مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية
EL - HAKIKA (the Truth)
Journal for Social and Human Sciences

المجلد: 21 / العدد: 03 / السنة: 2022 ص ص:37 - 58

انتقال الولاية الى الأم وحدودها

The Transition Of The State To The Mother And Its Borders

دحمان سعاد،

جامعة زيان عاشور الجلفة، (الجزائر)، sauaddahmane@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2022/04/15 **تاريخ القبول:** 2022 /08/27 **تاريخ النشر:** 2022 /09/30

ملخص:

نظرا لأهمية التي يحظى بها المحضون في قانون الأسرة الجزائري والتي يعمل القضاء علي تكرسيها في الواقع بما لا يتعارض وظروفه، حرص المشرع على توفير حماية للمحضون والعمل على تحقيق مصلحته ساعيا في ذلك إلى تحقيق ما هو أفضل للطفل باعتباره المتضرر الأول في محيطه الأسري خاصة إذا حصل للأسرة تصدع بالطلاق الذي غالبا ما يذهب ضحيته الأطفال، الطلاق.

ونصت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري على أنه" 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 ملن أسندت له حضانة الأولاد ."وبمقتضى فإن الآباء ملزمون قانونا بحكم ولايتهم برعاية أبنائهم.

الكلمات المفتاحية : الحضانة؛ الولاية؛ الأم؛ إنتقال.

Abstract: Given the importance that the child in custody has in the Algerian family law, which the judiciary is working to consecrate in reality without contradicting his circumstances, the legislator was keen to provide protection for the child and work to achieve his interest, seeking to achieve what is best for the child as he is the first victim in his family environment, especially if The family got cracked by a divorce that Often the victim goes children, divorce.

Article 87 of the Algerian Family Code stipulates that "the father shall be the guardian of his minor children and after his death the mother shall replace him legally. boys". Accordingly, fathers are legally obligated by virtue of their guardianship to take care of their children

Keywords: Custody; guardianship; mother; transmission.

مقدمة:

أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم وكيف نحافظ عليهم؟ ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها. فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم. وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع. وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعديد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحمايته، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الإعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، ونحن ندرك تمام الإدراك أن الحضانة هي من أهم الأولويات التي يجب أخذها محمل الجد .

والسؤال المطروح: هل يمكن ان تنتقل الولاية للأم؟

للإجابة على هذ السؤال نتبع المبحثين التالين:

المبحث الأول: النظام القانوني للحضانة والولاية

المطلب الأول: النظام القانوني للحضانة

أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج أو الطلاق هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الإهتمام به والعناية بشؤونه ، والحضانة هي ضرب من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحية والخلقية السليمة ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي بالطفولة و كذا التشريعات الوضعية.

أما الشيخ أبو زهرة فيرى أنه تثبت للطفل منذ ولادته(ثلاث ولايات: الأولى ولاية التربية، الثانية ولاية النفس، والولاية الثالثة هي الولاية على ماله إن كان له).

ويرى الأستاذ صالح جمعة أنّ الولاية على النفس هي القيام (**الجبوري، 1976طبعة 1، صفحة 33**) والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويجه، و يدخل في نطاقها ثلاث ولايات : – أوّلها: ولاية الحفظ والرعاية، وتبدأ منذ ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن

التمييز، وهي ما تسمى بالحضانة. – ثانيها : ولاية التربية والتأديب والتهذيب، وتبدأ بعد بلوغه سن لتمييز واستغنائه عن النساء حتى البلوغ الطبيعي مع العقل، وهي ما تسمى بالكفالة أو ولاية الضم والصيانة . – ثالثها : ولاية التزويج ، وهي تثبت للولي بناءا على القدرة الشرعية التي أناطها الشارع إليه في تزويج من في ولايته.

الفرع الأول: التعريف القانوني

للحضانة نصت المادة 62 من قانون الأسرة: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسّهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التعريف الوارد في المادة 62 يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسباهبا وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية (**سعد، 1989، صفحة 14**). ومما تقدم فإنّ أهداف الحضانة تظهر فيما.

أولا : تعليم الولد ويقصد به التعليم الرسمي أو التمدرس، وما دام التعليم إجباريا ومجانيا فكل طفل له الحق أن ينال قدرا من التعليم حسب استطاعته وامكانياته الذهنية وقدراته العقلية واستعداده الفطري والنفسي .

ثانيا : تربية الولد على دين أبيه يجب أن يربى الولد على مبادئ وقيم الدين الإسلامي ، ولما كان زواج المسلم بغير المسلمة جائزا، فإن القاضي يمنح الحق في الحضانة للأم غير المسلمة ، ولا ينكره عليها أبدا ، فهي كالمسلمة على أن تراعي أحكام الشرع في تربية الطفل.

ثالثا : السهر على حماية المحضون إذا كانت الحضانة رعاية وحماية فلا بد أن تتخذ هذه الحماية كل أشكالها، فيجب أن لا يكون الطفل عرضة لأي اعتداء مادي كالضرب أو اعتداء معنوي كالإرهاب والتخويف

والشتم، مما يؤدي إلى زعزعة انضباط الطفل نفسيا وعاطفيا، وليس معنى ذلك أن يترك للطفل الحبل على الغارب وأن لا يُؤدب كلما استدعت الحاجة، ثم إنّ الحماية لا تكون من الغير فقط، بل لابد من حماية الطفل حتى من نفسه. رابعا : حماية الطفل من الناحية الخلقية و يكون ذلك

بتنشئته على حسن الخلق وتهذيبه وإعداده لأن يكون فردا صالحا سويا وأن لا يُترك عرضة للشارع ورفقاء السوء.

