جامعة الجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر
تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبة :
- العطري عيشة
- قسمية فاطمة

إشراف الدكتور:
- لحرش أسعد المحاسن

أعضاء لجنة المناقشة

د- جمال عبد الكريم رئيسا .
د- لحرش أسعد المحاسن مقررا .
أ- بلقاق لخضر مناقشا .

السنة الجامعية : 2016-2017

شكر و عرفان :

أتقدم بأسمى عبارات الشكر و الإمتنان

لأستاذي الدكتور لحرش أسعد المحاسن الذي زادني شرفا بالإشراف على مذكرتي و توجيهي رغم مشاغله و مسؤولياته العديدة نفعنا الله بعلمه و جزاه عنا خير الجزاء، إلى كل أساتذتي الكرام .

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع .

إهداء

إلى روح أبي الغالية الذي كان قدوتي و نبراسي في الحياة .

إلى الوالدة عنوان الحنان و الرحمة في أسمى معانيها .

إلى إخوتي الأفاضل .

إلى زملائي بالدراسة .

إلى أصدقائي و أحبتي و رفاقي .

إلى كل من يحب العلم و الخير .

أهدي هذا العمل برا و وفاءا و حبا .

المقدمة

مقدمة :

إن أهم ما ميز الله به الإنسان عن باقي خلقه هو العقل ، و جعله بذلك خليفته في أرضه يحكم بما أمر به من العدل و التقوى ، و إقامة مجتمع متضامن متكافل يملؤه الحب و الألفة و التراحم و التعاون ، و ينعم أفراده بالاستقرار و الأمن و الطمأنينة و الرخاء ، بحيث يتمتع بحقوقه المشروعة التي كفلها له القانون.

و تعتبر الطفولة بمثابة النبات لهذه الحياة، و هي تمثـل مرحلة هامة و مصيريــة في مسيرة الإنســـان و رحلتـه في الحياة ، فالأولاد ذكـوراً أو إناثـاً هم زينــة هذه الحياة ، فهم قــرة الأعين ، و أنـــس الفؤاد و سعادة النفس.

و لما كان الأطفال هم أساس المجتمع و باستقامتهم و صلاحهم تستقيم الأمم و الشعوب و تزدهر و تتقدم ، و بانحرافهم يصاب المجتمع بالاضطراب و الفوضى و الضياع و يكون مهددا في بنائه و تكوينه و وحدته الثقافية و الحضارية ، لذا يتعين إعدادهم الإعداد الصحيح في ظل حياة لائقة لكي يستطيعوا أن يؤدوا الدور الملقى على عاتقهم.

فحق القاصر في هذه الحياة، يعد حقاّ أساسيا تتفرع منه عدة حقوق تحمي القاصر و تحيطه بالأمان إلى غاية بلوغه سنا معينة تؤهله جسديا و عقليا و نفسيا لتولي أموره ، و التعرف على واجباته اتجاه أسرته و مجتمعه.

و لم تكن حقوق القاصر شيئا يذكر و لا بذي أهمية في العهود القديمة ، إذ كانت المجتمعات تهمل البنـات و تكتـفي بتربية الفتيـان الأشـداء للاستعانة بهم في مواجهة قسوة الحيــاة ، كما اشتهرت تلك العصور ببيع الأبناء أو طردهم أو قتلهم أو تأجيرهم بسبب الديّن.

هذا و قد شهد العصر الحديث ثورة و اهتماما واسعا و متزايدا بحقوق القاصر على المستوى الدولي و حتى الداخلي ، و ذلك لأن قضايا القصر تعد من أهم القضايا المطروحة على المستوى العالمي، حيث تعقد حولها الكثير من الندوات و تنشر العديد من الدراسات و تسن لأجلهم القوانين و التشريعات التي تحميهم و تحفظهم بغية توفير الرعاية اللازمة لهم.

فعلى المستوى الدولي ، يعتبر إعلان حقوق الطفل الصادر سنه 1924و الذي تبنته عصبة الأمم بمثابة أول وثيقة تنص حصرا على حماية حقوق الطفل و الذي عرف بإعلان جنيف ،ثم صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1959الإعلان العالمي لحقوق الطفل و الذي اعتبر من أهم المواثيق في العصر الحديث ،و توالت الإعلانات إلى حين صدور اتفاقية حقوق الطفل لعام
1989و التي تميزت بأنها ذات طابع ملزم لدول العالم الموقعة عليها أو المنظمة لها.

و تتكون هذه الاتفاقية من 54مادة جميعها تبين الحقوق و الضمانات الواجب منحها للأطفال،كما حرصت على تعزيز و التأكيد على حقوق الطفل في جميع الميادين المدنية و

الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و القانونية ، و هذا دليل على أن المجتمع الدولي يسعى إلى حماية حقوق القاصر عن طريق الطابع الدولي و الإلزامي التي أضفاها على هذه الاتفاقية.

و قد صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989لكن مع بعض التحفظات في 19ديسمبر1992، و حاولت بذلك تجسيد مبادئ الاتفاقية في جميع قوانينها ، سواء في القانون الجنائي أو التجاري أو المدني أو الأسرة ... .الخ.

إضافة إلى ذلك نص الدستور الجزائري على حماية الأسرة و الطفولة في كل من المادة 58 و التي تنص: " تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع "، و المادة 63 التي تنص: " يمارس كل واحد جميع حرياته ، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور ، لاسيما احترام الحق في الشرف، و ستر الحياة الخاصة ، و حماية الأسرة و الشبيبة و الطفولة."

و كما هو معروف فإن حقوق القاصر غريزية ، تنشأ معه منذ أن يكون جنينا في بطن أمه إلى أن يصبح راشدا ، غير أن هذه الحقوق لا تكتمل إلا عن طريق كفالة حمايتها بواسطة القانون بل و تقرير من ينوب عنهم لحمايتهم.

غير أن المشرع الجزائري لم يبين لنا هذه الحقوق بل ذكرها بصفة عامة دون تعدادها، لذلك جاءت غير محصورة و غير محددة ، بل أكثر من ذلك جاءت في نصوص متفرقة من قوانين مختلفة.

فبالنسبة لقانون الأسرة،لم يفرد المشرع حقوق القاصر في فصل خاص بهم و إنما تناول حقوقه و أحكامه في ثنايا مواد القانون عند التكلم في النفقة و الميراث و النسب و الولاية...الخ، بل أكثر من ذلك قد تتداخل مع هذه الحقوق قوانين أخرى غير الأسرة كالقانون المدني و التجاري و حتى الجنائي.

أهمية الموضوع :

إن بيان حقوق الطفل و خاصة المالية و تجليها في النظام المالي و الاقتصادي يعد من الأمور المهمة التي تعالج أمرا حيويا متعلقا بشريحة من المجتمع تعد أساسه ، فطفل اليوم هو رجل الغد لذا وجب منح الطفل جميع حقوقه المالية و المحافظة عليها حتى يجتاز مرحلة الطفولة و يصبح قادرا على الحفاظ عليها بنفسه .

أسباب اختيار الموضوع :

لقد وقع اختياري على هذا الموضوع لأسباب عدة لعل أهمها :

-اهتمام الباحثين بحقوق الطفل بصورة عامة دون تخصيص للبحث في الشق المالي لهذه الحقوق.

-أردنا التوصل من خلال دراستنا إلى الحق المالي الذي يمكن أن يؤمن أدنى ظروف العيش للطفل و يحسن مستواه .

-كذلك أردنا إثراء الدراسات الخاصة بالطفل و حقوقه .

-كما نهدف أيضا إلى تحديد موقف قانون الأسرة الجزائري بخصوص حقوق الطفل المالية.

الدراسات السابقة :

في حدود معرفتي و اطلاعي لم أجد بحثا مستقلا يخص هذا الموضوع حقوق الطفل المالية في قانون الأسرة الجزائري بحيث يتناول جميع جوانبه و فرعياته، بل وجدت هذه الفرعيات متناثرة بين سطور كتب جمعت آراء أهل القانون أو كتب القانون التي تناولت جزئيات من الموضوع، لذا ارتأيت أن أجمع ذلك في بحث يسهل على الباحث في نفس الموضوع الرجوع إليه .

إشكالية الموضوع :

بعد تحديد عنوان الموضوع طرحنا الإشكالية التالية :

هل وفق المشرع الجزائري في تحقيقه للحماية الكافية للحقوق المالية للقاصر؟.

منهج البحث :

و للإجابة عن هذا الإشكال سيكون موضوعنا " حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري"، متبعين بذلك المنهج التحليلي و المنهج النقدي لمعرفة تفاصيل هذه الحقوق بالإضافة إلى نقد المشرع من خلال إبراز النقائص و الثغرات الموجودة في التشريع الأسري مع إعطاء الحلول قدر الإمكان بالإضافة إلى بعض الأمثلة عن بعض القوانين العربية و الغربية.

كما اعتمدنا في بحثنا هذا على أمهات الكتب في الفقه الإسلامي ، و كذا المراجع القانونية المتنوعة ، بما فيها المقالات و الدراسات و البحوث القانونية ، مدعمين كل هذا باجتهادات المحكمة العليا. و عليه سنقسم هذا البحث إلى فصلين :

الفصل الأول: حماية حق القاصر في اكتساب الأموال.

الفصل الثاني: حماية القاصر من خلال إدارة أمواله.

وقبل التطرق لخطة إجابتنا على هذه الإشكالية وجب أن نعرج عن المقصود بالطفل لغة وفقها وقانونا وكذا المقصود بالحق المالي

جاءت كلمة طفل في اللغة بمعان كثيرة.

الطفل بكسر الطاء يعني[1]:

الطفل:البنآن الرخص والصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمه حتى يحتلم .

الطفل والطفلة: الصغيران في كل شيء.

الطفل: الصغير من أولاد الناس والدواب، وتطفلت المرأة والظبية إذا كان معها ولدها الصغير.

الطفل:الحاجة، وأطفال الحوائج صغارها.

الطفل : الشمس عند غروبها

[1]ابن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، دار الجبل،دار لسان العرب، بيروت، لبنان،ط 1988،ص 599.

الطفل: أول الليل، وشرارة النار، والطفيل: الصغير من السحاب.

ما يهمنا هو ما يتعلق بالمولود ما دام صغيرا، فلفظ الطفل يطلق على الواحد مذكرا أو مؤنثا، وعلى الجمع لأنه اسم جنس[1].

الطفل في القران الكريم.

الطفل كما جاء في القران الكريم يطلق على المولود بعد أن يكتمل نموه في بطن أمه، ويبقى جنينا إلى أن يولد فيصير طفلا[2]، قال الله تعالى:<< هو الذي خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم يخرجكم طفلا ثم لتبلغوا أشدكم ثم لتكونوا شيوخا ومنكم من يتوفى من قبل ولتبلغوا أجلا مسمى ولعلكم تعقلون>>[3].

والطفولة في القران الكريم جعلت بين حدين. حد أدنى بقوله تعالى:<< ثم يخرجكم طفلا>> وبحد أعلى بقوله تعالى:<< ثم لتبلغوا أشدكم>> حيث بين الحدين تتكامل قواه ويتنامى الشباب.

أما فقهاء الشريعة فقد عرفوا الطفل على انه " كل إنسان لم يبلغ الخامسة عشر من العمر من لم تظهر عليه علامات البلوغ"[4]، فحسب الفقهاء الطفل من لم يتجاوز الخامسة عشر من عمره ومن لم تظهر عليه علامات البلوغ فإذا ظهرت العلامات قبل هذه السن فهذه دلالة قاطعة على البلوغ ،وقداستدلوا عليها لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال: عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في جيش وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني[5]، فلعرض من قابل في جيش وأنا ابن الخامسة عشرة فقبلني، قال نافع: وحدثت بهذا الحديث عمر بن عبد العزيز فقال: هذا حد

---

[1]مجد الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنا، ط6، 1998، ص 1065.

[2]د. محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السادس، العدد 1، ، ص 185.

[3]سورة غافر، الآية 67.

[4]حسين ملا عثمان، الطفولة في الإسلام ومكانتها وأسس تربية الطفل، دار المريخ للنشر، الرياض، ط2 1998، ص 15.

[5]أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية،لبنان، ط2008، حديث رقم 1361، صحيح.

ما بين الصغير والكبير، ثم كتب أن يفرض لمن بلغ الخمس عشرة، وهذا وتجدر الإشارة إلى أن أبا حنيفة قد حدد لبلوغ الطفل ثمانية عشر عاما وسبعة عشرة عاما للمرأة إضافة للحيض[1].

وقد ذكر ابن عابدين في حاشيته بان الطفل هو الصبي حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم وابن النجيم عرف الطفولة بأنها: المرحلة من الميلاد إلى البلوغ. الشوكاني: هو الصغير من وقت انفصاله إلى البلوغ ويقال له طفل إلى أن يحتلم وعند البعض يبقى الطفل اسم للولد حتى يميز ثم يقال له صبي ويافع ومراهق وبالغ.

هذا وقد عرفه عهد حقوق الطفل في الإسلام الذي أصدرته منظمة المؤتمر الإسلامية السابع بالقرار رقم 7/16 سنة 1994 على أن الطفل كل إنسان لم يبلغ سن الرشد وفقا للقانون المطبق عليه، وهذا من العموميات والفطرية أي انه لكل طفل حرية تحديد سن الرشد.

أما اتفاقية حقوق الطفل المؤرخة في 20 نوفمبر 1989[2] فقد عرفت الطفل من خلال المادة الأولى يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه.

الطفل في القانون

لم تحدد القوانين الدولية و لا الداخلية بصورة دقيقة المقصود بالطفل ولا حول تحديد بداية ونهاية مرحلة الطفولة، أما المشرع الجزائري فنجد انه في النظام القانوني قد استعمل ألفاظ عديدة للدلالة على الطفل منها: الطفل[3]، القاصر[4]، الحدث[5]، الولد[6]. وكلها تعبير صغير السن في القانون، بالمقابل نجد أن المشرع بالمصري قد عرف الطفل من خلال قانون الطفل المصري المعدل سنة 2008 في المادة الثانية بان المقصود بالطفل كل من لم يتجاوز السنة الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة. بالإضافة إلى المشرع التونسي الذي نهج نهج المشرع

[1] د.محمود ابن إبراهيم الخطيب، المرجع السابق ص 186.
[2] اعتمدت هذه الاتفاقية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 في 20 نوفمبر 1989 تاريخ بدا النقاد 02 سبتمبر 1990.
[3] انظر المواد 314، 317، 320، 321، 327، 442، من قانون العقوبات الجزائري.
[4] انظر المواد 49، 50، 51، 326، 328، 329، من قانون العقوبات الجزائري
[5] انظر المواد 38، 134، من قانون العقوبات الجزائري وغيرها.
[6] انظر المواد 88، 99، من قانون العقوبات الجزائري وغيرها

المصري بتحديد سن الثالثة عشر عاما ما لم يبلغ سن الرشد بمقتضى أحكام خاصة وهذا من خلال المادة الثالثة من قانون حماية الطفل التونسي.

