



قسم الحقوق

النيابة الشرعية- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة

إشراف الأستاذ:
-د. داودي صحراء

إعداد الطالب :
- جعرون عبدالرؤوف محمد اسلام
- محجوبي حسان

لجنة المناقشة

رئيسا
مقررا
ممتحنا

-د/أ. بورزق أحمد
-د/أ. داودي صحراء
-د/أ. بن مصطفى عيسى

الموسم الجامعي 2020/2019

الله أكبر

إهداء

إلى منبع الحنان ومصدر القوة
إلى من ربط الله طاعته بطاعتها
والديّ الكريمين حفظهما الله ورعاهما وأطال عمرهما في طاعته
إلى أعز الناس: إخواني وأخواتي
إلى كل زملائي في الدراسة وكل الأصدقاء والأحبة دون استثناء
إلى كل هؤلاء
أهدي هذا العمل

عبد الرؤوف محمد إسلام

إهداء

أهدي هذا العمل إلى الوالدين حفظهم الله ورعاهما...

إلى زوجتي العزيزة وأخواتي وإلى كل زملائي في الدراسة

وإلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح التغيير

هي في ذواتنا وفي أنفسنا

قبل أن تكون في أشياء أخرى

إلى كل هؤلاء

أهدي هذا العمل

حسان

شكر

الحمد لله والشكر لله ولا مئة إلا له سبحانه وتعالى
من لا يشكر الناس لا يشكر الله تعالى،
ومن شيم المروءة أن تشكر من أسدى لك معروفًا
فما بالك بمن كان له فضل عليك
أشكر أول من أشكر:
الأستاذة المشرفة:

داودي سحر

على كل ما بذلته معي من جهد
وما أسدته من نصائح وتوجيهات
ولا ننسى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في هذا البحث
ومن قدم لنا يد العون
من أصدقاء وزملاء
وكل عمال المكتبات وموظفي الجامعة

قائمة المختصرات

ح.ر	حديث رقم
ج	الجزء
ج.ر.ع	جريدة رسمية عدد
د.ط	دون طبعة
د.س.ن	دون تاريخ نشر
د.د.ن	دون دار نشر
ص	الصفحة
ص.ص	من الصفحة إلى الصفحة
ط	الطبعة
ق.أ.ج	قانون أسرة جزائري
ق.إ.م.إ	قانون إجراءات مدنية
ق.ت.ج	قانون تجاري جزائري
ق.م.ج	قانون مدني جزائري
م.م.ع	مجلة المحكمة العليا
ق.ع.ج	قانون عقوبات جزائري

مقدمة

يعتبر القاصر عاجزا عن ممارسة التصرفات بسبب انعدام أهليته أو نقصها، وفي هذه المرحلة لا يستطيع القاصر تمييز ما فيه مصلحته نظرا لعدم اكتمال عقله وليس من العدل تركه يتصرف في شؤونه بنفسه.

هذه القاصر يمر بمراحل أثناء حياته فأول مرة هي مرحلة الطفولة وهي أول خطوة يخطوها الانسان في حياته إذ يحتاج لرعاية تامة وسليمة وتربية القاصر تربية حسنة فبصلاحه يصلح المجتمع وبفساده يفسد المجتمع، ثم تبدأ المرحلة الثانية وهي من 13 إلى 19 وهي تدي بالتمييز، أم المرحلة الثالثة وهي ببلوغه سن الرشد إلى 19 سنة كاملة، وأن يتمتع بكواه العقلية ولم يحجر عليه وهذه حسب المادة 40 ق.م.ج التي تنص على ما يلي: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجو عليه، يكون كامل الأهلية بمباشرة حقو المدنية وسن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة».

المشروع الجزائري أدرج موضوعا خاصا في قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان النيابة الشرعية في الكتاب الثاني الصادر بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة ج.ر عدد 31 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ج.ر.ع 15 وكذا تم النص في ق.م.ج، تتحدث عن أحكام القاصر سواء كان صغير أو ناقص الأهلية وكذا عديمي الأهلية سواء فيما يتعلق بحالتهم أو علاقتهم بمن يتولى رعاية شؤونهم الشخصية والمالية.

فالمشروع الجزائري قام بتبيان العلاقة بين القاصر ووليه الشرعي الذي يتولى رعايته على النفس والمال، إما بمقتضى الولاية الأصلية أو الولاية النيابة: الوصي والمقدم، كما منح المشروع لعديمي الأهلية وناقصها فرصة لحماية شؤونهم وذلك من خلال الحجر عليهم.

والتواعد المادية التي استمد منها المشروع هذه الأحكام تعود في الأصل إلى أحكام الفقه والذي في نطاقه يعبر عن نظام النيابة الشرعية تحت مسمى الولاية على الغير بمعنى انقاذ التصرف على الغير، وقسمها الفقهاء إلى ولاية على النفس وولاية على المال، الأولى تخص دعاية المولى عليه في شؤونه الشخصية، والثانية تخص رعاية المولى عليه في ماله حفظا واستثمارا وتنمية.

إشكالية البحث:

النيابة الشرعية مقرر كما سبق لأجل حماية فئة من الأشخاص العاجزين عن القائم بشؤونهم الشخصية والمالية، بسبب صغر السن أو عارض أصاب أهليتهم بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية أولت عناية كبيرة بهذه الفئات الضعيفة والعاجزة فوفرت لهم الحماية اللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم، ومن خلال ذلك كله نطرح الإشكالية التالية:

كيف عالجالمشرع الجزائري مسألة النيابة الشرعية بالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي؟ وما مدى توفير القواعد المنظمة للنيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا في دراستنا المنهج التحليل والمقارن بحيث تم القيام بتحليل النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بالنيابة الشرعية بالإضافة إلى استخراج الأحكام المتعلقة بالنيابة الشرعية من كتب الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة المشهورة (الحنفي، المالكي، الشافعي والحنبلي) ومقارنتها بما ورد في نصوص قانون الأسرة الجزائري.

أهمية البحث:

هذا البحث يتطرق لموضوع يمس شريحة لا بأس بها في المجتمع وهي فئة القاصر والمحجور عليهم وأساس البحث هو مقارنة بين القواعد الواردة في قانون الأسرة الجزائري وأحكام الفقه الإسلامي بما شأنه أن يثري أحكام القانون بما يزيدها رصانة ويسد الخلل حيث وجد.

أسباب اختيار الموضوع:

إضافة إلى الدوافع الذاتية لدى كل باحث المتمثلة في أساسا في البحث فإن اختيار لهذه الموضوع العديد من الدوافع أهمها: ارتباط البحث بأحكام الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى أن مباحث النيابة الشرعية من بين مباحث قانون الأسرة التي لم تلق العناية اللازمة من شرح القانون الجزائري مما يجعلها مجالاً خصبا لمزيد من الدراسات.

أهداف البحث:

تحليل وتوضيح نصوص قانون الأسرة الجزائري الخاصة بالنيابة الشرعية على ضوء أحكام الفقه الإسلامي وتسلط الضوء على موطن القوة والضعف في قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالنيابة الشرعية حتى يتم تدعيم الأولى وإصلاح الثانية. تقديم دراسة شاملة كاملة لكافة متغيرات الموضوع لإفادة الباحثين والمهتمين في مجال النيابة الشرعية.

الصعوبات:

لا يحتوي أي بحث في الغالب من الصعوبات تكون عائقا في الوصول إلى كماله ومن هذه الصعوبات: ندرة مراجع متخصصة في هذا الموضوع التي تبين موقف الشرع والقانون الجزائري في كل مسألة من مسائل النيابة الشرعية، الشح في مسألة النيابة الشرعية (الولاية، الوصاية، التقديم، الحجر) في مراجع قانون الأسرة الجزائري، بالإضافة إلى وباء الكورونا COVID-19.

خطة البحث:

يتميز موضوع دراستنا بالسعة المفرطة والتشعبات الكثيرة ومحاولة منا للإحاطة بكامل جوانبه النظرية والعملية قمنا بتقسيم البحث إلى فصلين أول تحدثنا فيه عن الولاية والوصاية في مبحثين حيث المبحث الأول خصصناه للولاية والثاني للوصاية، وتناولنا في الفصل الثاني التقديم والحجر من خلال ثلاثة مباحث، حيث أن المبحث الأول خصصناه للتقديم والمبحث الثاني للحجر والمبحث الثالث خصصناه لحكم تصرفا المحجور وانقضاء الحجر. ونهني دراستنا بخاتمة تتضمن مختلف النتائج المتوصل إليها والتوصيات التي نأمل أن يتم تفعيلها.

الفصل الأول:

الولاية والوصاية

تمهيد:

يمارس الأب ولاية على القاصر كنيابة شرعية أو الأم في حالة عدم وجود الأب أو حصل له مانع يحول دون مباشرة أمور الولاية، وتنتقل هذه الولاية إلى الجد أو إلى القاضي الذي هو ولي من لا ولي له في حالة عدم وجود الأب والأم، وإن لم يكن للقاصر ولي شرعي يتولى شؤونه، أو كان له ولي لكنه غير أهل للولاية تولى شخص آخر نيابة عنه أُصطُح على تسميته بالوصي لرعاية مصالحه، وذلك عن طريق الوصاية.

لهذا نتطرق في هذا الفصل الأول: إلى كل من الولاية والوصاية في مبحثين حيث نتعرض إلى مفهوم كل منهما لغة واصطلاحاً، ثم تحديد تعريفهما من حيث الشرع والقانون، ثم نعرض على وحالات انتهائهما.

المبحث الأول: الولاية

المطلب الأول: تعريف الولاية

الفرع الأول: الولاية لغة:

الولاية بفتح الواو وكسرهما مصدر من الولي الذي هو التولية، تقول: وليت فلاناً أمراً إذا قلده وولايته. فالولاية لغة تتضمن معنيين¹:

- إما بمعنى المحبة والنصرة، يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصره. وفي هذا الموضوع يرى ابن الأثير أن الولاية بفتح الواو وكسرهما مصدر، وهو بالكسر في الإمارة وتشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وبالفتح من النسب والنصرة. أما سيبويه فيرى أن الولاية بالفتح: المصدر، وبالكسر: الاسم مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإن أرادوا المصدر فتحوا.

في حين ذهب ابن بري إلى أن الولاية بالفتح والكسر هي بمعنى النصره، والمناسب للمفهوم الشرعي هو: الولاية بكسر الواو، لأنها بمعنى النصره وتشعر بالتدبير والقدرة والفعل، ويدل على هذا قوله تعالى: ﴿اللَّهُ وَلِيُّ الَّذِينَ ءَامَنُوا﴾ [البقرة: 257].

وقد جاءت آيات قرآنية بهذا المعنى منها قوله تعالى: ﴿وَمَا أَنْتُمْ بِمُعْجِزِينَ فِي الْأَرْضِ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾ [الشورى: 31]، وقوله سبحانه: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: 71]، وقوله جل شأنه: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾ [المائدة: 56]

- وإما بمعنى السلطة والقدرة يقال: الوالي أي صاحب السلطة، وهي مأخوذة من ولي الشيء وولي على الشيء ولاية بفتح الواو وكسرهما إذا ملك أمره وقام به².

¹ - الفيروز أبادي، (مجد الدين محمد بن يعقوب): القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، ط1، 1952م، ج4، ص404. / وابن منظور: (الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري): لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، 1997، ج6، ص490.

² - ابن منظور: المرجع السابق، ج6، ص490/ والفيروز أبادي: المرجع السابق، ج4، ص404

الفرع الثاني: الولاية اصطلاحاً

لقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية وأساتذة القانون في تعريف الولاية اصطلاحاً لذلك سأحاول إيراد أهم هذه التعريفات:

- عرفها ابن عابدين بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى¹. وإلى هذا ذهب الدكتور عبد السلام محمد شريف العالم فعرّفها بأنها: تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه وهي شرعية يمكن بها شرعاً من مباشرة العقود وترتيب أحكامها عليها من غير توقف على رضى أحد². متفقاً في ذلك مع محمد محي الدين عبد الحميد الذي ذهب إلى أن الولاية هي حق منحه الشريعة لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره رضى ذلك الغير أو لم يرض، وسببه لأحد أمرين: أولهما: عجز الذي ينفذ القول عليه، وثانيهما: قصور أهليته عن التصرف بنفسه³. كما ذهب إلى ذلك أيضاً الدكتور العربي بلحاج فعرّفها بأنها تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونه أو القدرة على إنشاء العقد نافذاً غير موقوف على إجازة أحد⁴، متماشياً في ذلك مع الأستاذ عبد الكريم شهبون الذي ذهب إلى أن الولاية هي حق تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى بسبب عجز ذلك الغير أو قصور أهليته عن التصرف بنفسه⁵.

أما الأستاذ بدران أبو العينين بدران، وزكي الدين شعبان، فعرّفها بأنها القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد⁶.

وذهب الإمام محمد أبو زهرة إلى أن الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذاً⁷ متفقاً في ذلك مع الأستاذ محمد مصطفى شبي الذي ذهب إلى أنها سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات العقود وتنفيذها⁸.

في حين يرى الدكتور وهبة الزحيلي أنها القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد⁹، متفقاً في ذلك مع الأستاذ علي حسب الله الذي عرفها بأنها سلطة تمكن صاحبها من مباشرة عقود وتصرفات تترتب عليها آثارها دون توقف على رضا غيره¹⁰.

كما ذهب إلى ذلك أيضاً الأستاذ محمد حسين الذهبي الذي عرفها بأنها سلطة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبراً عليه¹¹، متماشياً في ذلك مع الدكتور مصطفى الرفاعي الذي عرفها بأنها

1- ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج3، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1966، ص55.

2- عبد السلام محمد شريف العالم: قانون الزواج والطلاق وأسائده الشرعية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ص53.

3- محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، العدد السابع، أبريل 1987، الكويت، ص74-76.

4- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص118.

5- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، الزواج والطلاق، الولاية ونتائجها، دار النشر والمعرفة، الرباط، 1987، ص73.

6- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، ص134. / زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، كلية الحقوق، مطبعة الشروق، بيروت، ط3، 1973، ص205.

7- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957، ص107.

8- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الاسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1983، ص271.

9- وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط4، 1997، ص6690-6691.

10- علي حسب الله: الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1971، ص126. (ج). محمد حسنين الذهبي: الشريعة الإسلامية، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1968، ص109.

11- محمد حسنين الذهبي: الشريعة الإسلامية، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1968، ص109.

قدرة شرعية يملك مجا صاحبها التصرف بشؤون غيره مجبراً أو اختياراً، فتسمى الأولى: ولاية إجبار، والثانية: ولاية اختيار¹.

أما الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا فعرف الولاية بأنها قيام شخص كبير على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية².

هذا ومن خلال ملاحظتنا للتعريفات السالفة الذكر يتبين ضمناً أن الولاية تقوم بين شخصين، فالأول منهما يقوم بمقتضى حق ثبت له شرعاً بتدبير الشؤون الشخصية والمالية للشخص الثاني القاصر عن ذلك، مع مراعاة الشارع في هذا الحق.

¹ - مصطفى الرافي: نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين فقها وقضاء، الشركة العامة للكتاب، ط1، 1990، ص31.
² - مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج2، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ط10، 1968، ص817.

المطلب الثاني: أقسام الولاية

تنقسم الولاية إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة، إما من حيث ذاتها، وإما من حيث مصدرها، وإما من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره، أو من حيث موضوعها.

الفرع الأول: تقسيم الولاية من ذاتها

تشمل الولاية من حيث ذاتها إلى ولاية عامة وولاية خاصة.

- فالعامة: هي الثابتة لرئيس الدولة أصالة، والقضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفتهم الشخصية¹.
 - والخاصة: هي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكاما².
- هذا ويرى المالكية أن الولاية العامة سببها الإسلام، أما الولاية الخاصة فلها ستة أسباب هي: الأبوة، الإيضاء، العصوبة، الملك، الكفالة، والسلطة³.

الفرع الثاني: تقسيم الولاية من حيث مصدرها

تنقسم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية ذاتية، وهي ما تعرف بالولاية الأصلية، وولاية مكتسبة، وهي ما اصطلح على تسميتها بالولاية النيابية.

- فالذاتية أو الأصلية: هي الولاية التي تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير⁴ كولاية الأب والجد على الولد القاصر، أو الابن على أبيه ووجه وأمه إذا فقدوا الأهلية، فهذه الولاية ثابتة بسبب الولادة، والولادة أمر ذاتي لا ينفك عن صاحبه⁵.
- وهذه الولاية أيضا لا تقبل الإسقاط أو التنازل عنها⁶.
- أما المكتسبة أو النيابية فهي الولاية المعتمدة من غيرها، كولاية القاضي والوصي، فإن القاضي يستمد ولايته من الحاكم والإمام، فهو نائب عنه فيما يتولاه من الأمور، والوصي ولايته مستمدة ممن أقامه وصيا، فهو نائب عنه في الوصاية وفيما يتولاه من شؤون القاصر⁷. وهذه الولاية يمكن التنازل عنها أو إسقاطها⁸.

الفرع الثالث: تقسيم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره

تنقسم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية:

- فالقاصرة هي ولاية الشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل الأهلية بالبلوغ والعقل⁹، أو هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه¹. ت والمتعدية هي ولاية الشخص على

1 - بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ج1، ص135. / عبد الفتاح تقيّة: مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه الإسلامي، 1999، ص141.

2- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ج1، ص135. / عبد الفتاح تقيّة: المرجع السابق، ص141.

3- الدردير (أحمد بن محمد): الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، ج3، دار المعارف، مصر، 1392 ص351—363. / الدردير: الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، ص221—222 وما بعدها. / جمعة محمد براج: الولاية في عقد النكاح، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد11، أوت 1988، الكويت، ص80-85.

4- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ج1، ص134.

5- صالح جمعة حسن الجبوري: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، بغداد، ط1، 1976، ص36.

6- مصطفى الرافي: المرجع السابق، ص31. / حسن الجبوري المرجع السابق، ص36.

7- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ج1، ص134.

8- مصطفى الرافي: المرجع السابق، ص31/حسن الجبوري: المرجع السابق، ص37.

9- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ج1، ص134. / عبد الفتاح تقيّة: مباحث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص141.

غيره، ولا تكون إلا لمن تثبت له ولاية على نفسه²، أو هي قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع³.

الفرع الرابع: تقسيم الولاية من حيث موضوعها

تنقسم الولاية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أقسام: ولاية على النفس، وولاية على المال، وولاية على النفس والمال معا.

أ. ولاية على النفس

الولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية⁴، أو هي تختص بشؤون القاصر الخاصة غير المالية⁵.

والولاية على النفس تتمثل في أمرين:

— أما الأول فيتعلق بالتربية والحفظ أي في شؤون الرضاع والحضانة والضم وما يتعلق بها وهي ما اصطلح على تسميتها بالحضانة⁶.

— أما الثاني فيخص التزويج⁷، وهي إعطاء الحق للولي في أن يتولى عقد زواج المرأة التي تحت ولايته⁸. هذا وقد حرر المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد المرأة البالغة الراشدة من الولاية، بحيث جعلها تعقد الزواج بنفسها بالإضافة إلى إعطائها حرية اختيار الولي الذي يحضر معها عقد زواجها سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر. وهذا ما نصت عليه المادة 11 من هذا القانون على النحو التالي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره..."⁹.

ب. الولاية على المال

الولاية على المال هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق¹⁰، أو هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها¹¹.

الولاية على المال عند المالكية والحنبلية تثبت للأب ووصيه ثم الحاكم ولا ولاية للجد عندهم¹²، وعند

- 1- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص107. / وزارة العدل: الدروس التي أقيمت على القضاة المترشحين في الأحوال الشخصية، دفعة 1979 (العوج الثاني)، مركز التكوين القضائي بالدار البيضاء، ص8.
- 2- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ج1، ص134. / عبد الفتاح تقيه: المرجع السابق، ص141.
- 3- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص107. / وزارة العدل: الدروس التي أقيمت على القضاة المترشحين في الأحوال الشخصية، دفعة 1979 (الفوج الثاني)، مركز التكوين القضائي بالدار البيضاء، ص8.
- 4- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص187.
- 5- عبد الرحمن الصابوني: قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1979، ص165.
- 6- أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1988، ص192.
- 7- المرجع نفسه: ص192.
- 8- عبد الكريم شهبون: المرجع السابق، ج1، ص74.
- 9- قانون الأسرة المعدل الصادر في الجريدة الرسمية سنة 2005.
- 10- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص187.
- 11- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص107. / مصطفى شلبي: المرجع السابق ص254.
- 12- الدسوقي (شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة): الحاشية على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، دار الفكر، ج3، ص292. / والمرادوي (علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان): الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1997، ج8، ص52.

الحنفية تثبت للأب ووصيه، ثم الجد ووصيه، ثم الحاكم ووصيه¹، أما الشافعية فإنما تثبت عندهم للأب والجد ثم وصيهما، ثم الحاكم أو من ينبيهه². وعلى كل حال فإن أساس التفرقة بين هذه الولاية والولاية على النفس تتمثل في أن الأولى أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال، أما الولاية على النفس فأساسها الشفقة والعطف، ذلك أن عقد الزواج لا يعود على العاقدين وهدما بل تنال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار فكان حق زواج القاصر لهؤلاء العصابات إذ هم قوم الزوجين³.

ج. الولاية على النفس والمال معاً:

الولاية على النفس والمال معاً تشمل الشؤون الشخصية والمالية⁴، كولاية الأب على أولاده فاقدى الأهلية أو ناقصيها⁵. هذا وتجدر الإشارة إلى أن الحنفية قد اعتمدوا هذا الشيم عند تعرضهم لمسألة أقسام الولاية⁶.

المطلب الثالث: دور الولي في الولاية

بما أن الولاية الخاصة فيها نوعان فقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منها دور الولي في ولايته على النفس في التزويج، والتربية، والتأديب، أما الثاني فنخصه لدور الولي في ولايته على المال.

الفرع الأول: دور الولي في ولايته على النفس:

تشمل حالتين، ولاية التربية والحفظ، وولاية الزواج.

الحالة الأولى: دور الولي في ولاية التربية والحفظ:

أولاً: في الفقه الإسلامي:

فعلى الولي هنا أن يقوم بدوره نحو كل شخص هو في حاجة إلى التربية والتأديب والتهذيب والحفظ والإرضاع والحضانة، وهذا متحقق في الصغير، سواء كان ذكراً أو أنثى، والجنون، ويلحق به المعتوه⁷. ويمثل دور الولي على هؤلاء الأشخاص في رعاية شؤونهم ومصالحهم في الحياة وحمايتهم والقيام بأمورهم، من تأديب وتهذيب وتعويد على الخصال الأخلاقية والسلوكية الإسلامية خاصة الصغير منهم بالقيام على شؤونه بالتربية والتعليم والتأديب والتطبيب والتشغيل ونحو ذلك وهذا دور الأبوين أولاً حيث قال النبي: (إذ لولدك عليك حقاً)⁸ بحيث يشمل كل أنواع الحقوق من رضاع وحضانة بالنسبة للذكر حتى البلوغ، والأنثى حتى الزواج، والجنون والمعتوه حتى الإفاقة⁹.

1- السرخسي (شمس الدين أبو بكر أحمد بن أبي سهل): المبسوط، ج25، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط2، ص23.

2- الشربيني (محمد بن أحمد الخطيب): مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، ص173.

3- أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص108.

4- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص187.

5- بدران أبو العينين بدران: المرجع السابق، ج1، ص135. / عبد الكريم شهيون: المرجع السابق، ج1، ص74.

6- الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2،

1986م، ج2، ص241-247. / وابن عابدين: المرجع السابق، ج2، ص406.

7- الدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص213. / ومصطفى شلبي: المرجع السابق، ص789. / وأبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص459.

8- محمد بن صالح العثيمين: شوح رياض الصالحين للنووي، دار ابن الهيثم، القاهرة، 2002، ج4، ص159.

9- الدكتور أحمد فراج حسين: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص213. / ومصطفى شلبي: المرجع السابق، ص789. / وأبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص459.

ولقد استقر الفقه والقضاء على أن الحضانة يتعلق بها حقوق ثلاثة، حق الحضور وحق الحاضنة وحق الأب أو من يقوم مقامه، وإذا اجتمعت هذه الحقوق الثلاثة وأمكن التوفيق بينها تثبت كلها، وإن تعارضت كان حق الحضور مقدما على حق غيره لأن أساس الحضانة كله يدور على نفع الحضور وحفظه¹. ولهذا يستوجب علينا مناقشة عناصر مهمة في هذا الموضوع كالتالي:

أمدة الحضانة:

وهي تختلف من مذهب لأخر كالآتي:

- **الحنفية:** مدة الحضانة على الراجح عندهم تقدر بتسع سنين للذكر والأنثى، فإذا كان الولد في حضانة أمه فلا يبيح أن يأخذه بعد هذا السن².
- **المالكية:** قالوا: مدة حضانة الذكر من حين ولادته إلى أن يبلغ، ومدة حضانة الأنثى حتى تتزوج، ويدخل مجا الزوج بالفعل³.
- **الشافعية:** قالوا: ليس للحضانة مدة معلومة، فإن الصبي متى ميز بين أبيه وأمه، واختار أحدهما كان له⁴.
- **الحنابلة:** قالوا: مدة الحضانة سبع سنين للذكر والأنثى، ولكن إذا بلغ الصبي خيرين أبويه، فكان مع من اختار منهما، وأما الأنثى بعد بلوغها هذا السن فأكثر كانت من حق أبيها إلى البلوغ، ثم إلى الزفاف⁵.

ب- الترتيب في استحقاق الحضانة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن أحق الناس بحضانة الطفل أمه لأنها أشفق عليه من غيرها، هذا ما لم يعرض عليها مانع شرعي يمنعها من أداء حقها لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن امرأة قالت: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَتُدْيِي لَهُ سِقَاءٌ وَجَجْرِي لَهُ حِوَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي"⁶. كما أن النساء مقدمات على الرجال في استحقاق الحضانة لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف بعدهن إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار أقدر⁷. أما عن ترتيب الحاضنين ففيه تفصيل المذاهب كالآتي:

- **الحنفية:** فعندهم تثبت الحضانة للأقارب من النساء والرجال، وجهة الأمهات مقدمة على جهة الآباء، أما بنات العم، وبنات الخال، وبنات العمه، وبنات الخالة، فلا حق لهن في الحضانة. وهي على الترتيب الآتي: فأولى الناس الأم، ثم أمها، وأم أمها وهكذا، ثم أم الأب وإن علت، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت

1- بهنسي (المستشار ابراهيم عبد الفقاح بهنسي): أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفتية، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ. / وأبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 406.

2- الكاساني: المرجع السابق، ج 4، ص 62-63. / والجزيري (عبد الرحمان الجزيري): الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر بيروت، ط 1، 1422 هـ-2002 م، ج 4، ص 460.

3- الغرياني: المرجع السابق، ج 3، ص 165. / والعلوي (محمد العلوي العابدي): الأحوال الشخصية و الميراث في الفقه المالكي، إفريقيا الشرق، ط 1، 1996 م، ص 217. / و د. وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق، ط 2، 1423 هـ-2002 م، ج 3، ص 295. / والجزيري: المرجع السابق، ج 4، ص 460.

4- السيوطي: (الإمام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي): الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، مج 1، دار السلام، القاهرة، ط 2، 1424 هـ-2004 م، ص 821-822. / والجزيري: المرجع السابق، ج 4، ص 460.

5- المرادوي: المرجع السابق، ج 8، ص 449-450. / والجزيري: المرجع السابق، ج 4، ص 461.

6- رواه أبو داود: كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، 2276، ج 2، ص 283. / وأحمد: مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، 6707، ج 2، ص 182.

7- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج 3، ص 1052. / والكاساني: المرجع السابق، ج 4، ص 60. / والسيوطي: الأشباه والنظائر، مج 1، ص 821. / والمرادوي: المرجع السابق، ج 8، ص 435.

• **الحنابلة:** قالوا أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها، ثم أمها وإن علت، ثم الأب، ثم أمهاته وإن علت، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العممة الشقيقة، ثم العممة لأم، ثم العممة لأب، ثم خالة أمه الشقيقة، ثم التي لأم، ثم التي لأب، ثم خالة أبيه، ثم عمه أبيه، ثم بنات إخوته، ثم بنات أخواته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه وبنات أعمام أبيه، وإذا كان المحضون أنثى، فلا حضانة عليه لمحرم، كابن العم، وابن عم الأب، وكذا لا حضانة عليه لمحرم برضاع.¹

ج- الأجرة على الحضانة:

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى فريقين كالتالي:

• الفريق الأول:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأم ما لم تكن الزوجية قائمة، أو لم تكن معتدة، وهي غير أجرة الرضاع ونفقة الولد، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله، وإلا فعلى الأب، أو من تلزمه نفقته. أما إذا وجد متبرع وكان من أقارب الصغير كالعلم مثلاً فإن الأم في هذه الحالة تخير بين إمساكه مجاناً وبين أخذه منها عند الحنفية، وخالفهم الحنابلة في أن الأم أحق بحضانتها ولو وجدت متبرعة تحضنه مجاناً.²

• الفريق الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة زائدة على النفقة والكسوة والسكنى، سواء كانت أما أو غيرها، إلا إذا كانت الحاضنة أما فقيرة، فإنه ينفق عليها من مال الحضون لأجل فقرها لا للحضانة.³

د- سكن الحاضنة: لا خلاف بين الفقهاء أن الحاضنة إذا كان لها مسكن ويسكن الولد تبعاً لها، فلا يقدر لها أجرة مسكن، وإن لم يكن لها مسكن قدر لها أجرة مسكن، لأنها مضطرة إلى إيوائه، فتقدير السكنى هو باجتهاد الحاكم، فينظر إلى حال الزوجين، فإن كانت موسرة، فلا سكنى لها على الأب، وإن كانت معسرة وجب عليه توفير سكنى لها.⁴

¹ - المرداوي: المرجع السابق، ج8، ص435-440. /والجزيري: الرجوع السابق، ج4، ص458.
² - الكاساني: المرجع السابق، ج4، ص60. /وأبو الزهرة: الأحوال الشخصية، ص410. /والسيوطي: الأشباه والنظائر، مج1، ص822. / والمرداوي: المرجع السابق، ج8، ص435. /والجزيري: المرجع السابق، ج4، ص463-464.
³ - الغرياني: المرجع السابق، ج3، ص170. /والزحيلي: الفقه المالكي الميسر، ج3، ص293. /والجزيري: المرجع السابق، ج4، ص463-464.
⁴ - أبو الزهرة: الأحوال الشخصية، ص411. /والغرياني: المرجع السابق، ج3، ص169. /والزحيلي: الفقه المالكي الميسر، ج3، ص294. /والجزيري: المرجع السابق، ج4، ص603.

ثانياً: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد بين المشرع الجزائري في قانون الأسرة دور الولي في ولاية التربية والحفظ والتي اصطلح على تسميتها بالحضانة، بحيث يتمثل دوره في التربية والتأديب بمراعاة الجانب الروحي والعقائدي والجسد للطفل حسب قدراته. وهذا ما نصت عليه المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في تعريفها للحضانة، حيث تنص على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك."¹

كما بين المشرع الجزائري عناصر مهمة في هذه الولاية مما يستوجب علينا مناقشتها وهي كالآتي:

أ. مدة الحضانة: لقد أخذ المشرع برأي المالكية سواء بالنسبة للذكر الذي تنتهي ببلوغه، والأنثى التي تمتد حضانتها حتى تتزوج، كما أكد على مراعاة مصلحة الحضانة في الحكم بانتهائها. وهذا مانعت عليه المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري، حيث تنص على أن: "تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة الحضانة".²

ب. الترتيب في استحقاق الحضانة: لقد وافق المشرع الجزائري المذاهب الفقهية في أن الأم أولى بحضانة ولدها من غيرها، بينما خالفها في جعله الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة قبل غيره من النساء القريبات. وهذا ما يتبين في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على أن: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة الحضانة في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".³

ج. سكن الحاضنة: لقد بين المشرع الجزائري أن نفقة الحضانة وسكنه على عاتق والده الذي عليه أن يهيئ له سكناً، وكذلك الأمر بالنسبة لأجرة السكن حيث تمارس الحضانة تكون على الوالد أيضاً، وهذا ما تقرره المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على أن: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".⁴

الحالة الثانية: دور الولي في ولاية التزويج

أولاً: في الفقه الإسلامي:

إن دور الولي في الزواج هو دور تكريم للمرأة وتشريف، ولعل عند ملاحظتنا للشريعة الإسلامية نجد إنها اعتنت بأمر هذا العقد وجعلته من أسمى مقاصدها، لأنه أصل نظام العائلة، كما زادته تشريفاً وتنويهاً وتعظيماً وتفضيلاً من خلال بيان المقصد الديني منه الذي ليس كما كان في الجاهلية يعتبرونه في عداد الشهوات، وإنما أسمى وأرفع من ذلك بكثير وهذا ما يتبين في قوله تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خُلِقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ٢١) [الروم: 21] كما يتبين ذلك من خلال التفرقة بين الصور التي كانت موجودة في الجاهلية المشروحة في حديث عائشة من زنا ومخادنة وبغاء واستبضاع، وبين الزواج الذي دعت إليه الشريعة الإسلامية، بحيث جعلت من أهم

1- الأستاذ فضيل سعد: المرجع السابق، ج4، ص370. /ود نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص67-70. / العربييلحاج:

مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ص156.