خامسا: حماية المحضون صحيا يجب أن يلقى الطفل العناية الصحية الكاملة، خاصة في السنوات الأولى من حياته، وأن يُعرض على طبيب كلّما استدعت الحاجة. (**عزيزة، 2001، الصفحات 28-29**)

أما شروط ممارسة الحضانة إن الحاضن هو من يتولى شؤون الصغير بإذن الشرع أو بأمر القاضي ذكرا كان أم أنثى، إذ يتساوى الرجال والنساء في أهليتهم للحضانة مع اختلاف في الأولوية و تباين في الترتيب وعليه فالحضانة تثبت لمن كان أهلا هبا بتوافر شروطها ، إذ يرى الفقهاء أن هناك شروطا عامة في الرجال والنساء وأخرى تختص هبا النساء، والبعض الآخر لابد من توافرها في الرجال . كما أن المشرع الجزائري حصر شروط الحضانة في الأهلية بعد تعريفه لها في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، إذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه :

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك (إذ المقصود بالأهلية هنا هو القدرة على القياء بمهمة شاقة.

لا محفوفة بالمخاطر تتعلق بتربية الطفل وإعداده إعدادا سليما ليكون قادرا على الإعتماد على نفسه في المستقبل).

ولتحديد هذه الشروط الغير واردة في القانون فإن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

الفرع الثاني: الدعاوى الناتجة عن الحضانة

صاحب دعوى الحضانة لا يخلوا أمره عن أحد الفرضيات الآتية : فهو إما مطالب بالحضانة لنفسه أو إسقاطها عن غيره، وفي سبيل السعي لاحترام الأحكام الخاصة هذه الدعاوى وتطبيقها ضمانا لحماية مصلحة المحضون يمكن لمن صدر حكم لصالحه سواء بإسناد الحضانة له، تمديدها، أو إسقاطها عن الغير لسبب من الأسباب أن يسلك الطريق الجزائي إذا تخلف الخصم عن تنفيذ الحكم الأول باتباع أحد الدعاوى المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة حسب الحالة . أولا- الدعاوى الناتجة عن الحضانة :

1. الدعاوى المدنية دعوى إسناد

الدعاوى المدنية المتعلقة بالحضانة وهي :كل من يقتضي الأمر اللجوء إلى دعوى إسناد الحضانة في الحالات التالية: حالة الطلاق وما في حكمه من تطليق أو خلع، وحالة الوفاة أو حالة الفقدان.

أ – حالة الطلاق وما في حكمه : إذا كنا أمام دعوى طلاق بالإرادة المنفردة من الزوج ، أو حالة الطلاق بالتراضي، أو إذا رافعت الزوجة زوجها أمام القضاء طالبة تطليقها حسب إحدى حالات المادة 53 من قانون الأسرة

أو خلعها حسب المادة 67،54 من نفس القانون ؛ ففي جميع هذه الأحوال يكون موضوع الحضانة من بين المسائل الجدية التي ينظرها القاضي بمناسبة هذه الدعاوى. ذلك أنه متى تم فك رباط الزوجية لأحد الأسباب المذكورة سابقا لم يعد ثمة بقاء لبيت الزوجية وكان لزاما الفصل في أمر الولد أو الأولاد وتحت أي كنف سيعيشون ؟ مراعيا دائما في حكمه مصلحة المحضون.

وبتطبيق القواعد الشرعية الفقهية والقانونية حسب ما جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة فإن الأم دوما تكون أولى وأحق بإسناد الحضانة لها، إلا إذا وقعت تحت طائلة إحدى هذه الحالات التي تسقط عنها هذا الإمتياز والمحددة قانونا وشرعا

وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية وهو نفس المذهب الذي اعتمدته المحكمة العليا في قراراتها في ما يتعلق بمسألة إسناد الحضانة بالأخذ بمصلحة المحضون حيث درر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه (**سناء، 2015–2014 ، صفحة 19**).

ب – حالة الوفاة أو الفقدان : رأينا أن مسألة إسناد الحضانة في الحالة الأولى تكون بالتبعية لدعوى الطلاق، بينما في مثل هذه الحالة تكون دعوى إسناد الحضانة أصلية وذلك في حالة وفاة من أسندت له الحضانة أو فقدانه، فيكون من حق أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية أن يقيم دعوى أمام المحكمة يطلب فيها إسناد الحضانة له. لأن العلة في الحالتين واحدة وهي بقاء الولد المحضون دون رعاية على فرق إجرائي بينهما يتمثل في أن الأمر يحتاج أولا في حالة الفقدان إلى إصدار حكم به.

2. دعوى تمديد الحضانة الأصل أن الحضانة

نتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، والأنثى سن الزواج وفي هذه الحالة يكون للمحضون حق الاختيار في كنف أي شخص يعيش، ولا يحق لأي طرف هنا رفع دعوى للمطالبة بالحضانة .

وهذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون الأسرة :" تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه عشر سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج..."، إلا أن هذه المادة جاءت باستثناء لهذا الأصل ، عندما أضافت المادة 70: "وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى ستة عشر سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية . " إذن يستخلص من هذا النص أن الأم التي لم تتزوج ثانية هي وحدها التي تستطيع أن تتقدم أمام المحكمة بدعوى تطلب فيها تمديد حضانتها لولدها الذكر إلى غاية ستة عشر سنة من عمره ، وهذا ما من شأنه إستبعاد حالات مشاهبة رد كون الحاضن شخصا آخر غير الأم مما يتنافى مع قاعدة مصلحة المحضون. (**العليا، 1999، الصفحات 711-111**)، وقد ورد في المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة في المادة 75 مكرر : أنه يجوز لرئيس المحكمة الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع الإجراءات المؤقتة ولا سيما تلك المتعلقة بالنفقة وحضانة (**الشروق، 2004/08/09، صفحة 21**)، الأطفال والزيارة والمسكن وجاء في عرض الأسباب لهذه المادة أنها تعطي لرئيس المحكمة إمكانية الفصل على وجه السرعة.

وبموجب أمر على ذيل عريضة في المسائل المتعلقة بالنفقة وحضانة الأطفال والزيارة والمسكن وهي الأمور التي تقتضي السرعة للفصل فيها. قد يطرح إشكال يتمثل في سكوت الزوجين عن إثارة مسألة الحضانة بمناسبة دعوى طلاق، تطليق أو خلع. حيث أن قانون الأسرة في المادة 64 نص بأن على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. فهم من هذه الفقرة أن القاضي عندما ينظر في مسألة الحضانة يفصل في حق الزيارة بقوة القانون، لكن القضية تتعقد نوعا ما إذا لم يثر أي من الطرفين المتخاصمين مسألة إسناد الحضانة...؟! في هذه الحالة يجد القاضي نفسه أمام حلين:

– أن صدى لمسألة الحضانة من تلقاء نفسه، فيسندها لمن توافرت فيه الشروط الشرعية والقانونية كأن تكون الأم مثلا مع أنها لم تطالب بها يكون بذلك قد حكم بما لم يطلبه منه الخصوم .

