جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

ولاية الأم على أبنائها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر
تخصص:أحوال شخصية

إعداد الطالب:
- مرطة حكيم

إشراف الأستاذ:
- لعروسي سليمان

لجنة المناقشة:

1- أ - حمزة عباس رئيسا.
2- أ - لعروسي سليمان مقررا.
3- أ - جمال عبد الكريم مناقشا.

السنة الجامعية: 2016/2015.

بسم الله الرحمن الرحيم

قائمة المختصرات

- ق.أ.ج.....قانون الأسرة الجزائري
- ق.م.ج.....القانون المدني الجزائري
- ق.إ.م.إ.ج.....قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
- ق.ع.ج.....قانون العقوبات الجزائري
- ق.ت.ج.....القانون التجاري الجزائري
- ص.....الصفحة
- ص ص.....من الصفحة إلى الصفحة
- ط.....الطبعة
- ج.....الجزء
- د ت.....دون تاريخ نشر
- د ن.....دون دار نشر

الإهـــــــداء

إلى من ربط الله طاعته بطاعتهما
إلى من بلّغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح الأمة
إلى نبي الرحمة ونور العالمين
إلى أمي العزيزة أطال الله عمرها
وإحياءًا لذكراك يا أبي رحمه الله
إلى من أنشأني ورعّاني أبي الثاني
الطاهر وزوجته حفظهما لي ربي
إلى إخوتي من كبيرهم لصغيرهم
وإلى عائلتي
إلى زملائي و أصدقائي وكل من يعرفني
وإلى كل من دعمني

أهدي هذا العمل.

كلمــة شكر وتقدير

أشكر الله عزّ وجل الذي وفقني في انجاز هذا العمل.

وعملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يشكر الله من لا يشكر الناس» رواه أحمد

أتقدم بشكري الجزيل لأستاذي الفاضل لعروسي سليمان، الذي تكرم بالإشراف

على هذه المذكرة، الذي لم يبخل علي بكل ما رآه مفيداً من معلومات وتوجيهات

ومعيناً لي طيلة مدة إشرافها علي.

إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة، لملاحظاتهم وتوجيهاتهم قصد إثراء هذا العمل.

إلى من أنار دربي بنور العلم

أساتذتي الكرام.

إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

جزاكم الله خيراً.

شكراً.

مقدمـــة

مقدمة

ربّ لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك ولعظيم سلطانك، وأصلّي وأسلّم على خاتم الأنبياء والرسّل، محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم تسليماً كثيراَ.

رضي الله سبحانه وتعالى لنا الإسلام دينا فهو دين رحمة ودين حق، ولم يترك شيئاً فيه مصلحة إلاّ وحث على تعاطيه، ولا شيئا فيه مضرة إلاّ وحذر منه.

جاءت الشريعة الإسلامية بكل ما يحتاجه البشر من أحكام في دينهم ودنياهم، واقتضت حكمة الله ألاّ يكلف الإسلام الإنسان بالأحكام إذا لم يكن أهلا لهذا التكليف، فلم يكلّف الصغير القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد ومن في حكمه، وبما أنّهم مستثنون فان لهم أحكام تخصهم تأويهم، وهذا من عدل الإسلام وكماله.

كانت الشريعة الإسلامية سباقة لضمان حقوق هذا القاصر وتفعيلها على أرض الواقع، في حين أن القوانين الوضعية أيضا انتبهت إلى حقوق هذا الطفل القاصر، حيث خولت له مجموعة من الحقوق ونظمتها مادية أو معنوية كانت، منها الرعاية والتربية والحفاظ عليه في ماله ونفسه حتى يبلغ أشده، تحت يد من يتولى أمور ولايته المكلف بالالتزام بها.

تعد قضية أحكام الولاية على القاصر من بين مقاصد الشريعة الإسلامية والقانون، لإقامة مجتمع تصان فيه الحقوق وتأمن فيه النفوس.

اقتضت حكمة التشريع استثناء القاصر من التكاليف لنقص أهليته وطالما غير مكلف، فهو في هذه المرحلة لا يستطيع تمييز ما فيه مصلحته لعدم اكتمال عقله وحضور رشده، فيكون عرضة لخسارة أمواله، وعدم صيانة نفسه وهدفا لضعاف النفوس من أفراد المجتمع، فكان من ضوابط تصرفاته فرض الولاية عليه حتى يقوم الوالي بحفظ أمواله ونفسه وصيانة حقوقه وحمايته، ليكون هذا الولي مسؤولاً عن أي تعدٍ على القاصر.

أهمية الموضوع:

. أنه يتناول حفظ شريحة من أهم شرائح المجتمع، ألا وهي شريحة القصر.

. وما يزيد القضية أهمية أن هذه الفئة خاصة بالعاجزين عن تدبير شؤونهم مما يقتضي مزيدا من الرعاية والعناية.

. كيف لا وقد اهتم الله عزّ وجل بهذا الطفل القاصر وأوصى به في كل جوانب الحياة، حيث قال :﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبِدراَ أن يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيباَ**﴾.[1]

. تناول هذا الموضوع نظام وأحكام الولاية على القصر، ومن يتولى هذه الولاية الشرعية والتكفل بأمور الأولاد القصر والحفاظ على أحوالهم سواء على ممتلكاتهم وأموالهم أو على أنفسهم كتزويجهم أو التصرف في حقوقهم و واجباتهم القانونية.

. يكون الولي الشرعي دائماً هو الأب، وهذا حق و واجب منحه الشرع والقانون له، فعليه التقيد بالعمل والالتزام به، وهذا حفاظا على أبنائه القصر.

. ونجد في بعض الحالات على أرض الواقع، يكون فيها الأب كولي غائباً أو حصل له مانع يعجزه في القيام بالولاية على أبنائه أو موته، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في نص صريح على الولاية، في المادة 87:من قانون الأسرة الجزائري:

التي نصت على: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".[2]

أهداف الموضوع:

. يتمحور بحثنا هذا في عمق موضوع الولاية والولي على القاصر، في كل من الفقه الإسلامي والتقيد بالمذهب المالكي كمذهب مستقل بذاته وتوضيح كامل جوانبه مع طرح آراء الفقهاء واختلافاتهم بين المذاهب الأخرى.

. وأيضاً من أهداف البحث دراسة نظام الولاية من جانبها القانوني وفقاً لقانون الأسرة الجزائري بآخر تعديلات وكشف مواطئ الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

---

1. سورة النساء، الآية (06).

2. المادة 87، قانون الأسرة الجزائري، المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أسباب اختيار الموضوع:

أ/ أسباب موضوعية:

. تعتبر الولاية من الموضوعات الفقهية المهمة والمأثرة في المجتمع بشكل مباشر، لذا وجب علينا توضيح أحكامها وشروطها بشكل واضح للمتلقي.

. إبراز الدور الذي يلعبه الولي الشرعي على القاصر.

ب/ أسباب شخصية:

. الرغبة الشديدة للبحث في هذا الموضوع، لأنه يمس أصل تكوين الأسرة وهو الولاية على الأبناء القصر، وبالتالي فهو يمس بالمجتمع بأكمله.

. إن أحكام الولاية ولاية أب أو أم كانت، في شتى أنواعها وأقسامها –النفسية أو المالية– متناثرة ومتفرعة وجمعها في بحث منفرد يسهل على الباحثين وطلاب العلم.

. يعد موضوع الولاية موضوع مختلف فيه بين آراء الفقهاء، لكن له أهمية خاصة في الحفاظ على شريحة الأطفال القصر في أنفسهم وممتلكاتهم، تحت رعاية ولي شرعي له أهمية في ذلك.

صعوبات البحث:

لقد واجهتني صعوبات في إعداد هذا البحث المتواضع عدة صعوبات منها وأهمها قلة المراجع المتناولة لهذا الموضوع، وخصوصاً في الجانب القانوني المتناول لآخر تعديل قانون الأسرة 02/05 وعدم وجود تسهيلات من مكتبة المعهد.

الإشكالية:

ما هو الإطراء القانوني الذي تكون فيه الأم ولياً على أبنائها في كل من الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة الجزائري؟

تساؤلات فرعية:

- وكيف يكون القاضي حامي لحقوق القصر؟ وما هو الدور الذي يلعبه في توفير الحماية لهم؟

- وما هي حدود الولي في تصرفاته على القاصر؟

المنهج المتبع:

اتبعت في دراستي في هذا البحث على المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن:

المنهج الاستقرائي: وهذا باستقراء آراء الفقهاء في موضوع الولي واستقراء النصوص والمواد القانونية الواردة في هذا الموضوع.

المنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ونقدها.

المنهج المقارن: بإجراء مقارنة بين ما ورد في المذاهب الفقهية بشأن نظام الولاية مع ما جاء به المشرع في قانون الأسرة الجزائري.

وإجابة على الإشكالية المطروحة سالفة الذكر نقترح الخطة التالية:

الخطـة

- **الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للولاية وأنواعها:**
  - **المبحث الأول : مفهوم الولاية.**
  - **المطلب الأول : تعريف الولاية.**
  - **المطلب الثاني : شروط الولاية.**
  - **المطلب الثالث : أدلة مشروعيتها.**
  - **المبحث الثاني : أنواع وتقسيمات الولاية.**
  - **المطلب الأول : أنواع الولاية.**
  - **المطلب الثاني : أقسام الولاية.**
- **الفصل الثاني : ولاية الأم على أبنائها في الفقه والقانون:**
  - **المبحث الأول : ولاية الأم على أولادها القصر في الفقه الإسلامي.**
  - **المطلب الأول : ثبوت ولاية الأم على أبنائها.**
  - **المطلب الثاني : تقدم ولاية الأم على ولاية الجدّ.**
  - **المبحث الثاني : ولاية الأم على أولادها في القانون.**
  - **المطلب الأول : زوال ولاية الأب وحكم تصرفات الولي الشرعي.**
  - **المطلب الثاني : انتهاء الولاية.**
  - **المطلب الثالث : دور القاضي في حماية أموال القاصر.**

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للولاية

الفصل الأول:الإطار المفاهيمي للولاية وأنواعها:

المبحث الأول:مفهوم الولاية:

تعد الولاية من الموضوعات التي طرحت تساؤلات منذ القدم وكانت محل اختلاف بين الطوائف و المذاهب الفقهية المختلفة.

فيحتاج القاصر إلى من ينوب عنه في رعاية مصالحه وإدارة أمواله، لذلك كان من الضروري وضع نظام قانوني يحقق هذا.

ولكي نتمكن من توضيح مفهوم الولاية نتطرق إلى تعريفها اللغوي و الاصطلاحي، وتعريفها في القانون، وهذا ما سنقوم بتناوله في المطلب الأول، ثم شروطها في مطلب ثان من هذا المبحث.

المطلب الأول : تعريف الولاية في الفقه والقانون:

قد يختلف تعريف الولاية بحسب اختلاف المنظور الذي عرفت منه، فيختلف التعريف اللغوي عن التعريف الفقهي والقانوني، وسنتناول في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، نخصص الأول للتعريف اللغوي والثاني التعريف الفقهي، وفي الثالث التعريف القانوني.

الفرع الأول :تعريف الولاية في اللغة:

الولاية بفتح الواو وكسرها هي مصدر الفعل ولي، فيقال ولي الرجل إذا أعانه ونصره وقام بأمره وهي من ولى الشيء وولي عليه.فالولاية بالكسر هي السلطان وبالفتح هي النصرة، قال عزّ وجل:﴿**والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض...**﴾.[1]

وقال تعالى أيضا:﴿**...والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا...**﴾.[2]

والولي بالسكون يعني اللّم والقرب والدنو، والولي من أسماء الله الحسنى وهو الناصر المتولي بأمور الخلائق كلّها، مالك الأشياء جميعها والمتصرف فيها، والولي من الناس التابع والمحب والصديق والنصير. [3]

1- سورة التوبة، الآية (71).

2- سورة الأنفال، الآية (72).

3- باسم حمدي حرارة،سلطة الولي على أموال القاصرين،رسالة ماجستير،كلية الشريعة والقانون،قسم الفقه المقارن،الجامعة الإسلامية،غزة فلسطين،2010،ص 03.

ويقصد بالولي أيضاً المحب، الصديق، الحليف، التابع، وكل من ولي أمر أحد فهو وليه.
وتعرف الولاية أيضا أنها من وليت الشيء ولايته وقامت عليه ودبرت شؤونه ونصرته والولي في لغة العرب القرب و الدنو، وولي اليتيم من يلي أمره ويقوم بكفايته ويسمى متولي العقد الولي، وولي المرأة من يلي عقد نكاحها.

الفرع الثاني : تعريف الولاية في الفقه:

ذكر بعض العلماء أن معنى الولاية في اصطلاح الفقهاء هي سلطة شرعية تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة وإنشاء العقود والتصرفات ونفاذها، سواء في حق نفسه أو في حق غيره.[1]
و هي سلطة تخول لمن تثبت له القدرة عن إنشاء العقود والتصرفات، بمعنى أنها تترتب عليها أثارها الشرعية بمجرد صدورها منه.
وتعد أيضا حق منحته الشريعة لبعض الناس، يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره، سوى رضي ذلك الغير أم لم يرضى، وسببه أحد الأمرين، أما عجز الذي ينفذ عليه القول أو قصور أهليته عن التصرف في ذلك الأمر الممنوح له.
وتعرف أيضا بأنها المقدرة على مباشرة التصرف من غير التوقف على إجازة أحد، أي أنها سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات و تنفيذها فإن كانت متعلقة بشؤونه كتزويجه لنفسه أو التصرف في ماله فهي بذلك ولاية قاصرة أمّا إذا كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يزوج ابنته أو يتصرف في ماله و أولاده فهي ولاية متعدية.
ويعرفها الدكتور محمد محدة: بأنها تنفيذ القول على امرأة أو القاصر في حكمه في الزواج والإشراف على شؤونها في العقد من طرف شخص له المقدرة على ذلك. [2]

الفرع الثالث : تعريف الولاية قانوناً :

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية، بل اكتفى ببيان أحكامها في قانون الأسرة الجزائري
وبقراءة المادة 81 قانون الأسرة الجزائري يتبين أن الولاية سلطة بموجب القانون تقرر لشخص معين لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية، وتبين المادة 87 من نفس القانون كيفية انتقال ولاية الأولاد القصّر من الأب إلى الأم بعد وفاته وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تقتصر ولاية الأم على الأمور المستعجلة.

1- العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج01،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2005،ص64.
2- محمد محدة،الخطبة والزواج،ج1،ط2،دار الشهاب،2000،ص191.

فالولاية على القاصر ثابتة للأب في المرتبة الأولى، وفي حالة وفاته تزول هذه الولاية بقوة القانون وتؤول للأم باعتبارها أحرص على مصالح أولادها من غيرها، وهذا ما لا يوجد عند فقهاء الشريعة الإسلامية.[1]

المطلب الثاني:شروط الولاية:

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي ، ولهذا يجب الرجوع إلى ما حدده فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

والمقصود هنا بشروط الولي في الزواج هي صفات أهلية هذا الشخص الذي تمنح له مسؤولية الولاية ، وهي تلك الصفات المشروطة على كل ولي لصحة تصرفه في العقد.

وقد جرى من قبل الفقهاء البحث في تلك الصفات المسماة بشروط الولي في النكاح ، وهي شروط اتفقوا على بعضها ، و اختلفوا في البعض الآخر ، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول : الشروط المتفق على وجوبها:

اتفق الفقهاء على مجموعة من الشروط التي رأوها ضرورية في من يتحمل مسؤولية الولاية في الزواج وهي كما يلي :

1/كمال الأهلية:

أي أن يكون بالغا، عاقلا، حرا.

أولا–البلوغ:

إن الولاية في النكاح أو غيره، ولاية نظر،والصغير إما معدوم النظر أو ناقصه، فلم يكن من أهلها، وهذا هو المذهب المشهور المعتمد عند المذاهب الأربعة.

واشتراط البلوغ فلأنه مادام صغيرا فهو يحتاج إلى من ينظر في شؤونه فلا ينظر أيضا في شؤون غيره، ولأنه قاصر عن إدراك التصرف و مقاصد الزواج، والبالغ يدرك مصالح النكاح ومقاصده بينما القاصر لا يدرك ذلك.

1– باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مرجع سابق،ص ص 03–04.

أدلة اشتراط البلوغ:

قال تعالى:﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم...**﴾ [1]

فإذا لم يؤتمن الصغير على حفظ ماله حتى بلغ ، فأولى ألا يؤتمن في تصريف أمور غيره فيما هو أشد خطرا من المال، أي منع الصغار من العقود.

كذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا بلفظ «**لا نكاح إلا بولي مرشد**»

و قصد بالرشد هنا هو ما كان بعد البلوغ لا قبله.

حديث:«**رفع القلم عن ثلاث:الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يعقل**».

كذلك يستدل من جهة المعنى بأن الصغير مَولِي عليه في نفسه، فأولى أن لا يلي على غيره،والولاية يعتبر لها كمال النظر، والصغير إما أن يكون لا نظر له إن كان غير مميز ولأن النكاح عقد معاوضة فلم يصح من الصغير كالبيع. [2]

ثانيا/العقل:

فالعقل شرط من شروط الولي المتفق عليها، لأن الولاية تثبت نظرا للمولى عليه،ومن لا عقل له لا يمكن أن ينظر لنفسه ولا لغيره.

وقد تقدم في حديث : « **رفع القلم عن ثلاث...**»،« **ومنهم المجنون حتى يعقل**»، وفيه دلالة على رفع التكليف عن المجنون زمن جنونه، وهذا إجماع من الأئمة، وقد تقدم إن رفع الإثم عن الصبي حتى يبلغ، لا يلزم منه إبطال تصرفاته التي وقعت موقعها، ولكن مثل هذا لا يقال في المجنون، إذ ليس للمجنون قصد صحيح في إدراك وجه المصلحة بخلاف الصبي المميز.

فعدم أهليه غير العاقل مجمع عليها، بل إن عدم العقل هو الأصل في موانع الأهلية والتكليف،وغير العقل يشمل أيضا الطفل قبل تمييزه.

---

1. سورة النساء،الآية (06).

2. حسن منصور،المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية،ج2،ط2،د ت ن،ص 115.

ويشمل من زال عقله بالجنون سواء أكان جنون مطبِقاً أو متقطِعاً، و سواء أكان أصليا أم طارئا عليه بعد بلوغه، و كذلك يشمل من ذهب عقله بسبب كبر كالشيخ إذا أفنَد أي أصابه الخرف، فمن لا عقل له لصغره أو جنونه أو لكبر سنه أو نحو ذلك سقط حقه في الولاية وانتقلت إلى من بعده من الأولياء، إلا في بعض الحالات الطارئة على العقل والتي عرف بالعادة قرب إفاقة صاحبها، وحينئذ تنتظر إفاقته ولا تسلب منه الولاية بسبب ذلك العذر الطارئ،وذلك كمن زال عقله بالإغماء، أو بجنون غير مطبق أو بسكر من غير تعدّ منه،فهذه الحالات لا يستديم العقل فيها زواله غالبا،بل يرجى عن قرب زوال ما ألم به فيكون من أهل النظر لنفسه ولغيره أشبه النائم.

ثالثا/الحرية:

يشترط في ولي النكاح أن يكون حراً لأن المملوك لا يتصرف في شؤون نفسه، فمن باب أولى أن لا يتصرف في شؤون غيره،(فلا يصح من عبد ولو بشائبة) كما يقول المالكية. [1]

إن اشتراط الحرية في ولي النكاح لم يوجد فيه خلاف في المذاهب الأربعة ولا غيرها ، إلا ما حكاه بعض الحنابلة من احتمال صحة إنكاح العبد ابنته، ومع هذا فالولاية المعتمدة في المذهب عندهم هي اشتراط الحرية في من تولى ولاية النكاح.

ووجه اشتراط الحرية في ولي النكاح أن العبد مولِيّ عليه في النكاح إجماعاً، فهو ملك لسيده ولا يملك تزويج غيره،ولأن ولاية النكاح يشترط لها النظر ،ولا نظر في تفويض نكاح الحرة إلى المملوك.

2/اشتراط الإسلام:

الإسلام يعلو ولا يعلى عليه به أعز الله عباده وبه قطع الله الموالاة بين أوليائه المؤمنين وأعدائه الكافرين، فلا ولاية لكافر على مسلم بإجماع أهل العلم، و هذا المعتمد عند المذاهب الأربعة مما أمكن الوقوف عليه. [2]

وشرط الإسلام هو أهم شرط، والمتمسكين بهذا الشرط هم الحنفية، فلا ولاية لغير المسلم على المسلم كما لا ولاية لمسلم على غيره ممن اختلفت عنه ديانته، لأن الزواج في الشريعة

1. الأكحل بن حواء،نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر ،ص43.
2. الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، مرجع سابق،ص43.

الإسلامية عقد ديني تترتب عليه نتائج بالغة الأهمية، تتعدى أثارها نطاق الزوجية إلى المجتمع.

و حكى بعض الحنابلة وجها في المذهب لصحة ولاية الكافر على ابنته المسلمة، وهل يباشر تزويجها بنفسه على هذا الوجه؟ أو يعقد مسلم بإذنه؟ أو يعقده الحاكم بإذنه؟

أوجه هذا الوجه أصخها هو الأول، إلا أن المعتمد الذي عليه المذهب أنه لا ولاية لكافر على مسلمة،و سواء كان أباً أم غيره، وهو المنصوص عند الإمام أحمد رحمه الله.

كما أن الله تعالى قطع الولاية في كتابه بين المؤمنين و الكافرين، و أوجب البراءة منهم وأثبت الولاية بين المسلمين.

قال تعالى:﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾[1]، و ولاية الكافر على المسلمة نوع من هذا السبيل المنفي شرعاً.

و قوله تعالى:﴿**والمؤمنين والمؤمنات بعضهم أولياء بعض**﴾[2]

وقوله أيضا:﴿**والذين كفروا بعضهم أولياء بعض**﴾[3]

ففي هاتين الآيتين الكريمتين قد قسم الله الناس إلى قسمين:

مؤمن و كافر، فجعل المؤمنين بعضهم أولياء لبعض، و الكافرين بعضهم أولياء لبعض ومفهوم ذلك أن لا ولاية بين مؤمن وكافر، والله أعلم.

كذلك قوله تعالى : ﴿**مالكم من ولايتهم من شيء**﴾[4] وهذه الآية وإن كانت ليست في الكافرين، بل هي في المؤمنين لبيان الموالاة بين من أسلم ولم يهاجر، ومن هم في دار الإسلام ، إلا أن بعض العلماء قد استدل بها –كمالك رحمه الله– قد استدل بها لمنع الموالاة بين المؤمنين و الكافرين من باب أولى.

كذلك زواج النبي صلى الله عليه وسلم من أم حبيبة، ابنة أبي سفيان من غير ولاية أبيها...

1. سورة النساء،الآية (141).
2. سورة التوبة،الآية (71).
3. سورة الأنفال،الآية (31).
4. سورة الأنفال،الآية (72).

قال الشافعي رحمه الله: و لا يكون الكافر ولياً لمسلمة وان كانت ابنته، قد زوج ابن سعيد بن العاص النبي صلى الله عليه وسلم حبيبة، وأبو سفيان حي، لأنها كانت مسلمة وابن سعيد مسلم،لا أعلم مسلما أقرب بها منه، ولم يكن لأبي سفيان فيه ولاية، لأن الله تبارك وتعالى قطع الموالاة بين المسلمين والمشركين والمواريث وغير ذلك.

حديث: «**الإسلام يعلو ولا يعلى عليه**».

و الولاية في النكاح فيها استعلاء على المولِي عليه، فلا ينبغي أن تكون لكافر على مسلم والله أعلم، وهذا الحديث قد رواه الدار قطني والبيهقي وغيرهم مرفوعاً عن عائذ ابن عمر والمزني رضي الله عنه.

ووصله الطحاوي بإسناده إلى ابن عباس رضي الله عنه في اليهودية والنصرانية تكون تحت النصراني أو اليهودي، فتُسلم هي قال : (يفرق بينهما الإسلام يعلُو ولا يعلى عليه)

وساقه من طريق آخر لكن من دون لفظ (الإسلام يَعلُو ولا يُعلى عليه)

وهو صحيح موقوف عن ابن عباس رضي الله عنهما، وحسن مرفوع بمجموع طرقه التي يشدّ بعضها بعضى.

الفرع الثاني:الشروط المختلف على وجوبها:

1/اشتراط الذكورة:

إن اشتراط الذكورة في ولي النكاح من أهم مسائل الولاية في النكاح، ولذلك فقد اشتهر في كتب الخلاف أنه أطلق الولي في النكاح فإنه يقصد به الذكر لا الأنثى، وكذلك إذا أطلقت الولاية في النكاح فإنما يقصد بها الولاية على الإناث، لا على الذكور.

وعلى هذا فقد اشتهر في كتب الخلاف إن الولاية في النكاح شرط عند الجمهور من العلماء وعليه الأئمة الثلاثة احمد ومالك والشافعي، فلا يصح النكاح عند الشافعي واحمد إلا بولي ذكر فإن عقدت المرأة النكاح لم يصح، خلافا لأبي حنيفة رحمه الله مع أن أبا حنيفة يقول كغيره من الفقهاء باشتراط الولاية في النكاح على الصغار، والمجانين،ذكورا كانوا أو إناثا. [1]

1. بدران أبو العينين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون،ج1،ط1،دار النهضة العربية،بيروت،لبنان،ص142.

ولأن الرجال الأحرار المكلفين لا ولاية عليهم في النكاح، ولا في غيره إجماعا، إلا فيما قيل للمحجور عليه لسفه، وإنما الخلاف المشتهر إنما هو في الولاية على الحرة المكلفة.

ولما كان القول باشتراط الذكورة في ولي النكاح أخصّ في رأي بعض الفقهاء من القول باشتراط الولاية في النكاح، بينما هو فرع على مذهب الجمهور عن ثبوت تلك الولاية على الحرة المكلفة.

وعلى مذهب أبي حنيفة يجوز للمرأة أن تتزوج نفسها وبناتها قياساً على البيع على أن المرأة تتولى البيع والتجارة وما في معناها من التصرفات المالية.

وكما أن أبا حنيفة أثبت الولاية الإجبارية للأم والبنت وبنت الابن والأخت وغيرهم من النساء إذا لم يكن عصبات من الرجال وذلك بناءا على مذهبه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا وإناثا.

ويثير التساؤل بشأن المرأة أن تعرض نفسها على الرجل الكفء الصالح الذي تراه أهلا لها كما في حديث الواهبة نفسها للرسول صلى الله عليه وسلم،فكيف لها ألا تزوج نفسها أو غيرها. [1]

2/اشتراط الرُشد:

الرُشد في اللغة: بضم الراء المشددة وإسكان الشين المعجمة وفتحهما خلاف الغيّ، وأصل هذه الكلمة معناه الاستقامة سواء كانت حسية أو معنوية.

وأما المراد بالرشد عند الفقهاء: فهو ضد السَّفَه، ومعناه الصلاح في الدين.

ولقد اختلف الفقهاء في اشتراط الرشد في ولي النكاح، حيث نجد في مذهب المالكية اختلاف أصحاب مالك في اشتراط الرشد، فمنهم من عده شرطاً ومنهم من لم يره كذلك، وهم الأكثر والمذهب المشتهر، ومنهم من قال أنه شرط كمال لا شرط صحة، وهذا يحتمل أن يكون جمعاً بين القولين، أو تقييدا لقول من أطلق الرشد في ولي النكاح. [2]

وظاهر مذهبهم أن الرّشد ضد السَّفيه المحجور عليه في ماله، وعلى هذا فلا فرق عندهم بين رشد المال ورشد النكاح.

---

1. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق،ص142-143.

2. عوض ابن رجاء العوفي،الولاية في النكاح،ج2،ط1،الجامعة الإسلامية،2002،ص255.

وبالنسبة لمذهب الشافعية فالرشد شرط في ولي النكاح، فلا ولاية للسفيه في النكاح على الصحيح المعتمد في المذهب.

وهناك قول أخر مرجح: أنه يلي لأنه كامل النضر في النكاح، وإنما حجر عليه لحفظ ماله.

وقد نص بعض الحنابلة على أن الرشد شرط من شروط الولي في النكاح، حيث أنهم فرقوا بين الرشد في المال والرشد في النكاح، وأن رشد المال غير معتبر في النكاح، فقالوا أن الرشد هنا هو معرفة الكفء ومصالح النكاح وليس هو حفظ المال، لأن رشد كل مقام بحسبه. [1]

ولم يعتبر الحنفية الرشد شرطا من شروط الولي في النكاح، وهذا هو قياس أبي حنيفة رحمه الله في الولاية على ماله، إذ لا حجر عنده على السفيه الحر المكلف في ماله، ولا في إنكاح نفسه، فكذلك ينبغي أن يكون لا حجر عليه في ولايته النكاح، إذ باب الولايتين عنده واحد وهذا هو المشهور عنه في كتاب الخلاف، أي إن الرشد ليس شرطا في ولي النكاح.

3/اشتراط العدالة:

إن كون الولي عدلاً من الصفات الحميدة الباعثة على ملازمة التقوى، فالولي العدل في دينه المجانب لأسباب الفسق مؤتمن على تحصيل الخاطب الكفء الصالح في دينه لمن له عليها الولاية وذلك لميله إلى أمثاله لمن هم أهل الصلاح والتقوى، وهذا بخلاف إن كان الولي فسقا غير عدل في دينه فهو إلى الميل من أهل الفسوق والمجنون أقرب، وبهذا تعظم مصيبة المرأة به في دينها.

يرى الشافعي واحمد في أحد قوليهما أنه شرط لازم (لا نكاح إلا بولي مرشد) وفسروا المرشد بالرشيد والفاسق ليس برشيد[2]، لأن الفاسق قد يزوج المرأة ممن لا تتوفر فيه العدالة وهذا مخالف لي حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:«**إذا أتاكم من ترضون خلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير**»،وقال:«**إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه**»، قالها ثلاث مرات رواه الترمذي، واستثنى القائلون بها السلطان وولي الآمة.

ويرى أبو حنيفة ومالك لأن العدالة ليست شرطا، وعلى هذا يجوز للفاسق أن يتولى عقد الزواج لمن في ولايته لأن الفاسق له الولاية الكاملة على نفسه، بحيث يزوج نفسه فلا مانع

1. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مرجع سابق،ص256.

2. محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،ج6،ط2،دار النهضة العربية،بيروت،لبنان،ص256.

أن يتولى أمر غيره، لأن عماد هذه الولاية هي الشفقة ورعاية المصالح، وفسقه لا يمنع من شفقته بأولاده ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه، فيستوي في ذلك مع العدل.

ولإحتمال تهاونه في تقدير المصلحة قالوا: إن كان فاسق متهورا غير مبالي يقبح ما يصنع يشترط لتنفيذ عقد زواجه لابنته أن تتوفر فيه المصلحة بأن يكون في ذلك حكمه حكم الأب المعروف بسوء الرأي و الاختيار.

وقالوا في الحديث السابق أن كلمة الرشد غير ثابتة فيه، وعلى فرض ثبوتها فليس معناها إلا أنه يرشد إلى ما فيه مصلحة موليته.

وفي ترجيح هذا الرأي يقول عز الدين بن عبد السلام : ولاية النكاح لا تشترط فيه العدالة لأن العدالة شرطت في الولايات لتنزع الولي عن التقصير و الخيانة في حق موليته لأنه لو وضعها في غير كفء كان ذلك عاراً عليه وعليها،و طبعه ينزعه عما يدخله على نفسه وموليته من العار والإضرار. [1]

4/الخلو من الإحرام (غير محرم بحج أو بعمرة أو بهما معا):

ومعنى هذا الشرط أنه لا يصح للولي تزويج موليته ما دام محرما بحج أو بعمرة أو بهما معا، وليس معناه أن إحرام الولي سالب لحقه في الولاية كما هو الشأن في سائر ما تقدم من الشروط.

و لعلماء الفقه في هذا الشأن رأيان مشهوران:

الرأي الأول: أنه لا يصح للمحرم أن يعقد النكاح لنفسه ولا لغيره،ولا يُعقد له مطلقا وهذا مذهب الجمهور،ومنهم الأئمة الثلاثة مالك،احمد والشافعي رحمهم الله.

الرأي الثاني: أن الإحرام لا يمنع النكاح مطلقا،أي عكس الأول،وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وغيرهم.

ويستمر المنع إلى تمام الإحلال بالرمي والطواف في الحج والعمرة،وكما لا يجوز للولي تولي العقد أثناء الإحرام فلا يجوز له توكيل من يتولى عنه،فإن عقد وهو محرم فسخ العقد، وإن تباعد إيجاز نكاحها.

1. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق،ص257.

