

جامعة عمار ثليجي - الأغواط -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق في ضوء تعديل المادة 134 من القانون المدني الجزائري

مذكرة تخرج في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية

إشراف الدكتور:

عمر بن الزوبير

إعداد الطالبتين:

خنفوسي بهية

بن الزوبير فريحة

لجنة المناقشة:

رئيساً	عطاء الله غريبي	الدكتور
مشرفاً ومقرراً	عمر بن الزوبير	الدكتور:
عضواً مناقها	راضية عيمور	الدكتورة:

2019-2018



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر و محرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية و هادي الإنسانية
وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.
الشكر لله عز وجل الذي أثار لنا دربنا وفتح علينا أبواب العلم و أمدنا بالصبر و
الارادة.

الشكر و التقدير إلى الأستاذ الفاضل الدكتور بن الزوير عمر، و الذي شرفنا
بقبوله الإشراف على هذه المذكرة، و نسأل الله العلي العظيم أن ينعم عليه
بالصحة و العافية ، وبارك الله في دينه ، علمه و صحته و جعله الله نبراس علم
تستضيء به الأجيال ، ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتقدم بالشكر و التقدير
لكل أساتذة قسم الحقوق .

وبوجه خاص نشكر جميع الأساتذة المشرفين على تخصص عقود و مسؤولية .
وأخيرا لا نملك إلا الدعاء و حسن التقدير لكل من مد لنا يد العون جزاهم الله
كل خير .

الاهداء

أهدي عملي هذا إلى فخري واعتزازي، إلى من كانا و سيظلان سر نجاحي إلى أجل كلمة في الوجود أمي و أبي رعاها الله و حفظها لي من كل سوء وأدام عليهما الصحة و العافية .

إلى أخواتي و أولادهم و إلى أختي واولادها و إلى صديقتي سلسبيل و داد و بركاهم و إلى من رافقتني في إنجاز هاذة المذكرة اختي فريجة دون أن أنسى صديقتي العزيزات ليليا و حميدة

بهية





أهدي ثمرة هذا البحث الى:

روح أبي رحمه الله

و إلى أمي ورفيقة دربي أطال الله عمرها .

والي أخي وقدوتي في الحياة بن الزوبير عمر .

الي جميع أخوتي وأخواتي كل باسمه الي زوجات إخوتي كل باسمها

الي أحفاد العائلة رامي ، دارين ، نور الدين ، إسراء ، محمد ، فرح ،

عائشة ، صفية ، والتوأم محمد وسبا .

كما أخص بالشكر زميلتي وأختي والتي رافقتني طيلة فترة انجاز هذا

البحث بهمة .

الي جميع أساتذتي الكرام و جميع صديقاتي دون استثناء .

فريجة



المقدمة

المقدمة

إذا كانت القاعدة العامة تقضي أنه عندما يرتكب شخص بخطئه فعلا سبب به ضرر للغير يلتزم بالتعويض عنه، لأنه مسؤول عن أفعاله الشخصية، إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة وهو أن الشخص قد يسأل عن أفعال غيره، فتقوم مسؤوليته ويتحمل التعويض، كما هو الحال بالنسبة لمتولي الرقابة لوجود التزام بالرقابة.

ومن بين أهم صور وتطبيقات مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية الأب والأم عن الأفعال الضارة التي يأتيها الأبناء المحضونين، فالأب والأم مسؤولان عن أفعال أولادهما الضارة بالغير، لوجود التزام قانوني يتمثل في السلطة الأبوية، فهما ملزمان بتربية و رعاية أولادهما في حال قيام العلاقة الزوجية بينهما ويكون الآباء وحدهم مسؤولون عن أفعال أولادهم بصفتهم متولي الرقابة، إذا أحدث ولدهم المحضون ضررا بالغير، فتقوم مسؤوليتهم وتكونوا ملزمين بتعويض المضرور، وهذا ما نصت عليه المادة 134 من القانون المدني الجزائري¹ بنصها: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو اثبت الضرر كان لا بدّ من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ".

والأصل في الفقه الإسلامي هو أن الإنسان مسؤول عن نتائج أفعاله الشخصية وقد أحكمت النصوص القرآنية بيان هذا الأصل في محكم الآيات التالية في أكثر من موضع مثل:

قوله تعالى (ولا تزرر وازرة وزر أخرى)².

وقوله سبحانه وتعالى (كل نفس بما كسبت رهينة)³.

وقوله عز وجل (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت)⁴.

وقوله أيضا (تلك أمة قد خلت لها ما كسبت ولكم ما كسبتم ولا تسألون عما كانوا يعملون)⁵.

¹- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.

²- سورة فاطر، الآية 18.

³- سورة المدثر، الآية 38.

⁴- سورة البقرة، الآية 286.

⁵- سورة البقرة، الآية 134.

وتظهر أهمية موضوع المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق من خلال تركيز عملية البحث في ضوء التعديل الذي مسّ مسؤولية متولي الرقابة، حيث عمد المشرع المدني الجزائري في القانون 05-10⁶ إلى إدخال تعديلات هامة على نص المادة 134 ، كما عدّل نصوص أخرى وثيقة الصلة بها، كالمواد 125 و 137، بالإضافة إلى الغائه لنص المادة 135.

فكل هذه التعديلات التي طرأت على النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية متولي الرقابة كان لها الأثر البالغ على مسؤولية متولي الرقابة عموماً، وبالضرورة كان لها انعكاس وأثر على مسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق موضوع بحثنا.

ويمكن رد الأسباب التي أدت بنا إلى اختيار موضوع هذه المذكرة إلى مجموعة من الأسباب الذاتية والموضوعية معاً، ومن أهم الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع :

1- نقص الدراسات حول الموضوع خاصة على إثر التعديل الذي مسّ النصوص الخاصة بمسؤولية متولي الرقابة.

2- الرغبة في الإسهام ولو بالشيء القليل في إثراء هذا الموضوع والذي نعتقد أنه لم يأخذ حقه ونصيبه من الدراسة.

3- التزايد المذهل لظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، والتي تنشأ بسببها منازعات لا حصر لها، ومن بينها المنازعات التي تعرض على المحاكم والتي تتعلق بتحديد المسؤول المدني والملتزم بالتعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها المحضون للغير سواء أما القضاء الجزائي أو القضاء المدني.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا في إعداد بحثنا هذا هي قلة إن لم نقل انعدام مراجع متخصصة حول الموضوع ، حيث لا توج تقريباً مذكرات أو رسائل أكاديمية أو مؤلفات جزائية تتكلم عن مسؤولية الأبناء عن الأبناء بصفتهم متولي الرقابة ، وذلك رغم وجود مراجع متعددة ومتنوعة تتكلم عن المسؤولية التقصيرية خاصة المسؤولية عن الفعل الشخصي أي مسؤولية متولي الرقابة بصفة عامة.

وقد اخترنا دراسة موضوع المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق في اطار إشكالية يمكننا طرحها هي على النحو الآتي:

ما أثر تعديل المادة 134 على شروط قيام المسؤولية المدنية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق؟ وعلى الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية؟.

⁶- قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 44 لسنة 2005.

و للإجابة عن هذه الإشكالية فضلنا الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي وأحيانا المنهج المقارن ، بالرجوع الى القانون المدني (النصوص قبل التعديل وبعده) وقانون الأسرة الجزائري و الآراء الفقهية مع ذكر الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية في هذا الصدد.

وقد قسمنا خطة المذكرة إلى فصلين :

تناولنا في الفصل الأول: أثر تعديل المادة 134 على شروط قيام المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق وهو الآخر مقسم الى مبحثين ، المبحث الاول تولي رقابة المحضون ، والمبحث الثاني صدور الفعل الضار عن المحضون وتسببه في ضرر للغير .

أما الفصل الثاني فقد تضمن أساس المسؤولية المدنية للأباء عن الأبناء في حالة الطلاق وهو الآخر مقسم الى مبحثين ، في مبحث أول تناولنا الموقف من أساس مسؤولية الآباء عن الأبناء قبل تعديل المادة 134 من القانون المدني الجزائري، وفي مبحث ثان فقد درسنا من خلاله مدى تأثير تعديل المادة 134 في أساس مسؤولية الأب والأم عن المحضون.

الفصل الأول

أثر تعديل المادة 134 على شروط قيام

المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق

الفصل الأول

أثر تعديل المادة 134 على شروط قيام المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق

تمهيد وتقسيم

الرقابة التزام يقع على المكلف بها إما قانونا أو اتفاقا إذ يترتب قيام المسؤولية اتجاه الغير، نتيجة الأفعال الضارة التي تسبب فيها الخاضع للرقابة لهذا الغير، و ذلك بسبب حالة الخاضع لها المتمثلة في قصره أو حالته العقلية أو الجسدية، و هذا ما عبرت عنه المادة 134 من القانون المدني الجزائري بقولها: " 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 للغير بفعله الضار .

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

فلا تقوم مسؤولية الآباء عن أبنائهم بصفتهم مكلف بالرقابة، إلا إذا توافرت أركان هذه المسؤولية ، والتي يمكن تلخيصها في شرطين أساسيين هما تولي رقابة المحضون (المبحث الأول) و صدور الفعل الضار عن المحضون و تسببه في ضرر للغير (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تولي رقابة المحضون

قبل تحديد أي من الأبوين يقع على عاتقه قانونا الالتزام برقابة المحضون في حالة الطلاق (**المطلب الثاني**)، يتعين علينا قبل ذلك تحديد واجب الرقابة بداية من وجهة نظر القانون ، الفقه والقضاء ، ومن ثم بيان الالتزامات الملقاة على عاتق متولي رقابة المحضون بمقتضى واجب الرقابة (**المطلب الأول**).

المطلب الأول

المقصود بواجب الرقابة

من القراءة الأولى لنص المادة 134 مدني جزائري نستخلص أنه يكون الشخص بحاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية كأن يكون مجنونا أو بسبب صغر سنه كأن يكون غير مميز، أو سبب قصره كأن يكون مميزا غير راشد ، أو بسبب حالته الجسدية كأن يكون أعمى أعرج ولكنه راشدا و مميزا، فالشخص يكون بحاجة إلى الرقابة إذا كان يمثل خطرا بالنسبة للمجتمع¹.

ففي الحالات السابقة يقع الالتزام بالرقابة على كاهل المكلف بها من أجل القيام بشؤون من تولى رقبته من إشراف و تربيته و كذا منعه من إيقاع الضرر بالغير بتتبع وملاحظة تصرفاته و أعماله، ومن هذا المنطلق يرى بعض الفقه بأن الرقابة التي تعينها المادة 134 ق.م.ج هي الإشراف على الشخص وتوجيهه و حسن تربيته و منعه من الإضرار بالغير باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك ، ومن هنا يفرض القانون أن وقوع الفعل الضار من طرف الشخص الذي هو تحت الرعاية كان مخطئا خطأ شخصيا يوجب مسؤوليته².

¹ - علي فيلالي: الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010، ص107.

² - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات، الجزائر، طبعة 1999، ص

و عندما نعد مقارنة مع القوانين الأخرى نجد أنه نفس الشيء بالنسبة لبعض القوانين العربية فمثلا القانون السوري و تحديدا 174 تعني بالرقابة الإشراف على شخص توجيهه وحسن تربيته و منعه من الإضرار بالناس باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك¹.

الفرع الأول : تحديد المحضون الذي يخضع للرقابة

يستند قيام واجب الرقابة على وجود شخص في حالة إلى رقابة غيره عليه ، إما بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، فيكون تبعا لذلك عديم التمييز و المجنون و المعتوه و القاصر و السفیه و ذو الغفلة كما يكون ذو العاهة الجسدية أيضا في حاجة إلى رقابة كأن يكون الشخص أعمى أو معاق حركيا ، والقاضي هو الذي يقدر في هذه الأحوال ما إذا كان الشخص في حاجة إلى رقابة أم لا ، كما لا يكون التلميذ و المتدرب أو صبي الحرفة أيضا في حاجة إلى تلك الرقابة².

وأیضا يتبين من أحكام نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري أنها تتضمن الشروط الخاصة بالخاضع للرقابة بحيث ذكرت الحالات التي تجعل الشخص في حاجة إلى رقابة الغير و هي :

حالة قصره و حالته العقلية و حالته الجسدية³.

أولا : كون الشخص قاصرا:

يقصد بالقاصر الشخص الذي لم تكتمل أهليته ، واختلف الفقهاء في تحديد سن التميز ،الذي على أساسه تقام المسؤولية عند ارتكاب أفعال تضر بالغير، ولقد ورد مصطلح القاصر في

¹ - محمود جلال حمزة: العمل الغير مشروع باعتباره مصدر لالتزام و القواعد العامة و القواعد الخاصة، دراسة و مقارنة بين القانون المدني السوري و القانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1986، ص163.

² - عمر بن الزوبرير: التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2017، ص258.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 110.

القرآن الكريم و السنة النبوية، ومن ذلك قوله تعالى: " وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۚ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ¹ ".

وفي السنة النبوية: عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم: ((رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يَعْقِلَ)) . رواه أبو داود.

وقوله صلى الله عليه وسلم ((والغلام يحق عنه يوم السابع و يسمى ويماط عنه الأذى ، فإذا بلغ ست سنين أدب ، فإذا بلغ سبع عزل فراشه ، فإذا بلغ ثلاث عشر سنة ضرب على الصلاة ، فإذا بلغ ست عشرة زوجه أبوه)) .

1/ تعريف القاصر:

يقصد بالقاصر لغة بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عجزا ، أو عجز عنه ولم يستطعه.

أما اصطلاحا " من لم يستكمل أهليته سواء كان فاقدا لها كغير أو ناقصها كالمميز ، و قد اختلف الآراء الفقهية حول سن التميز ، فاعتبره المذهب الأول أن الصبي إذا أكمل 15 سنة صار بالغاً مكلفاً بالأحكام الشرعية يستوي في ذلك الذكر و الأنثى، و هو مذهب الشافعية و الحنابلة والصاحبين من الحنفية و رواية عن الإمام أبي حنيفة، أما المذهب الثاني فيرى أن سن البلوغ في الذكر هو إتمام 12 سنة و هو مذهب أبو حنيفة ، أما المذهب الثالث فيرى أنه إذا أتم كل من الذكر و الأنثى 18 سنة فقد أدرك سن البلوغ و جرى عليهما قلم التكليف ، و هو المشهور عند المالكية ² .

2/ تعريف القاصر بحكم القانون :

نصت المادة 40 الفقرة 2 على ما يلي : " ... و سن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة ...". وأضافت أيضا المادة 42 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري على : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة " ، من خلال هذه المواد القانونية فإن الرشد من بلغ سن 19 سنة كاملة سواء كان ذكرا أو أنثى ³.

¹ - سورة الإسراء، الآية 34.

² - باسل حمدي حرارة: مذكرة ماجستير، سلطة الولي على أموال القاصر، الجامعية الإسلامية، غزة، 2010، ص 14.

³ - المرجع نفسه، ص 15.

ولقد خصصت العديد من قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية حكما يحدد معنى القاصر ومن يدخل في حكمه فمثلا نصت المادة 140 من قانون الأحوال الشخصية العماني على ما يلي :

" القاصر من لم يبلغ سن الرشد ويعتبر في حكمه:
أ - الجنين.

ب- المجنون و المعتوه و ذو الغفلة والسفيه.

ج- المفقود و الغائب¹.

و مما سبق يتضح أن أغلب قوانين الدول العربية قد أجمعت على إطلاق مصطلح قاصر على الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد سواء كان مميزا أو غير مميزا فهو قاصرا في الحالتين.

كما نصت المادة 125 من ق.م.ج على " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطةه إلا إذا كان مميزا".

فحسب نص هذه المادة فإنه تقوم المسؤولية الشخصية على عاتق القاصر إذا كان مميزا، في حين جعلت المادة 134 ق م ج المسؤولية تقع على عاتق المكلف بالرقابة على أفعال القاصر الضارة بالغير².

ثانيا: كون المشمول بالرقابة مصابا بعاهة عقلية أو جسمية

لقيام واجب الرقابة لا بد من وجود شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصرهم أو بسبب حالتهم العقلية أو الجسمية و يكون بذلك عديم التمييز و المجنون و المعتوه و القاصر و السفيه و ذو الغفلة كما يكون ذو العاهة الجسدية أيضا في حاجة إلى رقابة كأن يكون الشخص أعمى أو معاق حركيا، والقاضي هو الذي يقدر في هذه الأحوال ما إذا كان

¹ - الجندي أحمد نصر: شرح قانون الأموال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 238.

² - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة جديدة، بيروت- لبنان، 1998، ص1123.

الشخص في حاجته إلى رقابة أم لا ،كما يكون التلميذ و المتدرب أو الصبي الحرفة أيضا في حاجة إلى تلك الرقابة¹.

و الأصل في الرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسمية أنه إذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة عليه، ولم يعد هناك من مسؤول عنه، لا في المنزل ولا في المدرسة ولا في مكان قيامه بالحرفة حتى ولو استمر بالعيش في كنف غيره، و لكن قد يعتري الشخص مرض عقلي أو حالة جسمية تجعله في حاجة إلى من يراقبه كما إذا أصيب بالجنون أو العته أو أصيب بالشلل أو فقد بصره، ففي هذه الحالة تعود الرقابة لولي النفس أو الزوج أو الزوجة، و قد تنتقل اتفاقا إلى شخص آخر كمدير المستشفى، أو الطبيب أو الممرض، أو أحد أقاربه، أو غيرهم ممن يتفق على توليه الرقابة².

1_ تعريف العاهة العقلية:

هو آفة _مرض_ يقال لم تمنعه عاهة من بلوغ هدفه، و العاهة من عيه، عاه المال يعيه أصابته العاهة ،وعيه المال و الزرع فهو معيه و معوه، والأرض المعيوهة ذات عاهة، والعاهة العقلية تضم الجنون، و العته و السفيه و ذو الغفلة و سنتطرق إلى تعريف كل منها:

1.1- الجنون:

جنن جن الشيء، بمعنى ستره و كل شيء ستر عنك فقد جن عنك، جن الرجل جنونا أو أحبه الله فهو مجنون، أي مستور العقل، و به سمي الجن لاستتارهم عن الأبصار ،أما اصطلاحا فقد عرفه عبد القادر عودة بأنه: " زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه و الجنون نوعان مطلق و هو ذهاب عقل الإنسان الكلي فيكون فاقدًا للتمييز الكلي و الجزئي، أما الجنون المتقطع فهو جنون يفيق صاحبه أحيانا.

¹ - بن الزويبر عمر، رسالة المرجع السابق، ص 258.

² - محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- المسؤولية التقصيرية الفعل المستحق للتعويض ، دراسة مقارنة في القوانين العربية، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2011، ص183.

1.2- العته:

من كان قليل الفهم مختلط الكلام، فاسد التدبير، سواء كان ذلك باستثناء من أصل الخفة أو مرض طراً عليه، و العته كالجنون مرض يصيب العقل لكن صاحبه يكون هادئ و ليس في حالة هيجان.

1.3- السفه:

فالسفاهة ضد الحلم، وهما مصادر سفيه، و يسفه من باب تعب، يقول أهل اللغة أصل السفه الخفة، و معنى السفيه خفيف العقل، أما اصطلاحاً فهو الذي يبذر ماله فيما حرمه الله، أو في غير مقتضى العقل والشرع.

1.4- الغفلة:

هو الشخص الذي لا يهتدي للتصرفات الربحة والمفيدة، فيغبن في المعاملات لسلامة قلبه و نيته، فيغبن غبنا فاحشاً¹.

2- تعريف العاهة العقلية في القانون :

نصت المادة 42 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون"، فالعته و الجنون إذا عاهة عقلية تجعل من المصاب بها في حاجة لمن يتولى الرقابة عنه، و نفس الحكم على الأولاد الذين أصيبوا بجنون أو عته، فيكونوا بحاجة لمن يتولى رقابتهم فتقوم مسؤولية الآباء عن أفعال أبناءهم الصارة بالغير سواء كانوا غير مميزين أي دون 13 سنة، أو مميزين أي ما بين 13 إلى 19 سنة، أو بالغين سن الرشد أي 19 سنة لكنهم مصابين بعاهة عقلية، حسبما ورد في نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري في نصها على: ".... في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية..."².

¹ - عاهد أحمد أبو العطا: الحجر على الصغير و المجنون و السفه و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص 86.

² - مشاري سعد صالح الطويل الرشدي: مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و التشريعية الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2010/2009، ص 12.

و أضاف قانون الأسرة الجزائري¹ جملة من المواد في هذا الصدد منها المادة 81 و التي نصت على: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، والمادة 85 من نفس القانون نصت أيضا على: " تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفیه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه".

