

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس في العلوم القانونية و الادارية
بعنوان:

أحكام الولاية في القانون الجزائري

تحت إشراف الأستاذ:
مفتاح لعيد

من إعداد الطالبة:
* بلخضر عبد الكريم
* بن شيخ سهام
* بن خالد محمد مصطفى

السنة الجامعية:

2010-2011

مقدمة

يعيش الإنسان داخل بيئته الإجتماعية وفق قواعد وأنظمة معينة تحدد حقوقه وواجباته ضمانا للإستقرار والتوازن الإجتماعي، فلإنسان في كنف المجتمع الحق في سلامته الجسدية والمادية والمعنوية، من كل ضرر أو أذى، وفي سبيل ذلك فقد وجدت عدّة أنظمة قانونية تكفل إعادة التوازن الطبيعي بين حق الإنسان في سلامته وسلامة أمواله وبين الضرر الذي تعرض له جرّاء الاعتداء عليه، ومن هذه الأنظمة نجد نظام المسؤولية بصفة عامة. وقد حدد القانون المدني الجزائي بداية الشخصية الطبيعية للإنسان بثبوت ولادته حيا، و نهايتها بالوفاة، إلا انه في مرحلة من هذا العمر قد يحتاج الإنسان إلي من يقوم بحمايته حتى بولوجه سن الرشد أو بعده.

والهدف من سن القوانين هو وضع إطار شرعي للعلاقات بين الأفراد يبين حقوق كل شخص والتزاماته، فإذا زاغ الشخص عن هذا الإطار تحركت آلة الحماية ممثلة في السلطة القضائية التي عهد لها حل النزاعات المختلفة.

ومن الأشخاص الذين حظوا بعناية التشريع فئة القصر و المصابين بإحدى عوارض الأهلية، لأن الطفل إنسان المستقبل، وقد أدركت النظم السياسية والاجتماعية والتربوية المعاصرة هذه الحقيقة فاهتمت به سواء في دساتيرها أو قوانينها أو نظمها، ولقد جاء في المواثيق الدولية بالطفل، إذ أعلنت الأمم المتحدة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن للطفولة الحق في رعاية ومساعدة خاصتين.

والإنسان يحتاج من يعتني به، لكونه عاجزا و غير مدرك لمصلحته بسبب فقدان أو نقصان أهليته، فكان لابد إذا من إسناد مصالحه و القيام بشؤونه إلى غيره، و القاصر الذي تعنيه دراستنا والتي تقتصر على الولاية على النفس و على المال.

و لقد تطرق المشرع الجزائري لهذا بصياغته لأحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة، فالقصر و المصابين بإحدى عوارض الأهلية يقر لهم القانون الحق في تعيين أشخاص يقومون برعاية مصالحهم و القيام عنهم بالتصرفات الشخصية و القانونية و ذلك بأحكام شرعية تحفظ لهم حقوقهم و تكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث اتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم و تدبر رضاعتهم و حضانتهم و الإنفاق عليهم و إدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم . و قد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع، و تتم هذه الرعاية عن طريق الولاية و الوصاية و التقديم.

فالولاية شرعت أساسا من أجل حماية القاصر و المصابين بإحدى عوارض الأهلية و لذا فهي وثيقة الصلة بإنعدام الأهلية لديهم، و التي نقصدها في دراسة أحكام الولاية. و الولاية نوعين: ولاية على النفس و تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من حفظ

و تعليم و تربية و تطبيب و تزويج، و ولاية على المال تكون في التصرفات المتعلقة بالمال، و هذا ما يميز الولاية عن النفس عن الولاية على المال فالأولى أوسع من الثانية بحيث تتعدى إلى نوي الأرحام و النساء.

و ما نحاول تسليط الضوء عليه في دراستنا المتواضعة هو بحثنا حول الولاية على النفس و الولاية على المال و إبراز مواطن تفعيل الحماية و على من تجب .

و تبيان دور من يقوم بهذه الحماية و كذلك الدور الذي يلعبه القاضي في هذا المجال، لاسيما في مراقبة الولي عند قيامه بالتصرفات في الأمور المالية.

و تتضح أهمية اختيارنا لهذا الموضوع في كونه يثير العديد من إشكالات التطبيق، و نكشف عنه بشيء من التعمق مخصصين بحثنا حول الولاية على النفس و الولاية على المال، بإضافة إلى المساهمة في بناء دراسة خاصة في هذا الموضوع من أجل إثراء المكتبة القانونية بهذه المذكرة لكون أن هذا الموضوع هام و يحظى باهتمام رجال القانون و خاصة في نطاق العمل القضائي.

و أما عن الصعوبات التي اعترضت سبيلنا خلال إنجاز هذه الدراسة فتكمن في قلة المراجع الجزائرية، حتى وإن وجدت فإنها عالجت الموضوع بطريقة سطحية وجد مختصرة، وخاصة فيما يتعلق بالولاية على المال.

ولكي نفي هذا الموضوع حقه ارتأينا معالجة هذا الموضوع المتواضع وفقا للإشكالية التالية:

- ما المقصود بأحكام الولاية في القانون الجزائري؟

- و ما هي الولاية على النفس و الولاية على المال؟

- من القائم بالنيابة الشرعية؟ و ما هي حدود سلطته؟ و من لهم الحق بالولاية؟

- و ما هو دور القاضي في النيابة الشرعية؟

و للإجابة على هذه الأسئلة بالاعتماد على المنهج التحليلي، ارتأينا عرض الموضوع

في الخطة الآتية التي قسمناها الى فصلين:

الفصل الأول: أحكام الولاية على النفس.

الفصل الثاني: أحكام الولاية على المال.

الفصل الأول: أحكام الولاية على النفس

يحتاج الإنسان منذ ولادته إلى من يتولى شؤونه حتى تكتمل أهليته و يتمكن بذلك من الاعتناء بنفسه لوحده، و يستطيع بذلك إدارة أموره، و نظرا لقلّة خبرة الفتاة و لعدم احتكاكها في الحياة اليومية بمجتمع الرجال، تثبت الولاية على النفس تحقيقا لمصلحة المولى عليه حيث يتولى عنه الأمور التي تتعلق بنفسه و التي يعجز عن إدراك وجه الخير فيها، و لكن من تكون له الولاية على نفس التي انتهت حضانتها⁽¹⁾.

الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة و

حفظ

و تأديب و تعليم و تزويج⁽²⁾.

لذلك نتعرض في هذا الفصل إلى موجبات الولاية على النفس في المبحث الأول، أما في الثاني نتطرق لأنواع الولاية على النفس.

(1) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 55.
(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء 7، دار الفكر دمشق، ط 2، ص 746.

المبحث الأول: موجبات الولاية على النفس.

باعتبار أن الولاية على النفس لا تجب إلا على من هو صغير السن و قد تزيد عن ذلك إلى ما بعد سن الرشد و هذا ما نجده في عوارض الأهلية.
و عليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى حداثة سن الشخص في المطلب الأول، بحيث نستعرض فيه الأهلية و أنواعها، ثم إلى حالات الحجر في المطلب الثاني.

المطلب الأول: حداثة سن الشخص.

نتعرض في هذا المطلب إلى الأهلية في الفرع الأول، و أنواعها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الأهلية

الأهلية في اللغة: الصلاحية، و في اصطلاح الفقهاء: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له و وجوبها عليه، و صحة التصرفات منه (1). و في نفس المعنى، عرفها البعض أنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، و التي تنتج آثارها في حقه هو (2).

إن ما يعنينا كأفراد في هذا المجتمع بصفة خاصة، هو معرفة الأهلية اللازم توفرها لإمكان مباشرة التصرف القانوني أو اتخاذ الإجراء القضائي، إذ يهم الشخص قبل إبرام عقد ما معرفة ما إذا كان القانون يجيز له ذلك، و ما إذا كان الطرف الآخر في العقد أهل للقيام به، و هذا لما يقرره التعاقد من حقوق و ما يفرضه من التزامات (3).

فالأهلية إذن هي في جوهرها مسألة سن و عقل و تدبير، ذلك لأن الشارع رأى أن الأفراد لا تتوافر لديهم الصلاحية للمعاملات إلا متى بلغوا سنا معينة تكفل لهم من النضوج ما يمكنهم من رعاية مصالحهم. و الشارع إذ يمنع بعض الأفراد من القيام بالتصرفات القانونية كلها أو بعضها

- كما سنرى لاحقا- حسب الأحوال ينبعث غالبا عن الرغبة في حماية هؤلاء الأفراد من عديمي الأهلية أو ناقصيها، إذ أنهم لما يقوم بهم من الظروف لا يستطيعون أن يدبروا أمورهم و يحملوا مصالحهم، فلو ترك لهم الشارع باب المعاملات مفتوحا لكانت ألقاكة الضرر بهم مؤكدة (4).

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء 4، دار الفكر، ط3، ص 116.

(2) رأفت محمد حماد، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 95.

(3) محمد كمال حمدي، الولاية على المال، دار الكتاب الحديث، 1987، ص 7.

(4) جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها و أحكامها و تنازع القوانين فيها، دار الفكر العربي، 1980، ص 39.

و في الحقيقة، أن دراسة الأهلية دراسة متشعبة، فهناك الأهلية المدنية و الأهلية الجنائية، و الأهلية التجارية و الأهلية السياسية. بل أنه حتى في الميدان الدولي فهناك الأهلية الدولية. و إذا ما ولجنا في نطاق القانون المدني لنعرف الأهلية فيه يتبين أن فقه القانون المدني يميز بين أهلية الوجوب *Capacité de jouissance* و أهلية الأداء *capacité d'exercice*⁽¹⁾.

و الأشخاص عديمي الأهلية وفقا لأحكام القانون المدني و قانون الأسرة هم الأشخاص الذين يتمتعون بتدابير حماية تأخذ عدة مظاهر⁽²⁾. لذلك سوف نتطرق فيما يلي إلى أنواع الأهلية كما ذكرناها سابقا.

(1) محمد كمال حمدي، الولاية على المال، المرجع السابق، ص 7.

(2) Voir : Ghaouti Ben Melha. Le droit Algérien de la famille. OPU. P 320.

الفرع الثاني: أنواع الأهلية.

إن للشخص أهليتين يكتسب الأولى و هي أهلية الوجوب بمجرد ميلاده، أما الأهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق، و هي تمر بمراحل معينة، كما تربط بعدم إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية و سنتعرض لأهلية الوجوب ثم لأهلية الأداء.

أولاً: أهلية الوجوب.

إن أهلية الوجوب بالمعنى المتقدم هي صلاحية الشخص في تمتع بالحقوق و تحمل الالتزامات، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته⁽¹⁾. و كما تعترف التشريعات الحديثة لكل إنسان بالشخصية القانونية هذه الشخصية تبدأ بتمام ولادة الإنسان حيا (المادة 1/25 ق.مدني).

بل إن الجنين كما نعلم يمنح شخصية ناقصة قاصرة على اكتساب الحقوق التي تحقق له نفعاً بلا مقابل و التي لا يشترط لاكتسابها موافقة المستفيد منها⁽²⁾. و الأصل أن يتمتع جميع الأشخاص بأهلية وجوب كاملة، تنطوي على جانبيين: جانب ايجابي: هو الصلاحية لكسب الحقوق.

جانب سلبي: هو لتحمل الالتزامات⁽³⁾.

و لكن قد يرد على إطلاقها بعض القيود التي تحد منها، فيتدخل المشرع أحيانا للحد بصفة جزئية من الشخصية القانونية للإنسان أو بعبارة أخرى من أهلية وجوبه، و من ذلك مثلا أن الصبي غير المميز يمنع عليه و من ينوب عنه (الولي أو الوصي)⁽⁴⁾ و أن يتصرف في أمواله بلا مقابل.

(1) محمدي فريدة-زواوي، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرعاية، الجزائر، 1977، ص 75.

(2) شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ص 46.

(3) سوف نتطرق لأحكام الولاية و الوصاية لاحقا، راجع المبحث الأول من الفصل الثاني من هذا البحث.

و هنا نجد أن المشرع حماية منه للصغير و من في حكمه سلبه أهلية الوجوب بالقدر الذي يحرم عليه و على من ينوب عنه قانونا أن يتبرع بماله⁽¹⁾.

و لكن يثبت له بعض الحقوق، و هذه الأخيرة هي فقط التي لا تحتاج في وجودها إلى قبول و هي: الميراث⁽²⁾، الوصية⁽³⁾، و الوقف إن كان شرط الواقف يدل على ذلك⁽⁴⁾، أما الحقوق التي يحتاج ثبوتها إلى إيجاب و قبول كالهبة مثلا⁽⁵⁾ فلا تثبت له.

إذن فالحقوق المالية الثلاثة التي سبق ذكرها (الميراث، الوصية، و الوقف) ليست للجنين فيها ملكية نافذة في الحال بل تتوقف على ولادته حيا، و إن ولد ميتا رد نصيبه إلى أصحابه المستحقين له.

ثانيا: أهلية الأداء.

و هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه بنفسه و الالتزام بالالتزامات المالية بنفسه، فهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب الأثر القانوني الذي يريده⁽⁶⁾.

و أساس ثبوتها أو مناط هذه الأهلية هو التمييز أو العقل و الإدراك، فمن تثبت له أهلية الأداء صحت عبادته الدينية كالصلاة و الصوم، و تصرفاته المدنية كالعقود⁽⁷⁾.

و عليه فإن أهلية الأداء تختلف عن الولاية (و التي سندرس أحكامها لاحقا)، فالولاية (ولاية الولي أو الوصي) هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي تنتج آثارها في حق الغير (القاصر)، فهي سلطة شرعية تقوم على ترخيص من القانون تجعل للشخص الحق في أن يقوم بعمل ينتج أثره في حق شخص آخر، أما أهلية الأداء فهي كما ذكرنا صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية.

(1) محمد حسنين منصور، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 2، 1993، ص 70.

(2) (3) (4) (5) المادة 173، 187، 218، 206 من قانون الأسرة.

(6) فريدة - زواوي، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق، ص 76.

(7) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 4، المرجع السابق، ص 121.

و التي تنتج آثارها في حقه هو، مما يترتب على هذه التفرقة (1) : أن فقدان أهلية الأداء يؤدي إلى بطلان العمل القانوني، أما فقدان الولاية فيؤدي إلى عدم نفاذ هذا العمل في حق من يقصد التزامه به، لأن القاعدة العامة في القانون أن الشخص لا يستطيع بإرادته أن يلزم إلا نفسه ما لم يتصرف عن الغير بتفويض صحيح منه أو من القانون.

لقد جعل المشرع التمييز كما رأينا من خلال المطلب الأول من المبحث الأول مناط الأهلية، و لذلك فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام هي:

أ/ أهلية أداء كاملة.

ب/ أهلية أداء ناقصة.

ج/ أهلية أداء معدومة.

و بالتالي فالأهلية تتأثر بإحدى العوامل الثلاثة التالية: السن، عوارض الأهلية، و موانعها.

(1) رأفت محمد حماد، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 95-96.

المطلب الثاني: عوارض الأهلية.

إذا بلغ الشخص سن الرشد و لم يكن متمتعاً بقواه العقلية كما إذا كان مصاباً بجنون أو عته، فإن أهليته لا تكتمل حتى لو لم يصدر حكم بذلك، إذ مثل هذه العوارض تذهب بادراك الشخص و تمييزه، أما إذا كان مصاباً بسفه أو غفلة فإن أهليته تكتمل ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه سن الرشد بغير ذلك⁽¹⁾.

و المشرع الجزائري ذكر العوارض التي تصيب الأهلية ووزع أحكامها بين القانون المدني وقانون الأسرة فذكر عوارض الأهلية في القانون المدني ونص في المادة 78 منه على أن: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون " و جعل هذه العوارض في قانون الأسرة أسباباً للحجر إذ نص في المادة 101 من قانون الأسرة على أن " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري جعل عوارض الأهلية في القانون المدني هي الجنون والعتة، والسفه والغفلة وذلك في نص المادتين 42 و 43 منه واقتصر في قانون الأسرة على ذكر الجنون والعتة والسفه فقط كأسباب للحجر في نص المادة 101 من قانون الأسرة و هو ما نرجئ تفصيله إلى حينه.

وستنظر في الفرع الأول للجنون والعتة وفي الفرع الثاني للسفه و الغفلة.

(1) محمدي فريدة-زواوي، مدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الأول: الجنون و العته.

تنص المادة 81 من قانون الأسرة على أن " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر

السن

أو جنون، أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام القانون".

و تنص المادة 101 من نفس القانون " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه." يتبين من خلال المواد المذكورة أعلاه أن المشرع الجزائري جعل الجنون والعته سببين من أسباب الحجر على الشخص الذي أصيب بأحدهما. إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف الجنون والعته وهذا ما يدفعنا إلى اللجوء إلى التعريفات التي توصل إليها و الفقهاء، وقد عرفه الأستاذ محمد أبو زهرة **الجنون** بأنه: " مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها الصحيح ويصاحبه اضطراب وهياج غالبا"، وعرف العته بأنه مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكا صحيحا ويتميز عن الجنون بأنه يصحبه هدوء⁽¹⁾ وقد عرف العته بأنه اختلال في العقل لا يصل إلى حد الجنون ولكنه يجعل الشخص قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير"⁽²⁾. ويشترك الجنون والعته في أثرهما بالنسبة للعقل فكلاهما آفة تصيب العقل وتنقص من كماله كما أن المجنون والمعتوه كلاهما عديم الأهلية، فالمجنون إما أن يكون جنونه كلياً وشاملاً أي مستمر أو يكون منقطعاً أي أنه يمكن أن يفيق في أوقات معلومة فيأخذ حكم الراشد العاقل ويسمى في الحالة الأولى عند الفقهاء بالجنون المطبق، أما في الحالة الثانية فهو جنون قاصر أو منقطع ويرى بعض الفقهاء أن الحكم في ما إذا كان لجنونه وإفاقته وقت معلوم، أما إذا كان غير منتظم الإفاقة والجنون فيكون حكمه في حالة إفاقته كالصبي المميز لا تنفذ تصرفاته إلا إذا أجازها وليه وهو القيم عليه أما المجنون المغلوب أو المطبق فهو كالصبي غير المميز لا يخاطب بالتكاليف الشرعية ولا تصح منه العبارات، ولا تنفذ تصرفاته ولو أجازها وليه⁽³⁾.

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، طبعة 2، 1950، ص 441 .

(2) احمد شوقي محمد عبد الرحمن -النظرية العامة للحق - 2005، ص 132 .

(3) مصطفى السباعي ، الدكتور عبد الرحمن الصابوني -الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والمواريث - الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق 1977- 1978، ص 24-25.

و المجنون و المعتوه يحجر عليهما متى ثبت الجنون أو العته و يستمر مع استمرار الحالة و يزول بزوالها غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار تقسيم الجنون إلى مطبق و متقطع كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون اللبناني بل اقتصر على ذكر حالة الجنون كسبب من أسباب الحجر و ترك تقدير مدى توفر الحالة إلى القاضي نظرا لكون المسألة موضوعية، و يمكن للقاضي الاستعانة بالخبرة و رأي الأطباء.