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري:

نص المشرع الجزائري في نص المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري على أن يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، ولم يشترط في هذا الولي أي شرط سواء ما تعلق بالأهلية أو الدين أو الذكورة أو العدالة أو الرشد أو أن يكون محرما بحج أو بعمرة أو بهما معا.

وفي حالة عدم وجود الولي لها أن تختار أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره وهنا لم نفهم مقصود المشرع الجزائري بعبارة أي شخص آخر تختاره، فهل كل شخص تجده المرأة حتى وإن لم تكن تعرفه يصلح لأن يكون ولياً لها في عقد زواجها.

وكما نعرف أن الولي والمقصود به هو الأب الذي تربط بينه وبين موليته رابطة الحنان والعطف والغيرة والمصلحة في اختيار الشخص المناسب لابنته، والذي بكونه في حالة عدم اختياره الأصح لها فهو أول المتضررين من نتيجة اختياره وعار المرأة كما نعلم يلحق بأبيها أولا، فكيف لأي شخص تختاره أن يكون من هذا.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 07 من نفس القانون على أن اكتمال أهلية الرجل في الزواج بتمام 19 سنة، ومن نص المادة نرى بأن اكتمال أهلية الولي التولي مهمة الولاية على غيره تكون بتمام 19 سنة أيضا، وهذا من باب أولى.

ولعل سكوت المشرع على بقية الشروط ومنها الإسلام مرده إلى اتفاق المذاهب على هذا الشرط باعتبار أغلبية الجزائريين إن لم نقل كلهم تدين بالدين الإسلامي، باعتبار هذا النص القانوني يطبق عليهم.

ويبقى سكوته على الشروط الأخرى والتي ثار الخلاف بشأنها بين الفقهاء مما يرجح هنا أن ذلك متروك لما يحقق مصلحة المولى عليه.

المطلب الثالث:أدلة مشروعيتها:

إن الحكمة من مشروعية الولاية في النكاح تنبع من أهميتها وما يترتب عليها من آثار في حياة الإنسان فمشروعيتها مستمدة من عناية الإسلام بهذا العقد وصيانته ورفع مكانته ورعاية مقاصده[1]، ولذلك أصبحت الولاية لها أهمية بالغة في حياة المسلمين على مختلف العصور

1. بوكايس سمية،مجلة الفقه والقانون،العدد 20،بتاريخ: 02 يونيو 2014،ص156.

ولقد وردت عدة نصوص شرعية تدل على اعتبار رأي المرأة في عقد الزواج وذهب كثير من العلماء إلى أن المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها.

وإلى أن الزواج لا ينعقد بعبارتها إذ أن الولاية تعتبر شرطُ صحة في العقد،كما أن العاقد هو الولي واحتجوا بعديد من الأدلة الشرعية القوية، الدلالة سواء من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو المعقول، وهذا ما سيتم تبيينه كالتالي:

الفرع الأول:أدلة مشروعيتها من القرآن:

أ/ قال تعالى:﴿**وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ذلك يوعظ به من كان منكم يؤمن بالله واليوم الآخر ذلكم أزكى لكم وأطهر والله يعلم وأنتم لا تعلمون**﴾[1]

وقد ذكر فيها الشافعي رحمه الله أن هذه الآية دليل على أهمية مركز الولي ووجوده، فإن لو لم يكن له اعتبار لما كان لعضله معنى.

ب/ وقوله تعالى:﴿**...ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا...**﴾[2]

ج/ وقوله:﴿**وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله، والله واسع عليم**﴾[3]

د/ وقوله عز وجل:﴿**...فانكحوهن بإذن أهلهن...**﴾[4]

وجه الدلالة من هاتين الآيتين الأولى والثانية أن الله عز وجل قد خاطب بالنكاح للرجال وأضاف النكاح إليهم، فدل على أنهم يملكون مباشرة العقد وليس النساء.

ووجه الدلالة في الآية الثالثة أنها وردت في الإماء لكنها تعد دليلا شرعيا على عدم جواز نكاحهن دون إذن أهلهن، ومن الممكن أن لا يكون ما يمنع ذلك في تطبيق نفس الحكم الذي يشمل غير الإماء.

1. سورة البقرة،الآية (232).
2. سورة البقرة،الآية (221).
3. سورة النور ،الآية (32).
4. سورة النساء،الآية (25).

الفرع الثاني:أدلة مشروعيتها من السنــة:

قوله صلى الله عليه وسلم :«**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل**»

وجه الدلالة من الحديث، أنه ينفي وجود نكاح شرعي من دون ولي، وإذا تم نكاح دون ولي فهو ليس نكاح، أي أنه باطل. [1]

وقوله صلى الله عليه وسلم بما رواه مسلم من حديث ابن عباس «**الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**»

وما ورد في الصحيحين عن أبي هريرة :«**لا تنكح الأيم حتى تستأذن**»

كما ورد عن عائشة –رضي الله عنها– «**قالت: قلتُ: يا رسول الله تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال:نعم قلتُ:فإن البكر تستأذن فتستحي قال:إذنها صماتها،فنهى أن تُنكح بدون استئذانها**»

وحديث أبو داود والنسائي وابن ماجة وأحمد في مسنده، عن حسين بن جرير عن أيوب عن عكرمة، عن ابن عباس:«**أن جارية أتت النبي صلى الله عليه وسلم:فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي عليه الصلاة والسلام**»

وما أخرجه الدار قطني عن ابن عباس :أن النبي صلى الله عليه وسلم، رد نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان.

وأخرج النسائي في سننه حديث خنساء وفيه أنها كانت بكرا قالت: أنكحني أبي وأنا بكر فشكوت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: «**لا تنكحها وهي كارهة**»، رواه عن عبد الله بن يزيد.

وما روي أن فتاة جاءت للنبي صلى الله عليه وسلم فقالت: «**إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته قال: فجعل الأمر إليها فقالت: أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء**»

ومع كل ما تم عرضه من نصوص و أدلة شرعية دلت في مجملها على أن ليس للولي لإجبار من هي في ولايته على الزواج وعلى الاعتداء برأيها، وهذا يدل على أن المرأة رضاها معتبر في عقد الزواج. [2]

1. أماني عبد المتولي،الضوابط الشرعية والقانونية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق،دار الكتاب الحديث،سنة2010،مصر ،ص43.

2. بوسطلة شهرزاد،مجلة المنتدى القانوني،جامعة محمد خيضر ،بسكرة،العدد الرابع،جوان 2007،ص ص 36-37.

المبحث الثاني:أنواع وتقسيمات الولاية:

المطلب الأول:أنواع الولاية:

كم ذكر في السابق أن من له الأمر في الزواج هو الولي والمرأة المميزة المؤهلة في الاختيار، ولكن بحضور وليها وإذا تقرر ذلك، فإنه ينبغي التنبيه إلى أنه ليس للولي أن يجبرها على الزواج بمن لم ترغب به زوجا، كما لم يجعل الشرع للمرأة أن تستقل بعقد زواجها، وإذا انتهينا إلى اشتراط الولاية في الزواج فإنه من المفيد هنا أن ننوه إلى أنها تتنوع عند القائلين بها إلى ولاية اختيار وولاية إجبار.

وفيما يلي سنتعرف على هاتين الولايتين ونبين أسباب ثبوتها والأشخاص الذين تثبت لهم ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول:ولاية الاختيار:

وتسمى بولاية الاستحباب، أي أنه يستحب للولي مباشرة العقد نيابة عن موليته، كما يستحب للمولى عليها أن توكل مباشرة العقد للولي مع أنه يصح لها وهذا عند البعض من الفقهاء.

وعرفت أيضا بأنها الولاية التي لا يستطيع الولي أن يستند فيها بتزويج المولى عليها، بل أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي ويشتركان في الاختيار ويتولى هو الصيغة.

ومن هنا منع الشرع إكراه المرأة سواء كانت بكراً أم ثيبا على الزواج ممن لا ترغب فيه ويكون العقد عليها قبل استئذانها غير صحيح ولها طلب فسخه، ولثبوت هذه الولاية لابد من أسباب توجبها وهي علل الثبوت.

أولا:علل ثبوت ولاية الاختيار:

هناك اختلاف بين المذاهب في ثبوت ولاية الاختيار على ما يلي:

- **أ/ علة الاختيار عند المذهب المالكي:**

وتثبت على:

-الكبيرة العاقلة بكرا كانت أو ثيب، فان كانت بكرا فصمتها رضاها،أما الثيب فإنها تبين باللفظ عما في نفسها، فلابد لها من التصريح بأنها قد رضيت. [1]

-البكر البالغة التي أقامت مع الزوج سنة ثم تأيمت وهي بكر.

1. عبد الرحمان الجزيري،كتاب الفقه على المذاهب الأربعة،ج4،ط1،دار الفكر،بيروت،لبنان،1986،ص29.

-البكر المرشدة التي رشدها أبوها أو وصيها أو رفع الحجر عنها لحسن تصرفها.
-اليتيمة الصغيرة التي خيف عليها الفساد، للولي غير الأب أن يزوجها إذا بلغت عشر سنوات بعد مشاورة القاضي وخلوها من الموانع الشرعية ورضاها بالزوج.

- ب/ علة الاختيار عند المذهب الحنفي:

وتكون على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا، فلو تولت عقد زواجها برضاها صح العقد ونفذ ولزم متى كان الزوج كفء لها، والمهر يكون مهر مثلها، ولم يكن لأحد من أوليائها أن يعترض عليها، إلا أنه يستحب لها أن تستأذن وليها ليتولى عقد زواجها. [1]

أما إذا زوجت نفسها من غير كفء وبدون مهر المثل فإن عقد الزواج يخضع بعد إنشائه لاعتراض الولي عليه خلال مدة معينة مالم يظهر الحمل.

- ج/ علة الاختيار عند المذهب الشافعي:

تكون على المرأة البالغة الثيب الصغيرة فهذه الأخيرة لا تزوج حتى تبلغ، أما تزويج الثيب البالغة العاقلة فلا يكون إلا برضاها وإذنها، ويكون ذلك بكلام صريح ولا يكفي سكوتها، لقوله صلى الله عليه وسلم : «**وليس للولي مع الثيب أمر**».

- د/ علة الاختيار عند المذهب الحنبلي:

تكون على كل امرأة مكلفة بالغة وإذنها هو الكلام الصريح، لحديث أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : «**لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، فقالوا يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت**».[2]

ثانيا:أصحاب ولاية الاختيار:

هناك إجماع على إسناد ولاية الاختيار على العصبات، لكن الاختلاف هو اختلاف في الترتيب حسب رأي الفقهاء كالآتي:

- الترتيب عند المالكية:

تثبت للبنوة ثم الأبوة المباشرة،ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة.

- الترتيب عند الحنابلة:

1. محمد سماره،دراسات في الفقه المقارن،ط1،دار الثقافة،الدار الدولية العلمية،عمان الأردن،2002،ص80.
2. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق،ص ص 31-32.

قدم الأصول على الفروع لمراعاة مصلحة المولى عليها وشفقة الولي عليها.

– الترتيب عند الشافعية :

تكون للأب ثم الجد وإن علا،فلا يجبرون إلا إذا انتفت شروط الإجبار.

موقف المشرع الجزائري :

من خلال مراجعتنا للمادتين 11 و 13 من قانون الأسرة الجزائري المعدلتين بموجب أمر 05-02 يتبين لنا أنه أخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصرة بشكل واضح فلا يمكن للأب أو أي شخص آخر سواء من الأقارب أو الغير أن يزوجها إلى شخص ليست راغبة فيه و ذلك بضمه في الفقرة الثانية من المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة الجزائرية:

«دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له ».[1]

و بنصه كذلك في المادة 13 المعدلة من نفس القانون بصريح العبارة: « لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ».[2]

أما فيما يخص المرأة الراشدة طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري فقد خولها القانون بإبرام عقد زواجها و جعل رضاها الركن الأساسي في هذا العقد بموجب المادة 09 ولكن المشرع إضافة إلى الرضا اشترط حضور الولي في عقد الزواج في المادة 11 المعدلة من نفس القانون.

لكن ما يثير الانتباه صياغة المادة 11 المعدلة ذكر الأب أولا و عند غيابه يحل محله أحد الأقارب بدون تحديد درجة القرابة فقد استعمل المشرع في الصياغة الحرف "أو" المعروف عنه في اللغة العربية يستعمل للتخيير، معنى ذلك أن المرأة تختار من تشاء في عقد زواجها دون احترام الترتيب لأن القانون يسمح بذلك.

1. المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق.

2. المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق.

الفرع الثاني:ولاية الإجبار:

وهي التي يكون للولي الحق في أن يزوج من له الولاية عليه بمن يختاره سوى رضي المولى عليه بذلك أو لم يرضى، فالولي هنا يستند بعقد الزواج، وتثبت بأربعة أسباب وهي القرابة الملك، الولاء و الإمامة. [1]

فولاية القرابة تثبت لصاحبها بسبب قرابته من المولى عليه،إما قرابة بعيدة أو قرابة قريبة ومن ثم لم يخالف أحد من الفقهاء في أنها أحد أسباب الولاية.

وولاية الملك تثبت للسيد على مملوكه.

وولاية الولاء على نوعين: ولاية العتاقة التي تثبت للمعتق على عتيقه، وولاء الولاة وهو الذي يثبت بعقد بين اثنين.

أما ولاية الإمامة والمراد بها من إليه الأمر من إمام أو خليفة، وهي ولاية الإمام العادل ونائبه، كالسلطان والقاضي وتكون حين لا يكون ولي للمولى عليه. [2]

ولثبوت هذه الولاية لابد من أسباب توجبها وهي علل الثبوت وهي محمل خلاف بين المذاهب، وبناء على ذلك يعرف الأشخاص الذين تثبت لهم هذه الولاية وهو ما سنتعرف عليه فيما يلي:

أولا:علل ثبوت ولاية الإجبار:

ونقصد به هنا الأسباب الموجبة لفرض تصرف الشخص على الغير، وغالبا تعرف بالمرض الذي يجعل الشخص قاصرا أو على غير عادته أو يغير من استقامته في تصرفاته.

وقد اختلف المذاهب الأربعة في علة الثبوت كما يلي:

أ/ علة الثبوت عند المالكية :

_البكارة : تجبر البكر على الزواج ولو كانت عانسا بلغت من العمر ستين سنة فما فوق ولو بدون مهر المثل، أو من غير كفء كأن يكون أقل حالا أو قبيح المنظر،ودليل المالكية على ذلك تزويج أبو بكر رضي الله عنه ابنته عائشة وهي بكر صغيرة من رسول الله صلى الله عليه وسلم.

1. محمد عزمي البكري،الأحوال الشخصية،ج1،ط1،دار محمود للنشر والتوزيع،ص 293.
2. وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،ج7،دار الفكر،د ت ن ،ص 188.

_الصغر : كل ما يدخل في معناه من عدم البلوغ والجنون المطبق والسفه، فلمن تثبت له ولاية الإجبار له أن يجبر الصغيرة دون البلوغ والجنون جنونا مطبقا ولو كانت ثيبا على الزواج.

ب/ علة الثبوت عند الشافعية:

تثبت ولاية الإجبار على الصغيرة والمجنون صغيرا أم كبيرا،والبكر البالغة العاقلة بدون استئذان ورضا،لأن البكر تجهل شؤون الزواج ولو كانت عاقلة. [1]

كما تثبت ولاية الإجبار على المجانين، وعلة الإجبار هنا فقدان العقل وعدم التمييز بين ما هو ظاهر وما هو نافع.

ج/ علة الثبوت عند الأحناف :

وتثبت ل:

- البكر الصغيرة: يستثنى الأحناف البكر البالغة العاقلة لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم:

«...**والبكر تستأمر في نفسها**»، أي طلب إذنها وبالتالي لا تزوج إلا برضاها، والصغيرة تتزوج جبراً ولو كانت ثيباً لأنها لا تدري بمصالح الزواج، وليس لها الخبرة في شؤون الحياة.

- الصغر ونقصان العقل: سبق وأن قلنا أن الصغر ينفي الخبرة بأمور الزواج، أما نقصان العقل فبكونه يضفي صفة الصغر حتى على الكبير، فمعناه أن للولي أن يزوج المجنون والسفيه جبرا ذكرا كان أو أنثى.

د/ علة الثبوت عند الحنابلة :

تثبت للولي غير المكلف الصغيرة بكرا كانت أم ثيبا من كانت دون تسع سنين، أما التي لها تسع سنين وكانت ثيبا فليس لها جبر لأن إذنها معتبر.