كما شدد قانون العقوبات الجزائري على ترك الأطفال و العاجزين و تعريضهم للخطر، و ذلك من أجل حماية المصاب بالعاهة العقلية من جهة و حماية للغير من جهة أخرى و هذا ما نصت عليه المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري².

والمادة 101 من قانون الأسرة الجزائري نصت على ما يلي: " من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفیه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

3- تعريف العاهة الجسمية:

قد يولد المرء بعاهاة جسمية أو خلقية، كأن يكون أعمى أو أصم أو مشلول، و قد يولد معافى سليما و لكنه قد يتعرض لحادث يؤدي إلى إصابته بعاهاة و تشوهات جسمية، و هذا ما اصطلح عليه بالعاهة الجسمية في القانون، فيكون بحاجة لمن يتولى الرقابة عنه و العاهة الجسمية لها حالات تجعل من المصاب بها في حاجة لمن يتولى رقابته، فنقوم هنا مسؤولية الآباء بصفتهم متولي للرقابة برعايتهم، ويتولون شؤون أولادهم المشمولين برقابته، إذا كان فيهم من هو مصاب بعاهة جسمية، و يعتبر مسؤولون عن أفعالهم الضارة بالغير.

¹ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق لـ 09 يوليو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 السنة 1984، ص 910، المعدل و المتمم.

² - المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري ، تنص على: " كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو عرضه لخطر في مكان خال من الناس ،أو حمل الغير على ذلك و يعاقب بمجرّد هذا الفعل بالحبس من سنة إلى 3 سنوات فإذا أنشأ عن الترك أو التعريض للخطر أو عجز كلي لمدة تتجاوز عشرين يوما فيكون الحبس من سنتين إلى خمس سنوات و إذا احدث للطفل أو العاجز بتر أو عجز في أحد الأعضاء، أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي السجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات و إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت، فتكون العقوبة هي الحبس من 10 سنوات إلى عشرين سنة.

3-1 - تعريف العاهة الجسمية في القانون :

لقد جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على ما يلي: "تجب نفقة الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور ،إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول، و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب عند إقراره للنفقة على الأولاد ،وأضافت أيضا المادة 78 من نفس القانون على أن النفقة لا تشمل الغذاء فقط¹.

و جاء أيضا في ذكر العاهة الجسمية في نص المادة 134 من قانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى².

و كذلك نص المادة 80 فقرة 1 من نفس القانون³.

الفرع الثاني: الأشخاص الذين يتولون رقابة القاصر

لقد نصت المادة 87 في فقرتها الثانية على أنه : "في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد...".

و هذه الحالة تعتبر استثناء للقاعدة العامة التي تنص على حلول الأم محل الأب فقط بعد وفاته ، أي ضرورة توافر شروط الوفاة لانتقال الولاية إلى الأم.

إلا أنه في حالات كثيرة تطرأ على الأب رغم حياته تمنعه من ممارسة سلطته الأبوية، أو ولايته على أولاده القصر كما تقتضي الظروف العادية كالغياب أو حصول مانع له ،فتحل الأم محله في الأمور المستعجلة المتعلقة دائما بالأولاد ، لذلك سنتناول حلول محل الولي في حالة غيابه ثانيا حصول مانع في الأمور الاستعجالية و ثالثا انتقال الولاية لمن تولى الحضانة.

¹ - المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري تنص: " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته و ما يعتبر من الضروريات في الصرف و العادة".

² - المادة 1/134 نصت على: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص بسبب..... حالته الجسمية...".

³ - المادة 80 فقرة 1 من نفس القانون ينصهما على: " إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

أولاً: في حالة الغياب

نصت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري أن المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم ، وأضافت 110 أن الغائب هو الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته و إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة نائبه مدة سنة و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود.

و تطرق إلى مفهوم الغائب في اصطلاح الفقهاء: و هو الذي لا يدري مكانه و لا تعلم حياته من موته و قد يكون الغياب لسفر أو عمل أو لهجرة أو لطارئ لحرب في كل هذه الحالات يعلم فيها مكانه على الأرجح و صعوبة هنا هي استحالة مباشرة أعماله و إدارة مصالحه و كذلك ممارسة ولايته في كثير من الأمور التي تكتسي طابعاً استعجالياً يتعلق بمصير الأولاد و يتعذر معه انتظار عودته حتى يباشر و يقوم بها¹.

ثانياً: حصول مانع للولي(الأب)

لم تحدد المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري المعنى الدقيق و الواضح لحصول مانع لكن من خلال هذا النص يتضح لنا أن المانع هو الذي قصدته المادة هو في أغلب الأحيان يغلب عليه طابع الوقتية.

و أشارت المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري إلى حالات انتهاء وظيفة الأب التي حددتها ب:

أولاً: بعجزه

ثانياً: بموته

ثالثاً: بالحجر عليه

رابعاً: بإسقاط الولاية عنه

¹ - مهدي جهيدة: مسؤولية متولي الرقابة -دراسة مقارنة- في ظل القانون المدني الجزائري و على ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2003/2006، ص ص 91 -92.

ففي أغلب الأحيان هذه الحالات تكون مانعا لهذا الأب من رعاية و القيام بأمر الأولاد القصر على أكمل وجه ماعدا حالة الوفاة تكون انتقال الولاية بموجب قانوني و يندرج ضمن هذا المفهوم الحجر على الأب أو إسقاط السلطة الأبوية.

و الأب الذي يعرض أولاده لخطر جسيم أو يسيء معاملتهم يكون بذلك مثالا سيئا و لا يقوم بذلك الإشراف الضروري و اللازم¹.

و قد يجدر كذلك من السلطة الأبوية و يمنع من ممارسة كل أو بعض من حقوقه إذا صدر في حقه حكم للعثور عليه في حالة سكر غن ما نصب عليه المشرع الجزائري في نص المادة هو الأم محل الأب في الأمور المستعجلة إذا ما حصل مانع أو كان غائبا لكن دون بيان معين الأمور المستعجلة ، و ما يتبادر إلى الذهن أن الأمور المستعجلة تكون في الأموال التي تقتضي الإسراع بإنجازها و عكس ذلك هو ضياع مصلحة الأولاد القصر مما يستدعي معالجة بعض الأمور في حينها فيجعل من حلول الأم محل الأب أمرا ضروريا.

كما تعتبر من هذا القبيل الترخيصات أو الأذن المختلفة من المحكمة كالإذن بالخروج من التراب الوطني أو للسفر أو العلاج كأن يكون القاصر مريضا تستدعي حالته العلاج بالخارج ، و بالتالي لا يمكن للقاصر الخروج عن التراب الوطني إلا بإذن من رئيس المحكمة المختصة و تقديم طلب من وليه التي تكون الأم في هذه الحالة و هنا يكمن دور القاضي كذلك في التدخل قصد البت في تقديم الأذن و الترخيصات باعتبارها حالات أو أمور استعجالية تخص الأولاد القصر فالقاضي يقدم الإذن لممارسة التجارة²، و كذلك دوره في الإذن لبيع أموال القصر³، و إصدار عقد الكفالة و ما يعرف كذلك بترشيد القاصر للزواج أو ما يسمى الاعفاء من سن الزواج ، ويتم ذلك بطلب من الأم إلى رئيس المحكمة

¹ - أحمد بوكرزارة: المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2013/2014، ص 57.

² - المادة 5 من الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم التي تنص على مايلي: " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إذا لم قد حصل مسبقا على إذن"

³ - راجع المادة 88 ق.أ.ج.

مرفقا بملف و أمام هذه الحالات و استنادا إلى نص المادة 2/87 من ق.أ.ج تصبح الأم ولها في الحالات السالفة الذكر كالغياب و حصول مانع و اقتصار ولايتها على الأمور المستعجلة فقط، حيث تنتقل إليها الولاية كلية و تحلّ محله و تعتبر مسؤولة عن تصرفات أولادها القصر لانتقال الرقابة لها و بالتالي تتحمل تبعة و مسؤولية الإضرار بالغير الناجم عن أفعال أولادها القصر و تسأل طبقا لنص المادة 134 ق. م ج.

ثالثا: انتقال الولاية لمن تولى الحضانة

عهدت الشريعة الإسلامية بمسؤولية الحضانة إلى الوالدين أولا و في حالة وقوع خلافات زوجية بين الطرفين فإن هذا الحق يعود تلقائيا إلى الأم فالحضانة واجبة شرعا لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك كما يجب الانفاق عليه و إنجازه من المهالك¹.

لقد عرفت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري بأن الحضانة هو رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا. و حددت المادة 65 من ق.أ.ج مدة الحضانة بالنسبة للذكور بلوغ 10 سنوات و الأنثى بلوغها سن الزواج و اشترطت المادة 62 / 2 على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بذلك.

1) الشروط الضرورية التي يجب توافرها في الحاضن:

المشرع الجزائري لم ينص على الشروط الضرورية التي يجب أن تتوافر في الحاضن، أما المشرع المغربي فقد خصصه لها بابا كاملا و اشترط الأهلية الحضانة: العقل، البلوغ، الاستقامة، القدرة على تربية المحضون و صيانتهم، صحة و خلقا، و سلامته من كل مرض معد، أو مانع من قيام الحاضن بالواجب.

أما المشرع التونسي اشترط أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية، وبما أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على أحكام تتعلق بالقائم لهذه

¹ - وسيم حسام الدين الأحمد، حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص28.

الحضانة فإنه يتعين علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري¹.

حسبما ورد في نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنها لا يمكن مخالفة نص المادة بالنسبة للحاضنين و يجب أن يكون الحاضن جديرا للقيام بدور الحماية و الرعاية للمحضون².

(2) المخولون قانونا لتولي الحضانة:

تنص المادة 64 بموجب الأمر رقم 02-05 بأن الأم أولى بالحضانة ، ثم الأب، ثم الجدة من الأب، ثم الخالة ، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

و تجدر الإشارة أن القاضي يقدم بالتحقيق في إطار مراعاة حسن تربية المحضون أخلاقيا.

و المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم أو غيرهما، ومن انتقلت إليه الولاية بموجب حكم الحضانة فإنه يسأل مسؤولية مدنية و ذلك بتعويض كل ضرر سببه الولد المحضون لغيره و ذلك طيلة فترة وجوده لديه و قبل سقوط الحضانة لأي سبب.

و بناء عليه يسأل مسؤولية متولي الرقابة مع انتقال الحضانة أو انتقال الولاية ينتقل واجب الرقابة و تبعا لذلك تنتقل المسؤولية لقيامها كلما أضر الولد القاصر بالغير.

(3) أسباب سقوط الحضانة و رجوعها:

لقد ذكر المشرع الجزائري أسباب توجب سقوط الحضانة و ذلك لأهميتها فقد نصت المادة 66 ق.أ.ج على أنه " تسقط الحضانة على المرأة إن كانت هي من تولت الحضانة أو سقط حقها فيها بالتزوج بغير قريب محرم...".

¹ - المادة 222 من الأمر 84-11 المذكور أعلاه التي تنص على ما يلي: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

² - لوعيل محمد لمين: الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، دار هومة، الطبعة الثانية، 2012، ص85.

كما أن المادة 67 المعدلة بموجب الأمر 05-02 بينت أن الحضانة تسقط باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 و أضافت الفقرة الثانية منها أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ، وأضاف المشرع حالة أخرى لسقوط الحضانة عن الجدة أو الخالة و هي عندما تسكن إحداهن مع أم الولد المحضون إذا ما كانت متزوجة بغير قريب محرم، أي أن الزوج شخص غريب أو أجنبي.

أما الحالات التي تعود فيها حق الحضانة فينتبين لنا من نص المادة 71 من ق.أ.ج، أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري أي أنه لا يملك القدرة على التكفل بملء إرادته من ممارسة حق الحضانة لعدم القدرة على حسن التربية و رعاية الولد لعجزه عن العمل أو توفير المصاريف الضرورية فإذا ما زال هذا السبب زال سبب سقوط هذا الحق.

فإذا كان سقوط الحضانة زواج الأم من شخص غريب فإنه بمجرد زوال هذا السبب يعود لها هذا الحق السبب يتمثل في حدوث طلاقها منه أو بوفاته عنها.....الخ¹.

أ- حالة انقضاء الرابطة الزوجية:

بالرجوع إلى نص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على : " تنص الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، فهنا إما في حالة وفاة الأب أو في حالة انتهاء العلاقة الزوجية أي بالطلاق ففي حالة وفاة الأب تحل الأم محل الأب حيث تعددت التعاريف لمصطلح الوفاة فذكر في القرآن و السنة النبوية و كذلك في قانون الأسرة الجزائري.

قال تعالى في كتابه العزيز: ﴿ قُلْ يَتَوَفَّأكُمْ مَلَكُ الْمَوْتِ الَّذِي وُكِّلَ بِكُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ تُرْجَعُونَ ﴾².

قال تعالى: ﴿ وَلَوْ تَرَىٰ إِذِ الظَّالِمُونَ فِي غَمَرَاتِ الْمَوْتِ وَالْمَلَائِكَةُ بَاسِطُو أَيْدِيهِمْ أَخْرِجُوا أَنفُسَكُمُ ﴾³.

¹ - مهدي جهيدة، مذكرة المرجع السابق، ص ص 106-107.

² - سورة البقرة، الآية 28.

³ - سورة السجدة، الآية 11.

وقال أيضا: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ ﴾¹.

وقال تعالى أيضا: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ ۗ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ﴾².

أما عن السنة فقد ذكر رسول الله صلى الله عليه و سلم عن خروج الزوج عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " *إن الروح إذا قبض اتبعه البصر*" أخرجه مسلم.

و بين الموت و النوم شبه و اتصال قال الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه و رضي عنه: " الناس نيام فإذا ماتوا انتبهوا أبصروا و عرفوا ما كانوا فيه من غفلة".

و عن شداد ابن أوس يرفعه إلى النبي صلى الله عليه و سلم أن قال: " *إذا حضرتم موتا فأغمضوا البصر، فإن البصر يتبع الروح، و قولوا خيرا فإنه يؤمن على ما يقول أهل الميت*" أخرجه احمد في مسنده.

فالوفاة إما أن تكون وفاة حكمية أو وفاة حقيقية الوفاة الحقيقية في القانون الجزائري ذكرت في المادة 25 من القانون المدني و التي نصت على: " تبدأ حياة الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته ".

و كذلك المادة 26 من نفس القانون نصت على: " تثبت الولادة و الوفاة بالسجلات المعدة لذلك".

أما الوفاة الحكمية فهي واقعة مادية يمكن إثباتها أو إثبات عكسها، لأن عند وفاة الأب تنتهي شخصيته القانونية، و الوفاة الحكمية جاء ذكرها في نص المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يجوز الحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات".

¹ - سورة الأنعام، الآية 93.

² - سورة النساء، الآية 97.

ب- انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق:

إضافة لحل الرابطة الزوجية بوفاة الزوج فإنها تنحل أيضا بالطلاق و هذا ما جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على: " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

إذ يعد الطلاق و الحضانة من بين أهم الآثار المترتبة عن حل الرابطة الزوجية و بالرغم من أنه أبغض الحلال عند الله عز و جل إلا أنه حل من حلول الاستحالة استمرار العلاقة الزوجية و يكون الطلاق بحكم القاضي، أما في الحضانة في قانون الأسرة الجزائري فقد عرفت المادة 62 منه بأنها: " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا"، كما أضافت المادة 64 من نفس القانون: " الأم أولى بحضانة أولادها..."، فتأتي الأم بالدرجة الأولى لتتولى حضانة أولادها ، و تقوم مسؤوليتها على أفعالهم الضارة بالغير بصفتها متولي الرقابة ، إلى غاية بلوغ الذكر 10 سنوات ، أما الأنثى إلى غاية بلوغها سن الزواج، و يمكن تمديدتها إلى 16 سنة بالنسبة للذكر مع مراعاة مصلحة المحضون و ذلك ما أكدتها المادة 65 من نفس القانون ، كما أضافت المادة 87 من نفس القانون ينصها على: " في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"¹.

أما بالنسبة لدعوى اسناد الحضانة إلى أحد الأشخاص المخولين قانونا، فإن القاضي يراعي فيها مصلحة المحضون، و قد تكون تبعية تثار تبعا لدعوى الطلاق، بطريقة شفوية أو كتابية أثناء إيرادات المرافعات، و يكون الفصل فيها بموجب حكم واحد مع دعوى الطلاق، كما أنها قد تكون دعوى أصلية ، و ذلك بأن يرفعها الزوج أو الزوجة لوحدهما أمام الجهة القضائية المختصة، و ذلك عملا بنص المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري²، و تجدر الإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف

¹ - تنص المادة 65 أسرة جزائري: " تنقض مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات ، والأنثى ببلوغها سن الزواج و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية على أن يراعي في الحكم بانتهاء مصلحة المحضون".

² - مهدي جيهدة، مذكرة المرجع السابق، ص 105.

،عكس الأحكام الصادرة في دعوى الطلاق أو التطبيق أو الخلع، التي لا تقبل ذلك إلا في جوانبها المادية، عملاً بأحكام المادة 57 من نفس القانون إضافة لحكم القاضي الذي يتضمن اسناداً الحضانة، فإنه يجب على الأب أن يوفر للأم سكناً تمارس فيه الحضانة أو دفع بدلات الإيجار، و هذا ما نصت عليه المادة 72 من قانون الأسرة بـ: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر ،لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحضانة ،وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدلات الإيجار".

و تبقى الأم في البيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن كما يلزم أيضاً الأب بنفقة الأولاد و هذا ما تضمنته المادة 75 من نفس القانون بنصها: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له من مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولاً للدراسة، و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

- إذا حدث انفصال بين الزوجين بالطلاق فهل يخضع القاصر إلى ولاية أبيه أم ولاية أمه؟.

ذهب الفقه القانوني إلى القول بأنه إذا كان القاصر في حضانة أمه بأن كان في سن الحضانة و دون سن التمييز، فإن حضانته تكون للأم، وتولى هي الالتزام برعايته و رقابته، و من ثم تكون هي المسؤولة عن الأضرار التي تلحق بغير نتيجة الخطأ الصادر منه ، بيد أنه إذا انفصل الزوجان، و كان الابن القاصر في سن الحضانة، فإن حضانته تكون للأم، و تكون الولاية على النفس للأب أو لغيره من ذوي قرابته، و يكون توزيع الاختصاص بينهما بحكم الفقه لا بحكم الاتفاق بين الأبوين فقط، حيث أنهما يعملان بحكم الشرع على تحقيق مصلحة القاصر و عند التوزيع يكون على الحاضنة الرعاية و القيام على شؤون القاصر الحيوية من مآكل و ملابس و إيواء، و على الولي على النفس و هو الأب العناية بالتهذيب و الإصلاح و الحماية و الإنفاق فيمكن الحاضنة مما تحتاج إليه من مال.

أي أن وجود القاصر في حضانة أمه مدة الحضانة لا يغل يد الأب عنه و لا يحد من ولايته الشرع عليه، إذا الأب هو الولي على النفس ابنه القاصر و من ثم فهو يلتزم برقابته، و

تدبير أموره وولايته عليه كاملة و إنما يد الحاضنة للحفظ و التربية و لها القيام بالضروريات التي لا تحتل التأخير كالعلاج و الالتحاق بالمدارس مع مراعاة إمكانية الأب¹.

الفرع الثالث: المقصود بالرقابة

اختلفت الآراء الفقهية في وضع مفهوم للرقابة، فمنهم من يرى بأنها الإشراف على شخص ما و العمل على حسن تربيته و توجيهه².

و منهم من يرى بأنها الإشراف على تربية شخص و منعه الإضرار بالناس باتخاذ الاحتياطات اللازمة³.

و هي الإشراف على شخص وتوجيهه و حسن تربيته و منعه من الإضرار بالناس باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك⁴.

فالتزام الآباء بصفقتهم متولي للرقابة يقصد به قيامهم بشؤون أولادهم المشمولين برقابتهم ، من إشراف و تربية و منعه من الإضرار بالغير بمراقبة تصرفاته و أعماله و رعايته، فنصت المادة 134 من القانون المدني الجزائري يعني بالرقابة الإشراف على شخص و توجيهه و حسن تربيته و منعه من الإضرار بالغير باتخاذ الاحتياطات اللازمة، و هذا ما يجعل وقوع الفعل الضار من الأبناء المشمولين بالرقابة يستلزم قيام مسؤولية الآباء بصفقتهم متولي الرقابة.

