

جامعة (الإخوة منتوري) قسنطينة 1 - (الجزائر)

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

رقم الترتيب: 22/ DS/25

الرقم التسلسلي: 2022/DP /02

أحكام النيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون الخاص تخصص قانون شؤون الأسرة

بإشراف الأستاذ الدكتور:

محمد باوني

إعداد الطالب:

إيمان حيدوسي

أعضاء لجنة المناقشة

| اللقب والاسم | الصفة | الرتبة العلمية | الجامعة الأصلية |
|----------------------|--------------|----------------------|---------------------------------|
| أ.د. عبد القادر شرفي | رئيسا | أستاذ التعليم العالي | جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1 |
| أ.د. محمد باوني | مشرفا ومقررا | أستاذ التعليم العالي | جامعة العربي التبسي - تبسة |
| د. طارق بويترة | عضوا مناقشا | أستاذ محاضر - أ | جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1 |
| د. عمار نكاع | عضوا مناقشا | أستاذ محاضر - أ | جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة 1 |
| د. الباهي التركي | عضوا مناقشا | أستاذ محاضر - أ | جامعة العربي التبسي - تبسة |
| د. منير بوراس | عضوا مناقشا | أستاذ محاضر - أ | جامعة العربي التبسي - تبسة |

تاريخ المناقشة: 28 مارس 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ

يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾

(سورة البقرة، الآية: 282)

شكر وعرفان

رغبة في أن أكون ممن قال فيهم الله سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّهُ كَانَ عَبْدًا شَكُورًا﴾
(سورة الإسراء، الآية: 3)

وطمعا في فضله الذي وعد به في قوله عز وجل: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن
شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ (سورة إبراهيم، الآية: 7)

ومصادقا لحديث النبي عليه أفضل الصلاة والسلام «لا يشكر الله من لا يشكر
الناس»، أخرجه أبي داود في سننه، حديث رقم 4730.

فالحمد لله حمدا كثيرا مباركا على نعمه الطيبة أن حباني بهذا العلم
ووفقني لإتمامه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين.
وأقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ الفاضل محمد باوني المشرف والموجه
لهذا العمل، على كل ما قدمه لي من نصح وتوجيهات وإرشادات. فجزاه
الله عنى كل خير.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه
الكريم على رحابة صدورهم بقبول مناقشة هذا العمل والذين تكبدوا عناء
التمحيص والتدقيق فيه وإثرائه بتوجيهاتهم السديدة.

كما لا أنسى أن أقدم شكري لكل من أمدني بالعون والنصيحة، وساندني
وآزرني بالدعاء والكلمة الطيبة من العائلة والأحباب والأصدقاء والزلاء
والطلبة وعمال الإدارات والمكتبات.

إهداء

إلى من جعله الله زينة حياتي الدنيا ابني «مهدي»
أهريك قطعة من جهاوي وهو نتاج وثمره فكري وتعبني،
راجية من المولى أن يجعله لك سراجاً منيراً.
وأسأل الله أن يوفقني للإنارة قلبك ووربك بالعلم
والإيمان، فتكون لي زينة حياتي الآخرة.

مقدمة

يسعى الإنسان دائماً إلى تحقيق مصالحه الشخصية والمالية، والتصرف بما يحفظها ويصونها، لكن نظراً لانفتاح العالم على مصراعيه في جميع المجالات، وازدياد متطلبات الأنشطة والمصالح، واقتضاء قدراً من الخبرة لمواجهة المستجدات، قد لا يستطيع وحده تلبية مختلف حاجياته واشباعها، فتولدت الحاجة لدى الكثير من أفراد المجتمع للاستعانة بمن يقوم مقامهم في تلبية حاجاتهم نيابة عنهم، فيلجؤون للاتفاق حول هذه العملية واختيار الأنسب ليقوم بهذه المهام على أحسن وجه، وهذا ما يسمى بالنيابة الاتفاقية أو الوكالة.

فإذا كان هؤلاء ونظراً لاكتمال عقلهم وحسن تدبيرهم قد اختاروا نظام النيابة كوسيلة لتولي أمورهم، فإن البعض الآخر قد فرض عليهم القانون والشرع هذا النظام بسبب عجزهم العقلي، فلا يستطيعون التعبير عن إرادتهم، أو يستطيعون لكن ينقص تدبيرهم في تحري ما ينفعم وما يضرهم، كالصغير أو من ابتلي بالجنون والعتة، أو السفه والغفلة، ثم إن هناك من أفراد المجتمع وبالرغم من اكتمال عقولهم إلا أنه حالت ظروف دون القيام بشؤونهم وإدارتها كالعائبات والمفقود، وكل هؤلاء يشكلون أكبر فئة اجتماعية مهددة بتعريض مصالحها الشخصية والمالية لخطر التبيد والانتهاك.

فسبقت الشريعة الإسلامية لحماية هؤلاء الذين لا تتوفر لديهم المقومات اللازمة لإدارة شؤون حياتهم، وأحاطتهم بسياج متين من القواعد والأحكام التي لا يجوز مخالفتها أو الالتفاف حولها، موضوعها إقامة من كان كامل العقل حسن التدبير نائباً عنهم أوكلت إليه مهام القيام على شؤونهم ورعايتها وتحقيق الصالح الأصلح لهم، فكان ذلك مبرراً كافياً لمنعهم من التصرف بأنفسهم عن طريق الحجر وفرض عليهم نظام النيابة كونه السبيل الوحيد لحفظ النفس والمال وهما عماد وقوام الحياة البشرية مما أصبغ الشرعية على النيابة.

واقْتداءً بالشريعة الإسلامية تبنى المشرع الجزائري نظام النيابة الشرعية، فعني بتنظيم قواعدها وسن نصوصها ضمن قانون الأسرة في الكتاب الثاني الموسوم بالنيابة الشرعية، ودعمها بنصوص إجرائية تهدف لتفعيلها بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى بعض القواعد العامة للقانون التي أحال إليها.

ومن هنا يتحدد موضوع الدراسة الذي مناطه إزاحة الغموض الذي يكتنف تلك القواعد من حيث كيفية توفير العائل والناصر لكل من لا يقدر على إعالة أنفسهم وإدارة أموالهم، وإخضاعهم للموالة عليهم، وتبيين طرق إحلاله محلهم، وتنظيم مهامه وسلطاته بما يحقق مصالحهم، ووضع له القيود التي تفرضها حمايتهم.

وبذلك تبرز أهمية هذا البحث: -في كون النيابة الشرعية النظام الأنجع الذي يتم به إصلاح النفس بالتربية والرعاية والتعليم، وحفظ المال واستثماره، فتتحقق بذلك المصلحة الخاصة بصون حقوق المولى عليهم، كما تتحقق المصلحة العامة للمجتمع ككل بصلاح مقوماته البشرية والمالية.

-أن هذا البحث يعرف بالنظام القانوني الناظم للنيابة الشرعية، ويبين أحكامه في إطار السياسة التشريعية للمشرع الجزائري مدعما بتطبيقاته القضائية، وإظهار مدى استناده لأحكام الشريعة الإسلامية، واستجلاء أحسن الأحكام من خلال مقارنة أساسياته بالتشريع المغربي.

-كما أن هذا البحث يتعلق بشريحة معتبرة من المجتمع سواء من جهة المولى عليهم كالأبناء القصر وفئة المجانين والمعتوهين والسفهاء وذوو الغفلة، وكذلك الغائبين والمفقودين الذين شاعت حالاتهم خاصة في الجزائر سواء بسبب ارتفاع حالات الطلاق والهجرة غير الشرعية أو الظروف السياسية التي مرت بها البلاد أو الكوارث الطبيعية وغيرها من الظروف والحالات، وسواء من جهة النواب الشرعيين من الآباء والأمهات وغيرهم من الأوصياء والمقدمين، مما يقتضي الأمر ببيان الأحكام التي تقرر حقوق وواجبات كل منهم.

-وما يزيد من أهمية هذا البحث، قلة الدراسات الأكاديمية المتخصصة فيه، كما لم يلق العناية الكافية من قبل شرّاح قانون الأسرة الذين عادة ما يركزون على الكتاب الأول: (الزواج وانحلاله)، والكتاب الثالث: (الميراث)، بالإضافة إلى كونه موضوع شمله تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، وإن كان مسّه في نص واحد والمتمثل في المادة 87، إلا أنه رتب آثارا واشكالات قانونية مهمة، دون أن ننسى القواعد الإجرائية المتعلقة به التي استحدثها قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 مما يستوجب كل ذلك الدراسة والتحليل.

وعلى ضوء ما تقدم فإن معالجة هذا الموضوع تنطلق من الإشكالية الرئيسية التالية:

عادة ما تتطلع الإرادة التشريعية إلى حسن صياغة النصوص القانونية وبعث الروح فيها بتفعيلها، خاصة في المسائل الأسرية، لأن ذلك مرتبط باستقرارها، وكذا حسن تطبيقها قضائياً، فهل وفق المشرع الجزائري في سن أحكام وقواعد النيابة الشرعية بشكل مبسط، مفهوم، ومنسجم، بحيث تشكل نظاماً قانونياً متكاملًا يحقق المقصود من تشريعه؟

وتثير هذه الإشكالية الرئيسية عدداً من التساؤلات الفرعية التي تفرض نفسها كعناصر لهذا البحث أهمها: ماهي مكان قوة ويؤثر فتور نصوص قانون الأسرة الخاصة بالنيابة الشرعية؟ وما مدى استنادها لأحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها مصدرها الأول والرئيسي لها؟، وهل حققت الهدف من تشريعها والمتمثل أساساً في إقامة النائب الشرعي على شؤون مولاه وتحقيق مصالحه وحمايته؟، وهل تجسدت تلك الحماية على مستوى التطبيقات القضائية؟، وما محل النصوص القانونية الوطنية بالنسبة للنصوص المغربية فيما يخص أساسيات نظام النيابة الشرعية، على اعتبار أن للتشريعين تشابه من حيث المصدر والبنية؟

ولعل ما تصبو إلى تحقيقه هذه الدراسة من أهداف تكمن في الآتي:

-الإحاطة بأحكام موضوع النيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري، وتحليل نصوصه وتمحيصها وتبيين مدى استنادها للشريعة الإسلامية كونه المصدر المباشر والأساسي لها، مع مقارنتها مع التشريع المغربي للوقوف على نقاط القوة والضعف حول بعض أساسيات النيابة الشرعية.

-إثراء المكتبة القانونية وإفادة الطلبة والباحثين وغيرهم من دارسي القانون، بتقديم دراسة جامعة وشاملة لموضوع النيابة الشرعية الذي تنتشعب أحكامه وقواعده وتتوزع على نصوص قانون الأسرة وتتعداه لنصوص قوانين أخرى كالقانون المدني وقانون العقوبات، بالإضافة إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالموازاة مع ما يطبقها من أحكام شرعية هي الأخرى مبعثرة ضمن كتب ومذاهب الفقه الإسلامي.

وأما عن أسباب اختيار هذا الموضوع فتعود إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

وتبرز الأولى بشكل أساسي في محاولة إثبات الفضول العلمي في سبر محددات موضوع النيابة الشرعية وما يطرحه من تحديات واقعية وعلمية لاسيما فيما يتعلق بالمادة 87 من قانون الأسرة في ثوبها الجديد الذي يعبر عن توجه مستحدث للمشرع الجزائري في مسألة الولاية على الأبناء القاصرين.

بينما تظهر الثانية في كونه موضوعا لم يلق حظه الوافر من البحث والدراسة، كما أنه موضوع مثير للاهتمام نظرا لإشكالياته القانونية التي تطرحها بعض نصوصه، ونظرا لتعلقه بواقع فئة كبيرة من المجتمع من الأولياء والقوام، وكذا الأبناء القصر والغائبين وغيرهم من المحجور عليهم.

وأما عن الدراسات السابقة للموضوع، فإن أغلب كتب شراح قانون الأسرة تتعلق بكتاب الزواج وانحلاله، وان وجد منها ما تطرق لموضوع النيابة الشرعية فلا يتعدى ذلك بضع صفحات، والحال سيان بالنسبة للدراسات الأكاديمية المتخصصة التي كانت نادرة، ولا أدعي سبق الأصيل في طرح شتى جوانب هذا الموضوع، فقد وردت بعض الدراسات التي عبّدت السبيل إلى انجازه ولعل أهمها:

-دراسة: محمد توفيق قديري، بعنوان: النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري -دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية-، أطروحة دكتوراه عن جامعة محمد خيضر، بسكرة، لسنة 2018/2017. وحيث تناول الباحث هذا الموضوع بمفاهيم مختلفة عن الدراسة الحالية، إذ انطلق من مبدأ النيابة بمفهوم إبرام التصرفات والعقود عن الغير، دون أن يتعداها للنيابة عن الغير بمفهوم الرعاية والتربية والتعليم والتأديب وهو ما شمله البحث الحالي ضمن مباحث سلطات النائب الشرعي، كما أن تقسيمه لموضوع بحثه كان مبنيا على أطراف النيابة الشرعية: (النائب الشرعي والمولى عليه)، بينما التقسيم الحالي كان أشمل وأعم بالتطرق لكل أحكام النيابة الشرعية، ابتداء بماهيتها من أجل بيان مفهومها ومجالها وتمييزها عن غيرها من النظم الشبيهة بها، بالإضافة إلى ما انفردت به الدراسة بمباحث الرقابة القضائية على النائب الشرعي.

إن الباحث قام بدراسة مقارنة معتمدا على المنهج المقارن بين قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مفصلا في أحكام الفقه الإسلامي، وبين قانون الأسرة وبعض القوانين العربية، بينما ركزت دراستنا على تحليل نصوص التشريع الوطني، محاولين اسنادها لحكم شرعي دون التوسع في الأحكام الفقهية، ومعرفة محلها بالنسبة للتشريع المغربي في بعض أساسيات النيابة الشرعية معتمدين في كل ذلك على المقاربة دون استخدام المنهج المقارن كمنهج بكامل قواعده.

-دراسة: خالد بوشمة، الموسومة بنظرية النيابة الشرعية -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، مؤلف صادر عن منشورات بغدادية، دون تاريخ، وهو الآخر انطلق في دراسته من النيابة الشرعية بمفهوم إبرام التصرفات والعقود عن الغير فقط، ثم فصل في الأحكام الفقهية الشرعية، ولم يتطرق بالتحليل للنصوص القانونية الوطنية إلا بصفة عارضة.

-دراسة: عبد الفتاح نقيه، بعنوان: النيابة الشرعية، مؤلف صادر عن موفم للنشر، لسنة 2016. وهي عبارة عن دراسة ملخصة لبعض أحكام النيابة الشرعية، تتمثل في تحديد مفهوم القاصر وبعض أحكام الأهلية وعوارضها وموانعها، والحجر على السفية، وأخيرا تعرض لبعض التفصيل الفقهي الشرعي حول مفهوم الغائب والمفقود.

-دراسات أخرى تناولت بصفة مفصلة لصور النيابة عن الغير في التصرفات شاملة للنيابة الاتفاقية والشرعية، لكنها تعلقت بالقانون المصري ومنها: دراسة سيف رجب قزامل، بعنوان: النيابة عن الغير في التصرفات المالية -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، رسالة دكتوراه عن جامعة الأزهر، مصر لسنة 1985، ودراسة أحمد ابراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مؤلف صادر عن المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، لسنة 2016.

وفي سبيل تحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث وصولا للإجابة عن الإشكالية المطروحة، تمت الاستعانة بمجموعة من المناهج العلمية كما يلي:

-تم استخدام آليات المنهج الوصفي والاستقرائي اللازمة لوصف وتتبع جزئيات المادة العلمية من نصوص قانونية وآراء شراح القانون، والأحكام الشرعية من نصوص قرآنية وأحاديث وأقوال العلماء، واستنباط منها الأحكام واستخلاص النتائج.

- كما تم الاعتماد على آليات المنهج التحليلي من أجل تحليل النصوص القانونية، بشرحها ومحاولة تفسير ما اكتنف منها من غموض، ثم تمحيصها للوقوف على مكامن قوتها وبؤر قصورها.

- وأخيرا تم استخدام أوجه التقارب لإيجاد السند الشرعي للقاعدة القانونية بين أحكام الشّرع الإسلامي، ولتقويم القانون الوطني بالنسبة للقانون المغربي في بعض أساسيات النيابة الشرعية، خاصة وأن للقانونين تشابه من حيث المصدر والبنية.

وكأي بحث علمي، فلم يخل هذا البحث من الصعوبات أهمها أن دراسة هذا الموضوع لم تكن من السهولة بمكان، وذلك راجع إلى طبيعته نظرا لكثرة تفرعاته وإشكالاته القانونية، وتشعب أحكامه الشرّعية وتوزعها ضمن كتب المذاهب الفقهية، كما أن تلك التفرعات في كثير من الأحيان تصلح في حد ذاتها لتكون وحدها موضوعا لبحث علمي مستقل، فتكمن الصعوبة في القدرة على وضع حدوده والتحكم في جمع جزئياته وتلخيصها وجعلها مبادئ وعموميات.

ومن بين الصعوبات كذلك التي اعترضت إنجاز هذا البحث عدم تجاوب الجهات المختصة والإدارات في تدعيم الدراسة ببعض الوثائق أو الإحصائيات اللازمة، كذلك المتعلقة بالتراخيص والأذون الممنوحة للنواب الشرّعيين أو للقصر.

وتمت الإجابة عن الإشكالية الرئيسية وما أثارته من تساؤلات فرعية، بالتدرج عن طريق انتهاج خطة قسمت إلى بابين اثنين محتواهما كما يلي:

الباب الأول وخصص لعرض المفاهيم الأساسية للنيابة الشرعية وبيان حدودها تحت عنوان: «ماهية النيابة الشرّعية»، ومن أجل ذلك قسم إلى فصلين اثنين: فعنى الفصل الأول الموسوم: «مفهوم النيابة الشرعية ومجالها»، عن طريق مبحثيه بتعريف النيابة الشرعية وتمييزها عما يشبهها من أنظمة، وبيان مراحل نشأتها، كما حدد بدقة مجالها ونطاق أحكامها. بينما عنى الفصل الثاني والذي عنوانه: «صور النيابة الشرعية»، بمبحث مختلف صورها والتي تتمثل في الولاية والوصاية والتقديم والكفالة، عن طريق تعريفها وبيان شروطها وإجراءاتها.

وأما الباب الثاني فكان مخصصا لبيان ما يترتب عن قيام النيابة الشرعية تحت مسمى: «آثار النيابة الشرعية»، والتي تم بحثها من خلال فصلين أيضا: فخصص الفصل الأول لدراسة سلطات النائب الشرعي بواسطة مبحثين اثنين، اهتم المبحث الأول ببيان سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس من حضانة وتربية وتوجيه وتأديب وتزويج، بينما ركز المبحث الثاني على سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال والقيود التي ترد عليها، على أن الفصل الثاني والذي تم التطرق فيه للرقابة القضائية على النيابة الشرعية وعرض لمختلف الطرق المؤدية لانقضائها، من خلال مبحثين، فاختص المبحث الأول بالرقابة القضائية على النيابة الشرعية فبيّن مظاهرها سواء من خلال دور قاضي شؤون الأسرة والنيابة العامة والمحكمة العليا، ثم أوضح سلطة القضاء في مساءلة النائب الشرعي سواء مدنيا أو جنائيا. واختص المبحث الثاني ببحث طرق انقضاء النيابة الشرعية وفصل في مختلف الأسباب المؤدية لذلك.

وأخيرا تم التوصل إلى استخلاص جملة من النتائج والتوصيات تم إدراجها ضمن خاتمة البحث لعلها تكون نبراسا للباحثين.

وبالله التوفيق.

الباب الأول:

ماهية النيابة الشرعية

الأصل أن يقوم الشخص بنفسه إبرام مختلف التصرفات، إلا أنه قد تحول الظروف دون ذلك لكونه مشغولاً، أو بعيداً عن مكان إبرام التصرف، كما يمكن أن يعتريه مانع أو عارض في أهليته، فيمنعه من إبرام التصرف بنفسه، ولهذه الأسباب وغيرها شرعت النيابة، التي تمكن هذا الشخص ويسمى بالأصيل أن ينيب عنه آخر ويسمى بالنائب، فتحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع أن آثار هذا التصرف تبقى في ذمة الأصيل.

والنيابة بهذا المفهوم صحيحة في كل التصرفات التي تقبل النيابة، مستندة في ذلك إلى شرعية معينة كالنص القانوني ولذلك توصف بالشرعية، وهي بذلك واسعة النطاق تشمل مجالات عدة، إلا أن النيابة المعنية بهذا البحث هي نيابة بعض الأشخاص عن البعض الآخر حسب ما هو محدد في قانون الأسرة.

ومن ثم كان الدور الرئيسي لهذا الباب هو ضبط مجال النيابة الشرعية ونطاقها المحدد بقانون الأسرة، والتعريف بها وبمختلف صورها وتمييزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها.

ولتحقيق الهدف المرجو من هذا الباب، قسم إلى فصلين اثنين:

الفصل الأول: مفهوم النيابة الشرعية ومجالها.

الفصل الثاني: صور النيابة الشرعية.

الفصل الأول:

مفهوم النيابة الشرعية ومجالها

إن النيابة الشرعية نظام يهدف إلى تحقيق المصالح، عن طريق إقامة النائب مقام الأصيل لتدبير نيابة عنه أموره التي لم يستطع تدبيرها بنفسه.

ويعود عدم استطاعة الأصيل تدبير أموره بنفسه لعدة أسباب تستوجب تلك النيابة، فيترتب عنه أن تكون لها تطبيقات متعددة ومختلفة مما يجعل مجالها واسعاً، وكل ذلك مقرر في الشريعة الإسلامية ومعتمد لدى القوانين الوضعية بما فيها القانون الوطني، حيث نظمها المشرع بنصوص تشريعية متنوعة أهمها نصوص قانون الأسرة وهو موضوع الدراسة.

فما هو مفهوم النيابة الشرعية، وما هو مجالها وفقاً لقانون الأسرة؟

وللإجابة على هذا التساؤل قسم هذا الفصل إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول: مفهوم النيابة الشرعية.

المبحث الثاني: مجال النيابة الشرعية.

المبحث الأول: مفهوم النيابة الشرعية

يقتضي فهم النيابة الشرعية، ابتداء باستقراء مجمل التعاريف اللغوية، الفقهية، والقانونية، ثم مقارنتها ببعضها البعض وتمييزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة، وعرض خصائصها، وأخيرا التوصل إلى استخلاص مفهوم النيابة الشرعية حسب ما يحدده قانون الأسرة والذي يسير عليه سائر البحث.

كما يقتضي الفهم الدقيق للموضوع، عرض نبذة عن نشأة النيابة الشرعية والحكمة من مشروعيتها، كونها نظاما وهيكلًا قانونيا وشرعيا ينظم ويحكم علاقات وتصرفات فئة كبيرة من المجتمع.

كل ذلك يعنى ببيانه هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين اثنين:

يخصص المطلب الأول لتعريف النيابة الشرعية، وأما المطلب الثاني فيخصص لبيان نشأة النيابة الشرعية والحكمة من مشروعيتها.

المطلب الأول: تعريف النيابة الشرعية

يقتضي التعريف بنظام النيابة الشرعية والفهم الدقيق له، عرض التعريف اللغوي والاصطلاحي للنيابة الشرعية (الفرع الأول)، ثم تمييزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها (الفرع الثاني)، وأخيرا بيان خصائصها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف النيابة الشرعية لغة واصطلاحا

لما كان التعريف الاصطلاحي منبثقا من التعريف اللغوي، وجب عرض أولا التعريف اللغوي للنيابة الشرعية وبعده التعريف الاصطلاحي.

أولا: تعريف النيابة الشرعية لغة: لتعريف النيابة الشرعية، وجب تعريف المصطلحين المكونين لها كلا على حدة: فاصطلاح النيابة في اللغة يطلق على مصدر الفعل ناب، وله عدة معان نعرضها فيما يلي: «أمر ينوبه نوبة، أصابه...، والنائبة؛ النازلة أي ما ينزل بالرجل من الكوارث...، وأناب زيد وكيلا عنه في كذا فزيدٌ منيب، والوكيل مناب والامر مناب فيه،

وناب الوكيل عنه في كذا (ينوب) (نيابة) فهو نائب»⁽¹⁾.

«وناب الشيء، رجع إليه واعتاده... وإلى الله تاب ولزم طاعته...، ونيابة: قام مقامه فهو نائب... أي قام مقام غيره في أمر أو عمل...، والنيابة هيئة قضائية تقوم بإقامة الدعوى على متهم ونحوه نيابة على المجني عليه، فردا كان أو مجتمعا»⁽²⁾.

«نابه امر، وانتابه أي أصابه...وناب الشيء عن الشيء، ينوب: قام مقامه؛ وأنبته أنا عنه...، وأناب إليه إنابة، فهو منيب: أقبل وتاب ورجع إلى الطاعة»⁽³⁾.

فتبين من مجمل هذه التعاريف أن لفظ النيابة في اللغة يعني القيام مقام الغير في أمر ما. كما وجد لمصطلح الشرعية في اللغة عدة معاني أخذ منها ما هو متداول: «وهي من الفعل شرع، وهي الشريعة الإسلامية التي شرعها الله لعباده...، والظاهر المستقيم من المذاهب كالشرعية، وشرع لهم: سن»⁽⁴⁾.

«شرع: شرع الوارد يشرع شرعا وشروعا: تناول الماء بفيه... ومشرعة الماء وهي مورد الشارية...»

والشريعة والشرعة: ما سن الله من الدين وأمر به كالصوم والصلاة...»⁽⁵⁾.

وبناء على ما سبق عرضه من تعاريف نخلص إلى أن النيابة الشرعية في اللغة يقصد بها: القيام مقام الغير في أمر ما، مع الاستناد في ذلك إلى ما هو مسن من قبل الشارع.

(1) _ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم السنائي، الطبعة الثانية، دار المعارف، د.ت، الجزء الثاني، ص 629.

(2) _ مجمع اللغة العربية للإدارة العامة للمجمعات وإحياء التراث، جمهورية مصر العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص 961.

(3) _ ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، د.ط، دار صادر، بيروت، د.ت، المجلد الأول، ص 775.

(4) _ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيظ، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد، القاهرة، 2014، ص 815.

(5) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 8، ص 175-176.

ثانيا: تعريف النيابة الشرعية اصطلاحا: يتضمن التعريف الاصطلاحي للنيابة الشرعية، عرض تعريف الفقه القانوني لها، ذلك أن المشرع الجزائري لم يضع لها تعريفا ضمن النصوص القانونية، تاركا الأمر للفقه لأنه عادة ما يكون من اختصاصه، ثم بيان ما اعتمده الفقه الإسلامي من تعاريف مع بيان موقف المشرع من تلك التعاريف:

1-تعريف النيابة الشرعية في الفقه القانوني: وتعرف بـ: «النيابة Représentation، هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو»⁽¹⁾.

إن هذا التعريف يعزز معنى التصرف نيابة عن الغير، دون الالتفات إلى مصدره، في حين أن التصرف النيابي تنتشعب صورته وتختلف تطبيقاته باختلاف مصدره، لذلك نضيف تعريفا آخر يشمل كل تلك الصور والتطبيقات والذي نراه يحقق كل تلك المعاني:

فالنيابة: «قيام شخص مقام غيره بأمر الشارع، أو بإقراره، أو بإرادة شخص آخر، أو بإجازته اللاحقة، في تصرف قابل للنيابة، بحيث تعود آثار التصرف إلى شخص الأصيل لا النائب»⁽²⁾. فهذا التعريف جاء جامعا لكل الحالات التي تحتل النيابة، لأنه ركز على بيان مصدرها، فتضمن بذلك مختلف معاني صورها وتطبيقاتها، كما علل هذا التعريف التصرف عن الغير بطريق النيابة كونه استثناء عن تصرف الشخص بنفسه ولنفسه، وهو ما يسمى بالشرعية.

فالمراد بالشرعية إذن: أن التصرف عن الغير بطريق النيابة يستند إلى سبب قد يكون أمر الشارع الحكيم الذي يفرضها جبرا على الأصيل كولاية الأب على ابنه، أو قد يكون اختيار وإرادة الشخص كما في الوكالة من أجل القيام بعمل معين، كما يمكن أن يكون أحد مقتضيات المصلحة سواء كانت عامة كولاية القضاء أو خاصة كالنظر في أموال الأيتام...⁽³⁾. فتكتسب

(1) _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)-، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ت، الجزء الأول، ص189.

(2) _ سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص14.

(3) _ سيف رجب قزامل، المرجع نفسه، ص15. وللتفصيل أكثر حول حالات النيابة وتقسيماتها التي تدور في نفس

بذلك النيابة قوة ترميها من الإلغاء أو البطلان وتتصبغ بشرعية الانشاء والبقاء والاستمرار⁽¹⁾.

واعتمادا بما سبق نخلص إلى أن التعريف الاصطلاحي للنيابة الشرعية في الفقه القانوني، منبثق من التعريف اللغوي، بالإضافة إلى كونه تعريفا عاما وواسعا، شاملا لكل حالات التصرفات القابلة للإبابة عن الغير⁽²⁾.

وقد تبني المشرع الجزائري تطبيقات هذا التعريف ضمن مختلف قوانينه كالقانون المدني في مختلف العقود والتصرفات القانونية كالبيع والشراء، وغيرها، وأيضا في الوقائع المادية كالفضالة

المعنى، راجع: أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها وأحكام التصرف عن الغير، -الولاية، الوصاية، القوامة، المساعدة القضائية، الوكالة الفضالة في الشريعة الإسلامية والقانون-، د.ط، المكتبة الأزهرية للتراث، 2015، ص200، 202. أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي، المنثور في القواعد، فقه شافعي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، الطبعة الأولى، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، الجزء الأول، ص176 وما بعدها.

(1) _ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال وتطبيقاتها في الفقه المالكي-دراسة مقارنة-، د.ط، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المغرب، 2012، ص33.

(2) _ لأن هناك تصرفات لا تقبل الإبابة، مثل: حلف اليمين، كما لو ادعى شخص حقا في تركة متوفي وعجز عن الإثبات، فإن له تحليف الورثة على عدم العلم بحقه، فلو كان أحد الورثة صغيرا أو مجنونا لم يصح تحليفه لأنه غير مكلف، ولا يستطيع أن ينوبه ممثله الشرعي كالولي مثلا في حلف اليمين. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2004، الجزء الثاني، ص488.

ولذلك فالعبادة المالية كالزكاة تقبل النيابة عن المكلف، والعبادة البدنية كالصلاة والصوم لا تقبلها، والمركبة منها كحج الفرض تقبل النيابة عند العجز بشرط دوامه حتى الموت. محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي، الدّر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، حقه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص172. كما يفصل الزركشي ويقسم العبادات التي تقبل النيابة فيها والتي لا تقبل ذلك حسب أقوال الفقهاء، راجع: الزركشي، المنثور، مرجع سابق، ج2، ص374 وما بعدها.

وبناء عليه فإنه يعتبر من أركان النيابة، أن يكون التصرف المناب فيه وهو يعتبر محل النيابة، قابلا لها، وهو كل تصرف يراد منه تحقيق مصلحة دون النظر إلى الشخص القائم به، وهو معيار، بتوفره، تكون النيابة جائزة مطلقا مثل البيع والشراء، وقضاء الديون ورد المسروق، والوديعة والعارية، حيث المقصود إيصال الحقوق إلى أهلها سواء بالشخص نفسه أو بنائبه. وتكون النيابة غير جائزة في كل تصرف يهدف إلى مصلحة لا تتحقق إلا بمباشرة الفاعل نفسه كالإيمان بالله ورسوله وإقام الصلاة وصوم رمضان وحلف اليمين والشهادة. بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014، ص25. وهو كذلك في المعاملات المدنية، فإذا كان الشخص محل اعتبار في التصرف كالطبيب أو الفنان، أو المؤلف، فلا يُقبل تنفيذه بالإبابة.

مثلا⁽¹⁾. وضمن قانون الأسرة كذلك حيث يحتوي على أهم تلك التطبيقات -التي تشكل مجال هذا البحث- كما في الولاية أو الوصاية على الصغير، أو كما في التقديم على المحجور عليهم⁽²⁾، ونجد لها أيضا تطبيقا في قانون الإجراءات -المدنية أو الجزائية- تحت مسمى الإنابة القضائية، عندما يقوم قاضي تحقيق مثلا بإنابة قاضي آخر للقيام عنه ببعض الإجراءات⁽³⁾، بل ونجد معنى النيابة يتحقق في تلك الهيئة القضائية الجنائية والتي أخذت اسمها من هذا المعنى، فسميت باسم النيابة العامة، لأنها تباشر الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب نيابة عنه بتوقيع العقاب وفقا للقانون⁽⁴⁾.

إلا أن هذا البحث يهتم بدراسة تطبيقات النيابة الشرعية التي ينظمها قانون الأسرة في كتابه الثاني موزعة على سبعة فصول في المواد من 81 إلى 125 كالتالي: الفصل الأول جاء بأحكام عامة عن الأهلية وعوارضها، بينما الحجر كأثر من آثار تلك العوارض جاء به في الفصل الخامس، على اعتبار أن هذه الأحكام تحدد مجال ونطاق النيابة الشرعية، وأما باقي الفصول

(1) _ انظر المواد 73 وما بعدها، والمواد 410 وما بعدها، وأيضا المواد 150 وما بعدها، والمواد 571 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 (جريدة رسمية عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات، آخرها تعديل الأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، (جريدة رسمية عدد 31، مؤرخة في 13 مايو 2007).

(2) _ وكل هذه الأحكام نظمها المشرع بالكتاب الثاني من قانون الأسرة وسنفصل فيها في حينها.

(3) _ انظر: المواد 138 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية الصادر بموجب الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، (جريدة رسمية عدد 48، مؤرخة في 10 يونيو 1966)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها تعديل الأمر رقم 20-04 المؤرخ في 30 غشت 2020 (جريدة رسمية عدد 51، مؤرخة في 31 غشت 2020) وانظر المواد 108 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الصادر بموجب القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008 (جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل 2008).

وقد فصل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على عكس القانون القديم لسنة 1966 في هذا الموضوع، وجاء بمستجدات مهمة، وللتفصيل أكثر حول الموضوع راجع: عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد -ترجمة للمحاكمة العادلة-، طبعة الثالثة منقحة، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص 165، 166.

وللاطلاع على الفرق والمقارنة بين الإنابة القضائية المدنية والجزائية راجع: عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثانية مزيدة، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص 130.

(4) _ انظر المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية، (الأمر رقم 66-155)، مرجع سابق.

فتناولت صور النيابة الشرعية والمتمثلة على التوالي في: الولاية والوصاية والتقديم والمفقود والكفالة⁽¹⁾.

وباستقراء هذه النصوص والأحكام يمكن التوصل إلى النتائج التالية:

- أن النيابة الشرعية في قانون الأسرة إنما هي نظام يقوم على إنابة بعض الأشخاص عن غيرهم الضعفاء الذين لا يستطيعون القيام على شؤونهم الشخصية والمالية، والمحددون بفئة الصغار والقصر، والمحجور عليهم والغائبين والمفقودين وذلك عن طريق آليات تتمثل في الولاية والوصاية والتقديم والكفالة.

- أن تطبيقات النيابة الشرعية في قانون الأسرة، لا تشمل النيابة بالإرادة الاتفاقية كالوكالة أو النيابة للحاجة كالفضالة، وكذلك النيابة عن المدين لمصلحة الدائنين، والنيابة عن الذي أصيب بأحد عوارض الأهلية غير المنصوص عليها في قانون الأسرة كالمحكوم عليه بعقوبة جنائية. مما يجعل من مفهوم النيابة الشرعية وفقا لقانون الأسرة أضيق من مفهومها العام الذي أوردناه أعلاه.

وما يؤكد تلك النتائج، ما جاء في المادة 81 من قانون الأسرة بقولها: «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون»⁽²⁾. وكذلك ما قضت به المادة 44 من القانون المدني باعتباره الشريعة العامة: «يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون»⁽³⁾ وأيضا المادة 79 منه والتي تنص: «تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد

(1) _ انظر قانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 (جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 21 يونيو 1984)، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 9 فبراير 2005، (جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005).

(2) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة»⁽¹⁾.

ونفس المفهوم أخذ به المشرع المغربي ضمن أحكام مدونة الأسرة المغربية، وقانون كفالة الأطفال المهملين⁽²⁾. وقد جرت القوانين على إطلاق مصطلح النيابة الشرعية، وعلى صاحبها بالنائب الشرعي، وهو كل من يتولى أمر القاصر ومن في حكمه ممن لا يستطيعون القيام بشؤونهم بأنفسهم فيكون إما وليا، أو وصيا، أو مقدما، أو كافلا⁽³⁾، وإن كان المشرع الجزائري لم يصرح باصطلاح النائب الشرعي مكتفيا بتسمية الكتاب الثاني من قانون الأسرة بالنيابة الشرعية⁽⁴⁾.

(1) _ القانون رقم 05-10 المتعلق بتعديل القانون المدني والمؤرخ في 20 يونيو 2005 (جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26 يونيو 2005).

(2) _ فخصص المشرع المغربي الكتاب الرابع من مدونة الأسرة المغربية لأحكام النيابة الشرعية تحت مسمى: الأهلية والنيابة الشرعية، فنصت المادة 211 منها: "يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذه المدونة"، كما قضت المادة 230: "يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1 الولي وهو الأب والأم والقاضي. 2 الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم.

3 المقدم وهو الذي يعينه القضاء". ظهير شريف رقم 22. 04. 1 الصادر في 3 فيفري 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة (جريدة رسمية عدد 5184، مؤرخة في 5 فبراير 2004)، المعدل والمتمم بموجب القانون 09. 08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103. 10. 1 بتاريخ 16 يوليو 2010 (جريدة رسمية عدد 5859، مؤرخة في 26 يوليو 2010)، كما عدلت المادة 16 من المدونة بموجب القانون رقم 15. 102 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 2. 16. 1 بتاريخ 12 يناير 2016 (جريدة رسمية عدد 6433، مؤرخة في 25 يناير 2016).

وما وجبت الإشارة إليه أن المشرع المغربي خصّ الكفالة كصورة من صور النيابة الشرعية المذكورة في المدونة بالقانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، والذي قضت المادة 17 منه على تعيين الكافل مقدا على الطفل المكفول أي نائبا شرعيا له. ظهير شريف رقم 130. 02. 1 الصادر في 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 01. 15 (جريدة رسمية عدد 5031 المؤرخة في 19 أغسطس 2002).

(3) _ عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، (الأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث)، الطبعة الثالثة، د.ت، 2000، الجزء الثاني، ص48.

(4) _ إلا أن قانون حماية الطفل الذي استحدثه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 (جريدة رسمية عدد 39، مؤرخة في 19 يوليو 2015) استخدم مصطلح مرادف للنائب الشرعي وهو الممثل الشرعي في المادة الثانية من هذا القانون بقولها: "...الممثل الشرعي للطفل: وليه أو وصيه أو كافله أو المقدم أو حاضنه". ويحتوي هذا القانون على قواعد وآليات حماية الطفل وتحديد حقوقه استنادا إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، وغيرها من الاتفاقيات الدولية وإلى التشريع الوطني، وأهم ما جاء به هذا القانون أساسا هو أحكام الوساطة التي

ووصف النيابة -في هذا المفهوم- بوصف الشرعية يعود أساسا لكونها مستمدة من الشرع الحنيف، الذي أقرها، ثم قيدها بأن نظمها ووضع لها قواعد تسيير عليها، فحدد شخص النواب الشرعيين ودرجات ترتيبهم كولاية الأب على ابنه لاعتبار القرابة الشرعية والشفقة والعطف، ثم جعلها للقاضي لاعتبار الحديث: «السلطان ولي من لا ولي له»⁽¹⁾، وأما عن الأوصياء والمقدمون فيستمدون ولايتهم من هؤلاء المحددين شرعا أي الأب والقاضي، ثم حدد سلطاتهم ومهامهم النيابة... إلخ⁽²⁾. ثم إن القانون يعزز تلك الشرعية بأن ينظم أحكام النيابة ويفرضها ويحدد نطاقها فتسمى أيضا بالنيابة القانونية، ولا يمنع أن تكون كذلك إذا عين القاضي النائب كالمقدم، مادام القانون هو الذي يحدد ذلك النطاق⁽³⁾.

وبعد أن تحدد مفهوم النيابة الشرعية وفقا لقانون الأسرة، فهل نجد له مثيلا في الشريعة الإسلامية؟ على اعتبار الشرعية التي تتميز بها النيابة، وعلى اعتبار أن الشريعة الإسلامية

تعتبر ثورة حقيقية في باب قضاء الأحداث، والهدف من ذلك هو إصلاح ذات البين وتهذيب سلوك الأطفال عوض الزجر والعقاب. كما اعتبر يوم صدور هذا القانون أي 15 جويلية 2015 يوما وطنيا للطفل. وللاطلاع أكثر على هذا القانون وشرحه راجع: جمال نجيمي، قانون حماية الطفل في الجزائر -تحليل وتأصيل مادة بمادة-، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 7، 12.

(1) _ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن برز الجعفي البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الثانية، دار الإمام مالك، الجزائر، 2014، الجزء الثالث، ص 236. حديث رقم 5135، كتاب النكاح، باب السلطان ولي. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، تحقيق أبي تراب عادل بن محمد، أبي عمر وعماد الدين بن عباس، الطبعة الأولى، دار التأصيل مركز البحوث وتقنية المعلومات، القاهرة، مصر، 2015، الجزء الرابع، ص 125، حديث رقم 2072، كتاب النكاح، باب في الولي.

(2) _ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، الجزء السادس، ص 583، 584. خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، د.ط، منشورات بغدادية، الجزائر، د.ت، ص 15. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 33، 34. بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 18.

(3) _ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الأول، ص 208. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 140. أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 844.

تعد مصدرا أساسيا وأصليا لهذا القانون حسب مقتضيات المادة 222 (1) منه؟

وتتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال الفقرة الموالية:

2-تعريف النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي: اتضح من كتب الفقه الإسلامي، أن

الفقهاء لم يضعوا تعريفاً للنيابة، ولم يخصصوا لها في دراساتهم باباً يجمع كل صورها، لكن ذلك لا يعني أنهم لم يكونوا على دراية بكل تلك المعاني (2) والتي شملها التعريف العام للنيابة الذي أوردناه. إنما تعرضوا لها في الكثير من الجزئيات الموزعة على مختلف الأبواب، بل منها ما خصصوا لها فصلاً كالوكالة، كما نجد لمفهوم النيابة الشرعية وفقاً لقانون الأسرة مكاناً في دراساتهم بمناسبة بحثهم في أمور الصغار والمحجور عليهم من السفهاء والمجانين وغيرهم ممن في حكمهم، وجاءت أحكامها هي الأخرى متفرقة على أبوابهم المتنوعة (3).

إلا أنه وما ينبغي التنبيه إليه، أن فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون على المفهوم العام للنيابة الذي اعتمده أنفاً اصطلاحاً الولاية، ويستخدمون مصطلح النيابة للدلالة على الوكالة (4)، فجاء في الولاية: «فالولاية في الأصل نوعان: نوع يثبت بتولية المالك، ونوع يثبت شرعاً لا بتولية المالك.

(1) _ ونصها كالتالي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". (الأمر رقم 11-84)، مرجع سابق.

(2) _ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 11، خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 25.

(3) _ إن فئة الصغار والمحجور عليهم هي الفئة الأكثر معنية بأحكام النيابة الشرعية لأنها نظام سنّ لحمايتهم. فإنه من أهم المصنفات المفيدة للباحث هو كتاب جامع أحكام الصغار للإمام الأستروشني الحنفي، والذي جمع كل ما يتعلق بهم من أحكام شرعية، فبين قواعد النيابة عنهم، وسهل البحث عن جزئية تتعلق بهم، لأن البحث ضمن مختلف أبواب مصنفات الفقهاء يحتاج إلى جهد وعناء ووقت، ويرجع ذلك لكون طبقة الصغار ومن في حكمهم من الضعفاء محل اهتمام الشرع الإلهي المعصوم عن الخطأ والزلل، فنظم أحكامها في كل صغيرة وكبيرة في جميع المجالات: البيع والشراء، والدين والهبة والتعليم والعمل والرهن وغيرها... وكلها أحكام متفرقة في كتب الفقه، وهذا الكتاب جمع فيه شتات هذه المسائل وهو للإمام الأستروشني، لقبه: مجد الدين، وكنيته: أبو الفتح وهو ينسب إلى أسر وشنة أو أستروشنة، وهي بلدة وراء النهر من بلاد الهباطلة بين (سيحون) و(سمرقند).