2- دلاندة يوسف: قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومو للطباعة والنشر، الجزائر، ط2، 2006م، ص100. /فضيل سعد: المرجع السابق، ج1، ص208.

3- دلاندة يوسف: المرجع السابق، ص96. /ود. محمد صبحي نجم: محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1999م، ص35.

4- دلاندة يوسف: المرجع السابق، ص114. /ود. محمد صبحي نجم: المرجع السابق، ص34.

أموره التي يقوم عليها أن يتولى عقد المرأة ولي لها، ليظهر أن المرأة لم تتول الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها، ولأن تولي الوليعقد المرأة يهينها إلى أن يكون عوناً على الدفاع عن حقوقها وحصانتها، فلو تولت العقد بنفسها، لغلبيها الحياء فأسقطت كثيراً من حقوقها، هذا في الجانب المادي من العقد¹، أما في الجانب الآخر، يتمثل دوره في اختيار الزوج المناسب، صاحب الخلق والدين، الذي يسعد المرأة ويصون حقوقها، كما يقوم بالبحث عن شخصية الخطيب إذا كان صالحاً أم لا، وإذا كان كفوفاً أم لا، وعند تأكده منذ ذلك يقوم بإبرام العقد²، وذلك لأنه - أي الولي - أكثر تجربة من المرأة وتبصراً بحقائق الأمور، فقد تغلب العاطفة ورهافة الحس والهوى على المرأة التي تريد الزواج بأن ترى مصلحتها الحقيقية من خلال تعلقها بشباب طلبها للزواج، ولذلك احتاجت المرأة إلى من يقف إلى جانبها وينبهاها إلى الاختيار المناسب³.
ثم إن دور الولي في عقد الزواج يقوم على أساس التضامن في تحمل مسؤوليات هذا العقد الخطير، بحيث يكون فيه استئذان البكر ومشاورة الثيب في هذا الأمر، ولا ينعقد هذا الزواج إلا إذا عربت عن نفسها بالقبول، كما أن دور الولي على المرأة عند عقد نكاحها ليس دور حط من قدرها، وما هو دور حفظ لحقوقها من الضياع⁴. وعلى هذا لما لركن الولي من أهمية في عقد الزواج نجد أن الشارع الحكيم قد أسند الحق فيه للأقرب فالأقرب، وكل ذلك رعاية لمصلحة المولى عليها، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ترتيب الأولياء في النكاح على أربعة أقوال:

¹ - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد طاهر الميساوي، دار النفائس، الأردن، ط2، 2001م، ص434-435.
² - الدسوقي: المرجع السابق، ج2، ص222. / الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص153. / المرادوي: المرجع السابق، ج8، ص74. / الكاساني: المرجع السابق، ج2، ص248. / ابن مطهر الحلبي: المرجع السابق، ج2، ص593.
³ - الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص207. / والشيرازي: المرجع السابق، ج2، ص39. / ابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص368. / والسرخسي: المرجع السابق، ج4، ص221. / وابن المرتضى: المرجع السابق، ج3، ص28. / وابن حزم: المرجع السابق، ج9، ص38.
⁴ - الغزياني: المرجع السابق، ج2، ص557. / والشافعي: المرجع السابق، ج5، ص22. / والبهوتي: كشف القناع، ج5، ص55. / وابن الهمام: المرجع السابق، ج2، ص395. / والحلي: المرجع السابق، ج2، ص277.

أحدها لأبي حنيفة: الذي رتب الولاية في عقد الزواج عل حسب الإرث والحجب، فيقدم الابن، ثم ابن الابن وإن نزل، ثم الأب، ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم لأب، ثم العم الشقيق، ثم العلم الصحيح، ثم ابن العلم لأب، ثمولاء العتاقة، فإن لم يكن هناك عصابة، تنتقل ولاية النكاح للأم، ثم لأم الأب، ثم لأم الأم، ثم للبنات، ثم لابنت الابن، ثم لابنت ابن الابن، ثم لابنت بنت البنات وهكذا، ثم للجد غير الصحيح، ثم للأخت الشقيقة، ثم للأخت لأب، ثم للأخت لأم ثم لولد الأم ثم لأولادهم، ثم لباقي ذوي الأرحام، العمات، ثم الأعمام لأم، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام ثم أولادهم بهذا الترتيب. فإذا عدمت الأقارب من العصابات وغيرهم فتنقل الولاية إلى مولى المولاة إن وجد، ثم للقاضي ونوابه.¹

والثاني للشافعية: وهو أن الأحق بالولاية في النكاح الأب، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم بنوهما وإن نزلوا، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم بنوهما وإن نزلوا، ثم سائر العصابات، فإن لم يكن لها عصابة، فالمولى المعتق ثم عصابته، ثم مولى المولى ثم عصابته على ترتيب الإرث، فإن لم يكن فوليتها السلطان.²

والثالث للحنابلة: وهو الأحق بالولاية فيه الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الابن، فابن الابن وإن نزل، ثم الأخ الشقيق، فالأخ لأب، فابن الأخ الشقيق، فابن الأخ لأب وإن نزل، ويقدم منهم الأقرب فالأقرب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم بنوهما وإن نزلوا، ثم أقرب عصابة نسب كعمالاب، ثم بنيه، ثم عم الجد، ثم بنيه كذلك وإن علوا كالإرث، ولا ولاية لغير العصابات من الأقارب، ثم مولى العتاقة، ثم عصابته الأقرب منهم فالأقرب كالميراث، ثم مولى المولى، ثم عصابته من بعده كالإرث. ثم عند عدم عصابة النسب والولاء، فالولاية للسلطان أو نائبه، فإن تعذر وكلت عدلا في ذلك المكان يزوجها.³

1- الاسروشنى: جامع احكام الصغار، مطبعة النجوم الخضراء، بغداد، 1982م، ج1، ص210 وما بعدها. / والكاساني: المرجع السابق، ج2، ص250.

2- النووي: المجموع، ج17، ص331 وما بعدها. / والغمراوي: المرجع السابق، ص368 وما بعدها.

3- المرادوي: المرجع السابق، ج8، ص7 وما بعدها. / وابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص346 وما بعدها. / والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، طبع بمصر، ج3، ص17-18.

والرابع للمالكية: وهو أن الولي إما مجبر وإما غير مجبر، أما الذي يجبر فالأب، ثم وصيه، وأما الذي لا يجبر، فالقراية، والمقدم من الأقارب الابن، ثم ابنه وإن بعد، ثم الأب، ثم الأخ الشقيق، ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم لأب، وإن نزل، ثم الجد أبو الأب، ثم العم الشقيق، ثم لأب، ثم ابناؤهم، ثم عم الأب، فابنه، ثم عم الجد كذلك صعودا وهبوطا. يلي ذلك مولى العتاقة، ثم عصبته، ثم معتق المعتق كالإرث، ثم الكافل غير العاصب، ثم القاضي، ثم ولاية الإسلام العامة، فيوكل رجلا من المسلمين بعقد نكاحها.¹ وكل ما ذكر من ترتيب الأولياء عند الفقهاء إنما هو في حق الحرية، فأما الأمة، فالسيد المالك مقدم على غيره حتى من العصابات النسبية وذلك بإجماع الفقهاء² كما اتفقوا على أن المرأة إذا انعدم لها عصبه النسب والولاء فتلجأ لولاية السلطان أو نائبه لأنه ولي من لا ولي له لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة رضي الله عنها: (.....) **فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له.**³

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

لقد بين المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد أن دور الولي في عقد الزواج مع المرأة البالغة العاقلة سواء كانت ثيبا أو بكرا هو الحضور معها، لأن المشرع أعطاهم حق عقد زواجها بنفسها مع اختيار أي ولي يحضر معها هذا العقد سواء كان أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر. وهذا ما نعت عليه المادة 11 من قانون الأسرة على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".
دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".
وكذلك المادة 13 منه التي تنص على أن: " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها"⁴.

¹ - الغرياني: المرجع السابق، ج3، ص.564/والقرافي: الذخيرة، ج4، ص230 وما بعدها. /والعلوي: المرجع السابق، ص16

² - ابن قدامة: المرجع السابق، ج7، ص360. /والخرشي: المرجع السابق، ج3، ص174. / والشافعي: المرجع السابق، ج5، ص24. /والزيلي: المرجع السابق، ج2، ص506 وما بعدها.

³ - سبق تخريجه ص29.

⁴ - نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص67. / والعربي بلحاج: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص156.

الفرع الثاني: دور الولي في ولايته على المال:

أولاً: في الفقه الإسلامي:

يتمثل دور الولي هنا في ان يكون حريصا على مصلحة المولى عليه ممن تجب عليه هذه الولاية سواء كان صغيرا أو مجنونا أو معتوها أو سفيها. وعلى الولي أن يتصرف في مال القاصر على أساس النظر والاحتياط وبما فيه حظ واغتباط ومصلحة واضحة له¹.

يتمثل دوره كذلك في مطالبته بحقوق المولى عليه، وإقامة البنات، وتحليف الخصم إن أنكرها، والمصالحة بدفع بعض ما على المحجور من دين أو عين إذا كانت به بينة، وقبض بعض ما للمحجور إن لم يكن به بينة².

ويتمثل دوره كذلك في المحافظة على مال القاصر وعدم أكله بالباطل خاصة إذا كان يتيما حيث يقول تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتِيمِ ظُلْمًا إِنَّهُمْ يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ [النساء: 10] فصلاحيات الولي في ولايته على المال مقيدة بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً للمولى عليه كقبول الهبة والصدقة والوصية مثلا وهذا ما يتجسد في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام: 152]³.

فعليه - أي الولي- أن يراعى مصلحة من تحت ولايته من ناحية الإنفاق عليه، وتنمية ماله وترشيده في مباشرة المعاملات المالية في الوقت المناسب، وعلى هذا يستوجب منا مناقشة ما يلي:

1- كيفية الإنفاق على الأيتام من أموالهم:

نفقة الولي على اليتيم مقيدة بالمعروف على قدر وسع اليتيم وماله قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: 7]⁴، فينفق الولي على هذا الصغير في خنته وفي عيده وعرسه بحسب قلة ماله وكثرتة. ولا بأس أن تخط الولي نفقته مع نفقة هذا القاصر إذا كان في ذلك رفق به، ولأن أفرادها بالنفقة يشق إن كان معه في بيته قال تعالى: ﴿فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَابْخُونَهُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ [البقرة: 220]⁴.

أمّا أكل الولي من مال موليه، فقد اختلف الفقهاء فيه، فذهب الحنفية إلى أن للوصي إذا عمل أجره مثل عمله إن كان محتاجا، وإلا فلا أجره له⁵.

وقال الشافعية والمالكية: ليس له أن يأكل منه إذا كان غنيا، أما إذا كان فقيرا فيجوز له أخذ كفايته منه لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: 6]⁶.

وقال الحنابلة: للولي- غير الحاكم وأمينه - الأكل لحاجة من مال موليه، أما مع عدم الحاجة فليس له إذا فرض الحاكم له شيئا. أما الحاكم وأمينه فلا يأكلان شيئا منه لاستغنائهما بما لهما في بيت المال. ومنع الجصاص من الحنفية الولي من الأكل من مال اليتيم مطلقا لقوله تعالى في الآية السالفة الذكر ﴿إِنَّ الَّذِينَ

¹ - الشيرازي: المرجع السابق، ج2، ص335. / والبهوتي: شوح منتهى الإيرادات، ج2، ص292. / والغرياني: المرجع السابق، ج3، ص668. ود. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص427. ود. مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص809.

² - البهوتي: شوح منتهى الإيرادات، ج2، ص293. / والأزهري: المرجع السابق، ج2، ص99 و100.

³ - ابن جزري: المرجع السابق 251 و252. / وابن قدامة: المرجع السابق، ج6، ص223.

⁴ - الشيرازي: المرجع السابق، ج1، ص337. / والبهوتي: شوح منتهى الإيرادات، ج2، ص292. / والغوياني: المرجع السابق، ج3، ص671. / والأسروشنى: المرجع السابق، ج4، ص147.

⁵ - الأسروشنى: المرجع السابق، ج2، ص261 وما بعدها.

⁶ - الشيرازي: المرجع السابق، ج1، ص337. / وابن العربي: أحكام القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، 1376هـ، ج1، ص325-326.

يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ﴿النساء: 10﴾ وحمل الأكل بالمعروف الوارد في حق الفقير في الآية السابقة على أكله من مال نفه بالمعروف لئلا يحتاج إلى مال اليتيم. هذا ولقد ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي إلى أن الولي الفقير لا يلزمه رد بدل ما أكل عند يساره لأنه عوض عن عمله، فلم يلزمه رد بدله مطلقا كالأجير والمضارب كالرزق الذي يأكله الإمام من بيت المال¹.

2- تنمية مال اليتيم والصغير:

- بالنسبة للصغير: إذا كان الولي هو الأب فتنصره في مال ابنه قصد تنميته يكون محمولا على السداد والمصلحة، لأن الأب له ما يكفي من العطف والشفقة على أولاده، فله أن يتاجر له في ماله، ويبيع له عقاره، ولا يطالب الأب بذكر السبب الذي باع من أجله، وليس من حق الابن بعد رشده الاعتراض على ما فعله أبوه، إلا إذا باع الأب شيئا من مال ابنه في مصلحة نفسه، أو حابى به، غير مراعاة لمصلحة الابن فانه يرد، ما لم يفت البيع، فإن فات، وجب رد القيمة².

- أما بالنسبة لليتيم: فقد اختلف الفقهاء في حكم تنمية ماله من قبل الولي على أربعة أقوال: أحدها للجصاص وابن تيمية: وهو أنه مندوب إليه وليس بواجب. واستدل الجصاص بقوله تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ﴾ [البقرة: 220]. فقال رحمه الله: "ظاهر اللفظ يدل أن مراده الندب والإرشاد"³. وقال ابن تيمية: "ويستحب بالتجارة. بمال اليتيم"⁴ لقول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وغيره: (اتَّجَرُوا بِأَمْوَالِ الْيَتَامَى، كَيْلَا تَأْكُلَهَا الصَّدَقَةُ)⁵.

والثاني للحنابلة: وهو أن للولي مطلقا الإتجار. بمال المولى عليه، وهو أولى من تركه لما روى ابن عمرو عن النبي @ قال: (ألا من ولي يتيما له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة)⁶ ولأنه أحظ له، ويكون للمولى عليه ربحه كله، لأنه نماء ماله، فلا يستحقه غيره إلا بعقد. غير أن للولي دفع ماله إلى أمين ليتجربه مضاربة بجزء مشاع معلوم من ربحه لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها: (كانت تعطي أموال اليتامى الذين في حجرها من يتجر لهم فيها)⁷ وهذا مصلحة للمولى عليه، لما فيه من استبقاء ماله⁸. والثالث للحنفية والمالكية: وهم أن للولي أن يتجر في مال اليتيم وبينيه، لأن ذلك أصلح لليتيم، إذ لا فائدة في إبقاء أمواله بدون تنمية، أما أن يتسلفها ويتجر فيها لنفسه، فلا يجوز له ذلك، لأن الأصل في تصرفات الولي في مال اليتيم أنها مقيدة بمصلحته، وعلى محور هذا الأصل تدور جميع تصرفات الولي⁹. والرابع للشافعية: وهو أنه يجب على الولي تنمية مال اليتيم بقدر النفقة والزكاة لا أكثر. قال النقي السبكي في فتاواه: "اختلف الأصحاب في التجارة بمال اليتيم هل هي واجبة أم مستحبة؟ والأصح في المذهب أنها واجبة بقدر النفقة والزكاة. فينبغي لولي اليتيم أن يجتهد، وحيث غلب على ظنه غلبة مصلحة اليتيم التي أشار الشارع إليها يفعلها"¹⁰.

1- ابن العربي: المرجع السابق، ج1، ص325-326. / والشيرازي: المرجع السابق، ج1، ص337. / والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص295.

2- الشيرازي: المرجع السابق، ج1، ص337. / والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص292. / والغرياني: المرجع السابق، ج3، ص668. / والأسروشنى: المرجع السابق، ج2612 وما بعدها.

3- الجصاص: أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ، ج2، ص361.

4- البعلي: الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1369هـ، ص138.

5- رواه مالك: كتاب الزكاة، باب أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، 588، ص167.

6- رواه الترمذي: كتاب الزكاة عن رسول الله، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، 641، ج3، ص32.

7- رواه مالك: كتاب الزكاة، باب أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم كانت تعطي أموال اليتامى، 523، ج1، ص251.

8- والبهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص292.

9- الأسروشنى: المرجع السابق، ج2، ص305، وج3، ص95. / وابن العربي: المرجع السابق، ج1، ص325 وما بعدها.

10- السبكي: فتاواه، مطبعة القدسي، مصر، ج1، ص326. / والعز بن عبد السلام: فتاواه، مكتبة القرآن، مصر، ص122.

3- ترشيد القصر في المعاملات المالية:

إن الولاية المالية على القاصر تقتضي تدريبيه على الرشد. فعلى الولي أن يختبر عقله، ويزن حاله ومعرفته بالتصرف قبل البلوغ. فمثلا يدفع إليه ما يتصرف فيه حتى تتبين حاله فيما يجئ منه. حتى إذا بلغ القاصر السن الذي يصلح عنده للنكاح، وتبين الولي منه هداية في التصرفات، وصلاحا في المعاملات، وأبصر منه الرشد المخصوص في التصرف والتجارة، وجب عليه -أي الولي أو الوصي- أن يسلم إليه ماله بدون تأخير ولا تماطل مع الإشهاد عليه، لئلا يقع منه جحود وإنكار لما قبضه وتسلمه. قال تعالى: (وَأَبْتَلُوا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا) [النساء: 6].¹

ثانيا: فيقانون الأسرة الجزائري:

لقد بين المشرع الجزائري أن دور الولي على مال القاصر يمثل في خدمة مصالحه ولا يقوم بتصرفات تهدد هذه المصلحة وأن يتصرف تصرف الرجل الحريص بدون أن يلحق الضرر به². وهذا ما نصت عليه المادة 1/88 بأن على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. كما أن قيامه - أي الولي - بتنمية مال القاصر متوقف على استئذان القاضي في تصرفاته خاصة التي بينها المادة 2/88 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على أن: "...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 الاقتراض أو المساهمة في شركة.
 - 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".
- ولا يكفي الاستئذان بل لابد أن يكون إذن القاضي في مصلحة القاصر وهذا بنص المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"³.

المطلب الرابع: انقضاء الولاية:

المشرع الجزائري ذكر أسباب انقضاء نظام الولاية في نص المادة 91 ق.أ.ج كما ذكر أسباب أخرى في نص المادة 96 ق.أ.ج المتعلقة بانقضاء الوصاية إذ هناك أسباب طبيعية لانقضاء الولاية بالإضافة إلى أسباب قانونية لانقضاء.

الفرع الأول: الانقضاء الطبيعي للولاية

تنتهي الولاية طبيعيا إما بموت القاصر أو بموت الولي⁴.

أولا: موت الولي وبلوغ أجله

تنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا وهذا طبقا للمادة 2/91 ق.أ.ج «تنتهي وظيفة الولي: 2- بموته»

1- الغزياني: المرجع السابق، ج3، ص660 وما بعدها. / وسعيد حوى: المرجع السابق، مج2، ص999 و1000.
2- العربي بلحاج: مبادئ الاجتهاد القضائي، ص156. / الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص71.
3- الدكتور نصر الدين مبروك: المرجع السابق، ص71. / ودلاندة يوسف: المرجع السابق، ص134 وما بعدها.
4- باديس ديلمي، المرجع السابق، ص57.

وكذا المادة 1/96 ق.أ.ج تنص على ما يلي: «تنتهي مهمة الوصي: 1- بموت القاصر أو زول أهلية الوصي أو موته...»¹.

في هذه الحالة تمنح كل أموال القاصر التي كانت بحوزة الولي إلى شخص آخر يعينه القاضي ليتولى إدارة أموال القاصر، وذلك بناءً على طلب كل من له مصلحة في ذلك.

ثانياً: موت القاصر

إن الشخص القاصر هو محل اعتبار في الولاية ووفاته يؤدي إلى زوال سبب وجود الولاية حيث أنه كل الأموال التي فيها ملك للقاصر تعد من الشركة فتقسم على ورثته وذلك بعد أن يعرض الولي أمر الوفاة إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يتخذ الإجراءات المناسبة لأن هذه الأموال تخضع دائماً لرقابته، وبالتالي هو الذي يقرر انتهاء الولاية².

الفرع الثاني: الانقضاء القانوني للولاية

تنتهي الولاية قانونياً إما بالحكم بفقدان الولي أو عجزه عن القيام بأعباء الولاية وبلوغ القاصر سن الرشد.

أولاً: فقدان الولي

يحكم على الولي الذي مر عن فقدان مدة 4 سنوات بموت حكمي، وهذا يفقده الولاية لاستحالة القيام بمستلزمات الولاية أثناء الحكم عليه بالفقدان وبالتالي تنتقل الولاية إلى شخص آخر³.

ثانياً: عجز الولي

المشرع الجزائري لم يحدد المقصود هل العجز المادي أو العجز الجسماني في نص المادة 1/91 ق.أ.ج التي تقضي بما يلي: «تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه»⁴ فيجوز للولي الذي يكون عاجزاً عن القيام بأعباء الولاية لكبر في السن أو المرض أو وجود العاهتين أن يقدم طلب إلى المحكمة لإعفائه من مزاولة الولاية على أساس المادة 1/91 ق.أ.ج وكذلك المادة 80 ق.م.ج التي تنص على: «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتغور عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخصي الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة»⁵.

فالولي الذي قررت لمصلحته مساعدة يعتبر عاجزاً عن تسيير أمواله وبالتالي يكون عاجزاً عن الولاية وحماية أموال القاصر. وبالتالي تنتهي ولايته وتعطى لشخص غيره يليه في المرتبة⁶.

1 - القانون رقم 84-11، المرجع السابق.
2 - منصف بزاري، المرجع السابق، ص 69.
3 - سورية غربي، المرجع السابق، ص 171.
4 - القانون رقم 84—11، المرجع السابق.
5 - القانون رقم 05-10، المرجع السابق.
6 - سورية غربي، المرجع السابق، ص 172-173.

ثالثا: بلوغ القاصر لسن الرشد

إذا اكتملت أهلية المولى عليه، لم يعد هناك ما يوجب قيام نظام الولاية على القاصر وماله إذ لا ولاية على رشد لقوله تعالى: ﴿..... فَإِنْ عَانَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا...﴾ [النساء: 6]

وبالرجوع لأحكام التشريع الجزائري نجد أن المشرع تطرق لهذا العنصر في المادة 40 ق.م.ج التي تنص على: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواعد العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة»¹.

فالسن المطلوب هو سن 19 سنة كاملة، والمشرع الجزائري في ق.أ.ج لم يذكر هذا السبب في المادة 91 ق.أ.ج لكن نص عليه في المادة 2/96 ق.أ.ج المتعلقة بنهاية مهنة الوصي². لكن ليس بلوغ القاصر سن الرشد سبب كافي لانتهاء الولاية بل حتى ترشيده القاصر في التصرف في أمواله يعد سبب من أسباب انتهاء الولاية، إلا أنه يختلف الترشيح في ق.أ.ج عن ق.ت.

فالترشيح في ق.أ.ج نص عليه المشرع الجزائري في المادة 84 ق.أ.ج «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ 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»³. حيث يجوز للقاضي أن يسمح للقاصر أن يتصرف في أمواله بعد حصوله على إذن من المحكمة، شرط أن يكون القاصر بلغ سن التمييز وهو سن 18 سنة وهذا بناء على طلب من له مصلحة في ذلك.

أما الترشيح في القانون التجاري لقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 5 ق.ت التي تقضي على ما يلي: «لا يجوز للقاصر المرشد، ذكر أو أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره رشد بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية.

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحالة عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب أو الأم.

- ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري»⁴.

حيث يشترط المشرع الجزائري لاستفادة القاصر من رخصة الترشيح من أجل ممارسة الأعمال التجارية ما يلي:

هو بلوغ القاصر لسن 18 سنة دون أن يكون محجورا عليه، الحصول على الإذن مسبقا من الأب أو الأم أو على قرار مجلس العائلة وإذا كان والده متوفيا أو غائبا وألا يكون الإذن عاما.

بل يتم تحديد كل الأعمال التي يقوم بها هذا القاصر المرشد⁵.

1 - الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

2 - باديس ديلمى، المرجع السابق، ص 61.

3 - القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

4 - الأمر رقم 75-59، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم.

5 - صورية غربي، المرجع السابق، ص 168-169.

المبحث الثاني: الوصاية

المطلب الأول: مفهوم الوصاية

الفرع الأول: الوصاية لغة:

من أوصي له بشيء، ووسى إليه جعله وصيه، والاسم الوصاية بفتح الواو وكسرهما والوصاية جمع وصايا وهي الولاية على القاصر، والوصي من يوصي له ويقوم على شؤون الصغير¹.

والوصاية أيضا تعني طلب شخص شيئا من غير ليفعله على غيبته في حال حياته وبعد مماته، ومعنى ذلك جعله وصيه: يتصرف في أمره وماله بعد موته².

الفرع الثاني: الوصاية شرعا:

عرف الحنفية الوصاية بأنها: طلب الشيء من غير ليفعله بعد وفاته أو غيبته كقضاء ديونه، والحفاظ على المال أو تزويج بنته، فالوصاية عند الحنفية إنابة بعد الموت أو الغيبة.

وعرفها المالكية: عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته، وهذا التعريف يشبه عند المالكية الوصية.

أما الشافعية فللوصاية عندهم تعريفان، هما:

الأول: إثبات تصرف مضاف إلى لما بعد الموت.

الثاني: العهد على من يقوم على أولاده بعده.

أما الحنابلة فقد عرفوها: جعل التصرف لغير بعد موته. فيما كان التصرف فيه³. وخالصة القول أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا الوصاية بأنها أمر بالتصرف بعد الموت".

والدليل على ذلك نجده، في قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 180] ، فالآية شاملة لكل حق مادي ومعنوي في ذمة الموصي نحو الولد الموصي عليه.

واستندوا أيضا إلى قول الله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ إِخْرَانٍ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةً الْمَوْتِ﴾ [المائدة: 106]

الفرع الثالث: الوصاية قانونا:

لم تذكر النصوص القانونية تعريفا خاصا بنظام الوصاية ولا بالوصي، إلا أن فقهاء القانون ذكروا بعض التعريفات منها: تعريف الدكتور الجبوري علي "أن الوصاية هي نوع من أنواع النيابة وتسمى بالولاية أو المكتسبة، وهي التي تكون بتسليط من الغير فيكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه سواء كان وليا خاصا كالأب والجد أو عاما كالقاضي".

¹ - بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، المنار، سطيف، الطبعة الأور، 2012، ص27.

² - إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة "دراسة فقهية قانونية"، دار الأمل، 2014، ص.60.

³ - عبد الله محمد سعيد رابعة: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 2005، ص17-18.

أما الدكتور عمرو عيسى، عرف الوصاية على أنها "نظام لرعاية أموال القاصر فهي شبيهة بنظام الولاية فكلاهما يحمي أموال القاصر، غير أن الولاية لا تكون إلا للأب والجد وأساسها القرابة، فإذا توفيا استحال تطبيق نظام الولاية واستلزم الأمر الأخذ بالوصاية، وذلك بتعيين وصي تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها قانوناً"¹.

والمشرع الجزائري لم ينص على تعريف الوصاية، وإنما اكتفى بذكر الوصي المختار من الأب والجد، والوصي المعين من القاضي أي المقدم.

على عكس بعض القوانين العربية، التي عرفت الوصاية كقانون الأحوال الشخصية الأردني الذي عرفها: "على أن الوصاية أخص من الوصية، فهي لا تصدق على التملك إلا بعد الموت هذا التعريف موجود في الوصية".

وعرف قانون الأحوال الشخصية العراقي الوصاية في المادة 75 منه على أنها "إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصي بعد وفاته"².

- الطبيعة القانونية للوصاية:

فالوصي يمثل القاصر في الأعمال التي يباشرها والتصرفات التي يبرمها الخاصة بأمر الوصاية، وتتصرف هذه الأعمال والتصرفات إلى القاصر شخصياً مما يجعل الوصي نائباً قانوناً على القاصر.

وفي خصوص تقرير نيابة الوصي عن القاصر، ورد في قرار محكمة النقض المصرية "الوصاية هي نوع من أنواع النيابة القانونية" تحل بها إرادة؛ القاصر مع انصراف الأثر القانوني إلى ذلك الأخير"³. وبالرجوع إلى صور النيابة، نجد أن الوصي نائب قضائي بالنظر إلى الجهة التي عينته وهو النائب القانوني مثله مثل الولي الشرعي بالنسبة إلى المصدر الذي حدد سلطته والمصدر هو القانون. تبدو الصلة بين الولاية والوصاية أن موضوعهما سلطة تمنح للغير على القاصر سواء في النفس أو المال ويفترقان في طريقة إثبات التصرف فإثبات الولاية بقوة القانون، أما الوصاية فلا تثبت إلا بأمر من المحكمة الذي صدر لتثبيت الوصي من قبل الولي أو القاضي".

المطلب الثاني: أنواع الوصاية

تتنوع الوصاية بحسب الزاوية التي ينظر إليها، فالوصي من حيث يستمد سلطاته إما بالتعيين وهنا ما يسمى بالوصي المختار والوصي المعين؛ وقد يكون أيضاً وصياً عاماً أو خاصاً، أو وصي خصومة من حيث مدى السلطات التي تعطى له، وقد يكون وصياً مؤقتاً أو دائماً وذلك من حيث المدى الزمني لسلطاته، وقد يكون أكثر من واحد أي تعدد الأوصياء.

الفرع الأول: الوصي المختار والوصي المعين

أ- الوصي المختار:

1- تعريفه: على بعض رأي الفقهاء هو وصي الأب ووصي الجد؛ لأن الأب أو الجد يختار له خليفته في الولاية على القصر بعد وفاتهم⁴.

¹ - موسوس جميلة: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة ماجستير - العقود والمسؤولية - جامعة بومرداس، كلية الحقوق، 2006، ص 99.

² - عبد الله محمد سعيد ربابعة: المرجع السابق، ص 19.

³ - بلقاسم شتوان: المرجع السابق، ص 28.

⁴ - محمد أبو زهره: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 1977، ص 480.

أو هو من تكون له السلطات التي للولي بالنسبة لإدارة أموال القاصر، إلا إذا حددها الموصي تحديدا صريحا في الوثيقة المثبتة للإيحاء ويكون اختيار الوصي بموجب وصية مكتوبة صادرة عن المتوفى وموقع عليها منه أمام القاضي أو الموثق وبحضور الشاهدين¹.

2- **الوصي المختار في الفقه الإسلامي:** الوصي المختار مقدم على الجد في الفقه الحنفي وبليته في الفقه الشافعي، ويكون بعد الأب في الفقه المالكي والحنبلي لعدم اقرارهما لولاية الجد. وإقامة الوصي المختار يكون بعقد بين الموصي والوصي؛ بحيث بإيجاب من الموصي وقبول من الوصي².

3- **الوصي المختار في القانون:** نصت المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدماهليتها لذلك بالطرق القانونية"³.