و قد أثار أيضا جدل فقهي حول تحديد طبيعة هذه الرقابة ما إذا كانت مادية أم رقابة توجيه و رعاية و تربية للمشمول بها و بما أن المشرع الجزائري لم يحدد مضمون و معنى الالتزام بالرقابة، فهو مسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

¹ - جمال مهدي محمود الأكنشة: مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الاسلامي و القانون الوطني، قسم الفقه المقارن ، دار الجامعة الجديدة للنصر، الإسكندرية 2006 ، ص 226.

² - مهدي جهيدة: مذكرة المرجع السابق، ص 10.

³ - علي فيلال: الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص 93.

⁴ - محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 163.

إن للالتزام بالرقابة مصدران إما الالتزام بموجب القانون، أو الالتزام بموجب الاتفاق، فبالنسبة للالتزام بموجب القانون معالجة التزام الأب و الأم اتجاه أولادهم، و السبب في ذلك هو حاجة الولد للرقابة إما لقصره أو لحالته العقلية أو الجسمية، كالمجنون أو الأعمى و الأعرج، فإذا قصر الآباء بصفتهم متولي الرقابة بموجب القانون في واجب الرقابة بالنسبة لأولادهم المشمولين برقابتهم، عند قيامهم بالإضرار بالغير قامت مسؤوليتهم، فواجب الرقابة إذن واجب قانوني بالنسبة للوالدين لأنهما وليان شرعيان على أولادهم فالأب يتولى مسؤولية أولاده بموجب القانون، استنادا إلى السلطة الأبوية لأنه رب الأسرة و راعيها و مشرف عليها طوال حياته ثم تنتقل هذه المسؤولية إلى الأم بصفتهما متولي للرقابة على أولادها في الحالات التي تستدعي ذلك.

و قد جاءت المادة 173 من القانون المدني المصري في فقرتها 1 تنص: " كل من يجب عليه قانون أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير مشروع و يترتب هذا الالتزام و لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز¹.

كما جاءت المادة 4/1384 من القانون المدني الفرنسي فقضت بما يلي: " و يكون الأب و بعد وفاته الأم مسؤولين عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما... " ².

و بالرجوع إلى نص المادة 134 من القانون المدني الجزائري، نجد أنه جعل للرقابة مصدران إما بموجب القانون أو الالتزام بموجب الاتفاق، فتكون للأب بحكم القانون حلولا فترة حياته باعتباره المشرف الأول و الراعي الأول و رب الأسرة، و قد اتفق في ذلك مع المشرع المصري الذي جعل للالتزام بالرقابة مصدران قانوني أو اتفاقي و هذا ما ورد في المادة 173 من القانون المصري، و قد خالف المشرع الفرنسي الذي جعل من الأب و الأم مسؤولين معا بالتضامن حسب نص المادة 4/1384 من القانون المدني الفرنسي.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1123.

² - علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 137.

و الالتزام بالرقابة عبر عنه الدكتور العربي بلحاج بقوله: " لا يسأل الشخص على أي فعل ضار يصدر من الغير، فهذا أمر ترفضه العدالة و المنطق و لكنه يسأل عن الفعل الضار الذي يصدر من شخص يلتزم هو بمنعه من إتيان الفعل الضار، و قد سمي هذا الالتزام التزام الرقابة¹ .

فلا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا التزم شخص برقابة شخص آخر و قد يكون مصدر هذا الالتزام القانون أو الاتفاق، بالنسبة لمصدر الالتزام بالرقابة القانوني مثل الأب عن أولاده، فهو ملزم قانونا برقابة أولاده، أما الالتزام بالرقابة الاتفاقي مثل مدير مستشفى الأمراض العقلية فهو ملزم برقابة المرض².

وهي الإشراف على شخص شخصين و توجيهه و حسن تربيته و منعه من الإضرار بالغير و اتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك³.

ويتضح من أحكام المادة 134 مدني أن مصدر واجب الرقابة الملقى على عاتق المسؤول هو: القانون أو اتفاق الأطراف، كما قد تكون الرقابة رقابة فعلية.

أولاً: القانون:

يكون المسؤول في هذه الحالة متولياً بمقتضى أحكام القانون في القانون هو الذي يرتب على الشخص المسؤول واجب الرقابة، و هذا هو الأمر بالنسبة للأب و الأم و الحاضن أو الحاضنة، و المعلم و المؤدب و رب الحرفة...

فبمقتضى أحكام المادة 36 أسرة: " يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم " .

و يتعين على الحاضنة بمقتضى أحكام الفقرة الأولى في المادة 62 أسرة: " ...رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقاً.. " .

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 286.

² - محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري- مصادر الالتزام- الواقعة القانونية(العمل غير المشروع - شبه العقود و القانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 184.

³ - قرار المحكمة العليا 1986/11/18، الملف رقم 42297 (غير منشور)، ص ص 286-287.

و قبل إلغاء المادة 135 مدني بالقانون رقم 05-10 كان الأب بعد وفاة الأم ،و المعلم، و المؤدب و أرباب الحرف يسألون عن الأطفال غير مشروعة التي تصدر على التوالي من أبناءهم و تلاميذهم ، و المتمردين على أساس هذه المادة التي وضعت شروطا غير تلك التي أشارت إليها المادة 134 في حين أن هذه الحالات الخاصة التي تناولتها المادة 135 ، وبإلغاء هذه المادة يكون المشرع قد عالج الانتقادات الموجهة للنص لا سيما تلك المتعلقة بمسؤولية الآباء ،حيث كانت لا تسأل الأم طالما أن الأب لازال على قيد الحياة و لو كان لا يستطيع أن يقوم بواجب الرقابة كأن يكون مصاب عقليا أو لكونه غائبا أو يكون مهاجرا ،أو مجندا في إطار الخدمة الوطنية ،أو لتخلف شرط الإقامة لكون الابن محضونا من طرف والدته المطلقة.

فطالما أن المطالبة بمسؤولية متولي الرقابة و هو الأب أو الأم، سواء كانت البنية شرعية أو غير شرعية ، أو الوصي أو الكافل ، أو المعلم أو رب الحرفة، فواجب الرقابة على عاتق هؤلاء مفترض إذ تقتضي مثل هذه الصفات حتما واجب الرقابة بحكم القانون و نذكر في هذا الشأن أن مدلول المعلم و المؤدب يشمل كل شخص يتولى مهنة التربية و التعليم سواء كان التعليم تقنيا أو بدنيا أو ثقافيا، وسواء كان بالمقابل أو مجانا و يعتبر حينئذ معلما أو مؤدبا يسأل بصفته متوليا للرقابة معلمو المدارس الابتدائية و الثانويات العامة أو التقنية و مراكز التكوين المهني و المدارس القرآنية الملحقة بالمدارس و الزوايا، و المدارس المتخصصة لتعليم المعوقين و النصار و المراقبون، و المشرفون و المدراء....

و يكون كل هؤلاء مسؤولون على أساس المادة 134 مدني بصفتهم متولين للرقابة و ذلك باعتبار واجب الرقابة الذي يتحملونه في إطار مهمة التربية و التعليم التي يقومون بها و على وجه الاستثناء لا يتحمل اساتذة التعليم العالي رغم توليهم مهمة التدريس، واجب الرقابة، باعتبار أن الطلبة الجامعيين يتمتعون بنوع من الحرية و الاستقلالية في الحرم الجامعي من جهة و أنهم ليسوا بحاجة إلى رقابة لكونهم راشدين من جهة ثانية¹.

¹ - علي فيلاي: الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض ،الطبعة الثانية، ، موفم للنشر 2015 ، ص 99.

ثانياً: الاتفاق

يكون واجب الرقابة اتفاقاً كلما كان اتفاق الأطراف هو المصدر لهذا الواجب، كأن تلتزم مؤسسة مختصة برعاية المرضى، أو تلتزم سيدة، أو دار الحضانة أو روضة برعاية الأطفال الصغار...، و لا يمكن مساءلة الشخص إذا كان يمارس على الغير المتسبب في الضرر مجرد رقابة فعلية بمعنى أنه غير ملزم قانوناً بواجب الرقابة كالشخص الذي يساعد زميله الأعمى في عمله أو في الذهاب والإياب إلى عمله على وجه الإحسان لا غير¹.

ثالثاً: الرقابة الفعلية

بالنظر إلى المادة 173 مدني مصري نجد أن أساس المسؤولية المنصوص عليها في هذه المادة هو الالتزام بالرعاية و الرقابة و أن مصدر هذا الالتزام هو القانون أو الاتفاق و ذلك في الحالات التي يحتاج فيها الإنسان إلى الرعاية بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية و على ذلك إذا تولى شخص رعاية القاصر و رقابته دون أن يكون ملزماً قانوناً أو اتفاقاً برعايته، فإن هذا الشخص لا تقوم مسؤوليته عن الأضرار التي يسببها القاصر للغير بفعله غير المشروع لأن الرقابة الفعلية لا يترتب عليها قيام المسؤولية المنصوص عليها في المادة 173 مدني مصري، بل لا بد أن يكون الشخص ملزماً قانوناً و اتفاقاً برقابة آخر، و أن يكون سبب هذا الالتزام هو القصر أو الحالة العقلية أو الجسمية حتى تقوم مسؤولية ذلك الشخص و فق نص المادة 173 من قانون المدني المصري².

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 103.

² - نفس المرجع، نفس الموضوع.

المطلب الثاني

تحديد القائم على رقابة المحضون

من بين أهم الإشكالات التي تثار في حالات الطلاق هي إشكالية من يتحمل الالتزام برقابة الطفل المحضون خاصة اذا أسندت الحضانة للأم، فهل يقع هذا الالتزام على الأب وهو لم تعد تتوفر له السلطة الفعلية على المحضون والتي تمكنه من أداء واجب التربية والرقابة أم يقع هذا الالتزام على عاتق الأم وهي و إن توافرت لها شروط الرقابة غير أنها ليست مسؤولة مدنيا عن الأضرار التي يتسبب فيها المحضون، لأن الولاية على النفس تبقى للأب؟، وبالنتيجة من يقع على كاهله تحمل عبء التعويض عن الأضرار التي قد يتسبب فيها الطفل المحضون والتي تلحق بالغير؟.

الحقيقة أنه في القانون الجزائري انقسم موقف الفقه والقضاء بصدد هذه المسألة الى رأيين لكل حججه تبريراته.

الفرع الأول: موقف الفقه

الحقيقة أنه بصدد موقف الفقه يمكن التمييز بين رأيين، حيث ذهب جانب من الفقه الجزائري¹ الى أن الالتزام برقابة الابن المحضون ومن ثم تحمل المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي يتسبب فيها الأخير يتحملها الأب في حالة وقوع الطلاق مع بقاء الأبناء مع أمهم طيلة الفترة التي تمتد من الطلاق الفعلي إلى غاية صدور الحكم القاضي بالطلاق و إسناد الحضانة، ويستند هذا الرأي إلى فكرة الإقامة أو المساكنة طبقا للمادة 1/135 (ق.م.ج) قبل الغائها.

أما بعد صدور حكم الطلاق واسناد الحضانة للأم، فيرى هذا الفقه أن مسؤولية الأم هي مسؤولية بديلة لمسؤولية الأب متى توافرت شروطها²، وعلى ذلك فالالتزام بالرقابة بحسب هذا الفقه ينتقل الى الأم ابتداء من تاريخ حكم اسناد الحضانة لها بمقتضى الحكم القضائي، (أي حكم الطلاق أو الحكم الفاصل في النزاع المتعلق بالحضانة).

¹ راجع الأستاذ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 35 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 291.

² دويسي عائشة: مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الجزائري- مسؤولية الآباء- مذكرة ماجستير جامعة الجزائر 2008/2009، ص 98.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ علي فيلاي بأن الرقابة الفعلية التي يشترطها القانون من خلال المواد 134 و 135 (الملغاة) غير متوافرة في الأب في حالة الطلاق، لأنها تثبت للأم الحاضنة، و أن تقرير واجب الرقابة على الأب في مثل هذه الحالة يتعارض مع العقل والمنطق¹.

ومن جهته يرى الأستاذ الشيخ ولد محمد، أن القانون الجزائري لم يعطي حلاً واضحاً حول الأساس الذي تمنح بناء عليه الحضانة، خاصة و أن قانون الأسرة يمنح القاضي صلاحية منح الحضانة طبقاً لمصلحة الولد القاصر، و ذلك يقتضي القيام بواجب الرقابة والتربية معاً، مما يجعل الأم في حالة الطلاق تسأل عن الأفعال الضارة الصادرة عن أبنائها الواقعين تحت رقابتها ورعايتها، في حال إلحاقهم الضرر بالغير².

فالحضانة بحسب الأستاذ الشيخ ولد محمد يمكن تأسيس المسؤولية عليها بالنسبة للأب أو الأم أي منهم تولى حضانة القاصر، لأن الغرض من الرقابة هو الحماية ورعاية المصالح، وهو واقع من ممارسة واجب الحضانة سواء كان الأب هو الذي يمارس هذا الواجب أو الأم في حالة الطلاق³.

ويرى الأستاذ بوشاشي يوسف أنه (... طبقاً للمادة 87 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص أنه " وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد "، حيث يتضح من هذا النص أنه في حالة انحلال الرابطة الزوجية بموجب حكم قضائي قضي فيه بالطلاق مع إسناد حضانة الأولاد للأم عندما يكون الولد قاصراً لا زال في سن الحضانة ، فإن الولاية على نفس الأولاد تنتقل إلى الأم حال حيات الأب بموجب الحكم القضائي الذي قضى بإسناد الحضانة إلى الأم ، وبالتالي فإن الالتزام القانوني بالرقابة على الأولاد الذين لا يزالون محتاجين إلى هذه الرقابة ينتقل إلى الأم الحاضنة فتكون مكلفة قانوناً برقابته ومنعهم من الإضرار بالغير بأفعالهم غير المشروعة، فإن حصل أن أولادها القصر المشمولين برقابته ألحقوا ضرراً بالغير بفعلهم غير المشروع عدت الأم مقصرة في أداء واجب الرقابة الذي يشغل ذمتها، وأصبحت مسؤولة مسؤولية قائمة على خطأ

¹- Filali Ali : la responsabilité civil de la mère du fait de ses enfants mineurs, RASJEP, n° 4, 1996, p 64.

أشار إليه عمر بن الزويير، رسالة مرجع سابق، ص 276.

²- الشيخ ولد محمد: مسؤولية الآباء عن ابناءهم القصر في القانون الجزائري - دراسة مقارنة - جامعة الجزائر يوسف بن خدة 2007-2008، ص 72.

³- نفس المرجع نفس الموضوع.

مفترض عن تعويض الأضرار التي وقعت للغير بسبب اخلالها بواجبها في رقابة أولادها المحتاجين إلى رقيبتها (...)¹.

ومقابل هذا الرأي ذهب بعض الفقه وبالاستناد الى نص المادة 1/135 (الملغاة)، إلى القول أنه طالما بقي الأب على قيد الحياة، طالما بقي هو المسؤول عن تصرفات أبنائه طبقا لما تمليه السلطة الأبوية، ويبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم هذا بالقول أن واجب الرقابة يبقى قائما على عاتق الأب استنادا الى حق الزيارة المقرر له بموجب حكم اسناد الحضانة². ويستند هذا الفقه الى مجموعة من الأحكام و القرارات القضائية التي أقرت للأب حق الزيارة مشفوعا بحق الرقابة ومن ذلك ما جاء في قرار صادر عن مجلس قضاء سعيدة بتاريخ 21 فيفري 1983 جاء فيه " .. أنه يقرر حق الزيارة والرقابة العامة للأب مرة في الأسبوع، ويتوجب على الأم أن تمكنه من ممارسة هذا الحق..."³.

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها أنه " .. إذا كان القانون قد أجبر القضاة على اسناد الحضانة الأبناء الى الأم، فإنه مع ذلك يأخذ في الحسبان حق الأب في الزيارة حتى يتسنى له مراقبة أبنائه وحمايتهم من كل خطر.. " ، وفي قرار آخر نقصت المحكمة العليا قرار مجلس قضاء الجزائر لإسناده الحضانة للأم التي استقرت مع أبنائها في فرنسا استنادا الى أنه من الناحية الفعلية يستحيل عليه أن يمارس حقه في رقابة أبنائه بسبب بعد المسافة⁴.

وقد أيدت الأستاذة دويسي عائشة هذ الموقف الأخير حيث ترى أنه لا يجب النظر الى التعويض على أنه عقوبة شخصية تتحملها الأم جزاء خطئها بل هو اصلاح للضرر الذي أصاب المضرور، وأنه لا يجب أن يساعد الفقه والقضاء الزوج المطلق على التنصل والتخلص من مسؤوليته تجاه أبنائه القصر، خاصة و أنه يتمتع بحق الزيارة أيام المواسم والعطل مما يجعله يساهم هو الآخر في رعاية وتربية الابن القاصر⁵.

¹ - بوشاشي يوسف: مسؤولية متولى الرقابة في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 2014-2015، ص 57-58.

² - Louisa Hanifi : la responsabilité civil des père et des mère du fait de leur enfant mineur, RASJEP, n° 3, 1994, p 603.

أشار اليه عمر بن الزويير، رسالة مرجع سابق، ص 275.

³ - حكم بتاريخ 1983/02/21، رقم 08-20 نشرة القضاة 1983. أشارت إليه دويسي عائشة، مذكرة، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - قرار المحكمة العليا في الملف رقم 59013 بتاريخ 19-02/1990، مجلة الاجتهاد القضائي، ص 117 على 119 رقم 4-1991. أشارت إليه دويسي عائشة، نفس المرجع، ص 103.

⁵ - نفس المرجع، ص 99.

الفرع الثاني: موقف القضاء

عرف القضاء الجزائري ممثلاً في المحكمة العليا نفس الانقسام الذي رأيناه بالنسبة لفقهاء حول إشكالية من هو المسؤول القانوني عن الأضرار التي يتسبب فيها الطفل المحضون في حالة الطلاق.

ويمكن التمييز بين موقفين بهذا الصدد للمحكمة العليا:

ففي قرار لها بتاريخ 13 نوفمبر 1970، قضت المحكمة العليا (المجلس الأعلى للقضاء) بأن "... المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم يكون مسؤولاً عن تربية الولد المحضون وحمايته ورعايته، ويكون مسؤولاً مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير مدة الحضانة..."¹. وقد أيد بعض الفقهاء الجزائري هذا الموقف للمجلس الأعلى للقضاء حيث رأى فيه الأستاذ بلحاج العربي أنه قرار يقوم على المنطق والعدالة لما كان مناط المسؤولية هو الرعاية ، فإنه يجب أن يقع على عاتق من يقوم بها².

غير أن المحكمة العليا لم تستقر على هذا الموقف بصدد المسؤولية عن الأضرار التي يتسبب فيها المحضون في حالة الطلاق، إذا ما لبثت أن تحولت عنه في وقت لاحق، حيث قررت في قرار لها بتاريخ 24 جانفي 2008 تحميل المسؤولية المدنية عن الأضرار التي يتسبب فيها المحضون للأب استناداً لأحكام الولاية على النفس، حيث قررت المحكمة تبعاً لذلك إعفاء الأم من المسؤولية المقررة في المادة 134 (ق.م.ج) رغم اسناد الحضانة لها بمقتضى حكم اسناد الحضانة³.

¹ - قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى للقضاء)، بتاريخ 13 نوفمبر 1970، نشرة القضاة 1972، عدد 1، ص 67، أشار إليه عمر بن الزويبر، رسالة المرجع السابق، ص 275. راجع أيضاً قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى) بتاريخ 30 سبتمبر 1969، نشرة القضاء 1965، ص 195.

أشارت إليه دويسي عائشة، مذكرة مرجع سابق، ص 99، كما أشار إليه عمر بن الزويبر، نفس المرجع، نفس الموضوع.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 291. أشارت إليه دويسي عائشة، نفس المرجع، نفس الموضوع.

³ - المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 446467، بتاريخ 2008/12/24، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، ص 134. أشار إليه عمر بن الزويبر، رسالة، نفس المرجع، ص 276.

المبحث الثاني

صدور الفعل الضار عن المحضون و تسببه في ضرر الغير

لا يسأل الآباء بصفتهم متولي للرقابة عن تصرفات أولادهم المشمول برقابتهم إلا إذا صدر منهم ضرر للغير، فلا بد إذا من صدور الفعل الضار من المحضون (**المطلب الأول**) و أن يتسبب ذلك الفعل في الإضرار بالغير (**المطلب الثاني**) و هذا ما عبرت عنه المادة 134 في فقرتها 1 من القانون المدني الجزائري بنصها: "...يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار...".

