من قانون الأسرة في الحالات الآتية:

1- بعجزه: وهي الحالة التي لا يقوى فيها الولي على القيام بمقتضيات الولاية لمرض أو حبس مثلا، وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون لم ينص على انتقال الولاية إلى الأم إلا في حالة وفاة الأب.

2 - بموته: وفي هذه الحالة تنتقل الولاية إلى الأم، وتجدر الملاحظة هنا أن الأم لا تستطيع ممارسة الولاية على النفس في بعض الحالات كما هو الأمر بالنسبة لزواج ابنتها.

3 - بالحجر عليه: باستصدار حكم بذلك بعد اللجوء إلى الخبرة.

4 - بإسقاط الولاية عنه: وتسقط الولاية عن صاحبها وفقا لنص المادة 332 من قانون العقوبات على مرتكبي الجنح الواردة في المادتين 330 و331 من نفس القانون، بحرمانه من حقوقه حسب المادة 14 منه والمحددة في نص المادة 9 مكرر1، من بينها الحرمان من الحقوق العائلية نذكر منها سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها، إلا أنها لا تعفي الولي من المسؤولية حسب نص المادة 330 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات كما سبق الإشارة إليها.

الفرع الثالث: استئثار الأم بمسؤوليات السلطة الأبوية في ظل المادة 87 من قانون الأسرة

هنالك ثلاثة حالات تستأثر فيها الأم بالولاية على نفس القاصر وماله، إلا في بعض الاستثناءات التي ذكرناها آنفا، وهذه الحالات يمكن عرضها على النحو الآتي:

أولا – حالة وفاة الأب: تعد وفاة الأب شرطا أساسيا لانتقال الولاية إلى الأم بعده مباشرة على أولادها القصر، والتي سبق وأن وردت في نص المادة 135 من القانون المدني قبل إلغائها، وبذلك يقع على الأم تحمل جميع الواجبات التي كان الأب يلتزم بها قبل وفاته وانتقال الولاية إليها بموجب ذلك، وهذا ما يؤكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في[32]: 1997/12/23 القاضي بأن منح الولاية لغير الأم دون إثبات تعارض المصالح بين القصر والولي يعد مخالفة للقانون في نص المادة 87 و90 من قانون الأسرة، ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم بذلك خالفوا القانون. مما يتبين معه أن الأم تصبح مكلفة بالولاية على نفس القاصر برعايته والقيام بشؤونه وحسن تربيته، إضافة إلى ذلك تسند إليها الولاية على مال أولادها القصر، ويجب أن تكون حريصة مثلها مثل الرجل الحريص؛ أي الأب الذي ثبتت له الولاية، أو السلطة الأبوية، كأول شخص لتليه الأم بعد وفاته، طبقا لما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة؛ حيث أجازت تصرف الولي في مال ولده القاصر.

وفي حالة تعارض مصالح القاصر مع مصالح الولي أبا كان أو بعد وفاته الأم، فلابد أن يعين متصرف خاص تلقائيا، أو بناءً على طلب من له مصلحة، حسب المادة 90 من قانون الأسرة؛ وهذا ما يؤكده الاجتهاد القضائي الصادر في هذا الشأن والمؤرخ في[33]: 1998/03/24 القاضي بأنه إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة في قضية قتل الأب لابنتيه وقيامه بمحاولة قتله لبنتيه أيضا حيث حكم عليه بالسجن المؤبد فتنتقل السلطة الأبوية أو الولاية إلى الأم، مع أنه قانونا لا تنتقل إليه إلا بعد الوفاة وهذه الحالة استثنائية.