وأقرت هذه المادة على أن الأب هو الأقدر على اختيار الوصي الأحسن والصالح لمباشر الوصاية على القاصر، وأجاز للجد أيضا إقامة الوصي المختار على أحفاده القصر ويخضع لنفس أحكام وصي الأب، هذا في حالة غياب الأم وعجزها كما نصت المادة.

الفرع الثاني: الوصي المعين (وصيالقاضي)

1- **تعريفه:** هو الذي ينصبه القاضي للإشراف على التركة والأولاد⁴. في حالة لم يختار الولي وصيًا قام القاضي بتعيين الوصي من بين من يصلح لذلك من أقارب القاصر، بعد أخذ رأي مجلس الأسرة، والوصي المعين يتسلط على إدارة أموال القاصر وبمثله في العقود⁵.

2- **الوصي المعين في الفقه الإسلامي:** اتفق الفقهاء على أن القاضي إذا لم يوصي الأب والجد وصيهما لأحد، وجب على القاضي تعيين وصي لأن القاضي ولي من لا ولي له كما جاء في قول رسول الله@: " **السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**"⁶.

ووصي القاضي كالوصي المختار يتصرف في كل ما كان نافعا للقاصرين، ويقوم بالإشراف على شؤونهم ويعمل على حفظ أموالهم وتنميتها.

3- **الوصي المعين في القانون:** الوصي المعين هو وصي القاضي، وهو الذي يختاره في حالة تعدد الأوصياء أو عدم وجود وصي على القاصر، وهذا يتضح في نص المادة 92 من قانون الأسر الجزائري.

4- **وجه الاختلاف بين الوصي المختار والوصي المعين:** يكمن الاختلاف في أن:

- الوصي المختار له أن يقيم وصيا بعد وفاته على مال القاصر الذي له الوصاية عليه، عكس الوصي المعين إلا إذا جعل القاضي ذلك في قرار تعيينه والسبب في وجود القاضي الذي الوصي المعين يستمد ولايته منه، عكس الوصي المختار من الأب الذي يكون قد توفي¹.

1- بلقاسم شتوان: المرجع السابق، ص28.

2- قديري محمد توفيق: المرجع السابق، ص47.

3- الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

4- أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص169.

5- سيد عبد الله حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، المجلد الأول، دار السلام، القاهرة، مصر، 2001، ص343.

6- عبد الله محمد سعيد ربابعة، مرجع سابق، ص51.

- الوصي المختار لا يتخصص، وإن خصصه الأب ببعض الشؤون دون بعضها الآخر أما الوصي المعين من القاضي فإن خصصه القاضي بشيء دون شيء كأن يخصصه بإيجار العقارات، أو بقبض الديون أو غير ذلك من الأمور، فإنه يتخصص بما خصصه القاضي له.

- للقاضي سؤال وصيه عن مقدار التركة وليس الوصي المختار حق السؤال.
- لا يحق لوصي القاضي أن يشتري شيئاً لنفسه من مال القاصر، ولا أن يبيع شيئاً، أما وصي المختار فله ذلك إذا كان في تصرفه منفعة ظاهرة للقاصر².

- ليس لوصي القاضي حق المعارضة في مال القاصر مع نفسه، ولا مع من لا تقبل شهادتهم له، لأنه نائب عن القاضي، والقاضي لا يملك ذلك فكذلك نائبه، أما الوصي المختار فله ذلك بشرط أن يكون نافعا نفعاً ظاهراً.

- ليس لوصي القاضي الموكل للخصومة في عقار القاصر قبضه إلا بإذن من القاضي أو بتوكيل سابق فيه، أما الوصي المختار فيملك القبض من دون إذن³.

وعليه فإن تصرفات الوصي المختار أوسع من تصرفات وصي القاضي، وذلك عائدٌ إلى التكييف الفقهي للوصي، فوصي القاضي يعتبر وكيلًا عن القاضي بينما يعتبر وصي الأب والجد، عند من يجيز وصايته نائباً أو مفوضاً.

الفرع الثالث: الوصي الخاص، الوصي المؤقت، ووصي الخصومة

1- الوصي الخاص: تعريفه: هو الوصي الذي يتم تعيينه من المحكمة ويعين له القاضي المهام الموكلة له، حيث تنقضي وصايته بانقضاء المهمة التي أوكل بها، ومثال ذلك: لو اشترط المتبرع للمال للقاصر عدم تصرف وليه به، أو عند تعارض مصلحة الولي أو الوصي مع مصلحة القاصر⁴.

أ - الوصي الخاص في الفقه الإسلامي: أجمع الفقهاء على جواز تخصيص وصي القاضي، وثار خلاف حول جواز تخصيص الوصي المختار:

وذهب جمهور الفقهاء على أن الوصي المختار يقبل التخصيص، فإذا أوصى أي شخص بأمور كالتجارة مثلاً، التزم الوصي بذلك وإذا تعداه يكون قد خالف إرادة الموصي الذي قد يرى تعيين وصي آخر لأعمال أخرى يكون قد أفلح منه القيام بها، كما أن الوصاية تفويض بالتصرف بعد الموت.
أما الحنفية فيرون أن الوصي المختار لا يقبل التخصيص، لأن الوصاية خالفة تثبت كاملة ولا تتجزأ، وسبب التفرقة بين وصي الأب ووصي القاضي أن القاضي موجود دائماً يستطيع أن يختار وصياً آخر للتصرفات الباقية أما الأب فلا يمكن الرجوع إليه لأنه توفي⁵.

ب- الوصي الخاص في القانون: إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه، كالبيع أو شراء مال القاصر من الوصي، فتقوم المحكمة بتعيين وصياً خاصاً يرى مصلحة القاصر في هذا العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري

" إذا تعارضت مصلحة الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناءً على طلب من له مصلحة"¹

¹ - عبد السلام الربيعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا الشرى، د ط، الدار البيضاء، المغرب، 1996، ص372.

² - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ص803.

³ - سيد عبد الله حسين، المرجع السابق، ص343.

⁴ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 66

⁵ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص113.

ج — خصائص الوصي الخاص: يتميز عن غير من الأوصياء:

- القيام على عمل معين خاص بالقاصر، اقتضت الظروف انفراد الوصي الخاص بالتصرف في شؤونه.
- توقيت مهمة الوصي الخاص محددة في أغلب الأحيان.²

د — حالات تعيين الوصي الخاص من المحكمة: تتمثل في:

- تعارض المصالح، أي الخشية من التأثير على مصالح القاصر ومعيار تقدير الضرر يعود للقاضي الذي يقوم بعزل الوصي أو الولي أو أحد أقاربه.
- حالة التصرفات، وتتمثل في إبرام عقود المعارضة، أو تعديل هذه العقود أو نسخها أو إبطالها أو إلغائها.
- شرط وجود هذه الحالة أن يكون العقد بين القاصر ووليّه أو وصيه أو أحد فروعه أو أحد أقاربه.
- حالة التبرعات فإذا صدر تبرع اتجاه القاصر واشترط المتبرع في تبرعه منع الولي من إدارة أموال المتبرع به، وجب تعيين وصي من المحكمة.
- طبيعة العمل تقتضي دراية خاصة، وكان الوصي لا يدري هذه الأمور، في هذه الحالة تعين المحكمة وصيا خاصا له دراية في هذه الأعمال.³

- 2- الوصي المؤقت: وهذا مصطلح المشرع السوري، ويقابله في قانون الأسر الجزائري المقدم، وحكمه حكم الوصي العام إلا أن وصايته مؤقتة ومحددة بفترة زمنية.⁴

أ- حالات تعيين الوصي المؤقت: وتتمثل هذه الحالات في:

- حالة الحكم بوقف الولاية بسبب غيبة الولي الشرعي أو فقدانه أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للولاية كالعقوبة الجنائية، فهنا وجب تعيين وصي.
- حالة الحكم بوقف الوصي لثبوت إضراره لمصلحة القاصر أو ارتكاب أخطاء فتضطر المحكمة لتعيين الوصي المؤقت.⁵
- إذا حالة ظروف مؤقتة دون أداء الوصي لواجباته، وهذه الظروف متعددة منها حالة أصيب الوصي بمرض شديد أو انصراف إلى مهمته تقتضي تعيين وصي مؤقت لمباشرة عمله حتى يراعي شؤون القاصر.⁶

3- وصي الخصومة: تعريفه: هو الوصي الذي يمثل القاصر في الدعاوي والإجراءات القانونية التي يباشرها، وتنتهي هذه الوصاية بالفصل النهائي في الدعوى.⁷

- إجراءات إقامة وصي الخصومة: إن إقامة وصي الخصومة أمر جوازي للمحكمة ويخضع لتقديرها حسب الظروف المعروضة عليها، وذلك تحدد المحكمة للوصي العمل الذي يقوم به، أما إذا أُلِّق قرر المحكمة بتعيينه ولم يحدد له مرحلة معينة للتقاضي كان له الحق في رفع الدعوى والطعون في الأحكام التي تصدر لغير مصلحة القاصر الذي يقوم الوصي على مصالحه سواء كان الطعن عاديا أو غير عادي.

1- الأمر رقم 02-05 المعدل والنتم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

2- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 113.

3- أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص 114.

4- قديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص 48.

5- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 67.

6- أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص 115.

7- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 67.

ووصي الخصومة يكون له ما للوصي العام في رفع الدعوى عن القاصر الذي يرى أن له مصلحة في رفعها وأن يطعن في الأحكام الصادرة فيها بكافة طرق الطعن.

- ويشترك (الوصي الخاص، والوصي المؤقت، ووصي الخصومة): خضوعهم جميعهم لأحكام الوصاية حسب المهمة التي أسندت للوصي، واشترآكهم في صفة التأقيت، وتنتهي مهمة الأوصياء بانتهاء العمل الذي أقيم وصيا لمباشرتة، أو المدة التي اقتضت تعيينه من المحكمة.¹

الفرع الرابع: الوصي الواحد وتعدد الأوصياء

1- تعدد الأوصياء في الفقه الإسلامي:

الأصل أن يكون للقاصر وصي واحد يتولى شؤونه، غير أنه يمكن للموصي أن يوصي لأكثر من وصي واحد في عقد واحد أو اثنتين أو وصى على المشاركة أو الافراد فيما بينهم في التصرف احترام رغبتة، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء، والخلاف يكمن في عدم التحديد:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد من اجتماع الأوصياء في الرأي والاشترآك في التصرفات احتراماً لرغبة الموصي، فوجب أن يكون تصرف أحدهما موقوف النفاذ على مصادقة أآر أو بتوكيل منه، باستثناء المسائل التي تقتضي الاشترآك مثل التصرفات التي يخشى من تأخيرها ضرر كالبيع، أما التصرفات التي لا تحتاج إلى قبول كالهبات، فهي لا تقتضي الاشترآك.

وذهب أبو يوسف إلى أن كل واحد من الأوصياء الافراد بالتصرف دون مرجعة الآخرين، لأن الاختيار كل واحد فيهم كسب ولاية كاملة والولاية لا تتجزأ فمن الوصاية حمل أمانتها ومباشرتها.²

2- تعدد الأوصياء في القانون:

المشروع الجزائري في قانون الأسرة لم يقر بالتعدد وذلك ما يفهم من المادة 92 منه " ... إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون ".³ عكس المشروع المصري الذي أخذ برأي الجمهور في مسألة التعدد، وذلك في نص المادة 30 من قانون الولاية على المال " وللمحكمة أن تعين أكثر من وصي إذا ما رت ضرر لذلك "، كما نصت هذه المادة على عدم جواز الافراد بالتصرف في حالة التعدد.⁴

المطلب الثالث: أحكام الوصاية

للقوقف على أحكام الوصاية، يجب التعرض أولاً إلى نطاق الوصاية من حيث ما تعطيه من سلطات وما تفرضه من التزامات على الوصي التقيد بها، بصفته النائب القانوني على القاصر وحماية شؤونه.

الفرع الأول: آثار الوصاية

إن التطرق إلى سلطات الوصي من حيث التصرف في أموال القاصر هي نفسها سلطات الولي، ولقد ساوى المشروع الجزائري بين سلطات الوصي مع سلطات الولي، وجعل تصرف الوصي تصرف الرجل الحريص، ولقد حدد الفقه الإسلامي أيضاً السلطات التي يتمتع بها الوصي في التصرف في أموال القاصر.

1- أحمد نصر الجندي. نيابة شؤون الأسر، ص 170-171.

2- موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 118-119.

3- دهم من المادة 92 منه " ... إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون ".

4- موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 119.

أولاً: سلطات الوصي

1- سلطات الوصي في الفقه الإسلامي:

وفرق الفقهاء بين:

أ- **الوصي المختار:** نتعرض إلى سلطات الوصي المختار من قبل الأب أو الجد، وإن للقاعدة أن للوصي المختار ما للولي من تصرفات على ابنه القاصر، لأن ولايته مستمدة منه، ويعد خليفة له، غير أن شفقة الولي إذا اجتمعت مع حسن الرأي والتدبير جعلت ولايته كاملة لا تساويها تماماً شفقة الوصي، ولذلك فإن سلطات الوصي لا تتساوى مع سلطات الأب، بل تختلف عنها في مسائل حسب رأي فقهاء الشريعة¹، إلا في مسائل بيع العقار وتمثل هذه التصرفات:

- بيع الوصي العقار المملوك للقاصر: يتفق الفقهاء على جواز بيع الوصي لمنقول القاصر، بدون إذن من القاضي ولا حاجة إلى بيان سبب البيع، وذلك خشية تلفه وحفظ ثمنه يتوجب على الوصي بيعه.

- يتولى الولي بيع مال القاصر لمن لا تقبل شهادتهم له، من زوج وأصولوفروع والشراء بدون غبن فاحش، بينما لا يجوز ذلك للوصي إلا في حالة وجود منفعة ظاهرة².

بينما لا يجوز للوصي أيضاً رهن مال القاصر لدين على نفسه والعكس.

ويضيف الحنفية تصرفات أخرى يختلف فيها الولي عن الوصي وهي: أنه ليس للوصي تولي عقد عمل بينه وبين القاصر وحده نيابة عن الطرفين، ولا يجوز له المتاجرة بأموال القاصر بنفسه، أما عند الملكية ليس للوصي هبة الثواب من مال القاصر بينما يجوز للأب³.

تصرفات الوصي المختار: الأصل أن التصرفات في مال القاصر مقيدة دائماً بمصلحته، وتصرفات الوصي المختار هي:

- يتصرف في أموال القاصرين بكل ما كان نافعاً نفعاً محضاً، كقبول التبرعات وقبض الديون.
- يتصرف الوصي مما يحتمل النفع والضرر، كالإنجاز بأموالهم، وبيع منقولاتهم وشراء عقار أو منقول وتأجير عقاراتهم أو منقولاتهم، كل ذلك يمثل بذل مجهود، وهو يستوجب تحقيق فائدة.
- بيع الوصي مال نفسه لليتيم أو شراء ماله، إذ لا يجوز للوصي المختار فعل ذلك، إلا إذا كان في البيع والشراء منفعة ظاهرة⁴.

وتتحقق هذه المنفعة في نظر الفقهاء بأن يبيع العقار للقاصر بنصف القيمة أو يشتري عليه بنصف القيمة. وبذلك أن وصي الأب أي المختار هو كالأب إلا في مسائل بيع العقار.

ب- **الوصي المعين:** الوصي المعين في الفقه الإسلامي كالوصي المختار يتصرف في كل ما يكون نافعاً للقاصر، ويسهر على حفظ ماله، غير أنه يختلف عنه في بعض المسائل:
- الوصي المعين بقبل التخصيص، فيتقيد بما خصصه له القاضي، أما الوصي المختار فغي تخصيصه خلاف.

- ليس للوصي المعين أن يجري البيع والشراء بينه وبين القاصر، ذلك أنه نائب القاضي⁵.
- الوصي المعين لا يملك تعيين وصي من بعده على مال القاصر، إلا إذا جعل القاضي ذلك في قرر التعيين، عكس الوصي المختار فله أن يختار وصي من بعده.

1- نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وفقها وقضاء، ص 305.

2- محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، ص 381.

3- موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 124.

4- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 306.

5- محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص 631.

- الوصي المعين قابل للعزل، حتى ولو توافرت فيه جميع شروط الصلاحية للوصاية، وذلك لأنه وكيل القاضي وللموكل عزل وكيله، أما الوصي المختار فلا يملك القاضي عزله دون سبب مبرر لذلك.¹

ثانياً: سلطات الوصي في القانون

المشرع الجزائري ساوى بين سلطات الوصي وسلطات الولي، وذلك من خلال نص المادة 95 من قانون الأسر الجزائري " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون"، وتكمن حدود سلطات الوصي حسب نوع التصرف الذي يقوم به إن كان من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، أو الضارة ضرراً محضاً، أو الدائرة بين النفع والضرر، ونبين أحكام كل من التصرفات كالتالي:

1- التصرفات المطلقة:

باعتبار الوصي نائب قانوني عن القاصر وتستمد ولايته من الأب، والقاعدة أن للوصي ما للأب من تصرفات لأن ولايته مستمدة منه، والتصرفات المطلقة تتمثل في التصرفات النافعة نفعاً محضاً والتي يستطيع الوصي القيام بها دون الأخذ إذن من المحكمة ويجب ألا تحمل هذه التصرفات أي التزامات على القاصر، ففي هذه الحالة لا يجوز للوصي رفضها إلا بإذن من المحكمة²، وتتمثل هذه التصرفات: أ- قبول التبرعات: أي قبول الهبة مثلاً، أو قبض التبرع، وكذلك قبول الوصايا بشرط ألا تكون تحمل أي التزام على القاصر، وفي هذه الحالة يجب استئذان المحكمة سواء للرفض أو للقبول. ويجوز للوصي هبة المال لقاصره، وقبول هذه الهبة جائزة إلا إذا كانت لا تحمل التزام على القاصر، ويرى فقهاء الشريعة الدكتور السنهوري أن الولي أو الوصي ينوب على القاصر في قبوله الهبة وفي قبضها حتى ولو كان هو الواهب.³

ب- بيع المنقولات: للوصي أن يبيع منقول القاصر الموصى عليه كالأب، وبقبض الديون وله الحق في الاتجار لمصلحة القاصر.

في بيع المنقولات يجوز للوصي بيعها ولو بغير حالة للبيع كأداء الدين أو وصية أو نفقة على الصغار، لأن ثمن المنقولات قد يكون أنفع للورثة.

كما يجوز للوصي أيضاً أن يبيع مال القاصر لقريب الوصي، أو لو ارث الميت، كما يجوز للقاصر أن يشتري منهم.⁴

وعليه فإن المشرع الجزائري حدد تصرفات المقيدة من القاضي، واستناداً للفقر الأولى من المادة 88 قانون الأسرة التي نصت " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبعاً لمقتضيات القانون العام"⁵ بالإضافة إلى الإحالة للمبادئ الشرعية الإسلامية بموجب

1- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا، دون طبعة، الدار البيضاء، المغرب، 1996، ص 72.

2- عبد السلام الرفعي، المرجع نفسه، ص 73.

3- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2004، ص 126.

4- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 302.

5- الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

المادة 222 من نفس القانون، وبهذا نستطيع القول أن الوصي يتصرف كما يشاء ما دام لا يتعدى التصرفات المقيدة ولا يفرط في مصلحة القاصر في إطار معيار الرجل الحريص.¹

2- تصرفات الوصي المقيدة:

هي تلك التصرفات التي أوجب المشرع فيها على الوصي أن يحصل على إذن من القاضي وإتباع إجراءات خاصة، والقاضي يسهر على احترام هذه الإجراءات وتوفير الشروط القانونية لمنح الإذن.² والتصرفات المقيدة تتمثل في الدائرة بين النفع والضرر، فهي باطلة إذا كانت ضارة وجائزة إذا كانت مستوفية للشروط القانونية. والتصرفات المقيدة هي:

أ- **بيع العقار ورهنه:** بالنسبة للبيع، فإن الوصي يتقدم إلى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا الموجود في دائرة اختصاص موقع العقار، ويطلب منه الإذن لبيع العقار وعليه أنيثبت أمامه حالة الضرورة والمصلحة الموجودة من وراء البيع، كأن تكون حاجة القاصر ملزمة لبيع العقار، وأن يكون بيع العقار خيرا للقاصر من بقائه كبيعه بفائدة، أو وجود دين على القاصر تستقضي بيع العقار.³ وللقاضي أن يقبل أو يرفض هذا البيع.

ويتم بيع عقار القاصر في جلسة خاصة بذلك على مستوى المحكمة، والقاضي المختص هو قاضي شؤون الأسرة وهو الذي يمنح الإذن بالتصرف.

ب- **بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة:** لم يبين المشرع الجزائي المقصود بالمنقولات يمكن القول إنها تشمل كل المنقولات ذات القيمة المادية الكبيرة أو تلك المنقولات التي يتطلب بيعها القيام بإجراءات خاصة مثل المحل التجاري أو السيارات.⁴

ج- **استثمار أموال القاصر والمساهمة في شركة:** ويكون الاستثمار بالقرض وهو أحد العقود الناقلة للملكية، وهو من التصرفات المفقرة للذمة المالية ويعتبر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من عقود التبرع الضارة ضررا محضا بالقاصر، وإن كان القاصر هو المقترض فهو أيضا إثقال الذمة المالية للقاصر. كما أن الدخول في شركة لا يخلو من مخاطر عديدة، لاسيما في شركات الأشخاص التي يكتسب فيها الشرك صفة التاجر ويكون مسؤولا عن التزامات الشركة في ذمته المالية الخاصة وليس فقط نسبة مساهمته في رأس مال الشركة، مما يؤدي إلى استنزاف أموال القاصر.⁵

د- **الإيجار:** يجب أن تتوفر أهلية الإيجار وقت انعقاد العقد فلو حتى تتم عملية عزل الوصي قبل أن ينتهي الإيجار الذي عقده فإنه يظل الإيجار قائما حيث انعقد وكانت الوصاية قائمة، وبما أن الإيجار عمل من أعمال الإدارة، لذلك فإنه يلزم أن تتوافر في المؤجر أهلية الإدارة لا أهلية التصرف، أما إذا كان الشخص عديم التمييز، أو كان معتوه أو مجنون، فإنه لا يكون أهلا لمباشرة كافة حقوقه سواء المتعلقة بالإدارة أو التصرف في الأعمال. وفي حالة إن كان الصبي مميز ولم يبلغ سن الرشد، فتكون تصرفاته صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وتكون باطلة إذا كانت ضارة به، وقابلة للإبطال إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.⁶ والمشرع الجزائي أقر للوصي حق الإدارة فقط بمفهوم المادة 468 من القانون المدني التي

1- الغوثي بن مالحة، شرح قانون الأسرة في الفقه والقضاء، ص 207.

2- فديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص 80.

3- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 303.

4- ايت ملويا لحسين بن الشيخ، قانون الأسرة الجزائري مفسر للمبتدئين، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008، ص 86.

5- فديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص 81.

6- ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص 129.

نصت " لا يجوز لمن لا يملك حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجار تزيد مدته على ثلاث سنوات (3) ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"¹ وعليه فإذا قام الوصي بإيجار عقار القاصر لمدة تفوق ثلاثة سنوات دون إذن القاضي يتم تخفيض المدة، وذلك لعدم إقبال ذمة القاصر في مسألة تأجير العقار. أما بالنسبة لإيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة، هنا القاصر له أهلية وأصبح صالحاً لجميع التصرفات القانونية في ماله، فيجب أخذ الإذن من المحكمة لمباشرة تصرفاته إذا كانت مدة الإيجار تمتد إلى ما بعد البلوغ لأكثر من سنة.²

3- التصرفات الممنوعة:

ونقصد بالتصرفات هي التي تكون عكس مصلحة القاصر وتكون هذه التصرفات متعارضة مع المقصد الشرعي من الوصاية على مال القاصر، والتصرفات الممنوعة هي:

أ- تبرع الوصي من أموال القاصر: هذا التصرف يعتبر باطل من الوصي، فليس له الحق في أن يهب ولا يقف ولا يوصي، أو أي تصرف يضر بمصلحة القاصر.

ولا يجوز للوصي التبرع من مال القاصر، إلا في حالة وجود إذن من المحكمة.³

ب- اقتراض الوصي من مال القاصر أو اقتراض القاصر: إن إقراض المال بدون فائدة من الوصي، فلا يجوز للوصي الإقراض من مال القاصر، في حالة عدم وجود فائدة فهذا يعتبر تبرع وبالتالي لا يجوز له إقراض من مال القاصر بدون فائدة، ويتوقف ذلك على إجازة حكم من المحكمة، وقديم العلة والسبب التي تجعل الوصي يلجأ للاقتراض.

وفي حالة اقتراض القاصر بغير فائدة كان القريض باطلاً لأنه ضار ضرراً محضاً أما إذا كان بفائدة فإنه قابل للإبطال لمصلحة القاصر.⁴

1- الأمر 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
 2- أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، ص 121.
 3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 491.
 4- محمد كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2003. ص 67.

الفرع الثاني: التزامات الوصي وحقوقه

نقع على عاتق الوصي عدة التزامات حددها الفقه والقانون، تستهدف حماية القاصر والمحافظة على ماله، فواجبات الوصي هي في توفير الحماية للقاصر وأداء عمله على وجه مشروع، مما يترتب على هذا العمل حقوق للوصي نيلها منها حق الأجرة.

أولاً: التزامات الوصي:

1- رعاية القاصر:

هو الالتزام الرئيسي للوصي حيث يبذل قصار جهده لرعاية القاصر الذي هو تحت وصايته، وذلك لما يحتاجه من الوقوف إلى جانبه في الأمور الشخصية والمالية، ويقوم بالتصرفات التي تعود بالنفع على القاصر، وتقدير هذه التصرفات راجع إلى المحكمة.¹

2- تقديم تأمينات:

في القانون المصري نجد أن المحكمة تلزم الوصي بتقديم تأمينات بالقيمة التي تراها، وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر، ولا يعد تقديم التأمينات واجبا على الوصي، بل يترك أمر تقديمها لتقدير المحكمة وفقا للظروف.

وهذا غير موجود في القانون الجزائري مثل هذا الحكم.

3- إحاطة المحكمة بالإجراءات القضائية:

فالمحكمة قد ترى أن الصلح في الدعوى أكفل بتحقيق مصلحة القاصر فتأخذ بالصلح وتأمّر الوصي بالإقرار بالحقوق المدعى تقاديا لنفقات التقاضي، هذا ما أخذه المشرع المصري.²

4- إيداع ما يحصله الوصي من نقود إلى جهة خاصة بالمحكمة:

حسب المادة 43 من قانون الولاية على المال المصري: " على الوصي أن يودع باسم القاصر كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي تقرره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال 15 يوم من تاريخ تسلمه، ولا يجوز أن يسحب شيء من المال المودع إلا بإذن من المحكمة، وهذا لم يرد في القانون الجزائري.³

5- تقديم الحساب عند انتهاء الوصاية:

وهو حساب يقدمه الوصي عند انتهاء الوصاية، ويكون خلال أجل لا يتجاوز الشهرين⁴، وذلك حسب نص المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري " على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال الني في عهده ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين عن تاريخ انتهاء مهمته " ⁵.

هنا وجب على الوصي تقديم كل المستندات اللازمة لإبراء ذمته.

ثانياً: حق الوصي في الأجرة

باعتبار الوصاية عمل تبرعي، والتبرع لا أجره عليه، وقيام الوصي بأعمال الوصاية إنما لنيل ثواب الله عز وجل، ويقوم بها لإعانة القاصرين العاجزين عن تدبير شؤونهم وإدارة أموالهم بأنفسهم.

¹ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 137.

² - محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص 89.

³ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 138.

⁴ - موسوس جميلة، المرجع نفسه، ص 139.

⁵ - الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

غير أن الوصي قد يطلب أجره على عمله الذي أداه اتجاه القاصر¹، وهذا قد عرفت أراء الفقهاء اختلافاً، وذلك من الآية، في قوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) [النساء: 6]، وقد أمر الله بالاستعفاف في أخذ الأجر، وأجاز للفقير الأكل بالمعروف، والآية لم تمنع أخذ الأجر وإنما حثت الغني على الاستعفاف ليبقى عمله لله، وقد جاء اختلاف الفقهاء على النحو الآتي:

- **القول الأول:** يجوز للوصي أن يأخذ أجراً مقابل ما يقوم به من عمل وجهد في حفظ مال القاصر ورعايته، وهذا رأي جمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية.

غير أن الشافعية فرقوا بين الوصي الأجنبي وغير الأجنبي، فإذا كان أجنبياً، فله أن يأخذ من مال القاصر قدر أجر عمله، أما إذا كان غير أجنبي كقريب له، فلا يأخذ من ماله شيئاً إن كان غنياً، أما إذا كان فقيراً فله أن ينفق على نفسه بالمعروف².

واستدلوا أيضاً من السنة، روي جاء رجل للنبي @ فقال: "إني فقير، ليس لي شيء ولي يتيم، قال: كل من مال يتيمك غير مسرف، ولا مبذر ولا متأثر".

وجه الدلالة: جواز الأكل من مال الموصى عليه أي القاصر أجره مقابل عمل الوصي الذي يقوم به، ومعنى متأثر: الأخذ من مال اليتيم إلى ماله، وسبب استحقاق الأجر يعود إلى أن الوصي قد يترك أعماله الخاصة للتفرغ لأعمال الوصاية فيحرم من كسب عمله ورزقه، من خلال القيام بالوصاية³.

القول الثاني: ويرى الحنفية في أن أجر الوصي للنظر فيها، يجب التفريق بين وصي القاضي ووصي الميت، بحيث لا يستحق وصي الميت أجراً على وصايته، أما وصي القاضي، فيجوز للقاضي أن يجعل له أجر المثل على وصايته إلا أنهم يجيزون له أن يأكل من مال اليتيم إذا كان محتاجاً، أما إذا لم يكن محتاجاً فلا يحق له أن يأكل من مال القاصر.

واستدلوا بنفس الآية والحديث لإثبات رأيهم، وقالوا أن الله أمر بالاستعفاف ويعني الترك من الغني. بينما أجاز الله للفقير الأكل بالمعروف، والأكل لا يسمى أجراً

- **الرأي الراجح:** فالرأي الراجح بين الفقهاء في مسألة استحقاق الأجر من قبل الوصي سواء كان غنياً أو فقيراً، فالوصي يقوم بجهد في سبيل الحفاظ على مال القاصر ويترك أعماله من أجل هذا العمل، مما يبتغي به نيل أجره في سبيل ذلك⁴.

ولم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة حق الأجر بالنسبة للوصي فيرجع ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، على عكس بعض التشريعات العربية، منها القانون المصري في المادة 46 من قانون الولاية على المال: أن الوصاية تكون بغير أجر، أي مجانية، إلا إذا رأت المحكمة بناءً على طلب الوصي أن تعين له أجراً أو تمنحه مكافأة عن عمل معين⁵.

1- عبد السلام الرفاعي، المرجع السابق، ص444.

2- عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، ص82.

3- محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص101.

4- عبد الله محمد سعيد ربابعة، المرجع السابق، ص86.

5- موسوس جميلة، المرجع السابق، ص137.

وفي الأخير يستحسن أن تكون الوصاية مقابل أجر بحسب العمل الذي يقوم به الوصي حتى لا يتهاون الوصي في أداء مهامه، فيكون الأجر حافزا له، كما يكون ذلك مانعا له من محاولة أكل مال القاصر بالباطل.

الفرع الثالث: الرقابة القضائية على أعمال الوصي

في حالة تجاوز الوصي حدود سلطته في التصرف في شؤون القاصر، فهنا يبرز دور القاضي في الرقابة على الوصي.

أولا: سلطة القاضي عند تجاوز الوصي حدود سلطته:

يكون الخروج عند حدود تجاوز الوصي لسلطاته ومخالفة القانون، وقد أعطى المشرع للقاضي حق تقرير جزاءات التي في حق الوصي في التصرفات التي يبرمها الوصي خارج نطاق السلطة الممنوحة له، أو دون احترام الإجراءات القانونية الواجب عليه وهو أخذ إذن من القاضي.

ومن التصرفات الخارجة عن الحدود هو تبرع الوصي من مال القاصر مثلا الذي هو نائب عليه، فهنا يمكن القول بالحكم على هذا التصرف إذا صدر دون إذن من المحكمة وطلب موافقتها عليه فيحكم عليه بالبطلان، وبتحمل الوصي كل الأضرار التي قد تحصل للقاصر الموصى عليه¹.