فالمشرع الجزائري قصد بالطفل بالمعنى الضيق فرع من الدرجة الأولى وبالمعنى الواسع كل شخص قاصر يحميه القانون سواء كان ذكرا أو أنثى ففي المادة 40 من القانون المدني في فقرته الثانية نلاحظ أن تعريف الطفل يحيل إلى تعريف القاصر وهو كل شخص لم يبلغ سن الرشد القانوني 19 سنة أما المادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية فقد وضعت سن 18 سنة للمساءلة الجنائية. ومنه نجد أن المشرع قد وضع هذين السنين لما يترتب على بلوغهما من مسؤوليات عن تصرفات صاحبها مدنيا أو جزائيا من تحمل الالتزامات والقيام بالتصرفات .وهكذا يتدرج بنا المفهوم القانوني للطفل من اعتباره ولدا أو فرع لأصل لغويا إلى قاصر اصطلاحا وفي كل ذلك شخص قانوني.

المقصود بالحقوق المالية

هي حقوق يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود فتخول لصاحبها الإستئثار بقيمة مالية معينة. لذلك يجوز التصرف فيها، والحجز عليها وانتقالها إلى ورثة صاحبها[1].

أما المال فقد عرفه الإمام الشاطبي: بأنه ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه الشرعي وبهذا فهو يشمل المال، الأعيان والمنافع. والى نفس الرأي مال جمهور الفقهاء أما عند أبو حنيفة فالمال لا يكون إلاعينا من الأعيان فتخرج المنافع عن مفهوم المال لأنها ليست مادة.

الخطة :

لقد قسمنا هذا المذكرة إلى فصلين و هي على النحو التالي :

[1]إبراهيم ابن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، بيروت، دار المعرفة، ج2، ص 17.

الفصل الاول : حماية حق القاصر في اكتساب الأموال– و قد اشتمل على مبحثين ، الأول تحدثنا من خلاله عن حماية حق القاصر في النفقة و الثاني عن حماية حق القاصر في التملك.

الفصل الثاني : حماية القاصر من خلال إدارة أمواله– و تناولناه في مبحثين ، الأول تحدث عن حماية حق القاصر بالولاية و أما الثاني حماية القاصر من خلال سلطات الولي على المال.

و ختمنا هذه الدراسة بأهم النتائج المتوصل إليها و بعض من الاقتراحات و التوصيات .

الفصل الأول

حماية حق القاصر في اكتساب الأموال

مقدمة الفصل الأول :

إن المشرع الجزائري لم يفرد في قانون الأسرة فصلا خاصا بالأموال التي يكتسبها القاصر، كما هو الحال بالنسبة لإدارة أموال القاصر، كالولاية و الوصاية و كل ما يتعلق بالنيابة الشرعية. و لكن في ثنايا نصوص قانون الأسرة، يمكن أن نستخرج الحقوق المالية للقاصر التي يكتسبها خلال مراحل حياته، بل و الحماية التي يمكن أن يمنحها المشرع للقاصر، لكون هذا الأخير شخص عاجز يحتاج دائما لحماية تشريعية و حتى قضائية تحفظ له أمواله.

فالقاصر مثله مثل الشخص البالغ، له ذمة مالية و له أهلية وجوب كاملة لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، لذلك كان أهلا لاكتساب الأموال ، كالحق في النفقة و الحق في الميراث و الوصية و الهبة و الوقف ، فهذه الحقوق تثبت له حتى و إن كان جنينا في بطن أمه، شريطة أن يولد حيا. فتكلم المشرع عن النفقة ضمن آثار الطلاق، و أفرد للميراث كتابا خاصا به لكثرة أحكامه، أما التبرعات من وصية و هبة و وقف فجمعها في كتاب خاص لتشابه أحكامها، و لكن تبقى أحكام عامة لا تخص القاصر فقط.

و عليه نطرح الإشكال الآتي : ما مدى حماية المشرع الجزائري للأموال التي يكتسبها القاصر في قانون الأسرة ؟.

المبحث الأول: حماية حق القاصر في النفقة

المطلب الأول: الحق في النفقة:

النفقة لغة هي ما أخرجه الإنسان من الدراهم ونحوها على نفسه وعياله وغيرهم[1] أما اصطلاحا فهي حق للطفل، و هو التزام في الأصل يقع عاتق أبيه أثناء قيام الرابطة الزوجية و يستمر حتى بعد انحلالها بالطلاق ،وتشمل النفقة كل الأمور الضرورية التي يحتاج إليها الإنسان من طعام وكسوة ومسكن وغيرها من الضروريات لحياته المادية والمعنوية الكريمة، وقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية(الفرع الأول) بالنفقة اهتماما كبيرا،أما المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة فقد أكد على حق الطفل في النفقة (الفرع الثاني) سواء أكان الطفل يعيش في كنف والديه أو حتى بعد الطلاق.

[1]ابن منظور، لسان العرب،دار الجيل، بيروت، لبنان،الجزء10، ط1988، ص 357.

و قد كفلا كل من القانون و الشريعة الإسلامية هذا الحق بل حتى الاتفاقيات الدولية ، حيث تنص المادة 27من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على ما يلي " : تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل بمستوى معيشي ملائم لنموه البدني و العقلي و الروحي و المعنوي و الاجتماعي"

لذلك سنتكلم بداية عن حماية القاصر من خلال شروط النفقة و عناصرها في المطلب الأول ، ثم عن حماية القاصر من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة في المطلب الثاني ، و أخيرا عن حماية القاصر من خلال تقدير و سقوط النفقة في المطلب الثالث

المطلب الأول

حماية القاصر من خلال شروط النفقة و عناصرها

أولا : الشروط الخاصة بالقاصر

الشروط المتعلقة بالقاصر ثلاثة، و هي أن يثبت نسب القاصر من أبيه (أ) ، و أن يكون فقيرا(ب) ،(و ألا يكون قادرا على الكسب .(ج)

أ -ثبوت نسب القاصر لأبيه:

وهو السبب الرئيسي في وجوب النفقة، ذلك لأن الأب هو الأصل و الابن هو الفرع ، فبثبوت نسب هذا القاصر يكون الأب ملزم بالنفقة حتى و لو كان معسرا ، و هذا ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 07فبراير 1987التي جاء فيها " : من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة للقاصر المكفول فتنص عليه المادة 116ق أ " : الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي "، و بالتالي الشخص الكافل هو الذي يقوم بالإنفاق على المكفول، ليس على أساس النسب أو الولادة و إنما على أساس عقد الكفالة.

ب - أن يكون القاصر فقيرا لا مال له:

فمن المقرر قانونا في المادة 75ق أ، أن نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال ،[1]لأن الأصل في النفقة أن تكون من مال الشخص أولا إذا كان غنيا،[2]و المقصود بالمال هنا هو المال الحاضر في يد ولي القاصر الذي يسمح له بالنفقة على القاصر منه مباشرة.و لكي يعتبر مال القاصر حاضرا لابد من توفر شرطين، و هما ألا يكون المال محل نزاع و ألا يكون غائبا، لأنه في هاتين الحالتين ستكون نفقة القاصر على الأب أو من يليه في النفقة.[3]

و يقصد بالمال الذي هو محل نزاع ، ذلك النزاع الذي يكون أمام القضاء أما المال الغائب، فهو ذلك المال الذي لا يمكن الوصول إليه، أو أن الوصول إليه يحتاج مدة معينة قد يهلك فيها القاصر لو بقي بدون نفقة، و مثـالها أن يكون مـال الصغير تحت يد المدين لكن لم يحل بعد أجل الوفاء، أو يكون المال مغصوبا.

ج عجز القاصر عن الكسب:

لا يكفي لاستحقاق النفقة أن يكون القاصر فقيرا محتاجا، بل يجب أن يكون عاجزا عن الكسب. فلو كان فقيرا و مع ذلك قادرا على الكسب، فإنه في هذه الحالة لا يستحق النفقة،و أعتبر في حكم الغني.

و يقصد بالعجز في هذه الحـالة ، عدم القدرة على الكسب بالطرق المعتـادة التي تؤمن للشخص الحصول على أموال تغطي نفقاته . و هذا العجز قد يكون إما بالصغرو هو سبب النفقة على القاصر ، كمـا قد يكون بالمرض الذي قد يصيب الفرع. و هذا ما يسمى بالعجز الحقيقي و يقابله ما يسمى بالعجز الحكمي ، و الذي يشمل الأنوثة و طالب العلم

و قد أحسن المشرع الجزائري عندما أخذ بهذا الشرط في المادة 75/2من قانون الأسرة و التي تنص " : و تستمر) أي النفقة (في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و يسقط بالاستغناء عنها بالكسب ."

و من ثمّ ، مادام أن القاصر لم يبلغ سن الرشد و لم يتحصل على الكسب تبقى النفقة له واجبة، فبلوغ القاصر السن القانوني هو مبدئيا دليل على زوال عجزه و قدرته على نفقة نفسه، و هذا ما أكده قضاء المحكمة العليا بتاريخ 25ديسمبر 1989حيث جاء في قرارها " : من المقرر قانونا أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

1حيث تنص المادة : " 75ق أ تجب نفقة الولد على الأب مالم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول "، و تقابلها المادة ." المصري و التي تنص على ما يلي " إذا لم يكون للصغير مال فنفقته على أبيه25 1969 / من القانون2مكرر 18

2أنظر ، أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع و القانون نفقة الزوجة و نفقة الصغير و نفقة الأقارب ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ، 1995 ؛ ص، ؛1991 ..86ص أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب ، الدار الجامعية ، لبنان ،

3 هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص145 .؛ كما قضت محكمة النقض المصرية ، دائرة الأحوال الشخصية في الطعن رقم 535بتاريخ 1975 / 12/ 21من " : المقرر شرعا وفقا للراجح في مذهب أبي حنيفة الواجب الإتباع عملا بنص المادة السادسة من القانون 462لسنة 1955 و المادة 280من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الصغير - ابنا أو بنتا - إذا كان ذا مال حاضر فإن نفقته تقع في ماله و لا تجب على أبيه3.

ثانيا: شروط استحقاق الصغير للنفقة:

يعتبر الإنفاق على الأولاد واجبا شرعيا سببها البنوة، وقد اتفق الفقهاء على أن المستحق للنفقة هو الولد الصلب دون غيره حسب المالكية، بينما عند جمهور الفقهاء فتلحق النفقة الولد الصلب المباشر وفروعه وإن نزلوا دون تمييز بين الذكور والإناث.[1]

ولاستحقاق الصغير للنفقة هناك شروط يجب مراعاتها.[2]

1_ثبوت نسب الصغير من الأب المطالب بالنفقة.

2_أن يكون الصغير لا مال له، لان الأصل أن نفقة الشخص تكون من ماله أولا.

3_أن يكون الصغير غير قادر على الكسب أو يكون عاجزا عن الكسب أصلا ،والعجز عن الكسب قد يكون حقيقي بالصغر أو بسبب المرض(عاهة عقلية أو بدنية)وقد يكون العجز حكمي بسبب الأنوثة أو طلب العلم.

4_أن يكون المنفق موسرا، قادرا على الكسب لأن الإعسار يعجز عن النفقة.

5_أن يكون المنفق على الصغير في حال نفقة الأقارب عليه قريبا وارثا.

تجدر الملاحظة أنه إذا لم يكن للصغير من ينفقه فإن نفقته تكون من بيت المال الذي تبقى من وظائفه في الشريعة الإسلامية تلبية حاجة المحتاجين.

ثالثا: على من تجب نفقة الصغير:

كمبدأ عام وكأصل تجب نفقة الإنسان من ماله إلا أنه إذا كان عاجزا كما تقدم ذكره. لصغر سنه وضعفه وعدم اكتمال قدراته العقلية والبدنية، فيكون أصله مسؤولا عن الإنفاق عليه وقد يمتد إلى باقي الأقارب في حالات معينة[3].

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 4، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط3،1997،ص160.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص160.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، المجلد 4، ص 511.

عرف المشرع النفقة بمشتملاتها وليس بماهيتها من خلال المادة 78 من قانون الأسرة "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" .وهذا التعريف يحسب للمشرع الجزائري عندما أشار لضروريات العرف والعادة لأنها متغيرة حسب الزمان والمكان.

كذلك نجد المادة 75 من نفس القانون تشير إلى مدى استحقاق النفقة "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة ،وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب" وتجدر الإشارة أنه إذا كان الولد معاقا ويتقاضى منحة فإن المنحة لا تقوم مقام الكسب لأنها مجرد إعانة لا تغني عن النفقة و لا تسقطها، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية[1].

أولا– المنفقون على الولد من الأقارب:

تعود أسباب وجوب النفقة على الولد ذكرا أو أنثى في قانون الأسرة إلى سببين رئيسيين هما: الزواج والبنوة أي القرابة[2] و تجب نفقته على الأب والأم وباقي الأقارب حسب القدرة و الإحتياج ودرجة القرابة في الإرث.

أ–نفقة الأب: تجب النفقة على الأب وهذا حسب المادة 75 من قانون الأسرة المشار إليها سابقا ويبقى الأب مسؤولا عن ولده حتى بعد إسناد حضانته لأمه أو لغيرها بعد الطلاق.

وتكون النفقة للأولاد الشرعيين فقط فنخرج بذلك أولاد الزنا والتبني مع مراعاة أحكام الكفالة المنصوص عليها في المادة 116 من قانون الأسرة[3]، إذ يعتبر الولد المكفول في حكم الولد الشرعي فيما يخص نفقته.

[1]قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،في1998/02/17، عدد خاص، 2001، ص 198.

[2]القرابة المقصود هي القرابة ما بين الأصول والفروع وقرابة الحواشي ونصت عليها المادة 33 من القانون المدني.

[3]المادة 116 من قانون الأسرة "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

وبتحليل المادة 75 من قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أخذ بالمذهب المالكي عندما نص أن نفقة الصغير تسقط بالكسب بالعمل إذا كان له مورد رزق لحسابه من تبرعات أو غيرها[1] في حين تبقى مستمرة للولد الصغير العاجز لعاهة بدنية أو عقلية أو كان مزاولا لدراسته وكذلك للبنت حتى الدخول بها. كما تجدر الإشارة أن المادة لم تفرق بين النفقة في حال قيام الرابطة الزوجية أو في حال انحلالها بالطلاق.لكن في حال ما إذا كان الأب معسرا، من المسؤول عن النفقة؟

ب–نفقة الأم: نص المشرع الجزائري على أنه في حال عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك، ومن عبارة "عجز" نلاحظ أن المشرع قصد بها الفقر وعدم العمل والمرض العقلي أو البدني ومنه نجد أن المشرع قد أخذ بالمذهب الشافعي الذي يجيز للأم الإنفاق على أولادها.إذا كان لها مال أو مدخول من عمل ما، كذلك إذا كان الأب غائبا أو مفقودا أو ميتا[2].