و من خلال استقراء المواد القانونية الواردة في قانون الأسرة سيما المادة 101 منه يتبين أن المشرع الجزائري افترض إمكانية وجود حالتي الجنون و العته منذ ولادة الشخص و تستمر إلى بلوغه سن الرشد، كما يمكن أن تطرأ بعد بلوغ سن الرشد و قد قرر إمكانية الحجر عليه في كلتا الحالتين بحكم قضائي بعد بلوغه سن الرشد. و تجدر الإشارة إلى أن كل من الجنون و العته لا يؤثران في أهلية الوجوب لأنها تثبت بالذمة و الجنون و العته لا ينافيان الذمة لأنها ثابتة على أساس الحياة في الإنسان إلا أنهما يؤثران في أهلية الأداء فيعدمها لأن أهلية الأداء تثبت بالعقل و التمييز و المجنون و المعتوه عديمي التمييز لهذا كان حكمهما حكم الصبي غير المميز في تصرفاته و أفعاله.

الفرع الثاني: السفه و الغفلة.

هذه العوارض لا تصيب الإنسان في عقله من الناحية الطبية، و لكنها تصيبه في نفسه، فتضعف بعض ملكاته، و يظل السفيه و ذو الغفلة كامل الأهلية.

السفيه: هو الشخص الذي ينفق ماله على غير مقتضى العقل و الشرع، فيعمل على تبذير أمواله، و تكون تصرفاته خارجة عن المؤلف.

أما ذو الغفلة: فهو شخص كامل العقل، و لكنه طيب القلب إلى حد الغفلة، فهو كامل الأهلية و يستدل عليه في إقباله على التصرفات دون الإهتمام إلى الربح منها أو قبول الغبن الفاحش دون إدراك⁽¹⁾.

تنص المادة 101 من قانون الأسرة أن السفه سبب من أسباب الحجر لكنها لم تنص صراحة على حالة الغفلة و سنتناول ذلك ببعض التفاصيل.

لم يعرف قانون الأسرة ولا القانون المدني مفهوم السفه أو الغفلة بل اكتفى قانون الأسرة بالإشارة إلى حالة السفه فقط دون الغفلة رغم أن السفيه و ذا الغفلة مقترنان في فقه الشريعة الإسلامية وفي التقنيات المدنية العربية⁽²⁾.

(1) فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق، ص 80-81.
(2) أنظر المادتين 115 و 116 من التقنين المدني المصري والمادة 110 من التقنين المدني العراقي.

و قد تناول المشرع الجزائري حالة الغفلة في نص المادة 43 من التقنين المدني في صياغتها الفرنسية و أطلق عليها مصطلح "frappé d'imbécillité" بدل من مصطلح "étourdi"⁽¹⁾.

و قد وردت الصياغة العربية خاطئة إذ سمت ذا الغفلة معنوها فناقض المشرع نفسه لأنه اعتبر المعنوه في هذه المادة ناقص الأهلية بينما اعتبره عديم الأهلية في نص المادة 42 من التقنين المدني إذ نص فيها على ما يلي " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"، و تنص المادة 43 من نفس التقنين على أنه " كل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معنوها يكون ناقصا الأهلية"، وهنا يتضح أن المشرع الجزائري بعد أن اعتبر المعنوه عديم الأهلية بموجب المادة 42 من التقنين المدني اعتبره في نص المادة 43 ناقص الأهلية وهذا سببه أن المشرع عوض أن يضع كلمة ذا غفلة وضع كلمة معنوه وذلك خطأ منه⁽²⁾، والدليل على ذلك أن المشرع الجزائري تدارك هذا الخطأ في التعديل الذي طرأ على التقنين المدني سنة 2005 بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 28 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل، والمتمم. إذ استبدل كلمة " معنوها "في نص المادة 43 منه بكلمة" ذا غفلة " بالتالي أصبح ينص صراحة أنه من كان ذا غفلة يكون ناقص الأهلية ولكن المشرع الجزائري لم يتدارك عدم إدراج حالة الغفلة في المادة 101 من قانون الأسرة كحالة من الحالات التي تستدعي توقيع الحجر تعديله سنة 2005 لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، لذلك يستحسن تعديل نص المادة 101 وإدراج حالة الغفلة كسبب من أسباب الحجر ليوافق ذلك أحكام القانون المدني.

و فيصل التفرقة بين السفه والغفلة هو أنهما و إن كانا يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس، إلا أن الصفة المميزة للسفه هو أنه صفة تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل و الشرع.

(1) علي علي سليمان – النظرية العامة للالتزام -ديوان المطبوعات الجامعية -ص55 .

(2) محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومة، ص 56 .

و أما الغفلة تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير، كما أن الحكمة من تقرير الحجر على السفيه و المغفل هو أن السفه و الغفلة يؤديان إلى سوء المصير إذ يصير الشخص عالة على غيره بعد أن كان ذا مال، لذا رتب الحجر لمصلحة السفيه و ذي الغفلة للمحافظة على مالهما، و الحجر بسبب السفه و الغفلة كما يرمي إلى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع فإنه يرمي أيضا إلى المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين للشخص المحجور عليه⁽¹⁾.

(1) محمد كمال حمدي، الولاية على المال، المرجع السابق، ص 192 .

المبحث الثاني: أنواع الولاية على النفس.

من المعلوم سابقا أن الولاية على النفس تشتمل على حفظ و تربية و تعليم و تزويج، و عليه فإن كل هذا يدخل في إطار الحضانة و الزواج، و لقد جاء حق التعليم في نص المادة 53 من دستور الجزائر 28 نوفمبر 2002 أكد على مجانيته.

و عليه سوف نتعرض في هذا المبحث إلى أهم ما يقوم به الولي بحيث نفضل في المطلب الأول عمله و المتمثل في تنميط تربية الطفل و ذلك في الحضانة، و في المطلب الثاني نتحدث على الحفظ و الصون بعد البلوغ و تولى عقد الزواج لمن كان قاصرا.

المطلب الأول: الحضانة.

إن الحضانة هي القيام على شؤون الطفل وكفالاته بغرض المحافظة على بدنه، و عقله، و دينه و حمايته من عوامل الانحراف و طوارئ الانحلال، بما يمكنه من أن يكون فردا صالحا داخل مجتمعه، مما يقتضي وضعه تحت أيدي مؤهلة لمثل هذه الواجبات، و أن يكون لهم الحق في ذلك وفقا لقواعد الشريعة و القانون، غير أن القانون ذكر بعضهم ورتبهم درجة بدرجة ثم ترك البعض الآخر دون ذكر صفاته، و دون تحديد درجة قرابتهم من المحضون، و شروط الحضانة و نفقة المحضون و سكنه و حق الزيارة، سنتطرق إليهم في الفروع الآتية.

الفرع الأول: مفهوم الحضانة وشروطها.

أولاً: تعريف الحضانة:

نقول حَضَنَ - حَضْنًا وَحِضَانَةً وَأَحْتَضَنَ الصَّبِيَّ: جعله في حضنه، ضمه إلى صدره، رباه (1).

لغة: ضم الولد و التربية، كالمراة إذا حضنت ولدها، و تسمى المراة الحاضنة، أما في الاصطلاح الشرعي فهي تربية الولد و رعاية شؤونه لمن له الحضانة حتى يبلغ سنا معيناً (2). و لقد جاء في مادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، بأن الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه

و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظ صحته و خلقاً. و بالتالي تعتبر الحضانة حق الطفل فإن ثبوتها يعتمد على قوة القرابة، و كذا الشفعة الداعيان إلى الرعاية و الحفاظ على مصالح الطفل في مرحلة الأولى.

ثانياً: شروط الحضانة.

أ- الشروط العامة في الرجال والنساء.

الأهلية للحضانة تثبت للرجال كما تثبت للنساء وإن تقدمت حضانة النساء على حضانة الرجال لأن المراة بحكم الفطرة و التكوين هي الأقدر على رعاية الصغير و الأكثر صبرا على توفير احتياجاته المتنوعة و من بين الشروط العامة لممارسة الحضانة للرجال و النساء نجد:

1. العقل: و ذلك لأن الحضانة ولاية، و غير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون غيره (المادة 81 ق.أ)، فلا حضانة للمجنون أو المجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما (المادة 44، 43، 42 من قانون المدني) كما أنه لا فرق في الجنون سواء كان مستمرا أو متقطعا، لأن الحضانة هي رعاية المحضون و حفظ مصلحته.

(1) المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الرابعة و الثلاثون، بيروت: دار المشرق، 1994.

(2) علي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات، ص 279.

2. البلوغ: الحضانة مهمة شاقة لا يتحمل مسؤولياتها وتبعاتها إلا الكبار، بل أن وظائفها لا يقوم بها إلا هؤلاء، إذ يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية والصغير ليس من أهل الولاية.

أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكماً، إذا ادّعت البلوغ وهي إن ادّعت البلوغ بالعلامات كانت بالغة ما دام أن الظاهر يشهد بصدق ادّعائها، والبلوغ شرط أساسي لاستحقاق الحاضن للحضانة، لأن به اكتمال الإرادة عادة، والقضاء الجزائي اعتبر البلوغ من شروط استحقاق الحضانة باعتباره متفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

3. القدرة على التربية: يقصد بالقدرة الاستطاعة على رعاية الصغير في خلقه وصحته، إذ لا حضانة لعاجز لكبر السن أو مرض أو شغل⁽¹⁾.

و قد اعتبر المشرع الجزائي القدرة شرط أساسي في ممارسة الحضانة فيظهر جلياً في العديد من قرارات المحكمة العليا إذ جاء في أحدها أنّ القدرة على التربية شرط ضروري لأداء واجبات الحضانة فلا حضانة لكفيفة أو مريضة مرضاً معدياً أو مرض يُعجز عن القيام بشؤون التربية وعلى القاضي اللجوء إلى الخبرة للوصول إلى الحكم التّزيه وتقدير مدى عجز الحاضنة.

4. الأمانة و الاستقامة: فلا حضانة للمرأة الفاسدة التي لا تقيم للأخلاق الفاضلة وزناً، ولا للمرأة المهملّة الضائعة، لأن الطفل تنطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه و يحاكيه، فينشأ على أخلافها السيئة⁽²⁾.

5. الإسلام: فقد أكدت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري على أن يربى الطفل على دين أبيه، ولا فرق بين المسلمة وغير المسلمة في مسألة الحضانة، والواضح من خلال تفحص أحكام وقرارات القضاء الجزائري أنه تمسك بوقف حيث ساوى بين الأم المسلمة وغير المسلمة في استحقاق الحضانة كما أنه أسقطت الحضانة عن أم مسيحية لأنها حاولت تربية ابنها وفق مبادئ دينها.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، المرجع السابق، ص 730.
(2) بلحاج لعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 384.

ب- الشروط الخاصة بالنساء.

أن تكون قريبة للطفل، و ذات رحم محرم منه: فلا حضانة لغير القريبة.
و من هنا يشترط في المرأة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، و أن لا تكون في بيت
بيغض الصغير، كزوج الأم و الأجنبي عنه، و هذا ضمانا لحسن رعايته و كمال العناية به.

ج- الشروط الخاصة بالرجال.

أما بالنسبة للرجل فيشترط لاستحقاقه الحضانة، أن يكون عصابة للصغير، على ترتيب
الإرث بشرط أن يكون محرما، فلا حضانة لإبن العم مثلا بالنسبة للأنثى، و له
بالنسبة للصبي⁽¹⁾.

(1) بلحاج لعربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 384.

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة.

تنص المادة 64 من قانون الأسرة على أنه: " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

و يتبين من هذه المادة أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلاً، لكونهن أقدر و أصبر من الرجال على تربية الطفل و العناية به، كما يتضح لنا بأن المشرع الجزائري مثله مثل الفقهاء أعطى حق الحضانة للأم، و رتب المستحقين لها مبتدئاً من جهة الأم، ثم جهة الأب، ثم الأقربين الذين يتقدم فيهم رحم الأم رحم الأب.

إن ثبوت الحضانة للنساء في القانون الجزائري أمر طبيعي، فهن أقدر من الرجال على الإهتمام بالصغير و العناية به، فالأم أعطف و أرحم، و هي أحق بولدها ما لم تتزوج، و ما دامت شروط الحضانة تتوفر لديها، و إلا انتقلت إلى من يليها بالحضانة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك.

و انطلاقاً من نص المادة 64 من قانون الأسرة، فإن حق الحضانة في القانون الجزائري يكون على الشكل التالي:

أولاً: الأم

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق، أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها، و دليل تقديم الأم من السنة: ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت له : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، و ثديي له سقاء، و حجري له حواء، و إن أباه طلقني و أراد أن ينتزعه مني، فقال : " أنت أحق به ما لم تنكحي"⁽¹⁾.
و لهذا فإن الأم هي المدرسة الأولى للطفل، و بالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية و استقرارها لدى الطفل من حيث تربيته و تهذيب أخلاقه، و استقامة سلوكه.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه و أدلته، ج 7، المرجع السابق، ص 720.

بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي و العقلي، و هي كذلك منبع العطف والحنان، و مجرى الحب و الشفقة، و لهذا فالأم أولى بحضانة الطفل، و إذا توفرت فيها الشروط لن ينازعها أحد في ذلك⁽¹⁾.

ثانيا: الأب

يتضح لنا من قراءة المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري أنها رتبت أب المحضون بعد الأم مباشرة، و إن كانت أم الأب أسبق من الأب في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك و أبو حنيفة، و طبقا لما جاء في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري، فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم، فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه و تتولى رعايته، خاصة إذا كان الولد فطيما.

ثالثا: أم الأم (الجدة لأم)

فإن لم تكن هناك أن تحضن الصغير بأن كانت قد ماتت أو كانت غير أهل للحضانة⁽²⁾ أو تزوجت بأجنبي، أو سقطت الحضانة عن الأب لأحد الأسباب السقوط، تليها الجدة لأم مباشرة لمشاركتها في الإرث والولادة⁽³⁾، وكذلك لأن الجدة أكثر رافة وشفقة على المحضون من غيرها، ولهذا فضلت الأم على الأب، فقد فضلت كذلك الجدة أم الأم على الجدة أم الأب لهذا السبب.

فالمشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري قد توقف عند أم الأم فحسب فحضانة الأم لمحضونها بتقيد بشروط فنفس الشروط لا بد أن تتوفر في أم الأم، بالإضافة إلى عدم إقامتها مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي، و كذا انتقال حضانة الولد لأم الأم يكون دائما مؤيد بقرار من القاضي الفاصل في مادة الأحوال الشخصية.

(1) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، ص 475

(2) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، المرجع السابق، 2008، ص 41.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص 721.

رابعاً: أم الأب (الجدة لأب)

حسب الترتيب المحدد في المادة 64 من قانون الأسرة، تأتي الجدة لأب بعد الجدة لأم، وذلك لأن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب.

خامساً: الخالة

خالة المحضون سواء كانت أخت شقيقة لأم، أو أخت لأب، أو أخت لأم، تأتي مرتبتها في استحقاق الحضانة بعد مرتبة أم الأب مباشرة، فالخالة تأتي في مرتبة أسبق من العمّة وإن شفقة الخالة على الصبي من شفقة أمه، وفي هذا اتفاق مع ما جاء في الأثر، حيث روى البراء بن عازب أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة حمزة لخالتها، و قال: " الخالة أم"، وقد كان ذلك عندما اختصم علي وجعفر وزيد ابن حارثة - رضي الله عنهم - في أيهم يحضن ابنة حمزة رضي الله عنه، فسلمها رسول الله لخالتها وهي زوجة جعفر، و يجب أن تتوفر في الخالة الشروط نفسها التي تتوفر في الحاضنة.

سادساً: العمّة

عمّة المحضون سواء كانت أخت شقيقة لأب، أو أخت لأب، أو أخت لأم، و يرتّب كما رُتّبَت الخالة، أي أن العمّة الشقيقة أولى، ثم العمّة من الأب، ثم العمّة من الأم.

سابعاً: الأقربون درجة

و بالرجوع إلى نص المادة 64 من قانون الأسرة، لم يتبن لنا ما المقصود بالأقربون درجة، إن سكوت قانون الأسرة عن تحديد هؤلاء الأقربون درجة، و لكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص لكنهم إتفقوا على التصنيف الآتي بيانه.

1- القريبات من المحارم.

2- العصابات من المحارم من الرجال.

3- المحارم من الرجال غير العصابة.

4- من يراه القاضي أصلح للمحضون.

الفرع الثالث: نفقة المحضون و سكنه.

أولاً: نفقة المحضون

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للنفقة في مفهومها العام على أن تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن و أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة.

النفقة هي كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام و كسوة و سكن و خدمة و كل ما يلزم بحسب العرف⁽¹⁾.

و بخصوص نفقة المحضون نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

و قد استمد المشرع الجزائري وجوب نفقة المحضون من مال أبيه، إن لم يكن للمحضون مال أمر القاضي والده بالنفقة عليه⁽²⁾، و هذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، و الإناث إلى الدخول، تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاوياً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب)).

(1) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، المرجع السابق، ص 50.
(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 387.

و تهدف هذه المادة إلى قيام واجب الأب بالنفقة على ابنه الذي لا مال له، وتستمر هذه النفقة إلى بلوغ الولد الذكر سن الرشد، أما الإناث فإلى زواجهن بالدخول بهن، كما تستمر نفقة الأب على أولاده العاجزين عن الكسب لعاهة عقلية أو بدنية، أو لسبب مزاولتهم الدراسة.

و نصت المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك "

و هنا المشرع أسند واجب النفقة من الأب العاجز عنها إلى الأم بشرط قدرتها على النفقة، بأن يكون لها مال.

تقدير قيمة النفقة حسب المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري في مسألة تقدير النفقة على ما يلي: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

و يظهر من هذه المادة أنها تحدد معايير تقدير النفقة بين الزوجين، لكن لا مانع من اعتماد هذه المادة لتحديد نفقة المحضون.

أجرة الحضانة رغم أن المشرع الجزائري قد نص على نفقة المحضون في المواد 77، 78، 79 من قانون الأسرة إلا أنه لم يتطرق إلى أجرة الحاضنة مما يتطلب منّا حسب المادة 222 من قانون الأسرة⁽¹⁾ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و بالإطّلاع على الفقه نجده لم يثبت على موقف واحد بخصوص أجرة الحضانة فمنهم من قال بعدم وجود مقابل أو أجر للحاضنة على حضانتها للأولاد بعد طلاق، و منهم من قال بحقّها في أجرة الحضانة.

(1) تنص المادة 222 من، ق، أ، ج، على: " كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة".

ثانياً: سكن الحضانة

لقد نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أن: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن ".

جعلت المادة 72 من قانون الأسرة مسكن الحضانة واجبة قانوناً على أبيه، فإن لم يستطع أن يوفر له المسكن، فإنه يتحمل مسؤولية دفع الأجرة السكن من المبلغ المقرر للنفقة (1).

و إمكانية حكم القاضي لها حين الطلاق بحق الإيجار إلى حقها في البقاء في المسكن المؤجّر، وذلك إن كانت حاضنة.

و في حالة إنتقال الحضانة بالمحضون نستنتج ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة، إذ تنص على أنه : " إذا أراد الشخص الموكل له حقّ الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون ".

بمفهوم المخالفة نجد أنّ المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقّه في الحضانة في بلد المحضون والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه و زيارته و رعايته، أمّا إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 387.

تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " ... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ما يستشف من هذه المادة أنه على القاضي أن يحكم بحق الزيارة لمرّات معينة و في أوقات و أماكن محدّدة عند الحكم بإسناد الحضانة، و حق الزيارة من الحقوق التي حماها القانون نظرا لأهميته البالغة و رعاية دائمة لمصلحة المحضون.