– يصدر حكمه من دون أن يتعرض لمسألة الحضانة تقيدا بمبدأ عدم جواز الحكم بما لم يطلبه الخصوم، ويكون بالتالي قد أغفل مصلحة المحضون... ! ؟ .

ليس هناك إتجاه موحد بين القضاة في لحل هذه الإشكالية؛ فهناك من يقول بأنه ومتى سكت الزوجان بمناسبة دعوى طلاق عن إثارة مسألة الحضانة فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التطرق لهذه المسألة، لأنه ومتى لم يطالب صاحب الحق بحقه لا يجوز للقاضي أن يحكم به و إلا كان مخلا بمبدأ عدم جواز القضاء بما لم يطلب منه. وهناك فريق آخر من القضاة يرى بأن التقيد المطلق بالمبدأ الذي استند عليه الفريق الأول من شأنه المساس بمصلحة المحضون، كما أن الحضانة وإن كانت حقا فهي أيضا واجب والمحكمة مكلفة بأن تحمل صاحب الواجب واجبه و هي من النظام العام، وعلى القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، وإلا فما مصير طفل رضيع لم تطالب أمه بحضانته؟

3. دعوى إسقاط الحضانة

كلما اختلت شروط الحضانة كانت مصلحة المحضون في خطر، فيمكن أن يلجأ المعني صاحب الصفة إلى دعوى لإسقاط الحضانة. لأن سقوط الحضانة لن يكون أمرا تلقائيا بل لا بد فيه من حكم قضائي، وتكون دعوى السقوط أصلية بخلاف دعوى اسناد الحضانة التي غالبا ما تكون تبعية لدعوى طلاق . كما أن دعوى اسقاط الحضانة لن يكون لها مفعول إذا تعارضت مع مصلحة المحضون . فما هي أهم الحالات التي تؤدي إلى المطالبة باسقاط الحضانة ؟ –لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على الحالات التي يسقط فيها حق الحضانة عن صاحبه وهي:

الحالة الأولى: نصت على هذه الحالة المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل مل لم يضر بمصلحة المحضون ttp://elmouhami.weebly.com/uploads/5/3/5/2/5352585/memoire_1.pd) ، 2021) .

أ – **زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون** : في حالة زواج الأم الحاضنة بأجنبي عن المحضون يسقط حقها في الحضانة، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعد تنازلا اختياريا عن الحضانة أم غير اختياري وهل يحق لها المطالبة بها بعد طلاقها منه ؟

تنص المادة 71 من قانون الأسرة على أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري. (**العليا، قرار المحكمة العليا ملف رقم : 40483 مجلة قضائية، 1989**) (الاختياري يعد مخالفة للقانون) " يمكن إثباته (العليا، قرار المحكمة العليا ملف رقم 252308 – العدد 02 / 2001 ص 284 بتاريخ 2000/11/21أنظر قرار محكمة عليا ملف رقم : 51894 – ص 70 بتاريخ : 1988/12/19 أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم : 189234 – غ . أ . ش عدد خاص 2001 ص 175 بتاريخ 1/04/21، 2000) إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 22 من قانون الأسرة، كون مقبول وتعامل معاملة نقيض قصدها " كما جاء في قرار آخر لها أنه من المقرر قانونا أنه لا يعتد

)

http://elmouhami.weebly.com/uploads/5/3/5/2/5352585/memoire_1.p
d، 2021)) بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون -يثبت التنازل عن الحضانة عن طريق المحكمة بموجب حكم. هل يكتسب هذا الحكم حجية الشيء المقضي به ؟ وهل تأخذ المحكمة بهذه لحجية وبسبق الفصل وتهدر بذلك مصلحة المحضون ؟ أم أنها ستأخذ هذه المصلحة بعين الاعتبار ولو كان ذلك على حساب الحجية؟ جاء في قرار صدر عن غرفة الأحوال الشخصية لمجلس قضاء المدية أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع عنها.

لأنها تخص حالة الأشخاص ومصلحتهم وأن تنازل الأم نهائيا لا يمنع من إعادة إسناد الحضانة إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك، وبما أن المحضونة تعد في سن جد حساسة ومصلحتها تقتضي فعلا أن تكون مع والدتها.

وهو عين ما توخته أحكام المادة 62 وما يليها من قانون الأسرة (ttp://elmouhami.weebly.com/uploads/5/3/5/2/5352585/memoire_1.pd
، 2021) لكن كيف يكون الحل إذا كانت الأم التي ستجبر على الحضانة لا تتوفر فيها الشروط القانونية؟ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن مبدأ مراعاة مصلحة المحضون الذي شدد عليه قانون الأسرة يسمح لنا بأن نزعم أنه يجب في مثل هذه الحالة على المحكمة (**سعد، 1989، صفحة 295**) التي تقضي بإجبار الأم حتى ولو كانت تنقصها الشروط (**عليا، 1985**)، هذه الأحكام لا تكون عنوانا على الحقيقة إلا ما دامت تحقق مصلحة

المحضون، وأنه يمكن تعديلها أو إلغائها متى تغيرت تلك المصلحة، وبالتالي فإن الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناءاً على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانته أمه الحالة الثانية: نصت المادة 68 من قانون الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر .كما نصت المادة 70 من نفس القانون أن هذا الحق يسقط عن الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضوا مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم .

أ – سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر : تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب هبا من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر .

ب – سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة .

أ – سقوط الحضانة عند إختلال شروطها : إذا إختلت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم إتصلت بالإلتزامات المتعلقة بالحضانة. ونصت على هذه الحالة المادة67 من قانون الأسرة أي التربية والرعاية الصحية والخلقية.