• محمد بن محمود بن الحسين بن أحمد الأستروشني الحنفي، جامع أحكام الصغار، تحقيق أبي مصعب البدري، محمود عبد الرحمان عبد المنعم، د.ط، دار الفضيلة، القاهرة، د.ت، الجزء الأول، ص 5، 7، 9.

(4) _ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 71.

أما الأول: فهو ولاية الوكيل...، وأما الثاني: فهو ولاية الأب والجد أب الأب والوصي والقاضي...»⁽¹⁾.

كما يستنتج ذلك من تعريف الفقهاء للوكالة حيث عرفها المالكية ب: «نيابة في حق غير مشروط بموته ولا إمارة»⁽²⁾، وعرفها الحنفية ب: «اقامة الغير مقام نفسه»⁽³⁾، كما عرفها الشافعية ب: «اقامة الوكيل مقام موكله في العمل المأذون فيه»⁽⁴⁾، وأخيرا عرفها الحنابلة ب: «كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلا كان أو امرأة...»⁽⁵⁾.

واعتمادا بما سبق فإن الولاية عند الفقهاء تتضمن معنى النيابة، وأن كل نيابة عندهم ولاية، بينما وبمفهوم قانون الأسرة فتكون النيابة أعم من الولاية لا العكس. إلا أنه يمكن القول أنه لا ضرر في هذا الاختلاف، لأنه قائم على مجرد اختلاف في التسميات للتعبير عن النيابة أو الولاية، في حين أن المضمون المعبر عنه واحدا، فلو تكلمنا على الولاية بمعنى الولاية على القصر ومن في حكمهم تكون بالضرورة الولاية جزءا من النيابة عندهم جميعا⁽⁶⁾.

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص582، 583.

(2) _ المرجع نفسه، ج7، ص425.

(3) _ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ محمد عوض، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 2003، الجزء الثامن، ص241.

(4) _ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير**، تحقيق وتعليق، علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، الجزء السادس، ص495.

(5) _ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، **المغني شرح مختصر الخرقى**، تحقيق عبد الله بن عبد المحن التركي، عبد الفتاح محمد الطلو، الطبعة الثالثة مصححة منقحة، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، الجزء السابع، ص197.

(6) _ وفي نفس المعنى راجع: سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص72. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص29، أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص844 عبد الفتاح تقيه، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والقضاء**، د.ط، منشورات تالة، الأبيار، الجزائر، 2011، ص227.

وهو ما سار عليه أيضا بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث وجد في «المنثور في القواعد»، تصنيفا خاصا للنيابة يقوم على تقسيم مفهومها العام الذي أورده كماليلي: «تصرف الانسان في غيره ستة أقسام: الأول: تصرف بالولاية المحضة وهو الأب والجد والحاكم.

ثانيها: تصرف بالنيابة المحضة. اما بتسليط المالك وهو الوكيل، أو الشرع كالحاكم في مال الغائب إذا خيف عليه...

مما سبق اتضح جليا أن المفهوم العام للنيابة الشرعية وهو «قيام شخص مقام آخر في التصرف» معروف في الفقه الإسلامي ويتفق معه، ولعلّ أكبر دليل على شمولية النيابة الشرعية وجوازها شرعا هي الآية الشهيرة من سورة البقرة والمتمثلة في الآية رقم 282: «فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل».

وجاء في تفسير هذه الآية أنه من كان محجورا عليه بتبذيره ونحوه أو صغيرا أو مجنونا أو جاهلا بموضوع أن يكتب عنه من كان أقدر وأعلم منه⁽¹⁾.

فالأكد يكون لمفهوم النيابة الشرعية وفقا لقانون الأسرة مستندا في الشريعة الإسلامية، فبالإضافة لعمومية الآية السابقة، ما ورد في سورة النساء بآيتها 5، 6 في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ۗ وَأَبْنُوا إِلَيْنَا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۚ﴾، فمن بين ما دلت عليه الآيتين مشروعية تنصيب الولي أو الوصي أو الكفيل للأيتام⁽²⁾.

وختلاصة القول: أن مفهوم النيابة الشرعية المراد في هذه الدراسة، هو المرتبط بقانون الأسرة والمنبثق من المعنى اللغوي والمستند إلى المعنى الشرعي، والذي يفيد: القيام بالشؤون المالية والنفسية للصغار والأيتام، والمحجور عليهم من السفهاء وغيرهم من ناقصي أو عديمي الأهلية وكذلك الغائبين والمفقودين، لعدم قدرتهم على تولي أمورهم بأنفسهم، فلم يتركهم الشرع

ثالثها: تصرف بنياية مشوية بولاية أو ولاية مشوية بنياية، وهو الوصي من حيث إنه يتصرف بالتفويض، يكون تصرفه بالنيابة ومن حيث إنه يتصرف في حق من لا يلي التصرف من نفسه يكون بالولاية...». الزركشي، المنشور في القواعد، مرجع سابق، ج1، ص177 وما بعدها.

ولعلّه يرجع ذلك الاختلاف والتميز في التقسيم والتسمية إلى أنه لم يفرد كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري نظرية عامة للنيابة بل جاءت النصوص المتعلقة به متفرقة ضمن القانون المدني، انظر المواد: 73 وما بعدها، والمواد 410 وما بعدها، وأيضا المواد 150 وما بعدها، والمواد 571. ومثله كذلك القانون الفرنسي والقانون المصري. راجع في ذلك عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص ص207، 210.

(1) _ أبي الفداء اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم**، الطبعة الأولى، دار العدد الجديد، 2017، الجزء الأول، ص312.

(2) _ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ومن معه، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006، الجزء السادس، ص50.

الإلهي لضعفهم، فكان السباق في الاهتمام بهم والحرص على تحقيق مصالحهم والوصول بهم إلى بر الأمان فسّن أحكام النيابة الشرعية وقواعدها بتفصيل دقيق ومحكم بدء من تحديد الأشخاص الذين تسند إليهم المهام النيابة، وسيرها إلى غاية انتهائها وعلى هذا الدرب سار المشرع الجزائري.

وبالرغم من تحديد مفهوم النيابة الشرعية، إلا أنه قد يشوبها بعض الالتباس لوجود آليات شبيهة بها، مما استدعى الأمر التمييز بينها من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: تمييز النيابة الشرعية عن بعض الصور الشبيهة بها

تبيّن أن للنيابة الشرعية وفقا لقانون الأسرة عدة صور وتطبيقات، كما تبيّن أنها ضرب من النيابة بمفهومها العام، وهو الآخر يتضمن عدة تطبيقات، لذلك قد يلتبس الأمر بين مفاهيم تلك التطبيقات مما يستلزم ضبطها، كما يلتبس الأمر بين النيابة الشرعية وبعض ما نهجه القانون والفقهاء من تقسيمات شبيهة بها من حيث أنها توحى بقيام شخص مقام آخر في أمر ما، كالمساعدة القضائية والرسالة والكفالة، وهذا يتطلب التمييز بين النيابة الشرعية موضوع البحث وباقي المفاهيم الموجودة والشبيهة بها.

أولا: تمييز النيابة الشرعية وتطبيقاتها عن النيابة بمفهومها العام: مبدئيا وجب العلم بأنه جرت العادة على إطلاق مصطلح "النيابة" للدلالة على المفهوم العام والذي يضم أساسا صورتين هما:

- **النيابة القانونية:** وهي التي يكون مصدرها القانون، كما في الولاية أو الوصاية أو التقديم أو الكفالة، أي النيابة الشرعية، فكما سبق ذكره أن القانون يستمدّها من الشّرع ثم يفرضها ويحدد نطاق سلطات النائب فيها، والحال كذلك في نيابة الدائن عن مدينه في استعمال حقوقه بالدعوى غير المباشرة، إذ فرضتها نصوص القانون المدني وفق أحكام خاصة⁽¹⁾. ولذلك تسمى

(1) _ العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، (وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015-2016، الجزء الأول، ص278. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص207. أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص844. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص140.

أيضا بالنيابة الإجبارية لأنها تفرض على الأصل⁽¹⁾.

كما يقسم الفقه النيابة إلى نيابة قضائية استنادا لكون مصدرها هو الحكم القضائي عندما يعين النائب كالمقدم عن المحجور عليهم أو مقدم الغائب، أو وكيل التفليسة أيضا، بينما هي في حقيقتها عبارة عن نيابة قانونية لأن أحكامها حددها القانون لكن فوض تعيين النائب للقاضي⁽²⁾.

-**النيابة الاتفاقية:** كالوكالة وتعتبر المثال التطبيقي الأبرز لها⁽³⁾. وسميت كذلك لأن اتفاق إرادتي الأصل والنائب هو مصدر نشوئها. إلا أنه قد تنشأ النيابة أيضا من إرادة منفردة كالفضالة⁽⁴⁾.

وبذلك تتميز النيابة الشرعية عن الاتفاقية من حيث المصدر والطبيعة القانونية:

فأما من حيث المصدر: النيابة الشرعية مصدرها هو الشرع أو القانون، أي أن النائب فيها يستمد سلطته بالتصرف منهما، بينما مصدر سلطة النائب في النيابة الاتفاقية هو العقد والاتفاق القائم على إرادتي كل من الأصل والنائب⁽⁵⁾.

وأما عن الطبيعة القانونية: أن النيابة الشرعية تقوم على التصرف نيابة عن الغير بدون إذنه أو إرادته، ذلك أن الأصل فيها قد يكون صغيرا أو مجنونا أو سفيا أو مفقودا...، لا يجيز لهم القانون التصرف بأنفسهم، لعدم أهليتهم لذلك أو لعجزهم، فلا ينظر إذن لاختيارهم وقبولهم النيابة مع أن آثار التصرف تنصرف إليهم، وهذا هو الفاصل بين النيابتين الشرعية

(1) _ أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص844.

(2) _ العربي بلحاج، مرجع سابق، ج1، ص287. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص207. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص140.

(3) _ بل تعتبر هي النيابة الاتفاقية، أو الأصح هي: "كل بعضها الأغلب"، لأن هناك صور أخرى للنيابة الاتفاقية نجدها خاصة في مجال النيابة عن الأشخاص الاعتبارية، كما هو الحال مثلا في التشريع الأردني.

• نجم رياض نجم الرضي، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، «النيابة في التعاقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني»، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**، العدد الثاني، السنة الأولى، 2011، ص8،9،11.

(4) _ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص207.

(5) _ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص140.

والاتفاقية التي يكون فيها للأصيل إرادة وخيار تقوم عليهما⁽¹⁾.

وعند هذا المقام وعلى اعتبار أن الولاية صورة من صور النيابة الشرعية، وبالتالي تحمل معنى إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل وتثبت عليه دون الأخذ بقبوله. وبما أن للولاية تطبيقات متعددة، فتكون بذلك إما ولاية على النفس أو على المال أو عليهما معاً، فإن موضوع الولاية على النفس والخوض فيه يؤدي إلى الالتباس والتساؤل حول مسألتين: ولاية التزويج والحضانة⁽²⁾:

فهل تعتبران من تطبيقات النيابة الشرعية كون أن ولاية تزويج المرأة لا تحمل معنى التصرف عن الغير دون الالتفات إلى إذنه، إذ لا تزوج المرأة إلا بإذنها، وأن الحضانة هي رعاية وحفظ الولد بالحرص على إيوائه ومأكله ومشربه وملبسه وتطبيبه، وغيرها من أعمال الرعاية، فهي بذلك لا تحمل معنى إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التصرف؟

فأما عن التساؤل الأول حول ولاية التزويج، فأجاب عنه "صاحب نظرية النيابة الشرعية": بأن زواج المرأة وإن كان لا يعقد من غير إذنها، إلا أن أصل الولاية في تزويجها ثابتة عليها بغير إرادتها أو قبولها⁽³⁾، ولذلك فولاية التزويج نحسبها من مشتقات الولاية وتطبيقات النيابة الشرعية. وأما عن التساؤل الثاني الخاص بالحضانة فظهرت فيه عدة اتجاهات-تشريعية وفقهية- حول ما إذا كانت الحضانة جزءاً من الولاية على النفس أم أنها نظام مستقل بذاته، فبالرجوع إلى التشريعات المغاربية نجدها تتوسع في تعريف الحضانة-كما سنبينه من خلال تعريف المشرع الجزائري ونظيره المغربي للحضانة بعد حين-، وذلك لتأثرها بالقانون الفرنسي الذي يعتبرها مؤسسة خاصة، بينما تعارض الفقه في معنى المصطلحين (حضانة وولاية عن النفس)، كونهما يتداخلان تارة ويفصلان تارة⁽⁴⁾، وحقيقة، فذهب بعض الشارحين والدارسين لقانون

(1) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 15.

(2) _ بما أن الولاية عبارة عن سلطة تتوزع إما بصفة كلية أو جزئية على باقي صور النيابة الشرعية من وصاية وتقديم وكفالة إذ تمثل تلك الصور تقسيماتها، فإن باقي مشتقات الولاية وبالتالي مشتقات كافة صور النيابة الشرعية.

(3) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 17.

(4) _ زكية حميدو، «مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة»، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-، كلية الحقوق، 2004-2005، ص 89 وما بعدها.

الأُسرة أن الحضانة هي رعاية المولود وحفظه، بينما النيابة هي القيام بالتصرفات التي كان على الأصيل أن يقوم بها بنفسه، وعلى ذلك فالحضانة لا تتضمن معنى القيام بالتصرفات بالنيابة وبالتالي فهي خارجة عن مجال النيابة⁽¹⁾.

بينما يذهب أغلب الفقه ومن أبرزهم أبو زهرة أن الحضانة تشارك مع الولاية على النفس في فترة الحضانة وأنها تنتهي بانتهاء مدتها، وتبقى الولاية على النفس⁽²⁾، وقد عبر عنها أيضا صاحب "الفقه الإسلامي وأدلته": «الحضانة فرع ولاية وسلطنة»⁽³⁾.

فاعتبر أصحاب هذا الرأي أن الحضانة ضرب من ضروب الولاية على النفس. ونحن نرجح هذا الرأي ونؤيده بالقول وأن الحضانة من مشتقات الولاية وتطبيقات النيابة الشرعية، ذلك، أن الحضانة وإن كانت تعني الإطعام والحفظ والرعاية فهي تبقى دائما القيام بشؤون هذا الصغير العاجز على أن يقوم بها بنفسه، ولذلك كان لحاضنه أن يقوم مقامه، وتحل إرادة هذا الأخير محل إرادة الصغير العاجز عن التمييز بين ما يضره وما ينفعه فلا إرادة له في كل تلك الأمور الحيوية، حتى وإن كانت الولاية على النفس للولي وهو غير الحاضن، فتكون سلطات الحاضن أقوى من سلطات هذا الولي لأنه مسؤول عن تربيته وتوجيهه المبدئي.

ولعل ما يؤكد هذا الطرح والاختيار هو موقف المشرع الجزائري، حيث عرف الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة كمايلي: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا»⁽⁴⁾، فيتضح جليا أن للحاضن سلطانا على

(1) _ راجع: خالد بوشمة، مرجع سابق، ص16، محمد توفيق قديري، «النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري»، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، كلية الحقوق، 2018/2017، ص112، 169، 172.

(2) _ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ت، ص6، 7. أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص850. بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص183، 184. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص212. حيث جاء فيه: «الحضانة ضرب من الولاية».

(3) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985، الجزء السابع، ص718.

(4) _ (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق. وهو ما أخذ به المشرع المغربي أيضا فيما يقابل هذا النص بموجب المادة 163 بتعريفها للحضانة كما يلي: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه.

على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون". (القانون رقم03.70)، مرجع سابق.

محضونه في تعليمه وتربيته وحفظه صحة وخلقا، وأنه لا يمكن الفصل بين هذه الأمور وبين الرعاية الجسدية.

بل والأكثر من ذلك، فإن المشرع الجزائري وبعد تنقيح قانون الأسرة لسنة 2005، عدل بموجبه المادة 87 والتي أصبحت تمنح الولاية للحاضن فربما كان هذا دليلا على ارتباط الحضانة بالولاية واعتبارها جزءا منها، وبما أن قانون الأسرة هو الذي يحدد معالم هذه الدراسة ويبين المعنى القانوني للنيابة الشرعية، فإن هذا البحث سيسير وفق منهجه.

ثانيا: التمييز بين النيابة الشرعية والمساعدة القضائية: إن نظام المساعدة القضائية هو نظام خاص سنّه المشرع الجزائري بموجب المادة 80 من القانون المدني⁽¹⁾ من أجل مساعدة الشخص الذي أصيب بعاهة جسمانية تصعب عليه التعبير الصحيح عن إرادته فيخشى عليه من الوقوع في الغلط بسبب ذلك، فيمكن إخضاعه لهذا النظام إذا تحقق فيه ما اشترطه النص القانوني مما يلي: أن تجتمع في هذا الشخص عاهتين على الأقل من ثلاث وهي الصمم والعمى والبكم، وأن يتعذر عليه بسبب العاهتين التعبير عن إرادته، فيقدر القاضي مدى تحقق ذلك حتى يعين له مساعدا قضائيا، مهمته أن يعاونه في التعبير الصحيح عن إرادته⁽²⁾، وهنا قد تتداخل المفاهيم حول دور هذا المساعد القضائي لاشتباهاه بدور النائب الشرعي، إلا أن حقيقة أمر المساعد القضائي أنه لا يحل محل الشخص المصاب في التعبير عن إرادته كما هو الشأن في النيابة الشرعية، ذلك أن الشخص الخاضع لنظام المساعدة القضائية يكون سليم العقل والتدبير وأهليته كاملة في التصرف إنما مشكلته في عدم تمكنه من التعبير عنها بالشكل السليم، بينما المولى عليه في النيابة الشرعية يكون مصاب بعارض إما في عقله كالمجنون أو في تدبيره كالسفيه.

(1) نص المادة 80: «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة»، (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(2) محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 158.

ولذلك فالمساعد القضائي ليس نائبا قضائيا سيفرد بالتصرف قائما فيه مقام الأصيل وإنما هو معاون يشترك معه فيه⁽¹⁾.

ثالثا: التمييز بين النيابة الشرعية والرسالة: تختلف النيابة الشرعية عن الرسالة كون أن هذه الأخيرة تتم عن طريق إرسال رسول مهمته نقل إرادة الأصيل كما هي للطرف الآخر، فالرسول ما هو إلا مجرد وسيلة مادية لتبليغ تلك الإرادة فلا دخل لإرادته هو في ذلك، كما لا يشترط فيه كمال الأهلية لأنه لا يقوم بتصرف قانوني، وهذا عكس النائب الذي تلعب إرادته دورا فعالا في إبرام التصرف كونه المتعاقد، فيشترط فيه أن يكون على الأقل مميزا في النيابة الاتفاقية، لأن آثار التصرف فيها تنصرف للأصيل الذي تشترط فيه الأهلية اللازمة للتصرف، بينما في النيابة الشرعية يحدد القانون أو الشرع أهلية النائب الشرعي بأن تكون كاملة في الولي والوصي والمقدم والكافل، فتحل إرادته محل إرادة الأصيل لكن لمصلحة الأصيل لا لمصلحته هو⁽²⁾.

رابعا: التمييز بين النيابة الشرعية والكفالة: إن مصطلح الكفالة في القانون مستخدم للدلالة على معنيين مختلفين، فهناك الكفالة كنظام بديل للتبني في مجال قانون الأسرة، والمنصوص عليها في المواد 116⁽³⁾ وما بعدها، من الفصل السابع، من الكتاب الثاني الخاص بالنيابة الشرعية، والتي تعني التكفل بطفل أو ولد قاصر من غير والديه ورعايته وتربيته، فالكفالة بهذا المفهوم هي صورة من صور النيابة الشرعية وهو ما سنفصل فيه في حينه.

(1) _ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، مرجع سابق، ص414، محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012، ص26.

(2) _ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص327، 328. نجم رياض نجم الرضي، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مرجع سابق، ص227، 228. محمد صبري الجندي، المرجع السابق، ص25. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج1، ص192. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص141. العربي بلحاج، مرجع سابق، ج1، ص281.

(3) _ نص المادة 116: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

وأما الكفالة بمعناها الثاني والمتمثل في الضمان، فنظمها المشرع الجزائري بموجب المواد 644⁽¹⁾ وما بعدها في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود من القانون المدني.

فالكفالة بهذا المفهوم هي ضمان وتأمين شخصي، وذلك بضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي، فيصبح للدائن مدينان مما يزيد في ضمان حقه، وأن هذا الضمان هو عقد الكفالة ويكون تابعا للدين الأصلي⁽²⁾، فيترتب على الكفيل آثار من أهمها يقوم بتسديد الدين للدائن عن مدينه. فيثور وجه الشبه بينه وبين النائب في النيابة بمفهومها العام ووفقا لقانون الأسرة، إلا أنه في النيابة يلتزم النائب بالتصرف لحساب الأصيل، وينتهي دوره بمجرد إبرام التصرف دون أن يرتب عليه شيئا في ذمته.

والأمر سيان بالنسبة للمدين المتضامن مع غيره، الذي يقوم بتصرف نافع عنه وعن غيره من المتضامنين معه، فتسحب آثار ذلك التصرف لهم، إلا أنها تبقى مستقرة في ذمة المدين المتضامن على عكس آثار التصرف الذي يبرمه النائب فتسحب كلها للأصيل وحده دون النائب⁽³⁾.

وخلاصة القول أن أكثر ما يميز النيابة الشرعية عن غيرها من الأنظمة الشبيهة بها هي خاصية كونها عبارة عن إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل في التصرف مع انسحاب كل الآثار إلى الأصيل، وذلك من بين جملة من الخصائص الأخرى التي تتصف بها، وهو ما نورد في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: خصائص النيابة الشرعية

تتميز النيابة الشرعية ببعض الخصائص التي تجعلها فريدة بأحكامها ونتائجها وآثارها ونجملها فيما يلي:

(1) _ وعرفها النص: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه" (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

(2) _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج10، ص23.

(3) _ محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص31، 29.

أولاً: كون النيابة الشرعية تقوم على ثلاث عناصر وهي:

1-حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل: فالأصل في سنّ النيابة الشرعية هو معالجة قصور أهلية الأصيل (المولى عليه) وتحقيق ما عجز عن القيام به نتيجة ذلك القصور⁽¹⁾، لذلك فالعبارة بإرادة النائب الشرعي لا بإرادة مولاه، فتشترط فيه الأهلية الكاملة بالإضافة إلى وجوب خلو إرادته من العيوب وغيرها من الشروط المتصلة بالأهلية والإرادة⁽²⁾.

2-التزام النائب حدود نيابته: فقد حدد الشرع والقانون المهام النيابة المسندة للنائب والتي تنصرف آثارها لمولاه كما ذكر أعلاه، وترتّبها على ذلك فإنه لا يجوز للنائب الشرعي تجاوز حدود نيابته، كما لا يجوز له أن يتعاقد مع نفسه لمصلحته⁽³⁾، وكلها أحكام يتم التفصيل فيها في حينها⁽⁴⁾.

3-انسحاب أثر الحلول إلى الأصيل: ومعناه أن كل آثار التصرفات التي قام بها النائب الشرعي مقام مولاه الأصيل في حدود نيابته من حقوق والتزامات وغيرها، تنصرف مباشرة لهذا الأخير⁽⁵⁾، ويتحقق ذلك بأن يتعامل النائب باسم الأصيل لا باسمه هو، فدوره هو الكشف لإرادة

(1) _ نجم رياض نجم الرضي، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، مرجع سابق، ص229. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص116.

(2) _ على أن تشترط أهلية الأصيل في الوكالة باعتبارها نيابة اتفاقية، بينما يشترط في النائب أن يكون مميزاً على الأقل. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص329. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص141. العربي بلحاج، مرجع سابق، ج1، ص280، 281. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج1، ص192.

(3) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص128.

(4) _ وسيتم التفصيل في أهلية الأصيل المولى عليهم عند بحث أحكام الأهلية باعتبارها تحدد مجال النيابة الشرعية وأسبابها، بينما أهلية النائب الشرعي فيفصل فيها من خلال بحث شروط هذا الأخير وليا كان أو وصياً أو مقمداً أو كافلاً. كما يتم التطرق لمسألة التزام النائب الشرعي لحدود نيابته من عدم التزامه بذلك وما يترتب عنه من آثار عند دراسة سلطات النائب الشرعي وقيودها والجزاء المترتبة عن الإخلال بمهامه النيابة.

(5) _ العربي بلحاج، مرجع سابق، ج1، ص284. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص330 وما بعدها. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص143.

•وهو المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا استناداً للمادة 74 من القانون المدني بالقرار رقم59293 المؤرخ في 1990/06/27، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، الجزء الثاني، ص606.

الشرع والقانون في تولي ورعاية مصالح المولى عليه⁽¹⁾.

ثانيا: كون النيابة شرعية: لأنها تستند دائما إلى إقرار أو فرض الشرع أو القانون، باعتبارها وليدة الحاجات الاجتماعية، فتقتضيها الحاجة أو الضرورة أو المصلحة، من حماية هؤلاء الضعفاء والعاجزين عديمي وناقصي الأهلية وتحقيق مصالحهم، واستقرار المعاملات.

وتتجلى مظاهر تلك الشرعية في كون المصدر المنشىء للنيابة هو الشرع والقانون كما سبق، فهو الذي يحدد أشخاص النواب الشرعيين وترتيبهم، ومهامهم النيابة وحدودها وسيرها وأثرها فانتهائها، فالنيابة إذن شرعية المصدر والتنظيم والانتهاء⁽²⁾.

ثالثا: كون النيابة الشرعية الزامية: إن الشرعية التي تمنح صفة النائب، تقتضي عدم امكان إضافتها إلى أي شخص آخر⁽³⁾، فيمارسها النائب بصفة شخصية ولا يحل محله غيره ولا تنتقل إلى الورثة⁽⁴⁾، والأمر سياتى بالنسبة لصفة المولى عليه (الأصيل)، فجعلت النيابة نظاما مفروضا عليه وذلك لسببين: الأول أن القانون لا يجيز له التصرف بنفسه، والثاني لعجزه عن تولي أموره، إلا أنها تعتبر حقا له أيضا مادام شرعت لتحقيق مصالحه⁽⁵⁾، فيمارسها النائب الشرعي، بصفة وجوبية لا يجوز له رفضها إلا لمبرر شرعي، وفي نفس الوقت هي حق له لا يجوز انتزاعها منه ما لم تختل فيه أحد شروط المهمة النيابة⁽⁶⁾.

رابعا: كون النيابة الشرعية من حقوق الله: ومعنى ذلك أنها تعتبر من النظام العام، فهي

(1) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 116.

(2) _ المرجع نفسه، ص 100.

(3) _ نجم رياض نجم الرضي، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 227.

(4) _ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 205.

(5) _ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 98.

(6) _ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص 205. عبد الله (ابن الطاهر) السوسي التتاني، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، -دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة- الأهلية والنيابة الشرعية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، الجزء الرابع، ص 68.

حق الله تعالى⁽¹⁾، لأنها تهدف لحماية المصلحة العامة من خلال حفظ الأموال والأنفس التي تعتبر من الكليات الخمس⁽²⁾، وتعتبر أيضا في نفس الوقت من حقوق العباد، لأنها ترمي لحماية الحقوق والمصالح الخاصة للضعيف والصغير والمجنون ومن في حكمهم، وبالتالي أمكن القول وأنها من الحقوق المشتركة، إلا أن حق الله غالب فيها، ذلك أن خاصية الشرعية التي تتميز بها تجعلها محددة بقواعد شرعية لا يجوز تعديلها أو إسقاطها⁽³⁾.

المطلب الثاني: نشأة النيابة الشرعية والحكمة من مشروعيتها

لفهم الجيد لأي نظام واستيعابه، لا بد من معرفة أصل نشأته والمراحل الزمنية التي تكوّن فيها، ف جاء هذا المطلب ليوضح مراحل نشأة النيابة الشرعية من القوانين القديمة إلى الحديثة، وصولا للتشريع الجزائري الحالي والشريعة الإسلامية كل ذلك من خلال الفرع الأول، وأما الفرع

(1) _ وحقوق الله هي كل ما ثبته الشرع لله عز وجل، وحقوق الله على العباد قسمان: الأول ما شرع من أجل تعظيم الله وتوحيده وإقامة شعائره الدينية، والثاني ما تعلق بإقامة الحدود وأحكامه والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والجهاد في سبيل الله... والتي تهدف لتحقيق المصلحة والمنفعة العامة. بينما حقوق العباد هي ما ثبته الشرع للإنسان على غيره الإنسان من حقه في الملكية وحقه في التصرف بالبيع أو الهبة وغيرها من الحقوق التي تهدف لتحقيق المصلحة والمنفعة الخاصة على السواء. برنامج الشريعة والحياة، متوفر على الموقع:

www.aljazeera.net/programs/religionandlife. تاريخ الإطلاع على الموقع: 5 جوان 2020 على الساعة 15:45. ثم إن هناك حقوقا مشتركة، اجتمعت فيها حقوق الله وحقوق العباد، لكن تارة يغلب فيها حقوق الله، وتارة يغلب فيها حقوق العباد؛ فأما عن الأولى نجدتها في مثال حد القذف، فللعبد فيه حق لأنه اتهم في عرضه، والله فيه حق لأن القذف بالزنى مساس بالأعراض علنا مما يؤدي إلى شيوخ الفاحشة، وغلب فيها حق الله لكي يجب إقامة الحد ولا يجوز للعبد الصلح عليه، وأما عن الحقوق التي يغلب فيها حقوق العباد كالقصاص من القاتل عمدا، فله حق فيه لأنه اعتداء على المجتمع، وأيضا اعتداء على مخلوق الله الذي حرم دمه إلا بالحق، و للعبد حق فيه لأنه اعتداء على أولياء المقتول بأن حرّمهم من الاستمتاع بحياته، وغلب حق العبد لأن ولي المقتول يملك رفع دعوى القصاص من عدمه، بل يملك التنازل عن تنفيذ حكم القصاص. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، - الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1983، الجزء الثامن عشرة، ص18، 19.

(2) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص38. عبد الله السوسي التتاني، مرجع سابق، ص68. احمد ابراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد ابراهيم، مرجع سابق، ص202. محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص109. وأما عن الكليات الخمس فتتمثل في: مقاصد الشريعة الإسلامية وهي حفظ الدين، وحفظ المال، وحفظ النفس، وحفظ العرض، وحفظ العقل. موقع: <https://ar.m.wikipedia.org> تاريخ الإطلاع على الموقع: 5 جوان 2020 على الساعة: 16:00.

(3) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص39. محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص110.

الثاني فخصص لتبيين الحكمة من مشروعية النيابة الشرعية وأهدافها النبيلة.

الفرع الأول: نشأة النيابة الشرعية

لم تكن النيابة في القوانين القديمة معروفة كنظام قانوني كما هو عليه الآن، بل كانت فكرة مستبعدة، ففي القانون الروماني لم يكن يعرف التعاقد بالنيابة إلا بالتدرج وفي حدود ضيقة، وربما من أهم أسباب عدم وجود النيابة بداية عند الرومان هو أسلوب الشكلية الذي يقتضي أن يباشر طرفي الالتزام بنفسيهما تلك الشكلية، لكن نظرا لتطور المعاملات الاقتصادية وكثرة المعاملات والمبادلات عند الرومان وظهور الحاجة لمثل هذا النظام، بدأت فكرة النيابة تظهر بالتدرج، فكان يسمح فقط لرب الأسرة بالنيابة عن أسرته، ثم أصبح الابن والعبد يسمح لهما بالنيابة عن رب الأسرة، في حالة كونه دائما، ثم بعدها سمح لهما في نيابته كمدين، فلا يسمح لغير الابن والعبد بالنيابة، فإذا تم التعامل بالوكالة من قبل الغير، فالرجوع يكون على الوكيل، ولم تكن العلاقة بين الغير والموكل معروفة، ثم تطور الوضع إلى أن أصبح الغير يرجع على الموكل لكن بعد أن يرجع على الوكيل، إلا إذا كان الوكيل نائبا بحكم القانون كالوصي والقيم، فتجسدت بذلك النيابة الكاملة⁽¹⁾، وأما في القانون الفرنسي القديم فكان الوضع حتى القرن السادس عشر مشابها لما انتهى إليه أمر النيابة في القانون الروماني-ومعلوم أن أصل القانون الفرنسي هو القانون الروماني-، غير أنه بدأ الوضع في التطور تدريجيا إلى أن أصبح جائز للشخص التعاقد بالوكالة سواء دائما أو مدينا، حتى وصل الأمر إلى تفويض نائبا يقوم بتصرف تتصرف آثاره للأصيل، وهذه هي بداية الاعتراف بالنيابة كنظام قانوني، والتي أخذت به قوانين البلدان الأخرى مسايرة في ذلك للقانون الفرنسي⁽²⁾.

(1) _ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص139، وحول نفس المعنى: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص326، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص209. ولنفس المؤلف: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ج1، ص189، 190. محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص21، سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص51 وما بعدها.

(2) _ محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص22.

فحاصل القول أن النيابة قديما في القانون الروماني والفرنسي، كانت مستبعدة التطبيق، وإنما نتيجة الحاجة والضرورة بدأت شيئا فشيئا في الظهور حتى وصلت إلى نظام النيابة المعروفة، وهذا ما يدعم صفة الشرعية للنيابة التي هي وليدة الحاجة، فأول مجال لتطبيقها هو عدم القدرة على ممارسة مقتضى الأهلية الكاملة كالقاصر الذي سمح الرومان لإقامة نائب عنه والمتمثل في والده أي من محيطه الأسري.

وهنا يثور التساؤل عن موقف القانون الجزائري من نظام النيابة وتطوره، خاصة وأن الجزائر كانت مستعمرة من قبل الدولة الفرنسية هذا من جهة، ومن جهة أخرى كون الدولة الجزائرية دولة إسلامية⁽¹⁾. ذلك أن الشرع الإسلامي سبق القوانين المعاصرة في تبني نظام النيابة سواء بأحكامه المتعلقة بالوكالة أو تلك المتعلقة بالنيابة الشرعية، والتي قننت بشكل متكامل وشامل لمبادئه وقواعده حرصا منه على تلبية حاجات الناس وتحقيقا لمصالحهم وتيسيرا لأموالهم⁽²⁾. فهل تأثر النظام القانوني للنيابة الشرعية في التقنين الجزائري بالمراحل التاريخية التي مرت بها الجزائر؟

فقد كانت الجزائر في مرحلة ما قبل الاستعمار تتبع المنهج الإسلامي في سياساتها التنظيمية خاصة في الأحكام الأسرية، ومنذ احتلالها حاول الاستعمار بثتى الوسائل طمس مقومات الشخصية الإسلامية وجعلها تابعة فرنسية في كل المجالات مستهدفا بالخصوص المجال الأسري وذلك عن طريق إصدار مجموعة من القوانين المدعمة للإيديولوجية الفرنسية، ومن أهمها ما يتصل بموضوع النيابة الشرعية كالقوانين الإصلاحية بالجزائر لنظام الولاية والوصاية والحجر⁽³⁾. كما استهدف الاستعمار المرأة ودورها في المجتمع تحت السياسة الكاذبة

(1) _ إذ تنص المادة الثانية من الدستور الجزائري على أن: «الإسلام دين الدولة». مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور (جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها التعديل الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 (جريدة رسمية عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020).

(2) _ العربي بلحاج، مرجع سابق، ج1، ص276. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص326. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص44 وما بعدها.

(3) _ ويتعلق الأمر بالقانون رقم 777/57، والقانون رقم 778/57 الصادرين بتاريخ 11/07/1957.

بتحريرها وتعزيز مكانتها لمحاربة أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن مقاومة الشعب الجزائري وصدوره أمام كل محاولات الاستعمار من أجل هدم مقوماته، بقي نظام الأسرة الجزائري قائماً على تعاليم الإسلام.

وأما بعد المرحلة الاستعمارية، أصرت سياسة الدولة بأن تكون معادية لكل ما يمتّ بالصلة للاحتلال الفرنسي، محافظة على نظامها بطابعه الإسلامي على الرغم من بعض المحاولات الدخيلة لهدمه. فلم يصدر تشريعاً للأسرة بعد الاستقلال إلا في سنة 1984، وكانت الخطوة الأولى لتأكيد نهج الشريعة الإسلامية، إذ كانت أحكامه مسابرة لها، بل وكانت الشريعة الإسلامية مصدراً أصلياً لقواعده، لكن هذا القانون تعدّل بموجب الأمر 05-02، والذي أثار جدلاً فقهيًا واجتماعيًا وإعلاميًا، لأنه تضمن إيديولوجية جديدة نظراً لتقدم وتطور التكنولوجيا وحاجات المجتمع، بالإضافة لآثار العولمة، وتطور مكانة المرأة في المجتمع وتوقيع الاتفاقيات وضغوط المطالبة بالتغيير خاصة من قبل الجمعيات النسائية⁽¹⁾.

وبذلك يكون نظام النيابة الشرعية في القانون الجزائري مرّ بمرحلتين: مرحلة صدور قانون الأسرة، ومرحلة تعديله، مع العلم أن التعديل الخاص بكتاب النيابة الشرعية لم يمس إلا نصاً واحداً فقط والمتمثل في المادة 87، وعلى الرغم من كونه التعديل الوحيد إلا أنه رتب آثاراً جدية ومهمة وهو ما سنكتشفه من خلال ثنايا هذا البحث.

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية النيابة الشرعية

شّرع نظام النيابة بمفهومه الاصطلاحي العام لتلبية مختلف حاجيات الإنسان، لأنه قد تحيط به ظروف معينة تجعله غير قادر على القيام بكل أموره بنفسه، بعضها أو جلها، فيلجأ للنيابة، بتفويض غيره للقيام بها مكانه ولصالحه، وهذا التفويض، قد يكون باختياره وإرادته، وإما يكون جبراً عنه بالشرع أو القانون، حسب ظروفه وحالته:

(1) _ فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، د.ط، مطبعة طالب، 2007/2008، ص5، 6. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، الجزء الأول، ص17، 24...

فقد يكون الأصل عاجزاً عن التمييز بين ما ينفعه وما يضره بسبب نقص عقله وقصر تدبيره كالصغير، واليتيم، والمجنون، والسفيه، وغيرهم ممن هم في حكمهم، فتكون النيابة مخرجا وحلا بأن ينوب عنه في شؤونه من هو كامل العقل وحسن التدبير، فيكون الأمين والضامن لتحقيق الصالح والأصلح له.

بل قد يلجأ الأصل للنيابة للتخفيف عنه والانتفاع بها، كما في الوكالة، حيث أن النائب يقوم مقام الأصل ليعاونه ويساعده في أموره التي لم يتسن للأصل القيام بها.

كما نجد للنيابة الفضل في الحفاظ على الأمن والسكينة والنظام وتحقيق المصالح العامة وتحقيق الخير للأمة، وذلك من خلال الإمامة العظمى وفروعها، فالرئيس والإمام والقاضي ينظرون في شؤون الأمة للحرص على مصالحها، فهم في ذلك كالوصي على اليتيم والولي على الصغير والقيم على المحجور والمفقود والكافل على مكفوله، ولذلك فالتصرف بطريق النيابة عن الغير قد تدعوا إليه الحاجة والمصلحة ويأمر به أو يقره الشرع والقانون⁽¹⁾.

وكل تلك المقاصد تنبأها الشرع الإسلامي ودعا لنظام نيابة القادر عن العاجز الذي قرّرتة الآية 282 من سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلَئِمْلٌ وَوَلِيٌّ بِالْعَدْلِ﴾. وذلك تحت شعار التعاون والتكافل الاجتماعي الذي شجّعه كما في قوله عزّ وجلّ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (سورة المائدة، الآية: 2)، وهو ما حث عليه النبي الكريم عليه أفضل الصلاة والسلام في قوله: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا، (ثم شبك بين أصابعه)»⁽²⁾. فسنت الشريعة الإسلامية مظلة من الأحكام التي تجعل الفرد في كفالة الجماعة، وكل ذي سلطان كفيل في مجتمعه، من أجل الحفاظ على مصالح الآحاد ودفع الضرر عنهم⁽³⁾، ولذلك أمر الله سبحانه وتعالى بمنع المال عن السفهاء وهم

(1) _ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 201، 202.

(2) _ البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 3، ص 520. حديث رقم 6026، كتاب الأدب، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضا.

(3) _ محمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 7.

الصغير والمجنون والسفيه وغيرهم، ومنحها لمن هو أقدر على صونها حفاظا على الأموال التي جعلها الله للناس قياما⁽¹⁾، فهي تساهم في الحفاظ على النوع الإنساني، لأنها آلية تسمح بالإضافة إلى صيانة المال، حماية نفس الغير العاجز، فالمال والنفس هما عماد الحياة بهما تتحقق الخلافة الشرعية التي أرادها الله تعالى لعباده بقوله: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ (سورة البقرة، الآية: 30)⁽²⁾.

وهو ما ضمنه قانون الأسرة الجزائري من خلال تقنينه لنظام النيابة الشرعية مسايرا في ذلك نهج الشرع الإلهي المعصوم عن الخطأ والزلل، فوضع بذلك سياق الحماية لكل هؤلاء الضعفاء والعاجزين، الذين لا يملكون ممارسة مقتضى الأهلية الكاملة، عينهم قانون الأسرة بأوصافهم محددًا لمجال ممارسة النيابة الشرعية، ويتم التعرف عليه من خلال المبحث الثاني.

(1) _ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج1، ص418، 419.

(2) _ نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، الطبعة1، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص10-13.

المبحث الثاني: مجال النيابة الشرعية

سنّ المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية حماية لمن فقد عقله أو نقص حظه منه، أو أصابه مانع، فلا تكون له القدرة والأهلية لممارسة شؤونه، مما يترتب عنه تطبيق مفاعيل النيابة الشرعية بتعيين له نائبا شرعيا سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما، مع إمكانية الحجر عليه أيضا حسب الحالة، وكل ذلك يُعنى هذا المبحث بتوضيحه من خلال مطلبين، يخص المطلب الأول لبيان أحكام الأهلية، بينما يحدد المطلب الثاني أحكام الحجر.

المطلب الأول: أحكام الأهلية

يدرس هذا المطلب أحكام الأهلية من خلال تعريفها كونها مناط التكليف، مع بيان تأثير أطوار سن الانسان عليها، ثم توضيح العوامل الأخرى التي تتأثر بها، كالعوارض التي تصيب الانسان إما في عقله أو تمييزه، فيصير على الرغم من بلوغه أهلية التكليف فاقتا لها أو ناقصها فيحجر عليه.

كما تتأثر أيضا ببعض الموانع التي تمنع الانسان البالغ من مباشرة شؤونه كحالة الغياب والفقدان، لذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، يختص الفرع الأول بتعريف الأهلية وأطوارها، بينما يهتم الفرع الثاني ببيان عوارض وموانع الأهلية

الفرع الأول: تعريف الأهلية وأطوارها

يتم أولا عرض تعريف الأهلية لغة واصطلاحا، ثم ثانيا بيان أطوارها فيما يلي:

أولا: تعريف الأهلية: الأهلية في اللغة: «أهل الرجل: عشيرته، وذو قرياته... وأهل الأمر: وُلّاته... وأهل كذا: مستوجب، للواحد وللجميع، وأهل ذلك تأهيدا، وأهله: رآه له أهلا، واستأهله: استجوبه»⁽¹⁾، «أهله إهالا: زوجه، وفلانا للأمر: صيّر أهلا له، أو رآه أهلا له ومستحقا، والأهلية: مؤنث الأهل، والأهلية للأمر: الصلاحية له»⁽²⁾.

(1) _ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 89، 90.

(2) _ مجمع اللغة العربية، الإدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 31.

فيتبين أن المعنى اللغوي للأهلية هو: الاستحقاق للأمر، والصلاحية له.

وأما اصطلاحاً فالأهلية في الفقه القانوني هي: «صلاح الشخص⁽¹⁾ لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية»⁽²⁾. وهذا هو مقتضى الأهلية الكاملة، والمعروف أيضاً في الفقه الإسلامي، والذي يقوم على نوعي الأهلية، فاتضح من خلال التعريف أن الفقه يقسم الأهلية إلى نوعين: الأول وهو صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ويعرف بأهلية الوجوب، أما الثاني وهو صلاحية الشخص لمباشرة تلك الحقوق والالتزامات ويسمى بأهلية الأداء⁽³⁾. ويبحث علماء أصول الفقه الأهلية من ثلاث نواح: العقائد، العبادات والمعاملات⁽⁴⁾.