وقد تلحق بالوصي المسؤولية المدنية عما يلحق القاصر من أضرار وذلك أن نظام الوصاية هدفه حماية مصالح القاصر المالية، فإذا تصرف الوصي بما يضر بمصلحة القاصر عمدا أو الإهمال، فيكون قد أخل بواجبه الشرعي والقانوني²، وهذا ما نصت عليه المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري: "يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره"³.

وعن طبيعة المسؤولية المدنية التي تقع على الوصي، يقول الدكتور علي سليمان: "في الواقع إن مسؤولية الوصي عقدية لأن الوصاية عقد يتم بين الموصي والوصي وهي مسؤولية تقصيرية نتيجة إخلال الوصي بالالتزام الذي فرضه القانون عليه وهو عدم الإضرار بالغير"⁴.

ويترتب على إخلال الوصي بواجباته والتزاماته، جزاء ان يكون للقاضي توقيعهما، ويتمثلان في:

1- العزل:

عزل النائب الشرعي أي الوصي وسلب وصايته أو إسقاطها عنه، ويُقصد به إعفاء الوصي من إدارة أموال القاصر، وهو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة الوصي إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع⁵، وقد نصت المادة 96 من قانون الأسر الجزائري: "تنتهي مهمة الوصي ... بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر"⁶.

فطلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى ثبت أن الوصي بصفة خاصة تتعارض مصالحه مع مصالح القاصر.

1- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1971، ص 617.

2- قوادرية وسام، المرجع السابق، ص 50.

3- الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

4- قوادرية وسام، المرجع السابق، ص 50.

5- نواري منصف، المرجع السابق، ص 64.

6- الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

ويكون عزل الوصي بموجب أمر يصدر عن المحكمة، ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر وتعرضها إلى الخطر للسلطة التقديرية للقاضي، فهذا الأخير يرجع له وحده القرار في إبقاء الوصي أو عزله¹.

2- التعويض:

متى قامت مسؤولية الوصي عن التصرفات التي عرضت مصلحة القاصر للخطر، يكون ملزماً بالتعويض للقاصر عن خسارته في التصرفات التي قام بها الوصي، ولكن لما كان الأصل الوصي اقتراض الأمانة، فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها أو إهمال حفظها، أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن مصلحة الوصي فلا ضمان عليه. وفي هذا الصدد لم يذكر المشرع الجزائري عن مقدار الضرر أو التعويض الذي يدفع إلى القاصر الذي لحق به الضرر، على عكس المشرع المصري الذي فرض غرامة مالية على الوصي قدرها مئة (100) جنيه²، وهذا جزاء على إضراره بالقاصر حسب المادة 84 من قانون الولاية على المال المصري وأن تحرمة من أجر كله أو بعضه، جزاء على الضرر الذي لحق القاصر.

ثانياً: تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي

قد يحدث تعارض مصالح القاصر في تصرف من التصرفات التي يبرمها الوصي، مع مصالح القاصر، في هذه الحالة أعطى المشرع الجزائري للقاضي الحق في تعيين متصرف خاص، يقوم بإبرام على هذا التصرف، ويحافظ على مصالح القاصر، وهذا ما نجده في نص المادة 90 من قانون الأسرة: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناءً على طلب من له مصلحة" بما أن الوصي يتعرض لنفس أحكام الولي أيضاً³.

ونستعرض حالات التي تتعارض فيها مصالح كل من القاصر ووصيه، ونجده كالاتي:

1- حالات تعارض مصالح القاصر مع مصالح الوصي:

نص المشرع الجزائري في المادة 90 من قانون الأسرة سالف الذكر، على إمكانية وقوع تعارض بين مصالح الوصي ومصالح القاصر ومصالح القاصر، فإنه لم يوضح الحالات التي تعتبر تعارض مع مصلحة القاصر، على عكس المشرع المصري الذي ذكرها من خلال المادة 31 من قانون الولاية على المال⁴، وهي ثلاث حالات تتعارض فيها مصلحة الوصي مع مصلحة القاصر:

أ- تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي:

تعتبر هذه من أبرز صور التعارض بين مصالح القاصر ومصالح النائب الشرعي وتتجسد هذه الحالة عندما يرغب الولي أن يشتري لنفسه مالا مملوكاً للقاصر.

ب- تعارض مصالح القاصر مع مصلحة زوجة الولي:

وتحقق هذه الحالة كأن يبيع الولي مالا مملوكاً للقاصر لزوجته، فلا شك أن هذه الحالة فيها تعارض بين مصلحة القاصر ومصلحة النائب الشرعي.

¹ - قوادرية وسام، المرجع نفسه، ص 51.

² - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص 143.

³ - الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

⁴ - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص 110.

ج-تعارض مصالح القاصر مع قاصر آخر مشمول بولايته:

وهو قيام الولي ببيع مال مملوك لولده القاصر المشمول بولايته، وهو في نفس الوقت يشتريه لولد آخر مشمول بولايته أيضا، فهذا أمر غير جائز، خشية تفضيل أحدهما على الآخر.¹

في هذه الحالة نكون أمام ما يعرف ببيع النائب لنفسه، الذي منعه المادة 410 من قانون المدني الجزائري: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".² يقتضي الأمر أمام هذا التعارض أن يكون للقاصر شخص آخر سواء كان بائعا أو مشتريا، ليراعي مصالحه المتعارضة ويحقق له النفع في صفقات كهذه.³

ثالثا: تعيين القاضي لمتصرف خاص

أقر المشرع الجزائري في نص المادة 90 من قانون الأسرة: " إذا تعارضت مصالح الوالي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"⁴، بما أن للوالي نفس سلطة الولي.

يعين القاضي هذا المتصرف الخاص من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، والمصلحة تتحقق حسب القواعد العامة لتقنين الإجراءات المدنية والإدارية فتكون إما مصلحة قائمة أو مصلحة محتملة.

وقد تأثر المشرع الجزائري بالقانون الفرنسي في مسألة تعيين متصرف خاص، حيث أخذ المشرع الفرنسي بهذا النظام في المادة 3/ 389 من التقنين المدني الفرنسي في حالتين هما:

-حالة تعارض مصالح القاصر ومصالح الولي.

-حالة منح وصية أو هبة للقاصر بأموال مع شرط أن يديرها شخص غير الولي.⁵

في حين أن بعض التشريعات العربية أخذت في حالة تعارض المصالح بين القاصر ووليّه أو وصيه، بنظام الوصي الخاص، حيث يعين القاضي وصيا خاصا متى رأى وجود تعارض بين مصالح القاصر ومصالح من ينوب عنه شرعا، ويقوم هذا الوصي الخاص بالتحقق من مدى صلاح العقد للقاصر، والإشراف على إبرامه، بدل المتصرف الخاص الذي جاء به المشرع على أثر المشع الفرنسي.

ولم يذكر المشرع الجزائري الشروط القانونية الواجب توافرها في شخص المتصرف على القاصر، وبالتالي يجب توافر الشروط نفسها التي توجد في الوصي، ولكن لا وجود لنص صريح يدل على ذلك، وتعود السلطة الكاملة للقاضي في اختيار المتصرف الذي يره قادرا ومناسبا لأداء المهمة الممنوحة له وألا يتجاوز حدود تلك المهمة.⁶

¹ - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص 110.

² -الأمر 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426ه الموافق ل 27 فبراير 2005، معدل ومتمم القانون 84- 11.

⁵ - قوادري وسام، المرجع السابق، ص 54.

⁶ - ماجدة مصطفى شبانة. المرجع السابق. ص 111.

وقد يكتشف القاضي حالة التعارض بين الوصي والقاصر ويقوم بتعيين متصرف خاص، وذلك بطلب من له مصلحة، فقد ألزم المشرع الولي في المادة 2/88 من قانون الأسرة الجزائري... وعلى الولي أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية...¹ ويلاحظ أن المشرع ضيق سلطات الولي حفاظا على مصلحة القاصر، وعليه فإن القاضي يجب استئذانه في بيع العقار أو بيع المنقولات، وبذلك يكون القضاء على علم بهذه التصرفات مما يمكنه من رقابة واكتشاف حالة التعارض التي قد تكون موجودة بين الطرفين.²

وفي الأخير نقول إن المشرع الجزائري وفق إلى حد كبير في توفير الحماية للقاصر من خلال القواعد التي نظم بها الوصاية، وذلك تجلى في إعطاء سلطة واسعة لحماية القاصر عن طريق أحكام تفرض رقابة صارمة على تصرفات الوصي وتقييدها فيما يحقق بجلب المصلحة للقاصر، وكل تصرف يقوم به الوصي متوقف على صدور إذن من المحكمة، فإذا رأت المحكمة أن التصرف في مصلحة القاصر منحت الإذن، إما إذا رأت العكس فيرفض الطلب.

¹ - الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 معدّل ومتمم القانون 84-11
² - قوادري وسام. المرجع السابق. ص 55 .

المطلب الرابع: انتهاء الوصاية

لما كانت الوصاية من مصلحة القاصر وحفظ ماله، ومن مصلحة القاصر انتهائها أيضاً، فلا بد أن تكون لها نهاية، فكما بدأت الوصاية بالإيجاب والقبول تنتهي أيضاً بعدة أسباب، سنتعرض لها في هذا المطلب.

ونجد في هذا المطلب، حالات انتهاء الوصاية في الفقه والقانون. ويترتب على انتهاء الوصاية آثار نتعرض لها في الفقه والقانون.

الفرع الأول: حالات انتهاء الوصاية

تنتهي الوصاية بعدة أسباب منها ما يخص القاصر كموته أو رشده أو ترشيده، أو أسباب تتعلق بالوصي كاستقالته أو عزله، ونذكر أسباب أخرى في الفقه والقانون.

أولاً: حالات انتهاء الوصاية في الفقه الإسلامي

عند فقهاء الشريعة تنتهي الوصاية بالأسباب التالية:

1- انتهاء الوصاية بالرشد أو الترشيده: إذا زال سبب الوصاية وهو قصور أهلية القاصر انتهت الوصاية على ماله، فلا وصاية على راشد¹، وذلك لقوله تعالى: "فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم"²، وقد اتفق فقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية بزوال الوصاية على القاصر إذا بلغ سن الرشد ولم يحدد الفقهاء سن الرشد وإنما حددها بالتجربة والنضج العقلي.

والوصاية على الصغير إنما كانت على سبيل الاحتياط والرعاية له، فلا وصاية على بالغ راشد باتفاق الفقهاء، وترتفع الوصاية عنه، مما يدفع الوصي إلى تسليم الأموال للقاصر إذا أصبح عاقلاً راشداً وقادر على التصرف في ماله، ويقوم الوصي بالإشهاد على التسليم لتبرئة ذمته.

كما تنتهي الوصاية بالترشيده، كان يعرف الوصي بأن القاصر رشيد وقادر على التصرف، فيرفع عنه الوصاية بإذن من القاضي، أو يأنس القاصر الرشد في نفسه فيطلب هو رفعها أمام القاضي.³

2- انتهاء الوصاية بموت القاصر: تنتهي الوصاية بموت القاصر وتصبح أمواله تركة تقسم على الورثة.

ويجب التمييز بين موت الوصي وموت القاصر، فموت الوصي ينهي ولاية الوصي المتوفي، بينما تنتقل الوصاية إلى غيره، أما موت القاصر فيؤدي إلى الانتهاء الكلي للوصاية لموت الموصي عليه أي القاصر.

3- انتهاء الوصاية بالاستقالة: للوصي المختار أو المعين الحق في طلب الاستقالة من القاضي فإذا رأى هذا الأخير ما يبررها وكانت لمصلحة القاصر، وقد جرى خلاف فقهي حول ما إذا كان يشترط لقبول الاستقالة مبرر أم أن الاستقالة تقبل بمجرد طلب الوصي أو تراعي مصلحة القاصر، إذ أن رفضها قد يكون ضد هذه المصلحة عندما لا يرغب أو يتهاون الوصي في أداء مهامه.⁴

1- عبد السلام الرفيعي، المرجع السابق، ص 470.

2- سورة النساء. الآية 06 .

3- عبد الله محمد ربابعة، أحكام انتهاء الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القوانين العربية، المجلد 36، العدد 2009.2. ص 553 - 554.

4- عبد السلام الرفيعي، المرجع السابق، ص 455.

وقد رأى فقهاء الحنفية أن للوصي الاستقالة متى شاء لأن الوصاية تبرع، والتبرع لا يلزم صاحبه، وقال الشافعية أن للوصي الاستقالة بشرطين إن لم يتحققا لا تقبل هما:

- أن يكون هناك من يخلف الوصي.
 - وألا يغلب على الظن ضياع أموال القاصر، أي تعرض مال القاصر للتلف¹.
- أما المالكية فقد ميزوا طلب الاستقالة لعذر وطلبها لغير عذر، فإذا كانت لغير عذر لا تقبل استقالته، أما إذا كانت لعذر يمنع من القيام بمهامه فللقاضي أن يخلفه بشرطين هما:
- أ- أن يثبت الوصي أن العذر يمنعه كلياً من القيام بمهامه.
 - ب- أن يكون هذا العذر طارداً بعد قبول الوصاية، أما إذا كان قبل قبولها فلا تقبل استقالته إلا لأحد الأمرين:

- إذا ثبت أنه لم يقدر على ما التزم به.
- أن الحياء منعه من رفض تولي الوصاية.

وذهب الحنابلة إلى أن للوصي الاستقالة قبل موت الوصي، وليس له ذلك إذا قبل الوصاية بعد موت الموصي:²

من خلال مقارنة آراء الفقهاء نستخلص أن الوصاية تقوم بهدف حفظ أموال القاصر وتنميتها، وأن إكراه الوصي عليها بعد قبول استقالته قد يؤدي إهمال واجباته، مما يعرض أموال القاصر للضياع، ومن المستحسن مراعاة مصلحة القاصر في إلزام الوصي على الاستمرار حتى يجد بديله، وذلك خشية على ماله.

4- انتهاء مهمة الوصي بالعزل: العزل هو إعفاء الوصي مهامه لتخلف شرط من شروط الوصاية أو عرض أموال القاصر للإهمال أو الضياع، وهو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة الوصي لمصالح القاصر.³

وقد يكون العزل من الموصي، فحق الموصي في عزل وصيه وحتى في حالة إن لم تظهر منه خيانة أو فسق.

وقد ميزوا فقهاء الشريعة في سلطة القاضي في عزل الوصي، وقالوا:

أ- العزل عند الحنفية: واعتبر الحنفية أن عزل الوصي من قبل القاضي يأخذ ثلاث حالات. هي:

- **الحالة الأولى:** أن يكون الوصي عدلاً كفواً، فيستحب للقاضي عدم عزله.
- **الحالة الثانية:** أن يكون الوصي عدلاً غير كفئ لا يقدر على التصرف وحفظ الأموال فيضم القاضي إليه غير، ولا يعزله القاضي لاعتماد الموصي عليه.⁴
- **الحالة الثالثة:** وهي أن يكون الوصي غير عدل، فيعزله القاضي وجوباً وفرق بعض الحنفية في ذلك بين وصي الميت ووصي القاضي، فأجازوا للقاضي عزل وصيه وإن كان عدلاً، بينما لا يجوز له أن يعزل وصي الميت إن كان عادلاً وصالحاً.

1- عبد السلام الرفعي، المرجع نفسه، ص 456.

2- موسوس جميلة، المرجع السابق، ص 148-149.

3- عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 459.

4- عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 551.

وقد ذكر السرسخي أنه : " إذا اشتكى الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدوا منه خيانة، لأن الموصي اختاره ورضي به، والشاكي قد يكون ظالماً في شكواه، فإن لم يتبين خيانتة لا يحتاج القاضي إلى نيابة عن الميت في النظر له أو الاستبدال به، وفي حال علمه بالخيانة من الوصي عزله من الوصاية، لأن الموصي اعتمد في خياره أمانته وعدله، والظاهر أنه لو علم بخيانتة عزبه فور علمه، والقاضي هنا هو مقام الموصي بعد موته، وإن كان الوصي هو الذي شكاً إلى القاضي عجة عن التصرف فعلى القاضي أن ينظر في ذلك، فإن عدالته وعجة، ضم إليه وصي آخر، أما إذا كان الوصي عاجز عن التصرف استبدل القاضي الوصي بوصي آخر¹.

ب-**العزل عند الشافعية:** اعتبر فقهاء الشافعية العدالة أساس ممارسة الوصاية على المال، وزوالها يمنع ممارسة الوصاية على القاصر فقالوا: "تزول وصاية الأب والوصي والحاكم بفسوقهم، فإن عادوا إلى العدالة عاد الأب إلى ولايته دون الوصي والحاكم، لأن فسوق الأب مانع وفسوق الوصي والحاكم قاطع"².

ج-**العزل عند المالكية:** يرى فقهاء المالكية أن الوصي مثل الولي يعزل لفسقه أو فقده شرطاً من شروط الولاية أو العداوة بينه وبين القاصر، أو ضعف عن تأدية الأمانة فيؤدي إلى عزله من الوصاية. ونفس الحال بالنسبة لفقهاء الحنابلة، الذين اعتبروا الفسق أو وجود شرط نافي، فعلى القاضي عزله واستبداله³.

ثانياً: حالات انتهاء الوصاية في القانون

تنتهي الوصاية على القاصر في القانون الجزائري طبقاً لنص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري تنتهي مهمة الوصي:

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

والملاحظ في هذا النص، أن هناك أسباب تنتهي بها الوصاية منها: أسباب تتعلق بشخص القاصر، وأسباب أخرى تتعلق بالوصي، والسبب الأخير هو انتهاء الوصاية بانتهاء مهمة الوصي بسبب المهمة التي غبن من أجلها.

1- انتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالقاصر: تنتهي مهمة الوصي بسبب القاصر في حالتين:

-الحالة الأولى: بموت القاصر، فالوصاية تنتهي بموت المشمول بها، حيث بموته لا يعود هناك مبرر لوجودها، مما يوجب على الوصي أن يلم أموال القاصر التي في عهده إلى ورثة القاصر.

¹ - السرسخي نقلاً عن - عبد الله محمد سعيد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، ص 232.

² - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 460.

³ - عبد السلام الرفعي، المرجع نفسه، ص 461.

⁴ - الأمر رقم 02-05 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، العدد 15.

-الحالة الثانية: بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه بمجرد بلوغ القاصر سن الرشد تنتهي الوصاية عليه حتى ولو بلغ هذا السن غير راشد حيث يستلزم لاستمرار الوصاية عليه في هذه الحالة أن يطلب من المحكمة ذلك قبل بلوغ هذا السن، لكن إذا انتهت الوصاية ببلوغ سن الرشد فعلا وكان القاصر غير رشيد، فإن ذلك لا يمنع اتخاذ إجراءات الحجر عليه.

2- انتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالوصي: تنتهي الوصاية لسبب يعود إلى الوصي في عدة حالات هي:

أ- **موت الوصي:** تنتهي الوصاية بموت الوصي، إذ أن الوصاية شخصية لا تنتقل إلى ورثته، مما يؤدي إلى إيجاد خليفته لتأدية الوصاية على القاصر.¹

ب- **زوال أهلية الوصي:** لقيام أحد عوارض الأهلية أو مانع من موانعها، قال ابن قدامة: " وإذا تغيرت حال الوصي بجنون أو سفه أو كفر زالت ولايته وصار وكأنه لم يوصي إليه ويرجع الأمر إلى الحاكم، فيقيم أمينا ناظرا للميت في أمره وأمر أولاده من بعده."²

غير أن بالرجوع لنص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري لم تنص على غيبة الوصي، الذي يدل على استحالة مباشر الوصاية وبهذا يتعين على المحكمة أن تقرر انتهاء الوصاية ولا يشترط في ذلك مضي سنة على الغيبة.

على عكس المشرع المصري الذي ذكر غيبة الوصي المنهية للوصاية في المادة 4/47 من قانون الولاية على المال.

ج- **استقالة الوصي:** يجوز للوصي أن يقدم طلبا بالتخلي عن مهامه إلى قاضي شؤون الأسرة، الذي يملك السلطة التقديرية في قبول الطلب أو رفضه، بالنظر في العذر الذي يقدمه الوصي، فإذا رأى القاضي جدية العذر وأن الإبقاء على الوصي يسبب ضرر للقاصر وجب عليه قبول الطلب.³

والمشرع الجزائري لم يبين الحالات التي يمكن اعتبارها أذارا بل ترك أمر تقدير أي عذر لسلطة القاضي في تقدير الأذار التي يقدمها كالسفر لمدة طويلة، يوجب إيجاد خليفة الوصي.

د- **عزل الوصي:** المقصود بالعزل من نص المادة 5/ 96 من قانون الأسر الجزائري، هو الذي يعود إلى تخلف شرط من شروط الوصاية في الوصي، أو تعرض أموال القاصر

للإهمال أو الضياع مما يؤثر على مصلحة القاصر، ويكون طلب العزل في من تكون له مصلحة على القاصر.

فإذا رأى القاضي أن مصالح القاصر بسبب عدم عدل الوصي، أو عدم قدرته تأدية شؤون القاصر أو كان ناقصا للأهلية وغيرها من الشروط المنصوص عنها في القانون يجب أن يحكم بعزل الوصي متى تبين له أن أموال القاصر في خطر، لأن الوصاية مرتبطة بالمصلحة ومتى اتفقت المصلحة وجب أن تزول الوصاية.⁴

¹ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء 2، دروس في نظرية الحق، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 617.

² - إقروفة زبيدة، الإبانة في أحكام النيابة، ص 69.

³ - أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة، ص 176.

⁴ - عبد السلام الرفاعي، المرجع السابق، ص 475.

3- انتهاء الوصاية بسبب انتهاء المهام التي من أجلها قامت الوصاية: نصت المادة 96 / 4 من قانون الأسرة الجزائري: "تنتهي مهمة الوصي: بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها"¹، فهذا الأمر يدعو إلى انتهاء مهمة الوصي بانتهاء المهمة التي عين من أجلها، وذلك قد تكون مقترنة بتحقيق مصلحة، مثل الوصي الذي يعينه القاضي (الوصيالخاص)، فتطبق عليه أحكام المادة 90 من قانون الأسرة، في حالة تعرض مصالح الوصي مع مصالح القاصر ففي هذه الحالة يعين القاضي وصي خاص يتولى إدارة الأموال فإذا انتهى من الأمر انتهت وصايته، كما قد يعين القاضي وصي على القاصر إذا ما فقد الولي بسبب الغيبة أو الفقد، أما إذا عاد الولي عادت ولايته إليه وانتهت مهمة الوصي.²

في حال انتهاء مهمة الوصي، تسلم الأموال المعهودة إلى من يرعى القاصر من بعده.

في الأخير فإن الوصي الذي تنتهي مهمة وصايته بأدائه المهمة هو الوصي المؤقت الذي عين من طرف القاضي لإدارة شؤون القاصر.³

مصطلح العزل يختلف عن مصطلح الانتهاء فالأول يتم بناء على حكم قضائي يقضي بتخية الوصي عن مهامه، في حين أن انتهاء الوصاية هو انقضاؤها وعدم الاعتداد بتصرفات الوصي لوجود مانع، وهذا لا يقتضي إلى حكم قضائي كانهاء الوصاية ببلوغ القاصر سن الرشد.

الفرع الثاني: آثار انتهاء الوصاية

حين انقضاء الوصاية، فإنه لا بد من وجود تصفية حسابات بين الوصي أي النائب الذي انتهت وصايته وبين القاصر الذي رشد أو الذي لم يخرج من نظام الوصاية، بحيث تسلم المهام ويحاسبه الوصي.

أولاً: تسليم المهام ومحاسبة الوصي في الشريعة الإسلامية

ويتم تسليم المهام أساساً أي دفع المال، بحيث من انتهت وصايته عن القاصر يتوجب دفع المال الذي في يده إلى من يليه في الوصاية عن القاصر أو إلى القاصر الذي رشد.

وقد اختلف الفقهاء حول وجوب الإشهاد حين دفع المال، فذهب الحنفية إلى أنه ليس واجباً بل مستحب، أما جمهور المالكية والحنابلة والشافعية فيقررون بوجوب الإشهاد لنفي التهمة وطمأنة القاصر وزيادة في الحرص على حفظ ماله.⁴

فإن كان انتهاء الوصاية ناجماً عن وفاة الوصي، فينظر إن كان قد بين قبل وفاته ما للقاصر عنده من ماله وهل هذا المال موجود أم لا، أما إن كان الوصي قبل وفاته قد بين مال القاصر الذي في عهده وميزه عن ماله الخاص وكان هذا المال موجود استلمه مستحقه سواء كان وصياً آخر أم القاصر نفسه. فإن كان المال مبيناً لكن غير موجود فإنه يؤخذ قدره من التركة قبل تقسيمها فهو في ذلك مثل الذين.⁵

¹ - الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005، معدل ومتمم القانون 84-11.

² - محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، ص 15.

³ - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، ص 617.

⁴ - فديري محمد توفيق، المرجع السابق، ص 103 - 104.

⁵ - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص 131.

أما إذا لم يبين الوصي قبل وفاته مال القاصر، فإن وجد بين أمواله ما هو معروف بأنه للقاصر استحققه هذا الأخير أو من ينوب عنه، أما إن لم يوجد فلا يضمن المال منتركة الوصي المتوفى لأنه كانت له ولاية التصرف وقد يكون التصرف وقد يكون تصرف في المال تصرفاً مشروعاً وذهب المال نتیجته.¹

وإذا بلغ القاصر سن الرشد وتحاسب مع الوصي، فقد فرق الفقهاء في حالة الوصي فالوصي المعروف بالأمانة يكتفي في ذكر ما أنفقه طيلة مدة الوصاية، فإن كان ظاهر الحال لا يكذبه وصدق بيمينه، أما إذا كان ظاهر الحال يكذبه لا بد له أن يقدم سبب معقولاً، فإن لم يفعل، أو فعل ولكن قامت ضده دلائل على عدم صدقه فلا يصدق بيمينه ولا بد له أن يأتي ببينة.

أما الوصي الذي لم يعرف بالأمانة فإنه ملزم أن يقدم حساباً مفصلاً عن كل ما أنفقه وما تصرف فيه، وما قام به من أعمال ويصدق بيمينه فيما كان ظاهر، وفيما عدا ذلك لا يصدق إلا بالبينة.²

في الأخير مما ينبغي ذكره عن محاسبة الوصي أنه لا يجب اتهامه ولا تخوينه، لأن الوصي المعين من الموصي فهو أمين، والأمين لا يخون، وإنما المقصود بحساب الوصي هو بيان ما للقاصر وله أيضاً أي الوصي ولتبرئة ذمة هذا الأخير.

ثانياً: تسليم المهام ومحاسبة الوصي في القانون

عند نهاية مهمة الوصي وجب عليه أن يسلم ما في عهده من أموال القاصر إلى من يخلفه في مهام الوصاية تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة.³

ولقد نصت المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري على: "على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم أموال التي في عهده ويقدم عنها حساباً بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رُشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز الشهرين من تاريخ انتهاء مهمته".⁴

ونلاحظ من نص المادة أن عملية تسليم أموال القاصر تخضع لإجراءات قانونية خاصة يحاسب من خلالها الوصي للتأكد من سلامة أموال القاصر، وحالة الأموال قبل الوصاية وبعدها.

ويتم تسليم أموال القاصر بحسب المادة 97 من نفس القانون:

- إلى القاصر البالغ الرشد، أو إذا تم ترشيده.

- إلى ورثة القاصر الموصى عليه إذا انتهت الوصاية بوفاته فالورثة هم خليفة القاصر وتعود التركة إليهم.

- إلى من يخلف الوصي في الإشراف على أموال القاصر فقد يكون وصياً آخر، أو المقدم الذي يعينه القاضي أو إلى الولي الذي عادت الولاية إليه بسبب الوقف.

أما في حالة انتهاء الوصاية بسبب وفاة الوصي أو فقده فإنه يتعين تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر¹. وقد قيدت مدة تسليم أموال القاصر في أجال شهرين يبدأ احتسابها من تاريخ انتهاء مهمة الوصي.²

1- عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، ص 309.

2- عبد الله محمد ربابعة، المرجع نفسه، ص 309.

3- نواري منصف، المرجع السابق، ص 76.

4- الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005، معدل ومتمم القانون 84-11.

بالإضافة إلى هذه الأحكام الموضوعية فقد خصص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بابا مخصص ضمن الكتاب الثالث للتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية بعنوان دعاوي المحاسبة في المواد 590 إلى 599، ونظم فيها المشرع إجراءات محاسبة الوصي وكل شخص يجعله القضاء محلا للمحاسبة.

حيث يتم تقديم الحساب بموجب أمر قضائي بتصفية حسابات أموال القاصر، ويتم تحديد أجل معين لتقديم الحساب ويقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر عن أعماله.

ومهمة القاضي المنتدب هي تلقي الحسابات التي يقدمها الوصي والتي يجب أن تتضمن بيان الإيرادات والمصروفات والموازنة بينهما، ويرفق كل ذلك بالمستندات المقدمة من الوصي أو وكيله، فإذا انقضى الأجل ولم بقم الوصي بتقديم الحساب فإنه يجوز للمحكمة الحجز على أمواله وبيعها حتى تستوفي المبلغ الذي تقدره المحكمة نفسها حسب المادتين 591 و592 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.³

إذا ثبت للقاضي المنتدب من خلال الحسابات ان الإيرادات تتجاوز المصروفات جاز له بناءً على طلب القاصر الذي أصبح راشداً أو ورثته أن يصدر أمراً تنفيذياً يسترد به الفائض دون انتظار المصادقة على الحساب. وأشارت المادة 595 من نفس القانون على القاضي المنتدب أن يحدد تاريخ لاجتماع الخصوم ويعرض عليهم المحضر النهائي.⁴

ونجد في بعض التشريعات العربية أخذت بإجراءات خاصة لمحاسبة الوصي، منها القانون المصري في المادة 45 من قانون الولاية على المال: "على الوصي أن يقدم حساباً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة، ويعفى الوصي عن تقديم الحساب السنوي إن كانت أموال القاصر لا تزيد عن خمسمائة جنيه"، ولقد حصر المشرع المصري محاسبة الوصي بتحديد مبلغ الذي يوجد عند القاصر.

وهذا ما نجده أيضاً في القانون السوري حدد مبلغ خمسمائة ليرة لتقديم حساب الوصي.⁵

وعليه فإن محاسبة الوصي وتقديم الحساب واجب على الوصي، على ما قام به أثناء تأديته للوصاية وتصرف في أموال القاصر، وذلك لبراءة ذمته.

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 618.
² - أيت ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 91.
³ - القانون (08-09) المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 23 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
⁴ - أيت ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 92.
⁵ - عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 314.

الفصل الثاني:

القوامة والحجر

تمهيد:

القوامة أو التقديم هو نيابة قانونية عن المحجور عليه ويقوم على مصالح المحجور عليه وأمواله بحيث يسد النقص الذي يلحق بأهلية المحجور عليه الذي لا يستطيع إدارة أمواله بنفسه لما اعتراه من عوارض الأهلية، حيث أنه يُحكم بالحجر على من بلغ سن الرشد بسبب الجنون أو فقدان الإدراك أو العته أو الغفلة أو السفه، ويعتمد القاضي في ذلك على شهادة أهل المعرفة ووسائل الإثبات الشرعية، ولا يرفع الحجر إلا بحكم قضائي.

لذا في هذا الفصل نعرض في المبحث الأول على: مفهوم التقديم أو القوامة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لنتطرق في المبحث الثاني إلى الحجر ومفهومه وأنواعه، بينما نتعرض في مبحث ثالث على حكم تصرفات المحجور عليه وانقضاء الحجر.

المبحث الأول: التقديم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول: مفهوم التقديم:

الفرع الأول: التعريف بالتقديم:

أولاً: لغة:

القيم في اللغة: من قام بالأمر قياماً وقوماً: اهتم به بالرعاية والحفظ، ومنه قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: 34] والقوام اسم لمن يكون مبالغاً في القيام بالأمر، وقيم اليتيم هو الذم يقوم بأمره، ويتعهد شؤونه بالرعاية والحفظ.

وقوام الأمر بالكسر نظامه وعماده، يقال فلان قوام أهل بيته وقيام أهل بيته وهو الذم يقيم شأنهم. ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: 5] وقوام الأمر أيضاً ملاكه الذم يقوم له وقد يفتح.¹

ثانياً: اصطلاحاً:

القيم في الاصطلاح هو من يعينه الحاكم لتنفيذ وصايا من لم يوص معيناً لتنفيذ وصيته، والقيام بأمر المحجورين من أولاده من أطفال، ومجانين وسفهاء، وحفظ أموال المفقودين ممن ليس لهم وكيل. ويسميه المالكية: مقدم القاضي أو نائب القاضي.²

التقديم، أو القوامة، كما "تسميها المادة 44 من القانون المدني الجزائري، هي نيابة قانونية يتولى بمقتضاها شخص يسمى القيم الولاية على مال المحجور عليه لأحد عوارض الأهلية، المنقصة للتمييز (السفه والغفلة) أو المعدمة له (الجنون والعته).