وتختص بإجبار البكر البالغة عاقلة كانت أو مجنونة، فله تزويجها بدون إذن، إلا لمن به عيب يجعل لها خيار الفسخ. [2]

1. أحمد محمود خليل،عقد الزواج العرفي،د ط،منشأة المعارف،الإسكندرية،مصر،2002،ص95.

2. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق،ص31.

أما الثيب البالغة ولها تسع سنين لا يصح تزويجها بدون إذن وليها ورضاها، أما الصغيرة دون تسع سنين و المجنونة المطلقة فليس له زواجهما لأنه على الإذن وليس لها إذن معتبر.

ثانيا:أصحاب ولاية الإجبار:

- عند المالكية : يثبت الإجبار لشخصين فقط هما الأب والوصي، فقد قال ابن جزي المالكي:

"أما الذي يجبُر فالأب ثم وصيه"،وقد أثبتوها أيضا للسيد المالك إلا أن صورته لم تعد حالا واقعة.

- عند الشافعية : فقاموا بالترتيب الآتي: الأب ثم الجد أبو الأب ثم أبوه، وإن اجتمع جدان كان الحق للأقرب، ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم لأب ثم المعتق ثم الحاكم والسلطان بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «**السلطان ولي من لا ولي له**».
- عند الأحناف : العلة عندهم هي الصغر ونقصان العقل، وإن كان لابد من الولاية عند الأحناف فهي ولاية إجبار فقط، وولاية اختيار عندهم لأن العاقلة البالغة لها أن تزوج نفسها دون ولي، وبالتالي فعدم الدراية بالمصلحة وعدم التمييز بين الضار والنافع هما الموجبان للإجبار، ويتحققان في الصغير والمجنون.

  وتثبت ولاية الإجبار عندهم للأولياء من العصبة فقط.
- عند الحنابلة : عند الحنبلي فهو يتفق مع المذهب المالكي في ثبوت ولاية الإجبار لكل من الأب والوصي بشرط تعيين الزوج، فالأب يمارس الإجبار على الصغيرة ما لم تبلغ، فإذا بلغت زال سبب الإجبار، بل تزول ولاية التزويج إطلاقا، وتجبر البكر إن كانت صغيرة. [1]

1. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق،ص 163.

موقف المشرع الجزائري منها :

يتضح موقف المشرع الجزائري منها بعد التعديل في المادة 13 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري بنصها:

« لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ».[1]

إن ولاية الإجبار لا يمارسها الأب على ابنته القاصر و بالتالي لم يذهب إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة للقاصرة.

أما بالنسبة للمرأة الراشدة فلم يأخذ كذلك بالنسبة إليها بولاية الإجبار لأنه اعتبر رضاها ركنا أساسيا في عقد الزواج في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري من الأمر 05-02

و رتب على تخلفه البطلان في المادة 33 معدلة من قانون الأسرة الجزائري: « يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا ».[2]

فما جاء في المادة 11 الفقرة الأولى و نص على أن المرأة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها ولكن فقط بحضور وليها أو أي شخص آخر تختاره، فالمشرع الجزائري وضع حدا نهائيا للنقاش حول مدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته على الزواج من شخص لا تحبه ولا تأتنس إليه أو تكرهه لأنه طاعن في السن أو غير متعلم أو له زوجة ثانية. كما أن الولي إذا اجبر ابنته و أبرم العقد في بلد أجنبي تعمل قوانينه على إجبار البنات على الزواج فإن مثل هذا العقد يكون باطلا و لا قيمة له لدى المصالح الوطنية الإدارية لكونه مخالفا للمادة 97 من قانون الحالة المدنية، التي يشترط لصحة زواج الجزائريين المنعقد في خارج الوطن الشروط الأساسية التي تتطلبها قانون بلده لإمكان عقد الزواج. [3]

1. أنظر المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق.
2. أنظر المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق.
3. أنظر المادة 97 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

المطلب الثاني : أقسام الولاية:

للولاية قسمين أقسام من حيث الشكل و أخرى من حيث الموضوع، ونذكر هنا باختصار هذه الأقسام وهي بحسب الاعتبار الذي ينظر إليه في الولاية كالتالي :

الفرع الأول : من حيث أقسامها الشكلية :

وهي من حيث الشخص الذي ترد عليه الولاية : وتنقسم إلى:

1- **ولاية ذاتية:** وهي سلطة تثبت للشخص على نفسه وماله، ويتمتع بهذه الولاية الشخص الكامل الأهلية والتي تحصل مع كمال العقل و البلوغ وتمتع بالحرية حيث تعتبر جميع تصرفاته نافذة ما لم يترتب عليها ضررا بالغير سواء تعلقت هذه التصرفات بشخصه أو ماله.

2- **ولاية متعدية:** وهي سلطة تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشرع سببا لثبوتها، ولا تكون إلا لمن أثبتت له الولاية على نفسه، وهذه الولاية باعتبار من تثبت له نوعان من حيث مصادرها. [1]

أ/ولاية أصلية:

وهي الولاية التي تثبت للشخص ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير كولاية الأب على أولاده، والجدّ على أحفاده، فإنها تثبت ابتداء بسبب الأبوة، وهي ثابتة له شرعا بمقتضى صفة القرابة باعتبار العصبة بالنفس، فهي ملازمة للولي فلا يصح منه التنازل عنها أو إسقاطها، وكان حق الغير قد تعلق بها إلا أن يوجد سبب لإسقاطها فهذا يقرره الشرع والقانون مثلا كالجنون المطبق. [2]

ب/ولاية نيابة: فهي الولاية المستمدة من الغير، كولاية القاضي والوصي، فإن ولاية القاضي مستمدة من الحاكم، لأنه نائب عنه فيما يتولاه من الأمور وأما الوصي فإنه يستمد ولايته من الذي أقامه وصياً، فهو نائب عن فيما يتولى من شؤون القاصر. [3]

وتنقسم الولاية المتعدية إلى ولاية عامة وخاصة :

---

1. حسن حسن منصور،المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية،ج2،د ط،مطبعة سامي للطباعة الإسكندرية،مصر،2001،ص31.
2. عيسى حداد،عقد زواج،منشورات جامعة باجي مختار،عنابة، الجزائر،2006،ص 118.
3. عبد القادر داودي،أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،الجزائر،دار البصائر للنشر والتوزيع،2010،ص 105.

الولاية العامة: وهي الثابتة لرئيس الدولة، وللقضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفتهم الشخصية.

الولاية الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا لا حكاما.

والقاعدة أن الولاية الخاصة مقدمة على العامة إذا تعلق بأمر واحد ، فأقارب المرأة مثلا أولى بعقد نكاح المرأة من القاضي أو الوالي أو الحاكم.

الفرع الثاني : من حيث أقسامها الموضوعية :

1-**الولاية على النفس :** وهي ترد على الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتأديب والحضانة وولاية التزويج، فللولي في هذه الأمور له حق إنشاء عقد الزواج المولى عليه.

2-**الولاية على المال** : وهي ترد على التصرفات المتعلقة بأموال المولى عليه وتجعل لمن له ولاية القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال النافذة كولاية الموصى على الموصى عليه.

3-**الولاية على النفس والمال معاً :** كولاية الأب على أولاده فاقدي الأهلية أو ناقصها فهو يمارس الولاية على النفس بممارسة الحضانة عليهم وكذلك الولاية على المال أيضا.

أما ولاية النكاح فهي تتعلق بالنفس لا بالمال ويمكن أن تكون أصلية كما أن يكون بإمكانها أن تكون نيابية. [1]

الفرع الثالث : أقسام الولاية عند المالكية :

تنقسم الولاية عند المالكية إلى قسمان عامة وخاصة.

1-**الولاية العامة:** تثبت بسبب واحد هو الإسلام ، فهي تكون لكل مسلم على أن يقوم بها واحد منهم بأن توكل امرأة أحد المسلمين ليباشر عقد زواجها بشرط أن لا يكون لها أب أو وصيه ، وبشرط أن تكون دنيئة لا شريفة ، والدنيئة هي الخالية من الجمال و المال والحسب والنسب ، والخالية من النسب هي بنت الزنا أو المعتوقة من

1. حسن حسن، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، منصور ،مرجع سابق،ص 31.

الجواري والحسب هو الأخلاق الكريمة كالعلم والحلم والتدبر والكرم ونحوها من الأخلاق.

2- **الولاية الخاصة:** وهي التي تثبت لأشخاص معينين، الأب ووصيه، والقريب العصبة المولى والسلطان.

وشرعت الولاية للمرأة في عقد زواجها ليس لنقص أهليتها بل لجهلها لأمور الزواج وأحوال الرجال، وقلة تجاربها في الحياة العملية، وسرعت تأثرها عاطفيا وانخداعها بمظاهر الأمور أما إذا تزوجت وطلقت أو مات عنها زوجها فلا يجوز لوليها أن يزوجها دون أن يأخذ رأيها وموافقتها.[1]

1. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)،ج1،ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ص 238.

الفصل الثاني

ولاية الأم على أبنائها في الفقه والقانون

الفصل الثاني : ولاية الأم على أبنائها في الفقه والقانون:

المبحث الأول : ولاية الأم على أولادها القصر في الفقه الإسلامي:

سنعالج في هذا المبحث مسألة ولاية الأم على أطفالها القصر، أي بعد فقدان الأب ولايته على أبنائه غير البالغين سن التكليف الشرعي وفاقدي للأهلية، وهنا تنتقل الولاية من الأب للأم باعتبارها الشخص الأقرب لتولي مهمة ولاية الأبناء وهذا في نظر الفقه و الاجتهادات الفقهية المستنبطة من الأحكام الشرعية والنصوص القرآنية وبما جاءت به السنة النبوية.

بحيث تقع تساؤلات هنا: هل تنتقل هذه الولاية والإدارة للأم؟ أم هناك من يقوم مقام الأب في ذلك؟، وهذا ما يثبته مشهور الفقهاء على أن حق الولاية على الأطفال يثبت –بعد وفاة الأب– إلى من ينوب عليه، للأم أو غيرها.

وإجابةً على هذا سنذكره في المطلبين المواليين التاليين.

المطلب الأول : ثبوت ولاية الأم على أبنائها:

يرى معظم الفقهاء أن للأم ولاية على أطفالها الصغار بعد وفاة والدهم، وأن هذه الولاية ثابتة للأم على غرار الجد والد الأب، لكي تتحمل مسؤولية هؤلاء الصغار.

يقول الإمام الخميني في تحرير الوسيلة: ولاية التصرف في مال الطفل والنظر في مصالحه وشؤونه لأبيه وجده لأبيه، ومع فقدهما للقيم من أحدهما،وهو الذي أوصى أحدهما بأن يكون ناظرا في أمره، ومع فقده للحاكم الشرعي، وأما الأم، والجدّ للأم، والأخ، فضلاً عن سائر الأقارب، فلا ولاية لهم عليه، نعم الظاهر هنا ثبوتها مع فقد الحاكم.[1]

معتبرا هنا دليلا على ذلك هو النصوص المستفيضة في أموال الصغار، والروايات المتواترة في مسألة الزواج وأخذ إذن الأولياء، وكذلك النصوص الواردة في أموال اليتيم.

وكما أسلفنا مطلع هذه الدراسة، فإننا نعتقد بأن الولاية على الصغار ترجع بعد موت الأب للأم، وأنها تتقدم على ولاية الجدّ والد الأب.

1_ http://nosos.net/دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب–قيمومة الأم

الفرع الأول : أدلة إثبات ولاية الأم على أبنائها:

ونتعرض هنا بالتفصيل لأدلة إثبات ولاية الأم، والذي نراه أن هناك ثلاثة أدلة تثبت ولايتها وهي:

- عمومات ولاية عدل المؤمنين.
- الآيات الخاصة بأموال اليتيم.
- الروايات.

وهذا شرح وافٍ لهذه الأدلة:

الدليل الأول:عمومات ولاية عدل المؤمنين

طائفة العمومات التي يستدل بها على إثبات ولاية عدول المؤمنين، مثل الآيات والروايات الدالة على الأمر بالعدل والإحسان والخير وفعل المعروف، فإنها كما تشمل الأب، كذلك تشمل الأم أيضا، مثل قوله تعالى:﴿**ولكلّ وجهة هو مولّيها فاستبقوا الخيرات**﴾[1]

وقوله:﴿**ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويسارعون في الخيرات**﴾[2]

وقوله:﴿**أولئك يسارعون في الخيرات وهم لها سابقون**﴾[3]، وقوله:﴿**إنهم كانوا يسارعون في الخيرات ويدعوننا رغباً ورهباً**﴾[4]، وقوله:﴿**وسارعوا إلى مغفرة من رّبكم وجّنة عرضها السماوات والأرض أُعدّت للمتقين**﴾[5]، وقوله:﴿**إن الله يأمر بالعدل والإحسان**﴾[6]

وقوله أيضا:﴿**وتعاونوا على البرّ والتقوى**﴾[7].

وعلى هذا المنوال، بعض الآيات الداعية إلى الإحسان مثل قوله تعالى:﴿**إن أحسنتم أحسنتم لأنفسكم**﴾[8]، وقوله:﴿**للذين أحسنوا في هذه الدنيا حسنة ولدار الآخرة خير**﴾[9].

1. سورة البقرة، الآية (148).
2. سورة آل عمران، الآية (114).
3. سورة المؤمنون، الآية (61).
4. سورة الأنبياء، الآية (90).
5. سورة آل عمران، الآية (133).
6. سورة النحل، الآية (90).
7. سورة المائدة، الآية (2).
8. سورة الإسراء، الآية (7).
9. سورة النحل، الآية (30).

وهناك روايات عدة تحث على فعل الخير والمعروف، مثل ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم:«**كل معروف صدقة**»، وما جاء عن الإمام الصادق: (أهل المعروف في الدنيا هم أهل المعروف في الآخرة، لأنهم في الآخرة ترجع لهم الحسنات، فيجودون بها على أهل المعاصي).

وهذه العمومات والمُطلقات تشمل الأم أيضا، فإن سلوك الأم الأمينة المدبرة الهادفة برعاية أولادها إلى القيام بما يقوم به جدّهم والد أبيهم من احتضانهم وحمايتهم وحفظهم، وحفظ أموالهم وأبدانهم وحقوقهم، فهذا السلوك منها مصداقٌ للبر والإحسان والمعروف.

الدليل الثاني:آيات مال اليتيم

تتعرض ثلاث آيات في القرآن الكريم لتولي أموال اليتامى، تتقارب منها في المضمون، ومن ميزات هاته الآيات الكريمات عموميتها وشمولها للأم وغيرها، وهي:

قوله تعالى:﴿**ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشدّه ، وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لا نكلف نفسا إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا ذلكم وصّاكم به لعلكم تذكرون**﴾[1].

وقوله:﴿**...ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم**﴾[2].

وقد جاء في الرواية أنه عندما نزلت الآية الأولى المذكورة أعلاه، قد أخرج للمُتَولّون لشؤون اليتامى من عندهم منهم من بيوتهم و جاؤوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليسألوه:ماذا يفعلون؟ عندها نزلت الآية على النبي تجيز – مع رعاية مصالح اليتامى– التصرف في أموالهم دون حرج.

الفرع الثاني:النصوص الفقهية والروايات الشريفة لإثبات ولاية الأم على أبنائها:

والروايات التي يمكن بحثها في دائرة هذا الموضوع تقع ضمن طوائف عدة:

الطائفة الأولى: نصوص جواز التصرف في أموال اليتامى

وهناك عدة روايات دالة هنا نشير فعلا إلى بعضها:

1. سورة الأنعام، الآية (152).

2. سورة البقرة، الآية (220).

الرواية الأولى: صحيحة علي بن رئاب قال: سألت أبا الحسن موسى عن رجل بيني وبينه قرابة، مات وترك أولاداً صغاراً، وترك مماليك له غلماناً وجواري، ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها لأم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ فقال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم، قلت:فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس يذلك إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا عما صنع القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم.

وليس المراد من الولي في هذه الرواية الأب والجّد، وإنما كل شخص يتولى ويرعى شؤونه فيحمل هذه المسؤولية على عاتقه، وحسب تعبير الرواية يكون مأجوراً، كما أن مورد الرواية لا يرتبط بوضع الميت وصياً على اليتيم، أو حالة نصب القاضي قيمة معينة، إذ لو كانت الحال كذلك لذكرت ذلك الرواية، إنما موردها حالة وفاة شخص ليس عنده من يتولى أمور أولاده من بعده، فكلمة "قيّم وولي" تشمل الأم أيضاً. [1]

وبعبارة أخرى، جواب الإمام يستنبط قاعدة عامة، والمعيار فيها هو"الولي الذي نظر لهم والقيّم بأمرهم".