وأما عن التعريف القانوني للأهلية، فقد عرّفها القانون المدني في المادة 40: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة»⁽⁵⁾.

فيتبين أن المشرع عرف الأهلية بصلاحية الشخص لمباشرة حقوقه، أي الشخص الذي تثبت لديه أهلية الأداء، ذلك لأنها المعتبرة للاعتداد قانوناً وشرعاً بكل التصرفات المشروعة، لأنه بالضرورة تتوفر فيه أهلية الوجوب.

(1) _ أن الشخص المقصود بالدراسة هو الشخص الطبيعي أي الإنسان، لأن القانون يعترف بالأهلية للشخص الطبيعي والمعنوي معاً، كما تقضي به المادة 50 من القانون المدني: «يتمتع الشخص للاعتباري بجمع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقرها القانون.

يكون لها خصوصاً: ... أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرها القانون...» (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

(2) _ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 152. وحول نفس المعنى راجع: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج 1، ص 314. العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني، مرجع سابق، ج 1، ص 372.

(3) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 7، ص 151. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 261. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 116، 117. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج 1، ص 266.

(4) _ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، مرجع سابق، ص 48. أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 781، ص 783.

(5) _ (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

ومعنى ذلك أن الأهلية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمراحل وتدرج النمو العقلي للشخص، ابتداءً بأهلية الوجوب والتي مناطها الشخصية القانونية⁽¹⁾، التي تثبت لكل إنسان بولادته حياً، بل تتحقق أهلية الوجوب قبل ذلك للجنين في بطن أمه شريطة أن يولد حياً، لكنه لا يكون أهلاً إلا لثبوت بعض الحقوق له دون الالتزامات كحقه في الإرث والنسب، ولذلك تسمى بأهلية وجوب ناقصة. ثم تصبح كاملة بمجرد ولادته حياً كالصغير غير المميز ومثله المجنون فبالإضافة إلى ثبوت مجموعة من الحقوق له تترتب في ذمته بعضاً من الالتزامات كالتزامه بالتعويض إذا أحدث ضرراً بالغير. بينما صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه، فتعني قدرته لإبرام مختلف التصرفات القانونية من بيع وشراء وضمأن وهبة وغيرها، أي قدرته على التعبير عن إرادته تعبيراً منجزاً لكافة آثاره القانونية وتسمى بأهلية الأداء الكاملة، وهي لا تثبت للشخص إلا إذا كان قادراً على التمييز بين ما ينفعه وما يضره⁽²⁾، على أنها يمكن أن تكون ناقصة هي الأخرى في الشخص الذي لا يملك القيام بكل تلك التصرفات بل له أن يباشر جزءاً منها فقط، كالصبي المميز الذي يملك قبول هبة كما سيأتي تفصيله.

فأساس الأهلية إذن هو التمييز، بوجوده توجد الأهلية الكاملة وبانعدامه تنعدم وبنقصانه تنقص، وهو ما يشكل أطواراً للأهلية، وكل طور يتعلق بدرجة تمييز الشخص وله أحكاماً خاصة ذات آثار قانونية وشرعية، لذلك جعلها القانون من النظام العام طبقاً للمادة 45 من القانون المدني: «ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها». وقد تعرض المشرع الجزائري لأحكام الأهلية موزعة بين القانون المدني وقانون الأسرة كما سيتم بيانه، من خلال بحث أطوار الأهلية.

(1) _ وهو ما قرره المادة 25 من القانون المدني بموجب فقرتها الأولى: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته". (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(2) _ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، (نظرية القانون، نظرية الحق)، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص149، 150. أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص784 وما بعدها. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص117 وما بعدها، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص266 وما بعدها. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص154 وما بعدها.

ثانيا: أطوار الأهلية: تتأثر الأهلية بأطوار السن ودرجة تمييز الشخص، فتكون كاملة أو ناقصة أو منعدمة، مما ينتج عنه تغيير في الحكم القانوني للتصرفات التي يقوم بها ذلك الشخص، ولذلك يتم بيان أطوار الأهلية أولا، ثم ثانيا حكم التصرف في كل طور كما يلي:

1- بيان أطوار الأهلية: يقسم الفقهاء الأهلية لثلاثة أطوار كمايلي⁽¹⁾:

الطور الأول: ويمثل طور الجنين في بطن أمه، فليس له إلا أهلية وجوب ناقصة، فتثبت له بعض الحقوق كالميراث بشرط ولادته حيا، وهذا الحكم متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾، وهو ما قضى به القانون المدني بموجب المادة 25 في فقرتها الثانية: «على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا»⁽³⁾.

الطور الثاني: يبدأ من الولادة وينتهي عند بلوغ سن التمييز، وسن التمييز، محددة في في القانون المدني الجزائري بالمادة 42، وهي سن الثلاثة عشر، ويعتبر الشخص خلال هذه الفترة فاقد ومنعدم للأهلية.

الطور الثالث: يبدأ من بلوغ الشخص سن التمييز، دون بلوغه سن التاسعة عشر سنة كاملة حسب ما حددته المادة 43 من القانون المدني والذي اعتبرته ناقص الأهلية، ويسمى بالصبي المميز.

وأما الطور الرابع: فيمثل بلوغ الشخص سن الرشد القانونية والمتمثلة في سن 19 سنة كاملة حسب المادة 40 من القانون المدني، فإذا بلغها الشخص دون أن تصيب أهليته عارض أو مانع فيكون راشدا كامل الأهلية⁽⁴⁾.

(1) _ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص149، 150. أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص784 وما بعدها. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص117 وما بعدها، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص266 وما بعدها. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص154 وما بعدها.

(2) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج8، ص172.

(3) _ (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(4) _ انظر المواد 40، 42، 43، من القانون المدني (الأمر رقم 75-58 والقانون 05-10)، مرجع سابق.

• وسن الرشد هنا خاص بالقانون المدني لأنه في التشريع الجزائري الأهلية المدنية والأهلية الجنائية غير موحدة، إذ

2- حكم التصرفات حسب أطوار الأهلية: وأما عن حكم التصرف الصادر عن الشخص فيختلف من طور لآخر حسب الوصف القانوني للأهلية⁽¹⁾، كما قد يتغير حكمه مرة أخرى إذا ما تم تغيير الوصف الأصلي لأهلية الشخص وذلك عندما تمنح الأهلية الكاملة للصبي المميز والذي كان ناقصها، سواء في جزء تلك التصرفات أو كلها وهو ما يعرف بترشيده القاصر، وسيتم التفصيل في كل ذلك فيما يلي:

أ/تصرفات نافعة نفعاً محضاً: وهي الأعمال التي تعود على صاحبها بالمنفعة المحضة وتحقق له الاغتناء، لأنه يتحصل على فائدة دون أن يقدم بدلها مقابل، كقبول هبة أو أن يتنازل له عن دين، وحسب المادة 83 من قانون الأسرة والتي تقضي بـ: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له...»⁽²⁾، فإنه ولتثبت أهلية تلك التصرفات للشخص يشترط فيه التمييز، ولذلك يقال أن له أهلية الاغتناء، فتتعدد صحيحة وتنفذ، مثلها مثل التصرفات الصادرة عن البالغ سن الرشد⁽³⁾، فلا تطبق عليه بذلك مفاعيل النيابة الشرعية.

حددت سن الرشد الجنائية بـ 18 سنة كاملة طبقاً للمادة 49 من قانون العقوبات الأمر رقم 156.66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات (جريدة رسمية عدد 49، مؤرخة 11 يونيو 1966 المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها تعديل القانون رقم 20-06 المؤرخ في 28 أبريل 2020، (جريدة رسمية عدد 25، مؤرخة في 29 أبريل 2020). والمادة 49 عدلت بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014 (جريدة رسمية عدد 7، مؤرخة في 16 فبراير 2014). فكان على المشرع توحيد سن الرشد بالنسبة للقانونين، لكنه لم يفعل بالرغم من النداءات الفقهية في هذا الخصوص نظراً للإشكالات القانونية والعملية الناتجة عن عدم الانسجام والتوافق بين النصوص، وعلى عكس ذلك فقد استجاب المشرع لتلك النداءات وعدّل سن الزواج ووحدها مع سن الرشد المدني وذلك بالنسبة للرجل والمرأة على السواء، بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 بمادته السابعة لأنه قبل ذلك، كان سن زواج الرجل بلوغه الواحد والعشرين وسن زواج المرأة بلوغها الثمانية عشر.

(1) _ كما قسمت العقود من حيث الأهلية إلى أربعة أقسام: عقود اغتناء كالهبة، عقود إدارة والتي ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة للمؤجر، عقود تصرف والتي ترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع، وعقود التبرع وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص268.

(2) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ص22، 21. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص154. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص115.

ب/تصرفات ضارة ضررا محضا: وهي تلك التي تسبب لصاحبها افتقارا لأنه يقوم بها دون مقابل كالتبرع، وأهلية هذه التصرفات لا تثبت إلا لكامل الأهلية، وتسمى بأهلية الافتقار، حتى يكون لمن أراد الإقبال عليها، مدركا تماما لنتائج تصرفاته.

ج/تصرفات دائرة بين النفع والضرر: وهي تلك الأعمال التي يأخذ فيها كل من طرفي العقد مقابلا لما يعطي كالبيع والإيجار فتحتمل الربح والخسارة، وهي تنقسم إلى نوعين: أعمال التصرف وأعمال الإدارة، فالأولى تقتضي تقرير حق عيني للغير كما في البيع والرهن والهبة، وأما الثانية فتقتضي استغلال الشيء دون المساس بأصله كالإيجار، وطبقا للمادة 101 من القانون المدني، فإذا قام المميز بهذه الأعمال تقع قابلة للإبطال لمصلحته⁽¹⁾، لكن وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المادة 83 قررت حكما مغايرا لمثل تلك الأعمال إذا باشرها الصبي المميز، وهو أن جعلتها تتوقف على إجازة الولي أو الوصي كما يلي: «...وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء»⁽²⁾.

والحكيمين مختلفين، ذلك أن القابلية للإبطال لصالح ناقص الأهلية، تجعل من تصرفه صحيحا منجزا لآثاره لكنه يبقى مهددا بالإبطال، وإلا يظل كذلك حتى تثبت صحته نهائيا بتقادم طلب الإبطال أو بإجازته⁽³⁾، أما حكم قانون الأسرة فيجعل من التصرف صحيحا إنما غير نافذ، أي لا يرتب آثاره إلا بعد إجازته، والإجازة هنا تكون من نائبه الشرعي، دون أن يمنح للصبي المميز بعد بلوغه حق الإجازة، وبالتالي عند بلوغ هذا الأخير، يبقى تصرفه دون حكم، إذا لم يسبق لنائبه الشرعي إجازته أو رده، خاصة وأن المشرع لم يحدد مدة معينة لتلك الإجازة، وهو ما يهدد استقرار المعاملات ويخلق مشاكل عملية كثيرة، فالأولى تعديل النص ومحاولة التوفيق بين الحكيمين⁽⁴⁾.

(1) _ انظر المادة 101. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص154.

(2) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ وإلا يبطل التصرف إذا تمسك القاصر بعد بلوغه بذلك، فمن المفروض تترتب آثار البطلان بإعادة العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، غير أنه في حالة ناقص الأهلية فإنه لا يرد للعاقد الآخر إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة. انظر المادة 103 من القانون المدني.

(4) _ وهذا الاختلاف في الأحكام راجع إلى كون مصدر قواعد قانون الأسرة هو الشريعة الإسلامية، بينما يستند القانون

د/حكم تصرفات القاصر المرشد: أخذ المشرع الجزائري بموضوع ترشيد القاصر، وسنّ بعض أحكامه ضمن نصوص قانونية متفرقة، منها ما جاء ضمن قانون الأسرة في المادة 7 تحت مسمى الترخيص بالزواج، وأيضا المادة 84 تحت مسمى الإذن بالتصرف، ومنها ما جاء ضمن القانون التجاري في المادتين 5 و6 أين استعمل المصطلحين: القاصر المرشد والقاصر المرخص له.

وباستقراء تلك النصوص القانونية يتبين وأنه يقصد بالترشيد: هو ذلك الإجراء القضائي الذي يهدف إلى منح القاصر الأهلية الكاملة، فيصبح قادرا على التصرف ويرفع بذلك عنه مفاعيل النيابة الشرعية⁽¹⁾، كما يدخل ضمن هذا المعنى القاصر العامل، إلا أنه يعتبر ترشيدا قانونيا⁽²⁾ سمح به نص المادة 15 من قانون العمل، ونظرا لاختلاف آثار كل نوع من أنواع الترشيد، فقد فضلنا التفصيل في بحثها فيما يلي:

د/1- الترخيص بالزواج⁽³⁾: نظمه نص المادة 07⁽⁴⁾ من قانون الأسرة، فبعدما حددت أهلية الزواج بسن 19 سنة موحدة بذلك سن الرشد الأسري والمدني مسابرة للمادة 40 من القانون المدني، قضت بأنه يمكن للقاضي الترخيص والإذن لمن لم يبلغ تلك السن بالزواج (الرجل والمرأة على السواء)، وللمشرع في ذلك دوافع تتمثل في مصلحة القاصر التي قد تقتضي زواجه قبل بلوغه السن المؤهلة لذلك، فيشكل الزواج حصنا له من الوقوع في الزنا والمحرمات، كما يحقق له الاستقرار النفسي والصحة البيولوجية⁽⁵⁾.

المدني الجزائري في أغلب أحكامه للقانون الفرنسي. محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص25، 26، 27.

¹ _ Corinne Renault-Brahinsky, Droit des personnes et de la famille, Mémentos LMD, 7^e édition, Gualino éditeur, 2007, p267,268.

⁽²⁾ _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص288.

⁽³⁾ _ راجع الملحق رقم 01.

⁽⁴⁾ _ ويقابله نص المادة 20 من مدونة الأسرة التي منحت الترخيص بالزواج للقاصر الذي لم يبلغ أهلية الزواج، والتي حددتها المادة 19 من المدونة بثمان عشرة سنة، والملاحظ أن كلا النصين الوطني والمغربي لم يحددا حدا أدنى لسن القاصر المراد الترخيص له بالزواج.

⁽⁵⁾ _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص120-121.

ومن أجل ذلك قيّد النص أعلاه منح هذا الترخيص بعد التأكد من أنه تستوجب الضرورة أو المصلحة، وأنه تتوفر لدى القاصر القدرة اللازمة لتحمل أعباء الحياة الزوجية. وفي هذا المقام نتساءل عن مصلحة الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز من تزويجه؟ فالنص القانوني لم يشترط أن يكون القاصر مميزا ولم يضع حدا للسن الأدنى التي تسمح بمنح الترخيص، تاركا الأمر لسلطة تقدير القاضي⁽¹⁾ التي لا يقيدتها في ذلك سوى معياري الضرورة أو المصلحة والقدرة.

ولعلّ السبب في ذلك هو أن للزواج خصوصيات واعتبارات نفسية، دينية، صحية، واجتماعية، فلا يحكمه عامل السن فقط، كما هو الشأن في تزويج المجانين والصغار الذي يجد تطبيقات في الشرع الإسلامي وهو ما سنفصل فيه في حينه.

ويكسب هذا الترخيص القاصر الذي يمنح له بموجب أمر ولأئي، سواء من رئيس المحكمة أو من قاضي شؤون الأسرة، ويكون غير قابل لأي طعن، أهلية إبرام عقد الزواج مثله مثل الشخص البالغ، فلا تسري عليه مفاعيل النيابة الشرعية في هذا الزواج وآثاره من حقوق والتزامات كالنفقة على الزوجة والأولاد والنسب وغيرها، وكذا التقاضي فيها، وهي بذلك أهلية ضيقة ومحدودة لأنها لا تتعداها إلى الحقوق الأخرى التي يبقى فيها ناقص أهلية ليست له القدرة على مباشرتها⁽²⁾.

د/2- الإذن للقاصر بالتصرف في أمواله: وهو ما نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة

بقولها: «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على

(1) _ وسّع قانون الإجراءات المدنية والإدارية من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، فكفّره بحماية مصالح القصر بموجب المادة 424 وغيرها من هذا القانون الذي أسند هذا الدور الجديد للقاضي خاصة في مجال النيابة الشرعية من ولاية (على النفس والمال) ووصاية وتقديم وكفالة، التي وضع لها نصوصا إجرائية تفعل نصوصها الموضوعية بقانون الأسرة والتي لم يكن لها مثيل قبل صدور هذا القانون. عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 340. وهو ما سيتم التفصيل فيه في حينه عند بحث دور القضاء في الرقابة على النيابة الشرعية.

(2) _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص121، 122، 123. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة-مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014)-، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2014، ص34.

طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك»⁽¹⁾.

وانطلاقاً من استقراء هذا النص، فإن هذا النوع من الترشيد موقوف على شرط بلوغ القاصر سن التمييز⁽²⁾، ومعنى ذلك أن القاصر غير المميز لا يمكن ترشيده، وهو عين الصواب لأن الترشيد يتطلب قدراً من الإدراك والعقل وهو ما لا يتحقق عند الصبي غير المميز، بل وبالرغم من ذلك فإن الصبي المميز الذي بلغ ثلاث عشرة سنة لا يكون قد اكتسب الخبرة الكافية لترشيده. كما قد يشكل الترشيد عليه خطراً لأنه ينقله من مرحلة التمييز التي وجدت من أجل اكسابه الخبرة وتكوين لديه المقومات اللازمة للتصرف بأمواله إلى مرحلة الرشد مباشرة، مما يجعله عرضة لنفسه بسوء تصرفه وطيشه أو عرضة للغير فيستولون على أمواله، ولذلك اقترح واستحسن البعض توحيد سن الترشيد في هذا المقام بالسنة المحددة للترشيح التجاري وهي ثمانية عشر سنة⁽³⁾.

إلا أننا نحبذ ونستحسن ما أخذ به المشرع المغربي، الذي سلك نهج الفقه الإسلامي في إتباع طريقة اختبار الصبي بالإذن له في بعض أمواله قبل ترشيده وهو ما قضت به المادة 226 من مدونة الأسرة المغربية محددة شروط هذا الاختبار ببلوغ الصبي سن التمييز، وأن يكون الإذن وارداً على جزء فقط من أمواله⁽⁴⁾، وذلك قصد اختباره والنظر في رشده وحسن

(1) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ وسن التمييز حسب القانون المدني هو ثلاث عشرة سنة بموجب المادة 42، بينما حدده التشريع المغربي بموجب المادة 214 من مدونة الأسرة باثنتي عشرة سنة، إلا أن الترشيد لا يكون محله إلا القاصر البالغ ست عشرة سنة، كما سنوضحه أعلاه.

(3) _ سناء شيخ «الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيه»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014، ص 259، 260.

(4) _ ونصها كالتالي: «يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءاً من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار. يصدر الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناءً على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر.

يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائياً إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها.

يعتبر المحجور كامل الأهلية فيما أذن له وفي النفاضي فيه». (القانون 03-70)، مرجع سابق.

تدبيره وتأهيله، وهذا كله نجده في قوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَيْنَمَنَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسَمُ مِنَّمِمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (سورة النساء، الآية: 6)، التي تحت على اختبار اليتامى، حتى إذا بلغوا وتبين منهم الصلاح والحفظ لأموالهم، فتدفع إليهم ويرفع عنهم الحجر⁽¹⁾.

فبعد ايناس الرشد من الصبي المميز المختبر، والذي جعله المشرع المغربي شرطا في ترشيد القاصر البالغ السادسة عشرة سنة، أمكن ترشيده بموجب المادة 218 من المدونة المغربية، والذي يمنحه على أساس ذلك الأهلية الكاملة في إدارة أمواله والتصرف فيها، أي رتب على الترشيذ نفس آثار الرشد⁽²⁾.

فهذه الطريقة أضمن للقاصر المرشد حسب اعتقادنا، إذ تسمح بتدريبه وإعداده لتسلم أمواله، فيكون في بداية نضجه الذي يحقق له الحماية من نفسه وغيره على أساس سابق الخبرة التي اكتسبها في فترة الاختبار، خاصة وأن المشرع الجزائري أعطى للقاضي إمكانية تسليم القاصر كل أمواله بموجب المادة 84 أعلاه.

ويمنح القاضي الترخيص للقاصر بالتصرف في جزء من ماله أو في ماله كله حسب سلطة تقديره، ويكون هذا المنح بموجب أمر ولائي بناء على طلب ممن له مصلحة كالصبي المميز أو نائبه الشرعي أو حتى الغير المتعامل معه حسب مقتضيات المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: «يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا»⁽³⁾.

وإذا رأى القاضي أن القاصر لا يحسن التصرف في أمواله، وحماية له مكنت المادة 84 من قانون الأسرة هذا الأخير من إلغاء الترشيذ أو الإذن بعد منحه وذلك عكس الترخيص

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج1، ص419.

(2) ملكة الغنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، الطبعة الأولى، دار الآفاق للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2010، ص101، 103.

(3) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

بالزواج⁽¹⁾، والذي يكون على الأغلب بنفس إجراءات منحه وبناء على طلب كل من له مصلحة كنيابته الشرعي أو النيابة العامة⁽²⁾.

وأما عن آثار هذا الترشيح فإن المادة 84 لم تنظمها، مما أثار بعض الجدل الفقهي الوطني والمغربي حول مدى هذا الترشيح⁽³⁾، فهل يمنح للمرشد الأهلية الكاملة فيصبح مثله مثل الراشد، يفتح له الباب لمباشرة كل التصرفات القانونية، ويضع حدا نهائيا لمفاعيل النيابة الشرعية؟ أم أنه يمنح له الأهلية الكاملة المحدودة فتكون له مكنة التصرف فيما رشد فيه فقط، وبالتالي يبقى خاضعا للنيابة الشرعية في باقي التصرفات الأخرى غير المرشد فيها؟

وتتم الإجابة على هذا التساؤل بقولنا أنه ترشيح محدود، فلا يمنح الأهلية إلا الضيقة والمقيّدة، ولا ينفي النيابة الشرعية بصفة نهائية إلا في حدود ما ورد في الترخيص أو الإذن، وما يدعم هذا القول ما يلي:

أن المشرع الجزائري أخذ بنوعين من الترشيح، الإذن الجزئي والمتعلق بجزء من المال، والإذن الكلي المتعلق بكل المال، فهذا دليل على إمكانية تجزئة الأهلية، وهو ما نجد له مستندا في الشرع الإسلامي، فأجمع الفقهاء على إمكانية تجزئة الإذن وبالتالي الأهلية، فإذا منح الصبي مثلا إذنا بالتجارة فيصبح بمنزلة الحر البالغ لكن إلا فيما يدخل تحت الإذن، فليس له مثلا تزويج ممتلكاته لأنه ليس من التجارات⁽⁴⁾، لكن ذهب الحنفية أنه إذا أذن للصبي في نوع معين من التجارة دون الأنواع الأخرى، فإنه يصير كالبالغ الحر في كل التجارات⁽⁵⁾، بينما ذهب الشافعية والحنابلة وبعض المالكية وزفر من الحنفية إلى إجازة الإذن بنوع واحد فقط من التجارة،

(1) _ الغوتي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 200.

(2) _ لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 296، محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 283.

(3) _ راجع الغوتي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 200، أين أخذ باحتمالين لآثار الترشيح، أما لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 296 أخذ باحتمال الأهلية الضيقة في حدود الترخيص، وبخصوص التشريع المغربي راجع مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها.

(4) _ الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج 2، ص 90.

(5) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 10، ص 137. الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج 2، ص 87.

فيكون الصبي أهلا بذلك النوع المأذون فيه دون أن يتعداه إلى غيره، وبذلك قد يكون الإذن في الشريعة الإسلامية عاما بالنسبة للتصرف والوقت والمكان، كما قد يكون خاصا أيضا⁽¹⁾.

ولذلك نستند لما ذهب إليه الجمهور بتضييق الأهلية في حدود الإذن الممنوح، ونعتقد أنه مقصد المشرع الجزائري، فلو كان غيره لما كان سنّ أنواع التراخيص الأخرى، ولما خصّ كل نوع بشروطه وآثاره كما فعل في الترخيص بالزواج أو في الترخيص والترشيد التجاري كما يأتي بيانه فيما يلي:

د/3-الترشيد التجاري: نظمت أحكامه وشروطه المادتين 5 و6 من القانون التجاري، فالأصل أنه لاكتساب صفة التاجر، يجب أن تتوفر أهلية الاتجار في الشخص وأهلية ممارسة التجارة لم يحددها القانون التجاري، فتطبق القواعد العامة والمتمثلة في المادة 40 من القانون المدني والتي حددت سن مباشرة الحقوق هي 19 سنة واستثناء أجازت المادة 5 أعلاه للقاصر البالغ 18 سنة اكتساب صفة التاجر ومزاولة التجارة عن طريق الترشيد التجاري بشروط معينة: وهي أن يحصل القاصر عن إذن من الأب أو الأم أو من مجلس العائلة⁽²⁾ في حالة انعدام الأب أو إذا كان غائبا أو سقطت عنه الولاية، بعد أن تصادق عليه المحكمة.

(1) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج2، ص378.

(2) _ لم يأخذ المشرع الجزائري بهيكل المجلس العائلي ضمن نصوص قانون الأسرة عامة ولا ضمن نصوص كتاب النيابة الشرعية، إلا أن الغوتي بن ملحّة يقول أن له تطبيقات ميدانية(مرجع سابق، ص204)، إلا وأنه وباستقراءنا لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم نجد له وجودا ضمن القسم الرابع منه في إجراءات الولاية من الفصل الأول في قسم شؤون الأسرة، ويعتقد أن المشرع أخذ هذا الاصطلاح من القانون الفرنسي، والمنظم بموجب المواد من 398 إلى 402 من القانون المدني، كما نجد له وجودا في القانون المغربي بموجب المادتين 82 و251 من مدونة الأسرة المغربية، فنصت المادة 251 بفقرتها الثانية على: «يحدث مجلس للعائلة تناط به مهمة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي»، (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق. وبالفعل صدر مرسوم رقم 2.04.88 الصادر في 14 يونيو 2004 بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه (جريدة رسمية عدد 5223، مؤرخة في 21 يونيو 2004)، أما القانون الفرنسي فيأخذ بهذه المؤسسة على سبيل الإلزام إذا كان الهدف منها حماية القصر: <http://protection-des-personnes.ooreka.fr> تم الاطلاع على الموقع بتاريخ: 12 جوان 2020 على الساعة: 21:30. ولهذه المؤسسة وظائف أخرى في القانون الفرنسي تتمثل في مساهمته في تعيين الولي، تحديد شروط رعاية وتربية القاصر كما يحدد أيضا مصاريف الولاية...-Corinne Renault Brahinsky, Ibid, p288

وهذا الإذن يمكن أن يكون مقيداً بممارسة أعمال معينة دون غيرها كما يمكن أن يكون مطلقاً، وهكذا يكتسب القاصر المرشد صفة التاجر وله أهلية الاتجار والنقاضي في حدود الإذن الممنوح له وهذا إذا كانت الأموال منقولة. أما العقارية فحددت شروطها المادة 06 من القانون التجاري، إذ سمحت للقاصر أن يرتب عليه أي التزام أو رهن، لكن بعد إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة ببيع أموال القاصر⁽¹⁾.

د/4-القاصر العامل في التشريع الجزائري: حدد المشرع أهلية مزاوله العمل بست عشرة سنة بموجب المادة 15 من القانون المتعلق بعلاقات العمل⁽²⁾، ومنع توظيف قاصر أقل من تلك السن إلا ما يدخل في إطار عقود التمهين⁽³⁾، وجعلها أهلية مقيدة برخصة الولي، وبذلك فالقاصر البالغ تلك السن يمكنه قانوناً إبرام عقد العمل ومباشرة كافة الحقوق والالتزامات المترتبة عنه دون الخضوع في ذلك كله للنيابة الشرعية، إلا أنه يبقى ناقص أهلية لمباشرة باقي الحقوق غير المتعلقة بعمله طبقاً للأهلية المطلوبة بموجب المادة 40 من القانون المدني.

(1) _ نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص137، 138. انظر المادتين 5 و6 من القانون التجاري الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 (جريدة رسمية عدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975) المعدل والمتمم حسب التعديل الأخير بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، (جريدة رسمية عدد 71، مؤرخة في 30 ديسمبر 2015).

(2) _ ونصها: «لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة (16) سنة إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين التي تعد وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي. كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تتعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو تمس بأخلاقه». قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 (جريدة رسمية عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها التعديل الذي جاء به قانون المالية لسنة 2018 رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017 (جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 28 ديسمبر 2017).

(3) _ عقد التمهين هو ذلك العقد محدد المدة، يتعلق بتكوين يد عاملة مؤهلة، يمضي من قبل ثلاث أطراف وهم: المستخدم والمتمهن والمؤسسة العمومية للتكوين المهني، هدفه الأساسي اكساب المتمهن تأهيلاً مهنيًا أولياً في منصب التمهين ويسمح بممارسة مهنة معينة، فهو عامل أساسي لتكوين المورد البشري وتطوير الأهداف التربوية والاجتماعية والاقتصادية للمجتمع ويساهم في الإدماج المهني للشباب. المواد 2، 6 من القانون رقم 18-10 المؤرخ في 10 يونيو 2018 الذي يحدد القواعد المطبقة في مجال التمهين (جريدة رسمية عدد 35 المؤرخة في 13 يونيو 2018) ص 7، 8.

ويرجع السبب في تخفيض سن الأهلية في العمل كونه مرتبط بالحقوق الاقتصادية للشخص، كما أن له طبيعة قانونية خاصة، لأنه يتعلق بالاعتبار الشخصي، ثم إن المشرع راعى القدرة العقلية والجسمية والصحية للعامل فاستقر على سن السادسة عشرة التي يرى أنها تحقق كل تلك الاعتبارات⁽¹⁾. كما سهر على حمايته بمنعه من العمل في كل الأشغال التي تهدد صحته أو أخلاقه أو كل تلك التي تشكل خطرا عليه بموجب نص المادة 15 أعلاه.

وخلاصة القول: أن الإذن والترشيد بالأشكال السابقة يرشد القاصر وينهي عنه مفاعيل النيابة الشرعية جزئيا أو كلياً حسب حدود هذا الإذن أو الترشيد، كما لا تسري على القاصر المميز تلك المفاعيل بالنسبة لتصرفاته النافعة نفعاً محضاً، ويعتبر مثله مثل الشخص الرشيد في ممارستها، فهو مرشد قانوناً في ذلك. على أنه وجب القول: وبالرغم من بلوغ الشخص سن الرشد إلا أن ذلك يكون غير كاف في بعض الحالات ليكتسب القدرة على مباشرة مختلف التصرفات، فيبقى خاضعاً لأحكام النيابة الشرعية، وتتمثل تلك الحالات في إصابة أهليته بأحد العوارض، أو منعه بعض الظروف من ممارسة حقوقه والتزاماته، وهو ما فصل فيه من خلال الفرع الموالي:

الفرع الثاني: عوارض الأهلية وموانعها

يبحث هذا الفرع أولاً في عوارض الأهلية ثم ثانياً في موانعها كما يلي:

أولاً: عوارض الأهلية: يتم التطرق لتعريف هذه العوارض أولاً، ثم تبين آثارها ثانياً:

1- **تعريف عوارض الأهلية⁽²⁾:** العوارض لغة: جمع عارضة أو عارض: العارض والعرض: الآفة تعرض في الشيء، والعرض ما عرض للإنسان من أمر يحبس⁽³⁾.

وأما اصطلاحاً: فالعوارض تتمثل في كل الأمور التي من شأنها التأثير في تغيير الأحكام

(1) مهدي بخدة، «الحماية القانونية للعامل القاصر في التشريع الجزائري»، مجلة القانون، العدد4، تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي غليزان، ديسمبر 2014، ص45، 50، 52.

(2) غني عن البيان أن تلك العوارض تؤثر على أهلية الأداء فقط دون أهلية الوجوب، لأن أهلية الوجوب تثبت كاملة للشخص الطبيعي بمجرد ولادته حياً، فهي مرتبطة بالشخصية القانونية -كما سبق بيانه- فلا يؤثر فيها إلا الموت.

(3) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج7، ص169.

التي تتعلق بالأهلية⁽¹⁾، وسميت بالعوارض لأنها ليست من الصفات الذاتية للإنسان، بل هي أمور تعترض أهليته فتزيلها كلها أو بعضها أو تحدث تغيير في بعض أحكامها⁽²⁾.

وتنقسم هذه العوارض عند علماء أصول الفقه إلى نوعين: عوارض سماوية والتي يقصد بها: تلك التي أصابت الإنسان دون اختياره، ولم يتدخل لاكتسابها وتتمثل في الجنون، العته، النوم، الإغماء، المرض، الحيض، الصغر، النفاس، الرق، الموت، والنسيان. وأما النوع الثاني فيتمثل في العوارض المكتسبة والتي تعني: كل العوارض التي للإنسان فيها اختيار ودخل وذلك إما باكتسابها أو ترك إزالتها وهي: الجهل، السكر، السفه، الإفلاس⁽³⁾، الخطأ، السفر، الإكراه والهزل⁽⁴⁾.

إلا أننا لا نتناول بالدراسة من تلك العوارض إلا ما تضمنه قانون الأسرة وأخضع المصاب بها لمفاعيل النيابة الشرعية، ثم إن أكثر تلك العوارض عند الفقهاء تتعلق بالأمور العقائدية والعبادات دون المعاملات كالسفر والحيض وغيرها، ولذلك تستبعد من البحث، بالإضافة إلى أن الصغر لا يعتبر من العوارض بل هو طور من أطوار عمر الإنسان وسبق التفصيل فيه في موضعه.

وعوارض الأهلية حسب قانون الأسرة محددة بموجب نص المادة 101 منه بقولها: «من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه»⁽⁵⁾، فهذه العوارض هي: الجنون، العته، والسفه. وقد ساوى النص بين ما إذا بلغ الشخص وبه تلك العوارض، أو طرأت عليه بعد بلوغه. واكتفى المشرع الوطني بتعداد تلك العوارض دون تعريفها تاركاً الأمر للفقهاء لأنه عادة يكون من اختصاصه، على أنه عرّفها

(1) _ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 89.

(2) _ السيد عبد الصمد محمد يوسف، عوارض الأهلية وآثارها في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016، ص 53، 51.

(3) _ ويقول في الإفلاس صاحب المدخل الفقهي العام أن الفقهاء لم يذكروه ضمن العوارض إلا أنه في الوقت الحديث أفتي باعتباره كذلك، أحمد الزرقا، مرجع سابق، ج 2، ص 833.

(4) _ هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 127. أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 833. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 7، ص 167. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 90. السيد عبد الصمد محمد يوسف، مرجع سابق، ص 52.

(5) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

المشروع المغربي في مدونة الأسرة المغربية⁽¹⁾.

وقد عدّ أيضا القانون المدني عوارض الأهلية في المواد 42 و43⁽²⁾ وبين أثر كل عارض في تغيير أهلية المصاب، وكذا أثره على حكم تصرفاته - وهو ما سيأتي بيانه بعد حين عند بحث آثار عوارض الأهلية-، غير أنه أضاف عارضا، لم ينص عليه قانون الأسرة والمتمثل في الغفلة بموجب المادة 43 واعتبرته ناقص أهلية وهذا يخلق تساؤلات وإشكالات علمية وعملية، أهمها إجراءات الحجر وتوقيعه، إذ حصرت المادة 101 عوارض الأهلية التي توجب توقيع الحجر دون عارض الغفلة. ثم إن المادة 79 من القانون المدني أحالت على قانون الأسرة لتطبيق قواعد الأهلية المنصوص عليها على القصر وغيرهم من عديمي وناقصي الأهلية. فالأولى بالمشروع إضافة العارض في المادة 101 وكذلك المادتين 81 و85 المتعلقتين بقواعد الأهلية من قانون الأسرة وقد كانت له فرصة التعديل بموجب تعديل 2005 لكنه لم يفعل على الرغم من نداءات بعض شراح القانون⁽³⁾.

فعوارض الأهلية التي يتناولها البحث هي الجنون والعتة والسفه والغفلة، ويتم تعريفها فيما يلي:

أ/الجنون: Démence: «هو حالة مرضية تصيب الشخص فتفقده القدرة والإدراك على تمييز العمل النافع من العمل الضار»⁽⁴⁾ كما يعرف أيضا: «اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان، وحكمه أنه سواء أكان مطبقا (مستمرًا) أم غير مطبق (متقطع) معدم للأهلية حال وجوده...»⁽⁵⁾.

(1) _ انظر المواد 215، 216 من مدونة الأسرة المغربية.

(2) _ نص المادتين 42، 43 على التوالي: «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة»، «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون». (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(3) _ راجع محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص55، 56. عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، د.ط، موفم للشر، الجزائر، 2016، ص47.

(4) _ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص154.

(5) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص127، 128.

من خلال التعريفين يتضح أن الجنون يعدم الإدراك والأهلية تماما، كما أنه ينقسم إلى قسمين اثنين: جنون مستمر وجنون متقطع، هذا الأخير يقتضي أنه في فترة الإفاقة تكون تصرفات المصاب صحيحة. إلا أن المشرع لم يأخذ به، معتبرا المجنون دائم الجنون على خلاف المشرع المغربي سنّه ونظم أحكامه⁽¹⁾ اقتداء بالفقهاء الإسلامي⁽²⁾.

ب/العتة Imbécilité: «وهو ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، يصير به المعتوه مختلط الكلام، فيشبهه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين، ويتميز المعتوه عن المجنون بالهدوء في أوضاعه فلا يضرب، ولا يشتم كالمجنون، فالمعتوه إذا هو من كان عليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير»⁽³⁾.

فالعته اذن يفقد التمييز لكنه لا يفقد العقل تماما كالمجنون.

ج/السفه Prodigalité: «فهو خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخلاف موجب

(1) _ بموجب المادة 217 من مدونة الأسرة المغربية: «...يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.
إن هذا التمييز بين حالة الجنون المطبق والجنون المتقطع يؤثر على تصرفات المجنون، فإذا قام بالتصرف في حالة الجنون كانت باطلة وإذا تصرف في حالة الإفاقة كان تصرفه صحيحا، إلا أنه في الواقع العملي يصعب التمييز بين الحالتين، ويؤدي إلى فتح باب النزاع والخلاف في صحة التصرف من عدمه مما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، خاصة وأن تصرفات المجنون لا تكون باطلة إلا إذا تم الحجر عليه، وهذا ما أقره الفقه المغربي الذي اجتهد لإيجاد الآراء المختلفة. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ج2، ص35، ص40 وما بعدها.
إلا أننا نجد تطبيقا لمفهوم الجنون المتقطع في التشريع الجزائري بموجب القانون رقم 91-10 يتعلق بالأوقاف الجزائرية، المؤرخ في 27 أبريل 1991 (جريدة رسمية عدد21، مؤرخة في 8 ماي 1991)، ص690 في المادة 31 منه: «لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير، إما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمايم عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية». وتم تعديل هذا القانون بعدة تعديلات آخرها التعديل الصادر بموجب القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 (جريدة رسمية عدد 83، مؤرخة في 15 ديسمبر 2002).

(2) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص127، 128. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج16، ص101. أحمد إبراهيم بك، وأصل علاء الدين، مرجع سابق، ص95. عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص44.

(3) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص128، وحول نفس المعنى جاء في الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج16، ص99.

العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة، والمراد به هنا ما يقابل الرشد: وهو تبذير المال وإنفاقه في غير حكمه»⁽¹⁾، وهذا المفهوم عند جمهور الفقهاء، بينما الراجح عند الشافعية فهو التبذير في المال والفساد فيه وفي الدين ما»⁽²⁾.

فيتبين وأن السفه لا يفقد التمييز والإدراك والعقل، إنما يجعل الشخص لا يحسن التدبير في ماله.

د/ **الغفلة Insouciance**: ويقصد بها «وقوع الشخص بسهولة في غبن بسبب سلامة نيته وطيب قلبه وكثيرا ما يخطئ إذا تصرف»⁽³⁾.

إلا أن هذا التعريف غير مستساغ فقد عرف الغافل بسليم النية وطيب القلب، لأن الأصل والفطرة يفترضان أن يكون الإنسان كذلك، فلا يعتبر مغفلا إلا إذا زادت طبيئته الحد المعقول واستعملت في غير موضعها كأن يصبح لا ينتبه للأسعار والحساب والخسارة والريح. فهذه هي عوارض الأهلية، التي إذا طرأت إحداها على الشخص غيرت حالته بالتأثير على أهليته وعلى حكم تصرفاته، وهو ما نتناوله فيما يلي:

2-آثار عوارض الأهلية: إذا طرأت إحدى العوارض السابقة على الشخص البالغ، فإنها تؤثر في أهليته: إما تنقصها أو تعدمها، فتحد بذلك من تصرفاته القانونية، بل وقد يمنع من مباشرة بعضها حسب الحالة وذلك بالحجر عليه واخضاعه لمفاعيل النيابة الشرعية، ويفصل في هذا المقام في أثر عوارض الأهلية على أحكامها وعلى تغير حكم التصرفات القانونية، بينما تؤول دراسة الحجر للمطلب الثاني.

فباستقراء النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الأهلية والمتمثلة في المادتين 42،43 من القانون المدني وكذا المادة 83 من قانون الأسرة يمكن تدوين الملاحظات التالية:

حددت المادة 42 من القانون المدني العوارض التي تعدم الأهلية في الجنون والعتة فيكون

(1) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص129.

(2) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج25، ص48.

(3) _ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص155.

بذلك المشرع الوطني مخالفا لأحكام الفقه الإسلامي⁽¹⁾، الذي يعد العته من العوارض المنقصة للأهلية، فحكم البالغ المعتوه كحكم الصبي العاقل خاصة عند الحنفية⁽²⁾، وعلى هذا النهج سار المشرع المغربي بموجب المادة 213 من مدونة الأسرة المغربية⁽³⁾.

ثم إن المادة 43 حددت العوارض التي تنقص الأهلية في السفه والغفلة، بينما نجد المادة 85 من قانون الأسرة تقضي بما يلي: «تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه»⁽⁴⁾، فاعتبرت تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة، وجمعت حكم السفه مع المجنون والمعتوه اللذين حسب المادة 42 يعتبران من فئة عديمي الأهلية. فيفهم أن قانون الأسرة يعتبر السفه عديم الأهلية على خلاف ما يقضي به القانون المدني، مما سبب إشكالات قانونية، علمية وعملية لما لتأثير الأهلية على التصرفات القانونية حسب أحكام المادتين 82، 83 قانون الأسرة⁽⁵⁾ كمايلي: من توافرت فيه الأهلية الكاملة، كان أهلا لمباشرة جميع التصرفات القانونية وإبرام كل أقسام العقود من عقود الاغتناء وعقود الإدارة وعقود التصرف وعقود التبرع، أما ناقص الأهلية فلا يستطيع إلا مباشرة جزء من هذه العقود كعقود الاغتناء ولا يستطيع وحده مباشرة العقود الدائرة بين النفع والضرر إلا بإجازة وليه، ولا يستطيع أصلا مباشرة عقود التبرع، أما من كانت أهليته معدومة، فلا يستطيع مباشرة

(1) _ قبل تعديل نص المادة 43 من القانون المدني كان التشريع الجزائري موافقا لحكم الفقه الإسلامي في اعتبار العته منقضا للأهلية إلا أنه وبموجب تعديلها بالقانون رقم 05-10 تم استبدال مصطلح المعتوه بذئ الغفلة الذي يعد ناقص أهلية وأبقى على مصطلح المعتوه في المادة 42 وتعتبره عديم الأهلية.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص90. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص94، 95. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص94.

