جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية–

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الولاية على القاصر في التشريع الجزائريّ

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

فرع: القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطلبة :

- زرارقة سوهير
- فرجوخ دنيازاد

تحت إشراف الأستاذ:

- عيسات اليزيد

لجنة المناقشة

- الأستاذة: زواوي لورية.....رئيسا
- الأستاذ: عيسات اليزيد.....مشرفا ومقررا
- الأستاذة: عشاش حفيظة.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2015-2016

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ وَٱلۡبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيۡرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابٗا وَخَيۡرٌ أَمَلٗا ﴾

الكهف: 64

شكر و تقدير

يقول الله تعالى:

﴿لئن شكرتم لأزيدنّكم﴾

نحمد ونشكر الله عزّ وجلّ الذي وفقنا في اتمام هذا البحث العلمي، والذي ألهمنا الصحة والعافية و العزيمة لتخطي الصعاب ، فالشكر لله أولا و أخيرا و الحمد له كثيرا.

أمّا بعد:

فإنّ للنّجاح أُناسٌ يقدرون معناه، وللإبداع أُناسٌ يحصدونه، لذلك لا يسعنا بعد الإنتهاء من إعداد بحثنا هذا إلاّ أن نتقدّم بجزيل الشكر و عظيم الإمتنان إلى أستاذنا الفاضل

عيسات يزيد

تتسابق الكلمات وتتزاحم العبارات لتُنظّم عقد الشّكر الذي لا يستحقّه إلّا أنت، إليك يا من بذلت ولم تنتظر العطاء، إليك أهدي عبارات الشّكر والتّقدير لتفضّلك الإشراف على هذا البحث،و على ما قدّمته من معلومات و توجيهات ساهمت في إثراء موضوع دراستنا في جوانبها المختلفة ،فلم تبخل بنصحك لنا و إرشادك طيلة فترة الإعداد ،فأنت أهل للشكر والعرفان، لك منّا أستاذنا الغالي كلّ الثناء و التقدير و جزاك الله عنّا خير الجزاء .

كما نتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، دون نسيان أعضاء اللجنة الموقرة المختارة لدراسة ومناقشة هذه المذكرة، كما لا يفوتنا التوجه بالشكر و العرفان إلى أساتذتنا الكرام في كلية الحقوق والعلوم السياسية، الذين تتلمذنا على أيديهم، و إلى كلّ من مدّ لنا يدّ العون والمساعدة و لو بكلمة أو نصيحة .

إهداء

الهي لا يطيب الليل إلاّ بشكرك...و لا يطيب النهار إلاّ بطاعتك...و لا تطيب اللحظات إلاّ بذكرك...و لا تطيب الآخرة إلاّ بعفوك...و لا تطيب الجنة إلاّ برؤيتك...فالحمد لله الذي أذاقني ثمرة النجاح

الحمد لله الذي هداني إلى الصلاح... الحمد لله الذي أتمّ نعمته عليّ بكل ارتياح

إلى صاحب الفردوس الأعلى ...و سراج الأمة المنير...وشفيعها النذير البشير...محمد صلى الله عليه وسلّم

أهدي ثمرة جهدي

إلى زهرة الروح الفوّاح...إلى من سهرت عليّ الليالي الفساح...إلى من أجفت دموعي من القراح

إلى ملاكي في الحياة....إلى من كان دعائها سرّ نجاحي....و حنانها بلسم جراحي

إلى من أثقلت الجفون سهرا....وحملت الفؤاد همّا....و جاهدت الأيام صبرا

و شغّلت البال فكرا.....و رفعت الأيادي دعاءا.....و أيقنت بالله أملا

إليك أمي أهدي هذا النجاح

إلى من كلله الله بالهيبة و الوقار...إلى من علّمني العطاء بدون انتظار...إلى من أحمل اسمه بكلّ افتخار

أرجوا من الله أن يمدّ في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار

هذا أبي الذي جعل طريقي إلى العلم مباح.....هذا الذي عذبته معي في الغدو و الرواح

أبي الذي لا تكفيه مني كلّ كلمات المداح.

إليك أبي أهدي هذا النجاح

إلى سندي و قوتي و ملاذي بعد الله و والدي..... إلى من أثروني على أنفسهم

إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحيـاة.....إلى من تطلعت لنجاحي بنظرات الأمل

إلى من بوجودهم أكتسب قوة و محبة لا حدود لها

إليك أخي الغالي أهدي هذا النجاح

إلى من بها أكبر..... وعليها أعتمد .....إلى شمعة مقتدة تنير ظلمة حياتي

إلى صـــاحبة القلب الطيب .....و النـــــــوايا الصـــادقــة

إلــى من عرفت معها معنى الحـيــاة .....و إلــى الحــب كل الحـــب

إليك أختي الحبيبة أهدي هذا النجاح

إلى كلّ من أشعل شمعة في دروب علمنا ....إلى من وقف على المنابر و أعطى حصيلة فكره لينير دربنا

إلى أساتذتي الأفاضل

إلى كلّ من أضاء بعلمه عقلي....أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سؤالي....فأظهر بسماحته تواضع العلماء و برحابته سماحة العارفين....إلى كلّ من ساعدني في إنجاز هذا العمل

شكري الجزيل و إمتناني له

إلى الأخوات اللواتي لم تلدهنّ أمّي...إلى من تحَلّو بالإيخاء ...و تميّزوا بالوفاء و العطاء...إلى ورود المحبة

إلى ينابيع الصّدق الصّافي...إلى من معهنّ سعدْت...و برفقتهنّ في الحياة سرتْ

إلى من كانوا معي في الصرّاء و الضرّاء...في الخير و النجاح

إلى من عرفت كيف أجدهم..و علّموني ألاّ أضيعهم

صديقاتي العزيزات

إلى من عرفتهم و عرفوني ...إلى من أتمنى أن أذكرهم و يذكروني...إلى من أتمنى أن تبقى صورهم في عيوني

إلى من سأفتقدهم و أتمنى أن يفتقدوني...إلى من جعلهم اللّه إخوتي باللّه و من أحببتهم باللّه

إليكم زملائي طلاّب كلية الحقوق

إلــى كلّ من ذكره قـلـبـي . . .ونـسيّـه قـلـمـي

أهدي ثمرة جهدي

إليكم جميعا...أبعث أرق تحية ...و أعذب سمفونية سمعتها...أرددها لكم بأنني أحببتكم من كلّ قلبي

الآن تفتح الأشعة و ترفع المرساة لتنطلق السفينة في عرض بحر واسع مظلم...هو بحر الحياة...

و في هذه الظلمة لا يضيئ إلا ّ قنديل الذكريات...ذكرياتي الجامعية إلى غاية بلوغ فجر جديد من حياتي هو

يوم تخرّجي

سيقف قلمي هنا برهة ليستقرّ بين أنظاركم ما كتبت من مفردات لعلّها تعبّر لكم في هذا الإهداء و لو

بجزء قليل من الوفـــــاء.

دنيـــــــــــــــازاد.....سوهيـــــــــــــــر

إلى من سكن روحي من دون استئذان...إلى أغلى هدية منحها لي الرحمن

إليك خطيبي العزيز "ياسين"

أهدي هذا النجاح

إلى أفراد عائلتي الثانية كلّ باسمه صغيرا وكبيرا..... وعلى رأسهم أبي الثاني "سعيد" والذي أطلب من اللّه تعالى أن يمدّ في عمره بمزيد من الصحة و العافية.

أهدي هذا النجاح

إلى الأخت التي لم تلدها أمّي...إلى من تحَلّت بالإيخاء ...و تميّزت بالوفاء و العطاء

اليك زوجة أخي أهدي هذا النجاح

دنيـــازاد

قائمـــة أهـــم المختصرات

أولا- باللغة العربية:

- **ج** : الجزء.
- **ج رج ج:** جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية.
- **د د ن** : دون دار نشر.
- **د س ن** : دون سنة نشر.
- **د م ن** : دون مكان نشر.
- **ص:** الصفحة.
- **ط** : الطبعة.
- **ع** : عدد.
- **غ أ ش:** غرفة الأحوال الشخصية.
- **ق أ ج:** قانون الأسرة الجزائري.
- **ق إ م إ:** قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- **ق ع ج:** قانون العقوبات الجزائري.
- **ق م ج** : القانون المدني الجزائري.
- **ق و م م:** قانون الولاية على المال المصري.
- **م ق:** مجلة قضائية.
- **م:** التاريخ الميلادي.
- **هـ:** التاريخ الهجري.
- /: فقرة

ثانيا- باللغة الفرنسية:

Art : Article

مقدمة

إنّ الله سبحانه وتعالى قد أتمّ لنا الدين، ورضي لنا الإسلام ديناً، فهو الدين الذي لم يترك مقصدا إلاّ وحثّ على تعاطيه، ولا حقًا إلاّ وحماه، ولا ضعيفا إلاّ وكفله، ولا ضررا إلاّ واجتنبه فالإسلام دين يسرٍ لا عسرٍ، جاء بكلّ ما يحتاجه البشر من أحكامٍ في دينهم و دنياهم، واقتضت حكمة الله ألاّ يكلف نفسا إلاّ وسعها، كون الناس متفاوتون فيما منحهم الله من قدرةٍ على تدبير الأمور فالعقل أهم ما ميّز الله به الإنسان عن باقي خلقه، وجعله بذلك مناط التكليف، فمن الناس من كمل عقله فاستطاع تدبير أموره بنفسه على وجه تحفظ به المصالح وتدرأ به المضار وهؤلاء هم الرّاشدون كاملو أهلية الأداء، لهم سلطة التصرف في أمورهم وأمور غيرهم، ومنهم من فقد عقله أو نقص حظه منه لصغرٍ أو جنونٍ أو عتهٍ، فعجز عن التصرف وساء تدبيره فهو لا يهتدي بنفسه إلى التصرفات النافعة والمصالح الرّاجحة؛ ولكون شريعتنا رحمة فقد دعت للتكافل عملا بقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ﴾ [1].

ولعل هذا من عدل وكمال أحكام الشريعة الإسلامية التي أولت عناية كبيرة بالفئات الضعيفة والعاجزة، لاسيما القصّر، لذا اقتضت حكمة التشريع رفع التكليف عنهم، فاستثناهم وفرّقهم بأحكام خاصة؛ فالمحافظة عليهم التزام وواجب كونهم بهجة العمر، تطمئن النفوس لرضاهم وتسعد لتحقيق رغباتهم، فهم ثروة الأمة وسرّ قوتها، عنوان مجدها وتقدمها، هم أنجح استثمار للمستقبل؛ فالطفولة أهم المراحل في حياة الإنسان وأكثرها حساسية، لذا وفرت لهم الحماية الخاصة واللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم والحيلولة دون إلحاق ضررا بهم، هذه الحماية وإن كانت تبدأ قبل الولادة بحماية حق الحمل في الحياة ونسبه لأبيه، فالحماية الحقيقية للقاصر وحقوقه قد عرفت النور في عهد الإسلام الذي أقر حق القاصر في الحياة وعقوبة المساس بنفسه أو بماله من دون وجه حق فجاء في قوله تعالى: ﴿ ٱلۡمَالُ وَٱلۡبَنُونَ زِينَةُ ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَاۖ وَٱلۡبَٰقِيَٰتُ ٱلصَّٰلِحَٰتُ خَيۡرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابٗا وَخَيۡرٌ أَمَلٗا﴾[2]

---

[1] المائدة، الآية 02.

[2] الكهف، الآية 46.

فبالرغم من أنّ الشريعة الإسلامية هي السبّاقة لضمان حقوق القاصر وتعزيزها وتفعيلها على أرض الواقع، إلاّ أنّ القوانين الوضعية أيضا اهتمت بهذه الفئة، حيث خوّلت لهم مجموعة من الحقوق تحت كفالة الدولة، فشهد العصر الحديث اهتماما متزايدا بحقوق القاصر على المستوى الدولي وحتى الدّاخلي، ذلك أن قضايا القصّر تعدّ من أهم القضايا المطروحة على المستوى العالمي، حيث تعقد حولهم الكثير من الندوات وتنشر العديد من الدراسات وتسنّ لأجلهم القوانين والتشريعات لحمايتهم وحفظهم، وتوفير الرعاية اللازمة لهم؛ وفي هذا الصدد نجد أنّ الجزائر صادقت بتحفظ على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، وحاولت تجسيد مبادئ الاتفاقية بكل قوانينها، وهذا ما نلمسه سواء في القانون المدني، أو قانون الأسرة...

وعموما فإنّ حقوق القصّر متعددة ومتميزة، كونها تثبت للقاصر بغير مقابل فيكتسبها دون قيامه بأي التزام، ضف أنّ هذه النيابة الشرعيّة غير قابلة للتنازل والتغيير، ولا بالتصرف أو بالتخلي عنها، حمايةً لهم.

فلا شكّ أنّ نظام الولاية جزء مهم وحسّاس من هاته الحماية، فبموجبه ينوب بعض الأشخاص المتوفر فيهم شروط محددة عن القاصر في مباشرة التصرفات والعقود التي ينصرف أثرها إليه وذلك حماية لمصالحه وحقوقه؛ فتعتبر مسألة أحكام الولاية على القاصر من بين أهم مقاصد الشريعة الإسلامية ومنها استقاها القانون الجزائري بالتبعية، لإقامة مجتمع تصان فيه الحقوق وتؤمن فيه النفوس، وفي سبيل تحقيق هذا المقصد جاءت الأحكام منظمة لشتى المعاملات بين الأفراد بعضهم لبعض، فأصبحت هذه الأحكام من التكاليف الشرعية التي يجب على المكلف الالتزام بها، واقتضت حكمة الشرع و التشريع أنه ليس من العدل ترك القاصر يتصرف كيفما شاء سواء في ماله أو في نفسه، لنقص أهليته وعدم اكتمال رشده وقدرته على تمييز ما فيه مصلحته من غيره، فكان لابد من ضوابط تحدّ من تصرفاته من خلال فرض الولاية عليه حتى يقوم الولي بحفظ ماله و نفسه وصيانة حقوقه وحمايتها.

وحرصا على السير الحسن لهذا النظام، وحمايةً للقاصر ممّا قد يعتريه من نقائص وانحرافات، فإنّ المشرع تدخل ليتناول أحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة لقانون 84-11، كما احتفظ بهذه الأحكام بعد التعديل بموجب قانون 05-02 وإن تخللته تغييرات

بسيطة... فموضوع الولاية موضوع عملي مرتبط ارتباطا وثيقا بالقاصر، وإجراء يحدّ من تصرفاته إذ يمنعه من استعمال أحد حقوقه الأساسية في حياته اليومية ألى وهو حق التصرف، لذلك استثنى القاصر من بعض التصرفات والمعاملات فمنها ما يعتبر باطلا، ومنها ما هو متوقف على إجازة وليّه... مع الإشارة إلى أنّ القاصر محل الدراسة هو القاصر من حيث السن، باعتبار أنّ القصر نوعين، قصر من حيث العقل وقصر من حيث السن، فالأولى تشمل الجنون والعته وهي تخرج عن دراستنا، والثانية تشمل كل شخص لم يبلغ سن الرشد المحدد في المادة 40ق م ج ومن هذا المنطلق اخترنا مصطلح القاصر كونه متعلق بجميع أطوار الأهلية، بالإضافة إلى أننا حولنا تفادي مصطلح الطفل نظرا للاختلافات الكبيرة في تعريف الطفل بين علماء الاجتماع وعلماء النفس وعليه مهما اختلفت التسمية يبقى نشأ اليوم رجال ونساء الغد ولا شكّ أنّ لأسلوب تربية القاصر وطريقة رعايته بالغ الأثر على شخصيته، مما يقتضي البحث عن أنجع السبل والوسائل لحفظه وتنشئته سليما عقلا وجسدا.

إشكالية البحث:

تبعا لما سبق تبيانه من أهمية حفظ القاصر نفسا ومالا، ولكون قانون الأسرة قد كان مهتما برسم أحكام هذه النيابة الشرعية، ولما حضي به هذا الأخير من التعديلات، فقد حاولنا من خلال هذه الدراسة ابراز أهم أهداف الولاية على القاصر بالتشريع الجزائريّ، خاصة أنّ هذا الموضوع أصبح مدرجا كذلك ضمن ق إ م إ بآخر تعديل له بإدخال إجراءات الولاية عليه، وعليه فللإلمام بكل جوانب بحثنا ارتأينا معالجة ثنايا الموضوع من خلال إشكالية رئيسيّة متمثلة في: **ما مدى نجاعة الولاية كنظام لحماية القصّر؟ وإلى أي مدى أحاط التشريع الجزائريّ بأحكام الولاية وهل حققت هذه الأخيرة الغاية المرجوة منها؟**

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية دراسة الولاية على القاصر في التشريع الجزائريّ في كون هذه النيابة الأصلية تتناول حفظ فئة من المجتمع أو بالأحرى مرحلة من مراحل الإنسان والتي يمر بها الكل، وما يتطلبه هذا القاصر من حماية لنفسه برعايته وتربيته، وكذا حفظ لماله خاصة أمام أصحاب النفوس الضعيفة التي لا تعرف للضوابط معنى، فأهمية دور الوليّ تتمحور حول مسؤوليته بدرء المضرة

عن القاصر وحفظ هذا الأخير بنفسه وماله كحفظ الرجل الحريص، وكذا تبيان الحرص الكبير من المشرّع على تقديم مصلحة القاصر على حساب الآخر كتكريس للحماية المقرّرة له بالتشريع الجزائريّ، ويمكن تلخيص أهمية هذا الموضوع في النقاط التالية:

- تبيان أسبقية الشريعة الإسلامية لحماية القاصر، وحرصها على حفظ نفسه وماله.
- تحليل بعض التعديلات التي جاء بها قانون 05-02 المتضمن قانون الأسرة.
- استقراء المواد القانونية، وإدراج أهم تطبيقات الاجتهاد القضائي الجزائري.
- اعتبار القاصر من الفئات العاجزة عن تدبير الأمور المالية وكذا الشخصية.
- المكانة الكبيرة للقاصر في ظل أحكام الشرع والتشريع، فطفل اليوم رجل الغد.
- الفكرة الشائعة بسهولة استغلال أموال القاصر من أصحاب النفوس الضعيفة.
- الرغبة بالإلمام بشتى زوايا الموضوع رغم تشعبها، وإبراز أهم أحكام قانون08-09 المتضمن ق إ م إ.

أهداف البحث:

تكمن الأهداف الدافعة لمعالجة هذا الموضوع في النقاط التالية:

- جمع مسائل هذا الموضوع المتفرقة سواء القانون المدني وقانون الأسرة وكذا بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.
- تبيان موقف المشرّع الجزائريّ من خلال جملة الأحكام المقننة.
- توضيح الإجراءات المستحدثة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بيان دور القاضي وسلطته بالتدخل لحماية المولى عليه من جهة ومراقبة الوليّ من جهة أخرى.

الصعوبات التي واجهتنا خلال هذا البحث:

لا يخلوا أي عمل من عوائق وصعوبات تكون عقبة بطريق التحصيل، أو الوصول لتمام البحث وكان لبحثنا هذا نصيب من العوائق وأهمها ما يلي:

- تشعب المادة العلمية في كتب الفقهاء، ممّا يستدعي بذل المزيد من الجهد بغرض جمعها.
- سعة موضوع البحث وتشعبه، ما يستلزم التفصيل والتدقيق بكل جزئية منه.

- عدم وجود قانون خاص ينظم أحكام الولاية، وعليه فبظل وجود قواعد عامة حاولنا استخلاصها من حقوق الشخص البالغ ومقاربتها للقاصر نظرا لوجود نقطة اشتراك بينهما.
- قلة المراجع الجزائرية التي تتحدث عن إدارة أموال القاصر إن لم نقل انعدامها فيما يخص مسؤولية الولي، بمعنى عدم وجود مراجع تدقق بأحكام النيابة الشرعية، لاسيما نظام الولاية على القاصر.
- وجود معلومات متراكمة دون تقسيم منهجيّ لها بالمراجع، ما أدى لعدم التغطية الشاملة لهذه النيابة الشرعية ما يجهد الباحث في الموضوع.

المنهج المتبع:

يكتسي موضوع بحثنا " الولاية على القاصر في التشريع الجزائريّ" مكانة بالغة بالوقت الحاضر، كونه يعنى بفئة حساسة من المجتمع، وبغية تحقيق المراد من هذه الدراسة أي الوصول للأهداف المرسومة، اتبعنا بدراستنا المنهج الاستقرائي التحليلي، بحيث أننا قمنا باستقراء نصوص القانونية للموضوع ثم تحليل ما أمكن منها.

خطة البحث

يتفرّع موضوع البحث لتشعبات كثيرة وسعة مفرطة، وحرصا منا على عدم إهمال أي جانب من جوانبه النظريّة والتطبيقيّة، ارتأينا من خلال هذه الدراسة المتواضعة تقسيم البحث بعد المقدّمة إلى فصلين: فنتناول بالأوّل الإطار العام للولاية على القاصر الذي ينقسم إلى مبحثين يتمثل الأول بمفهوم الولاية على القاصر أمّا الثاني فيتمثل في أنواع الولاية على القاصر، أمّا بالفصل الثاني فسنتعرّض لأحكام الولاية على القاصر لدراسته من خلال ثلاث مباحث يتمثّل الأول في استحقاق الولاية، أمّا الثاني فيتمثّل بالحماية القانونية للمولى عليه، ونتناول بالثالث نهاية الولاية، لننهي دراستنا بخاتمة الموضوع وندرج من خلالها أهم النتائج والتوصيات التي نرى ضرورة تفعيلها تطبيقيا.

الفصل الأول

الإطار العام للولاية على القاصر

لقد ميّز الله عزّ وجلّ أرقى مخلوقاته واصطفاه، وهيأ له المنهج الملائم للحياة حيث يقول تعالى: ﴿ ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البرّ والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممّا خلقنا تفضيلا ﴾[1].

وعليه فإنّ الشريعة الإسلامية والتشريع من ورائها، قد اهتما بضمان رعاية الإنسان في شتى جوانب حياته و درجات عمره، فكان للطفل القاصر قسطا من هاته الحماية والرعاية باعتباره عنصرا ضعيفا في المجتمع، ويظهر ذلك جليا من خلال القواعد الأحكام الشرعية والتشريعية التي تكفل حمايته لحفظه من كلّ أشكال الفساد والانحلال، إلاّ أنّه من أجل بلوغ هذا الهدف وضمان نجاعة هذه الحماية، كان من الطبيعي إحاطته بنظام خاص بذلك، وهو ما نادى به الشرع والقانون، والمعروف بنظام النيابة الشرعية، والذي هو مجرّد سلطة شرعية وقانونية تُحلّ فيها إرادة النائب محل إرادة القاصر مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة على الشخص الأصيل.

وعليه فإنّ صور هذا النظام متعددة؛ مختلفة ومتداخلة في أحكامها، عالجها المشرّع الجزائري ضمن الكتاب الثاني لقانون الأسرة، ومثالها: الوصاية، الكفالة، التقديم...إلاّ أنّ دراستنا هذه ستنحصر في صورة واحدة فحسب، ألا وهي الولاية على القاصر كنظام للنيابة الشرعية، والتي عملنا ضمن هذا الفصل لتبيان أهم أبعادها وزواياها من خلال المباحث التالية، فنتناول مفهوم الولاية على القاصر في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فقد خصّصناه لأنواع الولاية على القاصر.

[1] سورة الإسراء، الآية 70.

المبحث الأول

مفهوم الولاية على القاصر

إنّ المشرع الجزائري قد تطرق للتكفل بحماية القاصر وارتأى حمايتها بمجموعة القوانين التي سنّها لهذا الغرض والتي تندرج ضمن نظم النيابة الشرعية.

إذ يعتبر نظام الولاية من أهم صورها، كونها النيابة الأصلية والإجبارية، فهي تعد السلطة الشرعية التي تمنح لصاحبها التصرف في الشؤون الخاصة بالصغير كما هو الشأن لدى الأب والوصي، والولاية قد تكون على المال أو على النفس، أو عليهما معا؛ وإلى جانب هذا الأصل يوجد ما يسمى بالولاية العامة، أين ينتقل التصرف للحكّام، لينوب القضاة عنهم تحقيقا لحماية القصّر[1].

إلّا أنّه لا يمكن معرفة هذا النظام إلّا بتحديد المقصود من الولاية على القاصر ومن ثم تعريف القاصر كمحل لهذه النيابة، وبعد ذلك تمييزها عما يشابهها من أنظمة وهذا ما ارتأينا تفصيله ضمن طيّات هذا المبحث، وهذا من خلال تقسيمه لثلاث مطالب أين نعالجها كالتالي ففي المطلب الأول نتناول المقصود بالولاية أما المطلب الثاني فخصّصناه للصغر كسبب للولاية كما أدرجنا في المطلب الثالث تمييز الولاية عن الأنظمة ذات الصلة.

المطلب الأول

المقصود بالولاية

الولاية على القاصر هي سلطة القيام بأعمال قانونية نيابة عن الغير، فهي صفة يضفيها القانون على شخص معين يكون له بمقتضاها سلطة على غيره في نـفسه ومـاله أو فيهما معا ويطلق عليها أيضا النيابة القانونية لثبوتها بقوة القانون.

ومن هذا المنطلق فهي صلاحية الشخص بمال غيره خلافا للأهلية التي هي صلاحية الشخص في مــال نفسه[2].

---

[1] كمال حمدي، الأحكام القانونية في الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية،1997، ص30.

[2] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998، ص 286.

وقد تقررت هذه الصلاحية لعلة حاجة القاصر لمن يتولى أموره وهذه الحاجة ترجع إمّا لنقص الأهلية أو انعدامها مثل ذلك الجنين، الصبي غير المميز، الصبي المميز.

لذلك فالإحاطة بهذا النظام تقتضي تعريف الولاية من شتى جوانبها، فنتناول بالفرع الأول تعريفها لـــــغة واصطلاحا وقانونا، أمّا بالفرع الثاني فسنخصّصه لتبيان أهم خصائصها.

الفرع الأول

تعريف الولاية

أولا–تعريف الولاية لغة: الولاية بفتح الواو وكسرها، وهي مصدر ولي الرجل إذا أعانه ونصره وقام بأمره، وتولى شؤونه، وهي من ولي الشيء ووُلي عليه.

والولي بالسكون تعني اللّم والقرب والدنو والولي اسم من أسماء الله الحسنى وهو الناصر المتولي بأمور العباد.

ويقال لغة ولي فلان ولاية –فتح الواو وكسرها–إذا نصره وأعانه[1].

إنّ الولاية هي حق شرعي للمكلف الرشيد في التصرف المشروع لحظ نفسه، ويكون انتقال هذا الحق إلى من أنابه الشارع أصالة أو بالتوالي لعارض شرعي على غيره في نفسه أو ماله أو فيهما معا،[2] وولي المرأة هو من يعقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه وكأن الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل.

ثانيا–تعريف الولاية اصطلاحا: وباصطلاح الشرع فهي سلطة شرعية يتمكن بها صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب الآثار الشرعية عليها، والتي تنصب على القاصر.

فهي بهذا المفهوم إشراف الراشد على الشؤون الشخصية والمالية للقاصر.[3]

---

[1] عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائريّ من مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر،2000، ص140.

[2] اقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة؛ دار الأمل، الجزائر،2014، ص39.

[3] أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج، دار الثقافة، الأردن ،2012، ص 14.

ولقد تعددت التعاريف الفقهية للولاية على القاصر، فمثلا عرفها الفقهاء الحنفيون كونها " تنفيذ القول على الغير". وزاد بعض فقهاء الحنفية على هذا التعريف " شاء أم أبى " أي أن هذه الولاية إجبارية وغير متوقفة على قبول الولي، أو رفضه.

أمّا الولاية عند فقهاء المالكية فهي تلك العلاقة الموجبة للإرث فيرى "ابن حوى" أنّ الولاية خمسة أنواع وهي[1]:

- ولاية الإسلام ولا يورث بها إلا مع عدم غيره
- ولاية الحلف
- ولاية الهجرة التي كان يتوارث بها أول الإسلام ثم نسخ.
- ولاية قرابة
- ولاية العتق والميراث.

بالنظر إلى هاته التعريفات نجد أنّها تحمل معنى واحد رغم الاختلاف في الألفاظ، هذا رغم الزيادات التي أوردها الفقهاء المحدثون منهم أبو زهرة الذي عرّفها على أنها "القدرة على إنشاء العقد نافذا"، إلّا أن هاته التعريفات الأخيرة قد شملها تعريف الحنفية الذي عرفها بشروطها وحقيقة حكمها.

ثالثا-تعريف الولاية قانونا: لم يتطرّق المشرّع الجزائريّ لا لتعريف النيابة الشرعيّة بصفة عامة ولا للولاية على القاصر كونها صورة من صور هذه الأخيرة بصفة خاصة، ذلك أن التعريفات عادة مهمة الفقه، إلّا أنّ هذا لا يمنعنا من استنباط المقصود منها وهذا من خلال الأحكام التي عالجتها سواء من خلال قانون الأسرة أو قوانين أخرى، لكن باستقراء نص المادة 87 ق أ ج إلى غاية ال مادة91 ق أ ج[2] من ذات القانون تتضح لنا معالم هذه الولاية.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج7، ط2، دار الفكر، 1989، ص 749.

[2] قانون رقم84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984 متضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج عدد24 الصادر بتاريخ 12 جوان1984 معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج رج ج ع 15، الصادر بتاريخ27 فيفري2005.

فمن خلال نص المادة 81 والتي تنص: " **من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون** " يتبين أنّ الولاية سلطة يقررها القانون لشخص معين لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية.

ومن هنا فتعريف الولاية من الناحية القانونية يتمثل في كونها السلطة المخولة للشخص ليقوم بالتصرف في نفس ومال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها بحق هذا الاخير، وتُستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو من القاضي أو من الولي كحالة تعيين الوصي.[1]

كما أن نص المادة 87 قد بيّنت كيفية انتقال الولاية على الأولاد القصّر من الأب الى الأم بعد وفاته وبحال غيابه أو حصول مانع فتقتصر ولاية الأم هنا على الأمور المستعجلة، وطابع ولاية الأم كولية أصلية لا يجد أساسا له في الفقه الإسلامي.

لكن ورغم خروج المشرّع الجزائريّ عمّا جاءت به أحكام الشريعة الإسلاميّة إلّا أنّ تعريف الولاية يبقى وثيق الصلة بالفقه الإسلامي كون معظم أحكام قانون الأسرة مستنبطة منها.

الفرع الثاني

خصائص الولاية

إنّ للولاية بوصفها سلطة خوّلها القانون لأشخاص معينين خصائص تميّزها، وبعد عرض تعريفاتها صار واضحا ما يميّز الولاية من كونها سلطة شرعيّة، وقانونيةّ، وهي أصلية والزامية لا يتخلّص منها دون أسباب جادة، وهذا ما سنعرضه بهذا الفرع.

أولا-الولاية نيابة قانونية:

لقد نصّ المشرع الجزائري على أحكام الولاية وبيّن شروطها وقيودها ابتداء من نص المادة 87 ق أ، إضافة للإدراج ضمن الأحكام العامة بالمادة 81 ق أ[2] التي تنص:" **من كان فاقد**

[1] نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص179.

[2] قانون رقم84-11 متضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

الأهلية أو ناقصها لصغر السّن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدّم طبقا لأحكام هذا القانون".

فهي نيابة قانونية مباشرة تستند لنصوص القانون تنشئها وتنظمها فتتقرّر لحماية القصّر من ناقصي الأهلية، وعليه فيستلزم على الولي التقيّد بالحدود التي رسمها القانون له.

ثانيا-الولاية نيابة أصلية:

إنّ الأصل أن الولاية تثبت للأب لذاته بقوة القانون وبحال وفاته تنتقل للأم، فهي سلطة قانونية تسمح له بمباشرة تربية وعلاج وتعليم من هم تحت ولايته، كما تمنح له سلطات لإدارة مال المولى عليه والحفاظ عليه، فتكون إذن سلطة على نفس ومال القاصر.

فالولاية نيابة أصلية لا تحتاج لحكم يثبتها كما هو الحال بالوصاية كون هذه الأخيرة ولاية نيابية، هذا كأصل عام لكن حالة الفرقة بين الزوجين شكّلت الاستثناء بحيث أن الولاية تثبت لمن له حق حضانة الأولاد فحكم الحضانة هو الذي يثبتها.

ثالثا-الولاية نيابة الزامية:

إنّ المشرع الجزائري قد فرض الولاية كنيابة أصلية على الأب وتتولاها في حالة وفاته الأم وهذا بموجب نص المادة 87 ق أ[1]، وخوّل له هذه السلطة على كل من نفس ومال القاصر[2] فهي ولاية إلزامية يستمدها الولي ليس فقط من القانون مباشرة بل ومن أحكام شريعتنا الغراء ولا يمكن له التنصل منها فهي حق له وواجب عليه، وعلى هذا يلزم لإعفائه منها قبول تنحيته وهذا مرهون بمبررات وأعذار تخضع لسلطة القاضي بالتقدير.

فالولاية تكليف شرعي يضعه القانون على عاتق الوليّ لا يستطيع التحلّل منه إلّا بمبررات تقدّرها المحكمة ولكون الولاية من طابع النظام العام فليس للقاضي قبول طلب تنحي الولي إلا مع مراعاة مصالح المولى عليه الأجدر بالحماية وتقديم الولي لأسباب جادّة.

[1] تنص المادة 87 ق أ ج: " يكون الأب وليا على أولاده القصّر، وبعد وفاته تحل الأم محلّه قانونا..."

[2] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص179.

رابعا-الولاية نيابة شرعية:

إنّ الشرع قد تولى بيان أحكام الولاية وحدّد مراتب مستحقيها ومن دلائل شرعيتها قوله تعالى:﴿ فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾[1]، فتكون هذه السلطة مستمدة من الشرع كولاية الأب على ابنه الصغير وولاية الجد على حفيده، فهي ثابتة له شرعا بمقتضى صفة القرابة باعتباره من العصبة بالنفس.

كما بيّن الشرع حدود هذه السلطة ولم يسمح بالتعسف باستعمالها على المولى عليه فهو الطرف الأضعف بهذه النيابة لهذا رسم قيودا لا يجب تجاوزها، وما على الولي سوى التقيّد بها وإلا كان تصرّفه معرّضا للرّد وولايته معرّضة للإسقاط والسلب [2].

أو بمعنى آخر يجب أن تمارس هذه السلطة الشرعية بحدود ما يضمن مصلحة القاصر فلا تكون نافذة بحقه إلا باستيفائها شروطها المطلوبة، والتي سيلي عرضها وتبيانها.

المطلب الثاني

الصغر كسبب للولاية

إذا كان نظام الولاية يفرض على الولي شمل أولاده القصّر بالرعاية والحماية وتوفير كل ما عليه ما أجل صحة وظيفته كولي أمرهم، إلّا أنّ ذلك لا يتحقق إلا بتنشئتهم وتأديبهم على أحسن سلوك، وبالمقابل فإن أساس قيام هذه الولاية والواجبات على عاتق الولي هو صغر الأولاد، وهذه هي العلّة الجوهرية لقيام الولاية، وهذا ما نصّت عليه المادة 87 ق أ ج السالفة الذكر.

وللإلمام بهذا السبب وتوضيحه أكثر ينبغي التعريف بالقاصر، بتبيان مراحل كمال أهليته باعتبارهما مفهومان متلازمان (فرع أول) والتعرض لحكم تصرفاته (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعريف القاصر ومراحل تدرّج سنّه

أولا: تعريف القاصر

قبل إعطاء المفهوم القانوني للقاصر يتعيّن علينا إيضاح بعض المفاهيم العامة له.

---

[1] البقرة، الآية 282.

[2] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، مطبعة المصريّ، بيروت، 1970، ص27.

القاصر لغة: بكسر الصاد، من قصر عن الشيء، إذا تركه عجزا، أو عجز عنه ولم يستطعه وهو العاجز عن التصرف السليم، وهو أيضا كل من لم يكن مكلفا أو أهلا للتصرف.

كما يُعرّف أيضا أنّه قصور شرعيّ أو سن القصور[1].

القاصر اصطلاحا: من لم يستكمل أهلية الأداء سواء كان فاقدا لها كالصبي غير المميز أو ناقصا كالمميز.

فيعرفه جمهور الفقهاء كونه الصغير الذي لم يبلغ ذكرا كان أو أنثى، فلا يعتد بعباراته حتى يبلغ الحلم ويؤنس منه الرشد[2]، لقوله تعالى: **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإذا آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** "[3].

وقوله صلى الله عليه وسلم: " رفع القلم عن ثلاث: عن المجنون المغلوب عن عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم. "

فالحديث يدل على عدم الاعتداد بعبارة الصغير حتى يحتلم، أما الآية تضييف إلى الاحتلام شرطا أخر وهو الرشد، بمعنى إصلاح الدين والمال معا، فإذا لم يجتمع له البلوغ والرشد لا يسلّم إليه ماله، بحيث لا يكون أهلا للتصرف فيه[4].