و يرى الإمام أبو زهرة أنه: " ليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده، ولا تُجبر على إرساله، كما أنه ليس له إن سقط حقُّ الأم في الحضانة أن يمنعها من رؤية ولدها ولا يُجبر على إرساله إليها" (1).

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 411.

الفرع الرابع: انتهاء الحضانة.

نصت المادة 65 من قانون الأسرة بأنه: " تنقضي مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشر (10) سنوات، و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهاؤها مصلحة المحضون".

واضح من هذه المادة أن مدة الحضانة القانونية تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، و ببلوغ الأنثى سن الزواج القانوني أي ثماني عشرة سنة وفقا للمادة 7 من قانون الأسرة. غير أنه يمكن للقاضي أن يقضي بتمديد مدة الحضانة للولد الذكر من عشر (10) سنوات إلى ست عشر (16) سنة، و ذلك بشرط أن يكون الحاضن طالب التمديد هو الأم نفسها، و ألا تكون متزوجة ثانية مع رجل آخر ليس ذي محرم للمحضون⁽¹⁾. إلا أن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، و إنما هو أداء أوجبه القانون، فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك بقى له إلى أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، و إن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة، أو فقد شرطا من شروط الحضانة وجب إسقاطها عليه.

و بذلك سوف نحدد أسباب سقوط الحضانة التي تكون بطريقة إرادية أو غير إرادية:

أولا : الطرق الإرادية لسقوط الحضانة و عودتها.

و هذا ما جاء في نص المادة 66 من ق.أ حيث جاء فيها: "يسقط حق الحضانة بالتزويج بغير قريب محرم، و بالتنازل مل لم يضر بمصلحة المحضون".

1. التنازل عن الحضانة: يسقط حق الحضانة إذا تنازل عنه صاحبه، مع الملاحظة أن المشرع اشترط في التنازل المذكور أن لا يكون مضرا بمصلحة المحضون كأن تتنازل الأم مثلا عن طفلها الرضيع لفائدة الأب فهنا لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لها.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 385.

و يشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة،و أن لا يضر ذلك بمصلحة المحضون⁽¹⁾.

و الحكم الذي يقضي بإسناد الحضانة لغير الأم بناء على تنازلها يمكن الرجوع فيه من جديد إذا ما استجدت ظروف تدعو إلى القول أن مصلحة المحضون لا تتحقق إلا بأن تتولى حضانتهم أمه.

2. سقوط الحق في الحضانة بمرور سنة بدون عذر: نصت المادة 68 من قانون

الأسرة على أنه يسقط حق الحضانة إذا لم يطالب به صاحبه مدة تزيد عن سنة بدون عذر. تجدر الإشارة أن دعوى الحضانة مقيدة بمدة زمنية معينة يسقط الحق فيها إذا لم يطالب بها من له الحق فيها مدة تزيد عن سنة بدون عذر.

بمعنى أنه قد نكون أمام حالات يمكن أن تتجاوز المدة المحددة قانونا للمطالبة بالحضانة و مع ذلك لا يسقط الحق فيها إذا أثبت المعنى بتوافر عذر مقبول عقلا و منطقا و منها على سبيل المثال:

- أن يكون جاهلا بأنه من الأشخاص الذين لهم الحق في الحضانة، و يرجع التقدير للقاضي مع أخذه دائما بعين الاعتبار مصلحة المحضون.

- إذا كان صاحب الحضانة جاهلا بحقه و لا يعلم بأن سكوته على المطالبة بها طيلة هذه المدة يسقط حقه فيها.

و في غياب أي عذر قانوني أو شرعي يسقط الحق في الحضانة بمرور المدة.

ثانيا: طرق الغير الإرادية لإسقاط الحضانة و عودتها.

1. زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون: أي بغير قريب محرم، و لا تسقط لزواج

القريب (المادة 66 ق.أ)، و عندما تحكم المحكمة بسقوط حق الحضانة عنها، تقرر منح المحضون إلى غيرها كالأب أو غيره ممن أسند إليهم القانون حق حضانة الأولاد⁽²⁾.

(1) أنظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص388.

(2) أنظر قرار المحكمة العليا ملف رقم: 201336 – الإجتهد القضائي : غ.أ.ش عدد خاص 2001 ص 178 ب 1988/07/21.

و اتجهت المحكمة العليا و إلى لأن زوال سبب سقوط الحضانة بعد طلاق الأم من أجنبي غير محرم لا يمنعها ذلك من المطالبة باستعادة الحضانة، حيث جاء في أحد قراراتها: "من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، و متى تبين أن المطعونة ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه و رفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقها في الحضانة فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقها فيها حسب نص المادة 71 من قانون الأسرة طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

و يتأكد من هذا الموقف أن قرار موالي لها أن زواج الحاضنة بأجنبي غير محرم يعتبر تنازل غير اختياري عن الحضانة.

2. سقوط الحق في الحضانة عن الجدة أو الخالة: إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

و هنا تعود الحضانة إلى أب الولد طبقاً للترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ⁽²⁾.

3. سقوط الحضانة عند إختلال شروطها: إذا اختلفت الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة.

و نصت على هذه الحالة المادة 67 من قانون الأسرة أي التربية و الرعاية الصحية و الخلقية

و من المقرر شرعاً أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة و مضرّة بالمحضون، و متعارضة مع مصلحته و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه في غير محله.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 389.

4. سقوط الحضانة عند الإقامة في بلد أجنبي: إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي، رجع الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

و من هنا تقدر أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي، انطلاقاً من قناعته و مصلحة المحضون و الظروف المتعلقة بالقضية⁽¹⁾.

(1) أنظر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص389.

المطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج.

عقد الزواج هو الإقتران و الإزدواج، و شاع استعماله في اقتران الرجل و المرأة على سبيل الدوام و الاستمرار، و لقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"(1).

أما النكاح فيعنى الدخول و الاختلاط و الضم و العقد و الوطاء (2)، و من استعماله في الوطاء قوله صلى الله عليه و سلم: " ولدت من النكاح " ، أي من وطاء حلال(3).

و نص المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة على وجوب تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية: " أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج" و بالنسبة للقاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد، و هو ما نصت عليه المادة 2/11 بقولها: "... يتولى زواج القصر أولياؤهم" و كما أكد في المادة 33 من قانون الأسرة على أنه: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صديق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صديق فيه، و يثبت بعد الدخول بصدق المثل".

و من هنا يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد اعتبر الولي على الزوجة شرط من شروط عقد الزواج الأساسية و اعتبر الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج.

و عليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الولاية و أقسامها في الفرع الأول،

ثم في

الفرع الثاني إلى الطبيعة القانونية للولي، ثم شروط الولي و سلطته (الفرع الثالث)، و حدودها

(الفرع الرابع)، وفي الأخير أثار تخلفه و نهاية ولايته (الفرع الخامس).

(1) سورة الروم الآية 21.

(2) محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة و الزواج، الجزء الأول، الجزائر، 2002، ص 85.

(3) محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، لبنان، 1922، ص 26.

الفرع الأول: مفهوم الولاية و أقسامها.

نتعرض في مفهوم الولاية إلى تعريف الولاية لغة و اصطلاحاً ثم إلى الشروط اللازمة لتوافرها في الولي.

أولاً: تعريف الولاية

لغة: الولاية بفتح الواو من ولي الشيء و ولي عليه، و الولاية بالكسر هي النصرة و المحبة⁽¹⁾.

و منه قوله تعالى: " و من يتول الله و رسوله، و الذين آمنوا فان حزب الله هم الغالبون " ⁽²⁾.

إصطلاحاً: تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونهم، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد ⁽³⁾.

ثانياً: أقسام الولاية

يقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين ولاية إجبار و ولاية إختيار.

أ – **ولاية الإجبار:** و هي الولاية الكاملة لأن الولي يقوم بإنشاء عقد الزواج على المولى عليه، و دون أن يشاركه فيه أحد ⁽⁴⁾، كما إتفق عليه جمهور الفقهاء على الصغير و الصغيرة و المجنون و المجنونة و زاد على ذلك الشافعي و الإمام مالك و أحمد بن حنبل على أن البكر حتى و لو كانت بالغة فتكون عليها ولاية الإجبار مادامت لا تزال يكرأ أما لمن تثبت هذه الولاية فقد اختلفوا فيها، فالحنفية ترى بأنه تثبت للعصبة وذوي الأرحام أما الشافعي فقد ثبتها للأب أو للوصي الذي جعل له الأب ولاية الزواج وهذا ما ذهب إليه أحمد إلا أن الوصي إشتراط أن يكون الأب قد حدد الزوج.

(1) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، الطبعة الأولى: 2007، دار الخلدونية ص54.

(2) سورة المائدة الآية 65.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 118.

(4) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص107

ب- ولاية الإختيار (الإستحباب): وهي الولاية التي تثبت على المرأة البالغة، و ذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زوجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج، و ينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاهه معها على الزواج⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لنظام الولاية في الزواج.

شرعت الولاية في الإسلام حفظاً لحقوق العاجزين عن التصرف، بسبب من أسباب فقد الأهلية أو نقصها، و رعاية لمصالحهم و شؤونهم حتى لا تضيع و تهدر، ذلك أن الإسلام يعتبر المجتمع وحدة متماسكة، و من عجز عن رعاية مصالحته أقام له الشارع من يتولى أمره، و يحقق له النفع و يدفع عنه الضرر⁽²⁾.

فالولاية في الزواج هي مساعدة للحماية و المحافظة على حقوق فاقد الأهلية أو ناقصها،

و حقوق و مصالح الفتاة الصغيرة بسبب عدم بلوغها و عدم تجربة حياة الزواج، و إن سلطة الولي تتمثل في رعاية القاصر و الإشراف على مختلف شؤونه و اختيار الأصلح له. و هذا خلافا لما يدعيه بعض الفقهاء الغرب من أن الولاية هي حق مطلق، و أنها سلطة تحكم بدون حدود و لا قيود و منافية لمبادئ الحرية في الزواج⁽³⁾.

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 107.

(2) مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 152.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 121.

الفرع الثالث: سلطة الولي و شروطه.

بعد أن حددت المادة 9 من قانون الأسرة بأن ولي الزوجة هو شرط من شروط جاءت المواد 11 و 13 لتحدد من هو الولي و سلطته و حدودها، وبالتالي سنتطرق إلى هذه النقاط كما يلي:

أولاً: سلطة الولي.

أ- ولي المرأة في الزواج:

تنص المادة 11 من قانون الأسرة تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره من خلال هذه المادة تستنتج أنه المشرع جعل ولي المرأة في الزواج هو أبوها مطلقاً بغض النظر أكان للمرأة إبن أم لا و بالتالي فهو قد نهج بما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة في جعلهم الولاية ابتداء للأب و لو كان لها ابن وذلك بخلاف ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي وبعض الحنفية في تقديمهم الفروع على الأصول، و بما أن المادة 11 لما سبقت الأصول على الفروع إبتداءاً من الأب ثم الأقربون قد كان قصد المشرع الجزائري الأخذ بما ذهبت إليه الشافعية والحنابلة في تقديمهم الأب ثم الأقربون وإن علواً ثم يأتي بذلك الإبن وإبن الإبن وإن نزلوا وهذا بعكس ما ذهب إليه البعض إلى القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي وإن لم يكن للمرأة ولي على الإطلاق تنتقل هذه الولاية إلى القاضي الذي يعتبر ولي من لا ولي له.

ب- دور الولي في الزواج:

لقد نصت المادة 11 من ق.أ على دور الولي في إبرام عقد الزواج فالولي هو الذي يتولي زواج المرأة و هذا يعني بتوافر رضا طرفي عقد الزواج يجب أن يرضى الولي بهذا الزواج و يقوم بنقل إرادة الزوجة خصوصاً و إن حياء المرأة يمنعها من مناقشة أمور الزواج في مجلس العقد و بالتالي فهو الذي يقوم بهذه المهمة و هذا ما يتبين من خلال نص المادة 11 من قانون الأسرة.

ثانياً: شروط الولي.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي و لهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة و يمكن تقسيم هذه الشروط إلى قسمين:

أ- الشروط المتفق على وجوب توفرها في الولي.

1. **البلوغ و العقل:** يجب أن يكون الولي كامل الأهلية أي أن لا يكون فاقداً للأهلية ولا ناقصها، فلا ولاية للصبي و المجنون و المعتوه و السكران، فالولاية تتطلب كمال الحال.

2. **اتحاد الدين:** فلا ولاية لغير المسلم على المسلم، فإتحاد الدين تتفق المصلحة بين الولي و المولى عليها و يستثنى من هذه الشروط من له ولاية عامة القاضي و الحاكم و المالك بالنسبة للأمة الكافرة.

ب- الشروط المختلف فيها.

1. العدالة: اختلف الفقهاء فيما إذا كانت العدالة شرطاً لثبوت الولاية.

و العدالة في الإسلام هي استقامة الدين بأداء الواجبات و الامتناع عن الكبائر كالزنا و الخمر و عقوق الوالدين ونحوها، و عدم الإصرار على الصغائر⁽¹⁾.

و اعتبر الحنابلة و الشافعية العدالة شرطاً، ليست شرطاً في ثبوت الولاية عند الحنفية و المالكية.

2. **الذكورة:** ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الذكورة في الولي و ذهبت المالكية إلى إجازة ولاية المرأة في حالات استثنائية جدا و هي حالة ما إذا تعاق الأمر بوصية من الولي أو إذا كانت مالكة و خالفهم أبو حنيفة و قال: ليست الذكورة شرطاً في ثبوت الولاية، فالمرأة البالغة العاقلة ولاية التزويج عندهم بالنيابة عن الغير، بطريق الولاية أو الوكالة⁽²⁾.

(1) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 60.

(2) وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، المرجع السابق، ص 198.

أما بخصوص ما ذهب إليه المشرع الجزائري فيما يخص هذا الشرط فإنه يتمشى أكثر مع الرأى الذي يشترط الذكورة في الولي وفقا لما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة.

3. الرشد: وهو عند الحنابلة معرفة الكفاء و مصالح النكاح لا حفظ المال، لأن الرشد كل مقام بحسبه، و معناه عند الشافعية حسن التدبير و عدم تبذير المال. أما الحنفية و المالكية فالرشد ليس شرطا لثبوت الولاية في الزواج، إذ يمكن للمحجور عليه تزويج غيره.

4. الخلو من الإحرام بحج أو عمره: فليس للمحرم بأحدهما لا يصح منه تولى عقد النكاح.

5. عدم الإكراه: فلا يصح الزواج من مكره⁽¹⁾، و يعد شرطا لصحة كل العقود، و قد ذكرت المالكية أنه لا يصح الزواج من ولي مكره.

متى توفرت الشروط يحق للولي عقد نكاح موليته، لكن التشريع الإسلامي أوجب عليه بعض الواجبات تجاهها نذكر من أهمها:

- وجب على الولي أن يزوجه لكفاء، متى رضيت به، فإن امتنع من تزويجها عد عاضلا.

- يجب على الولي أن يستأذن موليته في الزواج، سواء كانت بكرا أو ثيبا.

(1) وهبة زحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، المرجع السابق، ص 198.

الفرع الرابع: لمن تثبت الولاية.

نصت المادة 11 من قانون 05-02 على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

بالتمعن في نص المادة نفسها من القانون المعدل 84-11 نجد إن المشرع أحدث تغييرا جذريا في ما يخص ترتيب الأولياء، وقد ميز في ترتيب بين الفتاة الراشدة والقاصرة. فأما بالنسبة للراشدة وحسب الفقرة الأولى من نص المادة 11 من قانون الأسرة، قد جعل المشرع وليها هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره، ومن ثم فقد وسع من دائرة الولي، لا وقد أعطى للمرأة الراشدة الخيار المطلق حتى انه يمكنها أن تختار أي شخص بوجود أبوها أو احد أقاربها.

من هنا فقد خرج المشرع عن قواعد الشريعة الإسلامية، بعدم تتبعه لأي مذهب من المذاهب

الفقهية التي ذكرناها، لكن الأرجح أنه جعل من رشد الفتاة كفاية لعقد نكاحها خاصة أنه لم يوجد أي نص صريح لا في القرآن ولا في السنة الفعلية يجعل من تولي الولي زواج المرأة شرطا لانعقاد الزواج وصحته، وخاصة إذا كانت هذه المرأة راشدة، بالغة مستوى عالي من الثقافة يجعلها تدرك ما ينفعها وما يضر بها. وفي هذا يقول ابن رشد " إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد الزواج كما يكتفي به في التصرف في المال... لكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم.

الفرع الخامس: حدود دور الولي و آثار تخلفه.

أولاً: حدود دور الولي.

لقد نص المشرع الجزائري في نص والمادة 13 من قانون الأسرة على الحدود الموضوعه للصلاحيات الممنوحة للولي في تزويجه للتي هي تحت ولايته.

أ- سلطة الولي في منع موليته من الزواج.

لقد تكتم المشرع في التعديل الجديد فيما يتعلق بمنع المولى عليها من الزواج، عكس القانون رقم 84-11 قد وضع حد لسلطة الولي في المادة 12 منه إذ كان بمقدور المرأة أن تعقد زواجها إن كان فيه مصلحة لها رغما عن تعنت والدها و استنادا لسلطة القاضي الذي يحل محل الولي.

و عليه فقد سار المشرع في سكوته على عدم جواز منع البنت الراشدة البالغة سواء كانت بكرا أو ثيبا.

أما فيما يخص الفتاة القاصر فزواجها متوقف على إذن القاضي.

ب- سلطة الولي في إجبار المولى عليها على الزواج.

بالرجوع لتقسيمات الولاية نجد أنها تنقسم إلى:

تنص المادة 13 من القانون 05-02 على انه: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر

القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له إن يزوجه بدون موافقتها".

و بالرجوع إلى تقسيمات الولاية نجد أنه تنقسم إلى: ولاية إجبار، و ولاية اختيار أو ولاية الشركة، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب⁽¹⁾، فالأولى تجعل لصاحبها حق تزويج من تحت ولايته كالصغير أو المجنون و ذلك لعدم علم هؤلاء بما يتطلبه الزواج من تبصر وحسن الاختيار. و هو طبقا لقانون الأسرة ما يتعلق للفتاة القاصرة و التي و إن أعطى المشرع للأب حق تزويجها فقد منعه بنص المادة السالفة عن جبرها في أمر زواجها.

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 107.

و في الفقرة الثانية يمنع المشرع الولي سواء كان الأب أو غيره من الأقارب أن يزوجوا الفتاة دون أخذ موافقتها، هذا ما يحيلنا لنص المادة التاسعة من هذا القانون و التي جاء فيها: **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"** و من ثم وإن غاب رضاء الفتاة و عقد نكاحها رغما عنها فلها أن تلجأ للقاضي و تطلب إبطال العقد لانعدام ركن الرضا. أما ولاية الاستحباب فلا تعطي لصاحبها الحق في تزويج من له عليه هذا النوع من الولاية كالمرأة الراشدة، فالولي لا يستطيع إجبارها على الزواج بل لها إن تختار بنفسها و تتولى العقد بنفسها.

و ذلك ما هو جلي و واضح في نص المادة 11 من ق.أ: **"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها..."**

فإن كان شرط حضوره فقط فكيف له أن يجبرها، و باستطاعتها أن تختار غيره ليكون وليا لها في عقد الزواج.