كما منح المشرع في حالة انتقال الولاية إلى الأم بعد وفات الأب، مسؤولية تزويج أبنائها، والتي اختلف الفقهاء حول شروطها، خاصة شرط الذكورة في ولاية التزويج، فمنهم من يعتبرها شرطا أساسيا كالمالكية والحنابلة والشافعية على عكس الحنفية،[34] كما كان معمولا به في المدونة المغربية للأحوال الشخصية قبل التعديل، حيث نص الفصل 148 منها على أن صاحب الولاية المعين في الشرع وهو الأب، وفي نص الفصل 149 للأب الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله معا. بما أن الأم تنتقل إليها الولاية وتمنح لها جميع التصرفات، شأنها شأن الأب عن أبنائهما القصر، فإن هذه الوظيفة تنتهي حسب الحالات المذكورة في المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا – حالة غياب الأب أو فقده: نصت المادة 87 في فقرتها الثانية على أن غياب الأب أو حصول مانع له كأن يكون مهاجرا، أو في الخدمة الوطنية، أو وجد مانع يحول دون ممارسة الأب

لولايته كان يكون محكوما عليه بعقوبة جزائية، فإنه من غير الممكن أن تعرقل أمور القاصر المستعجلة بسبب ذلك المانع أو الغياب.

وهذا لا يمنع الأب من ولايته ويبقى ملزما برقابته ورعايته القانونية، ولا تنتقل الرقابة إلى الأم، وإنما يكون لها التكفل بالأمور المستعجلة للأولاد مؤقتا، بما يمنع ضياع مصلحة الأولاد القصر، كأمور الدراسة أو الصحة وغيرها؛[35] ذلك لأن ولاية الأب هي ولاية أصلية شرعية لا تنزع منه إلاّ بموجب حكم قضائي، كما أنّ في حالة الاستعجال يرجع الأمر للقاضي وحده لتقدير توفر عنصر الاستعجال ومن ثمة منح الولاية للأم بشأنه من عدمه.

ثالثا – حالة الطلاق: نصت الفقرة الثالثة من المادة 87 السالفة الذكر على حالة طلاق الأبوين، حيث أنه يجوز منح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد؛ فإذا أسندت الحضانة إلى الأم وهو الوضع الغالب، فتعتبر وليا عن أبنائها القصر وتكون ملزمة برقابتهم من خلال رعايتهم وتعليمهم، والقيام بتربيتهم على دين أبيهم، والسهر على حمايتهم وحفظهم صحيا وخلقيا، وهذا يقتضي أيضا أن تسأل عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيها الأبناء القصر.[36] وفي هذه الحالة يمكن القول بأن إسناد الحضانة للأم مع تقرير حق الزيادة للأب من شأنه أن يقيم مسؤولية الأب حالة وقوع الفعل الضار من الابن القاصر أثناء تواجده لدى أبيه، إذ حق الزيارة ناف لقيام واجب الرقابة عليه. غير أننا نرى بأن قضاء الأسرة الجزائري قد تعسف في تفسير نص الفقرة الثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري عندما أصبحت معظم إن لم تكن كل الحكام الصادرة بشان الطلاق تسند فيها الحضانة والولاية معا للأم، مع عدم وجود مانع يحول دون تولي الأب للولاية الشرعية ومسؤولية الرقابة، خصوصا وان المر يبدو جوازيا؛ أي انه يجوز للمحكمة أن تسند الولاية لمن لأسندت إليه الحضانة، وفي ذلك مخالفة للقاعدة الإجرائية التي تقول: القاضي لا يقضي بغير أو بأكثر مما يطلبه الخصوم.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في منح الولاية والحضانة معا للأم وأثره على مسؤولية متولي الرقابة

في قضايا الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية وحقوق الأولاد محل الحضانة والتعويضات المالية والنفقة، أطلق القانون يد القضاء في استعمال السلطة التقديرية كلما تعلق الأمر بالمصلحة الفضلى للمحضون، مع الحفاظ على قدر من الاتفاق والتواصل بين الأبوين المطلقين من أجل إنجاح وتسيير مرحلة ما بعد الطلاق، فإذا كانت الولاية على الأبناء القصر تنتقل إلى الأم مباشرة فإن انتقال الولاية إليها بعد الطلاق يخضع لشروط ولمطلق السلطة التقديرية للقاضي، مع تقييد ولايتها على أموال القاصر وفق أحوال وأوضاع معينة يأتي بيانها تباعا في العناصر الآتية:

المطلب الأول: شروط انتقال الولاية للأم

من المقر قانونا حسب نص المادة 3/87 من قانون الأسرة الجزائري أن المحكمة بإمكانها منح الولاية لمن تسند إليه الحضانة، غير أن هذا الوضع لا يتحقق إلا وفق الشروط الآتية:

الفرع الأول: الفرقة بين الزوجين

يكون الأب وليا على أولاده القصر خلال قيام الرابطة الزوجية ولا تسقط عنه هذه الصفة إلا في الحالات التي سبق ذكرها ألا وهي وفاته أو غيابه أو حصول مانع له، إلا أنه باتخاذ القرار من طرف الزوجين بالانفصال، سواء بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة أو بالتطليق أو بالخلع، فإن مسؤولية تربية الأبناء ورعايتهم تلقى على عاتق الأم ما دامت الحضانة تسند إليها بالأولوية، بيد أن هذا لا يعني أبدا تخلي الأب عن مسؤولياته الرقابية والتوجيهية وعن سلطته الأبوية، وهذا ما كان يرمي إليه فقه وقانون الأسرة بتمكين الأب من الزيارة والرؤية، وهو ذات ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الجزائري الصادر بتاريخ[37]: 1990/04/16،حينما نص صراحة على أنّ: "الزيارة ليست رؤية المحضون فحسب بل هي متابعة شؤونه والوقوف على أموره ولا بُدّ من توطيد علاقة الزائر بالمحضون وتمتينها خاصة إذا كان الزائر هو الأب نفسه أو الأم إذا كانت الحضانة لغيرها، والزيارة ليست قائمة على الحاضنة أو الزائر، إنّما هي أمر يضبطها القاضي عند النطق بإسناد الحضانة لطرف أو لآخر مراعيا في ذلك مصلحة المحضون".

حيث أنه من المقرر في ترتيب الحاضنين إعطاء الأولوية للأم ليليها الأب في الترتيب حسب قانون الأسرة لسنة 2005، كما أن الأم إذا أسندت لها الحضانة يجب أن تعلم أنه ستنتقل إليها الولاية بما فيها السلطة الأبوية عن أولادها القصر وستتحمل عبء هذه المسؤولية التي كانت تتشاركها مع زوجها بعد أن كانت تقوم بولاية التربية والأب يقوم بالولاية على نفس أولاده القصر وعلى مالهم، وفي المقابل ستنزع من الأب هذه السلطة الأبوية بسبب الطلاق، وهذا تجريد صريح للأب من الولاية والسلطة الأبوية وكأن القضاء يعاقبه على الطلاق ولو لم يكن بطلب منه.

الفرع الثاني: وجود حكم قضائي يقضي بانتقال الولاية لمن أسندت له الحضانة

حسب نص الفقرة الثالثة من المادة 87 المذكورة أعلاه فإن أمر منح الولاية للحاضن جوازي؛ أي انه يمكن للقاضي إسناد حضانة الأولاد القصر لأمهم ما لم يوجد موجب لإسقاط الحضانة عنها، وتمكين الأب من الزيارة وإلزامه بالنفقة وتقرير ولايته على نفس المحضون وماله ما لم يتوفر مانع قانوني أو واقعي يحول دون ذلك، وهذا هو الوضع السليم في الواقع، أما إذا كان النزاع سلبيا يحول الحضانة فإن المصلحة الفضلى للمحضون تفرض على القاضي أن

يلزم الحاضن بها، وهذه الأخيرة أي الحضانة يمكن أن تكون ضمن دعوى طلاق أصلية أو تكون دعوى مستقلة، أو مشمولة بالطابع الاستعجالي كما أقرته المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.