أمّا المدلول القانوني للقاصر، فحسب الإجماع التشريعيّ هي حالة الشخص الذي لم يبلغ بعد سن الرشد، بالرغم من اختلاف القوانين عن هذا السّنن أمّا بالنسبة للتشريع الجزائريّ فقد حدّده حسب المادة 40 ق م ج[5] ب19 سنة كاملة بمعنى من لم يبلغ هذا السّن يعد قاصرا.

---

[1] المعجم القانوني، ج2، ط2، مكتبة تولوز، باريس، 1966، ص 174.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص5.

[3] سورة النساء، الآية5 .

[4] علي حسب الله، الولاية على المال والتعامل في الشريعة الإسلامية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة،1967، ص5-6.

[5] الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975 المعدّل والمتمم بالأمر 07/05 مؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثانيا: مراحل تدرج سن القاصر

وعلى العموم لا يمكن الحديث عن القاصر قانونا دون الحديث عن الأهلية، باعتبارهما مفهومان مرتبطان ومتلازمان.

الأهلية لغة: هي الصلاحية والجدارة والكفاءة لأمر من الأمور[1].

باصطلاح الفقهاء: فهي تعني صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق وتحمل الالتزامات[2].

فالأهلية للأمر هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه وكذا صحة التصرفات منه[3]، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين: ﴿وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها﴾ وقوله أيضا ﴿هو أهل التقوى و أهل المغفرة ﴾.

وعليه فإن أحكام الأهلية والقواعد المنظمة لها من النظام العام إذ لا يحق للأشخاص التنازل عن أهليتهم أو تعديلها، فالقانون هو من يتولى بيان أحكامها وحدودها، وهذا ما جاء في نص المادة 45 ق م ج[4].

وبالرجوع إلى ما قضى به المشرع الجزائري نجد أنه قد ربط مفهوم القاصر بالأهلية، وذلك من خلال المادتين 40و42 ق م ج[5]، فنص في المادة 40 على أنه " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المادية وسن الرشد 19 سنة كاملة".

ونصّ في المادة 42 ق م ج على أنه "**لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز بصغر في السن أوعته أو جنون، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ سن 13 سنة** ".

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، 1989، ص ص116-117.

[2] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص285.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص116.

[4] تنص المادة 45 ق م ج: " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها".

[5] الأمر رقم 58/75 يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

فمن خلال هذه المواد، تبين لنا أنّ تعريف القاصر وفق التشريع الجزائري هو الشخص الذي لم يبلغ بعد سن 19 سنة كاملة، وعليه ينتهي هذا القصور عند بلوغ هذا السّن، باعتباره السن القانونيّ الذي بعده يصبح الشخص كامل الأهلية لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه ولنفسه[1].

وعليه فإن القاصر يمر بمرحلتين، هما:

1-مرحلة انعدام التمييز: والتي تبتدئ من الميلاد إلى سن 13 سنة، حيث لا تكون له القدرة على فهم ماهية الأفعال والأقوال التي يأتي بها، وما يترتب عنها من نفع أو ضرر له أو لغيره[2] فالتمييز إذن هو مناط التكليف والمسؤوليّة.

2-مرحلة التمييز: التي تسري من حين بلوغ الصبي سن 13 سنة إلى قبل استكماله سن 19 سنة، أي سن الرشد القانوني، فإذا استكمل هذا السن، يعد راشدا كامل الأهلية، ويطلق على هذه المرحلة أيضا بمرحلة نقصان الأهلية حيث يتمكن الصغير في هذا السن من إدراك معاني ومقاصد العقود والتصرفات بوجه عام، وإن لم يحط إحاطة تامة بدقائق الأمور لعدم النضج العقلي التام، إلا أن له القدرة على التفريق بين النفع والضرر، والمصلحة والمفسدة.[3]

وتحديد هذا السن مهم لمعرفة حكم التصرفات القانونية التي يقوم بها الصبي من جهة، وهذا ما سنتطرق اليه لاحقا، أما من جهة ثانية، فإنه خلال هاتين المرحلتين يكون القاصر مجرّدا من الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية وبالتالي يوضع تحت نظام التمثيل القانوني وتحت سلطة وليّ، المخوّل لتأمين الحماية لشخص ومال القاصر[4]، حسب نص المادة 81 ق أ ج.

وطبقا للأحكام المنصوص عليها في القانون المدني الجزائريّ فإنّ الأهلية قسمان:

-**أهلية وجوب**: هي صلاحية الشخص لثبوت الحق به وثبوته عليه، فهي شخصيّة قانونية ثابتة لكل شخص طبيعيّ، فقد تكون ناقصة فتأهل صاحبها لثبوت الحق له لا عليه كالجنين مثلا، كما

---

[1] علي فيلالي، المسؤولية المدنية للطفل، المجلة الجزائرية القانونية والاقتصادية والسياسية لكلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد41، 2000، ص95.

[2] بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر، الجزائر،2006، ص151.

[3] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص294.

[4] محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية،1987، ص7.

قد تكون كاملة فيكون صاحبها أهلا لثبوت الحق له وعليه بحيث تطالب ذمّته بالالتزامات المالية منذ ولادته حتّى يبلغ سنّ التمييز.[1]

-**أهلية الأداء:** هي صلاحية الشخص للالتزام، وكفاءته لمباشرة التصرفات المرتبة لآثار قانونية وهي مرادف للمسؤولية،[2] وبمعنى آخر فهي قدرة الشخص على توجيه إرادته لإحداث آثار قانونية لحسابه الخاص[3]، ومناط هذا النوع من الأهلية هو العقل والإدراك فينفرد به طائفة من الأشخاص الذين توفر فيهم قدر من التمييز يمكّنهم من ترجمة مقاصدهم وتوجيه رغباتهم نحو تصرف يرتب القانون عليه أثرا أو آثارا عدة.

وبذلك تختلف الأهلية عن الولاية التي تعتبر صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تنتج آثارها في حق الغير أي القاصر، من حيث أن فقدان الأهلية يؤدي إلى بطلان العمل القانوني، أما فقدان الولاية يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف في حق من يقصد الالتزام به.

كما يمكننا التمييز بين الأهلية والولاية، فالأولى هي ما عرّفناه أعلاه، أما الولاية فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال ونفس الغير، وعليه فلا يقال أنّ الولي له أهلية التصرف في مال الغير، بل له ولاية التصرف[4].

وكما سبق ذكره فإن الشرع والقانون قد جعلوا مناط الأهلية هو التمييز أي العقل والإدراك، ولا خلاف أن الأداء يتعلق بقدرتين: قدرة فهم الخطاب بالعقل، وقدرة العمل به بالبدن[5].

وبالتالي فالأهلية تتأثر بإحدى العوامل الثلاث: السّن، عوارض الأهلية وكذا موانعها.

إلّا أنّ ما يهمنا في دراستنا هاته، هو عامل أو ضابط السّن باعتبار موضوع الدراسة محل البحث هو الولاية التي تكون على القاصر.

وما يمكن إضافته في هذا الخصوص هو أن للأهلية أيضا أنواع فهي تتبلور بين أهلية أداء كاملة، وأخرى قاصرة أو ناقصة والأخيرة أين تكون فيها الأهلية معدومة.

---

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص175.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج4، المرجع السابق، ص121.

[3] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص169.

[4] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص289.

[5] اقروفة زبيدة، المرجع السابق ، ص11.

وهذا ما نخوض في تفصيله في عنصر حكم تصرفات القاصر.

الفرع الثاني

حكم تصرفات القاصر

بعد التعريف بالقاصر وبيان أحكام الأهلية وفقا للتشريع الجزائري، فإننا سنقوم بعرض نقطة أساسية، تمثل بدورها مظهر من الأحكام الخاصة بالقاصر، والمتمثلة في حكم التصرفات القانونية التي يقوم بها.

إذ أخضعها المشرع الجزائري لأحكام خاصة مستندا في ذلك للشريعة الإسلامية بغاية عدم ترك القاصر عرضة للاستغلال وهذا بدفع ما قد يقوم من تصرفات قد تضر به في نفسه، أو تفقر ذمته المالية، إذ نص المشرع الجزائري في نص المادة83ق أ[1]:" **من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصيّ فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء**".

مع الإشارة إلى أن كلا من القانون المدني وقانون الأسرة لم يتناولا بالتفصيل تصرفات القاصر بل اقتصرا على اشارات مختصرة يشوبها العموم في مواد ثلاث 43-79-101 من القانون المدني إلا أننا سنقوم بتبيان هذه التصرفات وحكمها بالتفصيل اعتمادا على ما جاء به المشرع وما جاء به الفقه الإسلامي.

أولا-حكم تصرفات القاصر غير المميز

إذا أمعنا النظر في العقود تبين لنا بأنها تنقسم إلى أربعة أنواع: عقود اغتناء، عقود إدارة عقود تصرف، عقود تبرع، وتعتبر عقود الاغتناء من الأفعال النافعة نفعا محضا وتعد عقود الإدارة والتصرف من قبيل الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، أما عقود التبرع فهي تدخل حيّز الأعمال الضارة ضررا محضا.

[1] قانون رقم84-11 متضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

والملاحظ من نص المادة 82 ق أ ج[1] أنّ المشرع اعتبر جميع تصرفات القاصر غير المميز باطلة بطلانا مطلق بما فيها تلك النافعة نفعا محضا، ومن ثمة فإنه يجوز للمحكمة إثارة هذا البطلان من تلقاء نفسها، لتعلقه بالنظام العام فيترتب على هذا البطلان إعادة الأمر لما كان عليه[2].

كما أنّ هذا التصرف لا يقبل الإجازة، إذ أن كل صبي موضوع تحت نظام السلطة الأبوية أو تحت نظام الولاية يجب أن يكون محميا نتيجة عدم نضجه، فحالته كعديم الأهلية تجعل الالتزامات التي يقوم بها باطلة بطلانا مطلقا، فليس بإمكانه التصرف في ذمته المالية، كونه تحت نظام الولاية، فوَليه هو من يتصرف في إدارة أمواله، وهو ممثله الشرعي.

وهذا البطلان القانوني يعد مظهرا من المظاهر الأساسية للحماية، إلّا أن المشرع لم يأخذ القاعدة على إطلاقها بل أعطى للقاصر غير المميز سلطة التصرف في أمواله جزئيا أو كليا بعد الحصول على إذن من القاضي بناء على طلب من له مصلحة حسب نص المادة 84 ق أ ج.

حيث تنص هذه الأخيرة: " للقاضي أن يأذن لمن لم يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كلي في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت ما يبرر ذلك."

إلاّ أنّ المشرع الجزائري وقع في الخلط بين القاصر المميز وعديم التمييز، حيث النصّ العربي للمادة 84 ق أ ج يتحدث عن الصبي غير المميز تكون جميع تصرفاته باطلة كما بيناه سابقا، فلا تصححها الإجازة ولا الإذن.

أمّا باللغة الفرنسية[3] ، فالنص يتحدّث على الصبي المميز أي الذي بلغ سن 13 سنة، وهذا الأصح والرأي الراجح.

---

[1] تنص المادة 82 ق أ: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنّه، طبقا للمادة 42 ق م تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

[2] بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص151.

[3] Art84 le juge peut autoriser la personne ayant atteint l'âge de discernement à disposer de tout ou partie de ses biens, à la demande de toute personne y ayant intérêt.
Toutefois, le juge peut revenir sur sa décision s'il en admet le bien fondé.

فالإدراك والتمييز شرط لوجود الرضى اللازم في العقود وسائر التصرفات القولية، فجميع هذه التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز باطلة لانتفاء الرضى، وذلك سواء كانت مضرة أم نافعة[1].

ثانيا-حكم تصرفات القاصر المميز

إنّ الصغير المميز ذو أهلية ناقصة حسب نص المادة43 ق م[2] لأن إدراكه ناقص، لذا أجاز له الشرع و القانون بعض التصرفات دون البعض الآخر.

فإذا كانت تصرفات القاصر غير المميز باطلة بطلانا مطلقا، فإن تصرفات القاصر المميز، لها حكم مختلف بحسب نوع التصرف الذي قام به تبعا لأنواع ثلاث:

1-إذا كان التصرف نافعا نفعا محضا: وهي التصرفات التي يترتب عليها اغتناء من يباشره دون عوض، كقبوله الهبة مثلا، فهذا ينعش الذمة المالية ويغنيها دون دفع مقابل.

وبالتالي يستطيع القاصر المميز مباشرتها بنفسه، وتكون صحيحة، ويعتبر بالنسبة إليه كأنه كامل الأهلية[3].

2-إذا كان التصرف ضارا له ضررا محضا: وهو التصرف الذي ينتج عنه افتقارا الذمة المالية للقاصر أي دون مقابل أو عوض هذه التصرفات يمنع عليه مباشرتها، ويقع باطلا بطلانا مطلقا ويعتبر القاصر المميز بالنسبة إليها عديم الأهلية،[4] إذ أن هذه التصرفات كالتبرع، الإيواء الوصية تبقى باطلة بطلانا مطلق ولو أجازها الولي، حيث أنها معاملات تفقر القاصر، ويشترط فيها القانون الأهلية الكاملة للقيام بها، فهو ليس أهلا لذلك، والولي كذلك لا يستطيع إجازة تبرع ما

---

[1] صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعيّة والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصيّة، دار العلم للملايين، بيروت، د س ن، ص110.

[2] الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج ر ع78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدّل والمتمم بالأمر 07/05 مؤرخ في 27 فبراير 2005.

[3] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 294-296.

[4] عبد العزيز بوذراع، الحماية القانونية لأموال القاصر ودور القاضي في ذلك، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر،2007، ص 26-27.

ليس ملك له، إذ أنّ الولاية مشروطة بالمصلحة وليس من المصلحة إخراج شيء من مال الصغير دون مقابل أو الإجازة له لإبرام هذا التصرّف[1].

كما يجوز التمسك بالبطلان من كل ذي مصلحة، وللمحكمة أن تقضي بهذا البطلان من تلقاء نفسها، كونه من النظام العام.[2]

وجاء في نصوص قانون الأسرة بالمادة 186 ق أ التي تشترط في الموصي سن 19 سنة وكذا المادة 203ق أ التي تشترط ذلك أيضا في الواهب؛ والمادة 215 ق أ ج تشترط ذلك أيضا في الواقف، أما المادة 304 ق م التي تقضي بأن الإبراء يسري عليه الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، أي بما فيها كمال الأهلية.

3- إذا كان التصرف دائر بين النفع و الضرر: وهذه التصرفات هي عقود المعاوضات كالبيع والشراء والإجار والاستقراض فهي تصح منه، ويتوقف نفاذها على إجازة الولي إذ لم يكن فيها غبن فاحش، فان أجازها، نفذت وجازت، وإلّا بطلت، أمّا إذا تصرف بغبن فاحش فإن مقدار الغبن إما تبرع مستور أو إضاعة للمال، وكلاهما ليس في مصلحة القاصر، لذلك لا يصح منه ولا يملك الولي إجازته [3].

وعليه فإنّ حكم هذه التصرفات يكون البطلان بطلانا نسبيا، بمعنى أن يكون قابلا للإبطال لمصلحة القاصر بواسطة الوليّ أو الوصيّ أو الصبيّ نفسه بعد البلوغ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة.[4]

ومعنى ذلك أن التصرف صحيح ولكن لا يرتب أي أثر إلا بعد إجازته من طرف ولي القاصر فإذا أصدرت هذه الإجازة كان لها أثر مزدوج، الأول هو نفاذ التصرف وترتيبه لأثره القانوني والثاني سقوط حق التمسك بالإبطال المجيز له[5].

---

[1] محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلاميّ، ط2، دار هومة، الجزائر،2009، ص117.

[2] بعلي محمد الصغير، المرجع السابق، ص152.

[3] علي حسب اللّه، المرجع السابق، ص7.

[4] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص294.

[5] علي فيلالي، المرجع السابق، ص100،99.

وبهذا نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 83 ق أ اعتنق فكرة وقف التصرف على الإجازة، أو ما يعبر عنه بالعقد الموقوف التي استمدها من الشريعة الإسلامية، ونلمس هنا التعارض بين نصوص القانون المدني الذي يقرّ بحق الإبطال، بينما المادة 83 من قانون الأسرة الجزائريّ تنص على الإجازة، وهذا ما يمكن أن يعاب على المشرّع الجزائريّ.

وبالرجوع لحق طلب الإبطال العقد، أو التصرف، فهو مقرر للقاصر دون سواه، أي ليس للمتعاقد معه إن كان راشدا طلب إبطال التصرف وعلة ذلك أنّ القابلية للإبطال تقرر حماية لمصلحة خاصة بالنسبة لأشخاص معينين، من بينهم ناقص الأهلية وذلك لصغر سنه، وهو ما نصت عليه المادة 99ق م ج، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لعدم تعلق الأمر بالنظام العام.

أمّا فيما يتعلّق بالمدة القانونية للتمسّك بحق الإبطال فقد حدّدتها المادة101 ق م ج بخمس سنوات تسري بحق ناقصي الأهلية من يوم زوال السبب[1].

وصفوة القول أنّه لا فرق بين هذا النوع من العقود وبين العقد الصحيح إلا في كون العاقد الذي خوله المشرع حق الإبطال له المطالبة به، إلّا أنّه يزول هذا الحق بالإجازة أو التقادم، فوجوده مهدد بالزوال حتى تلحقه الإجازة[2].

ثالثا–حكم تصرفات القاصر المرشد

إنّ التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي يباشرها الصغير المميز تتوقف على إذن الولي وإجازته، لإنتاج آثارها القانونية، لكن يستثنى من الأحكام الذكورة سابقا الصبيّ البالغ 18 سنة من عمره وأذن له القاضي بالتصرف الكلي أو الجزئيّ في تسلّم أمواله لإدارتها، وذلك متى ثبتت جدارته وكفاءته وهو ما يسمى بالمرشد[3]، أمّا بالرجوع إلى أحكام التشريع الجزائريّ نجد أنّ المشرّع الجزائريّ ينص بالمادة الخامسة من ق ت ج على الترشيد و اشترط لذلك بلوغه سن 18 سنة كاملة الحصول على إذن مسبّق من والده أو أمه أو قرار مجلس العائلة مصادق عليه من

[1] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص20.

[2] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص416.

[3] السنهوري عبد الرزاق، المرجع نفسه، ص295.

المحكمة، كما يرفق هذا الإذن الكتابيّ بطلب التسجيل بالسجل التجاري، ولعلّ الهدف من هذا هو حماية القاصر من المخاطر الناجمة عن تصرفاته وخشية ضياع أمواله[1]، وعليه يمكن عدّ الإذن إقرار بأهلية أداء كاملة لكن بالحدود التي يراها القاضي ملائمة.

المطلب الثالث

تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها

إنّ التعرف على ماهية الولاية لا يمكن أن يتأتى إلاّ بالقيام بتمييزها عن الأنظمة المشابهة وهي التي تدخل ضمن النيابة الشرعية على القاصر، من وصاية وكفالة وتقديم، والغاية من هذا التمييز هو تبيان الاختلافات بين الولاية كنيابة أصلية وغيرها من سبل الإنابة الشرعية وهذا من حيث الشروط والأسباب وكذا بالنسبة لآثار هذه النيابات الشرعية، لذا نتناول تمييزها عن الوصاية (الفرع الأول)، ثم عن الكفالة(الفرع الثاني)، وأخيرا عن القوامة(الفرع الثالث).

الفرع الأول

تمييز الولاية عن الوصاية

تعتبر الوصاية نيابة شرعية وهي ولاية نيابية على القاصر.

أولا–تعريف الوصاية

لغة: من أوصى له بشيء، وأوصى إليه، جعله وليا والاسم (الوصاية) بفتح الواو أو كسرها، وهي أيضا بمعنى من عهد إليه بأمر، والوصاية لغة تعني كذلك متى طلب شخص شيئا من غيره ليفعله عن غيب من حال حياته أو بعد مماته، ومتى جعله وصيا أي يتصرف بأمره وماله بعد موته.

والوصاية أيضا هو من يوصى لأجله القيام بشؤون الصغير[2].

اصطلاحا: هي قيام شخص غير الولي الشرعيّ بالمحافظة على حقوق القاصر وهي تعني قيام الأب أو الجد بتعيين غيره ليقوم مقامه بعد موته، إذن فالوصي هو كل شخص يمنح الولاية على مال الصغير غير وليه الشرعي[3]، كما يعبر عنه الفقه الإسلامي بالوصي المختار.

---

[1] عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائريّ، دار المعرفة، الجزائر،2010، ص93.

[2] بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، ط1، د د ن، قسنطينة،2011، ص77.

[3] محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام؛ المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1985، ص64.

فمن التعريف السابق فالوصي يعين من الأب والجد للولد القاصر، وإن تعدد الأوصياء فبذلك يختار القاضي أحد من هؤلاء آخذا بمعيار الأصلح منهم لتولي شؤون هذه النيابة.

فالوصي شخص مختار يتولى رعاية أموال الصغير بإرادته والتصرف فيها بالحدود التي رسمها القانون، وهذا الاختيار قد يأتي من جانب الأب فيحتل الوصي المرتبة الثانية من بعده وإما أن يكون من جانب المحكمة، فيسمى بالوصيّ المعيّن.

إنّ الهدف من الوصاية هو صيانة أموال القاصر واستثمارها على الوجه الذي يعود بالخير عليه.

ثانيا- شروط الوصاية:

إنّ الوصاية بوصفها نيابة شرعية، وكذا ولاية من نوع خاص فهي تستلزم لثبوتها مجموعة من الشروط، وقد جاء بها نص المادة 93 من قانون الأسرة دونما أن تفرق هذه المادة بين الشروط بالنسبة للوصي المختار والوصي المعين[1] بحيث تنص "يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة " إذن فتدور هذه الشروط حول الكفاءة، العدالة، وكذا الأهلية الكاملة وهذا أمر منطقي كون هذا الوصي يتولى تسيير الأمور المالية لغيره وعليه فإن هاته الأخيرة مستلزمة، وباستقراء نص المادة 93 ق أ يمكن حصر هذه الشروط بما يلي:

1/ أن يكون مسلما: فلا ولاية لكافر على مسلم، والوصاية ولاية نيابية وعليه فلابد أن يكون الوصيّ مسلما فيجب أن يكون الخلف من جنس السلف[2]، والعبرة في ذلك تحريم ولاية الكافر على الصغير المسلم، خشية على دين الصغير.

2/ أن يكون بالغا وعاقلا: فالوصاية هي تولي الشخص أمور غيره وعليه وجب أن يكون بالغا بحيث لا يمكن له تولي أمور خاصة بمال غيره إن لم يكن كفأ لتحمل التزاماته وعليه استلزم أن يكون قد بلغ 19 سنة فأكثر بمفهوم نص المادة 40 ق م، إذن فبمفهوم المخالفة لا تسند الوصاية لصبي وهو بنفسه بحاجة لعناية، فلا تتوفر به صفة العقل الكامل.

---

[1] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق؛ دار هومه، الجزائر، 2010، ص149.

[2] نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص296.

كما لا تسند الوصاية لأحد الأشخاص غير المميزين فلا تتوفر بهم صفة العقل وهذا بسبب الحجر الذي يطال الشخص لجنون، غفلة، أو سفه، وهذا ما سنتناوله بالدراسة لاحقا.

3/ كما يستلزم أن يكون الوصي عادلا، حسن الخلق والسيرة كما يكون أمينا فالوصاية لا تناط لمن لا خلق حسن له أو ذو سيرة سيئة كما تستلزم به العدالة كي يطمئن له الموصى عليه (القاصر) وتكون أمواله بأمان[1].

4/ عدم الحكم على الوصي بعقوبة عن جناية حسب المادة 09 مكرر 5/1 قانون العقوبات[2].

ثالثا: أنواع الوصاية

إنّ الوصيّ نوعان فقد يكون وصيا مختار من قبل الموصي شخصيّا، وقد يكون معين من قبل القاضي.

الوصي المختار: هو شخص اختاره الوليّ ونقل له نفس سلطاته بالنسبة لإدارة أموال القاصر، إلاّ إذا حدّدها الموصي تحديدا صريحا في الوثيقة المثبتة للايصاء، ويكون اختيار الوصي من قبل الأب أو الجد للقاصر أو للحمل المستكن بموجب ورقة مكتوبة صادرة عن الموصي حال حياته[3]، موقع عليها منه، أو تقرير أمام القاضي أو الموثق بحضور شاهدين أو بإرادة المتوفي في حضور شاهدين، ويتعين عرض هذه الوصاية على المحكمة لتثبيتها بعد التحقق من توفر الشروط التي يستلزمها القانون.

الوصي المعيّن: الأصل أن يكون الوصي مختارا، لكن بحال حدوث مانع يحول دون تحرير وصية من الأب أو الجد، يتولى القاضي تنصيب وصيّ للإشراف على الأولاد القصّر وتركتهم[4]، حيث يكون في الغالب من أقارب القاصر وعليه استلزم أن تتوفر به شروط المادة 93 ق أ سابقة الذكر

---

[1] علي حسب الله، المرجع السابق، ص33.

[2] تنص المادة 9 مكرر1/ 5-6 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي:" يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

- عدم الأهلية لأن يكون وصيّا أو قيّما.
- سقوط حقوق الولاية كلّها أو بعضها.

[3] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص ص27-29.

[4] محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية، دار الثقافة، عمان، 2012، ص73.

وتنبغي الإشارة أنّ وصي الميت أقوى من وصي القاضي عند الفقهاء خلافا لما جاء بالقانون،[1] فلا مفاد لهذا الاستثناء إلّا بغياب الأصل.

رابعا: انتهاء الوصاية

نصّت المادة 96 ق الأسرة " **تنتهي مهمة الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته، أو بلوغ القاصر سن الرشد، ما لم يصدر حكم من القاضي بالحجر عليه، بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، فقبول عذره عن التخلي عن مهمته وكذا بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبتت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر**"، ومن هاته المادة نرى أن المشرع قد خصّ انتهاء الوصاية بمادة كاملة وحددها بثمان حالات، ويكون هذا بحال انقضاء هذه الوصاية بقوة القانون أو لظروف خاصة[2]، فالوفاة سواء للقاصر أو للوصي تكون سببا لانقضاء أيّ التزام، أمّا بالنسبة للأهلية فلها أثر أيضا في ذلك، فالقاصر باكتسابها والوصيّ بسقوطها عنه ينهي هذه النيابة الشرعيّة، ولكون الوصاية ولاية نيابية محدّدة المهام فبمجرد انتهاءها أو ثبوت تجاوز الوصيّ لحدودها يكون سببا لنهايتها، وما يميّز الوصاية عن الولاية كونها اختيارية وعليه يجوز للوصيّ طلب التنحي إذا لم يستطع القيام بمهمة الوصاية.

وكأي نهاية لالتزام ما فإن له آثار تنجر عن هذا الانقضاء سواء كانت لأسباب عامة أو لأسباب خاصة ومن بين أهم الآثار التي تعتبر أحكاما خاصة بالوصاية تميزه عما هو متعارف عليه بآثار الولاية تتمثل بتسليم الأموال التي عهدت إليه خلال ممارسته لمهمة الوصاية فيقدم كل ما بحوزته من أموال إما للقاصر بعد بلوغه سن الرشد وعدم الحجر عليه[3]، فبحال بلوغ القاصر واعترته مانع من موانع الأهلية وجب استمرار الوصاية، وهذا بحكم من المحكمة ويقدم طلب استمرار الوصاية قبل البلوغ.

أو تقدّم هذه الكشوفات إمّا للمقدم أو الوصي المعيّن الآخر ويكون هذا بحال عزل الوصي ويكون هذا العزل بسبب تهديد مصلحة القاصر.

---

[1] عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص149.

[2] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص69.

[3] عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص150.

أمّا بحال وفاة القاصر فعلى الوصيّ الذي انتهت مهمته بقوة القانون تقديم كشوفات لورثة القاصر بمدة شهرين من انتهاء الوصاية، إضافة إلى ما سبق ذكره من آثار فالمشرع أضاف وكنوع من الرقابة على الوصاية تقديم نسخة من الحسابات والكشوفات للقضاء، فلو تبين أن الوصي يقوم باستغلال أموال القاصر تثبت مسؤولية ما يستدعي تعويضه ماديا.

خامسا: أوجه التفرقة بين الولاية والوصاية

فبعد عرضنا هذا للوصاية نلمس بعض الاختلافات الجوهرية أهمها أنّ الولاية أعم وأوسع من الوصاية.

فالولاية شاملة للنيابة على المال وكذا على النفس بحيث تعتبر ولاية أصلية أما الوصاية فتكون محددة وعادة ما تشمل ولاية نيابية على المال.

أضف لهذا الفرق فلا يلجأ للوصاية إلاّ بعد انعدام سلسلة الأولياء الذين تربطهم صلة الدموية وهذه الصلة تنعدم بالوصاية كأصل عام، ضف لكون الوصاية واجبة الإثبات بالمحكمة على عكس الولاية فهي تلقائية، كما أنّ ما يميّز الوصاية عن الولاية كون الأولياء محدّدون فقها وقانونا بحين أنّ الأوصياء مطلقون.

كما أنّ الوصيّ لا يجوز له الإنفاق من مال الموصى عليه كون مهمته هي الحرص على حماية مصالح القاصر دون تبديد، بحين أنّه بالمقابل يجوز للوليّ أخذ قدر النفقة الواجبة من مال القاصر بحال الاحتياج حسب المادة 77 ق أ ج[1].

الفرع الثاني

تمييز الولاية عن الكفالة

أولا-تعريف الكفالة:

تنص المادة 116 من القانون الأسرة " **الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**".

[1] تنص المادة 77 ق أ ج:" تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

من هذا التعريف الذي جاءت به المادة 116 ق أ ج نستنبط أن الكفالة تنقل جميع السلطات التي يتمتع بها الأبوان الأصليان تنقل للكافل على الولد المكفول بمقتضى الكفالة، إذ يعتبر بمكان والده الشرعيّ فيلقى عليه واجب نفقته وتربيته، ورعاية الصغير والقيام بما يحتاجه، وكذا تزويج من كان قاصرا، وولاية ماله.[1]

كما يجب أن تكون هذه الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وتتم برضى من له أبوان بحال كفالة ولد معلوم النسب حسب المادة 117 ق أ ج[2].

ثانيا-أحكام الكفالة:

1/ شروط الكفيل:

يشترط بالكفيل ما يشترط من شروط عامة للإنابة الشرعيّة كالإسلام والأهلية والعقل كما يستلزم أن يكون هذا الكافل قادرا على تولي شؤون هذا المكفول أي متمكنا من رعايته وتربيته والإنفاق عليه وهذا ما جاءت به المادة 118 ق أ ج، كما أنه وباستقراء نص المادة 124 ق أ ج[3] نجد أن عودة المكفول للوالدين الأصليين بحالة طلبهما فيخيّر بينهما إذا كان هذا الولد مميزا أمّا إذا كان غير المميز فالأمر هنا يعرض على المحكمة، فلا يمكن تسليمه للوالدين الأصليين إلاّ بعد أن يأذن القاضي بذلك ويكون بذلك مراعيا لمصلحة المكفول.

وعليه ففي كل الأحوال أي سواء كان المكفول مميّزا أم غير مميّز فلا يتم التخلي عن كفالته لا يكون إلّا أمام الجهة التي أقرّت الكفالة وبعلم النيابة العامة.

وبحال توفي الكافل تنتقل الكفالة للورثة بشرط موافقتهم، أما بحال العكس فإن لم يكن له أولياء فينقل لدور الرعاية الخاصة بإسناد من القاضي.

---

[1] لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ط3، دار هومه، الجزائر،2016، ص334.

[2] تنص المادة 117 ق أ ج:"يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق، وأن تتم برضى من له أبوان".

[3] تنص المادة 124 ق أ ج: "إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخيّر الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يكن مميزا لا يتم إلّا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول".

2/ سلطات الكفيل:

إنّ الكافل يحتل مرتبة الوليّ الشرعي للقاصر، وعليه فحسب نص المادة 121 ق أ ج[1] فإن الكفالة تخول للكافل ولاية قانونية فمنه للكافل ولاية المكفول على نفسه وكذا على ماله فيكون وليا على نفسه من خلال حضانته، تأديبه، وكذا فله ولاية تزويجه؛ كما له سلطات على مال المكفول فيقوم بإدارتها بالحدود التي أقرّت لتصرفات الوليّ، فيدير مال الولد المكفول التي يكتسبها إما من الإرث أو الوصية أو الهبة حسب نص المادة 122 ق أ ج، وبالمقابل يمكن للكافل التبرع للمكفول من ماله الخاص.

ثالثا-آثار الكفالة:

إنّ الصلاحيات التي تخوّل للولي على مال ونفس المولى عليه تخول كذلك للكافل فله الصلاحية على أمور المكفول المالية من إرث، وصية وهبة كما له سلطات على نفس المكفول.

إضافة لهذا فيجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله بحدود 1/3 وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك فيبطل ما زاد عن الثلث إلا بحاله أجازه الورثة.

رابعا: أوجه التفرقة بين الولاية والكفالة

ومن خلال ما تمّ ذكره فالكفالة تتفق مع الولاية حيث أنّ كلاهما مركزهما القاصر وغرضهما حفظ ماله ونفسه.

غير أنّ الكفالة تختلف من حيث كونها لا تتم إلّا بموجب عقد توثيقيّ يحرّره الموثّق بحضور شاهدين أو حكم صادر عن رئيس المحكمة، أو قاضي الأحوال الشخصيّة[2] وبموافقة من له أبوان، كما أنّها يتفقان بكون السلطات التي تمنح للوليّ هي ذاتها ما يتمتّع بها الكافل بوصفه بمثابة الوليّ الشرعيّ.

---

[1] تنص المادة 121 ق أ ج: " تخوّل الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائليّة والدراسيّة التي يتمتّع بها الولد القاصر".

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص336.

الفرع الثالث

تمييز الولاية عن القوامة

إنّ لفظ القوامة مأخوذ من قام على الشيء قياما أي حافظ عليه ومن ذلك فالقيم هو الذي يقوم على شأن الشيء ويصلحه ويتعهده.

والقوامة لا تكون إلاّ على المحجور عليهم، فالقيم يعينه القاضي لإدارة أموال المحجور عليهم[1]، وقد تناول المشرع الجزائري أحكامها بنص المواد 99و 100 ق أ.

وعليه فلا يمكن تعريف القوامة إلّا بتعريف المحجور عليه الذي هو شخص كامل سن الرشد، ناقص أهلية الأداء، لاعتراءها بسبب يذهب العقل والقدرة على التصرف السليم بالأمور.

أولا-تعريف القوامة

القيم لغة: هو السيد وسائس الأمر وقيّم الغير هو وليه.

القيم اصطلاحا: هو نائب عن المحجور عليه، يعيّنه القاضي ليباشر نيابة عن المحجور عليه التصرفات القانونية، وتسري على القيّم الأحكام الخاصة بالوصي المعين على القاصر[2] فهذا القيم الذي يكون راشدا تناط به مهام القيام بأمر المحجورين من قصّر ومجانين وسفهاء وحفظ أموال المفقودين ومن ليس لهم وكيل وأرادوا به من يتولى أمرهم.

إنّ القوامة تخضع لذات أحكام الوصاية وتفرض على القاصر سواء عديم الأهلية أو ناقصها ويكون بسبب اعتراء المحجور عليه بأحد أسباب الحجر، إلاّ أنّ ما يميز القوامة هو كونها لا تقيد إلاّ بإجراء جوهري وهو رفع دعوى الحجر أمام قسم شؤون الأسرة، وترفع ممن له مصلحة أو من النيابة العامة[3].

ثانيا-أسباب الحجر

إنّ للحجر أسبابا ملزمة ولا يمكن الخروج عنها، فهي أسباب مؤكدة وقد تناولتها المادة 101 قانون الأسرة تتلخص كأصل عام بالجنون العته، والسفه.

---

[1] عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 150.

[2] محمد حسنين، المرجع السابق، ص104.

[3] محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص406.

1/ الجنون:

وهو آفة تصيب العقل وتنقص من كماله، فهو اختلال القوى المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة فهو عارض يعتري الإنسان فيخل بعقله من الناحية الطبية[1] ولتقصي حقيقة هذا العارض ينتدب طبيب شرعي (خبير) لفحص حالة المطلوب الحجر عليه وهذا الانتداب يكون بقرار من المحكمة، ورأي هذا الطبيب غير ملزم، فهو مجرد خبير بالدعوى[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يميّز بين الجنون المستمر أي الشامل والجنون المتقطع أي المؤقت بل ساوى بينهما كون هذا الاختلال بالقوى المميزة بين الأمور الحسنة والسيئة عارض معدم للأهلية، ومنه فهو سبب لتوقيع الحجر، فالمجنون مؤقتا تكون أهليته معدومة حتى بأوقات إفاقته فالمجنون بهذا هو فاقد لأهلية الأداء شأنه بذلك شأن الصغير غير المميز، فإن كل تصرفاته بعد الحجر عليه باطلة بطلانا مطلقا[3]، وبهذا لم يميّز المشرّع بين الجنون المؤقت والمستمر.