الرواية الثانية: موثقة سماعة قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس.

أما كلمة رجل في هذا القول فتشبه سائر استعمالاتها في الروايات وفي المحاورات العرفية والقانونية، ليس فيها خصوصية، وعليه فالمعيار هو الشخص الموثوق بقدرته على التقسيم أما كون هذا المقسم رجلاً وإلا كان خلاف لشرع، فلا حديث عنه في الرواية، فلا فرق بين "رجل ثقة"و"امرأة ثقة"، ومن الواضح أن المناط هو الوثاقة، ولا ينبغي التشكيك في الظهور العرفي المذكور والقاضي بالتعميم والشمولية.

الرواية الثالثة: خبر إسماعيل بن سعد، قال:سألت عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراناً وغلماناً صغار، وترك أيضا جواري ومماليك، هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: نعم وعن الرجل يصحب الرجل في سفر فيحدث به حدث الموت، ولا يدرك الوصية كيف يصنع

1_ http://nosos.net/دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب-قيمومة الأم

بمتاعه وله أولاد صغار وكبار، أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه إلى ولده الأكبر أو إلى القاضي، وإن كان في بلدة ليس فيها قاضٍ كيف يصنع؟ وإن كان دفع المتاع إلى الأكابر ولم يعلم فذهب فلم يقدر على ردّه كيف يصنع؟ قال: إذا أدرك الصغار وطلبوا ولم بدلاً من إخراجه إلا أن يكون بأمر السلطان.

والشيء الذي نراه في هذه الرواية هو تجويزها بيع الجواري مع رعاية مصلحة الأولاد، كائنا من كان فاعل ذلك البيع، وفي المقطع الثاني من الرواية إنما كان استثناء تدخل الحكومة عبر الإمام هو أنه عندما تتدخل الحكومة، فإن الإمام لا يمكنه التصادم معها، تماماً كما عند يتبين الحكم الواقعي إلا أنه يذكر بأنه لا يمكن ردّ الحكم الصادر.

الرواية الرابعة: صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صيّر إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج، قال فذكرت ذلك لأبي جعفر وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا، ولا يوصي إلى أحد ويخلف جواري، فيقيم القاضي رجلا منا فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى في ذلك؟ قال: إذا كان القيّم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس.

وقد فهم بعضهم من جملة – إذا كان القيّم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس– أنها إجازة من الإمام وجعل للحاكمية والقوامة فيحتاج إلى قرينة. [1]

الطائفة الثانية : النصوص المفسرة لآية أموال اليتامى:

قال تعالى:﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيباً**﴾[2].

إن مفاد هذه الروايات أنه يمكن لمتولي أمور اليتامى أو الوصي عليهم أن يستفيد من أموالهم، ونذكر هذا فيما يلي:

1_ http://nosos.net/دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب–قيمومة الأم

2. سورة النساء، الآية (06).

1_صحيحة عبد الله بن سنان: عن أبي عبد الله في قول الله عزوجل:﴿..**فليأكل بالمعروف..**﴾[1]، قال: المعروف هو القوت وإنما عنى الوصي أو القيّم في أموالهم وما يصلحهم.

والوصي والقيم أو الولي في هذه الرواية يبين لنا المراد من الآية، ويشمل كل وصي وكل ولي الأم كانت أو غيرها في التولي على شؤون اليتامى وأحوالهم.

2_رواية أبي الصباح الكناني: عن أبي عبد الله في قول الله تعالى:﴿..**ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف..**﴾[2]، قال: ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً.

3_موثقة سماعة: عن أبي عبد الله في قوله تعالى:﴿..**ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف..**﴾[3] قال: ومن كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف، فإن كانت ضيعتهم لا تشغله عما يعالج بنفسه فلا يمسس من أموالهم شيئاً.

إن الاستفادة من أموال اليتامى وفقاً لما بينته لنا هذه الروايات، لا يختص بجماعة دون أخرى، بل هو لكل من له الولاية أو الوصاية أو أي سبب آخر يجعله متولياً شؤون الأولاد وأموالهم.

الطائفة الثالثة: نصوص الترخيص في الاقتراض من أموال اليتامى:

وهناك روايات عدة تدل على هذا الموضوع، ومنها قول محمد بن يعقوب، عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان بن يحي عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله، في رجل ولي مال يتيم أيستقرض منه؟ فقال: إن علي بن الحسين قد كان يستقرض من أموال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك.

وحاصل هذه الأدلة أن الأم لها ولاية على أولادها الصغار مثل الجدّ والد الأب، وسائر الأقارب أيضاً، وأن تصرفاتها في أموالهم وشؤونهم الحقوقية، وما شابه ذلك تقع نافذةً.

1. سورة النساء، الآية (06).
2. سورة النساء، الآية (06).
3. سورة النساء، الآية (06).

المطلب الثاني:تقدم ولاية الأم على ولاية الغير:

ما ثبت حتى الآن كان مبدأ ثبوت ولاية الأم بعد الرجوع إلى عمومات الأدلة، إلا أن هذه الأدلة إنما توفر مناخ ولاية الأم وتقتضي ذلك، لكن الكلام في تقدم هذه الولاية على ولاية الآخرين الثابتة لهم أيضاً، والمشهور تقدم ولاية الجد للأب على غيرها من الولايات، وقد استُند في ذلك إلى أدلة خاصة مقابل العامة، وهذا ما أثبت عندهم تقدم هذه الولاية على الآخرين.

ورغم أنه من الممكن أن تكون هناك مناقشات تطال الأدلة إلا أن المهم لديهم الاستناد إلى الأدلة الخاصة، وعليه بدّ لنا أولا من تحليل هذه الأدلة، ثم استعراض الشواهد والقرائن على اختصاص الولاية بالأم بعد تقدمها على أي ولاية أخرى بعد موت الأب، وبناءاً عليه، نشرع في هذا المطلب ونوضح الأدلة والشواهد على إثباتها، ونشرع أيضاً في نقد نظرية تقدم ولاية الجدّ لأب على ولاية الأم، في الفرعيين الآتي ذكرهما.

الفرع الأول : الأدلة والشواهد على إثباتها:

ما توصلنا إليه وأثبتناه حتى الآن في مسألة ولاية الأم بعد وفاة الأب هو أن مجمع الأدلة يعطي للأم ولايةً على صغارها، كما أن الأدلة الأخرى المقامة على اختصاص الولاية بالجدّ دون ولاية الأم قد بانت غير تامة، فقد واجهت بعض الإشكالات التي تسقطها عن صلاحية الاستناد إليها.

والآن إذا ذهب شخص إلى أن الولاية بعد موت الأب منحصرة بالأم ولا تصل إلى غيرها بمن في ذلك الجدّ، فلا بد له من دليل بقيمة أو قرينة وشاهد يذكره،وهذا هو محط حديثنا في هذه المرحلة من البحث، وهو أنه ما دامت ولاية الأم –ثبوتاً– قد منحت لها بالأدلة العامة المتقدمة، وفرضنا قدرتها على تحمل هذه المسؤولية، أي تحلّيها بالأمانة والتدبير.

وجاء في قوله تعالى:﴿..**وأُولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم**﴾[1]، سيكون حجةً ودليلاً محكماً ومتقناً على تقدم ولاية الأم على غيرها، حيث أن قرابتها ورحمتها وحنينها أقرب لأولادها من قرابة الجدّ أو غيره.

1. سورة الأنفال، الآية (75).

وما قيل من أن الآية الكريمة خاصة بمسألة الإرث – وسببه غلبة الاستناد إليها في بابه ليس بصحيح ولا بتام، ذلك أن متعلق الآية عام وغير مختص، وتخصيصه بالإرث خلاف الظاهر، بل هو نوع من التفسير بالرأي، كما أن الاعتبارات والمناسبات العقلانية والدينية تصلح شاهداً على هذا التقدم لصالح الأم لتوليها ولاية ورعاية أولادها.

وشرح هذين الشاهدين كما يلي:

1_المناسبات والاعتبارات:

لاشك في أن العقلاء والعرف الإنساني يرجحون الأم الأمينة المدبرة لمتابعة شؤون أولادها على غيرها،إن محبة الأم وإرادتها خيراً بأبنائها وقرابتها الشديدة من الأولاد من أي طبقة من طبقات الأقارب عدا الأب،فإذا مات أو غاب وضعنا الأم مع الجدّ لأب أو أي واحد من الأقارب في رتبة واحدة، فمن الطبيعي أن يرى العقل الجَمعي للبشر والثقافة الإنسانية الأم أليق بذلك و أجدر.

2_الاهتمام الديني بعواطف الأم وأحاسيسها:

تؤيد النصوص الدينية – الكتاب والسنة – وبأشكال مختلفة احترام عواطف الأم وأحاسيسها فيشرح القرآن الكريم معاناة الأمهات في فترات الحمل ووضع الجنين فيقول تعالى: ﴿**ووصينا الإنسان بوالديه حسناً حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً..**﴾ [1]

وفي العديد من الآيات يوصي الله تعالى بالآباء والأمهات، جاعل إياها عقب وصيته بعبادته قال الله عز وجل: ﴿**ووصينا الإنسان بوالديه حسناً**﴾[2]

وقوله تعالى: ﴿**ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن..**﴾ [3]

وقوله: ﴿**وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا..**﴾ [4]

وقوله: ﴿**واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً..**﴾ [5]

1. سورة الأحقاف، الآية (15).
2. سورة العنكبوت، الآية (8).
3. سورة لقمان، الآية (14).
4. سورة الإسراء، الآية (23).
5. سورة النساء، الآية (36).

وقوله: ﴿..**لا تعبدون إلا الله وبالوالدين إحساناً**..﴾ [1]

وفي الكثير من الروايات الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم والأئمة، يوصى الأولاد بالإحسان إلى أمّهم، مثل ما جاء في الكافي عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله قال: «**جاء رجلٌ إلى النبي فقال: يا رسول الله من أبرّ؟ قال:أمك، قال ثم من؟ قال:أمك، قال:ثم من؟ قال أمك/ قال:ثم من؟ قال: أباك**».

إن مثل هذه النماذج كثيرة جداً في النصوص الدينية وفي الفقه الإسلامي أيضاً، ويستفاد من مجموعها أن الشريعة الإسلامية أولت أهمية وعنايةً خاصة بعواطف الأم ومشاعرها، وهذا ما يتحقق في مسألتنا هنا عبر تقديم الأم واعتبارها أسبق من غيرها في ولايتها على أبنائها.

وأن العمومات والمُطلقات القرآنية والأحاديث النبوية والروايات الفقهية تثبت للأم ولايةً على أولادها، وما اشتهر من تخصيص هذه وتقييدها بخصوص الجدّ للأب تبين أنه ليس عليه دليل تام، ولا يمكن إعطاء رأي فقهي على أساسه، ووفقا لعدم تمامية أدلة التخصيص والتقييد، تصل النوبة إلى الشواهد والقرائن التي ترجّح ولاية الأم.

وعليه، فالإفتاء بولاية الأم وتقدمها علو ولاية غيرها الجدّ كان أو غيره، مطابق للقواعد والمناهج الفقهية والدينية.

الفرع الثاني : نقد نظرية تقدم ولاية الجد لأب على ولاية الأم:

وفي مقابل الأدلة والشواهد المتقدمة، استند مشهور الفقهاء لإثبات ولاية الجدّ ونفي ولاية الأم، إلى دليلين (الروايات والإجماع)، وسنحاول هنا درس هذين الدليلين وفحصهما ونقدهما.

الدليل الأول: الروايـات

والروايات التي اعتمد عليها المشهور، ترتبط منها بالنكاح، فيما ترتبط الأخرى بمسائل الوصية.

1. نصوص النكاح:

والمراد هنا دلّ على ولاية الأب والجد في زواج البنت الباكرة الرشيدة، أي لزوم أخذ إجازة الأب والجد في تزويج البنت البالغة الرشيدة.

1. سورة البقرة، الآية (83).

فقد روي عن محمد بن مسلم عن أحدهما قال: (إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولإبنه أيضا أن يزوجها، فقيل: فإن هوى أبوها رجُلاً وجدّها رجُلاً؟ فقال: الجدّ أولى بنكاحها).

إلا أن في قضية نكاح البنت البالغة لا علاقة لها بمسألتنا هنا، والحديث هنا عن زواج البنت الرشيدة وعلى فرض ثبوت مفادها، فهي دالة على نحو ولاية خاصة تعبدية منحصرة في موردها، هذا فضلا عن أن هذه المسألة قد وقعت محلاً للخلاف والاختلاف، سواء على صعيد الروايات أو على صعيد الفتاوى والآراء الفقهية، ولهذا نرى أن هذه المسألة من المسائل المشكلة، والخروج منها عمل صعب وعسير.

وقد أعطيت في هذه الروايات الرخصة للأب والجدّ في تزويج البنت غير البالغة أي القاصرة مثل عن عبد الله بن الصلت قال: (سُئِل عن جارية صغيرة يزوجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أبيها أمر).

والاستدلال بهذه الروايات مخدوش أيضاً، وذلك:

إن الروايات المذكورة قاصرة عن الشمول لمثل الأم، إلا أنه لا دلالة لها على خلاف ذلك فيها، أي على نفي ولاية الأم هنا، ولا يمكن أن يكون ذلك دليلا على عدم وجود مثل هذا الحق للأم في مسألة تزويج الأولاد القصر، وإنما انبثقت من العرف والثقافة اللتين كانتا رائجتين في ذلك الزمان، حيث لم يكن متعارفاً تزويج الأمهات لبناتهنّ، وبعبارة أخرى: إن سلطة الرجل آنذاك لم تكن لتسمح بتدخل الأمهات في هذا الموضوع، بحيث لم يكن للنساء من دور في هذا المضمار، ولم يكن الحال كعصرنا الحاضر تبدي المرأة رأيها فيه.

وإنّ هذه الروايات نفسها ليست ذات لون واحد بل لها معارض، ومفاد الروايات المعارضة أن عقد الولي نافذ على نحو الجواز على الصغيرة بعد البلوغ، بحيث إنّ للبنت بعد البلوغ حق الفسخ، وهذا ما ينافي مدلول الرواية السابقة. [1]

في واحدة من هذه الروايات أضيف على الأب تعبير "الولي"، وهو ما لا اختصاص له بالأب، فإذا ما كانت الأم متولّيةً شؤون الأبناء فستكون مشمولة لإطلاق هذه الرواية.

1_http://nosos.net/دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب–قيمومة الأم

وأيضاً إنّ مفاد إثبات حق الوالد في تزويج القاصر، ولا يشمل حقوقاً أخرى كحق الطلاق مثلاً.

الذي يبدو لنا أن القول بالولاية المطلقة للأب والجدّ في زواج القاصر قول مخدوش، نعم ولايتهما ثابتة في الجملة، لكن ذلك ليس على نحو الحق الكلي.

2 . نصوص الوصية:

روي عن أبي عبد الله قال: (في رجل مات وأوصى إلى رجل وله ابن صغير، فأدرك الغلام وذهب إلى الوصي، وقال له: ردّ عليّ مالي لأتزوّج، فأبى عليه، فذهب حتى زنى، فقال: يلزم ثلثي إثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي منعه المال ولم يعطه فكان يتزوج).

تحدثنا هذه الرواية عن شخص أوصى بأمواله لصغاره، ووضع عليهم وصياً، ولم يرد في أي من الأسئلة أن المرأة قد أوصت مثل ذلك، مما يدلّ على أنه لو أوصت المرأة في أمور أولادها الصغار وجعلت عليهم وصياً لن يكون لوصيتها أثر، وليس لها مثل هذه الولاية.