وما دامت الولاية على النفس هي تعهد الصبي القاصر بالرعاية والصون والحفظ والتنشئة القويمة، ورعاية القاصر صحة وخلقا، فإنها بهذا المعنى تتقاطع بشكل تام مع مقتضيات الحضانة؛ حيث عرف القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين الصادر عن جامعة الدول العربية، في مادته الرابعة على أن: "الحضانة هي حفظ المحضون، وتربيته، وتعليمه، ورعايته، بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النّفس".[38] لذا قرر المشرع منح الولاية لمن تسند له الحضانة، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم: 476515 الصادر بتاريخ[39]: 2009/01/14: "إن إسناد الحضانة للأم، بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون". وهو الأمر الذي لا نراه وجيها ما دام لا يوجد مانع يحول دون تولي الأب شؤون أولاده القصر وممارسة سلطته الأبوية عليهم، خصوصا وأنه يعد بمثابة قطع الخيط الرفيع الذي يربط بين ثلول العلاقة الأسرية (الأب- الأم - الأولاد) بعد فكها عن طريق الطلاق.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في منح الولاية للحاضن

منح القاضي ولاية القصر وحضانتهم للأم أو توزيعهما بين الأبوين أمر جوازي ومرهون بسلطته التقديرية، وفيما يلي تفصيل ذلك:

الفرع الأول: إسناد الحضانة والولاية معا للأم

أجاز المشرع الجزائري لقاضي الأسرة بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري منح الولاية لمن أسندت له الحضانة وكما سبق الإشارة إلى مسألة الحضانة ومستحقيها والتي تخضع في كل الأحوال لقاعدة مراعاة مصلحة المحضون التي يقدرها قاضي الأسرة بناءً على عناصر موضوعية، إلا أنه يفهم من نص هذه المادة أن المشرع لم يوجب القاضي بمنح هذه الولاية، وإنما أجاز له منحها؛ أي ترك له السلطة التقديرية في ذلك، إلا أنه نجد غالبية الأحكام القضائية تقضي بالحضانة والولاية معا وإن لم تسند الولاية وأسندت الحضانة فقط في الحكم القضائي، فإنه بإمكان من أسندت له الحضانة دون الولاية أن يتمسك بها، حيث تكون مجالا لاستئناف الحكم المعاد بدعوى مخالفة المحكمة لصريح القانون وهذا ما يوافق الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا المذكور آنفا، والقاضي بإسناد الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاية لها يعد خرقا للقانون بموجب المادة 87 من قانون الأسرة بعد التعديل؛ حيث بنى قضاة الاستئناف حكمهم على أن الولاية تمنح للأب فقط عند وفاته أو غيابه أو حصول مانع له وهذا في الحكم المستأنف، أما القرار المطعون فيه، حيث جاء فيه أن الولاية تكون للأب مادام على قيد الحياة ولم يثبت حصول مانع له، وهذا مخالف لنص المادة 87 من نفس القانون في فقرتها الأخيرة.

الفرع الثاني: أثر إسناد الحضانة والولاية معا على مسؤولية متولي الرقابة

تكون الأم أو من أسندت له الحضانة باعتباره مستحقها حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الثالثة مستحقا للولاية التي يمنحها له قاضي الأسرة، وبهذا يكون الحاضن الولي أو الحاضن المكتسب للسلطة الأبوية من خلال منحه الولاية مسؤولا عن واجب رقابة أبنائه القصر بقوة القانون، فبإسناد الولاية لمن له الحضانة بموجب حكم قضائي وبتوفر شروط قيام مسؤولية متولي الرقابة أو المكلف بها يصبح الحاضن مسؤولا عن أفعال أولاده القصر إذا ألحقوا ضررا بالغير وهذا حسب المادة 134 من القانون المدني، إضافة إلى مهمة الحضانة. وتنتقل هذه المسؤولية إلى الطرف الذي منح له حق الزيارة بموجب حكم قضائي وبالتالي يصبح هذا الأخير مكلفا برقابة المحضون إذا انتقل به خلال أوقات الزيارة وكان في منأى عن حاضنه. فالمسؤول عن الفعل الضار للقاصر بحسب المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري هو الأب أولا على أن تحل الأم محله في الحالة التي يكون الأب غائبا أو متوفيا.[40]