2/ العته:

إنّ العته هو أقل درجة من الجنون وهو أحط الدرجات منه، بحيث لا ينمو العقل تقريبا فهو مرض يمنع العقل من الإدراك، فالمعتوه تمسه رعونة وتجنن أي مجنون من غير مس جنون والمعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير لكنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون[4] .

إنّ العته والجنون لهما نفس الأثر القانوني وهو انعدام الإرادة والأهلية إلاّ أن العته لا يصاحبه حالة الاضطراب وبذلك يختلف المعتوه عن المجنون إضافة لكونه يعقل بعض الأمور[5].

أمّا بالنسبة للتفرقة بين المعتوه المميز والمعتوه غير المميز التي تجد صداها عند بعض الفقه فنقول أنه لا محل للقول بوجود معتوه مميز فالمعتوه حكمه حكم المجنون أي أن أهليته معدومة فلا

---

[1] كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، 1982، ص55.

[2] محمد كمال حمدي، الولاية على المال، ج2، دار المعارف، مصر، 1967، ص126.

[3] كمال حمدي، المرجع السابق، ص185.

[4] علي حسب الله، المرجع السابق، ص10.

[5] محمد حسنين، المرجع السابق، ص90.

تميز بينها فكلاهما بمقام الصغير غير المميز[1]، وتقدير مسألة العته مسألة موضوعية تتعلق بفهم وقائع الحال، وتحتاج إلى الاستعانة بخبير بالدعوى ألا وهو الطبيب الشرعي ذو الرأي الاستشاري.

3/ السفه:

السفه من الخفة، وهي حالة اضطراب يوصف بها الشخص الذي لا يحسن القيام بالتصرف في ماله وتدبيره وينفق منه في غير محل الإنفاق، هذا ما يطلق عليه بالسفيه، وهو الذي يعرّض نفسه وأسرته للافتقار[2]، مبذرا بذلك أمواله في غير مقتضى الشرع والعقل، كأن يشتري الشيء التافه بالمال الكثير أو يبيع السلعة بالثمن القليل.

وقد اختلف الفقهاء بالحجر على السفيه فذهب المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى جواز الحجر واستدلوا على ذلك بقول الله عزّ وجلّ "**ولا تأتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا**"،[3] والسفيه مصاب بعارض يخل بتدبيره وتقديره وعلى هذا تتخذ بشأنه إجراءات الحجر وتعيين قيّم عليه يتولى شؤونه.

ثالثا-آثار الحجر

تكمن آثار الحجر بالحديث عن مآل تصرفات المحجور عليه، وهذا حسب ما قضت به المادة 107 ق أ ج، التي تقرّ بما يلي: " **تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إن كان أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها**".

وعليه يجب التمييز بين التصرفات الصادرة قبل أو بعد توقيع الحجر، وعليه فالتصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بعد الحكم الصادر بالحجر تعد باطلة بطلانا مطلقا بمجرد حسم القاضي للأمر بجلسته العلنية؛ أمّا التصرفات التي صدرت عنه قبل صدور الحكم فهي تعد كأصل عام صحيحة[4] إلّا إن كان السبب الموجب للحجر عليه سببا ظاهر للعيان لا تخفى عن المتعامل معه فهنا يطالها البطلان.[5]

---

[1] كمال حمدي، المرجع السابق، ص187.

[2] محمد حسنين، المرجع السابق، ص91.

[3] سورة النساء: الآية 5.

[4] محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط3؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992، ص47.

[5] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص81.

رابعا: أوجه التفرقة بين الولاية والقوامة

إنّ الولاية تثبت إمّا للأب أو للأم على الطفل القاصر، والأصل فيها هو رابطة الدموية، أمّا القوامة فهي لا تثبت بسبب الصغر إنما لعلة الحجر على من اختلت أهليته بعارض من عوارض الأهلية.

القوامة لا تثبت إلّا بعد الحكم بالحجر بينما الولاية تلقائية كأصل عام لا تحتاج لحكم يثبتها، إلّا بحالات معيّنة.

المبحث الثاني

أنواع الولاية على القاصر

لقد نص ق أج ابتداء من نص المادة87 على أحكام الولاية على القاصر، حيث نفهم من خلال استقراء نص المادة 87 أن المقصود هنا هو الولاية بكل أبعادها، في حين تنص المادة 98 على " تصرف الولي في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص" أي أنّه لم ينظم إلا الولاية على المال.

غير أن هذا الشأن يختلف إذا ما تم مقارنته بمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والذي قسّم الولاية إلى ولاية على النفس ولاية على المال حيث تعني الأولى العناية بكل ماله علاقة بنفس القاصر، أما الثانية تعني بكل ماله علاقة بمال القاصر.

وعلى العموم سنقوم بدراسة هذين النوعين بتمعن من خلال هذا المبحث المقسم مطلبين ندرس في المطلب الأول الولاية على النفس، أمّا المطلب الثاني فنتناول الولاية على المال.

المطلب الأول

الولاية على النفس

إنّ الولاية على النفس هي سلطة الولي المتعلقة بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه وتزويجه، ومدار ثبوتها عجز المولى عليه من إدراك وجه المصلحة فيما يحتاج إليه فتثبت على كل عاجز سواء صغيرا أو من بحكمه. فتثبت على الصغير حتى يبلغ عاقلا مأمونا على نفسه وعلى الصغيرة والكبيرة حتى تتزوج كما تثبت على المجانين والمعاقين حتى يزول عنهم سبب حجرهم، وعجزهم.[1]

لا شك أن طبيعة ظروف القاصر تستوجب وتحتم رعايته، رعاية كاملة بحسب نموه وتسلسل فترات حياته، لما به من عجز عن تنظيمها ولذلك فهو بأمس الحاجة إلى نائب عنه يتولى القيام بذلك وهذا ما يعرف بالولاية على النفس والتي تمثل سلطان الولي المتعلقة بشخص المولى عليه.

[1] طاهري حسين، المرجع السابق، ص177.

وتشمل كل ما يحتاجه الطفل من رضاعة وحضانة وحسن تنشئته وصولا إلى تزويجه مما يدخل في الولاية على النفس، والتي سنتناولها في هذا المطلب بالشرح والتفصيل من خلال ثلاث فروع حسب ترتيب متطلبات الولاية على النفس فتتناول في الأول الرضاعة والحضانة وفي الثاني تأديب القاصر أما في الثالث فنتطرّق لتزويج القاصر.

الفرع الأول

الحضانة والرضاعة

أولا-الحضانة

إنّ الشريعة وإن أقرت حق الأب وقرابته في الولاية على النفس مبدئيا إلا أنها أولت إشراك النساء في هذه الولاية مما يسمى حق الحضانة، الذي فضلت به الأم وقرابتها وغيره من النساء الحاضنات[1].

1-تعريف الحضانة

فالحضانة معناها حفظ الصغير في نفسه ومبيته ومصلحته وتنظيفه وتعليمه، وهي من الولايات الأولى المتعلقة بشؤون الصغير منذ الولادة إلى أن يبلغ الذكر سن البلوغ.

أمّا الأنثى فلا تسقط حضانتها حتى يدخل بها زوجها البالغ فمن كان في عصمة زوجها فمن حقهما معا (الأم والأب) فلا تكتفي ولاية الحضانة على الأم فقط، بل تتعدى للأب أيضا ويظهر ذلك في ولايته على نفس الصغير، بالعطف والحنان والرعاية والحماية لما يقوم به الأب من حماية أولاده داخل الأسرة فهذا ساهم في نشأة الأطفال نشأة سوية من الناحية النفسية والصحية والأخلاقية وكذا العلمية والاجتماعية والثقافية.

فإذا انحلت الرابطة الزوجية وتفككت الأسرة فإن الحضانة تنتقل للأم أو الأب، حسب السلطة التقديرية للقاضي، مع مراعاة مصلحة الطفل، أما المشرع الجزائري فقد عرّف الحضانة انطلاقا من أهدافها وذلك في المادة 62 ق أ ج قوله أنّ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على

[1] صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص ص70 ،71.

دين أبيه وحفظه صحة وخلقا[1]، ويعتبر هذا التعريف شاملا، لأنه جمع في عمومه كل ما يتعلق بحاجة الطفل الدينية والصحية والتربوية والمادية.

وبناء على هذا ومراعاة لحاجيات المحضون يجب على المحكمة أن تراعي كل الأهداف الواردة في المادة 62 ق أج لما لها من تأثير على نشأة الطفل وتوازنه النفسي والصحي، ذلك عند تقريرها الحكم بالطلاق لسبب ما، وتفصل في الحضانة.[2]

2-حكم الحضانة ومدتها

أ/ حكم الحضانة:

حضانة الطفل وكفالته واجبة حيث يهلك بتركها لذا يجب حفظها وإبعادها عن الهلاك بوجوب رعايته، وتفقده الإنفاق عليه و قيل هي فرض كفاية إذا بها قائم سقطت على الباقين و قيل الحضانة واجبة للأطفال الصغار لأن الإنسان خلق ضعيفا مفتقرا إلى من يكفله و يربيه حتى ينفع نفسه و يستعين بذاته، وقيل : هو واجب متمكن على الأب وحده ولا يتحقق على أحد سواه إلا الأم في حول الرضاعة إذا لم يكن للولد أب، ولا مال تستأجر له منه، أو كان لا يقبل ثدي غيرها فتجبر على إرضاعه و أما من ليس له أب معروف فحضانته فرض كفاية، ولا يحل أن يترك الصغير دون كفالة ولا تربية حتى يهلك ويضيع فالحضانة مشروعة بالكتاب والسنة:

من الكتاب: قوله تعالى "*والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين*' وقوله "*واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا*".[3]

من السنة: عن عبد الله بن عمر أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله "صلى" أنت أحق به ما لم تنكحي"، فلا خلاف بين الفقهاء على وجوب كفالة الصغير كون الإنسان ولد ضعيفا.[4]

---

[1] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص50.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائريّ، ط2، دار البعث، الجزائر، 1989، ص293.

[3] سورة الإسراء، الآية24.

[4] محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص31.

ب-مدة الحضانة: إنّ الحضانة ليست أبدية فتبدأ بولادة الطفل حيا سوءا كان المولود ذكرا أم أنثى حيث قضت المادة65 ق أ ج أنّها تنتهي ببلوغ الذكر عشرة سنوات، والأنثى لبلوغها سن الزواج المحدد في الم07 ق أ ج ب 19 سنة، مع جواز تمديد هذه المدة بالنسبة للذكر إلى غاية بلوغ سن 16 سنة إذا انتهت المدة القانونية للحضانة و ذلك وفق جملة من الشروط، و التي تكمن فيما يلي:

- أن تكون الأم هي الحاضنة.
- أن لا تكون الحاضنة(الأم) قد تزوجت بغير محرم للمحضون.
- أن يكون تمديد الحضانة يخدم مصلحة المحضون.

وعلاوة على ذلك فإن هذا التمديد لا يكون إلا بقرار من المحكمة بناء على طلب الأم الحاضنة دون سائر الحاضنين، ويخص المحضون الذكر دون الأنثى ولا يجوز لأي حاضن طلب تمديد أجل انتهاء مدة حضانة الفتاة مطلقا.[1]

- أركان الحضانة وشروط استحقاقها

أ/ أركان الحضانة: إنّ حق الحضانة يكون مبدئيا للأم (النساء)، و لكن عند عدمهن أو عند عدم استفائهن الشروط الشرعية تنتقل الحضانة إلى الرجال[2] و على العموم فإن للحضانة ركنين :

- **الحاضن:** لقد نص ق الأسرة على بعض مراتب الحاضنين، ورتبهم حسب درجة قوة الاستحقاق وتولى البعض الآخر دون ذكر صفاتهم ودون تحديد درجة قرابتهم من المحضون، وذلك من خلال ما نصت عليه المادة 64 من قانون 84-11، ونجد تعديل المادة أعاد ترتيب أحقية الحاضن.[3]
- **المحضون:** وهو الصغير غير المميز أومن بحكمه، والأصل أن المحضون يمر بثلاث مراحل (أدوار) هي:
- ضرورة بقاءه عند النساء لما تقوم به من رضاعة، نظافة وغيرها.

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص299.

[2] صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص73.

[3] تنص المادة 64 من قانون 05-02 المعدل والمتمم للقانون84-11:"الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كلّ ذلك و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة."

– التمييز وهو تفتح المحضون على المحيط بمساعدة الحاضن وقد اختلف الفقهاء في سن انتهاء الحضانة فقيل "سبع" وقيل "تسع" وقيل "البلوغ"، لأن الصغير يتأثر بما حوله قبل بلوغه السابعة والأولى أن ترعاه في هذه المرحلة الأم.

– البلوغ وهي المرحلة التي يضم فيها المحضون الذكر إلى الرجال ليتعلم منهم الرجولة والشجاعة والأخلاق الكريمة.

ب/ شروط استحقاق الحضانة: نظرا لأهمية الحضانة فلا يمكن للمحكمة إسنادها لأي كان بل لابد من توفر جملة من الشروط، بالرغم من أن المشرع الجزائريّ لم يتبناها بوضوح تاركا الأمر لتقدير القاضي، حيث اكتفى بالنص في المادة2/62 ق أ ج على أنّه "**يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك**"، والأهلية المقصودة بهذا النص هي قدرة القيام بمصالح المحضون والعناية الخاصة بتربيته وإعداده سليما ليكون عضوا نافعا في المجتمع.

كما نجد أن المادة 67 ق أ ج[1] نصّت على أن الحضانة تسقط إذا اختلت بها أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 ق أ ج لكن فالفراغ بهذه المادة يدفعنا للجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد هذه الشروط فبعضها عام يتعلق بالحاضن سواء كان من الرجال أو النساء وبعضها خاص يتعلق بالحاضن الذكر وخاص بالحاضنة.

الشروط العامة:

–البلوغ والعقل، فلا يمكن إسناد الحضانة لشخص غير راشد، أو غير عاقل لأنه من المستحيل إسناد الحضانة الى مجنون وهو بنفسه يحتاج إلى من يتولى أموره.[2]

– الأمانة والاستقامة، فهو شرط مهم وأساسي حيث يجب أن يكون الحاضن أمينا في خلقه وسلوكه مع المحضون، فلا ولاية للفاسق. [3]

– القدرة في الشخص الحاضن المادية والجسمانية على تربية المحضون ورعايته والاعتناء بشؤونه وسلامته الخلقية والجسدية.

---

[1] قانون رقم84–11 يتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[2] عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، الجزائر، ص69.

[3] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص296.

الشروط الخاصة:

بالنسبة للنساء:

-ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير[1].

-ألا تقيم بالطفل في بيت من يبغضه ولو كان قريبا له، فذلك يجعل منها غير مؤهلة للقيام بأعمال الحضانة حيث أن ذلك يعرضه للأذى فشرعية الحضانة هي حفظ الصغير ورعايته لا إرهاقه.

- أن لا تكون الحاضنة قد امتنعت عن حضانة الطفل مجانا عند إعسار الأب.
- أن تكون الحاضنة من محارم الطفل نسبا.
- أن لا تكون المرأة الحاضنة مرتدة.

بالنسبة للرجال :

- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون.
- أن يكون الحاضن من العصبات على ترتيب الإرث إذا كان المحضون ذكرا.
- أن يكون ذا رحم محرم للمحضون إذا كان المحضون أنثى.
- أن يكون عند الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء.

كما نلاحظ من خلال الم 64ق أ ج أن المشرع الجزائريّ قد أعطى الأولوية للأم في حضانة ولدها، كونها الأقرب إليه، ولا يشاركها في هذا القرب إلا الأب الذي يأتي بعدها في الترتيب وقد سوى المشرّع في ترتيب المستحقين للحضانة بين أقارب الطفل من جهة الأم والأب معا على النحو التالي: الأم، الأب، الجدة للأم، الجدة الأب، الخالة، العمة، الأقربون درجة.[2]

يقوم القاضي الذي يفصل في الحضانة بالحكم بحق الزيارة بصفة تلقائية حسب نص المادة 64/ق أ ج والهدف من ذلك هو تمكين الولدين من رؤية ولدهما.

أما فيما يخص سكن المحضون فأنه يكون من ماله الخاص هذا ما نصت عليه الم 72 ق أ ج.

---

[1] المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائريّ، دار هومه، الجزائر، 2010، ص510.

[2] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ص292-293.

وإذا كان لا يملك المحضون مالا، فسكنه واجب على أبيه وليس على غيره، ولا من مال غيره، وان تعذر على الأب توفيره التزم بدفع أجرته.

ثانيا-الرضاعة

للرضاعة أهمية خاصة في الشرع الإسلامي، فبشروطها الشرعية من أسباب تحريم الزواج وهذا خارج عن بحثنا الحاضر وكذلك لمدة الرضاعة أهمية من ناحية حفظ الولد، ومن ناحية نفقته، ومدة الرضاعة حولان كاملان[1].

1-تعريف الرضاعة

إنّ الإرضاع هو الطريق الأساسي لنمو الطفل كونه في مرحلة الضعف الشديد، فهو بمثابة غذاء جسدي وروحي له،[2] لذلك يعتبر من أهم الواجبات الملقاة على الكبار تجاه الصغار، حيث نصّ المشرع الجزائريّ في نص المادة 2/39 ق أج 11/84 على أنه يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة، وتربيتهم غير أنه تم إلغاء هذه المادة بموجب الأمر 02/05 المعدل لقانون الأسرة، حيث لم يدرج المشرع الرضاعة ضمن نصوص هذا الأمر، ولكن هذا لا يعني سقوط هذا الواجب عن الزوجة أو الأم.

2-حكم الرضاعة

طبقا لما نصت عليه المادة 222 ق أ ج، نجد أن أغلب فقهاء المذاهب الإسلامية يتفقون على أن الرضاع واجب على الأم ديانة، أي أنها تسأل أمام الله عز وجل إذا امتنعت عن إرضاع ولدها دون عذر، زوجة كانت أو مطلقة،[3] وفي مقابل ذلك حق للصغير يوجب الإرضاع من المرأة و الإنفاق من الأب باعتباره جزء من النفقة حسب نص الم 78ق أ ج، حتى ولو لم تذكرها المادة بصريح العبارة إلّا أّن نصها " تشمل الغذاء" أدى بنا لفهم هذا المضمون بالتالي يلتزم الأب بدفع

---

[1] صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص70.

[2] فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، في الزواج و الطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر،1985، ص204.

[3] أحمد حماني، حقوق الطفل في القرآن الكريم، مجلة الصراط، كلية أصول الدين، العدد2، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2000، ص285.

أجرة الرضاع لقوله تعالى« و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف..»[1]، وهنا تظهر صورة من صور ولاية الأب وهي وجوب النفقة.

فالنسبة للأم التي لا تزال في الزوجية أو المطلقة طلاقا رجعيا ولم تنتهي عدتها، فلا أجرة لها باعتبارها تستحق النفقة حسب نص المادة 74 ق أ ج [2]، حيث أنه لا تجب عليها نفقتان أي نفقة الزوجية ونفقة الارضاع وإن تعددت أسباب الوجوب.

أمّا بالنسبة للمطلقة التي انتهت عدتها فإنها تستحق أجرة الرضاع مثل المرأة الأجنبية.[3]

ومن جهة أخرى لا تجبر الأم على الإرضاع، كونه بمنزلة النفقة ونفقة الأولاد تجب على الآباء لا على الأمهات مبدئيا.

الفرع الثاني

حسن تنشئة القاصر

ولا تكتمل جوانب تأديب القاصر إلّا برعايته وتعليمه وكذا حفظه وصيانته، وكل هذا يدخل بإطار حسن التنشئة والتأديب و هذا ما سنتناوله بالشرح من خلال النقاط التالية:

أولا- رعاية وتربية الصغير

نصت المادة 3/36ق أ ج على أنه يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم ومن خلال نص هذه المادة يتضح أن حق الطفل في الرعاية والتربية على عاتق الأولياء، لما لهم من أهمية في تكوين الطفل وإعداده للحياة.

فيكون واجبا على الولي الاهتمام بتربية الولد تربية سوية، ورعايته في صحته ونفسيته وخلقه ودينه، حيث اعتبر المشرّع الجزائريّ التقصير في تربية ورعاية القاصر أو عجز الولي من رعايته أو التحكم في تصرفاته التي من شأنها التأثير على سلامته البدنية والنفسية أو التربوية من بين أهم الحالات التي تعرّض الطفل للخطر، وهذا ما قضت به مواد قانون 12/15 المتعلّق بحماية الطفل

---

[1] سورة البقرة: الآية 233 .

[2] المادة74 ق أ " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و80 من هذا القانون."

[3] محمد أحمد سلاج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د س ن، ص 173.

بالمادة2 وفي هذا الإطار يقول "صلى" «أكرموا أولادكم و أحسنوا أدبهم» فإكرام الولد يكون بتعليمه الأدب وحسن الأخلاق.[1]

وقال سبحانه وتعالى «**إذا قال لقمان لابنه وهو يعظه يا بني لا تشرك بالله إن الشرك لظلم عظيم**»[2].

وعليه نجد أنّ المشرّع الجزائريّ قد سار حذو المبادئ الإسلامية وذلك بسنّه مواد ترغم الأولياء على حسن تربية الأولاد، ومنها نجد المادة3/36 من قانون الأسرة، وكذا عدّة مواد من قانون 12/15[3] المتضمن حقوق الطفل تنص أنّه يجب على الزوجين التعاون على مصلحة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، ومن خلال هذا النص يتضح أنّ حق الطفل في الرعاية والتربية يقع على عاتق الأولياء، لما لهم من أهمية في تكوين الطفل واعداده، وهذا ما أكّده المشرّع بالمادة 05 من قانون12/15 المتضمّن حقوق الطفل فتنص: " تقع على عاتق الوالدين مسؤولية حماية الطفل كما يقع على عاتقهما تأمين ظروف المعيشة اللّازمة لنموه في حدود امكانياتهما المالية وقدراتهما"؛ هذا ما يؤكد أنّ التقصير البيّن والمتواصل في التربية والرعاية يدخل ضمن حالات تعريض الطفل للخطر، وهذا ما جاء به قانون 12/15؛ وهذا ما يؤكد أنّ المشرّع قد راعى القواعد والمبادئ الإسلامية المنادية بالحماية القصوى للطفل.

فلقد أكد الإسلام أن الطفل لا يميز بين ما يضره وما ينفعه، لذلك وضعه أمانة بين أيدي أوليائه، فالطفل يتسم بالمرونة والقابلية للتأثر بالبيئة المحيطة به لذلك لابد من إحاطته بالمؤثرات الإيجابية والمتمثلة في التربية الحسنة وإقامة علاقات اجتماعية سوية بمن حوله، ليتعوّد على حب

[1] ليلى عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الأسرة، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد3، 1984، ص23.

[2] سورة لقمان، الآية13.

[3] قانون 12/15 مؤرخ في 15 يوليو2015، متعلق بحماية الطفل، ج رعدد39، مؤرخ في 19يوليو2015.

إخوته، أصدقائه ووالديه، وتوقير الكبار[1]، مع الحرص على مراقبة أصدقائه والحث على حسن اختيارهم حتى لا ينحرف مع رفقاء السوء فيتعلم منهم مفاسد الأخلاق[2].

ثانيا- تعليم الصغير

إنّ الدين الإسلامي دين علم ونور، لا دين جهل وظلام فأول ما نزل من الوحي على سيدنا محمد "صلى" كان أمرا بالعلم والقراءة، لقوله تعالى: « **اقرأ باسم ربك الذي خلق، خلق الإنسان من علق، اقرأ وربك الأكرم، الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم**»[3]، وقال أيضا « **وقل ربي زدني علما**».[4]

فحق التعليم هو حق ثابت للطفل منذ الصغر يجب على الولي توفيره حماية له من الضياع متى بلغ السن التي تؤهله لاكتساب العلم باعتبار إجبارية ومجانية التعليم، أمّا إذا كان ذكاؤه متوسطا، ميالا إلى إتقان صنعة أو مهنة معينة، فعلى الولي تفهم هذه الوضع ويوفر له المجال الحيوي الذي يصرف فيه طاقته[5].

وعليه من أجل توازن النمو العقلي والجسماني والنفسي والاجتماعي للطفل، يجب التوفيق بين التربية والتعليم المتناسقين لتتكامل معه هذه الجوانب.[6]

فالتعليم يبتدئ بالتلقين منذ أن يدرك الأمور بل ومنذ أن يعرف أباه وأمه وأخواته وذوي قرابته لكنه يكون تعليما بالتلقين، وبث الشعور الاجتماعي وتربيته على ضبط النفس وبث روح الإيثار.

وإن للطفل أثر بفطرته لذلك وجب تعليمه ما له و ما لغيره من حقوق و يكون ذلك بالتلقين وللأم في ذلك دور كبير ومهم و إذا بلغ التمييز كان التعليم ببيان الحقائق الدينية بمقدار ما يطيقها عقله وتتسع لها مداركه و يعود على العادات الدينية و القيام ببعض العبادات حتى يدرك

---

[1] محمد زرمان، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية، مجلة الصراط، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، الجزائر، العدد02، السنة25، ص311.

[2] سامية منسي، المرأة وتنظيم الأسرة في الإسلام، دار الفكر العربي، دمشق1996، ص38.

[3] سورة العلق، الآية 1 -5.

[4] سورة الزمر، الآية9.

[5] محمد زرمان، المرجع السابق، ص316.

[6] عدنان حسن صالح، مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد، ط6، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، 1997، ص84.

مغزاها بعد أن تعود القيام بها، و لقد حثّنا على ذلك الرسول صلى "مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا واضربوهم إذا بلغوا عشرا" فلا يكلف الصبي بالصلاة إلا إذا علم وتعلّم أحكامها والمطلوب فيها وكأنه يجب أن يتعلمه وهو في السابعة أو قبلها ما دام قد يدرك معانيها، ومع ذلك يجب تلقينه سائر الفرائض الإسلامية، فيعلم له أحكام الصوم، فريضة الزكاة والحج... بدون التعرض لتفصيلها لأن ذلك فوق طاقته، ضف إلى أن الضرب للتعليم، إنما هو نوع من التوجيه وليس المقصود به الإيذاء إذ هذا الأخير بذاته ممقوت، لكن دفع الأذى مطلوب.

وعلاوة على ذلك فإن التعليم لا يقتصر على العلوم الدينية بل يجب تعليمه علوم الحياة أيضا وتوجيهه بمقدار طاقته إلى أقوم السبل لإدراك المطالب والغايات.

ثالثا- حفظ الصغير

لا يجوز للوليّ إهمال المولى عليه بل عليه صيانته، والمحافظة على جسمه وعقله ونفسه فإذا أهمل شيء من ذلك نزعت يده عنه، لأن المحافظة على جسمه تقتضي عدم تعرضه للتهلكة وأي تقصير يحصل من الولي وجب الضمان الرادع وإسقاط الولاية عنه، لارتباط هذه الأخيرة بمصلحة الصغير وأما المحافظة على عقله فتكون أولا بمنعه من تناول ما يصيبه بآفة في عقله كالتدخين والمخدرات، وثانيا بأن يمكنه من التعلم الذي يليق بمثله، لكي تظهر مواهبه و يتولى من الأعمال في قابل حياته ما يتفق مع هذه المواهب.

أما محافظته على نفسه فتكون بإبعاده عن الشر وصحبه، وكذا تعويده العادات الفاضلة والحسنة، تكون هذه المحافظة أيضا بجبر الولي الضرر عوضا عن الصغير فإذا اعتدى على جسمه، فالولي هو الذي يطالب بالعقوبة المفروضة، وذلك بالنيابة عنه.

أما المحافظة على مال الصغير تكون للولي على المال، وليس للولي على النفس إذا لم يكن هو الولي المالي فعلى الوصيّ المالي المحافظة على مال الصغير، واتخاذ الوسائل المختلفة لتنميته واستغلاله بالطرق الشرعية، وأداء ما يجب عليه من زكاة وفرائض، وعلى ذلك فإذا ارتكب معتد على الصغير يوجب التعويض فإن الذي يتولى الدعوى وتقديم الإثبات هو الولي على النفس لأن

ذلك من قبيل المحافظة على النفس ومنع الاعتداء عليها ولكن يتولى قبض المال الوصي المالي[1].

رابعا- تأديب القاصر

إنّ القاصر قبل التمييز يكون كالأمانة الواجبة الحفظ و الصيانة في يد الولي، فتكون هذه الولاية أقوى في هذا السن، كما تكون يد الولي أقوى سلطانا بعد التمييز[2]، وفي هذا الصدد يكون الالتزام بالتأديب و تهذيب القاصر مشترك بين الأب و الأم، فعليهما أن يوجهاه و يؤدباه بحيث يكون عادة بكنفهما فالأسرة هي المحضن الأساسي و المنطق التربوي الإسلامي الذي يتلقى منه المنشأ ومختلف الفضائل و القيم و الآداب و لأجل ذلك اهتم الإسلام برعاية ثمرة الحياة الزوجية في قوله تعالى « **يوصيكم الله في أولادكم**».

فالوصية في هذه الآية الكريمة تحدد احترام الأبوين لمسؤولياتهم تجاه أبنائهم، والتي تنحصر في عدة جوانب، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائريّ بالمادة 135 ق م ج الملغاة بموجب قانون05-10 والتي قد أوجبت على الوالدين مسؤوليتهما عن الأعمال الضارة التي يقوم بها ولدهما القاصر هذا من جهة[3]، أما من جهة أخرى فإنه على الولي الالتزام بسلطته في تأديب المولى عليه بالحدود التي رسمها الشارع الحكيم، فإذا تجاوز ذلك، فيكون قد حول التأديب إلى تعذيب، فتأديب الصغير يعني تهذيبه وتقويم سلوكه بوسائل وطرق يراعي فيها المؤدب أو المصلح التدرج وسن الصبي الذي حدّده الرسول "ص" بسن السابعة إلى بلوغ العاشرة، من أجل ضمان فعاليتها مصداقا لقوله صلى " ما نحل والد ولدا أفضل من خلق حسن"[4] و قوله أيضا:" لأن يؤدب أحدكم ولده خيره له من أن يتصدق كل يوم نصف صاع على المساكين"[5]، فيعترف المربون الإسلاميون

---

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص29.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص21.

[3] محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص165.

[4] أخرجه الترمذي، في سننه كتاب البر والصلاة عن رسول الله، حديث رقم 1952، ص338.

[5] أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم 20394

بأهمية التأديب ونجاعته لما له من دور في تقويم السلوك الإنساني وتوجيهه ومراعاة نوع العقوبة ومقدارها.

ولأجل ذلك قد أقروا على أن الأب الملزم بالرعاية يجب أن يتدرج في العقاب الذي يستحقه الطفل المخطئ، فلا يلجأ إلى الضرب إلا بعد فشل وسائل التربية التي تهدف لإصلاح الطفل وتقويمه.

وفي هذا الصدد فقد وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم طرق ومناهج في تربية الطفل مفادها تنشئة الطفل نشئة سليمة بعيدة عن الضغط النفسي والاجتماعي[1]، ومنها تربية الطفل باللطف كتوجيه اللوم والعتاب له وحرمانه من الحاجات التي يميل إليها، توجيه الطفل بأسلوب ليّن إلى خطئه وذلك كما روي عن عمر بن أبي سلمة قال: "كنت غلاما دون البلوغ في حجره رسول الله، وكانت يدي لا تقتصر على مكان واحد في السفرة فقال رسول الله صلى بإعلام سم الله وكل بيمنك وكل مما يليك".

- استعمال أسلوب الحوار والإقناع، وكذا الإرشاد إلى الخطأ لتقويم السلوك والأخلاق اقتداء بوصايا لقمان الحكيم.

- ترسيخ القيّم الخلقية والعقدية بذهن الصغير وموعظته بعدم الشرك، لقوله تعالى: "إنّ الشرك لظلم عظيم"[2].

- إرشاد الصغير بالضرب، لما أوصى به النبيّ "ص" بقوله: "أمروا أبنائكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر".

فيجب تأديب القاصر وفقا لما جاء من طرق وعليه فعلى الولي الالتزام بها، وذلك بإتباع جملة من ضوابط التأديب المساعدة في تطبيقها وتحقيق المراد منها:

- تحكم الوليّ بغضبه، حيث يتفادى ضرب الصغير بحالة انفعاله.
- تنويع العقوبات، فتختلف عقوبات الطفل بحسب طبائعه ودرجة الخطأ الذي يسببه.

[1] عدنان حسن صالح، المرجع السابق، ص84.

[2] سورة لقمان، الآية19.

- العقاب على سلوكه يكون بالجمع بين العقاب والثواب وهي أحسن الطرق المقترحة لتربية الطفل.

وعلى العموم فقد أخذ المشرع الجزائريّ بهذه الضوابط والعقوبات من خلال إدراجه للعقوبة التي تطال الضرب الخفيف وهذا ينطبق على تأديب الطفل بحال تجاوز حدوده وهذا ضمن قانون العقوبات الجزائريّ ضمن المادة 442 ق ع ج[1].

الفرع الثالث

تزويج القاصر

الأصل أن من يتولى إبرام عقد الزواج هو الرجل أو المرأة محل العقد، إلا أنه لكل مبدأ استثناء، حيث أجازت الشريعة الغراء أن يقوم بهذه المهمة شخصا آخر غيرهما، فقد يكون هذا الشخص وليا أو وكيلا عن أحد الطرفين أو عنهما معا وهذا ما يعرف بالولاية في الزواج، لذلك تقتضي دراستها الوقوف على أحكام الولاية في الزواج.[2]

فالرجل البالغ العاقل الراشد يتولى عقد نكاحه بنفسه، ولا يحتاج إلى إذن من غيره سواء كان وليا له أو وكيلا عنه لكن المشكل يثار بزواج المرأة و الصغار ومن بحكمهم، فالولي هو الذي يحق له تزويج هذه الفئة باعتباره الأقرب لهم،[3] وهذا الولي هو الذي ولاه الله أمر تزويج من لا يجوز له تزويج نفسه كالمرأة والقاصر.

وقد عرفه ابن منظور بقوله «ولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها، ولا يدعها تستبد بعقد من دونه».[4]

---

[1] الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات ج ر ع 49 مؤرخ في 11جوان1966، معدل ومتمم بالقانون14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014.

[2] حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج، 2001، ص30.

[3] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،1999، ص50.

[4] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفائس، الأردن،1997، ص122.

وعليه فقد نصّ المشرع الج بالمادة 9 مكرر من الأمر 05-02 بوجوب توفر الوليّ في عقد الزواج كونه من شروط هذا العقد بعدما كان بمثابة ركن له قبل تعديل المادة 09 من قانون84-11، كما أنه أكد ذلك في المادة 11 ق أ ج[1].

وبناء على ذلك، ومن أجل بيان أحكام الولاية في الزواج يجب تناول كل من تعريف الولاية في الزواج، وكل من أسبابها وأنواعها بالإضافة إلى الحكمة من شرعيتها.

أولا- تعريف الولاية في الزواج

1-فقها: الولي من له على المرأة ملك أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطة.

2-قانونا: لم يعرف قانون الأسرة الجزائريّ الولاية، وإنما اقتصر على بيان طبيعتها الفقهية فاعتبرها ركنا من أركان الزواج في قانون 11/84[2]، لكن بعد تعديل 2005 جعل المشرّع من الوليّ شرطا من شروط الزواج، وكما سبق ذكره فان الولاية في الزواج تندرج ضمن أقسام الولاية على النفس والتي هي القدرة على مباشرة التصرف بحيث يصبح نافذا[3].

3-شرعا: الولاية في الشريعة حق ممنوح لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره رضي ذلك الغير أو لم يرضى وسببه أحد الأمرين أولهما عجز الذي ينفذ القول عليه وثانيهما قصور أهليته عن التصرف بنفسه.[4]

ثانيا-أسباب الولاية في الزواج

إنّ الصبيّ لا يعرف مصلحة نفسه في الزواج، ولا مصلحته فيمن يختاره زوجا له، فقد منع الفقهاء مباشرته عقد زواجه وأناطوا الأمر للولي الكامل الأهلية كما سبق ذكره؛ وجعلوا له الحق

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999، ص118.

[2] قانون رقم84-11 يتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[3] أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية،1997، ص106.

[4] رمضان علي السيّد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002، ص123.

بتزويج الصغير أو الصغيرة شريطة لكونه أعلم بمصلحة الصغير من غيره[1]، و لهذا كانت أسباب ولاية تزويج القاصر ومن في حكمه منحصرة في خمسة أسباب:

1/ القرابة: هي صلة بين شخصين، وهي أقوى الصلات الإنسانية كونها أصل الوجود ولا تزول واتفق معظم الفقهاء على أنها سبب من أسباب الولاية إلا أنّهم إختلفوا عن جهة ثبوتها فمنهم من يقر بثبوتها للأب فقط (الحنابلة والمالكية) ومنهم من يضيف الجد لأب (الشافعية).