الدليل الثاني: الإجماع

المستند الثاني للمشهور هو الإجماع، كما يدعي العلامة الحلي في كتاب "تذكرة الفقهاء" الإجماعَ، فيقول: (الولاية في مال المجنون والطفل للأب والجدّ له وإن علا، ولا ولاية للأم إجماعاً، إلا من بعض الشافعية، بل إذا فقد الأب والجدّ وإن علا، كانت الولاية لوصيّ أحدهما إن وجد، فإن لم يوجد كانت الولاية للحاكم يتولاها بنفسه أو يوليها أمينه). [1]

إلا أن هذا الإجماع يواجه جملة من الملاحظات الجادّة:

لا نلاحظ وجود هذا الإجماع في مصادر القدماء ومصنفاتهم، ومن الواضح أنه لا يمكن الاعتماد على مثل هذا الإجماع المنقول، بل إنه لا يفيد الظن . ولو النوعي . بوجود هذه الفتاوى بين الأصحاب جميعهم، وادعاء حصول الظنّ النوعي هنا وهو . مناط حجية خبر الثقة في غاية الصعوبة. [2]

ومعنى الولي هنا لم يحصر بالأب أو الجدّ له، ومعنى ذلك أن إطلاقه يشمل كل ولي تثبت ولايته، وقد سابقاً أن المرأة (الأم) لها ولاية.

1_ 2_ http://nosos.net/ دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب–قيمومة الأم–

لو سلّمنا وجود الإجماع المنقول هنا، ورأينا نقله دليلاً على اتفاق آراء الفقهاء، لا يكون حجة أيضاً، وذلك أنه مع وجود الروايات المذكورة سابقاً نحتمل جداً أن مستند المجمعين كان الإجماع مدركياً لا دليلاً مستقلاً.

المبحث الثاني : ولاية الأم على أولادها القصر في القانون :

تنص المادة 87 قانون الأسرة الجزائري على: " يكون الأب وليا على أولاده القصّر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً ، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة." [1]

فحسب هذه المادة تثبت الولاية على النفس للأب في المقام الأول ، ثم تحل الأم محله قانوناً بعد وفاته ، فلا حاجة إلى قرار من المحكمة لتعيين الأب أو الأم ولياً ، ذلك أن ولايتهما طبيعية تقوم على صلة الدمّ ، كما يمكن أن تتولى الأم ولاية الأولاد رغم عدم وفاة الأب وذلك في حالة غياب الأب أو حصول مانع له ، فتتولى الأم هنا القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأبناء ، كتمثيل القاصر أمام القضاء.

المطلب الأول : زوال ولاية الأب وحكم تصرفات الولي الشرعي:

نذكر في هذا المطلب كيفية فقدان الأب ولايته على أولاده ، وانتقالها إلى من يُخول لهم القانون تولي الولاية على القصر للقيام برعايتهم والتصرف في أموالهم.

وهنا اعتبر المشرع الجزائري الأم هي من تحل محله قانوناً لأنها الأقرب إلى أبنائها.

أي سنذكر الحالات التي يفقد الأب ولايته على أولاده ، وانتقالها للأم كَولِياً شرعياً ، ونذكر أيضاً حكم تصرفات من يتولى رعاية الأولاد القصر في حالات يكون الأب غائباً فيها أو حصول مانع له يفقده ولايته.

1. المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الأول : حالات فقدان ولاية الأب وانتقالها للأم :

يُستثنى من الترتيب (الأب–الأم) حالتين يكون فيها الحكم بشأن الولاية على النفس للقاضي :

الحالة الأولى: حالة الطلاق إذ يمنح فيها القاضي الولاية لمن أسندت إليه الحضانة حسب الفقرة 3 من المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

الحالة الثانية: هي حالة تزويج القاصرة التي يكون فيها وليها هو أبوها فأحد الأقارب الأولين وللقاضي ولي من لا ولي له حسب نص المادتين 07 و 11 من قانون الأسرة الجزائري. [1]

أما فيما يخص الولاية على المال، فبالرجوع إلى المادة 87 من ق.أ.ج المذكورة أعلاه، فنجد أن المشرع الجزائري جعل الولاية على مال القاصر للأب ثم الأم، فلا ولاية للجد حسب المادة، وبهذا فقد خالف المشرع الجزائري جميع المذاهب الإسلامية، وما يؤكد ذلك أيضا قرار المحكمة العليا رقم 187692 الصادر بتاريخ 1997/12/23. [2]

تكون ولاية الأم على المال ولاية تامة كاملة، تشمل كل أموال القاصر وذلك بعد وفاة الأب أو بعد إسناد الحضانة إليها في حالة الطلاق، أو قد تكون بصفة مؤقتة إذا غاب الأب أو حصل له مانع من الموانع، وذلك في الأمور المستعجلة الخاصة بالأولاد التي لا يمكن تأجيلها.

لكن رجع المشرع الجزائري بعد ذلك وجعل الولاية للأب ثم للجد ، فوصى كل منهما بعد وفاته ، بشرط عدم وجود أم القاصر تتولى أموره ، أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ، وهذا حسب نص المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه :

"يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية."

الملاحظ من المادتين السابقتين أن المشرع الجزائري قد وقع في خلط بين الأحكام بجعله الولاية للأب ثم للأم في المادة 87 من ق.أ.ج ، ثم قّدم الجد على الأم في المادة 92 من نفس القانون.

1. بلقاسم شتوان،النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية،ط1،قسنطينة،الجزائر،2011،ص ص 284–286.

2. قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،المجلة القضائية الجزائرية،العدد الأول،سنة 1997،ص 53.

ولا يوجد أي تفسير للخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري سوى أن عمله في تنظيم أحكام الولاية كان عشوائياً، عوض كونه محكماً، وهذا بسبب اعتماده على بعض أحكام الشريعة الإسلامية والبعض الآخر من القانون المدني الفرنسي، دون تدارك الهوة والتناقض الموجودين بينهما. [1]

فيكون ترتيب الأولياء على المال حسب المادتين 87 و 92 من قانون الأسرة الجزائري كالآتي : الأب، الأم، وصي الأب، الجد ثم وصي الجدّ. [2]

بالرجوع إلى نص المادة 92 ق.أ.ج التي تنص على أنه في حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر، يتوجب على القاضي تعيين متصرف خاص يتولى القيام بالتصرفات القانونية لصالح القاصر، ويقوم بهذا التعيين من تلقاء نفسه أو بناءاً على طلب من له مصلحة في ذلك، ويقوم القاضي بذلك من خلال جمع المعلومات الضرورية حول القاصر ب : سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه، سماع القاصر ما لم يكن سنّه أو حالته لا تسمح بذلك الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي حسب ما جاء به القانون.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط التي يجب توفرها في شخص هذا المتصرف، ولكن لأن هذا المتصرف يقوم مقام النائب الشرعي (الولي) في إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بالقاصر، فإنه وبالقياس معه يجب توافر جميع الشروط الواجب توافرها في هذا النائب الشرعي، ومع ذلك فأمام عدم وجود نص صريح ينظم هذه المسألة، فإنها تعود للقاضي سلطة اختيار هذا المتصرف الذي يراه أهلا للقيام بهذه المهمة.

الفرع الثاني : حدود تصرفات الولي الشرعي:

يتوجب على الولي أن يباشر ولايته في الحدود التي رسمها له المشرع بنصوص قانونية، وقد منع عليه هذا الأخير مباشرة تصرفات معينة دون الحصول على إذن مسبق من القضاء من بينها التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو إلغائه، وكذلك جميع التصرفات التي قد تنشئ أحد هذه الحقوق ، فإذا أتى

1_art 1384/4 ,code civil français,«Le pére et la mére.en tout qu'ils exercent l'autorité parental,sont solidairement du dommage causé par leurs enfants mineurs habitants avec eux».

2. قوادري وسام،حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة،مذكرة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة البويرة،الجزائر ،2013،ص ص58-59.

أحد هذه التصرفات دون إذن من المحكمة يكون قد تجاوز حدود سلطته، ويفقد من جرّاء ذلك صفة النيابة، ولا تنصرف آثاره إلى القاصر.

وفي هذا الصدد نصّت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري "على أن يتصرّف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- بيع العقار وقسمته ، ورهنه ، وإجراء المصالحة،
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد." [1]

وكخلاصة لهذا القول هي أن جزاء مخالفة الولي لهذه المادة، أي في حالة تصرفه دون الحصول على إذن من القضاء، يكون تصرفه غير نافذ في حق القاصر، حسب ما قضت به المحكمة العليا.

المطلب الثاني : انتهاء الولايـــة :

بناءاً على ما سبق الحديث عنه فيما يتعلق بالولاية وشروطها وشروط القاصر، أي أن منها ما يتعلق بالقاصر، ومنها ما يتعلق بالولي، فإن زوال الولاية مرتبط بأي تغيير يطرأ على الولي، أو على القاصر.

فكما وضع المشرع الجزائري شروطاً لقيام نظام الولاية، وإن لم ينص عليها صراحة، فإنه قد وضع أسباباً لانقضاء هذا النظام، ونص عليها في المادة 91 قانون الأسرة الجزائري بصريح العبارة، بالإضافة إلى أسباب أخرى نص عليها لنهاية الوصاية، وذلك في المادة 96 من نفس القانون، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب، وفي الفرع الثاني الإجراءات القانونية التي يجب إتباعها لإنهاء الولاية.

1. أنظر المادة 88، قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق.

الفرع الأول : أسباب نهاية الولاية :

بالرجوع لنص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه "تنتهي وظيفة الولي: 1بعجزه، 2بموته، 3بالحجر عليه، 4بإسقاط الولاية عنه." [1] ،والمادة 96 من نفس القانون التي تنص على أنه "تنتهي مهمة الوصي: 1بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته، 2ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، 3بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، 4بقبول عذره في التخلي عن مهمته، 5بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر." [2]

نستنتج أن أسباب نهاية الولاية نوعان :

أسباب متعلقة بالولي ، وأخرى متعلقة بالقاصر.

أولاً: نهاية الولاية للأسباب المتعلقة بالولي:

بالرجوع لنص المادة 91 ق.أ.ج نجد أن أسباب نهاية الولاية المتعلقة بالولي أربعة هي:

العجز، الموت، الحجر وإسقاط الولاية، وفي ما يلي شرح لكل سبب.

1. نهاية الولاية لعجز الولي

لم يحدد المشرع الجزائري ما المقصود بالعجز ،ماديا كان هذا العجز أو جسماني، الذي يمنع الولي من إدارة شؤون القاصر،أم هو العجز المعنوي كنقص القدرات الفكرية، ومع هذا الغموض للنص القانوني فإن المشرع يكون قصد جميع أنواع العجز.

فلو صارت حالة الولي لا تسمح له بممارسة مهامه التي أقيم من أجلها، فرغم أن الولاية إلزامية إلا أن القانون أجاز له طلب إعفائه منها، ويكون للمحكمة سلطة قبول أو رفض بعد التحقق من أسبابه ودوافعه، كما يمكن لكل من له مصلحة طلب تنحية الولي لعجزه، بعد قبول المحكمة لهذا الطلب، تؤول الولاية للولي الذي يلي الولي العاجز في المرتبة، فإن لم يوجد عينت المحكمة وصياً للقاصر.

1. أنظر المادة 91، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق

2. أنظر المادة 96، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

2. نهاية الولاية لموت الولي

إذا كان الموت طبيعي يؤدي حتما إلى نهاية الولاية.

يستفاد من عبارة "...أو حصول مانع له..." الواردة في نص المادة 87 من ق.أ.ج، تفيد حلول الأم محل الأب في الأمور المستعجلة الخاصة بالأولاد، أي وقف ولاية الأب على أولاده القصر إلى غاية زوال سبب الوقف، هذا إذا لم يصدر الحكم بموته، فإذا صدر الحكم بموته فتطبق المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري. [1]

3. نهاية الولاية بالحجر على الولي

إذا اعترض أهلية الولي عارض من عوارض الأهلية، كالجنون والعته والسفه، فيصبح غير قادر على إدارة أمواله وجميع شؤونه الخاصة، فأولى أن لا يستطيع القيام بأموال وشؤون القاصر الموضوع تحت ولايته.

لكن ما نلاحظ من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أغفل النص على نوع آخر من الحجر، ألا وهو الحجر القانوني والذي يقع على الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية والذي يمنع طبقا لقانون العقوبات الجزائري يمنعه من التصرف في أمواله طيلة فترة العقوبة.

هذا بالرغم أن النص الفرنسي لنفس المادة (91 ق.أ.ج) ينص صراحة على الحجر القانوني.

سواء تعلق الأمر بالحجر القضائي أو بالحجر القانوني، فإن الولاية تنتقل مباشرة إلى الأم في الأمور المستعجلة الخاصة بالأولاد طبقا لنص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر.

4. نهاية الولاية بإسقاطها عن الولي

إن المشرع لم يوضح المقصود بالإسقاط، فهل ذلك الذي يتم بناءا على طلب من له مصلحة في ذلك، عند ثبوت سوء تصرف الولي أو تقصيره في إدارة أموال القاصر إلى حد يعرض مصالح هذا الأخير للخطر، أم هو الإسقاط المنصوص عليه في المادة 4/19 من قانون العقوبات الجزائري كتدبير من تدابير الأمن الشخصية، الذي وضحته المادة 24 من نفس القانون.ما يمكن قوله أن الإسقاط المنصوص عليه في المادة 91 ق.أ.ج يتم إما بحكم

1. بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مرجع سابق ص 301.

جزائي، وإما بحكم مدني يصدر عن القاضي بناءا على طلب من له مصلحة في ذلك، أو طلب النيابة العامة.

وما يلاحظ أن المشرع أغفل أيضاً النص على تخلف شرط من شروط الولي لإسقاط الولاية عنه.

ثانيا:نهاية الولاية للأسباب المتعلقة بالقاصر:

بالرجوع لنص المادة 96 قانون الأسرة الجزائري المذكورة سابقاً، استخلصنا مجموعة من أسباب نهاية الولاية، والمتمثلة في بلوغ القاصر لسن الرشد أو ترشيد القاصر، موت القاصر.

1. نهاية الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد

إذا اكتملت أهلية المولى عليه، لم بعد هناك ما يوجب قيام نظام الولاية على القاصر وماله إذا لا ولاية على راشد، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿**فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾[1]

يتفق أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية، أن الولاية على القاصر تنتهي تلقائياً ببلوغ القاصر لسن الرشد عاقلاً، دون الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية.

بالرجوع إلى أحكام التشريع الجزائري، نجد أن المشرع تطرق إلى هذا الموضوع من خلال المادة 40 قانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "كل من بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية." ،في حين أن المشرع الجزائري لم يذكر هذا السبب في المادة 91 ق.أ.ج التي تبين أسباب نهاية وظيفة الولي الشرعي. [2]

وإنما تطرق إليه في المادة 2/96 ق.أ.ج الخاصة بنهاية مهمة الوصي.

فبلوغ القاصر لسن الرشد المقدرة بـ19 سنة تنتهي الغاية المرجوة من نظام الولاية في توفير الحماية لشخص ومال القاصر، لكون هذا الأخير أصبح يتمتع بالأهلية اللازمة لمباشرة كل التصرفات القانونية المتعلقة به.

1. سورة النساء، الآية (06).

2. أنظر المادة 40، قانون المدني الجزائري.

2. نهاية الولاية بترشيد القاصر

إذا كان القاصر ذكراً أو أنثى ممنوعاً من التصرف في نفسه كتزويج نفسه، أو في ماله كبيع عقاراته، إلى غاية بلوغه لسن الرشد المقدرة بـ19 سنة كاملة دون الحجر عليه، إلا أنه يمكن أن يرشد قبل ذلك ليمارس بعض أو كل التصرفات الممنوعة عليه قبل ذلك.

إن الترشيد هو إعطاء الإذن للقاصر بالتصرف في أمواله أو جزء منها، إذا بلغ سنا معينة ويكون تصرفه صحيحا ومرتبا لكافة آثاره القانونية. [1]

ويقابل الترشيد في الشريعة الإسلامية أحكام الإذن للصبي بممارسة التجارة، الذي اختلف الفقهاء في جوازه.

فقال الشافعية بعدم جوازه، لقوله تعالى: ﴿ **ولا تأتوا السفهاء أموالكم**﴾ [2]، وذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه استنادا لقوله تعالى: ﴿**وابتلوا اليتامى...**﴾ [3]

أما في ما يخص موقف المشرع الجزائري بخصوص موضوع الترشيد، فنجد أنه نص في المادة 07 ق.أ.ج على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...، كما نص في المادة 05 قانون التجاري الجزائري على أنه "لا يجوز للقاصر المرشّد، ذكرا أو أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي عن أعماله التجارية" [4]

ونص في المادة 84 ق.أ.ج على أنه " للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".[5]

باستقراء النصوص القانونية السالفة الذكر نستنتج أن المشرع الجزائري اعترف بنظام الترشيد وعمل به واعتبره كسبب لانقضاء الولاية.

---

1. موسوس جميلة،الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي،رسالة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم التجارية،جامعة أمحمد بوقرة،بومرداس،الجزائر،2006،ص 74.