ب – سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي : المسألة هنا جوازية للقاضي، والأمر يرجع إلى سلطته التقديرية في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه. ومن هنا فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي ttp://elmouhami.weebly.com/uploads/5/3/5/2/5352585/memoire_1.pd) ، 2021) انطلاقا من قناعته، ومصلحة المحضون. وأن الحضانة لا يجوز تجزئتها بدون مبرر شرعي ومنه نستنتج في الأخير أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة وإنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون والقواعد الشرعية بذلك، بقي له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة هبا أو فقد شرطا من شروطها وجب إسقاطها عليه، ونود أن نشير إلى إجراءات رفع دعوى إسناد أو تمديد أو إسقاط الحضانة : فلا بد أن تتوفر في المدعي الصفة والمصلحة والأهلية كمبدأ عام، وصاحب صفة كل شخص مذكور في المادة 64 من قانون الأسرة، أما المصلحة الوحيدة التي يجب أن ترعى هي مصلحة المحضون و يكون الاختصاص لمحكمة مكان ممارسة الحضانة، وللقاضي أثناء سير الدعوى أن يقوم بكل التحقيقات التي تساعده في تكوين قناعته بالإضافة إلى الأسباب التي يستند عليها

المدعي في دعوى الإسقاط، مع الإشارة أنه لا يجوز لأحد أن يطلب إسقاط الحضانة على الغير من أجل طلب الحكم بإسنادها إلى الغير (ttp://elmouhami.weebly.com/uploads/5/3/5/2/5352585/memoire_1.pd ، 2021).

4. الجرائم المتعلقة بمخالفة أحكام الحضانة تكريسا و تدعيما لمبدأ حماية مصلحة المحضون نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم تتعلق بمخالفة أحكام الحضانة واشتملت على مؤيدات لضمان احترام هذه لأحكام، وتعد أداة فعالة ,لكلام عن جريمة عدم تسليم المحضون إلى حاضنه وأهم صور هذه الجريمة مثل: جريمة خطف الطفل المحضون من حاضنته، وجريمة الإمتناع عن تنفيذ حكم الزيارة.

المطلب الثاني: النظام القانوني للولاية

الفرع الأول: تعريف الولي

الولي في المعنى اللغوي: هو كل من ولى أمرا أو قام به، كما تطلق على النصير والمحب والصديق، وهو ضد العدو، والولاية بالكسر: الإمارة والسلطان، والبلاد التي تسلط عليها الولي، والولاية بالفتح والكسر النصرة والقرابة (**لفيروز أبادي، صفحة 404**).

أما **الولى اصطلاحا:** في تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد (**بلحاج، 1999، صفحة 6**).ويقصد بالغير هنا هو الشخص الذي يكون بحاجة إلى رعاية وإشراف كالقاصر والمجنون والمعتوه، وهناك من يعرف الولي على أنه كل من يملك سلطة شرعية تمكنه من التصرف في شؤون غيره شاء أم أبى (**سعد، 1989، صفحة 281**).

ومن الفقهاء من يقول أن الولاية سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب أثارها عليها دون التوقف على إجازة أحد، فإذا كانت السلطة متعلقة بشأن من شؤون العاقد كتزويجه لنفسه وبيعه ماله كانت ولاية أصلية قاصرة.

وإذا كانت متعلقة بشأن من شؤون غيره – كأن يزوج ابنته أو يتصرف في مال ولده – كانت ولاية متعدية (**الغندور، 1981، صفحة 145**).

تقسم الولاية المتعدية إلى ولاية عامة وولاية خاصة، فأما العامة كولاية السلطان والقاضي (2005، م 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 ، قانون الأسرة ، عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984 ، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في الموافق 27 فبراير سنة 2005 الموافق 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005) ، وأما الخاصة فتقسم إلى قسمين ولاية على المال وهي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، وولاية على النفس، كما تتنوع الولاية على النفس إلى نوعين ولاية اختيار وهي التي تثبت على البالغ العاقل أي على المكلف وتسعى ولاية ندب واستحباب، وولاية إجبار وهي التي تثبت على غير المكلف- أي على القاصر. لصغر سنه وهي التي تعنينا في هذا الموضوع في ولاية الإجبار، إذ تقيت للقاصر الذي يحتاج إلى تنفيذ القول عليه رضي أم لم يرض بذلك.

الفرع الثاني: شروط الولي وواجباته

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد أن مشرعنا لم يتناول شروط الولاية بخلاف أحكام الوصاية (2005، م 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 ، عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 ، قانون الأسرة ، عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984 ، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02 ، مؤرخ في الموافق 27 فبراير سنة 2005 الموافق 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005)، التي اشترطت في الوصي الإسلام والعقل بالإضافة إلى القدرة وحسن التصرف ولا فرق بين الولاية والوصاية، ذلك أن أصل القانون المذكور هو الفقه الإسلامي، ضف إلى ذلك ما ورد في المادة 222 من قانون الأسرة سالفة البيان والتي تحيلنا إلى أحكام .

– أن يكون الولى بالغا: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الولي أن يكون بالغاء ومن ثم لا تثبت الولاية للصغير لأنه لا ولاية له على نفسه، فلا يكون له ولاية على غيره القصور عقله، ولأنه لا يمكنه إدراك مصلحة نفسه فلا يتمكن من تحقيق مصلحة غيره (**رشد، 1988، صفحة 12**) .

– أن يكون الولي عاقلا: اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الولي أن يكون عاقلا لأن الولاية تثبت للنظر في شؤون المولى عليه لعجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي أمر نفسه فغيره أولى، وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل، ومن ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ الهرم، والجنون الذي يمنع ثبوت الولاية هو الجنون المطبق، فإنه يزيل الولاية زوالا تاما حتى

يتم شفاؤه، أما من كان جنونه منقطعا فإن ولايته لا تزول، غير أن العقد الذي يبرمه حال جنونه لا يثبت موجبه لكونه صادرا ممن لا عقل له، وكذلك الحال بالنسبة للإغماء والسكر بلا تعد كالمخدر و المصروع فإن الولاية لا تزول بأي من هذه الأسباب لأن المغمى عليه ومن كان على شاكلته سرعان ما يفيق، فشأنه في ذلك شأن النائم (**الدسوقي، صفحة 230**).