ثانيا: آثار تخلف الولي.

لقد نص قانون الأسرة على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في نص المادتين 32 و 33 منه والتي يمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات:

أ- لقد جاء في نص المادة 33 من قانون الأسرة في الفقرة الأولى منها: **"...يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"**، في حين تنص نفس المادة قبل التعديل على أنه **"...يبطل إذا اختل أكثر من ركن..."**. و المستشف من المادتين أن في الأولى الرضاء هو الركن الوحيد ولا يبطل بالتالي عقد النكاح عند تخلف الولي، أما في الثانية فإن اقترن تخلف الولي بتخلف شرط آخر فالعقد يبطل حينئذ.

من نص المادة 11 من قانون رقم 05-02 بقولها **"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول و لا صدق فيه و يثبت بعد الدخول بصدق المثل"**.

و من ثم فإن تخلف الولي في عقد نكاح الراشدة لا يستوجب بطلان العقد، أما إذا تعلق الأمر بالقاصر وهو ما يفهم من عبارة - أو الولي في حالة وجوبه- فوجوبه لا يكون إلا بالنسبة للقاصر.

و عليه إذا تخلف شرط الولي و تم اكتشافه قبل الدخول فإن نص المادة 32 و 33 من قانون الأسرة قد حددت بأنه يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة الصداق.
ب - في حالة ما إذا تخلف شرط الولي ولم يتم اكتشافه أو لم يثار هذا الخلف إلا بعد الدخول فهنا وفقا لنص المادة 33 ق.أ، الزواج يثبت بصداق المثل، ويرتب آثار العقد الصحيح.

من هنا و إن كان الولي شرط من شروط العقد، فيختلف الأمر بين كونه شرطا أساسيا وجد لأجل حماية النظام العام والآداب العامة، فيكون جزاء تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا، و هو ما يتحقق في حالة غياب الولي في تزويج الفتاة القاصرة.
أو كونه شرطا قرر من اجل حماية أطراف العقد فيكون العقد قابل للإبطال (بطلان نسبي)⁽¹⁾ وهو ما يرد على تزويج الراشدة.

(1) بلعيش فوضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ، ص 23.

الفصل الثاني: أحكام الولاية على المال

إن الغرض من الولاية على المال هو أن يقوم شخص مقام القاصر في مباشرة التصرفات القانونية التي لا يستطيع الانفراد بالقيام بها لانعدام أو نقص أهليته.

وما نلاحظه هو أن أوصاف الولاية على الأموال عند الفقهاء (الولاية، الوصاية والقوامة أو التقديم) كلها تندرج ضمن كلمة واحدة شاملة هي الولاية و جعل القاضي هو السلطة التي من خلالها تتدعم هذه الحماية.

وما يهمنا في هذه الفصل هو دراسة أحكام الولاية عن المال و النيابة الشرعية على القاصر، وعليه يقتضى منا في البداية تحديد مفهوم المال و أوصاف النيابة و موجباتها على القاصر من خلال الحديث عن الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية والشروط الواجب توافرها فيهم (المبحث الأول)، ثم نتعرض إلى طرق حماية أموال محل الولاية و دور القاضي في ذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية الولاية على المال.

- الولاية عن المال: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثماره و تصرفات كالبيع

و الإجارة و الرهن و غيرها⁽¹⁾.

و قد كان للمشرع الجزائري في تحديد مفهوم الأشياء و الأموال و تقسيمها تدخل محايد فلم يترك الأمر لاجتهادات الفقه و القضاء فقد تولى ذلك في المواد من 682 إلى 689 من القانون المدني.

فقد نص في المادة 682 أن: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

الملاحظ أن المشرع عرف المال استنادا إلى خاصيته الأساسية و هي قابلية التعامل، فهو في الغالب محل المعاملات المدنية كالإيجار، البيع، الشركة، و غيرها، كما أنه عنصر ضروري للحياة لا يقدر الإنسان على الاستغناء عنه.

و المال في اللغة: هو كل ما يقتنى و يحوزه الإنسان بالفعل سواء كان عينا أو منفعة.

أما اصطلاحا: فهو كل ما له قيمة يلزم متلفه بضمانه⁽²⁾.

إن المعيار الذي اعتمده المشرع لتحديد مفهوم المال و المتمثل في قابلية التعامل يجعلنا نقول أن المقصود بهذا المعنى ليس فقط الأشياء أو الأعيان المادية فقط بل أيضا المنافع.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي و أدلته. ج7، المرجع السابق، ص 746.

(2) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي و أدلته. ج4، المرجع السابق، ص40 و ما يليها.

المطلب الأول: أنواع الأموال محل الولاية.

يمكن تقسيم المال عدة تقسيمات. و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني نجده قد اعتمد هذا التقسيم :

- باعتبار استقراره في محله من عدمه، و يقسم إلى : عقار و منقول.
- باعتبار بقاء عينه بالاستعمال من عدمه، و يقسم إلى: استهلاكي و استعمالي.
- باعتبار تماثل بعضها مع بعض من عدمه، و يقسم إلى: مثلي و قيمي.

الفرع الأول: العقار و المنقول.

1. **العقار:** هو الثابت الذي لا يمكن نقله و تحويله أصلا من مكان إلى آخر كالدور

و الأراضي⁽¹⁾.

2. **المنقول:** فهو ما أمكن نقله و تحويله من مكان إلى آخر مع بقاءه على هيئته و صورته الأولى كالملابس، و السيارات... إلخ.

وقد ذكر المشرع تعريف العقار في المادة 683 قانون مدني، إذ قال: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول...".

إلا أن القانون توسع في معنى العقار فأدخل فيه المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه لخدمة هذا الأخير أو استغلاله، و هو ما سماها بالعقارات بالتخصيص بحيث جاءت (المادة 2/683 ق. مدني). بشروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص في ما يلي:

- 1- يجب أن يكون المنقول و العقار مملوكين لشخص واحد.
- 2- يجب أن يكون المنقول مخصصا لخدمة العقار و لاستغلاله⁽²⁾.

(1) وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي و أدلته، ج 4 ، المرجع السابق، ص 45.

(2) محمدي فريدة-زاوي- المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق، ص 124.

بل والأكثر من ذلك فقد اعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار كحق الملكية، حق الارتفاق...، و أيضا الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار (المادة 684 ق.م).

و هذا يعتبر توسيعا في تصور معنى العقار.

و تظهر أهمية هذا التقسيم من عدة جوانب منها مثلا:

- ثبوت حق الشفعة في العقار دون المنقول إذا بيع مستقلا عن العقار.

- بيع النائب الشرعي للقاصر للعقارات المملوكة لهذا الأخير كما سنراه في الفصل الثاني من هذا البحث تستوجب منه أخذ الإذن من القاضي طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة، أما بالنسبة للمنقولات فلم يشترط المشرع هذا الإذن إلا بالنسبة للمنقولات ذات الأهمية الخاصة.

- حقوق الجوار و الارتفاق متعلقة بالعقار دون المنقول.

- يكون النظر في دعاوي العقارية من اختصاص المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار، بينما المنقول يكون من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه لأنه من الصعب تحديد موقع ثابت للمنقول⁽¹⁾.

(1) محمدي فريدة-زاوي-، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق، ص 126.

الفرع الثاني: المال المثلي و القيمي.

تنص المادة 686 ق. مدني على ما يلي : "الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء و التي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن".

و بالتالي فإن:

1. **المال المثلي:** هو ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل، كالقمح و الشعير و الخضر... إلخ.

2. **المال القيمي:** فهو عكس ذلك، أي ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل و لكن مع التفاوت المعتد به بين وحداته في القيمة⁽¹⁾، مثل أفراد الحيوان، و الأراضي...

و تظهر أهمية هذا التقسيم من عدة جوانب منها مثلاً :

- يثبت المال المثلي ديناً في الذمة أي بأن يكون ثمناً في البيع عن طريق تعيين جنسه وصفته، ويصح بالتالي وقوع المقاصة بين الأموال المثلية، أما المال القيمي فلا يقبل الثبوت ديناً في الذمة فلا يصح أن يكون ثمناً، و لا تجري المقاصة بين الأموال القيمية، و إذا تعلق الحق بمال قيمي كرأس بقر مثلاً يجب تعيينه بذاته، متميزاً عن سواه بالإشارة إليه منفرداً لا مشاراً إليه بالوصف.

- في حالة تلف مال مثلي كقمح أو سكر مثلاً يجب ضمان مثله، و المثل أقرب إلى الشيء المتلف صورة و معنى، أما القيمي فيضمن المتعدي قيمته لتعذر إيجاد مثله صورة.

- يمكن قسمة المال المثلي بين الشركاء في غيبة شريك ما، أما المال القيمي فلا يجوز للشريك أخذ نصيبه في غيبة الآخر بدون إذنه لأن القسمة فيها معنى الإفراز و المبادلة.

(1) للتفصيل أنظر : وهبة الزحيلي. ج4 الفقه الإسلامي و أدلته، ج4 ، المرجع السابق، ص 49 .

الفرع الثالث: المال الاستهلاكي و الاستعمالي.

نص المشرع في المادة 685 ق. مدني : "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له، في استهلاكها أو إنفاقها. و يعتبر قابلا للاستهلاك كل شيء يكون جزء من المحل التجاري و هو معد للبيع".

يقصد إذن:

1. **المال الاستهلاكي:** المال الذي لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك عينه كأنواع الطعام و الشراب و الورق و النقود...إلخ.

2. **المال الاستعمالي:** فهو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات و المفروشات... إلخ⁽¹⁾. وهو غير قابل للاستهلاك من أول مرة تستخدم فيها⁽²⁾.

وأهمية هذا التقسيم تظهر خاصة من حيث قابلية كل نوع من هذين المالين نوعا معينا من العقود، فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي غرضها الاستهلاك الاستعمال كالقرض، والمال الاستعمالي يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإيجار و العارية.

إن القاصر كغيره من أفراد المجتمع يمكن له التمتع بحق الملكية للأموال بحسب المفهوم الذي سبق لنا تبيانه، باعتبار أن صغر السن لا يمثل مانعا دون الامتلاك، إلا أن حرية التصرف لديه ليست مطلقة، بل قيدها المشرع بعدة قيود كعدم قابلية القيام ببعض التصرفات.

و وضع القاصر تحت نظام الولاية أو الوصاية أو القوامة كما سنرى لاحقا، و كل ذلك يعتبر مظهرا من مظاهر الحماية القانونية لأمواله.

(1) للتفصيل أنظر : وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج4 ، المرجع السابق، ص 55.

(2) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقهما في القوانين لجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة 2005، ص 255.

المطلب الثاني: أوصاف و موجبات الولاية على أموال القاصر.

الفرع الأول: أوصاف الولاية على المال.

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه و إدارة أمواله، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف⁽¹⁾.

و قد وضع المشرع الجزائري هذا النظام، فنص في المادة 81 من قانون الأسرة على أنه :
"من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

و سنتطرق فيما يلي و إلى كل نوع من هذه الأنواع، ثم نتعرض إلى حالة خاصة و هي حالة الكفيل.

أولا: الولاية على مال القاصر.

و يقصد بالولاية على مال القاصر هو الإشراف على شؤونه المالية من استثمار و تصرفات كالبيع و الإجارة و الرهن و غيرها⁽²⁾.

و الولاية على مال الصغير هي نظام قانوني يهدف إلى حماية أمواله، و ذلك بتكليف شخص معين بأن ينوب عن هذا الصغير في مباشرة التصرفات القانونية التي حرم عليه أن ينفرد بمباشرتها، لذلك نجد أن الصبي غير المميز في حاجة كاملة إلى من ينوب عنه، ذلك أنه ممنوع من إجراء التصرفات القانونية أيا ما كان نوعها، أما الصبي المميز فحاجته إلى الولاية قاصرة على ما حرم عليه أن ينفرد بإجرائه⁽³⁾. والولاية على القاصر هي ولاية إجبارية⁽⁴⁾، وهذه الأخيرة يقصد بها تفويض الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر، كولاية الأب أو الجد أو الوصي على الصغير، ولاية القاضي على القاصر، فمصدر ولاية الأب أو القاضي هو القانون، و مصدر ولاية الوصي إما اختيار الأب أو الجد أو تعيين القاضي كما سنرى لاحقا.

(1) شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني . الناشر : مكتبة سيد عبد الله وهبة. ص 62-63.

(2) أنظر : وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي و أدلته. ج7، المرجع السابق، ص 746.

(4) هناك الولاية الإجبارية و الولاية الاختيارية، و الولاية الاختيارية هي الوكالة أي تفويض التصرف إلى الغير (أنظر: وهبة الزحيلي. المرجع السابق. الجزء 4. ص 140).

❖ من له حق الولاية على مال القاصر؟

في قانون الأسرة الجزائري، نصت المادة 87 على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

و عليه تثبت الولاية الأصلية للأب مادام مؤهلا لها، و للأم بعد وفاته ما لم تكن هي الأخرى غير مؤهلة لها⁽¹⁾.

و الولي في هذه الحالة (الأب أو الأم) يعتبر نائبا قانونيا على القاصر، و هو في هذه النيابة لا ينبغي له أن يتجاوز سلطاته، رسم له المشرع الحدود التي لا ينبغي له تعديها كما سنبينه في المبحث الثاني.

و كل ذلك يعتبر من مظاهر الحماية لأموال القاصر، بل أن المشرع و أكثر من ذلك نص في المادة 90 ق.أ على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي مع مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"، و عليه لا يجوز إذن منح الولاية لشخص آخر مع أن الأم موجودة إلا إذا ثبت وجود تعارض بين مصلحة القاصر و مصلحتها، أو ثبت أنها غير قادرة على رعاية المحضون وفقا لما يقتضيه القانون.

❖ انتهاء الولاية:

نصت المادة 91 من قانون الأسرة على حالات انتهاء تكليف الولي، و هي:

1/ العجز: سواء كان العجز ناتجا عن حالة صحية مثلا تحول دون التمكن من رعاية المصالح المالية للقاصر، أو حتى عجزه في التدبير و التسيير، و هذا بتعريض أموال القاصر للخطر بسبب سوء تصرفه أو أي سبب آخر.

2/ الوفاة: إذا توفي الولي انتهت ولايته و انتقلت إلى من يليه في الدرجة، و عليه فإنه إذا توفي الأب توول الولاية بقوة القانون إلى الأم، ما لم تكن غير مؤهلة لذلك.

3/ الحجر: و قد نص المشرع على إجراءات الحجر في المادة 101 إلى 108 قانون الأسرة، حيث أن المحجور عليه يعين له ولي أو وصي أو مقدم، فلا يعقل إذن أن يبقى هو وليا على غيره.

4/ بإسقاط الولاية عليه: و هو تجريده مع التكاليف بسبب تقصيره في مهامه.

(1) محمدي فريدة-زواوي- المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق، ص 85.

ثانيا: الوصاية.

نص المشرع الجزائري على أحكام الوصاية في المواد من 92 إلى 98 من قانون الأسرة. ويقصد بالوصاية هي النظام القانوني المقرر لحماية مصالح القاصر الذي لا ولي له⁽¹⁾. والوصي هو شخص مختار يتولى رعاية أموال الصغير بإدارتها و التصرف فيها في الحدود التي رسمها له القانون، و هذا الاختيار قد يأتي من جانب الأب، فيحتل وصيه المرتبة الثانية من بعده، و إما أن يكون من جانب المحكمة و هي لا تختار إلا إذا لم يكن هناك ولي ولا وصي للأب⁽²⁾، و هو ما يسمى في قانون الأسرة بالمقدم كما سنراه لاحقا. أما قانون الأسرة الجزائري، فنص على أنه : "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون"، و هو ما يعبر عنه الفقهاء بالوصي المختار. هذا و تشترط المادة 94 ق.أ عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها.

❖ شروط الوصي: نصت المادة 93 ق.أ على شروط الوصي ، و هي كما يلي :

1/ **الإسلام** : فلا وصية لكافر على مسلم، لأن الإيضاء كالولاية، و لا ولاية لغير مسلم على مسلم.

2/ **العقل**: فلا تثبت الولاية للمجنون و نحوه لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف في حق نفسه⁽³⁾، فلا يولى شؤون غيره.

3/ **البلوغ**: فلا تثبت الوصاية للصبى لأنه قاصر النظر لا يهتدي إلى وجود المصلحة أو المنفعة.

4/ **الأمانة و حسن التصرف**: لأن الإشراف على مصالح الغير يتطلب استقامة و نزاهة و حرصا و تصرفا بحكمة تصرف الرجل العادي.

(1) كمال حمدي، الولاية على المال، المرجع السابق، ص77.

(2) شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، المرجع السابق، ص 72.

(3) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، ج7، المرجع السابق، ص 755.

سلطة الوصي:

على الوصي تسلم أموال القاصر و القيام على رعايتها، و عليه بذل العناية في سبيل تحقيق ذلك. و للوصي طبقا للمادة 95 ق.أ نفس سلطات الولي في التصرف، فعليه إذن أن يدير أموال القاصر و يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص، و عليه استئذان القاضي فيما يجب فيه الإذن كما سنراه في المطلب الثاني من هذا المبحث كبيع العقار، و قسمته و رهنه، و إجراء المصالحة، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة...إلخ.

❖ انتهاء مهمة الوصي:

نصت المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري على حالات انتهاء مهمة الوصي، و هي:

- 1/ موت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.
 - 2/ بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكما بالحجر عليه.
 - 3/ انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.
 - 4/ قبول عذره في التخلي عن مهمته.
 - 5/ عزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر.
- فإذا انتهت مهمة الوصي فيقع على عاتقه التزاما بتسليم الأموال التي في عهده و تقديم حساب عنها بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى وراثته، وهذا في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، كما عليه تقديم صورة عن الحساب المذكور إلى المحكمة. أما إذا توفي الوصي أو كان مفقودا فعلى وراثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر، و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 97 ق.أ.
- فإذا صدر تقصير من الوصي سبب أضرارا بأموال القاصر، فيكون مسؤولا عنها (المادة 98 قانون الأسرة الجزائري).

إن المشرع الجزائري، حتى و إن وضع هذه القواعد التي تعد مظهرا من مظاهر الحماية القانونية لأموال القاصر الموضوع تحت نظام الوصاية، فإن هذه الحماية لا تتدعم إلا بخضوع الوصاية لرقابة قضائية مستمرة، و لا تكون هذه الأخيرة ناجعة و منتجة لآثارها إلا إذا أحيطت المحكمة علما بما يقوم به الوصي من أعمال و ما يتلقاه من أموال كاشتراط تقديم

هذا الوصي حسابا مدعما بالمستندات خلال مدة الوصاية، و هو ما لم يفعله المشرع، بل اكتفى فقط بتقديم هذا الحساب عند انتهاء مهمة الوصي، و بالتالي هي رقابة بعيدة فقط .
ثالثا: التقديم.

و هو نوع ثالث من أنواع النيابة الشرعية التي نص عليها المشرع في المادتين 99، 100 من قانون الأسرة.

و المقدم طبقا للمادة 99 هو : "من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة".