2. سورة النساء، الآية (05).

3. سورة النساء، الآية (06).

4. أنظر المادة 05، قانون التجاري الجزائري.

5. قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق.

3. نهاية الولاية بموت القاصر

إذا مات القاصر، زال سبب وجود الولاية باعتبار أن محل الولاية هو القاصر نفسه، كما تزول الولاية على مال القاصر المتوفى لكون هذه الأموال أصبحت عبارة عن تركة. [1]

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 1/96 قانون الأسرة الجزائري، الخاصة بنهاية مهمة الوصي، لكن هذه الفقرة يمكن تطبيقها على الولاية، حسب رأينا، لكون الولاية والوصاية تقعان على القاصر.

الفرع الثاني : إجراءات نهاية الولاية:

بنهاية الولاية للولي الشرعي على القصر، لأحد الأسباب المذكورة سابقا يتعين على طالب إنهاء الولاية والولي المنتهية ولايته القيام بإجراءات قانونية منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

سنقوم في هذا الفرع بذكر هذه الإجراءات وتبيينها لإنهاء الولاية، ثم نبين الإجراءات التي يجب أن يقوم بها الولي الذي انتهت ولايته.

أولاً:الإجراءات القانونية العامة لانتهاء الولاية:

تنتهي الولاية على القاصر وفق إجراءات قانونية، ويكون ذلك من قبل أحد الوالدين (الأب أو الأم) أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من له مصلحة في ذلك، ويكون عن طريق دعوى إستعجالية من خلال تقديم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر، حيث نصت المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يقدّم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر بدعوى إستعجالية." [2]

الملاحظ أن هذا النص يتحدث عن إجراءات الولاية على القاصر، فقرر أن المعني بتقديم طلب إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت هو: أحد الوالدين، أو ممثل النيابة العامة، أو أي شخص يهمه الأمر، وذلك بموجب دعوى إستعجالية.

1. موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق،ص 78.
2. أنظر المادة 453، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية.

وهنا على القاضي أن يراعي مصلحة القاصر من خلال قيامه بالتحقيقات اللازمة في هذا الصدد، حيث نصت المادة 454 من ق.إ.م.إ.ج على "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1. سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.
2. سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.
3. الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي." [1]

يتم التبليغ الرسمي من طرف الخصم الذي يهمه التعديل في الولاية إلى الخصوم خلال ثلاثين(30) يوم من تاريخ النطق بأمر إنهاء الولاية حسب نص المادة 455 ق.إ.م.إ.ج التي تنص على أنه "يتم التبليغ الرسمي للأمر الإستعجالي الصادر وفقا للمادة 453 أعلاه، من طرف الخصم الذي يهمه التعجيل إلى باقي الخصوم خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ النطق به، تحت طائلة سقوط الأمر".[2]

ما يعاب على هذا النص أنه لم يأتي في مكانه، ذلك أنه جاء بعد نص آخر لا علاقة له به أصلا، على المشرع ترتيبه مباشرة بعد نص المادة (453 ق.إ.م.إ.ج) التي تتحدث عن الأمر الإستعجالي المهدد بالبطلان، حالة عدم تبليغه في الأجل القانوني.

ثانياً:الإجراءات التي يجب أن يقوم بها متولي الولاية:

بعد سقوط الولاية أو نهايتها، وصدور حكم نهائي يثبت نهايتها، يتوجب على الولي المنتهية ولايته على القصر أن يقوم بمجموعة من الإجراءات التي استخلصناها من المادة 97 ق.أ.ج المتعلقة بآثار انتهاء الوصاية، التي تعتبر بمثابة احتياطات وضعها المشرع، لضمان سرعة تصفية العلاقة بين القاصر والوصي، حيث تنص هذه المادة على أنه:

"على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلّم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حساباً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشّد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته.

وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

1. المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإجراءات المدنية الجزائرية.
2. أنظر المادة 455، قانون الإجراءات المدنية والإجراءات المدنية الجزائرية،مرجع سابق.

وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر".[1]

باستقراء نص المادة المذكورة أعلاه، فعلى الولي المنتهية ولايته أن يقوم بالإجراءات التالية:

– تسليم حساب عن أموال القاصر إلى الجهة المعنية، وفي حالة وفاته فيقع ذلك على ورثته.

– تقديم كافة المستندات والوثائق المتعلقة بأموال القاصر إلى القاضي أو الولي الجديد أو القاصر نفسه إذا بلغ سن الرشد، وذلك في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء مهمته.

– تقديم صورة بالحسابات المذكورة في المقام الأول خلال شهرين من نهاية مهمته.

ما يمكن أن نقوله كخلاصة لهذا المطلب هو أن المشرع الجزائري لم يوفق في وضع نظام قانوني متكامل للولاية على القاصر، فترك عدة فراغات كعدم النص على شروط الولاية وجميع أسباب نهايتها، كما خالف أحكام الشريعة الإسلامية في ترتيب الأولياء، ومنح الولاية للأم على أبنائها.

أما الجانب الإجرائي للولاية المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فوجدنا أنه محكم، أي تناول كل جزئيات الولاية على القصر.

المطلب الثالث : دور القاضي في حماية أموال القاصر:

إن القاضي باعتباره حامي الحقوق، ينبغي أن يخوله القانون صلاحيات تمكنه من تفعيل هذه الحماية لأموال القاصر، بالنظر إلى حكم تصرفاته القانونية التي يباشرها على اختلاف أنماطها التي وضعها المشرع للقاضي، و التي يبدو لنا من خلالها أنها تعتبر من أهم مظاهر الحماية القانونية لهذه الأموال.

و قد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتعرض في الفرع الأول إلى دور القاضي من خلال أحكام النيابة الشرعية المفروضة قانونا ، ثم في الفرع الثاني نتطرق إلى دوره من خلال الالتزامات المالية للأصول اتجاه الفروع القصر.

1. أنظر المادة 97، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الفرع الأول: دور القاضي من خلال أحكام النيابة الشرعية المفروضة على القاصر:

تناول المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري، فعديمو الأهلية وناقصوها ومنهم القصر طبعا يقرر لهم القانون أشخاصاً يعينون لرعاية مصالحهم والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها تلك المصالح، وهؤلاء هم النواب القانونيين من أولياء و أوصياء وقوام، وهم بطبيعة الحال دائماً كاملو الأهلية، إذ لا يتصور أن يعهد القانون برعاية مصالح ناقصي الأهلية إلى من هو ناقص الأهلية، و إلاّ انتفت الحكمة من إقامة النواب القانونيين. [1]

1. أنواع أحكام النيابة الشرعية المفروضة على القاصر:

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

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

أولا:الولاية على أموال القاصر:

الولاية هي تدبير الكبير الراشد لشؤون القاصر الشخصية و المالية، وهي أيضاً الولاية على مال الصغير فهي نظام قانوني يهدف إلى حماية أمواله، و ذلك بتكليف شخص معين بأن ينوب عن هذا الصغير في مباشرة التصرفات القانونية التي حرم عليه أن ينفرد بمباشرتها لذلك نجد أن الصبي غير المميز في حاجة كاملة إلى من ينوب عنه، ذلك أنه ممنوع من إجراء التصرفات القانونية أيا ما كان نوعها، فتعتبر الولاية على القاصر هي ولاية إجبارية كولاية الأب أو الجدّ أو الوصي على الصغير.

و تثبت هذه الولاية في المذهبين المالكي والحنبلي للأب ثم لوصيه ثم للقاضي، ثم لمن يقيمه أميناً عنه، ولا ولاية للجدّ وغيره من القرابة.

وعلى غرار نص المادة 87 من قانون الأسرة سالفة الذكر، فإن الولاية على القاصر ثابتة قانوناً للأب في المرتبة الأولى باعتباره رب الأسرة والأقدر على رعاية شؤونهم، وفي حالة

1. جمال مرسي بدر،النيابة في التصرفات القانونية (طبيعتها-أحكامها-وتنازع القوانين فيها) ،مصر،دار الفكر العربي،1980،ص40.

وفاته تؤول هذه الولاية بقوة القانون دون حاجة لتدخل القاضي إلى الأم باعتبارها الشخص الأحرص على مصالح أولادها، أي سواء من كان الأب أو الأم ولياً على القصر يعتبرا نائباً قانونياً على القاصر، في عدم تجاوز سلطاته المحدودة.

وعليه لا يجوز إذن منح الولاية لشخص آخر مع أن الأم موجودة إلاّ إذا ثبت هناك وجود تعارض بين مصلحة القاصر ومصلحتها.

ثانيا:الوصايــة:

نص المشرع الجزائري على أحكام الوصاية في المواد من 92 إلى 98 من قانون الأسرة والوصي هو شخص مختار يتولى رعاية أموال الصغير بإدارتها والتصرف فيها، في الحدود التي رسمها له القانون، وهذا الاختيار قد يأتي من جانب الأب، فيحتل وصيه المرتبة الثانية من بعده، وإما أن يكون من جانب المحكمة، وهي لا تختار إلا إذا لم يكن هناك ولي ولا وصي للأب وهو ما يسمى في قانون الأسرة بالمقدم.

أمّا قانون الأسرة الجزائري فنص على أنه "يجوز للأب أو الجدّ تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".[1]

ويشترط في الوصي كما نصت المادة 93 من ق.أ.ج " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".[2]

كما نصت المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري على سلطة الوصي على أنه: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون".[3]

والمادة 96 من ق.أ.ج تكلمت على انتهاء مهمة هذا الوصي نصت على أنه: "تنتهي مهمة الوصي:

1. بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته.
2. ببلوغ القاصر سنّ الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.

---

1. أنظر المادة 88، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.
2. أنظر المادة 93، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.
3. أنظر المادة 95، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

3. بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.

4. بقبول عذره في التخلي عن مهمته.

5. بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

إن المشرع الجزائري، حتى وإن وضع هذه القواعد التي تعد مظهراُ من مظاهر الحماية القانونية لأموال القاصر الموضوع تحت نظام الوصاية، فإن هذه الحماية لا تتدعم إلا بخضوع الوصاية لرقابة قضائية مستمرة، ولا تكون هذه الأخيرة ناجعة و منتجة لآثارها إلا إذا أحيطت المحكمة علماً بما يقوم به الوصي من أعمال وما يتلقاه من أموال، كاشتراط تقديم هذا الوصي حساباً مدعماً بالمستندات خلال مدة الوصاية، وهو مالم يفعله المشرع، بل اكتفى فقط بتقديم هذا الحساب عند انتهاء مهمة الوصي، وبالتالي تعد رقابة لعدية فقط.

ثالثا :التقديم:

وهو يعتبر نوع ثالث من أنواع النيابة الشرعية على القصر التي نص عليها المشرع في المادتين 99 و 100 من قانون الأسرة الجزائري. [1]

نصت المادة 99 من ق.أ.ج على أنه: " المقدم 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".[2]

والمادة 100 من نفس القانون على أنه: " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".[3]

وعليه، إذا لم يكن للقاصر ولياً أو وصياً، يتدخل القاضي بتعيين شخص يقوم بتدبير أموره وتسيير أمواله ورعايتها، ويسمى المقدم أو القيم، وهو ما يعبر عليه الفقهاء بوصي القاضي أو الوصي المعيّن.

1. شمس الدين الوكيل،نظرية الحق في القانون المدني،مكتبة سيّد عبد الله وهبي،الجزائر ،د ت،ص ص 76-77.

2. أنظر المادة 99، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

3. أنظر المادة 100، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

ويتصرف المقدم كما يتصرف الولي في كل ما يكون نافعاً للقاصر، ويعمل على تنمية ماله وحفظه، وهو يخضع بدوره إلى إشراف المحكمة على النحو الذي سلف ذكره في حديثنا عن الوصاية.

رابعا:حالة القاصر المكفول:

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في الباب المتعلق بالنيابة الشرعية على الكفالة وما يليها في المادة 116 وما يليها، وما يهمنا في هذا الجانب هي مسألة الولاية على مال القاصر المكفول المكتسب من الإرث.

كما يمكن حسب هذا الرأي والذي نشاطره بدورنا تعيين مشرف يقوم بمراقبة الكفيل في إدارة أموال القاصر المكفول، يكون له حق الاطلاع على تسيير و إدارة الأموال وكافة المستندات المتعلقة بذلك، ويكون له إلى جانب ذلك حق إخطار المحكمة إن اقتضت الضرورة لذلك.

2. دور القاضي في رقابة النائب الشرعي:

رأينا في ما سبق أن القاصر وحمايته وحماية أمواله، فإن المشرع قد أخضعه لأحكام النيابة الشرعية، وكل ذلك يعتبر من تدابير الحماية القانونية له، إلا أنه وأكثر من ذلك، فإن تصرفات الولي على القاصر ليست تصرفات مطلقة وحسب، بل هي مقيدة بما فيه مصلحة المولى عليه، فإنه لا يملك التصرفات الضارة ضرراً محضاً، ويمتلك التصرفات النافعة نفعاً محضاً، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بشرط أن لا يكون فيها ضرر، فإن كان فيها ضرر صارت باطلة.

أولا:التصرفات التي تستوجب الإذن من القاضي:

ينبغي على النائب الشرعي للقاصر أن يباشر نيابته في الحدود التي رسمها له القانون، وقد حظر هذا الأخير عليه مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة، من بينها جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية، أو نقله، أو تغييره أو زواله، وكذلك جميع التصرفات المقررة له لحق من هذه الحقوق، فإذا قام بمباشرة تصرف من هذه التصرفات دون إذن من المحكمة يكون متجاوزاً حدود نيابته، ويفقد بالتالي في إبرامه لهذه التصرفات صفة النيابة، فلا تنصرف آثارها إلى القاصر. [1]

1. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية،مصر،القاهرة الحديثة للطباعة،1992،ص 154.

وقد نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1. بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
2. بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
3. استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.
4. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد. [1]

ثانيا:جزاء تجاوز الولي حدود سلطته:

إذا اشتهر عنه سوء التدبير والإهمال الجسيم في رعاية أموال القاصر المشمول بولايته، كأن يتصرف في الأموال المنقولة بغبن فاحش أو يهمل في إدارة الأموال، كان للمحكمة أن تسلب ولايته أو تقرر الحد منها، لأن الولاية منوطة بمصلحة القاصر.

فالمحكمة من حقها ومن سلطتها أن تراقب تصرفات الولي في مال القاصر المشمول بولايته ومدى ما يبذله من رعاية في إدارتها، ولها أن تقرر ما إذا كان بقاؤها الولاية في يد الولي يشكل خطرا على مصالح القاصر.

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

الفرع الثاني:دور القاضي من خلال الالتزامات المالية للقصر:

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى جانب آخر من المجالات التي يتدخل فيها القاضي والتي تعد بدورها من مظاهر الحماية القانونية، وهي تتعلق بالالتزامات المالية للأصول اتجاه الفروع القصّر التي فرضها القانون، وجزاء المساس للقاصر وكيفية تحرك آلة العقاب التي وضعها القانون والتي يطبقها القاضي.

1. أنظر المادة 88، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

1. الالتزامات المالية للأصول اتجاه الفروع القصر:

إن علاقة الأبوة تفرض التزامات خاصة، يجب على الأب أو الأم القيام بها اتجاه أبنائه فإلى جانب الالتزامات المعنوية اتجاه هؤلاء الفروع القصر كالرعاية والاهتمام من كل الجوانب والشعور بالحنان والاستقرار، فإنه تقع على عاتقه التزامات أخرى لها طابع مالي وتتمثل في الالتزام بالنفقة والإسكان.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المادة 75 تنص على: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الوالد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".[1]

ونصت المادة 76 من ق.أ.ج على أنه " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".[2]

والمادة 72 من نفس القانون أيضا نصت على أن: " في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك يجب عليه دفع الإيجار".[3]

2 . الجرائم الماسة بالحقوق المالية للقصر:

بتفحصنا لأحكام قانون العقوبات الجزائري، وجدنا جريمتين رئيسيتين لهما علاقة بذلك وهما استغلال حاجة القاصر، وعدم تسديد النفقة.

أي أن المشرع الجزائري وضع عقوبات متعلقة بخيانة الأمانة باعتبار الجاني قد خان الثقة التي وضعت فيه ولم يكن أميناً على من أؤتمن عليه، فالقاصر بطبيعته ضعيف، وهو ناقص الإدراك، لذلك فإن التصرفات القانونية التي يقوم بها أولاها المشرع حماية خاصة من الجانب المدني، وهذا باختلاف سن القاصر وما إذا كان مميزا أو عديم التمييز، معدوم الأهلية أو ناقصها، وكذلك أولاها أيضا بحماية جزائية تجعل من الشخص الذي يستغل ضعف هذا القاصر واحتياجه يقع تحت طائلة هذه المادة ويخضع فعله للتجريم والعقاب.