مما يوجب على قاضي الأسرة إثبات الشخص الذي تقع عليه هذه المسؤولية بناءً على مكان وقوع الضرر؛ أي المكان الذي قام فيه المحضون بإحداث ضرر للغير، بالإضافة إلى ساعة وتاريخ إحداث الخطأ المفترض، وذلك حسب المعطيات المتاحة للقاضي حول حيثيات وملابسات القضية وعلى من لم يكن سببا في هذا الخطأ المفترض إثبات ذلك، في حين بالنسبة للشخص الذي توكل له مسؤولية تولي الرقابة أن يدفع أو ينفي هذه المسؤولية عنه وفقا للوسائل التي جاءت بها المادة 134 من القانون المدني بعد التعديل، والتي كانت تنص عليها المادة 135 من نفس القانون في فقرتها الثانية قبل إلغائها. فمثلا في حالة انفصال الزوجين بالطلاق وأسندت حضانة الابن القاصر لأمه، فالأب هو المسؤول عن الضرر الذي يصيب الغير بسبب الخطأ الصادر عن ابنه القاصر، ومن ثم الحضانة لا تؤثر في ولاية الأب على ابنه.[41]

والملاحظ أن المادة 135 من القانون المدني الملغاة توافق نص المادة 87 من قانون الأسرة وبذلك نقول أن المادة 135 لم يتم إلغاؤها بل بقيت سارية المفعول، حيث قام المشرع بإسقاط الفقرة الثانية منها والناصة على وسائل دفع مسؤولية متولي الرقابة وإضافتها إلى نص المادة 134 من القانون المدني. أما الفقرة الأولى من نص المادة 135 المشار إليها آنفا فقد وافقت نص المادة 87 من قانون الأسرة بعد التعديل حرفيا في فقرتها الأولى والتي تثبت الولاية للأب حال حياته، في حين تنتقل إلى الأم بعد وفاته. كما أضيف لها استثناءين في الفقرة الثانية منها والتي نصت على أنه: "بالرغم من أن الأب قد يكون على قيد الحياة إلا أنه في حالة غيابه أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور الاستعجالية"، وهذا ما أجابت المادة 87 من قانون الأسرة بعد التعديل عن ما عيب عليه في نص المادة 135 التي أثبتت الولاية للأب قيد

حياته والتي لم تنص على غيابه لمرض أو سفر أو حبس إلا أنه من خلال الفقرتين المضافتين اتضح الأمر، زد على ذلك حالة الطلاق بين الأبوين. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ[42]: 2008/12/24: "الحاضنة ليست لها الولاية على ابنها القاصر. لا تعد الحاضنة مسؤولة مدنيا على تحمل عبء التعويض المدني عن فعل ضار اقترفه المحضون".

أولا – تجريد الأب من الولاية بموجب المادة 87 فقرة 3 من قانون الأسرة: مما سبق الإشارة إليه نجد في هذا السياق كذلك أن المشرع بمنحه الولاية لمن أسندت له الحضانة عمد بذلك إلى تجريد الأب من هذه الوظيفة التي كانت تسهل له الاتصال المباشر بأبنائه القصر، وممارسة سلطته الأبوية عليهم، ورقابته لهم، حتى إذا ما أسندت له مسؤولية متولي الرقابة كان إلزاما عليه تحملها. فبما أنه يتحمل توفير السكن الملائم والإنفاق على أولاده فعليه تحمل مسؤولية رقابتهم. وعليه فمسؤولية الآباء على أولادهم القصر تكون واجبة بقوة القانون ولابد من أن يكون القاصر مقيما مع والده.[43]

في حين من حق الأب الولاية على أبنائه القصر استنادا إلى أحكام الشريعة حتى يسهل عليه تربيتهم وتوجيههم والإشراف عليهم وعلى أموالهم إذا كان لهم مال وحفظهم صحة وخلقا وحفاظا كذلك على هويتهم، والحل الأنسب إلى ذلك يكون بالحفاظ على الروابط الأسرية والتفاهم ومنح الأب حق الاستضافة لأبنائه في أي وقت.