و تنص المادة 100: "يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام".
و عليه، إذا لم يكن للقاصر وليا أو وصيا، تقوم المحكمة بتعيين مقدم له بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة⁽¹⁾، بحيث يقوم هذا الأخير بتدبير أمور القاصر و تسيير أمواله ورعايتها ويسمى المقدم أو القيم، وهو ما يعبر عليه الفقهاء بوصي القاضي، أو الوصي المعين. و يتصرف المقدم كما يتصرف الولي في كل ما يكون نافعا للقاصر، و يعمل على تنمية ماله و حفظه، وهو يخضع بدوره إلى إشراف المحكمة على النحو الذي سلف ذكره في معرض حديثنا عن الوصاية.

رابعا: حالة القاصر المكفول.

نص المشرع الجزائري في الكتاب الثاني من قانون الأسرة المتعلق بالنيابة الشرعية على الكفالة في المادة 116 و ما يليها.

و عرفها بأنها: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية، قيام الأب بابنه، و تتم بعقد شرعي". ما يهمننا في هذا الجانب هي مسألة الولاية على مال القاصر المكفول، إذ تنص المادة 121 قانون الأسرة الجزائري: " تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي". و تنص المادة 122 من نفس القانون على: "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث، و الوصية، أو الهبة لصالح الولد المكفول".

(1) محمدي فريدة-زاوي، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، المرجع السابق ، ص 87.

و ما نلاحظه على هذه النصوص القانونية المتعلقة بالكفيل هو هشاشتها من جانب حماية مال القاصر المكفول، باعتبار تصرفات هذا الكفيل - و إذا أردنا القول إدارته لأموال المكفول- تكون بعيدة نوعا ما عن عين القضاء.

كما أن هذه الكفالة تخول للكافل الولاية القانونية، وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي "

وتبعاً لذلك فإن هذه الكفالة تعطي للكافل جميع السلطات التي يتمتع بها الأبوان الأصليان للولد المكفول ، فهو في مرتبة والده أو أبيه وبالتالي تكون له الولاية على النفس والمال على حد سواء .

فيشترط في الكافل أن يكون أهلاً للقيام بشؤون وأمر الولد القاصر المكفول فإشترط فيه القانون أن يكون مسلماً عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته .

وكذلك تثبت له ولاية المال على هذا القاصر، وفي الأمور التي تعود على الطفل أو القاصر بالنفع أو القيام بالتصرفات التي تنفعه نفعاً محضاً ويدير أمواله المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول .

وهذا الكافل يستمد قوته من حكم القاضي كونها عقد يتم أمام الموثق أو بترخيص من القاضي، وبالتالي فهو يسأل عن جميع تصرفاته إتجاه المكفول طبقاً للقانون .

ورغم أنه يجوز التنازل عن الكفالة أو التخلي عنها إلا أن القانون إشرط في المادة من 124 قانون الأسرة أنه: " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما يخبر الولد في الإلتحاق بهما، إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزاً لا يسلم إلا بإذن من القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول" وهذا بالنسبة للولد المكفول المعلوم النسب .

فالسؤال المطروح هل تدخل الكفالة في إطار المادة 135 من قانون المدني الجزائري، وبالرجوع إلى نص المادة 116 من قانون الأسرة: " الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

ومن هذا التعريف فإننا نستنتج بأنها تدخل في باب إلتزام بالرقابة ولا تدخل في إطار علاقة أبوة شرعية ، وبالتالي تدخل ضمن إطار المادة 134 من القانون المدني كونها رقابة إتفاقية ناتجة عن عقد، أي أن الكفيل يكون مسؤولا على أساس المادة 134 من ق.م وليس على أساس المادة 135 من نفس القانون لأنها لا تمنح للكفيل أي حقوق بل ترتب عليه إلتزام بالقيام بشؤون الولد القاصر.

إلى غير ذلك من الحالات التي تطرح الإشكالات من أم عازبة وكذا التبني الذي لايجوز شرعا وقانونا ، فهل نتابع الكافل على أساس المادة 135 من ق.م، أم على أساس المسؤولية الشخصية أم على أساس المادة 134 من قانون المدني .

وتجدر الملاحظة بأن الكفيل يسأل مثله مثل الولي إذا ما قصر في رقابة الولد القاصر و إرتكب هذا الأخير ضررا بالغير إستنادا إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 134 من القانون المدني، وفي هذا الشأن يقول الدكتور حسنين "بوضع المادة 134 من قانون المدني يكون المشرع قد تفادى ما وجه إلى القانون الفرنسي من نقد، وهو أن المادة 1384 مدني فرنسي حصرت مسؤولية المكلفين بالرقابة في حالات ثلاث لا يمكن التوسع في تفسيرها بطريق القياس عليها، ففي القانون الفرنسي لا يسأل الوصي أو القيم أو الزوج عن تحت رقابتهم إلا المسؤولية عن فعلهم الشخصي الواجب إثباته لأنهم لا يدخلون تحت ما ورد في المادة 1384، ولكن في القانون الجزائري يسألون عن تحت رقابتهم طبقا للقاعدة المنصوص عليها في المادة 134 التي أحاطت بكل من يتولى الرقابة على آخر فثمة خطأ مفترض أو قرينة قانونية على خطأ المكلف بالرقابة"⁽¹⁾.

فالكافل يعتبر من خلال هذا مسؤولا مدنيا عن القاصر بمنظور القانون المدني، ويقوم بما يجب على الولي في هذه السلطة كذلك.

كانت هذه إذن أنواع النيابة الشرعية التي وضعها المشرع و التي تشكل في حد ذاتها مظهرا من مظاهر الحماية القانونية لأموال القاصر.

(1) محمد حسنين : الوجيز في نظرية الإلتزام – مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري – المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1983، ص 185.

الفرع الثاني: موجبات الولاية على المال.

يحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه و إدارة أمواله، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا الهدف⁽¹⁾.

تناول المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة. فنص في المادة 81 من قانون الأسرة على أنه : "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصى أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

ثم تطرق في ثلاثة فصول إلى أنواع النيابة الشرعية، و المتمثلة طبقا للمادة السالفة الذكر في الولاية (الفصل 2 من الكتاب 2 من قانون الأسرة)، ثم الوصاية (الفصل 3)، ثم التقديم (الفصل 4).

أولاً: صغر سن الشخص.

والمقصود بصغر سن الشخص هو كل شخص دون سن التاسعة عشر من العمر، إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف الصبي المميز واعتبره ناقص الأهلية وهذا طبقا لنص المادة 43 ق.م المعدلة بالأمر 05 – 10 المؤرخ في 20/06/2005 التي تنص: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد و كان سفيا أو ذا غفلة⁽²⁾، يكون ناقص الأهلية وفقا للقواعد المقررة في القانون".

واعتبر بداية سن التمييز هو بتمام الثالثة عشر من العمر، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على ما هو آتٍ " ... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

فطبقا لمفهوم المخالفة تطبيقا لنص المادة 2/42 وإعمالا لمقتضى المادة 43 السابقتين فإن بداية سن التمييز محددة في القانون الجزائري ببلوغ الشخص بتمام الثالثة عشر سنة.

(1) شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، نفس المرجع السابق، ص 62-63.

(2) المادة 43 ق.م كانت قبل التعديل تنص على المعتوه، وهذا استدراك من المشرع حتى يتم الاتساق بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة.

و مما يلاحظ على هذه السن لأنها تتماشى مع السن المحددة للمسؤولية الجنائية⁽¹⁾.

كما حدد المشرع الجزائري نهاية سن التمييز ببلوغ سن الرشد أي تسعة عشر سنة حسب نص المادة 1/40 من القانون المدني، أي أنه رأى أن نضج الصبي يكون تاما إذا بلغ 19 سنة.

أ- الولاية على أموال القاصر غير مميز.

يلاحظ على التقنين المدني الجزائري فيما يتعلق بتصرفات ناقصي الأهلية، ولاسيما منها تصرفات الصبي المميز⁽²⁾. أنه حدد سن التمييز في المادة 2/42 من القانون المدني والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ولم يحدد أهم التصرفات التي يقوم بها الصبي المميز وأحال على قانون الأسرة بالنسبة إلى هذه التصرفات.

بالرجوع إلى المادة 82 من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

و يتبين لنا أن المشرع اعتبر تصرفات القاصر غير المميز كلها باطلة بطلانا مطلقا بما فيها النافعة له. و من ثمة فإنه يجوز للمحكمة إثارة هذا البطلان تلقائيا، كما أن هذا التصرف لا يقبل الإجازة. و منح للقاصر غير المميز طبقا للمادة 84 من قانون الأسرة حق التصرف في أمواله جزئيا أو كليا و هذا بعد الحصول على إذن من القاضي بناء على طلب من له مصلحة.

(1) علي سليمان- نظرات قانونية مختلفة، طبعة 1994.ص.117.

(2) علي سليمان- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري - طبعة 92. ص28.

ما نلاحظه على هذه المادة أن المشرع تكلم في النص باللغة العربية على القاصر الذي لم يبلغ سن التمييز ، و هذا أمر غريب، كون أن غير المميز لم يصل بعد إلى حد النضج و الوعي الذي يمكنه من التصرف في أمواله، أما النص باللغة الفرنسية و هو الذي كان صائبا فيتكلم على القاصر الذي بلغ سن التمييز⁽¹⁾.

ب- الولاية على أموال القاصر مميز.

إن كانت تصرفات القاصر الغير مميز باطلة، فإن تصرفات القاصر المميز لها حكم مختلف بحسب نوع التصرف الذي قام به.

1- التصرفات النافعة: فإذا كان التصرف نافعا نفعاً محضاً له، و هو الذي يترتب عليه اغتناء من يباشره بدون عوض كقبول الهبة مثلاً، فهذا ينعش الذمة المالية دون دفع مقابل،

و بالتالي يستطيع القاصر المميز مباشرته، و يعتبر بالنسبة إليه كأنه كامل الأهلية. ونشير إلى أن المشرع الجزائري في نص المادة 83 من قانون الأسرة لم يوصف النفع بالمحض بل اكتفى بالقول "نافعة له" على عكس ما ورد على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري في نص المادة 111 منه بوصفها نافعة نفعاً محضاً.

و نعتقد أن هذا سهواً من المشرع الجزائري يؤخذ عليه ترك المجال في الإسهاب في تفسير واسع للنص قد يترتب عليه إدراج بعض التصرفات التي لا تكون نافعة نفعاً محضاً، ونأمل أن يتدارك المشرع هذا السهو بإدراج وصف النفع بالمحض حتى لا يترك أي مجال للتأويل.

2- التصرفات الضارة: أما إذا كان ضاراً ضرراً محضاً به، و هو التصرف الذي ينتج عنه

افتقار في الذمة المالية دون أن يقتضي لذلك عوضاً، فيمنع عليه مباشرته، و هذا التصرف يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، و يعتبر القاصر المميز بالنسبة إليه عديم الأهلية.

(1) النص باللغة الفرنسية code de la famille art 84 وورد كما يلي : atteint : (Le juge peut autoriser la personne ayant atteint l'âge de discernement à disposer de tout ou partie de ses biens...)

و تجدر الإشارة إلى أن الطفل الذي ليست له أهلية التعاقد سواء كان مميزا أو غير مميز يستفيد من حماية كبيرة في مواجهة المتعاقد معه، فبالإضافة إلى بطلان أو إبطال التصرف الذي أقدم عليه، فهو غير ملزم برد ما تحصل عليه بمقتضى العقد الباطل إلا ما عاد عليه بالمنفعة طبقا للفقرة 02 من المادة 103 من القانون المدني التي تنص : " ... غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية،

إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد"،

و يراد بالأشياء النافعة تلك التي تزيد في الذمة المالية (1).

ج- الولاية على تصرفات القاصر الدائرة بين النفع و الضرر.

التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر هي التصرفات التي تحتل أن تكون نافعة للصبي المميز ومحقة مصلحة له وتحتل أن تكون ضارة به تفوت عليه مصلحة وترتب عليه التزاما بدون مقابل أو ينجم عنها خسارة مالية له وذلك كالمعاوضات المالية في جميع صورها كالبيع والإيجار والشراء والرهن و الارتهان و غيرها من عقود المعاوضة في مختلف صورها المحتملة للربح و الخسارة (2).

وبهذا المعنى فهي تشمل سائر التصرفات التي يتبادل فيها الطرفان الأخذ والعطاء فيأخذ كل من الطرفين مقابلا لما يعطي ويكسبه حقوق في مقابل ما يتحمله من التزام.

و بالرجوع إلى القانون المدني يمكننا القول بأن التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر تكون من قبيل التصرفات الصحيحة، لكن المشرع و لحكمة رآها جعلها قابلة للإبطال (البطلان النسبي).

(1) علي فيلاي. مقال : المسؤولية المدنية للطفل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، صادرة عن كلية الحقوق جامعة الجزائر. الجزء 41، رقم 1 -2000، ص 100,99.

(2) محمد سعيد جعفرور - فاطمة اسعد. التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون الجزائري، دار هومة. 2002. ص 14، 23.

فالتصرف قبل أن ترد عليه الإجازة هو تصرف صحيح منتج لكل آثاره ما لم يتقرر بطلانه،

فإن قام مثلا القاصر المميز بعقد بيع، فهذا البيع يرتب جميع آثاره إلى المشتري حتى يبطل العقد، فإذا طلب ناقص الأهلية إبطاله و حكم له بما طلب زالت آثار العقد بأثر رجعي من يوم إبرامه طبقا للمادة 103 من القانون المدني⁽¹⁾.

إلا أنه لو رجعنا إلى قانون الأسرة، فالمادة 83 منه تنص على أن : " ...تتوقف أي تصرفات القاصر المميز على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر... "، فهو بذلك اعتنق فكرة وقف التصرف على الإجازة على عكس القانون المدني كما رأينا سابقا، وقد أخذ المشرع هذه الفكرة من فقه الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

ومعنى ذلك أن التصرف لا يرتب أي أثر على الرغم من أنه عقد صحيح يعترف المشرع بوجوده إلا بعد إجازته ممن له حق الإجازة، و هو في هذه الحالة الولي أو الوصي على القاصر.

والحكمة من ذلك هو تجنب الضرر للصبي المميز، فإذا صدرت الإجازة كان لهذه الأخيرة أثرا مزدوجا⁽³⁾ :

- نفاذ التصرف الموقوف بجعله يرتب آثاره القانونية من طرف المجيز.
 - و سقوط حق التمسك بإبطال هذا التصرف من طرف المجيز.
- ونخلص من خلال هذه الأحكام أن الطفل يستفيد من حماية حقيقية بالنسبة للمسؤولية العقدية⁽⁴⁾.

(1)(2)(3) محمد سعيد جعفرور – فاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 55،

60، 159.

(4) علي فيلالي، مقال : المسؤولية المدنية للطفل. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، المرجع السابق، ص100.

ثانياً: الولاية على الأموال بسبب الحجر.

عرضنا في الفصل الأول أسباب الحجر وإجراءات توقيعه وخلصنا إلى أن الحجر على الشخص مهما كانت علته يحدث بحكم من القاضي وعين له مقدم لرعاية مصالحه المالية، غير أن المحجور عليه يمكن أن يبرم تصرفات قانونية إما قبل توقيع الحجر عليه أو بعض صدور الحكم بالحجر، فما حكم هذه التصرفات؟.

أ- حكم تصرفات المجنون و المعتوه.

تفرق المادة 107 من قانون الأسرة بين تصرفاته الصادرة قبل الحكم بالحجر عليه و بين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر إذ نصت على ما يلي: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدورها".

1. حكم التصرفات الصادرة قبل الحجر:

إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد، بمعنى أن غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة، فتصرفاته تعتبر صحيحة و تعتبر كامل الأهلية.

أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد مع المجنون أو مع المعتوه على بينة من هذه الحالة، فإن تصرفات المجنون و المعتوه تكون باطلّة بطلاناً مطلقاً رغم دورها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر⁽¹⁾.

(1) محمدي فريدة-زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق، ص 80.

2. حكم التصرفات الصادرة بعد الحجر:

لما كان المجنون و المعتوه عديمي الأهلية حكمهما في ذلك حكم الغير المميز فإن كل تصرفاتهما تقع بعد الحجر عليهما باطلة بطلانا مطلقا⁽¹⁾.

و يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة، وبعد توقيع الحجر تكون كل التصرفات المجنون أو المعتوه باطلة.

ب- حكم تصرفات السفیه و ذي الغفلة:

تنص المادة 43 من القانون المدني على ما يلي: " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

1. قبل توقيع الحجر: فتصرفات ذي الغفلة، و السفیه قابلة للإبطال لأن السفیه أو الغفلة لا يذهبان بالإدراك و التمييز.

و لكن يلاحظ أن المشرع سوى بين تصرفات المعتوه و المجنون و السفیه في المادة 107 من قانون الأسرة مع أنه لا يمكن التسوية بينهم، و المفروض أن تكون تصرفات السفیه و ذي الغفلة صحيحة قبل توقيع الحجر إلا إذ أمكن إبطالها نتيجة استغلال أو غش.

و يتحقق هذا إذا كان المتعاقد مع السفیه أو ذي الغفلة يعلم بحالته و يتعمد الاغتناء مغتتما حالة السفیه أو ذي الغفلة، فيحصل على مزايا لا تتعادل مع التزاماته.

2. حكم تصرفات السفیه و ذي الغفلة بعد توقيع الحجر: تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات ناقص الأهلية، فإذا كانت ضارة بهما ضررا محضا تكون باطلة، و إذا كانت نافعة نفعاً محضاً فكانت صحيحة، أما إذا كانت تدور بين النفع و الضرر فتكون قابلة للإبطال⁽²⁾.

(1) كمال حمدي، الولاية على المال، نفس المرجع السابق، ص 200.

(2) محمدي فريدة-زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق، ص 80 إلى 82.

ج- نهاية الحجر القضائي.

من المقرر قانون أن الحكم يدور مع علته وجودا و عدما فإذا زال سبب الحجر زال مسببه المبني عليه و يمكن على إثر ذلك أن يرفع الحجر بطلب من المحجور عليه الذي زالت علته⁽¹⁾.

1- زوال أسباب الحجر: تعتبر أسباب الحجر من العوارض التي تعترض الأهلية وتكون مؤقتة وليست دائمة حيث يمكن أن تزول عن الشخص الذي اعترته.

فبالنسبة لحالة الجنون أو العته يمكن للقاضي الاستعانة بخبرة الأخصائيين كما نصت عليه المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري. و السفه كذلك يمكن أن يزول عن الشخص الذي اعتراه كونه صفة تعتري الإنسان و ليس مرض، و تحمله على تبذير المال على خلاف مقتضى العقل، و على السفه إظهار رشده وحرصه على ماله لكي يعتبر القاضي أن سبب الحجر قد زال و ذلك باستعانة بشهادة الشهود وإعمال سلطته التقديرية، و بالنسبة لذي الغفلة فإن ظهرت خبرته و اهتدى إلي حسن التصرف يمكن اعتبار أن سبب الحجر قد اختفى.

2- رفع الحجر: عند زوال أسباب الحجر يمكن للمحجور عليه أن يطلب رفع الحجر عنه لاستئناف حياته العادية من حيث استرجاع حريته في التصرف في أمواله، و لا اختلاف بين الفقهاء في هذا إلا أن البعض يرى أن الرفع بدون قرار من القاضي⁽²⁾، كما أن هناك رأي آخر من الفقه يرى أن رفع الحجر لا يكون إلا بحكم من القاضي⁽³⁾.