– أن يكون الولي مسلما: يجمع الفقهاء (**الدسوقي، صفحة 230**) على أنه يشترط في الولي أن يكون مسلما إذا كان المولى عليه مسلما وذلك لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين بيلا (الكريم، القران الكريم) ، أما إذا لم يكن المولى عليه مسلما فلا يشترط أن يكون الولي مسلما لأن الكافر يلي أمرا الكافر، ولأن الولاية تتبع الميراث وثبوت الميراث شرطة اتحاد الدين، ولكن يجوز للسلطان ولي الأمر أن يزوج نساء أهل الذمة لأن ولايته عامة تشمل المسلمين وأهل الذمة. (**الآكشة،، 2009، صفحة 203**)

– أن يكون الولي حرا: اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الولي أن يكون حرا، وعلى ذلك فلا تثبت الولاية للعبد لأنه لا ولاية له على نفسه فلا يكون له ولاية على غيره.

– يكون الولي قادرا على حفظ المولى عليه وصيانته: فإذا كان الولي ضعيفا الكبر أو مرض فلا يمكنه المحافظة على غيره ورعايته بل كان يحتاج هو إلى من يرعاه ويحافظ عليه فإنه لا يثبت له الولاية على الأقل فيما يتعلق بالحفظ والرعاية لضعفه ولفقده المقومات تلك الولاية (**زهرة، 1996، صفحة 114**).

وبالإضافة إلى هائنه الشروط هناك من يشترط أن يكون الولي عدلا، ويقصد بالعدل الاستقامة على طريق الحق باجتناب عما هو محظور دينا، والراجح في هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من خلال عدم اشتراط أن يكون الولي عدلا (**الآكشة،، 2009، الصفحات 18–206**).

هائه في أهم الشروط التي اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية في شخص الولي لكي تثبت له الولاية ويكون قادرا على حفظ المولى القاصر المولى عليه ويستوي الأمر سواء أكان الولي أبا أم أما .

ثانيا : واجبات الولي إن الولاية

التي تقوم على الأم مصدرها السلطة الأبوية التي يمارسها على أولاده القصر التي بموجبها يقوم برعايتهم، وحفظهم، فالطفل في صغره يحتاج إلى من يقوم بالتكفل به وتربيته، وتعليمه،

وتهذيبه، كما يحتاج إلى من يقوم بحفظه وصيانته من كل ما من شأنه الإضرار به، نظرا لعدم قدرته على التمييز بين ما ينفعه وما يضره، والطفل في بداية نشأته ينشأ ضعيفا، وتولد في نفسه رغبة تدفعه إلى طاعة من يوجهه ويرشده.

فيعيش في كنفه وتحت سلطته وإمارته، فإذا لم يجد من يوجهه ويسيره نشأ حائرة قلقا وسرعان ما يكون مصيره الانحراف وإتباع السلوك الغير قويم، لذا فدور الولي هام في الشريعة الإسلامية حالة خلو النص القانوني ومنه فيشترط في الولي الشروط التالية:

استقامة شخصية ابنه القاصر، وذلك لما يقع على عاتقه من مهام ينبغي عليه القيام بها، والتي من شأنها أن تصلح من أمر القاصر دينا وعقلا وسلوكا.

فينبغي على الولي أن يقوم بتربية المولى عليه (الأبناء القصر) على الأخلاق الفاضلة وحسن تأديبهم وتربيتهم على ضبط النفس وبث روح الإيثار، وكذا على الولي أن يقوم بالحفاظ على أبنائه القصر وصيانتهم من كل ما يؤدي إلى الإضرار بأنفسهم، ومنعهم من إلحاق الأذى بالآخرين، وذلك يدخل ضمن تأديبهم وتهذيبهم وتعويدهم عدم الاعتداء على الغير، ومن ثم فعليه أن يغرس في أنفسهم حب الناس والعمل بالمعروف والنهي عن المنكر.

وعلى ذلك إذا قصر الأولياء – لا سيما الأم حالة ولايتها – في حفظ أبنائها القصر وصيانتهم عن كل ما من شأنه الإضرار بالغير، فإن تبعة الإهمال والتقصير تقع على عاتقها.

هذا وتنتهي وظيفة الولي سواء أكان أبا أم أما بعجزه عن القيام برعاية ورقابة ابنه، وكذا بالحجر عليه حال إصابته بعارض أو مانع في أهليته مما يخل بتدبيره للأمور كجنون أو عنه أو سفه، بالإضافة إلى موته أو إسقاط الولاية عنها (2005، م 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، قانون الأسرة ، عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02، مؤرخ في الموافق 27 فبراير سنة 2005 الموافق 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005)كما هو الحال بالنسبة لحالة زواج الأم الحاضنة صاحبة الولاية.

المبحث الثاني : انتقال الولاية إلى الأم

المطلب الأول : ولاية الأم

ولاية الأم جاء في نص المادة 134 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري أنه :" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار"

ومنه فقد عمد مشرعنا إلى تحليل الالتزام بالرقابة فيبن علته ومصدره، فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية وهذا بشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما بقي الابن محتاجا إلى الرقابة، أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نص القانون إذ أحكام قانون الأسرة لاسيما المادة 87 منه تلقي عبئ الرقابة على الأب أو الأم أو الوصي على حسب الأحوال، وبذلك نجد أن قانون الأسرة الجزائري هو الذي يسند على عاتق الأم . حالة ولايتها – إلزام برعاية ورقابة اينها بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية.

وبعبارة أخرى نجد أن القانون هو الذي يلزم الولي برعاية ورقابة القاصر بسبب صغر سنه، والمقصود بالولي هنا هو الولي عن النفس ذلك أن رعاية القاصر ومراقبته والمحافظة عليه تدخل في إطار الولاية على النفس ولا شأن لها بالولاية عن المال. الولي لا ينحصر في الأب فحسب وإنما قد تكون الأم كذلك، وهذا ما تضمنته المادة 87 من قانون الأسرة السالفة الذكر.