(3) _ ونصها: «يعتبر ناقص أهلية الأداء: 1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد

2- السفه

3- المعتوه». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(4) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

(5) _ ونص المادة 82 يقضي: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"، كما نذكر بنص المادة 83 فيما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء». (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

أي قسم من هذه العقود⁽¹⁾ والحال كذلك فإنه يطرح التساؤل عن أثر عارض السفه، هل هو منقص للأهلية طبقاً للقانون المدني وبالتالي يكون للمصاب به القدرة على مباشرة بعض التصرفات القانونية وإبرام بعض العقود، أم أنه معدم للأهلية حسب قانون الأسرة فلا يستطيع مباشرة أي من التصرفات والعقود؟ وإذا تصرف، هل نعتبرها باطلة لانعدام أهليته أم قابلة للإبطال لمصلحته كناقص الأهلية، أم صحيحة إذا كانت عقود اغتناء، أم موقوفة كما نصت عليه المادة 85 من قانون الأسرة؟

فالظاهر جلياً أن نصوص قانون الأسرة تتعارض مع نصوص القانون المدني الخاصة بعوارض الأهلية وأثرها على التصرفات القانونية، والذي لقي استهجاناً من الفقه القانوني الذي طالب بتعديل النصوص القانونية⁽²⁾ وهو ما ندعمه، فالأولى بالمشروع الجزائري تعديل أحكام قانون الأسرة بما يتماشى والقانون المدني بدءاً بتعديل حكم تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر، وتوحيده في القانونين (قانون الأسرة والقانون المدني) فإما أن تكون تصرفاته قابلة للإبطال وإما موقوفة، كما أن عليه تدارك الأمر بالنسبة للسفيه واعتباره ناقص الأهلية عوض عديمها مسايرة للقانون المدني والفقه الإسلامي، مع النص صراحة على ذي الغفلة مع السفيه وتوحيد الحكم فيهما باعتبارهما ناقصي الأهلية يستوجب الحجر عليهما كما هو الأمر عند جمهور الفقهاء ما عدا عند أبي حنيفة⁽³⁾.

ثانياً: موانع الأهلية: يتم التعريف بموانع الأهلية أولاً، ثم يتم التفصيل في أقسامها ثانياً.

1-تعريف موانع الأهلية: المانع في اللغة: يقال مانعه الشيء مما نعه أي اعترض وتعسر، والمانع ما يحول بين الشخص وبين الشيء الذي يريده⁽⁴⁾.

(1) _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج1، ص268.

(2) _ راجع: لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص294، 295، 296، 297. فضيل العيش، مرجع سابق، ص81، 82، 83. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص158. محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص69 وما بعدها. عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص47.

(3) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص97. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص131. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص159.

(4) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج8، ص343، 344.

وأما اصطلاحاً: فتتمثل في وجود بعض الظروف التي تحيط بالشخص فتؤثر على قدرته في مباشرة مختلف التصرفات القانونية، وسميت بموانع الأهلية لأنها تمنع الشخص من القيام بتصرفاته رغم اكتمال أهليته ورشده⁽¹⁾.

فالفارق بين عوارض الأهلية وموانعها هي أن الأولى تمس بعقل وتدبير الشخص، بينما الثانية يكون فيها الشخص كامل الإرادة والتمييز سليم التدبير، انما تحيط به ظروف تمنعه من التمتع بأهليته.

2- أقسام موانع الأهلية: يمكن تقسيم موانع الأهلية إلى أربع أقسام كما يلي: مانع مادي، مانع طبيعي وموانع قانوني⁽²⁾، بالإضافة إلى المانع الاتفاقي⁽³⁾، حسب التفصيل التالي:

أ/ المانع المادي: ويتمثل في حالة غياب الشخص أو فقدانه، فيصبح غير قادر بالرغم من كمال أهليته على تولي أموره بنفسه، مما يستلزم التصدي لهذه الحالة بوضع الحلول اللازمة، وهو ما سعى إليه المشرع الجزائري من خلال سنه للمنظومة القانونية والمتمثلة في نصوص قانون الأسرة⁽⁴⁾ وبعض القوانين الخاصة والاستثنائية لمواجهة بعض الظروف الطارئة التي تسببت في حالات الغياب والفقدان، وهي: الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، والقانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003، وأخيراً الأمر رقم 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم

(1) _ أسامة أبو الحسن مجاهد، مبادئ القانون، دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة، د.ط، دون دار النشر، 2017-2018، ص 195. وحول نفس المعنى: بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 70. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 156. عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 39.

(2) _ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 195 وما بعدها، محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 156 وما بعدها. بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 70 وما بعدها.

(3) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 39.

(4) _ أحوال القانون المدني في تنظيم حالة الغياب والفقدان لقانون الأسرة بموجب المادة 31 منه والتي تقضي ب: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي"، (الأمر رقم 75-85)، مرجع سابق. فنظّمها قانون الأسرة ضمن كتاب النيابة الشرعية بالفصل السادس منه بالمواد من 109 إلى 115.

والمصالحة الوطنية والذي يتضمن إجراءات خاصة بمفقودي المأساة الوطنية⁽¹⁾.

فمن هو إذن الشخص الغائب أو الشخص المفقود، وهل هناك فرق بينهما؟، وما هي آثار ثبوت إحدى الحالتين؟

وتتم الإجابة على هذه التساؤلات انطلاقاً مما أخذ به المشرع من أحكام، مع محاولة تأصيلها لما هو مقرر شرعاً، فيما يلي:

عرفت المادة 110 من قانون الأسرة الغائب بقولها: «الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود»⁽²⁾. وأما المفقود فعرفته المادة 109 بقولها: «المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم»⁽³⁾، وبتحليل النصين يتبين:

- أن الغائب هو الشخص الذي يكون في إحدى الحالتين: إما لا يعرف له موطن، أو له محل موطن خارج موطنه الجزائر. وفي كلتا الحالتين لا يستطيع العودة لموطنه وتولي أموره بنفسه أو حتى بواسطة وكيل عنه، وذلك مدة سنة كاملة فأكثر، محدثاً بذلك ضرراً للغير⁽⁴⁾، فظاهر النص أن الغائب حياته مؤكدة⁽⁵⁾، كما أنه لا يعتبر غائباً إذا ترك وكيلاً عنه، أو لم يسبب غيابه ضرراً لأحد، ذلك أن المقصود بالغياب ليس الغياب المادي للشخص فحسب، بل

(1) _ الأمر رقم 03-02 المؤرخ في 25 فبراير 2002 (جريدة رسمية عدد 15، المؤرخة في 28 فبراير 2002)، القانون رقم 06-03 المؤرخ في 14 يونيو 2003 (جريدة رسمية عدد 37، المؤرخة في 15 يونيو 2003)، الأمر رقم 01-06 المؤرخ في 27 فبراير 2006 (جريدة رسمية عدد 11، المؤرخة في 28 فبراير 2006).

(2) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق. ويلاحظ على هذا النص أنه سقط عنه مصطلح "وكيل"، ويستشف ذلك من خلال مقارنته مع النص باللغة الفرنسية الذي جاء كما يلي:

Article 110 : «est assimilé au disparu, l'absent empêché durant une année par des raisons de force majeure de rentrer à son domicile ou de reprendre la gestion de ses affaires par lui-même ou par l'intermédiaire d'un mandataire et dont l'absence cause des dommages à autrui».

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ ويقصد بالغير كل من تضررت مصلحته المعترف بها قانوناً بسبب غيابه، كمتحقي النفقة من أصول أو زوجة أو فروع، أو جماعة الدائنين الذين ينتظرون سداد ديونهم، أو شركائه في شركة أو غيرها،... إلخ. لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 329.

(5) _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 90. عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 88.

غياب من يقوم مقامه في تولي أموره كالوكيل⁽¹⁾.

بينما المفقود، فعرفه المشرع بالغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، مما يجعل احتمال موته أغلب، وعند هذا الحد يتضح جليا الفرق بين حالة الفقد والغياب في أن الفقد أوسع من الغياب، فيمكن أن يكون كل مفقود غائب، لكن ليس كل غائب مفقود⁽²⁾.

بيد أنه يظهر كذلك من المادة 110 أن المشرع ساوى بين الغائب والمفقود من خلال قولها: "يعتبر كالمفقود"، مما فتح باب النقد عليه، لأن ذلك ليس صحيحا كما رأينا، فيصح بذلك قول بعض الشراح بأن المشرع لم يتعرض لحالة الغياب إلا في حالة الغائب المفقود⁽³⁾.

ولعله يكون قصد المشرع هو التسوية بينهما عند تثبيت عليهما حالة الغياب أو الفقد، بضرورة تعيين نائبا شرعيا عنهما يتولى شؤونهما، فعلى الرغم من اختلاف ظروفهما إلا أنهما يخضعان لنظام قانوني واحد ألا وهو النيابة الشرعية، ومع ذلك فيتوجب على المشرع تعديل النص القانوني ليكون سليما وذلك بحذف عبارة "يعتبر كالمفقود" وتعويضها بعبارة "يحكم القاضي بغيابه ويعين عنه مقدما بنفس الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 111 أدناه". وهو ما نادى به أغلب الباحثين مقترحين تعديلات مفصلة للنص أعلاه⁽⁴⁾.

وهذا المفهوم العام للمفقود الذي حددته قواعد قانون الأسرة، بقي عليه التشريع في تحديده للمفقود بموجب القواعد الخاصة التي شرعت لمواجهة حالات الفيضانات والزلازل وضحايا المأساة الوطنية والمتمثلة في القوانين المذكورة أعلاه، والتي اعتبرت الشخص مفقودا، إذا جهل حياته أو موته، وجعل مكانه أيضا، إلا أنها أضافت شرطين اثنين اقتضتتهما حالات الطوارئ التي سنت من أجلها وهما: كون الشخص المفقود موجودا في مكان وزمان وقوع تلك الحالات، على أن القانون المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية يشترط بكون الشخص فقد أثناء

(1) _ ياسين علال، «أحكام المفقود في قانون الأسرة، دراسة مقارنة»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، 2018، ص42.

(2) _ عبد الفتاح تقي، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص86. ياسين علال، مرجع سابق، ص41.

(3) _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص90.

(4) _ راجع: محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص90. ياسين علال، مرجع سابق، ص43.

الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية، ثم أن لا يعثر على جثته بعد التحري عنها بكل الطرق القانونية بناء على معاينة فقدان تعدد الشرطة القضائية، وينجم عن ذلك صدور حكم بالوفاة مباشرة دون اشتراط صدور حكم بالفقدان كما هو الحال بقانون الأسرة⁽¹⁾.

واستند المشرع الجزائري في تحديده لهذا المفهوم العام للمفقود⁽²⁾. إلى الفقه المالكي، الذي يشترط لاعتبار حالة الفقد، الجهل بالحياة أو الموت، والجهل بالمكان. وهو ما يفهم من خلال تعريفهم للمفقود في قولهم: «المفقود الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان فيه قد أضل أهله وامامه في الأرض لا يدري أين هو وقد تلوמו لطلبه والمسئلة عنه فلم يوجد فذلك المفقود...»⁽³⁾. وعرفوه أيضا بقولهم: «الذي لم يعلم له موضع ولا حياة»⁽⁴⁾، في حين خالفهم جل الفقهاء، في اعتبار الشخص مفقودا بتوفر شرطا واحدا فقط وهو الجهل بحياته أو موته دون اشتراط الجهل بمكانه، فعرفه الحنفية كما لي: «فالمفقود اسم لشخص غائب عن بلده، ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت»⁽⁵⁾، ثم عرفه الشافعية كالتالي: «أن يكون منقطع الأخبار مجهول

(1) _ فنصت المادة 2 من الأمر 02-03 المتعلق بمفقودي الفيضانات على ما يلي: «بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001: 1- يصرح متوفى، بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية...»، وبنفس الأسلوب نصت المادة 2 من القانون رقم 03-06 المتعلق بمفقودي زلزال 21 ماي 2003، مع توظيف عبارة: «كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال»، بينما جاء في الأمر رقم 01-06 المتعلق بالمأساة الوطنية في مادته 27 ما يلي: «يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بفقدانه في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية...»، ثم نصت المادة 30 منه على: «يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى».

(2) _ بينما لم يضع المشرع المغربي تعريفا للمفقود ضمن نصوص مدونة الأسرة المغربية، كما لم ينظم أحكامه ضمن كتاب النيابة الشرعية، بل تطرق له في الكتاب السادس الخاص بالميراث بموجب المادتين 326، 327 بمجموعة من الإجراءات كالحكم بفقدان الشخص والحكم بموته، والأمر سيان بالنسبة للغائب فلم يعرفه بل تعرض له بمناسبة طلاق المرأة بسبب الغيبة في المواد من 103 إلى 105.

(3) _ أبي عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري المدني، المدونة الكبرى، د.ط، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الجزء الخامس، د.ت، ص 133.

(4) _ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، مع تقارير سيدي الشيخ محمد عليش، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الرابع، د.ت، ص 487.

(5) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 8، ص 313.

الحياة فحكمه على اختلاف أحواله، ...، فهو في هذه الأحوال كلها مفقود»⁽¹⁾.

فيتضح جليا من هذه التعاريف أن الفقهاء أخذوا بالمعنى اللغوي للغائب في اعتباره الشخص الذي يكون متصل الأخبار معلوم الحياة، وبالتالي فكل مفقود عندهم غائب وليس العكس⁽²⁾. وهكذا تحدد مفهوم الغائب والمفقود في التشريع الوطني وتبين الفرق بينهما، إلا أن المشرع وبموجب المادة 109 أعلاه لا يثبت صفة المفقود وبالضرورة صفة الغائب -مادام المشرع ساوى بينهما بموجب المادة 110 كما سبق بيانه- على الشخص الذي تحققت فيه شروط اعتباره كذلك إلا بموجب حكم قضائي، وبالتالي فلا أثر لواقعة الغياب أو الفقد إلا برفع دعوى اثبات الفقدان والتي تكون أحكامها واحدة بالنسبة للواقعتين من حيث الإجراءات ومن حيث آثار الحكم بها⁽³⁾.

وإن رفع دعوى اثبات الفقدان يتطلب شروط موضوعية وأخرى شكلية، فالموضوعية تتمثل في تحقق القاضي من توفر جملة شروط الحكم بالفقدان على أساس المادتين 109 و110 والتي تثبت حالة الغياب والفقد، وأما بالنسبة للشروط الشكلية، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينظم هذه الدعوى بإجراءات خاصة ولذلك فهي تخضع للإجراءات العامة لرفع الدعاوى مع بعض الاختلافات التي تقتضيها الحالة الخاصة للغائب والمفقود، فيختص قسم شؤون الأسرة بنظر هذه الدعوى طبقا للمادة 5/423 لدى المحكمة المختصة إقليميا حسب المادة 37 وهي محكمة موطن المدعى عليه، وبما أن المدعى عليه غائبا أو مفقودا فقد لا يعرف له موطن، فتكون محكمة آخر موطن له هي المختصة⁽⁴⁾، كما يمكن أن يتخذ موطن ممثل الغائب أو

(1) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج11، ص316.

(2) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج31، ص321. وقد قسم الفقهاء حالات الغياب والفقد، ماعدا الحنفية والشافعية فالمفقود عندهم واحدا، (الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج38، ص267)، وفصلوا في أحكامهما حسب كل حالة، موزعة في كتبهم دون أن يخصصوا لها فصلا، إلا ما وجدته عند الشافعية.

(3) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص96. فضيل العيش، مرجع سابق، ص91. ياسين علال، مرجع سابق، ص56.

(4) _ إذ تنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على مايلي: «ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية: .../5 الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم». وأما المادة

المفقود كميّار لتحديد الاختصاص الإقليمي وذلك بالاعتماد على نص المادة 38 من القانون المدني⁽¹⁾، وترفع هذه الدعوى بناء على طلب أحد الورثة أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة طبقا للمادة 114 من قانون الأسرة⁽²⁾. إلا أنه ونظرا لخصوصية دعوى اثبات فقدان بسبب كون المدعى عليه يعتريه مانع الغياب والفقد وبالتالي لا يمكنه مباشرة هذه الدعوى، خاصة وأن القانون لم يبين صفة المدعى عليه فيها، فجرت التطبيقات القضائية على إمكانية كون النيابة العامة هي المدعى عليها، ويعتبر تطبيقا للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة⁽³⁾. التي جعلت من النيابة طرفا أصليا يمكن أن ترفع عليها الدعوى، ثم في حالة نشوء بعض الإشكالات القانونية كأن تكون النيابة العامة هي المدعية في دعوى اثبات فقدان، فإنه يمكن العمل بالمادة 38 من القانون المدني، التي تتيح للمدعي طلب تعيين وكيل قضائي عن المفقود فيمثله في

37 فنصها كالاتي: «يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له...». (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(1) _ حسب فقرتها الأولى التي تقضي بأنه: «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا». (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(2) _ ويقصد بالورثة: كل الأشخاص الذين يسحقون نصيبا من التركة، وذلك بسبب من أسباب الإرث والتي تحصر في التشريع الجزائري في الزوجية والقرابة. العربي بلحاج، **أحكام الموارث، في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد-وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا**، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص 94، 95. وأما من له مصلحة: فهو كل من يجني فائدة معترف بها ومحمية قانونا، والمصلحة شرط من شروط رفع دعاوى حسب المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. عبد السلام نيب، مرجع سابق، ص 66. أما النيابة العامة فتستند في حقها لرفع الدعوى هنا إلى نص خاص منحها الصفة في ذلك وهو نص المادة 114 من قانون الأسرة كما هو الحال أيضا في دعوى الحجر طبقا للمادة 102 بالرغم من أنها لا تدعي بحق ذاتي لها. ثم أضافت المادة 3 مكرر دورا آخر لها بأن جعلتها طرفا أصليا في جميع القضايا المتعلقة بمنازعات الأسرة، وهذا طرح إشكالات حول طبيعة دورها -وهو ما سنفصل فيه حينه-، وفي جميع الأحوال فإن النيابة العامة لا تستهدف مصلحة أحد الطرفين بل تهدف لتطبيق القانون الذي يهدف دائما إلى تحقيق المصلحة العامة. عمر زودة، «طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر 02.05)»، **مجلة المحكمة العليا**، العدد 02، 2005، ص 33، 35، 43.

(3) _ فصلنا في دور النيابة العامة في قانون الأسرة استنادا لنص المادة 3 مكرر، عند بحث دورها في الرقابة القضائية على النيابة الشرعية.

إجراءات هذه الدعوى⁽¹⁾. وأخيرا وحتى تقبل هذه الدعوى شكلا، يجب رفعها بعد مرور مدة السنة الكاملة على حالة الغياب أو الفقد تطبيقا لنص المادة 110⁽²⁾.

وهكذا يصدر الحكم بالفقدان، والذي اختلف الباحثين حول طبيعته، فذهب بعضهم⁽³⁾ لاعتباره حكما منشئا لحالة جديدة وهي الفقد استنادا للمادة 109 حين قضت بأنه: «...ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم»⁽⁴⁾. بينما يرى البعض الآخر بأنه حكما كاشفا على اعتبار أنه يتعلق بإثبات وقائع مادية حدثت فعلا قبل الحكم⁽⁵⁾. إلا أننا ندعم القول الأول بكونه حكما منشئا، ذلك وإن كان الحكم بالفقد يرتكز على وقائع حدثت فعلا، إلا أن تلك الوقائع لا يكون لها وجودا قانونيا ولا ترتب أي أثر سواء بالنسبة للشخص الغائب أو المفقود، أو بالنسبة للغير إلا منذ تاريخ الحكم بالفقد. والذي يترتب عليه آثار عديدة⁽⁶⁾، إلا أن ما يهمننا منها ما قضت به المادة 111 من قانون الأسرة بقولها: «على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون»⁽⁷⁾، وهي تتعلق بالنيابة الشرعية لأنها أمرت القاضي بتعيين مقدما بنفس حكم اثبات الفقدان، سواء من أحد أقاربه أو غيرهم، فالأمر متروك لسلطة تقدير القاضي على أساس الأصلح الذي تتوفر فيه الشروط المؤهلة لممارسة المهام

(1) _ طحطاح علال، «ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري»، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثالث، سبتمبر 2018، ص 30. ياسين علال، مرجع سابق، ص 63، 64.

(2) _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 91.

(3) _ ياسين علال، مرجع سابق، ص 68.

(4) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

(5) _ طحطاح علال، مرجع سابق، ص 40.

(6) _ يترتب على الحكم بالفقدان آثار عديدة نظمها كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، إلا أن الحديث فيها يخرج عن اطار النيابة الشرعية، فهي تتعلق بالرابطة الزوجية للمفقود، إذ ينقرر لزوجته حق طلب التطبيق للغيبة طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة بالفقرة الخامسة، وهو ما أقرته المادة 112 من نفس القانون كما تتعلق كذلك بميراثه فسن له قانون الأسرة بعض الأحكام بموجب المادتين 115 و 133 اللتين تقرران: أن المفقود يعتبر كالحق في الميراث، فيرث إذا كان وارثا، كما لا تقسم أمواله ولا تتوارث لغيره، وأخيرا تتعلق تلك الآثار أيضا بحالته، إذ أصبح ممكنا الحكم بموته وفق شروط معينة نفصل في بعضها حين بحث انتهاء النيابة الشرعية.

(7) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

النيابية. أما إذا كان الشخص المحكوم بفقده كان قد عين من قبل وكيلا عنه، فيقوم القاضي حينئذ بثنبيته بعد التأكد من تلك الشروط وإلا يعزله ويعين آخر بدله⁽¹⁾، فإذا ثبت الوكيل يتحول من وكيل تحكمه قواعد النيابة الاتفاقية إلى مقدم تحكمه قواعد النيابة الشرعية⁽²⁾، التي تهدف للحفاظ على أموال المفقود، فبعد حصرها من قبل القاضي يسلمها للمقدم الذي يسيروها ويديرها بما فيه الأصلح، كما يتسلم ما دخل في ذمة المفقود من أموال سواء من تركة أو تبرع، وغيرها من المهام النيابة الجلية والتي يفصل فيها حين بحث سلطات النائب الشرعي.

ب/ **المانع الطبيعي:** ويتمثل في الحالة التي أوردناها سلفا والمتمثلة فيما نصت عليه المادة 80 من القانون المدني عندما يصاب الشخص بعاهتين مجتمعتين من أصل ثلاثة وهي الصم والبكم والعمى ويتعذر معه التعبير عن إرادته، فيعين له مساعدا قضائيا لمعاونته ومساعدته، وهو ما يعرف بالمساعدة القضائية والذي يختلف عن نظام النيابة الشرعية، إلا أن هذه الحالة مصنفة ضمن موانع الأهلية كونها عبارة عن ظروف خارجية تحيط بكامل الأهلية فتجعله غير قادر على التمتع بأهليته كما يجب، لكن لا تسري عليها قواعد النيابة الشرعية ولذلك تم استبعادها من مجال الدراسة.

ج/ **المانع القانوني:** ويتمثل في الحالات التي يكون المنع من التمتع بالأهلية الكاملة للشخص بموجب القانون وهو ما نصت عليه المادة 78 من القانون المدني بقولها: «كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون»⁽³⁾، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- المحكوم عليه بعقوبة جنائية، وكعقوبة تكميلية يفرضها عليه القانون أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، حرمانه من مباشرة حقوقه المالية وهو ما يسمى بالحجر القانوني⁽⁴⁾ وذلك تطبيقا

(1) فضيل العيش، مرجع سابق، ص92، ياسين علل، مرجع سابق، ص79.

(2) محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص90.

(3) (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(4) الفرق بين الحجر القانوني والحجر القضائي، هو أن الأول يكون بحكم القانون، بينما الثاني يكون بحكم القضاء على المجنون والمعتوه والسفيه تطبيقا لنص المادة 101 من قانون الأسرة، إلا أن نص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات يحيل إلى تطبيق أحكام الحجر القضائي فيما يخص إدارة أموال المحكوم عليه.

للمادتين 9، 9 مكرر من قانون العقوبات⁽¹⁾، وهو ما قضت به المحكمة العليا عندما قررت: «من المقرر قانوناً أن المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفاً للقانون»⁽²⁾. وبذلك تعين المحكمة مقدماً على المحكوم عليه بهذه العقوبة لإدارة أمواله طيلة فترة العقوبة، كما تؤكد التطبيقات القضائية⁽³⁾، فإذا انتهت العقوبة انتهى معها الحجر، ويسترجع أهليته للتعاقد، أما قبل ذلك فتكون تصرفاته المالية باطلة، فيما عدا الوصية والوقف⁽⁴⁾، إلا أن قانون الأسرة لم ينظم هذه الحالة بصفة خاصة ضمن أحكام النيابة الشرعية، فلا فصل فيها أكثر مما تناولناه في هذا المقام، خاصة وأن المقدم المعين لإدارة أموال المحكوم عليه بالحجر القانوني يخضع لنفس أحكام المقدم المعين بالحجر القضائي⁽⁵⁾، وهو ما سيتم التفصيل فيه بعد حين.

ثم هناك فئة من الأشخاص الممنوعين قانوناً من مباشرة بعض التصرفات والأعمال القانونية: كمنع القانون رجال القضاء وأعاونهم من شراء الحقوق المتنازع فيها متى كانت معروضة للنظر داخل اختصاص المحاكم التي يباشرون أعمالهم فيها طبقاً للمادتين 402، 403 من القانون المدني وهذا المنع بسبب صفتهم ووظيفتهم وليس بسبب أهليتهم، مراعاة

(1) _ المادة 9 عدلت، بينما المادة 9 مكرر أضيفت بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات (جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في 24 ديسمبر 2006).

(2) _ قرار رقم 43476، الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 29 جوان 1986. جمال سايس، مرجع سابق، ج2، ص680.

(3) _ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2011 عن الغرفة المدنية تحت رقم: 731298 والذي قضى بـ: «يجب تعيين مقدم لإدارة أموال المحجور عليه قانوناً أثناء تنفيذ العقوبة الجنائية المحكوم بها عليه، لا يعين المحضر القضائي مقدماً على المحجور عليه قانوناً إلا إذا أثبت انعدام القريب». مجلة المحكمة العليا، العدد 02، السنة 2012، ص145 وما بعدها.

(4) _ العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص379، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص159، 160، محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص157، أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص197، 198.

(5) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص51.

للمصالح العامة والخاصة، وغيرها من الحالات التي حددها القانون بنصوص متفرقة⁽¹⁾، غير أن هذا المنع لا يترتب عليه تعيين نائب يقوم بها نيابة عن الممنوعين وبالتالي، فهو خارج عن بساط البحث، والأمر سيان بالنسبة للتاجر المفلس أو المدين المعسر، فبمجرد إعلان الإفلاس، يمنع عليه من التصرف في أمواله، إلا أن سبب المنع هنا هو من أجل مصلحة الغير وهم جماعة الدائنين دون أن يصل هذا المنع إلى التصرفات المالية الأخرى إذا لم تكن ضارة بهم، كما أن وكيل التفليسة يمثل المدين وجماعة الدائنين في نفس الوقت⁽²⁾، وكل ذلك أحكام خارجة عن قواعد النيابة الشرعية.

د/ المانع الاتفاقي: فيكون سبب المنع من التصرف هو الاتفاق بين الأشخاص، كالهبة المشروطة بعدم التصرف لوقت معين⁽³⁾، أو بتحقيق شيء معين، وغيرها من الأمثلة التي تخضع للإرادة الحرة، ولا دخل في ذلك لأحكام النيابة الشرعية.

ونخلص في الأخير إلى: - أن مجال النيابة الشرعية المقصودة من هذه الدراسة يتحدد بتحديد المولى عليهم طبقاً لقانون الأسرة والخاضعين لأحكام النيابة الشرعية وهم: الصغير المميز وغير المميز، البالغ المجنون، أو المعتوه، أو السفیه أو ذي الغفلة، بالإضافة إلى الغائب والمفقود، أما باقي الأشخاص، كالمحكوم عليه بجناية، أو المدين المفلس أو الفضولي أو ذو العاهتين، ... الخ. فغير معنيين بهذا البحث لعدم تحقق فيهم قواعد النيابة الشرعية.

- أن النيابة الشرعية شرّعت لحماية وتحقيق مصالح الصغار، وغيرهم ممن أصابتهم إحدى عوارض أو موانع الأهلية، إلا أنه ولتنفيذ تلك الحماية على المصابين بإحدى تلك العوارض أو الموانع، وجب الحجر عليهم قضائياً، وهو ما يختص ببحثه المطلب الموالي.

(1) - منها: منع القانون على النائب والسامسة من شراء المال المعهود إليهم ببيعه أو تقويمه طبقاً للمادتين 410، 411 من القانون المدني، بالإضافة إلى الأموال الممنوعة من التصرف بها على كل شخص وإن كملت أهليته، وهذا المنع سببه طبيعة تلك الأموال التي تكون خارجة عن التعامل بها. راجع: محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 159.

(2) - سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 398، 458.

(3) - عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 39.

المطلب الثاني: أحكام الحجر

الأصل في الشخص البالغ سن الرشد، أن يكون كامل الأهلية لإبرام مختلف التصرفات القانونية، إلا أنه إذا أصابه عارض أو مانع على النحو المبين أعلاه، أصبح ناقص أو عديم الأهلية، فوجب منعه من التصرف لمصلحته ولا يتحقق ذلك إلا بطريق الحجر، مما استدعى الأمر بحثه من خلال هذا المطلب بتقسيمه إلى فرعين أساسيين: الفرع الأول يخصص للتعريف بالحجر وبيان نطاقه، أما الفرع الثاني فيُعنى بدراسة إجراءاته وآثاره.

الفرع الأول: تعريف الحجر ونطاقه

يتناول هذا الفرع أولاً تعريف الحجر لغة واصطلاحاً، وثانياً بيان نطاقه كما يلي:

أولاً: تعريف الحجر لغة واصطلاحاً: الحجر في اللغة: الحَجْرُ: الصخرة...
والحَجْرُ والحِجْرُ والحُجْرُ والمَحْجُرُ: كل ذلك الحرام... وفي الحديث: الولد للفراش وللعاهر

الحَجْرُ: أي الخيبة: يعني أن الولد لصاحب الفراش من السيد أو الزوج، وللزاني في الخيبة والحرمان.

وفي التنزيل يقولون حجراً محجوراً أي حراماً محرماً... وأصل الحُجْر في اللغة ما حَجَرْت عليه أي منعته أن يوصل إليه... وكذلك حجر الحكام على الأيتام: منعهم... والحجْر، ساكن مصدر حجر عليه القاضي، يحجر حجراً إذا منعه من التصرف في ماله⁽¹⁾

فالحجر في اللغة من المنع والتضييق، وسمي العقل حجراً، كما في قوله تعالى: ﴿ هَلْ فِي

ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾ (سورة الفجر: الآية 5)، لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح⁽²⁾.

وأما الحجر في الاصطلاح القانوني، فإن المشرع الجزائري لم يضع له تعريفاً، مكتفياً بذكر أحكامه في الفصل الخامس من كتاب النيابة الشرعية ضمن قانون الأسرة في المواد من 101 إلى 108. فباستقراء المادة 101 والتي عددت أسباب الحجر وقضت على كل شخص تحققت

(1) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 4 ص 165، 166، 167.

(2) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج 6، ص 593. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 17، ص 84.

فيه بالحجر عليه وهي: الجنون والعتة والسفه، وباستقراء المادة 40 من القانون المدني أيضا والتي قررت بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بكامل قواه العقلية، ولم يحجر عليه يحق له مباشرة حقوقه المدنية، فنجد وبمفهوم المخالفة اذن: أن الذي حجر عليه يمنع من التصرف، وبذلك يكون المشرع أخذ بالمفهوم اللغوي للحجر.

ويظهر أيضا من تلك النصوص أن الحجر مبني على أسبابه، والمتمثلة أساسا في عوارض الأهلية، حسب المادة 101 وهذه الدراسة تتناول تلك الأسباب وفقا لما جاء في النص مضافا إليها عارض الغفلة وحكم من أصابه من حكم السفه تأسيسا على قواعد القانون المدني كما سيأتي شرحه بعد حين، كما أن تلك الأسباب لا تثبت إلا بموجب حكم قضائي. ماعدا الصغير فهو معتبر طبقا لنصوص قانون الأسرة من المحجورين لذاتهم فلا يحتاج لحكم لإثباته⁽¹⁾. وهو أيضا ما سار عليه المشرع المغربي، ويطلق عليه الحجر الحكمي⁽²⁾.

ويجد هذا المفهوم القانوني مستندا ضمن أحكام الشرع الإسلامي، فالأصل في الحجر عند الفقهاء قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ۝ وَأَبْنُوا الَّتِي بَلَغُوا الْحُلُمَ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (سورة النساء: الآيتين 5، 6)، وفي قوله أيضا: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوًا فَمِلْ لَهُ بِإِذْنِ اللَّهِ بِالْعَدْلِ﴾ (سورة البقرة: الآية 282).

وقد جاء في تفسير الآيتين 5 و6 من سورة النساء: أن الله تعالى ينهى عن تمكين السفهاء من التصرف في الأموال، ومن هنا أخذ الحجر وجاءت كلمة السفهاء كناية عن أسباب الحجر وأصناف المحجورين، وأما عن اليتامى «وَأَبْنُوا» أي اختبروهم، «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» يعني الحلم والبلوغ «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» أي إن وجدتم صلاحا في دينهم وحفظا

(1) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص92.

(2) _ عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص19.

لأموالهم، فكفوا عنهم الحجر⁽¹⁾.

وبذلك تتجلى حكمة الله تعالى في تشريع الحجر، حماية لأموال الضعفاء وناقصي التدبير من الضياع والتبذير، تحقيقاً للمصالح الخاصة والعامة لأن المال أحد أهم مقومات الحياة، وعلى هذا النهج سار المشرع الجزائري بتنظيمه وسنه لأحكام الحجر.

وعلى ضوء الآيتين السابقتين تبني جمهور الفقهاء مفهوم المنع من التصرف كما هو جلي من تعاريفهم للحجر، فعرفه المالكية أنه: «صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه، فيما زاد على قوته، كما توجب منعه من نفوذ تصرفه، بزائد على ثلث ماله»⁽²⁾. وعرفه الحنابلة بقولهم: «منع الانسان من التصرف في ماله»⁽³⁾، وهو نفس تعريف الشافعية⁽⁴⁾ بينما عرفه الحنفية بأنه: «هو عبارة عن منع مخصوص، متعلق بشخص مخصوص، عن تصرف مخصوص، أو عن نفذ ذلك التصرف»⁽⁵⁾.

بينما اختلف القول عندهم في أسباب الحجر، فبينما ذهب البعض إلى حصرها وذلك بإدخال الأسباب بعضها في بعض، وإما لأنها لم يثبت كونها سببا عندهم⁽⁶⁾. إلا أنهم اتفقوا على ثلاثة وهم الصغر والجنون والرق⁽⁷⁾. فأسابح الحجر عند المالكية ستة: الصغير، السفية، العبد، المفلس، المريض، والزوجة⁽⁸⁾. وخالفهم الشافعية في عدم الحجر على الزوجة وزادوا على ذلك الردة والكتابة⁽⁹⁾. إلا أنهم فصلوا المجنون عن المريض على عكس المالكية، وعلى نهج

(1) _ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج1، ص418، 419.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص80. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص85.

(3) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص593.

(4) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص80. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص84.

(5) _ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، د.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، 2008، ص274.

(6) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص81.

(7) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص87.

(8) _ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1995، الجزء الرابع، ص1445.

(9) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج6، ص342.

الشافعية أخذ الحنابلة إلا أنهم لم يأخذوا بالردة وزادوا الراهن⁽¹⁾. بينما الحنفية فلا يزيد عندهم المحجور عليهم عن ثلاثة وهم: الصغير، والمجنون، والرق⁽²⁾. وهو المعروف عند الحنفية بعدم الحجر على السفية مخالفين الجمهور.

ثم إن الحجر عندهم من حيث الثبوتية فينقسم إلى ثلاثة أقسام: قسم لا يثبت الحجر به إلا بحكم حاكم، وهو حجر الفلاس وحجر السفه، وقسم يثبت بغير حكم وهو حجر الصغير والمجنون وحجر المرض والرق والكتابة، وقسم مختلف فيه وهو حجر الردة، وذلك حسب ما أخذ به كل مذهب من الأسباب⁽³⁾.

وعند هذا المقام نتساءل عن نطاق الحجر؟ سيما وأن الإجابة على هذا التساؤل هو الأكثر كفاية بتبيان حدود النيابة عن المحجور عليهم، هل هي نيابة على المال والنفس معا؟ أم نيابة على المال فقط؟ وهو ما نوردته في الموالي:

ثانيا: نطاق الحجر: إن المشرع الجزائري لم يكن صريحا فيما يخص تحديد نطاق الحجر، فجاءت المادة 104 من قانون الأسرة عامة دون تفصيل ونصها كالتالي: «إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي، وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون»⁽⁴⁾. إلا أننا نعتقد أن المقصود من الحجر طبقا لنصوصه هو النيابة على المال فقط مدعمين موقفنا بما يلي:

أن أغلب نصوص النيابة الشرعية تتعلق بالنيابة على المال، ما عدا البعض منها كالنصوص الخاصة بالكفالة، وكذا نص المادة 87 الذي يخص الولاية الأصلية بينما المواد من 88 إلى 90 تتعلق بولاية الولي الأصلي المالية، وفيها حصر المشرع مهام الوصي والمقدم بموجب المادتين 95 و100، مما يفهم منه أن مقدم المحجور عليهم تنحصر مهامه النيابة على المال فقط، وهو الاعتبار الذي سيسير عليه هذا البحث.

(1) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص593.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص81.

(3) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج6، ص342.

(4) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

إلا أن الإشكال المطروح هو أن المحجور عليه البالغ المجنون أو المعتوه، يحتاج إلى رعاية نفسية إذا لم يكن له ولي، وعين له وصي أو مقدم، فيبقى حينئذ دون حماية نفسية. وحتى لو افترضنا أن لمقدم المحجور عليه كامل المهام النيابية نفسية ومالية، فإن ذلك يكون حسبنا منافيا لقواعد العدالة والانصاف بالنسبة للسفيه وذو الغفلة، لأن الحجر عليهما يكون بسبب نقص تدبيرهما في أموالهما لا غير، مما يجعلنا نعتبرهما يملكان التصرف في شؤونهما غير المالية وهو ما ثبت عليه الشرع الإسلامي، فنجد ابتداء أن أغلب الفقه حدد نطاق الحجر بالمال فقط كما هو مبين من تعاريفهم التي أوردناها أعلاه، ثم نجد حكم السفيه وذو الغفلة عند الفقهاء القائلين بالحجر عليهما حكم الصبي المميز أي ناقص أهلية، كما نجدهم يفرقون في آثار الحجر في تصرفات المحجور عليه باختلاف سبب الحجر -وهو ما لم يرق به المشرع-، فيصح حج السفيه وعباداته وإقراره على نفسه بالحدود والقصاص⁽¹⁾، كما يكون زواجه ماض وكذلك طلاقه لأنه من حوائج الأصلية، وأيضا وصيته ولا خلاف في ذلك بين جمهور العلماء إلا ابن أبي ليلى وأبو يوسف⁽²⁾. كما يجوز أيضا اعتاقه ونفقتة على أولاده، بينما يلحقه أثر الحجر إذا كان مهر زواجه أكثر من مهر المثل فيكون باطلا، والحال سيان في مبلغ اعتاقه، بل إن باع واشترى فللقاضي النظر في المضرة والمنفعة من ذلك وعلى أساسها يحكم بالبطلان من عدمه⁽³⁾.

فيتضح وأن الشرع الإسلامي راعى حالة السفيه وعامله بالعدل والانصاف ولم يحجر عليه حجرا قويا، بل جعله مرنا ينصب فقط على معاملاته المالية التي تحتمل الخسارة والتبذير والضياع.

وعلى ضوء ما سبق ومسايرة للفقه الإسلامي وعلى أساس المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة فيما لم يرد فيه نص، فنعتبر أن نطاق الحجر يتحدد بالنيابة على المال

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص90. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5 ص440، 442. أحمد إبراهيم بك، وأصل علاء الدين، مرجع سابق، ص162.

(2) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4، ص1443-1445.

(3) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص90.

فقط وأن التصرفات الشخصية التي يقوم بها السفية وذوي الغفلة صحيحة ولا يشملها المنع لأنها لا تتعلق بالمال وإضاعته ماعدا ما تعلق بالجوانب المالية منها كالصداق في الزواج مثلا، بينما يبقى الصغير والبالغ المجنون، أو المعتوه يخضعون للنيابة النفسية والمالية، في حالة وجود من تثبت له الولاية الأصلية عليهم على أساس استمرارها عليهم منذ أن تثبت لهم صغارا، أما في حالة انعدامهم فلا يكون حسب القانون للوصي أو المقدم عليهم نيابة على النفس.

ولذلك ندعو المشرع التدخل لمعالجة وضعهم بتعديل النصوص القانونية ونقترح تعديل المادة 104 من قانون الأسرة على النحو التالي: «إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية الشؤون الشخصية والمالية للمحجور عليه المجنون والمعتوه، بينما المحجور عليه السفية وذوي الغفلة فلا يكون للمقدم عليهما إلا إدارة وتسيير أموالهما مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون». وهو ما تبناه المشرع المغربي بموجب المادة 233 من مدونة الأسرة المغربية موضحا بدقة حدود النيابة الشرعية حسب كل صنف من أصناف المحجورين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إجراءات الحجر وآثاره

لكي يرتب الحجر آثاره القانونية، وجب أولا اتباع مجموعة من الإجراءات لتوقيعه طبقا لمقتضيات قانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ولدراسة هذه الإجراءات وتلك الآثار يقسم هذ الفرع إلى قسمين: يخصص الأول لعرض إجراءات الحجر والثاني لبيان آثاره.

أولا: إجراءات الحجر: المبدأ أن الحجر على الشخص لا يكون تلقائيا أو بقوة القانون فلا بد من صدور حكم قضائي بالحجر عليه تطبيقا للمادة 103 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه: «يجب أن يكون الحجر بحكم...»⁽²⁾، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا إذ جاء في حيثيات أحد قراراتها: «طالما أن قضاة المجلس ذهبوا في قرارهم المنتقد إلى عدم قبول استئناف الطاعن

(1) _ ونصها كما يلي: «للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني، وعلى فاقد العقل إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي، وتكون النيابة الشرعية على السفية والمعتوه مقصورة على أموالهما إلى أن يرفع الحجر عنهما بحكم قضائي». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(2) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

لعدم أهليته بحجة أنه مجنون بنسبة 100 % معتمدين في ذلك على الملف الطبي المقدم لهم إلا أن هذا الملف الطبي في حقيقة الأمر لا يسمو إلى أمر مرتبة الحكم بالحجر الذي كان يفترض الاستناد إليه لعدم قبول أي إجراء من إجراءات التقاضي عملاً بالمادة 40 من القانون المدني والذي من خلاله يتسنى إثبات جنون الطاعن من عدمه⁽¹⁾. وللحصول على حكم الحجر تتبع الإجراءات المحددة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾ الذي يتضمن أحكاماً بالإجراءات المتعلقة بالتقديم سواء بافتتاحه أو تعديله أو رفعه بالمواد من 481 إلى 489 والذي منح الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة، ويرفع إليه الأمر بموجب عريضة افتتاحية، متضمنة أسباب توقيع الحجر ومرفقة بملف طبي للمعني، وعلى القاضي أن يعين تلقائياً محامياً للشخص المعني إذا لم يكن لديه محام⁽³⁾.

وترفع دعوى الحجر طبقاً للمادة 102 قانون الأسرة من قبل أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة⁽⁴⁾:

1- الأقارب: على اعتبارهم الأكثر شفقة على المحجور عليه، وأعلم الناس بحاله بحكم معاشتهم له، وبما أن القرابة سبب في الولاية على النفس والمال، فمن الأنسب أن يخول لهم حق رفع الحجر، إلا أن المادة 102 تحدد صفة هؤلاء الأقارب، بل تركها المشرع بعبارتها العامة⁽⁵⁾.

(1) _ قرار رقم 428342، الصادر بتاريخ 12 مارس 2008 عن غرفة الأحوال الشخصية. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، منشورات كلبيك، 2013، الجزء الثالث، ص 1623.

(2) _ كما هو معلوم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد جاء بأحكام وإجراءات جديدة لم تكن موجودة في القانون القديم الملغى، ومقتضى هذه الأحكام هو تفعيل نصوص قانون الأسرة، فكذا خص الحجر والتقديم بإجراءات جديدة ومحددة.

(3) _ عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 348، 349.

(4) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(5) _ الهادي معيفي، «الحجر على المعوق ذهنياً (دراسة على ضوء التشريع الجزائري والعربي المقارن)»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، جانفي 2018، ص 660.

• وقد عرف المشرع الجزائري الأقارب بموجب المواد 32، 33، 34، 35 من القانون المدني، والتي اعتبرت ذوي القرابة كل من يجمعهم أصل واحد سواء: القرابة المباشرة وهي الصلة ما بين الأصول والفروع، وكذا قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر كالأخ مثلاً، كما اعتبرت أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر.

2- النيابة العامة: بموجب النص القانوني فالنيابة العامة الصفة في رفع دعوى الحجر كما في دعوى اثبات فقدان، ثم إن لها دورا كطرف أصلي بموجب المادة 3 مكرر، وفي جميع الحالات فهي تستهدف التطبيق السليم للقانون الذي يحقق الصالح الخاص والعام.