و يظهر موقف المشرع الجزائري في المادة 108 من ق.أ، على ما يلي: " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه"، و عليه فإن رفع الحجر لا يقرر إلا بحكم من القاضي، و بناء على طلب من المحجور عليه.

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 5، الطبعة الرابعة المعدلة، دار الفكر دمشق، 1997، ص 477.

(2) المستشار أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية (مصر المجلة الكبرى) طبعة 2006، ص 259.

(3) محمد كمال حمدي، الولاية على المال، المرجع السابق، ص 203.

ثالثاً: المفقود و الغائب.

أ- تعريف المفقود.

عرفت المادة 109 من قانون الأسرة المفقود بالشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتر مفقوداً إلا بحكم قضائي، فالمشرع بذلك لم يميز بين المفقود والغائب، بل عرف المفقود بأنه شخص غائب مجهل مكانه ولا يعرف إن كان حياً أو ميتاً.

- شروط الحكم بالفقدان.

حصر المشرع الجزائري شروط الحكم بالفقدان في ما يلي:

1- غياب الشخص.

2- وعدم معرفة مكانه.

3- الجهل بأمر حياته أو مماته.

وأضاف شرط استصدار حكم يقضى بالفقدان لاعتباره كذلك، وإلا فقبل صدور حكم

يثبت

و يكرس صفة المفقود لا يمكن أن يكون كذلك إلا بوجود نص خاص.

ب- بينما فيما يتعلق بالغياب فقد نصت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته أو ادارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود. فالمشرع بذلك لم يعرف الغياب و الغائب على غرار ما نص في المادة 109 سالفه الذكر، بحيث عرف المفقود بأنه شخص غائب، وإنما جعل الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع الى محل اقامته لمدة سنة في حكم المفقود، فيكون المشرع بذلك قد جاء بصورتين:

الصورة الأولى: الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو موته فهو مفقود.

الصورة الثانية : الغائب الذي منعه الظروف من العودة الى محل إقامته و تسيير شؤونه مدة سنة فهو يعتبر كالمفقود.

فنستنتج من خلال ذلك أن الغياب أشمل من فقدان ، بل إن الفقدان هو احدى صور الغياب.

وهنا تصح المقولة "أن كل مفقود هو غائب و ليس كل غائب مفقود" و هذا يدل على أنّ المشرع ميز بين مفهوم المفقود و مفهوم الغائب و ما يؤكد ذلك هو نص المادة 112 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

ج- حالات الفقدان في القانون الجزائري.

حددت المادة 113 من قانون الأسرة حالتين للفقدان هما:

1- حالات الفقدان التي يغلب فيها الهلاك: يتعلق الأمر بحالة الحرب و حالات الاستثنائية التي يفقد خلالها الأشخاص و لا يعرف لهم مصير.

2- حالات الفقدان التي تغلب فيها السلامة: حالة الفقدان التي تغلب فيها السلامة هي حالة اختفاء وفقدان الشخص في ظروف طبيعية و عادية، كمن يسافر خارج الوطن طالبا للعلم أو العمل فيختفي أثره و يجهل مصيره و يطول الحال و لا يدري وفاته من مماته، وهذه الحالة أمر تقديرها متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، و لا رقابة على القاضي في ذلك، على أن يبين طبيعة الحالة و المدة التي تغلب فيها السلامة، و على القاضي الحكم بالوفاة مع التسبب.

كون أن المدة القانونية للحكم بالوفاة المفقود لحالة لحرب أو الحالة الاستثنائية حددتها المادة 113 من قانون الأسرة بأربعة سنوات من تاريخ فقده.

المبحث الثاني: طرق حماية الأموال محل الولاية.

إن القاضي باعتباره حامي الحقوق، ينبغي أن يخوله القانون صلاحيات تمكنه من تفعيل هذه الحماية.

وبعدما تعرضنا في المبحث الأول من هذا البحث إلى أهم الجوانب القانونية التي تحكم الموضوع لاسيما ما يتعلق بالمال و أحكام النيابة الشرعية و موجبات الولاية عن المال، سوف نتعرض في هذا المبحث إلى الميكانيزمات أو الطرق التي وضعها المشرع للولي، و التي يبدو لنا من خلالها أنها تعتبر من أهم طرق حماية أموال محل الولاية.

و من خلال هذا المبحث سوف نتطرق إلى نقطتين أساسيتين هي:

- سلطة الولي و رقابة القاضي على أموال محل الولاية (المطلب الأول).

- حدود مسؤولية الولي على المال (المطلب الثاني).

وباعتبار أن النائب الشرعي للقاصر يخضع لرقابة قضائية، تتمثل أساسا في وجوب أخذه لإذن قضائي قبل مباشرته لتصرفات معينة.

المطلب الأول: سلطة الولي و رقابة القاضي على أموال محل الولاية.

الفرع الأول: سلطة الولي.

يتكفل الولي برعاية أموال القاصر، وله في ذلك إدارة أموال القاصر وتعيين مقدم على المحجور عليهم و الغائب و التصرف فيها مع تحفظات قانونية. وعليه سنعمد إلي تحديد طرق الإدارة و التصرف على الأموال محل الولاية (الفرع الأول)، ثم نستعرض مهام المقدم على المحجور عليهم (الفرع الثاني)، و في الأخير نتطرق إلي إدارة أموال المفقود و الغائب.

أولاً: إدارة أموال القاصر و التصرف فيها.

لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا محددًا لأعمال الإدارة، و لكن يمكن تعريفها بالرجوع إلى الفقه بأنها تلك الطائفة من الأعمال التي تقع في منطقة وسطى بين أعمال الحفظ وأعمال التصرف و ذلك من حيث أثرها على الذمة المالية للقاصر، فهي لا تتصف بالضرورة و لا بضالة التكاليف مثل أعمال الحفظ، كما أنها اقل خطورة من أعمال التصرف التي يترتب عليها تعديل المركز القانوني و المالي للشخص تعديلاً نهائياً مثل التصرف في العقار بيعه أو رهنه⁽¹⁾. و تقوم سلطة الولي في مجال إدارة و تسيير أموال القاصر على ركيزتين تتمثل: الأولى في الإدارة القانونية و الثانية في حق الانتفاع الشرعي (القانوني)

أ- إدارة أموال القاصر و التصرف فيها.

الإدارة القانونية: كما ذكرنا سلفاً أن المشرع الجزائري لم يعمد إلى تحديد بدقة أعمال الإدارة التي يمكن للولي مباشرتها على أموال القاصر دون الرجوع إلى القاضي.

ويدخل ضمن أعمال الإدارة على سبيل المثال، إيجار العقارات لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات و يظهر لنا هذا جلياً من خلال تمحص المادة 468 و المادة 573 من القانون المدني الجزائري حيث صنفها ضمن أعمال الإدارة الحسنة التي يتحقق بها حرص الولي الشرعي على حسن رعاية أموال القاصر طبقاً لنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) رمضان ابو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، عالم الكتاب، القاهرة، الطبعة 1980، ص 485.

و يدخل كذلك ضمن أعمال الإدارة كذلك بيع المنقولات العادية و المنقول العادي هو ذلك الذي ليست له قيمة مالية كبيرة، و كذا بيع الثمار حيث انه و نظرا لفسادها بعد النضج فإن يقع على عاتق الولي بيعها قبل التلف و الفساد و ذلك دون سبق الإذن من القاضي.

دفع ديون القاصر و تسلم مبالغ الذين التي في ذمة الغير حيث أن عدم تسديد الديون يلحق أضررا بالقاصر يتمثل في الفوائد التأخيرية.

والولي يعتبر المدير القانوني لأموال القاصر يقوم بتمثيل القاصر في جميع معاملات الحياة المدنية و منها تلك الخاصة بتسيير شركة أو حصص منها آلت إلى القاصر عن طريق الميراث، و بما أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يكتسب فيها الشريك صفة التاجر، لذا يجوز للقاصر أن ينظم إلى هذا النوع من الشركات بواسطة وليه⁽¹⁾، و لا يمكن للولي في هذه الحالة التصرف فيها بالتنازل عن حصص القاصر⁽²⁾.

و كما أن تمثيل القاصر في الدعاوى القضائية حيث ينوب عنه شرعا و بالتالي تثبت للقاصر الصفة في الدعوى و للولي الصفة الإجرائية. بحيث يجوز للولي ممارسة الدعاوى القضائية لحساب القاصر بغرض المطالبة بحقوقه.

أما فيما يخص ما إذا كان يجوز للولي أن يستأجر عقارا للقاصر، و للإجابة على هذا التساؤل يتعين البحث حسب الرأي الغالب في الفقه عن مصدر بدل الإيجار الواجب التسديد، بقصد تحديد ما إذا كان من أعمال الإدارة أم من أعمال التصرف.

فإذا كان بدل الإيجار المسدد مقتطع من أصل رأس المال فهو من أعمال التصرف و يكون العقد بشأنه قابلا للإبطال لمصلحة القاصر و برز هذا الاتجاه بعدم جواز المنازعة في بدل الإيجار طبقا للمرسوم التشريعي 03/93 أما إذا كان بدل الإيجار الواجب التسديد مقتطعا في ثمار العين المؤجرة، فالإيجار في هذا الشأن يعد عملا من أعمال الإدارة، و يكون صحيحا إذا عقد لمدة ثلاث سنوات حسب المادة 468 من القانون المدني.

(1) نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2003.

(2) القرار رقم 80160 المؤرخ في 1992/01/05، المجلة القضائية، العدد الأول، 1995، ص 177.

1- حق الانتفاع القانوني: تشمل الولاية على أموال القاصر جانب آخر مهم وهو الإنفاق والصرف من أموال القاصر على نفسه وعلى من تلزمه نفقتهم بالمعروف، ويجب على الولي أن يكون مراعيًا في سلطته أوجه الإنفاق المشروعة، وبلوغ القاصر سن الرشد يسلمه أمواله.

مصدقًا لقوله تعالى: «... و لا تأكلوها اسرافا و بدارا أن يكبروا و من كان منكم غنيا فليستعفف و من كان فقيرا فليأكل بالمعروف» و قوله كذلك « و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن» هذا عن أصل حق الانتفاع في الشريعة الإسلامية الغراء.

أما عن أصله في التشريع الفرنسي فهو مقتبس عن القانون الروماني، و يعد بمثابة عبء على أموال القاصر لأنه يخول الوالدين الحق في استعمال هذه الأموال و التمتع بها، والشراح الفرنسيون يعللون وجوبه باعتبارات اجتماعية أهمها مكافئة الوالدين عن التعب الذي يعانونه في تربية الأولاد و العناية بهم و تعليمهم⁽³⁾.

لم يتطرق المشرع الجزائري بتاتا إلى هاته الإشكالية رغم أهميتها بالمقارنة مع نظرائه المصري و الفرنسي، فوجب علينا في هذه الحالة التقيد بأحكام الشريعة الإسلامية. طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، و بحكم كون حق الانتفاع القانوني

هو عبارة عن حق انتفاع من طبيعة خاصة نظرا لخصوصيته العائلية⁽⁴⁾، يخول للأب و الأم الإنفاق من أموال أولادهم القصر إلى غاية بلوغهم سن الرشد، و هذا يعني أننا نكون أمام تطبيق أحكام المادة 844 من القانون المدني و ما بعدها المتعلقة بحق الانتفاع و بما تخوله من حقوق و التزامات.

(1) سورة النساء الآية 06 .

(2) سورة الإسراء ، الآية 3 .

(3) أنور الخطيب الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية -المكتب التجاري للطباعة و التوزيع والنشر - بيروت ط 1965 ص250 .

(4) Voir Jean Mazeaud -leçon de droit civil Tome 1 Edition montchrestien 1987 p 516

و بالإضافة إلى ذلك لا بد لنا من استقراء المواد الأخرى من قانون الأسرة حيث تنص المادة

77 من نفس القانون على انه: "تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول

حسب القدرة

و الاحتياج و درجة القرابة و الإرث".

ب- سلطة الولي في التصرف في أموال القاصر.

اعتبر الفقه الإسلامي أن الولي الأب ارحم الناس بالقاصر وجعلوا يده مطلقة في التصرف باعتباره وليا من الدرجة الأولى للقاصر، فله بيع مال الصغير للأجنبي و لنفسه و كذلك الشراء له من مال الأجنبي أو من نفسه، و يجوز هذا كله و لو بشيء يسير من الغبن⁽¹⁾، و كل هذه العقود

والتصرفات لا تقيد إلا بشرط واحد هي أن تكون في مصلحة القاصر و لا تكون ضارة به ضررا محضا، و إلا كانت باطلة بالنسبة للصغير كالبيع و الشراء بالغبن الفاحش.

و كخلاصة فإن قواعد الفقه الإسلامي تذهب إلى أن الأب إذا كان معروفا بالعدالة وحسن التصرف أو كان ميسور الحال فانه يملك كل التصرفات الشرعية، و بمعنى اصح أن كل تصرف يملكه في ماله الخاص يجوز أن تصرفه لولده في ماله إلا ما يكون تبرعا بعين المال إذ يعد هذا ضررا محضا⁽¹⁾.

كما أن المشرع المصري في قانون الولاية على المال عمد إلى توحيد الأحكام المتعلقة بسلطات الولي في التصرف، ولكن هناك من الأحكام ما يستقل بها الأب دون الجد باعتباره المسؤول الأول عن الأسرة، و راعيها و المحقق الأول لمصلحتها، لذلك انفرد ببعض السلطات الواسعة دون الجد⁽²⁾، حيث يملك هذا الأخير أن يباشر عن ولده جميع التصرفات النافعة و لا يملك مباشرة التصرفات الضارة، و التي تدور بين النفع و الضرر فيملكها الأب، فيما عدا التصرف في العقار أو المحل التجاري، أو الأوراق المالية.

(1) كمال حمدي، الولاية على المال، المرجع السابق، ص 45 .

(2) رمضان ابو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، المرجع السابق -ص 187 .

أما المشرع الفرنسي فقد منح الأب و الأم سلطات هامة في التصرف كبيع المنقولات القاصر و صرف نفقات من اجل ترميم الأملاك العقارية، ويملكان كذلك فتح حساب لدى صندوق التوفير و القيام بسحب أموال الموضوعه لديه دون ضرورة الحصول على الإذن من المحكمة⁽¹⁾، و قبول الهبات عن القاصر الغير محملة بالتزامات معينة،و يستطيع الأب أو الأم التصرف في هذه الحالات دون الرجوع إلى الآخر،وبالمقابل فانه في بعض التصرفات الخطيرة، وبالرغم من اتفاقهم فلا بد لهما من الحصول على إذن من قاضي الولاية و يتعلق الأمر ببيع العقار و توقيع الرهون عليه و يستوي أن يكون ذلك رهن رسمي أو حيازي أو امتياز و كذا بيع القاعدة التجارية و كذلك الشأن بالنسبة للمنقولات القيمة⁽²⁾. أما المشرع الجزائري فقد قيد سلطة الولي في التصرف في المادة 88 من قانون الأسرة بموجبها يكون لولي أن يتصرف في أموال القاصر، تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا للمقتضيات القانون العام ، و عليه أن يستأذن القاضي في بعض التصرفات التي رأى المشرع أن تقيدها فيها سلطة الولي، حفاظا على أموال القاصر وحرصا على مصلحته، و هذه التصرفات هي تلك الواردة على سبيل الحصر في الفقرة الثانية من ذات المادة.و يرى الدكتور محمد حسنين انه ما عدا ذلك من التصرفات فيكون للولي القيام بها دون حاجة إلى إذن المحكمة⁽³⁾. و يفهم من هذا كله أن المشرع الجزائري منح الولي سلطة القيام ببعض التصرفات دون حصوله على إذن مسبق من القاضي، و يمكن القول أنها تلك التي لا تلحق أي ضرر بأموال القاصر، و يندرج ضمنها التصرفات النافعة نفعاً محضاً و من البديهي أن تكون للولي سلطة مطلقة في القيام بهذه الأخيرة كتقبل هبات و الوصايا التي تقع صحيحة متى قام بها هذا الأخير.

⁽¹⁾ Civil 13 Mars 1905, voir Henri Capitant –les grands arrêts de la juris prudence civile 5eme

édition entièrement refondue par ; Alex Weill, François Terré Dalloz, Sirey 1970

⁽²⁾ Voir Martin Fell, Olivier sers OP Cit p 196. 44

⁽³⁾ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام- المؤسسة الوطنية للكتاب 1985 ، ص116 .

و حضر عليه القيام ببعض آخر و هي المصرة ضررا محضا و التي تقع باطلة أيا كان التصرف فلا يجوز للولي سواء كان أبا أو أما التبرع بمال القاصر سواء كان لأداء واجب إنساني أو لأي سبب آخر و هذا لعدم ورود أي نص يبيح ذلك في التشريع الجزائري. أما التصرفات التي تتراوح بين النفع و الضرر فأتاح المشرع الجزائري للولي القيام بها و لكن تحت رقابة القاضي.

ثانيا: إدارة المقدم لأموال على المحجور عليهم و التصرف فيها.

بعد أن يصدر الحكم بالحجر فإن القاضي يعين من ينوب عن المحجور عليه في التصرف في أمواله والنيابة هنا هي نيابة قانونية إذ رسم القانون حدودها و شأن المقدم في قانون الأسرة هو شأن الوصي وعلى هذا فإن المقدم يلزم بالقيام بالواجبات المفروضة على الأوصياء وهذا طبقا لنص المادة 100 من قانون الأسرة و يكون له حقوقهم و يخضع للقواعد الخاصة بعزلهم و وقفهم و انتهاء مهمتهم.

أما فيما يخص مهمة النائب الشرعي عن المحجور عليه سواء كان أبوه أو أمه أو الوصي المختار من الولي أو الشخص الذي عينته المحكمة فإنه إذا رجعنا إلى أحكام الوصاية وبالضبط في نص المادة 95 من 89 و 90 من - قانون الأسرة نجد المادة تنص "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 هذا القانون"

إذن فالواضح من المادة أنها تعطي للوصي نفس الصلاحيات المخولة للولي والمنصوص عليها في المواد 88 و 89 و 90 والتي تحيل إليها المادة 95 من قانون الأسرة. فإذا رجعنا إلى المواد المذكورة نجدها تنص على مهام الولي فالمادة 88 من ق.أ، توجب على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام فإذا استبدلنا كلمة الولي بالمقدم، وكلمة القاصر بكلمة المحجور عليه فإنه على المقدم أن يتصرف في أموال المحجور عليه تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1. بيع العقار وتسميته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
 2. بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
 3. استثمار أموال المحجور عليه بالإقراض أو الاقتراض والمساهمة في شركة.
 4. إيجار عقار المحجور عليه لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة.
- أما إذا تعارضت مصالح المقدم ومصالح المحجور عليه يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن أحكام الوصاية والتصرفات الواجبة على الوصي هي نفسها المطبقة على المقدم وهذا بإحالة من المشرع على أحكام الوصاية وأن تناول أحكام الوصاية بتفاصيلها يحتاج إلى بحث مستقل⁽¹⁾ وبالتالي نكتفي بما ورد من أحكام في قانون الأسرة.