المطلب الأول

صدور الفعل الضار عن المحضون

لقيام مسؤولية الآباء بصفتهم متولي الرقابة، يجب أن يصدر من أولادهم المشمولين برقابتهم فعل ضار يصيب الغير، و قد جاء في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري¹.
و كذلك نص المادة 125 من نفس القانون².

و يمكن تعريف الفعل الضار بأنه كل فعل مخالف للقانون و يوجب عليه جزاء ألا وهو تحمل المسؤولية أو قيام مسؤولية المكلف بالرقابة³، كما عرف أيضا الأستاذ علي فيلالي الفعل الضار بأنه (الإخلال بالالتزام القانوني)⁴.

إضافة لصدور الفعل الضار من المشمول بالرقابة، فإنه يشترط أن يكون الضرر قد وقع على شخص الغير أو ممتلكاته، فوقع الضرر على المشمول بالرقابة أو الحاق الغير ضررا به ، لا يحقق مسؤولية الآباء بصفتهم متولي الرقابة عن أفعال أولادهم المشمولين برقابتهم،

¹ - المادة 124 من القانون المدني الجزائري: "تنص كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض"

² - المادة 125 من القانون المدني تنص: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا".

³ - مهدي جهيدة: مذكرة المرجع السابق، ص18.

⁴ - علي فيلالي: المرجع السابق، ص102.

ف نجد أن الأستاذ (السنهوري) ذهب إلى اعتبار أن العمل غير مشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة، لا أن يقع عليه، أما إذا وقع عليه فليست هناك مسؤولية مفترضة، مثال التلميذ الذي يصاب من أجنبي بالأذى في وقت يكون فيه التلميذ في رقابة مدير المدرسة فلا يكون هنا المدير مسؤولاً عن خطأ أجنبي إلا في حدود القواعد العامة للمسؤولية فيجب إذن إثبات الخطأ في جانب المدير حتى يكون مسؤولاً¹.

و بمفهوم المخالفة لا تقوم مسؤولية الآباء إذا كان المضرور هم أولادهم المشمولين برقابتهم سواء أصيبوا بالضرر من فعل أجنبي أو من فعلهم².

و يمكن أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الوضع قبل تعديل المادة 134 (العمل غير المشروع)

- كانت المادة 134 مدني جزائري تنص على أنه: " كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار، و يترتب هذا الالتزام و لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز"³.

و كانت المادة 135 مدني جزائري تنص على أنه " يكون الأب بعد وفاته الأم (مسؤولين) عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين، و المؤدبين و أرباب الحرف، مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلاميذهم و المتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين و المربين⁴ .

و لقيام مسؤولية متولي الرقابة يجب أولاً أن تتحقق مسؤولية من هو تحت الرقابة أي أن يصدر منه عمل غير مشروع يصيب الغير بضرر، فإذا تحققت مسؤولية من هو تحت

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1002.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 187.

³ - المرجع نفسه، ص 188.

⁴ - المرجع نفسه، ص 189.

الرقابة، قامت مسؤولية متولي الرقابة إلى جانبها مبنية على أساس الإهمال في الرقابة أو سوء التربية و على هذا الأساس تتحقق مسؤولية الأب أو الجد عن الضرر الذي يحدثه الصغير بصدور عمل غير مشروع عنه، فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ من جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة¹

فإذا ساق سيارة و دعس شخصاً فأحدث له ضرراً فيكون مسؤولاً عن خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس و متولي الرقابة يكون مسؤولاً على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس، و يكون على المضرور عبء إثباته لتقوم القرينة القانونية على خطأ متولي الرقابة عليه.

و معنى هذا أنه ينبغي لمسألة متولي الرقابة عن أفعال من هم تحت رقابته أن يرتكب المشمول بالرقابة فعلاً يتوافر فيه العنصر الموضوعي للخطأ وهو التعدي أي أن يصدر هذا الصغير فعلاً يعتبر إخلالاً بواجب أو انحرافاً عن مسلك الرجل المعتاد، بصرف النظر عن توافر عنصر الإدراك أو التمييز أو عدم توافره، ولكي تتحقق مسؤولية متولي الرقابة يجب أن تتحقق مسؤولية الخاضع للرقابة أولاً سواء على خطأ مفترض أو على خطأ واجب الإثبات و على هذا الأساس يجب التمييز بين ما إذا كان الخاضع للرقابة مميزاً أو غير مميز².

أولاً: إذا كان الخاضع للرقابة صبياً غير مميز

أو كان مجنوناً أو معتوهاً، فيصدر عنهم عملاً ضاراً بالغير، ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية متولي الرقابة كمسؤولية أصلية فالخطأ الذي وقع من غير مميز هنا خطأ قام ركنه المادي (التعدي أو الانحراف)، دون ركنه المعنوي، أي ركن التمييز، و هذا ما نصت عليه المادة 1/173 من قانون المدني المصري³.

¹ - سلوان علي الكسار: العمل غير المشروع و المسؤولية عن عمل الغير، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار آمنة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن، 2016، ص 199.

² - سلوان علي الكسار، المرجع السابق، ص 200.

³ - المادة 1/173 من القانون المدني المصري تنص على ما يلي: " و يترتب منة هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز".

ثانياً: إذا كان الخاضع للرقابة مميز:

فتكون مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية تبعية، فتقوم بقيام مسؤولية الشخص الموضوع تحت الرقابة، فإذا ارتكب الخاضع للرقابة عملاً غير مشروع ففي هذه الحالة يجب أن تقوم مسؤولية الخاضع للرقابة أولاً حتى تقوم مسؤولية متولي الرقابة و على المضرور في هذه الحالة أن يثبت الخطأ من جانب الشخص الخاضع للرقابة و يكون أمام المضرور مسؤولان مسؤول أصلي هو الخاضع للرقابة الذي وقع منه العمل الغير مشروع، و مسؤول تباعي هو متولي الرقابة و له الخيار أن يرجع على أيهما للمطالبة بالتعويض¹.

لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية المكلف بالرقابة عن العمل الخاضع لرقابة لأنه مسؤول عنه ، فلا تقوم قرينة الخطأ على عاتق المسؤول لمصلحة المضرور وحده ، فقيام قرينه الخطأ على عاتق المسؤول لمصلحة المضرور لا ينفي المسؤولية عن مرتكب الواقعة الضارة فيستطيع المضرور أن يرجع عن هذا الأخير ، أو على المسؤول عنه أو عليهما معاً، لأنهما متضامنان أمامه².

ويرى البعض في هذا الشأن أن مسؤولية المكلف بالرقابة هي في الواقع مسؤولية شخصية ، وليست مسؤولية عن فعل الغير استناداً إلى أن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسؤولية المترتبة عليه بسبب الفعل الضار الذي أحدثه الخاضع للرقابة لمجرد إثباته عدم ارتكابه الخطأ³.

ونصت على هذا النوع من المسؤولية المادتين 134،135 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل الأخير بإلغاء المادة 135 منه وهاتين المادتين مستمدتين من القانون المدني الفرنسي ، و ذلك من القانون المدني المصري ، فالمادة 134 مقتبسة من القانون المصري وتحديداً المادة 173 منه ، فالمادة 135 قبل إلغائها فكانت مقتبسة عن القانون المدني الفرنسي وتحديداً نص المادة 1884 قبل تعديلها سنة 1970⁴.

¹ - سلوان على الكسار، المرجع السابق، ص 201.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 286.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 188.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 88.

كما أن هناك من الفقهاء من يرى عكس ذلك ، بقولهم إن المشرع الجزائري أخذ روح المادة 134 مدني جزائري من الفقرة الأولى من المادة 174 مدني سوري و التي تقابلها المادة 173 الفقرة الأولى من المدني المصري.

تجدر الإشارة بأن المشروع الجزائري عندما عدل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 مس بذلك المادة 134 إذ نقل الفقرة الثانية من المادة 135 القديمة وضمها في المادة 134 لتصبح بفقرتين وتتص الفقرة الثانية على وسائل دفع أو نفي مسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الغير .

كما قام بإلغاء المادة 135 منه ، نتيجة للانتقادات التي و جهت لها في أفراد بعض التطبيقات الخاصة يفهم منه حصرها في تلك الحالات رغم وجود المبدأ العام في نص المادة 134 من القانون المدني¹.

الفرع الثاني: الوضع بعد تعديل المادة 134 (الفعل الضار)

تنص المادة 134 مدني جزائري على أنه " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى المراقبة بسبب قصره أو سبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار ، ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية ق (05-10)"

و يبين نص المادة 134 مدني جزائري أنه يجب توافر شرطين هما

أولاً: أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر بسبب قصره أو حالته العقلية أو الحالة الجسمية ، والمعروف أنه يعتبر قاصرا من لم يبلغ تسعة عشر سنة (19) المادة 40 من القانون المدني الجزائري .

ثانياً: صدور الفعل الضار من الشخص الخاضع للرقابة وسواء مميز أو غير مميز² .

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 05.

² - محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص ص 190-191.

يرى جانب من الفقه أن المتضرر غير مطالب بإثبات أن سلوك المشمول بالرقابة كان سلوكا خاطئا ، إنما يقبل منه فقط إثبات الفعل الضار الذي ينسب إلى المشمول بالرقابة متمثلا في مجرد التعدي ، ومن هذا الرأي الأستاذ علي فيلاي هذا الأخير الذي كتب في هذا الصدد { ... يسأل المكلف بالرقابة بمقتضى أحكام المادة 134 مدني عن الأضرار التي يلحقها الشخص الخاضع للرقابة بالغير ، وذلك بفعله الضار وهذا يعني قطعاً أنه لا يشترط خطأ الفاعل و إنما نكتفي بالفعل الذي يأتيه و يترتب عليه ضرر الغير .إن هذا في الحقيقة أمر بديهي إذ مسؤولية المكلف بالرقابة مسؤولية شخصية تستند إلى خطأ مفترض في الرقابة ، فالعبرة هنا بالتعدي الذي ألحق ضرراً بالغير بغض النظر عما إذا كان السلوك الذي سلكه الخاضع للرقابة سلوكاً عادياً أم غير عادي والفعل الضار هو كل فعل مخالف للقانون، بوجه عام ،ويسبب ضرراً للغير ، أي هو كل إخلال بواجب قانوني ...¹.

و رأي أن مسؤولية المكلف بالرقابة مسؤولية مستقلة تماماً عن السلوك المشمول بالرقابة فلا تشترط انعقاد مسؤولية هذا الأخير ، من خلال إثبات سلوكه الخاطئ ، إنما مجرد التعدي في السلوك ، وأن المقصود بالفعل الضار في المادة 134 هو ثبوت المألوف للرجل المعتاد ، وأن مسؤولية تقوم على خطأ موضوعي متمثلاً في مجرد التعدي الذي يشكل الركن المادي للخطأ و هو كاف للقيام مسؤولية المكلف بالرقابة سواء كان المشمول بالرقابة مميزاً أو غير مميزاً ، و هو ما يبرر إلغاء المشرع للفقرة الأخيرة من المادة 134 و التي كانت تؤكد على قيام مسؤولية المكلف بالرقابة حتى في الحالة يكون فيها الخاضع للرقابة غير مميز و ذلك بنصها (... و يترتب هذا الالتزام و لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز) .

وهو ما يؤكد أيضاً إلغاء حق الرجوع بالنسبة للمكلف بالرقابة فضلاً عن المادة 134 جاءت عامة فلم تميز بين المميز و غير مميز فتشمل بذلك عبارة الفعل الضار الصادر عن الخاضع للرقابة المميز و غير المميز فتشمل بذلك عبارة الفعل الضار الصادر عن الخاضع للرقابة المميز و غير المميز .

¹ - عمر بن الزوبير، رسالة المرجع السابق، ص ص 264-266.

كما أن القول بضرورة إثبات الخطأ في جانب الخاضع للرقابة لا يتسق في الحالة التي يكون فيها الخاضع للرقابة عديم التمييز إما بسبب السن أو بسبب الحالة العقلية و الخطأ يتطلب أن يتوافر في المتسبب في الضرر التمييز و الإدراك و طبقا للقواعد العامة، فإن المشمول بالرقابة لا يكون مسؤولا و ذلك يستتبع عدم قيام مسؤولية مكلف بالرقابة بسبب تعذر إثبات الخطأ الخاضع للرقابة وذلك يتنافى مع روح المادة 134 و التي تقرر مسؤولية المكلف بالرقابة عن العمل الصادر الذي يأتيه المشمول بالرقابة سواء كان مميزا أو غير مميزا.

إذن بالإضافة إلى الشرط الأول وهو صدور الفعل الضار عن المحضون فإنه يجب أن يسبب الفعل الضار للمحضون ضررا للغير كشرط ثاني لقيام مسؤولية متولي الرقابة عن فعل غير و هذا الشرط تنص عليه المادة 134 من قانون المدني قبل التعديل وبعده بقولها " يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار".

إذن يجب أن يقع هذا الفعل الضار على الغير لكي تقوم مسؤولية متولي الرقابة إذن فالفعل الضار هو كل مخالف للقانون ويوجب عليه جزاء ألا و هو تحمل المسؤولية و قيام مسؤولية المكلف بالرقابة ، و وتجدر الملاحظة أن هناك خلاف فقهي ثار في فرنسا فيها يخص اشترط الخطأ من عدمه في فعل وتصرف الخاضع للرقابة ، و هو خلاف يرجع أساسا إلى تعريف الخطأ ، كما هناك نظرتين تتنازعان حول مفهوم الخطأ فالنظرية الأولى و هي النظرية الموضوعية و التي لا ترى في الفعل الخاضع للرقابة أي الفعل الضار ، إلا الجانب المادي و لا يشترطون لحدوثه وجود التمييز ، أي أنهم يشترطون لتحقيق مسؤولية متولي الرقابة أن يرتكب القاصر عمل غير مشروع ، أما النظرية الثانية وهي النظرية الشخصية في الخطأ و التي يقول مناصروها أنه يجب أن يتحقق في الخطأ ركنان الركن المادي و المعنوي ، فالركن الأول هو الركن المادي و الذي يتمثل في التعدي ، أما الركن المعنوي يتمثل في الإدراك و التمييز و هنا يقول الدكتور (جلال حمزة) : " وجود أنفسهم أمام أمرين اثنين إما أن يشترط توافر الخطأ في الفعل الخاضع للرقابة أي وجوب توافر ركن

التمييز إلى جانب ركن التعدي و هذا يعني إعفاء متولي الرقابة من المسؤولية في كل مرة يكون فيها الخاضع للرقابة ناقص العقل أو التمييز و هذا لا يقبله المنطق ولا العدالة¹.

والأمر الثاني وهو أن يشترط أنصار هذه النظرية الخطأ حينما يسأل متولي الرقابة عن كل الأضرار التي تسبب فيها هذا الشخص الخاضع للرقابة حتى وان كان غير مميز ، لهذا نجدهم فصلوا اشتراط الخطأ في الفعل الخاضع للرقابة لكي تتحقق المسؤولية ، ونجد كلا الأستاذان (فيلاي ونور الدين تركي) يؤكدان أن العبرة بالركن المادي في الخطأ ، و هو التعدي الذي كان سببا في إلحاق الضرر بهذا الغير بغض النظر عن السلوك الذي سلكه الخاضع للرقابة سلوكا عاديا أو غير ذلك².

ولقد ذهب الفقه في هذا المجال إلى اعتبار أن التمييز عنصر أساسي في الخطأ بالنظر إلى القوانين العربية فيما نص عليه القانون المدني المصري و ليس فقط القانون الجزائري ، ومن هنا إن كان الخاضع للرقابة مميزا أو وقع ضررا بالغير فلا تتحقق مسؤولية المكلف بها إلا إذا أثبت الخطأ في جانب الخاضع لهذه الرقابة.

ويعد هذا الأخير مسؤولا أصليا ويسأل متولي الرقابة باعتباره مسؤولا تبعا ، و للمضرور أن يرفع دعواه في مواجهة أي منهما بل فرق الفقه كذلك في هذه النقطة بين وجود التمييز و من عدمه و، فإذا كان الخاضع للرقابة غير مميز ووقع ضرر بالغير فإن المسؤولية متولي الرقابة تكون مسؤولية أصلية ولا يكون أمام المضرور إلا مسؤولا واحدا و هو متولي الرقابة ، و في غياب أي مسؤول عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض مادي عادل إذ أن الملاحظ أن القانون السوري جاء بهذا الحكم في نص المادة 165 من القانون المدني السوري إذن فلا يكفي قيام الخاضع بالرقابة لفعل صار فقط بل يجب أن يكون شخص الغير هو من وقع له ضرر فوقع الضرر لنفسه لا يحقق المسؤولية التي نحن بصدددها ، أو أن يقع الغير ضررا به ، فنجد أن الدكتور السنهوري ذهب إلى اعتبار أن العمل الغير مشروع يقع من الشخص الخاضع للرقابة إلا أن يقع عليه أما وقع عليه فليست هناك مسؤولية

¹ - محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 180.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 102.

مفترضة ، ويضرب لنا مثال التلميذ الذي يصاب من أجنبي بالأذى في وقت يكون فيه التلميذ في رقابة مدير المدرسة فلا يكون هنا المدير مسؤولاً عن خطأ أجنبي إلا في حدود القواعد العامة للمسؤولية ، فيجب إذن إثبات الخطأ في جانب المدير حتى يكون مسؤولاً¹.

المطلب الثاني

تسبب الفعل الضار للمحضون في ضرر للغير (العلاقة السببية)

لقد حول المشرع الجزائري وسيلتين للآباء لنفي الخطأ المفترض عنهم فقد خالف بذلك أي مشروع الفرنسي واتفق مع رأي المشرع المصري و هذا ما جسده المادة 134 من قانون المدني الجزائري في فقرتها و التي نصت على " و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية "، فإثبات الآباء أنهم قاموا بواجب الرقابة، أي اتخاذهم لجميع الاحتياطات لمنع أولادهم المشمولين برقابتهم من إلحاق الضرر بالغير ينفي الخطأ المفترض عنهم ، و قد ذهب الأستاذ السنهوري لقوله إلى " اعتبار أنه لا يكفي أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائمة في جانبه ، و لا يلزم المضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية بل الأب هو الذي يثبت أنه لم يسيء تربية ولده"².

لأنه لا يكفي في الآباء أن ينسب إليهم عدم القيام بواجب الرقابة بل أيضا عدم الإساءة في التربية والتهديب أولادهم القصر ، سواء كانوا مميزين أو غير مميزين ، و يتحدد مضمون الالتزام بالرقابة الذي ترتفع المسؤولية بموجبه ، بإثبات القيام به وفقا للقاعدة العامة ببذل عناية الرجل العادي في الملاحظة و الرقابة³ .

ويمكن إثبات للآباء بنفي المسؤولية عنهم وذلك بنفي العلاقة السيئة بين خطئهم المفترض و الضرر الذي أصاب المضرور ،وبذلك بإثبات السبب الأجنبي في القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور و سنتناول في هذا المطلب:

¹ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1002.

² - المرجع نفسه، ص 1007.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 305.

الفرع الأول: النظريات السائدة حول فكرة السببية

تعتبر العلاقة السببية الركن الثالث بعد الخطأ و الضرر و يمكن نفي العلاقة السببية بين خطئهما والضرر الذي أصاب الغير وقيام مسؤولية الباء عن أبنائهم بصفتهم متولي للرقابة ، و يقول الأستاذ بلحاج العربي: «إثبات السببية أمر سهل لأنه يتم عن طريق قرائن الحال و هي قرائن واضحة " .

ونظرا لصعوبة ضبط العلاقة السببية كركن و أهميتها ، نجد أن هذه الفكرة تتنازعها نظريتان هما : نظرية تكافئ الأسباب ونظرية السبب المنتج .

أولا: نظرية تكافئ الأسباب:

و مقتضى هذه النظرية أن أي سبب لولاه ما وقع الضرر ويعتد به مهما كان بعيدا ، و يعتبر أنه سبب متكافئ مع غيره في إحداث الضرر ، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد كونها توسع من المسؤولية كما يعاب عليها عدم التفرقة بين الواقع و جعلها متساوية¹ .

ثانيا: السبب المنتج:

تعقد هذه النظرية بالسبب المباشر إذ أنها تميز بين نوعين من الأسباب المنتجة و ترى أن الأسباب الأخيرة و حدها التي يعقد بها كسبب في إحداث الضرر ، ويركزون على السبب المحدث للضرر المألوف و قد أكد القضاء هذا التوجه في العديد من الأحكام و عرف السبب المنتج بأنه " السبب الذي يحدث الضرر عادة ومعيار ذلك المجرى الطبيعي للأمر " وبالرجوع إلى نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري ، والتي نصت على فكرة الضرر المباشر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ ، وبمعنى آخر إذ لم يكن للضرر علاقة بالخطأ فلا مسؤولية ولا تعويض ، أما عن علاقة السببية في مسؤولية الآباء عن أبنائهم بصفتهم متولي للرقابة فتمكن في تقصيرهم في رقابتهم لأولادهم ، إخلالا بهذا الالتزام كان سببا في حدوث ضرر منهم أصاب الغير² .