كما يستحسن أن لا يلزم بحق الزيارة خلال مواعيدها المحددة في الحكم القضائي القاضي بإسناد الحضانة؛ لأنه في كل الأحوال لا يمكنه ممارسة هذا الحق إذا تم تقييده بهذه المواعيد.

أما من جهة أخرى إذا ألزم بمسؤولية متولي الرقابة يبقى الإشكال قائما في الإثبات، فهو لا يمارس عليه ولايته بما فيها سلطته الأبوية فكيف يحمَّل مسؤولية متولي الرقابة خلال فترة انتقاله بالمحضون أثناء الزيارة له وهل ساعات الزيارة المحددة بناء على قاضي الأسرة كافية ليتحمل هذه المسؤولية؟.

ثانيا – عبء إسناد الحضانة والولاية للحاضن: في هذا الصدد نشير إلى أن إثقال كاهل الحاضن الذي لا يمكن له الإلمام والالتزام بكل هذه المهام المسندة إليه بما فيها الحضانة والسلطة الأبوية وتحمل مسؤولية الرقابة، وذلك بموجب انتقال الولاية له، فلو كان الحاضن يعي معنى الولاية وتوابعها وما ينجم عنها لما قبل تحمل هذه المشاق لأن التكفل والعناية بالمحضون أثناء فترات نمائه كاف له، أما إذا تحدثنا عن الناحية المادية ففي حالة الحاضن غير العامل أو ليس له من يعيله ما عدا النفقة التي يلزم الأب بأدائها، فهل من المعقول إلزام الأم الحاضنة بالتعويض عن أفعال أبنائها الضارة بالغير، باعتبارها أصبحت متوليا للرقابة على محضونيها؟. لذا ينبغي

إعادة النظر من جديد في نص المادة 87 من قانون الأسرة وذلك بتوزيع عبء مسؤولية الأبناء بعد الطلاق بين الأبوين المطلقين، حيث تمارس الأم ولاية الحضانة والرعاية والتربية، ويمكن الأب من ممارسة السلطة الأبوية كاملة وتحمل واجبات التربية والتوجيه والرقابة حفاظا على مصلحة الأبناء المحضونين، وإبقاء على شعرة معاوية تربط أواصر أسرة تفككت بنيويا ووظيفيا.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة التي حاولنا فيها أن نجمع بين الأحكام القانونية والقضائية والمقاربات التحليلية الفقهية للحضانة والولاية وفق قانون الأسرة؛ حيث تناولنا ظاهرة اجتماعية تعد من أعقد المشكلات الاجتماعية والقانونية والقضائية التي قد تؤثر على سلوك الأطفال وتربيتهم ونشأتهم في مرحلة ما بعد الطلاق، بل إنها ظاهرة اجتماعية يقف القضاء بكل آلياته وإجراءاته والقانون بمختلف نصوصه وقواعده عاجزا أمام إعطاء الحلول الناجعة والفعالة لتفادي آثارها ومخلفاتها على الأسرة والمجتمع؛ حيث توصلنا إلى مجموعة من النتائج نذكرها على النحو الآتي:

- الحضانة قيمة نفسية عائلية واجتماعية لها بالغ التأثير على تربية الأطفال وتنشئتهم اجتماعيا يمارسها الأبوان معا أو تمارسها الأم بعد الفرقة الزوجية.

- السلطة الأبوية وسيلة مهمة جدا لضبط سلوك المحضون والإشراف على تربيته والمساهمة في توجيهه ومراقبة تصرفاته ولكنها تبدو في شكل السلطة المعطلة بسبب نص المادة 87 من قانون الأسرة وعموم الأحكام الاجتماعية والقضائية المتعلقة بإسناد الحضانة والولاية معا للأم.