وتنتهي مهمة المقدم كما تنتهي مهمة الوصي وذلك:

1. بموت المحجور عليه، أو زوال أهلية المقدم نفسه أو موته.
2. برفع الحجر عن المحجور عليه لزوال أسبابه.
3. بقبول عذر المقدم في التخلي عن مهمته.
4. بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات المقدم ما يهدد مصلحة المحجور عليه. على أنه إذا انتهت مهمة المقدم مثله مثل الوصي فإنه عليه أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص الذي رفع عنه الحجر أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته وأن يقدم صورة على الحساب المذكور إلى القضاء. وفي حالة وفاة المقدم أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال المحجور عليه بواسطة القضاء إلى المعنى بالأمر، ويكون المقدم مسؤولا عما يلحق أموال المحجور عليه من ضرر بسبب تقصيره.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق)، ص 707 إلى ص 720.

ثالثا: إدارة أموال المفقود والغائب و التصرف فيها.

إذا كان للشخص الذي صدر ضده حكم يقضي بالفقدان أموال يعين له القاضي مقدما ليسهر على تسييرها عملا بنص المادة 111 من قانون الاسرة و التي جاء فيها: " على القاضي عندما يحكم بالفقد ان يحصر أموال المفقود و ان يعين في حكمه مقدما من الاقارب أو غيرهم لتسيير اموالالمفقود و يتسلم مااستحقه من ميراث او تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون ."

و للمقدم أن يتصرف فيها كتصرف الولي في أموال القاصر، دون أن تكون محلا لتقسيم أو للتملك عن طريق الميراث لإعتباره حيا ، و باعتباره حيا يثبت له الميراث من غيره و يوقف الى غاية رجوعه حيا أو يحكم بموته عملا بنص المادة 133 من قانون الاسرة و بناء على ذلك نفرق بين :

- أثر الفقدان على اموال المفقود الخاصة

- اثر الفقدان على مال غيره .

أ- أثر الحكم بالفقدان على أموال المفقود الخاصة.

أخذا برأي الجمهور، إعتبر المشرع الجزائري الشخص المحكوم عليه بالفقدان حيا ، فإن ثبتت ملاءة ذمته المالية كأن يكون مالكا لمنقولات أو عقارات إستمرت ملكيته لها ، فلا تعتبر أمواله إرثا و لا يكتسبها الغير عن طريق الميراث عملا بنص المادة 115 من قانون الاسرة والتي جاء فيها : " لا يُورثُ المفقود و لاتقسم أمواله الا بعد صدور الحكم بموته، و في حالة رجوعه او ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من امواله أو قيمة مابيع منها " .

و علة ذلك تكمن في كون الإرث لا يستحق الا بثبوت موت المورث حقيقة أو حكما عملا بنص المادة 127 من قانون الاسرة .

و للمقدم ان يتصرف في مال المفقود كتصرف الولي أو الوصي في مال القاصر، فتكون له سلطة إدارة المال دون التصرف فيه ، و ليس له أن يبطل إيجارا ابرمه المفقود لم تنته مدته بعد، بل له أن يؤجر المال لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، و إن تجاوزت مدة الإيجار ذلك أو كان العمل الذي قام به من أعمال التصرف فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا .

إلا ما أجازاه القاضي بإذن مسبق فإنه يعتبر صحيحا، و إن وجدت لدى المفقود أموال سريعة التلف و الفساد بطبيعتها يكون للمقدم أن يستأذن القاضي في بيعها و يحتفظ بثمنها فإن ظهر المفقود حيا أخذه ، و إن حكم بموته دخلت ضمن التركة و حقت لورثته .
هذا و قد نصت المادة 115 من قانون الاسرة على أن لا تقسم أموال المفقود فإن كان مالك على الشيعوع فلا تتخذ ضده إجراءات القسمة و يكون على المقدم ان ينفق على اولاد المفقود، و زوجته التي هي في عصمته من مال المفقود لوجوبها عليه .
و عموما يتولى المقدم تسيير اموال المفقود , فيتسلم ما استحقه من ميراث يوقف له أو تبرع، و عند إنتهاء مهمته سواء بالعزل أو الموت , أو برجوع المفقود عليه أن يقوم بتسليم الاموال التي في عهده، و يقدم عنها حسابا بالمستندات الى من يخلفه أو الى الشخص المفقود اذا رجع أو إلى ورثته، و ذلك في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته و هذا ما نصت علي المادة 97 من قانون الاسرة .

ب- أثر الحكم بالفقدان بالنسبة لميراث المفقود من غيره.

حق المفقود في الإرث ثابت في قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 133 منه : " إذا كان الوارث مفقودا، و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لاحكام المادة 113 من هذا القانون ".
فيكون المشرع بذلك قد إعتبر المفقود حيا بالنسبة لمال غيره، و قرر له الحق في الميراث أخذا برأي جمهور المالكية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية و الشيعية الامامية⁽¹⁾.
و خلافا لما جاء به الامام الحنفي رضي الله عنه و الذي يرى أن المفقود لا تثبت له حقوق إيجابية من غيره و لا يرث لعدم تحقق شرط الارث فيه و هو تحقق حياته، و حياة المفقود غير محققة لوجود إحتمال موته⁽²⁾.

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الثاني، ص 202 .

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص 421 .

لكن نص المادة المذكور أعلاه لم يبين كيفية توريته، و حكم المفقود بذلك هو أن يقسم المال بين الحاضرين و ذلك بأن تقدر حياته و ينظر فيها و تقدر موته فينظر فيها ، فمن إختلف نصيبه بموت المفقود أو حياته اعطي أقل النصيبين و من لا يختلف نصيبه يعطاه في الحال كاملا، ومن يرث بتقدير دون تقدير لا يعطى شيئاً و مثاله من توفي عن ابنيين أحدهما مفقوداً، فإن الابن الحاضر يأخذ النصف على إفتراض المفقود حياً، و يوقف النصف الآخر الى غاية ظهور المفقود، إن ظهر قبل الحكم بموته أخذه، و إن حكم بموته رد نصيبه الى الابن الحاضر، و إن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه.

ومثاله كذلك من ماتت عن زوج ، أم و أخوين لام أحدهما مفقوداً، فيكون للزوج النصف كاملاً، لعدم إختلاف نصيبه في التقديرين ، و للام السدس و للاخ لام كذلك السدس لاحتتمال حياة المفقود، و يوقف السدس الباقي فإن ظهر المفقود حياً فهو له أو ميتاً فيرد على الأم .

ومثاله كذلك من مات و ترك زوجة و أما و أخ لاب موجود و أخ شقيق مفقود، فيعطى للزوجة الربع لان نصيبها لا يتغير على تقدير حياة المفقود، و لا على تقدير موته و تعطى الام السدس لانه على تقدير حياة المفقود يكون للميت أخوان، و نصيب الام مع الاثنين من الاخوة السدس، و لا يعطى الاخ لاب شيئاً لانه على تقدير حياة المفقود يكون محجوباً به .

و كان على المشرع أن يضيف فقرة ثانية للمادة 133 من قانون الاسرة لتكون صياغتها كالتالي:

"يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حياً أخذه و إن حكم بموته رد نصيبه الى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، أما اذا ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه بايدي الورثة" (1) .

(1) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 202.

ج- أثر ظهور المفقود المحكوم بموته على الاموال.

كما جاء في نص المادة السالفة الذكر أنه في حالة رجوع المحكوم بموته أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من امواله أو قيمة ما بيع منها ، فالعائد بعد صدور الحكم بموته له أن يسترجع ما بقي عينا من امواله ، و ما كان قائما منها يأخذه، و أما ما إستهلكه الورثة فلا يسترده و لا يمكنه مطالبتهم بتعويضه ذلك لانهم استهلكوه بناء على سند رسمي يتمثل في الحكم القضائي ، وقد إنتفعوا به بحسن نية و بطريقة شرعية فلا يجوز الرجوع عليهم لانهم مستثنون من الضمان ، فلا يضمن من يستهلك بحكم قضائي ، بينما ما تصرف فيه الورثة بالبيع فيكون للعائد أن يسترجع قيمته لصراحة نص المادة السالفة الذكر حول ذلك و حسنا فعل المشرع إذا يفترض أنه لا يباع إلا ما هو ثمين و ذو قيمة في السوق فمن باب أولى أن يفرض حماية أكثر لاموال المفقود المحكوم بموته و الذي ظهر بعد ذلك بتمكينه من إسترجاع قيمتها.

فيما يتعلق بالأموال الموقوفة للمفقود بعد صدور الحكم بالفقدان و التي سقطت عنه عند صدور الحكم بموته ، فلم يتطرق المشرع لمصير هذه الأموال ، ولم يعالج أمرها بنص صريح الامر الذي يجعل المجال واسعا لتطبيق نص المادة 115 من قانون الأسرة و التي جاء فيها: " و في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها".

فالأموال التي أوقفت له بعد الحكم بفقدانه و التي أوصي بها له أو وهبت له تدخل ضمن مفهوم الأموال الخاصة به وقد نصت المادة على امكانية استرجاعه لامواله بصيغة عامة ومطلقة، وهو ما يتسنى لنا منه إمكانية تفسير هذ النص تفسيراً واسعاً، خاصة وان الفقه الاسلامي قد اجمع على أنه يحق للشخص المحكوم بموته بعد ظهوره حيا أن يسترجع الاموال التي كانت موقوفة أو محجوزة له من ارث أو صية.

الفرع الثاني: رقابة القاضي على سلطات الولي المقيدة بإذن منه.

باعتبار أن الولي النائب الشرعي للقاصر يخضع في نيابته لرقابة قضائية رسمها القانون، والتي تستوجب الحصول على إذن القاضي قبل مباشرة تصرفات معينة و قد نصت المادة 88 من قانون الأسرة على ما يلي : "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام.

و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1/ بيع العقار، و قسمته، و رهنه، و إجراء المصالحة.

2/ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3/ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4/ إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث (3) سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

و لقد وردت التصرفات المذكورة في المادة على سبيل الحصر و فيما يلي سوف نقوم بشرح كل حالة من الحالات المذكورة في المادة:

أولاً: بيع العقار و قسمته و رهنه و إجراء المصالحة.

لا يجوز للولي الشرعي التصرف في العقار المملوك للقاصر إلا بإذن من المحكمة التي تنتظر في الطلب و تقدر سبب التصرف و دواعيه، إلا أن المشرع لم يترك الحبل على الغارب بل رسم للمحكمة طريقة التقدير⁽¹⁾، ألا و هي مراعاة في الإذن حالة الضرورة و المصلحة.

(1) د. معوض عبد التواب، موسوعة الاحوال الشخصية، ج 3، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة 7، 1997، ص 1484.
أ- بيع العقار.

يعتبر البيع بصفته تصرفاً ناقلاً للملكية من أخطر التصرفات التي يقوم بها الولي، لذا أورد عليه المشرع هذا القيد، خاصة لما يتعلق الأمر بعقار القاصر لأن حقوق القصر و القواعد المنظمة للنيابة الشرعية من النظام العام⁽¹⁾.

و برجعنا إلى المادة 88 ق أ التي سبق ذكرها نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع حد أدنى لقيمة العقار الذي يتخذ كمعيار لضرورة الأخذ بالإذن من عدمه.

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري تطرق في الفقرة السالفة الذكر إلى البيع والقسمة والرهن لكنه لم يذكر المقايضة * المبادلة * و التي تعتبر من أعمال التصرف لأنها تبرم بقصد استغلال رأس المال فهل يتم في هذه الحالة اللجوء إلى طلب الإذن القضائي قياساً على عقد البيع أو يغض الطرف عن هذا الأخير باعتبار أن القانون لم ينص عليها ضمن التصرفات الواردة في المادة 2/88 و التي جاءت على سبيل الحصر؟

و للجواب على هذا التساؤل يرى بعض الشراح⁽²⁾، انه يجب إخضاع مقايضة العقار بمال أو بعقار آخر إلى الإذن من القاضي، و هذا نظراً لاتحاد العلة و السبب و الحكمة من اشتراطه في البيع، وكون المادة 415 من القانون المدني تنص على انه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة".

بالإضافة إلى نص المادة 222 من ق. أ التي تقضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بغية معالجة الفراغ القانوني الموجود بهذا الأخير.

وبالرجوع إلى تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للبيع بأنه مبادلة مال بمال، فهم من هذا المنطلق لا يفرقون بين البيع المطلق والمقايضة، لأن البيع عندهم أما يكون بيع العين بالنقد فهو البيع المطلق أو البيع العين بالعين و هو المقايضة⁽³⁾.

(1) انظر معوض عبد التواب- موسوعة الاحوال الشخصية، ج 3، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة 7، 1997، ص1480 .

(2) انظر مقال الاستاذ علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر-مجلة الموثق العدد 03 لسنة 1998 ص13 .

(3) سليمان مرقص، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتاب، القاهرة، الطبعة 4، 1980، ص 14.

و عليه وجب تقييد مقايضة العقار بالإذن القضائي على غرار البيع و ذلك في انتظار التفاته من المشرع لهذا النص و القيام باستدراك هاته الحالة.

ب- قسمة العقار.

حدا المشرع الجزائري في قسمة العقار ما حداه في البيع، بخصوص وضعه ضابط الإذن القضائي قبل التصرف في العقار بقسمته في حال وجود قاصر بين الشركاء، و قد ذهبت المحكمة العليا في اجتهادها في نفس الاتجاه بإقرارها قيد قسمة عقار القاصر من طرف الولي بالإذن القضائي⁽¹⁾، و بناء على هذا وجب الولي الذي يريد رفع دعوى القسمة نيابة عن القاصر الحصول على الإذن و إلا كان إجراء باطلا.

ج- المصالحة.

أن الصلح أو المصالحة من التصرفات الخطيرة، باعتبارها عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا، ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه⁽²⁾، و هذا قد يشكل ضررا للقاصر.

و قد أجاز قانون الأسرة الجزائري للولي أن يصلح على حقوق القاصر الذي في ولايته و لكن بشرط حصوله على إذن قضائي.

غير أن المشرع لم يوضح في هذه الفقرة ما إذا كان القصد من المصالحة هي تلك المتعلقة بالعقار فقط أم بشأن العقار والمنقول.

(1) القرار 51282 المورخ في 19/12/1988، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1991، ص 16.

(2) المادة 459 من التقنين المدني الجزائري.

ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

المنقولات هي الأموال التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف و يدخل ضمنها القيم المنقولة كأسهم البورصات، و كذا الحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية و التجارية، و الأدبية، و الفنية، كما يدخل في إطار المنقولات ذات الأهمية الخاصة بيع المحلات التجارية و التي تدخل ضمن الأموال المنقولة و ليس العقارية.

و قد اشترط المشرع الجزائري في المادة 88 ق.أ، على الولي أن يستأذن القاضي في حالة بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، ومن الملاحظ عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة ما يفرض على العاملين في الميدان إخضاع بيع المنقول المملوك للقاصر كبرت قيمته أو صغرت إلى إذن القاضي و هنا تنتفي الحكمة من وجود هذا النص القانوني، و عليه يصبح من الأجدر أن تحرر هذه الفقرة هكذا، "بيع منقول القاصر" أو تحرر بالمشكل التالي: "بيع منقولات ذات الأهمية الخاصة و التي تزيد قيمتها عن.... دج".

و إلى غاية إعادة النظر في هذه الفقرة يبقى بيع منقولات القاصر من طرف وليه خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

ثالثا: استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو مساهمة في شركة.

اخضع القانون هذه التصرفات للإذن القضائي لمالها من خطورة على أموال القاصر.

أ- استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض.

إن إقراض مال الصغير فيه تعطيل لهذا المال لبقائه بدون استثمار أوفيه خطورة باعتبار انه قد تنجر عنه خسارة، و الولي ممنوع من هذين التصرفين إلا إذا أدنت بهما المحكمة، بعدما تتحقق من أن الاقتراض تدعو إليه حاجة ماسة للصغير، أو أن الإقراض لشخص مأمون فلا يتعرض مال الصغير للضياع مع احتمال إفلاسه⁽¹⁾.

(1) كمال حمدي- الولاية على المال، المرجع السابق، ص 67 .

ب- استثمار أموال القاصر بالمساهمة في شركة.

يسري هذا القيد بالنسبة للمساهمة في شركة مهما كان نوعها، و هناك استثناء على هذا المبدأ،

و هو أن لا تكون تلك المساهمة منصبة على شركة أشخاص كشركة التضامن لأن هذه الأخيرة تكسب كافة الشركاء صفة التاجر، و إن القاصر لا يمكنه اكتساب صفة التاجر لانعدام الأهلية لديه، كما ان هذا النوع من الشركات يجعل الشركاء مسؤولين مسؤولية تامة وشخصية على ديون الشركة اتجاه الغير، و بالتالي قد تلحق إضرارا بأموال القاصر.

إلا أن هذه الفقرة جاءت دون أن تأخذ في الحسبان بعض الإشكاليات التي قد تقع رغم الحصول على إذن من القاضي، ذلك أن المساهمة في الشركة لا يكون إلا بالخضوع لقانونها الأساسي أيا كان شكلها، و للشراكة مدة فهل يعقل أن يبلغ القاصر سن الرشد فيجد نفسه أمام التزامات ربما تقيده لمدة سنوات بعد بلوغه سن الرشد، لربما تكون له فيها مشاريعه الخاصة و نظرة أخرى إلى طبيعة الأشياء تختلف حتى عن نظرة القاضي، و عليه كان من الأجدر تقييد هذه المعاملات بمدة معينة كما هو الحال في الفقرة الرابعة من نفس المادة التي تضمنت تحديد مدة إيجار عقار القاصر.

و السؤال الذي يطرح نفسه هل يسري على التنازل على حصص القاصر في الشركة ما يسري على المساهمة فيها؟.

وللجواب على هذا التساؤل نقول انه لم يرد أي نص قانوني يتناول ذات المسألة رغم أهميتها من حيث كونها تلحق ضررا بالقاصر على احتمال نجاح الشركة ماليا و اقتصاديا و لما لهذا النجاح من إنعاش للذمة المالية للقاصر إلا أن المحكمة العليا أجابت على هذا الطرح بحضر التصرف في الشركة بالتنازل عن حصص القاصر فيها إلا بإذن المحكمة⁽¹⁾.

(1) لقرار رقم 80160 المؤرخ في 1992/01/05، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1995، ص

رابعاً: إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة من بلوغه سن الرشد.

تنص المادة 468 من القانون المدني على انه لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته عن ثلاث سنوات، و عليه لا يجوز للولي أن يقوم بتأجير عقار مملوك للقاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد إلا بإذن من القاضي⁽¹⁾.

و الحقيقة أن الولي صاحب حق إدارة بقوة القانون له من وكالة قانونية عامة و الإيجار لمدة تفوق ثلاث سنوات لا بد له من وكالة خاصة طبقاً للمادة 574 من القانون المدني، و بالتالي فلا بد من استئذان القاضي.

و ما يجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري اقتصر فقط باشتراط الحصول على الإذن في إيجار العقارات و لم ينص على إيجار المحلات التجارية، بالرغم من أن هذه الأخيرة قد تكون قيمتها أكبر من العقارات في بعض الأحيان إضافة لما لهذا الإيجار من آثار كإكتساب المستأجر للقاعدة التجارية إذا توافرت شرائط ذلك، و حسن فعل المشرع في تعديله القانون التجاري بإلغاء حق إكتساب القاعدة التجارية - إلغاء دفع التعويض الإستحقاقى في حالة الإخلاء⁽²⁾.

و ما يعاب على المشرع الجزائري عدم منحه حماية أكبر في هذا الشأن لعقار القاصر بحيث أن الإيجار بصفة عامة يعطي حق البقاء حتى و لو كان الإيجار منعقد لمدة تقل عن ثلاث سنوات.