أمّا الحنفية فيقرون بثبوتها للعاصب بنفسه فقط و استدلوا في ذلك إلى قوله صلى"الإنكاح للعاصبات" أو للقريب مطلقا عصبة أو غيره ما دام من أهل الميراث ذكر كان أو أنثى، واستدل أبو حنيفة على أن ولاية الإجبار تثبت لكل قريب عصبة أو ذي رحم، لأن المغزى منها هو الشفقة الموجبة لاختيار الكفء، حيث يرى (أبو حنيفة) أن كل قريب من المولى عليه يكون وليا في تزويجه سواء أكانت قرابته منه قريبة و كاملة كالأب و الجد، أم كانت بعيدة كالعم و ابن العم، أم كانت أبعد من ذلك كالخال و ابن الخال[2].

و استدل أبو حنيفة برأيه هذا بقوله تعالى« **وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض**».[3]

وكما سلف ذكره فان مطلق القرابة باعث على الشفقة الموجبة لاختيار الكفء وهي متحققة في ذوي الأرحام، فإننا نرى أن شفقة الإنسان على ابنة أخته مثل شفقته على ابنة أخيه وان لم تكن أقوى واثبات التزويج للعصبات فقط معناه أنهم متى وجدوا، فهم أحق بها ولا يقدم عليهم غيرهم والإمام لا يخالف في ذلك و إنما الخلاف في حالة غياب ولي عاصب أصلا ووجد بعض ذوي الأرحام .

تنتقل الولاية إلى القاضي أم تنتقل إلى ذوي الأرحام؟ فأبو يوسف ومحمد يترك ذو الأرحام وينتقل إلى السلطان لكن لاشك أن شفقة ذوي الأرحام التي تدعوا إلى إنعام النظر والبحث عن الكفء أقوى من شفقة السلطان.

---

[1] إسماعيل نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصيّة، فقه النكاح، دار المسيرة، عمان،2010، ص93.

[2] أحمد حسين فراج، المرجع السابق، ص159.

[3] سورة النساء، الآية 25.

و رأي أبو يوسف ومحمد خالفه أبو حنيفة و الذي يرى بضرورة انتقالها لذوي الأرحام في حالة انعدام العصبات، وهو الرأي الراجح؛ إلا أنه هناك من الفقه من يرى أنه يوجد فرق بين العقد الذي يباشره غيرة من أخ شقيق وعم شقيق فالأول لازم ليس للصغير خيار البلوغ إذا بلغ وللمجنون خيار إذا أفاق والثاني غير لازم فلكل من الصغيرة أو المجنون خيار البلوغ إذا بلغ الصبي وخيار الإفاقة، إذا أفاق المجنون.[1]

2/ الملك: وكان سببا من أسباب الولاية في الزواج لقوله صلى" الولاء النسب و لا يوجب"، وقد تم الاستغناء عنه، لأن الرقّ لم يعد له وجود منذ زمن بعيد وأصبح من غير المفيد عمليا اتباع أحكامه[2].

3/الإمامة: جاء في المعنى "السلطان "و هو الإمام أو الحاكم أو من فرض إليه ذلك، حيث سن أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند انعدام أوليائها أو عضلها، ففي حالة انعدام أقارب المولى عليه من العصابات و ذوي الأرحام كانت الولاية للإمام أو نائبه، وله تزويج الصغير و الصغيرة و من في حكمهما بالولاية العامة لقوله "صلى" «السلطان ولي من لا ولي له» وللإمام أو نائبه تزويج المرأة إذا امتنع أولياؤها عن تزويجها بالكفء باعتبار أن هذا الامتناع ظلم منهم والقاضي هو الذي يملك سلطة رفع هذا الظلم،[3] وهذا ما ينطبق حاليا بصورة القضاء، وقد اعتمد المشرع هذا بالمادة 11 بفقرته الثانية بقوله "...والقاضي ولي من لا وليّ له"

4/الإيصاء: اختلف الفقهاء في إمكانية تولي الوصي تزويج ابن الموصي، فأجاز الحنابلة والمالكية ذلك، غير أن المالكية رغم إجازتهم الإيصاء إلا أنهم يشترطونه لوصي الأب دون غيره، أما الحنفية والشافعية فيقرون بعدم انتقال الولاية لغير الولي بحكم الشرع حيث لا يجوز الإيصاء بها.

وسبب عدم انتقالها للوصي كون الولي يعطي الحق في ولاية التزويج للوصي، يكون ذلك بمثابة نقل هذه الولاية من صاحب الحق فيها، إلى شخص آخر، وهي لا تحتمل النقل في حال

---

[1] عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال في الشريعة الإسلامية، الزواج، الدار الدولية، القاهرة، 2004، ص337.

[2] جمال جبريل الضمراني، الولاية و الشهادة في النكاح و حكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة 2007، ص71.

[3] عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، 337.

الحياة، فكذلك لا تحتمله بعد الوفاة، ويرى بعض الفقهاء أنه لا يجوز التزويج بالإيصاء، إذا كان الإيصاء مطلقا، أي غير مقيد كقول الولي : أنت وصي على مال ابنتي، أو أنت وصي على ابنتي ففي هذه الحالة ليس للوصي ولاية النكاح، فلا يملك ما لم يوصى به إليه، أما إذا كان الإيصاء في النكاح وحده كقول الموصي "أنت وصي على تزويج بناتي" فقد ذهب المالكية والحنابلة، إلى جواز ذلك، فولاية النكاح ثابتة على الأب وحده بما له من شفقة على أولاده وهو أعلم بمن هو أشفق عليهم، وعليه فإنّ إيصائه لا يكون إلّا لمصلحتهم فجاز الإيصاء بالتزويج كما جاز الإيصاء بالولاية على المال[1].

5/ الولاء: الولاء بالحلف درجة من الولاية تأتي بعد درجة القرابة بجميع أنواعها التي سبق بيانها فإذا لم يكن للصغير والصغيرة ومن بحكمهما من الكبار قريب من العصبة أو غير عاصب، فالذي يزوج كل واحد منهم مولى الموالاة الذي أسلم أبو الصغير على يديه[2]، فقد فكانت العادة جارية بأن يسلم بعض الكفار على يدي رجل من المسلمين و يواليه بأن يقول له أنت مولاي ترثني إذا مت، ما يسمى بمولى الموالاة.

وبعد عرضنا هذا لأسباب الولاية في التزويج التي تعتبر الآراء الفقهية مصدرا لها، تجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائريّ لم يذكر هذه الأسباب صراحة، إلّا أنّ ما يلاحظ من خلال نص المادة 11 ق أ ج أنّه أخذ بالقرابة كسبب أوليّ بالرغم من اختلاف درجتها بالنسبة للقاصرة والراشدة، وكذا الإمامة الذي يعد بالمفهوم الحالي بولاية القاضي.

ثالثا- أنواع الولاية في الزواج

إنّ الأصل أن تنفذ جميع تصرفات الشخص البالغ العاقل من مسائل النفس والمال، وتعد صحيحة لا غبار عليها، وهذا ما يصطلح عليه بالولاية الذاتية أو القاصرة إلّا أنه ما يتمحور في دراستنا هذه هي تلك التي تثبت للشخص على غيره بسبب صغره، ويصطلح عليها بالولاية المتعدية.

[1] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص162.

[2] رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص137.

وهذه الولاية قد تكون على المال، أي تشمل جميع التصرفات المتعلقة بمال القاصر، وقد تكون على النفس، وهو مربط الفرس، أي الولاية على النفس، وبالضبط الولاية في الزواج، والتي تدخل ضمن الولاية المتعدية بوصفها قدرة الإنسان على إنشاء العقد لغيره والتي بدورها تنقسم إلى قسمين ولاية أصلية وولاية نيابية أو ما يعرف بالوكالة في الزواج.

1/ الولاية الأصلية: وهي التي تثبت تلقائيا على الصغير بسبب الأبوة، كولاية الأب و الجد الصحيح، والأم في حالة وفاة الأب أو غيابه أو إسنادها لها الحضانة في حالة الطلاق فهي ولاية قانونية شرعية، لا يستمدها الولي من شخص غيره و تثبت بمجرد الولادة أو عارض كالصغر[1].

فلا يملك صاحبها حق عزل نفسه، بحيث أنها لم تثبت له بإرادته[2].

والولاية الأصلية في الزواج تنقسم إلى نوعين، ولاية إجبارية وهي تخول للولي استقلالية إنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل به، لذلك يسميها بعض الفقهاء بالولاية الاستبدادية، أما النوع الثاني فهي ولاية اختيار، والتي تخول للولي تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورغبته[3]، فلا يستقل بالعقد؛ وعلى هذا النحو سنتطرق لأحكام هذين النوعين، وكذا للآراء الفقهية التي ناقشتها.

أ/ ولاية الإجبار: كما سبق تعريفها فهي التي يستبد بها الولي في إنشاء عقد زواج عمن هو في ولايته، هذه الولاية تكون على الصغير والصغيرة بكرا أو ثيبا، ومن يلحق بهما من الكبار غير كاملي الأهلية.

حيث يكون للولي الحق في تزويج من هو في ولايته، بمن يختاره هو، سواء رضي المولى عليه بذلك أو لم يرضى، فالولي في هذه الحالة يستبد بعقد الزواج، وتعتبر هذه الولاية ولاية كاملة[4].

---

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص10.

[2] علي حسب الله، المرجع السابق، ص3.

[3] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص275.

[4] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط9، دار محمود للنشر، مصر،1999، ص259.

وعلى هذا النحو، فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة والجعفرية على أنها تثبت على الصغير والبكر الصغيرة والمجانين ذكورا كانوا أو إناثا إذا وجدت مصلحة في تزويجهم واختلفوا في ثبوتها على الثيب الصغيرة والبكر البالغة العاقلة فالمالكية ذهبوا إلى ثبوتها عليها معا لأن علة الجبر عندهم إما الصغر أو البكارة.

أمّا الشافعية يقرون بثبوتها على البكر الكبيرة فقط، حيث أن علة الجبر عندهم هي البكارة فطالما بقيت البكارة استمرت الولاية ولو بلغت المرأة، فإذا زالت ولو قبل بلوغها زالت الولاية بالتبعية.

أما الحنفية والجعفرية والحنابلة، فأرجح الرأيين عندهم هو ثبوت الولاية الجبرية على الثيب الصغيرة دون البكر البالغة كون علة الجبر هي الصغر، لذلك تثبت على الصغير وهو لا يوصف لا بالبكارة ولا بالثيابة، حيث أن الصغر يلحقه العجز عادة عند اختيار الزوج المناسب والملائم له حيث يملك الولي سلطة جبرها على الزواج إذا وجد مصلحتها في ذلك، فالصغيرة بكرا كانت أو ثيبا تستمر عليها الولاية فالثيابة التي عرضت لها لا تصلح مانعا من تزويجها[1].

هذا ما يخص من تثبت عليه الولاية الإجبارية، أما فيما يخص من ثبت له الولاية، فهذا الطرح أيضا اختلف فيه الفقهاء فمنهم من ضيق دائرته ومنه من وسعه ومنهم من توسط فيه[2].

إلّا وأنه رغم التوسع والضيق، فإنّ ولاية الإجبار تثبت لأشخاص تربطهم بالمولى عليه علاقة معينة ويشترط في هذه الأشخاص شروطا خاصة، فتثبت ولاية الإجبار عند الحنفية للأقارب من العصابات بحسب قوة قرابتهم وعلى حسب ترتيبهم في الإرث، فيتم المفاضلة بينهم أولا، فتقدم البنوة على الأبوة والأبوة على الأخوة والأخوة على العمومة [3].

[1] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص279

[2] عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص344.

[3] جمال جبريل الضمراني، المرجع السابق، ص82.

وفي هذا الصدد فقد وسع الحنفية في نطاق من تثبت لهم الولاية حيث أسندوها لكل العصبات لوجود الثقة لديهم، أما في حالة غياب العصابات تثبت للأقارب غير العصبة، ثم لمولى الموالاة ثم للإمام أو نائبه[1].

أما المالكية يقرون بثبوتها للأب الرشيد، حيث للأب أن يزوج بناته اللاتي تثبت عليهن ولاية الإجبار بمن شاء، ولو كان المتقدم لهن غير كفئ، أو كان الزواج بأقل من مهر المثل، وكذلك وصي الأب، وإن نزل كوصي وصيه حيث يشترط فيه:

أ/ أن يعين الأب للوصي الزوج، كأن يقول له زوجها من فلان.

ب/ أن يكون المهر الذي يزوج به الوصي من في وصايته لا يقل عن مهر المثل.

ج/ ألا يكون الزوج فاسقا.[2]

وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه المالكية، غير أنهم لا يشترطون أن يكون الأب قد عين الزوج للوصي، أما الشافعية فيقرون بثبوتها لكل من الأب والجد[3].

وعليه فمجمل قول الفقهاء أنّ كلّ من الأب والجد يستقل بولاية تزويج الصغير والصغيرة ومن في حكمهم، وحجتهم في ذلك أن الولاية الإجبارية لا تثبت إلا لحاجة المولى عليه، وهؤلاء ليسوا بحاجة إلى الزواج وعند ثبوت حاجتهم تثبت للأب وللجد عند غياب الأب كونه أشد شفقة عليهم، ومعرفة لمصالح أولاده أو أحفاده فتثبت لهم الولاية إذن لكمال شفقتهم.[4]

أمّا ولاية الإجبار في ظل قانون الأسرة الجزائري، فإنه من خلال مراجعة وإعادة قراءة المادتين 11 و13 من هذا القانون المعدلتين بموجب الأمر رقم 05-02، نجد أن المشرع الجزائري حاول أن يرضي بعض السياسيين وبعض الحركات ممن عملوا أكثر من قدرتهم على إلغاء وجود الولي في إبرام عقد الزواج وأن يرضي بالمقابل بعض المتفقهين ممن أصرّوا على إبقاء

[1] عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص345.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة سبها، ليبيا،2001، ص304.

[3] رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص124.

[4] جمال الضمراني، المرجع السابق، ص73.

شرط الولي كأمر واقع، فاختار أن يجمع بين الأمرين ونصّ على أن المرأة الراشدة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها، ولكن بحضور وليها أو أي شخص آخر تختاره.

ثم نص في الفقرة الثانية من المادة11 على جواز أو وجوب تولي تزويج الفتاة القاصرة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين إن وجدوا، وإذا لم يثبت وجود أحدهم فإن ولي القاصرة بشأن تزويجها سيكون هو القاضي، باعتبار أن القاضي ولي من ولي له.

ومن جهة أخرى، ومن خلال قراءة المادة 13 المعدلة بالقانون رقم 05-02 نجد أنها تنص على أنه لا يجوز للولي سواء كان أبا أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها، والمراد بالقاصرة، هنا حسب فهمنا هو الصغيرة ويتضح من تحليل هذا النص أن المشرع الجزائريّ قد تحول عن مذهبه وهو المذهب المالكي وأخذ برأي بعض الأفكار الفقهية التي لا تقول بولاية الإجبار إلّا على الصغار[1].

وعليه فإن الولي لا يجوز له إجبار من في ولايته بالزواج من شخص لا تحبه ولا تأنس إليه أو تكره أن ترتبط به لعقد زواج، سواء سبق لها الزواج وكانت ثيبا أم لم يسبق لهما ذلك وكانت بكرا.

ويظهر أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب الحنفي في عدم إجبار الثيب والبكر البالغة[2].

كما أن المشرع أغفل الإشارة والتأكيد على مسألة زواج الصغيرة في حالة إعفائها من شرط بلوغ سن أهلية الزواج لمصلحة أو ضرورة وقد جاء في تعديل 2005 في المادة 13 منه، حيث أن القانون يمنع الأب (الولي) أو غيره من إجبار من في ولايته على الزواج قاصرة كانت أم بالغة هو ما تقدم في النص الجديد أنه يفهم بالموافقة والمخالفة[3].

أمّا النوع الثاني للولاية الأصلية، فهي عكس سابقتها حيث لا يجبر فيها على المولى عليه وهي يصطلح عليها بولاية اختيار.

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد الطلاق، دار هومه، الجزائر، 2007، ص41.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص122.

[3] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص309.

ب/ ولاية اختيار: وتسمى عند الحنفية ولاية ندب واستحباب، وهي سلطة صاحبها بالنظر في شؤون المولى عليه، بناء على رغبته واختياره، وهو في الوقت ذاته يستطيع أن يزوج نفسه من غير توقف على رضي الولي.[1]

حيث يدل اسم هذه الولاية على طبيعتها، إذ لا يُجبر فيها المولى عليه على الزواج من طرف وليه فيسميها الشافعية ولاية شركة، وذلك لاشتراك كل من الولي والمولى عليه باختيار الزوج، فلا يتم العقد إلا بتوفر هذه المشاركة.

ولا فرق بين هذه الآراء الفقهية، إلا أن الشافعية يمنعون تولي المولى عليه العقد إن كانت امرأة، فلا يجيزون النكاح بعبارة النساء وعليه فإن الولاية الاختيارية تثبت لكل الأولياء عمومها بدون فرق بين ولي وآخر حسب الترتيب.

وتثبت كذلك على المرأة البالغة العاقلة وهذا الطرح متفق عليه بين الجمهور، لكنهم اختلفوا في إمكانية ثبوتها للمرأة مطلقا، بكرا كانت أو ثيبا أم أنّها مقيّدة بقيد ما بحيث إن لم يوجد كانت الولاية إجبارية.

فالحنفية والجعفرية لا يشترطون فيها شيئا، ويوافقهم الحنابلة وفي إحدى الروايتين عندهم والشافعية يشترطون فيها الثيابة، فإن كانت بكرا فالولاية عليها إجبارية ويوافقهم المالكية في القول المشهور عندهم، فإنهم يقرون أن البكر البالغ تثبت عليها ولاية إجبار[2]، ولو بلغت ستين سنة أو أكثر.

فيرى الإمام أبو حنيفة أن البكر تملك أحقية تزويج نفسها بمحض اختيارها شرط أن يكون الزوج كفأ وإن كان يستحب تفويض أمر زواجها لوليها مراعاة لمحاسن العادات وصونا لكرامة النساء وهذا شرط أن تزوج نفسها بكفء[3].

أمّا جمهور الفقهاء، فقد قالوا أنه لا يصح نكاح البكر البالغة العاقلة إلّا بإذن وليها سواء كان وليا خاص كالأب أو الجد، أو كان وليا عاما كالقاضي عند عدم وجود الولي الخاص.

---

[1] مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص ص 305،306.

[2] محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 289.

[3] مصطفى عبد الغني شيبة، المرجع السابق، ص306.

وعليه فإنّ الثيب البالغة العاقلة تثبت عليها ولاية ندب وشركة إذ لا ينفرد الوليّ بتزويجها من دون استشارتها وأخذ رأيها ولا تنفرد هي بتزويج نفسها بدون وليّها، فهما يشتركان معا في الاختيار يتولى الوليّ صيغة عقد الزواج[1].

أمّا ولاية الاختيار في ق أ ج فقد جاء في نص المادة 11 قانون الأسرة84-11[2] قبل تعديلها والتي يفهم منها أن الولي هو من يتولى إبرام العقد سواء كانت المرأة راشدة أم صغيرة ويظهر ذلك جليا في العبارة " تولى زواج المرأة " حيث أن المشرع لم يحدد خصوصية المرأة- بكرا أو ثيبا، بالغة أو قاصرة، وإنما المرأة بصفة عامة إذ لا يجوز لها إبرام عقد زواجها بنفسها، وكون الولي عبارة عن ركن من أركان الزوج لابد من توفره، هذا ما جاء به ق أ ج قبل تعديل 2005.

أمّا بعد تعديله بموجب قانون 02/05 فيظهر شرط الولي في نص المادة 11بكلا فقرتيها فالفقرة الأولى تناولت زواج الراشدة التي لا يمكن أن تعقد زواجها إلا بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره وأجملت بتسميته وليا.

أمّا الفقرة الثانية تناولت زواج القاصرة الذي يتولاه أولياؤها وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من ولي له وبهذا الصدد فإن الولي وفقا للتعديل الجديد يتولى العقد إذا كان الزواج أو الزوجة قاصرا، لكن الإشكال يكمن في حالة المرأة الراشدة فالعبارة المستعملة في نص الم 11 (تعقد المرأة الراشدة...) هل تعني أن الولاية ولاية مشاركة، للمرأة فيها الخيار وللولي صيغة العقد!

وإن كان الأمر كذلك لماذا لم يبق المشرع على الصياغة نفسها؟ "يتولى زواج المرأة وليها"

أم أن العبارة تعني المرأة تتولى بنفسها صيغة العقد ويبقى حضور الولي أمر شكليا لا غير؟

بحيث إذا غاب لا يشترط حضوره، وإذا حضر لا يستشار، حيث الولي غير معتبر قانونا ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته... ثم أليس لازما أن يسأل المرء نفسه عن الهدف من النص في الفقرة الثانية من المادة 33 المعدلة: «إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه»، ألا يصح أن يقال أن المشرع الجزائريّ

[1] جمال جبريل الضمراني، المرجع السابق، ص97.

[2] تنص المادة 11 قانون 84-11 "يتولى زواج المرأة وليّها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين".

قد وقف من الشرط الولي في إبرام عقد الزواج المرأة الراشدة موقفا متذبذبا فلا هو قرر اشتراطه صراحة، ولا هو قرر إلغاءه صراحة.

وهذا ما نستشفه من نص المادة11 المعدلة على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها، ثم تقول بحضور وليها وبعد هذا تضييف أو أي شخص آخر تختاره، فيدفعنا هذا الغموض للتساؤل عن فائدة حضور وليها مجلس عقد الزواج إذا لم يكن له تأثير بإبرام العقد؟ فهل يحضر ليكون شاهدا على عقد زواج ابنته ولو مع شخص ليس موافقا عليه، ثم ما معنى عبارة «أو أي شخص آخر تختاره»[1].

فهذا الطرح يؤدي إلى إيقاع الفتنة بين الفتيات وآبائهم، وبين النساء وأوليائهم وعليه كان من الأجدر على المشرع الجزائريّ الذين لم يثبت موقفه من اشتراط الولي لو منح لهذا الأخير حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ثبت خروجها عن الطاعة بإبرامها عقد زواج من غير كفء، أو عجز من تختاره عن توفير شروط الحياة الزوجية لهما.

2/ ولاية نيابية:

ويصطلح عليها الوكالة في الزواج، أو التوكيل بالزواج ويعتبرها الفقهاء نوعا من الولاية من جهة أن الوكيل ينفذ تصرفه على الموكل.[2]

فالوكالة هي إقامة الشخص غيره مقام نفسه لينوب عنه حال حياته في تصرف مملوك له قابل للنيابة شرعا[3]. وعليه فإذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه، إمّا لعدم أهليته أو عدم ولايته عليه، لا يصح أن ينيب غيره، ففاقد الشيء لا يعطيه.

وعليه إذا كان الراغب في الزواج قاصرا، لم يكن له أن يباشر الزواج بنفسه، ولا أن يوكل فيه غيره وإنما يخوّل ذلك لوليه بدون حاجة إلى توكيل، بل بمقتضى الولاية.

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص42.

[2] حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص45.

[3] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص271.

إلّا أنّه يصح للولي ان كان مستكملا لشروط الولاية أن يباشر العقد بنفسه أو توكيل فيه غيره.[1] وبما أن عقد الزواج يقبل الإنابة، فإنه يجوز التوكيل فيه دون اشتراط شهادة الشهود لصحته، كونه أمر خارج عن عقد الزواج نفسه، إلا وأنه يستحسن الإشهاد لإثباته عند الإنكار والنزاع[2].

والضابط في الوكالة أن كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه، ترجع حقوقه إليه كالوكيل بالبيع فإن تسليم المبيع وقبض الثمن يرجع للوكيل، كما قد ترجع للموكل كالوكيل بالزواج، فإن الوكيل يضيف العقد إلى الزوج فترجع حقوقه لهذا الأخير، ليطالب بالمهر والنفقة، وكذلك المرأة إذا وكلت غيرها لتزويجها تكون هي المطالبة بتسليم نفسها، وتسلم مهرها، فليس الوكيل في الوكالة بالزواج إلا سفيرا معبرا، فلا يرجع أليه شيء من حقوق العقد، ولا يضمن ما يتعلق بذلك[3].

وعليه فإنّ تحديد صلاحيات الوكيل تتحدّد حسب نوع الوكالة، مطلقة كانت أم مقيدة، حيث أن الوكيل يستمد سلطته من الموكل، فلا يملك إلا ما وكل له وينفذ عليه تصرفه الموكل وعليه فلا يجوز له التوكيل من الباطن، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

-**الوكالة المطلقة:** هي التي يعين الموكل فيها شخصا معينا، ولا مهرا معينا أو محددا، أي كأنه يوكله في تزويجه من أي فتاة بأي مهر أو من دونه.

وهذا التوكيل جائز عند جمهور الفقهاء، ويرى البعض الآخر عدم جوازه لما فيه من جاهلية المؤدية للنزاع و الضرر[4].

وفي هذه الحالة يحكم العرف بما جرت به العادة، فلا يكون العقد نافذا إلا إذا راعى الوكيل الكفاءة والمصلحة، ويستوي في ذلك وكيل الزوج أو الزوجة، فإذا وكلت الزوجة مثلا وكالة مطلقة فزوجها الوكيل من غير كفئ توقف العقد على إجازة الزوجة[5].

---

[1] علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص141.

[2] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص23.

[3] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، د س، ص155.

[4] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص ص 152-153.

[5] ابراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص93.

-**الوكالة المقيدة:** وهي التي يقيد فيها الموكل الوكيل شخص معين وبمهر معلوم أو بأحدهما، وقد تكون من المرأة كما قد تكون من الرجل، ولا يمكن للوكيل مخالفة الوكالة إلا بما هو أفضل ومثال ذلك أن يوكل على تزويج (س) بمهر قدره ألف دينار فزوجه منهما بسبعمائة دينارا فيصح ذلك.

وعليه قد ثبت جواز هذه الولاية شرعا في الكتاب والسنة فمنه قوله تعالى" فابعثوا أحدهم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه"[1].

إلاّ أن الفقهاء اختلفوا في مسألة توكيل المرأة البالغة العاقلة غيرها لإبرام عقد نكاحها.

فيرى المالكية عدم صحة مباشرة المرأة البالغة العاقلة عقد زواجها ولكنهم أجازوا لها التوكيل في تزويجها على أن يعين وكيلا ينوب عنها قبل إجراءات عقد النكاح.

أما الشافعية لا يختلفون عن رأي الحنابلة في المسألة، إلا أنهم اعتبروا إذنها لوليها في تزويجها بصيغة الوكالة صحيحا.

أما الحنابلة فيرون أن المرأة ما دامت لا تملك تزويج نفسها بنفسها حتى ولو كانت بالغة عاقلة، فهي لا تملك توكيل غيرها لتزويجها.

أما الحنفية يرون أنه بما أن المرأة البالغة العاقلة يصح أن تتولى عقد زواجها بنفسها، فإنه لها أن توكل عنها غيرها في مباشرة عقد نكاحها[2] .

أما فيما يخص توكيل الولي، فإنه من المقرر شرعا أنه من يملك تصرفا، كان له أن ينيب عنه غيره في هذا التصرف، سواء كان يمكنه بالأصالة أو بالولاية فلزوج أن يوكل عنه غيره بالزواج، وللولي أن يوكل غيره بتزويج من في ولايته، وعليه سيتلقى الوكيل من هذه القاعدة، إذا ليس له أن يوكل عنه غيره في تصرف ملكه بالوكالة، إلا بإذن صريح أو بتفويض[3].

أما الوكالة في ق أ ج فنجد أن المادة 20 من قانون 84-11 كانت تنص على ما يلي «يصح أن ينوب على الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج وكالة خاصة» إلّا أن هذا الحكم كان قائما قبل التعديل لكن قانون الأسرة الجديد وبمقتضى الأمر 02/05 قد ألغى نص المادة 20،

---

[1] سورة الكهف، الآية19.

[2] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص183.

[3] عبد العظيم شرف الدين، المرجع السابق، ص355.

وبالرغم من هذا، فإنه بالرجوع إلى نص الم222 ق أ ج والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد في القانون نجد أن الشرع الحكيم اعترف بالتوكيل في الزواج.

وبالرجوع إلى الأحكام المذكورة آنفا، فإنه يكون للقاضي سلطة في تزويج من لا ولي لها وهذا مجرد توكيل بالزواج وولاية نيابية أيضا.

رابعا: الحكمة من شرعية الولاية في الزواج

من المقرر شرعا أن عقد الزواج لا يتم إلا بوجود عاقدين متمتعان بأهلية أداء، حيث أن الأهلية اللازمة لعقد الزواج لا تتحقق إلا بتوفر العقل والبلوغ في العاقدين.

أمّا الصبي المميز فيرى جمهور الفقهاء أنه لا يصح عقده كونه ناقص الأهلية، بينما يرى الحنفية أن عقده موقوف على إجازة الولي، فإذا أجازه صح ونفذ إذا توفرت له بقية الشروط لذلك أجاز الشارع الحكيم للولي تزويج المولى عليه كون الولي الأدرى بمصالح المولى عليه[1].

واتفق الفقهاء أن ولاية الإجبار على المجنون والمعتوه علتها ضعف العقل، والصبي غير المميز علتها الصغر وأما بالنسبة للفتاة البكر أو الصغيرة غير البالغة علتها جهلها لأمور الزواج أما إذا تزوجت وطلقت أو مات عنها زوجها، فلا يجوز لوليها أن يزوجها دون أن يأخذ رأيها وموافقتها إن كانت بالغة[2].

وقد استدل الفقهاء على الولاية في الزواج بقوله تعالى «**فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل**»[3]، وقوله أيضا "**وأنكحوا الأيامى منكم...**" وقوله "**ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**".

والخطاب في الآيتين موجه للأولياء فكان دليلا على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها، ولا أن تزوج غيرها وإنّما يزوّجها وليّها[4]، ذلك أن الرجل أكثر قدرة على البحث عن أحوال الخاطب من المرأة، فلو تركت المرأة وشأنها قد لا تختار الزوج المناسب لتغلب العاطفة عليها، ضف إلى ذلك

---

[1] إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص91.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، المرجع السابق، ص119.

[3] سورة البقرة، الآية 282.

[4] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، المرجع السابق، ص120.

أن زواج المرأة بالرجل الذي تختاره أمر لا يخصها وحدها بل يشمل كافة عائلتها ويقول الشيخ محمد أبو زهرة في هذا الصدد «أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل تنال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار»[1].

ومن هذا المنطلق شرّعت الولاية في الإسلام حفاظا لحقوق العاجزين عن التصرّف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، ورعاية لمصالحهم و شؤونهم لعدم ضياعها وإهدارها، ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، ومن عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى أمره و يحقق له النفع ويدفع عنه الضرر فوظيفة الولي هي رعاية القاصر والإشراف على مختلف شؤونه واختيار الأصلح له، وهذا خلافا لما يدعيه بعض فقهاء الغرب من أن الولاية هي حق مطلق، وأنها سلطة تحكم بدون حدود و لا قيود و منافية لمبادئ الحرية في الزواج.[2]

فالولاية في الزواج هي مجرد مساعدة للحماية والمحافظة على حقوق مصالح المولى عليهم وعلى حسن اختيار شريك حياتهم.

[1] إسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص99.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، المرجع السابق، ص120.

المطلب الثالث

الـــــولاية على الـــــمال

إنّ الأساس من تشريع الولاية على القاصر راجع لعدم قدرة المولى عليه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه بسبب ضعفه عجزه على ذلك[1] أو عدمها إما حقيقة أو حكما و ما ينجر عنه من سوء التصرف و قصور بالتدبير و عليه فلا يستطيع التصرّف بذمته المالية ولهذا وجد نظام الولاية على المال وهذا الأخير يثبت لشخص بقوة القانون تمكنه من مباشرة التصرف القانوني على مال الغير و ينحصر هذا النوع من الولاية على التصرفات المالية فتثبت هذه السلطة للولي الشرعي البالغ العاقل، الذي يتولى هذه التصرفات القانونية باسم و لحساب القاصر الخاضع للولاية الذي يكون إما عديم أو ناقص الأهلية[2].

ولعلّ هذه الحماية لأموال القصّر من أهم مقاصد شريعتنا الإسلامية التي لم تتوانى أبدا بهذه الغاية وهذا من خلال الحث على عدم أكلها بالباطل مصداقا لقوله تعالى" يا أيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل "[3].

كما عملت مختلف التشريعات على سنّها وضبط أحكامها على أرض الواقع.

كما تعرّف الولاية على المال أيضا كونها القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها وتشمل كل ما يتصل بأموال الصغير فهي سلطة يمنحها الشرع لشخص تجعل تصرفاته نافذة في حقّه حتى دون رضاه.

فهذه الولاية مختصة بإدارة مال القاصر، تزكيته، وتنميته حفظه وصيانته حتّى يبلغ أشدّه[4] كما قال تعالى "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم، ولا تأكلوها إسرافا وبذارا أن يكبروا".

---

[1] رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2006، ص188.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص405.

[3] سورة النساء، الآية29.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص10.

ومن هنا يتسع لنا القول أنه لولا نظام الولاية على المال لشلت الحياة القانونية للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها وبقيت أمورهم المالية دون نفاذ.[1]

لكن بعد تعريفنا لهذه النيابة الشرعية لمال القاصر استدعى بنا الأمر للتوسّع أكثر، وذلك بضرورة تحديد المقصود من المال محل الولاية (فرع أوّل) وكذا أقسامه (فرع ثاني)، وخصوصا شروط قيام هذا النوع من الولاية إذ لا قيام لها إلّا في ظل توفّر شروطها (فرع ثالث)، وهذا ما نسعى لتوضيحه ضمن هذا المطلب المقسّم لفروع ثلاث.

الفرع الأول

تعريف المال وأقسامه

لدراسة الولاية على المال بوصفها إشراف على الشؤون المالية للقاصر والتي تشمل كلا من حفظ واستثمار للمال وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة به[2]، فهي صلاحيته بمال غيره هذا على خلاف الأهلية التي هي صلاحية الشخص بمال نفسه[3]، وعلى هذا وجب علينا التعريف بالمال كونه موضوع ومحل هذا النوع من الولاية على القاصر، وتبعا لهذا نتطرق بهذا الفرع لتعريف المال ودراسة أقسامه حسب التشريع الجزائري.

أولا- تعريف المال

جاء المشرّع الجزائري بالمادة 682 ق م ج [4] بالنص " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية ".

والملاحظ أن المشرع بتعريفه للمال استند على خاصية أساسية بالأموال وهي القابلية للتعامل وهذا هو الغالب والشائع بكل من المعاملات المدنية بما فيها الإيجار، البيع، الشركة ... والعنصر الضروري الذي لا يستغني عنه الإنسان في حياته.

---

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص96.

[2] محمد علي جردات، المرجع السابق، ص16

[3] عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون نظرية الحق، دار الثقافة، الأردن،2005، ص161.

[4] الأمر رقم 58/75 يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

وبمفهوم آخر فالمال هو كل ما يميل له طبع الإنسان ويسعى لكسبه فهو أساس المعاملات بين الأفراد وهو أيضا مما يجوز ادخاره، وعلى العموم ليس كل شيء يصلح أن يكون مالا أو محلا للحقوق المالية فهناك أشياء تخرج عن التعامل وأشياء تدخل بدائرته وهذه الأخيرة فقط هي التي تصلح لأن تكون مصدرا للحقوق المالية ومنه للمال على العموم[1].

المال لغة: هو ما ملكته من جميع الأشياء، والجمع أموال، والمال في الأصل هو ما يملّك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى وما يملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق على المال عند العرب قديما الإبل باعتبارها أكثر أموالهم[2].

المال اصطلاحا: لقد اختلفت تعاريف الفقهاء للمال لكن الغالبية قد اتحدت على أنّه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادّخاره لوقت الحاجة، فمثلا عند الحنفية وجب توفر ثلاث شروط بالمال وهي:

– أن يكون مما له قيمة تجارية: وعلى هذا فيخرج ما لا قيمة تجارية له كالإنسان الحر والخمر في الشرع فلا يقع اسم المال إلّا على ما له قيمة يباع بها ويلزم مثله.

– أن يكون قابل للادخار: فما لم يكن كذلك لا يعد مالا كالمنافع مثلا، كحق السكن وحق الشفعة.

– أن يكون مباحا بالشريعة الإسلامية: فلا يعتبر مالا ما كان تحت التصرف لكن الشّرع حرّم الانتفاع به كلحم الخنزير والخمر[3].

ثانيا: تقسيم الأموال

إنّ القانون المدني قسّم المال حسب عدّة تقسيمات وهذا ما بيّنته المواد من 682إلى689 ق م ج وهذا حسب عدّة اعتبارات:

– باعتبار استقرار المحل من عدمه، ويقسّم إلى عقار ومنقول.