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191.

² - عائشة دويسي: مذكرة المرجع السابق، ص ص 216-217.

الفرع الثاني : نفي العلاقة السببية (إثبات السبب الأجنبي)

إثبات السبب الأجنبي جاء في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ سبب لا بدله فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور ، أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك¹ .

أولاً: الحادث الفجائي أو القوة القاهرة

يشترط في القوة القاهرة استمالة الدفع و التوقع و هذا ما يميزها عن الحادث المفاجئ ، و يرى (علي فيلالي) في هذه المسألة أن القانون المقارن يظهر أنه اعتمد بمثل هذا الظرف ، وبناء عليه انتهت العلاقة السببية إذ أثبت أن الضرر لا بد من وقوعه و لو قام بواجبه إلا أن القاضي في أي حال هم من يتولى تقدير ظروف وملابسات توافرها وتقدير ما إذا كان ظرف المفاجئة أمر متوقع و يترتب عنه نفي المسؤولية² إذن تنتفي مسؤولية الآباء ، عن أبناءهم بصفتهم متولي للرقابة إذا أثبتت أن القوة القاهرة هي سبب في حدوث الضرر للمضرور .

ثانياً: خطأ الغير

الغير هو كل شخص ما عدا المضرور و متولي الرقابة و المشمول ويشترط في فعل الغير أن يكون الفعل خطأ و أن تتوافر العلاقة السببية بين خطأ الغير و الضرر الذي لحق بالمضرور³ .

ثالثاً: خطأ المضرور

يمكن للأباء بصفتهم متولي الرقابة عن أبنائهم ، أن يتخلصوا من مسؤوليتهم إذ أثبتوا أن الخطأ حدث بفعل المضرور ، و بذلك تنتفي العلاقة بين خطتهم المفترض و العلاقة السببية ويشترط لذلك أن ينحرف المضرور عن سلوك الرجل المعتاد بحيث يلحق بنفسه

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 195.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 119.

³ - عائشة دويسي، مذكرة المرجع السابق، ص 247.

ضرراً ، و أن يكون المضرور مميزاً ، مع توافر العلاقة السببية بين الخطأ المضرور والضرر الذي أصابه¹.

¹ - عائشة دويسي، مذكرة المرجع السابق، ص 248.

خلاصة الفصل الأول

رأينا من خلال هذا الفصل أنه طبقا للمادة 134 من القانون المدني الجزائري فإن الشخص يكون بحاجة الي الرقابة بسبب حالته العقلية كأن يكون مجنون أو بسبب القصر أي غير راشد أو بسبب حالته الجسدية كأن يكون أعمى.

و تعتبر مسؤولية الآباء على الأبناء في حالة الطلاق مسؤولية استثنائية علي اعتبار أن الشخص لا يسأل عن فعل غيره .

كما رأينا أنه في صدد تحديد المسؤول المدني عن الطفل المحضون في حالة الطلاق أنه يتحملها الأب انطلاقا من مبدأ الولاية علي النفس أو انطلاقا من نص المادة 134 و 135 الملغاة والتي حددت أن الأب هو الرقيب الوحيد عن ابنائه مادام حيا ولا مسؤولية للأم دون تطرقها الي الحالات التي يمكن أن تطرأ مثل حالة الطلاق وانعدام الرقابة الفعلية للأب والتي قررتها المادة 134 ق.م.ج حيث كرست من خلالها مبدأ الرقابة الذي يجب أن يتجسد لتحديد المسؤولية المدنية للأب.

أما في قانون الأسرة فإن الأشخاص الذين يتولون رقابة القاصر نصت عليهم المادة 2/87 ق.أ.ج (في حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد).

وكذلك نصت المادة 64 ق.أ.ج " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة للأم ثم الجدة للأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الاقربون"

كما خالصنا أنه يشترط طبقا للمادة 134 لقيام مسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق بالإضافة الى قيام واجب الرقابة شرطان أساسيان هما:

- صدور الفعل الضار عن المشمول بالرقابة، وأن الفعل الضار ليس هو نفسه الفعل الخاطئ أو غير المشروع كما كان الحال في ضوء نص المادة 134 قبل التعديل.

- تسببه بضرر للغير ورأينا أن ركن السببية في هذه المسؤولية مفترض فلا يطلب من المضرور إثباته.

الفصل الثاني

أساس المسؤولية المدنية للآباء على الأبناء في

حالة الطلاق

الفصل الثاني

أساس المسؤولية المدنية للأبباء على الأبناء في حالة الطلاق

تمهيد وتقسيم

إن الأصل أن كل إنسان مسؤول عن نفسه وأفعاله إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على عومه ، لأن له استثناء خرج من خلاله المشرع عن هذا المبدأ العام من خلال تكريسه للمسؤولية عن فعل الغير من خلال صورتين ، هما مسؤولية التابع عن أفعال تابعه، و مسؤولية متولي الرقابة، ولا تتحقق هذه المسؤولية الأخيرة، إلا إذا كان هناك التزام بالرقابة.

وفي المسؤولية عن الفعل الغير كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق، خصوصية من حيث الأساس القانوني الذي تقوم عليه، ونقصد بالأساس القانوني هنا، السبب الذي من أجله جعل المشرع من الالتزام بالتعويض يقع على عاتق متولي الرقابة، فإذا كان ظاهراً من نص المادة 134 خاصة في فقرتها الثانية (ق.م.ج) أن أساس مسؤولية متولى هي الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، فإن هذه الحقيقة التي يكرسها هذا النص قابلة للمناقشة في إطار مسؤولية متولي الرقابة عموماً وفي إطار مسؤولية الأب و الأم في حالة الطلاق على وجه الخصوص خاصة بعد التعديل الذي طرأ على النص السالف، وعليه سنتناول الموقف من أساس مسؤولية الآباء عن الأبناء قبل تعديل المادة 134 مدني جزائري (المبحث الأول) وفي (المبحث الثاني) مدى تأثير تعديل المادة 134 مدني في أساس مسؤولية الأب والأم عن المحضون.

المبحث الأول

الموقف من أساس مسؤولية الآباء عن الأبناء قبل تعديل المادة 134 من القانون

المدني الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على القاعدة العامة لمسؤولية المكلف بالرقابة على من هو تحت رقابته وذلك في نص المادة 134 مدني (قبل التعديل) والتي جاء فيها (كل من يجب عليه قانونا واتفاقا رقابة شخص في حاجة الي الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي احدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .)

كما أورد المشرع الجزائري في نص المادة 135 من نفس القانون بعض الحالات المعينة والخاصة منها المتعلقة بمسؤولية الآباء عن الأبناء وهو موضوع الدراسة (يكون الأب وبعده الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما....)¹.
والحقيقة أن الاجتهاد القضائي فيما يخص المسؤولية عن عمل الأبناء الضار، قد استقر على تحميل الأب عبئ التعويض كما سبق أن أشارنا.²، وعلى ذلك سنقتصر الدراسة هنا على أساس مسؤولية الأب، فنميز بين حالتين: الحالة الأولى، وهي حالة الأب الذي يحتفظ بحضانة الأبناء (**المطلب الأول**)، و أما الحالة الثانية، هي حالة الأب الذي يفقد حق الحضانة فتسند للأم أو غيرها (**المطلب الثاني**).

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، طبعة، 2002، المرجع السابق، ص 88.

² - راجع الفصل الأول من هذه المذكرة، ص 31 وما يليها.

المطلب الأول

أساس مسؤولية الأب في حال إسناد حضانة المشمول بالرقابة له

الحقيقة أنه في حال إسناد الحضانة الى الأب، فإنه وضعه يتساوى بمركز كل مكلف بالرقابة، وتستند مسؤولية متولي الرقابة ومن في حكمه الي واجب الرقابة، الذي يتحملونه قانونا أو اتفاقا، وقياسا على ذلك، إذا انعدم واجب الرقابة انعدمت معه المسؤولية والغرض من ذلك منع المشمول بالرقابة من الإضرار بالغير في حين يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من هذه المسؤولية، إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية.

وعليه نتناول في (الفرع الأول) النظريات التي قيلت في تأسيس مسؤولية متولي الرقابة وفي (الفرع الثاني) وسائل نفي المسؤولية.

الفرع الأول : النظريات التي قيلت في تأسيس مسؤولية متولي لرقابة

هناك إجماع لدى الفقه كما القضاء على أن أساس مسؤولية متولي الرقابة بما فيها مسؤولية الأب في حال إسناد حضانة المشمول بالرقابة له تقوم علي فكرة الخطأ المفترض وهذا ما تبناه المشرع صراحة من خلال الفقرة الثانية من المادة 134 وهو أيضا ما قال به الفقه و القضاء الجزائريين، وعليه سنتناول مضمون نظرية الخطأ المفترض (الفرقة الأولى) وموقف الفقه والقضاء الجزائري في (الفقرتين الثانية والثالثة).

أولا : مضمون نظرية الخطأ المفترض

تقوم مسؤولية المكلف بالرقابة على أساس الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة والمتمثل في الإخلال والتقصير بما يجب عليه من واجب الرقابة مما أدى الى الإضرار بالغير نتيجة لعدم بذله ما ينبغي من العناية في رقابة المشمول بالرقابة، وقد استقر الفقه والقضاء بأن مسؤولية متولي الرقابة تقوم علي خطأ مزدوج خطأ في الرقابة خطأ في التربية على افتراض أنه أساء في تربية المشمول بالرقابة وقصر في رقابته¹ ويتسع افتراض الخطأ لمدا أبعد، فيفترض أيضا أن متولي الرقابة قد أساء تربية

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 64.

المشمول بالرقابة، فهياً له بسوء التربية سبل العمل الغير مشروع¹ وقرينة الخطأ هذه لا يحتج بها إلا المضرور في علاقته بمتولي الرقابة، فلا يجوز له التمسك بها في مواجهة المشمول بالرقابة، بل يتعين إثبات الخطأ في جانبته².

ولقد عرف الخطأ بأنه انحرافا في سلوك الشخص العادي مع إدراكه لهذا الانحراف ، غير أنه وفي خضم كثرة التعريفات استقر الفقه والقضاء على تعريفه: بأنه الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد مع ادراك الشخص لذلك³.

فإذا ما سبب المشمول بالرقابة ضررا للغير فيفترض في الرقيب تقصيره في التزامه بالرقابة والرعاية والتربية وهي مسؤولية قائمة علي خطأ مفترض أساسها قرينة الخطأ التي يفترضها القانون في المكلف بالرقابة، وتبعاً لذلك فهي قرينة قابلة لإثبات العكس⁴.

ثانيا : موقف الفقه الجزائري

لقد أجمع الفقه على أساس مسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض في واجب الرقابة⁵، فاستنادا إلى نص المادة 134 فقد فرض المشرع الجزائري على من يتولى رقابة شخص آخر سواء كان بسبب السن أو الحالة العقلية أو الجسمية، وأيا كان مصدره القانون أو الاتفاق، أن يقوم بذلك على نحو يمنعه من الإضرار بالغير، فإذا أضر المشمول بالرقابة بالغير كان ذلك تقصيرا وإخلالا بواجب الرقابة طبقا لنص المادة 134 مدني، وأن المكلف بالرقابة لم يبذل من العناية ما يمنع به المشمول بالرقابة من الإضرار بالغير .

ولم يكتفي المشرع الجزائري بافتراض الخطأ في جانب المكلف بالرقابة بل افترض أيضا قيام رابطة السببية بين الفعل الصادر عن المشمول بالرقابة خطأ المكلف بالرقابة، ونتيجة لذلك فالإخلال بواجب الرقابة هو الذي أدى الى حدوث الضرر، وبذلك يكون المشرع الجزائري افترض الخطأ في جانب المكلف

¹ - رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005، ص 28.

² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 305.

³ - المرجع نفسه، ص 64.

⁴ - المرجع نفسه، ص 28.

⁵ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 123 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 27-28.

بالرقابة وافترض أيضا قيام الرابطة السببية بين التقصير والإهمال أو الخطأ المفترض المنسوب له والضرر الذي أصاب المضرور¹.

لكن ورغم إجماع الفقه على أن الخطأ المفترض هو الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المكلف بالرقابة، لكن هذا لم يمنع من ظهور اختلاف آخر تعلق بحدود الخطأ المفترض، فهل يمكن حصر هذا الخطأ في الرقابة فقط، أم في الرقابة والتربية معا؟

وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين رأيين مختلفين في هذا الخصوص :

الرأي الأول : والذي يرجع بدوره الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة الى أبعد من الرقابة بل ويتعداه الى الخطأ أو سوء التربية، أي أن الخطأ المفترض هنا هو في الرقابة والتربية معا، ويمثل هذا الاتجاه أو هذا الرأي الأستاذ محمود جلال حمزة والذي يري بأن المشمول بالرقابة إذا أحدث ضرر بالأخرين فهنا يجب افتراض خطأ المكلف بالرقابة، والذي يتمثل في الإخلال بما يجب عليه من واجب الرقابة والتربية السليمة بما ينبغي عليه من العناية والرعاية، وهو نفس رأي الأستاذ صبري السعدي، والذي يري بأن المسؤولية تقوم على خطأ مفترض، يتمثل في تقصير الرقيب في أداء واجب الرقابة أو أساء تربية المشمول بها².

كما يري الأستاذ بالحاج العربي بأن الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة يتمثل في الإخلال بواجب الرقابة أو التقصير في القيام بهذا الواجب³.

وهو بدوره يميز بين حالتين أو فرضين في معرض تناوله لوسائل دفع المسؤولية، ففي الحالة الأولى والتي يكون فيها المكلف بالرقابة شخص آخر غير الأب والأم، فعند وقوع الضرر من جانب المشمول بالرقابة، فما على المكلف بالرقابة إلا إثبات أنه قام بكافة الاحتياطات المعقولة لمنع المشمول بالرقابة من إحداث الضرر بالغير، وهذا كاف لدفع المسؤولية الملقاة على عاتقه .

¹ - عمر بن الزويعر، رسالة المرجع السابق، ص 304.

² - نفس المرجع ، ص 269.

³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 304.

أما الحالة الثانية وهي الواردة في نص المادة 135 مدني (الملغاة) والتي يتولى فيها الرقابة الأب والأم، ففي هذه الحالة لا يكفي الأبوين لدفع المسؤولية الملقاة على عاتقهما مجرد إثبات أنهم لم يسيئوا تربية أبنائهم ولم يقصروا في واجب التربية وحسن التهذيب¹.

الرأي الثاني : والذي يرى بدوره أن الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة هو خطأ في الرقابة فقط وهو رأي الأستاذ علي علي سليمان والذي يؤسس مسؤولية المكلف بالرقابة على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، وأن نفي مسؤولية المكلف بالرقابة يكون بوسيلتين :

أ : نفي الخطأ من خلال إثبات عدم التقصير في واجب الرقابة

ب : أن الضرر كان لا بد من حدوثه أو وقوعه ولو قامت بواجب الرقابة أي بنفي العلاقة السببية المفترضة بين الرقابة والضرر².

ويضيف الأستاذ علي علي سليمان أن مطالبة الوالدين بنفي سوء التربية للتخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقهما يتنافى مع مضمون الفقرة الثانية من نص المادة 135 مدني، لأن هذا النص مثله مثل الفقرة السابعة من المادة 1384 مدني فرنسي والفقرة الثانية من المادة 173 مدني مصري لم تنص على سوء التربية ولم يفرق بين الأبوين وبين المعلمين والمربين وأرباب الحرف بصدد التخلص من المسؤولية، وعليه يرى الأستاذ علي علي سليمان أنه ينبغي التقيد بحرفية هذه النصوص (1)

ومن جهته يرى الأستاذ علي فيلالي بأن الخطأ الذي يفترض في جانب متولي الرقابة هو الخطأ في الرقابة الذي يلتزم بموجبه الأخير بمنع المشمول بالرقابة من الإضرار بالغير بسبب حالة القصر أو حالته العقلية أو الجسمية وأن الراعي يكون قد قصر في واجبه أو لم يحم به كلما ألحق المرعي ضرراً بالغير (2).

ثالثاً : موقف القضاء الجزائري

القضاء الجزائري لم يتردد في الكثير من أحكامه في تأسيس مسؤولية المكلف بالرقابة على فكرة الخطأ المفترض في الرقابة والتربية معاً، في العديد من أحكامه ففي قرار المجلس الأعلى للقضاء المؤرخ

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 304.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 25.

في 1983/03/02 والذي جاء فيه (...حيث أن مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل رقابة وتربية ولده ولا تسقط هذه الفرضية إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة والرعاية والتوجيه حيث أن ارتكاب هتك العرض من قبل ولد قاصر مميز بسبب إهمال الأب في تربية ابنه بصفة قطعية (...)¹.

وفي قرار آخر اعتبرت المحكمة العليا إخلال المكلف بالرقابة بواجبات الرقابة خطأ يقيم مسؤولية ويلزم بالتعويض فقد جاء في القرار رقم 77237 المؤرخ في 1992/05/11 ما يلي (... لكن حيث أنه بموجب أوراق ملف القضية والحكم المستأنف فيه والقرار المطعون فيه تبين أن قضاة الموضوع التزموا صحيح القانون ولم يخرقوا مقتضيات المادة 134 مدني إذ اتضح لهم في إطار سلطتهم التقديرية لوقائع الدعوى أن مسيري فريق كرة القدم الذي انخرط فيه الهالك قصروا في ممارسة رقابتهم على هذا الأخير باعتباره قاصرا لم يبلغ سن الرشد قد عرض حياته للخطر عندما غادر أرضية الملعب لبحث عن الكرة بعد خروجها من الميدان خلال المقابلة التي كان يشارك فيها الضحية في صفوف الطاعة الشيء الذي أودي بحياته ولهذا فإن الوجه المثار غير وجيه ويتعين رفض الطعن ..)².

الفرع الثاني : وسائل نفي المسؤولية متولي رقابة

لقد اقام المشرع الجزائري مسؤولية متولي الرقابة علي خطأ مفترض قابل لإثبات العكس حماية للضحية وحفاظا على حقه في تعويضه عن الضرر الذي لحق به فبمجرد صدور الفعل الضار من المشمول بالرقابة من خلال افتراض التقصير في جانب المكلف بالرقابة، إلا أن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس من جانب المكلف بالرقابة وذلك طبقا لنصّ الفقرة الثانية من المادة 135.

والتي أدرجت بدورها وسيلتين لدفع هذه المسؤولية وهما أنه إذا أثبت المكلف بالرقابة أنه قام بواجب الرقابة (الفرقة الأولى) وينفي العلاقة السببية (الفرقة الثانية) .

¹ - قرار المجلس الأعلى للقضاء، رقم 30064، بتاريخ 1983/03/02، نشرة القضاة، العدد الثالث، جويلية 1985، ص 27.

² - عمر بن سعيد: الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، 2004، ص 64.

أولاً : إثبات القيام بواجب الرقابة

يستطيع المكلف بالرقابة نفي الخطأ عن نفسه بإثبات أنه قام بواجب الرقابة بعناية وحرص واتخذ الاحتياطات المعقولة ليحول دون الإضرار بالغير، ويتحدد مضمون الالتزام بالرقابة الذي تنتقي معه مسؤولية المكلف بالرقابة، بإثبات القيام به وفقاً للقاعدة العامة ببذل عناية الرجل العادي في الملاحظة والرقابة¹ أما إذا كان المكلف بالرقابة أباً أو أما، فعليه أيضاً أن يثبت أنه أحسن تربية ولده².

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في 1983/03/02 من أن (... مسؤولية الأب عن أفعال ولده القاصر تقوم على أساس خطأ مفترض أنه أهمل مراقبته وتربيته ولا تسقط هذه القرينة إلا أثبت الأب أنه قام بواجب الرعاية والتوجيه ومن ثم فإن ارتكاب هتك عرض فتاة من قبل ولد مميز يثبت إهمال الأب في تربية ابنه بصفة قطعية...)³.