3- من له مصلحة: في حقيقة الأمر أن دعوى الحجر هي دعوى ذات طبيعة خاصة لأنها مقررة لحماية المدعى عليه ألا وهو المحجور عليه، لذلك أمكن القول أن صاحب المصلحة في هذه الدعوى هو المراد الحجر عليه نفسه، ومن غير المتصور أن يطلب من المحكمة الحجر عليه⁽¹⁾، لكن المقصود بصاحب المصلحة هنا هو الغير الذي له مصلحة يعترف بها القانون ويحميها من وراء الحجر على الشخص، كدائنه مثلا.

وبعد القيام بإجراءات رفع دعوى الحجر، يصدر القاضي أمرا يصرح فيه بافتتاح التقديم أو رفض الطلب، ويتم تبليغه رسميا إلى الشخص المعني أي المراد الحجر عليه وإلى الشخص مقدم الطلب، بموجب تسخيرة من النيابة العامة عن طريق المحضر القضائي دون مصاريف أو رسوم، ويرفع الاستئناف في هذا الأمر في أجل 15 يوما يسري ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي، وابتداء من تاريخ النطق به بالنسبة للنيابة العامة، وأخيرا فإن أمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم يؤشر به على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية، بأمر من النيابة العامة، وبعد هذا التأشير إشهارا ليعلم به الغير⁽²⁾.

وإجراء الشهر هو إجراء مهم، أوجبه المادة 106 من قانون الأسرة، وذلك حتى ينتج الحجر آثاره في مواجهة الغير، إلا أنها لم تبين شكل وكيفية هذا الإشهار. فاستحدثه قانون الإجراءات المدنية والإدارية تفعيلا لهذا النص. وقد جرت العادة قبل صدور القانون، أنه يتم النشر بتعليق الحكم في لوحة الإعلانات الخاصة بالمحكمة التي أصدرته، وهي محكمة موطن المحجور عليه أو بمكاتب التوثيق بالإضافة إلى نشره في إحدى الجرائد اليومية حتى يكون

(1) _ الهادي معيني، مرجع سابق، ص 661.

(2) _ عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص 345. انظر المواد من 481 إلى 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حجة على الغير⁽¹⁾، وحقيقة هو ما قضت به المحكمة العليا عندما قررت أن ضرب الحجر على شخص سفيه لا يتم ولا يثبت إلا بحكم يعلق بمكاتب التوثيق في كامل التراب الوطني وينشر في جريدة يومية بعد صيرورته نهائيا⁽²⁾.

ونجد لإجراء إشهار حكم الحجر سندا في الشريعة الإسلامية خاصة إذا كان الحجر يثبت بحكم الحاكم، إذ قال مالك: «من أراد أن يحجر على ولده فليأت به إلى السلطان حتى يوقفه السلطان ويدور به في الأسواق والمواضع والمساجد... ويشهد على ذلك»⁽³⁾. وبه قال الشافعي أيضا: «إذا حجر الإمام عليه لسفهه وإفساده ماله أشهد على ذلك»⁽⁴⁾. بينما هو مستحب عند الحنابلة وغير مشترط لكن إذا رأى القاضي ذلك فله أن يفعل، والعلة من ذلك حتى يظهر أمر المحجور عليه للناس فتجنب معاملته⁽⁵⁾. أما الحنفية فالمعروف عندهم أنه لا يحجر إلا على الصغير والمجنون والعبد وهؤلاء يثبت عليهم الحجر دون حكم أصلا.

ثانيا: آثار الحجر: يترتب عن الحجر آثار تتمثل أساسا في تعيين نائب شرعي للمحجور عليه، كما تتعلق أيضا بحكم تصرفاته، الذي يختلف باختلاف سبب الحجر ويتم التفصيل في ذلك كما يلي:

1- تعيين النائب الشرعي: بعد تمام إجراءات الحجر وصدور الحكم، يمنع المحجور عليه من إدارة أمواله والتصرف فيها، ويعين القاضي على المحجور عليه نائبا شرعيا ويسمى بالمقدم طبقا لنص المادة 104 من قانون الأسرة ليتولى إدارة أمواله ورعاية شؤونه، ويحرص القاضي على تعيين الشخص الأصلح، فإن كان للمحجور عليه ولي أو وصي، كان هو المقدم وإلا عين له شخصا آخر إذا كان هو الأنسب والأحرص على مصالحه، وللقاضي كامل السلطة التقديرية

(1) _ الهادي معيني، مرجع سابق، ص 663.

(2) _ قرار رقم: 27711، الصادر بتاريخ 111982/24 عن الغرفة المدنية. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، ج 1، ص 191.

(3) _ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 225.

(4) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 6، ص 358.

(5) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج 6، ص 611.

في اختيار هذا المقدم بناء على إجراء تحقيق، أو الاستعانة بخبرة طبقا للمادة 103 وهو ما طبقته المحكمة العليا⁽¹⁾، كما أن للقاضي استبدال مقدم المحجور عليه بمقدم آخر، إذا تبين له بعد تحقيق واف عدم صلاحيته وهو ما أكدته المحكمة العليا عندما قضت بصحة قرار قضاة الموضوع الذين استبدلوا مقدم المحجور عليه اعتمادا على عشرة شهود عدول، مراعاة لمصلحة المحجور عليه⁽²⁾.

وتعيين المقدم بهذه الصفة هو الأثر العام للحجر طبقا للمادة السابقة لكن أثر الحجر في تصرفات المحجور عليه يختلف باختلاف سببه كما يلي:

2- أثر الحجر على تصرفات المجنون والمعتوه: علم أن المجنون والمعتوه يعتبران في حكم الصبي غير المميز أي من فئة عديمي الأهلية بموجب المادتين 42 من القانون المدني و85 من قانون الأسرة، فإذا كان الصبي المميز يعتبر من المحجورين حكما لا يحتاج إلى حكم قضائي، بل يخضع مباشرة لأحكام الولاية، فإن المجنون والمعتوه وجب الحجر عليهما قضاء حتى يرتب العارض أثره على تصرفاتهما وهذا الأثر قرره المادة 107 من قانون الأسرة بنصها: «تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشوية وقت صدورها»⁽³⁾. ومع ذلك يتضح أن المشرع بموجب هذا النص رتب أثرا على العارض قبل توقيع الحجر وآخر بعده كما يلي:

أ- تصرفات المجنون والمعتوه قبل توقيع الحجر عليهما: فالأصل المستمد من نصي المادتين: 40 من القانون المدني، و86 من قانون الأسرة⁽⁴⁾، أن كل شخص بلغ سن الرشد ولم

(1) _ قرار رقم 577743 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2010/10/14، منشور بموقع المحكمة العليا:

<https://doit.mjustice.dz> تاريخ الاطلاع على الموقع: 2018/07/30 على الساعة 18:30.

(2) _ قرار رقم: 262283، الصادر بتاريخ: 2001/07/18. عن غرفة الأحوال الشخصية. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص1209.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ تذكير بنصي المادتين 40 من القانون المدني و86 من قانون الأسرة على التوالي: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة» (الأمر 75-58)، مرجع سابق. «من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني» (القانون 84-11)، مرجع سابق.

يحجر عليه تعتبر تصرفاته صحيحة لأنه يفترض فيه كمال أهليته، فنقصانها أو انعدامها بعد سن الرشد لا ينقرر إلا بتوقيع الحجر، ولذلك فإن تصرفات المجنون والمعتوه قبل توقيع عليهما الحجر تكون صحيحة. إلا أن المادة 107، قررت استثناء على هذا الأصل بأن جعلت من تلك التصرفات باطلة إذا كانت حالة الجنون والعتة ظاهرة على الشخص وبادية وفاشية للغير المتعاقد معهما، كما يفترض في هذا الغير عدم علمه بحالة الجنون والعتة، وعدم إمكانية علمه بذلك⁽¹⁾، والبطلان في هذه الحالة بطلان مطلق فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ويعاد فيه المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد فإن كان ذلك مستحيلا حكم بتعويض عادل طبقا للمادتين 102، 103 من القانون المدني⁽²⁾.

ب- تصرفات المجنون والمعتوه بعد توقيع الحجر عليهما: كان نص المادة 107 واضحا، إذ قرر البطلان المطلق لتصرفات المحجور عليه بصفة عامة ودون النظر إلى أسباب الحجر مادام قد وقع، وهو ما أخذت به المحكمة العليا⁽³⁾. غير أنه وبالرجوع إلى المادة 85 من نفس القانون⁽⁴⁾، نجدها أوردت حكما آخر مخالفا للبطلان بالنسبة لتصرفات كل من المجنون والمعتوه، إذ اعتبرتها تصرفات غير نافذة، وكما هو معلوم أن عدم النفاذ والبطلان حكمان مختلفان: إذ يكون التصرف غير النافذ تصرفا صحيحا لكنه موقوفا فقط، أي لا يرتب آثاره حتى يجيزه صاحب الحق بمنح الإجازة، فإذا أجزى أصبح صحيحا منجزا لكافة آثاره منذ وقت

(1) _ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 104.

(2) _ ونصيهما على التوالي: «إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة...» (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق. «يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. يحرم ممن الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به». (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(3) _ قرار صادر بتاريخ 17 مارس 1998 تحت رقم 181889 عن غرفة الأحوال الشخصية. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص908.

(4) _ تذكير بنصها: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العتة أو السفه".

إبرامه⁽¹⁾. بينما التصرف الباطل فليس له وجود قانوني أصلا، أي لا ينتج عنه أي أثر⁽²⁾، ولا تصححه الإجازة طبقا للمادة 102 من القانون المدني، ولذلك وجب على المشرع تعديل نص المادة 85 بما يتماشى وأحكام المادة 107 من نفس القانون، كونها أحكام تتعلق بالنظام العام، وذلك بتقرير البطلان لتصرفات المجنون والمعتوه، خاصة وأن صياغة المادة 85 باللغة الفرنسية جاءت صحيحة إذا استعملت مصطلح «nuls» والذي يعني البطلان.

3- أثر الحجر على السفیه وذی الغفلة: وجب التذكير بأن المشرع الجزائري لم ينص علنا لغفلة كعارض من عوارض الأهلية ضمن أحكامها الواردة في قانون الأسرة، في حين أنه اعتبره عارضا منقضا للأهلية بموجب أحكامها الواردة ضمن القانون المدني إلى جانب السفه، الذي اعتبرته نصوص قانون الأسرة في حكم العارض المعدم للأهلية كالمجنون والعتة - كما سبق بيانه في بحث أحكام عوارض الأهلية، وتحليل نصوص المواد 85، 101، 107 قانون الأسرة-. فأدى ذلك إلى تعارض وازدواجية في الأحكام بين نصوص قانون الأسرة ونصوص القانون المدني، بل تعارضت حتى نصوص قانون الأسرة فيما بينها، مما أثار إشكالات علمية وقانونية لدى القضاء ورجال القانون، وفتح الباب على مصراعيه لنقد المشرع الجزائري.

فيرى الأستاذ فضيل العيش أن التوفيق بين هذه الأحكام أمرا عسيراً، بل مستحيلاً⁽³⁾، فربما الحل الوحيد إذن هو إعادة النظر في كل المنظومة القانونية لأحكام الأهلية.

ويذهب آخرون لتطبيق أحكام المادة 43 من القانون المدني وبالتالي اعتبار السفیه وذی الغفلة ناقصي الأهلية - وهو ما ندعمه - لكون هذه المادة لاحقة للمادة 83 من قانون الأسرة إذ عدلت سنة 2005، أين تدارك المشرع واستبدل مصطلح المعتوه بذی الغفلة وأكد بذلك على اعتباره مع السفیه ناقصي أهلية، لذلك يقول هذا الاتجاه أن هذه المادة ألغت ضمناً أحكام المادة 83⁽⁴⁾، بينما يرى غيرهم بضرورة تعديل نص المادة 107 من قانون الأسرة بالكيفية التي

(1) _ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 70.

(2) _ العربي بلحاج، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 605.

(3) _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 83.

(4) _ لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 297.

سنوضحها بعد هذا الشرح الوجيز، والتي أعطت حكما واحدا عاما لتصرفات المحجور عليه، دون النظر إلى سبب الحجر، فالأمر سيان إذن بالنسبة لتصرفات السفه وذي الغفلة فوجب التمييز بين تصرفاتهما الصادرة قبل الحجر وتلك الصادرة بعده كما يلي:

أ-تصرفات السفه وذي الغفلة قبل توقيع الحجر عليهما: دائما حسب الأصل المقرر بموجب المادة 107 أن تصرفات المحجور عليه قبل صدور حكم الحجر صحيحة وهذا ما ينطبق على السفه وذي الغفلة، إلا أن الاستثناء الذي جاءت به، والمتمثل في كون سبب الحجر ظاهر وشائع للغير، فإنه لا يمكن تصوره بالنسبة لهما لأن الغالب ما يكون عارضا السفه والغفلة غير باديا. ومع ذلك وبالرجوع للقواعد العامة نجد بعض الاستثناءات التي ترد على هذا الأصل العام والتي تتلاءم مع حالة السفه والغفلة⁽¹⁾، فيترتب عنها مايلي:

-إمكانية إبطال وليس البطلان تصرفات السفه وذي الغفلة إذا صدرت عنهما قبل حكم الحجر وكانت نتيجة استغلال الغير المتعاقد لحالة السفه والغفلة، إذا توفرت شروطه طبقا للقواعد العامة من القانون المدني⁽²⁾.

-وكذلك ابطال التصرفات التي كانت نتيجة تواطؤ بين السفه أو ذي الغفلة ومن تعاقد معهما للتحايل على القانون وتقويت أثر الحجر قبل توقيعه⁽³⁾.

(1) _ محمد بشير، «عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة»، مجلة صوت القانون، العدد 02، مخبر نظام الحالة المدنية بجامعة الحيلالي بونعامة بخميس مليانة، 2018، ص 84.

(2) _ وللتذكير بهذه القواعد الواردة بالمواد 90، 91 من القانون المدني، نورد نصيهما على التوالي: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوفى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن». (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق. «يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود» (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

(3) _ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 76، 77. واستنتج الأستاذ هاتين الحالتين عن التشريع المصري، الذي خص استثناء إبطال تصرفات السفه وذي الغفلة قبل توقيع حكم الحجر بنص صريح والمتمثل في المادة 115 بفقرتها الثانية من القانون المدني المصري ونصها كالتالي: «... أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ». [www. inconetax gov. eg](http://www.inconetax.gov.eg) ، تم الاطلاع على الموقع بتاريخ: 8 جوان 2019، على الساعة 23:30.

ب- تصرفات السفية وذوي الغفلة بعد توقيع الحجر: بما أن نصوص أحكام عوارض الأهلية جاءت غامضة أحيانا ومتعارضة أحيانا أخرى في التشريع الجزائري، فإننا نحزم الأمر بوضع قاعدة ذات دعائم يسير عليها البحث والمتمثلة أساسا في اعتبار السفية وذوي الغفلة من فئة ناقصي الأهلية، تماشيا مع اتجاه الفقه القانوني بصفة عامة، واقتداء بالفقه الاسلامي، واستجابة لمتطلبات قواعد العدالة والانصاف، وكلها دعائم سبق شرحها وتحليلها. وبناء عليه فتصرفات السفية وذوي الغفلة بعد حكم الحجر كحكم تصرفات الصبي المميز، فتكون صحيحة إذا كانت نافعة لهما نفعاً محصناً، وتكون باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت ضارة لهما ضرراً محصناً، وتكون قابلة للإبطال⁽¹⁾ إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، أو يكون هذا التصرف الأخير موقوفاً على إجازة الولي في حالة إذا ما طبقت المادة 83 من قانون الأسرة⁽²⁾. ونظراً لهذا الازدواج في الأحكام وتعارضها في بعض الأحيان، أصر الأستاذ محمد سعيد جعفرور على ضرورة تعديل المادة 107 وإضافة مادة أخرى اعتبرها المادة 107 مكرر، من أجل الفصل بين أحكام السفية وذوي الغفلة من أحكام المجنون والمعتوه وكذلك الفصل بين مرحلتي قبل وبعد حكم الحجر، مقترحاً أحكامها كما يلي:

المادة 107: «يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر بعد تسجيل قرار الحجر.

— أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها»⁽³⁾.

وأما عن نص المادة 107 مكرر فاقترحه فيما يلي:

(1) وفي حالة تقرير الإبطال فإنه يترتب عنه طبقاً للمادة 103 قانون مدني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، إلا أن هذا النص استثنى من ذلك إذا كان الإبطال بسبب نقص الأهلية فلا يلتزم برد إلا ما عاد عليه من منفعة، كما هو الحال هنا بالنسبة للسفيه وذوي الغفلة في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فلا يلتزم إلا برد النفع الحقيقي الذي عاد دون ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحة مثلها مثل الصبي المميز.

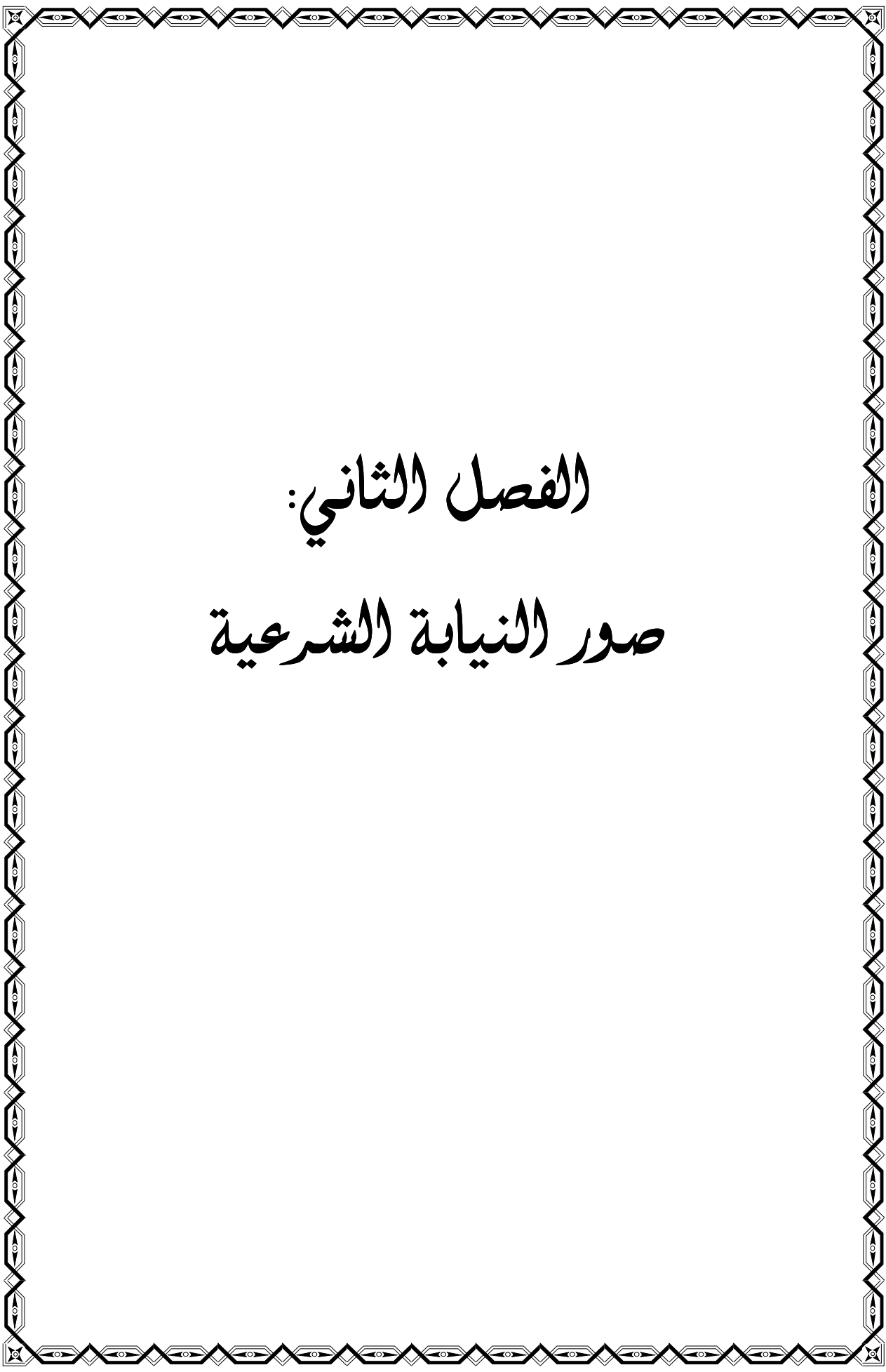
(2) محمد بشير، مرجع سابق، ص 85.

(3) محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 73.

«-إذا صدر تصرف من السفية أو من ذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

-أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ»⁽¹⁾.

(1) _ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص74.



الفصل الثاني:

صور النيابة الشرعية

النيابة الشرعية نظام يقتضي القيام مقام الغير في تدبير شؤونه جبرا عنه، استنادا إلى الشرع والقانون. ولهذا المعنى تطبيقات مختلفة تتمثل في الولاية والوصاية والتقديم والكفالة، سنّها المشرع الجزائري اقتداء بالشرع الإسلامي كآليات لحماية وصون النفس والمال لمن لا يستطيع التصرف وفق مصلحته، إما لانعدام أو قلة عقله أو تدبيره كالمجنون أو الصغير أو السفیه، أو لمانع يمنعه من مباشرة مصالحه كالعائب والمفقود، فيكون عرضة لضياع حقوقه ومصالحه.

وإجمالا لكل تلك التطبيقات والمعاني قسمت النيابة الشرعية إلى صورتين أساسيتين: النيابة الشرعية الأصلية والنيابة الشرعية المكتسبة، فالأولى تثبت للشخص من الشرع مباشرة وبقوة القانون دون واسطة كولاية الأب على ابنه. وأما الثانية فهي شرعت عند عدم توفر النيابة الأصلية لتحل محلها في تولي شؤون الغير، وهي تكتسب بواسطة أو وسيلة يقرها الشرع والقانون ليكونا مصدرا غير مباشرا لها، كالوصاية التي تثبت للوصي من تعيينه من الولي، والتقديم الذي يثبت للمقدم من تعيينه من القاضي، والكفالة التي تثبت للكافل من العقد الشرعي.

ودور هذا الفصل رسم الأحكام الأساسية لكل صورة حتى تتضح معالمها الأولية من خلال تقسيمه إلى مبحثين اثنين:

المبحث الأول: النيابة الشرعية الأصلية.

المبحث الثاني: النيابة الشرعية المكتسبة.

المبحث الأول: النيابة الشرعية الأصلية

وتتجلى هذه الصورة في نظام الولاية، تبناها المشرع الجزائري كآلية تقوم على أساس النسب والقربة الشرعية بين الأشخاص لتوفر عنصر الشفقة والعطف من أجل تحقيق مصالح من عجز عن حماية نفسه وماله وعرضه وعقله، ومصدر هذا النظام الشرع الإلهي.

ولذلك اهتم هذا المبحث ببيان حقيقة هذا النظام قانوناً، ومدى استناده للشرع الإسلامي خاصة مع التعديلات الجديدة لقانون الأسرة، فقسم إلى مطلبين اختص المطلب الأول بتعريف الولاية وبيان أقسامها وأما المطلب الثاني فخصص لمبحث النظام القانوني لصاحب الحق في الولاية.

المطلب الأول: تعريف الولاية وأقسامها

ويقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين: يعرض الفرع الأول التعريف بالولاية مع تبيين خصائصها، بينما يعرض الفرع الثاني أقسام الولاية.

الفرع الأول: تعريف الولاية وخصائصها

يستهل هذا الفرع بتعريف الولاية لغة واصطلاحاً (أولاً)، حتى يتسنى استنتاج منه أهم خصائصها (ثانياً).

أولاً: تعريف الولاية: لما كان التعريف الاصطلاحي مشتقاً ومنبثقاً من التعريف اللغوي وجب عرضه أولاً ثم ثانياً عرض التعريف الاصطلاحي:

1-**تعريف الولاية لغة:** فالولاية هي مصدر وَلِيَ الشيء، وولى عليه ولايةً وولايةً: «الولاية بالكسر، السلطان، والولاية النصر، فالولاية بالفتح للمصدر والولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة».

والولي: اسم من أسماء الله عز وجل، فالولي هو الناصر، والمتولي لأمر العالم والخلاتق.

فالولاية إذن: «تشعر بالتدبير والقدرة والفعل...»⁽¹⁾.

(1) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15، ص406-407.

والولي: «أصل صحيح يدل على قرب، من ذلك يقال: تباعد بعد ولي، أي قرب، وجلس مما يليني أي يقاريني».

ومن باب المولى: «المُعْتَقُ والمُعْتَقُ، والصاحب والحليف وابن العم والناصر والجار كل هؤلاء من الولي وهو القرب، وكل من ولي أمر آخر فهو وليه»⁽¹⁾.

والولي: «ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة: الذي يلي عقد النكاح عليها، ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه، كما في الحديث: («أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل ثلاث مرات...»)⁽²⁾. وفي رواية وليها أي متولى أمرها)⁽³⁾.

يتبين من التعاريف اللغوية أن الولاية مصدر ولي، وهي تدور في معناها: بكسر الواو: السلطان. وبفتحه: النصرة والتولي، أي القيام على أمر الغير، وهذا هو المعنى المقصود في هذا المقام.

2- تعريف الولاية اصطلاحاً: وأما الولاية في الاصطلاح القانوني، وباستقراء نصوص قانون الأسرة الخاصة بالفصل الثاني تحت عنوان الولاية من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية في المواد من 87 إلى 91، نجد أن المشرع لم يضع لها تعريفاً، إنما اكتفى بسن أحكامها، التي يتضح منها أنها تدور حول تولي الأمور المالية والشخصية للأولاد القصر، وهو مشتق من المعنى الوارد في التعريف اللغوي، والمستمد من مدلول الولاية في الشرع الإسلامي.

إذ في الاصطلاح الشرعي وبالرغم من أن الفقهاء القدامى لم يفرّدوا تعريفاً مستقلاً للولاية، إلا أن جملهم استخدموا الولاية بمعنى: «تنفيذ القول عن الغير شاء أو أبى»⁽⁴⁾، وهو تعريف عام

(1) _ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، بتحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، د.ط، دار الفكر، 1979، الجزء السادس، ص141

(2) _ أبي داود، السنن، مرجع سابق، ج4، ص125، حديث رقم 2072، كتاب النكاح، باب في الولي.

(3) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15، ص407.

(4) _ وهو تعريف الأحناف للولاية. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص24.

وشامل^٦ كما أن هذا التعريف فتح باب النقد من عدة أوجه من طرف بعض الفقهاء المحدثين: فمنهم من يرى⁽¹⁾ أنه تعريف غير سديد لأنه يقوم على بيان حكمها وهو التنفيذ المترتب عن الولاية، ولا يشرح حقيقتها، ومنهم من يضيف⁽²⁾، أن هذا التعريف لا يشمل كل عناصر الولاية وجميع أنواعها ألا وهي ولاية الاختيار في النكاح، ثم أورد صاحب نظرية النيابة الشرعية تعريفاً للولاية بقوله: «سلطة ثابتة شرعاً لشخص مخصوص تخوله القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة بالنسبة لغيره»⁽³⁾.

إلا أن هذا التعريف وإن كان فيه جانباً من الصواب لأنه أبرز أهم صفة في الولاية ألا وهي كونها سلطة ثابتة شرعاً، فعلاً استمدها صاحبها من الشارع ولا دخل لإرادته فيها، إلا أنه غير جامع لأنه ينظر للولاية من زاوية إنشاء العقود نيابة عن الغير كالبيع والتزويج فقط، ولا يشمل بالتالي ولاية الحفظ من رعاية وتربية وتهذيب وتوجيه.

كما عرفها آخرون: «قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمادية»⁽⁴⁾. وإن كان هذا التعريف جامعاً لموضوع الولاية (النفس والمال)، إلا أنه قصر محلها على القاصر⁽⁵⁾، في حين أن الولاية تثبت على الصغير وعلى الكبير المجنون

(*) _ فيشمل بذلك الإمامة العظمى ومنها القضاء، كما يشمل قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير أموره، كما استخدمها المالكية للدلالة على الولاية الموجبة للإرث... الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص131. وقد درس الفقهاء أحكام الولاية على الصغير، فتطرقوا للولاية على ماله ونفسه وفصلوا في ولاية النكاح كما هو ظاهر من كتبهم وفصولهم.

(1) _ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص206، أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص845 في الهامش. خالد بوشمة، مرجع سابق، ص33. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص95. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص19.

(2) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص19. خالد بوشمة، مرجع سابق، ص33.

(3) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص33.

(4) _ أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص843، وفي نفس المعنى: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص746.

(5) _ إذ يقصد بالقاصر في هذا التعريف: الصغير غير المميز والصغير الذي يكون في مرحلة بلوغه سن التمييز وقبل بلوغه سن الرشد. أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص843.

أولمعتوه وعلى المرأة في تزويجها⁽¹⁾، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري، فعلى الرغم من أن نصوص الولاية جاءت خاصة بالأولاد القصر إلا أنه وفي نصوص أخرى متفرقة من قانون الأسرة أقر المشرع بالولاية على المرأة في تزويجها بموجب المادة 11، ثم نجده بموجب المادة 99 المتعلقة بتعيين المقدم على البالغ فاقد أو ناقص الأهلية، أقر باستمرارية الولاية عليه من قبل وليه في حالة وجوده، وإن كان هذا المعنى يتحقق في البالغ المجنون أو المعتوه لأنه يبقى في حاجة لرعاية شؤونه الشخصية إضافة إلى شؤونه المالية مثله مثل الصغير كونه فاقد العقل والإدراك في جميع أموره، دون السفه وذي الغفلة على النحو الذي تم شرحه سابقاً⁽²⁾.

واستناداً لما سبق، فإنه يمكن التوصل إلى وضع تعريف للولاية يتماشى مع مقتضيات هذا البحث كما يلي: «الولاية سلطة شرعية تثبت لشخص محدد أهلاً لها، من أجل رعاية الشؤون الشخصية والمالية للمولى عليهم».

ثانياً: خصائص الولاية: من خلال التعريفات السابقة يمكن استخلاص البعض من خصائص الولاية:

1- أن الولاية نظام وآلية أقيمت من أجل حماية نفس ومال العاجزين عن ذلك بأنفسهم⁽³⁾. وهم الصغير والمجنون والمعتوه والأنثى، فالصغير ومثله المجنون أو المعتوه يتجلى عجزهم في فقدانهم لسلاح العقل الذي به تدبر الأمور وتتحقق المصالح، فيحتاج لمن يغذيه ويتولى توجيهه وتعليمه أمور الحياة ويهذب غرائزه ويحميه ويصونه مما يضره، ويحفظ ماله ويستثمرها في أوجه الخير، بينما الأنثى فعجزها ليس كعجز الصغير والمجنون لأنه غير مرتبط بأفة من آفات العقل بل هو مرتبط بطبيعتها التي تجعلها الأكثر عرضة لآفات المجتمع من غيرها، فتحتاج إلى الصون والحماية نظراً لمكانتها ودورها في المجتمع، لذلك منحها الإسلام كرامة وأحاطها بحماية

(1) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 15.

(2) فقد بيّنا عند بحثنا في نطاق الحجر وأن المشرع أغفل حال المجنون والمعتوه من الرعاية الشخصية، على أن السفه وذي الغفلة علّتهما تكمن في تدبير أموالهما فقط.

(3) الغوثي بن ملحّة، مرجع سابق، ص 202.

بأن جعل الولي شريكا لها في صون نفسها مادامت لم تتزوج، وفي اختيار زوجها إذا تزوجت⁽¹⁾.

2-كون موضوع الولاية يتعلق بالنفس أو بالمال أو بالنفس والمال معا، يجعل منها آلية تصلح بها الناشئة، التي تبعد المجتمع عن المفساد والآفات، كما تساهم في حفظ المال الذي به تقوم المصالح، فالنفس والمال هما عماد الحياة بهما تتحقق المصالح الخاصة لهؤلاء العاجزين وكذلك المصالح العامة للمجتمعات.

3-أن الولاية تقوم على أساس النسب والقربا الشرعية، أي يتولاها الشخص القريب من المولى عليه وتثبت ابتداء للأب لكمال نظره على ابنه ولوفور الشفقة عليه⁽²⁾، وعند انعدامه يرتب مستحقها على أساس أقربهم نسبا وأرقهم بالمولى عليه⁽³⁾.

4-ولذلك فالوظيفة الولائية هي وظيفة ذات طابع شخصي، أي تثبت للشخص باعتبار ذاته فلا يستفيدها من الغير انما يستمدها من الشرع والقانون مباشرة، ولا يحل فيها شخص مقام آخر ولذلك تسمى بالولاية الأصلية، كما تعتبر وظيفة إلزامية لا يجوز التخلي عنها إلا لمبرر شرعي⁽⁴⁾.

5-أن الولاية سلطة في يد الولي للقيام بأمر مولاه، وتظهر تلك السلطة بوجهين لعملية واحدة، فمن جهة تعتبر حقا للولي باعتبار شفقتة على مولاه منحها له الشرع والقانون فلا يجوز انتزاعها منه مادامت تتوفر فيه شروط ممارستها، ومن جهة أخرى هي واجبة عليه فرضها الشرع والقانون باعتبار مركزه بالنسبة للمولى عليه فيقوم بأعبائها⁽⁵⁾.

وختلاصة القول وبعد عرض كل من التعريف اللغوي والاصطلاحي للولاية، يتبين أنهما تعريفان متقاربان قائمان على معاني السلطان والنصرة والقرب، إذ كلها معاني نجد أثرها في

(1) _ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 16، 42.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6 ص 583. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 65.

(3) _ عبد السلام الرفعي، المرجع نفسه، ص 66.

(4) _ الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 205، عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 67، 69.

(5) _ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 98-99. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 96. اسمهان عفيف،

«حماية القاصر في قانون الأسرة»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، - كلية الحقوق والعلوم القانونية، قسم الحقوق، 2019-2020، ص 23.

رعاية العاجز وتولي أموره والقيام بها، كما أن التشريع الأسري وبالرغم من أنه لم يتضمن تعريفاً للولاية إلا أن أحكامه تصب في المعنى الاصطلاحي الذي أوردناه، والذي يستنتج منه أن للولاية خصائص ومميزات هي امتداد لخصائص النيابة الشرعية خاصة من حيث كون مصدرها الشرع والقانون وهدفها تحقيق المصالح الخاصة والعامة وهذا طبيعي لأنها إحدى تطبيقاتها، كما يستخلص من كون موضوعها ينصب على النفس أو على المال أو عليهما معاً، أن لها عدة أقسام تعرض في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: أقسام الولاية

تنقسم الولاية تقسيمات عديدة، حسب الزاوية المنظور إليها والتي نجملها فيما يلي:

أولاً: تقسيم الولاية من حيث المصدر: تنقسم الولاية من حيث مصدرها وسببها إلى ولاية شرعية وقضائية واتفاقية، فأما الولاية الشرعية فإن مصدرها الشرع والقانون وسببها النسب أو القرابة الشرعية بين الأشخاص كالأبوة والبنوة والتعصيب وصلة الرحم⁽¹⁾، فتشريع الولاية وتحديد مستحقيها مستمد من الشرع والقانون مباشرة لذلك سميت بالولاية الأصلية.

وأما الولاية القضائية كالوصاية، فهي ولاية يثبتها القاضي بعدما يكون الولي الأصلي أقام وصياً، أو كالنقديم الذي يعين القاضي فيه المقدم في حالة عدم تعيين وصي من قبل الولي. ولذلك تسمى بالولاية المكتسبة لأنها مستمدة من الغير مكتسبة لقوتها من الولاية الأصلية، وهي لا تقوم إلا إذا انعدمت الولاية الأصلية⁽²⁾.

فيتضح جلياً أن تقسيم الولاية إلى أصلية ومكتسبة يكون بالنظر إلى مصدرها، والمصدر هو السبب الشرعي الذي ينشئ الحق في الولاية، فيضفي عليه شرعية الانشاء والبقاء والاستمرار، ومن المصادر التي تنشئ حقوقاً في الشريعة الإسلامية القانون والعقد، فإذا نشأ الحق في الولاية من الشرع أو القانون مباشرة فهي ولاية أصلية شرعية كما تم بيانه، وإذا نشأ

(1) محمد باوني، عقد الزواج وآثاره - دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، منشورات مكتبة اقرأ، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2009، ص 86.

(2) عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 69، 70. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 97.

الحق فيها من العقد الذي يعتبر سببا لها يقره الشرع والقانون فهي ولاية مكتسبة لأن الشرع أو القانون هنا أصبح مصدرا غير مباشرا لها⁽¹⁾. وهو حال الكفالة، فبموجب العقد المنشئ لها يكتسب الكافل الولاية للقيام بالشؤون المالية والشخصية لمكفوله، ولذلك فهي ولاية مكتسبة⁽²⁾.

وأما الولاية الاتفاقية أو النيابية فإن سببها الاتفاق بين الأشخاص بأن يجعل بعضهم أولياء على بعض كالوكالة⁽³⁾ فهذا المفهوم يخرج عن مفهوم الولاية المعتمد في هذا البحث كما أوردناه سابقا، إنما هي شكل من النيابة بمفهومها العام، فالأولى اذن عدم تصنيفها ضمن الولاية. وتعتبر تلك التقسيمات الثلاث، تقسيمات شاملة لكل صور النيابة الشرعية المقررة بموجب قانون الأسرة، والتي يسير عليها هذا البحث.

ثانيا: تقسيم الولاية من حيث آثارها: وتنقسم الولاية من هذه الزاوية إلى:

1-الولاية اللازمة أو الذاتية: كما تسمى بالولاية غير المتعدية لأنها لا تتعدى إلى الغير إنما تثبت للإنسان البالغ الراشد غير المحجور عليه على ماله ونفسه، وشرعت لحفظ دين الإنسان وماله وعقله وعرضه بما يتماشى وقواعد الشريعة الإسلامية فيلتزم هذا الأخير بحدودها في ذلك كالإبتعاد عن الربا والتبذير والإسراف والفسق وتعويضها بممارسة التجارة والاستثمار والزكاة وغيرها⁽⁴⁾.

2-الولاية المتعدية: وهي ولاية الشخص على غيره، إذ تتعدى هنا الولاية ذات الشخص إلى غيره⁽⁵⁾ نظرا لعجزه عن تولي نفسه، فهي شرعت إذن لحفظ مال ونفس العاجزين بسبب

(1) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص33، 34.

(2) _ تبنى المشرع الجزائري الكفالة اقتداء بضوابط الشرع الإسلامي -كما سنفصل في بيانه حين بحث الكفالة-، وأقر مصدرها المنشئ لها وهو العقد الشرعي الذي يمنح الولاية للكافل على مكفوله كما هو واضحا من المادتين 116 و121 من قانون الأسرة بنصيهما على التوالي: «الكفالة إلتزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنيه وتتم بعقد شرعي»، «تخول الكفالة الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي». (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ محمد باوني، مرجع سابق، ص86.

(4) _ نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص09. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص55.

(5) _ محمد باوني، مرجع سابق، ص87. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص98.

الصغر أو الجنون أو السفه... وكل سبب معتبر وموجب للنيابة الشرعية كما تم تحديدهم سابقا في مباحث عوارض وموانع الأهلية.

3-الولاية العامة والولاية الخاصة: فأما الولاية العامة، والتي تعرف بولاية الإمامة كولاية السلطان على رعيته وولاية القاضي أيضا⁽¹⁾.

وأما الولاية الخاصة فهي ولاية النسب كالأبوة والنبوة وما شاكلها في العصوبة وولاية السبب كالإيصاء والتولية بالتوكيل والولاء، والولاية الخاصة في الفقه الإسلامي مقدمة على الولاية العامة⁽²⁾، والمقصود بها أن القاضي لا يتصرف بحضور الولي⁽³⁾، وأما عن المراتب، فسيتم التفصيل فيها عند بحث مراتب الأولياء.

4-ولاية الإيجاب وولاية الاختيار: فأما الأولى فهي التي يكون للولي فيها حق إجبار من في ولايته على الزواج بغير رضاه، ويسمى بالولي المجرى، وأما الثانية فيزوج الولي مولاه برضاه واختياره ويسمى بالولي المخير⁽⁴⁾.

ثالثا: تقسيم الولاية من حيث موضوعها: وتنقسم من حيث مشتملاتها إلى ولاية على النفس فقط، أو ولاية على المال فقط وتسمى هنا بالولاية القاصرة، وولاية على النفس والمال معا وتسمى بالكامل⁽⁵⁾ أو المشتركة⁽⁶⁾.

فأما الولاية عن النفس فتشمل، ولاية التربية الأولى للمولى عليه وحضانتها ورعايته وتأديبه وتعليمه وتزويجه، وأما الولاية على المال فهي ولاية إدارة مال المولى عليه وحفظه واستثماره،

(1) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص188. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص62. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص97.

(2) _ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، تونس، 1339هـ، ج2، ص29.

(3) _ وللتفصيل أكثر راجع: الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج2، ص400. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص62 وما بعدها.

(4) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص188.

(5) _ نصر فريد واصل، مرجع سابق، ص41-42.

(6) _ محمد باوني، مرجع سابق، ص88.

وأما الولاية المشتركة فتد على المال والنفس معا⁽¹⁾.

رابعاً: تقسيم الولاية من حيث صفتها: ومن هذه الزاوية يمكن تقسيمها إلى ثلاثة صور معروفة وهي: الولاية، الوصاية والتقديم، فأما الولاية فهي تولى الشؤون الشخصية والمالية للمولى عليه القاصر أو المجنون وغيرهم من العاجزين، وأما الوصاية فهي أن يوصي صاحب الولاية لشخص بأن يتولى شؤون أبنائه القصر بعد وفاته، وأما التقديم، فهو أن يعين القاضي شخص لتولى أمور العاجزين الذين ليس لهم ولي أو وصي⁽²⁾. وهو التقسيم الأساسي الذي تبناه المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة.

ويظهر مما سبق وأن تقسيمات الولاية، وإن لم تسم بمسمياتها إلا أن أحكامها معروفة لدى الفقهاء والباحثين بل وحتى ضمن نصوص قانون الأسرة. كما أن تلك التقسيمات يمكن أن تتداخل وتتشابك فيما بينها، فمثلاً ولاية الولي يمكن أن تصنف كولاية خاصة وأصلية وكاملة وإجبارية، كما يمكن أن تصنف في ظروف أخرى ولاية خاصة، أصلية، ناقصة واختيارية في حالة إذا ما سقطت عنه ولاية المال لسفهة مثلاً وعدم ثبوت له ولاية الإيجار لأسباب مختلفة قانوناً أو شرعاً. وكلها أحكام يتم تناولها في ثنايا هذا البحث، الذي يعتمد أساساً على تقسيم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية أصلية وولاية مكتسبة.

وختلصة القول: أن الولاية المقصودة من هذه الدراسة، هي تلك السلطة الشرعية التي فرضها الشرع والقانون وحدد معالمها وأحكامها، والتي يتولى بموجبها النائب الشرعي إدارة شؤون المولى عليه لعجزه وعدم قدرته على مباشرتها بنفسه بسبب صغره أو لإصابته بأحد العوارض التي أعدمته أهليته، أو بسبب الأنوثة، وكل تلك الأحكام الخاصة بالولاية وصاحب الحق فيها يتم التعرف عليها تدريجياً بتدرج خطة هذا البحث بدءاً بتبيين من هو الولي وتحديد مراتبه من خلال المطلب الموالي.

(1) _ محمد باوني، مرجع سابق، ص 88.

(2) _ عبد الله بن طاهر السوسي التتاني، مرجع سابق، ص 69.

المطلب الثاني: النظام القانوني لأصحاب الحق في الولاية

إن كون الولاية شرعية قانونية ذات طابع شخصي، جعل من أحكامها وقواعدها منظمة ومحددة شرعا وقانونا خاصة في مسألتها تحديد أصحاب الحق فيها وترتيبهم، والشروط المؤهلة لممارسة الوظيفة الولائية، ومن أجل بحث تلك الأحكام والقواعد قسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين، يختص الفرع الأول ببيان أصحاب الحق في الولاية وترتيبهم، بينما يهتم الفرع الثاني بعرض شروطهم.