– باعتبار بقاء عينه بالاستعمال من عدمه ويقسّم إلى استهلاكي واستعمالي.

– باعتبار تماثل بعضها مع بعض من عدمه ويقسّم إلى مثلي وقيمي[4].

---

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص198.

[2] بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، قسنطينة،2011، ص255–256.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق،1989، ص46.

[4] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 49،51.

1-العقارات والمنقولات

يمكن تحديد مقصود العقار حسب المادة 683 ق م ج فقد تم تعريفه كالآتي: " كل شيء مستقر بحيّزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف وكل ما عدى ذلك فهو منقول ".

فتعريف العقار مرتكز على خاصية عدم القابلية للنقل دون تلف فالعقارات هي الأشياء الثابتة غير القابلة للنقل من مكانها[1]، ونضرب مثال ذلك الأرض، المباني، النباتات... أو يمكن نقلها وتحويلها لكن مع تغيير صورتها عند النقل لكن المشرّع لم يكتفي بهذا المعنى الضيّق للعقار فأدخل بنطاق العقارات ما سمي بالعقارات بالتخصيص، فهو منقول يستعمله صاحبه لخدمة عقار يملكه أو استغلاله حسب ما جاءت به المادة 2/683 ق م ج[2]، بل وأكثر من ذلك فقد أدخل بالأموال العقارية كل حق عيني يقع على عقار كحق الملكية، حق الارتفاق ...

أما المنقول فهو ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاءه على هيئته وصورته الأولى كالملابس والسيّارات، فالمنقول هو كل ما ليس عقارا والذي بكون إما شيئا أو حقا ماليا فكل ما عدى العقار فهو منقول،[3] فهذين النوعين إذا كانا مما يجوز التعامل فيهما يعدّ مالا، فإذا ملكهما تتقرّر حمايتهما على عاتق الوليّ.

2-المال المثلي والمال القيمي

إنّ المال المثلي هو الذي له نظير بالأسواق وهذا ما جاء به المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 686 ق م ج " الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدّر عادة بالتعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن".

فالأموال المثلية تتميّز بأنها لا تتحدد بنوعها ومثالها فأن أبيعك قنطار من محصول القمح وتتحدد عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو الكيل أو الوزن.

---

[1] خوادجية سميحة حنان، محاضرات النيابة الشرعية لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، ص19.

[2] تنص المادة683 /2 ق م ج " غير أنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقار بالتخصيص."

[3] محمد حسنين، المرجع السابق، ص216.

أما الأشياء القيمية فهي التي تتحدّد بذاتها كقطعة أرض محددة[1] وهي التي ليس لها نظير أو مثل بالسوق أو له مثيل لكن بالتفاوت المعتد به بين وحداته القيمية.

3-المال الاستهلاكي والاستعمالي:

عرّفت المادة 685 ق م ج بالفقرة الأولى المال الاستهلاكي على النحو التالي "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما اعدّت له في استهلاكها أو انفاقها".

إذن فالمال الاستهلاكي هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلّا بالاستهلاك عينه كأنواع الطعام والتراب والورق والنقود...

أما المال الاستعمالي فهو ما لا يهلك بالانتفاع بها كالتحف والآلات وان كان من هذه الأشياء ما يستهلك بعد مدّة من الاستعمال المتكرر فالمال الاستعمالي هو ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات والمفروشات...

هنا يتبيّن أنّ المال يكيّف حسب طبيعة معيّنة، وهو بكل أنواعه محل للولاية عليه.

الفرع الثاني

أقسام الولاية على المال

إنّ دراسة الولاية على المال بوصفها سلطة يقررها القانون لشخص معيّن لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية[2] لا يمكن أن يتأتى دون التعرض هذا النوع من الولاية والذي ينقسم إلى ولاية عامة وولاية خاصة كأول تقسيم وكذا إلى ولاية ذاتية وولاية مكتسبة.

أولا- الولاية على المال من حيث العموم والخصوص

الولاية العامة على المال: هي سلطة خوّلها الشارع للسلطان أو من ينوب عنه ما لم يكن له ولي خاص كالأب أو وصيّه والدليل على هذا فعل رسول الله "ص" "السلطان ولي" لقوله "زوّجناكم بما معك من القرآن"، والولاية العامة تجوز فقها إذا تعذّرت الولاية الخاصة فأما مع وجودها فقيل لا تجوز أصلا[3].

---

[1] خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص21.

[2] الزعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص147.

[3] الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1982، ص16.

وهي تثبت أصالة للخليفة في الحكم الإسلامي ولرئيس الدولة أو الملك أو السلطان أو القاضي بالمفهوم الحديث، وبطريق النيابة عنه للقضاة والولاة ومن يحكم بهذه الصفة لا بصفتهم الشخصية.

الولاية الخاصة على المال: هي ولاية شخصية وما يميّز الولاية الخاصة هو القرابة المباشرة من جهة الأب[1] بحيث ينحدر شخص من شخص آخر بطريق مباشر كالابن بالنسبة للأب كما يمكن أن تكون بطريق الإيصاء، ما أدّى لاختلاف الفقهاء بخصوص هذا الطرح:

فيرى الحنفية أن الولاية على مال الصغير لستة على الترتيب: الأب، فوصيّه، فوصي وصيّه، ثمّ الجد، فوصيّه، فوصيّ وصيّه، ثمّ القاضي ووصيّه لأن الأب لا يوصي لغير الجد مع وجوده إلّا لسبب اطلع عليه ولو كان الجد أصلح للصغير من هذا الوصي لما قدّمه الأب عليه.

ذهب المالكية والحنابلة إلى أنّ الولاية على مال القاصر لأبيه ثم لوصيّ الأب ثم للقاضي ووصيّه فلا تكون للجدّ ولا لأحد من الأقارب غير الأب.

أما الشافعية فذهبوا لأن الولاية على ماله لأبيه ثمّ لجدّه ثمّ لمن يوصي إليه الموجود منهما ثمّ للقاضي ووصيّه[2]، فالجدّ عندهم بمنزلة الأب عند عدم وجوده لوفرة الشفقة عنده مثل الأب.

ومما سبق تبيانه نرى أنّ كل المذاهب قد قدّمت الأب ولعلّ هذا أمر طبيعي كونه أشفق الناس على أولاده وأحرصهم على مصلحتهم.

ثانيا- الولاية على المال من حيث الذاتية والاكتساب

إنّ مصدر ثبوت الولاية يختلف وينقسم إلى ولاية أصلية(ذاتية) وولاية نيابية(مكتسبة)، وهذا ما سنتطرق له بالشرح فيما يلي:

الولاية الأصلية: الأصل بالولاية على المال أنّها ذاتية، تثبت بقوّة القانون دون الحاجة لقرار من المحكمة بالتعيين أو التثبيت فهي تستمد قوّتها ومشروعيّتها ووجودها من الشرع مباشرة والسبب بذلك القرابة أي رابطة الدموية بين الولي والقاصر[3].

---

[1] عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص163.

[2] علي حسب الله، المرجع السابق، ص27.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص163.

كما أن الولاية تعتبر أصلية بحال الولاية الخاصة أي ولاية الحاكم فالشرع منح له هذه السلطة على مصالح المسلمين.

وهذه الولاية غير قابلة للإسقاط أو التنازل وهي ثابتة بالفقه الإسلامي للأب أو الجد بخلاف فقهاء المالكية والحنابلة أين يجعلونها للأب فقط، وهي ثابتة أيضا للخليفة أو رئيس الدولة بالمفهوم الحديث باعتبارهما يملكان الولاية العامة على عموم المسلمين[1].

الولاية النيابية: بحال عدم وجود الولاية الذاتية وهي الأصل، تكون هناك ولاية مكتسبة ولا تنشأ هذه الأخيرة إلّا بعدم الأولى فتنصب الولاية النيابيّة[2]، وهذا للقيام بالشؤون المالية للقاصر فتثبت هذه الولاية عن طريق النيابة، فتصدر من صاحب الولاية الأصلية أو تكون ولاية نيابية قضائيّة وغرضها إدارة أموال القاصر.

الفرع الثالث

شروط الولاية على المال

يشترط لثبوت الولاية على المال ما يشترط من شروط عامة للولاية وشروط يجب توفرها في ولي على حدى وهي الشروط الخاصة.

أولا-الشروط العامة في الولاية على المال

- يشترط في الولي الشرعي كمال الأهلية إذ من ليست له الولاية على ماله فلا يصلح للتصرّف في مال غيره وعلى هذا يجب يأن يكون الولي عاقلا رشيدا غير محجور عليه[3].
- أن يكون الولي متحدا مع الصغير في الدين فغير المسلم لا تثبت له الولاية على المسلم فلا ولاية لمسلم على كافر[4].
- أن يكون مؤتمنا وقادرا على القيام بشؤون ومصالح القاصر المالية، فمن لم تثبت أمانته فلا ولاية له وكذلك إن كان غير كفئ لإدارة أموال القاصر.

---

[1] خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص26.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص10.

[3] كمال حمدي، المرجع السابق، ص30

[4] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص18.

ثانيا-الشروط الخاصة للولاية على المال

وتتمثل أساسا بحالتي الإيصاء والتقديم باعتبارهما نيابتان شرعيتان، والتي تقوم ببعض حالات الولاية على المال لإتمام شروطها.

بالنسبة للايصاء: لابد من توفر شروط بالوصيّ تؤهله للنيابة الشرعية على مال أولاد من أسند له الوصاية، والشرط الأول هو وجوب عرض الوصاية على المحكمة بعد وفاة الموصي لتثبيتها وسريان أحكامها على القاصر أو رفضها من قبل القاضي.

أمّا الشرط الآخر هو تطابق الإيجاب والقبول أي إيجاب الموصي وقبول الوصي، ويتم هذا الإيجاب والقبول دون اشتراط ألفاظ مخصوصة بذلك، بل يكون بكل لفظ دلّ عليه، لكن لابد أن يكون الإيجاب صراحة أما بالنسبة للقبول فيصح أن يكون دلالة كمثل تصرف الوصي بالأموال القاصر ولا يكون القبول دلالة الّا بعد وفاة الموصي.

بالنسبة للتقديم: فالقاضي يمارس سلطة التقديم على المصالح المالية للمولى عليه، المتواجدون تحت ولايته القضائية، ولا يملك هذه السلطة على من ليس تحت ولايته، حتى لو كانت أموالهم تحت ولايته، فلا يعتبر مقّدما من قدّمه قاض آخر، ويعينه لمن لم يكن له ولي أو وصي، فتكون حالات التقديم محدودة، وهي حسب نص المادة104 ق أ ج[1] لمن لم يكن له ولي أو وصي وحالة أخرى وهي إهمال الولي الخاص وحالات الفقد والغيبة.

[1] تنص المادة 104 ق أ ج: " إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، ولا وصيّ وجب على القاضي أن يعيّن في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100."

الفصل الثاني

أحكام الولاية على القاصر

إنّ التعريف بماهية الولاية من خلال دراسة المقصود منها، والتعريف بالقاصر كمحل لها وسبب لقيامها، وما تبعه من تبيان لأنواعها، ينبغي أن يتبعه إيضاح أهم ما ينظم ويضبط هذه النيابة الشرعية، وفقا لما يتلاءم مع مصالح القاصر الأجدر بالحماية، وهي ما يعتبر أحكاما للولاية.

لذلك فإنّ المشرع الجزائري قد أولى نظام الولاية حماية قانونية خاصة، ويظهر ذلك جليّا من خلال الترتيب التدرج الذي حدّده للولي الأجدر بالقيام بمهام الولاية، وكذا الشروط الواجب توفرها فيه من أجل تولي ذلك، بالرغم من عدم النص على هذه الأخيرة بصريح العبارة إلاّ انّها نفس شروط الوصاية باعتبارهما نيابتين شرعيتين و قانونيتين وما في ذلك إلاّ أنّ الأولى أصلية طبيعية والثانية نيابية استثنائية، ولا شكّ أنّ ما زاد تعزيزا لهذه الحماية هي الأحكام المفروضة على القاضي والنائب الشرعي للقاصر على حد سواء، فعلى القاضي الأخذ بعين الإعتبار مصلحة القاصر وعلى الولي التصرف تصرف الرجل الحريص والأمين ذلك أنّ القاصر مجرّد أمانة واجبة الحفظ وإن لم تحفظ هاته الأمانة كان مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

ومن جهةٍ أخرى فإنّه يدخل حيز الأحكام المنظمة للولاية، الإجراءات الصارمة المنصوص عليها في ق إ م إ الجديد[1]، فيما يخص إنهاء الولاية وسحبها.

فالولاية يمكن أن تسقط من وليّ وتُمنح لغيره ،وذلك لعدّة أسباب ،كما يمكن سحبها متى اختلت إحدى شروط ثبوتها، كما أنّ الولاية ليست أبدية فتزول بزوال سبب قيامها ووجودها.

وعليه سنحاول التطرق إلى مختلف هذه الأحكام من خلال هذا الفصل والذي يعالج مدى استحقاق الولاية وثبوتها للولي الشرعيّ بتوفر شروط ذلك من جهة، وتدرج ترتيب الأولياء على القاصر من جهة أخرى، ثم نتناول دراسة أهم سلطات الولي وحدودها وصولا إلى نهايتها بتبيان أسباب ذلك وأهم الإجراءات اللاّزمة، وهذا ما سنعالجه باستحقاق الولاية ضمن المبحث الأول أمّا بالمبحث الثاني فنتطرق للحماية القانونية للمولى عليه كما نتناول في المبحث الثالث نهاية الولاية.

[1] قانون رقم08-09 ،مؤرخ ،في 25 فبراير2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23-04-2008.

المـــبـحث الأول

استحقاق الولاية

من خلال تعريفنا للولاية وتمييزها عن بقية الأنظمة المشابهة لها من خلال الفصل الأول فإنّه قد اتّضحت لنا الرؤية لفهم مدى صلاحية القاعدة القائلة أنّ الولاية أصلية شرعية تُثبت تلقائيا للولي على نفس ومال القاصر، إلاّ أنّه لكل مبدأ استثناء حيث أنّ الولاية لا تُثبت للولي على المولى عليه سواءً في نفسه أو في ماله إلاّ بتوفر شروط القائم بالولاية، فإنْ كان هذا الأخير محددا في ق أ ج، إلاّ أنّه أغفل النص على شروطه، لكن هذا لا يدل على توسع نطاق الولاية ومجال استحقاقها كون أنّ هذا القصور من جهة المشرع الجزائري لا يمنعنا من اقتباس شروط الولي من آراء فقهاء الشريعة الذين اجتهدوا على ضبطها وتحديدها ولو اختلفوا في بعضها ،كما نستشفها أيضًا من شروط الوصاية التي جاء بها المشرّع الجزائريّ.

لذلك ومن أجل تحديد و تبيان مدى استحقاقية الولاية للولي وثبوتها له على الوجه المشروع لابدّ أولاً التطرق للتعرّف على هذا الولي بتعريفه وكذا إظهار شروطه(المطلب الأول)، كما يجب تحديد تدرج الأولياء وترتيبهم فقها وقانونا، باعتبار هذا التدرج عنصرا مهمًا لأجل ثبوت الولاية ،فلا يُسبق وليّ على آخر إلاّ لسبب قضى به الشرع أو القانون ،ضف أنّ القانون قد كفل صلاحيات خدمةً واستثمارًا لمصالح القاصر، فلا تكون هذه الصلاحيات ثابتة ومستحقة إلاّ للولي الشرعي(المطلب الثاني). وهذا ما سنقوم بتفصيله من خلال مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول

الولي كنائب شرعي على القاصر

إنّ القاصر باعتباره سببا لقيام نظام الولاية ومحلاً لها وجب على القانون التكفل به وصيانته، ولا يتحقق هذا إلاّ بوجوده تحت ولاية نائبه الشرعي ،الذي يتوفر به القدر الكافي من الشفقة ليسعى لحفظه بماله ونفسه ،ولم يكن هذا ممكنا إلاّ إذا توفرت فيه صفات وشروط ذلك ،حيث أنّ ولي القاصر ليس أيّ شخصٍ ،فهو محدد شرعا و قانونا باعتبار أنّ القاصر من بين الفئات الضعيفة المشمولة بالحماية فتحقق هذه الأخيرة لا تكون مثالية إلاّ إذا مورست الولاية على أيدي الولي الأمين الرّشيد العاقل ...الخ.

وهذا ما سنسعى لتبيانه ضمن طيات هذا المطلب، فنتناول بالفرع الأول تعريف الولي، أما الفرع الثاني فسنخصّصه لشروط ثبوت هذه الولاية.

الفرع الأول

تعريف الولي

أولا: الولي لغة

يقصد بالولي في اللغة الصديق والحليف، وكل من ولي أمر أحد فهو وليه، ويقال " الله وليك " أي حافظك وساهر عليك، والولي عند المسلمين كالقديس عند النصارى.

ثانيا: الولي اصطلاحا

أمّا في الإصلاح فيقصد بالولي كل شخص ضُمّ إليه الصغير كالأب، الأم، الجد، الوصي...

حيث أنّ الولي في النكاح مثلاً هو الذي يتوقف عليه صحة العقد ،إذْ لا يصح من دونه وهو الأب أو وصيه والقريب العاصب والسلطان والملك.

أمّا المالكية فألحقوا الولاية بالكفالة، وهي أنْ يكفل رجل إمرأة، عليه حق الولاية في تزويجها لكن لثبوت هذه الولاية يجب أن تمكث عنده زمنا يوجب حنانه وشفقته عليها وأن لا تكون شريفة؛ والشريفة هي ذات الجمال و المال فإنْ كانت كذلك زوّجها الحاكم[1].

وعليه فإنّ الولي هو كل شخص يُشرف على تربية وتهذيب القاصر وتعليمه وكذا حفظه وصيانته ضف أنّه المشرف على عقد زواج المولى عليه، كما سبق وبيّناه.

الفرع الثاني

شروط الولاية

من أجل ثبوت الولاية واستحقاقها وجب توفر جملة من الشروط في الولي ليكون أهلاً للقيام بما تتطلبه أعمال الولاية.

غير أنّه بالرجوع إلى ق أ ج نجد أنّ المشرع أغفل النص على هذه الشروط، في حين أنّه نصّ على الشروط الواجب توفرها في الوصي وذلك في نص المادة 93 ق أ ج، وهذا ما يفرض

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص189.

علينا إسقاط أحكامها على الولاية، ضف لهذا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ق أ م التي جاء في فحواها على أنّه كل ما لم يرد بنص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لكن بالرجوع إلى هذه الأحكام أي الشروط التي وضعها الفقه الإسلامي، وجدنا شروطًا متفق عليها وأخرى مختلف فيها وهذا ما سنبيّنه من خلال فرعنا هذا.

أولا-الشروط المجمع عليها

يتفق علماء الشريعة على شروط يجب توفرها في الولي لتوليه الولاية ومنها:

- **كمال أهلية الولي:** أي أن يكون بالغًا عاقلاً حرًا، فلا تثبت الولاية للصبي ولو كان مميزا، ولا للمجنون والمعتوه ولا للعبد المملوك[1]، حيث أنّ تصرفات الصغير لا تسري في حق نفسه لنقصان أو فقدان أهليته، لذلك لا يصلح أن يلي أو يكون نائبا على غيره.

ولأنّ الولاية أساسها المصلحة، فإنّ المحجور عليهم لا يستطيعون معرفة مصلحة أنفسهم، فكيف لهم معاونة غيرهم في تحقيق أوجه المصلحة، ففاقد الشيء لا يعطيه.

أمّا بالنسبة للجنون الذي يمنع ثبوت الولاية فهو الجنون المطبق، الذي يزيل الولاية زوالا تاما حتى يُثبت شفاؤه وكذلك الجنون المتقطع وقت قيام حالة الجنون، وهذا إنْ كانت ولايته لا تزول غير أنّ العقد الذي يُبرمه وقت قيام الجنون يكون صادرا عمن لا يعقل، فلا يثبت ولا يصح.

- **اتحاد الدين بين الولي والقاصر**[2]: بمعنى أنْ يكون الولي مسلمًا إنْ كان القاصر كذلك، فلا ولاية لكافر على مسلم ولا لمسلم على كافر، وذلك لقوله عزّ و جلّ ﴿**و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض**﴾ و قوله أيضا ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾، فاتحاد الدين باعث غالب على الشفقة ورعاية المصالح، فهذا الشرط متفق عليه، ذلك أنّ الولاية تتبع الميراث، وثبوت الميراث شرطه اتحاد الدين.

---

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص141.

[2] نبيل صقر، المرجع السابق، ص290.

– **حسن التصرف والقدرة على أداء أعباء الولاية:** كون الولاية مسؤولية تتطلب سعي وقوة بدنية وعقلية من أجل تنمية مال القاصر والمتاجرة فيه من جهة، ومن أجل المحافظة على نفس القاصر من الاعتداء ورعايته في خلقه وماله وبدنه، فإذا كان عاجزا لا يكون أهلا لذلك[1].

ثانيا–الشروط المختلف فيها

تعددت الشروط المختلف فيها بتعدد المذاهب والاتجاهات الفقهية فأهمها:

–**الذكورة:** وهو شرط في الولاية عند جمهور الفقهاء، كون أنّ ولاية التزويج لا تُثبت للمرأة على نفسها، فلا تثبت لها بذلك على غيرها، واحتج الشافعية بقولهم أنّ الإمام ابن ماجة روى في سننه عن رسول الله (ص) أنّه قال: "*لا تزوج المرأة المرأة، ولا المرأة نفسها فإنّ الزانية هي التي تزوج نفسها*".

وقال الحنفية ليست الذكورة شرط لثبوت الولاية، فللمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير وذلك بناء على مذهبه أنّ الولاية لعامة الأقارب ذكورا كانوا أو إناثا.

أمّا عن المشرع الجزائري، فمن خلال نص المادة 87 ق أ " **يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونيا ...**"

يتبيّن لنا أنّه يمكن للأم أي الأنثى أنْ تكون وليًا على أولادها القصر، إلاّ أنّ ذلك يكون استثناءا في أربع حالات: وفاة الأب، غياب الأب، الأمور المستعجلة، إذا حكم لها بالحضانة في حالة الطلاق؛ ومن جهة أخرى فتطبيقا لنص المادة 93 ق أ التي نص فيها عن شروط الوصي فإنّه لم يشترط الذكورة فدلّ ذلك على جواز تولي المرأة مهمة الوصاية [2]، وبما أنّ هذه الأخيرة تخضع لنفس شروط الولاية فيُطبق عليها ذلك الحكم أيضًا.

إلاّ أنّ المشرع كان عليه لو بيّن شروط الولاية كونها الأصل والأسبق عن الوصاية.

–**العدالة:** وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر كالزنا وغيرها، وهي شرط عند الشافعية، فلا ولاية لغير عادل أي لا ولاية لفاسق.

[1] طاهري حسين، المرجع السابق، ص178.

[2] إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص66.

وذهب الحنفية والمالكية إلى اعتبار العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية، فللولي عادلا كان أو فاسقا تزويج إبنته، كون أنّ فسقه لا يمنع وجود الشفقة لديه ورعاية المصلحة وبالتالي فهم لا يشترطونها، وحجتهم قوله تعالى:﴿ **وانكحوا الأيامى منكم** ﴾ وقوله صلى الله عليه وسلم: " ***زوجوا بناتكم الأكفاء*** ".

وردّوا على ما استدل به الشافعية، وهو حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: ***لا نكاح إلّا بولي مرشد*** ".

بحيث اشترط (ص) الرشد وليس العدل، والرشد يتحقق بالخبرة وفهم المصلحة وذلك من غير العدل، ضف أنّه لا يوجد تصريح لذلك من النبي (ص) باشتراط العدالة فقد اشترطها في الشهود لا في الولي.[1]

وبالرجوع إلى أحكام ق.أ.ج نجد أنّ هذا الشرط غير معتدّ به، ففي نص المادة 93 ق أ نص على أنْ يكون أمينا، وليس عادلاً، لِما في شرط الأمانة من طمأنينة على مصير أموال القاصر.

-**سلامة الحواس:** لم يشترط الفقهاء سلامة الحواس في كون الولي بصيرا بقولهم "أن بني الله شعيبا عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى، وقالوا: "أنّ المقصود في النكاح يُعرف بالسماع والاستفاضة، فلا يُفترض فيه النظر، ولا يُشترط أن يكون ناطقا، بل يجوز أن يلي الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة، لأنّ إشارته تقوم مقام نطقه كسائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح.[2]

وهذا ما نستنتجه من نص المادة 10 ق أ ج "...**بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة**".

أي أنّ المشرع الجزائري أجاز بأنْ ينعقد الزواج بأيّة إشارة تفيد معنى النكاح فهذا لم يعتبره المشرع الجزائري مجرّد شرط ضروري للولي من أجل ثبوت الولاية عليه.

ضف أنّه بالعودة إلى نص المادة 93 ق أ نجد المشرع لم ينص على شرط سلامة الحواس وإنّما اكتفى فقط بالأمانة والثقة ولابدّ لهذه الأمانة والثقة أنْ تتجلى من خلال حسن التصرف في إدارة أموال القاصر وحفظها من التبذير والإسراف وعدم الإنفاق منها على نفسه أو استغلالها

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص115.

[2] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص ص141-142.

لصالحه على حساب مصلحة القاصر بل عليه توجيهها نحو ميادين الإنماء والكسب والتكثير وكذلك العمل على حفظه وصيانته في نفسه وخلقه[1].

عدم الإكراه: إذْ لا يصح الزواج من مكره وهذا الشرط خاص بكل العقود[2].

وفي حالة التنازع بين الأولياء يقول الحنابلة بإجراء القرعة بينهم، وقالوا أنّ الأولى عندهم تقديم أفضلهم دينًا وعلمًا، فإنْ استووا في الدين والعلم قُدّم أكبرهم سنًا، فإذا حدث التنازع و لم يرضى أيّ منهم التنازل عن حقه أقرع بينهم لتساويهم في الحق، و تعذر الجمع بينهم وإن سُبق غير من خرجت القرعة لصالحه و زوّج موليته بإذنها صحّ التزويج.

ويُستثنى من القرعة حالة تعيين المرأة واحدا من الأولياء لتولي عقد زواجها، وهو أيضا مذهب الشافعية[3].

من خلال هذه الآراء المتشعبة فيما يخص شروط الولي المتفق عليها والمختلف عنها، إلاّ أنّه بالتمعن في شروط الولي المتفق عليها نجد أنّها نفسها مع شروط الوصي المنصوص عليها في المادة 93 ق أ ج، والتي تسري على الولي أيضًا، وللقاضي عزله إنْ لم تتوفر فيه هذه الشروط إلاّ أنّه يُثار الإشكال و التساؤل عن سبب إغفال المشرع الجزائري إحالة شروط الولي لهذه المادة أو النص عليها في مادة أخرى بالنظر إلى أنّها الأسبق و الأصل عن الوصاية.

المطلب الثاني

ترتيب الأولياء وصلاحياتهم

بما أنّ الولاية تكون كأصل عام على القاصر، وحرصا من المشرّع على حماية حقوق هذا الأخير من خلال أحكام هذه النيابة الشرعيّة، فقد رتّب الأولياء من حيث درجات استحقاقهم وظروفه (الفرع الأول)، كما خصّ الوليّ بصلاحية التصرف بأموال القاصر بحدود معيّنة وهذا لكونه الأشفق عليه (الفرع الثاني).

---

[1] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص ص64-65.

[2] بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص315.

[3] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص ص151-149.

الفرع الأول

ترتيب الأولياء على القاصر

لقد بيّن فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا المشرّع الجزائريّ لنا كيفية انتقال الولاية وتدرّجها وتبعا لهذا ارتأينا دراسة ترتيب الأولياء على المال بالبادئ ثم الانتقال لدراسة ترتيب الأولياء على النفس.

أولا: ترتيب الأولياء على المال

1- ترتيب الأولياء على المال فقها

إنّ الولاية على مال الصغير، تكون عند المالكية للأب ثم وصيه ثم للقاضي ووصيه، وعلى هذا فالجد عند المالكية لا يكون وليًا، وإنْ كان يصح أنْ يكون وصيًا من قِبل الأب أو القاضي أمّا الحنابلة فكان رأيهم نفس ما ذهب إليه المالكية.

أمّا عند الحنفية فالولاية تكون للأب ثم وصيّه ثم الجد ثم وصيه، ثم للقاضي ثم لوصي القاضي[1].

أمّا عند الشافعية فيرون أنّ الولاية تكون للأب ثم الجد الصحيح ثم لوصي الأب ثم لوصي الجد وأخيرا للقاضي باعتباره ولي من لا ولي له[2].

2- ترتيب الأولياء على المال قانونا

لقد جاء المشرع الجزائري بترتيب الأولياء، ولعلّ الغاية من هذا الترتيب هي الحرص على اختيار الأقدر والأكفئ لتدبير شؤون القاصر وخاصةً لكون الولي على المال له سلطة التصرف القانونية على مال القاصر، فتكون هذه التصرفات باسم ولحساب المولى عليه الذي يكون عديم أو ناقص الأهلية[3].

لقد نصّ المشرع الجزائري بالمادة 87 ق أ "**يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحلّ الأم محله قانونا**".

---

[1] طاهري حسين، المرجع السابق، ص181.

[2] محمد حسنين، المرجع السابق، ص63.

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص405.

من خلال استقراء هذه المادة يتبيّن لنا كون المشرع الجزائري قد عيّن الأب كولي بالمرتبة الأولى ثم بعده تحل الأم الولاية على أولادها القصّر بحال وفاته، لكنّه جاء بالفقرة الثانية من نص المادة 87 ق أ ليضيف "**وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله بالقيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.**"

وأمّا بملاحظة هذه الفقرة نجد أنّ المشرع منح للأم سلطة القيام فقط بالأمور المستعجلة الخاصة بالأولاد بحال قيد حياة أبيهم، وتكون الحالة بغيبته أو وجود مانع من ممارسة ولايته، ومن هنا نستنبط أنّ المشرع الجزائري لم في يسوّ قانون الأسرة بين ولاتي الأب والأم بل رتّبها حسب أحقيتهما بها.

وجاءت الفقرة 3 من المادة 87 ق أ [1]مكملة لما قبلها بحيث تنص "**وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الأولاد**"، وهنا يتبين أنّ الولاية تنتقل لمن له حق حضانة الأولاد، للاعتناء بهم وتربيتهم[2]،إذن فالولاية تنتقل بالطلاق للحاضن، فله ولاية المحضون وعادة ما تنتقل للأم كأصل عام.

ومن خلال استقرائنا لنص المادة 87 ق أ نجد أنّ المشرع الجزائري قد رتّب الأولياء بوضع الأب بأوّل مرتبة تليه الأم بحال وفاته وكذا بحال إسنادها حضانة الأولاد، كما أنّه قد خصّ الأم بولاية أولادها في أمورهم الإستعجالية بحال غيبة الأب أو حدوث مانع له.

فطابع ولاية الأم هي ولاية أصلية بقانون الأسرة الجزائري وإنْ كان لا يجد أساسا له بالفقه الإسلامي الذي لا يعترف بالأم إلاّ بالولاية النيابية باعتبارها وصيا[3].

من جانب آخر فعلى الرغم من أنّ الولي هو المتصرف القانوني بأموال القاصر وهذه السلطة مكفولة بموجب القانون، إلاّ أنّ المادة 88 ق أ، جاءت للحد من التعسف باستعمال هذه السلطة بحيث تنص على شرط عام يحكم كل تصرفات الولي في أموال القاصر يتمثل بتطبيق معيار الرجل الحريص، وهنا ننوّه إلى الاختلاف بين القانون الحالي الذي أخذ بهذا المعيار

[1] قانون رقم84-11، يتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[2] المصري مبروك، المرجع السابق، ص506.

[3] الزعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص147.

الموضوعي، وبين القانون السابق القاضي بإلزام الولي بإدارة أموال القاصر إدارة ربّ الأسرة الحريص فمثلا ليس له أنْ يتبرع من مال القاصر.

فالولاية على القاصر ما هي إلاّ نيابة شرعية، و عليه فإنّ الولي بوصفه نائبا عن القاصر فإنّه يكون مسؤولا عن تصرفاته؛ وعملاً بمبدأ هذه المسؤولية كفلت المادة 2/88 ق أ نظامًا خاصًا لبعض التصرفات التي قد تكون خطيرة على مال القاصر، متمثل بإخضاعها لإذن القاضي وهذه التصرفات ذُكرت على سبيل الحصر لا المثال، أمّا عن إذن القاضي، فيجب أنْ يقيد حسب نص المادة 89 بالضرورة و المصلحة.

أمّا بحال تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر، فإنّ نص المادة 90 ق أ[1]قد نص صراحةً على أنْ يعين القاضي متصرفا خاصًا تلقائيًا أو بناءً على طلب من له مصلحة و هذا حرصا من المشرع على حماية مال المولى عليه، كي يكون في وسع المحكمة أنْ تتخذ من التدابير ما يكفل لها رعاية مصلحة المولى عليه و تدبير شؤونه .

كما أنّ قانون الأسرة الجزائري قد أعطى الصلاحية للأب والجد بتعيين وصي على القاصر و هذا بحال عدم وجود الأم، فتنص المادة 92 ق أ "**يجوز للأب والجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أمّ تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح**".

أمّا بحال عدم وجود ولي أو وصي على القاصر، فمن غير الممكن أنْ تترك أمواله من غير من يقوم على تدبيرها وحمايتها وعلى هذا فقد نصت المادة من100 ق أ[2] على تعيين المقدم الذي له نفس صلاحيات الوصي كما يخضع لنفس أحكامه.

[1] تنص المادة90 ق أ: "إذا تعارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر يعيّن القاضي متصرّفا خاصا تلقائيا أو بناءً على طلب من له مصلحة".

[2] تنص المادة 100 ق أ: " يقوم المقدم مقام الوصيّ و يخضع لنفس أحكامه".

ثانيا: ترتيب الأولياء على النفس

1- ترتيب الأولياء على النفس فقها

أمّا الولاية على النفس فهي على غرار الولاية على المال إذ تعددت بشأنها المذاهب والآراء الفقهية فهناك من يرى أنّها تثبت للأقرب من العصبات وهذا ما اتجه له المذهب الحنفي فيرتب الأولياء باشتراط أمرين:

الأوّل العصبة بتقدم أصحاب العصبة عن ذوي الأرحام فهي شرط لثبوت أصل الولاية. الثاني تقديم الأقرب عن الأبعد سواء كانوا من العصبات أو غيرها، فكلّ يتولى الولاية بحسب ترتيب قُربه أي درجة قرابته.

أ- فعند الحنفية الولاية، ولاية إجبار فقط؛ للأقرب من العصبات حسب الترتيب التالي:

البنوة: الأبناء، ثم أبناء الأبناء، فابن المجنون أو المجنونة مثلا يتولى شؤون والديه الشافعية.

الأبوة: الآباء ثم الأجداد.

الأخوة: الإخوة ثم أبناء الإخوة.

العمومة: الأعمام ثم أبناء الأعمام.

فترتيب الحنفية هذا هو ما يأخذ به بولاية الزواج و كذا الإرث[1].

ب-أمّا المذهب المالكي فعلى عكس المذهب الحنفي فيرى بوجود ولاية إجبار وولاية اختيار.

أمّا ما يتعلق بولاية الإجبار فقد قصّر الإمام مالك ولاية الإجبار على الأب وحده وعلى وصي الأب بالتزويج و بهذا يكون قد خصّ الولاية على الأب و اختصه بها لكمال شفقته، فهو بهذا يضيق نظام الولاية بالإجبار[2].

أمّا الولاية غير الإجبارية تثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة ثم الأخوة ثم الجدودة ثم الأمومة ثم الكافل ثم القاضي.

[1] محمد علي جردات، المرجع السابق، ص ص16-17.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص86.

ج-المذهب الشافعي: يرى فقهاء المذهب الشافعي أنّ ولاية التزويج تثبت للأب ثم الجد وإن علا لاختصاصهم بالولاية[1]، ثم الأخ الشقيق أو أخ لأب ثم ابن كل واحد منهما وإن نزل، ثم العمّ الشقيق، ثم عمّ الأب ثم ابن كل منهما وإن نزل.

د-المذهب الحنبلي: يقرّ فقهاء هذا المذهب أنّ الأحق بتولي نكاح المرأة الحرّة هو أبوها، فقيد المرأة الحرّة هنا هي الأمة، فلا ولاية لأبيها عليها إنّما ولايتها لسيدها بغير خلاف ولي الأب أبوه وإن علا ثم ابنها و ابنه، و إنْ نزل ثم أخوها الشقيق، ثم أخوها لأب، ثم أولادهم و إنْ نزلوا، ثم العمومة، ثم أولادهم و إنْ نزلوا.