فالأم تحل محل الأب قانونا في الولاية على أولادها القصر شريطة أن يكون ذلك بعد وفاته، فتتولى الأم السلطة الأبوية بكل أبعادها وتوابعها من حسن القيام بشؤون الأولاد، والسهر على تربيتهم ورعايتهم وحفظهم، ومن ثم فهي تسأل عن الأضرار التي يحدثها أبنائها القصر بعملهم غير المشروع (2005، م 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 ، قانون الأسرة ، عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984 ، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05-02 ، مؤرخ في الموافق 27 فبراير سنة 2005 الموافق 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005). وباعتبار دراستنا تتعلق بكون الذي يمارس الولاية هي الأم سواء حالة وفاة الزوج أو حالة الطلاق مع اسناد الحضانة لها، فإننا سنبين معنى ولاية الأم وأحكامها لا سيما الشروط والواجبات والتي لا يختلف فيها الأمر كون الولاية للأب أم للأم.

بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري لاسيما قانون الأسرة في المادة 87 وما بعدها نجد أن مشرعنا فقد منح الولاية للأب وبعد وفاته تحل محله الأم، ولم يعرف الولاية ولا أحكامها، ففانون الأسرة الجزائري لم ينظم الولاية على النفس ، وهذا بخلاف التشريع المصري الذي نظم أحكام الولاية عن النفس وحدد مراتب الأولياء، فنصت المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية الخاص بالولاية على النفس رقم 118 لسنة 1952 على أنه "يقصد بالولي في تطبيق أحكام القانون، الأب والجد والأم والوصي وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص".

ووفقا لنص هذه المادة نجد أن القانون المصري كان أكثر وضوحا في ترتيب مراتب الأولياء، فنجد أن الولاية على النفس هي في الأصل للأب فإن لم يوجد الأب بأن كان قد توفي أو سلبت منه الولاية، فإن الولاية تنتقل بعد ذلك إلى الجد للأب، فإذا لم يوجد الجد أو كان قد سلبت منه الولاية انتقلت الولاية إلى الأم، فإذا لم توجد الأم أو كانت قد سلبت ولايتها انتقلت الولاية إلى الوصي وعلى كل فانه وتطبيقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ترجع في هذا الشأن إلى أحكام الشريعة الإسلامية لنستفي أحكام هاته الولاية وشروطها.

وأحكام الولاية نصت المادة 87 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

إذن فالأب هو الولي الطبيعي على نفس اينه القاصر وتحل الأم محله في أحوال معينة، ومن ثم تتمتع بسلطة أبوية عليه تخولها الحق في حفظه ورعايته وتهذيبه ومراقبة سلوكه، فإذا ارتكب الابن القاصر عملا غير مشروع ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير كانت الأم بحكم ولايها القانونية مسؤولة عن تعويض الغير عما لحقه من ضرر بسبب فعل ابها القاصير، لذلك نجد أن ولاية الأم على نفس أبنائها القصر تعد حقا وواجبا في نفس الوقت، في حق إذ تخولها الحق في حفظهم ورعايتهم، وواجب إذ تلزمها بمراقبتهم ومنعهم من الأضرار بالغيره .كما أن التزام الأم برفابة ابنها القاصرتعد مظهرا من مظاهر الولاية على النفس ونتيجة من نتائجها، ولذلك نجد أنه من المتفق عليه فقها وقضاء وقانونا أن الأم من الأشخاص الذين فرض عليهم القانون واجب الالتزام برعاية ورقابة أبنائهم القصر.

المطلب الثاني: انتقال الولاية

اتفاقا- فبالرجوع إلى أحكام المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص على أنه" 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"

وبمقتضى هاته المادة لاسيما في فقرتها الأولى فإن الآباء ملزمون قانونا بحكم ولا يهم برقابة ورعاية أبنائهم طالما كانوا على قيد الحياة، ومن ثم يسألون عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيها أبنائهم القصر، في حين تنتقل الولاية على القاصر إلى الأم بعد وفاة الأب، فنكون بذلك ملزمة برعاينه ورقابته، وعليه فتسأل عن الأفعال الضارة التي بحدها أبنائها القصر.

وفي هذا الصدد لنا أن نتساءل عن حالة وجوب الرقابة على الأب ولكنه لا يستطيع ممارستها على أبناءه إما لجنون

أو عنه أو لحالة مرضية يستحيل معها رعاية ورقابة الأبناء وبرى هنا الدكتور علي علي سليمان أنه في هذه الحالة يعتبر الأب وكأنه غير موجود ومنه فالرقابة تنتقل من الأب إلى الأم، ونوافق الدكتور في ذلك إذ الأب المصاب بالجنون

أو العنه أو الحالة المرضية يكون هو الأولى بالرعاية والرقابة ولا يمكن إلزامه بشيء يفتقده ففاقد الشيء لا يعطيه وعليه نرى إلحاق هاته الحالات الوفاة وإسناد رقابة الأبناء إلى أمهم .

هذا وقد نصت المادة 87 في فقرتها الثانية على ما مفاده أن غياب الأب أو حصول مانع له – كأن يكون مهاجرا.

أو في الخدمة الوطنية – هذا لا يمنع من ولايته ويبقى ملزما برفابته ورعايته الفائوئية ولا تنتقل الرقابة إلى الأم وإنما يكون لها التكفل بالأمور المستعجلة للأولاد كأمور الدراسة أو الصحة وغيرها (القادر، سنة 2019، الصفحات 1152-1135).

أما الفقرة الثالثة من المادة 87 السالفة الذكر فتطرقت إلى حالة الطلاق حيث أن الولاية تعطى لمن أسندت له حضانة الأولاد ، ومنه فإذا أسندت الحضانة إلى الأم وهو الوضع الغالب " (2005، م 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، قانون الأسرة، عام 1404 الموافق 12 يونيو سنة 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم

05-02، مؤرخ في الموافق 27 فبراير سنة 2005 الموافق 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005) فتعتبر وليا عن أبنائها القصر فتلزم برقابة أولادها من خلال رعايتهم وتعليمهم والقيام بتربيتهم على دين أبيهم والسهر على حمايتهم وحفظهم صحيا وخلقيا" ، ومن ثم فتسأل عن الأفعال غير المشروعة التي يأتيها أبنائها القصر.