الفرع الأول: أصحاب الحق في الولاية وترتيبهم

تتوزع الولاية على الأولياء بحسب موضوعها فقها وقانونا، لذلك وجد أولياء على النفس وأولياء على المال وأولياء على النفس والمال معا، ثم إنه لكون أحكام ولاية التزويج متميزة تم إسنادها لأولياء مخصوصين، بل منهم من يكون وليا مجبرا دون غيره، كل ذلك أدى إلى امكانية تعدد الأولياء تحقيقا للمصلحة الفضلى للمولى عليه.

ثم إنه ونظرا لعدم توافق المشرع الجزائري مع غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية كليا أو جزئيا من حيث تحديده لأصحاب الحق في الولاية، أو من حيث ترتيبهم، ونفس الاختلاف يجد مكانا بين الفقهاء أنفسهم، فإن دراسة وبحث الأولياء وترتيبهم يقتضي توضيح المستحقين لها قانونا ومدى استناد المشرع في ذلك لأحكام الشرع الإسلامي، ثم لترتيبهم، وحتى تثمر هذه الدراسة وجب الفصل بين ولاية التزويج وبين ولاية غيره من التصرفات.

وعلى ضوء ما سبق تم تقسيم هذا الفرع إلى تقسيمين اثنين، خصص الأول لبحث أصحاب الحق في الولاية دون ولاية التزويج وترتيبهم، والثاني لبيان أصحاب الحق في ولاية التزويج وترتيبهم.

أولا: أصحاب الحق في الولاية دون ولاية التزويج وترتيبهم: حدد المشرع الجزائري أصحاب الحق في هذه الولاية بموجب المادة 87 المعدلة من قانون الأسرة⁽¹⁾، إلا أنه ثار جدلا

(1) _ تم تعديل النص بموجب الأمر رقم 02-05، مرجع سابق، ونصه كالتالي: «يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

فقها حول مضمونها واختلف الباحثون والشّارحون لقانون الأسرة في تفسير محتواها، فذهب البعض⁽¹⁾ إلى أن هذا النص خاص بالولاية على المال فقط، بينما ذهب البعض الآخر⁽²⁾ إلى أنه شامل للولاية على المال والنفس معا.

إلا أننا نعتقد أن الولاية المقصودة بالنص هي ولاية شاملة للنفس والمال معا، ذلك أن النص جاء عاما دون تخصيص وأن مصطلح الولاية يحمل في معناه الولاية على النفس والولاية على المال معا. غير أن المشرع سنّ للولاية على المال نصوصا خاصة بعد المادة 87 بينما لم يفعل بخصوص الولاية على النفس⁽³⁾، وأما عن نص المادة 11 من قانون الأسرة فإنه ينظم ولاية التزويج فقط دون غيرها من مشتملات الولاية على النفس والتي في الأصل تشمل على ولايتين: أولهما ولاية الحفظ وتضم ولاية حفظ النفس أي الحضانة وولاية التعليم والتأديب، وولاية المنع من الاعتداء، وثانيهما ولاية التزويج⁽⁴⁾، هذه الأخيرة هي ولاية خاصة، لها أشخاصها المحددون بصفة خاصة ويمكن أن تمارس من قبل هؤلاء الأشخاص وإن لم يكونوا هم الأولياء على النفس فلا يؤثر ذلك على ولايتهم تلك⁽⁵⁾.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد». وأما قبل التعديل فحرر كما يلي: «يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا». (القانون رقم 84-11) قانون الأسرة، مرجع سابق.

(1) _ الغوتي بن ملحّة، مرجع سابق، ص 205، بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 223.

(2) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 54. أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 292. سناء نجوم قندوز، «الرقابة القضائية على امتياز الحقوق»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01-2016، ص 154. اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 36، 37.

(3) _ إنما اكتفى المشرع الجزائري بسن الأحكام الخاصة ببعض مشتملات الولاية على النفس، والتي جاءت موزعة ومتفرقة، فتارة ضمن قانون الأسرة نفسه، وبالتحديد في باب الزواج أين يضم أحكام ولاية التزويج، كما نجد لبعض أحكام الحضانة المشتركة مع الولاية ضمن باب انحلال الزواج بالإضافة إلى القواعد المتعلقة بمسؤولية الآباء في رعاية أولادهم وعدم إهمالهم والحفاظ على أموالهم الموزعة بين القانون المدني وقانون العقوبات، دون أن ننسى ما جاء به قانون حماية الطفل عندما أبرز هذا الأخير لدور ومكانة الأسرة بالنسبة للطفل، وما يقع على الوالدين من واجبات خاصة في بابه الأول المتضمن أحكام عامة.

(4) _ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 17، 18.

(5) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 54.

ولعلّ ما يدعم اعتقادنا هو مجموعة الإجراءات التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية والخاصة بالولاية على النفس والولاية على المال وفصل بين إجراءات كل ولاية على حدى، والتي كلها تستند إلى قانون الأسرة وتهدف إلى تفعيل قواعده.

سوى أننا نحبذ لو سار المشرع الوطني على نهج نظيره المغربي إذ كان واضحا وصريحا حول مشتملات الولاية لتفادي أي التباس بشأنها وذلك بموجب المادة 233 من مدونة الأسرة بنصها: «للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله...»⁽¹⁾ وذلك على الرغم من أنه خص ولاية التزويج بنصوص ضمن أحكام الزواج، إلا أنه لم يمنعه من التنصيص على الولاية على النفس ضمن أبواب الولاية.

كما قدم الفريق الذي سرنا على رأيه عدة حجج: أولها عمومية النص، وثانيها أن نص المادة 87 سواء قبل تعديله أو بعد ذلك يمنح الولاية للأب، وقد افترض فيه أنه منحه الولاية على النفس والمال معا، فلا وجود لنص آخر يمنحه صراحة الولاية على النفس⁽²⁾.

وحاصل القول أن هذا البحث سيسري على اعتبار أن الولاية الممنوحة بموجب المادة 87 إنما هي ولاية كاملة وشاملة للولاية على المال والنفس معا ما عدا ولاية التزويج والتي يتم بحثها بصفة مستقلة.

وبذلك فقد حدد المشرع الأولياء على النفس -أي ولاية الحفظ- والمال ابتداء في الأب والأم، ولم يحدد بعدهما باقي الأولياء المستحقين لها تاركا فراغا تشريعيًا. بيد أنه منحها بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 87 لمستحقي حضانة الأولاد في حالة الطلاق.

ويظهر من تحديد الأولياء بهذا الشكل أنه يخلق خلطا بين النصوص والأحكام، كما يثير إشكالات قانونية وشرعية وذلك للأسباب التالي شرحها:

- أن الأم تصبح وليا على النفس والمال عند وفاة الأب. فهل نجد لذلك سندا شرعيا؟ بل الأكثر من ذلك فإن المشرع منح الأم الولاية بذلك الشكل في حالة الطلاق باعتبارها الحاضنة

(1) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(2) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص54.

مع وجود الأب واستعداده وصلاحيته لممارسة الولاية، مع التزامه بالنفقة على الولد المحضون. ألا يعتبر ذلك مخالفا لقواعد المنطق والعدالة؟⁽¹⁾.

ولعلّ تبرير موقف المشرع يعود إلى أن هذا النص في ثوبه الجديد جاء مستجيبا لمقتضيات العصر ودور المرأة الكبير في جميع المجالات، ومتطلبات الجمعيات النسائية ومسايرة التغيير الذي عرفته الأسرة الجزائرية على تركيبها وبنيتها وتحولها من أسرة يترأسها الزوج إلى أسرة قوامها التعاون والتآزر بين الزوج والزوجة، وكذلك من أجل مواكبة الاتفاقيات الدولية خاصة منها المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والطفل⁽²⁾.

وبالرغم من هذا التبرير الذي أتى به المشرع، فإننا نتساءل عن الأساس الشرعي الذي استند إليه في ذلك؟

وبالبحث في موقف الشرع الإسلامي، لا نجد عندهم ولاية للأُم بالشكل الذي وضعه التشريع الوطني، فالفقهاء يعتبرون أن الولي الذي له ولاية النفس هو ذلك الذي له ولاية الحفظ وولاية الاختيار في الزواج، ويفرقون بينه وبين الولي الذي تثبت له ولاية الإجماع. وكلّها تكون للعصبات، ماعدا الحنفية الذين لا يفرقون بينهما⁽³⁾، فعندهم يعتبر الأولياء الذين تثبت لهم الولاية على النفس تثبت لهم ولاية الحفظ والصيانة والتزويج، وبالتالي كل ولي مجبر عندهم⁽⁴⁾، ولذلك يقول أبو حنيفة بولاية الأم في التزويج لكن كآخر مرتبة بعد انعدام العصبية مطلقا، لكن هي الأولى من ذوي الأرحام، لأن العصبية ليست بشرط لثبوت ولاية النكاح، وإنما هي شرط

(1) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص62.

(2) _ وهو ما عرفته من خلال اطلاعي على شبكة الأنترنت فيما يخص موجة تغييرات قوانين الأحوال الشخصية، وكذا من خلال اطلاعي على التصويت على مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، (الجريدة الرسمية للمداولات رقم 142، السنة الثالثة المؤرخة في 28 مارس 2005)، ص6-8.

(3) _ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص73، 74، 77، 78، 87.

(4) _ لأن ولاية التزويج عندهم هي ولاية نذب واستحباب، وأما ولاية الحتم والاستبداد فلا تثبت إلا على الصغير والصغيرة والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص357.

التقدم على قرابة الرحم⁽¹⁾، مخالفاً بذلك اتفاق الفقهاء على شرط ذكورة الولي⁽²⁾. وأما في ولايتها على المال، فيرى الفقهاء أنه لا ولاية للأُم على المال، ماعدا الشافعية والمالكية أجازوا ذلك بشرط الإيصاء لها ممن لهم ولاية⁽³⁾.

وردّ الشافعية على من يرى عدم صحة الإيصاء للمرأة أنه الغالب فيها الأمانة وجواز الشهادة مستدلين بحديث النبي -عليه الصلاة والسلام- عندما قال لهند: «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف»⁽⁴⁾. الذي جعلها القيّمة على أولادها في النفقة عليهم، بالإضافة إلى أن النبي -عليه الصلاة والسلام- خرج في بعض المغازي وأودع أموالاً عند أم أيمن -رضي الله عنها- فدّل ذلك على جواز استنابة المرأة في المال وعلى الأطفال⁽⁵⁾.

ولعلّ المشرع الجزائري قد وجد في رأي الفقهاء القائلين بولاية المرأة ولو على سبيل الاستثناء وحججهم في ذلك دافعا وسندا لمنحه الولاية للأُم بهذا الشكل. فلو افترضنا أن المشرع وجد تبريره بمنح الولاية للأُم، فما هو تبريره بمنح الولاية للحاضن في حالة الطلاق وكان غير الأب والأم؟

إذ قررت المادة 87 في فقرتها الأخيرة أنه: «في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت إليه حضانة الأولاد»⁽⁶⁾، فيمنح القاضي الولاية -على النفس والمال- بمجرد إسناد

(1) _ محمد الحصكفي، الدر المختار، مرجع سابق، ص611. الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص68، 69. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص356. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص44.

(2) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص954، عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص44.

(3) _ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص281، 282، 283. بالنسبة للمالكية راجع: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص301. وبالنسبة للشافعية راجع: الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج8، ص331 وما بعدها.

(4) _ البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج2، ص113. حديث رقم 2211، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة.

(5) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج8، ص331، 332.

(6) _ (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

الحضانة لمستحقيها طبقا للمادة 64 من قانون الأسرة⁽¹⁾. بالرغم من أن قواعد إسناد الحضانة تختلف عن قواعد استحقاق الولاية، وليس للقاضي إذن بحث شروط منح الولاية، ويؤدي ذلك إلى عدم الانسجام بين النصوص وإلى تناقضها في تحديد وكذا ترتيب الأولياء⁽²⁾. كما أن هذا الإسناد غير منطقي وغير مقبول شرعا كون الولي الشرعي موجود وخال من موانع الولاية فالمفروض عدم جواز نقل الولاية إلى غيره.

ونختم هذه الفقرة بعتاب آخر على المشرع الوطني، والمتمثل في إغفاله التنصيص صراحة على كون القاضي وليا مع باقي الأولياء المحددين بموجب المادة 87، كما فعل في ولاية التزويج، فكان الأولى والأفضل التنصيص صراحة على ذلك، كما فعل نظيره المشرع المغربي بموجب المادة 230 من مدونة الأسرة بتصريحه: «الولي هو الأب والأم والقاضي...»⁽³⁾. إلا أن ذلك لا يجب أن يفهم منه أن القاضي في التشريع الجزائري لا يكون وليا إلا في ولاية التزويج، بل إن له سلطات ولائية استنادا لولاية القضاء على مذهب الشرع الإسلامي، يمارسها في جميع مسائل الأحوال الشخصية، خصوصا في مسائل الولاية بشقيها على النفس والمال، وهو ما يستتف من خلال أحكام متفرقة ضمن قانون الأسرة، وبموجبها تكون للقاضي سلطات ولائية تتجلى من خلال رقابته على الولاية وشروطها، وأيضا من خلال تعيين الأولياء والأوصياء وإسقاط الولاية عنهم، ومنح الأذن من عدمه كالإذن بزواج القصر، والإذن بالتصرف في أموال المولى عليهم....، فكلها أحكام وغيرها تضمنها قانون الأسرة وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتناولها بشيء من التفصيل في حينها.

(1) _ وهو المبدأ الذي سارت عليه المحكمة العليا في قرارها: قرار رقم 476515، الصادر بتاريخ 14/01/2009، غرفة الاحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2009، ص265.

(2) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص60-62. وقد حددت المادة 64 من قانون الأسرة مستحقي الحضانة ومراتبهم كما يلي: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة». (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

(3) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

وعلى ضوء ما سبق يتبين الترتيب القانوني للأولياء على النفس والمال، بجعل المرتبة الأولى للأب، موافقا للشرع الإسلامي، وولاية الأب بهذا الشكل تعرف بالولاية الشرعية أو الولاية الطبيعية أو الولاية الأصلية، فهي تثبت له بالولادة، فلا يجوز له التخلي عنها أو تجريده منها إلا بمبرر شرعي وبحكم قضائي، وتبرير منح الولاية للأب على أولاده بهذا الشكل، لوفور شففته وعطفه ورحمته على أولاده، فهو أقرب الناس إليهم والأحرص على تحقيق مصالحهم الشخصية والمالية⁽¹⁾.

وأما المرتبة الثانية في الولاية بعد الأب هي الأم، والتي تكون لها الولاية حسب المادة 87 في ثلاث حالات وهي:

الحالة الأولى: وهي حالة وفاة الأب، سواء كانت وفاة حقيقية أو وفاة حكومية⁽²⁾، فتنتقل ولاية الأولاد القصر إلى الأم، بقوة القانون⁽³⁾، وتكون ولايتها سواء بولاية الأب.

الحالة الثانية: وتتمثل في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، حسب الفقرة الثانية من نص المادة 87، أين تحل الأم محل الأب في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد فقط، إلا أن المشرع لم يبين ما المقصود بحالة الغياب أو المانع الذي يصيب الأب، كما لم يحدد ماهية الأمور المستعجلة، بالإضافة إلى أن طبيعة ولاية الأم في هذه الحالة غير واضحة هل هي قانونية تثبت لها بقوة القانون، أم تحتاج إلى حكم قضائي لإقرارها؟⁽⁴⁾.

ولعل المشرع تعمد عدم التفصيل في بيان تلك الحالات التي تكون الأم فيها ولية على أولادها القصر، حتى تشمل ولايتها كل ما يحول دون ممارسة الأب ولايته كمرضه، أو غيبته لمكان مجهول، أو سجنه، لكن ما يجلب الانتباه له هو أن هذه الفقرة خولت الأم القيام بالمصالح المستعجلة لأولادها فقط، حسب ما يمنحه إياها الأمر الاستعجالي، وذلك لاعتبار

(1) _ أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص 291، 292. وهو نفس التبرير الشرعي، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 583. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 65.

(2) _ والمقصود بها التصريح بالوفاة بموجب حكم قضائي كالحكم بموت المفقود حسب الشروط المحددة بالمادة 113 من قانون الأسرة، وهو ما سنفصل فيه في حينه.

(3) _ عبد الفتاح تقي، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 54.

(4) _ المرجع نفسه، ص 56، 58.

امكانية عودة الأب الذي له الولاية الأصلية.

وبناء عليه نعتقد أن الحالات المقصودة في هذا النص هي تلك التي لم ينص عليها القانون، أما تلك المنصوص عليها قانونا كغياب الأب وفقده بمفهوم المادتين 109 و 110 من قانون الأسرة، فإن ولاية الأب تنتهي، وبما أنها انتهت وإن كان له الحق في استرجاعها بعودته- فإن الولاية تنتقل إلى غيره من الأولياء أو الأوصياء أو المقدمين طبقا لقواعد النيابة الشرعية، وهذا الانتقال وإن كان مؤقتا إلا أنه انتقال لكامل الولاية وليس فقط لولاية الأمور المستعجلة، والأمر سيان بالنسبة للأب المحجور عليه لنقص أو انعدام أهليته، بل وأيضا في حالات الحكم على الأب بعقوبة الحجر القانوني وإسقاط الولاية عنه.

كما أن غيبة الأب في مكان معلوم ككونه مسافرا لعمل أو علاج أو غيره، فيظل في هذه الحالات هو الولي على أبنائه، وإن لم يستطع ممارستها فيمكنه أن يفوض ذلك للأم عن طريق وكالة خاصة⁽¹⁾.

ولذلك فالحالات التي تدخل في نطاق هذه الفقرة حسب رأينا هي تلك الحالات التي تحول دون ممارسة الأب ولايته ولم ينص عليها القانون، كغيبة الأب في مكان مجهول دون أن تبلغ مدة غيبته المدة اللازمة للحكم بفقده، أو تعذر الاتصال به إذا كان غائبا في مكان معلوم أو رفض توكيل الأم القيام بأمر مستعجل طرأ على أحد أولاده القصر.

لكن الإشكال في هذه الفقرة هو أنها لم تمنح صراحة السلطة للقاضي في التأكد من توفر حالة الاستعجال المتعلقة بالأولاد، ولا في قيام المانع وتوفير الغيبة في الأب، حتى يخول ذلك للأم، فيرى عبد الفتاح تقيّة -ونؤيد رأيه- ضرورة تعديل هذه الفقرة حتى يمكن للقاضي تولي هذه المهمة لمصلحة هؤلاء الأولاد القصر، واقترح صياغة جديدة لها كما يلي: «وفي حالة غياب الأب بسبب الظرف القاهر وحصول مانع له، يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضته بأن تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة

(1) _ ملكة الغنام، مرجع سابق، ص130.

المتعلقة بالأولاد القصر إذا اقتضت مصلحتهم ذلك»⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: وتتمثل في حالة الطلاق حسب الفقرة الأخيرة من المادة 87، إذ خول النص للأم الولاية على أبنائها القصر في حالة الطلاق ويشترط إسناد حضانتهم لها، ويكون ذلك بموجب حكم قضائي، وهو ما انتهجته المحكمة العليا في قراراتها إذ قضت بأن إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق، دون منح الولاية لها، خرق للقانون⁽²⁾.

وهكذا خول قانون الأسرة الولاية للأم على أبنائها القصر، بعد الأب فجعلها في المرتبة الثانية، كما قدمها في الولاية على المال على وصي الأب ووصي الجد.

-ذلك أن للوصي ولاية على المال فقط كما سنوضحه في حينه -وهو ما يستشف من المادة 92 من قانون الأسرة بنصها القائل: «يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...»⁽³⁾.

ومرة أخرى، فإن هذا النص يبين وأن المشرع وقع في خلط في تحديد الأولياء وترتيبهم نتيجة عدم التنسيق بين النصوص القانونية، ذلك أنه منح للجد ولاية تعيين وصي، كما منحها للأب دون الأم، فمن جهة اعترف للأم بموجب المادة 87 الولاية على المال مسايرا للتشريع الفرنسي ومخالفا لأغلب الفقه الإسلامي - كما سنرى -ومن جهة أخرى سلب منها سلطة تعيين وصي، مقدما عليها في ذلك الجد⁽⁴⁾، وأدى هذا التناقض بين الأحكام إلى عدم فهم محتوى المادة 92 وسوء تطبيقها قضائيا، إذ نجد قرارا للمحكمة العليا قضت فيه: «على اعتبار أن الولد القاصر ليست له أم ولا أب وبحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة»⁽⁵⁾، فاعتبرت المحكمة وأن الجد يصبح وصيا آليا بحكم القانون بمجرد وفاة الأب والأم، ولو لم

(1) _ عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 59.

(2) _ قرار رقم 476515 الصادر بتاريخ 2009/01/14، قرار سبق ذكره.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ سناء نجوم قندوز، مرجع سابق، ص 161، بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 223.

(5) _ قرار رقم 363794، الصادر بتاريخ 2006/05/17، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 02،

لسنة 2006، ص 461.

يوص له الأب بذلك، ولعلّ السبب في ذلك هو اقتناعها بأن الجد يعتبر وليا ضمنيا مادام تقرر له حق الإيضاء، الذي يعتبر من حقوق وسلطات الولي الأصلي.

ولذلك كان الأولى بالمشرع الوطني أن يعدل عن ولاية الجد في تعيين وصي نهائيا، أو أن يجعله أحد الأولياء الشرعيين مع الأب والأم، مع منح ولاية تعيين وصي للأُم صراحة في المادة 92 كما فعل نظيره المشرع المغربي بموجب المادة 238 من مدونة الأسرة المغربية، إذ منح للأُم ولاية تعيين وصي على أبنائها القصر ولها أيضا أن ترجع عنها⁽¹⁾.

كما كان عليه أيضا وبمناسبة تعديل المادة 87 بموجب الأمر 05-02 والذي يعتبر تغييرا مهما في مسائل الولاية، أن يعدل باقي النصوص القانونية لتتماشى مع هذا التغيير لتتكامل وتتسجم فيما بينها. فبالإضافة إلى التناقض الذي وقع فيه في مسألة الإيضاء، نجد أيضا تعارضا وعدم انسجام بين الفقرة الأخيرة من المادة 87 التي تمنح الولاية للحاضن والمادة 64 التي تعطي ترتيبا آخر للحواضن ولا يتناسب مع ترتيب الأولياء فلا نجد بينهم تحديدا للجد وليس له أي دور في ذلك بل يكون لمستحقي الحضانة التقدم عليه، وكل ذلك ناتج عن ربط الحضانة بالولاية ولذلك نقترح على المشرع أن يعدل الفقرة الأخيرة من المادة 87 بأن يربط الحضانة بالولاية فقط بالنسبة للأب والأم لتكون كالتالي: «وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد من الوالدين».

(1) _ أحمد نصري الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص 295.

• وهو ما قرره المادة 238 بقولها: «...يجوز للأُم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصالها...». فقد أحسن المشرع المغربي بتحديدته للأولياء وترتيبهم والذي كان تحديدا صريحا ودقيقا، حسب المادة 231 والتي قضت بمايلي: «صاحب النيابة الشرعية:

-الأب الراشد

-الأم الراشدة عند عدم وجود الأب.

-وصي الأب.

-وصي الأم.

-القاضي.

-مقدم القاضي». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

وختلاصة القول أن ترتيب الأولياء على النفس والمال في التشريع الجزائري يكون كما يلي:
الأب وبعده الأم، ثم لم يحدد المشرع من بعدهما لتؤول إليه الولاية، ثم منحها للحاضن في حالة الطلاق. على أنه في الولاية على المال وحسب مقتضيات المادتين 92، 99 من قانون الأسرة وبالإضافة إلى ولاية الأب والأم يأتي بعدهما وصي الأب، فوصي الجد، ثم وصي القاضي أي المقدم، ذلك أن المشرع جعل من الوصي والمقدم أولياء على المال فقط. وهكذا ترتيب لا نجد له مستندا في الشرع الإسلامي، كون أن أغلبية الفقه لا يولون المرأة أو الأم على المال ماعدا المالكية والشافعية بشرط الإيصاء لها، بالإضافة إلى أن منح ولاية تعيين الوصي للجد دون أن يمنحه الولاية لم نجده عند الفقهاء، فإما أن يكون الجد وليا مثل ما أخذ به الشافعية، أو يجعلون له ولاية عن طريق الإيصاء له من الأب كالمالكية، وأما الحنفية فيرون عدم ثبوت ولاية التصرف في المال للمرأة وإن كانت أما ولا لوصيها على عكس ولايتها بالنفس⁽¹⁾.

بينما نستحسن سير المشرع على النهج الإسلامي بأن جعل الأب أولى الأولياء على المال، وهو ما نوضحه من خلال هذا العرض الموجز لترتيب الأولياء على المال عند الفقهاء:

فالحنفية وبعد تولية الأب على المال، يجعلونها من بعده لوصيه، وليس لمن دون هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله، ثم تكون لوصي وصيه، ثم الجد، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي، أي وصي القاضي⁽²⁾، بينما قال الحنابلة تثبت هذه الولاية للأب ثم لوصيه ثم للقاضي أو من يقيمه، ماعدا إذا كان المولى عليه محجورا عليه لسفه وطراً عليه بعد بلوغه فلا ينظر في ماله إلا الحاكم⁽³⁾، ووافقهم المالكية في عدم رؤيتهم للجد حقا في الولاية، فتكون عندهم للأب، ثم وصيه، فوصي وصيه، وعند عدمهم تكون للقاضي أو لمن يعينه⁽⁴⁾ وخالفهم الشافعية بأن جعلوا الولاية للأب ثم للجد ثم

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص590.

(2) _ محمد الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، مرجع سابق، ص611. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص589، 590. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص749.

(3) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص612.

(4) _ شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، 1994، الجزء الثامن، ص240.

لمن يوصي إليه المتأخر منهما ثم القاضي أو أمينه⁽¹⁾.

ثانياً: تحديد أصحاب الحق في ولاية التزويج: فرّق المشرع في تحديد أصحاب الحق في ولاية التزويج بين المرأة الراشدة وبين القاصر بموجب المادة 11 من قانون الأسرة⁽²⁾. فقد أسند الأمر في زواج المرأة العاقلة البالغة لنفسها وسواء كانت بكراً أم ثيباً فلها أن تعقد على نفسها أو توكل ذلك لمن تختاره من الأولياء، وهذا الاختيار للأولياء جاء مطلقاً دون تقييد⁽³⁾، كما أن دور هذا الولي يتمثل في مجرد الحضور وليس التولية، بل يمكن أن يكون هذا الولي امرأة ما دام للراشدة حق الاختيار المطلق، استناداً إلى أن المشرع استعمل مصطلح "شخص"⁽⁴⁾، الذي يسري على الرجل والمرأة على السواء.

وللمشرع في ذلك مستندا في الفقه الإسلامي يتمثل في مذهب الحنفية الذين يرون أن المرأة

(1) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص367. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص161. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص750.

(2) _ ونصها: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له»، (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

(3) _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص248، 249. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2007، ص68، 69، 70. فضيل العيش، مرجع سابق، ص18، لحسين بن الشيخ، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص48.

• وقد قضت المحكمة العليا: أن رفض دعوى اثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي مخالفة للقانون. في قرارها الصادر بتاريخ 2001/1/23 ملف رقم 253366 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية، العدد02، لسنة 2002، ص440.

(4) _ الشخص في اللغة: يطلق على سواد الإنسان وغيره تراه من بُعد، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص806. كما يقصد بالشخص في سائر علوم الاجتماع عدا القانون بالإنسان. فضيل العيش، مرجع سابق، ص88. وأما في علم القانون فيقصد بالشخص: «الشخص القانوني الذي يتمتع بالشخصية القانونية أي من يكون صالحاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات»، ووجب التمييز بين الشخصية التي تعبر عن الصلاحية المجردة لاكتساب الحقوق وتحمل بالالتزامات، وبين أهلية الوجوب التي هي الصلاحية الواقعية لذلك، والتي يتصور أن تكون ناقصة. رياض النعمان، كتاب المعجم القانوني، (من حرف الشين إلى حرف الباء)، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2013، ج2، ص877.

إذا بلغت عاقلة حرة، فقد صارت ولية نفسها في النكاح، وولايتها هي ولاية نذب واستحباب⁽¹⁾، فهم يرون بضرورة الولي إلا بالنسبة للصغيرة وللكبيرة المجنونة على خلاف الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة، الذين هم على وجوب الولي في النكاح⁽²⁾. والحال كذلك فلا مجال للحديث عن ترتيب الأولياء في زواجها.

وعلى خلاف المرأة البالغة، فإن المشرع حدد أولياء تزويج المرأة القاصر بموجب النص أعلاه تحديدا ملزما ومرتبيا كما يلي: الأولوية للأب مسائرا للفقهاء الإسلامي، فأحد الأقارب الأولين ثم القاضي عند انعدامهم جميعا. على أنه لم يحدد صفة هؤلاء الأقارب ودرجاتهم مكتفيا بوضع معيارا عاما وغامضا في ذلك والمتمثل في القرابة. فيقدم الأولياء بعضهم على بعض بدرجة القرابة دون تحديد مفصل لهم، فهل معنى ذلك أن الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي في اختيار الولي في حال التساوي في درجة القرابة؟ أم على أي أساس يختار بينهم؟ وهل ينظر في ذلك في شروط الولاية؟ أم على القاضي تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة ما لم يرد عليه النص في هذا القانون؟ وإذا رجع القاضي لأحكام الفقه الإسلامي فأبي المذاهب يعتمد؟ خاصة وأن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم في ترتيب الأولياء كما سنرى، فهل يعتمد على المذهب المالكي باعتباره المذهب المعمول به عرفا، أم يعتمد على مذاهب أخرى، ما دام أن المشرع الجزائري اعتمد في بعض المسائل على المذهب الحنفي كما في مسألة عدم ثبوت ولاية التزويج على البالغة الراشدة؟

كلها أسئلة تركها المشرع لسلطة تقدير القاضي في حال الخلاف، ولذلك وجب عرض ترتيب الفقه الإسلامي في ولاية التزويج.

فعند الحنفية كما علمنا أنه لا وجود لولي غير مجبر، فكل ولي مجبر، لكنه مختص

(1) _ محمد الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، مرجع سابق، ص183. الكاساني، البدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص369، 373.

(2) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص949. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص42.

بإجبار الصغيرة سواء كانت ثيا أم بكرا والصغير والمجنون والمجنونة الكبار⁽¹⁾، فيزوجهم كل من له ولاية من أب وقريب وغير ذلك⁽²⁾ على الترتيب التالي: فشرط التقدم عند الحنفية اثنان: العسوية، فتقدم العسبة على ذوي الرحم سواء كانت العسبة أقرب أو أبعد، وقرب القرابة يتقدم الأقرب على الأبعد سواء كان في العصاب أو في غيرها، وعند عدم العصابات تثبت الولاية لذوي الرحم الأقرب يتقدم الأبعد⁽³⁾. والمعتبر عندهم: الأب وهو أولى الأولياء، ثم الجد أبو الأب، وكذلك الأجداد وإن علوا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب، ثم أولادهم على هذا الترتيب ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب....، وهكذا، فإن لم يكن واحدا منهم فمولى العتاقة⁽⁴⁾ الرجل والمرأة سواء، ثم ذوو الأرحام، ثم السلطان، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي⁽⁴⁾.

بينما يفرق الجمهور بين الولي المجرى والولي المخير، ويقدمون الولي المجرى على غيره فلا ينازعه أحد⁽⁵⁾، فتثبت ولايته تلك عند المالكية على البكر صغيرة كانت أو كبيرة كما تثبت على الثيب الصغيرة دون الكبيرة، بخلاف الشافعي⁽⁶⁾ فلا تثبت عنده ولاية الإجماع على الثيب سواء كانت كبيرة أو صغيرة، لأن موجب الإجماع عنده هو الصغر في الغلام، وفي الجارية

(1) _ محمد الحسكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، مرجع سابق، ص183. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص357.

(2) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص945.

(3) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص376، 378.

⁽⁴⁾ - الولاء نوعان: ولاء عتاقة وولاء مولاة: ولاء العتاقة عند الفقهاء هو عسوية متراخية عن عسوية النسب، تمنح للمعتق ولعصبته الذكور من بعده الإرث والعقل وولاية أمر النكاح والصلاة على من أعتقه. واسم مولى العتاقة يقع على المعتق وعلى العتيق، وقيل: هو من له ولاء العتاقة وهو المعتق، أما ولاء المولاة فهو أن يعاهد شخص شخصا آخر على أنه جنى فعلية أرشه، وإن مات فميراثه له، واختلف الفقهاء في حكم عقد المولاة ومدى ثبوت الولاية، أي اختلفوا في أن ثبوت نفس الإسلام على يد رجل سبب لثبوت الولاء له، أم أن السبب هو العقد بالإيجاب والقبول. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص121، 128، 131.

(4) _ الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص68، 69، 70.

(5) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج41، ص275.

(6) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص941، 942، 943.

البكارة سواء كانت صغيرة أو كبيرة⁽¹⁾، بينما يري الحنابلة أن ولاية الإجمار تثبت على البكر الصغيرة، والأغلب على البكر الكبيرة ففيها روايتان، والحال نفسه بالنسبة للثيب الصغيرة الأقل من تسع سنوات، أما من بلغت تلك السن فلا تزوج إلا بإذنها وكذلك الثيب الكبيرة فلا إجمار عليها⁽²⁾، وهذا الاختلاف بين الفقهاء راجع لاختلافهم حول موجب ولاية الإجمار، إما العقل أو البكارة أو كلاهما، ولكل فريق حججه ودلائله من الكتاب والسنة والمعقول.

كما اختلفوا في تحديد الأولياء الذين تثبت لهم ولاية الإجمار، فجعلت للأب والجد عند الشافعية والحنابلة⁽³⁾، غير أنهم خالفوا الشافعية في إجازة الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبرا أو غيره وهو ما قرره المالكية في منحهم لوصي الأب الإجمار إذا عين الأب الزوج⁽⁴⁾، وزادوا عليهم بإضافة هذا الحق أيضا لولي اليتيم، إلا أنهم قصره للأب فقط دون الجد⁽⁵⁾.

والأمر سيان بالنسبة لترتيب باقي الأولياء غير المجررين فاختلفت المذاهب حسب التفصيل الموالي: فعند المالكية، فإن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن، فمن كان أقرب عصابة كان أحق بالولاية، والأبناء عندهم أولى وإن سفلوا، ثم الآباء، ثم الإخوة للأب والأم، ثم للأب، ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط، ثم الأجداد للأب وإن علوا، ثم العمومة على ترتيب الإخوة ثم المولى، ثم السلطان، والوصي عندهم أولى من ولي النسب (وصي الأب)، وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا، كما قال أيضا الجد أولى من الأخ، وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم في من هو أقرب هل الجد أو الأخ⁽⁶⁾، وعند الشافعي ليس للوصي ولاية

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص357.

(2) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج9، ص398، 406، 407.

(3) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج9، ص52. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص942.

(4) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج9، ص345. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص945.

(5) _ مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ج2، ص155.

(6) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص956، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص378.

النكاح والمعترك الذكر⁽¹⁾.

أما الحنابلة فيعتبرون أحق الناس الذين لهم ولاية النكاح في إنكاح المرأة الحرة أبوها لأن الولد موهوب لأبيه، ثم أبوه وإن علا، وإن اجتمعوا فأولاهم أقربهم، فيقدم الأب على الجد، ثم ابنها ثم ابنه، وإن نزل يقدم الأقرب فالأقرب، ثم أخوها الشقيق ثم الأب ثم بنوهم وإن نزلوا، ويقدم منهم الأقرب فالأقرب ويقدم ابن الأخ لأبوين على ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق وهكذا على نفس الترتيب، فأقرب العصابات حسب ترتيب الميراث ثم المولى ثم السلطان⁽²⁾، لكنهم قدموا وصي الأب عليهم جميعا بعد موته⁽³⁾.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري وافق الشرع الإسلامي بجعل الولاية للأب كأصل عام وحقا شرعيا طبيعيا لا ينزع منه إلا بحكم قضائي، أما فيما يخص جعله الولاية للأب بعد الأب في حالة وفاته أو عجزه عن القيام بها، فأمكن القول أنه حاول إيجاد السند الشرعي في ذلك، من خلال محاولته التوفيق بين ما أخذ به الفقهاء، إذ وجدنا تبريرات بعض المذاهب والتي تسند ما تبناه التشريع الوطني، كما في ولاية المرأة على المال بالإيصاء عند الشافعية و المالكية.

غير أن اسناد المشرع الولاية للأب في حالة الطلاق، والأب حي يرزق وبكامل قدراته على ممارسة الوظيفة الولائية، وإن كان مخالفا للقاعدة الأساسية الشرعية، أن الولاية الأصلية والطبيعية تكون للأب إلا أننا يمكن أن نجد له مبررا بكونه موافقا لمتطلبات العصر والحاجة⁽⁴⁾،

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص389،383.

(2) _ المرجع نفسه، ج3، ص378.

(3) _ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص24.

(4) _ وهذا ما لاحظته من خلال اطلاعي على شبكة الأنترنت، إذ تبين أن التشريعات المغاربية (الجزائر، تونس، والمغرب)، عدلت من قوانينها خاصة المتعلقة بالأسرة والمرأة والطفل، وتبريراتها في ذلك هي تغير الظروف الاجتماعية وخروج المرأة للعمل وقدرتها على تسيير الأموال وإدارتها، وممارستها لوظائف ولاتية، بالإضافة إلى كونها الأحرص على مصالح أبنائها وشفقتها عليهم ورعايتهم والعناية بهم، فمن الأولى أن تكون لها الولاية عليهم... بالإضافة إلى الحاجة الملحة لمسايرة التطور في مجال حقوق المرأة والطفل...

أنظر: التصويت على مشروع القانون رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق، ويمكن الاطلاع عليه بالموقع: www.aph. Dz/ ar/ textes de- lois- ar.

وكذلك تقرير لجنة التشريع بمجلس النواب (تونس) بالموقع: www.arp.tn

وأخيرا دليل عملي لمدونة الأسرة لوزارة العدل المغربي بالموقع: adala.justice.gov.ma

تاريخ الاطلاع على المواقع: 20 أوت 2019، على الساعة: 20h30.

خاصة الأمهات الحاضنات اللاتي يعانين من تعسف الآباء في تأدية مهامهم الولائية لعدم مسؤوليتهم، أو لانشغالهم بحياة أخرى جديدة أو لإشفاء غليلهم من طليقاتهم على حساب أبنائهم، وكل ذلك إنما راجع لبعد الناس عن النهج والأخلاق والتربية الإسلامية وعدم التقيد بأحكام الشرع الإلهي، بالإضافة إلى الحالات التي تكون فيها بعد المسافة عائقا لأداء الآباء لمسؤولياتهم اتجاه أبنائهم ماديا ومعنويا.

لكن ما عاتبناه على المشرع هو ما قرره بموجب الفقرة الأخيرة للمادة 87 والتي تمنح الولاية للحاضن، وكان غير الأب والأم، فوجدناه غير منطقي ومخالفا لقواعد الطبيعة والعدالة، كما أنه خلق خلط وعدم انسجام بين النصوص القانونية والأحكام الشرعية خاصة في مسألة تحديد وترتيب الأولياء الذي يتم بقواعد وأحكام قانونية شرعية محددة تختلف عن قواعد وأحكام تحديد وترتيب مستحقي الحضانة، ولذلك أوردنا توصيات بضرورة تعديل نص المادة 87 وأيضا تعديل بعض النصوص التي تكون لها علاقة بمشتملات الولاية والحرص على الوضوح في النصوص القانونية اقتداء بالتشريع المغربي في بعض من نصوصه.

الفرع الثاني: شروط أصحاب الحق في الولاية

لما كانت الوظيفة الولائية تهدف إلى رعاية المولى عليه والقيام بشؤونه، وفعل الصالح والأصلح له، وجب توفر مجموعة من الشروط في صاحب الحق فيها، فتراعى صلاحية الولي للولاية، ومصلحة المولى عليه في ماله ونفسه.

وبالرغم من أهمية تحديد تلك الشروط، إلا أن قانون الأسرة لم ينص عليها ضمن مباحث الولاية الأصلية، والغريب أن المشرع سنّ مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الوصي والمقدم بموجب المادة 93 -باعتبارهما يخضعان لنفس النظام القانوني-، مع أنّ ولايتهما ولاية مكتسبة مستمدة من الولاية الأصلية. كما نظم أيضا شروط الكافل بموجب المادة 118، والحاضن بمقتضى المادة 63. فكان الأولى التنصيص على شروط استحقاق الولاية، لأنها صفة تمنح بشروطها لكل من يتولاها بغض النظر عن الصورة التي تتم بواسطتها.

إلا أن ذلك لا يعني أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار مجموعة من الشروط الضرورية في صاحب الحق في الولاية، ويتبين جليا من خلال بعض التطبيقات القضائية للمحكمة العليا التي تراعي تلك الشروط، استنادا لقواعد المنطق والعدالة والإنصاف، بالإضافة إلى أحكام الشرع الإسلامي والتي جعلها المشرع المصدر الأول والمباشر لقانون الأسرة من خلال المادة 222. كما يمكن استنتاج بعض الشروط الأساسية من خلال المادة 91 والمتعلقة بأسباب انتهاء الولاية على اعتبار أن السبب المؤدي إلى انتهاء الولاية، فهو شرط لقيامها.

وبناء عليه أمكن استخلاص جملة من الشروط والمتمثلة في: كمال الأهلية، الإسلام، القدرة على ممارسة الولاية، وأخيرا شرط الذكورة، ونفصل فيها فيما يلي:

أولا: كمال الأهلية: يجب أن يكون الولي بالغا سن الرشد القانوني، والمحدد بتسعة عشر سنة كاملة ومتمتعا بقواه العقلية، لم يصبه أي عارض أو مانع للأهلية حسب شروط التكليف طبقا للمادة 40 من القانون المدني، وإلا كان عاجزا عن تولى أمور نفسه غير مكلف، والمقرر أنه من لا يستطيع تولى شؤونه بنفسه لا يكون له ولاية على غيره⁽¹⁾.

وهو ما يؤكد قانون الأسرة في المادة 91 عندما قضت بانتهاء الولاية بالحجر على الولي، فكمال الأهلية إذن من شروط قيامها ما دام نقصانها أو انعدامها سبب لانتهائها، وهو ما استقر عليه الفقه الإسلامي، بضرورة صحة تكليف الولي، لأنه لو لم يجر عليه القلم لصغر أو جنون، فلا ولاية له⁽²⁾.

ويتصل بشرط كمال الأهلية الرشد، وهو الصلاح في التصرف في المال، أي عدم إنفاقه في غير مصلحة، وعدم تضييعه بالتبذير والإسراف⁽³⁾، فالرشد ضد السفه، والسفه في القانون يؤدي إلى توقيع الحجر على السفيه، وبذلك يمنع عنه ماله، ومن لا ولاية له على ماله، فلا ولاية له على مال غيره، بينما تبقى له الولاية على النفس، سوى أن فقهاء الشرع الإسلامي

(1) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 120. محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 57. خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 35. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 100.

(2) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 8، ص 332. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 584.

(3) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 425.

اختلفوا حول مدلول الرشد، والسبب في ذلك هو أن الرشد عندهم نوعان في المال، وفي التزويج: في اختيار الكفاءة للمرأة، فإن اشترط الرشد للتزويج لا يشترط معه الرشد في المال⁽¹⁾.

ثانياً: الإسلام: إن المشرع الأسري لم ينص على هذا الشرط، وهو شرط أساسي وشرعي، لأن القاعدة الشرعية تقضي بأنه لا ولاية للكافر على المسلم استناداً لقول الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ (سورة النساء، الآية: 141)، وهو ما اتفق عليه الفقهاء⁽²⁾. إلا أنه توجد عدة دلائل قوية توحى بانتهاج المشرع الأسري لتلك القاعدة الشرعية واعتباره شرط الإسلام أمراً بديهيًا توفره في الولي من خلال ما يلي:

-إعمالاً للمادة 220 من قانون الأسرة والتي تقضي أنه ما لم يتم النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية.

-وبما أن المشرع اشترط الإسلام في الوصي، وأن هذا الأخير يختاره الولي فمن باب أولى أن يكون الولي مسلماً⁽³⁾.

-أن الدولة الجزائرية تدين الديانة الإسلامية طبقاً للمادة الثانية من الدستور⁽⁴⁾ وهو أسمى وثيقة تسعى لتكريس الحقوق والحريات، وبها يُحمى حق المسلم بديانته، ومنها الحرص على تولى أموره من قبل مسلم، ومن تطبيقات ذلك ما هو مكرس في المادة 62 من قانون الأسرة والتي تشترط بتربية الولد المحضون على دين أبيه المسلم. وهو ما انتهجته التطبيقات القضائية: وذلك حينما قررت المحكمة العليا إسقاط الحضانة عن الأم المسيحية التي عمدت تمسيح الأولاد⁽⁵⁾.