ج–نفقة باقي الأقارب: نصت المادة 77 من قانون الأسرة على انه تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث ومنه فالمادة تلزم الأصول بالإنفاق على الفروع وكذلك الفروع على الأصول بشروط معينة وحسب قدرة المكلف بالإنفاق وحسب الاحتياج وكذلك شرط أن يكون المنفق وارثا للمنفق عليه ومنه نجد أن المشرع قد أخذ بالمذهب الشافعي والحنبلي من حيث امتداد النفقة لتشمل الفروع من قبل الأصول حسب درجة الإرث، وتجدر الإشارة إلى إقرار القضاء الجزائري للنفقة بين الأقارب خاصة الجد مع مراعاة يسر المنفق من الأقارب، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أنه إذا عجز الأب عن الإنفاق

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، سنة 1996، ص 225.

[2] د.كمال لدرع، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية والمعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة،عدد 2، سنة 2002، ص 191.

تنتقل النفقة إلى الأم إذا كانت قادرة ولها دخل ولا تنتقل إلى الجد وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا[1].

ثانيا– تقدير النفقة:

منح القانون القاضي سلطة واسعة في مجال تقدير قيمة النفقة ولم يقيده بشيء إلا بمراعاة حال المعيشة. وهذا إذا رفض الأب الإنفاق على أولاده فللأم الزوجة أو المطلقة أن تمثل أولادها القصر بالتقدم إلى القضاء بموجب عريضة افتتاحية لطلب النفقة.[2]

وقد نصت المادة 79 من قانون الأسرة على ما يلي:" يراعي القاضي عند تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". وهذه المادة مهمة جدا بالنسبة لتقدير النفقة تماشيا وظروف المعيشة المتغيرة وقد أصاب في ذلك المشرع الجزائري بما في ذلك من حماية لحق الطفل في تأمين عيشه، كما أن قانون العقوبات قد شدد عقوبة جريمة عدم تسديد النفقة في المادة 331 منه والتي تنص على انه" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 إلى 300.000دينار كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم".

إن حق الطفل في النفقة مرتبط بحق آخر والمتمثل في الحق في السكن أو الإيواء باعتباره من مشتملات النفقة وهذا الحق يقع على الأب باعتباره رب الأسرة، فيوفر الإيواء لعائلته فإذا عجز عن توفيره دفع أجرة السكن. وتجدر الإشارة إلى أن حق الإيواء يخضع لنفس أحكام حق النفقة، فإذا كان الطفل محضونا فيجب عليه حسب المادة 72 في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة وإن تعذر عليه ذلك فعليه

[1]قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في2007/05/09، المجلة القضائية لسنة 2008 العدد 2، ص 295.

[2]سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر ، سنة 2008 ، ص85.

دفع بدل الإيجار.[1] فنجد أن المشرع قد أوجب توفير سكن للحاضنة لممارسة الحضانة وإن تعذر فدفع بدل الإيجار بغض النظر عن عدد المحضونين.

المطلب الثاني: الحق في الميراث:

يعتبر الميراث من أهم المصادر التي يكتسب من خلالها القاصر أموالا ،و المشرع الجزائري في قانون الأسرة مثله مثل التشريعات الإسلامية الأخرى، لم يخرج في الميراث عما جاءت به الشريعة الإسلامية،و التي توزع التركة للمتوفى بحسب القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة.

و يعرف الميراث،بأنه خلافة عن ميت حقيقة أو حكما في ماله، بسبب زوجية أو قرابة أو أولاد و بدون مانع شرعي. لكن حتى يتم التوارث يجب أن تكون جميع الأركان متوفرة، و هيبداية من المورث و المقصود به الميت حقيقة أو حكما، و الوارث و هو الذي يستحق الإرث بأي سبب من الأسباب السابقة الذكر . و هو في هذا الموضوع القاصر و الحمل، بالإضافة إلى الركن الأخير و المتمثل في الموروث، و هو الذي يتركه المورث من مال و حقوق.

و القاصر في الميراث يرث بطريقتين، إما بالطريقة العادية في حالة وفاة أحد أصوله أو غيرهما، بحيث لا يحتاج إلى أن ينزل مرتبة أحد حتى يحصل على الميراث) الفرع الأول (، و قد يرث بالتنزيل أو ما يعرف في بعض الدول بالوصية الواجبة، و هو أن يحل محل الأصل المتوفى في ميراثه)الفرع الثاني).

ترتب واقعة الوفاة أثرا قانونيا يتمثل في حق الإرث أو الميراث وهو لغة :الإرث ،ويقال ورث فلان المال منه وعنه يرثه ورثا ووارثة صار إليه ماله بعد موته [2]، أما اصطلاحا فيراد به خلافة حي حقيقة أو حكما عن ميت حقيقة أو حكما في ماله، بسبب زوجية أو قرابة أو ولاء[3] بدون مانع شرعي من قتل أو رق أو اختلاف دين.

[1] هذه المادة معدلة بموجب أمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 كما يلي" نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وان تغدر فعليه أجرته".

[2] ابن منظور، المرجع السابق، الجزء 3، ص 416.

[3] محمود الخطيب، المرجع السابق، ص 189.

تناول المشرع الجزائري الميراث من خلال الكتاب الثالث من قانون الأسرة[1] و يعتبر نظام المواريث في القانون الجزائري نظاما ماليا مستمدا من الشريعة الإسلامية و إذا كان المشرع لم يعرف الميراث إلا أن القضاء قد عرفه " من المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها و يملكها أثناء حياته"[2].

و مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يخرج عن الأحكام الشرعية في منح الطفل نصيبه من الميراث عند توفر شروط استحقاقه له و عدم وجود مانع من موانع الإرث.

أولا– موقف المشرع الجزائري من ميراث الولد الشرعي:

لم يخالف المشرع الجزائري ما أقره الشارع الحكيم فيما يخص المواريث ذلك أن "الإسلام دين الدولة الجزائرية[3]" و نظام المواريث نظام إسلامي بحت ، لذا لم يخالف المشرع ذلك بل قد نجد نقائص لم ينص عليها لكن المادة222 تحيل إلى الشريعة الإسلامية كل ما لم يرد به نص في قانون الأسرة برمته.

و يلاحظ أن الأولاد ذكورا أو إناثا متواجدون في أغلب مسائل الميراث و كذا المسائل المشهورة،التي عكف المشرع الجزائري على تقنينها و التي لا تخلو من تحديد أنصبة الأولاد تبعا لكل مسألة[4] ،و هذه المسائل هي الأكدرية و الغراء، المشتركة، الغراوين، المباهلة، المنبرية.

–و بما أن المشرع الجزائري لم يختلف عن الشريعة الإسلامية في حق الطفل في الميراث فإن إعادته في هذا الجزء يعتبر تحصيل حاصل.

كما تجدر الإشارة أن المشرع قد اهتم أيضا بحق الحمل في الميراث من خلال المادة 128 من قانون الأسرة التي تنص على "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقتا افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث و عدم وجود مانع من الإرث".

---

[1] تناول المشرع الميراث من المادة 126 إلى المادة 183ن من قانون الأسرة الجزائري.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 14 افريل 1984، المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1989، ص 55

[3] المادة 2 من الدستور 1996 الجزائري.

[4] المسائل الخاصة نص عليها المشرع من المادة 175 حتى 179 في قانون الأسرة.

ثانيا– موقف المشرع الجزائري من ميراث ولد الزنا و ولد اللعان:

تناول المشرع من خلال المادة 138 من قانون الأسرة اللعان كمانع من موانع الإرث "يمنع من الإرث اللعان و الردة" ،و بالتالي يمنع ولد اللعان من الإرث لعدم تحقق سبب الميراث و هو القرابة[1] و كذلك بالنسبة لولد الزنا فهو يمنع من الإرث من جهة أبيه و ذلك لعدم ثبوت النسب الشرعي كسبب للتوارث الصحيح[2].

– إن حق الإرث الممنوح للطفل في التشريع الجزائري لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية و إن لم يرد تفصيل بالنسبة لموانع الإرث في قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع بوضعه للمادة 222 من قانون الأسرة قد تجنب أي قصور و ذلك بإحالة كل ما لم يرد به نص في هذا القانون إلى الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: الحقوق المالية الناتجة عن تصرفات قانونية :

إذا كان حق الإرث من الحقوق التي تنتج دون إرادة صاحبها فإن التصرفات القانونية عمل إرادي محض لا يحدث أثاره القانونية و لا ينتجها إلا بإرادة صاحبها إن كانت صادرة من جانب واحد أو من جانبين و من الحقوق المالية الناتجة عن تصرفات قانونية سنتطرق إلى الحق في الوصية والوصية الواجبة (المطلب الأول) و الحق في الهبة (المطلب الثاني)، و الحق في الوقف (المطلب الثالث) بين كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: الحق في الوصية و الوصية الواجبة:

الفرع الأول: الحق في الوصية:

عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الوصية بقولها: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". وهذا التعريف يعتبر تعريفا جامعا لجميع أنواع الوصايا واجبة كانت أو

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء 2(الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1999، ص 214.

[2] انظر المواد 40، 41، 42، 43، 44 من قانون الأسرة حول إثبات النسب.

مندوبة[1] وسواء كانت بالمال أو بغيره والمقصود بالتمليك هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار وكذا الوصية بالمنافع، ولا يدخل فيها الإيصاء على الأولاد الصغار لأنه تختص به أحكام الولاية على المال المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري[2]. وتعتبر الوصية من عقود التبرع المضافة إلى ما بعد الموت بدون عوض[3].

ويكون الإيصاء بمال معين إلى الطفل القاصر في حياة الموصي لكن لا يدخل ذمته المالية إلا بعد وفاة الموصي، وقد نصت المادة 186 على شروط الموصي "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل". أما الموصى له سواء كان ذكرا أو أنثى فيشترط فيه أن يكون موجودا حقيقة أو حكما كالحمل، هذا ما نصت عليه المادة 187" تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".

أما إذا كان الموصى له وارثا فلا تصح له الوصية إلا بإجازة الورثة وهذا ما نصت عليه المادة 189 لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

كما أن المادة 185 تؤكد على حرية الموصي والتصرف في أمواله في حدود ثلث التركة دون إجازة الورثة ، ولأن الوصية تبرع بالمال يتطلب الإرادة والتمييز تكون وصية الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز في القانون الجزائري باطلة بطلانا مطلقا[4] لعدم توفر شرط البلوغ، وإذا كانت وصية القاصر باعتباره موص باطلة، فما هو موقف المشرع الجزائري من الوصية له؟

باعتبار الوصية لا تنفذ إلا بعد موت صاحبها فقد اعتبر الإيجاب ركن الوصية الوحيد فلا يتطلب قبولا لإبرامها لأن القبول يكون بعد وفاة الموصي بالتالي فهو شرط لزوم ونفاذ[5]

---

[1] سلامي دليلة ، المرجع السابق، ص 92.

[2] انظر أحكام الولاية على المال من المادة 87 وما بعدها من قانون الأسرة.

[3] د. العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 2، سنة 1990، ص 391.

[4] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط 2002، ص 40.

[5] عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة–الوصية– الوقف)، دار هومة، الجزائر، ط 2004، ص 47.

وليس شرط انعقاد، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 197" يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي" أما المادة 198 فقد نصت على أنه "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد" وعليه يكون القبول المعتبر قانوناهو الذي يصدر من الموصى له البالغ العاقل ، أما إذا كان الموصى له بعد وفاة الموصي قاصرا أو جنينا أو محجورا عليه لجنون أو سفه أو غفلة فإن قبول الوصية أو ردها يكون ممن له الولاية على ماله وليا كان أو وصيا أو قيما، وعليه فالطفل أهل لاستحقاق الوصية يقبلها عنه من له الولاية على ماله وهذا موقف المشرع الجزائري الذي أخذه عن المذهب المالكي[1].

الفرع الثاني:الحق في الوصية الواجبة

أورد المشرع الجزائري الوصية الواجبة ضمن الميراث وسماها بالتنزيل،[2] ولم يسميها بالوصية الواجبة على غرار التشريعات العربية الأخرى.

والسبب الرئيسي الذي دفع المشرع إلى تقنين فكرة التنزيل هو حماية الأطفال القصر للابن المتوفى الذي سبق والده في الموت، والذي ربما يكون قد ساهم في نماء ثروته وأصبحت تركة، وقد نصت المادة 169 من قانون الأسرة على مايلي :"من توفي و له أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة " ومما تجدر الإشارة إليه أنه قبل صدور قانون الأسرة بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 كان التنزيل اختياريا ولا يحتاج إلى شكل رسمي وتقبل فيه شهادة الأقارب، لكن بعد صدور القانون أصبح إجباريا بموجب المادة 169 وما بعدها وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور القانون كان اختياريا وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا"[3].

[1]العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، ط 1999، ص 280.

[2]ذكر المشرع في الفصل السابع من الكتاب الثالث الميراث في قانون الأسرة الجزائري من المادة 169 حتى المادة 172.

[3]قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 1997/11/25، المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 1، ص 46.

وباستقراء المادة 169 نجد أنها قد منحت حق التنزيل للأحفاد مع أن لفظ "حفيد" يحتمل وصفين أولاد الابن وأولاد البنت الذين هم من ذوي الأرحام والذين لا يرثون إلا إذا انعدم الوارث بالفرض أو بالتعصيب، وبالتالي كيف ينزلون منزلة أمهم رغم وجود ورثة؟.

وإذا سلمنا بميراثهم عن طريق التنزيل وأنهم سيرثون عند وجود أصحاب الفروض والعصبة وعند انعدامهم[1]. لكن إذا راجعنا نص المادة 169 من قانون الأسرة باللغة الفرنسية نجده قد حصر التنزيل في الأحفاد أولاد الابن وان نزلوا دون أولاد البنت :

Art. 169:"Si une personne décéde en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation à la succession du de cujus selon les conditions ci-après définies."

و هذا يعني أن أولاد البنت من ذوي الأرحام ولا ينزلون وينزل أولاد الابن فقط باعتبارهم فرعا للهالك، ومنه يمكن تحديد من يجب تنزيله منزلة أبيه في تركة جده أو جدته كما يلي:

- فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة أبيه وأمه.
- فرع الولد الذكر الذي مات في حياة المورث موتا حكميا، والمقصود به المفقود الذي نصت عليه المادة 109 من قانون الأسرة "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه و لا يعرف حياته أو كوته و لا يعتبر مفقودا إلا بحكم." مع العلم أن الحكم بالفقد لا يتم إلا بناء على طلب من كل ذي مصلحة[2].