2- ترتيب الأولياء على النفس قانونا

إنّ الولاية في التزويج هي الصورة المثلى للولاية على النفس وكانت هذه الولاية حق مباشرة إجراء عقد زواج لنفسه أو لغيره لسبب من أسباب ولاية التزويج من صغر وبكارة وجنون وغيرها[2] فالولاية في الزواج سلطة ثابتة شرعا لشخص، فيكون التزويج للحر الصغير المميز أو غير المميز وكذلك إنْ كان مجنونا أو معتوها كانت ولاية تزويجه لأوليائه من العصبة ثم لأقاربه الآخرين، فإنْ لم يكن ولي مستوفي لشروط الولاية و لا قريب آخر يصح شرعًا الإشراف على تزويجه، كانت ولاية ذلك للقاضي[3].

وباستقراء نص المادة 11 من ق أ ج[4] نجد أنّ المشرع قد ميّز بين زواج الراشدة وزواج القاصرة من خلال نصه كون ولي المرأة الراشدة هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

كما أنّه بتعديل قانون الأسرة بقانون05-02 فإنّه لم يأتِ بترتيب الأولياء بالنسبة لزواج المرأة الراشدة بحيث يعتبر وليها إمّا أبوها أو أيّ أحد أقاربها أو أيّ شخص تختاره و باستعمال المشرع لحرف التخيير، و هذا ما لم يكن موجودا قبل تعديل 2005، فنلاحظ أنّ المشرع قد حافظ على

---

[1] محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص86.

[2] الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 19.

[3] نبيل صقر، المرجع السابق، ص39.

[4] تنص المادة 11 ق أ:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره . دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصّر أوليائهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا وليّ له."

ذكر الأب بالأول لكنه استعمل فيما بعد حرف (أو) الذي يثير إشكال فلا يفهم إن كان القصد منه الترتيب أم التمييز.

أمّا من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة نجد أنّ المشرع قد رتّب الأولياء على النفس على النحو التالي:

الأب، فأحد الأقارب الأوليين ثم القاضي، وقد أخذ برأي الشافعية والحنابلة جاعلا الولاية ابتداء للأب وإنْ كان للمرأة ابن وأجمل في لقبه الأولياء، فجعل الولاية في تزويج القاصرة لأحد أقاربها وهذا استثناء للأصل وهو وجوب تزويجها من أبيها وهو ولي أمرها وجعل المشرّع من أحد أقاربها وليا لها دون تبيان هذا القريب أهو عاصب لها أم ذي رحم، وقد ذهب مسار الحنفية بهذا.

لكن أيّا كان هذا القريب فهو يملك من الشفقة ما يكفي للقيام بتزويج القاصرة كون عقد النكاح عقد أبدي فآثاره تسري على عائلة الزوجين أيضا، كما.

لذا نرى أنّه كان من الأصوب للمشرّع الجزائريّ لو استعمل ذات الصيغة أي الترتيب، باستعمال حرف"ف"، ومن جهة أخرى قد يحدث ألاّ يكون للقاصرة وليّا أي أبًا لها، ولا قريبا ففي هذه الحالة لم يترك المشرّع المجال مفتوح للقاصرة باختيار الشخص الذي يتولى عقد نكاحها، وإنّما خوّل ذلك للقاضي، وذلك حماية لمصالح القاصرة فالقاضي أعلم و أكفئ من أيّ شخص آخر؛ وكان الأجدر على المشرّع الاحتفاظ بنفس الحكم والترتيب بالنسبة للمرأة الراشدة.

أمّا إن كان لها وليّ فالأساس بالولاية هو أن يكون من عصبة المولى عليه، ثم يكون أقرب العصبات إليه، ولهذا فيكون ترتيبهم في الولاية حسب ترتيبهم بالإرث قد تقدم بعضهم على بعض من ثلاث نواح:

جهة القرابة أولاً ثم قُرب درجتها ثانيا إنْ اتحدت الجهة ثم قوة القرابة ثالثا إنْ اتحدت الدرجة[1].

فمن الناحية الأولى يتقدم من كان من جهة البنوة ثم من كان من جهة الأبوة ثم من كان من جهة الأخوة، ثم من كان من جهة العمومة.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائريّ، الميراث والوصيّة، ج2، ديوان المطبوعات الجامعيّة، الجزائر،1994، ص126.

ومن الناحية الثانية وهي أقرب درجة بعد اتحاد الجهة يكون الولي هو أقربهم للمولى عليه، إنْ كان هناك عصبات عدة ولكنهم من جهة واحدة ودرجة واحدة كان الولي هو أقواهم قرابة بالمولى عليه.

أمّا إذا لم يكن للصغير قريب عاصب مطلقا تكون ولاية تزويجه حينئذ إلى سائر أقاربه الآخرين من أصحاب الفروض في الميراث وذوي الأرحام وهؤلاء يتقدم بعضهم البعض في استحقاق الولاية إنْ كان للصغير عدد منهم[1].

الفرع الثاني

صلاحيات الوليّ

إنّ الولي على القاصر بوصفه النائب الشرعيّ عنه له سلطات عدّة، والهدف من هذه الأخيرة هو حماية القاصر ورعاية أمواله من الإتلاف والضياع، ولعلّ هذا ما يعدّ القاعدة العامة لما يفترض بالوليّ من شفقة وحرص على أولاده ومصالحهم، ولكون الولاية تكليف وعبء فقد حدّد المشرّع الجزائريّ هذه التصرفات بمعيار الرجل الحريص بنص المادة88 ق أ، وعلى هذا فللوليّ القيام بأعمال الإدارة والانتفاع والتصرفات البسيطة، أي أعمال الحفظ والصيانة ،وكذا له صلاحية إجازة تصرفات القاصر المميّز.

أولا: أعمال الحفظ والصيانة

إنّ أعمال الحفظ والصيانة تعتبر ضرورية وعاجلة لما للتأخر بالقيام بها من مضار حتمية، فالهدف منها هو تجنب إتلاف المال، وهي أعمال لا تتميّز بالخطورة، فإن لم تنفع القاصر فإنّها لا تُضر به، فتنص المادة 718 ق م ج" **لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء**"، وعلى هذا فنلمس من تحليل هذه المادة مدى التساهل بأعمال الحفظ كونها لا تغيّر من جوهر الشيء كما تهدف للحفاظ عليه، ومن هنا فالولي يقوم هنا مقام القاصر و الذي يكون بحالة الشيوع، وله بهذا القيام بأعمال الصيانة والحفظ لحفظ أمواله من التلف، كما يعدّ من قبيل أعمال الإدارة دفع الوليّ للنفقات اللاّزمة لحفظ

[1] نبيل صقر، المرجع السابق، ص40.

المال الشائع الذي يكون القاصر شريكا فيه، وعلى العموم فللوليّ القيام بكل الأعمال الرامية لحماية أموال القاصر[1].

ثانيا: أعمال الإدارة والانتفاع

نتطرق بدءا لأعمال الإدارة لنتناول بعده أعمال الانتفاع.

1-أعمال الإدارة:

تعتبر أعمال الإدارة أكثر خطورة وحساسية من أعمال الحفظ، كما تتميّز بأنها ذات تكلفة مقارنة بالأولى، وبالمقابل فهي أقل خطورة من أعمال التصرّف التي ترد على العقار ببيعه، رهنه إيجاره.

فأعمال الإدارة لا ترمي لتغيير المركز القانونيّ أو المالي، فهي لا تُعدّل منه تعديلا جوهريا. وإنْ كان لنا أنْ نضرب مثالا عن أعمال الإدارة فنجد أنّ المادة 486 ق م ج صنّفت الإيجار كونه ضمن أعمال الإدارة على ألاّ يتجاوز هذا الأخير ثلاث سنوات، حيث جاء في فحواها: "**لا يجوز لمن لا يملك إلاّ حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدّته عن ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك**"؛ ويعتبر هذا الإيجار عملاً حسنا ولا يحتاج لإذن من القضاء.

كذا تعتبر من أعمال الإدارة أيضا بيع المنقولات ذات القيمة العادية، أي ذات الأهمية العادية وهذا بمفهوم المخالفة لنص المادة 2/88 ق أ ج، وعليه فيجوز إِذَنْ للوليّ القيام بهذا التصرّف.

وعليه فيدخل أيضًا ضمن أعمال الإدارة، تمثيل القاصر بالمعاملات المدنية كونه ممثله الشرعيّ وكذا دفع ديون القاصر وتسلّم أمواله عند الغير، وهذا لتجنب إلحاق الضرر بذمة القاصر، وما يتبعه من فوائد تأخيرية.

وبعد خوضنا لأهم أعمال الإدارة التي تخوّل للوليّ، والتي أوردناها مثالا لا حصرا، يستوقفنا أمر إدارة الوليّ لتجارة القاصر، فمثلا إن ورث هذا الأخير تجارة مربحة فهل يتولاها الوليّ؟ وباسم ولحساب من؟ أي من يكتسب صفة التاجر؟ والواضح أنّ المشرّع الجزائريّ اعتبرها من أعمال الإدارة بحيث لم يقيّدها بإذن القاضي، من خلال المادة 88 ق أ ج، ولعلّ هذا ما يعاب عليه بحيث تعتبر إدارة تجارة القاصر أعمال ذات خطورة كبيرة كان الواجب تقييدها بإذن القضاء، كون القاصر غير مؤهل لمراقبتها.

[1] لحسن آث الشيخ ملويا، المرجع السابق، ص304.

2-أعمال الانتفاع:

إنّ المشرّع الجزائري لم ينص على أعمال الانتفاع التي يقوم بها الولي على القاصر، وتُعرف هذه الأعمال كونها إنفاق الولي من أموال القاصر على نفسه أو على من لم تلزمه النفقة بالمعروف وبغياب نص قانوني يتناول هذا، نعود لأحكام الشريعة الإسلامية والتي اتفق فقهاءها على عدم جواز إنفاق الولي المقتدر على نفسه من مال الصغير[1]، ودليلهم على هذا قوله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف﴾.

واختلفوا بأمر الولي المحتاج فذهب الشافعية والحنابلة وجانب من المالكية لإجازة الانتفاع من مال القاصر، في حين لم يجيز فقهاء الحنفية والظاهرية إنفاق الولي من مال القاصر على نفسه.

لكن من جانب آخر فحسب المادة77 ق أ ج[2] " **تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج ودرجة القرابة و الإرث**".

ثالثا: سلطة إجازة تصرفات القاصر المميز:

إنّ تصرفات القاصر المميز لها أحكام خاصة بحيث تكون الضارة ضررا محضا، باطلة بطلانا مطلقا وتعتبر صحيحة التصرفات النافعة نفعا محضا، حين أنّ تلك الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي، ونرى أنّ المشرّع الجزائري أخذ بموقف العقد الموقوف حسب المادة 83 ق أ ج، فتعتبر الإجازة تصرف انفرادي، يترتب عليه صحة التصرف من جهة وكذا سقوط حق إبطال العقد القابل للإبطال من جهة أخرى[3].

لكن المشرّع وقع بتناقض بين نص المادة83ق أ ج والمواد 99 100 101 ق م ج، وبهذا فيعتبر قابل للإبطال بالقانون المدني، ويعد موقوف على إجازة الولي بقانون الأسرة الجزائري، وهذا الأخير أكثر حماية للقاصر وعلى هذا فللولي سلطة إجازة تصرفات القاصر المميز، وهذا ما إستمده من الفقه الإسلامي.

---

[1] خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص31.

[2] قانون رقم84-11، يتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[3] خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص37.

المبحث الثاني

الحماية القانونية للمولى عليه

إنّ الحكمة من تشريع نظام الولاية هي التكفل بطبقة حسّاسة في المجتمع لعلة ضعفهم وعدم قدرتهم على التدبير وتحكيم العقل، ولهذا فإنّ المشرّع عمل على تحقيق هذه الغاية من خلال الحماية القانونية التي خصّ بها المولى عليه من خلال القيود التي ضبطها له والتي تحكم تصرفات الولي والمنصوص عليها صراحة في المادة 88 قانون الأسرة وما يترتب من جزاءات بحال إقدام هذا النائب الشرعيّ على مخالفة هذه القيود المنصوص عليها، وسنتطرق لكافة هذه الجوانب من خلال دراسة سلطات الولي على مال القاصر في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فنتناول جزاء تجاوز الولي حدود سلطاته

المطلب الأول

سلطات الولي المقيّدة بإذن المحكمة

تتمثل مهمة الولي أساسا برعاية أموال القصّر الذين هم تحت ولايته، ويكون له بصفة عامة إدارتها و التصرّف فيها مع مراعاة القيود المقررة قانونا[1] فإنْ كان معروفا بحسن التصرف كان له إدارة مال ولده من بيع وشراء وإيجار إلاّ التبرعات[2]، فنصّ المشرع الجزائري على هذه الطائفة من التصرفات في نص المادة 88ق أ وتشمل كلّ من التصرّف في العقار وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة(الفرع الأول) وكذا استثمار أموال القاصر بالإقراض والإقتراض أو المساهمة في شركة(الفرع الثاني)، وهذا ما ستوضحه فروع هذا المطلب.

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 412.

[2] نبيل صقر، المرجع السابق، ص291.

الفرع الأول

التصرفات في العقار وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

إنّ مال القاصر ما هو إلاّ عقار أو منقول، فالعقار هو الشيء الثابت الذي لا يمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر، أمّا المنقول هو كل ما يمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر دون تلف.

وعلى هذا النحو ارتأينا لمعالجة التصرفات الواردة على العقار و المنقول كلّ على حدى.

أولا: التصرف في عقـــار القـاصر

تعتبر التصرفات الواردة على العقار أشدّ خطورة لما تمتاز به صرامة الإجراءات من رسمية وشهر...الخ من جهة، وصرامة القانون في حالة مخالفة الإجراءات اللاّزمة أو المساس بها أو به(العقار)، ولا شكّ في ذلك أنّ هذه الصرامة ظاهرة جليّا في منطوق الفقرة الأولى من المادة 88ق أ: "**على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:**

بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة "، وكذا مضمون الفقرة الرّابعة من نفس المادة التي تنص على الايجار، وعليه فإنّ القانون كان صريحا وصارما في كلّ هذه المعاملات فلا يلجأ الولي لممارستها و القيام بها إلاّ بعد أخذه إذن المحكمة، و يستوي في هذا الحكم جميع الأولياء أيّ سواء أكان الولي أبًا للقاصر أو أُمًا له، و يمتد الحكم ليشمل الوصيّ مختارا كان أو معيناّ، و كلّ ذلك رغبة من المشرع في بلوغ حماية قصوى للقاصر.

لذلك سنعرض هذه الحالات بالشرح والتحليل فيما يلي:

1 –بيع العقـــار:

باعتبار أنّ بيع العقار تصرف ناقل للملكية، فقد قيّده المشرع الجزائريّ من خلال المادة السالفة الذكر بإذن القاضي وهذه صورة من صور حماية المشرّع لأموال القاصر، وقد أصاب فعلا

عندما جعل الإذن في بيع العقار على إطلاقه أي أيا كانت قيمته، على عكس المشرع المصري الذي حصر الإذن في بيع العقار على العقار الذي تزيد قيمته عن 300 جنيه[1].

وعلاوةً على ذلك، فإنّ ما يزيد من حماية لأموال القاصر، هو اشتراط المشرع بيع عقاره بالمزاد العلني ناهيك عن الإذن المقدّم من طرف القاضي، وذلك بما في المزاد من ضمانات طبقا للمادة 89 ق أ و المادة 783ق إ م إ[2]، وتتمثل هذه الضمانات على وجه الخصوص في إمكانية الحصول على ثمن أعلى للعقار المملوك للقاصر.

أمّا بالنسبة للمقايضة فالمشرع الجزائريّ لم ينص عليها في المادة 88 ق أ، إلاّ أنّ هذا لا يمنع القول أنّها متعلقة بالعقار كان يجب أن تخضع لإذن القاضي مقياسا على البيع لاشتراكهما في الأحكام، وهذا طبقا لما جاء به القانون المدني في المادة 415 ق م[3]، وعليه كان من الأجدر إدراجها في في هذا النص.

لكن مع ذلك، فالمشرع الجزائري قد استبعد ضمنيا المقايضة من إذن القاضي طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة، التي توجب أن يكون البيع بالمزاد العلني.

2-قسمة العقــار

لقد جاء المشرع الجزائري في قسمة العقار بما هناك من أحكام بعقد بيع عقار القاصر بخصوص الإذن القضائي في حال وجود قاصر بين الشركاء، وهذا ما تنص عليه المادة 723 من ق م ج[4] والتي تناولت أحكام قسمة المال الشائع، لذلك فلابدّ للنائب الشرعيّ للقاصر الحصول على إذن من المحكمة.

وعليه ألزم القانون الولي أنّه عند قسمة عقار كان القاصر طرفا فيها اتباع الإجراءات المفروضة غليه قانونا، وعلى وجه الخصوص ما جاءت به المادة 88 ق أ في اشتراط الحصول

---

[1] تنص المادة 6 من ق و م م: " لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربه إلى الدرجة الرابعة إلاّ بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه ".

[2] تنص المادة 783ق إ م إ"يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص بيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية و المفلس، حسب قائمة شروط البيع....."

[3] تنص المادة 415 ق م ج:" "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة".

[4] تنص المادة723 ق م ج: " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

على إذن من القاضي في التصرف المتعلق بقسمة العقار، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا حيث أنّه: " **من المقرر قانونا أنّ تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أنّ للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في –قضية الحال– أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر وفي رفع الدعوى و أن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه**". [1]

ومنه فإذا حصل اتفاق بين الولي وباقي الورثة على قسمة عقار مملوك على الشيوع فإنّه يجب على الولي الحصول على إذن من المحكمة، بشرط أن تكون القسمة غير ضارة بمصلحة القاصر تجنبا لأي إجحاف بحقه، فتأذن المحكمة مبدئيا للممثل القانوني للقاصر بمباشرة إعداد مشروع قسمة مع الشركاء بواسطة خبير عقاري معتمد، وبعد إنجاز هذا مشروع يعرض على المحكمة للمصادقة عليه إذا رأت أنّه يكفل حماية للقاصر الشريك، وتمنح الإذن للممثل القانوني ليتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق، أمّا بحال عدم توصّل الوليّ لاتفاق مع بقية الشركاء على إجراء القسمة، أو أراد الخروج من حالة الشيوع الاختياري، فله اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب إجراء القسمة بواسطة خبير عقاري معتمد.

وفي حالة إثبات الخبير تعذر قسمة العقار، فإنّ المحكمة تأمر بالبيع في إطار دعوى القسمة، ففي هذه الحالة قد تتصادم مصالح الورثة الذين يطلبون باقتصار المزايدة عليهم فقط طبقا للمادة728ق م ج، ومصالح القاصر التي تستدعي البيع بالمزاد العلني طبقا للمادة 89ق.أ، إلا أنّه يجب مراعاة مصلحة القاصر بدرجة أولى كونه الطرف الأضعف فلا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط كون المادة 89 ق أ ج نص خاص، والخاص يقيّد العام.

[1] المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1988/12/19، ملف رقم51282، م.ق،1991، ع.2، ص63.

ولضمان حماية أنجع لأموال القاصر فقد أوجب المشرع أن تكون القسمة أمام القضاء[1]طبقا للمادة 181 ق أ والتي تنص: "**يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين 109 و 173 من هذا القانون و ما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة و في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء**".

وهذا ما جاء في منطوق إحدى قرارات المحكمة العليا:" ... **غير أنه في حالة وجود قصّر كما هو الحال في القضية، فلابد على قضاة الموضوع من احترام متطلبات المادة 181 من قانون الأسرة التي تقتضي على أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة يحب أن تكون القسمة عن طريق القضاء، وذلك لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر حيث أن القسمة المنوه عنها بالتراضي لم تقع تحت إشراف العدالة ودفاع النيابة ... ولم تحترم المادة 181 من قانون الأسرة والمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية**[2]

3-رهـن العـقـــار

إنّ رهن العقار هو حق عينيّ ينشأ بموجب عقد رسمي، ويتقرر ضمانا للوفاء بدين سابق، وهذا الحق يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لشخص آخر وهو الكفيل العيني، وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما على الدائنين العاديين أو التالين له في المرتبة.

لذلك يعدّ الرهن من الإجراءات التي ترد على العقار ولأهمية وحساسية هذا الأخير فقد كفله المشرّع بضمان خاص إذا ما تعلّق بعقار القاصر، ويتمثل هذا في إذن القاضي وذلك بالنظر إلى أنّ الرهن من أعمال التصرف التي يقوم بها الولي في أموال القاصر، والتي قد تؤدي إلى الإضرار بمال هذا الأخير أو تعريضه للخطر، لما فيه من تعطيل لمنفعة المال على أساس حق المرتهن بالحبس لحين تسديد الولي الدين، وقد يطول حق الحبس بحال عجز الولي عن سداد الدين في

[1] غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائريّ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان2015، ص 200.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم84559، م.ق،1995، ع.1، ص110.

ميعاده، ولهذا كان على القاضي مانح الإذن التأكد من قيام حالة الضرورة والمصلحة التي نصّ عليها بالمادة89 ق أ ج، وكذلك إمكانية سداد الدين لاحقا.

لكن المادة 88 ق أ ج لم توضّح ما إذا كان هذا الدين المضمون برهن على الولي أم على القاصر، وإنّما جاء النص عامًا، فبمجرد رهن عقار القاصر أيّا كان السبب وجب على الولي استئذان القاضي[1].

4-المصـــالـــحـــة

إنّ المشرّع الجزائري قد كيّف المصالحة كونها عقد طبقا للمادة 459 ق م التي عرفتها بأنها: "**عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**".

فبحال قيام نزاع في ملكية أو إدارة ملكية شائعة بين الورثة، و كان بين الشركاء شخص قاصر واقتضى الأمر إجراء المصالحة، ينوبه الوليّ في إجرائها، فهذا التنازل قد يضر بمصلحة القاصر،[2] فإذا كان هذا الصلح فيه منفعة و فائدة للقاصر، بحيث أنّ عدم المصالحة قد تؤدي إلى إنقاص ماله ، يمنح القاضي للولي الإذن في إجرائها، أمّا إذا كانت هذه المصالحة تؤدي إلى إسقاط حق مكفول للقاصر كأن يتنازل عنه لفائدة شخص آخر، فللقاضي في هذه الحالة رفض إجراء المصالحة ويمنع الولي من إجرائها أيضا بعدم إعطاءه الإذن، وذلك لما تلحقه المصالحة من ضرر بأموال القاصر الأجدر بالحفظ والحماية.

5-إيـجار عقار القـاصـر

للولي حق إيجار عقار القاصر ولو زادت مدّة الإيجار3 سنوات، شريطة حصوله على إذن مسبق من القاضي، وفقا للمادة 88 ق أ ج، وهو ما كان متعارفا عليه بشأن صلاحيات مالك أعمال الإدارة وهو الولي في هذه الحالة، وهذا ما تنص عليه المادة 468ق م ج[3].

---

[1] غربي صورية، المرجع السابق، ص203.

[2] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص46.

[3] تنص المادة 468 ق م ج:"لا يجوز لمن لا يملك إلّا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدّته عن ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

إلاّ أنّ هناك من يرى بأنّه لا فائدة لها في ظل اعتراف القانون بحق البقاء بالعين المؤجرة رغم انتهاء مدّة الإيجار، لأنّه قد تتجاوز مدة الإيجار التي يقوم بها الولي الزائدة عن ثلاث سنوات بدون إذن القاضي على أساس ما للمستأجر من الحق في البقاء[1].

ثانـــيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

استعمل المشرّع بالمادة 2/88 ق أ عبارة المنقولات ذات الأهمية الخاصة ولم يضع معيارا معينا لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة، وبظل هذا الغموض كيّف هذا لسبب اختلاف مستوى الطبقات الاجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر كذلك عند غيره، لكن مع ذلك يمكن إعطاء بعض الأمثلة عن المنقولات التي تعتبر ذات قيمة خاصة، كالمحلات التجارية، أسهم البورصات والحقوق المعنوية، كحق الملكية التجارية والأدبية...

وتفاديا لكل هذا الغموض كان من الأجدر على المشرع لو وضع معيارا للمنقول الخاص أو حدًا أدنى لقيمته حتى يعتبر ذي أهمية خاصة يستوجب إذْنْ القاضي بشأن بيعه.

كما أنّ عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة، يجعل الولي مقيدا بإذن القاضي في بيع أيّ منقول مهما كانت قيمته، وهذا ما يجعل كثرة الاستئذان لأسباب غير هامة.

ضف إلى أنّ المشرع لم يبيّن لنا كيفية بيع منقول القاصر، خاصة و أنّ المادة 89 ق أ متناقضة في محتواها بين النص العربي والنص الفرنسي[2]، فالنص العربي بيّن كيفية بيع عقار القاصر والذي يتم في المزاد العلني دون ذكر المنقول، ممّا يُفهم منه أنّ المنقول يُباع بمجرد الحصول على إذن القاضي، لكن نجد النص الفرنسي مخالفا للنص العربي حيث يقضي بأنْ يتم البيع بالمزاد العلني، دون أن يُفرق بين العقار والمنقول، بحيث أخضعهما لحكم واحد و هو الحصول على الإذن، و خضوعهما لإجراءات المزاد العلني؛ ففي هذه الحالة يكون القاضي أمام أمرين من أجل تطبيق أحكام المادة 89 ق أ، فهل يطبق النص العربي أم النص الفرنسي؟

[1] غربي صورية، المرجع السابق، ص210.

[2] Art89 « Le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur, sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques.»

إلاّ أنّه بالرجوع إلى الدستور نجد أنّه قد نصّ صراحةً في المادة 03[1]على رسمية اللغة العربية بحيث تنص: "**اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية** "، أضف إلى ذلك أنّ النسخة الأصلية للجريدة الرسمية هي باللغة العربية، ويتمّ ترجمتها للغة الفرنسية، ومن ثمة في حالة الخلاف يتم الرجوع إلى النص الأصلي أي العربي[2].

وفي الحقيقة، نعتقد أن النص الفرنسي يعدّ أكثر حماية للقاصر، حيث أنّه من الناحية الواقعية هناك عدّة منقولات تفوق قيمتها قيمة العقار، وتحتاج لبيعها في المزاد العلني.

الفــرع الــــثــــاني

استثمـار أموال القــاصر

حماية لمصالح القاصر فرض الشرع و التشريع على الولي التصرف تصرف الرجل الحريص الرشيد في أموال القاصر، إذ أنّه إذا كان الولي على خلاف ذلك لم يكن للحماية المرجوة للقاصر أيّ هدف أو نجاعة، حيث يكون للولي التصرف في أموال القاصر على الوجه المُحقّق للنفع و المصلحة ويكون ذلك باستثمارها نحو الربح و انمائها، فقد تستثمر أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض، كما يمكن استثمارها بالمساهمة في شركة، وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع.

أولا: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض

إنّ إقراض مال القاصر فيه تعطيل له لبقائه دون استثمار، وهذا باعتبار الاحتمال الوارد للخسارة، والحكمة التي جعلت المشرع يُخضع هذا التصرف " القرض" لإذن القاضي في الفقرة الثالثة من المادة 88 ق أ ج[3] هو الاحتياط من ضياع أموال القاصر، كأن يكون المقترض مفلسا أو معسرا أو مماطلا في أداء ما عليه من ديون، لذلك على القاضي قبل منح الإذن للولي التأكد من حماية مصلحة القاصر بضمان إمكانية رجوع المال وفي الوقت المحدد وعدم تأثر الذمة المالية للقاصر بهذا القرض، فإذا ثبت له عكس ذلك يمتنع عن منح الإذن.

---

[1] دستور1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم16-01، المؤرخ في 26 جمادى الأول عام1437، الموافق ل06 مارس2016، والمتضمن التعديل الدستوري.

[2] غربي صورية، المرجع السابق، ص204.

[3] تنص المادة3/88ق أ:" استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة."

كما لا يجوز للولي أن يُقرض مال القاصر لنفسه، إلاّ بإذن المحكمة وكذلك الاقتراض لمصلحة القاصر نفسه[1].

ثـــانيا: المساهمة في الشركة

نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة 88ق أ ج، حيث تدخل حيز التصرفات المتوقفة على إذن القاضي إلاّ أنّ المشرّع لم يحدد لنا نوع الشركة ما إذا كانت شركة أشخاص أم أموال أم مختلطة، ممّا يُفهم أنّ جميعها خاضعة لهذا الضمان أي إذن المحكمة

فبالنسبة لشركة التضامن والتي تعتبر من أهم أنواع شركات الأشخاص فلا يستطيع القاصر الانضمام إليها لقيامها على الاعتبار الشخصيّ فتكسب كافة الشركاء صفة التاجر[2]، والقاصر لا يمكنه اكتساب هذه الصفة لانعدام أهليته، كما أنّ مسؤولية الشركاء في شركة التضامن صارمة ولا تحقق حماية للقاصر، فهم شركاء بالتضامن بالربح كما بالخسارة، طبقا للمادة 551 ق ت ج[3].

أمّا في حالة ما إذا ورث حصة من الشركة فتتحول إلى شركة توصية بسيطة مؤقتا لحين بلوغ القاصر سن الرشد القانونية ويصبح شريكا متضامنا، لكن قبل بلوغه هذه يستمر الشركاء القدماء متضامنون، أمّا القصّر فيصبحون شركاء موصون يتحملون المسؤولية بقدر حصة مورثهم في الشركة، ولا يعتبرون تجارا و لا يشهر إفلاسهم طبقا للمادة 562 من ق ت ج[4].

في حالة استمرار الشركة، فالقصّر من الورثة غير مسؤولون عن ديون الشركة مدّة قصورهم إلاّ بقدر أموال تركة مورثهم، وهذا حماية من المشرّع للقاصر دون الإخلال بقواعد شركة التضامن.

أمّا فيما يخص شركات الأموال، فيمكن للقاصر أن يَنْضَم إليها بعد أخذ إذن المحكمة وهذا لعدم قيامها على الاعتبار الشخصي بل على الاعتبار المالي؛ فمسؤولية الشريك فيها تكون بحدود رأس ماله، ولا يكتسب صفة التاجر، ولا يُشهر إفلاسه بمجرد شهر إفلاس الشركة، كما أنّه

---

[1] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص35.

[2] عمورة عمار، المرجع السابق، ص188.

[3] تنص المادة 551 ق ت ج: " للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة".

[4] تنص المادة 562 ق ت ج:" "تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي."

لا تنقضي بوفاة أحد الشركاء، وتُعتبر شركة المساهمة أهم نموذج لها طبقا للمادة 592 ق ت ج وما بعدها.

بالإضافة إلى ذلك، هناك نوع ثالث من الشركات وهي تجمع بين الاعتبار الشخصي والمالي، تسمى بالشركات المختلطة وهي نوعان:

أ-الشركة ذات المسؤولية المحدودة: يجوز للقاضي أن يأذن للولي بالمساهمة بهذه الشركة كون هذا النوع من الشركات لا تكسب للشريك صفة التاجر، وتكون مسؤوليته فيها محدودة بقدر حصته في الشركة، لكن الإذن لا يُمنح للمساهمة بشركة إلاّ إذا كانت هذه الحصة نقدية، أمّا إذا كانت عينية فإنّ هذا الأمر لا يُحقق حماية للقاصر، حيث يكون مسؤولا مسؤولية شخصية تضامنية تجاه الغير طبقا للمادة 2/568 ق ت ج.

ب-شركة التوصية بالأسهم: تتكون شركة التوصية بالأسهم من شركاء متضامنين وشركاء موصين[1]، وعليه فإنّه يمكن أنْ يكون القاصر أحدهم ولا يمنع الانضمام إليها بإذن القاضي، لكن المشرع قد أغفل مسألة تقييد القاصر بالتزامات مهمة بعد بلوغه، لذلك من المستحسن لو قيّد هذه المعاملات بمدّة معينة كما هو الحال بالنسبة للإيجار.

وحمايةً للقاصر، قضت المحكمة العليا بعدم جواز التنازل عن حصص القاصر من طرف الولي بدون إذن القاضي، أو التنازل عن المساهمة في شركة ناجحة ماليا وتحقق مصلحة له، حيث جاء في القرار:" **من المقرر قانونا أنّه يجب الإثبات بعقد رسمي وإلاّ كان باطلا كل تنازل عن محل تجاري و لو كان معلقا على شرط، أو صادر بموجب عقد من نوع آخر ،أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة، وعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...**"[2]

[1] عمورة عمار، المرجع السابق، ص270.

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش1992/01/05، ملف رقم80160، م.ق،1995، ع1، ص177.

المـــطـلب الـثاني

الرقابة القضائية على أعمال الولي

نصّت المادة 88 من ق أ ج على شرط عام، موضوعيّ يحكم تصرفات الوليّ على أموال من هُم تحت ولايته، وهو التزامه في تصرفاته، بمثابة تصرفات الرجل الحريص، وعليه فهذا يحول دون التبذير بأموال القاصر، فنظام الولاية قد بُني على أساس كسب المصلحة ودرء المفسدة عن المولى عليه، فإذا تصرّف الولي بما يُنافي هذه المصلحة عن عمد أو إهمال، يكون قد أخلّ بالتزاماته الشرعية والقانونية، فيترتب على هذا الإخلال جزاءين يكون للقاضي توقيعهما، أحدهما خاص بتصرفات الولي (الفرع الأول)، والثاني خاص بشخص الولي (الفرع الثاني).

الـــفـــرع الأول

جزاء تصرفـات الولي المجاوزة لسلطـاته

لم يتناول المشرع الجزائري الجزاء المفروض على قيام الولي بتصرفات مخالفة لنظام الولاية وهذا رغم أهمية هذا الموضوع، ومن بينها التصرفات الضارة بالقاصر، وكذا التصرفات التي تكون بدون إذن القاضي.

أولا: حكم التصرفات الضارة ضررا محضا

إنّ التصرفات الضارة ضررا محضا كما سبق ذكره، هي التصرفات التي يترتب عليها افتقار ذمة الشخص دون أن يحصل على مقابل لذلك[1]، فيخرج من ذمته مال دون أن يدخل فيها مقابل له، ومثال ذلك الهبة بالنسبة للواهب والإبراء بالنسبة للدائن.

فالتصرف الضار الذي يقوم به القاصر يُعدّ باطلا حتى ولو أجازه ممثله الشرعي، لعدم صحة إجازته، وعليه فإنّه لا يتصوّر صحته لو كان هذا التصرف الضار للقاصر صادرا من الممثل الشرعي.

لهذا لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر المشمول بولايته مهما كان سبب هذا التصرف؛ وهذا على خلاف المشرع المصري الذي أجاز للولي التبرع من مال القاصر لأداء واجب عائلي أو

[1] السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص294.

إنساني في المادة 5[1]من قانون الولاية على المال المصري ، و ذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿**ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف**﴾[2].

أمّا الفقه الإسلامي فقد منع هو الآخر بالإجماع تصرفات الولي الضارة بالقاصر عملا بقوله تعالى:﴿**ولا تقربوا مال اليتيم إلاّ بالتي هي أحسن**﴾ وقوله أيضا:﴿**إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنّما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا**﴾.

أمّا الهبة بعوض، فقد اختلف فيها الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: ويرى أنّه لا يجوز للولي هبة مال القاصر مطلقا، مهما كانت قيمة العوض عن ذلك، وهو مذهب **الحنفية والمالكية**.

القول الثاني: يرى جواز ذلك، شرط أن يزيد ذلك العوض على ثمن المثل، ذلك أنّ تصرف الولي في مال القاصر منوط بالمصلحة، ولا مصلحة له إلاّ إذا كانت الهبة بعوض أكثر من القيمة، وهو ما ذهب إليه كل من **الشافعية والحنابلة** غير أنّ الفقه الإسلامي استثنى الإقراض من المنع، لِما فيه من صون لمال القاصر[3].

ثـانـــيا: حكم تصرفات الولي دون استئذان القاضي

لم يحدد المشرّع الجزائري القاضي المختص بمنح الإذن في القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون الأسرة بحيث جاء بمصطلح القاضي دون أن يحدد طبيعته، والقاضي بمثل هذه الحالات يكون أمام معاملات تقتضي الدقة والتريّث[4]؛ أمّا نظيره الفرنسي فقد فصّل في مسألة الاختصاص بدقة، حيث أخضع مثل هذه الأمور لقاضي الولاية، وهو قاضي بالمحاكم الابتدائية الصغرى يعينه الرئيس الأول للمحكمة الاستئنافية من جهة؛ وقاضي يفصل في المنازعات الناجمة عن ممارسة السلطة الأبوية، وهو قاضي بالمحكمة الابتدائية الكبرى يعينه كذلك الرئيس الأول للمحكمة الاستئنافية من جهة أخرى.

---

[1] تنص المادة 5 ق و م م على أنّه:"لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلاّ لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة "

[2] سورة النساء، الآية 6.

[3] غربي صورية، المرجع السابق، ص214.

[4] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص53.

ومن هذا المنطلق هل يتم اللجوء في الجزائر إلى قاضي شؤون الأسرة، باعتباره يسهر على حماية أموال القاصر طبقا للمادة 424 ق إ م إ[1] وهو الأجدر بمنح الإذن من غيره، أم إلى رئيس المحكمة باعتبار الإذن يدخل ضمن الأعمال الولائية التي يختص بها؟؟.