---

1. أنظر المادة 75، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.
2. أنظر المادة 76، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.
3. أنظر المادة 72، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

الخاتمة

خاتمة

لقد اتضح من خلال دراستنا لهذا الموضوع على أن مسألة الولاية تعد من المسائل الهامة والتي تمس بخلية حساسة وهي الأسرة، أي أنها تمس بالمجتمع.

تكون هذه الولاية على الأطفال القصر، وهذا ما اتفق عليه المذاهب الأربعة مالكية، شافعية حنابلة وحنفية، على ضرورتها وهذا حفاظاً على القصر وعلى ممتلكاتهم.

واختلفوا في أحكام الولاية ونظامها، كرؤية الحنفية في اشتراط الولي في زواج البنت القاصرة. ويظهر أيضاً الاختلاف في ترتيب الأولياء بعد وفاة الأب أو عجزه، لمن تنتقل للأم أو للجد أو غيرهما كوصاية على ذلك.

بحيث اتفقت قوانين الأحوال الشخصية العربية التي تناولت أحكام الولاية على القصر فأعطت الأولية للأب، واختلفت في ولاية الأم والجد ومرتبة الوصي، وذلك باختلاف آراء ما توصل إليه الفقهاء.

فتثبت الولاية على الأبناء بعد فقدان الأب ولايته للأم مباشرة، لأنها تُعد الشخص الأقرب للحنو والشفقة على أولادها من غيرها، أي الأم تكون الأحرص على تقديم الرعاية لهم والحفاظ عليهم، وهذا ما جاءت به الولاية في نظامها لأن مناطها يرتكز على مصلحة القاصر وحمايته وحماية أمواله من التلف والضياع وتنميتها، وتولي شؤونهم المالية في إجراء كل التصرفات القانونية وهذا وفق أحكام الولاية على أموال القاصر.

هنا يجب على الأم كولي على أطفالها، تحّمل هاته المسؤولية، أي وجوب تحّليها بالأمانة والتدبير في كل الشؤون على القصر.

وما توصلنا إليه وأثبتناه مما سبق في مسألة ولاية الأم بعد فقدان الأب، هو أن كمجمل القول والدراسة لآراء الفقهاء، يعطي للأم ولاية على صغارها وتقديمها على ولاية الجدّ أو غيره،

دون ولاية الأم قد بانت غير تامة وناقصة، فقد واجهة إشكالات كثيرة تسقطها عن صلاحية الاستناد بها، وهذا إنّ كان يُرى في مصالح الأطفال القصر.

وتبين من خلال البحث أن المشرع الجزائري وحسب ما جاء به في قانون الأسرة الجزائري فقد أثبت المشرع الولاية على النفس للأب في المقام الأول، ثم تحلُ الأم محلّه قانوناً بعد وفاته، أي فلا حاجة إلى قرار من المحكمة لتعيين الأب أو الأم ولياً.

باعتبار ولايتهما (الأب والأم) ولاية طبيعية تقوم على صلة الدّم، كما يمكن أن تتولى الأم ولاية الأولاد رغم عدم وفاة الأب، وذلك في حالة يكون فيها الأب غائباً أو حصول مانع له فتتولى الأم هنا القيام بالأمور الإستعجالية المتعلقة بالقصر، كتمثيله أمام القضاء، باعتبار ولاية الأم ولاية تامة وكاملة.

تبين أيضاً أن المشرع الجزائري في قضية زواج القاصرة حيث حذا حذو الفقه الحنفي، أي جعل الولاية على الصغيرة فقط، أما الراشدة فيها أن تزوج نفسها، لها تفويض وليها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، أو القاضي كولي لمن لا ولي له.

بعد الإطلاع على ما ذكرناه أعلاه، استطعنا الخروج ببعض النتائج والاقتراحات أن تكون ختاماً لدراستنا هذه، فكانت النتائج كالآتي:

النتائج:

1. ما يمكننا استنتاجه في المقام الأول هو قلة النصوص القانونية التي تعالج موضوع الولاية في القانون الجزائري، ما يترتب عنه ضعف في حماية القاصر، بالمقارنة مع التشريعات العربية الأخرى التي أسهبت في وضع النصوص الخاصة بالولاية، بل تعدى إلى وضع قوانين مستقلة للولاية.

2. مخالفة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية في العديد من أحكام الولاية.

3. تأثر المشرع الجزائري بالقانون المدني الفرنسي في موضوع الولاية واضح.

4. عدم النص على جزاء مخالفة ولي المال لسلطاته، أو في حالة تصرفه في مال القاصر دون الحصول على إذن من القاضي في التصرفات التي تستلزم ذلك.

5. وقوع المشرع الجزائري في تناقض حول تصرفات القاصر بين النفع والضرر، فاعتبرها موقوفة على إجازة الولي في قانون الأسرة، واعتبرها قابلة للإبطال في القانون المدني.

6. وقوع المشرع الجزائري في الخلط بين الأحكام بجعله الولاية للأب ثم للأم في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، ثم قدم ولاية الجدّ على الأم في المادة 92 من نفس القانون.

7. إن الولي في عقد الزواج ركن أساسي هام لا يمكن إلغاؤه أو التقليل من حجمه ودوره مطلقاً.

8. أن نظام الولاية على المال شرعاً وقانوناً، يحقق مصلحة القاصر وحماية أمواله ويكفل لها النماء.

9. المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري قد أعطى الولاية بعد الأب للأم ثم للجدّ ثم للوصي فالمقدم، وبذلك أقرَّ بولاية الأم.

وبعد كل النتائج التي توصلنا إليها، خرجنا بجملة من الاقتراحات، نعتقد أنها ستحسن من نظام الولاية، لو أُخذت بعين الاعتبار، وكانت كالآتي:

الاقتراحات:

1. إضافة مادة قانونية جديدة لقانون الأسرة الجزائري، تنص صراحة على شروط الولي.

2. إضافة مادة جديدة لقانون الأسرة الجزائري، بخصوص الولاية في الزواج، تنص على حق اعتراض الولي على زواج المرأة التي تحت ولايته إذا كان الزوج غير كفء، ما دامت تعقد زواجها بنفسها، لإعطاء الولي في عقد الزواج قيمة قانونية، بدل حضوره الشكلي في ضل هذا القانون.

3. تعديل المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري، بالنص على كون الجد ولياً على القاصر إلى جانب الأب والأم، حتى يتم تفادي التفسير الخاطئ للمادة 92 من نفس القانون، التي أعطت للجد حق اختيار الوصي.

4. تعديل المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، بإضافة فقرة إليها تنص على جزاء عدم حصول الولي على إذن مسبق من القضاء، أو حكم التصرفات التي يقوم بها الولي دون الحصول على الإذن.

5. وجوب الاعتماد الكلي على أحكام الشريعة الإسلامية في موضوع سّن القوانين المتعلقة بنظام الولاية بصفة خاصة، لكون الشريعة الإسلامية أكثر حماية للقاصر من القوانين الوضعية، وعلى الأسرة بصفة عامة.

6. نقترح وضع شروط لولاية الأم تجعلها جديرة بحفظ مال القاصر، كالمستوى الثقافي والخبرة بإدارة الأموال، بالإضافة إلى الشروط العامة في الأولياء.

خلاصة القول أن المشرع الجزائري اعترف بولاية الأم على صغارها بدل غيرها لأنه اعتبرها ولاية ناقصة وغير تامة من غير الأم، ولم يوفق في وضع قانون ملائم لنظام الولاية، بسبب العشوائية التي اعتمدها من جهة، وبسبب تأثره الكبير بالقانون المدني الفرنسي من جهة أخرى، ونأمل منه أن يتدارك هذا في التعديلات القانونية القادمة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريـــــم

أولا:المصادر:

1_قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، قانون 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ثانيا:الكتب:

1_أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة الحديثة للطباعة مصر، سنة .1992

2_أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، د ط، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر،2002

3_الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الإسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر.

4_أماني عبد المتولي، الضوابط الشرعية والقانونية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، مصر، سنة .2010

5_بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنّية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، سنة .1967

6_بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة .2005

7_بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة .2010

8_بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، ط1، قسنطينة الجزائر، سنة .2011

9_جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية (طبيعتها،أحكامها،وتنازع القوانين فيها) مصر، دار الفكر العربي، سنة .1980

10_حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، ج2، ط2، مطبعة سامي للطباعة الإسكندرية،مصر، سنة .2001

11_شمس الدين الوكيل، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيّد عبد الله وهبي الجزائر، د ت ن.
12_عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ح4، ط1، دار الفكر بيروت، لبنان، سنة 1986.
13_عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010.
14_عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج2، ط1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، سنة 2002.
15_عيسى حداد، عقد زواج، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2006.
16_محمد سماره، دراسات في الفقه المقارن، ط1، دار الثقافة، الدار الدولية العلمية، عمان الأردن، سنة 2002.
17_محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ج1، ط1، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر د ت.
18_محمد محدة، الخطبة والزواج، ج1، ط2، دار الشهاب،الجزائر، سنة 2000.
19_محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ج6، ط2، دار النهضة العربية بيروت، لبنان، د ت.
20_وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، سوريا، د ت ن.

ثالثا:الرسائل والمذكرات

1_باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصر، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، سنة 2010.
2_قوادري ويسام، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، سنة 2013.
3_موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2006.

رابعا:المجلات القضائية

1_بوسطلة شهرزاد، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، جوان سنة 2007.

2_بوكايس سمية، مجلة الفقه والقانون، العدد 20، بتاريخ 02 يونيو 2014.

خامسا:النصوص القانونية الوطنية

1_الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون.

2_الأمر رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

3_القانون 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4_الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم.

سادسا:النصوص القانونية الأجنبية

1_code civil français.

سابعا:المواقع الإلكترونية

1_http://nosos.net/دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب-قيمومة الأم

الفهرس

فهرس

قائمة المختصرات.....ص01
الإهـداء.....ص02
كلمة شكر وتقدير.....ص03
مقدمة.....ص05
الخطة.....ص09
الفصل الأول:الإطار المفاهيمي للولاية وأنواعها.....ص11
المبحث الأول:مفهوم الولاية.....ص11
المطلب الأول:تعرف الولاية في الفقه والقانون.....ص11
الفرع الأول:تعريف الولاية في اللغة.....ص11
الفرع الثاني:تعريف الولاية في الفقه.....ص12
الفرع الثالث:تعريف الولاية قانونا.....ص12
المطلب الثاني:شروط الولاية.....ص13
الفرع الأول:الشروط المتفق على وجوبها.....ص13
1-كمال الأهلية.....ص13
أ/البلوغ.....ص13
ب/العقل.....ص14
ج/الحرية.....ص15
2-اشتراط الإسلام.....ص16
الفرع الثاني:الشروط المختلف على وجوبها.....ص17
1-اشتراط الذكورة.....ص17
2-اشتراط الرشد.....ص18
3-اشتراط العدالة.....ص19
4-الخلو من الإحرام.....ص20
الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري.....ص21
المطلب الثالث:أدلة مشروعيتها.....ص21

الفرع الأول:أدلة مشروعيتها من القرآن.....ص22
الفرع الثاني:أدلة مشروعيتها من السنة.....ص23
المبحث الثاني:أنواع وتقسيمات الولاية.....ص24
المطلب الأول:أنواع الولاية.....ص24
الفرع الأول:ولاية الاختيار.....ص24
أولا:علل ثبوت ولاية الاختيار.....ص24
أ/علة الاختيار عند المذهب المالكي.....ص25
ب/علة الاختيار عند المذهب الحنفي.....ص25
ج/علة الاختيار عند المذهب الشافعي.....ص25
د/علة الاختيار عند المذهب الحنبلي.....ص25
ثانيا:أصحاب ولاية الاختيار.....ص25
موقف المشرع الجزائري.....ص26
الفرع الثاني:ولاية الإجبار.....ص27
أولا:علل ثبوت ولاية الإجبار.....ص27
أ/علة الثبوت عند المالكية.....ص27
ب/علة الثبوت عند الشافعية.....ص28
ج/علة الثبوت عند الأحناف.....ص28
د/علة الثبوت عند الحنابلة.....ص28
ثانيا:أصحاب ولاية الإجبار.....ص29
موقف المشرع الجزائري.....ص30
المطلب الثاني:أقسام الولاية.....ص31
الفرع الأول:من حيث أقسامها الشكلية.....ص31
1-ولاية ذاتية.....ص31
2-ولاية متعدية.....ص31
أ/ولاية أصلية.....ص31
ب/ولاية نيابة.....ص31

الفرع الثاني:من حيث أقسامها الموضوعية.....ص32
1-الولاية على النفس.....ص32
2-الولاية على المال.....ص32
3-الولاية على النفس والمال معا.....ص32
الفرع الثالث:أقسام الولاية عند المالكية.....ص33
1-الولاية العامة.....ص33
2-الولاية الخاصة.....ص33
الفصل الثاني:ولاية الأم على أبنائها في الفقه والقانون.....ص35
المبحث الأول:ولاية الأم على أولادها في الفقه الإسلامي.....ص35
المطلب الأول:ثبوت ولاية الأم على أبنائها.....ص35
الفرع الأول:أدلة إثبات ولاية الأم على أبنائها.....ص36
الفرع الثاني:النصوص الفقهية والروايات الشريفة.....ص37
المطلب الثاني:تقدم ولاية الأم على ولاية الغير(الجدّ).....ص41
الفرع الأول:الأدلة والشواهد على إثبات ولاية الأم.....ص41
1-المناسبات والاعتبارات.....ص42
2-الاهتمام الديني بعواطف الأم وأحاسيسها.....ص42
الفرع الثاني:نقد نظرية تقدم ولاية الجدّ لأب على ولاية الأم.....ص43
الدليل الأول:الروايات.....ص43
1-نصوص النكاح.....ص44
2نصوص الوصية.....ص45
الدليل الثاني:الإجماع.....ص45
المبحث الثاني:ولاية الأم على أولادها القصر في القانون.....ص46
المطلب الأول:زوال ولاية الأب وحكم تصرفات الولي الشرعي.....ص46
الفرع الأول:حالات فقدان ولاية الأب وإنتقالها للأم.....ص47
الفرع الثاني:حدود تصرفات الولي الشرعي.....ص48
المطلب الثاني:إنتهاء الولاية.....ص49

الفرع الأول:أسباب نهاية الولاية.....ص50
أولا:نهاية الولاية للأسباب المتعلقة بالولي.....ص50
1-نهاية الولاية لعجز الولي.....ص50
2-نهاية الولاية لموت الولي.....ص51
3-نهاية الولاية بالحجر على الولي.....ص51
4-نهاية الولاية بإسقاطها عن الولي.....ص51
ثانيا:نهاية الولاية للأسباب المتعلقة بالقاصر.....ص52
1-نهاية الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد.....ص52
2-نهاية الولاية بترشيد القاصر.....ص53
3-نهاية الولاية بموت القاصر.....ص54
الفرع الثاني:إجراءات نهاية الولاية.....ص54
أولا:الإجراءات القانونية العامة لإنتهاء الولاية.....ص54
ثانيا:الإجراءات التي يجب أن يقوم بها متولي الولاية.....ص55
المطلب الثالث:دور القاضي في حماية أموال القاصر.....ص56
الفرع الأول:دور القاضي من خلال النيابة الشرعية المفروضة على القاصر....ص57
1-أنواع أحكام النيابة المفروضة على القاصر.....ص57
أولا/الولاية على أموال القاصر.....ص57
ثانيا/الوصاية.....ص58
ثالثا/التقديم.....ص59
رابعا/حالة القاصر المكفول.....ص60
2-دور القاضي في رقابة النائب الشرعي.....ص60
أولا/التصرفات التي تستوجب الإذن من القاضي.....ص60
ثانيا/جزاء تجاوز الولي حدود سلطته.....ص61
الفرع الثاني:دور القاضي من خلال الإلتزامات المالية للقصر.....ص61
1-الإلتزامات المالية للأصول اتجاه الفروع القصر.....ص62
2-الجرائم الماسة بالحقوق المالية للقصر.....ص62

خاتمة.....ص64
قائمة المصادر والمراجع.....ص68
فهرس.....ص72