ولم تبين نصوص قانون الأسرة الأشخاص الذين تثبت لهم القوامة، إذ اكتفت بالنص على أنتعيين المقدم يكون بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.

وذلك على خلاف قانون الإجراءات المدنية والإدارة إذ تنص المادة 469/1 منو على أنه:

"يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة مقدماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره". وهذا دون أن تحدد هذه المادة درجة القرابة بين المقدم والشخص الخاضع لنظام التقديم.

أما قانون الولاية على المال المصري فقد حدد هذه الدرجة بموجب المادة 68 منه التي تقضي بما يأتي: "تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم الجد ثم للشخص الذي تعينه المحكمة".

وقد قصد المشرع المصري من الترتيب المبين بالمادة 68 السابقة تقييد المحكمة في الاختيار. فيجب على المحكمة أن تبدأ بالأبناء، وعند التعدد تعين أصلحهم، فإن لم تجد بينهم من تتوافر فيه شروط الصلاحية ليكون قيماً عهدت بالقوامة للأب، فإن لم يكن هذا أهلاً لها عهدت بها إلى الجد، وإلا فإلى

¹- الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص354،353.

²- الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، مرجع سابق، ج3 ص300.

من تتوافر فيه شروط القوامة من غير هؤلاء¹. ويلاحظ أن الأب أو الجد يعتبر قيما في هذه الحالة، وتسري عليه القواعد المتعلقة بالقوامة لأن الولاية تنقطع بالبلوغ².

الفرع الثاني: المقصود بالمقدم والهدف من تعيينه:

أولا: المقصود بالمقدم:

بناء على التعريف السابق للقوامة، فإن المقدم أو القيم هو الشخص الذي تعينه المحكمة لإدارة الشؤون المالية للمحجور عليه لأحد الأسباب المذكورة أعلاه.

ويكون تعيين القيم بناء على طلب أحد أقارب الشخص المراد إخضاعه لنظام القوامة، أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة.

وهذا ما تنص عليه المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بأن: 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".

ويجدر هنا، إيراد ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: لا تلجأ المحكمة إلى تعيين مقدم على الشخص إلا إذا طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، بأن كان كامل الأهلية فأصبح إما ناقص الأهلية أو عديم الأهلية، بحيث يستتبع ذلك أمران:

الأمر الأول: تقرير الحجر عليه من قبل المحكمة، طبقا للمادة 101 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بما يأتي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

الأمر الثاني: تعيين قيم يرعاه ويتولى شؤونه، طبقا للمادة 104 من القانون ذاته التي نص علناؤه: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي، وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدا لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه...".

الملاحظة الثانية: سبق وأن ذكرنا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أنه إذا بلغ الصغير معتوها أو مجنونا استمرت ولاية من كان وليا عليه حال صغره عند الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية، كذلك الحكم إذا بلغ سفيها عندهم ما عدا الحنفية فإنه على القول المفتي به في مذهبهم لا بد من القضاء عليه بالحجر ليصير محجورا عليه وهو قول أبي يوسف، وعندئذ تكوف الولاية لمن يقيمه القاضي، ولكن إذا بلغ رشيدا ثم أصابه الجنون أو العته كانت الولاية عليه للقاضي عند الحنابلة والمالكية. وعند الحنفية

¹ - في حالة عدم وجود الابن أو الأب أو الجد أو عدم صلاحية أحد من هؤلاء، ينفرد قاضي الموضوع باختيار القيم دون معقب عليه، ما دام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة وراعى الشروط الواجب توفرها قانونا في القيم (حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 22 مارس 1972، مجموعة المكتب الفني، السنة 23، رقم 73، ص 472).

² - ويلاحظ هنا أمران:

الأول: على خلاف ما رأينا بالنسبة إلى ولاية الأب، حيث تثبت ولايته بقوة القانون دون حاجة إلى حكم من المحكمة بالتعيين، فإنه لا بد من قرار المحكمة لتعيين القيم حتى ولو كاف أباً. الثاني: بينما لا تتصور ولاية الابن في شأن الولاية على القاصر، فإن الابن يكون قيما مقدا في المرتبة على الأب.

والشافعية قولان: قيل تكون الولاية عليه للقاضي ولا تعود ولاية أبيه عليه، وقيل تعود، والراجح عندهم عودها¹.

وقد فصل ابن عابدين مذهب الحنفية في ذلك وخلاصة ما ذكره أن: الولاية على المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فإنها تكون أيضا وفق ما ورد في مذهب الحنفية إذا بلغ الطفل مجنونا أو معتوها، لأنها كانت قائمة في صغره قبل تسقط إلى إذا بلغ رشيدا.

وإذا بلغ رشيدا ثم جن أو أصابه العته، فالقياس يقضي ألا تعود الولاية إلى الأب والجد وتكون للقاضي لأن الساقط لا يعود، ولكن استحسّن الفقهاء أن تعود إليهما لأن سقوطها كاف لبلوغه عاقلا، فإذا زال العقل عادت، وهو أظهر، إذ ليس من المعقول أن يعين القاضي أحدا والأب حسن الرأي والتدبير مع الاتفاق على وفرة شفقتة².

وإن كان المولى عليه سفيها أو ذا غفلة فالولاية عليه للقاضي أو لقيمه الذي يقيمه عليه وليس لأبيه ولا لجدّه ولا لوصيهما ولاية عليه³، وذلك لأنه حجر عليه مراعاة لمصلحته ومحافظة على ماله لالانقص في أهليته، والنظر في صلاح الأمور عند ثبوت الأهلية للحاكم لا لغيره⁴.

يفهم من خلال قراءة المواد القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومن خلال أقوال الفقهاء أنه يمكن التفرقة بين عدة حالات في الحجر: إذا توفرت أسباب الحجر قبل بلوغ القاصر سن الرشد القانونية وهي 19 سنة كاملة وكان لهذا القاصر ولي يرعى شؤونه فإن هذا الولي يمكنه ممارسة الولاية على هذا القاصر، سواء الأب أو الأم حسب ما ذكرته المادة 87 من قانون الأسرة وهنا في هذه الحالة يسمى وليا وسبب ذلك أنه من يرعى شؤون القاصر قبل بلوغه سن الرشد هو وليه ما لم يعين هذا الولي وصيا يختاره على ابنه القاصر.

والمشرع الجزائري لم يشر إلى أن الولاية على القاصر الذي أصابه عارض من عوارض الأهلية تستمر ما دام قاصرا ولكن المشرع المصري أشار صراحة في قانون الولاية على المال وبالضبط في المادة 18 منه: تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه". وكذلك المشرع السوري أشار إلى ذلك صراحة في قانون الأحوال الشخصية في المادة 163 ف04: "تنتهي الولاية ببلوغ القاصر ثماني عشرة سنة ما لم يحكم قبل ذلك باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر أو كان معتوها أو مجنونا فتستمر الولاية عليه من غير حكم". ونلاحظ أنه في القانونين المصري والسوري أن كلاهما اعتبر الجنون أو العته المتصل بالصغر سببا لاستمرار الولاية إلا أن الفرق بينهما أن الاستمرار في القانون المصري يحتاج إلى حكم بخلاف القانون السوري ويختلفان أيضا في سن الرشد.

أما إذا كان الولي قد تنحى عن ولايته وعين وصيا لابنه القاصر ثم بلغ هذا القاصر سن الرشد فإن هذا الوصي يمكن أن يعينه القاضي كمقدم عليه. وهذا ما يقصده المشرع الجزائري لأنه لم يضع إمكانية الحجر على القاصر قبل بلوغ سن الرشد، وفي الميدان العملي رأينا أحكاما يرفض من خلالها القاضي

1- البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج3، ص266. وشمس الدين، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص344.

والرددير، الشرح الكبير، المرجع السابق، ج3، ص300. والزليعي، مرجع سابق، ج5، ص194.

2- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ج5، ص132، 204، 205 من كتاب الحجر.

3- ابن نجيم، الأشباه كالنظائر، مرجع سابق، ص78.

4- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص284.

الحجر على القاصر بسبب عدم بلوغه سن الرشد فلا يكون للولي سوى انتظار بلوغ هذا القاصر سن الرشد ويرفع دعوى الحجر عليه، وهذا فإن المشرع الجزائري يأخذ بما اتفق عليه جمهور الفقهاء. على أن الجنون أو العته وإذا اتصل بالصغر فإن الولاية تستمر لمن كان وليا حال الصغر، ولكن المشرع المصري يرل وجوب الحكم باستمرار الولاية من المحكمة. أما المشرع السوري فلا يحتاج ذلك إلى حكم، وهو أيضا موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة. أما فيما يخص النيابة الشرعية على السفيه أو المغفل إذا كان ذلك في الصغر فاختلف الفقهاء على من يكون نائبا شرعيا عنه هل هو الولي أو الوصي أو القيم. ذهب الشافعية والإمامية الجعفرية والإمام محمد من الأحناف إلى أن الولاية تستمر على السفيه وعلى المغفل إذا كان ذلك أثناء قصره. وقال الحنفية الولاية للقاضي فلو أن يعين وصيا قد يكون الولي الشرعي. وهذا الحكم مستمد من رأم جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة ولكن يفهم من النصوص القانونية المذكورة في قانون الأسرة أن المشرع الجزائري يفرق بين حالتين:

أ- إذا طرأ عارض من عوارض الأهلية على القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد فإن ذلك لا يحتاج إلى رفع دعوى من أجل الحجر عليه ما دام تحت رعاية وليه أو وصيه، ففي هذه الحالة إذا استمر هذا العارض إلى بلوغ القاصر سن الرشد فهنا الولاية تسقط ببلوغ القاصر هذه السن، ويكون للولي رفع دعوى الحجر، أي بعد بلوغ القاصر سن الرشد، وهو شرط لرفع دعوى الحجر، وهنا يعين الولي مقدما على المحجور عليه، لكنه لا يتصرف في شؤون المحجور عليه بصفته وليا على نفسه وماله، بل يكون وليا على ماله فقط لأن الولاية على النفس تسقط ببلوغ القاصر سن الرشد.

ب- إذ طرأ عارض من عوارض الأهلية على من كان قد بلغ سن الرشد، أي بلغ راشدا عاقلا ثم طرأ عليه هذا العارض، فإن المحكمة تقضي بالحجر عليه بطلب من الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة وتعين له شخصا يرفع شؤونه يسمى مقدما، وهذا في حالة عدم وجود ولي أو وصي. وقد يكون سواه، وبالرأي الأول أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري وقانون الولاية على المال حيث جاء فيهما أن الولاية تستمر لا فرق بين عارض الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة إذا اتصل ذلك بالصغر، وأما السفه كالفلة الطارئ بعد البلوغ فالولاية للقاضي حيث يعين وصيا عليهما. وقد جاء في قرار المحكمة النقض المصرية: "إن الولد إذا بلغ عاقلا زالت عنه ولاية أبيه، فإن حجر عليه بعد ذلك لسفه فلا تعود هذه الولاية اتفاقا. بخلاف ما إذا كان قد بلغ عاقلا ثم جن أو أصابه عته".

لهذا فإن الولاية حين تنتقل إلى القاضي فهو بالخيار إن أراد تعيين الولي وصيا جاز له ذلك، على أن يكون له صلاحيات الأوصياء لا صلاحيات الأولياء.

أما المقدم أو القيم في القوانين العربية فتعرفه المادة 99 من قانون الأسرة بأنه من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها وتضيف المادة 100 من نفس القانون على أنه يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام ويفهم من هذه المواد القانونية أنه إذا رفعت دعوى الحجر إلى القاضي سواء من الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ورأى القاضي وجود ولي للمحجور عليه، سواء كان أبوه أو أمه أو جده، أو من أسندت له الحضانة في حالة الطلاق فإنه يعين هذا الشخص لرعاية شؤونه والإشراف على أموره، وهنا يسمى مقدما، فهو يمارس صلاحيات الأوصياء وليس الأولياء، لأنه كما قلنا من قبل أن الولاية على النفس والمال تسقط ببلوغ سن الرشد، لذلك فإذا كان المحجور عليه بالغا سن الرشد فإن من يشرف عليه يكون وصيا مختار من طرف الولي، فإن القاضي يعين هذا الوصي لرعاية شؤون المحجور عليهم أما إذا لم يجد القاضي الولي أو الوصي فإنه يختار شخصا يرى فيه الكفاءة والصلاحية ولو كان من الغير.

ويلاحظ أنه طبقاً للمادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة".

وعلا بنص الفقرة الأولى للمادة 471 لهذا القانون الأخير: "يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه".

ثانياً: الهدف من تعيين المقدم:

لم تشر الصياغة العربية لنص المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري إلى الهدف من تعيين المقدم، وذلك على خلاف صياغتها الفرنسية التي يتضح منها أن الغاية من نظام التقديم أو القوامة إنما هي إدارة شؤون الخاضع لهذا النظام.¹

المطلب الثاني: حكم وحدود القوامة

في هذا المطلب نتطرق لتوضيح حكم القوامة في الفرع الأول وحدود القوامة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حكم القوامة

القيم عامة يكون نائب عن المحجور عليه ويكون نائب قضائي باعتبار أن المحكمة هي التي تقوم بتعيينه، ونيابة القيم عن المحجور عليه نيابة قانونية إذ رسم القانون حدود تلك النيابة وأحكام القيم تخضع لنفس الأحكام المقررة بالنسبة للوصاية والوصي، وهذا حسب المادة 100 ق.أ.ج «يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام»².

ويكون ثمة محل لتعيين قيم خاصة حيث يدعو ذلك لحاجة أو ضرورة، كما تقيم المحكمة القيم مؤقتاً، إذا أوقف القيم أو حالة ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته، ويلزم القيم بالقيام بالواجبات المفروضة على الأوصياء وتكون له حقوقهم³.

الفرع الثاني: حدود القوامة

حسب المادة 100 ق.أ.ج السالفة الذكر المقدم له حدود في القيام بتصرفات تتعلق بشؤون فاقد الأهلية أو ناقصها مثله مثل الوصي بحيث وجب عليه القيام بكل الواجبات التي تمليه عليه مهمته بالحرص الوفير على المحجور عليهم.

كما يجب على المقدم أن يتقيد بنفس السلطات التي يخضع لها الوصي، إذ عليه القيام بالتصرفات الخاصة له وهناك تصرفات من جهة أخرى وجب على المقدم أن يستأذن فيها القاضي كبيع عقارات المحجور عليه⁴.

¹ - تجري الصياغة الفرنسية للمادة 99 من قانون الأسرة الجزائري كما يأتي:

«à défaut de tuteur légal ou testamentaire ، Le curateur est la personne désignée par le tribunal»
«à la demande ،pour l'administrations d'une personne complètement ou partiellement incapable de toute personne y ayant intérêt ou du ministère public»«de l'un de ses parents

² - القانون رقم 11-84، المرجع السابق.

³ - حمدي كمال، المرجع السابق، ص 210-211.

⁴ - كريمة بن ودنين، مليكة بزيون، المرجع السابق، ص 39-40.

المطلب الثالث: تقديم طلب القوامة ووقف المقدم

في حال ما إذا تقرر الحجر على فاقد الأهلية أو ناقصها، يمكن للابن أو الأب أو الجد، تقديم طلب تعيين مقدم والمحكمة التي تقوم بالحكم بوقف القيم، وهنا نتطرق له في فرعين: الفرع الأول نخصه لتقديم طلب القوامة أما الفرع الثاني نخصه لوقف المقدم.

الفرع الأول: تقديم طلب القوامة

يتم تقديم طلب القوامة من طرف الابن أو الأب أو الجد ويكون بإيداع عرضة مكتوبة إلى رئيس المحكمة للنظر في أمرها، وهذه العرضة تحتوي عادة على مختلف أسباب الحجر، والدعاوى التي رفعت من ذوي المصلحة لطلب تعيين مقدم عليه، لإدارة أمواله وممتلكاته.

وإذا لم تتوفر في المقدم الشروط الواجبة ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتعيين شخص آخر كمقدم، كما يمكن للنيابة العامة أن تعين مقدا إذا رأت في ذلك مصلحة وضرورة¹.

الفرع الثاني: وقف القوامة

إذا رأى القاضي أن الشخص الذي عينه (المقدم) لتولي حماية القيم ورعاية أمواله أن هناك لبس أو هناك بعض التصرفات التي حددها القاضي للمقدم لتقيدها لم يتبعها أو فقد الثقة فيه فالمحكمة تقوم بوقف القوامة وتنتولي تعيين شخص آخر يحل محل المقدم الذي أوقفته.

¹ - كريمة بن ودنين، مليكة يزبون، المرجع نفسه، ص 41.

المطلب الرابع: سلطات القاضي في الرقابة القضائية على المقدم وتجاوز حدوده

في هذا المطلب نتطرق في الفرع الأول للرقابة القضائية للمقدم ثم في الفرع الثاني نتطرق لسلطات القاضي عند تجاوز المقدم لحدود النيابة الشرعية.

الفرع الأول: الرقابة القضائية على المقدم

يتعين على المقدم أن يقدم للقاضي المكلف بشؤون القاصر حساباً سنوياً عن مختلف المداخل والمصاريف لمحجور مع توضيح ما بقي خالصاً له أو عليه، إذا امتنع المقدم ولم يستجب لتقديم الحساب السنوي أو غير للقاضي المكلف بشؤون الأسرة أو امتنع بإيداع ما بقي لديه من أموال لدى حساب المحجور بمؤسسة عمومية، فإنه يمكن للقاضي استصدار أمر بالحجز التحفظي على أموال المقدم من رئيس المحكمة الابتدائية كما يمكن استصدار أمر استعجالي بوضع أموال كل منهما تحت الحراسة القضائية أو فرض غرامة تهديدية عليه.

الفرع الثاني: سلطات القاضي عند تجاوز المقدم لحدود النيابة الشرعية

يرسم القانون للنائب الشرعي (المقدم) حدوداً ليمارس ضمنها النيابة على القاصر، فيكون الخروج عن هذه الحدود تجاوزاً لسلطاته ومخالفة للقانون.

حتى يضمن المشرع حماية القاصر من مثل هذه التجاوزات، التي قد يقوم بها النائب في حق القاصر، أعطى القاضي حق تقرير جزاءات عليها، قد تمس هذه الجزاءات التصرفات التي يبرمها الولي خارج نطاق السلطات الممنوحة له، أو دون احترام الإجراءات القانونية الواجب عليه، إذ تقوم بتفريع هذا المطلب لفرعين: الفرع الأول تخصصه لجزاء تصرفات النائب المجاوزة لحدود نيابته أما الفرع الثاني فتتطرق لتحديد نطاق المسؤولية المدنية للنائب عن أعماله.

أولاً: جزاء تصرفات النائب لمجاوزة لحدود نيابته

قد يباشر النائب تصرفاً خارج الحدود التي رسمها له القانون، كما وتبرع المقدم مثلاً عن مال الصغير المشمول بالنيابة الشرعية، أو كما وبأشراً عملاً من الأعمال التي يتعين عليه فيها الحصول على إذن من المحكمة دون أن يحصل على ذلك الإذن.

إذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص نيابة على مال القاصر، ويعين حدود هذه النيابة فإن قدرة من تثبت له النيابة على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال وذمة المشمول بها فلا تأتي إلى حين تكون هذه التصرفات داخلة في حدود النيابة الشرعية كما يرسمها القانون وهو ما تؤكد القاعدة العامة¹، التي نصت عليها المادة 74 ق.م.ج «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل»².

المحكمة العليا أقرت ببطلان العقد الذي لم يتم فيه استئذان المحكمة، حيث جاء في قرارها رقم 72353 المؤرخ في 10 أبريل 1991: «حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 ق.م.ج لأن المشرع أورد أن يحمي حقوق وأموال القاصر، وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأموال القاصر لا بد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن، والا أصبح عقداً مخالفاً للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على

¹ - وسام قوادري، المرجع السابق، ص 46.
² - الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

هذا البطلان أضرر فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون»¹، يمكن القول أن القضاء الجزائي حكم بالبطلان على تصرف المقدم إذا صدر دون الرجوع إلى المحكمة لاستئذائها وطلب موافقتها عليه، متى كان القانون يوجب فيه ذلك، ويتحمل هذا النائب كل الأضرار التي قد تحصل للطرفين أي القاصر والطرف الثاني في العقد.

ثانيا: تحديد نطاق المسؤولية المدنية للمقدم عن أعماله

الفقه الإسلامي والقوانين العربية أوقع على عاتق الولي التزامات أمام القاضي أثناء ممارسته لمهمته، تمكن هذا الأخير من مراقبة الولي مراقبة مستمرة يضمن بها القانون عدم استغلاله لأموال القاصر بسبب مركزه، أو سوء تدبيره لهذه الأموال واهمال مصالحه، وكذا تسهيل تقدير مدى مسؤوليته عن الأضرار التي يلحقها بالقاصر وأمواله، وتمثل هذه الالتزامات في:

- تحرير قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه، وإيداع هذه القائمة لدى المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في مدى شهرين من بدء النيابة.

-إلزام النائب بتقديم حساب عن ربع مال القاصر في مدة معينة من كل سنة، حسب كل قانون. في حين المشرع الج أهمل ذلك، فلم يحدد أي التزام من هذا النوع قد يقع على عاتق الولي أو الوصي أو المقدم، فالمشرع قد ألزم المقدم على عكس النواب الشرعيين السابق ذكرهم، بالتزام مماثل من خلال تعيين ق.إ.م.إ. في الفقرة الثانية المادة 471: «يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارية»².

ويترتب على اخلال المقدم بواجبه وقيام مسؤوليته على جزاءان هما:

1- العزل:

عزل المقدم أو سلبه نيابته أو اسقاطها عنه، أي كان التعبير فالمعنى واحد يقصد به إعفاء النائب من مهامه في إدارة أموال القاصر، وهو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة المقدم إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع³ وقد نصت المادة 4/91 ق.أ.ج «تنتهي وظيفة الولي:4- بإسقاط الولاية عنه» على إمكانية إسقاط الولاية عن الولي كسبب من أسباب انتهاء ولايته، كما نصت المادة 5/96 ق.أ.ج: «تنتهي مهمة الوصي:5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر»⁴ بشكل واضح وصريح على إمكانية عزل الوصي إذا ما ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر.

طلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى أثبت أن المقدم مهما كان، وليا أو وصيا أو مقدا يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر.

ويكون العزل بموجب أمر يصدر عن المحكمة ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر وتعريضها، للخطر السلطة التقديرية للقاضي، فهذا الأخير يرجع له وحده القرار في ابقاء المقدم أو عزله⁵

1- المجلة القضائية الجزائرية، قرار رقم 72353، المؤرخ في 10 أبريل 1991، ع3، سنة 1993، ص115.
2 - القانون رقم 08-09، المرجع السابق.
3-جميلة موسوس، المرجع السابق، ص69.
4 - القانون رقم 84-11، المرجع السابق.
5 - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها ولولاية العامة والخاصة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ذ، ص71.

2- التعويض:

متى قامت مسؤولية المقدم عن تصرفاته التي عرضت مصلحة القاصر للخطر، يكون ملزماً بتعويض القاصر عن خسارته، ولكن لما كان الأصل في المقدم، افتراض الأمانة فهو لا يضمن إلا من ضاع ما أموال القاصر نتيجة تعديه عليها، أو تبديدها، أو بإهمال حفظها، أما ما ضاع من أموال القاصر، بسبب أجنبي خارج عن اردته، فلا ضمان عليه¹.

¹ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص 143.

المطلب الخامس: انقضاء القوامة

ندرس هنا انقضاء القوامة طبيعياً وقانونياً.

الفرع الأول: الانقضاء الطبيعي للقوامة

تنتهي مهمة المقدم بإحدى الحالات الواردة في المادة 96 ق.أ.ج: «تنتهي مهمة الوصي:

1. بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.
2. بلوغ القاصر سن الرشد مالم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
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»¹.

أولاً: وفاة المحجور عليه

من الطبيعي أن موت المحجور عليه يؤدي إلى زوال القوامة بصورة آلية، بحيث أن موت القاصر يؤول ماله إلى تركة تقسم بين ورثته كل حسب نصيبه الشرعي.

ثانياً: بلوغ القاصر لسن الرشد

الهدف من تعيين المحكمة للمقدم هو الحفاظ على أموال القاصر وإذا بلغ سن الرشد كاملة ولم يحجر عليه وكانت أهليته خالية من عوارض الأهلية، فهذا يؤدي إلى انتهاء مهمة المقدم والقوامة بصفة كلية، فتسلم كل الأموال إلى القاصر.

لقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا الَّذِينَ يَزْعَمُونَ أَنَّهُمْ مُّؤْمِنُونَ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا فِي قُلُوبِهِمْ وَمَا يُعْلِنُونَ أَفَمَنِ ابْتَلَىٰ وَوَعَدَ اللَّهُ لَهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ فَلَمَّا أَتَوْهَا بَدَّلَهَا سَمَكًا مَلْوًا وَعَبُورًا لَبِئْسَ الْوَعْدَ الْمُؤْتَىٰ إِنَّ أَكْثَرَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [النساء: 6]

ثالثاً: فقدان الأهلية

في حالة ما إذا أصيب المقدم بعارض من عوارض الأهلية السالفة الذكر أدى ذلك إلى فقدان أو نقص أهلية المقدم، وبالتالي لا يمكن له أن يكون وصياً على غيره، لأنه هو بحد ذاته يحتاج إلى من يرضى مصالحه²

الفرع الثاني: الانقضاء القانوني

تنتهي مهمة القيم قانوناً بإحدى الحالات التالية:

أولاً: رفع الحجر عن المحجور عليه

إذا انتهى السبب المؤدي للحجر فإن هذا الحجر يزول بزوال هذا السبب، تقرر المحكمة رفع الحجر عن المحجور فتنتهي القوامة إذ لا يكون ثمة محل ر عليه القوامة³

ثانياً: انتهاء العمل الممنوح للمقدم

القيم أثناء تعيينه من طرف المحكمة تمنح له المهام التي يتولى القيام بها، فبزوال هذا السبب أو العمل الممنوح لهذا القيم تنتهي مهمته نهائياً.

¹ - القانون رقم 11-84، المرجع السابق.

² - كريمة مزارى، صبرينة مزارى، المرجع السابق، ص 40.

³ - محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص 210.

ثالثا: الانتهاء بحكم القضاء

هناك حالتين لانتهاء مهمة القيم بحكم القضاء حالة قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته أو حالة عزله.

1- قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته:

حسب المادة 4/96 ق.أ.ج التي تنص على ما يلي «تنتهي مهمة الوصي: 4- قبول عذره في التخلي عن مهمته»¹. فالقاضي عليه أن ينظر في جدية السبب أثناء تقديم الوصي لطلب التخلي عن مهمته أو وظيفته فإذا كان السبب جديا ومقتع يقبل القاضي الطلب المقدم من الوصي².

2- عزل القيم:

إذا توفر سببا يستدعي العزل من ذوي المصلحة إذا أساء الوصي الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر، ويكون هذا العزل من قبل المحكمة بناء على طلب من له مصلحة أو إذا فقد شرطا من الشروط التي توفرها لصحة الإيصاء انتهت الوصاية.

حسب المادة 98 ق.أ.ج التي تنص على ما يلي: «يكون الوصي مسؤولا كما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصير»³، فالمشرع الجزائري جعل الوصي مسؤولا عن رعاية القاصروأمواله⁴، ويكون له حقوق وبخضع للقواعد الخاصة بعزلهم ووقفهم وانتهاء مهمتهم فإذا انتهت مهمة المقدم مثله مثل الوصي يجب أن يسلم كل ما بحوزته من أموال ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص الذي رفع عنه الحجر أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وإذا ثبت تقصير المقدم في مهامه فيجوز استبدال هذا المقدم وهذا بصدد أن المحكمة العليا أصدرت قررها بتاريخ 2001/07/18 ملف رقم 262283 قضية (ب-و) ضد (و-ب ومن معها)⁵.

1 - القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

2 كريمة مزاري، صيرينة مزاري، المرجع السابق، ص 41.

3- الأمر رقم 05-02، المرجع السابق.

4 كريمة مزاري، صيرينة مزاري، المرجع السابق، ص 42.

5 - ق.م.ع، الصادر بتاريخ 2001/07/18 ملف رقم 262283، قضية (ب-و) ضد (وب ومن معها).

المبحث الثاني: الحجر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

طبقا للمادة 40 من التقنين المدني: كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه، وسن الرشد "تسعة عشرة (19) سنة كاملة.

يتضح من هذا النص وكقاعدة عامة، أن الشخص لكي يعتبر كامل الأهلية وأهلا لمباشرة تصرفاته القانونية، لا بد أف يكون بالغا سن الرشد وعدم إصابته بأحد عارض من العوارض التي تعدم الأهلية أو تنقصها حتى لا يكون محلا لتوقيع الحجر عليه.

المطلب الأول: مفهوم الحجر

للحجر تعاريف مختلفة كل تعريف يختلف عن الآخر، ونحاول في هذا المطلب توضيح هذه التعاريف في ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول للتعريف اللغوي، والفرع الثاني للتعريف الفقهي، أما الفرع الثالث والأخير نتناول التعريف القانوني.

الفرع الأول: تعريف الحجر لغة

الحجر بتسكين الجيم: مصدر حجر، والحجر هو المنع مطلقا، لذلك يقال: حجر القاضي على الصغير والسفيه إذا منعهما من التصرف في مالهما.¹

والحجر كذلك يعني المنع والتضييق يقال: حجر عليه حجرا أي منعه من التصرف، ومنه سمي الحرام: حجرا، قال تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حَجْرًا مَحْجُورًا﴾ [الفرقان: 22] أي حرما محرما، وسمي العقل حجرا، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ [الفجر: 5] أي لذي عقل، لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح من الفاسد وتضر عاقبته، وسمي الحطيم حجرا لأنه منع من الكعبة، وقطع منها، كما منع من أن يدخل في الحرم.²

وعرف أيضا حجر حجرا عليه منعه منه، وحجر الأرض وضع عليها علامات لحيازتها، وحجر الأمر ضيقه، وتحجر تصلب ويبس حتى صار كالحجر في الصلابة، واستحجر الطين صار حجرا، والحاجر الأرض ترفع جوانبها وينخفض وسطها، الحاجر منخفض يمسك الماء، والحجر المنع من التصرف لصغر وسفه وجنون وغيره.³

الفرع الثاني: تعريف الحجر اصطلاحا

المشرع الجزائري لم يعرف الحجر بل اكتفى ببيان أحكامه في المواد من 101 إلى 108 من الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري.

وقد عرفه الأستاذ كمال حمدي: "بأنه منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لأفة في عقلها أو لضعف في بعض ملكاته النفسية الضابطة"⁴.

وعند الرجوع إلى أحكامه المدرجة باللغة الفرنسية نجد مصطلح **L'interdiction** الذي يعبر عن المنع، أي أن الشخص الذي "تطراً عليه الحالات الواردة في القانون يمنع عليه التصرف في

1 — ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص40

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر دمشق، ط2، 1985، ج5 ص411.

3 - محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، ط الثانية، منشورات مكتبة اقرأ، الجزائر، 2011، ص7، 8

4 - محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص165

شؤونها المالية والإدارية وكل ما يتعلق بشخصه، وذلك حفاظاً على مصلحته، وهذا هو المقصود من الحجر.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إعطاء مفهوم للحجر، حيث أن كل واحد منهم أعطاه تعريفاً مغايراً عن الآخر.

فقد عرف الحنفية: "بأنه المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية، كما عرفوه كذلك بأنه عبارة عن منع مخصوص متعلق بشخص مخصوص، عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه أي لزومه، لأن عقد المحجور ينعقد موقوفاً¹.

نلاحظ من هذا التعريف أف الحجر عند الحنفية هو المنع من القيام بالتصرفات القانونية بسبب أسباب الحجر، وبالتالي فتصرف الصغير أو الجنون قد يكون غير منعقد أصلاً، كما إذا كان ضرراً محضاً، وقد يكون موقوفاً على إجازة الولي² كالبيع والشراء من المميز، أما إذا كان لا يعقل أصلاً فتصرفه باطل.