- الولاية على الأبناء في الفقه الإسلامي عصبية لكنها طبقا لنص الفقرة الثالثة من المادة 87 تسند للأب وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

- واجبات ومسؤوليات الحاضن هي جزء أساسي من واجبات الولي أو متولي الرقابة وعلى أساسها يتحمل المسؤولية القانونية.

- من الطبيعي جدا إسناد بعض مهام الولي إلى الأم بعد الطلاق عندما تقتضي الضرورة ومصلحة المحضون الفضلى ذلك.

- إشكالات الزيارة والرؤية والنفقة والمسكن تعد إحدى الأسباب الأساسية للمنازعات بين الأبوين بعد الطلاق والتي قد يكون لها بالغ التأثير على الأبناء.

- تعسف قضاء الأسرة في إسناد الحضانة والولاية معا للنساء المطلقات طبقا للفقرة 3 من المادة 87 مع أن الأمر جوازي ومرهون بطلب الحاضن.

- تجاوز قضاء الأسرة حدود مبدأ القاضي لا يقضي بغير ما يطلبه الخصوم عند إسناده الحضانة والولاية معا بعد الطلاق.

- إسناد الولاية للأم بعد الطلاق يعد بمثابة تجريد للأب من الولاية الشرعية في أمر أشبه ما يكون بمعاقبته على استعمال حقه في الطلاق.

- ممارسة السلطة الأبوية بعد الطلاق تعد مشكل حقيقي؛ فمن غير المعقول إقصاء الأب من ممارسة واجباته القانونية وتحميله مسؤولية متولي الرقابة.

وعلى ضوء هذه النتائج الهامة يمكن أن نقدم المقترحات الآتية:

- العمل على ملاءمة أحكام النيابة الشرعية في قانون الأسرة مع أحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني وأحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني وأحكام الولاية على القاصر في الفقه الإسلامي.

- في حالة تعديل قانون الأسرة هنالك الكثير من مكامن النقص والثغرات والنصوص التي تحتاج إلى مراجعة وإثراء في النصوص حتى ترقى بأحكام الأسرة ومخلفات ما بعد الطلاق إلى نحو يتم فيه تفادي الكثير من الإشكالات والمنازعات الأسرية القضائية.

- مصلحة المحضون الفضلى تقتضي حتما إعادة النظر في نص المادة 87 خصوصا الفقرة الثالثة منها بالتعديل أو الإلغاء لأنه لا يمكن ممارسة السلطة الأبوية بما تقتضيه من حرص وشدة ومحبة للمحضون وخشية على سلوكه وتربيته في ظل أحكام قضائية تجرد الآباء من صفة الولي وتعيق مساهمتهم في عملية التربية والتنشئة الاجتماعية للمحضون.

الهوامش:

[1] - محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج 15، دار صادر، بيروت، ب.س.ن، ص 405.

[2] - محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج40، تحقيق: ضاحي عبد الباقي، ط 1، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، 2001، ص 242.

[3] - أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج6، ط2، مكتبة مصطفى البابي، مصر، 1972، ص 141.

[4] - محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، ط08، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005، ص 1344.

[5] - علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، ب.ت.ن، ص 213.

[6] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 386.

[7] - محمد الخرشي أبو عبد الله علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، ج4، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1899، ص 207.

[8] – القانون رقم: 84–11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05–02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15، بتاريخ: 2005/02/27، ص 18.

[9] – سورة النساء، الآية: 06.

[10] – القانون رقم: 05–10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم: 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، بتاريخ: 2005/06/26، ص 17.

[11] – ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 153–154.

[12] – محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، كتاب الكبائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص 62.

[13] – النووي محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، كتاب الزهد والرقائق، باب الإحسان إلى الأرملة والمسكين واليتيم، بيت الأفكار الدولية، الأردن، د. ت. ن، ص 1716.

[14] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 369032، بتاريخ: 2006/12/13، المجلة القضائية، العدد 02،2007، ص 443.