وفي هذا المقام هناك من يرى أن إسناد الحضانة للأم مع تقرير حق الزيارة للأب من شأنه أن يقيم مسؤولية الأب حالة وقوع الفعل الضار من الابن القاصر أثناء تواجده لدى أبيه، إذ حق الزيارة كاف لقيام واجب الرقابة عليه (حنفي، السنة 1994 -العدد الثالث ، صفحة 603).

ومنه تثار صعوبات بالنسبة للأوضاع التي لا يعتد بها قانون الأسرة كحالة التبني وحالة الامهات العازبات.

وفي هذا الشأن نقول أن الأباء المكلفين بالرقابة بمقتضى قانون الأسرة الجزائري المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية هم الآباء الشرعيين والثيني وحالات الأمهات العازبات أوضاع حرمها الشرع ولم يعتد بها قانون الأسرة، ومن ثم لا يعقل أن يسأل شخص عن فعل غيره دون أن يكون مكلفا قانونا أو اتفاقا، ومنه فالآباء بالتبني أو الأباء الطبيعيين غير ملزمين بتعويض الأضرار التي يتسبب فيها الأبناء القصر، هذا ناهيك عن ما سبق ذكره باعتبار الشريعة الإسلامية لا تقر إلا بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية دون أفعال الغير.

أما التشريع المصري فقد اختلف في هذا الصدد والتشريع الجزائري إذا اعتبر الأب الولي الطبيعي على نفس أبنائه القصر وذلك لما له من سلطة أبوية تخوله الحق في حفظه ورعايته وتهذيبه ومراقبة سلوكه.

فإذا ارتكب الابن القاصر عملا غير مشروع ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير كان الأب مسؤولا عن تعويض الغير عما لحقه من ضرر، أما حالة الطلاق فذهب الفقه القانوني . ,(**N**)) (**1986, p. 102**.أنه إذا انفصل الزوجان وكان الابن القاصر في سن الحضانة فإن حضانته تكون للأم، وتكون الولاية على النفس للأب فيكون على الحاضنة الرعاية والقيام على شؤون القاصر الحيوية من مأكل ومليس وإيواء وعلى الولي على النفس – وهو الأب – العناية بالتهذيب والإصلاح والحماية والإنفاق فيمكن الحاضنة مما نحتاج إليه من مال (**حسني، السنة الثامنة 1982**،

صفحة 454)، أي أن وجود القاصر في حضانة أمه – مدة الحضانة – لا يغل يد الأب عنه، ولا يحد من ولايته الشرعية عليه إذ الأب هو الولي على نفس ابنه القاصر، ومن ثم فهو يلتزم برقابته ورعايته وتدبير أموره وولايته عليه كاملة، وإنما يد الحاضنة للحفظ والتربية ولقيام بالضروريات التي لا تحتمل التأخير كالعلاج والإلتحاق بالمدارس وغيرها وعلى ذلك فالأب هو المسؤول عن الضرر الذي يصيب القير يفعل أبتاهه النصر، وعليه فالحضانة لا تؤثر في ولاية الي على ابنته القاصر ولا تحد منها سواء كانت العلاقة الزوجية قائمة أو انفكت بالطلاق.

باستقراء نص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تتضمن ولاية الأب على أبناءه القصر، وتحل الأم محله بعد وفاته، ومنه يمكن القول في هذا الصدد وكما سبق الإشارة إليه أن الولاية على نفس القاصر تتضمن وجوبا رعايته وتربته ورقابته بالإضافة إلى حفظه وصيانته، وهذا لا يتأتي إلاّ بمساكنة الأبناء القصر لوليهم . ولكن لا يقصد بالمساكنة هنا المساكية المادية التي قوامها المشاركة شبه الدائمة لمقر الإقامة. ولكن يقصد بالمساكنة كشرط لقيام مسؤولية الأمهات في المسافة المرتبطة بمضمون الرقابة المفروضة قانونا على الأولياء بالمعنى المعنوي للمساكنة من خلال فترة الحياة المشتركة وهذا المعنى بكفي إثبات وجود عادات الالتقاء دون أن يكون هناك بالضرورة مشاركة بالسكن الواحد.

ومن ثم فإذا غاب الولي فإن هذا لا يؤثر على مركزه القانوني كرئيس لأسرة والولي عها ويتحمل مسؤولية ما يتسبب فيه أبناء القصر عن ضرر للغير ولا يمكنه التذرع بحجة عدم مساكنة الأولاد القصر.

خاتمة:

يقصد بالولاية على النفس، الولاية التي تجعل للولي القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه كالتربية والتعليم والتزويج، وهي تثبت للأب وبعد وفاته تنتقل إلى الأم، وفي حالة الطلاق تعطى لمن يمنح له القاضي الحضانة وأوجه الشبه والإختلاف بين الحضانة والولاية على النفس كما يلي :

_أوجه التشابه بين الحضانة والولاية على النفس: إذا أوجد الفقه فروقات بين الحضانة والولاية على النفس، فإنه لن يعثر عليها بلا شك في الهدف الذي أسس كل منهما لأجله، ألا وهو مصلحة الطفل، لأن حماية الطفل من الضياع ورعاية مصالحه هو سبب قيام كل من الحضانة

والولاية على النفس، وهذا ما يدعو إلى القول بأنهما من النظام العام. إذا كان هذا هو التشابه المشترك، فإن الإختلافات كثيرة ومتعددة الأوجه.

_ أوجه الإختلاف بين الحضانة والولاية على النفس :

_ من حيث مصدرهما: يشهد الفقهاء العرب وكذا الفقه الفرنسي أن الشريعة الإسلامية تمتاز عن غيرها من الشرائع والقوانين أن لها سابقة في تأسيس الحضانة، أي أنها مؤسسة إسلامية النشأة، على خلاف الولاية على النفس فهي مؤسسة القانون المدني والأسري.