ومتى يصدر هذا الحكم تثبت حالة الفقد بينما الحكم القاضي بموت المفقود نصت عليه المادة 113 بما يلي:" يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية لمضي 4

[1] الصادق فريوي، الوصية الواجبة والتنزيل، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، العدد التاسع، سنة 1996، ص 35.

[2] نصت المادة 114 من قانون الأسرة "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة"

سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات."

– فرع الولد الذكر المتوفي مع أمه أو أبيه في حادث واحد: كالحرقى والهدمى و الغرقى ومن في حكمهم ، و لا يعلم من مات منهم أولا, وفي هذا يرى جمهور الفقهاء[1] بأنه لا توارث بينهم لعدم تحقق شرط حياة الوارث بعد وفاة المورث ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 129 من قانون الأسرة.

شروط التنزيل:

لتنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في التركة يجب توافر ما يلي:

1- يجب أن تكون أسهم الأولاد الذين ينزلون منزلة أصلهم مقدرة بحصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا تتجاوز ذلك ثلث التركة وهذا ما نصت عليه المادة 170 من قانون الأسرة فلو أن نصيب الأصل لو بقي حيا أكثر من الثلث لا يحق من نزل منزلته أخذ ما زاد عن الثلث، بل يأخذ الثلث فقط.

2- ألا يكون الأصل قد أوصى لأحفاده أو أعطاهم حال حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بالتنزيل: نصيب الأحفاد بالتنزيل لا يزيد عن الثلث فإذا أعطاهم الأصل ما يساوي نصيب تنزيلهم فإنهم لا ينزلون منزلة أبيهم، أما إذا أعطاهم أقل من نصيب تنزيلهم فإنه يجب أن يتمم النصيب الذي يستحقونه. وهذا ما جاءت به المادة 171: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة، أو كان أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بأكثر مما يستحقونه بهذه الوصية، فان أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة."

[1] هذا رأي مالك والشافعي وأبو حنيفة وكذا زيد بن ثابت.

في حال ما إذا أوصى أو أعطى بأكثر من ثلث التركة فهنا لا بد من إجازة الورثة، كما أنه لا يحق للحفيد الذي ورث جدته بواسطة التنزيل أخذ جزء آخر من التركة عن طريق الوصية[1].

3-ألا يكون الأحفاد مستحقين للتركة بطريق الإرث.

نصت المادة 171 على ما يلي:" لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة. فان كان الأحفاد غير محجوبين فهم ورثة شرعيون فلا يستفيدون من التنزيل."

4-ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن نصيب مورثهم من تركة الأصل جدا كان أو جدة لأن نصيب مورثهم هنا عبر مقيد بالثلث و هذا ما أشارت إليه المادة 172 من قانون الأسرة.

5-ألا يكون بالحفيد الذي سينزل منزلة أبيه مانع من موانع الإرث و موانع الإرث أشارت إليها المادتان 135 و 138 من قانون الأسرة المادة: 135 "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

-قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

-شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه.

-العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية."

المادة 138 "يمنع من الإرث اللعان و الردة" هذا و لم ينص المشرع على اختلاف الدين كمانع من موانع الإرث، فلو كان التنزيل بمثابة وصية لطبقنا المادة 200 من قانون الأسرة[2] و التي تجيز الوصية حتى و إن اختلف دين الموصي و الموصى له ، لكن بما أن التنزيل بمثابة ميراث، فإن اختلاف الدين يعد مانعا من موانع الإرث طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية و التي

[1]قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، في2005/12/14، المجلة القضائية، 2005، العدد2، ص 387.

[2]م 200 من قانون الأسرة" تصح الوصية مع اختلاف الدين."

تحيلنا إليها المادة 222 من قانون الأسرة باعتبارها تحكم قواعد الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة[1].

المطلب الثاني: الحق في الهبة:

الهبة لغة التبرع و التفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا سواء أكان مالا أو غير مال، و هي العطية الخالية من الأعواض و الأغراض[2] و تعتبر الهبة من عقود التبرع و منه فهي تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا بالواهب فهي تمليك يغير مقابل و لا خلاف في ذلك شرعا و قانونا، فكيف عالجها القانون الجزائري .

عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 ف 1 قانون الأسرة : "الهبة تمليك بلا عوض "، ويعتبر المشرع الهبة عقدا بنص المادة 206 من نفس القانون التي اشتملت على أركان الهبة إذ اشترطت تطابق إرادتين، وإفراغ التراضي في الشكل الرسمي وإتمام ذلك بالقبض أي الحيازة، تحت طائلة البطلان[3].

أولا ـ الهبة للقاصر:

لما كانت الهبة عقدا من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب و القبول، إلى جانب توافر ركن الحيازة مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق، يقوم هذا الأخير قبل تحريره عقد الهبة بالتحقق من أهلية الواهب، إذ تتطلب الهبة أهلية التبرع فيه مادام يقوم بعمل ضار به ضررا محضا حسب نص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري[4].

وتجدر الإشارة بخصوص الواهب إلى أنه إذا كان الشخص عديم التمييز أو ناقص، أي صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها، أو صغيرا مميزا أو سفيها أو ذا غفلة، فإن الولي أو الوصي أو المقدم لا يملك أحد منهم أن يهب مال من هو تحت ولايته، و إلا كان في ذلك

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 61، 62.

[2] ابن منظور، المرجع السابق، الجزء 6، ص 4929.

[3] تنص المادة 206 من قانون الأسرة: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات.و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

[4] تنص المادة 203 من قانون الأسرة: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه".

إخلال بنظام الولاية على المال الذي يهدف إلى حفظ مال القاصر أو المحجوز عليه، واستثماره بالطرق الشرعية[1].

أما الموهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف، ويكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعا محضا[2] وعليه نميز في الهبة للقاصر حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الموهوب له غير مميز والواهب أجنبيا، يقبل الهبة عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، ويحوز الشيء الموهوب بالنيابة عنه أيضا وليه أو وصيه أو القيم عليه فحسب المادة 210 ف 2 من قانون الأسرة الجزائري:"وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

ولكن المشرع الجزائري يستغني عن ركن الحيازة في عقد الهبة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، مكتفيا بالتوثيق والإجراءات الإدارية طبقا للمادة 208 من نفس القانون:" إذا كان الواهب ولي الموهوب له...فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".وبذالك أخذ القضاء الجزائري في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 فيفري 1982: "من المقرر شرعا أن الهبة تنعقد وتصح بمجرد القبول والقبض، على أن الحيازة من شروط الكمال، إلا أنه يحوز الأب لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفيه....."[3]. كل ذلك مع التمييز في الإجراءات المتبعة في هبة العقارات وهبة المنقولات[4].

الحالة الثانية: إذا كان الموهوب له مميزا، يجوز له قبول الهبة وحيازتها دون إذن من الولي أو غيره لأنها من التصرفات النافعة له نفعا محضا. أما إذا اقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ

---

[1] محمد تقية ، المرجع السابق، ص 109-110.

[2] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 27.

[3] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، في 22 فيفري 1982، نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982، ص 273.

[4] بالنسبة للعقارات: تتطلب الهبة اتباع إجراءات التوثيق حتى تغني عن ركن الحيازة، و ذلك بإفراغها في شكل عقد رسمي يحرره الموثق تحت طائلة البطلان المطلق.

بالنسبة للمنقولات: تغني الإجراءات الإدارية عن الحيازة في هبة المنقول، كأن تنصب الهبة للطفل على أموال نقدية، فيكفي بشأنها فتح حساب خاص به.

-عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 10- 11.

حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف صحتها في هذه الحالة حسب نص المادة 83 من قانون الأسرة على إجازة الولي أو الوصي، أو إذن القاضي.[1]

ونشير في الأخير إلى أن الهبة – شرعا وقانونا – ليست محددة بقدر معين، فيجوز أن ترد على مال الواهب كله، إلا إذا كانت في مرض الموت، فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، بينما الوصية يلزم أن تتقيد بالثلث من التركة دائما.

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري تطبيقا للأحكام الشرعية، قد اعتبر كل تصرفات المريض مرض الموت أيا كان هذا التصرف هبة أو بيعا أو وصية أو غيرها، تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت[2]، والغرض من ذلك حماية الورثة من الهبات المستترة ومن التصرفات المستترة ومن التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت،والتي تشكل في الحقيقة اعتداء على حق الورثة.[3]

ثانيا – الرجوع في الهبة للأولاد وموانعه

القاعدة العامة أن الهبة عقد ملزم بمجرد القول على المشهور(بالإيجاب)، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء ويكون ذلك في الهبة الصادرة من الأبوين إذا وهبا لولدهما،[4] إلا في حالات أربع لا يجوز الرجوع فيها، ثلاث منها نصت عليها المادة 211 من قانون الأسرة والرابعة جاءت في المادة 212 من نفس القانون.

وعليه، – يمنع – رجوع الأبوين في هبتهما للولد في الحالات الآتية:

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
2. إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

---

[1] محمد تقية، المرجع السابق، ص 112.

[2] تنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية".
تنص المادة 776 ف 1 من القانون المدني الجزائري: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف."

[3] محمد تقية، المرجع السابق، ص 124-125.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث،في 21 فيفري 2001، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2002، ص 308.

3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

4. إذا كانت الهبة بقصد المنفعة العامة(المادة 212 من قانون الأسرة).

ونؤيد بعض الشراح الذين اعتبروا بأن المشرع الجزائري قد ذكر هذه الموانع على سبيل المثال لا الحصر، لأن المذهب المالكي يذكر حالات أخرى قد يصادفها القاضي ولا يجدها في قائمة الموانع القانونية، فيرجع فيها حتما إليه أو إلى المذاهب الفقهية الأخرى.[1]

ويبقى حق الرجوع في الهبة للأولاد أمرا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، وهو مخول للوالدين فقط دون اشتراط سن معينة للأولاد، ودون تحديد مهلة معينة للرجوع . ويترتب على الرجوع في الهبة البطلان على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يذكر طريقة الرجوع فيها أتكون بالتراضي أم بالتقاضي بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.[2]

المطلب الثالث: الحق في الوقف[3]

الوقف نظام عرفته الشريعة الإسلامية يتمثل في حبس عين من الأعيان عن التصرف أو التمليك لأحد من العباد، ورصد منفعتها على جهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء. و هو بذلك يعتبر من مجموعات الأموال لا من مجموعات الأشخاص.

والوقف من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة هي إرادة الواقف نفسه أي إيجابه الذي أجمع الفقهاء على أنه الصيغة المعتبرة ركنا في الوقف دون قبول الموقوف عليه.[4]

---

[1] محمد تقية ، المرجع السابق، 261-306.

[2] محمد تقية، المرجع السابق، ص 297.

[3] الوقف لغة:الحبس والمنع.

ووقف الدار و نحوها: حبسها في سبيل الله. الفيروز آباد، القاموس المحيط، المرجع السابق، الجزء 3 ص 212.

شرعا:الحنفية: حبس العين على حكم ملك الواقف و التصدق بالمنفعة على جهة الخير.

المالكية: جعل الملك منفعة مملوكة، و لو مملوكا بأجرة، أو جعل غلته كدراهم لمستحق، بصيغة مدة ما يراه المُحبس.

الشافعية: حبس مال يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح شرعا.

[4] عبد الجليل القرنشاوي، المرجع السابق، ص 267.

و إذا كان يصح الوقف على الجنين وعلى الصبي شرعا ، فإن صحة ذلك في القانون الجزائري منتفية .

يعتبر الوقف في القانون الجزائري مجموعة أموال تتمتع بالشخصية المعنوية حسب المادة 49 من القانون المدني، تبدأ بتمام تكوينه دون حاجة إلى ترخيص خاص، وتنتهي بانتهاء مدته إن كان مؤقتا أو بانقراض الموقوف عليهم، أو بناء على حكم من القضاء إذا ما تخربت أعيانه بصورة تؤدي إلى زوالها.[1] وإذا كان الوقف نظاما ماليا مستمدا من الشريعة الإسلامية ومطبقا في الجزائر، فإن الوقف على الأولاد في قانون الأوقاف الجديد[2] قد ألغي بعد إلغاء أحكام الوقف الخاص دون الوقف العام.

أولا – الأصل: صحة الوقف:

تعرف المادة 213 من قانون الأسرة الوقف بأنه:" حبس المال عن التملك لأي شخص على سبيل التأبيد والتصدق". و تعرفه المادة 04 من القانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف[3] بأنه: "عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة". ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بتعريف المذهب الحنفي دون أن تبين المادة ما إذا كان التبرع بمنافع الموقوف فقط حسب نفس المذهب أم أنه تبرع بعين الموقوف ومنافعها كذلك على رأي محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة والذي يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ به في المادة 03، من قانون الأوقاف[4]. "الوقف هو حَبسُ العين عن التملك على وجه من وجوه البر والخير".

و يبدو أن المادة 04 من قانون الأوقاف في تحديدها لطبيعة الوقف لا تؤدي المعنى المطلوب، لأن اعتبار الوقف عقدا معناه وجوب توافق إرادتين أي إيجاب الواقف و قبول

[1] مصطفى محمد الجمال، عبد الحميد محمد الجمال ، المرجع السابق، ص 514.

[2] القانون رقم 02-10 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 هـ الموافق لـ 14 ديسمبر 2002 المعدل و المتمم للقانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، ج.ر عدد 83.

[3] القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل 1991، ج.ر عدد 21.

[4] نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1995، ص 64.

الموقوف عليه، في حين يعتبر الوقف تصرفا صادرا من جانب واحد ينعقد بمجرد صدور الإيجاب و هذا مذهب الحنفية الذي أخذ بركن الصيغة فقط أي الإيجاب عند إنشاء الوقف.[1]

و يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين الموقوفة ملكا مطلقا، و أن يكون بالغا و عاقلا غير مكره، فلا يتصور القاصر واقفا، و يشترط في المال المحبس أيضا ان يكون معينا تعيينا ينفي الجهالة و خال من كل نزاع،[2] و متى استوفى الوقف أركانه و شروطه أصبح لازما لا يجوز للواقف الرجوع فيه و لا لورثته من بعده.[3]

أما الموقوف عليه فعرفته المادة 13 من القانون رقم 10/91 بأنه: "...الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصا طبيعيا أو معنويا. والشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله...".