وأما الحجر على الأفعال، فلا يفيد، ويكون كل من الصبي وجنون ضامناً لما يتلفه من مال غيره، ويؤخذ ثمنه من ماله إن كان لو مال، ويطلب بالأداء وليه أو وصيه؛ لأن الضمان من خطاب الوضع، وهو لا يشترط فيه التكليف أو التمييز³.

أما المالكية فقد عرفوه: بأنه صفة حكمية، أي يحكم بها الشرع، توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته⁴، أو تبرعهم بما زاد على ثلث ماله⁵.

وعرفه الشافعية والحنابلة: بأنه المنع من التصرفات المالية. سواء أكان المنع من الشرع كمن الصغير والمجنون والسفيه، أم من الحاكم كمنع المشتري من التصرف في ماله حق يؤدي الثمن الحال الذليل. ولا يمنع المحجور (السفيه والمفلس والمريض) من التصرفات غير المالية، كالتصرف بالطلاق والإقرار بما يوجب العقوبة، وكالعبادة البدنية واجبة أو مندوبة، لكن الصبي والمجنون لا يصح تصرفهما في شيء مطلقاً من الأموال الذم والأحوال الشخصية من زواج أو طلاق⁷.

وهو بصفة عامة عند فقهاء الشريعة بأنه: منع الإنسان عن التصرف في ماله. ويقابله الإذن وهو فك الحجر وإسقاط حق المنع⁸.

وقد عرفه أبو زهرة بقوله: هو منع التصرف القولي، أي أن العقود لا تنشأ نافذة عليها أحكامها التي رتبها الشارع، وكذا سائر التصرفات، فلا يمضي الشارع تصرفاً للمحجور عليه مادام ذلك التصرف

1 - ابن عابدين، رد المختار، مرجع سابق، ج5، ص99.

2 - انظر محمد باوني، المرجع السابق، ص9

3 - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص412

4 - يشمل هذا الحجر عن الصبي وجنون والمفلس ونحوهم، فإنهم يمنعون من التصرف بالبيع أك التبرع فيما زاد على قوتهم، ويكون تصرفهم موقوفاً على إجازة الولي.

5 - يشمل هذا الحجر على مريض الموت والزوجة، فإنهما لا يمنعان من البيع والشراء، وإنما يمتنعان من التبرع فيما يزيد عن ثلث ماله انظر الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3ص294، أبو الضياء ابن جزي، القوانين الفقهية، الجزائر: دار الكتب، دط، ص320.

6 - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، بهامش الشرح الصغير، مرجع سابق، ج3، ص381.

7 - مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص165/ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص456، البهوي، مرجع سابق، ج3ص404.

8 - الزيلعي، مرجع سابق، ج5، ص203، ابن عابدين، الدر المختار ورد المختار، مرجع سابق، ج5، ص108

داخلا في نطاق الحجر، وسبب الحجر ضعف في تقدير المحجور عليه، إما لفسفه، أو عته، أو جنون وإما لحق غير بسبب استغراق الديون لأمواله¹.

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الحجر على المجنون والمعتوه يكون بقيام هذين الحالتين ويزول بزوالهما دون حاجة إلى حكم القاضي. وذهب أبو يوسف إلى أن توقيع الحجر على السفیه وذي الغفلة ورفعها عنهما لا يكون إلا بحكم من القاضي، ولكن المشرع الجزائري حسب هذه النقطة إذ نصت المادة 10 من قانون الأسرة على أنه: يجب أن يكون الحجر بحكم "... لذلك فلا يكون الحجر إلا قضائيا في قانون الأسرة الجزائري وهذا ما هو مقرر في بعض القوانين العربية الأخرى كالقانون المصري.

المطلب الثاني: أنواع الحجر

من خلال تعريف الحجر تبين لنا أن الحجر نوعان، حجر قضائي، وحجر قانوني. ونجد أن كل واحد منهما يختلف عن الآخر، وهذا ماسيتم التطرق إليه في هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول الحجر القضائي، ونتناول في الفرع الثاني الحجر القانوني، أما الفرع الثالث والأخير نقوم بالتمييز بينهما.

الفرع الأول: الحجر القضائي

يطلق على أسباب الحجر القضائي في فقه القانون المدني اسم عوارض الأهلية، فالإنسان لصحة تصرفاته ونفاذها يجب أن يكون له أهلية أداء كاملة لأنها أساس التعامل والتعاقد إلا أن هذه الأهلية قد تعترضها بعض العوارض مؤثرة فيها ويمكن تعريف عوارض الأهلية بأنها: هي ما يطرأ على أهلية الإنسان فتعدمها أو تنقص منها أو تغير بعض أحكامها. وقد قسم علماء أصول الفقه هذه العوارض إلى عوارض سماوية وهي التي لم يكن للشخص في إيجادها اختيار أو اكتساب، وعوارض مكتسبة: وهي التي يكون للشخص دخل واختيار في تحصيلها. فالعوارض السماوية مثل الجنون والعتة، وإغماء والنوم، ومرض أو الموت أما العوارض المكتسبة مثل السكر والسفه والدين، هذا حسب فقهاء الشريعة الإسلامية، ولكن المشرع الجزائري ذكر العوارض التي تصيب الأهلية ووزع أحكامها بين القانون المدني وقانون الأسرة، فذكر عوارض الأهلية في القانون المدني ونص في المادة 78 منه على أنه: كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدتها بحكم القانون". وجعل هذه العوارض في قانون الأسرة أسبابا للحجر إذ نص في المادة 101 من قانون الأسرة على أن: من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفیه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكور بعد رشده يحجر عليه. وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري جعل عوارض الأهلية في القانون المدني هي الجنون والعتة، والسفه والغفلة وذلك في نص المادتين 42 و43 منه، واقتصر في قانون الأسرة على ذكر الجنون والعتة والسفه فقط كأسباب للحجر في نص المادة 101 من قانون الأسرة ولم يذكر الغفلة.

إنه وبالإستناد إلى المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري التي تبين لنا أنه يجب أن ينطق بالحجر بموجب حكم، وللقاضي أن يستعين بالخبرة في إثبات أسباب الحجر، نلاحظ أن الحجر القضائي لا يكون إلا بحكم قضائي، سواء تعلق الأمر بالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، وبالعودة إلى الناحية القانونية وإعمالا بنص المادة 103 ق أج باستطاعة القاضي أن يندب خبيراً لإثبات أسباب الحجر لتوخي ما يلزم

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 437

من تدابير لصون ماله، ويكون ذلك بناء على ضوء مايبديه الطبيب أو سماع شهادة الشهود أو من أي دليل آخر يكون كفيلا الاثبات أسباب الحجر، وللقاضي سلطة تقديرية بأخذ أي دليل يراه مناسباً¹.

الفرع الثاني: الحجر القانوني

إن الحديث عن الحجر القانوني يتعلق في مجمله بالحكم بعقوبة سالبة للحرية، ويمكن تعريفه بأنه: "حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتبعاً لذلك تدار أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي"². وقد أشارت إليه المادة 9 قانون العقوبات على أن: "العقوبات التكميلية هي الحجر القانوني..."³. وأشارت إليه كذلك المادة 9 مكرر من القانون نفسه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذم يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي".

الفرع الثالث: تمييز الحجر القضائي عن الحجر القانوني

تبين لنا من خلال تعريفنا للحجر القضائي والحجر القانوني أن هناك اختلاف بينهما فلحجر القضائي يوقع على الأشخاص الذين يثبت إصابتهم بإحدى أسباب الحجر الجنون، العته، السفه، والغفلة⁴، وهو إجراء يهدف إلى حماية أموال المحجور عليهم من الضياع وحماية للغير الذي له مصلحة، كما يرفع الحجر القضائي بزوال أحد أسباب الحجر، ويكون ذلك بناء على طلب المحجور عليه طبقاً للمادة 108ق⁵.

أما الحجر القانوني فيتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ للعقوبة الأصلية⁶، وهو عبارة عن عقوبة تكميلية⁷، تلحق المحكوم عليه دون حاجة إلى النص عليها في الحكم، وهذا طبقاً للفقرة الأولى للمادة 9 مكرر من ق ع ج التي تقضي بأنه: "في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني".

يتضح من خلال هذا النص أن العقوبة التكميلية مقررة في مواد الجنايات نظراً لخطورتها، خلافاً للمحكوم عليه بعقوبة الجنحة أو المخالفة⁸، ويستطيع مباشرة حقوقه المالية والتصرف فيها، وتسلب عليه إحدى العقوبات الأصلية المقررة في الجنحة أو المخالفة⁹.

وبالسنة لمدة الحجر القانوني وهي موقوفة بفترة وجود المحكوم عليه بالسجن تنفيذاً للعقوبة الأصلية المقررة عليه، ويزول الحجر القانوني إما بانقضاء العقوبة الأصلية المحكوم بها وإما بالإفراج عن المحكوم عليه أو بالعمفو عليه، بزوال هذا الأخير يسترد المحكوم عليه كامل سلطاته في التصرف في

1 - محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، ط الأولى، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 533

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزئي الخاص، الجزء الأول، ط العاشرة، دار هومة، 2009، ص 27

3 - المادة 9 من الأمر 156.66، المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

4 - محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص 631

5 - تنص المادة 108 من قانون الأسرة: يمكن رفع الحجر بحكم إذا زلت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه.

6 - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 137.

7 - كان الحجر القانوني يعتبر عقوبة تبعية في نص المادة 6 من قانون العقوبات، قبل عدله بموجب القانون رقم 23.6 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 إذ أصبح بعد التعديل عقوبة تكميلية وجوبية.

8 - تنص المادة 2/5 من تفتين العقوبات على أن العقوبات الأصلية في مادة الجنح: هي الحبس مدة تتجاوز شهرين إلى 5 سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدود أخرى.

9 - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 595.

أمواله، ويلزم المقدم بتقديم حساب عن إدارته لأموال المحكوم عليه¹ وهذا ما نصت عليه المادة 78 من القانون رم 04/05 المؤرخ في 6 فيفري 2006 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على ما يلي: " يحتفظ الحبوس بحق التصرف في أمواله في حدود أهليته القانونية، وبترخيص من القاضي المختص.

لا يصح إجراء أي تصرف من المحبوس إلا بمعرفة موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل قانونا... " رغم وجود اختلاف بين الحجر القضائي والحجر القانوني فإنه يوجد تشابه بينهما من حيث تعيين مقدم يقوم بإدارة أموال المحجور عليه والتصرف فيها، وهذا طبقا لنص المادة 104 ق.أ².

المطلب الثالث: شروط رفع دعوى الحجر طبقا لقانون الأسرة الجزائري

لتطبيق أحكام الحجر وفقا لقانون الأسرة الجزائري، يشترط في الشخص المراد الحجر عليه أن يكون مصابا بأحد عوارض الأهلية المعدمة كالجنون والعتة، أو المنقصة كالسفه والغفلة قبل بلوغه سن الرشد وبعده، وقد يحجر عليه أيضا ولو كان متمتعا بكامل قواه العقلية لمانع قانوني يمنعه من ممارسة حقوقه وهذا هو الحجر القانوني، وهو ما يستخلص من نص المادة 40 من ق م حيث عبرت عن بعبارة ولم يحجر عليه.

المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الحجر

كما هو متعارف عليه في القانون أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير الأمور المتعلقة بالدعاوي المرفوعة للمحكمة حسب تقديره الشخصي، ودعوة الحجر كسائر الدعاوي للقاضي دور هام فيها نظرا لخطورة دعوى الحجر من جهة، وتعلقها بأهلية الأشخاص من جهة أخرى لها، وقد قمنا بتقسيم المطب إلى ثلاثة فروع، حيث تناولنا في الفرع الأول حق الحجور عليه من الاستعانة بمحامي، والفرع الثاني تناولنا فيه انتداب خبير من قبل القاضي، أما الفرع الثالث والأخير تناولنا فيه نشر الحكم.

الفرع الأول: حق المحجور عليه في الاستعانة بمحامي

إن ما جرى عليه العمل في الواقع العملي لميدان القضاء بخصوص دعوى الحجر، تمكين المرد الحجر عليه من تقديم ملاحظاته، والدفاع عن نفسه بمفرده أو بواسطة محاميه³.

وهذا ما أشارت إليه المادة 105 من ق أ ج بقولها: "يجب أف يمكن الشخص المراد التحجير

عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعد إذا رأت في ذلك مصلحة"⁴. وباستقراءنا لهذه المادة اتضح لنا أن أمر تعيين محامي للدفاع عن المصاب بعوارض الأهلية وجوبي ولا بد منه، لكن ما أردنا الوقوف عليه هو كيف يمكن للشخص المراد الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه؟ وما دفعنا للتساؤل هو صياغة المادة 105 من ق أ ج التي لم يبين المشرع فيها طريقة الدفاع، وللإجابة على ذلك توجهنا إلى الواقع العملي.

1 - المرجع نفسه، ص 596.

2 - تنص المادة 104 ق: "إذا لم يكن للمحجور ولي أو وصي، وجب على القاضي إن يعين في نفس الحكم مقدا لرعاية شؤون المحجور عليه ولقيام على شؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون".

3- لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، الجزء 1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 104.

4- المادة 105 من ق أ.

هناك عدة طرق أولها أن يكون للشخص المراد الحجر عليه محامي يدافع عنه، وثانيها إذا لم يكن للمحجور عليه محامي يقوم القاضي تلقائياً بتعيين محامي في إطار إجراءات المساعدة القضائية، وهذه الأخيرة تقدم للنيابة العامة، وهناك من القضاة من يقوم بمراسلة نقابة المحامين من أجل تعيين محاميتلقائي من المحامين المسجلين في قائمة المنظمة الوطنية للمحامين بدون دفع له أي مقابل وتتولى خزينة الدولة تسديد أتعاب المحامي، كما يعفى المستفيد من المصاريف القضائية ومصاريف التبليغ والتنفيذ، وباستطاعة القاضي إجراء تحقيق بالاستماع للجيران عند الاقتضاء، وبإمكانه الانتقال إلى محل إقامة الشخص المطلوب الحجر عليه، إذا لم يكن باستطاعة هذا الأخير الحضور².

وانطلاقاً من ذلك وحسب رأينا الشخصي يمكن القول بأن قصور المشرع على صياغة المادة السالفة الذكر أفرد نوع من الإبهام، فقد وجدنا قرار للمحكمة العليا برقم 336017 الصادر في 2005.07.13 الذي جاء في حيثياته ما يلي:

عن الوجه الثاني: بدعوى أن القرار المطعون فيه خالف نص المادة 105 ق أ، ويتجلى ذلك في عدم تعيين محامياً للمطعون ضدها بصفقتها محجوراً عليها، وذلك قبل الفصل للدفاع عن حقوقها. وان استبعاد قضاة الموضوع هذا الإجراء، وعدم استبعاد دفاع المطعون ضده في حق المحجور عليها لتضارب مصالحها يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه، حيث بالفعل وبالإطلاع مرة أخرى على القرار المطعون فيه يتبين منه أن الطاعن كان فعلاً قد طالب أمام قضاة الاستئناف بتعيين محامياً للمطعون ضدها المحجور عليها أمه (ح، ز) قبل أن يفصلوا في الاستئناف إلا أن هذا الدفع قد رفض بدعوى وأن الطلب ليس ما يبرره وأن السلطة التقديرية في تعيين المحامين متروك للقاضي الموضوع، وفي الحقيقة أن مثل هذا التعديل قدجانب الصواب وخالف القانون وخاصة ما صت عليه المادة 105 من ق أ ج التي توجب على القضاء أن يمكن الشخص المراد الحجر عليه من محام ليتولى الدفاع عن مصالحه، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه³.

ومن هنا يمكن القول بأن القرار فسر مضمون نص المادة 105 لأنه لايمكن تصور مجنون مثلاً يدافع عن نفسه عند رفع الحجر عليه، الأمر الذي يستلزم من القاضي تقديره شخصي وجوبياتعيين محامي للدفاع عنه.

الفرع الثاني: انتداب خبير من قبل القاضي

نصت المادة 103 من ق أ: " يجب أن ينطق بالحجر بموجب حكم، وللقاضي أنيستعين بالخبرة في إثبات أسباب الحجر".

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة لإثبات أسباب الحجر، ويكون ذلك بحكم تحضيري قبل الفصل في الموضوع أو بأمر على عريضة عند الاقتضاء⁴.

1- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة ونشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص156، 157.

2- لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص104.

3- قرر رقم 336017 المؤرخ 13/07/2015 مجلة المحكمة العليا، سنة 2005، العدد1، ص331.

4- لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص102.

وبالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نجدها هي الأخرى قد منحت للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بالخبرة وهذا ما جاء في نصها:

" Le juge peut faire appel à des experts pour en établir les motifs "

ما يعاب على هذه المادة أنها منحت للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء إلى الخبرة، فترك الحرية للقاضي في الأخذ بها قد يجعل القاضي لا يأخذها إطلاقاً خصوصاً مع الأمراض العقلية التي تطورت في عصرنا الحالي فلم تعد محصورة في نوع واحد فقط، بل تعددت وتشعبت مما يجعل الاستعانة بأهل الخبرة أمر وجوبي وليس جوازي¹.

وقد نصت المادة 125 من ق إ م إ: "الخبرة تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

كما يعاب على هذه المادة أنها لم تبيّن لنا المهام التي يقوم بها الخبراء عند إجراء خبرتهم في إثبات أسباب الحجر، وتجدر الإشارة إلى أن هؤلاء الخبراء قبل مباشرة أعمالهم فإنهم يؤدون اليمين وهو إجراء جوهري من النظام العام، وهذه اليمين كافية لكل مهمة يعين فيها الخبير إلا أن القاضي قد يطلب من الخبير أن يقسم في مهمة كلف بها إذا كانت في غاية الخطورة².

وتجدر الإشارة إلى أن حالة العته والجنون لا تثبت إلا بواسطة الخبرة الطبية، وهذا ما أشار إليه قرار صادر عن المحكمة العليا حيث نص على: "يتم توقيع الحجر استناداً إلى خبرة طبية من طبيب مختص في الأمراض العقلية"³.

فالخبير عند مباشرة المهام الموكلة إليه فإنه ملزم باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد 126 إلى غاية المادة 145 من ق إ م إ وعند الانتهاء من مهمته عليه إيداع تقرير الخبرة القضائية بأمانة ضبط المحكمة، وبالتالي يتحقق القاضي من حالتي الجنون والعته⁴.

وتتخصر مهمة الخبير في معظم الحالات لإثباته قيام حالة الجنون والعته في اطلاعه على الملف الطبي وأوراق القضية والكشوف الطبية، والبحث عن عادات المريض ويسأله عن عمره وعن ماضيه وحاضره وبعض الأمور المتعلقة بعائلته، ثم يحاول اختباره في بعض المسائل البديهية كالجمع والقسمة والضرب، وبعد ذلك يكمل الكشف بفحص إكلينيكي كامل يبين فيه وحدة السمع والبصر وقوة الذاكرة ونبضات القلب والضغط وتحليل الدم وفحص الرنتين وعلامات الشلل، وعند انتهائه من هذا الفحص يتم الكشف عن حالة الجنون والعته⁵.

والقاضي إذا لم يجد في الخبرة المرفوعة إليه ما كان يريده من إيضاح فله السلطة التقديرية في رفضها ويأمر بإجراء خبرة أخرى⁶.

وهذا ما نصت عليه المادة 144 من ق إ م إ، أما في حالة ما كان يريد من إيضاح فله السلطة التقديرية في رفضها والغفلة فإثباتها لا يحتاج إلى خبرة طبية، لأنهما سببين لا يمكن اكتشافهما من طريق الفحوصات الطبية،

¹ - فاري مريم، المرجع السابق، ص32

² - محمود توفيق إسكندر، الخبرة القضائية، ط6، دار هومة، 2010، ص65.

³ - القرار رقم 365226 المؤرخ في 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا سنة 2006، العدد2، ص477.

⁴ - تاييب الحاج، آيت عمار سليمة، المرجع السابق، ص28.

⁵ - قارم مريم، المرجع السابق، ص33

⁶ - محمود توفيق إسكندر، المرجع السابق، ص83

فالقاضي في إطار ذلك يقوم بإجراء تحقيق قضائي طبقاً لما نصت عليه المادة 75 من ق إ م¹، ويمكن للقاضي استدعاء كل شخص في سماعه فائدة تثبت مدى توافر صفة السفه والغفلة في الشخص المراد الحجر عليه².

وتجدر الملاحظة وطبقاً لنص المادة 8 من ق إ م، بخصوص الشهادات الطبية التي يقوم الخصوم بتقديمها إلى الجهات المعنية، وتكون محررة باللغة الأجنبية فإن الخصوم ملزمين بترجمتها باللغة العربية³.

الفرع الثالث: نشر الحكم

بعد تقييد الدعوى عن طريق عريضة محررة من طرف أحد أقارب المدعى عليه أو غيرهم المذكورين في المادة 102 من ق أ ج، وبعد تعيين محامي للدفاع عنه وتأكيد القاضي عن طريق تعيين خبير طبي، أن الشخص المراد الحجر عليه غير قادر على إدارة شؤونه، ينطق القاضي بالحكم مباشرة في جلسة علنية إذا لم ينطق به في الجلسة الأولى في الحقيقة لا يمكن التأجيل إلا إذا كانت ضرورة ملحة بشرط ألا تتجاوز جلسنتين متتاليتين إعمالاً لنص المادة 271 من ق إ م⁴.

وقد نصت المادة 106 من ق أ ج: "يقبل الحجر بالحكم بالحجر كل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام". ومن هنا نشير إلى أن الحكم الصادر في دعوى الحجر لا بد أن ينشر، ولم يحدد المشرع وسيلة النشر والفائدة من نشر الحكم هو إعلام الغير حتى لا يتعاملوا مع المحجور عليه⁵، لكن ما يعاب على المشرع في كل مرة أن يأتي بنص ولا يبين معناه فقد نص على أن الحكم بالحجر لا بد من نشره لكنه لم يبين لنا طريقة النشر ما دفعنا الأمر إلى طرح السؤال التالي:

كيف ينشر حكم الحجر؟ ومن هو الشخص المسؤول عن النشر؟

من خلال توجهنا إلى الواقع العملي، وجدنا أن الحكم بالحجر ينشر في زاوية مهمشة في إحدى الجرائد اليومية التيربما لن يلاحظها العديد من قراء الجرائد.

كان لا بد من المشرع على الصعيد العملي أن ينشر الحكم القاضي بالحجر على الغالب في مكاتب التوثيق التي تقع في دائرة موطن المحجور عليه، أو تعليقه على لوحة الإعلانات الخاصة بالمحكمة والمجلس الذي يقع في دائرة اختصاصها موطن المحجور عليه⁶.

أما بخصوص الشخص المسؤول عن النشر، فمن خلل توجهنا كذلك إلى الواقع العملي تبين لنا أن رافع الدعوى هو المسؤول عن النشر ولا بد أن يكون مرفقاً بمنطوق الحكم القاضي بالحجر إلى الجهة التي يريد نشر الحكم فيها مع تحمل المصاريف القضائية، أضف إلى ذلك أن الحكم القاضي بالحجر يتم تسجيله

1 - نصت المادة 75 من ق.إ.م.إ: "يمكن للقاضي بناء على طب الخصوم، أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون".

2- تايب الحاج، آيت عمار سليمة، المرجع السابق، ص29

3- تنص المادة 8 من ق إ م إ: "يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول. يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول.

تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان المثار تلقائياً من القاضي. يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية".

4- تنص المادة 271 فقرة 3 ق إ م إ: "لا يجوز تمديد المداولة إلا إذا اقتضت الضرورة الملحة ذلك، على ألا تتجاوز جلسنتين متتاليتين".

5- لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص105

6- المرجع نفسه، ص105.

على هامش شهادة ميلاد المحجور عليه بسعي من النيابة العامة وهذا ما يستخلص من نص المادة 489 من ق إ م إ: "يؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية، بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقدمي بطلب من النيابة العامة ويعتبر هذا التأشير إشهاراً."

أضف إلى ذلك وكما ذكرناه في المادة 106 أعلاه أن الحكم بالحجر قابل للطعن بكل طرق العادية والمتمثلة في المعارضة والاستئناف، وطرق الطعن الغير عادية وهي الطعن بالنقض، التماس إعادة النظر ومعارضة الغير الخارج عن الخصومة.

المبحث الثالث: حكم تصرفات المحجور عليه وانقضاء الحجر

كما هو راجح في الشريعة الإسلامية والقانون أن الأهلية هي منبع حكم تصرفات كل شخص، أي أنها العلة الوحيد التي تؤثر في تصرفات الواحد منا تأثيراً مباشراً دون إنذار مسبق، فكما أنها تجعل كالتصرفات الشخص نافذة وصحيحة نظراً لكمال ملاكاته العقلية ونقصها يجعلها موقوفة على إيجازه من يتولى رعاية ناقص الأهلية، بينما عديم الأهلية فكل تصرف يصدر منه يقع باطلاً حتى ما كان منها نافعا له. وزيادة على ما قيل نشير إلى أن الأهلية كما تؤثر في التصرفات هي الأخيرة تتأثر بالعوارض المعدمة لها وهي الجنون والعتة، والمنقصة لها وهي السفه والغفلة، ونظر لعدم قدرة تمييز هؤلاء لما وضع خصيصاً

لحمايتهم فقد يبرمون تصرفات قانونية قبل أو بعد الحجر. من شأنها أن تضر بأموالهم ويعرضهم للاحتيال والنصب، من أجل حمايتهم أورد لهم أحكاماً خاصة تضبط تصرفاتهم، وهذا هو مضمون هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، خصصنا الأول لحكم "تصرفات عديمي الأهلية، وخصصنا الثاني لحكم تصرفات ناقصي الأهلية.

المطلب الأول: حكم تصرفات عديمي الأهلية

إن ما هو متعارف عليه أن أيتصرف يبرم من قبل عديمي الأهلية (الجنون، المعتوه) سواء قبل الحجر عليهم أو بعد الحجر، خصص لو حكم يضبطه من أجل حماية هذه الفئة من الطامعين في الاستلاء على أموالهم، من أجل معرفة حكم هذه التصرفات قسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الأول حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر، خصصنا الثاني إلى حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد الحجر.

الفرع الأول: حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر

الأصل أن المجنون والمعتوه يعتبران كامل الأهلية قبل الحجر عليهما، لذا فأى تصرف يصدر منهما يقع صحيحاً، نظراً لعدم شيوع هاتين الحالتين بين الناس وعدم علم الطرف الآخر الذي تم إبرام التصرف معه من قبل المجنون والمعتوه بأمرهما. ولعل السبب في اعتبار التصرف صحيحاً، على الرغم من أن حقيقة الأمر في الواقع تنفي ذلك وتؤكد انعدام الأهلية وليس كمالها. ربما راجع إلى تكريس نوع من الحماية للغير حسن النية الذي أبرم تصرفاً مع عديمي الأهلية (المجنون والمعتوه) دون أن يصل إلى علمه حقيقة أمر هاتين الحالتين حتى لا ينصدم ببطلان تصرفه.¹

ومن هذا المنطلق يمكننا القول بأن تصرفاتهما تقع صحيحة، ولا يترتب عليها البطلان إلا إذا انتفى حسن نية المتعاقد الآخر في حالتين: حالة كون أن الجنون والعتة شائعين بين الناس، أما الحالة الثانية فتتمثل في كون أن الغير عالم بحالة إصابة الشخص الذي تعاقد معه مصاب بالجنون أو العتة، وعليه لسوء نية الغير تسقط عنه تلك الحماية المقرر لصاحب النية الحسنة، وبالتالي فتصرفه باطلاً، كالتصرف الذي يصدر بعد تسجيل قرر الحجر.²

¹ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 535-536.

² - أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية، مصر، 2007 - 2008، ص 92-93.

وتجدر الإشارة أن هناك من يرى أن تصرف المحجور عليه، إذا كانت حالة الجنون غير معروفة وغير شائعة من الطرف الآخر، يصح هذا التصرف أخذا بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة لأن هذه الأخيرة لا وجود لها عند المجنون¹.

كما تجدر الإشارة أن جنون أو العته أمران عارضان، ولهذا يجب على من يدعي أن التصرف قد صدر من الشخص وهو مجنون أو معتوه يقع عليه عبء الإثبات².

أضف لما تم الإشارة إليه أعلاه فقد نص المشرع على حكم تصرفات المجنون والمعتوه في نص المادة 107 من ق أ ج بقولها: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلية، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها. ونجد في نفس السياق نصت المادة 42 من ق م ج: لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة. وعليه من خلال مضمون النصين تبين لنا أن هنالك تناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة ودليل ذلك أن نص المادة 107 من ق أ ج جاء عام وعبارته ركيكة كونه سوى بين تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه مع أنه لا يمكن التسوية بين عديمي الأهلية وناقصيها كون تصرفات الفئة الأولى تكوفاً باطلية والثانية تكون قابلة للإبطال كوهنا تأخذ حكم الصبي المميز. بينما القانون المدني نص على حكم تصرفات المجنون والمعتوه في المادة 42 من ق م ج وحكم تصرفات السفهيه وذي الغفلة في نص المادة 43 من نفس القانون بقولها: " كل من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد أو ذاغفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون 365³.

كما أن نص المادة 107 جاء مخالف لنص المادة 114 من القانون المدني المصري التي نصت:

"يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا أصدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر، أما إذا كان التصرف صادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون والعته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها. أضف إلى ذلك فالمشرع المصري وضع لحكم تصرفات المجنون والمعتوه حكما خاصا في المادة 114 من قانون المدني المصري، وأفرد السفهيه وذي الغفلة بحكم مستقل في المادة 115 من نفس القانون بقولها: "أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للأبطال إلا إذا كانت نتيجة استغلال وتواطؤ"⁴.

كما أن المشرع في المادة 107 من ق أ ج لم يأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية التي فرقت بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، حيث ذهب الفقه الإسلامي إلى أن التصرفات القولية مناطها التمييز والإدراك، وأن المجنون ذهب تمييزه وإدراكه لذلك لا يعتد بتصرفاته القولية، فهي باطلية حتى لو أجازها وليو، ولكن إذا كان الجنون منقطعاً بأن كان المجنون يفيق في بعض الأوقات، فإن حكم تصرفاته في حالة الإفاقة حكم تصرفات العاقل⁵. بمعنى أن في حالة الجنون المطبق تكون تصرفات المجنون باطلية، أما إذا كان غير مطبق كأن يذهب عقله في بعض الأحيان ويفيق في بعضها فإن تصرفاته وقت ذهاب عقله

1 - عبد الرزق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، 2003، ص 230.

2- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، بيروت: الدار الجامعية، دط، ص 672.

3 - تاييب الحاج، ايت عمار سليمة، المرجع السابق، ص 41-42.

4 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 230.

5- عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 103.

باطلة أما في وقت الإفاقة فتكون في حكم تصرفات العاقل¹. كما فرقت في حكم أهلية المعتوه بينما إذا كان المعتوه عديم العقل والتمييز فيكون في حكم الصغير غير مميز وبين ما إذا كان المعتوه مميز فيكون في حكم الصغير المميز، فإن كان تصرف نافعاً نفعاً محضاً كقبول الهبة كان صحيحاً دون الحاجة إلى إجازة الولي، أما إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً كتبرعه شيئاً من ماله كان باطلاً ولا ينفذ حتى لو أجازته الولي، أما إذا كان دائراً بين النفع والضرر كتأجير له عمار كانت نافذة ومتوقفة على إجازة الولي فله أن يقبل بها وله أنيبطلها².

وما نريد الإشارة إليه هنا أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة التفرقة بين الجنون المطبق والجنون المتقطع في قانون 91/ 10 المتعلق بالأوقاف في نص المادة 31 منه بقولها: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفاً يتوقف على أهلية التسيير. أما صاحب الجنون المتقطع فيصبح أثناء إفاقته وتام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية". بينما لم يرقم بإشارة إلى هذا التمييز لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني³.

كما أننا إذا ألقينا نظرة على المادة 85 من ق أ ج، التي تنص على أن: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه ولسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه". فإننا نجد عرضة للعديد من الانتقادات لما تضمنته من أحكام على النحو التالي:

1- عدم صواب المشرع عندما اعتبر السفه عديم الأهلية عندما أحقه بالمجنون والمعتوه في الحكم، في حين النص المادة 43 من ق م ج يعتبره ناقص الأهلية.