ثانياً: نفي العلاقة السببية

إذا ما تعذر على المكلف بالرقابة إثبات واجب الرقابة فإنه يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض في جانبه والضرر الحاصل من المشمول بالرقابة وفي هذا نصت الفقرة الثانية من المادة 135 مدني علي ما يلي : (...ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية... أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية)، فالسببية بين الخطأ المفترض والضرر الذي أصاب الضحية تنتقي إذا أثبت المكلف بالرقابة أن الفعل الضار الذي وقع لا علاقة له بخطأ من جانبه، وإنما كان بسبب أجنبي من شأنه أن يؤدي الى وقوع هذا الفعل رغم اتخاذ كل الإجراءات المعقولة، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير⁴.

والسبب الأجنبي المعتمد به والمقصود هنا يكون بالنسبة لمتولي الرقابة ، لا بالنسبة للمشمول بها، فلو كان العمل الضار الذي أتاه المشمول بالرقابة يرجع إلى سبب أجنبي بالنسبة إليه، فإن مسؤوليته

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 305.

² - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 410.

³ - قرار مشار إليه سابقاً.

⁴ - بلحاج العربي، نفس المرجع ، ص 307.

متولي الرقابة لا تنتفي لتوافر حالة من حالات السبب الأجنبي، وإنما بسبب أن مسؤولية المشمول بالرقابة خاصة القاصر المميز لم تتحقق، خاصة وأنه في ظل النصوص القديمة المنظمة لمسؤولية متولي الرقابة، كانت مسؤولية الأخير مسؤولية تبعية وليست أصلية، أي يتطلب قيامها قيام مسؤولية المشمول بالرقابة¹.

المطلب الثاني

أساس مسؤولية الأب في حالة إسناد الحضانة لغيره (الأم أو أي شخص آخر)

تقوم مسؤولية متولي الرقابة سواء المجسدة في المادة 134 مدني أو في التطبيقات المنصوص عليها في نص المادة 135 مدني على قرينة الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، بمعنى أنه بمجرد وقوع العمل الغير مشروع من المشمول بالرقابة، فإنه يفترض أن متولي الرقابة قد أحل بواجب الرقابة، ففترتب مسؤولياته، لذا يقال أن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على الخطأ المفترض، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، حيث يمكن لمتولي الرقابة أن ينفي الخطأ المفترض في حقه ليتخلص بذلك من المسؤولية، وذلك بأنه بذل العناية الواجبة في الرقابة، كأن يثبت أنه اتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع الضرر، وإما بإثبات السبب الأجنبي الذي بموجبه يقطع العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر.

لكن هذا الطرح حول أساس مسؤولية المكلف بالرقابة في القانون الجزائري يدعونا للوقوف على جملة من المعطيات التي قد تدفع ربما الى التفكير جدياً في إعادة النظر في الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية والتي تبدو من خلال الكثير من تفاصيلها أقرب الى المسؤولية الموضوعية منه الى المسؤولية القائمة على الخطأ ولو مفترضا²، وعلى هذا الأساس سنتناول في (الفرع الأول) استبعاد الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية متولي الرقابة و الانتقادات الموجهة لفكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الأب في حال اسناد الحضانة للأم (الفرع الثاني).

الفرع الأول : استبعاد الخطأ المفترض بسبب تخلف شرط المساكنة طبقاً للمادة 135

كما سبق ورأينا هناك إجماع فقهي وقضائي على أن المسؤولية المقررة بموجب المادة 134 مدني أساسها الخطأ المفترض في جانب المكلف بالرقابة وبالرجوع دائماً الى نص المادة 134 مدني والتي تلقي

¹ - راجع هذه المدكرة، ص 40 وما يليها.

² - عمر بن الزويبر، رسالة المرجع السابق، ص 271.

بدورها علي عاتق المكلف بالرقابة التزاما إما بالرعاية أو التربية الحسنة للمشمول بالرقابة، فإذا ما أضر هذا الأخير بالغير أفترض التقصير في جانب المكلف بالرقابة وهذا المضمون يتفق مع المعيار العام للخطأ الشخصي الذي نجد فيه انحراف عن مسلك الرجل المعتاد، إذا وجد في ذات الظروف التي يوجد فيها الشخص المسؤول.

غير أن إقامة مسؤولية متولي الأب في حالة اسناد الحضانة للأم في ظل النصوص القديمة أي المواد 134-135 يتناقض في خاصة مع نص المادة 135، والتي رأينا أنها تشترط مساكنة الأب و الأم للمشمول بالرقابة، وهو ما لا يتوافر بالتأكيد في حالة الطلاق التي تسند فيه الحضانة للأم أو لغيرها من الأقارب وفقا لما ينص عليه قانون الأسرة الجزائري.

ففي حالة الطلاق والتي يتم فيها اسناد الحضانة للأم بموجب حكم اسناد الحضانة، فإن الأب يكون غير قادر على ممارسة الرقابة الفعلية على الأبناء وتربيتهم بسبب اقامتهم مع طليقته، حيث تكون الأم هي التي تتوافر لها الرقابة والسلطة الفعلية على الأبناء، وهي من تتولى توجيههم وتربيتهم، ومع ذلك إذا تسبب الابن المحضون في أي ضرر للغير، فإن الأب في نظر القانون هو المكلف بالرقابة، وهو من يفترض تقصيره وخطئه في القيام بواجب الرقابة والتربية، وتبعاً لذلك فلأب هو من يتحمل عبء التعويض عن الضرر الذي يلحق الغير والذي يتسبب فيه المحضون، رغم ؟ أنه واقعا لا يمكن أن ينسب إليه خطأ كونه غير قادر على ممارسة واجباته بالرقابة والتربية¹.

ولأسباب السابقة كانت المحكمة العليا في بداية الأمر تعفي الأب في حالة الطلاق مع اسناد الحضانة للأم من المسؤولية والتعويض، وتجعل هذا الالتزام يقع على عاتق الأم حيث قررت المحكمة بتاريخ 13 نوفمبر 1970، قضت المحكمة العليا (المجلس الأعلى للقضاء) بأن "... المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم يكون مسؤولاً عن تربية الولد المحضون وحمايته ورعايته، ويكون مسؤولاً مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير مدة الحضانة..."².

فالمحكمة في هذا القرار تقرّ ضمنا بأن الأب أو الأم الذي لا تسند إليه الحضانة لا يكون بمقدوره القيام بواجب الرقابة ومن ثمّ قررت اعفائه وعدم تحميله المسؤولية والتعويض للمضور وهو موقف منطقي وسليم من قضاة المحكمة.

1 - عمر بن الزوبير، رسالة، المرجع السابق، ص 275 .

2- قرار مشار إليه سابقا.

أشارت اليه دويسي عائشة، مذكرة مرجع سابق، ص 99 ، كما أشار إليه عمر بن الزوبير ، نفس المرجع، ص 275.

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة لفكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الأب في حال اسناد الحضانة للأم

الحقيقة أن الانتقادات الموجهة لفكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية متولى الرقابة عموماً هي نفسها التي تساق عند الحديث على مسؤولية الأب في حالة الطلاق، فالفقه انتقد فكرة الخطأ المفترض بالقول أن تأسيس مسؤولية المكلف بالرقابة على الخطأ المفترض هو ذاته دليل على عجز المسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات والتي جعل منها المشرع الجزائري الشريعة العامة للمسؤولية التقصيرية من خلال نص المادة 124 مدني فالخطأ المفترض الذي يقول به أنصار فكرة الخطأ لا يعدوا أن يكون خطأً سورياً لا وجود له في الواقع، فالأمر لا يعدوا كونه حيلة لجأ إليها القضاء لتجنب الضرر مشقة إثبات الخطأ سواء في المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن فعل الأشياء¹.

وفي هذا السياق يقول الأستاذ سليمان مرقس حول افتراض خطأ المكلف بالرقابة في شقه المتعلق بالإخلال بواجب التربية (...). إن افتراض الخطأ هو قرينة قانونية وإن القرائن تبني على الغالب من الأحوال. فإذا كان افتراض الخطأ في الرقابة يتفق مع الغالب من الأحوال بحيث إذا ارتكب الخاضع للرقابة عملاً ضاراً أثناء وجوده في رقابة غيره يرجع معه إخلال من يتولى رقابته بواجب الرقابة أما خطأ متولى الرقابة في التربية فلا يصح افتراضه وإنما يتوجب إثباته لأنه لا يطابق الغالب من الأحوال وذلك أن الخطأ في التربية يعود الي عهد بعيد قبل وقوع العمل الضار للخاضع للرقابة فيكون من المجازفة افتراضه.....)².

فالمكلف بالرقابة يستطيع التخلص من قرينة الخطأ في الرقابة وذلك بإثبات أنه قام بواجب الرقابة و اتخذ العناية والاحتياطات المعقولة التي من شأنها الحيلولة دون إضرار المشمول بالرقابة بالغير فالأمر يختلف بالنسبة للخطأ المتعلق بالتربية لأن كل من الأب

¹ - عمر بن الزويبر، رسالة، المرجع السابق، ص 272.

² - سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني - الالتزامات - المجلد الثاني - الفعل الضار، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة 1988، ص 787.

والأم يقع علي عاتقهم إثبات القيام بواجب التربية علي أحسن وجه فهل يكفي من جانبهم الادعاء بقيامهم بواجب التربية جيدا وأنهم حرصوا علي تعليم ابنهم بأحسن المدارس وذلك للقول بانتفاء الخطأ في التربية ؟ وهل يمكن إثبات ذلك بشهادة الشهود وعليه يمكن القول أن افتراض الخطأ في هذا التطبيق من تطبيقات المسؤولية ما هو إلا صورة من صور التوسع في ركن الخطأ من خلال ما يمكن نسبته الي الإهمال والتقصير للمكلف بالرقابة فيما أحدث المشمول بالرقابة ضررا بالغير والحكمة من افتراض خطأ المكلف بالرقابة هي حثه ودفعه علي بذل أكثر جهد في الرقابة وحسن التربية¹.

أما من حيث إثبات رابطة السببية بين الضرر والفعل الضار الصادر عن المشمول بالرقابة يستدعي حتما من المضرور إثبات الوقائع الدالة علي خطأ المكلف بالرقابة في أداء واجب الرقابة ومن شأن ذلك جعل قرينة خطأ المكلف بالرقابة عديمة الجدوى ولا فائدة منها وهو ما لم يقصده المشرع حتما ومن ثم كان لزاما إعفاء المضرور من إثبات رابطة السببية ايضا .

وإذا كانت مسؤولية متولي الرقابة قائمة علي خطأ مفترض وسببية مفترضة أيضا فإن ذلك يجعل من هذه المسؤولية المكلف بالرقابة مسؤولية مفترضة أو مسؤولية بقوة القانون وهذه الأخيرة هي أقرب ما تكون إلي المسؤولية الموضوعية منه إلي المسؤولية الشخصية القائمة علي الخطأ.

أما بالنسبة لحالة مسؤولية الأب في حالة الطلاق مع اسناد الحضانة للأم، فإنه يمكن القول بأن القضاء الجزائري قضى بمسؤولية الأب في هذه الحالة رغم عدم توافر الحضانة للأب، وذلك بالاستناد إلى المادة 2/87 من قانون الأسرة ، فربط التكليف بالرقابة بالنسبة للأبناء بالولاية على النفس²، فلا أهمية لإقامة المشمول بالرقابة مع الأب فعليا لأنه ورغم أن

¹ - عمر بن الزويبر، رسالة مرجع سابق، ص 273-274.

² - قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية بتاريخ 13/11/1970، نشرة القضاء، العدد 1، السنة 1972، ص 67.

هذه الإقامة لا تكون متاحة في حالة الطلاق والتي تسند فيها الحضانة لأم، فقد رأى بعض الفقه أنه يكفي هنا حق الزيارة لأب لممارسة واجباته بالرقابة والتربية، وذلك على الرغم من أنه يتعذر على الأب واقعا القيام بواجب الرقابة والتربية، ومع ذلك فإن الأب وطيلة فترة حياته يبقي المسؤول عن تصرفات أبنائه طبقا لما تمليه عليه السلطة الأبوية، رغم أنه مخالف للعقل والمنطق لعدم ممارسة الأب لهذه الرقابة في حالات الطلاق.

و رغم هذا الاختلاف والتناقض إلا أن المحكمة العليا استقرت على أن الالتزام بالرقابة في حالة الطلاق يقع على عاتق الأب استنادا الي الولاية علي النفس فقضت المحكمة تبعا لذلك بإعفاء الأم الحاضن عن المسؤولية المقررة بموجب المادة 134مدني لأن ليست لها الولاية على ابنها القاصر رغم إقامته معها بمقتضي حكم إسناد الحضانة وذلك رغم أن الأب غير مقيم مع المشمول بالرقابة ورغم صعوبة ممارسة واجب الرقابة والتربية الحسنة ورغم ذلك أن المحكمة حملت الأب مسؤولية عن الأضرار التي تسبب فيها المشمول بالرقابة ولكن دون خطأ واقعي وفعلي ينسب إليه .

مما سبق يمكن القول بأن تحميل الأب المسؤولية عن الأفعال الضارة التي يأتيها أولاده في حالة الطلاق مع إسناد الحضانة للأم لا يمكن أن يكون على أساس التقصير أو الخطأ في القيام بواجب الرقابة أو التربية، وحينها يكون على الأرجح أن المشرع إنما أراد تحميل المسؤولية عن المشمول بالرقابة للأب مراعاة منه للمضروور وضمانا لحقه في التعويض بسبب أن الأب يكون هو على الأغلب من يتوافر على الملاءة المالية الكافية للوفاء بالتعويض .

المبحث الثاني

مدى تأثير تعديل المادة 134 في أساس مسؤولية الأب والأم عن المحضون

يتطلب تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الأب والأم في حالة الطلاق عن الأضرار التي يتسبب فيها المحضون في ظلّ النص المعدّل للمادة 134 والنصوص الأخرى ذات الصلة التطرق لمختلف التعديلات التي مسّت النصوص ومن ثم محاولة استخلاص الأساس القانوني الملائم لهذا التطبيق من تطبيقات المسؤولية.

والحقيقة أن في ظل عدم وجود نصوص خاصة بمسؤولية الأب والأم في حالة الطلاق، فإن هذه المسؤولية تظلّ خاضعة لنفس المبادئ والأسس التي تحكم مسؤولية متولي الرقابة عموماً.

ولدراسة أساس مسؤولية الأب والأم في حالة الطلاق نستعرض من خلال هذا المبحث مختلف التعديلات التي مسّت النصوص المنظمة لمسؤولية متولي الرقابة خاصة المادة 134 وتأثيرها في أساسها (المطلب الأول)، وبناء على الأساس القانوني المستخلص سوف نتحدد وسائل نفيها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تأثير تعديل المادة 134 بالنسبة لأساس مسؤولية الأب والأم (إقرار المسؤولية بقوة القانون للأب و الأم عن الأفعال الضارة للمحضون)

سنحاول من خلال هذا المطلب استعراض أهم التعديلات التي مسّت مسؤولية متولي الرقابة والتي من شأنها التأثير في الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية في (فرع أول) ومن ثم محاولة استخلاص الأساس القانوني المناسب لهذا التطبيق من تطبيقات المسؤولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعديلات التي تؤثر في أساس في مسؤولية الأب و الأم

من بين أهم التعديلات التي أدخلت على مسؤولية متولي الرقابة والتي تؤثر بشكل أو بآخر في مسؤولية متولي الرقابة والأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية عموماً ومسؤولية الأب والأم في حالة الطلاق موضوع بحثنا يمكن التطرق الى ثلاث نقاط أساسية:

أولاً: الاقتصار على التدخل التسببي لفعل المشمول بالرقابة بدلا عن عمله غير المشروع

بخلاف النص القديم للمادة 134 فإن النص المعدل لذات المادة بمقتضى القانون 05-10 ألقى عبارة ' فعله غير المشروع ' واستبدلها بعبارة جديدة هي " فعله الضار"، فالنص القديم يشترط في رجوع المضرور على متولي الرقابة أن يكون الضرر الذي أصابه نتيجة عمل غير مشروع صادر عن الخاضع للرقابة، وذلك يعني التزام المضرور بإثبات انحراف في سلوك الخاضع للرقابة عن السلوك المألوف أو المعتاد، وهو ما يعني اثبات خطأ الخاضع للرقابة.، اما النص المعدل للمادة 134 لم يشترط مثل هذا الإثبات من المضرور بل اكتفى بالفعل التسببي للمشمول بالرقابة، حيث نصت المادة 134 ان المكلف بالرقابة يكون ملزما بتعويض الضرر الذي ذلك الشخص بفعله الضار، فلا يطلب من المضرور اثبات خطأ المشمول بالرقابة، وإنما يكفي اثبات التدخل التسببي لفعل المشمول بالرقابة في احداث الضرر، تماما كما هو الحال بالنسبة لتدخل الشيء في احداث الضرر في المسؤولية الشئئية طبقا للمواد 138-139 (ق.م.ج)¹.

ثانياً: الغاء المادة 135 (ق.م.ج) الخاصة بمسؤولية الأب والأم

من ناحية أخرى عمد المشرع الجزائري من خلال تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 الى الغاء نص المادة 135 والتي كانت تقرر حالات خاصة من مسؤولية متولي الرقابة من بينها حالة الأب والأم، وبهذا التعديل يكون المشرع الجزائري قد ساوى بين مركز الأب والأم بخصوص المسؤولية المقررة على عاتقهما عن أبنائهم وهي القائمة على أساس الخطأ المفترض في جانبهما مع مركز باقي حالات تولي الرقابة الأخرى سواء كان مصدرها القانون او الاتفاق، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي والذي لم يجعل من قرينة الخطأ المفترض سوى في حالة المسؤولية المقررة على عاتق الأب و الأم، بينما ابقى باقي حالات تولي الرقابة الأخرى تخضع لقاعدة الخطأ الواجب الإثبات.

والحقيقة أن هذا التوسع في اعمال قرينة الخطأ المفترض على كل حالات تولي الرقابة دون تمييز مركز الأب و الأم الذي يبقى استثنائيا عن باقي الحالات الأخرى، فيه تشدد في مسؤولية متولي الرقابة من غير الأب و الأم².

¹ - عمر بن الزويير، رسالة، المرجع السابق، ص 278.

² - نفس المرجع ، ص 277.

ثالثا: تعديل المادة 137 (ق.م.ج) وحق الرجوع لمتولي الرقابة

من بين أهم التعديلات التي تم إدخالها على مسؤولية متولي الرقابة هو التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على المادة 137 (ق.م.ج) والتي كانت تقرر حق الرجوع لمتولي الرقابة على المشمول بالرقابة، والتي كانت تنص " للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها الغير مسؤولا عن تعويض الضرر " وقد أصبح النص بعد تعديله كالآتي: " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

فبموجب هذا التعديل أصبح متولي الرقابة يتحمل نهائيا عبء تعويض الضرر الذي يتسبب فيه المشمول بالرقابة، ويرى البعض أنه بتعديل المادة 137 أصبحت مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الجزائري مسؤولية شخصية و أصلية وليست مسؤولية تبعية عن عمل الغير، وهو ما يستتبع أنه لا يكون للمضروب الرجوع على المشمول بالرقابة غير المميز بالتعويض لا بصفة شخصية لتعارض ذلك مع نص المادة 125 (ق.م.ج) والتي تشترط التمييز لانعقاد المسؤولية، ولا بوصفه متضامنا مع المكلف بالرقابة على أساس المادة 134 لأن متولي الرقابة مسؤول أصلي وشخصيا وليس تباعي عن الأضرار التي يتسبب فيها الخاضع للرقابة، أما المشمول بالرقابة المميز فالأمر يختلف فالمضروب لا يمكنه الرجوع عليه بوصفه متضامنا مع متولي الرقابة لنفس السبب السابق، ولكن يمكنه الرجوع عليه بصفة شخصية كونه مميزا طبقا للمادة 125 (ق.م.ج) ، غير أن هذا الرجوع الغير عملي وغير المجدي لا يتم على أساس القواعد الخاصة بالمسؤولية عن فعل الغير، وإنما على أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي، أي المادة 124 وما يليها من القانون المدني الجزائري¹.

الفرع الثاني: الأساس المزدوج لمسؤولية الأب والأم

يمكن رد مسؤولية الآباء على الأفعال الضارة للمحضون إلى فكرتين أساسيتين، هما الخطأ المفترض في بعض صورها، والمسؤولية المفترضة أو بقوة القانون في صور أخرى منها.

أولا: الخطأ المفترض كأساس نظري لمسؤولية الأب والأم طبقا للمادة 134

يبدو من ظاهر نص المادة 134 (ق.م.ج) المعدلة أن أساس مسؤولية متولي الرقابة هو الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة وهو الخطأ في الرقابة، فالمادة 134 صريحة حينما نصت في فقرتها الثانية أنه " ... ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام

¹ - عمر بن الزويبر، رسالة المرجع السابق، ص 278 - 279.

بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

فقرينة الخطأ المفترض بإجماع الفقه هو الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة بما في ذلك مسؤولية الأب والأم في حالة الطلاق عن التعويض عن الأفعال الضارة التي يرتكبها المحضون والتي تلحق الضرر بالغير، وهو بحسب النصّ افتراض بسيط قابل لإثبات العكس¹.

والخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الأب والأم في حالة الطلاق طبقاً للمادة 134 هو الخطأ أو التقصير في رقابة المحضون على نحو أدى إلى الإضرار بالغير، ونص المادة 134 المعدل لم ينص إلا عن الخطأ في الرقابة في فقرته الثانية، ولم ينص على الخطأ في التربية، وبذلك فهو لا يختلف على النص القديم لذات المادة قبل التعديل.

غير أن الفقه والقضاء الجزائري يجمع على أن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على أساس مزدوج هو الخطأ و التقصير في الرقابة وأيضاً الخطأ والتقصير في التربية بالنسبة لبعض الأفعال التي يرتكبها المشمول بالرقابة والتي لا تثبت بما لا يدع مجالاً للشك تقصير متولى الرقابة في تربية المشمول بالرقابة كارتكاب هذا الأخير للسرقة أو بعض الأفعال المنافية للأداب العامة².

وبالنسبة لموضوعنا يكون من البديهي والمنطقي أن يكون الخطأ المفترض في جانب الأب والأم خطأ مزدوج في الرقابة والتربية معاً، ذلك أن واجب التربية يقع قانوناً وواقعاً على الأب والأم على خلاف الحالات الأخرى لتولي الرقابة.

ثانياً: استبعاد الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الأب في حال اسناد الحضانة للأم

يرى الأستاذ عمر بن الزويبير³ بأن مسؤولية الأب في حال اسناد الحضانة للأم مسؤولية موضوعية بامتياز، وبأن هذه المسؤولية لا تستند إلى فكرة الخطأ المفترض المنصوص عليها في المادة 134 (ق.م.ج) مطلقاً، ويستند في ذلك إلى نصوص المواد 134 (ق.م.ج) و 1/87 (ق.أ.ج) وتنص هذه الأخيرة " يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحلّ الأم محله قانوناً⁴.

¹ - بوشاشي يوسف، رسالة المرجع السابق، ص 213 وما يليها - بوكريزة أحمد، رسالة مرجع سابق، ص 147. الشيخ

ولد محمد، ، مذكرة مرجع سابق، ص 62 وما يليها و 65 وما يليها.

² - عمر بن الزويبير، رسالة المرجع السابق، ص 270-271.

³ - نفس المرجع ص 275 وما يليها.

⁴ - قانون 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 مشار إليه سابقاً.

فالمواد 134 و1/87 تربط التكليف بالرقابة على الأبناء بالولاية على النفس، حيث لا يهتم إن كان المشمول بالرقابة يقيم فعليا مع الأب أم لا على نحو ما يشترطه نص القانون الفرنسي أو نص المادة 135 (ق.م.ج) الملغاة، وذلك حتى يتمكن الأب من يقوم بواجباته بالرقابة أو التربية فعليا.

ويرى الأستاذ بن الزويبر عمر أنه في هذه الحالة أي حالة الطلاق والتي يتم فيها منح الحضانة للأم بموجب حكم اسناد الحضانة، فإن الأب يكون غير قادر على ممارسة الرقابة الفعلية على الأبناء وتربيتهم بسبب اقامتهم مع طليقتهم، و أنه فعليا تكون الأم هي التي تتوافر لها الرقابة والسلطة الفعلية على الأبناء، وهي من تتولى توجيههم وتربيتهم، وانه مع ذلك إذا تسبب الابن المحضون في أي ضرر للغير، فإن الأب في نظر القانون هو المكلف بالرقابة، وهو من يفترض تقصيره وخطئه في القيام بواجب الرقابة والتربية، وتبعاً لذلك فلأب هو من يتحمل عبء التعويض عن الضرر الذي يلحق الغير والذي يتسبب فيه المحضون، رغم أنه واقعا لا يمكن أن ينسب إليه خطأ كونه غير قادر على ممارسة واجباته بالرقابة والتربية¹.

بل يلاحظ أنه في أغلب حالات الطلاق فإنه فإن الأب لا يكون قادرا على القيام بواجب الرقابة أو التربية من خلال حق الزيارة المقرر له بموجب حكم اسناد الحضانة بسبب الإشكالات الكثيرة التي تعترض قيامه بزيارة المحضون نتيجة الخصومات التي تنشأ عند استعمال هذه الرخصة سواء مع طليقتهم (الأم) أو أهلها، حيث يضطر الأب في غالب الأحيان للاستشكال أمام محكمة شؤون الأسرة كي تتدخل المحكمة لتمكينه من ممارسة هذا الحق، وهو يضطر في معظم الحالات للتنازل عن ممارسة حق الزيارة بسبب الإجراءات المعقدة والمكلفة ماديا ومعنويا، وهو بذلك لا يمارس ولا يمكنه أن يمارس واجبه في رقابة و تربية المحضون².

وللأسباب السابقة كانت المحكمة العليا في بداية الأمر تعفي الأب في حالة الطلاق مع اسناد الحضانة للأم من المسؤولية والتعويض، وتجعل هذا الالتزام يقع على عاتق الأم حيث قررت المحكمة بتاريخ 13 نوفمبر 1970، قضت المحكمة العليا (المجلس الأعلى للقضاء) بأن "... المحكوم له بالحضانة سواء كان الأب أو الأم يكون مسؤولا عن تربية الولد المحضون وحمايته ورعايته، ويكون مسؤولا مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير مدة الحضانة..."³.

1 - عمر بن الزويبر، رسالة، المرجع السابق، ص 275 .

2 - نفس المرجع

3- قرار مشار إليه سابقا.

أشارت إليه دويسي عائشة، مذكرة مرجع سابق، ص 99 ، كما أشار إليه عمر بن الزويبر ، نفس المرجع، ص 275.

فالمحكمة في هذا القرار تقرّ ضمنا بأن الأب أو الأم الذي لا تسند إليه الحضانة لا يكون بمقدوره القيام بواجب الرقابة ومن ثمّ قررت اعفائه وعدم تحميله المسؤولية والتعويض للمضرور وهو موقف منطقي وسليم من قضاة المحكمة.

غير أن المحكمة العليا عدلت عن هذا الموقف لاحقا وقررت تحميل المسؤولية للأب حتى في حالة اسناد الحضانة للأم كما هو الحال لقرار المحكمة العليا الغرفة المدنية بتاريخ 24 ديسمبر 2008¹، وقد علق الأستاذ عمر بن الزويبر على هذا القرار بالقول (.. وهنا علينا أن نتساءل عن الأساس الذي تقرّر بموجبه جعل الالتزام بالتعويض يقع على عاتق الأب، وهو عمليا غير قادر على ممارسة السلطة الأبوية والتي تقوم على إعطاء التوجيه السليم للابن ومنع السلوك المنحرف أو الضار وإدارة شؤونه، ففي قضية الحال فإن هذه السلطة الأبوية انتزعت من الأب من الأب بمقتضى حكم قضائي، أي حكم اسناد الحضانة، مما يجعل الأب ليس بمقدوره ممارسة الرقابة الفعلية على الابن، لأن الرقابة هنا واقعا متاحة للأم مادام المشمول بالرقابة يقيم معها، ومن ناحية أخرى لا يمكن أن يكون الخطأ المفترض في الأب اقترافه هو التقصير في تربية ابنه التربية الحسنة، لأن المشمول بالرقابة غير مقيم معه، فلا يستطيع عمليا القيام بهذا الالتزام بل الأقر عليه هي الأم، ورغم كل ذلك فإن المحكمة حملت الأب المسؤولية عن الأضرار التي تسبب فيها المشمول بالرقابة، ولكن دون خطأ واقعي وفعلي ينسب إليه...)².

ويخلص الأستاذ بن الزويبر إلى أن تحميل المحكمة العليا المسؤولية المدنية للأب عن الأضرار التي يتسبب فيها المحضون للغير رغم اسناد الحضانة للأم بموجب حكم قضائي، لا يمكن ان يكون على أساس الخطأ او التقصير المنسوب للأب في القيام بواجب الرقابة أو التربية، وبأن المشرع يكون على الأرجح قد أراد تحميل المسؤولية عن الأفعال الضارة للأب مراعاة منه للمضرور وضمانا لحقه في التعويض بأيسر السبل، ويضيف الأستاذ أن (..أيسر السبب في هذه الحالة هو جعل هذه المسؤولية تقع على عاتق الأب وليس الأم، فالأب هو من يتوافر على الملاءة المالية الكافية لوفاء دين التعويض على عكس الأم التي عادة ما تكون معسرة).³

¹ - قرار مشار إليه سابقا.

أشارت اليه دويسي عائشة، مذكرة مرجع سابق، ص 99 ، كما أشار إليه عمر بن الزويبر، رسالة المرجع السابق، ص 275.

² - عمر بن الزويبر ، نفس المرجع، ص 276-277.

أشارت اليه دويسي عائشة، نفس مرجع، ص 99 .

³ - عمر بن الزويبر، نفس المرجع، ص 277.

أشارت اليه دويسي عائشة، نفس المرجع، ص 99 ، كما أشار إليه عمر بن الزويبر ، نفس المرجع، نفس الموضوع.

ثالثا: المسؤولية بقوة القانون والمسؤولية المفترضة كأساس فعلي لمسؤولية الأب والأم الممارس للحضانة

قال القضاء الفرنسي ممثلا في محكمة النقض بالمسؤولية المفترضة والمسؤولية بقوة القانون لأول مرة بصدد تفسير أساس مسؤولية حارس الشيء طبقا للمادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، ورغم الانتقاد الذي تعرضت له المحكمة من الفقه في استعمالها لهذين التعبيرين، غير أنها ظلت تستعمل هذين التعبيرين في مناسبات مختلفة، بل وعمت هذا المصطلح على تطبيقات أخرى من المسؤولية من بينها مسؤولية الأب والأم، ولقد اتبع القضاء الجزائري ممثلا في قضاء المحكمة العليا محكمة النقض الفرنسية، حيث استعملت المحكمة العليا مصطلحي المسؤولية المفترضة والمسؤولية بقوة القانون في العديد من قراراتها.

والمسؤولية المقررة على عاتق الأب والأم في حالة الطلاق لا تخرج عن تلك المقررة في الحالات الأخرى لتولي الرقابة، تبدوا بحسب البعض أقرب المسؤولية المفترضة أو المسؤولية بقوة القانون خاصة بعد أن تم تعديل المادة 134 (ق.م.ج) و إعفاء المضرور من إثبات الفعل الخاطيء للمشمول بالرقابة والاكتفاء بالفعل التسببي للمشمول بالرقابة ودوره في إحداث الضرر¹، فإذا ما أضفنا الى ذلك افتراض قيام العلاقة السببية بين الفعل التسببي للمشمول بالرقابة والضرر الذي لحق المضرور، وهذا الافتراض بديهي، ذلك أن الزام المضرور بإثبات العلاقة السببية يجعل من قرينة افتراض الخطأ لا جدوى و لا فائدة منها، فإذا كانت مسؤولية متولي الرقابة و من بينها مسؤولية الأب والأم في حالة الطلاق تقوم على خطأ مفترض و سببية مفترضة، نكون واقعا أمام مسؤولية بقوة القانون².

ومما يرجح فكرة المسؤولية المفترضة أو المسؤولية بقوة القانون كأساس لمسؤولية الأب والأم عن الأفعال الضارة التي يتسبب فيها المحضون او المشمول بالرقابة، هو عدم قدرة متولي الرقابة على نفي الخطأ المفترض في جانبه بالتقصير في تربية المشمول بالرقابة، فبالإضافة الى صعوبة بل واستحالة القيام بهذا النوع من الاثبات في بعض الأحيان، فإن المحاكم لا تقبل في المجمل هذا النوع من الاثبات من متولي الرقابة لإعفائه من المسؤولية خاصة اذا كانت الأفعال التي ارتكبها

¹ - الشيخ ولد محمد، مذكرة ، المرجع السابق، ص 64.

² - LAHLOU KHIAR GHENIMA: Le Droit de L'indemnisation entre responsabilité et automaticité, éd ENAG, 2013, p 69.

أشار إليه عمر بن الزويبر، رسالة، المرجع السابق، ص 278 - راجع أيضا نفس المرجع ص 274-275.

القاصر تبرهن على التقصير الواضح في التربية، ويتعلق الأمر ببعض الأفعال التي تتعارض مع الأخلاق و الآداب العامة التي يرتكبها الابن المحضون المشمول بالرقابة¹.

المطلب الثاني

تأثير تعديل المادة 134 بالنسبة لوسائل نفي مسؤولية الأب والأم (السبب الأجنبي وحده الكفيل بتخليصهما من المسؤولية).

كما سبق وأن رأينا، فإن المسؤولية المقررة على عاتق متولي الرقابة طبقا للمادة 134 تقوم على قرينة الخطأ المفترض في جانبه، وأن افتراض يقوم على قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، كما رأينا أنه مسؤولية الأب و الأم في بعض الحالات تكون مسؤولية مفترضة أو مسؤولية بقوة القانون في بعض الحالات.

و طبقا للفقرة الثانية من المادة 134 فإنه بإمكان متولي الرقابة أن يتخلص من قرينة الخطأ المفترض في جانبه إما بنفي الخطأ في الرقابة، وذلك غير كاف في الكثير من الأحيان (الفرع الأول) أو بنفي العلاقة السببية بين تقصيره والضرر الذي أصاب المضرور وهي تكاد تكون الوسيلة الوحيدة المتاحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نفي الخطأ في بعض الأحيان لا يكفي الأب والأم للتخلص من المسؤولية عن أفعال المحضون الصّارة

طبقا للفقرة الثانية من المادة 134 والتي تنص "... ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ..".

وعلى ذلك فبإمكان الأب أو الأم التخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقهما بالتقصير في رقابة القاصر من خلال اثبات قيامهما بهذا الالتزام على أتم وجه ، وعلى ذلك فإن جوهر الإثبات المطلوب من الأب والأم القيام به ينصب على نفي واقعتين أساسيتين، الأولى واقعة عدم التقصير في رقابة المحضون وهي وسيلة النفي الوحيدة التي نصّت عليها المادة 2/134، وأما الثانية فتتمثل في نفي واقعة التقصير في تربيته.

¹ - راجع عمر بن الزوبير، رسالة المرجع السابق ، ص 274، والمراجع المشار إليها في الهوامش 2- 3- 4.

أولاً: نفي التقصير في رقابة المحضون

بإمكان الأب أو الأم الاستفادة من الاعفاء من المسؤولية الملقاة على عاتقهما والمقررة بموجب الفقرة الثانية من المادة 134، ولا يتأتى ذلك لهما إلا من خلال نفي قرينة الخطأ المفترض في حقهما والتي مفادها الإخلال والتقصير في ممارسة رقابة ابنهما المحضون، وهي كما مرّ بنا قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

والتزام الأب والأم ومتولى الرقابة عموماً هو مجرد التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة وذلك محل إجماع الفقه الفرنسي والعربي¹.

ولما كان الالتزام بالرقابة الذي يقع على عاتق المكلف بالرقابة (الأب و الأم في حالة المحضون) هو التزام ببذل عناية فان تنفيذه لهذا الالتزام يقتصر على مجرد توخي الحيطة والتبصر وبذل العناية المطلوبة، بأن يتخذ الاحتياطات المعقولة التي من شأنها منع الخاضع للرقابة من أحداث الضرر بالغير بفعله الضار².

ويلاحظ أن عدم تمكن متولي الرقابة من منع المشمول بالرقابة من إيقاع الضرر بالغير، لا يعني حتماً أنه لم يتم بتنفيذ التزامه بالرقابة، ولكن ذلك يعني حتماً أنه لم يبذل العناية المطلوبة في تنفيذ التزامه، وذلك كفيل بقيام مسؤوليته وتحمله عبء التعويض، غير أنه بالمقابل لا تتعقد مسؤوليته رغم تسبب المشمول بالرقابة في الضرر للغير، إن أثبت أنه بذل في سبيل تنفيذ التزامه بالرقابة ما يبذله الرجل العادي الذي وجد في ذات الظروف، وأنه لا يوجد انحراف في سلوكه الاجتماعي في ممارسة الرقابة³.

وحيث أن واقعة القيام بالرقابة هي واقعة مادية، فيجوز اثباتها بكافة أوجه الإثبات، فيمكن للأب أو الأم تقديم كافة الأدلة التي من شأنها أن تدفع عنهم المسؤولية، ومن قبيل الأدلة التي يدفع بها الأولياء المسؤولية عنهم شهادة الشهود، والخبرة القضائية، وأنهما قاما بكافة الإجراءات والتدابير من أجل تقادي وقوع الخطأ ومنع الإضرار بالغير، ومن ذلك عدم السماح للقاصر بممارسة الأنشطة الخطرة التي من شأنها الإضرار بالغير، فإذا ما استطاع الأب أو الأم القيام بمثل هذا الإثبات أي

¹ - راجع بوشاشي يوسف، رسالة المرجع السابق، ص 243 الهمشين 3 و4 والمراجع المشار إليها.

² - نفس المرجع، ص 244.

³ - نفس المرجع، نفس الموضوع.

قيامهما بواجب رقابة المحضون وأنهما بذلا في سبيل ذلك العناية اللازمة، كان بإمكانهما الاستفادة من الاعفاء من المسؤولية المقرر بموجب الفقرة الثانية من المادة 134 (ق.م.ج) ¹.

وتتمتع المحكمة الفاصلة في الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في تقدير الأدلة المقدمة لها من الأب أو الأم طبقا للمادة 2/134 للتملص من المسؤولية، فالقاضي يستقل بتقدير ما إذا كان الأبوين قد أوفيا بواجب الرقابة، وهو يستقل أيضا بتقدير ما إذا كان الدليل الذي يقدمانه لإثبات قيامهما بهذا الالتزام كافيا أم لا، والقاضي لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا ما دام استخلاصه لذلك كان سائعا ².

ويتم تقدير مسلك متولى الرقابة في أدائه واجب الرقابة وفقا للمعيار الموضوعي، أي بمعيار الرجل العادي وفي ضوء ذات الظروف التي وجد فيها متولى الرقابة حين إيقاع المشمول بالرقابة للضرر ومن ذلك سن المشمول بالرقابة وصفاته وطباعه وكذا بنيته الجسمية وحالته الصحية ووسطه العائلي والبيئة الاجتماعية الى غير ذلك من الظروف المحيطة والتي من شأنها أن تؤثر في سلوك المشمول بالرقابة ³.

وأخيرا يمكن لمتولي الرقابة أن ينفي خطئه المفترض في القيام بواجب الرقابة، إذا أثبت أنه استحال عليه ممارسة الرقابة بسبب استحالة ممارسة الرقابة على المشمول بها بسبب بعد المسافة مثلا وقت ارتكابه للفعل الضار، وهنا نتساءل ما إذا بإمكان الأب أن يتخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقه، إذا أثبت أن طليقته التي أسندت لها مهمة الحضانة قد انتقلت بالمحضون الى منطقة بعيدة عن مقر اقامته أو الى بلد آخر مما جعل من مهمته في ممارسة الرقابة مستحيلا؟.

ومن ناحية أخرى يمكن لمتولي الرقابة أن يتملص من مسؤوليته إذا ما أثبت أن الالتزام بالرقابة قد انتقل الى شخص آخر سواء تم ذلك بحكم القانون أو بمقتضى الاتفاق ⁴.

ثانيا: نفي التقصير في تربية المحضون

اختلف الفقه حول مسالة تحميل متولى الرقابة الالتزام بتربية المشمول بالرقابة، خاصة وأن المادة 134 لم تنص سوى على الالتزام بالرقابة، غير أن غالبية الفقه تعتقد بوجود التزام بالتربية على عاتق متولى الرقابة إذا كان هو الأب أو الأم ¹.

¹ - الشيخ ولد محمد، مذكرة ماجستير، المرجع السابق، ص 75-76.

² - راجع بوشاشي يوسف، رسالة المرجع السابق، ص 243 والمراجع المشار إليها في الهامش رقم 2.

³ - الشيخ ولد محمد، نفس المرجع، ص 63 - بوشاشي يوسف، نفس المرجع، ص 246.

⁴ - بوشاشي يوسف، نفس المرجع، ص 244.

والالتزام بالتربية يفترض من الأبوين تلقين الطفل مبادئ الاخلاق والتربية الحسنة التي تجعل من أبنائهم صالحين في المجتمع وعيدين من كل ما من شأنه الاضرار أو التشويش على الغير².