(1) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص954، 955.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص584، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج8، ص332، ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص954.

(3) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص38.

(4) _ ونذكر بمحتواها: "الإسلام دين الدولة". المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

(5) _ قرار رقم 19287، الصادر بتاريخ 16/09/1979. غرفة الأحوال الشخصية، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص137.

وأيضاً ما قضت به المحكمة العليا بثبوت الحضانة للأُم التي اكتسبت جنسية أجنبية، مادام أنه لم تثبت ردتها عن الإسلام في قرارها رقم 457038 مؤرخ في 10/09/2008. غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد02، لسنة 2008، ص313.

ويتصل بشرط الإسلام، كون الولي عدلا، وهو أيضا لم يُشترط في قانون الأسرة، وقد قرره الفقه الإسلامي، فاشترطه الشافعي وأحمد⁽¹⁾، ويقول الشافعي، أن العدالة ضد الفسق، وأن الفاسق ليس له ولاية⁽²⁾.

إلا أنه من الأولى القول بهذا الشرط، أي شرط العدالة في الولي، لأن الفاسق غير مؤتمن، لا على المال فيضيعه، ولا على النفس فيهلكها بالتأثير على تربية وخلق المولى عليه، وقد حرص المشرع بموجب المادة 62 أيضا على حفظ المحضون صحة وخلقاً، وللمحكمة العليا في ذلك تطبيقات: حين اعتبرت أن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة⁽³⁾، وعندما اعتبرت أيضا فساد أخلاق الأم وسوء تصرفها ليس سببا في إسقاط الحضانة عنها فقط بل أيضا جعلته سببا لإسقاط الحضانة عن أمها⁽⁴⁾. كما يمكن استخلاص ضرورة هذا الشرط من خلال محتوى المادة 91 من قانون الأسرة عندما قررت بإمكانية إسقاط الولاية عن الولي، وهذا الإسقاط قد يكون لعدة أسباب كما في حالة ما إذا أساء هذا الأخير إلى مولاه، وارتكب في حقه جريمة تهدد بأخلاقه، بل ولو كان مثلا سيئا له بسبب سكره أو سوء خلقه يعاقب عليها قانون العقوبات بإسقاط عنه الولاية بموجب المادتين 9 و9 مكرر 1 من هذا القانون.

ثالثا: القدرة على ممارسة الوظيفة الولائية: والمقصود بذلك أن الولي العاجز عن ممارسة الوظيفة الولائية مهما كان سبب عجزه سواء أصابه مرض أو أصبح شيخا هرمًا، أو أخرسا لا تفهم إشارته... وكلهم ليسوا أهلا للولاية⁽⁵⁾.

(1) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص955.

(2) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج8، ص332.

(3) _ قرار رقم 171684، مؤرخ في 30/09/1997، غرفة الأحوال الشخصية، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص1067.

(4) _ قرار المجلس الأعلى رقم 31997، مؤرخ في 09/01/1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد01، لسنة 1989 من الموقع: WWW. Droit -dz. Com تاريخ الاطلاع على الموقع: 10/01/2019، على الساعة 20:30.

(5) _ محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2012، ص56.

ولعلّ ما يدخل ضمن هذا المعنى، ما نصت عليه المادة 80 من القانون المدني ويتعلق الأمر بالشخص الأصم الأبكم، أو الأعمى الأصم، أو الأعمى الأبكم، والذي تعذر عليه بسبب العاهتين التعبير عن إرادته، فيحتاج إلى مساعد قضائي، لتولي أموره فكيف له بأن يتولى أمور غيره.

فالأمر المقرر في المادة 91 أن الولاية تنتهي بعجز الولي، دون تحديد لنوع ومدى هذا العجز، تاركة الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي فكل عجز معتبرا سواء كان جسميا أو عقليا، أو حتى نفسيا إذا حال دون ممارسة الولي لوظيفته على أكمل وجه، يعتد به كأساس لمنح الولاية أو إسقاطها.

وعلى ضوء ما سبق شرحه، فإننا نعتقد أن المشرع الجزائري لم ينص على شروط الولي، معتبرا أن ولاية الأب ثم ولاية الأم، إنما هي ولاية أصلية طبيعية، مبنية على الشفقة والرحمة والحرص على تحقيق مصالح الأبناء. غير أنه في نفس الوقت، نجده حريصا على البحث في شروط الولاية دون اعتبار لشخص الولي، حماية لمصالح المولى عليهم، واتضح ذلك جليا من خلال تطبيقات القضاء الجزائري، وكذلك بعض النصوص القانونية المتناثرة، لمواجهة كل الحالات التي تجعل من الولي لا يصلح للوظيفة الولائية ونظن أنه اعتبرها حالات استثنائية، تاركا في ذلك للقضاة أكبر ضمانة تتمثل في المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيل إلى الشريعة الإسلامية، الشرع الإسلامي السماوي المعصوم عن الخطأ والحامي لحقوق المستضعفين والناس أجمعين.

رابعا: شرط الذكورة: وهذا الشرط يستخلص من خلال ما فصلنا فيه في بحث تحديد أصحاب الحق في الولاية وترتيبهم، ونورد في هذا المقام نتيجة ذلك التحليل وهي أن المشرع الجزائري لا يأخذ بشرط الذكورة في الولاية على المال أو الولاية على النفس دون ولاية التزويج على اعتبار عمومية نص المادة 86 من قانون الأسرة، ثم على اعتبار أنه منح الولاية للحاضن والذي يمكن أن يكون رجلا أو امرأة على السواء، وأخيرا استنادا للتبريرات التي رآها المشرع دعما لموقفه والذي كان مخالفا لأغلب أحكام فقهاء الشريعة الإسلامية.

والأمر سيان في ولاية تزويج الراشدة، إذ تخلى المشرع على شرط القرابة والذكورة في الولي كما رأينا مخالفاً بذلك رأي الجمهور ما عدا الحنفية الذين أجازوا ولاية الأم في التزويج في حالة وجوب الولي لكن كآخر مرتبة بعد انعدام العصبية مطلقاً.

وبالنسبة لولاية تزويج القاصرة، فكان موقف المشرع غامضاً من خلال صياغة الفقرة الثانية للمادة 11 من قانون الأسرة كونه لم يحدد المقصود من الأقارب، إلا أن الفقه القانوني اتجه في تفسيره للنص أن المقصود هو مراعاة شرط الذكورة في هذه الولاية⁽¹⁾، خاصة وأن المشرع لم يصرح بإسناد هذه الولاية بنص خاص⁽²⁾، بالإضافة إلى أن ولاية التزويج ولاية خاصة تخضع لعوامل أخرى وتحتاج لأحكام شرعية صريحة، ولذلك أصّر الأستاذ عبد الفتاح تقيّة على ضرورة توضيح موقف المشرع على الخصوص من ولاية الأم بتزويج القاصر من عدمها حتى تتناسق أحكام نصي المادتين 87 والفقرة الثانية للمادة 11، وأعطى اقتراحاً بتعديل المادة 87 ليكون نصها كما يأتي: «يكون الأب ولياً على أولاده القصر بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادة 11 فقرة ثانية من هذا القانون»⁽³⁾، وهو عين الصواب لتجنب الكثير من الإشكالات القانونية، وعدم الوقوع في تناقض النصوص فيما بينها.

واعتماداً بما سبق من حجج وأدلة أمكن الجزم بأن ولاية تزويج القاصر وحدها يراعي فيها التشريع الجزائري شرط الذكورة.

(1) _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص244، خالد بوشمة، مرجع سابق، ص41.

(2) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص41.

(3) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص55.

المبحث الثاني: النيابة الشرعية المكتسبة

يُعنى هذا المبحث ببحت باقي صور النيابة الشرعية والمتمثلة في الوصاية والتقديم والكفالة، والتي سنها المشرع الأسري كآليات لحماية ناقصي وعديمي الأهلية وتحقيق مصالحهم ورعاية شؤونهم، كبديل في حالة انعدام الولي الشرعي، فالوصي والمقدم والكافل يمارسون أيضا الوظيفة الولائية، كل حسب النظام القانوني الخاص به، وهو ما يهدف هذا المبحث إلى بيانه من خلال مطلبين اثنين، وذلك ببحت الوصاية والتقديم في المطلب الأول، والكفالة في المطلب الثاني:

المطلب الأول: الوصاية والتقديم

ويقسم هذا المطلب لفرعين اثنين، يخصص الفرع الأول لبحت الوصاية وأما الفرع الثاني فلدراسة التقديم.

الفرع الأول: الوصاية

وجب أولا فهم نظام الوصاية، ثم ثانيا دراسة شروط الوصاية.

أولا: مفهوم الوصاية: لفهم نظام الوصاية، نعرض لتعريفها، ثم نحدد طبيعتها القانونية، وأخيرا تقسيمات الوصاية.

1-تعريف الوصاية⁽¹⁾: من خلال استقراء النصوص القانونية التي خصصها المشرع

الجزائري لنظام الوصاية والمتمثلة في المواد من 92 إلى 98 من قانون الأسرة من الفصل الثالث من كتاب النيابة الشرعية لا نجد لها تعريفا، لكن يفهم من أحكامها أنها تصب في المعنى العام والمعروف عند الفقهاء وهو الأمر بالتصرف بعد الموت⁽²⁾، إلا أنه يدق التمييز في هذا المقام بين الوصاية والوصية كون الوصية في عرف الفقهاء قد تحتل معنيين كما عند المالكية وهما: نيابة عن الموصي في التصرف وهي عبارة هنا عن خلافة جزئية، وإما هبة

(1) _ تعريف الوصاية لغة: فالوصاية والوصاية والوصية، اسم من أوصى الرجل ووصاه: عهد إليه وأقام الوصي مقامه، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15، ص394.

(2) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص167.

الرجل ماله لشخص آخر بعد موته⁽¹⁾. وكذلك عند الشافعية الذين يأخذون بالوصية على أنها ولاية على أطفال أو على أنها تفريق مال⁽²⁾.

ولذلك فالفرق بين الوصية والوصاية، أن الإيضاء يعم الوصية، وقد جرى العرف الفقهي على التمييز بينهما وأنه تم تخصيص الوصية للدلالة على التبرع المضاف لما بعد الموت، وتخصيص الوصاية بالعهد إلى من يقوم على أموره وأمور أولاده من بعده⁽³⁾، كما جرى بينهم للتمييز بينهما استخدام حرف «اللام» للدلالة على التبرع له كقول: أوصيت لفلان بكذا، واستخدام حرف «إلى» للدلالة على الأمر بالتصرف نيابة عنه بعد موته كقول: أوصيت إلى فلان بكذا...⁽⁴⁾، وهذا هو المعنى المراد به من هذه الدراسة. ولذلك وجب البحث عن تعريف يحدد الوصاية بالشكل الذي يميزها عن الوصية، ويبين أغلب أحكامها المنصوص عليها في قانون الأسرة، ومن أجل ذلك أوردنا التعريف الموالي: «تفويض ممن له التصرف شرعا لمكلف، بالقيام بتصرف ما بعد وفاته، لمصلحة من لا يستقل بأمر نفسه»⁽⁵⁾.

فالوصاية إذن هي إرادة بمنح سلطة لشخص على ناقصي وعديمي الأهلية من قبل من له الولاية. فهي بذلك ولاية مستمدة من الغير بإقرار الشارع، ولذلك سميت بالولاية المكتسبة، فإذا توفي من له سلطة منح الولاية بعد تحديده لذلك الشخص، سمي بالوصي المختار، وإلا في حالة وفاته دون تحديد لأي شخص، فيحدده القاضي ويسمى بوصي القاضي أو المقدم أو القيم⁽⁶⁾، وهو المفهوم الذي سار عليه قانون الأسرة بموجب المادة 92 المتعلقة بالوصي والمادة 99 المتعلقة بالمقدم، ونفصل في أحكام الوصي، تاركين أحكام المقدم للفرع الثاني:

(1) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4، ص1549، 1553. طالع التعريفات عند المالكية والحنابلة أيضا: عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج3، ص224، 225.

(2) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج8، ص328.

(3) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص167.

(4) _ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص142، محمد بن عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص110.

(5) _ عبد الله محمد رابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، تقديم محمد عقلة إبراهيم، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص24.

(6) _ في هذا المعنى راجع: عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ج2، ص53، 54، محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص70، أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص288.

ويبدو مما سبق أن هناك تشابها بين الولاية والوصاية في أن كلاهما سلطة على ناقصي وعديمي الأهلية، إلا أن الولاية مصدرها الشرع، والوصاية مصدرها إرادة من له حق التصرف شرعا فتكون بذلك الولاية أقوى من الوصاية ثبوتا تبعا لقوة مصدرها⁽¹⁾، كما يفترقان في موضوع تلك السلطة، إذ الولاية تشمل مال ونفس المولى عليهم، لكن الوصاية قانونا، جعلها المشرع الأسري مقتصرة على مال المولى عليهم فقط، ولا تتعداها، وهو ما يتضح جليا من خلال النصوص القانونية خاصة منها المادة 95 من قانون الأسرة والتي تقضي أنه: «للموصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و 89، 90) من هذا القانون»⁽²⁾، وتلك المواد المحددة بهذا النص تتعلق بسلطات الولي على المال فقط فيتحدد بذلك موضوع الوصاية وهو الولاية على المال استواء مع السلطات المالية للولي.

2- الطبيعة القانونية للوصاية: بعد ما تم التعريف بالوصاية، تبين في ظاهرها أنها تتشابه مع الوكالة، من حيث أنها تقوم على إيجاب من الموصي وقبول من الوصي، ومحلها الأمر بالتصرف بالنيابة عن الغير، مما يؤدي إلى التساؤل عن طبيعتها⁽³⁾، وهو نفس التساؤل الذي أدى إلى اختلاف الفقه الإسلامي حول انعقاد الوصاية بلفظي الوكالة أو الولاية، بعد أن اتفقوا على أن الوصاية تتم بالإيجاب والقبول⁽⁴⁾، فذهبوا إلى البحث في كيفية وقت الإيجاب وخاصة القبول للتوصل إلى الإجابة على هذا التساؤل المطروح وذلك على التفصيل التالي:

اتفق الفقهاء على أن الوصية عقد غير لازم للموصي ويجوز له الرجوع عنها كلها أو بعضها⁽⁵⁾ كما اتفقوا على صحة قبول الوصاية بعد موت الموصي، واختلفوا في صحة قبولها في الحياة، وأيضا حول إمكانية ردها، وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين أساسيين: **الاتجاه الأول:**

(1) _ عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص 27.

(2) _ (القانون 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 142، 143، محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص 70، 71.

(4) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 43، ص 186. إلا أنهم اختلفوا في كون الإيجاب والقبول ركن منها أم شرط صحة. راجع: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 4، ص 1550. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 10، ص 479.

(5) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 4، ص 1550. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ص 54. ماعدا المدبر وهو الذي قال له سيده أنت حر من بعد موتي، فاختلف الفقهاء حول إمكانية الرجوع عن الوصية. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 4، ص 1550.

يرى صحة القبول في حياة الموصي وبه قال الجمهور من حنفية، مالكية، حنابلة ورواية عن الشافعي، ويصح رد الوصية أيضا في حياة الموصي، إلا أنه إن ردها بغير علم الموصي فليس له الرد عند الحنفية⁽¹⁾. وأما إذا قبل الوصي الوصاية في حياة الموصي ثم مات أو قبلها بعد موته فليس له ردها عند الحنفية والمالكية.

الاتجاه الثاني: لا يصح القبول في حياة الموصي، لأنه لم يدخل وقت التصرف وهو الأصح عند الشافعي، وبالتالي، لا يصح رد الوصاية في حياته أيضا لوقوعه قبل وقته، أما بعد موته فيصح رده⁽²⁾.

فيتضح جليا من أقوال الفقهاء واتجاهاتهم، أن الأمر يتعلق بتوقيت القبول ومدى إمكانية رد الإيجاب من عدمه وتوقيت ذلك، فحاولوا ضبط القبول وكيفيته وتوقيته بما يتماشى وطبيعة الوصاية، وبالتالي أمكن القول وأن الإيجاب والقبول في الإيضاء لا يخضعان للقواعد العامة المعروفة في نظرية العقود والذي يمثل مجال الوكالة.

فنخلص إذن أن الوصاية هي عقد من نوع خاص، ذو طبيعة خاصة، يقوم على التفويض أو التوكيل المضاف إلى ما بعد الممات، يُحدد القانون كيفية تنظيمه ومحلّه الولاية.

نجد المشرع الجزائري أيضا تدخل في مسألة الإيجاب والقبول بتنظيم أحكامهما، وسار على نهج الفقه الإسلامي، بدءا باعتبار عقد الوصاية غير لازم للموصي، فأجاز له الرجوع، وهو ما يستشف من المادة 94 من قانون الأسرة التي أوجبت عرض الوصاية على القاضي لتثبيتها أو رفضها بعد وفاة الموصي، وليس قبله، كما أنه لم يجز رد الوصي للوصاية بموجب المادة 96 منه في فقرتها الرابعة حينما قضت بأن الوصاية تنتهي بقبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته⁽³⁾، ويفهم من ذلك أن رجوع ورد الوصي للوصاية لا يكون بكامل إرادته، إنما يكون بإذن

(1) _ الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج2، ص233.

(2) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4، ص1550. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص186، 187، محمد بن عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص116، 117، 118.

(3) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص192.

• وجاء نصي المادتين 94 و96 على التوالي كما يلي: «يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها»، «تنتهي مهمة الوصي: 4...-بقبول عذره في التخلي عن مهمته...». (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

القاضي من خلال قبول عذر الرجوع أو رفضه حيث يعمل سلطته التقديرية في مدى جدية العذر، وقد أحسن المشرع الجزائري فيما ذهب إليه، لأن القاضي هو حامي حقوق المستضعفين والعاجزين كالقصر ومن في حكمهم من ناقصي وعديمي الأهلية، كما يكون الأقر على فهم عذر الموصي في رجوعه، والأعلم بأنه لا خير في إلزام الوصي بالوصاية، فيحاول بذلك القاضي خلق التوازن بين الكفتين، وعلى كل حال إذا لم يكن هناك سبيل للتوازن يمكن للقاضي أن يعين مقدما على المولى عليهم وتسريح الموصي.

3-تقسيمات الوصاية: تتنوع تقسيمات الوصاية حسب الزاوية التي ينظر منها إليها وهي:

الوصاية باعتبار جهة التعيين تقسم إلى وصاية الولي ووصاية القاضي، وتنقسم باعتبار موضوعها إلى وصاية عامة ووصاية خاصة، وبالنظر إلى عدد الأوصياء تنقسم إلى وصاية لوصي واحد ووصاية لأكثر من وصي، وبالنظر إلى مدة الوصاية فتقسم إلى وصاية مؤقتة ووصاية دائمة، وأخيرا يمكن أن تقسم إلى وصاية أجرة ووصاية دون أجرة وذلك بالنظر إلى اعتبار الأجرة من عدمها⁽¹⁾، ومن بين هذه التقسيمات المعروفة بعضها فقها وبعضها قانونيا، نورد فيما يلي الأكثر شيوعا منها:

أ/ وصاية الولي ووصاية القاضي: فيقصد بوصاية الولي، أنه هو الذي، يختار شخصا في حياته قبل موته للنظر في تدبير شؤون القاصر، ويسمى هذا الشخص بالوصي المختار⁽²⁾، وكما علم لدينا أن المشرع الجزائري أعطى سلطة اختيار الوصي للأب والجد بموجب المادة 92 من قانون الأسرة شريطة عدم وجود أم لتولي شؤون الأولاد القاصرين.

وأما وصاية القاضي، فيقصد بها أن القاضي هو الذي يعين شخصا لتولي شؤون القاصر⁽³⁾، ويسمى بالوصي المعين. وهو ما أخذ به المشرع بموجب المادة 99 من قانون الأسرة وذلك في حالة عدم وجود ولي أو وصي يرضى شؤون المولى عليهم، وسماه التفتين الأسري بالمقدم.

(1) _ عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص53، 72، 78، 91، 100.

(2) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص131. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص151، 156. بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص32. عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص53.

(3) _ نفس المراجع، نفس الصفحات.

ب/ وصاية عامة ووصاية خاصة: فالوصاية العامة تخول الوصي صلاحيات وسلطات بكل شؤون القصر المالية، سواء كان وصيا مختارا أو وصي القاضي، وأما الوصي الخاص فسلطاته تكون مقيدة بما عين له من أمور خاصة⁽¹⁾، كأن يعين وصيا من أجل تولي إدارة مال معين آل إلى القاصر بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الولي عنه بإدارته، أو إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية، فيعين وصيا لمباشرة ذلك الحق نيابة عنه⁽²⁾، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذين النوعين من الوصاية مسايرا للفقهاء الإسلاميين ما عدا الحنفية⁽³⁾ الذين لا يجيزون الوصاية الخاصة إذا كان وصيا مختارا، على أن وصي القاضي فيمكن أن يتخصص بما يتخصص له⁽⁴⁾، وذلك بموجب المادة 95 من قانون الأسرة التي ساوت بين سلطات الوصي وسلطات الولي المالية، وبالتالي فهو وصي عام، ثم أحال هذا النص على المادة 90 والتي قررت مايلي: «إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة»⁽⁵⁾، فهذا وصيا متخصصا في المصلحة التي حدث بها تعارض بين الولي ومولاه.

ج/ وصاية لوصي واحد ووصاية لأكثر من وصي: كما هو مقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز تعدد الأولياء، فلا يجتمع على ولفس الولاية وليين، وإلا لا فائدة من تحديد ترتيب الأولياء، بينما تعدد الأوصياء، فهو جائز باتفاق الفقهاء، وإما أن يكون هذا التعدد للأوصياء متخصصا، أي كل وصي مخصص لولاية معينة، فيلتزم كل وصي بحدود ولايته، وإما أن يكون التعدد عاما دون تخصيص لأي من الأوصياء. فاختلف الفقهاء في تفاصيل هذه الوصاية وفي جواز الانفراد في انفاذ الوصية من عدمه⁽⁶⁾.

(1) _ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ص78. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص149.

(2) _ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص299.

(3) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص168، 169.

(4) _ شمس الدين السرخسي، المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الجزء28، ص26. الأسروشنى، مرجع سابق، ج2، ص195. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص168، 169.

(5) _ (القانون84-11)، مرجع سابق.

(6) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص176.

غير أن المشرع الجزائري تبني صورة الوصي الواحد ولم يأخذ بصورة تعدد الأوصياء، فلا وجود لنص قانوني يقر ذلك بالإضافة إلى أنه حرّم بموجب المادة 92 من قانون الأسرة أنه في حالة تعيين عدة أوصياء من قبل من لهم هذه السلطة فإن القاضي يختار من بينهم الأصلح، بينما سار المشرع المغربي على درب الفقه الإسلامي، بإجازته لتعدد الأوصياء من خلال المادة 244 مدونة الأسرة المغربية⁽¹⁾، والتي يتضح من خلالها وأن القاضي هو الذي يمكنه أن يعيّن عدة أوصياء لكنه تعدد متخصص، فلكل واحد منهم سلطاته المحددة والتي لا يجوز تجاوزها لسلطات الآخر، ولعل ما أخذ به المشرع المغربي يحقق حماية أكبر لمصالح المولى عليه، لأنه في بعض الحالات قد تستدعي مصلحته ذلك.

د/ الوصاية المؤقتة والوصاية الدائمة: الأصل في الوصاية أن تكون دائمة ومستمرة استمرار الحاجة إليها إلا أنه لا مانع أن تكون محددة بزمن معين، ولم نتوسع في هذه الصورة لأن الوصاية عموماً تقبل الإنهاء، وأحسن مثال على ذلك في حالة ما إذا ما أوقفت ولاية الولي بحكم لمدة معينة كعقوبة مثلاً أو غيابه، فيعين القاضي وصياً مؤقتاً إلى غاية عودة الولاية للولي أو رجوعه من سفر... الخ.

إلا أنه يثار تشابه بين الوصي الخاص والوصي المؤقت، وهذا طبيعي إذ في أغلب الأحيان الوصي الخاص تكون وصايته مؤقتة⁽²⁾، لكن تأقيت الوصي الخاص يكون حسب طبيعة موضوع وصايته فتنتهي وصايته بقيامه بمهمته، وأما تأقيت الوصي المؤقت، فيحدد بوقت معين وتنتهي مهمته بانتهاء ذلك التوقيت، ثم إنهما يخضعان لنفس أحكام الوصاية من شروط وانتهاء⁽³⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، لا نجد نصاً صريحاً بتعيين وصي مؤقت إلا ما ورد بالمادة 182 من قانون الأسرة والتي تنص على: «في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له

(1) _ ونص المادة 244 كما يلي: «... للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذ رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(2) _ عبد الله محمد ربابعة، مرجع سابق، ص 91، 92، أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته، مرجع سابق، ص 88، 89. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 301. سيف رجب قزامل، مرجع سابق، ص 158.

(3) _ عبد الله محمد ربابعة، مرجع سابق، ص 95.

مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة وأن يفصل في الطلب⁽¹⁾، بيد أن هذا النص جاء غامضاً حول مدلول المقدم، فهل هو مقدم دائم على هؤلاء القصر أم مقدم مؤقت بفترة تسوية التركة⁽²⁾، أم مقدم خصومة وصايته محددة بدعوى التصفية وتنتهي بصدر حكم فيها⁽³⁾.

هـ/ وصاية بأجرة ووصاية بدون أجرة: فالوصاية بأجرة يقصد بها أن يقوم الوصي بأعمال ولايته ووصايته لقاء أجر⁽⁴⁾، وأما إذا كانت وصاية دون أجرة، فهي تطوعية وهي الأصل، ولا خلاف بين الفقهاء حول جوازها على عكس استحقاق الوصي للأجرة فلم يكن محل اتفاق بينهم⁽⁵⁾، فالذين قالوا بالجواز الحنابلة⁽⁶⁾، والحنفية أيضاً لكنهم فرقوا بين وصي المتوفي الذي ليس له أجر وبين وصي القاضي الذي يجوز له تنصيبه بأجرة، إلا أن ذلك لا يمنع من وصي المتوفي أن يأكل من مال المولى عليه⁽⁷⁾، وأما الذين لم يجيزوا ذلك، فاختلّفوا بين الوصي الغني والفقير وبين إمكانية أكله وانتقاعه من مال اليتيم⁽⁸⁾.

وأما عن المشرع الجزائري، فلم يتعرض لفكرة الوصاية بأجرة ولم يبين موقفه من إمكانية منحها للوصي أو المقدم من عدمه إذا طلبها، لكن لو فرضنا أن أحدهما امتنع عن أداء مهامه الولائية إلا بأجر، فمن غير المنطق أن يجبره القاضي لأنه متبرع، وكما هو معلوم لا جبر على

(1) _ (القانون 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ صورية غربي، «حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعتمد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2014-2015، ص160.

(3) _ عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص95.

(4) _ ويسمى الأجر عند الفقهاء أيضاً بالجُعل أي ما جُعل للإنسان من شيء على فعل. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص148.

(5) _ عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص100.

(6) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج8، ص557.

(7) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص148، عبد الله رابعة، مرجع سابق، ص102.

(8) _ عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص101، 102.

المتبرع⁽¹⁾، فنحن نرى أنه يمكن للقاضي واستنادا للفريق الفقهي القائل بجواز الأجرة، وخاصة أن مصلحة المولى عليه تستدعي تعيين وصي أو مقدم وأنه يتوفر فيه الشروط اللازمة لتولي المهمة، أن يمنحه أجرا. على أننا نجد المشرع المغربي بموجب المادة 264 من مدونة الأسرة، أخذ بالوصاية بأجر، بمنحه لوصي المتوفي أو المقدم الحق بالمطالبة بأجرة لقاء قيامه بأعباء النيابة، وإن القاضي يحكم ابتداء من تاريخ تلك المطالبة لا من تاريخ بدء أعماله الفعلية، كما يقدرها حسب العرف وحسب الحالة الاقتصادية للوصي والمولى عليه⁽²⁾.

ثانيا: شروط الوصاية: لما كانت الوصاية تهدف إلى حفظ أموال القصر والعاجزين وإدارتها واستثمارها وحمايتها من الضياع والتلف، استلزم توفر مجموعة من الشروط في الوصي حتى يكون أهلا لممارسة تلك الوظيفة وهو ما يبين أولا، بالإضافة إلى وجوب شروط أخرى تتعلق بتعيينه وهو ما يدرس ثانيا.

1- شروط الوصي: قضت المادة 93 من قانون الأسرة بضرورة توفر مجموعة من الشروط في الوصي، ورتبت على تخلف أحدها إمكانية عزله من قبل القاضي، ونصها كالتالي: «يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة». ويتم التفصيل فيها فيما يلي:

أ/ الإسلام: كما سبق تقريره شرعا وقانونا أنه من شروط الولي الإسلام، استنادا للقاعدة الشرعية لا ولاية للكافر على المسلم، وأن الوصاية ولاية، فإذا كان المولى عليه مسلما وجب أن يكون الوصي مسلما.

ب/ العقل والبلوغ والقدرة: بما أن الوصي يقوم بمباشرة الأعمال الولائية فمن الأولى وجوب أن تتوفر فيه شروط الولي من عقل وبلوغ وقدرة، فيكون مكلفا، والتكليف في القانون الجزائري هو بلوغ سن الرشد 19 سنة، متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه، كما يكون قادرا على القيام بتدبير الموصى عليه.

(1) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج8، ص148. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص80.

(2) _ عبد الله ابن الطاهر السنوسي التتاني، مرجع سابق، ص117. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص80. أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص316.

وقد اتفق الفقهاء على كل تلك الشروط من إسلام وعقل وبلوغ⁽¹⁾، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل فأجاز أحمد الوصاية للصبي المميز في رواية⁽²⁾، كما يرى الأحناف أنه إذا أوصي إلى صبي مميز، فيخرجه القاضي من الوصاية ويستبدله بآخر⁽³⁾ وكذلك الحال بالنسبة للعاجز في بعض الأمور فيضم إليه القاضي قادرا، وأما إذا عجز كليا فيعزله ويستبدله بآخر قادر، بينما الحنابلة أجازوا الوصاية إلى العاجز مطلقا، إنما يضم إليه القاضي قادرا⁽⁴⁾.

ويتضح جليا أن المشرع لم يشترط الذكورية في الوصي، مما يتعين معه القول بجواز الإيلاء للمرأة⁽⁵⁾، خاصة أنه منح الولاية الأصلية للمرأة، فبجعلها ولية مكنها من أن تكون وصية، وهو ما يتماشى مع قول أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁶⁾.

ج/ الأمانة وحسن التصرف: والأمانة هي الوفاء و ضد الخيانة، فعلى الوصي أن يكون أمينا على أموال مولاه، وعليه حفظها وجعلها فيما هو لها⁽⁷⁾، كما يجب أن يكون حسن التصرف في هذا المال بأن ينفقه بالمعروف بحسب حاله من قلة أو كثرة فلا تستند بذلك الوصاية لمن كان معروفا عليه التبذير أو مشكوك فيه بطمعه⁽⁸⁾.

وشرطي الأمانة وحسن التصرف جمعت عند المالكية في مصطلح ومعنى واحد وهو العدالة فلا يصح عندهم إلى من لم يكن كذلك⁽⁹⁾.

(1) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج8، ص552. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص172. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج3، ص250، 251.

(2) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج8، ص552.

(3) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص172. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج3، ص250، 251.

(4) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج43، ص172.

(5) _ لحسن بن شيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص311.

(6) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج8، ص552.

(7) _ عبد الله السنوسي التتاني، مرجع سابق، ص99. أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق، ص304.

(8) _ صورية غربي، مرجع سابق، ص150.

(9) _ فالمراد عندهم بالعدالة: الأمانة وحفظ مال الصبي بحسن التصرف. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج3، ص250.

هذه هي شروط الوصي في التشريع الجزائري، على أن التشريع المغربي أضاف شروطاً أخرى بموجب المادة 217⁽¹⁾ من مدونة الأسرة المغربية حرصاً على مصالح المولى عليه ولضمان حماية أكبر لأموالهم، فلا تسند الوصاية مثلاً لمن حكم عليه في جريمة سرقة أو خيانة الأمانة لأنه أصبح مظنة لإتلاف وتضييع مال من هو تحت وصايته، وكذلك الحال لمن كان بينه وبين المولى عليه نزاع، فيخشى أن يتخذ من صفته وصياً سبباً للانتقام منه وتضييع أمواله وهذا ما لا يحقق ما تهدف إليه الوصاية⁽²⁾.

إلا أن اكتفاء المشرع الوطني بتلك الشروط، لا يعني أنه سهى عن شروط أخرى لازمة، فقد وضع ضمانات لتحقيق الحماية المرجوة من الوصاية، من بينها ما قرره المادة 96 قانون الأسرة في فقرتها الخامسة، التي منحت ووسعت من سلطة تقدير القاضي في البحث ما إذا كان تصرف الوصي يهدد مصلحة المولى عليه وبالتالي عزله، بل والأكثر من ذلك، فإن من شروط إسناد الوصاية للوصي هو عرضها أولاً على القاضي لتثبيتها من عدمه، بعد التأكد من توفر كل الشروط المطلوبة وأنه لا يشكل تهديداً على مصالح المولى عليه، وكل ذلك نصت عليه المادة 94 قانون الأسرة وهو ما يتم بحثه في شروط تعيين الوصي فيما يلي:

2- شروط تعيين الوصي: حتى يتعين الوصي وبيباشر وظيفته بتولي أموال القصر والعاجزين، لا بد من توافر مجموعة من الشروط منها شروط موضوعية، وأخرى إجرائية وتتمثل فيما يلي:

أ/ الشروط الموضوعية لتعيين الوصي: علم أن المادة 92 من قانون الأسرة منحت سلطة تعيين الوصي للأب والجد فقط، إلا أن هذا التعيين ليس كافٍ لإسناد الوصاية للوصي بل يجب

(1) _ ونصها: «لا يجوز أن يكون وصياً أو مقمداً:

1- المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة ائتمان، أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق.

2- المحكوم عليه بالإفلاس أو في تصفية قضائية.

3- من كان بينه وبين المحجوز نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجوز». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(2) _ مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 147.

توفر الشروط التالية:

أ-1/ عدم وجود الأم أو عدم أهليتها لتولي الولاية: وهذا الشرط قرره المادة 92 بقولها: «...إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...»⁽¹⁾.

إن النص القانوني لم يبين ما المقصود بعدم الوجود ولا بعدم الأهلية، وبما أن النص ورد عاما، فإننا نحسبه يشمل كل الحالات الممكنة التي يترتب عنها عدم وجود الأم وعدم أهليتها. ولذلك نعتقد أن عدم الوجود يمكن أن يكون حالة الوفاة، سواء كانت حقيقية أو حكومية طبقا للمادة 113 من قانون الأسرة، وأما انعدام الأهلية فيشمل كل الحالات التي تجعل من الأم غير قادرة على تولي أمور أولادها لإصابتها بأحد عوارض الأهلية، فيصدر حكم بالحجر عليها، والحال كذلك إذا أصابها مانع من موانع الأهلية، أو أسقطت عنها الولاية كعقوبة جزائية أو غيرها من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الولاية عنها، كسوء خلقها أو زواجها بغير قريب محرم. فالمشرع ترك الأمر عاما ليشمل كل الحالات الممكنة لكن بشرط إثباتها، كشهادة الوفاة، أو حكم بالحجر... الخ، وحسنا ما فعل المشرع إذ اعتبر ولاية الأم أصلية لا تنزع منها إلا لسبب مشروع، فإذا كانت الأم موجودة وبكامل قواها العقلية وكانت أهلا لممارسة الولاية فإنه لا يعتد بتعيين الوصي من قبل الأب أو الجد، فولاية الأم مسقطة للوصاية.

أ-2/ وفاة الأب: وهذا الشرط وضعته المادة 94 من قانون الأسرة بنصها: «يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها»⁽²⁾.

فإذا لم تكن الأم موجودة، أو فقدت أهليتها فيصح تعيين الوصي من قبل الأب أو الجد، إلا أن الوصاية لا تسند إلا بعد وفاة الأب أو الجد، لأن العبرة بوقت تنفيذ الوصاية هو وفاة الموصي، فلا أثر لها قبل ذلك إلا أن المشرع سهى على التنصيص على وفاة الجد، فالأولى والأصح تعديل نص المادة بإضافة الجد إلى الأب في الوفاة، أو بصفة عامة إضافة عبارة «وفاة الموصي» وهكذا سواء عيّن الوصي الأب أو الجد فيشترط وفاتها لإسناد الوصاية. أما

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ المرجع نفسه.

بخصوص شكل تعيين الوصي، فإن النص أعلاه لم يحدده، ولم يشترط أية شكلية، لذلك يجوز تعيينه بمجرد تصريح الوصي ممضي عليه، أو بوثيقة محررة أمام الموثق⁽¹⁾.

كما أن هذا النص اشترط أن يتم اسناد الوصاية عن طريق القضاء، وذلك لأسباب معينة، وهو ما يتم شرحه في العنصر الموالي.

أ-3/ عرض الوصاية على القضاء: جعل المشرع مهمة إسناد الوصاية للوصي للقاضي، فنصّب الضامن والمراقب لمدى توفر شروطها، من عدم وجود الأم أو ثبوت عدم أهليتها، بالإضافة لاستيفاء الوصي الشروط المطلوبة قانوناً، فقد تكون الوصاية مكتملة الشروط حال حياة الأب، لكن بعد وفاته قد يختل فيها أحد الشروط، كأن يصبح الوصي عديم الأهلية مثلاً⁽²⁾، وعلى أساس ذلك يقوم القاضي بتثبيت الوصاية للوصي من عدمه كما يتأكد من قبول الوصي لوظيفته الولائية الجديدة، لأنه قد يحدث أن يرفض الوصي تلك المهمة فيعزله القاضي إذا ما قبل عذره في التخلي عن مهمته الوصائية، بناء على الفقرة الرابعة من المادة 96. وأما عن الإجراءات الواجبة الاتباع من أجل هذا الاسناد والتعيين للوصي نوردها في الموالي.

ب/ الشروط الإجرائية لتعيين الوصي: قضت المادة 94 بوجود عرض الوصاية على القضاء، تاركة إجراءات ذلك لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي جاء بموجب مادته 472⁽³⁾ أن هذا العرض يتم بإخطار القاضي وذلك من قبل أشخاص محددين بالنص وهم: الوصي نفسه أو ممثل النيابة العامة، أو من قبل القاصر محل الوصاية إذا بلغ سن التمييز، أو من قبل كل شخص تهمة مصلحة القاصر.

(1) _ لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص310.

(2) _ المرجع نفسه، ص311.

(3) _ ونصها: «يخطر القاضي من قبل الوصي أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمة مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب. في حالة رفض الوصاية، يعين القاضي مقدماً طبقاً للمادة 471 أعلاه، أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم.

يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوفر فيه الشروط المقررة قانوناً.

يفصل في جميع المنازعات الخاصة بتعيين الوصي بأمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن». (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

إلا أن هذا النص لم يبين شكل هذا الإخطار، ونحسب أنه يتم بنفس الشكل المحدد لتعيين المقدم، إذ نصت المادة 470 من نفس القانون على أن تعيين المقدم يكون بناء على طلب في شكل عريضة.

إلا أن هذه العريضة لا تخضع لإجراءات معينة، ما عدا احتوائها على المعلومات الكافية للسماح للقاضي باتخاذ قراره⁽¹⁾، هذا وبالإضافة إلى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد وأن الفصل في طلب تعيين المقدم يكون بموجب أمر ولائي حسب المادة 471 منه، والتي جاءت تحت عنوان تعيين المقدم والوصي، فيفهم من خلال ذلك أن تعيين الوصي أيضا يكون بموجب أمر ولائي⁽²⁾، خاصة وأن المادة 94 لم تشترط أن يكون تثبيت الوصاية بموجب حكم. وإذا اعتبرت عريضة من أجل استصدار حكم في الوصاية، فوجب أن تبلغ للخصم من جهة، ومن جهة أخرى يتطلب كل ذلك وقتا لأنه يجب انتظار الآجال القانونية الضرورية. وكل تلك الإجراءات ثقيلة لا تتلاءم ومصالح القصر، ولذلك أمكن الجزم بأن تثبيت الوصاية يكون في شكل أمر على ذيل عريضة⁽³⁾، ويفصل القاضي في جميع المنازعات الخاصة بتعيين الوصي بواسطة أمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن. وأما في حالة رفض الوصاية فيعين مقدما، أو يتخذ كل الإجراءات التحفظية التي يراها لحماية مصالح القاصر إلى غاية تعيين مقدم⁽⁴⁾. وهذا التعيين يكون بشروط وإجراءات تفصل فيها وفي غيرها من الأحكام في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التقديم

التقديم صورة أخرى من صور النيابة الشرعية، أخذ بها المشرع الجزائري في الفصل الرابع من كتاب النيابة الشرعية من قانون الأسرة، وسمّى القائم بهذه المهمة «المقدم»، ولذلك يهتم هذا الفرع بتعريف التقديم أولا، ثم يبحث إجراءات تعيينه ثانيا.

(1) _ عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 347.

(2) _ المرجع نفسه، ص 348.

(3) _ صورية غربي، مرجع سابق، ص 151، 152.

(4) _ المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولاً: تعريف التقديم: خصّ المشرع التقديم بنصين اثنين متمثلين في المادتين 99 و100 من قانون الأسرة، فاختصت المادة 99 بتعريف المقدم بقولها: «المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها بناءً على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة»، بينما قضت المادة 100 بما يلي: «يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام»⁽¹⁾.

وعلى ضوء هذين النصين يتبين وأن التقديم سلطة وولاية نيابية على مال ناقصي وعديمي الأهلية الذين ليس لهم ولي أو وصي، وأن القاضي هو الذي يعين المقدم، وأن هذا الأخير أخضعه المشرع لنفس أحكام الوصي.

وهذا المعنى معروف عند فقهاء الشريعة الإسلامية تحت مسمى القوامة، وكثيراً ما يطلقون على المقدم القِيم أو وصي القاضي، بينما اختص المالكية بتسميته على مسمى المشرع الجزائري «المقدم»⁽²⁾ والأغلب أنه أخذه من عندهم، وهو ما أطلقه عليه المشرع المغربي أيضاً⁽³⁾. إلا أننا نجد المشرع الوطني استعمل مصطلح القوامة في القانون المدني بموجب المادة 44 ثم يعود ويستعمل التقديم ضمن نصوص قانون الأسرة وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد دعم المشرع الجزائري المعنى الموضح أعلاه بما ورد في المادة 104 من قانون الأسرة المتعلقة بالمحجور عليهم في نصها القائل: «إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص294. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج34، ص76.
• إلا أنه في الفقه الإسلامي وبالإضافة إلى معنى القوامة المذكور أعلاه والذي يشكل مجال بحثنا فإنهم يطلقون لفظ القوامة على معنيين هما: 1- «ولاية يفوض بموجبها صاحبها بحفظ المال الموقوف والعمل على إبقائه صالحاً نامياً بحسب شرط الواقف».

2- «ولاية يفوض بموجبها الزوج بتدبير شؤون زوجته وتأديبها وإمساکها في بيتها ومنعها من البروز»، كما يستعمل الفقهاء مصطلح: القِيم والناظر والمتولي في باب الوقف بمعنى واحد. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج34، ص76، وفي نفس المعنى: محمد صبري الجندي، مرجع سابق، ص100.

(3) _ بموجب المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية والتي تقضي: «...3-المقدم وهو الذي يعينه القضاء». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدا لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون»⁽¹⁾، وبالتالي فإن الأشخاص الخاضعون للقوامة هم كل من القصر كالصبي المميز وغير المميز، والبالغين المحجور عليهم من المجانين والسفهاء والمعتوهين والمغفلين، إذا لم يكن لهؤلاء جميعا أولياء أو أوصياء⁽²⁾.

بل والأكثر من ذلك، فقد وسّع المشرع من معنى التقديم ليشمل أيضا المفقودين بموجب المادة 111 قانون الأسرة التي جاء نصها كما يلي: «على القاضي عندما يحكم بالفقد، أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون»⁽³⁾.