2- أن نص المادة في نصها العربي اعتبرت أن تصرفات المجنون كالمعتوه "غير نافذة" فهذا المصطلح غير دقيق كوف أف عدم نفاذ التصرف إنما هو يعني وقف لتصرف، بما أن التصرفات الموقوفة تقع صحيحة لكن لا ترتب آثارها قبل إجازة الولي فمن غير المعقول أن تكون تصرفات المجنون مثلاً صحيحة غير نافذة، وفي مقابل ذلك نجد أن صياغة المادة باللغة الفرنسية جاءت سليمة إذ وردت فيها كلمة "nuls"⁴ بمعنى بطلان التصرف كون البطلان يختلف عن عدم النفاذ، فكان لا بد من حذف هذالمادة كون أن المادة 107 من ق أ ج نصت على بطلان، أو كان على المشرع إعادة صياغة المادة كما باللغة الفرنسية حتى تسلم من الانتقاد⁵.

الفرع الثاني: حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد الحجر

يعتبر الحكم بالحجر على المجنون والمعتوه حكماً منشأً لحالة الحجر، كون هذين الشخصين يعتبران عديمي الأهلية ابتداءً من تسجيل قرار الحجر، وليس بعد إصدار الحكم بالحجر، وهذا جوهر ما قصدته المادة 42 من ق م ج بقولها: لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون"، بالتالي فكل تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، أي كان هذا

1 - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق نذهب أبي حنيفة، ط الثانية، دار القم لنشر والتوزيع، 1990، ص ص 217-218.

2- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 218.

3- محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقصي الأهلية المالية في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 71.

4- نصت المادة 85 من ق أ ج باللغة الفرنسية على ما يلي:

« Les actes d'une personne atteinte de démence d'imbécillité ou de prodigalité, accomplis de l'empire de l'un de ces états, sont nuls »

5- محمل. سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 538.

التصرف سواء منها النافع له نفعاً محضاً، وضار ضرراً محضاً، ودائر بين النفع والضرر¹. ولا يهم بعد ذلك أن تكون حالة الجنون أو العته لست شائعة، أو أن يكون المتعاقد على بينة من هذه الحالة أو كان يجهلها، أو أن المجنون قد أبرم التصرف في إحدى فترات إفاقته إن كان جنونه متقطعاً غير مطبق، كون أن المشرع أقم قرينة قانونية قاطعة بعد تقييد طلب الحجر بانعدام إرادة المجنون والمعتوه، وعلى علم الغير بأمر الحجر. وعليه لا يستطيع المتعاقد مع المجنون أو المعتوه الاحتجاج بحسن نيته وقت إبرام التصرف مادام أنه كان بمقدوره العلم بهاتين الحالتين عن طريق الاطلاع على الحكم بالحجر على المجنون أو المعتوه وانعدام أهليتهما².

ومن هنا نجد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17/3/1998 يؤكد أن تصرفات المجنون والمعتوه بعد الحجر بطلاناً مطلقاً في قضية (ب، ع) ومن معها ضد (فريق ب) على أنه: "من المقرر قانوناً أن التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً..."³.

وما تجدي الإشارة إليه هنا أن هذا البطلان من النظام العام بحيث يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يثيره الخصوم، ويثار على أي حالة كانت عليها الدعوى ولو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا⁴.

ومن جهة آخر نجد أن هنالك من اعتبر تصرفات المجنون والمعتوه بطلاناً نسبياً وعلى رأسهم الغوثي بن ملحمة كون أن نص المادة 107 من ق أ ج لم تبيّن نوع البطلان هل هو نسبي أم مطلق نظراً لكون أن الولي والمحجور عليه بعد رفع الحجر عليه أن يطالب بإبطال التصرفات الصادرة بعد الحكم بالحجر ويكون لورثة المحجور عليه بعد وفاته وللقاضي أن يبطل التصرف، كما للولي أو محجور عليه إجازة التصرفات⁵.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: متى يبدأ سريان تاريخ هذا البطلان؟ هل يكون من تاريخ الحكم بالحجر أم من تاريخ إعلان الحكم للغير نظراً لنص المادة 106 من ق أ ج على نشر الحكم للإعلام؟

وللإجابة نقول أنه من المنطوق أن يسري البطلان من تاريخ نشره للإعلام كون أن نشر الحكم قرينة على علم الغير وأن حكم بالحجر هو قرينة على انعدام الأهلية للمجنون أو المعتوه⁶. إذا ترتب البطلان على تصرفات عديمي الأهلية فإنه تطبق هنا أحكام البطلان المنصوص عليها في المادتين 102 و103 من ق م ج غير أن المجنون والمعتوه إذا تقرر بطلان تصرفهما ملزمين برد ما عاد عليهما من منفعة بسبب تنفيذ العقد⁷.

1- حسن كبرة، المرجع السابق، ص 585.

2- رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص 136.

3- المجلة القضائية، قرار رقم 181889، الصادر في 17/3/1998، العدد 2، ص 82.

4- لحسين بن شيخ آث ملوبا، المرجع السابق، ص 602.

5- الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 218.

6- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 669.

7- تنص المادة 102 من ق م ج على ما يلي: إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك جزاً البطلان، والمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة، وتسقط دعوى البطلان دعوى البطلان نضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد. وصت المادة 103 من ق م ج: يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان مستحيلاً جاز الحكم بعوض معدل، غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لتقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقصي الأهلية

إن ما هو ساري عليه العمل في القانون أن السفية وذو الغفلة يخضعان في الأساس إلى حكم واحد، فهما لا يعتبران عديمي الأهلية كالصبي غير مميز والحنون والمعتوه، بل إنه متى تقرر الحجر عليهما اعتبرنا ناقصي الأهلية ولهم كامل الحرية في إبرام التصرفات القانونية، وهذا مغزى هذا المطلب الذي بدوه قسمناه إلى فرعين، تناولنا في الفرع الأول تصرفات السفية وذو الغفلة قبل الحجر عليهم، وتناولنا في الفرع الثاني تصرفات السفية وذو الغفلة بعد الحجر.

الفرع الأول: تصرفات السفية وذو الغفلة قبل الحجر

أولاً: السفية وحكم تصرفاته عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

اختلف فقهاء الشريعة في تعريف السفية وفي حكم تصرفاته، كما اختلفوا في حكم الحجر عليه أصلاً كما سبق، وهذا عرض آرائهم:

1. **مذهب الحنيفة**¹: قال أبو حنيفة: لا يحجر على الحر العاقل البالغ بسبب السفه والدين والفسق والغفلة. فلا يحجر على السفية ويظل تصرفه في ماله جائز، وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة؛ لأن في سلب ولايته على ماله إهدار آدميته، كالحاقه بالبهايم، وهو أشد ضرراً من التبذير، فلا يتحمل الضرر الأعلى لدفع الأدنى. قال تعالى: ﴿وَعَاتُوا أَلْيَتَمَىٰ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: 2] والمراد به بعد البلوغ².

لكن إذا بلغ الغلام مير رشيد لإصلاح ماله، لم يسلم إليه ماله في أوائل بلوغه، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة. وإن تصرف في ماله بعد البلوغ قبل أن يبلغ تلك السن، نفذ تصرفه، لوجود الأهلية، وإذا بلغ خمساً وعشرين سنة، سلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد؛ لأن المنع عنه للتأديب، ولا يتأدب بعد هذه السن غالباً، فقد يصير جداً في هذه السن، فلا فائدة في المنع. وهذا كله غير المفتي به.

وقال الصحابيان: يحجر على السفية والمديون والمغفل، ولا يحجر على الفاسق. وقوما يفتى صيانة لمال السفية والمغفل، ورعاية لمصلحة الدائنين الغرماء. ودليل الصحابين وأئمة المذاهب الأخرى على جواز الحجر على السفية: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السَّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ [النساء: 5]. فقد نهى الله الأولياء عن إعطاء السفهاء أموالهم، مما يدل على منعهم من التصرف، إذ لو أبيع لهم التصرف، لأمكنهم إتلاف أموالهم، وهي في يد أوليائهم، فلا يكون لمنع المال عنهم فائدة. وقال النبي @ فيما يرويه الطبراني بإسناد صحيح: "خذوا على يد سفهانكم".

ثم إن في الحجر على السفية رعاية لمصلحته، ودفع الضرر عنه بحفظ ماله وعدم وقوعه في الحاجة والفقر، كما أن فيه رعاية المصلحة العامة دفع الضرر عن الناس الذين يعاملونه، حق لا يصبح الشخص عالة على المجتمع، ومنعاً من إلحاق الضرر بالأموال، ودفع الضرر واجب شرعاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"³.

1- الكاساني، المرجع السابق، ج7ص171،169، ابن عابدين، الدر المختار ورد اختار، المرجع السابق، ج5ص102 وما بعدها، الزيلعي، المرجع السابق، ج5ص195 وما بعدها.

2- لكن يلاحظ أن هذه الآية مقيدة بآية: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السَّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: 5]

3- حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً عن أبي سعيا الخدري، ورواه مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي @ وله طرق يقوي بعضها بعضاً.

وبناء على قول صاحبين المفتي به: حكم السفية المحجور عليه كحكم الصبي المميز، في التصرفات التي تحتل الفسخ كالبيع والشراء، تصح موقوفة على إجازة القيم عليه. فإن باع بعد الحجر لم ينفذ بيعه، وإن كان في بيعه مصلحة، أجازة الحاكم.

أما التصرفات التي لا تحتل الفسخ كالزواج والطلاق، فتصح منه، فإن تزوج امرأة أو أربع نسوة، جاز نكاحه؛ لأنه من حوائج الأصلية، ولأنه لا يبطله الهزل. ثم إن سمى لها مقدار مهر مثلها، وإن زاد على مهر المثل، بطل الزائد؛ لأنه لا ضرورة فيه. ولو طلقها قبل الدخول، وجب نصف المهر المسمى.

وتصح وصيته بمقدار الثلث من ماله، بشرط أن تكون الوصية لجهة خيرية كالإفناق على الفقراء، أو بناء المساجد أو المشافي أو المدارس؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته.

ويجوز إقراره على نفسه بالحدود والقصاص، ولا يصح إقراره بالمال بعد الحجر عليه.

وتجب عليه نفقة أولاده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه، وتخرج زكاة ماله؛ لأن السفه لا يبطل حقوق الناس.

وتصح منه عباداته، ومنها الحج المفروض عليه، لكن لا يسلم القاضي النفقة إليه، وإنما يسلمها إلى ثقة من الحجاج، ينفقها عليه في طريق الحج، كيلا يتلفها في غير الحج.

ويلاحظ أنه لا يثبت الحجر على السفية أو المدين إلا بقضاء القاضي، بخلاف الصغر والجنون والعته.

2. **مذهب المالكية¹**: السفية هو المبذر لماله إما لإنفاقه باتباعه لشهوته، وإما لقلّة معرفة

بمصالحه وإن كان صالحاً في دينه. والسفه: صرف المال في غير ما يراد لو شرعاً. والحجر على السفية من حقوق الأب إذا كان السفه قريباً من البلوغ كالصبي، فإن كان طروء السفه بعد البلوغ بأكثر من عام، فلا بد من حكم الحاكم بالحجر عليه.

وحكم تصرفاته ما يأتي: ينفذ على الراجح قبل الحجر تصرف السفية الذكر البالغ الذي لا ولي له ولا قيم عليه (ويسمى المهمل) المحقق السفه، بدون إجازة من أحد، ولو تصرف بغير عوض، سواء أكان سفهه أصلياً (أي حدث قبل البلوغ) غير طارئ، أم طراً بعد أن بلغ رشيداً.

أما غير محقق السفه أيمجهوله فتصرفه نافذ اتفاقاً. وأما الصبي السفية الأنثى البالغة السفية المهملان (أي لا ولي لهما) فتتصرفان، إلى أن يبلغ الصبي، وإلى أن تعنس الأنثى وتقعّد عن المحيض وهو سن الأربعين أو من خمسين إلى ستين، أو تمضي سنة بعد دخول الزوج بها.

وتصح وصية السفية المحجور، وتنفيذ، كما ينفذ طلاق زوجته وخلعه لها، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية، ولا شيء من المعروف. ويصح إقراره بموجب عقوبة من حد أو قصاص.

وأما تصرف السفية المحجور بعوض، فهو موقوف على نظر وليه، أي أن حكم تصرفه كحكم تصرف الصبي المميز، المتقدم. ويتصرف الولي على المحجور وجوباً بالمصلحة العائدة على محجوره

¹ - الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج3ص296 وما بعدها، الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ج3ص387 وما بعدها، و393، ابن رشد، بداية المجتهد، المرجع السابق، ج2ص279، ابن جزئي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص321.

حالا أو مالا، فله ترك شفعة وقصاص، ولا يعفو عن عمد أو خطأجانا بلا أخذ مال، لما فيه من عدم المصلحة.

3- **مذهب الشافعية¹**: السفه: تبذير المال²، وسوء التصرف، بأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة ونحوها، أو يرمي المال وإن قل في بحر أو نار، أو نحوه، أو ينفقه في محرم ولو معصية صغيرة، لما فيه من قلة الدين. والأصح أن صرف المال، وإن كثر، في الصدقة وباقي وجوه الخير، والمطاعم والملابس التيلا تليق بحاله، ليس بتبذير؛ لأن له في الصرف في الخير غرضا وهو الثواب، فإنه لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف، ولأن المال يتخذ لينتفع به ويلتذ.

ولا بد في الحجر على السفه من حكم القاضي عليه، لا غيره من أب أو جد لأنه محل اجتهاد، ويسن أن يشهد القاضي على حجر السفه، ليتجنب في المعاملة. ولو عاد رشيدا لا يرتفع الحجر عنه إلا برفع القاضي له، كما لا يثبت إلا به.

وولي السفه: هو القاضي، إذ ولاية الأب ونحوه قد زالت، فيشرف عليه من له النظر العام.

وأما تصرفاته: فيصح بإذن الولي نكاحه. ويصح طلاقه ورجعته وخلعه زوجته بمثل المهر وبدونه، وظهاره وإيلاؤه، وفيه النسب لما ولدته زوجته بلعان، واستلحاقه نسب ولد منه.

ولا يصح تصرفه المالي في الأصح ولو بإذن الولي؛ لأن عبارته مسلوبة، كما لو أذن لصبي فلا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء ولا هبة، فلو اشترى أو اقترض وقبض وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه، ولا يصح إقراره بدين قبل الحجر عليه أو بعده، كالصبي. كما لا يصح إقراره بإتلاف المال أو جنائية توجب المال في الأظهر، كدين المعاملة. ويصح إقراره بالحد والقصاص، لعدم تعلقهما بالمال، ولبعد التهمة.

وتقطع يده لو كان الحد سرقة. ولا يلزمه المال لو عفا مستحق القصاص؛ لأن المال ثبتباختيار غيره، لا بإقراره.

وحكمه في العبادة الواجبة مطلقان، والمندوبة البدنية كالرشيد، لاجتماع الشرائط فيو. أما المندوبة المالية كصدقة التطوع، فليس هو فيها كالرشيد. لكن لا يفرق الزكاة بنفسه؛ لأنه ولاية وتصرف مالي، لكن لو أذن لو الولي، وعين له المدفوع إليه، صح صرفه، كالصبي المميز، بشرط أن يكون تصرفه بحضرة الولي أو نائبه، لأنه قد يتلف المال إذا خبل به، أو يدعي صرفه كاذبا.

ويصح نذره في الزمة بالمال، لا بعين ماله. وإذا أحرم بحج مغروض (أصلي أو قضاء أو مندور قبل الحجر)، أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه، كما قال الحنفية. وإن أحرم حال الحجر بتطوع من حج أو عمرة، أو بنذر بعد الحجر، وزادت مؤنة سفره عن نفقته المعتادة في أثناء الإقامة (أو الحضر)، فللولي منعه من الإتمام، أو الإتيان به، صيانة لماله، والمذهب أنه يكون كمحصر (ممنوع من إكمال الحج)، فيتحل؛ لأنه ممنوع من المضي، ويتحل بالصوم؛ لأنه ممنوع من المال. لكن لو كان له في طريقه كسب، قدر زيادة المؤنة، لميجز منعه؛ لأن الإتمام بدون التعرض للمال ممكن.

¹ -مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، ص168، 170-173، الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1، ص332.

² -التبذير: الجهل بواقع الحقوق. والسرف: الجهل بمقادير الحقوق، وحقيقة السرف: ما لا يكسب حمدا في العاجل، ولا أجر في الاجل.

- **مذهب الحنابلة¹:** السفية: هو الذم لا يحسن التصرف. ولا بد للحجر عليه. كما قال سائر الأئمة. من حكم الحاكم، كما أن رفع الحجر عنه لا بد له من الحكم؛ لأنه حجر بحكمه، فلم يزل إلا به، كالمدين المفلس. ومن حجر عليه الحاكم استحبه له إظهاره والإشهاد على الحجر عليه، لتجنب معاملته، كما قال الشافعية، ومن عامله بعدئذ فهو المتلف لماله.

وولي السفية: هو الأب، أو وصيه بعده، أو الحاكم عند عدمهما، إن كان محجورا عليه صغيرا، واستديم الحجر عليه لسفهه. وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه، لم ينظر في ماله إلا الحاكم؛ لأن الحجر وإزالته يفتر إلى حكم الحاكم، فكذاك النظر في ماله.

وأما تصرفاته: فيصح نكاحه بإذن وليه وبغير إذنه، كما قال الحنفية، إن احتاج إليه؛ لأنه في هذه الحالة مصلحة محضة، ويتقيد بمهر المثل فلا يزيد عليه؛ لأن الزيادة تبرع، وليس السفية من أهله. فإن لم يكن السفية محتاجا إلى التزوج، لا يصح تزوجه إلا بإذن وليه؛ لأنه تصرف يجب به مال، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء.

ويصح طلاقه؛ لأن الطلاق ليس بتصرف في المال، كما يصح خلع زوجته؛ لأنه إذا صح الطلاق من دون دفع مال منه، فالخلع الذي يجلب له المال أولى، لكن لا يدفع العوض إليه. وهو متفعله فقها، كما لاحظنا.

ويصح ظهاره وإيلاؤه ولعانه ونفي النسب باللعان عن السفية، كإقراره بنسب ولد منه.

وتصح وصيته، كما قال سائر الفقهاء، لأنها محض مصلحته، لأنها تقرب إلى الله تعالى بماله، بعد استغنائه عنه. ويصح إقراره بما يوجب حدا أو قصاصاً، كما قال سائر الفقهاء، كالزنا والسرقة والشرب والقذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها. وإذا أقر بما يوجب القصاص، فعفا المقر له على مال، فالصواب: أنه لا يجب المال الذي عفا عليه في الحال، كما قال الشافعية؛ لأن السفية والمقر له قد يتواطآن على العفو، بل يجب إذا انفك الحجر عنه.

ولا يصح إقراره بدين، أو بما يوجب الدين كجناية الخطأ، وشبه العمد وإتلاف المال وغصبه وسرقته، ولا يلزمه ما أقر به في حال حجره؛ لأنه محجور عليه لمصلحته، لكن الظاهر من قول الحنابلة: أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه.

والحكم في السفية كالحكم في الصبي والمجنون في وجوب الضمان بإتلاف مال الغير بغير إذنه، كما قال سائر الفقهاء.

ولا تصح تبرعاته، كالهبة والوقف، كما قال بقية الفقهاء؛ لأن التبرع ضرر محض، وليس السفية من أهله، حفظا لماله. ولا تصح شركة السفية ولا حوالة ولا الحوالة عليه، ولا كفالته لغيره، لأن المذكور تصرف مالي، فلم يصح منه كالبيع والشراء.

ولا تصح تصرفاته من بيع وشراء بغير إذن وليه، فتكون باطلة؛ لأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه. فإن أدنولي السفية له بالبيع والشراء، فهل يصح منه؟ على وجهين:

1- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4، ص469-475، البهوي، المرجع السابق، ج3، ص440-443.

أحدهما. يصح لأنه عقد معاوضة، فملكه بالإذن كالنكاح، ويظهر أن هذا هو الأرجح عندهم.

والثاني. لا يصح؛ لأن الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له، فقد أذن فيما لا مصلحة فيه، فلم يصح. وقد عرفنا أن هذا الوجه هو الأصح عند الشافعية.

ويلتزم السفية بواجباته الشرعية كنفقة زوجته وخادمه ومن تلزمه نفقته، وتجب عليه الفرائض الدينية المتعلقة بالأموال، كالزكاة، لكن لا يباشر توزيعها بنفسه، بل يفرقها وليه، كسائر تصرفاته المالية. ويصح منه نذر كل عبادة بدنية كالحج والصيام والصلاة؛ لأنه غير محجور عليه في بدنه. ولا يصح منه نذر عبادة مالية كصدقة وأضحية لأنه تصرف في مال.

وإن أحرم السفية بحج فرض، صح إحرامه به، كسائر عباداته، وتدفع النفقة من ماله إلى ثقة، ينفق عليه في الطريق، حتى يعود، كما قال باقي الفقهاء. وإن كان الحج الذي أحرم به تطوعاً، وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر، أو كانت نفقته في السفر أزيد، لكن يكتسب السفية الزائد في سفره، لم يمنعه وليه من إتمام الحج؛ لأنه وجب بالشروع. فإن كانت نفقة السفر أزيد، ولم يكتسبها فلوليه تحليله من الإحرام بحج النفل، لما عليه من الضرر فيه، ويتحلل بالصيام أي صيام عشرة أيام، كالمعسر إذا أحصر، كما قال الشافعية.

وحكم تصرف ولي السفية، كحكم تصرف ولي الصغير والمجنون مقيد بتحقيق المصلحة للمولع عليه.

والخلاصة: أن تصرفات السفية بالبيع والشراء ونحوهما موقوفة على إجازة وليه عند الحنفية والمالكية، وباطلة ولو بإذن الولي عند الشافعية، وباطلة بغير إذن الولي، وتصح وتنفذ بإذنه عند الحنابلة على الراجح.

ثانياً: حكم تصرفات السفية وذي الغفلة عند فقهاء القانون

من المسلم به كقاعدة عامة أن كل تصرفات تصدر من السفية وذي الغفلة قبل توقيع الحجر عليهما تقع صحيحة ونافذة، إلا أن المشرع استثنى منها تصرفاته في حلتي الاستغلال والتواطؤ وذلك ألحق هذين الحالتين بحكم تصرفاتهما بعد الحجر عليهما¹. ومن أجل توضيح قننا باستعراض القاعدة والاستثناء على النحو التالي:

1. القاعدة المتمثلة في صحة تصرفات ناقصي الأهلية قبل الحجر عليها

إن القاعدة المتعارف عليها أن السفية وذي الغفلة قبل توقيع الحجر عليهما يعتبران كاملي الأهلية، كون أن الحالتين المشار إليهما أعلاه مجرد عارضان طارئان كون أنهما لا يذهبان العقل ولا يعدمان التمييز والإدراك وإنما العلة تكمن في سوء التدبير، ولهذا فإن أثرهما في انتقاص الأهلية لا يصبح حقيقة مطلقة ولا يتحقق من حيث المبدأ إلا بقرار يصدر من المحكمة بتوقيع الحجر عليهما، وعليه مادام أن تصرفاتهما وقعت قبل الحجر فهي تقع صحيحة ولا يمكن إبطالها من منطلق انعدام الإرادة كون أن السفية وذي الغفلة كما قلنا أعلاه كاملي الأهلية ولا يحكم بنقص أهليتهما إلا بعد توقيع الحجر عليهما، وهذا ما يفهم نص المادة 103 ن ق أ ج التي تقضي: "يجب أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر". وهنا وقع اتفاق بين قانون الأسرة ورأي الغالب في الفقه الإسلامي القائل بأن الحجر على السفية أو ذي الغفلة لا يثبت ولا يرفع عنهما إلا بحكم القاضي، وكل تصرف قبل

¹ - محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، ص 81.

الحكم بالحجر يكون صحيحا بخلاف بعض الفقهاء الذين يرون أن الحجر يقوم بقيام السفه ذاته دون حاجة لحكم من القضاء.¹

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري نص على حاكم تصرفات تصرف السفه وذي الغفلة واعتبرهما ناقصي الأهلية في قانون المدني في نص المادة 79 من ق م ج بقولها:

"تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو وناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة". فمن خلال هذا النص وقع المشرع في قصور تشريعي كونه أحالنا إلى قانون الأسرة فيما يخص أهلية المحجورين وقانون الأسرة بدوره أغفل النص على ذي الغفلة بل أنهذا الأخير كان عرضة لتهميش من قبل قانون الأسرة وأكثر من ذلك فإنه فصل بين ذي الغفلة والسفه على الرغم من أنهما يشتركان في نفس الحكم هو ناقصي الأهلية وهما مقترنان في الفقه الإسلامي وفي التقنينات العربية.²

2. الاستثناء: بطلان أو قابلية هذه التصرفات للإبطال حسب طبيعة التصرف

على الرغم من أن أصل حكم تصرفات السفه وذي الغفلة قبل توقيع الحجر عليهم تقع صحيحة، إلا أن مبدأ حماية أموالهما سواء من نفسها أو من الغير، يقتضي الخروج على هذا الأصل والتالي تصبح تصرفاتهم باطلة أو قابلة للإبطال وعلى الرغم من صدورهما قبل الحجر عليهما ويبرز هذا الخروجي حالتين:

-**الحالة الأولى:** إذا كان السفه أو ذي الغفلة عرضة للاستغلال، ويتحقق هذا إذا كان التعاقد مع السفه وذي الغفلة يعلم بحالته ويتعد الاغتناء مستغلا حالة السفه وذي الغفلة، تجعله يحصل على مزايا لا تتعادل مع التزاماته.³ ويقصد بالاستغلال هنا كما جاء في عدة أحكام المحكمة النقضالمصرية: "علم الغير بسفه أو غفلة شخص فيغتنم هذه الفرصة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة"، وأمر تحديد التجاوزات بين ما يأخذه السفه أو ذي الغفلة وما يعطيانه متروك لسطة التقديرية من غير تدخل من المحكمة العليا.⁴

-**الحالة الثانية:** إذا ما تعامل مع السفه وذي الغفلة كان يعلم بأنه سيحجر عليه في القريب، فيتواطؤوا معه من أجل التحايل على القانون وفي هذه الحالة يكون هذا التصرف قابل للإبطال، والتواطؤ يعني التحايل على القانون لتجنب آثار الحجر إن كان توقعا، فيعتمد السفه أو ذي الغفلة في تبذير أموالهم بالتصرف فيها لمن تواطأ معه.⁵

أما بالنسبة لوقف المشرع الجزائري فل يرد أي نص على هاتين الحالتين لكون أن المادة 107 ن ق أ ج جاءت عامة ويكتنفها الغموض فكان على المشرع وضع مادة جديدة أم المادة 107 مكرر لتصبح المادة كالتالي: "إذا صدر التصرف من السفه أو ذي الغفلة بعد الحجر عليه يسري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

¹ - محمل. سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 76-75.

² - المرجع نفسه، ص 69.

³ - محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 81.

⁴ - المرجع نفسه، ص 77.

⁵ - محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، هامش الصفحة 209-210.

أما التصرف الصادر قبل الحجر عليه فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤاً".¹

الفرع الثاني: حكم تصرفات السفه وذي الغفلة بعد الحجر

لقد الحق المشرع تصرفات السفه أو ذي الغفلة بعد الحجر من حيث الصحة والبطلان والوقف والنفاد بتصرفات الصبي المميز إذ تكون تصرفاتهم النافعة نفعاً محضاً نافذة أما الضارة ضرراً محضاً فتكون باطلة، والدائر بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي أو الوصي أو المقدم، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني والقانون اللبناني أما المشرع المصري فأخذ بقابلية الإبطال لمثل هذه التصرفات.²

ومن أجل معرفة حكم هذه التصرفات لا بد لنا من الوقوف على حكم تصرفات الصبي المميز وفي هذا المجال نجد نص المادة 83 من ق أ ج تنص على حكم تصرفات الصبي المميز على الرغم من أن الاختصاص في تصرفات الصبي المميز يرجع لقانون المدني للقانون الأسرة فنجد المادة تنص على: من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".³

ومن هنا تجدر الإشارة أن المشرع وضع حكماً لكل تصرف يقوم به السفه أو ذي الغفلة بعد الحجر عليهما كل على حدا حسب طبيعة كل تصرف كونهما في مقام الصبي المميز وتتمثل هذه الأحكام في:

1- حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

يقصد بها تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملك السفه أو ذي الغفلة من غير مقابل ويكون حكمها أنها تتعدّد صحيحة، ذلك أنه كما قلنا أن السفه وذي الغفلة يعتبران كاملين أهلية فيما يتعلق بمباشرة هذا النوع من التصرفات وهي ما تسمى بأهلية الاغتناء، وهذا طبقاً لنص المادة 83 من ق أ ج ومثال هذا النوع من التصرفات كقبول الهبة أو الوصية أو الصدقة أو الانتفاع بالعارية، ومادام أن هذا من نوع من التصرفات من شأنه زيادة في مالهما وعليه كان من مصلحتهما تنفيذها دون الحاجة إلى إجازة الولي أو الوصي أو المقدم كون الرضا منهم لا يصح وهو مضر بهما.⁴

ولتنبيه فإن المشرع الجزائري استعمل مصطلح **نافذة** في صياغة نص المادة 83 من ق أ ج باللغة العربية وهو أكثر دلالة على مصطلح **valide** المنصوص عليه في صياغة المادة باللغة الفرنسية، والتي جاءت بمعنى صحيحة، ولفظ صحيح يحتمل أن يكون التصرف صحيحاً ونافذ وفي نفس الوقت يحتمل

¹ - قاري مريم، المرجع السابق، ص 80.

² - فاطمة اسعد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون الخاص، 2015، ص 309—310.

³ - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - هبالي البختي، العماري محمد، تصرفات الصبي المميز، مذكرة من أجل نيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005 - 2008، ص

أن يكون صحيحا وموقوفا، لأن هذا الأخير يحتمل ترتيب تعليق آثاره إلى غاية إجازته من قبل من خول لهم القانون ذلك، في حين أن المقصود من المادة 83 من ق أ ج أن تصرفات النافعة نفعاً محضاً تنعقد صحيحة نافذة بمعنى أنها ترتب آثارها المقصود فور ترتيب الالتزام¹.

2- حكم التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

يقصد بها تلك التصرفات التي تؤدي إلى خروج مال من ذمة الشخص بدون مقابل أو عوض، بحيث لا ينتفع المتصرف من ورائها أي كسب ملي وإنما يكسب الضرر فقط لذلك فهي تأخذ حكم البطلان المطلق². وتجدر الإشارة أن فقهاء الشريعة الإسلامية في مثل هذا النوع من تصرفات السفية وذي الغفلة يضعون أصلاً واستثناءً: فالأصل مادام أن هذا التصرف يترتب على افتقار المتصرف،

لذافهو لا يصح ولا ينفذ إذا باشره السفية أو ذي الغفلة، ولو أجاوزوه من يتولى رعايته، وحتى هذا الأخير لا يستطيع مباشرة هذا التصرف كونه يضر بمصالح السفية أو ذي الغفلة. أما الاستثناء فقد استثنوا عن الأصل الوصية والوقف فبالنسبة للوصية فقد أجاز جمهور الفقهاء الوصية الصادر على السفية وذي الغفلة ما كان في حدود الثلث وتكون لأهل الصلاح والتقوى، كالوصية في سبيل المساكين والفقراء غير الوارثين³. أما بالنسبة للوقف فعلى النفس ومن بعده على أولاده أو على جهة أخرى خيرية، فهو يعني حبس العُين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير، لا الحكم وجود لهذا الحكم في تشريعنا المدني أو الأسرة، بل أن المشرع نص عليه في قانون الأوقاف في المادة 10 منه والتي اشترطت كمال الأهلية بالنسبة للأوقاف بنصها: يشترط في الواقف لكي يكون وقفاً صحيحاً ما يلي:

أن يكون مالكا للعين المراد وقفها مالكا مطلقاً

أن يكون الواقف مما يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين⁴.

وهو نفس ما أخذت به تشريعات المدنية لدول العربية وعلى رأسهم المشرع المصري في نص المادة 116 من القانون المدني المصري بقولها: يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً متى أدنته المحكمة".

3- حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

وهي التصرفات التي تحتمل النفع والضرر كالبيع والشراء فيصح صدورها من السفية وذي الغفلة لكنها قابل للإبطال وفقاً لنص المادة 101 من ق م ج بقولها: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال (5) خمس سنوات ويبدأ سريان هذه المادة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب.....

وأنها موقوفة على إجازة الولي أو الوصي كما جاء في نص المادة 83 من ق أ ج هذا يعين أن هذا النوع من التصرفات يأخذ حكماً مزدوجاً قابل للإبطال وموقوفة رغم ما في الحكمين من اختلاف¹.

¹- المرجع السابق، ص 28.

²- محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال، مرجع سابق، ص 127.

³- بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، أطروحة من أجل نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 013 2014،

ص 50.

⁴- المرجع السابق، ص 49.

كما أن فقهاء الحنفية يرون بأن التصرفات الصادرة عن السفية أو ذي الغفلة تعتبر صحيحة ونافذة، كونه كالرشيد في كل تصرفاته، بينما يرى المالكية أن التصرفات السفية وذي الغفلة تنعقد موقوفة على إجازة الولي، فإذا أجازها نفذه وإذا ردها بطلت².

المطلب الرابع: انقضاء الحجر

كما هو معلوم أن لكل شيء بداية ونهاية، ونظام الحجر من الأنظمة التي لها بداية والتمثلة في إصابة الشخص بعوارض الأهلية المعدمة أو المنقصة ثم يله توقيع الحجر عليه وتعين من يرعى هذا الشخص ويدير أمواله، وله نهاية والتمثلة في زوال أسباب الحجر إذ يمكن أن يشفى هذا المحجور عليه ويسرد عقله ويحسن التدبير مما يدفع به إلى رفع الحجر وهو السبب الثاني للانقضاء.

الفرع الأول: زوال أسباب الحجر

تعتبر أسباب الحجر من العوارض التي تعدم الأهلية أو تنقصها لكن قد لا تكون بصفة دائمة فقد تكون مؤقتة، وعليه فالحجر ليس أبدي ويمكن أن يزول على المحجور عليه وهذا هو جوهر هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول زوال الحجر عند الفقهاء، وزوال الحجر في القانون.

أولاً: زوال الحجر عند الفقهاء

من المقرر شرعاً أن الحكم يدور مع سببه أو علته وجوداً أو عدماً، وبما أن الحجر كان لسبب، فإذا زل سبب الحجر، زل مسببه الذي بني عليه، وهو الحجر، وقد بينت الحكم في بحث أثر الحجر في المحجورين وأجزه هنا.

يرتفع الحجر عن السفية إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، ولكن لا بد في الراجح عند الفقهاء، خلافاً للمحمد بن الحسن وابن القاسم كما تبين في السفه، من قرار القاضي برفع الحجر؛ لأن ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم آخر. كذلك يرفع الحجر عن المغفل إذا ظهرت خبرته، واهتدى إلى حسن التصرف، عن طريق حكم القاضي، على الخلاف السابق في السفية.

ويرفع الحجر عن المجنون بدون حكم القاضي باتفاق إذا شفي وعاد إليه عقله. ومثله المعتوه إذا اكتملت قواه العقلية وزل تخبطه في الكلام.

وأما الصغير: فإن كان غير مميز فيرفع الحجر عن بعض "تصرفاته" عند الحنفية والمالكية بإتمام سن السابعة. وإن كان مميز فيرفع الحجر عنه شيئان³:

أحدهما. عند الجمهور غير الشافعية⁴: وهو إذن الولي إياه بالتجارة، والإذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع. وعند الشافعية: لا يزول الحجر عن المميز ولو بالإذن بالتجارة. الثاني. بلوغه عاقلاً رشيداً من غير حاجة إلى ترشيد ولي أو حكم من القاضي عند الجمهور غير المالكي.

1- المرجع السابق، ص49.

2- اسعد فاطمة المرجع السابق، ص306.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4ص457، الكاساني، المرجع السابق، ج7ص171.

4- الدردير، الشرح الكبير والصغير، المرجعان السابقان، المكان السابق، الشيرازي، المهذب، المرجع السابق، ج1ص324، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج4ص414، ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص320.

وقال المالكية: الصغير ذو الأب: يزول الحجر عنه ببلوغه رشيدا بغير حكم الحاكم. فإن كان عليه وصي من الأب، فيزول حجره بترشيده منه من غير إذن الحاكم، وإن كان وصيه من القاضي، فيزول حجره بترشيده، بإذن القاضي في رأي ابن جزى المالكي، وأما ما ذكره الدردير في الشرح الكبير والصغير فلا يحتاج الوصي مطلقاً في ترشيده إلى إذن القاضي، وما ذكره الدردير أرجح. والترشيده: أن يقول الوصي أمام العدول: اشهدوا أنني فككت الحجر عن فلان، وأطلقت له التصرف، لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه.

وللقاضي ترشيده المحجور إذا ثبت عنده رشده، سواء كان بوصي أو بغير وصي.

والأنثى تظل في ولاية أبيها في مشهور المذهب حتى تتزوج ويدخل بها زوجها، ويؤنس رشدها، أو يشهد العدول بحفظ مالها، أو يرشدها أبوها قبل الدخول أو بعده، أو وصيها المختار بعد الدخول. وليس لوصي القاضي ترشيدها مطلقاً إلا بشهادة البينة برشدها، كما ذكر في بحث حجر الصغير.

ثانياً: زوال أسباب الحجر في القانون

إن أسباب الحجر مجرد عوارض طارئ يمكن أن تزول عن طريق المتابعة الطبية، ليس من المستحيل أن يشفى المجنون وترجع عقله كون هناك نوع من الجنون وهو الجنون المنقطع التي تخله فترات إفاقة فيمكن عالجه وبالتالي ليعتد أقوال ذلك الشخص وأفعاله فيندمج في الحياة كأى شخص آخر ويندمج في الحياة وكذا الأمر بالنسبة للمعتوه فمجرد تلقيه العناية اللازمة من ذوي الاختصاص واهتمام الأسرة فيتدارك ذلك النقص الذي في عقله كذلك بالنسبة للسفه والغفلة فيمكن أن يزولا عن هذين الشخصين كون هذين الحالتين صفتين تعتريان المريض وليس مرض فيمكن لشخص أن يشفى منها¹.

ومن الناحية العملية القاضي قبل إصدار حكم رفع الحجر بالنسبة للمجنون والمعتوه يستعين بأهل الخبرة (الفحص الطبي من طرف طبيب مختص) لتأكد أن أسباب الحجر زلت، أما بالنسبة لسفيهوذي الغفلة فأمر متروك لسلطة التقديرية القاضي فإذا رأى، رشد من هذين الشخصين وحسن التدبير، أصدر حكماً برفع الحجر عليهما، كما له أن يستعين بشهادة الشهود.

الفرع الثاني: رفع الحجر

بمجرد شفاء المحجور عليه وزوال أسباب الحجر عليه يمكن له أن يطالب برفع الحجر عليه، ويتم ذلك بإصدار حكم من القاضي برفع الحجر على المحجور عليه.

أولاً: كيفية رفع دعوى الحجر

طبقاً للمادة 108 من ق أ ج التي نص: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه" وكما هو معمول به من الناحية العملية فإن رفع الحجر يتم بنفس الطريقة التي تم طلب توقيع الحجر، بمعنى أن رفع الحجر يتم برفع عريضة بسيطة لدى قسم شؤون الأسرة من طرف المحجور عليه أو من طرف أقربائه أو من له مصلحة أو من نيابة العامة. ومتى تم ذلك وتأكد القاضي من سلامة المحجور عليه أصدر حكماً برفع الحجر عليه وبالتالي يتم إرجاع أمواله إليه ليتم استئناف حياته اليومية.

¹ - تايب الحاج، ايت عمار سليمة، المرجع السابق، ص. 56.

ثانياً: موقف المشرع من رفع دعوى الحجر

تبين لنا من خلا استقرئنا أن لمادة أعلاه أن موقف المشرع رفع الحجر أن هذا الأخير لا يتم إلا بحكم قضائي، كما قلنا إنه يتم بنفس الطريقة المتبعة في رفعه لكن المشع لم يبين لنا ذلك من خلال النص.

خاتمة

تطرقنا في هذه المذكرة التي كانت تحت عنوان النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري إلى الأحكام الموضوعية التي تتوزع بينكلا من قانون المدني وقانون الأسرة ولأن هذه الأحكام الموضوعية تحتاج لتوضيح إجراءات تطبيقها، خاصة ما يتعلق بدور القاضي في موضوع النيابة، فقد خصص المشرع نصوص عديدة لذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- ما يمكننا ملاحظته ان قانون الأسرة الجزائري اخذ الكثير من احكام النيابة الشرعية من المذهب المالكي ومذاهب أخرى خاصة آراء أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، خاصة إذا تعلق الأمر بمنح سلطات للقاضي في هذا الباب.

ومن خلال دراستنا للموضوع النيابة الشرعية توصلنا إلى عدة نتائج:

- استخلاص المشرع الجزائري لأحكام الولاية من الشريعة الإسلامية وان كان في بعض الموقف قد خرج عما سنته هاته الأخيرة، كمنح الام سلطة الولاية.
- استبعاد ولاية الجد بالرغم انه بإمكانه ان يكون وصيا على احفاده القصر وفي نفس الوقت حرم الام من حق الإيصال وان لم يشترط فيه الذكور.
- الاختلاف بسن الترشيح بين كل من قانون الأسرة الجزائري والقانون التجاري، فالأول قدره بـ 13 سنة وهو سن التميز، أما الثاني فحدد بـ 18 سنة كاملة.
- الوصاية نظام قانوني مقرر لحماية القاصر ومصالحه الذي لا ولي له، وينظم القانون والشريعة احكامها ويباشرها الوصي بصفته نائب عن القاصر.
- إن المشرع لم يجعل سلطات الولي على اطلاقها سواء كان الولي أصليا أو نيايبا، وإنما أخضعها لنظام الرقابة القضائية، خاصة بعض التصرفات المؤثرة بالذمة المالية ومنها ما ذكر في المادة 88 ق.أ.ج.
- محاسبة الوصي لا يعني اتهامه او تخوينه، لان الوصي امين والأمين لا يخون وإنما المقصود بالمحاسبة هو بيان ما للقاصر وما عليه لتبرئة ذمة الوصي.
- اعتبار المشرع الجزائري، في القانون المدني كل من المجنون والمعتوه عديمي الاهلية (مادة 4) والسفيه وذي الغفلة ناقص الاهلية (مادة 43) وبالمقابل نص على ان الأشخاص المصابين بالعاهاات السابقة، إذا ما بلغوا وهم بهذه الحالة او طرأت عليهم بعد رشدهم يحجر عليهم وهو ما جاء في المادة 101 ق.أ.ج.
- لا يعتبر الشخص محجورا عليه في القانون الجزائري إلا إذا صدر حكم قضائي بذلك، فالمشرع الجزائري نص على وجوب صدور الحكم بالحجر المادة 103 ق.أ.ج.
- أما الفقه الإسلامي، فيوجد نوعين للحجر: حجر حكمي ويشمل ما يكون محجور عليه لذاته من دون حاجة لقرار قضائي كالصغير والمجنون والمعتوه وحجر قضائي وهو الذي يحكم به القاضي كالحجر على السفيه والمدين.

من خلال هذه النتائج نقترح مجموعة من التوصيات:

- على المشرع تحديد مذهب معين مثل المذهب المالكي لكي يسهل على القاضي ويخفف عليه عناء البحث ويمنع وقوع التضارب في الأحكام القضائية.
- إضافة فقرة جديدة للمادة 88 ق.أ.ج التي نصت على وجوب الحصول على إذن القاضي في الإذن.
- لتوحيد الأحكام وتحقيق مصلحة القاصر نقترح تعديل المادة 84 من قانون الأسرة والمادة 5 من قانون التجاري بتحديد سن معين لترشيح وجعله 16 سنة.
- إضافة مواد جديدة لقانون الأسرة تنص صراحة على حالة غياب الولي في زواج القاصر وعلى زواج المحجور عليهم، وعلى حكم الطلاق القاصر والمحجور عليهم.
- إضافة مادة جديدة لقانون الأسرة تنص على شروط الولي.

- تعديل المواد 88 و95 من قانون الأسرة المتعلقة بسلطات الولي والوصي والمشرع قد ساوى بينهم في السلطات الممنوحة لهما – فلا بد من ان يكون للأب سلطة أوسع من الوصي بحكم أنّ الأب الشفقة على أولاده القاصر أكثر من الوصي.
- إضافة نصوص مواد تبين كيفية محاسبة الوصي وإخضاعه لدعاوى المحاسبة بنص صريح واستحداث جريمة الاعتداء على شؤون القاصر من الأوصياء.
- اعتبار ذي الغفلة سببا من أسباب الحجر وإضافته ضمن احكام المادة 101 ق.أ.ج ليكون بذلك نص المادة كالآتي: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون او معتوه او سفيه او ذا غفلة او طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجره عليه"
- عدم التسوية بين تصرفات السفهه وذي الغفلة – ناقص الأهلية- وتصرفات المجنون والمعتوه عديمي الأهلية، وذلك بتعديل المادة 107 ق.أ.ج.
- تعديل عفوان الفرع الثالث من القسم الرابع من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 والذي جاء تحت عنوان "حماية البالغين ناقص الأهلية" ليصبح عنوان هذه الفروع كالآتي: " في حماية البالغين عديمي الأهلية وناقصيها".

- من خلال المادة 101 من قانون الأسرة والتي تنص على " من بلغ سن الرشد وهو وحنون او معتوه او سفيه او طرأت عليه احدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه" وعليه فان الصغير لا يحجر عليه وان الولاية والوصاية تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد 19 سنة، فان على المشرع ان يقوم بتعديل المادة 104 من قانون الأسرة فتصبح كالتالي:

" يجب على القاضي ان يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعات احكام المادة 100 من هذا القانون" لكي يتماشى مع نص المادة 481 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي الأخير نأمل من المشرع ان يتدارك هذا النقص الموجود في التعديلات القادمة لقانون الأسرة وفق ما يحقق حماية أكبر للشخص المناب عنه.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

– القرآن الكريم

الكتب:

- ابن القيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة المحمدي، 1953.
- ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج3، مكتبة البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1966.
- ابن كثير: تفسير القرآن الكريم، ج2، دار الأندلس للطباعة والنشر، ط3، 1981.
- ابن منظور (الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري): لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1997.
- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم): الأشباه والنظائر مع حاشية الحموي، دار الطباعة العامرة، الأستانة، 1290هـ.
- أبو داود (الإمام الحافظ المنصف): سنن، ج2، دار الجيل، بيروت، 1993.
- أبو ضياء ابن جزي: القوانين الفقهية، دار الكتب، الجزائر، دط، دبت.
- أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزئي الخاص، الجزء الأول، ط العاشرة، دار هومة، 2009.
- أحمد محمد الرفاعي: المدخل للعلوم القانونية، مصر، 2007 – 2008.
- أحمد نصر الجندي: التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، دط، 2004.
- أحمد نصر الجندي: نيابة شؤون الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، دط، 2006.
- إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- إقروفة زبيدة: الإبانة في أحكام النيابة "دراسة فقهية قانونية"، دار الأمل، 2014.
- إقروفة زبيدة: الإبانة في أحكام النيابة "دراسة فقهية قانونية"، دار الأمل، 2014.
- البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس البهوتي): كشف القناع على متن الإقناع، بيروت، دار الفكر، دط، 1402هـ.
- البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2،
- الجصاص أبوبكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج2، 1405هـ.
- الدردير (أحمد بن محمد): الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب مالك، ج3، دار المعارف، مصر، 1392هـ.
- الدردير: الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- السبكي: فتاواه، مطبعة القدسي، مصر، ج1.
- السرخسي (شمس الدين أبو بكر أحمد بن أبي سهل): المبسوط، ج25، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط2.
- السيوطي: (الإمام جلال الدين عبد الرحمان السيوطي): الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، مج1، دار السلام، القاهرة، ط2، 1424هـ-2004م.
- الشربيني (محمد بن أحمد الخطيب): مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، دط، دار الفكر، بيروت لبنان، دبت.
- الشيرازي: المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي، شرح محمد بطلال الركبي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، 1976.
- الصابوني: (محمد علي الصابوني): صفوة التفاسير، ج1، دار الفكر، بيروت، لبنان

- الصابوني: صفوة التفاسير (تفسير القرآن الكريم بين الجامع المأثور والمعقول)، دار الفكر العربي، بيروت، لم يذكر التاريخ.
- الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، بهامش الشرح الصغير، ج3.
- الضعاعي: سبل اسلام - شرح بلوغ المرام من جمع الأحكام- مكتبة الإيمان، المنصورة لم يذكر التاريخ.
- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- العربي بلحاج: قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفق القرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- العسقلاني: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، المطبعة الجنوبية، القاهرة، ط2، 1319هـ.
- العسقلاني: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، ط2، 1984.
- الغرياني (صادق عبد الرحمن): مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، بيروت، لبنان، 2002.
- الغوثي بن مالحه: شرح قانون الأسرة في الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2008.
- القرافي: (شهاب الدين أحمد بن إدريس)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، ج4، ط1، بيروت، 2002.
- الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ط2، 1986.
- الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، القاهرة، ط2، 1322هـ.
- الموفق الدين عبد الله بن قدامة: المغني، مطبعة المنار، القاهرة، ط2، 1348هـ.
- النسائي، كتاب رجم المجنونة: تطبيق الحد، ج4. صححه ابن حبان.
- أمينة مصطفى النمر: الدعوى وإجراءاتها، دار الكتاب الحديث.
- بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1973.
- بلقاسم شتوان: النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، المنار، سطيف، ط1، 2012.
- بهنسي (المستشار ابراهيم عبد الفقاح بهنسي): أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفتنية، الإسكندرية، لم يذكر التاريخ.
- توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، بيروت: الدار الجامعية، ط2، دت.
- جمعة سمحان الهلباوي: الأهلية وعوارضها ولولاية العامة والخاصة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ذ.
- حسن كيدة: المدخل إلى القانون، ط5 منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- رمضان أبو السعود: شرح مقدمة القانون مدني، النظرية العامة للحق، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، اسكندرية، مصرن 1999.
- سعيد حوى: الأساس في التفسير مج 2، دار السلام، القاهرة، ط6، 2003.
- سيد عبد الله حسين: المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، المجلد الأول، دار السلام، القاهر، مصر، 2001.
- شمس الدين محمد بن أبي العباس بن حمزة: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الشافعي، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1347هـ-1938م.
- صالح جمعة حسن الجبوري: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة، بغداد، ط1، 1976.
- عبد الحميد الشواربي: التعليق على قانون المرافعات، منشأة المعارف، ج1، 2014.
- عبد الرحمن الصابوني: قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط5، 1979.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشأة المعارف، 2003.

- عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المغرب، دط، 1996.
- عبد السلام محمد شريف العالم: قانون الزواج والطلاق وأسانيده الشرعية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي.
- عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت ط6، 2001.
- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، الزواج والطلاق، الولاية ونتائجها، دار النشر والمعرفة، الرباط، 1987.
- عبد الله أهائية: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار هومة، الجزائر، ط4، 2013.
- عبد الله محمد ربابعة: أحكام انتهاء الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القوانين العربية، المجلد 36، دط.
- عبد الله محمد سعيد ربابعة: الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية، قانونية مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع ط1/ عمان، الأردن، 2009
- عبد الله محمد سعيد ربابعة: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 2005
- عبد المجيد زعلاني: المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، 2014.
- عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، على وفق نذهب أبي حنيفة، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، 1990.
- علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1996.
- علي بن أحمد الدارقطني: سنن الدارقطني، باب المرأة تقتل إذا ارتدت. صححه ابن حبان
- علي فيلالي: نظرية الحق، موقم لنشر، الجزائر، 2010.
- عمار بوضياف: مدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق وتصنيفها في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر.
- فخر الدين الزيلعي: تبين الحقائق، مطبعة بولاق، دط، 1315هـ.
- لحسن بن شيخ آث ملويا: قانون الأسرة دراسة تفسيرية، الجزء 1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- ماجدة مصطفى شبانة: النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، ط1، 2004.
- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية التركية، ج2، 2003
- محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، درا الرائد العربي بيروت لبنان 1980 د ط.
- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957، ص107.
- محمد باوني: أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، ط الثانية، منشورات مكتبة اقرأ، الجزائر، 2011.
- محمد بن أحمد الحفيد ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ط1، 1989.
- محمد بن إسماعيل الصغاتي: سبل الإسلام، تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1379هـ.
- محمد بن علي محمد الشوكاني: نيل الأوطار، دارالجيل، بيروت، لبنان، دط، 1973.
- محمد حسن قاسم: المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، ج2، ط1، 2008.
- محمد حسنين الذهبي: الشريعة الإسلامية، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1968.
- محمد رأفت سعيد: مسؤولية الولي والوصي نحو القاصر، دار النشر والتوزيع الطبعة الأولى، عمان الأردن 2009.
- محمد زيد الأيباني: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مكتبة النهضة، بيروت، لبنان، دط، ج2.

- محمد سعيد جعفرور: تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري، دار هومة، دط، الجزائر.
- محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ج2، ط1.
- محمد كمال حمدي: الولاية على المال الأحكام الموضوعية، منشأة المعارف، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2003.
- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الاسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1983.
- محمدي فريدة: المدخل للعلوم القانونية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر.
- محمود توفيق إسكندر: الخيرة القضائية، ط6، دار هومة، الجزائر، 2010.
- محمود نعمان: موجز المدخل للقانون، دار النهضة العربية، لبنان، 1985.
- محي الدين النووي: المجموع، شرح المذهب الشيرازي، مكتبة الارشاد، دون طبعة، جدة، السعودية، ج13.
- مدحت فؤاد فتوح حسين: تنظيم المجتمع المعاقين، دار النهضة، القاهرة، ج3، 1998.
- مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج2، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، ط10، دمشق، 1968.
- مصطفى السباعي: شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الأهلية والوصية والمواريث المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط6، 1997.
- مصطفى جمال، نبيل إبراهيم سعد: سعد النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- مصطفى مصباح شلبيك: المدخل للعلوم القانونية، ط1، ليبيا، 2002.
- نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم: المدخل إلى القانون منشورات الحلبي الحقوقية.
- نبيل صقر: قانون الأسرة نسا وفقها وقضاء، جار الهدى والنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، دط.
- نزيه حماد: نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، دمشق، ط1، 1994.
- نصر الدين مبروك: قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال، الجزائر، 2004.
- وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1986.
- وهبة الزحيلي: الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، دمشق، ط2، ج3، 1423هـ-2002م.
- يوسف دلاندة: استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة ولتنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

الرسائل والمذكرات:

- احمد فوزي أبو عقليين: عوارض موازنة في القانون الفلسطيني والقانون المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، جامعة الازهر، غزة 2012.
- ايت عمار سليمة: الحجر القضائي في القانون الجزائري واحكامه المستمدة من الفقه الإسلامي، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة السادسة عشر 2007-2008.
- بوحجة نصيرة: سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوة العمومية في قانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الجنائي، الجزائر 2001/2002.
- بوكرزاة أحمد: المسؤولية المدنية للقاصر، أطروحة من أجل نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة قسنطينة، 2013-2014.
- شيخ اسماعي: دور النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة الرابعة عشر، الجزائر 2015/2016.
- شيكر ريمة: الحجر في القانون الجزائري مذكرة نيل شهادة الماجستير في قانون فرع عقود ومسؤولية جامعة الجزائر 2013.

- عبد الله محمد سعيد ربابعة: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، الجامعة الأردني 2005.
- عبد الواحد: مطبع دار النيابة العامة في قضايا الاسرة، بحث لنيل إجازة في قانون الخاص، جامعة محمد الأول بجودة 2010/2009.
- فاطمة السعد: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقها في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة أطروحة نيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص قانون خاص 2015.
- فيراس وائل طالب أبو شيخ: الولاية على المال في الفقه الإسلامي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل فلسطين 2007-2008.
- قاري مريم: نظام الحجر القضائي في القانون الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية جامعة أكلي محند أولحاج البويرة 2013/2014.
- قديري محمد توفيق: النيابة القانونية، عن القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، العقود والمسؤولية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، قسم قانون الخاص البليدة الجزائر 2012.
- قوادري وسام: حماية أموال القاصر على محتوى التقنيين المدني والاسرة، مذكرة ماستر جامعة أكلي محند أولحاج كلية الحقوق قسم القانون الخاص، البويرة الجزائر 2013.
- مسوس جميلة: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي أطروحة ماجستير – العقود والمسؤولية جامعة بومرداس كلية الحقوق 2006.
- نواري منصف: الوصاية على القاصر في القانون الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة كلية الحقوق، قسم الأحوال الشخصية الجزائر 2015.
- هبالي البختي، العماري محمد: تصرفات الصبي المميز، مذكرة من أجل نيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008.

النصوص القانونية:

- القانون 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمن قانون الأسرة.
- المرسوم التشريعي رقم 92-05 المؤرخ في 24 أكتوبر 1992 المعدل والمتمم للقانون رقم 89-21 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 والمتضمن القانون الأساسي للقضاء.
- أمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ: 8 يونيو 1966م المعدل والمتمم بأمر رقم 915-02 المؤرخ في 07 شوال 1436 هـ الموافق لـ: 23 يوليو 2015، المتضمن الإجراءات الجزائية.
- أمر 66-156، المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 15.
- أمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ: 27 فبراير سنة 2005 يعدل يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة.
- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون (08-09) المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 23 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الأحكام والقرارات القضائية:

- المجلة القضائية الجزائرية، قرار رقم 72353، المؤرخ في 10 أفريل 1991، ع3، سنة 1993.
- المحكمة العليا قرار 262283 المؤرخ 2001/07/18 قضية (ب، و) ضد (و-ب ومن معها).
- المحكمة العليا قرار رقم 365226 المؤرخ 2006/07/12 العدد 2.
- المحكمة العليا، قرار رقم 181889 المؤرخ 1998/03/17 العدد 2.

المجالات:

- محمود عبد الله بخيت: مفهوم الوصاية وأركانها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، 2012.
- شفيق شحاتة: نظرية النيابة في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية

الفهرس

الفهرس

إهداء

شكر

قائمة المختصرات

مقدمة أ-ج

الفصل الأول: الولاية والوصاية

5	تمهيد:
6	المبحث الأول: الولاية
6	المطلب الأول: تعريف الولاية
6	الفرع الأول: الولاية لغة:
7	الفرع الثاني: الولاية اصطلاحاً
9	المطلب الثاني: أقسام الولاية
9	الفرع الأول: تقسيم الولاية من ذاتها
9	الفرع الثاني: تقسيم الولاية من حيث مصدرها
9	الفرع الثالث: تقسيم الولاية من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره
10	الفرع الرابع: تقسيم الولاية من حيث موضوعها
11	المطلب الثالث: دور الولي في الولاية
11	الفرع الأول: دور الولي في ولايته على النفس
19	الفرع الثاني: دور الولي في ولايته على المال
21	المطلب الرابع: انقضاء الولاية:
21	الفرع الأول: الانقضاء الطبيعي للولاية
22	الفرع الثاني: الانقضاء القانوني للولاية
24	المبحث الثاني: الوصاية
24	المطلب الأول: مفهوم الوصاية
24	الفرع الأول: الوصاية لغة:
24	الفرع الثاني: الوصاية شرعاً:
24	الفرع الثالث: الوصاية قانوناً
25	المطلب الثاني: أنواع الوصاية
25	الفرع الأول: الوصي المختار والوصي المعين
26	الفرع الثاني: الوصي المعين (وصي القاضي)
27	الفرع الثالث: الوصي الخاص، الوصي المؤقت، ووصي الخصومة
29	الفرع الرابع: الوصي الواحد وتعدد الأوصياء
29	المطلب الثالث: أحكام الوصاية
29	الفرع الأول: آثار الوصاية
34	الفرع الثاني: التزامات الوصي وحقوقه
36	الفرع الثالث: الرقابة القضائية على أعمال الوصي
40	المطلب الرابع: انتهاء الوصاية
40	الفرع الأول: حالات انتهاء الوصاية
44	الفرع الثاني: آثار انتهاء الوصاية

الفصل الثاني: القوامة والحجر

تمهيد: 48

49.....	المبحث الأول: التقديم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
49.....	المطلب الأول: مفهوم التقديم:
49.....	الفرع الأول: التعريف بالتقديم:
50.....	الفرع الثاني: المقصود بالمقدم والهدف من تعيينه:
53.....	المطلب الثاني: حكم وحدود القوامة
53.....	الفرع الأول: حكم القوامة
53.....	الفرع الثاني: حدود القوامة
54.....	المطلب الثالث: تقديم طلب القوامة ووقف المقدم
54.....	الفرع الأول: تقديم طلب القوامة
54.....	الفرع الثاني: وقف القوامة
55.....	المطلب الرابع: سلطات القاضي في الرقابة القضائية على المقدم وتجاوز لحدوده
55.....	الفرع الأول: الرقابة القضائية على المقدم
55.....	الفرع الثاني: سلطات القاضي عند تجاوز المقدم لحدود النيابة الشرعية
58.....	المطلب الخامس: انقضاء القوامة
58.....	الفرع الأول: الانقضاء الطبيعي للقوامة
58.....	الفرع الثاني: الانقضاء القانوني
60.....	المبحث الثاني: الحجر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
60.....	المطلب الأول: مفهوم الحجر
60.....	الفرع الأول: تعريف الحجر لغة
60.....	الفرع الثاني: تعريف الحجر اصطلاحا
62.....	المطلب الثاني: أنواع الحجر
62.....	الفرع الأول: الحجر القضائي
63.....	الفرع الثاني: الحجر القانوني
63.....	الفرع الثالث: تمييز الحجر القضائي عن الحجر القانوني
64.....	المطلب الثالث: شروط رفع دعوى الحجر طبقا لقانون الأسرة الجزائري
64.....	المطلب الرابع: السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الحجر
65.....	الفرع الثاني: انتداب خبير من قبل القاضي
67.....	الفرع الثالث: نشر الحكم
69.....	المبحث الثالث: حكم تصرفات المحجور عليه وانقضاء الحجر
69.....	المطلب الأول: حكم تصرفات عديمي الأهلية
69.....	الفرع الأول: حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر
71.....	الفرع الثاني: حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد الحجر
73.....	المطلب الثاني: حكم تصرفات ناقصي الأهلية
73.....	الفرع الأول: تصرفات السفهه وذو الغفلة قبل الحجر
79.....	الفرع الثاني: حكم تصرفات السفهه وذو الغفلة بعد الحجر
81.....	المطلب الرابع: انقضاء الحجر
81.....	الفرع الأول: زوال أسباب الحجر
82.....	الفرع الثاني: رفع الحجر
85.....	خاتمة
89.....	قائمة المصادر والمراجع
96.....	الفهرس

ملخص

النيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري شرعت حفظا لحقوق العاجزين عن التصرف. بسبب مناسبات فقد الأهلية أو نقصها ورعاية لمصالحهم وشؤونهم حتى لا تضيع ولا تهتز. فمن عجز عن رعاية مصالحه أقام له المشرع من ينوب عنه، يتولى أموره ويحقق له النفع ويدفع عنه الضرر، وفق أحكام وضوابط مسطرة توضح حقوق المناب عنه "الطرف الضعيف". والشروط الواجب توافرها فيالمناب الشرعي عنه، والذي قد يكون وليا أو وصيا أو قيما، بالترتيب وبحسب ما ورد في الشريعةالاسلامية وفي القانون. ورغم الثغرات والنقائص الموجودة في القانون إلا أن المشرع حاول أن يوفر الحماية بطرق غير مباشرة.

Résumé

La "tutelle légale" ou "la procuration prévue" dans Le Code Algérien de la Famille, a été promulgué dans le but de protection des personnes incapables de s'assumer et de s'occuper de leurs biens. Pour une des raisons de la perte de la capacité juridique ou de l'absence de cette dernière, pour assurer la protection totale de leurs droits et leurs biens. Le législateur algérien a mis en place un représentatif qui protège les droits de l'adulte et l'incapable selon des dispositions et des instructions montrant clairement ces droits et les devoirs et obligation du représentatif par ordres et conformément à la loi et au droit islamique, et bien que cette loi comporte quelques lacunes. On trouve que le législatif algérien a réalisé la protection des droits des mineurs, et des incapables d'une manière indirecte.