إلاّ أنّه باستقراء المادة 479ق.إ.م.إ نجدها قد أجابت عن هذا السؤال والتي تنص على أنّه: "**يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة**"، وبالتالي قاضي شؤون الأسرة هو المختص.

وعلى العموم يُفترض في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة القاصر سواء كانت ضمن سلطاته أو خارجها، وحمايةً للقاصر يُستحسن ألاّ تُتخذ هذه التصرفات في حق القاصر إلاّ بعد إقرارها ممن يملك هذا الحق، أي سواء من المحكمة أو القاصر عند بلوغه سن الرّشد، وهذا هو المنطق

غير أنّ المشرع الجزائري لم ينص على جزاء محدد لهذه الحالة بل اكتفى بحصر الحالات المستوجبة لإذن القاضي، يتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري الذي لم يقم بتحديد الجزاء في حالة تجاوز النائب حدود نيابته، بالمادة 74 ق م ج[2]؛ ومن خلال هذه المادة يتضح أنّ أيّ تصرف يقوم به النائب لابدّ أن يكون في الحدود التي رسمها الأصيل للنائب وبحسب الاتفاق المبرم بينهما، بحيث إذا تجاوز النائب حدود نيابته لا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل، ولا ينشأ في ذمته حقوقا والتزامات.

أمّا المادة 77ق.م تنص على أنّه:" **لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة**"

إنّ المشرع رغم رفضه تعاقد الشخص مع نفسه بسبب ما يترتب عنه من تعارض المصالح إلاّ أنّه اعترف للأصيل بالإجازة، وعليه إذا صدر تصرف من شخص له ولاية على مال القاصر

[1] تنص المادة 424 ق إ م إ: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر".

[2] تنص المادة 74 ق م ج: " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

لكنه تجاوز فيه حدود هذه الولاية، كالولي الذي يبيع مال القاصر دون استئذان المحكمة، أو باع بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة، فإنّ هذا التصرف بحسب القواعد العامة لا يعتبر نافذا في حق القاصر؛ لكن في حالة ما إذا تم إقراره من طرف المحكمة أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد فإنّه يصبح نافذا من يوم الإقرار.

وبالتالي فكل عقد متعلق بأملاك القاصر لابدّ أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلاّ أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المسبب في إبرام ذلك العقد المخالف للقانون[1].

الـــفـــــرع الـــثاني

سلطة القاضي في حالة تجاوز الولي لسلطاته

إنّ الأصل في الحرص على مصالح الأولاد جلبة فطرية في الأبوين، لكن لكل أصل استثناء فيمكن أن يسيء الولي بمهمته فيشكّل مصدر تهديد بسبب الإهمال أو تغليب المصالح، فتنتفي العلّة من الولاية بإساءة الولي استعمال سلطاته، أو إهمالها بالإخلال بواجبه ممّا ينتج قيام مسؤوليته.

وهذه المسؤولية بالنسبة للولي الأصلي هي مسؤولية تقصيرية، ولم يحاسبه المشرع فيها عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل فقط، بل حاسبه حتى عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي وهذا ما تنص عليه المادة 88 ق أ والتي جاء فيها: "**على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...**".

فيترتب عن إخلال النائب الشرعي (أبًا كان أو أمًّا) بواجبه وقيام مسؤوليته جزاءان يكون للقاضي توقيعهما.

أولا–**العزل**

فبالنسبة لعزل النائب الشرعي أو سلب ولايته أيّا كان التعبير فالمعنى واحد، فإذا ثبت تقصير من يتولى الولاية في أداء مهامه المنوطة به حينها يتعيّن على القاضي اتخاذ أي إجراء

[1] غربي صورية، المرجع السابق، ص218.

وقتي بغرض الحفاظ على مصالح القاصر وذلك بموجب أمر ولائي[1]، وهو ما يُفهم من نص المادة473 ق إ م إ: " **إذا قَصّر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي**".

و عليه فإنّ طلب العزل يكون من كلّ من له مصلحة في حماية القاصر متى أثبت أنّ الولي يُعرّض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر.

ثانيا–التعويض

فبمجرد قيام مسؤولية الولي نتيجة تصرفاته التي مسّت مصالح القاصر، يكون ملزما بتعويض هذا الأخير عن خسارته، ولكن لمّا كان الأصل في النائب الشرعي أنّه يفترض فيه الأمانة، فهو لا يضمن إلاّ ما ضاع من أموال القاصر نتيجة الإهمال بحفظها، أمّا ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه.

[1] سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيقه، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص648.

المبحث الثالث

نهاية الولاية

الأصل أنّ الولاية شُرّعت لغاية صغر المولى عليه، وبالتالي فمن المنطقي زوالها بزوال سبب وجودها، أو انتفاء أحد شروط استحقاقها، فهي ليست أبدية تنتهي بأحد الأسباب الطبيعية لها أو أنّها تزول لسبب وقفها بأحد حالاته، ولهذه النهاية إجراءات جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بقانون 09/08 والتي أحكمت نوعا ما الجانب الإجرائيّ لهذه النيابة الشرعيّة، وللإحاطة بكل جوانب نهاية هذه الولاية، قمنا بدراسة نهاية الولاية بقوة القانون في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فتناولنا نهاية الولاية بحكم القضاء، أما المطلب الثالث فخصصناه لإجراءات نهاية الولاية

المطلب الأول

نهاية الولاية بقوة القانون

من خلال استقراء نص المشرع الجزائري على انتهاء الولاية بنص المادة91ق أ ج التي حصر وربط من خلالها أسباب نهاية الولاية بانتهاء وظيفة الولي إمّا بعجزه أو بموته أو بالحجر عليه وبالرجوع لأحكام الوصاية باعتبارها ولاية نيابية نجد أنّ المشرع بنص المادة 96 ق أ ج قد توسع بذكر أسباب انتهاءها فجاء في فحواها ما يلي " **تنتهي مهمة الوصيّ :**

1. **بموت القاصر أو زوال أهلية الوصيّ أو موته**
2. **ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه**
3. **بانتهاء المهام التي أقيم من أجلها**
4. **بقبول عذره بالتخلي عن مهمته**
5. **بعزله بناء عن طلب من لو مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر**".

فيمكن بناءا على ما ذكر من مواد تقسيم هذا الانقضاء لأسباب خاصة بالولي وأسباب خاصة بالقاصر وكذا امكانية تقسيمها لأسباب نهاية مؤبدة وأسباب نهاية مؤقتة، وهذا الأصح والأشمل لهذا فسوف نتبع هذا التقسيم بتحليلنا.

الفرع الأول

الأسباب المؤبدة لنهاية الولاية

إنّ انقضاء الولاية تبعا لأحد الأسباب النهائية يحول دون عودتها كنيابة على نفس ومال القاصر، فمثلا وفاة الولي أو بلوغ القاصر أو حتى وفاته تنجر عنه نهاية الولاية بصفة غير رجعيّة.

1 –بلوغ القاصر سن الرشد:

لقد نصت المادة 91 ق أ ج على أسباب نهاية الولاية إلاّ أنّها لم تذكر السبب الرئيسي والمنطقي لها وهو بلوغ القاصر فهو النهاية الحتميّة للولاية عليه[1]، فتنتهي إذًا ببلوغه 19 سنة كاملة بحسب المادة 40 ق م ج ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذا السن باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر[2] وهذا لاعتراء أهليته عارض أو مانع من موانع الأهلية فإنْ بلغ سن الرشد القانوني ولم يُحجر عليه يكون بامكانيتهم تولي أمورهم بنفسهم وفقا لما يخدم مصالحهم دون الحاجة لمن ينوب عنهم.

2–الموت:

إنّ الموت هو النهاية الطبيعية لأيّ التزام، فبمجرد وفاة الشخص تزول التزاماته لكن هناك منها ما ينتقل للورثة بحين لا تنتقل أخرى، ومثال ذلك الولاية فهي شخصيّة لا تنتقل بالموت.

أ)–موت الولي:

ويكون ذلك إمّا بالموت الحقيقي" الفعلي" أو بالموت الحكمي "التقديري".

[1] محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص66.

[2] كمال حمدي، المرجع السابق، ص 52.

-**الموت الحقيقي:** وهو زوال الحياة، فموت الولي ينهي ولايته بصفة مؤبدة، وهو ما يفيد انتقالها للأم حسب ما نصّت عليه المادة 87 ق أ ج، أو انتقالها لأحد آخر يرعى شؤونه بحال عدم وجود الأم.

-**الموت الحكمي:** إنّ المشرّع الجزائري بنصه المادة 91 ق أج على موت الولي كسبب من أسباب نهاية الولاية لم يبيّن إنْ كان الموت هذا يندرج ضمنه الموت الحكمي وهذا الأخير يقع على المفقود بالحروب والحالات الاستثنائية بعد 4سنوات من فقده وغيبته، هذا حسب نص المادة 113 ق أ ج[1].

كما يمكن أنْ نستشفها من نص المادة 87 ق أ ج التي تنص على حصول مانع له أي غيبته وفقده فتحل الأم محله بالولاية على القصّر.

ب) موت المولى عليه:

إنّ محل الولاية هو القاصر وعليه فموته قبل بلوغه يعدّ نهاية الولاية على اعتبار زوال محلها وتتحول أمواله لتركته ومنه فلا ولاية عليه، وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري بالمادة 96 ق أج[2]ورغم أنّ أحكام هذه المادة خاصة بالوصاية إلاّ أنّها تنطبق على الولاية بوصفهما ولايتان على القاصر.

الفرع الثاني

الأسباب المؤقتة

وهي تلك الأسباب التي تؤدي لزوال الولاية على القاصر بصفة غير نهائية، فبمجرد زوال سبب انقضاء الولاية تعود له هذه النيابة الشرعيّة.

[1] تنص المادة 113ق أ ج:"يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، و في الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

[2] قانون رقم84-11، يتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

1-الحجر على الولي:

إنّ الحجر حسب المادة 101 ق أ ج[1] يطال من كان بالغا سن الرشد ومصابا بعارض من عوارض الأهلية وعليه، فإنّ الولي المصاب بجنون أو عته مثلا، تسلب منه الولاية كونه لا يملك سلطة التصرّف في نفسه فكيف تكون له سلطة التصرّف في شؤون الغير، ويكون طلب الجحر هذا من أحد الأقارب أو النيابة العامة أو أيّ شخص له مصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة 102 ق أ ج، وعلاوةً على هذا فإنّ هذا الحجر لا يكون إلاّ بحكم قضائي وهذا بعد أخذ الرأي الاستشاري للخبير إنْ رأى القاضي لزومًا لذلك.

لكن يمكن استرداد الولاية على القاصر بعد زوال سبب الحجر، أي إنْ رُفع الحجر على الولي تعود له الولاية المسلوبة[2].

2 -عجز الولي:

لقد نصّت المادة 93 ق أج على عجز الولي كأول سبب من أسباب نهاية الولاية، و العجز المراد به هنا هو عدم القدرة التي تطال الولي في صحته كإصابته بمرض يحول دون الاستطاعة من ممارسة مهامه كولي بصفة كاملة، أي عدم قدرته على رعاية أموال القاصر بالشكل الذي يحفظ مصالح هذا الأخير، وهذا العجز يمكن أنْ يكون عاهة جسمانية تصيب القاصر، وبهذه الحالة يطلب الولي إعفاءه من الولاية، وللمحكمة السلطة التقديرية في رفض أو قبول طلب التنحي هذا كما يمكن طلب تنحية الولي من كل من له مصلحة بهذا، وبهذا تنتقل الولاية للولي التالي بالمرتبة[3].

لكن ما يُآخَذ على المشرّع الجزائري كونه لم يحدد المقصود من العجز، هل هو العجز الجسماني كعاهة أو مرض مثلاً أم أنّه يقصد به نقص القدرات الفكرية كالخرف أو الزهايمر ومع هذا الغموض، فكلّ عجز يلحق الولي يمكن تبعا له تقديم طلب التنحي.

---

[1] تنص المادة101 ق أ ج: " من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

[2] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص83.

[3] الزعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص149.

المطلب الثاني

انتهاء الولاية بحكم القضاء

إنّ نظام الولاية لم يُشرّع ولم يقنّن إلاّ حماية لمصالح المولى عليهم، مصداقا لقوله تعالى: ﴿فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾[1].

فقد أولى الشرع والقانون أهمية خاصة للقصّر ومن في حكمهم، وذلك بإسناد مهامهم للولي حيث يقوم بشتى شؤونهم تربيةً وتهذيبًا وإرشادًا وتوجيهًا لمساعدتهم على تخطي العقبات والنكبات بسبب عجزهم وضعفهم وقصورهم عن إدراك حقائق الأمور ومنافع الأشياء من مضارها .

إلاّ أنّه إذا تبين عكس ذلك، أي أنّ الولي لم يقم بواجبه على أحسن وجه، أو اختل فيه أحد الشروط التي يستدعيها استحقاق الولاية، أو قام بالولي سبب يحول بينه وبين قيامه بواجب الولاية تجاه القاصر من أجل تحقيق الهدف منها والذي يكمن في حفظ مال ونفس المولى عليه.

فإنّه في هذه الحالة توقف الولاية من الولي الأصلي لتنتقل إلى ولي آخر، وذلك نظرا للأسباب المحاطة به، والتي من شأنها تعريض مصالح القاصر للخطر، ممّا يستدعي تدخل القاضي بسلطته التقديرية، من خلال تعيينه لولي جديد لإدارة شؤون القاصر، وتحديده للتصرفات التي قد تستوجب إذنًا منه .

وتبعا لذلك سنقوم بتوضيح كيفية زوال الولاية بحكم القضاء من خلال وقفها(الفرع الأول) وكذا سحبها(الفرع الثاني)، وينتهي ذلك ببيان مركز القاصر بعد وقف وسحب الولاية وكذا الحدّ منها(الفرع الثالث).

الفرع الأول

وقف الولاية

لا يعني وقف الولاية انتهائها، وإنّما تبقى قائمة، إلاّ أنّ يد الولي توقف عن إدارة شؤون المولى عليه لفترة معينة، وذلك لغيابه أو حصول مانع له يحول بينه وبين أداء مهام الولاية، أو لتعارض مصالحه ومصالح القاصر الذي هو تحت ولايته، كما قد يوقَف الولي عن الولاية في حالة الطلاق واسناد الحضانة للأم.

[1] البقرة، الآية282.

وتبعا لذلك يمكن تفصيل أسباب وقف الولاية فيما يلي:

أولا: غياب الأب أو حصول مانع له

من خلال نص المادة 87 ق أج نستنتج أنّه في حال غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأمّ محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

فيقصد بالغيبة، غياب الشخص عن محل الإقامة المعتادة، إذ لا تعرف حياته عن مماته، والغياب مجرّد مانع مادي؛ نتيجة ظروف قاهرة تمنع الغائب من الرجوع لمحل إقامته وممارسة أعماله وإدارة شؤونه بنفسه، هذا ما جاء في المادة 110ق أ ج[1]

فغياب الأب كونه الوليّ الأصلي والشرعي لأولاده القصّر، يُعدّ سببا من أسباب وقف وانتقال الولاية إلى الأم إذا كانت حية ومستوفية لشروط الولاية من عقل وإسلام وغيرها، لاسيما في الأمور المستعجلة وفي هذه الحالة، لا يشترط لانتقال الولاية إثبات غيبة الأب حقيقة أو حكما انتظار مرور سنة عليها حتى يحكم بانتقالها ذلك أنّ شرط انقضاء السنة على الغيبة ضروري فقط بالنسبة للغائب كامل الأهلية لتعيين وكيل عنه لإدارة أمواله[2]، وبما أنّ مصالح القاصر أولى، فإنّه ليس من الضروري التمسك بهذا الشرط، فيكون الانتقال بشكل مباشر وتلقائي، فالمانع المقصود به في نص المادة 87 ق أ، يكون إمّا طبيعيا أو قانونيا.

1/ المانع الطبيعي: و يقصد به كل من ما يطرأ على الإنسان، فيزيل أهليته أو ينقصها أو يغير بعض أحكامها[3]، فهذه الموانع قد تصيب الولي(الأب) في جسده أو عقله كأن يكون مصابا بعاهة جسدية، أو عاجزا عقليا، كالجنون سواء كان جنونا مستمرا أو متقطعا، أو أنْ يكون سفيها أو معتوها، وجميع العاهات التي يمكن أن تضعف إدراكه، ففي كل هذه الحالات لا يمكن للولي القيام بواجبات الولاية ولا تثبت له، حيث أنّ الشرط الأساسي والرئيسي لقيام الولاية هو العقل والرّشد فالمجنون وغيره هم في حكم القاصر، فلا ولاية لمن لا ولاية له على نفسه.

---

[1] تنص المادة 110 ق أ ج:"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص189.

[3] اقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص29.

ويتحقق المانع الطبيعي أيضًا باجتماع عاهتين "الصم والبكم " "الصم و العمى " " العمى والبكم"، حيث يعين للمصاب مساعدا قضائيا وتكون تصرفاته موقوفة على مشاركة هذا الأخير ففي هذه الحالة أيضا لا يمكن تصور هذا الشخص يقوم بواجب الولاية لاسيما التصرفات المالية كونه بنفسه يحتاج إلى قيّم لمساعدته في إبرام تصرفاته كونه محجورا عليه، ضف أنّه أمام الشرط المدرج في نص المادة 93ق أ لثبوت الولاية له ألا وهو القدرة على التصرف، فبغياب هذه القدرة في الولي الشرعي للقاصر تزول الولاية عنه لتمنح للولي الذي يليه في المرتبة.

2/**المانع القانوني:** ويقصد به جميع المعيقات التي يمكن لها أنْ تمنع الولي من ممارسة مهمته في إدارة شؤون القاصر، وتكون كالحجر عليه، والذي يكون بموجب حكم القاضي أو بطلب ممن له مصلحة فيذلك.

وفي هذا السياق نجد أنّ إقامة الولي بالمؤسسات العقابية مدّة تحول بينه وبين إدارة أمواله بنفسه، عبارة عن مانع قانوني يحول بالتبعية بينه وبين إدارة شؤون أولاده القصر وكامل شؤون الولاية، وهذا المنع من مباشرة تصرفاته المالية يسري على التصرفات المالية للذي تحت ولايته فلا يستطيع القيام بها مادام أنّه لا يملك سلطة مباشرة التصرفات الخاصة به، وإلى جانب ذلك فإنّ هذا المنع يعدّ كعقوبة تبعية للعقوبة الأصلية في الجنايات طبقا لنص المادة 9 مكرر ق ع[1]و9 مكرر1، فيعدّ طوال الفترة التي يمضيها في المؤسسات العقابية محجورا عليه إذ يعيّن القاضي له قيّما لتولي تسيير أمواله[2]، وعليه فإنّ الولاية توقف في حالة اعتقال الولي تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية، إلاّ أنّه يُشترط لوقفها وانتقالها في هذه الحالة، صدور حكم بإحدى العقوبات التي تصدر في شأن الجنايات.

أمّا الاعتقال لغير تنفيذ هذه العقوبة كالاعتقال لضرورة الأمن العام أو الحبس الاحتياطي كإجراء من إجراءات التحقيق، لا يستتبع وقف الولاية أو انتقالها[3].

---

[1] تنص المادة 9 مكرر ق ع على: " في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثّل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية".

[2] اقرفة زبيدة، المرجع السابق، ص28.

[3] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص179.

وعلاوةً على ذلك فإنّه إذا حُكم على الولي بجريمة وقعت على أحد من تشملهم الولاية من جرائم الاغتصاب أو هتك العرض، فإنّ يده تغلّ عن توليه وظيفة الولاية[1].

وعليه يمكن القول بأنّ "غيبة الأب " كمانع مادي أو "حصول مانع له" كمانع طبيعي، وكذا "الحكم عليه بعقوبة جنائية" كمانع قانوني كلّها أسباب تؤدي لوقف الولاية وانتقالها لمن يلي الولي في استحقاقها.

ثانيا: تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر

من خلال نص المادة 90ق أ ج[2] نجد أنّ المشرع قد خوّل أقصى حماية للقاصر؛ حتى في مواجهة وليّه، ذلك أنّ بعض التصرفات قد تفقد الثقة في الولي وتجعله مشكوك فيه ممّا يؤدّي إلى تعارض مصلحته ومصالح منهم في ولايته، و تفاديا لهذا التعارض أوجب القانون تدخل القاضي لتعيين متصرف خاص يتولى مهمة الولاية محل الولي الأصلي والشّرعي في مباشرة ذلك التصرف المتعارض فيه.

وما يُعاب على المشرع أنّه لم يبيّن الحالات التي تدخل من باب هذا التعارض، إلاّ أنّه يُمكن استنباطها واستقراءها من خلال مختلف القرارات القضائية، وكذا القوانين المقارنة منها ق و م م وعليه تكمن أهم وأبرز صور تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر فيما يلي:

1-تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي شخصيا:

وهي أبرز صور التعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر، ومثالها رغبة الولي شراء لنفسه مالا مملوكا للقاصر.

2-تعارض مصالح القاصر مع مصالح زوجة النائب الشرعي:

لا شكّ أنّ في هذه الحالة أيضا تتصادم مصالح الولي ومصالح القاصر، وتتحقق هذه الصورة عند بيع الولي لزوجته مالا مملوكا للقاصر الذي هو تحت نيابته.

---

[1] طاهري حسين، المرجع السابق، 178.

[2] تنص المادة 90 ق أ ج:"إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

3-تعارض مصالح قاصر مع مصالح قاصر آخر مشمول بالحماية:

كأن يبيع الولي مملوكا لولده القاصر المشمول بولايته، وهو في نفس الوقت يشتريه لولد آخر تحت سلطته وحمايته أيضا، فهذا أمر غير مرغوب فيه خشية تفضيل أحدهما عن الآخر.[1]

وعليه ففي مثل هذه الحالات نكون أمام ما يُعرف ببيع النائب لنفسه، وهو التصرف الذي منعه المشرع من خلال نص المادة 410 ق م،[2] والمادة 77[3] من نفس القانون.

فليس للولي في القانون الجزائري أنْ يتعاقد مع نفسه بصفته وليّا على أولاده القصّر، كأنْ يكون أحدهما بائعا والآخر مشتريا، ولا بصفته وليّا عن ولده القاصر وأصيلاً عن نفسه لتعارض المصالح بين الأطراف.

لذلك يقتضي الأمر أمام هذا التعارض أن يكون للقاصر شخص ثالث محايد لتولي ذلك التصرف، سواء كان بائعا أو مشتريا، وهذا مراعاة لمصالح القاصر المتعارضة وتحقيق النفع له من خلال مختلف الصفقات والعقود من جهة، وإبعاد الحرج عن النائب الشرعي من جهة أخرى في حال ميله لمصالحه أو مصالح طرف غير قاصر، ودفع عنه شبهة المحاباة.[4]

ثالثا: في حالة الطلاق والحضانة

يُعتبر الطلاق كذلك من أسباب وقف الولاية بالنسبة للأب، إذا ما أُسندت حضانة الأولاد للأمّ، هذا ما قضت به المادة 2/87 ق أ ج[5]، فيبدو أنّ المشرّع قد حرص على إعطاء الحاضن صلاحيات واسعة، بحيث جمع في يده الولاية والحضانة وهو ما يخدم مصلحة القاصر أكثر، لأنّ منح الحضانة لشخص والولاية لآخر ما من شأنه تعطيل مصالحه، ومن جهة أخرى نرى أنّ المشرّع قد تزعزع ترتيب الأولياء وخالف نصوص الشرع الإسلامي، أين خوّل الولاية على القاصر

---

[1] ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر العربي، مصر، 2004، ص 110

[2] تنص المادة 410 ق م ج: " لا يجوز لمن ينوب غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانونيّ أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلفه ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص أخرى".

[3] تنص المادة 77 ق م ج: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل..."

[4] عبد الحكيم بالهيري، حماية أموال القاصر طبقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، 2007-2010، ص36

[5] تنص المادة 87 فـ2 ق أ ج: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة".

في حالة الطلاق لمن تسند له الحضانة، سواء للأمّ أو للأب؛ فبتعبير المخالفة يُفهم أنّه قد تكون الأم وليّا عن أولادها القصّر رغم حياة الأب وهذا ما لم تقضي به شريعتنا السمحاء.

وعلى العموم فإنّه من أجل وقف ولاية الأب في هذه الحالة باعتباره الولي الشرعي على أولاده القصّر لابدّ من توفر شرطين:

1/–وجود حالة طلاق: حيث أنّ خلال قيام الزوجية تكون الحضانة للوالدين معا، أي يشتركان في تولي أمور أولادهما ورعايتهم، فلا يمكن الحديث عن إسناد الحضانة لأحدهم إلاّ في حالة الفرقة الزوجية بالطلاق.

2/–وجود حكم قضائي يقضي بالطلاق و إسناد الحضانة للأم: حيث أنّ إسناد الحضانة لا يكون إلاّ بحكم الذي خلاله تنتقل الولاية إليها، إلاّ أنّ إسناد الحضانة غالبا ما يكون للأم، إذ هي أشفق وأحن على أولادها، ضف إلى أنّ المشرع الجزائريّ في نص المادة 64 اعتبرها هي الأولى بحضانة ولدها .

كما يجوز للقاضي إسناد حضانة القاصر مؤقتا إلى أحد الأبوين أو أحد الأشخاص المبينين وفقا للمادة 64 ق أج[1].

كما أنّ الإجراء يمكن تعديله وفقًا لما تتطلبه مصلحة القاصر، و ذلك من قبل القاضي، أو بناءا على طلب الولي أو ممثل النيابة العامة، أو كلّ شخصٍ آخر تتوفر فيه رغبة لحماية القاصر[2]وهذا وفقا لما نصّت عليه المادة460 ق إ م إ[3].

[1] تنص المادة 64 ق أ ج:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[2] بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011، ص347.

[3] تنص المادة 3/460 ق إ م إ:" يمكن أن يكون هذا الإجراء موضوع تعديل إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا، أو بناء على طلب الوليّ أو القاصر المميّز، أو ممثل النيابة العامة، أو كل شخص تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر."

رابعا: حالة عضل الولي

سبق وأن عرّفنا العضل الذي هو منع المرأة الراشدة العاقلة من الزواج من الرجل الكفء وبمهر المثل إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في الآخر[1].

وقد نصّ عليه المشرع الجزائريّ بقانون الأسرة القديم في نص المادة 12 الملغاة بقانون 02/05، وعليه فإذا امتنع الولي عن تزويج موليته بدون سبب مشروع فإنّ الولاية تنزع منه لتنتقل إلى أحد الأقارب أو إلى القاضي، لكن شرط أنْ يكون الرجل المختار من طرفها كفء، وتُزوّج نفسها بمهر المثل، وفي هذه الحالة لا تنتقل للأم كون الإسلام لا يعترف بالزواج بعبارة المرأة.

الفرع الثاني

سحب الولاية

يقصد بسلب الولاية تجريد الوليّ من كامل سلطاته على القاصر الممنوحة له قانونا فيفقد صفته النيابية عنه وبالتالي يمتنع عليه إجراء أيّ تصرّف من التصرّفات المتعلقة بأموال القاصر وذلك متى تبيّن أنّ أموال القاصر أصبحت بخطر نتيجة سوء تصرّفه و تدبيره.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ سلب الولاية على النفس يستتبعه بالحتم سلب الولاية على المال[2]، أمّا الحدّ من الولاية هو عكس السلب فهو إبقاء جزء منها فقط، لذلك يعتبر بمثابة سلب جزئي للولاية، وللحكمة تقرير سلب الولاية أو الحد منها نظرا لأهمية الولاية المنوطة بمصلحة القاصر، فمتى انتفت المصلحة وجب زوالها.

ويكون ذلك مثلا في حال سوء تصرّف الولي في شؤون الولاية، كأن يعهد أموال القاصر إلى غير مؤتمن أو كأن يتكرر منه التصرف بغبن فاحش[3]، وبهذه الحالات يكون تقديم طلب السحب من قبل أحد الوالدين أو النيابة العامة أو من يهمّه الأمر بدعوى استعجالية حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ويعتبر هذا السحب من أوجه الانقضاء العارض للولاية.

---

[1] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص91.

[2] نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص191-192.

[3] محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص68.

إلاّ أنّ المشرع الج لم يحدد أسباب سلب الولاية أو الحدّ منها تاركًا ذلك لتقدير قاضي الموضوع.

وتنص المادة 5/96 من ق أ الخاصة بانتهاء مهمة الوصي على أنه: "**تنتهي مهمة الوصي بعزله على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر**".

و تضيف المادة 43ق إ م إ:"**إذا قصّر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي**".

فيتّضح من هذين النصين أنّ أموال القصّر تكون في خطر إذا عُرف عن الولي سوء التدبير أو تقصير في رعاية أموال القصّر كأن يترك الغير يضع عليها يده بدون وجه حق، أو يعهد بالإدارة إلى غير مؤتمن.

الفرع الثالث

مركز الصغير بعد الانتقال أو السحب

إذا وُقفت الولاية أو سُقطت لسبب من الأسباب المذكورة سابقا، فإنّها تُنتقل تلقائيا للأمّ في حال وجودها، وإذا كانت قادرة على تولي شؤون الولاية، أو إلى أحد أقارب المولى عليه إنْ وجدوا كما يُمكن أنْ تُسند للقاضي حماية لمصالح القاصر.

أولا: انتقال الولاية إلى الأم

تُنتقل الولاية إلى الأم، و ذلك وفقا لما هو منصوص عليه في نص المادة 87 من الأمر 02/05 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يُشترط فيها القدرة على مباشرة شؤون القاصر وفقا لما يخدمه ويخدم مصالحه سواء في نفسه أو ماله، إلاّ أنّه من الممكن أنْ تكون الأم هي الحاضنة إلاّ أنّ الولاية لا تُنتقل إليها قانونا، وذلك لسبب عدم قدرتها على رعاية مصالح القاصر.

وفي حالة غياب الأب، فإنّ الأم تحل محله، ذلك لصعوبة ممارسة مهامه عن بعد.

إلاّ أنّ ذلك لا يكون إلاّ في الأمور الاستعجالية فقط حسب المادة 87ق أ، وبحصول الأم على إذن من القضاء لتولي ذلك هذا ما تقضي به المادة 454 ق إ م إ ،والمراد بالأمور المستعجلة، الأحوال التي تقتضي الإسراع بإنجازها والقيام بما يمنع ضياع مصلحة الأولاد القصّر

حيث توجد حالات تستدعي الاستعجال في بعض الأمور، لتوقيع الوثائق واستخراجها كبطاقة التعريف مثلا.

والأمور الاستعجالية أو المستعجلة تكون وفق تبليغ رسمي عملا لما نصت عليه المادة 453 ق إم إ[1]وتكون في الإذن الممنوح من القاضي للقيام بالأمور التالية:

1/-الإذن بممارسة التجارة، فتقوم الأم بتقديم طلب لرئيس المجلس المختص محليا في مكان وجود المحل التجاري المراد ممارسة القاصر للتجارة فيه.

2/-الإذن في بيع أموال القصر، وذلك استنادا إلى ما نصت عليه المادتين 88 و 89 ق.أ.ج .

3/-الإذن في إصدار عقد الوكالة وفقا لما نصت عليه المادتين 116 و 117 ق أ ج .

4/-الإذن بالزواج، حيث يدخل نطاق الأمور المستعجلة، تزويج بنت الغائب أو من كانت في ولايته، فلا يُنتظر في هذه الحالة حضوره، إذا كان ذلك يُفوّت مصلحة للمخطوبة، مع الإشارة إلى أنّه لا تكون تفويت مصلحة للمخطوبة ،إذا كان الخاطب موافق على الانتظار لحين حضور الولي أو كانت الغيبة قصيرة أو هناك إمكانية الاتصال به، ففي هذه الأحوال حق الولاية لا يُنتقل لا إلى الأبعد ولا إلى القاضي[2].

ففي كل هذه الحالات، إذا توفر عنصر الاستعجال وكان الأب غائبا أو حال مانع بينه وبين توليه شؤون الولاية، كان للأم طلب الإذن من القاضي للقيام بها بمعنى انتقال الولاية وثبوتها لها مع مراعاة القاضي في ذلك الإذن حالة الضرورة ومصلحة القاصر حسب نص المادة 89 ق أج.

5-الإذن بتمثيل القاصر أمام القضاء.

وعلاوة على غيبة الأب أو حصول مانع له أو الحكم عليه بعقوبة جنائية أو إسناد لها الحضانة فإنّ الولاية تُنتقل إلى الأم تلقائيا بدون إذن المحكمة في حالة وفاة الأب وتكون ولايتها هنا أصلية ثابتة شرعا وقانونا وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 87 /1ق أ، حيث تحل الأم محل الأب، وما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق أنّ الأم تكون وليّا على حفظ أولادها القصّر وتعليمهم وصيانة أموالهم... دون أن تكون لها سلطة تزويجهم، وكذا لا يكون لها سلطة تعيين وصي لهم، وعلى العموم في حال انتقال الولاية للأم نتيجة لإحدى الأسباب فإنّها تصبح الولي

[1] تنص المادة 453 ق إ م إ: " يقدّم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها مؤقتا، من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة، أو من قبل كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية.

[2] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص42.

الشرعي أولادها القصّر، ممّا يجعل مكانتها مكانة الأب، وبذلك لها نفس سلطاته وحدوده كما تنتهي ولايتها بنفس طريقة انتهاء ولاية الأب[1].

ثانيا: انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد

إذا لم يكن للمولى عليه وليّا قريبا "أمّا له" أو أنّها غير قادرة على تولي مهام الولاية لفقدان أهليتها، فولاية المولى عليه تُنتقل للأقارب الآخرين سواء من العصبات أو ذوي الأرحام ذلك حماية ورعاية لمصالح القاصر من عدم الضياع، وعليه إنّ ولاية تزويج المولية عليها تُنتقل إلى الولي الأبعد في حالتين:

1/- إذا غاب الولي الأقرب (وهو أبوها) غيبة منقطعة، أي غيبة بعيدة، انُتقلت ولاية التزويج إلى الولي الأبعد، ولاُ ينتظر حضور الولي الأقرب، كون ولاية التزويج نظرية، و قد تعذر حصول النظر، وهو تزويج المولى عليها من الكفء الحاضر، فتُثبت الولاية لمن يليه من العصبات إحرازا لعدم تفويت الكفء الخاطب .

أمّا إذا كانت الغيبة غير منقطعة، فإنّ الولاية لا تُنتقل من الولي إلى الولي الأبعد، ويصبح كأنّه حاضرا[2]، وعليه فإنّه إذا زوّجها الولي الأبعد ثم حضر الولي الأقرب، فليس له أن يَرُدّ نكاحه، لأنّ العقد عقد بولاية تامة .

2/- والحالة الثانية لانتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد هي عضل الولي و المراد بها منع الولي تزويج المولى عليه بغير حق شرعي .

فإذا عضل الولي الأقرب المولى عليه التزويج بكفء بغير حق شرعي انتقلت الولاية إلى الأبعد شرط أن يكون الخاطب كفء؛ فإن امتنع الأولياء جميعا عن تزويجها و عضولها فإنّ الولاية تُنتقل إلى الحاكم، وهذا ما أقرّه أبو حنفية أمّا الشافعية والمالكية يقرون بانتقال الولاية في هذه الحالة إلى الحاكم عملاً بقوله(ص)" *فان انشجروا فالسلطان ولي من لا ولي له*"، ولأنّ العضل ظلم، فإنّ ولاية رفع المظالم عن النّاس من حق الحاكم، وعليه فإنّه لا يتحقق العضل إلاّ إذا كان

[1] بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص347.

[2] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 129.

الخاطب كفء وأنّ مهرها نفس مهر أمثالها، أمّا إذا كان عكس ذلك فإنّه يحق للولي منعها من تزويجها إيّاه، ولا يعدّ ذلك من قبيل العضل[1].

والملاحظ أنّ ولاية تزويج المولى عليه (المرأة) لا تُنتقل إلى الأم سواء في حالة وفاة الأب أو غيابه أو حصول مانع له، ذلك أنّ القانون المستلهم بأحكام الشرع الإسلامي و العرف المعمول به لا يعمل ولا يعترف بالزواج بعبارة النساء، بالرغم من أنّ للمرأة الراشدة أن تباشر عقدها بنفسها إلاّ و أنّ حضور الولي إجباري و لو اختارته بنفسها (أي كان غير أبيها)، و هذا حسب نص المادة 1/11 ق أ ،كما بإمكانها أيضا تعيين وكيل لتولي نكاحها.

ثالثا: انتقال الولاية إلى القاضي :

إنّه كما سبق الإشارة إليه، فالولاية تُنتقل بقيام سبب ذلك و التي تمّ عرضها آنفا، فتُنتقل إذَنْ إلى الأم، أو أحد أقارب المولى عليه، لكن قد يحدث ألاّ يكون للقاصر أمًّا أو أنّها غير قادرة على تولي الولاية، ولا يكون له أيضًا أقارب يتولون أمره و شأنه .