(1) القرار رقم 73353 المؤرخ في 10/04/1991، المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1993 ص 115 .
(2) المادة 187 مكرر من الامر 75-59 التضمن القانون التجاري و المعدل المتمم بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 06/02/2005.

يبدو أن المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 12/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾.

قد اظهر هذه الفائدة على الأقل في المحلات ذات الاستعمال السكني أما المحلات ذات الاستعمال المهني فتبقى خاضعة للأحكام القانون المدني.

أما المشرع الفرنسي فقد حسم هذا النزاع لصالح القاصر بصفة عامة بحيث منع بموجب المادة 3/456 من القانون المدني الفرنسي المستأجر من التمسك بالحق في البقاء إذا كان الإيجار قد عقد من طرف الولي لفائدة القاصر⁽²⁾.

(1) المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 03/39 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

(2) art 456 alinea 3 du code civil Français

المطلب الثاني: حدود مسؤولية الولي على المال.

الحقيقة أن المشرع الجزائري بصفة عامة لم ينص على جزاء محدد لهذه الحالة بل اكتفى بحصر الحالات المستوجبة للإذن القضائي، يتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري الذي لم يرقم بتحديد الجزاء في حالة تجاوز النائب حدود نيابته.

لقد اشترطت المادة 88ق.أ على الولي: "أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و إلا يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام" وعليه إذا اشتهر عنه سوء التدبير و الإهمال الجسيم في رعاية أموال القاصر المشمول بولايته، كأن يتصرف في الأموال المنقولة بغبن فاحش أو يهمل في إدارة الأموال، كان للمحكمة أن تسلب ولايته أو تقرر الحد منها، لأن الولاية منوطة بالمصلحة، فمتى انتفت وجب أن تزول.

فالمحكمة من حقها و من سلطتها أن تراقب تصرفات الولي في مال القاصر المشمول بولايته ومدى ما يبذله من رعاية في إدارتها، و لها أن تقدر ما إذا كان بقاؤها في يد الولي يشكل خطراً على مصالح القاصر من عدمه⁽¹⁾.

إضافة إلى هذا، فإن المادة 88 كما رأينا سابقاً اشترطت على الولي حصوله على إذن من المحكمة قبل مباشرة أي تصرف من التصرفات الواردة بها، و عدم حصول الولي على هذا الإذن يجعل تصرفه غير نافذ في حق الصغير لانتفاء النيابة⁽²⁾

وفي هذا الصدد نجد قراراً للمحكمة العليا⁽³⁾ مفاده: "من المقرر قانوناً أنه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأموال القاصر، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

و لما كان الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك قاصرة ليس له عليها صفة ولي، فإن قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا قد طبقوا صحيح القانون. و متى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن".

(1) أنظر: معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، المرجع السابق. ص 1503، 1491.
(2) قرار رقم 72353 بتاريخ 1991/4/10 -الغرفة الاجتماعية- المجلة القضائية العدد 3 لسنة 1993.
(3)

ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة الجزاءات الموقعة على الولي إلا في مناسبة واحدة على سبيل التعريض في المادة، عند حديثه عن حالات انتهاء وظيفة الولي، ومن بينها نجد إسقاط الولاية عن الولي.

الفرع الأول: قيام مسؤولية الولي عن أعمال إدارته.

إن مقتضيات القانون العام تستوجب النطق بمسؤولية الولي كلما كانت أعمال إدارته سيئة تلحق أضرارا بمصالح القاصر. وقانون الأسرة الجزائري لم ينظم كيف تتم هذه المسؤولية، وكل ما في الأمر أن المادة 88 من ذات القانون تنص في فقرتها والولي في التشريع الجزائري يكون مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره، وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة الواردة في المادة 124 من القانون المدني، كما يجوز مساءلة الولي سواء كان أبا أو أما، الذي يتخلى عن كافة الالتزامات الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية وذلك بغير سبب جدي⁽¹⁾.

ومتى تثبت مسؤولية هؤلاء، وجب عليهم تعويض الضرر اللاحق بالمضروور سواء كان الغير المتعاقد مع الولي، أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد بالكيفية المنصوص عليها في المادة 182 من القانون المدني، التي تنص على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ويشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم، يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل الجهد المعقول".

(1) تنص المادة 330 من قانون العقوبات على يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 500 إلى 5000 دج احد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين و تتخلى عن آفة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية و ذلك بغير سبب جدي.

- الأثر المترتب بالنسبة للذمة المالية للقاصر:

بحيث تنص المادة 103 ف 2 من القانون المدني والمعدلة بموجب المادة 31 من 2005 على أنه لا يلزم ناقص الأهلية إلا برد /06/ القانون رقم 10 05 المؤرخ في 20 ما عاد إليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. فالقاصر من هذا المنطلق يستفيد من حماية كبيرة في مواجهة المتعاقد مع الولي، فبالإضافة إلى بطلان أو إبطال التصرف الذي أقدم عليه الولي متجاوزا بذلك حدود ولايته، فهو غير ملزم برد ما تحصل عليه بمقتضى العقد الباطل إلا ما عاد عليه بالمنفعة طبقا للمادة السالفة الذكر، ويراد بالأشياء النافعة تلك التي تزيد في الذمة المالية⁽¹⁾. بمعنى أن القاصر لا يلتزم إلا بقيمة ما أثري به، ولا يلزم بشيء إذا فقد ما تسلمه بحادث فجائي، وعليه فإذا تصرف الولي دون أن يحصل على إذن من القاضي في الحالات المستوجبة لذلك طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة كالبيع مثلا يكون قد تجاوز حدود ولايته، فإن هذا التصرف لا ينصرف أثره إلى القاصر ولا يلزم برد شيء من المبلغ المدفوع إلا بقدر ما أفاد منه.

الفرع الثاني: نهاية الولاية على المال.

ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة الجزاءات الموقعة على الولي إلا في مناسبة واحدة على سبيل التعريض، عند حديثه عن حالات انتهاء تكليفه الولي، ومن بينها نجد إسقاط الولاية عن الولي و الآثار المترتبة عن هذا الإسقاط.

أولا: إسقاط الولاية عن الولي.

معنى إسقاط الولاية تجريد الولي من كامل سلطاته التي منحها له القانون على مال القاصر،

أي يفقد صفته في أن يكون نائبا قانونيا عنه.

تنص المادة 91 / 4 من قانون الأسرة على انتهاء تكليف الولي بإسقاط الولاية عنه، وتعبير الإسقاط يحمل دلالة الجزاء.

(1) على فيلاي- مقال المسؤولية المدنية للطفل- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، المرجع السابق، ص 35

لكن المشرع الجزائري لم يحدد ما إذا كان يقصد بالإسقاط ذلك المنصوص عليه في المادة 4/19 من قانون العقوبات كتدبير من تدابير الأمن الشخصية والذي وضحته المادة 24 من نفس القانون، حيث أن لفظ إسقاط جاء عاما مما يفتح الباب للتأويل.

ما نلاحظه في قانون الأسرة الجزائري، أنه لم يضع ميكانيزمات من خلالها يمكن للقاضي معرفة مدى تصرف الولي تصرف الرجل الحريص حسب ما ورد في الفقرة السالفة الذكر إلا إذا تم إخطاره بذلك.

ثانيا: أثر إسقاط الولاية.

إذا حكم بإسقاط الولاية عن الولي، فقد يكون للقاصر وليا آخر كالألم في التشريع الجزائري التي تخلف الأب الذي أسقطت ولايته، وتعد ولية على القاصر بقوة القانون.

إلا أنه قد تطرأ حالات أين لا يكون للقاصر وليا آخر كحالة الأم المتوفية أو فاقدة الأهلية، فيكون على المحكمة في هذه الحالة الالتزام بتعيين وصيا له مقدم في التشريع الجزائري أو قيم في قواعد الشريعة الإسلامية يتولى شؤونه وذلك في حالة إسقاط الولاية.

ويجب على الولي في حالة إسقاط ولايته تسليم كل أموال القاصر التي في عهده إلى من يخلفه في إدارة أموال القاصر، ويقدم حسابا عنها إذا ما تعلق الأمر بالمقدم الذي تعينه المحكمة. ولا تلازم بين إسقاط الولاية على المال وسلب الولاية على نفس القاصر، إذ المال دون النفس والعرض والشرف الأسرة من هذا المنطلق بنصها على الإسقاط قصدت به إسقاط الولاية على المال دون النفس.

ثالثا: الآثار الناشئة عن تقرير هذه الجزاءات. تنحصر آثار تصرفات الولي المخالفة لنظام الولاية في مدى مسؤولية الولي عن أعمال إدارته، إن النطق بالجزاءات السالفة الذكر يستتبعه حتما تقرير مسؤولية الولي عن سوء إدارته لأموال القاصر وتعريضها للضياع، أي مبدئيا يكون هذا الأخير مسؤولا عن إدارته للأموال المشمول بولايته وتصرفاته فيها، بحيث يفقد صفة النيابة و تقوم مسؤوليته.

الخاتمة

بعد أن انتهينا بعون الله وحمده من هذه الدراسة لأحكام الولاية، نخلص من خلال هذه الدراسة المتواضعة، أن القصر و المصابين بإحدى عوارض الأهلية (سفه، جنون، ذو غفلة، المعتوه)، يعتبرون من الفئات التي حظيت بعناية التشريع في مجال المعاملات النفسية الشخصية و المالية، كون هذه الفئة تصنف ضمن فئات عديمي الأهلية أو ناقصها، و بالتالي فإن تعرضهم للغبن و شتى أنواع الاستغلال غير مستبعد.

و قد تعرضنا من خلال هذا البحث إلى مظاهر أحكام الولاية في القانون الجزائري، سواء من الجانب الولاية على النفس أو الولاية على المال و المتعلق بالأهلية و كيفية تأثيرها على التصرفات التي يقوم بها القصر المميزين أو غير المميزين، و كيف أخذ المشرع بما جاء في النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون 02-05 المتضمن قانون الأسرة.

فحدد في الفصل الثاني منه أحكام النيابة الشرعية محاولا بذلك وضع ضوابط و معايير التي تنظم و تحكم هذه النيابة الشرعية. و كذلك الشأن بالنسبة لكيفية تدخل القاضي لتفعيل هذه النيابة الشرعية على القاصر و المصاب بإحدى عوارض الأهلية، و التي تكون أحيانا مجدية نظرا لصرامة المشرع في جوانب معينة كاشتراط خضوع القاصر لأحكام النيابة الشرعية، و اشتراط حصول نائبه الشرعي على إذن من القاضي قبل مباشرته تصرفات معينة، و اشتراط الولي في عقد الزواج (الولاية على النفس)، و القسمة القضائية إذا وجد بين الورثة قاصر، و اشتراط المزاد العلني في بيع العقار المملوك للقاصر (الولاية على المال).

و لكنها تكون أحيانا أخرى غير كافية لتفعيل هذه الحماية، وهو ما جاء في قانون الأسرة المعدل 02-05 بإعطاء الحضانة للأم إذا توفرت فيها الشروط و إلا انتقلت إلى من يخلفها في الترتيب و هذا ما يؤثر على استقرار الطفل، وقد أقر المشرع الحرية للمرأة في أمر زواجها إن كانت راشدة، و أرجع زواج القاصر لأبيها وذلك من خلال نص المادة 11 منه.

وفيما يخص حدود سلطة الولي فبالنسبة للمرأة الراشدة لم ينص المشرع عليها باعتبار أنه أعطاهم الحرية المطلقة، ليرجع في المادة 13 من نفس القانون إلى منع الولي من إجبار من في ولايته على الزواج، ولم يتحدث عن منعها فقد كان هنالك سكوت تشريعي.

و في الأمور المالية إشتراط المشرع حصول الولي على إذن مسبق من القاضي قبل بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة المملوكة للقاصر دون إعطاءه ضمانات أخرى تمكن من معرفة ما إذا كان هذا البيع لا يضر بالقصر من جانب الثمن، و بالتالي ما هذا الإجراء إلا إجراء قبلي لا يشكل حماية كبيرة. و كذلك الشأن بخصوص عدم اشتراط المشرع على الوصي تقديم حسابات إلا بعد انتهاء مهمته.

و كذلك الشأن بالنسبة للكفيل على القاصر، فكان من الأجدر اعتباره وصيا كون الوصي له التزامات أكثر من الولي.

إلى جانب كل هذا رأينا أن القصر يتمتعون بفرض المشرع حماية خاصة بالحقوق الشخصية و المالية التي يتمتعون بها، و تقع على عاتق أصولهم.

كذلك فإن أموال القصر تتمتع بدورها بحماية جزائية، و هذا ما جاء في

نص المادة 330 ق.ع. ج بفرض المشرع لعقوبات جزائية إذا تم المساس بها.

وختاماً نرجو أن يكون لمجهودنا المتواضع في دراسة وشرح موضوع أحكام
الولاية بعض الفائدة، ونأمل أن تكون محاولتنا هذه لبنة صغيرة تساهم في بناء الفكر
القانوني في بلادنا فإن كنا في ذلك مخطئين فجل من لا يخطئ، وإن كنا مقصرين
فإن شرف القصد يشفع لنا ونبل الغاية يخفف من ثقل العتاب.

قائمة المصادر و المراجع:

أ- قائمة المصادر:

- القرآن الكريم
- قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، قانون رقم 09/08 المؤرخ في: 04 مايو 2005
- قانون المدني.
- قانون التجاري المعدل المتمم بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 06/02/2005.
- قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/01 المؤرخ في: 26 جويلية 2001

ب- قائمة المراجع:

- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقهما في القوانين لجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة 2005.
- أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية(مصر المجلة الكبرى) طبعة 2006 .
- أنور الخطيب الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية -المكتب التجاري للطباعة و التوزيع والنشر، بيروت طبعة سنة 1965.
- احمد شوقي محمد عبد الرحمن- أستاذ القانون المدني (جامعة المنصورة)، النظرية العامة للحق، طبعة 2005.
- بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية،طبعة1999.
- بلعيش فوضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا،ديوان المطبوعات الجامعية،بدون تاريخ.
- توفيق حسن فرج -المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق)، دار الجامعة.

- جمال مرسي بدر – النيابة في التصرفات القانونية طبيعتها وأحكامها وتنازع القوانين فيها
- دار الفكر العربي طبعة 1980.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الطبعة 03 الجزء 04، دار الفكر بدمشق.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الطبعة 02 الجزء 07، دار الفكر بدمشق.
- كمال حمدي، الولاية على المال، دار الكتاب الحديث، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة
2003.

- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، طبعة 2، 1950.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام – المؤسسة الوطنية للكتاب 1985 .
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام – مصادر الإلتزام وأحكامها في القانون المدني
الجزائري – المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1983.

- محمد حسنين منصور، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب،
الطبعة 2، سنة 1993.

- معوض عبد التواب، موسوعة الاحوال الشخصية، ج 3، منشأة المعارف، الاسكندرية،
الطبعة 7، سنة 1997.

- محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة و الزواج، الجزء الأول، الجزائر، 2002.
- محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، المؤسسة
الجامعية، لبنان، 1922.

- محمد سعيد جعفر – فاطمة اسعد. التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون
الجزائري، دار هومة، 2002.

- محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه
الإسلامي، دار هومة.

- محمدي فريدة-زواوي، المدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية
للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 1977.

- مصطفى السباعي، الدكتور عبد الرحمن الصابوني -الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والمواريث – الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق 1977- 1978.
- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007.
- علي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات، الجزائر.
- علي علي سليمان – النظرية العامة للالتزام -ديوان المطبوعات الجامعية.
- علي علي سليمان- نظرات قانونية مختلفة، طبعة 1994.
- علي علي سليمان- ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري – طبعة 2.
- فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، 2008.
- شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة، ص 46.
- سليمان مرقص، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتاب، القاهرة، الطبعة 4، 1980.
- شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة (د س ط).
- رأفت محمد حماد، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، عالم الكتاب، القاهرة، الطبعة 1980.
- نادية فوضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2003.

1- الكتب اللغوية:

- المنجد في اللغة والأعلام، الطبعة الرابعة و الثلاثون، بيروت: دار المشرق، 1994.

2- المقالات:

- علي فيلاي . مقال : المسؤولية المدنية للطفل. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية. صادرة عن كلية الحقوق جامعة الجزائر. الجزء 41. رقم 1 – 2000.

- محمدي فريدة. مقال : من أجل توفير حماية أكبر للمكفول. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية. صادرة عن كلية الحقوق جامعة الجزائر. الجزء 41. رقم 1 – 2000.

- مقال الاستاذ علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر-مجلة الموثق العدد 03 لسنة 1998.

3- المجلة القضائية:

- المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1991.

- المجلة القضائية العدد 3 لسنة 1993.

- المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1995.

4- المراجع باللغة الفرنسية:

- Alex weill. droit civil, les Biens. DALLOZ 1969

- Jean MAZEAUD leçon de droit civil Tome1, Edition montchrestien
1987

- Henri Capitant les grands arrêts de la jurisprudence civile 5eme
Edition Entièrement refondue par Alex weill– François Terré.
DALLOZ sirey 1970

- Martin fell – Olivier sers les 1000 questions a l'avocat Hachette
1989

الفهرس:

01	مقدمة
04	الفصل الأول: أحكام الولاية على النفس
05	المبحث الأول: موجبات الولاية على النفس
06	مطلب الأول: حداثة سن الشخص
06	الفرع الأول: مفهوم الأهلية
08	الفرع الثاني: أنواع الأهلية
11	مطلب الثاني: عوارض الأهلية
12	فرع الأول: الجنون و العته
14	فرع الثاني: السفه و الغفلة
17	المبحث الثاني: أنواع الولاية على النفس
18	مطلب الأول: الحضانة
19	فرع الأول: مفهوم الحضانة و شروطها
22	فرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة
25	فرع الثالث: نفقة المحضون و سكنه
29	فرع الرابع: انتهاء الحضانة
33	مطلب الثاني: الولاية في عقد الزواج
34	فرع الأول: مفهوم الولاية و أقسامها
35	فرع الثاني: الطبيعة القانونية للولاية في الزواج
36	الفرع الثالث: سلطات الولي و شروطه
39	الفرع الرابع: لمن تثبت الولاية
40	الفرع الخامس: حدود دور الولي و آثار تخلفه
43	الفصل الثاني: أحكام الولاية على المال
44	المبحث الأول: ماهية الولاية على المال
45	المطلب الأول: أنواع الأموال محل الولاية
45	الفرع الأول: العقار و المنقول
47	الفرع الثاني: المثالي و القيم
48	الفرع الثالث: الاستهلاكي و الاستعمالي
49	المطلب الثاني: أوصاف و موجبات الولاية على المال
49	الفرع الأول: أوصاف الولاية على المال
56	الفرع الثاني: موجبات الولاية على المال

66.....	المبحث الثاني: طرق حماية الأموال محل الولاية
67.....	المطلب الأول: سلطة الولي و رقابة القاضي على أموال محل الولاية
67.....	الفرع الأول: سلطة الولي على الأموال محل الولاية
78.....	الفرع الثاني: رقابة القاضي على سلطات الولي المقيدة بإذن منه
85.....	المطلب الثالث: حدود مسؤولية الولي على المال
86.....	الفرع الأول: قيام مسؤولية الولي
87.....	الفرع الثاني: نهاية الولاية على المال
89.....	خاتمة
92.....	قائمة المصادر و المراجع
95.....	الفهرس