و دون تفصيل أكثر بخصوص الموقوف عليه من الناحية التشريعية، يبدو أن الوقف للجنين في القانون الجزائري غير معمول به، أما الوقف للأولاد فبعدما كان معمولا به في القانون القديم تم إلغاؤه في القانون الجديد على غرار بعض التشريعات العربية كما هو الحال في مصر و سوريا.[4]

ثانيا– الاستثناء: بطلان الوقف الذري:

أسمى المشرع الجزائري الوقف الذري أو الوقف على الأولاد بالوقف الخاص. و قد كثر هذا النوع من الوقف في الجزائر في العهد العثماني عملا بالمذهب الحنفي الذي كان يجبر انتفاع الموقوف عليه و عقبه من الوقف بحيث لا يعود الوقف إلى الغاية التي حبس من أجلها إلا بعد

[1] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 83.

[2] أنظر المواد 10، 11، 12 من القانون رقم 91–10 المتعلق بالأوقاف، و المادتين 215، 216، من قانون الأسرة.

[3] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 109.

[4] نادية براهيمي، المرجع السابق، ص 109.

أحمد محي الدين العجوز، المرجع السابق، ص 248.

انتفاء الورثة المنصوص عليهم في وثيقة الحبس، بينما يرى المذهب المالكي ضرورة صرف الحبس على المصلحة العامة التي حبس من أجلها مباشرة بدون قيد أو إرجاء أو تردد.[1]

كان الوقف على الأولاد معمولا به في القانون الجزائري رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، إذ ذكرت المادة منه أنواع الوقف: عام و خاص، و عرفت الوقف الخاص بأنه ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

كما نصت المادة 07 من نفس القانون: "يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم" و يجوز للواقف في القانون رقم 10/91 أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك عند انعقاد العقد، كاشتراطه أن يؤول الوقف بعد أبنائه إلى أبنائهم ثم يلغي أحفاده و يعوضهم بإخوته.[2] و يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي اشترطها الواقف إذا كان منافيا لحكم الوقف و هو اللزوم، كما له إلغاء أي شرط ضار بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه.[3]

ولكن، هل كان يجوز للقاضي إلغاء وقف سيستفيد منه بعض أبناء الواقف دون البعض الآخر؟ و ما حكم الوقف الذي تم لصالح الذكور دون الإناث؟ لقد جرى العمل في الجزائر بالمذهب الحنفي بخصوص الوقف الخاص والذي يرى وقف المال على الذكور دون الإناث: "من المقرر شرعا أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي، يرخص بالتحبيس على نفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحيازة كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن عند الاحتياج حق استغلال الامتلاك المحبسة".[4]

[1] نادية براهيمي، المرجع السابق، ص 70.

[2] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 87.

[3] أنظر المواد 14، 15، 16 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، والمادة 218 من قانون الأسرة الجزائري.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 13 ديسمبر 1984، المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989، ص 95.

و قد يقع الذكور في حالة مشابهة، لمّا يعمد أحد الوالدين إلى الوقف على البنات و حرمان الذكور من الاستفادة من هذا الوقف، وفي ذلك دليل على سوء نية الواقف أي حرمانهم من الميراث.[1]

لأجل ذلك طالب العديد من القضاة الذين صادفهم هذا النوع من الدعاوى بتخفيف الغبن الواقع على المرأة التي حرمت من الإرث، كما حذروا من سوء نية الواقف الذي يعمد بوقفه حرمان بعض الورثة أو إنقاص أو زيادة نصيب أحدهم.[2]

و يبدو أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر بإلغائه الوقف الخاص أو الوقف الأهلي بموجب القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، إذ بعد الإطلاع عليه و مقارنته بقانون الأوقاف رقم 10/91، يتبين إلغاء جميع الأحكام المتعلقة بالوقف الخاص و استبقاء نصوص الوقف العام فقط، و أصبح الموقوف عليه في مفهوم القانون الجديد حسب المادة 13 منه: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية". وغاب كل نص دالٍّ على الموقوف عليه بصفته شخصا طبيعيا.

و بعيدا عن قانون الأوقاف، يظل سؤال يبحث عن إجابة: لماذا أبقى المشرع الجزائري على أحكام الوقف كتصرف من تصرفات التبرع في قانون الأسرة الجديد المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ما دام قد ألغى الوقف الخاص أو الوقف الأهلي في القانون 10/02 المؤرخ في 27 أفريل 2002 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف؟

و الإجابة على ذلك، تكون بأحد الحلين في رأينا، الأول أن يطبق قانون الأوقاف باعتباره قانونا خاصا يقيد القانون العام أي قانون الأسرة وبالتالي عدم الوقف على الأولاد و غيرهم من

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، في 16 نوفمبر 1999، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، سنة 2001، ص 311.

[2] عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 88-89.

الأهل، والثاني تطبيق ما جاء بشأن الوقف في قانون الأسرة[1] واعتماد القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية في دعاوى الوقف الأهلي بإحالة من المادة 222 من قانون الأسرة.[2]

[1] أنظر المادة 213 إلى المادة 220 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] تنص المادة 222 من قانون الأسرة: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الفصل الثاني

إدارة أموال القاصر

مقدمة الفصل الثاني :

نظرا لانعدام الأهلية لدى الطفل ، فإن حقوقه و مصالحه المالية يتم إدارتها من طرف الغير ضمن ما يسمى بالولاية على المال ذلك لأن لديه الصلاحية لكسب الحقوق و تحمل الإلتزامات إلا أنه غير أهل لمباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له حقوقا أو عليه التزامات (المبحث الأول) ، لكن بالمقابل يجوز له قبل بلوغه سن الرشد أن يدير أمواله و يبرم تصرفات قانونية إلا أن هذه الأخيرة لا تعتبر كلها نافذة إنما تخضع لأحكام مختلفة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : إدارة أموال القاصر من طرف الغير:

نظرا لانعدام أهلية الأداء لدى الطفل، فإن حقوقه ومصالحه المالية تتم إدارتها من طرف الغير ضمن ما يسمى بالولاية على المال حيث تهدف هذه الأخيرة إلى حماية مصالح الطفل القاصر سواء أكانت هذه الولاية أصلية شرعية (المطلب الأول) أو كانت نيابية (المطلب الثاني)،فكيف قانون الأسرة كليهما؟ وهل ينتهي هذا النظام بمجرد بلوغ الطفل القاصر أم هناك أسباب أخرى ؟(المطلب الثالث).

المطلب الأول : الولاية على أموال القاصر:

لقد أولى المشرع الجزائري لحقوق الطفل أهمية بالغة وباعتباره قاصرا عن إدارة أمواله فقد وضع آلية لحماية هذه الحقوق من خلال نظام الولاية الذي يضمن إدارة أموال الصغير حتى يتمكن من إدارتها بنفسه نصت المادة 81 من قانون الأسرة على ما يلي " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون " من خلال هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع ترتيب لمن لهم الحق في

إدارة أموال القاصر وهم الولي فإن لم يوجد فالوصي فإذا لم يكن لا هذا ولا ذاك وجب على القاضي أن يعين له مقدما وعبر الإشارة أن القانون المدني مدانا بدوره إلى ذلك[1].

أولا– الولاية على المال :

الولاية على المال في قانون الأسرة الجزائري خص بها المشرع الأب وبعد وفاته الأم وذلك حسب المادة 87 التي تنص على " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا " ونعتبر الأحكام التي تثريعلى ولاية الأب هي نفسها الأحكام التي تثري على ولاية الأم.

1. ولاية الأب : ولاية إلزامية فليس له التنحي عنها وهي شخصية لا تنتقل من بعده إلى ورثته[2]، والملاحظ أن المشرع لم ينص على الشروط الواجب توفرها في الولي لكن لابد أن تتوفر في الأب الأهلية الكاملة فمن لا ولاية له على نفسه لا ولاية له على غيره[3].
   - ضف إلى ذلك المشرع الجزائري لم ينص على اتحاد دين الولي والمولى عليه إلى أن المادة 222 من قانون الأسرة التي حلت العديد من المشاكل للمشرع الجزائري عند وجود تغيرات قانونية في قانون الأسرة والتي تحيل كل ما لم يرد به نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية .
2. ولاية الأم: اعتبرت المادة 87 من قانون الأسرة الأم ولية على مال القاصر تحل محل الأب عند وفاته في فقرتها الأولى وكذلك تحل محله في حياته إذا ألم به مانع أو إذا أسندت لها حضانة القاصر عند الطلاق، وبذلك نجد أن المشرع قد خالف مذاهب الفقه الإسلامي التي لم تعطي الولاية للأم بل منحتها صفة الوصي المختار أو المعين من قبل الغير وهذا ما أشرنا إليه سابقا.

[1]المادة 44 من القانون المدني : يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها بحسب الأحوال و الأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون.
[2]سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 102.
[3]د.جمعة سرحان الهلباوي ، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة و أثرهما في التشريع الإسلامي ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، بدون سنة نشر ، ص 53.

وقد أشارت المادة 87 في فقرتها الثانية إلى ما يلي " في حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد " وهذه الفقرة تمنح الولاية للأم أثناء حياة الأب في ظروف خاصة أما الفقرة الثالثة فنصت على أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد " وعليه فعند الطلاق تنتقل الولاية من الأب إلى الأم وذلك مراعاة لمصلحة المحضون وهذا ما أقره قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه أن قضاة الاستئناف عندما قضوا باسناد حضانة الطفل (ع) لأمه (الطاعنة) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه [1].

3. مجلس العائلة : يعتبر مجلس العائلة أحد دعائم نظام الولاية على مال القاصر والذي أغفله قانون الأسرة رغم أنه معمول به ميدانيا حيث يتكون هذا الأخير من أربع أعضاء يعينون من طرف القاضي الموجود بالدائرة الممارس فيها الولاية ، ويتكون من جهتي والدي القاصر اثنين من جهة أبيه واثنين من جهة أمه[2] ولابد أن يكون الأعضاء سالمين من كل ما يتنافى والوظيفة والتي تعد وظيفة إجبارية ومجانية، ويراعي مجلس العائلة شؤون القاصر المالية بجلسات يترأسها القاضي لتدون مداولاته في محضر[3].

4. الولي الخاص : نصت المادة 90 من قانون الأسرة على ما يلي " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة" من خلال المادة نلاحظ أن المشرع قد وضع آلية أخرى لحماية حقوق الطفل تتمثل في تعيين متصرف خاص عند تعارض مصلحتي الولي مع القاصر، فليس للولي أن يتعاقد مع نفسه بصفته وليا على ولديه القاصرين باعتبار أحدهما بائعا والأخر مشتريا خشية تفضيل أحدهما على الآخر[4].

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، في2009/01/14 المجلة القضائية سنة 2009 ، ص 265.
[2] سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 104.
[3] د.الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 204.
[4] د.محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ،1985، ص 116.

ونجد أن المشرع في أخذه بهذه الولاية الخاصة قد تأثر بالمشرع الفرنسي الذي عرف حالتين من الولاية الخاصة وهما :

- حالة تعارض مصالح القاصر ومصالح الولي وحالة إذا منحة وصية أو هبة لقاصر شرط أن يدير هذه الأموال شخص من الغير[1] .

5-الولاية القانونية للمكفول: نص المادة 116 من قانون الأسرة على أن "الكفالة التزام على وجه التبرع فالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي " فالملاحظ من خلال المادة أن الشرع قد منح للكفيل امتيازات الأب في ولايته على القاصر

لذا كان من الأجدر به أن يشير إلى الكفيل عند تعرضه للولي في المادة87 من قانون الأسرة بعد تعديله وذلك لإضفاء صفة الولي على الكافل وخضوعه لمواد 88.89 وما بعدها من قانون الأسرة والتي تحدد كيفية التصرف في مال القاصر وكذا تنظيم وظيفة الولي حرصا على انسجام ووضوح النصوص والأحكام القانونية.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد أوجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام موثق و أن تتم برضا من له أبوان كما نص على شروط الكفيل وهي: الإسلام والعقل، وأن يكون أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته [2]، وهذه الشروط على عكس الولي الذي لم يوضح شروطه.

ثانيا-سلطات الولي : نصت المادة 88 من قانون الأسرة على سلطات الولي سواء كانت المباشرة طبقا للفقرة الأولى من نفس المادة أو غير مباشرة طبقا للفقرة الثانية.

1-التسيير المباشر لأموال القصر : نصت المادة 88 /1 على ما يلي "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام " فنلاحظ من خلال الفقرة الأولى أن المشرع لم يحدد هذه التصرفات التي يمكن للولي القيام بها دون الرجوع إلى القاضي والحصول على إذن مسبق منه ، ولكن

[1] راجع المادة : 389 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها 2 و 3.
[2] راجع المادتين 117،118 من قانون الأسرة .

مادام قد نص على تصرف الرجل الحريص" فالمقصود بالعبارة كل عمل لا يلحق بالقاصر ضررا ويندرج بالتالي ضمنها ما يلي :

أ–أعمال الحفاظ على المال: تعتبر هذه الأعمال ضرورية لأنها تهدف إلى تجنب إتلاف المال ومنها واجب القيام بتسجيل الرهون لفائدة القاصر، و واجب شهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري كانتقال الملكية لفائدة القاصر وواجب القيام بالترميمات للحفاظ على العقار المملوك له[1].

ب– أعمال الإدارة : ومنها : بيع المنقولات العادية والثمار . وإنجاز العقارات لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ودفع ديون القاصر وتسليم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير، وتمثيل القاصر في الدعاوى القضائية كلما كانت الدعوى لا تلحق ضررا به .

- التصرفات النافعة نفعا محضا : ونلاحظ أن للولي سلطة مطلقة في القيام بكافة التصرفات النافعة نفعا محضا له كتقبل الهبات والوصايا متى كانت غير مقترنة بالتزامات معينة وذلك دون حتى حصوله عن إذن مسبق من القاضي .

2 – التسيير غير المباشر لأموال القاصر : والمعبر عنها في المادة 88 في الفقرة الثانية وهي التي تستلزم الحصول على إذن مسبق من القاضي كما أن هذه التصرفات ليس للولي فيها سلطة مطلقة بل مقيدة بإذن القاضي فإذا لم يتحصل على الإذن يصبح تصرف الولي غير نافذ في حق القاصر لتجاوزه الحدود المرسومة للنيابة القانونية المقررة في القانون المادة 2/88 ..... وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

أ– بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.

ب– بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

ج– استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

[1]سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 106.

د– انجاز عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد أكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

وهذه التصرفات المذكورة سابقا تعتبر من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر حيث أن الأعمال الضارة ضررا محضا باطلة بطلانا مطلقا سواء تمت بإذن القاضي أو بدونه[1].