ويظهر تقصير الأبوين في القيام بواجب التربية في بعض الأفعال التي يرتكبها المحضون والتي يستشف منها عدم إعطاء الطفل التربية الحسنة ومن ذلك جرائم هتك العرض والسرقه والاعتداء العنيف على الغير الى غير ذلك من الأفعال التي قد يرتكبها المحضون.

والحقيقة انه يصعب على الابوين نفي التقصير والخطأ في الالتزام بواجب تربية طفلهم خاصة في الحالات التي تتعلق بأفعال يقوم بها الطفل تدل في ذاتها على افتقاده لقواعد ومبادئ الاخلاق الحميدة من قبيل أفعال السرقة وهتك العرض والاعتداء الجسدية على الغير، و إن كان بإمكان الأبوين تقديم بعض الأدلة على قيامهم بواجب التربية بما ينبغي من العناية، ومن ذلك تقديم شهادة من المدرسة أو الروضة تفيد بحسن سلوك الطفل أو تشيد بمستواه الدراسي، أو شهادة من الجيران في الحي في هذا المعنى، غير أن القضاء نادرا ما يقبل هذا النوع من الإثبات من الأبوين للتخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقهما³.

الفرع الثاني: السبب الأجنبي الوسيلة الوحيدة الكفيلة بنفي مسؤولية الأب عن الأفعال الضارة للمحضون في حال اسناد الحضانة للأم

سبق أن رأينا أن التزام الأب برقابة الابن وتربيته في حالة الطلاق مع اسناد الحضانة الى الأم إلتزاما يكاد يكون مستحيل بسبب تعذر قيامه بهذا الإلتزام بسبب عدم مساكنته للابن، وبسبب تعذر ممارسته لحقه في الزيارة حيث تعرض قيامه بهذا الإلتزام العديد من العوائق المادية والاجتماعية خاصة تلك التي لها بالعلاقة المتشنجة بطليقتة أو باهلها اذا كانت تقيم في بيت أهلها.

كما سبق أن مرّ بنا أن مسؤولية الأب في حالة الطلاق مع اسناد الحضانة للأم مسؤولية لا تقوم على الخطأ كون أن الأب لا يمكنه القيام بل يستحيل عليه القيام بالتزاماته بالرقابة والتربية، ومن ثم لا يعقل أن تقوم مسؤوليته على الخطأ ولو مفترضا، كما توصلنا الى أن مسؤولية الأب في هذه الأحوال هي مسؤولية بدون خطأ تقوم على فكرة الضمان ومن ثم فإن الوسيلة الوحيدة المتاحة للأب للتخلص من المسؤولية الملقاة على عاتقه هي نفي قيام علاقة سببية بين فعله والضرر الذي أصاب المضرور، وذلك طبقا للفقرة الثانية من المادة 134 والتي تنص "و...يستطيع المكلف

¹ - بوشاشي يوسف، رسالة المرجع السابق، ص 250 .

² - الشيخ ولد محمد، مذكرة المرجع السابق، ص 66.

³ - عمر بن الزوبير، رسالة المرجع السابق، ص 274.

بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

والمقصود بهذا النص هو إثبات متولي الرقابة أن الضرر الذي لحق المضرور كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي فعل المضرور أو خطأ الغير طبقاً للمادة 127 (ق.م.ج) ، والسبب الأجنبي قد يثبت في العلاقة بين فعل المشمول بالرقابة (المحضون) والضرر، كما قد يثبت في العلاقة بين سلوك الأب والضرر الذي أصاب المضرور.

ويشترط في السبب الأجنبي الذي يؤدي الى اعفاء الأب من المسؤولية الملقاة على عاتقه، ما يشترط في السبب الأجنبي عموماً، أي أن لا يكون للأب يد في إيقاع الضرر، فلا يكون قد أسهم بخطئه في إيقاع الضرر، وأن يكون غير ممكن التوقع أي أن الحادث لا يدخل في حساب الأب ، كما يشترط في السبب الأجنبي أن لا يكون بمقدور الأب دفعه أب دفع الضرر أو دفع الفعل الذي تسبب في إيقاعه.

ويشترط في استحالة الدفع أن تكون استحالة مطلقة أي لكل شخص يحل في محله في ذات الظروف التي وجد فيها الأب حين تحقق الضرر.

ويترتب على قيام السبب الأجنبي اعفاء الأب من المسؤولية الناتجة عن الأضرار التي تسبب فيها الطفل المحضون اعفاء كلياً أو اعفاء جزئياً¹.

¹ راجع الشيخ ولد محمد، مذكرة، المرجع السابق، ص 78 وما يليها - بوشاشي يوسف، رسالة المرجع السابق ، ص 252 وما يليها.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال دراستنا لهذا الفصل والذي جاء تحت عنوان أساس المسؤولية المدنية للآباء ، لاحظنا أنه على الرغم من توحد الفقه والقضاء علي تأسيس هذه المسؤولية علي أساس الخطأ المفترض إلا أن ذلك لم يمنع من ظهور آراء متعددة خصوصا عند تطبيق مسؤولية الأب والأم عند تسبب الطفل المحضون بالضرر للغير بين من يدعو الي تأسيس هذه المسؤولية علي أساس خطأ في الرقابة فقط تطبيقا لنص المادة 134 ق.م مرتكب من طرف متولي الرقابة أو خطأ مزدوج تمثل في خطأ في الرقابة والتربية معا دونما النظر الي صعوبة إثبات خطأ التربية خصوصا فيما يتعلق بالأب في حالة الطلاق وعدم توفر شرط المساكنة طبقا لنص المادة (135 الملغاة).

إن افتراض الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية المدنية للأب في حالة الطلاق وإسناد الحضانة الي الأم وأصبح غير كافي لاعتبارها مسؤولية موضوعية بامتياز ويستند ذلك إلي نصوص المواد 134 ق.م و 87 ق.أ.ج وتتص هذه الأخيرة (...يكون الأب وليا علي أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله القانوني .

إن المسؤولية المقررة علي عاتق الأب والأم في حالة الطلاق لا تخرج عن تلك المقررة في الحالات الأخرى لتولي تبدو بحسب البعض أقرب للمسؤولية المفترضة أو المسؤولية بقوة القانون خاصة بعد أن تم تعديل المادة 134 ق.م.ج وإعفاء المضرور من إثبات الفعل الخاطئ للمشمول بالرقابة والاكتفاء بالفعل التسببي للمشمول بالرقابة ودوره في إحداث الضرر .

خاتمة

خاتمة

بعد دراستنا لموضوع المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق إثر تعديل المادة 134 مدني والذي رأينا من خلاله التعديلات التي أقدم عليها المشرع وأثرها في إزالة اللبس والغموض الذي اعتري مجال مسؤولية متولي الرقابة التي لم تكن لتطرح أي إشكال في حالة قيام الرابطة الزوجية بل جل الإشكالات أو كلها كانت تطرح في حالات هجر أو ابتعاد الأب عن سكنه أو في الحالة موضوع الدراسة وهي في حالة طلاق الأبوين .

وقد تناولنا من خلال هذا البحث المحاور الأساسية التي تمس مسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق والمتعلقة أساسا بشروط قيام هذه المسؤولية وأساسها القانوني مستعرضين في ذلك موقف المشرع الجزائري، وكذا القضاء والفقهاء.

فالنسبة لموقف المشرع الجزائري، لاحظنا التطور الحاصل على مستوى النصوص المتعلقة بمسؤولية متولى الرقابة، فتطرقنا لموقف المشرع الجزائري من مسألة شروط قيام مسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق، في ضوء نصوص المواد 134/135 قبل التعديل، كما تطرقنا لشروط هذه المسؤولية بعد التعديل الذي طرأ على مسؤولية متولى الرقابة بموجب القانون 05-10، وقد حاولنا إبراز تأثير هذا التعديلات سواء مسّت المادة 134 ذاتها بحكم أنها النص الأساسي لمسؤولية متولى الرقابة، أو التعديل الذي طرأ على نصوص أخرى وثيقة الصلة بهذه المسؤولية كالغاء المادة 135 والفقرة الثانية من المادة 125، أو التعديل الذي أدخل على نص المادة 137 بإلغاء حق الرجوع لمتولى الرقابة.

أما القضاء ورغم قلة الأحكام التي أمكن التوصل إليها خاصة حول مسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق، إلا أنه أمكن على الأقل الحصول على اجتهادين للمحكمة العليا تمكنا من خلالهما إبراز موقف القضاء الجزائري من هذا التطبيق من تطبيقات المسؤولية، أين كشفت المحكمة موقفها المتناقض خاصة في مسألة الملتمزم بالتعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها الطفل المحضون للغير، حيث حملت المحكمة في قرار قديم لها الالتزام بالرقابة ومن ثم المسؤولية والالتزام بالتعويض للأُم التي أسندت إليها حضانة الطفل، غير أن المحكمة العليا لم تستقر على هذا الرأي حيث استعرضنا قرار آخر لها يقضي بتحميل الالتزام بالرقابة ومن ثم المسؤولية والالتزام بالرقابة للأب في قضية كانت فيها الحضانة مسندة للأُم بموجب حكم، وفي ظلّ هذين الموقفين المتناقضين للمحكمة العليا يبقى موقفها غير مؤكد بسبب عدم تمكنا من الحصول على قرارات أخرى للمحكمة العليا حول الموضوع.

أما الفقه ورغم قلة كتاباته حول موضوع هذه الدراسة، إلا أننا قد خالصنا من خلال هذه المذكرة أن الفقه سار على ما سار عليه القضاء الجزائري، حيث انقسم بدوره الى رأيين ، يميل الرأي الأول الى تحميل المسؤولية للحاضن سواء كان الأب أو الأم على أساس قيام الالتزام بالرقابة في حقهما بسبب حاجة المحضون إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية.

أما الجانب الآخر من الفقه فقد مال الى تحميل الالتزام بالرقابة والمسؤولية للأب سواء تم الاسناد الحضانه له أو للأم أو أي شخص آخر تعينه المحكمة، ويستند هذا الفقه الى فكرة الولاية على النفس.

ومن النتائج المتوصل إليها في هذه من خلال تحليل موقف كل من المشرع والقضاء وكذا الفقه الجزائري.

- عدم وجود نصوص قانونية خاصة ترتب الالتزام بالرقابة على الابن المحضون في حالة الطلاق سواء في قانون الأسرة أو القانون المدني.

- الالتزام بالرقابة لا يعني بالضرورة مساكنة المحضون للمسؤول المدني عنه، بدليل الغاء المادة 135 ق.م.ج.

- الالتزام بالرقابة لا يعني بالضرورة الممارسة الفعلية لواجب الرقابة والتربية ، بدليل أن حق الزيارة غير كاف في ذاته للأب للقيام فعليا بهذه الواجبات، بل يكون حق الزيارة في حد ذاته مستحيلا في الكثير من الحالات كما يثبتته الواقع.

- لا يشترط الخطأ أو التقصير في الرقابة والتربية لقيام مسؤولية الأب في حال اسناد الحضانه للأم، لأنه في أغلب الأحوال لا يمكن للأب القيام فعليا وواقعا بهذه الآباء ومع ذلك يتحمل المسؤولية.

- أن مسؤولية الأب عن الأبناء في حالة الطلاق في ضوء النص المعدل للمادة 134 مسؤولية أصلية وليست تبعية، فلا يشترط لقيام هذه المسؤولية طبقا للنص المعدل قيام مسؤولية المحضون وإنما يكفي فعله الضار أي تدخل فعله ومساهمته في إيقاع الضرر بالغير.

وهي مسؤولية أصلية أيضا بسبب التعديل الذي مسّ المادة 137 ق.م.ج ، والذي بموجبه تم إلغاء حق الرجوع لمتولي الرقابة على المشمول بالرقابة، حيث يستقر عبء التعويض نهائيا في ذمته المالية.

- قيام مسؤولية الأب عن الأبناء في حالة الطلاق على سببية مفترضة، حيث يكفي مجرد اثبات الفعل الضار للمحزون والضرر الذي أصاب الغير، ليتم افتراض قيام علاقة سببية مباشرة بين الضرر والخطأ المفترض للأب متولى الرقابة.

- بالنسبة لأساس مسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق خلصنا إلى أنه هناك تأسيس قانوني مزدوج، فنظريا وطبقا للمادة 2/134 فإن الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس هو الأساس العام لهذه المسؤولية مثله في ذلك مثل مسؤولية متولى الرقابة عموما.

أما في حالة الأب عندما يتم اسناد الحضانة للأم ، فنميل إلى الفقه الذي يرى بأن هذه المسؤولية لا تخضع لفكرة الخطأ المفترض، لأنه لا يستطيع في أغلب الأحوال ممارسة واجب الرقابة والتربية للمحزون لعدة اعتبارات جرى شرحها، وإنما أساسها المسؤولية بقوة القانون، أو اعتبارات العدالة والتي تقضي بضرورة ضمان حق المضرور في التعويض، ومن ثم تم اسناد المسؤولية للأب ، لأن ذمته المالية هي الأكثر ملاءة في أغلب الأحوال.

وفي الأخير يمكن الإجابة عن الإشكالية التي تم طرحها في بداية هذه المذكرة على النحو الآتي:

بالنسبة لشروط قيام مسؤولية الآباء عن الأبناء في حالة الطلاق، فإن التعديل الذي مسّ المادة 134 انعكس بشكل مباشر من خلال مجموعة من العناصر تم عرضها في هذه المذكرة خاصة تبني فكرة الفعل الضار بالنسبة للمشمول بالرقابة بدلا من فكرة العمل غير المشروع التي كان ينص عليها النص القديم.

وكذلك افتراض العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر والذي بموجبه يتم اعفاء المضرور من عبء اثبات هذا الركن.

أما بالنسبة لأساس هذه المسؤولية فقد انتقدنا فكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الأب في حالة اسناد الحضانة للأم، كما ان الاكتفاء بالفعل الضار لمشمول بالرقابة وليس فعله غير المشروع بالإضافة الى افتراض العلاقة السببية يؤدي في الواقع الى تكريس فكرة المسؤولية المفترضة أو المسؤولية بقوة القانون على النحو الذي قال به القضاء الجزائري في اطار المسؤولية عن الأشياء غير الحية طبقا للمادة 138 ق.م.ج .

قائمة بأهم المراجع

قائمة بأهم المراجع

أولاً : النصوص القانونية

- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.
- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق لـ 09 يوليو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 السنة 1984، ص 910، المعدل و المتمم.
- القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 44 لسنة 2005.

ثانياً : المراجع العامة

- بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات، الجزائر، طبعة 1999.
- جمال مهدي محمود الأكشحة: مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الاسلامي و القانون الوطني، قسم الفقه المقارن، دار الجامعة الجديدة للنصر، الإسكندرية 2006.
- الجندي أحمد نصر: شرح قانون الأموال الشخصية في سلطنة عمان، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- رمضان أبو السعود: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر 2005.
- سلوان علي الكسار: العمل غير المشروع و المسؤولية عن عمل الغير، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار آمنة للنشر و التوزيع، عمان - الأردن، 2016.
- سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني - الالتزامات - المجلد الثاني - الفعل الضار، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة جديدة، بيروت- لبنان، 1998.
- علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء- التعويض، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- عمر بن السعيد: الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، 2004.
- علي فيلالي: الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002.
- علي فيلالي: الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.
- علي فيلالي: الالتزامات- الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، دار موفم للنشر 2015.
- نوعيل محمد لمين: الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، دار هومة، الطبعة الثانية، 2012.
- محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام- المسؤولية التقصيرية الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية، بدون طبعة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2011.
- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري- مصادر الالتزام- الواقعة القانونية (العمل غير المشروع - شبه العقود و القانون)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
- محمود جلال حمزة: العمل الغير مشروع باعتباره مصدر لالتزام و القواعد العامة و القواعد الخاصة، دراسة و مقارنة بين القانون المدني السوري و القانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1986.
- وسيم حسام الدين الأحمد: حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.

ثالثاً: رسائل ومذكرات جامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

- أحمد بوكرزارة: المسؤولية المدنية للقاصر، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2014/2013.

- بوشاشي يوسف: مسؤولية متولى الرقابة في القانون المدني الجزائري- دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 2014-2015 .

- عمر بن الزويبير: التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2017.

ب- مذكرات الماجستير

- باسل حمدي حرارة: مذكرة ماجستير، سلطة الولي على أموال القاصر، الجامعية الإسلامية، غزة، 2010.

- دويسي عائشة: مسؤولية متولى الرقابة في القانون المدني الجزائري- مسؤولية الآباء- مذكرة ماجستير جامعة الجزائر 20082009 .

- الشيخ ولد محمد: مسؤولية الآباء عن ابناءهم القصر في القانون الجزائري - دراسة مقارنة - جامعة الجزائر يوسف بن خدة 2007-2008.

- عاهد أحمد أبو العطا: الحجر على الصغير و المجنون و السفية و تطبيقاتها في المحاكم الشرعية مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008.

- مشاري سعد صالح الطويل الرشيدى: مسؤولية عديم التمييز عن الفعل الضار، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والتشريعية الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2010/2009.

- مهدي جهيدة: مسؤولية متولى الرقابة -دراسة مقارنة- في ظلّ القانون المدني الجزائري و على ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2006/2003.

الفهرست

ص	المحتوى	شهر
		إهداء
02	مقدمة
الفصل الأول		
أثر تعديل المادة 134 على شروط قيام المسؤولية المدنية عن الأبناء في حالة الطلاق		
06	تقديم وتقسيم
07	المبحث الأول: تولي رقابة المحضون
07	المطلب الأول: المقصود بواجب الرقابة
08	الفرع الأول: تحديد المحضون الذي يخضع للرقابة
14	الفرع الثاني: الأشخاص الذين يتولون رقابة القاصر
23	الفرع الثالث: المقصود بالرقابة
28	المطلب الثاني: تحديد القائم على رقابة المحضون
28	الفرع الأول: موقف الفقه
31	الفرع الثاني: موقف القضاء
32	المبحث الثاني: صدور الفعل الضار عن المحضون و تسببه في ضرر الغير
32	المطلب الأول: صدور الفعل الضار عن المحضون
33	الفرع الأول: الوضع قبل تعديل المادة 134 (العمل غير المشروع)
36	الفرع الثاني: الفرع الثاني: الوضع بعد تعديل المادة 134 (الفعل الضار)
40	المطلب الثاني: تسبب الفعل الضار للمحضون في ضرر للغير (العلاقة السببية)
41	الفرع الأول: الفرع الأول: النظريات السائدة حول فكرة السببية
42	الفرع الثاني: نفي العلاقة السببية (إثبات السبب الأجنبي)
44	خلاصة الفصل
الفصل الثاني		
أساس المسؤولية المدنية للآباء على الأبناء في حالة الطلاق		
46	تقديم وتقسيم
47	المبحث الأول: الموقف من أساس مسؤولية الآباء عن الأبناء قبل تعديل المادة 134 ق.م.ج
48	المطلب الأول: أساس مسؤولية الأب في حال إسناد حضانة المشمول بالرقابة له
48	الفرع الأول: النظريات التي قبلت في تأسيس مسؤولية متولي لرقابة
52	الفرع الثاني: الفرع الثاني : وسائل نفي المسؤولية متولي رقابة

54	المطلب الثاني: أساس مسؤولية الأب في حالة إسناد الحضانة لغيره
54	الفرع الأول: استبعاد الخطأ المفترض بسبب تخلف شرط المساكنة طبقاً للمادة 135.....
56	الفرع الثاني: الانتقادات الموجهة لفكرة الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية الأب في حال اسناد الحضانة للأم .
59	المبحث الثاني: مدى تأثير تعديل المادة 134 في أساس مسؤولية الأب والأم عن المحضون.....
59	المطلب الأول: تأثير تعديل المادة 134 بالنسبة لأساس مسؤولية الأب والأم.....
59	الفرع الأول: التعديلات التي تؤثر في أساس في مسؤولية الأب و الأم.....
61	الفرع الثاني: الأساس المزدوج لمسؤولية الأب والأم
66	المطلب الثاني: تأثير تعديل المادة 134 بالنسبة لوسائل نفي مسؤولية الأب والأم.....
66	الفرع الأول: نفي الخطأ في بعض الأحيان لا يكفي الأب والأم للتخلص من المسؤولية عن أفعال المحضون الضارة
69	الفرع الثاني: السبب الأجنبي الوسيلة الوحيدة الكفيلة بنفي مسؤولية الأب عن الأفعال الضارة للمحضون في حال اسناد الحضانة للأم
71خلاصة الفصل الثاني.....
73 خاتمة
77 قائمة المصادر والمراجع.....
81 فهرس المحتويات.....