_ من حيث موضوعهما: إن الحدود الفاصلة بين الحضانة والولاية على النفس رغم صعوبة تطويقها ترتسم في موضوع كل منهما، فالحضانة تحمل معنى جسديا عاطفيا محضا، لذلك كيفها البعض على أنها وظيفة بيولوجية غذائية وأنها ولاية عاطفية، أي ترمي إلى الحماية الجسدية للطفل، وتلبية حاجياته كحفظه وإمساكه ومنحه الطعام وتنظيف جسمه وغسل ثيابه، فضلا عن العناية الرؤوفة به، كضمه إلى الصدر، في حين أن الولاية على النفس تشمل التربية بمعناها الواسع، حيث لا تمتد مشمولات الحضانة إليها فهي تقتصر على تنشئته وحراسته وحسب، لذلك يجب أن نفرق بين التنشئة التي تخص الحضانة، والتربية التي تتعلق بالولاية على النفس.

_ **من حيث سن الطفل**: تمارس الحضانة على الطفل في المرحلة الأولى من حياته، أي منذ ولادته وفي طفولته، ومن ثم فإن سن المحضون أصغر من سن الطفل الذي تمارس عليه الولاية على النفس شرعا

_ **من حيث شرط وحدة الدين**: يشترط في الولاية على النفس أن يكون الولي على دين المولى عليه، أما في الحضانة فلا يتوجب أن تكون الحاضنة متحدة الدين مع المحضون إذا كانت أنثى

_ **من حيث مدة إنتهائهما**: تنتهي الولاية ببلوغ الطفل سن الرشد في حين الحضانة تنتهي، ببلوغ الذكر 10 سنوات مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشر سنة، أما البنت فببلوغها سن الزواج .

من حيث أصحابها: الولاية على النفس من احتكار الرجال، فهي تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث، في حين الحضانة تسند للأم، ثم الأب، ثم أم الأم، ثم أم

الأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون، وهذا حسب ما جاء به قانون الأسرة الجزائري.

يمكن القول أن للقاضي الدور الرئيسي في مسألة الحضانة، من خلال التكامل ما بين ما سنه المشرع من جهة من خلال النصوص القانونية المنظمة للحضانة والسلطة التقديرية للقاضي من جهة أخري في سعيه لاجتهاد في تطبيقها أحسن تطبيق، مراعيا في ذلك مصلحة الطفل المحضون. ولعل دوره في هذا الشأن صعب نظرا لأن مفهوم المصلحة مرن يتغير بتغير الظروف والزمان والمكان مما يستوجب الإستعانة بأهل الخبرة في المجال الإجتماعي والنفسي. بحيث تكون حماية الطفل منسجمة ما بين النصوص القانونية المنظمة للحضانة والواقع القضائي الفاصل في مسألة الحضانة.

لقد كانت الشريعة الإسلامية على حق وستظل على حق حين قضت بمسؤولية الولد في ماله الخاص ولو كان غير مميز عن أفعاله الشخصية، ولم تثقل عاتق والديه بهاته المسؤولية، ولذا ف كنا نرى أن السير على هدى شريعتنا الغراء أو قصر مسؤولية الأمهات عن الصبي غير المميز إذ لم تكن له أموال مستقلة.

ضرورة العلم بأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وفقه الواقع من طرف فقهاء القانون والقضاة في مجال الحضانة وشؤون الأسرة عموما، حتى تقوم إجتهاداتهم على أساس الموازنة بين ما يجب تحقيقه من المصالح وما يجب درؤه من المفاسد، وبذلك تكو ن لهم القدرة والكفاءة العلمية التي تؤهلهم للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وإنتقاء الأحكام المناسبة عند عدم وجود نص في قانون الأسرة الجزائري عملا بنص المادة 222 منه.

قائمة المراجع:

الكتب :

1. القرآن الكريم.
2. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، دار النقاش، بيروت، 1981.
3. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، ج2، لبنان، 1988.
4. أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، ط1996 .
5. بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، د . م . ج ،1999 .

6. جمال مهدي محمود الآكشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.

7. محمد لفيروز أبادي، القاموس المحيط، فصل الواو باب الواو والياء، مختار الصحاح، الرازي، ج4، مكتبة لبنان، 1986 .

8. صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، 1976 .

9. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البحث، قسنطينة، 1989.

شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج2، بدون طبعة .

10. TERKI. (N)- les obligation responsabilite civil . opu . 1986

مذكرة ماجستير:

1. حسيني عزيزة، الحضانة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

2. عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الشهيد حمّة لخضر، الوادي،2014-2015.

مقالات :

1. حمر العين عبد القادر ،ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر، مجالة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2 سنة 2019، ص -1152 1135

2. محمد فؤاد حسني، مسؤولية الآباء والأمهات والقامة والأوصياء عن أعمال الصبي، مجلة المحاماة ،العدد الرابع والخامس، السنة الثامنة، 1928.

3. لويزة حنفي ،المسؤولية المدنية للأب والأم عن أفعال أولادهم القصر– حالة الطلاق – المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية – السنة 1994 -العدد الثالث – ص 603 وما بعدها.

المواقع الالكترونية :

1. http://elmouhami.weebly.com/uploads/5/3/5/2/5352585/memoire_1.pdf تاريخ الاطلاع 2021/11/18 الساعة 24: 9 مساءا

القوانين :

-القانون(24/11)المؤرخ في09 رمضان 1404هـ، الموافق لـ :09يونيوسنة1924 المتضمن قانون الأسرة

الجزائري، المعدل والمتمم بألمر رقم (05/02)المؤرخ في21 فبراير2005، صادر بالجريدة الرسمية عدد (15)،المؤرخة بتاريخ 21/02/2005.

مجلات قضائية:

نشرة القضاة – عدد 52 ص 111- 712

نشرة القضاة - عدد 51 ص 92 بتاريخ 1994/04/19

مجلة قضائية سنة 1989 الجزء الثاني ص 75 بتاريخ – 1986/05/05

المجلة القضائية – العدد 02 / 2001 ص 284 بتاريخ 11/21/

مجلة قضائية عدد 01/ 1999 بتاريخ : 1984/07/09

مجلة قضائية عدد 03 / 1993 ص 53

نشرة القضاة عدد 44 ص 157 بتاريخ : 1985/12/02.

المشروع التمهيدي لقانون الأسرة – جريدة الشروق ص 05 – 2004/08/09 العدد 1148ص721 .