أ– بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة : لا يجوز للولي التصرف في العقار المملوك للقاصر إلا بإذن المحكمة ، التي تنظر الطلب وتقدر سبب التصرف ودواعيه ذلك أن المشرع رسم للمحكمة طريقة التقدير والتي تراعي في ذلك حالة الضرورة و المصلحة[2].

إن ما يلاحظ على هذه المادة قصور النص عن ذكر المبادلة كتصرف قانوني يقع على العقار فقد يحدث أن يقوم الولي بمبادلة مال القاصر بعقار أو منقول آخر فهل يتم اللجوء إلى إذن القاضي ؟ أم يتم غض النظر عنه باعتباره لم ينص عليه القانون ؟ إنه بالرجوع إلى المادة 415 من القانون المدني وما بعدها نجدها تنص على تطبيق أحكام البيع على عقد مقايضة أو مبادلة فيما لا يتعارض مع أحكام المبادلة وعليه وجب إذن القاضي في المبادلة لاتحاد العلة بينها وبين البيع كما تنص المادة 89 من قانون الأسرة "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة وان يتم بيع العقار بالمزاد العلني"

ونلاحظ أن نص المادة 89 بالصيغة الفرنسية لا يقتصر المزاد العلني على بيع العقار فقط وإنما أيضا بيع المنقول .

"Le juge accorde l'autorisation en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publique ".

لكن بيع المنقول يتم بصفة قانونية بمجرد الحصول على الإذن دون إجراءات المزاد العلني مع أنه توجد منقولات قيمتها تفوق قيمة العقار والتي من باب أولى يطبق عليها إجراءات العقار

[1]سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 108.

[2]عز الدين عطوي ، العمل القضائي و الولائي لرئيس المحكمة ، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة 11 ، 2003 ، ص 31.

بالبيع في المزاد العلني، كما لا يجوز قسمة العقار ورهنه [1]وإجراءات المصالحة إلا بإذن من القاضي .

ب– بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة: ومن أمثلتها أسهم البورصات والحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية وكذا بيع المحلات التجارية ، فهذه المنقولات لها أهمية كبيرة ولا يتم التصرف فيها إلا بإذن من القاضي لكن ما يؤخذ على المشرع أنه لم يضع معيارا محددا لتحديد مصطلح الأهمية الخاصة لمنقول معين [2].

ج–استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة :

إن إقراض مال القاصر فيه تعطيل لمال القاصر لبقائه دون استثمار كما أن الاقتراض قد يضره لأنه يؤدي إلى الحجر، لهذا منع الولي من هذين التصرفين بحكم المادة 88 إلا إذا أذنته المحكمة والمنع المراد من خلال هذه المادة يتعلق بمال القاصر ومن ثمة فلا يشمل ما قد يقترضه الولي باسمه .

- أما فيما يتعلق بالمساهمة في شركة فهي مقتصرة على شركات الأموال دون شركات الأشخاص، ذلك أن في الأولى مسؤولية الشريك فيها محددة بنصيبه في رأس مال الشركة كما أنه لا يكتسب صفة التاجر في حين أن شركات الأشخاص كشركة التضامن الشريك فيها يكتسب صفة التاجر ماعدا القاصر، كما أنه يكون مسؤولا مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة وهذا قد يلحق أضرارا بمال القاصر وهنا تثار عدة إشكالات : هل سيكتسب القاصر صفة التاجر رغم عدم كمال أهليته؟ وكيف يظهر إفلاس القاصر إذا توقف الولي عن دفع ديونه وهو محمي من ذلك بعدم كمال أهليته التجارية ؟ وما مصير أموال القاصر عند وفاة أحد الشركاء في شركة التضامن الذي

[1]سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 110.

[2]إذا أمرت المحكمة ببيع العقار في إطار دعوى قسمة و أثبت الخبير تعذر القسمة للعقار على الورثة طبقا للمادة 728 من القانون المدني فإن البيع يتم بطريق المزاد العلني .

يؤدي إلى انحلالها ما لم يكن شرط في عقدها التأسيسي استمرار الشركة مع ورثة المتوفي[1] .

د- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد: للولي حق إيجار عقار القاصر لأي مدة ولو زادة عن ثلاث سنوات شريطة حصوله على إذن مسبق بذلك، وهذه الفقرة تتلاءم مع القواعد المعمول بها بشأن صلاحيات من لا يملك سوى أعمال الإدارة وهو الولي في هذه الحالة وهذا ما نصت عليه المادة 468 من القانون المدني التي تنص على أنه لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجار تزيد مدته عن ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة وكل هذا في مصلحة القاصر حتى لا يتمسك المستأجر بالبقاء في العين المؤجرة رغم انتهاء المدة. وهذا ما جاء به مرسوم 93-03 المؤرخ في 1مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري والتي تنص المادة 20منه على أنه "لا يجوز للمستأجر التمسك بالحق في البقاء إذا كان العقد منعقدا لمدة محددة" كما قيدت سلطة الولي في عقد إيجار عقار القاصر إلى أكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد، وبذلك نلاحظ أن المشرع حتى وإن أعطى الولي سلطة التسيير المباشر لأموال القاصر إلا أنه بسط رقابة المحكمة على هذه التصرفات من خلال عدم منح الإذن إذا كان التصرف سيشكل خطرا على أموال القاصر[2].

[1] جميلة موسوس ، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، رسالة ماجيستير، جامعة محمد بوقرة ، 2006 ، ص 60.

[2] د.نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون –نظرية الحق-، الجزء الثاني، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، ط2000 ،ص 187.

المطلب الثاني:الوصاية على أموال القاصر

أولا–الوصي :

الوصاية كما سبق تعريفها صورة من صور النيابة الشرعية تثبت لكل شخص ماعدا الأب والجد سواء تم تعيينه من قبل الأب أو الجد أو من قبل المحكمة على أن يكون سبب هذا التعيين عدم وجود أم القاصر كأن تكون متوفية أو فاقدة للأهلية[1].

وقد نصت المادة 92 من قانون الأسرة على أنه " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ".

- أما في حالة تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 363790 الصادر بتاريخ 2006/05/17 أن الجد يصبح بموجب المادة 92 المذكورة سابقا وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين أي وصي بحكم قانوني[2].

– ومما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بوصي الجد متأثرا بأحكام الشريعة الإسلامية لكن لم يمنح الولاية للجد بعد وفاة الأب مما يعتبر تناقضا .

1– دور القاضي في الوصاية : قيد المشرع اختيار الوصي من قبل الأب و الجد وعرض هذا الاختيار على المحكمة لتثبيته أو رفضه وهذا ما قضت به المادة 94.

– ومما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يمنح الأم حق اختيار الوصي كما فعل بعض فقهاء الشريعة وأثبت لها حق الولاية وهنا يطرح التساؤل إذا كانت الأم أهلا للولاية على أولادها القصر أليست أهلا لاختيار الوصي عليهم ؟ ولم لم يمنح للجد الحق في الولاية ومنح له حق اختيار

[1]د.علي فيلالي ، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع،الجزائر،ط2005، ص 232.
[2]باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، ط2012 ، ص 84.

الوصي ؟ ولعل التفسير الوحيد هو خلط المشرع في نظامي الولاية والوصاية بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي[1].

2-شروط الوصاية : ويمكن تصنيفها إلى نوعين :

أ- شروط متعلقة بالتعيين : ونصت عليها المادة 92 من قانون الأسرة.

- أن يكون التعيين من قبل الأب أو الجد.

- عدم وجود الأم إما بوفاتها أو بفقدانها.

- وجود الأم وثبوت عدم أهليتها لتولي الولاية.

ب - شروط متعلقة بذات الوصي : نصت عليها المادة 93 وهي :

الإسلام - العقل - البلوغ - القدرة - الأمانة - حسن التصرف.

ج- الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته : وهذا ما نصت عليه المادة 94 سابقة الذكر وهذه الشروط هي :

- وفاة الأب أو الجد

- عرض الوصاية على القاضي سواء كانت الوصاية بوثيقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود وتقدم لرئيس المحكمة في شكل أمر على ذيل العريضة لكل من له المصلحة في ذلك.

3-تثبيت الوصاية من طرف القاضي :

تعرض الوصاية على القاضي لتثبيت الوصاية ، لكن السؤال المطروح ماذا لو رفض القاضي تثبيت الوصاية ؟ في هذه الحال المشرع لم يمنح للقاضي سلطة تعيين الوصي [1] وعليه أن يعرض الأمر على وكيل الجمهورية الذي يطلب تعيين مقدم لإدارة مصالح القاصر .

[1]عبد العزيز مقفولجي ، الرشداء عديمي الأهلية ، رسالة ماجيستير ، جامعة الجزائر ، 2003 ، ص 71.

4-مهام الوصي: تنص المادة 95 على انه " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و89 و90 من هذا القانون " وعليه فله نفس مهام الولي التي تطرقنا إليها سابقا .

ثانيا-التقديم :

المقدم هو الوصي المعين من القاضي إذا لم يكن للقاصر ولي أو وصي مختار من الأب أو الجد ، وقد تناول المشرع الجزائري أحكام التقديم من خلال المادتين 99 و 100 من قانون الأسرة ،و قد عرفت المادة99 المقدم على انه "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 ."

الأحكام التي يخضع لها المقدم: يقوم المقدم مقام الوصي لهذا يخضع لنفس الأحكام [2]طبقا لما نصت عليه المادة 100 " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام" وإذا رجعنا نص المادة 95 من قانون الأسرة التي تتحدث عن سلطات الوصي نجدها تحيل إلى سلطات الولي الواردة من خلال المواد 90،89،88 السابق ذكرها .

المطلب الثالث:انتهاء الولايةعلى أموال الطفل:

أولا-انتهاء الولاية : تنص المادة 90 من قانون الأسرة على انه " تنتهي وظيفة الولي :

1-بعجزه 2- بموته 3- بالحجر عليه 4- بإسقاط الولاية عنه .

1-عجز الولي: ويقصد به العجز المادي الجسماني الذي يمنع الولي من إدارة شؤون القاصر وكذا العجز المعنوي كنقص القدرات الفكرية والدراية الكافية التي تؤدي إلى إدارة سيئة لمصالح القاصر فإذا أحاطت هذه الظروف بالولي كان له طلب إنهاء مهامه وتنحيته من المحكمة كما يمكن أن يكون الطلب من كل شخص له مصلحة في ذلك .

[1]سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص 123.
[2]د.علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 233.

2–موت الولي : ويقصد به الموت الطبيعي إما في حالة الموت الحكمي فهناك تفصيل فعند الفقد وقبل الحكم بالموت تحل الأم محل الأب مؤقتا في الأمور المستعجلة للأولاد إما في حالة صدور الحكم بموته تطبق المادة91 من قانون الأسرة وتنتهي ولايته .

3–الحجر على الولي : إذا أصيب الولي بأحد عوارض الأهلية كحالات السفه والعته والجنون وهي التي تؤدي إلى الحجر القضائي عليه الذي يصبح بموجبه غير أهلا للولاية على القاصر

نلاحظ أن المادة 91 بصيغتها الفرنسية قد ذكرت الحجرين القضائي و القانوني [1]الذي يعتبر مسقطا للولاية حيث ذكرت المادة .

"…….par son interdicton judiciare ou legal

والصيغة الفرنسية أصح من العربية لأنها نظمت الحجرين القضائي والقانوني .

4–إسقاط الولاية على الولي : إن الإسقاط قد يكون بحكم جزائي كتدبير من تدابير الأمن المنصوص عليه في المادة 4/19 والمادة 24 من قانون العقوبات وذلك كتدبير من تدابير الأمن عندما يحكم على الولي بجناية أو جنحة وقعت منه على احد أولاده القصر مما يعرضهم لخطر مادي أو معنوي فانه يجوز أن يقضي سقوط سلطته الأبوية وبالتالي سقوط الولاية وقد يكون الإسقاط بحكم مدني بناء على طلب من له مصلحة في ذلك أو النيابة العامة .

- ومما يلاحظ أن المشرع لم ينص على انتهاء الولاية لبلوغ القاصر سن الرشد أو موته [2].

و بانتهاء الولاية تثبت مسؤولية الولي الذي وجب عليه تعويض الضرر اللاحق بالقاصر إذا أخل بالتزاماته والحق بالقاصر خسائر

ثانيا– انتهاء الوصاية : تنص المادة 96 من قانون الأسرة على انه تنتهي مهمة الوصي:

1 – بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته.

[1]الحجر القانوني يقع على الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية و الذي يمنع طبقا للمادة 6 من قانون العقوبات من التصرف في أمواله طيلة مدة العقوبة .

[2]سلامي ، دليلة ، المرجع السابق ، ص 117.

2 – بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجز عليه .

3 – بانتهاء المهام التي أقيم من اجلها .

4 – بقبول عذره في التخلي عن مهامه .

6 – بعزله بناء على طلب من له مصلحة لذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر بالنسبة للعزل لا يتم بصفة تلقائية إنما بطلب منم له مصلحة في ذلك وعلى القاضي تقدير مصلحة القاصر ومدى تأثرها بتصرفات الوصي.

–وبانتهاء الوصاية نصت المادة 97على واجبات الوصي عند انتهاء مهمته وهي :

أ– تسليم الأموال التي في عهدته وجميع ما يتعلق بها إلى المولى عليه نفسه إذا بلغ سن الرشد أو حكم بترشيده ا والى ورثته إن انتهت الوصاية بموت القاصر .

ب– أن يتم التسليم في اجل أقصاه شهرين من انتهاء مهمة الوصي .

ج– تقديم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء .

د– في حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.

– ويكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره[1] .

–أما عن انتهاء مهام المقدم فهي ذاتها الواردة في المادة 96 السالف ذكرها .

[1]المادة 98 من قانون الأسرة .

المبحث الثاني: إدارة القاصر لأمواله:

تسقط الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد إذا كان متمتعا بقواه العقلية أي كامل الأهلية، وله بذلك أهلية أداء تمكنه من مباشرة التصرفات، لكن يجوز له قبل ذلك إدارة أمواله، وذلك قانون الأسرة الجزائري.

الطفل القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد والمحددة بموجب المادة 40 من القانون المدني بتسعة عشر سنة كاملة، ذكرا كان أم أنثى، و لم يحكم بعد بترشيده، ذلك أن الإنسان قبل استكمال أهليته المالية يسمى قاصرا سواء كان فاقدا لهذه الأهلية أو كان ناقصها، و بالتالي فهو يخضع إلى الولاية بقوة القانون.

و الأهلية كما يعرفها الفقهاء صفة يقدرها المشرع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، و تثبت له الواجبات و تصح منه التصرفات. والأهلية بهذا المعنى الواسع تسير مع الشخصية القانونية للإنسان وجودا أو عدما أو كمالا أو نقصانا[1]، و هي على نوعين:

أهلية وجوب و هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، و أهليته لمباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له الحقوق أو تحمله بالالتزامات وهذه أهلية الأداء.