ففي مثل هذه الحالة يُعمل بالقاعدة القانونية المنصوص عليها في نص المادة 2/11 ق أج "**القاضي ولي من لا ولي له** "، المستنبطة من الحديث النبوي "*السلطان ولي من لا ولي له* ".

فإنّه من الطبيعي والبديهي ألاّ يُترك القاصر من دون ولي، وذلك حماية لمصالحه المالية والنفسية، فإذا لم يكن للقاصر أمّ ترعاه، أو أحد الأقارب ليخلف مكان الأب، فإنّه على المحكمة أنْ تعين له وصيًا يتولى شؤونه[2].

فمثلا في حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر، يتولّى القاضي أمر هذا الأخير من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة، وذلك بتعيين متصرف خاص يتولى ذلك، فتحقق المصلحة تكون حسب القواعد العامة لتقنين إ م إ، فتكون إمّا مصلحة قائمة أو مصلحة محتملة .

فيقوم المتصرف الخاص مقام الولي في إبرام تصرف أو تصرفات معينة خلال فترة التعارض، لذلك يجب أن تتوفر فيه نفس الشروط القانونية الواجب توفرها في النائب الشرعي

[1] إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، المرجع السابق، ص21.

[2] رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص189.

الأصلي، ومع ذلك ؛فأمام غياب نص صريح يحدد شروط المتصرف الخاص، فإنّه تعود سلطة اختياره للقاضي الذي يرى مدى قدرته و جدارته لأداء المهمة.

والجدير بالذكر أنّه إذا كان المشرع قد نصّ على و جوب تعيين متصرف خاص في حالة التعارض بين المصالح، فإنّه ترك للمحكمة تحديد المهمة الخاصة التي يتولاها، بحيث لا يجوز له تجاوز حدود تلك المهمة المرسومة له[1].

ومن جهة أخرى يظهر أيضا دور القاضي في تولي شؤون المولى عليه في ولاية تزويجه على حسب ما أقرّه المالكية و الشافعية حيث تكون للأب فقط إنْ وُجد دون غيره ،فإذا عضل الأب من التزويج بالكفء بغير حق شرعي انتقلت الولاية عنه إلى القاضي، لا للولي الأبعد، حيث أنّ تزويج المولى عليه من الكفء حق على الولي الأقرب ، فإذا امتنع عن أدائه بغير حق، يكون ظالما وللقاضي ولاية رفع الظلم فيزوج المولى عليه بالنيابة عن العاضل، ولو لم يكن مأذونا بالتزويج [2].

أمّا في قانون الأسرة الجزائري، فإنّه في حالة عضل الولي ابنته بالزواج بمن اختارته، فإنّ الولاية تنتقل إلى أحد الأقارب و إذا عضولها جميعا، فتنتقل إلى القاضي، لكن في هذه الحالة إذا كانت البنت قاصرة، و نفس الشيء في حالة ما إذا لم يكن لها أبًا أو أد الأقارب، أمّا إذا كانت راشدة، فتُنقل إلى أحد الأقارب أو أيّ شخص تختاره هي.

المطلب الثالث

إجراءات انتهاء الولاية

عند انتهاء الولاية لأحد الأسباب المنصوص عليها بموجب المادة 91 ق أ ج وكذا تلك المذكورة آنفا فيتعيّن على طالب انهاء الولاية أو الولي المنتهية ولايته اتباع الإجراءات المنصوص عليها بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد والذي يتناول إجراءات الولاية بالقسم الرابع من الفصل الأول تحت عنوان "في قسم شؤون الأسرة"، وعلى هذا فنتناول بالدراسة في هذا المطلب كل من الإجراءات العامة لانتهاء الولاية (الفرع الأول)، وكذا الإجراءات التي يقوم بها الوليّ (الفرع الثاني).

[1] ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص111

[2] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص170.

الفرع الأول

الإجراءات العامة لانتهاء الولاية

نصت المادة 453 ق أ م إ على ما يلي : "**يقدّم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها من قبل الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية**" .

فالولاية على القاصر تنتهي وفق إجراءات قانونية معيّنة و يتعيّن تقديم طلب إنهاءها من قبل إمّا أحد الوالدين أومن له مصلحة بذلك أو ممثل النيابة العامة أمام المحكمة التي تمارس بدائرة اختصاصها الولاية و ذلك حسب قواعد الاستعجال، ويَنظر القاضي في الدعوى و يفصل فيها في غرفة المشورة ويتمتع بصلاحيات واسعة لسماع الأب والأم وأيّ شخص يرى سماعه ضروريًا، كما يمكن له سماع القاصر ما لم يحول دون ذلك حالته أو سنّه كما يمكن له أخيرا الأمر بتحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.[1]

فيجمع القاضي المعلومات اللازمة عن عائلة القاصر وأوضاع بصفة عامة كما يتحرى سلوك الأبوين مدى ملائمة ممارسة الولاية وعلى أساس ما توصل إليه من نتائج يمكن للقاضي تعيين أحد الوالدين لممارسة الولاية مؤقتا مكان من كان يمارسها أو لأيّ من الأشخاص المعيين بقانون الأسرة، كما يمكن تعديل هذا التدبير لاحقا إذا اقتضت ذلك مصلحة القاصر.[2]

يسمع القاضي خلال الجلسة في غرفة المشورة الأب والأم أو الحاضن أو أيّ شخص يرى سماعه مفيدا ويُقدّم المحامون ملاحظاتهم هذا عند الاقتضاء، كما يقدّم ممثل النيابة العامة طلباته.

غير أنّه ما يعاب على المشرّع أنّ نص المادة 454 ق إ م إ السالفة الذكر إنْ كان واقع الحال كون مضمونها إجرائيا إلاّ أنّ مكان النص بقانون الأسرة لاحتوائه على جانب كبير من المواضيع التي يستلزم إثارتها بهذا الخصوص.

---

[1] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر،2009، ص285.

[2] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص630.

أمّا فيما يتعلّق بمراقبة الولاية على المال فللقاضي إمكانية اتخاذ تدابير مؤقتة لحماية مصالح القاصر بواسطة أمر غير قابل للطعن.[1]

كما تنص المادة 455 ق إ م إ على أنّ التبليغ الرّسمي من طرف من يهمّه التعديل بالولاية للخصوم خلال 30 يوما من تاريخ النطق بأمر إنهاء الولاية، تحت طائلة سقوط الأمر.

لكن نرى أنّه كان من الأجدر لو وضع المشرّع هذه المادة بعد المادة 453 ق أ والتي تتحدث عن الأمر الإستعجالي والمهدد بالبطلان لكنّه قد وضعه بعد نص لا علاقة له به أصلا.

كما يمكن استئناف الأمر المبلغ بأجل15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي بالنسبة للخصوم وأيضا مدة 15 يوما من تاريخ النصّ بالحكم بالنسبة للنيابة العامة، هذا حسب نص المادة ق إ م إ456[2].

ويتم الفصل بهذا الاستئناف بآجال معقولة في غرفة المشورة هذا بعد سماع ممثل النيابة العامة ومحامي الخصوم فنلاحظ من نص المادة 458 ق إ م إ لاتصاف هذه القضايا بالاستعجال لخصوصيتها.

كما يجوز للقاضي إلغاء التدابير المتعلقة بإنهاء الولاية كليا أو جزئيا بطلب والد القاصر المسقطة عنه الولاية هذا ما قضته به المادة 461 ق إ م إ، فيمنح هذا النص للقاضي صلاحية إلغاء ما يكون قد أقرّه من تدابير تتعلّق إما بالسحب المؤقت أو بالإنهاء فالمعنى بهذا النص هو الولي الذي لم يقم بالمهمة المسندة له على الوجه اللائق كأن يسرف بالإنفاق أو يهمل رعاية القاصر[3].

---

[1] عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص286.

[2] تنص المادة456 ق إ م إ: " يكون الأمر قابلا للاستئناف: -من الخصوم في أجل 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي- من قبل النيابة العامة خلال نفس المدة ابتداء من تاريخ النطق بالأمر."

[3] سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص636.

الفرع الثاني

الإجراءات التي يقوم بها الولي

إنّه بمجرد انتهاء الولاية وصدور حكم من المحكمة يقضي بذلك فعليه يلتزم الولي المنتهي إنابته القيام بإجراءات معيّنة تلي هذا الانقضاء، لكن وحتى إن لم ينص عليها المشرّع الجزائري صراحة ضمن أحكام الولاية إلاّ أنّنا وكما سبق وفعلنا سنسقط أحكام الوصاية عليها، وعليه وبتحليلنا لنص المادة 97 ق أج[1] أمكن لنا القول كون الولي ملزم بتسليم كل ما بحوزته من أموال وكشوف الحسابات والمستندات إما للقاصر إن بلغ سن الرشد أو للولي الجديد بحال انتقال الولاية أو سحبها أو للقاضي بوصفه وليّ من لا وليّ له وكل هذا بمدة لا تتجاوز شهرين.

كما عليه تقديم صورة عن الحساب للقضاء خلال نفس المدّة المذكورة، فهذا يعتبر كنوع من الرقابة على سير أعمال الولي خلال مدّة النيابة الشرعية.

وعلى هذا فقد جاء المشرّع الجزائريّ من خلال المادة 474 ق إ م إ[2]، بما يفيد أنّه بحال وقوع نزاع يخص الولاية على أموال القاصر فإنّ القاضي المختص هو قاضي شؤون الأسرة، على أنّه بحالة الاستعجال، فيفصل في النزاع حسب قواعد وإجراءات الاستعجال، كما انّ المختص برفع المنازعات المتعلّقة بحسابات الولاية أمام قاضي شؤون الأسرة هو القاصر بعد البلوغ أو الترشيد.

[1] تنص المادة 97 ق أ: "على الوصيّ الذي انتهت مهمته أن يسلّم الأموال التي عهدته ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته.'

[2] تنص المادة 474 ق إ م إ: " ترفع المنازعات المتعلّقة بالولاية على أموال القاصر أمام قاضي شؤون الأسرة وفي حالة الاستعجال يفصل في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجال".

خاتمة

لقد تبيّن لنا تلخيصا لبحثنا هذا أنّ الولاية كنيابة شرعية أصلية ثابتة مبدئيا للأب لما فيه من عطف وشفقة على أولاده، كما أنّها مجرّد نظام مرهون بحاضر ومستقبل القصّر باعتبارهم رجال ونساء الغدّ؛ لذلك ارتأى المشرع الجزائري على تعزيز المنظومة التشريعية بسنّ حماية خاصة لهم وذلك بمالهم ونفسهم على حدّ سواء،إلاّ أنّ تحقق هذه الحماية وانبعاث آثارها الإيجابية لا يكون إلاّ بصرامة أحكام هاته الإنابة، وهذا ما فعله حقًا المشرع من خلال الأحكام التشريعية التي جاء جانبها الموضوعيّ متفرّعا بين قانون الأسرة الذي بيّن أصحاب الحق في تولي الولاية بالترتيب كما فصّل في حكم تصرفات القاصر نسبةً لسنّه، والقانون المدني الذي بيّن سنّ التمييز والرّشد وحكم بعض تصرفات القاصر، وكاستكمال لهذه الأحكام فقد جاء قانون 08-09 بالجانب الإجرائيّ للولاية على القاصر ليوضح الإجراءات الواجب إتباعها لإنهاء أو استرداد الولاية.

وبعد الدراسة الشاملة لجزئيات هذا البحث تبيّنت لنا جملة من النتائج الإيجابية منها والسلبية، وكذا بعض التوصيات والإقتراحات التي نجدها قد تعزز أحكام الولاية على القاصر خاصةً و الأنظمة المستثناة لها عامةً لو أُخذت بعين الإعتبار:

أهم النتائج

1-الولاية سلطة شرعيّة قانونية خوّلها المشرّع للأب وتتولاها الأم بعد وفاته أو بحال غيابه وذلك في الحالات المستعجلة كما تتولاها في حالة إسناد الحضانة لها، بالإضافة إلى استبعاده لولاية الجد بالرغم أنّه بإمكانه أن يكون وصيا على أحفاده القصّر، وفي نفس الوقت حرّم الأم من حق الإيصاء وإن لم يشترط فيه الذكورة.

2-استخلاص المشرّع الجزائريّ لأحكام الولاية من الشريعة الإسلامية وإن كان ببعض المواقف قد خرج عمّا سنّته هاته الأخيرة، كمنح الأم سلطة الولاية وكذا إلغاءه لولاية الإجبار بالنسبة لزواج المرأة الرّاشدة.

3-وقوف المشرّع الجزائريّ متذبذبا أمام مسألة اشتراط الولي بعقد زواج المرأة، فلم يشترطه صراحة ولم يلغه صراحة وهذا من أكبر مآخذ تعديل 2005.

4-للولي على القاصر سلطة متعلقة بنفس المولى عليه من حفظه وتأديبه وتزويجه.

5-إنّ الولاية على المال تمكّن الوليّ من عقد التصرفات المتعلّقة بالمولى عليه دون الحاجة لموافقة هذا الأخير شرط التصرّف فيه بوجه يحفظ مصلحة القاصر وأمواله و بالاطار الذي رسمه المشرع له.

6-التناقض بين نصيّ القانون المدني وقانون الأسرة في مسألة إجازة الوليّ؛ فالأول أقرّ بعدم إجازته والثاني نص بالمادة 83 ق أ على الإجازة، إلاّ أنّه في ظل هذا التناقض فلا يكون إلاّ تطبق ق أ، وذلك عملاً بالقاعدة القائلة أنّ الخاص يقيّد العام، فالقانون المدني هو الشريعة العامة.

7- إصابة المشرّع الجزائريّ بوضعه ضابط لتصرفات الوليّ على أموال القاصر وهو معيار الرجل الحريص وتقييد جملة من التصرفات التي كيّفت بالخطورة بإذن القاضي وإلّا عدّت باطلة.

8-عدم تعيين المقصود من عبارة بيع المنقولات الخاصة، والتي يتطلب من الولي إذنا خاصا من القاضي بموجب المادة88 ق أ ج، فكان لزاما على المشرع وضع معيار له لتفادي الإشكال على الأولياء و الموثقين وكذا القضاة.

9-الإختصار والاقتضاب بأحكام الولاية رغم كونها النيابة الأصلية والإلزامية فتميّزت أحكامها بالشمولية والتعميم، إن لم نَقُل الغموض بكثير من الأحكام.

10-لقد أصاب المشرّع الجزائريّ بنصّه بموجب قانون 08-09 على إجراءات الولاية بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، لكن ما يعاب عليه كونه جاء مباشرة بتنظيم مسألة إنهاء الولاية دون الإشارة إليها بمبتداها فأين الإجراءات المتعلّقة بتعيين الوليّ؟

11-عدم تعرّض المشرّع لحالات سحب الولاية رغم نصه على أصحاب الحق في طلبه بقانون الإجراءات المدنية والإداريّة.

12-الاختلاف بسن الترشيد بين كل من قانون الأسرة والقانون التجاريّ، فالأول قدّره بـ13سنة وهو سن التمييز، أمّا الثاني فحدّده بـ18 سنة كاملة، فكان من الأجدر توحيده لإزالة هذا الغموض.

13-التعارض بين النص العربي والفرنسي بالمادة 89 ق أ ج فبالنص العربي شمل البيع بالمزاد العقار فقط أمّا بالنص الفرنسي فلم يحدد وشمل بيع العقار والمنقول.

لكن مع ذلك يمكن الاعتراف ببعض الحماية التي حاول المشرع فيها رعاية القاصر خاصة من الناحية المادية وهذا أهم ما جاء بها:

- اعترافه للقاصر بالحق في الوصية والهبة حتى وهو جنين، واعتباره لأعمال التصرف ضارة ضررا محضا، فحتى ولو أقدم على القيام بها فإنّ مصيرها البطلان المطلق.
- حمايته لإدارة أموال القاصر خلال تقريره للولاية بنوعيها الأصلية والمكتسبة، بل وحدد الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية؛ والأشخاص الأحق لهم اختيار الوصي.
- اعتراف المشرع للأم بالولاية يعد حماية للقاصر، بالرغم من زعزعته لأحكام الشريعة الإسلامية، على أساس أنّ الأم أكثر الأشخاص شفقة على ولدها القاصر من غيرها خاصة وأن المرأة اليوم مثقفة وقادرة على مصاعب الحياة أكثر من ذي قبل.
- إنّ المشرع لم يجعل سلطات الولي على إطلاقها، سواء كان الولي أصليا أو نيابيا وإنما أخضعها لنظام الرقابة القضائية، خاصة بعض التصرفات المؤثرة بالذمة المالية ومنها ما ذكر في المادة 88 ق أ.
- ورغبة في عدم ضياع أموال القاصر، فإنّ المشرع جعل سبيلا لمواجهة الوليّ بسبب التعارض الذي يمكن أن يحصل بين مصالحهما، وذلك من خلال سلطة القاضي لتعيين متصرف خاص يتولى إدارة أموال القاصر محل الولي، لغاية زوال هذا التعارض.
- وإجمالا لهذه الحماية المرجوة من طرف المشرع الجزائري، فقد عمِل على سنّ قانون خاص يعالج الحماية القانونية للطفل القاصر في سنة 2015 وهو قا.15-12 ولاشكّ أنّ هذا ما يعزز هذه الحماية وكذا حقوق الطفل بضمانها من عدم الإهدار أو المساس بها، ضف أنّ حماية المشرع للقاصر ظاهرة جليّا في جميع قوانين التشريع الجزائري سواء ق أ، ق م، ق ع، ق إ م إ، ق ت...

لكن بالرغم من المساعي المبذولة من المشرّع الجزائريّ لتحقيق الحماية الكافية للقاصر وحقوقه إلّا أنّه وبعد الدراسة لهذا الموضوع لمسنا ثغرات بأحكام الولاية، لذا ارتأينا وضع بعض الاقتراحات التي رأينا كون تطبيقها على الواقع سيسهم بتفعيل الحماية المرجوة من هذه النيابة الشرعية سنعرض هذه الاقتراحات راجين أخذها بعين الاعتبار:

1-إعادة النظر في نصوص وأحكام الولاية، لضبطها و عدم ترك أي غبار عليها، وذلك بإحكام النصوص المتعلقة بها، ولما لا تخصيص قانون يجمل كل أحكامها.

2-إضافة مادة جديدة تنص على شروط استحقاق الولاية وموانعها، أو حتى الإحالة لها بموجب المادة 93 ق أج المتعلقة بشروط الوصيّ فالولاية هي النيابة الأصلية لا الوصاية.

3-على المشرّع الجزائريّ تدارك الفراغ القانوني الذي جاء بعد تعديل 2005 بما يخص الإرضاع فهو لم يكن مشترطا فقها فقط بل واجب شرعاً، وعليه لزم تدخل المشرّع وتصحيح ما جاء به بموجب قانون 05-02.

4-مقارنة بما جاءت به الشريعة الإسلامية سجّلنا قصورا بأحكام الحضانة، بالرغم ما للقاضي من سلطة بإسنادها واسقاطها عملا بمصلحة المحضون، فلزام تدخل المشرّع لتوجيه القاضي ليكفل مصلحة المحضون حسب معايير خاصة، وكذا إعادة النظر بترتيب الحاضنين.

5- بالرغم من وجود المادة 222 ق أ التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة إلاّ أنّه كان من الضروري على المشرع الجزائري التدخل لاستدراك الوضع بالنسبة لأجرتي الحضانة والرضاعة فهما من الحقوق المالية للطفل، لكن نلاحظ إهمال المشرّع وعدم ذكره لهما.

6-تعديل المادة 88 ق أ ج بإضافة قيد الإذن على المبادلة فالمشرع سكت عن ذكرها ضمن الحالات التي تستلزم الإذن رغم أنّها لا تقل أهمية عن التصرفات المذكورة.

7-وضع ضابط ثابت لتحديد وتقدير مصطلح بيع المنقولات الخاصة، التي أدرجها ضمن التصرفات الخاضعة لإذن القاضي، فالمقصود من عبارة المنقولات الخاصة غامض وصعب التحديد، كأن يتم تحديد قيمة مالية إذا بلغتها تلك المنقولات أو جاوزتها اشترط الإذن.

8-التدخل لاشتراط خبير بالنسبة للمعاملات التي قيّدت بإذن القاضي وهذا لتوضيح الصورة بالنسبة للقاضي.

9-تدخل المشرع لتحديد القاضي المختص بتقديم الإذن و فحص مدى ضرورته وصلاحيته بالنسبة للقاصر.

10-تعديل نص المادة 101 ق م بما يتناسب مع المادة 83 ق أ، كون هذه الأخيرة تكفل أكبر حماية للقاصر، حيث تسمح له باكتساب خبرة و تجربة من نتائج المعاملات من جهة ومن جهة أخرى ،أنّ ذلك التصرف الذي يقوم به لا يعدّ نافذا إلاّ بإجازته من طرف وليّه.

11-توحيد سن الترشيد بين مختلف القوانين، فالقانون التجاري حدّده بـ18 سنة وبقانون الأسرة بين13و19سنة، وهذا ما يسهّل التلاعب بحقوق القاصر الماليّة، فكان من الأجدر وضع سن معقول كـ 16 سنة مثلا.

12-استدراك التناقض بين منح الولاية للأم، ومنعها من الإيصاء ما يثبت لنا من جديد كون نصه على ولاية الأم لمجرّد نتيجة لضغوطات من جهات معيّنة.

13-كان على المشرع التدخل لتحديد حالات سحب الولاية، سواء بشكل نهائي أو مؤقت ذلك لرفع الغموض والتردد عن قاضي.

14-كان على المشرع الجزائري السير على نهج نظيره المصري، الذي خصص لموضوع الولاية قانونا خاصا به تحت عنوان الولاية على المال، حيث أنّ موضوع النيابة الشرعية بصفة عامة والولاية بصفة خاصة يضم شريحة ضعيفة في المجتمع، ممّا يستدعي التدقيق والتفصيل في أحكامهم ،من اجل فعالية و نجاعة الحماية المقصودة من طرف المشرع، لذلك يرجى منه اعادة النظر في هذا الجانب ، بجمع أحكام الحماية القانونية للقاصر ومن في حكمه المتفرقة في شتى القوانين، وسنّها في تقنين واحد وموحد، جامعا ومانعا لمختلف الاحكام و الضوابط المنظمة لآليات حماية المحجور عليهم ن بما فيهم القاصر.

قائمة المراجع

❖ **باللغة العربية:**

- **القرآن الكريم**

I-الكتب

1. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

2. أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة الجديد الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج، دار الثقافة، الأردن، 2012.

3. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1997.

4. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

5. إسماعيل نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصيّة فقه النكاح، دار الميسرة، عمان، 2010.

6. إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، دار الأمل، الجزائر، 2014.

7. الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربيّة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1982.

8. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصيّة، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن.

9. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإداريّة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011.

10. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم لنشر، الجزائر، 2006.

11. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

12. _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، الميراث والوصيّة، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

13. بلقاسم شتوان، النيابة الشرعيّة في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، قسنطينة، 2011.

14. جمال الضمراني، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

15. حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصيّة أحكام عقد الزواج، 2001.

16. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2006.

17. رمضان علي السيّد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

18. سامية منسي، المرأة وتنظيم الأسرة في الإسلام، دار الفكر العربي، دمشق، 1996.

19. سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإداريّة الجديد بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيقه، ج1، دار الهدى، الجزائر، 2011.

20. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، المجلد1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،1998.

21. صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم للملايين، بيروت، د س ن.

22. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

23. عباس الصرّاف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، نظرية القانون، نظرية الحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

24. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر،2009.

25. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائريّ، ط2، دار البعث، الجزائر، 1989.

26. _____، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق، دار هومه، الجزائر، 2007.

27. عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلامية الزواج، دار الدولية، القاهرة، 2004.

28. عبد الفتاح تقية، مباحث من قانون الأسرة الجزائريّ من مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، الجزائر،2000.

29. عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، الجزائر، د س ن.

30. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار هومه، الجزائر، 2010.

31. عدنان حسن صالح، مسؤولية الأب المسلم في تربية الولد، ط6، دار المجتمع للنشر والتوزيع، جدة، 1997.

32. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائريّ الزواج والطلاق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

33. علي حسب الله، الولاية على المال والتعامل بالدين، معهد البحوث والدراسات العربيّة، القاهرة، 1967.

34. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنّة، ط2، دار النفائس، الأردن، 1997.

35. عمورة عمار، شرح القانون التجاري الجزائريّ، دار المعرفة، الجزائر، 2010.

36. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائريّ في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1985.

37. كمال حمدي، الأحكام القانونيّة في الولاية على المال، الإسكندرية، 1997.

38. كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، 1982.

39. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، 1970.

40. محمد أحمد سلاج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلاميّة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د س ن.

41. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنيّة للكتاب، الجزائر، 1985.

42. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

43. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصيّة، ط9، دار محمود للنشر، مصر، 1999.

44. محمد كمال حمدي، الولاية على المال، ج2، دار المعارف، مصر،1967.

45. _____، الولاية على المال، دار الكتاب الحديث، الاسكندريّة،1987.

46. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1977.

47. محمود جلال حمزة، العمل غير مشروع باعتباره مصدر للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1985.

48. المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائريّ، دار هومه، الجزائر،2010.

49. مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلاميّة، منشورات جامعة سبها، ليبيا، 2001.

50. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

51. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.

52. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، 1989.

53. _____، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق، 1989.

II –المذكرات العلمية

1.عبد العزيز بوذراع، الحماية القانونية لأموال القاصر ودور القاضي في ذلك، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر2007.

2.غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائريّ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمّق، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان 2014.

3.مدني هجيرة نشيدة، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر2012.

III– المقالات

1. أحمد حماني، "حقوق الطفل في القرآن الكريم"، مجلة الصراط، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، الجزائر، السنة1، العدد2، 2000.

2. ليلى عبد الله سعيد، "حقوق الطفل في محيط الأسرة"، دراسة مقارنة مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة8، العدد3، 1984.

3. محمد زرمان، "حقوق الطفل في الشريعة الإسلاميّة"، مجلة الصراط، كلية أصول الدين، جامعة قسنطينة، الجزائر،العدد2، السنة25.

4. علي فيلالي، "المسؤولية المدنية للطفل"، المجلة الجزائرية القانونية والسياسية لكلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد41، 2000.

IV– المحاضرات

1. محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1992.

2. خوادجية سميرة حنان، محاضرات في النيابة الشرعية، ألقيت على طلبة سنة أولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة.

V- النصوص القانونية

❖ **الدستور**

- دستور1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 جمادى الأول عام1437، الموافق لـ06 مارس 2016، والمتضمن التعديل الدستوري.

VI- النصوص التشريعية

1. أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، مؤرخ في 30 سبتمبر1975، المعدّل والمتمم بالأمر07/05 ، مؤرخ في 27 فبراير2005.
2. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر، ع 49، مؤرخ في 11جوان 1966 ، معدل ومتمم بالقانون 14-01 المؤرخ في 4 فبراير2014.
3. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ع24 المؤرخ بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر ع 15، الصادرة بتاريخ27 فيفري 2005 .
4. قانون رقم09/08 مؤرخ في 25 فبراير2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر ع21 مؤرخ في 23 أفريل 2008.
5. قانون 12/15 مِؤرخ في 15 يوليو2015، متعلق بحماية الطفل، ج رعدد39، مؤرخ في 19 يوليو 2015.

VII- الاجتهاد القضائي

1. المحكمة العليا، غ.أ.ش1992/01/05، ملف رقم80160، م.ق،1995، ع1، ص177.
2. المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم84559، م.ق،1995، ع.1، ص110.
3. المحكمة العليا، غ. أ. ش، 1988/12/19، ملف رقم51282، م.ق،1991، ع.2، ص63.

فهرس المحتويات

شكر وتقـديــر

إهـــداء

قائمة المختصرات.

مقدمة..... 02

الفصل الأول: الإطار العام للولاية على القاصر..... 08

المبحث الأول: مفهوم الولاية على القاصر..... 09

المطلب الأول: المقصود بالولاية..... 09

الفرع الأول: تعريف الولاية..... 10

أولا: تعريف الولاية لغةً..... 10

ثانيا: تعريف الولاية اصطلاحا..... 10

ثالثا: تعريف الولاية قانونا..... 11

الفرع الثاني: خصائص الولاية على القاصر..... 12

أولا: الولاية نيابة قانونية..... 12

ثانيا: الولاية نيابة أصلية..... 13

ثالثا: الولاية نيابة إلزامية..... 13

رابعا: الولاية نيابة شرعية..... 14

المطلب الثاني: الصغر كسبب للولاية..... 14

الفرع الأول: تعريف القاصر ومراحل سنّه..... 14

أولا: تعريف القاصر..... 14

ثانيا: مرحل سنّ القاصر..... 16

الفرع الثاني: حكم تصرفات القاصر..... 19

أولا: حكم تصرفات القاصر غير المميز..... 19

ثانيا: حكم تصرفات القاصر المميز..... 21

ثالثا: حكم تصرفات القاصر المرشّد..... 23

المطلب الثالث: تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة لها..... 24
الفرع الأول: تمييز الولاية عن الوصاية..... 24
أولا: تعريف الوصاية..... 24
ثانيا: شروط الوصاية..... 25
ثالثا: أنواع الوصاية..... 26
رابعا: انتهاء الوصاية..... 27
خامسا: أوجه التفرقة بين الولاية و الوصاية..... 28
الفرع الثاني: تمييز الولاية عن الكفالة..... 28
أولا: تعريف الكفالة..... 28
ثانيا: أحكام الكفالة..... 29
ثالثا: آثار الكفالة..... 30
رابعا: أوجه التفرقة بين الولاية و الكفالة..... 30
الفرع الثالث: تمييز الولاية عن القوامة..... 31
أولا: تعريف القوامة..... 31
ثانيا: أسباب الحجر..... 31
ثالثا: آثار الحجر..... 33
رابعا: أوجه التفرقة بين الولاية والقوامة..... 34
المبحث الثاني: أنواع الولاية على القاصر..... 35
المطلب الأول: الولاية على النفس..... 35
الفرع الأول: الحضانة و الرضاعة..... 36
أولا:الحضانة..... 36
ثانيا:الرضاعة..... 41
الفرع الثاني: حسن تنشئة القاصر..... 42
أولا: رعاية و تربية الصغير..... 42

ثانيا: تعليم الصغير..... 44
ثالثا: حفظ الصغير..... 45
رابعا: تأديب الصغير..... 46
الفرع الثالث: تزويج القاصر..... 48
أولا: تعريف الولاية في الزواج..... 49
ثانيا: أسباب الولاية في الزواج..... 49
ثالثا: أنواع الولاية في الزواج..... 52
رابعا: الحكمة من شرعية ولاية التزويج..... 62
المطلب الثاني: الولاية على المال..... 64
الفرع الأول: تعريف المال و أقسامه..... 65
أولا: تعريف المال..... 65
ثانيا: أقسام المال..... 66
الفرع الثاني: أقسام الولاية على المال..... 68
أولا: الولاية على المال من حيث العموم والخصوص..... 68
ثانيا: الولاية من حيث الذاتية و الاكتساب 69
الفرع الثالث: شروط الولاية على المال..... 70
أولا: الشروط العامة للولاية على المال..... 70
ثانيا: الشروط الخاصة للولاية على المال..... 71
الفصل الثاني: أحكام الولاية على القاصر..... 73
المبحث الأول: استحقاق الولاية..... 74
المطلب الأول: الولي كنائب شرعي على القاصر..... 74
الفرع الأول: تعريف الولي..... 75
أولا: الولي لغة..... 75
ثانيا: الولي اصطلاحا..... 75

الفرع الثاني: شروط الولي..... 75
أولا: الشروط المتفق عليها..... 76
ثانيا: الشروط المختلف فيها..... 77
المطلب الثاني: ترتيب الأولياء و صلاحيتهم..... 79
الفرع الأول: ترتيب الأولياء على القاصر..... 80
أولا: ترتيب الأولياء على المال..... 80
ثانيا: ترتيب الأولياء على النفس..... 83
الفرع الثاني: صلاحيات الولي على القاصر..... 86
أولا: أعمال الحفظ والصيانة..... 86
ثانيا: أعمال الإدارة و الإنتفاع..... 87
ثالثا: إجازة تصرفات القاصر..... 88
المبحث الثاني: الحماية القانونية للمولى عليه..... 89
المطلب الأول: حدود سلطات الولي المقيّدة بإذن المحكمة..... 89
الفرع الأول: التصرف في العقار و المنقول..... 90
أولا: التصرف في العقار..... 90
ثانيا: التصرف في المنقول..... 95
الفرع الثاني: استثمار أموال القاصر..... 96
أولا: استثمار أموال القاصر بالإقراض و الإقتراض..... 96
ثانيا: استثمار أموال القاصر بالمساهمة في شركة..... 97
المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال الولي..... 99
الفرع الأول: جزاء تصرفات الولي المجاوزة لسلطاته..... 99
أولا: حكم التصرفات الضارة ضررا محضا..... 99
ثانيا: حكم تصرفات الولي دون استئذان القاضي..... 100
الفرع الثاني: سلطة القاضي عند تجاوز الولي سلطاته..... 102

أولا:العزل..... 102
ثانيا:الضمان..... 103
المبحث الثالث: نهاية الولاية..... 104
المطلب الأول: انتهاء الولاية بقوة القانون..... 105
الفرع الأول: الأسباب المؤبدة لنهاية الولاية..... 106
الفرع الثاني: الأسباب المؤقتة لنهاية الولاية..... 106
المطلب الثاني: انتهاء الولاية بحكم القضاء..... 108
الفرع الأول: وقف الولاية..... 108
الفرع الثاني: سحب الولاية..... 114
الفرع الثالث: مركز القاصر بعد وقف أو سحب الولاية..... 115
أولا: انتقال الولاية إلى الأم..... 115
ثانيا: انتقال الولاية من الولي الأقرب إلى الأبعد..... 117
ثالثا: انتقال الولاية إلى القاضي..... 118
المطلب الثالث: إجراءات انتهاء الولاية..... 119
الفرع الأول: الإجراءات العامة..... 120
الفرع الثاني: الإجراءات التي يقوم بها الولي..... 122
خاتمة..... 124
قائمة المراجع..... 130
فهرس..... 130

ملخص

إنّ الولاية من السبل التي عمدها المشرّع الجزائريّ لحماية القصّر وصيانة أموالهم بوصفها نيابة إلزامية أصليّة قد منحها الشرع والمشرّع لولي اكتملت به الشروط اللّازمة على ابنه القاصر وكان هذا الأخير حسب الأمر 05-02 المعدل والمتمم للأمر84-11بالمادة87 منه قد كيّفه كونه الأب كما تحل الأم محله في حالات معيّنة، وخوّل القانون الجزائري على غرار الفقه الإسلامي سلطات له على نفس ومال القاصر شريطة تصرّفه في أمواله تصرّف الرجل الحريص، لكن المشرّع لم يكتفي بهذا المعيار فحسب بل قيّد مجموعة من التصرفات بإذن القاضي نظرا لخطورتها، وتفعيلا لكل هاته الأحكام الموضوعية فإنّ المشرّع قد جاء بالجانب الإجرائيّ بموجب قانون 08-09 المتضمّن ق إ م إ وجاء به موضحا أصحاب الحق السحب، كما بيّن به سلطات ودور القاضي بحماية أموال القاصر.

لكن رغم محاولة المشرّع الإلمام بكافة جوانب الولاية إلّا أنّها تبقى غير شاملة لكل أحكام هذه النيابة الإلزامية بحيث ميّزها العموم والغموض، وكثرت بها الثغرات ما يدفعنا للقول بإلزامية تدخل المشرّع لضبط كل أحكام هذه الأخيرة خاصة بظل حساسية الفئة المعنيّة.

Résumé

La tutelle est l'une des voies instituées par le législateur pour la protection des mineurs et la sauvegarde de leurs biens.

Elle est octroyée par la chariaa et le droit positif a un tuteur remplissant les conditions obligatoires sur son enfant mineur, et que ce dernier conformément a l'ordonnance 05/02 modifiant et complétant l'ordonnance 84/11 en son article87 a qualifié le tuteur étant le père suppléée par la mère dans des cas précis.

Le droit algérien lui a accordé a l'instar de la théologie musulmane des pouvoirs sur le mineur et ses biens, à condition que ces actes soient au mieux de l'intérêt de l'enfant. Ne s'étant pas contenté de cette condition le législateur a lié un ensemble d'actes a l'autorisation préalable du juge vu sa gravité, et en vue de consacrer ses dispositions le législateur a conféré par la loi 08/09 un caractère procédural et a déterminé les ayants droit au retrait de la tutelle, et a défini les prérogatives et le rôle du juge pour la protection des biens du mineur.

Il s'avère que malgré les efforts de la législation algérienne de cerner tous les aspects de la tutelle on constate quelques failles dues a l'opacité et la généralité, en conséquent on recommande l'intervention urgente du législateur afin de réguler ces dispositions au vu du caractère sensible de cette tranche de la société.