[15] – المرسوم التنفيذي رقم: 20–223 المؤرخ في 18 ذي الحجة عام 1441 الموافق 8 غشت سنة 2020، يعدل ويتمم المرسوم رقم: 71–157 المؤرخ في 3 يونيو سنة 1971، والمتعلق تغيير اللقب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 47، بتاريخ: 2020/11/11، ص 09.

[16] – نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1994، ص 13.

[17] – وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1998، ص 115.

[18] – محمد عبد المقصود داود، "القوامة على المرأة بين الحقائق الفقهية والمفاهيم المغلوطة"، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون بدمنهور، جامعة الأزهر، مصر، الجزء الثاني، المجلد 34، العدد 34، 2019، ص 26.

[19] – محمد كما حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال: القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، الحجر القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 208.

[20] – القانون رقم: 40 لسنة 2004، صادر بتاريخ: 2004/12/14، بشأن الولاية على أموال القاصرين، الجريدة الرسمية لدولة قطر، العدد 02، بتاريخ: 2005/02/15، ص 1036.

[21] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 754961، بتاريخ: 2011/09/15، المجلة القضائية، العدد 02، 2011، ص 308.

[22] – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل –دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية–، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص67.

[23] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 167835، بتاريخ: 1998/05/17، المجلة القضائية، العدد 02، 1997، ص 75.

[24] – القانون رقم: 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتمم المر رقم: 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84، بتاريخ: 2006/12/24، ص 11.

[25] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 120.

[26] – المادة 142 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 28 لسنة 2005، صادر بتاريخ: 19 نوفمبر 2005، في شأن الأحوال الشخصية. الجريدة الرسمية الإماراتية، عدد 439، بتاريخ: 2005/11/30.

[27] – محمد الخرشي أبو عبد الله علي العدوي، المرجع السابق، ص 207.

[28]- *Roula el – Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L. G. D. J. Paris, 2002, p. 61.*

[29] - *CF, S.Bouraoui, la constant inégalité entre les sexes ou de l'antinomie entre droit interne et conventions internationales, quelques réflexions sur la loi, R.T.D 1983, n°1, p.434.*

[30] - *GHAOUTI Ben melha: Le droit algérien de la famille, OPU ALGER, p. 282.*

[31] – حاج الشريف خديجة وحاج بن علي محمد، "مسؤولية متولي الرقابة عن الأفعال الضارة للمحضون في التشريع الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشلف المجلد 6 العدد 1، 2020، ص 76.

[32] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 187692، بتاريخ: 1997/12/23، المجلة القضائية، العدد 01، 1997، ص 53.

[33] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 159493، بتاريخ: 1998/03/24، المجلة القضائية، العدد 01، 1998، ص 212.

[34] – أحمد جبر عبد ربه جحيش، الولاية في النكاح وما يترتب عنها من أحكام، ط1، دار إعادة هندسة الفكر، القاهرة، 2008، ص 21.

[35] – حمر العين عبد القادر، "ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 1144.

[36] – حمر العين عبد القادر، نفس المرجع والموضع.

[37] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 59784، بتاريخ: 1990/04/16، المجلة القضائية، عدد 04، 1991، ص 126.

[38] – جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين. (اعتمده المكتب لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم: 323 – ج 24– بتاريخ: 2002/3/4.

[39] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 476515، بتاريخ: 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009، ص 266.

[40] – دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام:مصادر الالتزام، ط1، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 91.

[41] – جمال مهدي محمود الأكشة، مسؤولية الآباء المدنية على الأبناء القصر– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني–، رسالة دكتوراه في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن للدراسات العليا، جامعة الأزهر، مصر، 2002، ص 154 و155.

[42] – قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 446457، بتاريخ: 2008/12/24، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2009، ص 133.

[43] – *Jean -Baptiste Layudu, Droit des obligations, 1eredition, Panorama du droit, Paris ,2011, P.334.*