و لأجل تقدير أهلية الأداء عند الطفل الصغير، لابد من بحث الأدوار المختلفة التي يمر بها في حياته وحكم تصرفاته قانونا حسب الترتيب الآتي:

أولا–دور الجنين:

حفاظا على حقوق الجنين تقررت له أهلية وجوب قبل ولادته و لكنها ناقصة، و تتمثل في اكتساب الحقوق مثل الإرث و الوصية والهبة، و يقبلها عنه وليه[2] و تثبت هذه الحقوق للجنين بمجرد ولادته حيا.

---

[1] عبد الرحمن عزاوي، السن القانونية للعمل و الحماية المقررة لصغار السن وفقا لقانون علاقات العمل الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزائر، الجزء 33، سنة 1995، ص 402.

[2] فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية -نظرية الحق-، المطبوعات الدولية، الجزائر، ص 75.

أما أهلية الأداء فلا وجود لها بالنسبة للجنين، إذ لا يتصور صدور أي تصرف منه لعجزه الكامل، كما أن هذه الأهلية مبناها التمييز بالعقل ولا تمييز مطلقا عند الجنين.[1]

ثانيا– دور الإنفصال إلى التمييز (حالة انعدام الأهلية):

الجنين متى انفصل حيا تثبت له أهلية وجوب كاملة، و يعتبر الطفل غير مميز من الولادة حتى السابعة بالنسبة للشريعة الإسلامية، أما المشرع الجزائري فهو غير مميز حتى بلوغه سن الثالثة عشر حسب المادة 42 من القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05[2] و التي تنص على أنه: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة." و قد أحسن المشرع صنعا في إنزاله لسن التمييز من ستة عشر سنة إلى ثلاثة عشر، و بهذا يكون قد قلص سن عدم التمييز.

حكم تصرفاته:

لا تثبت للطفل غير المميز أهلية الأداء على الإطلاق لانعدام الإرادة عنده، حتى أهلية الاغتناء لا تثبت له[3].

ثالثا–دور التمييز إلى البلوغ:

يعتبر الطفل المميز الذي تتراوح سنه بين ثلاثة عشر سنة إلى تسعة عشر سنة ناقص الأهلية، و رغم اعتباره مميزا إلا أنه لم يكتمل تمييزه بعد، لأن ذلك لا يكون إلا ببلوغه سن الرشد.و قد عبرت عن ذلك المادة 43 من القانون المدني الجزائري: "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد، و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

حكم تصرفاته:

فتثبت له أهلية ناقصة لنقصان عقله و يترتب على ذلك أنه بإمكانه مباشرة التصرفات النافعة له نفعا محضا، وعبر الفقه عنها بأن للطفل المميز أهلية اغتناء ، كقبول الهبات والتبرعات لأنها

[1] محمد تقية، المرجع السابق،ص 79.

[2] قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني.

[3] د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 58-59.

لا تحمله أي التزام[1]، ولما كان هذا النوع من التصرفات نافعة نفعا محضا لا ضرر فيها، يكون شأنها شأن التصرفات الصادرة من بالغ سن الرشد.[2]

أما التصرفات الضارة لا يملك القاصر أن يباشرها ، فإذا قام بشيء من ذلك لا يصح و لا ينفذ لما فيه من ضرر محض دون أن يجلب له أية منفعة، فهو يؤدي إلى افتقار في ذمته المالية و ذلك كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أو كفالة دين على غيره...، لذلك يقع باطلا ولا ينفذ حتى و لو أجازه وليه أو وصيه، لأن ما صدر باطلا لا ينقلب صحيحا.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة فيما يخص هذا النوع من التصرفات على ما يلي: " ...من بلغ سن التمييز ...تتوقف (تصرفاته) على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر...".

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع أخذ بفكرة العقد الموقوف المعروف في الفقه الإسلامي، و هو العقد الصحيح الذي يتوقف نفاذه على الإجازة

و حكم العقد الموقوف أنه و إن كان قد انعقد صحيحا من القاصر المميز فهو مع ذلك لا يرتب أي أثر إلا إذا لحقته الإجازة، فإذا ما أجيز نفذ و أنتج الآثار التي أبرم من أجلها.

رابعا–دور البلوغ:

فإذا بلغ الطفل سن الرشد اعتبر كامل الأهلية لإدارة أمواله و التصرف فيها كما شاء بشرط أن يكون متمتعا بقواه العقلية، و غير محجور عليه، (المادة 40 من القانون المدني) و كنتيجة لذلك تنتهي الولاية عنه. و من خلال هذا المنطلق يجدر بنا طرح التساؤل الآتي:

هل ببلوغ الطفل سن الرشد و المحددة بتسعة عشر سنة كاملة نقول أن مرحلة الطفولة قد انتهت، أم أن هذه الأخيرة تنتهي ببلوغ الطفل سن الثامنة عشر سنة حسب المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل[3] الآتي نصها "لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 212.

[2] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 21-22.

[3] اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1989/11/20 بموجب اللائحة رقم 25/44 و دخلت حيز التنفيذ في 1990/09/03، و قد صادقت عليها الجزائر في 1993/04/16.

سن الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه". خاصة و أن سن الثامنة عشر توافق سن الرشد الجنائي المحدد في الجزائر، فإذا كان الجواب بنعم أي أن مرحلة الطفولة تنتهي ببلوغ الطفل سن الثامنة عشر إلى سن التاسعة عشر سنة؟

الإجابة تكون على أن المادة من الإتفاقية لم تشر إلى الحالة التي يحدد فيها القانون الداخلي سن الرشد إذا تجاوز الثامنة عشر، كما هو الحال بالنسبة للقانون الجزائري الذي يحدده بتسعة عشر سنة كاملة، واكتفت الإتفاقية بالذكر أن الدول قد تتجه إلى اعتبار الشخص راشدا قبل بلوغه سن الثامنة عشر، وبهذا جعلت الحد الأقصى لسن من يعتبر طفلا مقيدا بما ينص عليه التشريع الوطني بهذا الخصوص، وبالتالي لا يعتبر طفلا من بلغ سن الرشد قبل بلوغه سن الثامنة عشر.

أما إذا كان الجواب بلا، أي أن مرحلة الطفولة تنتهي ببلوغ الطفل سن التاسعة عشر سنة، فإن الجزائر عند انضمامها إلى الاتفاقية لم تقدم أي تفسير لنص المادة الأولى من الاتفاقية.

خامسا–القاصر المرشد:

إن القاصر ذكرا كان أو أنثى، عند بلوغه سن تسعة عشر سنة يصبح كامل الأهلية، إلا أنه بالإمكان أن يرشد قبل ذلك و هذا ما نصت عليه المادة 2/38 من القانون المدني المعدل و المتمم رقم 10/05 على النحو الآتي: "غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

و بهذا يكون المشرع قد أزال التناقض المتعلق بتحديد سن الترشيد الموجود بين نص المادة 02/38 من القانون المدني (قبل التعديل) حيث كانت تنص على أنه "و مع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ ثمانية عشر سنة و من هو في حكمه له موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبرها القانون أهلا لمباشرتها".

و المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

فمن خلال نص المادة 02/38 قبل التعديل نلاحظ أنها حددت سن الترشيد بثمانية عشر سنة، أما بعد التعديل فأصبح نصها يتماشى و نص المادة 84 من قانون الأسرة، هذه الأخيرة التي اكتفت بالذكر أن سن الترشيد يكون مباشرة عند بلوغ القاصر سن التمييز و المحددة الآن بموجب المادة 42 من القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 10/05 بثلاث عشر سنة.

حكم تصرفاته:

بمجرد أن يرشد القاصر بعد بلوغه سن التمييز يصبح أهلا لإجراء بعض التصرفات القانونية التي لم يكن صالحا لإجرائها قبل ترشيده، وذلك بمقتضى المادتين 2/38 من القانون المدني و المادة 84 من قانون الأسرة، و تعتبر تصرفات صحيحة نافذة، لأن الإذن السابق على التصرفات بمنزلة الإجازة اللاحقة بعده.[1]

وما تجدر الإشارة إليه هنا أيضا على المشرع تحديد سنا معينة للترشيد تكون ما بين سن التمييز (ثلاثة عشر سنة) و سن الرشد (تسعة عشر سنة).

ذلك أنه لا يمكن تصور القاصر البالغ من العمر ثلاثة عشر سنة يرشد مباشرة، فكيف يصوغ أن يصبح عديم التمييز الذي كان بالأمس كل تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا و لو كانت نافعة له نفعا محضا، رشيدا يستطيع أن يباشر كل التصرفات و لو كانت ضارة به ضررا محضا، و تكون هذه التصرفات صحيحة نهائيا؟

فمن الصواب أن تمر فترة تميز بين سن التمييز و سن الرشد و هو الانتقاد الذي وجهه الدكتور علي علي سليمان[2] للمادتين 2/38 من القانون المدني، و المادة 84 من قانون الأسرة، خاصة و أن المشرع قد أنزل سن التمييز من ستة عشر إلى ثلاثة عشر سنة.

و في هذا الصدد نجد المادة 5 من القانون التجاري الجزائري تنص على ترشيد القاصر لمزاولة التجارة متى بلغ سن الثامنة عشر سنة كاملة شريطة الحصول على إذن مسبق.

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 215.

[2] علي علي سليمان: "حول قانون الأسرة" ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، الجزء2، جوان 1986، ص 441.

حيث تنص المادة 5 على أنه: "لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة...". و بالرغم من ذلك لا يكون للترشيد فائدة كبيرة إذ يستمر لمدة سنة واحدة فقط قبل بلوغه سن الرشد.

كيفية منح الإذن:

يتم ترشيد القاصر بناء على تصريح الأب أو الأم، أو الوصي وعلى القاضي أن يصدر حكمه بترشيد القاصر مسببا بعد إجراء التحقيق.[1]

و لا يحق بحسب ذلك للولي أو الوصي أن يباشر تصرفا يكون المرشد أهلا لمباشرته، فحيثما تتوفر الأهلية ترفع الولاية، لذلك على الولي أو الوصي أن يسلم للمرشد أمواله، و إن امتنع يتحمل الخسائر التي تلحق بتلك الأموال من يوم إعذاره،[2] و في هذا الصدد تنص المادة 84 من قانون الأسرة على أنه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناءا على طلب من له مصلحة، و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع قد منح أولا للمرشد حق التصرف في أمواله وذلك على خلاف التشريعات العربية التي لا تسمح للمرشد بأكثر من إدارة أعمال الإدارة.

ثانيا، أن الإذن الممنوح للمرشد قد يكون مطلق، كما قد يكون مقيد، بحيث يجوز لذوي الشأن أن يقيدوه لأن غرضهم يجعلهم يحيطونه بضمانات كفيلة لتحقيق هذه المصلحة، و بالتالي فالقاصر لا يرشد إلا في الحدود التي رسمها له الإذن، و عليه فجميع التصرفات التي تدخل في إطار الإذن تكون صحيحة، أما التصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الإذن فيجوز له أن يتمسك بإبطالها.

كما نجد القانون التجاري في المادة 5 منه تنص على إجراءات الترشيد كالآتي: "لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

[1] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 200.
[2] الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص 200.

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أأألأو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها، أو في انعدام الأب و الأم.
- و يجب أن يقيد هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

و من خلال نص المادة نلاحظ أنه حتى يزاول القاصر البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة أعمالا تجارية، يجب أن يحصل على إذن من الأب إذا كان على قيد الحياة أو من الأم في حالة وفاة الأب أو غيابه أو سقوط سلطته عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية[1]، أو من مجلس العائلة بشرط أن يكون مصادقا عليه من طرف المحكمة.

كما جاءت المادة 6 من القانون التجاري أكثر توضيحا بنصها على أنه "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم.

غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

يوضح هذا النص أنه بالرغم من أن المشرع يجيز للقاصر ترتيب أي إلتزام أو رهن على الأموال العقارية، فإن هذا التصرف لا يتم إلا بعد إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة ببيع أموال القصر، مما يفهم منه أن المشرع أحاط القاصر بضمان كفيل لرعاية أمواله في الميدان التجاري الذي يدور محيطه حول المضاربة و جني الربح.[2]

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 216.

[2] نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2004، ص 137-138.

الخاتمة

خاتمة :

إن البحث في الحقوق المالية للقاصر دفعنا إلى استخلاص جملة من النتائج و الملاحظات،فالملاحظة العامة التي يمكن أن تقال في قانون الأسرة ، هو أن اهتمام المشرع بالقاصر لم يظهر بصورة واضحة مقارنة باهتمامه بمسائل الزواج و الطلاق.

كما اهتم المشرع بحقوق و واجبات الزوجين دون التفصيل في ثمرة هذا الزواج المسمى بالقاصر،الذي يعتبر عنصر أساسي في العائلة خاصة و أنه أكثر شخص ضعيف يحتاج لرعاية و اهتمام و حماية من طرف المشرع.

و تكمن حماية المشرع لهذا القاصر في وضع فصل خاص أو حتى قانون خاص ، يوضح فيه الحقوق التي يتمتع بها و الحماية المقررة له و ذلك من الناحية الشخصية و المالية ، و خاصة هذه الأخيرة التي عرفت إهمال كبير من طرف المشرع الجزائري فيما يلي:

أن المشرع لم يتكلم عن أجرة مهمةته دف لتوفير رعاية أفضل للقاصر و هي أجرة الحضانة و الرضاع ، بحيث لم يبين لنا ما إذا كانت تدخل ضمن عناصر النفقة أم لا ، خاصة و أنها تهدف إلى تحفيز الحاضنة أو المرضعة للقيام بمهامها ، لذلك من الأفضل لو ينص عليها المشرع صراحة ضمن عناصر النفقة في المادة 78من قانون الأسرة.

-ّ كذلك قصر المشرع في حماية القاصر عندما جعل النفقة بين الأصول و الفروع بحسب درجة القرابة في الإرث، مما قد يترتب عنه فراغ تشريعي يتمثل في بقاء القاصر بدون نفقة إذا كان جميع الأصول غير وارثين، لذلك من المستحسن تعديل المادة 77من قانون الأسرة بحيث تصبح نفقة القاصر واجبة على كل قريب وارث طبقا للمذهب الحنبلي.

-أما بالنسبة للوصية و الهبة و الوقف، فالمشرع وضع لنا مبادئ عامة تنطبق على البالغ و القاصر دون أن يفصل في حماية القاصر و كأن القاصر كالبالغ يستطيع أن يحمي نفسه بنفسه، لذلك من المستحسن من المشرع لو يضع قواعد خاصة بالقاصر قي مجال الوصية و الهبة و الوقف.

كذلك في نفس السياق أجاز المشرع للأبوين الرجوع عن الهبة المقدمة لولدهما مهما كانت سنه ، إلا أن المشرع قد منعهما من الرجوع في حالات معينة متجاهلا بذلك حالة القاصر التي تعتبر حسب اعتقادنا مانع من الرجوع عن الهبة بسبب الضرر الذي قد يلحقه جراء ذلك.

بالنسبة كذلك للنيابة الشرعية بصفة عامة و مسألة الولاية بصفة خاصة ، قد عرفت من جهة نوع من الغموض و من جهة أخرى بعض النقائص و سوء التنظيم ، كما جاءت بعض أحكام الولاية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية بالرغم من التعديلات التي أدخلها المشرع مؤخرا على أحكام الولاية أين أراد أن يجعل تلك النصوص تتماشى مع الواقع المعاش.

فبالرغم من المساعي التي يبذلها المشرع الجزائري من أجل تحقيق الحماية الكافية لحقوق القاصر و خاصة المالية منها إلا أنه وقع في تناقض بين العديد من نصوصه و من بينها:

أن المشرع رغم اعترافه للأم بأحقيتها بالولاية على مال القاصر في المادة 87من قانون الأسرة، و ذلك لملاءمة الواقع رغم ما فيه من مخالفة للشريعة الإسلامية ، إلا أنه ناقض نفسه عندما لم يعترف للأم بحق اختيار الوصي لولدها القاصر في المادة 92من قانون الأسرة.

و العكس بالنسبة للجد الذي لم يعترف له المشرع الحق في الولاية على مال القاصر إلا أنه قد اعترف له بحق اختيار الوصي ، و هذا له تفسيرين و هو إما أن المشرع قد قصد ذلك ليتدارك خطئه و يعترف للجد بالولاية القانونية عن طريق إعطائه الحق في اختيار الوصي، أو أن المشرع قد وقع فعلا في سهو عندما أدخل الجد ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في اختيار الوصي للقاصر.

كذلك أن النصوص القانونية المنظمة للولاية في قانون الأسرة قد تناقضت مع القوانين الأخرى كالقانون التجاري و القانون المدني ، فبالنسبة للقانون التجاري فقد جعل المشرع ترشيد القاصر في سن 18سنة و ذلك بعد أخذ موافقة الأب أو الأم أو مجلس العائلة.

في حين أن قانون الأسرة قد جعل سن الترشيد في المعاملات المالية للقاصر تكون في الفترة ما بين سن التميز 13سنة و سن الرشد 19سنة ، و هذا أمر خطير قد يضر بمصلحة القاصر، لأنه لا يمكن أن نتصور شخص في عمر 13سنة قد أصبح راشدا و كل تصرفاته صحيحة، لذلك من المستحسن أن يوحد المشرع سن الترشيد بين جميع القوانين و تكون مابين 16سنة و 18سنة.

أما بالنسبة للتناقض الموجود بين قانون الأسرة و القانون المدني فكان بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، فهذه الأخيرة إذا قام ا القاصر تعتبر في القانون المدني قابلة للإبطال و للقاصر الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد ، في حين تعتبر التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة.

و من الأفضل لو يعدل المشرع المادة 101من القانون المدني بما يتناسب مع المادة 83من قانون الأسرة ، لكون هذه الأخيرة تحقق حماية أكبر للقاصر لأ ا تسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة و تجربة كبيرة لمعرفة أحوال الناس و نتائج المعاملات من جهة ، و أن هذا التصرف الذي سيقوم به القاصر لا يعتبر نافذا حتى يتم إقراره من طرف الولي أو الوصي من جهة أخرى

و حسب اعتقادنا أن أهم الأسباب التي جعلت قانون الأسرة يقع في مثل هذه التناقضات مع أحكام القانون المدني تارة و الخروج على بعض المسائل المرتبطة بأحكام الفقه الإسلامي تارة

أخرى ، قد يعود إلى تأثر المشرع بأحكام التقنين المدني الفـرنسي في محاولة منه إلى الجمع بين أحكام الشريعة الإسلامية من جهة و ما ينص عليه القانون المدني الفرنسي من جهة أخرى.

كما يقع المشرع أحيانا في تناقض بين نصوصه باللغة العربية و ترجمتها باللغة الفرنسية ، و هذا ما كان في المادةَ 169من قانون الأسرة الخاصة بالتنزيل حيث حرَ مت المادة 169السابقة في نصها الفرنسي الأحفاد أبناء البنت من التنزيل ، على عكس النص العربي لنفس المادة الذي لم يفرق بين أبناء البنت و أبناء الابن في التنزيل.

كذلك هناك المادة 89من قانون الأسرة الخاصة ببيع المنقول في المزاد العلني عندما أوجبت في نصها الفرنسي بيع المنقول في المزاد العلني ، على عكس النص العربي لنفس المادة التي حصرت البيع في المزاد العلني فقط على عقار القاصر.

لكن مع ذلك يمكن الاعتراف ببعض الحماية التي حاول المشرع فيها رعاية القاصر من الناحية المادية و يمكن ذكر بعضها:

-أن المشرع حماية للقاصر لم يحدد مقدار معين للنفقة على القاصر بل جعلها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي مراعيا بذلك حال الأطراف و العرف و الأسعار ، و في نفس الوقت سمح بتعديل النفقة بعد سنة من تاريخ الحكم بها.

بالإضافة إلى ذلك ، هناك التنّ زيل الذي جاء به المشرع حسب اعتقادنا حماية للأحفاد القصر بالـدرجـة الأولى ، الذيـن يمـوت أبائـهم في حيـاة جدهـم أو جـدتهم أو مع أي منـهما ممـا يمنـعهم مـن الميراث، فيجتمع للأحفاد مصيبتان مصيبة وفاة الأب و مصيبة الحرمان من الميراث فجاء المشرع بالتنزيل للتخفيف من معاناتهم.

-كذلك يعتبر اعتراف المشرع للقاصر بالحق في الوصية و الهبة حتى وهو جنين في حد ذاته حماية له، و في نفس الوقت منع القاصر من القيام بالوصية و الهبة و الوقف باعتباره تصرفا ضارا بالقاصر ضررا محضا.

أما بالنسبة لإدارة أموال القاصر فلم يجعلها المشرع بدون حماية و إنما قرر للقاصر الولاية بنوعيها الأصلية و المكتسبة، بل و حدد الأشخاص الذين لهم الحق في الولاية و الأشخاص الذين لهم الحق في اختيار الوصـي.

-بالإضافة إلى هذا يعتبر اعتراف المشرع للأم بالولاية حماية للقاصر لكونها أكثر شخص شفقه على ولدها القاصر، و أكثر شخص يرعي أموال القاصر من غيرها خاصة و أن المرأة اليوم متعلمة و حتى عاملة و قادرة على مصاعب الحياة.
-أن المشرع حماية للقاصر لم يجعل سلطات الولي سواء كان هذا الولي أصلي أو نيابي مطلقة، و إنما تخضع لرقابة القاضي في بعض التصرفات التي تعتبر مهمة و تؤثر في الذمة المالية

للقاصر، و هي تشمل كل ما يتعلق بالعقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة بالإضافة إلى استثمار أموال القاصر في الإقراض و الاقتراض و المساهمة في الشركة ، و إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمت -بل أكثر من ذلك حتى لا تضيع أموال القاصر بسبب التعارض الذي يمكن أن يحصل بين مصالح الولي و مصالح القاصر، قد أوجب على القاضي تعيين متصرف خاص يتولى إدارة أموال القاصر حتى يزول التعارضد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

و في الأخير يمكن القول بأنه رغم ما جاء به المشرع من حماية إلا أنها ناقصة و متناقضة ، و من الأفضل لو يتدخل المشرع مرة أخرى لتوضيح ذلك الغموض و إزالة تلك التناقضات بتعديل نصوص قانون الأسرة و تكميلها ، معتمدا أكثر في ذلك بما جاءت به الشريعة الإسلامية بخصوص حقوق القاصر، و جعلها منسجمة أكثر معكل النصوص القانونية الأخرى ليس فقط على المستوى الأسري بل حتى التجاري و المدني و الجنائي

قائمة المراجع

قائمة المصادر و المراجع :

المعاجم و القواميس :

1. ابن منظور، لسان العرب،دار الجيل، بيروت، لبنان،الجزء10، ط1988.
2. مجد الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنا، ط6، 1998.

الكتب:

1. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المجلد 5، دار الكتب العلمية، ط1، 1996.
2. ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار في تنوير الأبصار ، شركة و مطبعة البابي و الحلبي و أولاده ، ط2 .
3. أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، مؤسسة المعارف للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، ط 1994.
4. أحمد نصر الجندي ،النفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ط 1995.
5. أسامة عبد العليم الشيخ، البلوغ و أثره في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة ، مصر.
6. الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار الفكر، بيروت، ج 2،بدون سنة.
7. أمين عبد المعبود زغلول ، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية،دار المعارف ، ط2 ، 1994 ، ص 320.
8. باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، ط2012.
9. بدران أبو العينين بدران،حقوق الأولاد في الشريعة و القانون، مؤسسة سباب الجامعة ، لإسكندرية ، مصر ،ط1981.
10. جمعة سرحان الهلباوي ، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة و أثرهما في التشريع الإسلامي ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، بدون سنة نشر.
11. حسين ملا عثمان، الطفولة في الإسلام ومكانتها وأسس تربية الطفل، دار المريخ للنشر، الرياض، ط2 1998.
12. الصادق فريوي، الوصية الواجبة والتنزيل، دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، العدد التاسع، سنة 1996.

13. عبد الجليل القرنشاوي، دراسات في الشريعة الإسلامية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، ط 3، سنة 1995.
14. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد 4، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ط 1999.
15. عبد السلام الرفعي ، الولاية على المال في الشريعة ، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء،ط1 ، 1996 .
16. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، سنة 1996.
17. عبد العزيز مقفولجي ، الرشداء عديمي الأهلية ، رسالة ماجيستير ، جامعة الجزائر ، 2003 .
18. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مكتبة دار التراث، القاهرة، بدون سنة، ج 1.
19. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء 4، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط1997.
20. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، ط 1999.
21. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الجزء 2(الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1999.
22. علي فيلالي ، مقدمة في القانون، موفم للنشر والتوزيع،الجزائر،ط2005.
23. عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة–الوصية– الوقف)، دار هومة، الجزائر، ط 2004،.
24. فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية –نظرية الحق–، المطبوعات الدولية، الجزائر.
25. فؤاد السرطاوي، الوجيز في الوصايا والمواريث، دار البيارق، لبنان،ط 1، 2000 ، ص 42.
26. الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية، الجزء 6 ، بيروت ، لبنان ،2002 ، ص 29.
27. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1998.
28. محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 1972، ص 302.
29. محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، القليعة الجزائر، ط1، 2003.
30. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ،1985.

31. محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، ط 2002.
32. محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام،الدار الجامعية، بيروت ، ط4 ؛1983.
33. مصطفى السباعي ،الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصايا و التركات ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ط5 ، 1397 هـ .
34. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2004.
35. نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون –نظرية الحق–، الجزء الثاني، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، ط2000 .
36. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ط2 ، 1985. ،ج1 ، ص 37.
37. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2،1985.

الرسائل و المذكرات :

1. باسم حمدي حرارة ، سلطة الولي على أموال القاصرين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية غزة ، فلسطين ، 2010 ، ص 58.
2. تسنيم محمد جمال حسن السنيتي ، حقوق اليتيم في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجيستير ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين .
3. جغبوب محفوظ، الوصية بين الشريعة و القانون، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004، ص 15.
4. جميلة موسوس ، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، رسالة ماجيستير، جامعة محمد بوقرة ، 2006 .
5. رامي غازي محمد ، الولاية على القاصر ، بحث علمي لنيل درجة الدبلوم في القانون الخاص جامعة دمشق ، سوريا ، د س .
6. ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008.
7. سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر ، سنة 2008 .

8. عبد الله محمد سعيد ربابعة ، الوصاية في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الأردني ، اطروحة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، 2005.
9. عز الدين عطوي ، العمل القضائي و الولائي لرئيس المحكمة ، مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء ، الدفعة 11 ، 2003 .
10. فضل ماهر محمد عسقلان، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، ط 2000.
11. نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1995.

المجلات :

1. حسن بن خالد سندي ، عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الطفل ، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة و الدراسات الإسلامية ، العدد 44 ، 2007 .
2. كمال لدرع، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية والمعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة المعيار، جامعة قسنطينة،عدد 2، سنة 2002.
3. العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 2، سنة 1990.
4. عبد الرحمن عزاوي، السن القانونية للعمل و الحماية المقررة لصغار السن وفقا لقانون علاقات العمل الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزائر، الجزء 33، سنة 1995.
5. علي علي سليمان: "حول قانون الأسرة" ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، الجزء2، جوان 1986.

المجلات القضائية :

1. المجلة القضائية، سنة 1997، العدد 1.
2. المجلة القضائية لسنة 2008 العدد 2.
3. المجلة القضائية، العدد 4، سنة 1989.
4. المجلة القضائية، العدد 04، سنة 1989.
5. مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، سنة 2001.

6. المجلة القضائية، 2005، العدد2.
7. المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2002.
8. نشرة القضاء، عدد خاص، سنة 1982.
9. عدد خاص، 2001.

النصوص القانونية :

1. الدستور 1996 الجزائري.
2. قانون الأسرة.
3. قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني.

الفهرس

الفهرس

شكر و عرفان
إهداء
المقدمة ..... أ.ب.ج

الفصل الأول : الحقوق المالية للطفل

مقدمة الفصل الأول 06
المبحث الأول:الحقوق المالية الناتجة عن وقائع قانونية 07
- المطلب الأول: الحق في النفقة 07
- المطلب الثاني: الحق في الميراث 12

المبحث الثاني: الحقوق المالية الناتجة عن تصرفات قانونية 16
- المطلب الأول: الحق في الوصية و الوصية الواجبة 16
- المطلب الثاني: الحق في الهبة 23
- المطلب الثالث: الحق في الوقف 29

الفصل الثاني : إدارة أموال القاصر

مقدمة الفصل الثاني 38
المبحث الأول : إدارة أموال القاصر من طرف الغير 39
- المطلب الأول : الولاية على أموال القاصر 39
- المطلب الثاني:الوصاية على أموال القاصر 52
- المطلب الثالث:انتهاء الولاية على أموال الطفل 60

المبحث الثاني: إدارة القاصر لأمواله 63
- المطلب الأول: في الفقه الإسلامي 63
- المطلب الثاني: في قانون الأسرة الجزائري 66

الخاتمة 73
قائمة المصادر و المراجع 76
الفهرس 81