فالتقديم إذن ولاية يفوضها القاضي للشخص المقدم على ناقصي وعديمي الأهلية وليس لهم ولي أو وصي، ذلك أن القاضي هو ولي من لا ولي له، وهو حامي هؤلاء الضعفاء والعاجزين، إلا أنه من غير المألوف والممكن أن يقوم القاضي بنفسه بإدارة أموال هؤلاء المولى عليهم، فيعين شخص المقدم لأداء المهمة عنه⁽⁴⁾، مما يجعل من التقديم ولاية مكتسبة.

ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك استنادا لحديث النبي ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له»⁽⁵⁾.

فالتقديم إذن سلطة مكتسبة من الغير كالوصاية، وبما أن المشرع وبموجب المادة 100 أعلاه أخضع الوصي والمقدم لنظام قانوني موحد، فموضوع المهام المسندة إليهما واحد وهو الولاية على المال سواء في ذلك مع ولاية الولي الأصلي على المال، مادام أن المشرع قد أسند للوصي نفس سلطات الولي بموجب المادة 95.

والأمر سيان بالنسبة لشروط تعيينهما، خاصة وأن المشرع لم يخصها بنص في تعيين المقدم، مكتفيا بالمادة 100 ولا بأس في ذلك تجنبنا للتكرار، إلا أننا نجد رجوعا وأكد على ضرورة توافر

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ محمد بشير، مرجع سابق، ص 86، 87.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص 55.

(5) _ حديث سبق تخريجه. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 4، ص 1770.

الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 583. عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص 60.

شرطي الأهلية والقدرة في المقدم بموجب الفقرة الثانية من المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وربما كان ذلك حرصا منه وخوفا على مصالح هؤلاء الضعفاء والعاجزين.

إلا أن التقديم مجاله أوسع من مجال الوصاية، التيقررت لحماية الأبناء القصر الذين لا ولي لهم، بينما التقديم يزيد على ذلك ليشمل الكبار ناقصي وعديمي الأهلية وكذا الغائبين والمفقودين الذين لا ولي ولا وصي لهم، كما يختلف التقديم عن الوصاية في طريقة وإجراءات تعيين المقدم وهو ما نفصل فيه في العنصر الموالي.

ثانيا: إجراءات تعيين المقدم: إن كيفية وإجراءات تعيين المقدم تختلف بحسب مجال التقديم، ولذلك فتعيين مقدم على الأبناء القصر الذين لا ولي ولا وصي لهم، يكون باتتباع الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت الفرع الثاني بعنوان «في الولاية على أموال القاصر»، وبالضبط في التقسيم الأول الموسوم: «في تعيين المقدم والوصي». والذي خصه المشرع بالمواد من 469 إلى 471 وهو ما سنفصل فيه بعد حين.

وأما تعيين المقدم على البالغين ناقصي وعديمي الأهلية، فيكون طبقا للإجراءات المحددة في نفس القانون وتحديدا بالفرع الثالث بعنوان «في حماية البالغين ناقصي الأهلية»، فتعيين مقدم لهؤلاء يكون بموجب حكم الحجر، وكلها إجراءات تم بحثها في مباحث الحجر من هذه الدراسة. وأخيرا وعن تعيين المقدم عن المفقودين يكون بموجب إجراءات رفع دعوى إثبات فقدان، وهو ما سبق دراسته في مباحث الغياب والفقد كموانع الأهلية أيضا.

لذلك بقي أن نفصل في تعيين المقدم بالنسبة للأبناء القصر كما يلي:

إن المادة 99 من قانون الأسرة لم تحدد الأشخاص الذين يمكن أن تسند لهم مهمة التقديم. على أن المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قررت أن القاضي يعين مقدما من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك عين شخصا آخر يختاره، فهل هذا النص منح ولاية التقديم وجوبا للأقارب، فلا يُعين من الغير إلا بعد انعدام الأقارب، أم هو على سبيل الجواز؟ أي هل يعتبر ذلك تحديدا وترتبيا قانونيا لولاية التقديم؟

ونحن نعتقد أنه ترتيب وتحديد وجوبي، لأن الأقارب هم أولى من غيرهم، بحكم القرابة وبحكم شفقتهم على القصر ولعل في ذلك حماية أكبر لشؤونهم وضمانة لتحقيق مصالحهم، والقاضي مخير حسب ما يراه مناسباً لانتقاء الأفضل من بين هؤلاء الأقارب حسب الصالح الأصلح للمولى عليهم.

وأما عن رفع طلب تعيين المقدم، فإن المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحالت في ذلك إلى الأشخاص المحددين في قانون الأسرة، كما منحت الصفة في هذا الإجراء للنيابة العامة في شكل طلبات. وبالرجوع إلى المادة 99 نجدها حددت هؤلاء الأشخاص بالإضافة إلى النيابة العامة بأحد أقارب القاصر، أو ممن له مصلحة من تعيين المقدم.

وهذا الطلب يكون في شكل عريضة، ويفصل فيه القاضي بموجب أمر ولائي حسب المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي قضت بذلك بعد التأكد من رضی المقدم استلام ولايته، ولعل ذلك يشكل فرقا آخر بين الوصاية والتقديم، وتأكيدا على الطبيعة الخاصة للوصاية فيما يخص عدم الإطلاع لإرادة الوصي بقبول أو رفض الوصاية، على أن التقديم يكون بالإرادة الكاملة للمقدم في قبوله أو رفضه المهام الولائية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الكفالة

يُعنى هذا المطلب ببحث الكفالة باعتبارها صورة من صور النيابة الشرعية سنها المشرع الجزائري كآلية لحماية ورعاية الأولاد القصر الذين لا أسرة لهم ولا عائل، فهي النظام القانوني الذي يوفر لهؤلاء القصر العائل والمربي والقائم على شؤونهم حتى ينشؤون نشأة صالحة. وللتعرف على الكفالة وإجراءاتها القانونية، قسم هذا المطلب إلى فرعين يخصص الفرع الأول لبيان مفهوم الكفالة، وأما الفرع الثاني فيعنى ببحث إجراءات الكفالة.

(1) _ انظر المواد: 469، 470، 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: مفهوم الكفالة

لفهم صورة الكفالة، وجب تعريفها وبيان خصائصها أولاً، ثم بحث شروطها ثانياً فيما يلي:

أولاً: تعريف الكفالة وخصائصها: يتم عرض تعريف الكفالة أولاً، ثم خصائصها ثانياً.

1-تعريف الكفالة: لما كان التعريف الاصطلاحي منبثق من التعريف اللغوي، وجب إذن

عرض التعريف اللغوي أولاً ثم عرض التعريف الاصطلاحي الذي يوافقه.

أ/ تعريف الكفالة لغة: الكفالة لغة من كَفَلٌ: من مراكب الرجال وهو كساء يوضع على

سنام البعير، وهو ما يحفظ الراكب من خلفه.

والكِفَل في اللغة: النصيب

ويقال تكليف بالشيء معناه ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيقة والذهاب، والكافل: العائل،

وفي التنزيل العزيز: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ (سورة آل عمران، آية:37)، أي ضمها أيّاه حتى تكفل

بحضانتها، فالكافل: القائم بأمر اليتيم والمربي له.

والكافل والكفيل: الضامن: كفل المال بالمال: ضمنه وكفل بالرجل: ضمنه⁽¹⁾.

يتضح من التعريف اللغوي أن للكفالة معنيين أساسيين: الأول خاص بالمعاملات المالية

والذي يقصد منه الضمان⁽²⁾، والثاني الخاص بالأحوال الشخصية والمتمثل في إعالة الصغار

(1) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج11، ص588، 590، ونفس المعاني عند: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص1363.

(2) _ ومجاله القانون المدني، إذ عرفت المادة 644 منه الكفالة بقولها: «الكفالة عقد كفيل...»، (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق. فالكفالة هنا بمعنى الضمان، ونفس المعنى نجده في الفقه الإسلامي، فالضمان بهذا المعنى هو أخذ الوثائق في الأحوال وهي ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان، والزعيم والضمين والكفيل والحميل والصبير، غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منهما ويلزم. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج6، ص430، 431.

كما يستخدم مصطلح الكفالة ضمن قوانين الضمان الاجتماعي للدلالة على المستفيدين من بعض المنح والتعويضات والتأمينات مع المؤمن له اجتماعياً حسب الحالات وحسب شروط معينة يضعها التنظيم فقد يكون المكفول زوج المؤمن له أو أولاده أو أصوله.

Yamina Houhou, «La kafala en droit algérien et ses effets en droit français», doctorat en sciences juridiques spécialité : droit privé, droit de la famille, université de pau et des pays de l'adour, 2014, p68.

واليتامى، وهذا هو المعنى المراد من هذا البحث.

ب/ تعريف الكفالة اصطلاحاً: بالرجوع إلى النصوص القانونية الخاصة بالكفالة ضمن قانون الأسرة، في الفصل السابع والأخير من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية في المواد من 116 إلى 125 منه، والتي عرفت الكفالة بموجب المادة 116 بقولها: «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي»⁽¹⁾.

فيظهر أن المشرع عرف الكفالة بكونها عقداً وجعله مصدراً لثبوت الولاية المالية والنفسية للكافل على مكفوله وهو ما أكدته المادة 121 بنصها: «تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي»⁽²⁾. كما أضفى المشرع صفة الشرعية على هذا العقد ذلك لأنه يخضع لأحكام وضوابط ويرتب آثاراً يقرها الشرع الإلهي⁽³⁾ وتتعلق بحدود الولاية والمراكز الممنوحة للكافل ومكفوله القائمة على أساس التكافل والتعاون الإجتماعي، والتقرب إلى الله عز وجل بحسن القيام على أمور اليتيم فيكون بمنزلة الابن الشرعي دون التعدي على حقوق البنوة الشرعية من نسب وميراث وسريان الحرمة، وعلى تلك الأحكام الشرعية تبنى المشرع نظام الكفالة وجعله سبباً لاكتساب الكافل الولاية على مكفوله، ولذلك فالكفالة تعتبر ولاية مكتسبة⁽⁴⁾. ونجد في الفقه المالكي مستنداً في منح الولاية للكافل ذكراً كان أو أنثى قريباً أو أجنبياً على مكفوله، فيعتبره بمنزلة الوصي إذا جرى العرف بتولية اليتيم والنظر في شأنه لأن العرف كالنص على وصايته، وأما إذا لم يكن هناك عرفاً بذلك فلا

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق. ويتبين من صياغة هذا النص باللغة الفرنسية أن المشرع ترجم الكفالة بـ: Le recueil légal وهو مصطلح غير مناسب لا يؤدي نفس المعنى، فكلمة الكفالة غير قابلة للترجمة ولذلك الأصح أن تبقى كما هي وتكتب بهذا الشكل: La Kafala

Yamina Houhou, Op. cit, p68.

(2) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ مصطفى معوان، «أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري»، **مجلة المعيار**، العدد التاسع، مجلة تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2004، ص 516.

(4) _ مثلها مثل الوصاية والتقديم، كما تتشابه معهما في كونها تبرعية، على أنه لا يوجد ما يمنع أن تكون الوصاية أو التقديم بمقابل، وتختلف الكفالة عنهما في كونها ولاية تامة وشاملة على مال ونفس المكفول، على أنهما ولاية على مال المولى عليه دون نفسه.

يتصرف في شؤون مكفوله إلا بعد الرجوع للحاكم، غير أنه نقل ابن غازي رواية عن مالك وأن الكافل بمنزلة الوصي ولو دون وجود العرف⁽¹⁾.

فعلى الرغم من أن الكفالة عقد يقوم على إرادة الكافل، إلا أنه يبقى شرعياً خاضعاً في أغلب أحكامه للقواعد القانونية والشرعية، فرضى الكافل ينصب على قبول الكفالة من عدمه وليس له رفض أو تعديل أحد أحكامها المحددة سلفاً قانوناً وشرعاً. وحسنا صنع المشرع، حتى ينه المقلب على الكفالة بأهميتها وقيمتها ليس على الولد المكفول فقط، بل على المجتمع ككل. لأنها تتعلق بتربية النشء وإعداده ليكون عضواً فعالاً في المجتمع.

وعند هذا المقام يثور التساؤل عن الفرق بين نظام الكفالة ونظام التبني الذي يحقق هو الآخر الرعاية الأسرية البديلة لكل هؤلاء الذين لا عائل ولا مربى لهم؟ وعن موقف المشرع من هذا النظام؟

فقد كان موقف المشرع واضحاً وحازماً باستناده للشرع الإسلامي في منع التبني بموجب المادة 46 من قانون الأسرة بنصها: «يمنع التبني شرعاً قانوناً»⁽²⁾، وهو ما سلكه أيضاً نظيره المشرع المغربي بموجب المادة 149 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: «يعتبر التبني باطلاً، ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية»⁽³⁾، بينما لم تتضمن مدونة الأسرة المغربية أحكام الكفالة، إنما خصها المشرع المغربي بقانون خاص، والمتمثل في القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين⁽⁴⁾. وذلك لأن التبني هو عملية استلحاق شخص لشخص آخر سواء كان معلوم النسب أو مجهول مع علمه يقينا أنه ليس منه، فيكون للشخص المتبني كافة حقوق الابن الشرعي من

(1) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص300، 301.

(2) _ (القانون 84-11)، مرجع سابق. فيعاقب كل من سلك التبني كآلية لرعاية الطفل، بموجب المادة 217 من قانون العقوبات لكن هذا النص لا يجرم التبني في حد ذاته بل لكونه يحمل في عناصره التحايل على القانون ويتمثل في الإدلاء بتصريحات كاذبة لدى ضابط الحالة، هذا الفعل الذي يشكل جنحة يعاقب عليها النص، قاشي علال، «أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري»، مجلة المعيار، العدد16، رقم31، ص529. www.asjp.cerist.dz

تاريخ الإطلاع على الموقع: 26 فيفري 2020.

(3) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(4) _ (القانون رقم 01-15)، مرجع سابق.

ميراث ونسب وسريان حرمة، وهذا الفعل ما هو إلا تليق للحقيقة وتزييفها⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس حرم الإسلام التبني تحريماً قاطعاً ورفض أن يكون التبني سبباً لثبوت النسب لأن النسب لا يثبت إلا بولادة حقيقية ناشئة عن علاقة زواج شرعية وقد نزلت الآية الدالة على ذلك في قوله تعالى: ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۖ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ أَلْسِنِي تَظْهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَٰلِكُمْ قَوْلِكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ ﴿٤﴾ أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاهُمْ ﴾، (سورة الأحزاب، آية: 4 و 5)،

وهذه الآية نزلت في شأن زيد بن حارثة، كان النبي ﷺ قد تبناه قبل النبوة بمقتضى عادات العرب في الجاهلية، واعتبرت أن التبني قول لا يقتضي أن يصير المتبني ابناً حقيقياً، وأبطلت الآية بذلك ما كان عند العرب والإسلام في بدايته من جواز ادعاء الأبناء الأجانب، وأمر الله تعالى برد أنساب الأدياء إلى آبائهم الشرعيين، إن عرفوا وإلا فهم إخوانهم في الدين⁽²⁾، ولذلك جعل الإسلام كعلاج لهؤلاء مجهولي النسب والذين لا عائل لهم، الرعاية الاجتماعية ونظام الكفالة، لأنها تقوم على الأخوة والولاء، فلا مصلحة ترجى من التبني، فإذا كان يحقق الرعاية لهؤلاء إلا أنه سبب المكايمة والعداوة بين أفراد الأسرة، فهو يأخذ من ميراث ذوي الحقوق، ويؤدي إلى اختلاط الأنساب...⁽³⁾.

والنصوص القرآنية والأحاديث النبوية التي تحت على الكفالة كثيرة نذكر منها قوله تعالى:

﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ (آل عمران، آية: 37) بأن جعل زكرياء كافلاً لها، وما ذاك إلا أنها كانت

(1) _ وهو يختلف عن إقرار النسب، ذلك لأن المقر لنسب شخص إنما هو مثبت لحقيقة وكاشف لها، فهو إحقاق للحق، طالما أنها تمثل علاقة حقيقية كانت خفية على الناس والقانون، كما يختلف أيضاً عن البنوة والتي هي عبارة عن نسب يأتي عن علاقة شرعية وهو الزواج. علام الساجي، «إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري مقارنة أنثروبولوجية»، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الرابع، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، ص 274.

www.asjp.cerist.dz تاريخ الإطلاع على الموقع: 26 فيفري 2020.

(2) _ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج 3، ص 433، 434.

(3) _ أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، مرجع سابق، ص 125، 126.

يتيمة لتقتبس منه علما نافعا وعملا صالحا، وقوله أيضا جل وعلا: ﴿أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ (سورة آل عمران، آية: 45) حين اقترح القوم في شأن مريم أيهم يكفلها لرغبتهم في الأجر⁽¹⁾، وما ورد في قصة موسى أيضا عندما حرّمت عليه المراضع فقالت أخته لآل فرعون: ﴿هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَن يَكْفُلُهُ﴾ (سورة طه، الآية: 40)⁽²⁾. وغيرها من الآيات التي تدل على حفظ اليتيم وتربيته وعدم الإساءة إليهم في قوله تعالى: ﴿فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ ۝١﴾ (سورة الضحى، آية: 09) وقوله أيضا: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ (سورة البقرة، الآية: 220) وأما من السنة الشريفة فنختار الحديث المشهور للنبي عليه أفضل الصلاة والسلام في قوله: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى»⁽³⁾، وقد بين الحديث درجة ومنزلة كافل اليتيم في الجنة، ترغيبا فيها وحثا عليها.

2- خصائص الكفالة: من خلال تعريف الكفالة وتمييزها عن التبني، أمكن استخلاص أهم

الخصائص التي تتميز بها فيما يلي:

- أن الكفالة صورة من صور التكافل الاجتماعي جاء بها الإسلام كبديل للتبني، الذي له آثار سلبية على الأسرة والمجتمع كونه تزييفا للحقيقة، وعلى هذا النهج سار المشرع بمنع التبني وتنظيم الكفالة، فهي تضمن القيام بشؤون الصغير المالية والنفسية، وتوفر له الجو الأسري من رعاية وتربية وتعليم ونفقة دون أن يؤدي ذلك إلى تزييف الأنساب واختلاطها.

وحتى تؤدي المهمة على أكمل وجه فقد منح المشرع الكافل الولاية على مال ونفس الطفل المكفول كالولي الشرعي، وهي أهم أثر يترتب عن الكفالة إذ تضع الطفل المكفول في مرتبة

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج1، ص334، 337.

(2) كما وردت أيضا في سورة القصص، الآية رقم 11 في قوله تعالى: "هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه".

(3) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الطبعة الثالثة، دار السلام، الرياض، الجزء العاشر (كتاب الأدب، باب من يعول يتيما)، ص536.

الابن الشرعي بمنحه والكافل حقوقا وواجبات متبادلة، كذلك المقررة في علاقة الأب بابنه فتكون للكافل نفس الوظيفة الولائية الممنوحة للأب على أبنائه، ما عدا بعضا من أحكامها التي تستلزم الأبوة والبنوة الحقيقية، وهو ما سيتم التعرف عليه من خلال ثنايا البحث.

-أن الكفالة عمل تبرعي من الكافل، إذ لا يحصل على أجره مقابل كفالته⁽¹⁾، وهي التزام ليس بسبب قرابة إنما بسبب العقد الذي يبرمه الكافل قصد القيام بمهمة جليلة وهي القيام على شؤون الطفل المكفول، إلا أن هذا العقد، أغلب أحكامه يحددها القانون والشرع وليس لإرادة الكافل سلطان فيها، إنما يعتد برضاه فقط، في مسألة الإبرام والانعقاد.

-فالكفالة عقد شرعي، أي أحكامه منظمة ومحددة شرعا وقانونا، بالإضافة إلى أنه يتم أمام القاضي أو الموثق بعد توفر كل شروطه المطلوبة، فتضفى عليه الشرعية التي تجعل له وجودا قانونيا، يحتج به أمام الغير، وتعطي للكافل المركز القانوني في كونه القائم برعاية المكفول وإدارة شؤونه⁽²⁾.

ثانيا: شروط الكفالة: حتى تتعد الكفالة صحيحة، وجب توفر مجموعة من الشروط المعتبرة في كل من الكافل والطفل المكفول، بالإضافة إلى بعض الشروط المتعلقة بالعقد، ونجملها فيما يلي:

1-شروط الكافل: اشترط المشرع الأسري مجموعة من الشروط الواجب توافرها في الكافل حتى تسند له الكفالة بموجب المادة 118 من قانون الأسرة بنصها: «يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته»⁽³⁾.

وهذه الشروط في عمومها نفس تلك التي اشترطها المشرع في كل من الوصي والمقدم، وهو الصواب لأن الكفالة ولاية ولأن الولاية لا تثبت إلا لأهلها وخاصتها:

(1) _ لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص334.

(2) _ مصطفى معوان، مرجع سابق، ص516، 517.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

أ/ أن يكون الكافل مسلماً: وهو شرط بديهي ما دامت الكفالة تخول الولاية وكما هو مقرر شرعاً وقانوناً، لا ولاية لغير المسلم على مسلم.

إلا أنه وفي هذا المقام، يثار التساؤل عن جنسية الكافل، فهل يشترط فيه أن يكون جزائرياً؟ وهل تسند الكفالة للأجنبي غير الجزائري؟

فحسب الأستاذ الغوتي بن ملحمة يرى أن الجزائري وحده يستطيع التكفل بطفل جزائري⁽¹⁾، وهو ما اشترطته وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة بأن يكون طالب الكفالة جزائرياً⁽²⁾.

لكن نتساءل عن الهدف من اشتراط الجنسية الجزائرية، بالرغم من أن المادة 118 اشترطت الإسلام فقط؟، فإذا كان المقصود من ذلك التأكيد على شرط الإسلام فذلك ليس أساساً لأنه يمكن للجزائري الجنسية أن يكون غير مسلم، كما يمكن أن يكون الأجنبي غير الجزائري مسلماً. وأما إن كان المقصود من ذلك هو الاطمئنان على الطفل المكفول بكونه باق دائماً داخل الأراضي الجزائرية، فإن وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة لم تشترط الإقامة في الجزائر، بل وأجازت المقيمين بالخارج التكفل بأطفال من الجزائر، والأكثر من ذلك أجازت ذلك أيضاً للجزائري مزدوج الجنسية⁽³⁾.

—فنعتقد أنه تم الخلط بالمفاهيم الناتج عن ربط الجنسية الجزائرية بالإسلام، كما نرى أنه لا مانع من كفالة طفل جزائري من قبل أجنبي ما دام مسلماً بغض النظر عن جنسيته خاصة إذا كان مقيماً بالجزائر، أو أجنبي مزدوج الجنسية وجنسيته الثانية هي الجزائرية، ولعله وما ندعم به رأينا هو ما سارت عليه المحكمة العليا حين تمارس رقابتها على شرط الإسلام في الحاضنة، إذ

(1)-Ghaouti Benmelha, le droit algérien de la famille, officed u publication universitaires, Ben Aknoun, Alger, p272.

(2) _ من خلال موقعها الرسمي: www.msn.fcf.gov.dz/p_adoption ، تاريخ الاطلاع عليه: 16 أبريل 2020 على الساعة 15:16.

(3) _ ويتبين ذلك من خلال الشروط التي وضعتها الوزارة في موقعها الرسمي.

لم تعدد بجنسيتها⁽¹⁾، وذلك قياسا على أن ما يسري على الحضانة يسري على الكفالة، كون الحضانة جزء من الولاية على النفس.

ب/ أن يكون الكافل عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول: ذلك أن الأهلية مناط للتكليف، فيجب أن يكون الكافل بالغ 19 سنة متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه.

ج/ أن يكون الكافل قادرا على رعاية مكفوله: ويقصد بها القدرة المالية والجسدية، وعلى القاضي إجراء تحقيق للتأكد من توافر كل الشروط⁽²⁾، المطلوبة في المادة 118 بل وغيرها من الشروط حتى التي لم ينص عليها المشرع صراحة كشرط الأمانة والعدل، من أجل وضع الطفل المكفول في أيد أمينة تحميه وتحفظه صحة وخلقا وتربية وعلما، واتضح ذلك من خلال الشروط التي وضعتها الوزارة في طالبي الكفالة، ومن عقد الكفالة⁽³⁾.

كما أن هناك بعض الصفات المعتمدة في الكافل لمنحه الكفالة، ككونه شخصا طبيعيا، لأنه لا يجوز للأشخاص المعنوية كالجمعيات الخيرية مثلا أن تطلب الكفالة لأن الدولة وحدها كشخص معنوي، المسؤولة بالتكفل بالأطفال الذين لا آباء لهم من خلال إحداث دور للأطفال المسعفين، كما يشترط إذا كان الكافل متزوجا موافقة ورضى الزوج الآخر بالكفالة، إذ أنه لا يشترط فيه الزواج فيمكن للمطلق أو المتوفى عنه زوجه التكفل بطفل على أن يتجاوز سنه سن الطفل المكفول ولا فرق في ذلك أن يكون الكافل رجلا أو امرأة⁽⁴⁾.

(1) _ فقد قضت المحكمة العليا بثبوت الحضانة للأُم التي اكتسبت جنسية أجنبية، ما دام أنه لم تثبت ردتها عن الإسلام في قرارها: رقم 457038 المؤرخ في 10 / 09 / 2008، قرار سبق ذكره.

(2) _ لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 337.

(3) _ ذلك لأن القاضي لا يمنح عقد الكفالة، إلا بعد التأكد من توافر الشروط اللازمة، من خلال ملف طلب الكفالة، الذي يقدم فيه الكافل كل الوثائق التي تدعم تلك الشروط، ومنها شهادة السوابق القضائية، حتى يتأكد من أمانته وعدله بعدم الحكم عليه بجريمة خيانة مثلا أو جريمة ماسة بالأخلاق، كما يقدم شهادة العمل وشهادة كشف الراتب، ليضمن القاضي على الحالة المادية له، لكي ينفق على الطفل المكفول بما يحمي كرامته، كما يتأكد القاضي من قدرة الكافل الصحية العقلية والجسدية، من خلال تقديم وثائق طبية... الخ

• **طالع الملحق رقم 2.** طالع أيضا الشروط والملف اللازم لطالب الكفالة والمناحة في الموقع الرسمي لوزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة [www. Nsm fcf. gov. dz](http://www.Nsm fcf. gov. dz)

(4) _ Ghouti Benmelha, Ibid , p272.

2-شروط المكفول: اشترط المشرع شرطا واحدا في الطفل المكفول وهو أن يكون قاصرا، فكل من لم يبلغ 19 سنة، يمكن أن يكون محلا للكفالة، غير أنه كلما كان الطفل صغيرا في السن كلما كان أسرع اندماجا في أسرته الكافلة. ويستوي في ذلك أن يكون الطفل ذكرا أو أنثى، إلا أن المشرع لم يبين ولم يشترط الجنسية الجزائرية في الطفل، وعلى ذلك لا يوجد مانع من أن يكون جزائري الجنسية أو أجنبيا⁽¹⁾.

وأخيرا فقد قضت المادة 119 من قانون الأسرة أن الطفل محل الكفالة يمكن أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب. حيث لا يمنع وجود والديه من كفالته من قبل الغير، فقط يشترط رضاهما وقبولهما الكفالة.

3-شروط عقد الكفالة: عقد الكفالة هو عقد مدني، فإنه يخضع بذلك لأركان وشروط العقد المدني، والتي تتمثل أركانه في السبب والمحل والتراضي وشروطها من وجود ومشروعية، وضرورة توفر الأهلية اللازمة، وانعدام عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه وغيرها، وكل هذه القواعد مجالها النظرية العامة للعقد حسب القانون المدني ضمن الفصل الثاني من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام من الكتاب الثاني الموسوم بالالتزامات والعقود.

وبالإضافة إلى تلك الشروط العامة، هناك شروط تتطلبها خصوصية الكفالة، وهو الذي يهمننا من هذا البحث:

بما أن الكفالة عبارة عن عقد شرعي محله الولاية على المال والنفس، وهذه الأحكام تكون محددة شرعا وقانونا، فهي إذن من النظام العام، فلا يكون للكافل فيها إرادة إلا الرضى بها والقبول لإبرام العقد فقط.

فالكفالة اذن عقد ذو طبيعة خاصة، مثلها في ذلك مثل عقد الوصاية كونها هي الأخرى ولاية محددة الأحكام شرعا وقانونا، إلا أن الفرق بينهما هو أن الوصي لا يملك إلا القبول فإذا رفض، فلا أثر له إلا بعد قبول القاضي عذره في الرفض.

⁽¹⁾ _Opcit, p272.

بينما الكافل له الحرية المطلقة في القبول، كما له حرية الرفض والتخلي، ومع ذلك فإنه يمكن إنهاء الكفالة دون الالتفات إلى إرادة الكافل، كما هو الشأن في الوصاية، وذلك في حالات سوء التصرف، أو تخلف أحد الشروط المطلوبة فيه قانونا.

بل والأكثر من ذلك، فإنه يمكن إنهاء الكفالة أيضا نزولا عند رغبة الولد المكفول وحده بغض النظر عن رغبة الكافل، وإن توفرت فيه كل الشروط الضرورية للكفالة، وذلك متى بلغ الولد المكفول سن التمييز واختار العودة لوالديه وكلها أحكام تفصل فيها في مباحث انتهاء النيابة الشرعية.

وخلاصة القول: أن عقد الكفالة هو عقد مدني شرعي ذو طبيعة خاصة أطرافه الكافل ووالدي الطفل المكفول في حالة الطفل معلوم النسب، أو الكافل والدولة ممثلة في مديريات النشاط الاجتماعي في حالة الطفل مجهول النسب، ويعتد برضى الأطراف في الحدود المتاحة، سببه نية التبرع والتطوع، محله القيام على تربية الطفل المكفول وحسن تنشئته، والإنفاق عليه وتحقيق مصالحه أي الولاية على النفس والمال.

ولذلك ولإبرام هذا العقد فقد أوجب المشرع بموجب المادة 117⁽¹⁾ من قانون الأسرة أن يتم أمام المحكمة أو أمام الموثق حتى يضي عليه الشرعية، فالقاضي هو حامي الحقوق وله الولاية في ذلك، والموثق هو الموظف العمومي المختص بتحرير العقود الرسمية والصحيحة والتي لا يطعن فيها إلا بالتزوير. وتفصل في إجراءات إبرام هذا العقد وغيرها من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: إجراءات الكفالة

تمر الكفالة بمجموعة من الإجراءات، وتقسّم إلى مرحلتين: مرحلة أولية على الإجراءات كما تسمى بالمرحلة التمهيديّة أو الابتدائية، ونتناولها أولا، ومرحلة قضائية⁽²⁾، نعرضها ثانيا،

(1) _ ونصها كالتالي: «يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان». (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ عبد الرحمان سلام، «الكفالة في التشريع المدني الجزائري»، مجلة الحضارة الإسلامية، مخبر القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، جامعة مستغانم، المجلد 19، أكتوبر 2018، ص 618. مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 523. الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 171.

غير أن المشرع الجزائري أجاز لكافل طفل مجهول النسب منحه لقبه باتباع مجموعة من الإجراءات وهو ما نتطرق له ثالثاً.

أولاً: المرحلة الأولية على الإجراءات: ومن خلال اطلاعنا على موقع وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، تبين أنها أطلقت على هذه المرحلة تسمية طلب الكفالة⁽¹⁾، وحقيقة هي تسمية موقفة، لأنه في هذه المرحلة يتم التراضي بين أطراف الكفالة ونميز في ذلك بين كفالة معلوم النسب ومجهوله.

فبالنسبة لكفالة طفل معلوم النسب وإعمالاً للمادة 117 فإنه يتعين موافقة ورضى كل من الكافل وأبوي الطفل المكفول، أو موافقة أحدهما إذا كان الآخر عاجزاً أو متوفياً، وإذا كانا كلاهما متوفيين فيشترط موافقة حاضنه وذلك بموجب تصريح حسب النموذج القانوني⁽²⁾، أو المجلس العائلي⁽³⁾.

وأما بالنسبة لمجهول النسب: فإن طالبي الكفالة المقيمين بالوطن، يتم التراضي بينهم وبين اللجنة الممثلة للدولة على مستوى مديريات النشاط الاجتماعي والتضامن للولاية التي يوجد بها الطفل المراد كفالته، لأنه على مستواها يقدم طلب الكفالة وذلك بإرفاقه بالملف⁽⁴⁾، وبعد بحث وتحقيق تقوم به تلك المصالح حول الكافل وظروفه المادية والصحية ومدى توفر فيه شروط الكفالة من عدمه، وعلى أساسه تقبل طلب الكفالة أو ترفضه، ففي حالة القبول فيكون ذلك بموجب وثيقة تسمى بمقرر الوضع، والتي تمثل قبول مصالح مديرية النشاط الاجتماعي

(1) www.msn.fcf.gov.dz/=adoption

(2) _ مصطفى معوان، مرجع سابق، ص523، الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص170، 171. Yamina Houhou, Op. cit, p65.

(3) _ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص170. Yamina Houhou, Op. cit, p65.

• على أننا نذكر في هذا المقام أن المشرع الجزائري لم ينص على المجلس العائلي ولم ينظم أحكامه ضمن نصوص قانون الأسرة أو غيره ما عدا ما ورد في المادة 5 من القانون التجاري التي تشترط موافقة هذا المجلس لترشيد القاصر في الأعمال التجارية.

(4) _ حسب موقع وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة: www.msn.fcf.gov.dz

والتضامن بإسناد الطفل المكفول للكافل⁽¹⁾.

غير أنه إذا كان الطفل المكفول مجهول النسب معلوم الأم، فلا يسند الطفل للكفالة إلا بعد التخلي عنه من قبل أمه وذلك بتوقيع محضر التخلي، سواء التخلي النهائي مرة واحدة أو يكون التخلي بالتدرج حسب مدة محددة بالتنظيم المعمول به⁽²⁾.

وأما بالنسبة لطالبي الكفالة المقيمين خارج الوطن، فإن طلبهم يقدم لدى المصالح القنصلية أو السفارات (وزارة الشؤون الخارجية) مرفوقا بملف أيضا، يتضمن كل الأوراق الثبوتية لشروط الكفالة، وبنفس الطريقة تقوم هذه المصالح بإجراء تحقيق حول ظروف الكافل، وعلى أساسه تمنحه شهادة الموافقة على طلبه وإسناده الكفالة⁽³⁾.

ثانيا: المرحلة القضائية: أوجبت المادة 117 أن تتم هذه المرحلة أمام المحكمة أو أمام الموثق، وذلك من أجل تثبيت الكفالة وإعطائها شرعيتها، وقد أطلقت وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة على هذه المرحلة بالحصول على عقد الكفالة.

إلا أننا نفضل تسمية المرحلة القضائية، ذلك لأنه عمليا أصبحت الجهة المختصة في تثبيت الكفالة هي المحاكم وذلك منذ صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽⁴⁾. وذلك للأسباب التالي شرحها:

أنه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي تضمن إجراءات الكفالة في مواده من 492 إلى 487، خاصة المادة 492 والتي تقضي بأنه: «يقدم طلب الكفالة بعريضة من طالب الكفالة أمام قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مقر موطن طالب الكفالة»⁽⁵⁾، توحى أن تثبيت الكفالة أصبح ابتداء من اختصاص قاضي شؤون الأسرة دون سواه، مما أثار عدة تساؤلات حول

(1) _ سعاد زغيشي، «كفالة اليتيم في التشريع الجزائري»، مجلة البحوث والدراسات، العدد2، دورية أكاديمية دولية نصف سنوية تصدر عن جامعة حمة لخضر -الوادي- الجزائر، المجلد 14، ص183.

(2) _ عبد الرحمان سلام، مرجع سابق، ص618، 619، مصطفى معوان، مرجع سابق، ص523.

(3) _ سعاد زغيشي، مرجع سابق، ص183. www.msn.fcf.gov.Dz/p=adoption.

(4) _ عبد الرحمان سلام، مرجع السابق، ص617.

(5) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

المقصود بذلك، فهل يقصد من تلك الإجراءات أنها تحوي إلغاء ضمناً جزئياً لحكم المادة 117 من قانون الأسرة وهو قانون موضوعي؟، أم المقصود منها تنظيم حالة طلب الكفالة أمام المحكمة، تاركة حالة طلبها أمام الموثق لتنظيم بموجب القوانين السارية؟

إن الرأي السائد بين مكاتب التوثيق، أن يدهم رفعت عن إنشاء الكفالة بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية مستدلين بحكم المادة 495 والتي وسّعت من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة بنصها: «يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل، وعند الاقتضاء، يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته»⁽¹⁾ فهذه السلطات من اختصاص القضاء وحده، وبمنع الموثق من القيام بها والتحقق من صحتها⁽²⁾.

ولعل هذا الرأي صائباً، على أساس، أن عقد الكفالة هو عقد متعلق بأمر إنسانية مصيرية، تتمثل في حماية العاجزين، وتكوين الشئ الصالح وتحقيق التكافل الاجتماعي ولذلك يغلب على كونه عقداً مدنياً، حيث يختص الموثق بالرقابة على شروط العقد المدني، وليس له البحث والتحقق في شروط ولاية الكافل أو اتخاذ أي تدبير آخر.

بالإضافة إلى أن قاعدة القانون اللاحق ينسخ السابق⁽³⁾، فإنه على اعتبار أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاحق على قانون الأسرة وتعديله، فقواعده وأحكامه أولى بالتطبيق، فوجب تقديم مصلحة الطفل المكفول على كل اعتبار، ولن يتحقق ذلك، إلا بمنح الاختصاص في تثبيت الكفالة للقاضي وحده دون غيره، كما هو الحال في الوصاية لكونه حامي الحقوق بصفته صاحب الولاية القضائية.

فأصبح من الضروري تحديث أحكام قانون الأسرة تماشياً مع القوانين السارية وتحقيقاً لمصالح الطفل المكفول، وذلك بتعديل نص المادة 117 من قانون الأسرة بحذف عبارة «أو أمام

(1) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(2) _ بوتغرار علاوة، خدروش الدراجي، «الكفالة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية»، **نشرة الموثق**، جويلية 2010، ص 41.

(3) _ عبد الرحمان سلام، مرجع سابق، ص 620.

الموثق» لتصبح: «يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، وأن تتم برضا من له أبوان».

وعلى ضوء ما سبق، فإن طلب الكفالة، أو الحصول على عقد الكفالة، يتم على أساس المواد من 492 إلى 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بتقديم الطلب مرفق بالملف، وفي حالة كفالة طفل مجهول النسب يرفق الملف بشهادة الوضع⁽¹⁾ إلى القاضي المتواجد بدائرة اختصاصه موطن الكافل بموجب عريضة. ويتأكد القاضي من توافر الشروط القانونية المذكورة في المادة 118 من قانون الأسرة وفي سبيل ذلك يمكنه الأمر بتحقيق على أساس المادة 495 أو القيام بأي إجراء يسمح له بالاطمئنان على مصالح الطفل المكفول. وبعد النظر في الطلب في غرفة المشورة، يفصل فيه بأمر ولائي بعد استطلاع رأي النيابة العامة⁽²⁾، وترسل نسخة من هذا الأمر غير القابل للطعن لضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول⁽³⁾.

ثالثا: إجراءات تغيير لقب الطفل المكفول مجهول النسب: أجاز المشرع للكافل منح لقبه لمكفوله مجهول النسب من الأب، قصد مطابقته له، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 71-156 المتعلق بتغيير اللقب، ثم عدل هذا الأخير مرة أخرى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 20-223⁽⁴⁾، الذي غير من بعض إجراءات تغيير لقب المكفول، ووضع حلا لحالة عدم التوصل للأم الحقيقية للطفل المكفول، ثم مكّن من تقديم طلب تغيير اللقب إلكترونيا، وكل ذلك كما سيتم توضيحه فيما يلي:

(1) _ ويتكون ملف تثبيت الكفالة من: طلب خطي موجه إلى السيد رئيس المحكمة، شهادة الميلاد الأصلية لكلا الزوجين، سجل السوابق العدلية لكلا الزوجين، شهادة جنسية لكلا الزوجين، عقد زواج الزوجين، كشف الرواتب للأشهر الثلاثة الأخيرة لكلا الزوجين، شهادة ميلاد الطفل المكفول، شهادة وضع نظام الكفالة موقعة من طرف مديرية النشاط الاجتماعي والتضامن www.msnfcf.gov.dz/padoption

(2) _ عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 172. انظر المادتين 493، 494 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) _ الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص 172.

(4) _ مرسوم تنفيذي رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب، (جريدة رسمية عدد 47، مؤرخة في 11 يونيو 1971)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 (جريدة رسمية عدد 5، مؤرخة في 22 يناير 1992)، وأيضا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 8 أوت 2020 (جريدة رسمية عدد 47، مؤرخة في 11 أوت 2020).

-بعد أن منح المرسوم التنفيذي رقم 92-24 الحق للكافل بمنح لقبه لمكفوله مجهول النسب من الأب قصد مطابقته به، حدد المرسوم رقم 20-223 الإجراءات الجديدة لذلك، بحيث يقدم الكافل طلب تغيير اللقب العائلي للطفل باسم هذا الأخير ولفائدته إلى وكيل الجمهورية لمكان إقامته، أو لمكان ميلاد الطفل. وإذا كان لهذا الطفل أما معلومة وعلى قيد الحياة، وجب إرفاق الطلب بموافقتها في شكل عقد رسمي، وفي حالة تعذر ذلك فيرفق الطلب بتصريح شفوي للكافل في شكل عقد رسمي أيضا يصرح فيه وتحت مسؤوليته أنه لم يتمكن من الاتصال بالأم بالرغم من مساعيه في ذلك، كما يمكن تقديم هذا الطلب إلكترونيا⁽¹⁾. فالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 لم يكن يتضمن حلا لحالة عدم إمكان الاتصال بالأم.

ولا يكون هذا الطلب محل النشر، على عكس باقي طلبات تغيير اللقب، ثم يغير لقب الطفل المكفول بناء على أمر من رئيس المحكمة الذي يتم النطق به بناء على طلب وكيل الجمهورية، هذا الأخير الذي يكون له عند الاقتضاء استطلاع رأي قاضي الأحداث. ويصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين الموالية لتاريخ تقديم الطلب، ويكون محل تسجيل وإشارة على هامش سجلات ومستخرجات عقد الحالة المدنية بسعي من وكيل الجمهورية⁽²⁾.

وهكذا يتطابق لقب الطفل المكفول بكافله، وغاية المشرع من ذلك هو محاولة تسهيل إدماج الطفل المكفول أكثر في الأسرة الكافلة، وكذا في المجتمع بأن يكون له لقباً يحمله، ويتبين جليا من خلال المرسوم أعلاه، أن منح لقب الكافل لمكفوله لا يكون إلا إذا كان المكفول مجهول النسب من جهة الأب، لأنه إذا كان معلوم النسب فيعتبر ذلك اعتداء على لقبه ونسبه، كما جعل هذا الإجراء أمرا جوازيا واختياريا لرغبة الكافل، على أنه إذا كان للطفل مجهول النسب أما وجبت موافقتها.

(1) _ المادة الأولى مكرر ومكرر 1 من المرسوم رقم 20-223. بينما في ظل المرسوم رقم 92-24 فإن الطلب يوجه إلى وزير العدل حافظ الأختام ويودع لدى وكيل الجمهورية محل إقامة الكافل أو لدى المديرية الفرعية للحالة المدنية والجنسية على مستوى وزارة العدل.

www.msnfcf.gov.dz/ p= adoption تاريخ الاطلاع على الموقع: 2020/09/07 على الساعة 21:30
(2) _ المادة الثانية والمادة 5 مكرر 2 من المرسوم رقم 20-223، أما في ظل المرسوم رقم 92-24 فيصدر أمر رئيس المحكمة بناء على طلب وكيل الجمهورية بعد إخطاره من قبل وزير العدل.

وبالرغم من ذلك، فإن المرسوم التنفيذي رقم 92-24 الذي استحدث مطابقة لقب المكفول بكافله كان محل جدل فقهي، بين معارض ومؤيد له وأساس هذا التعارض، على الأغلب يرجع إلى أنه لم يحدد بدقة الطبيعة القانونية لمنح اللقب للطفل المكفول، هل هو حق استعمال أم حق شخصي؟⁽¹⁾، وبالتالي فهل يعتبر تبني غير مباشر أم يبقى مجرد إجراء داخل نظام الكفالة؟ وعلى الرغم من هذا الجدل الفقهي، إلا أن المشرع لم يتدخل لتوضيح الأمر ووضع حد له، فقد كانت له فرصة ذلك بصدور المرسوم رقم 20-223 لكنه لم يفعل، وبقي الأمر على حاله حول هذه النقطة.

إذ تحجج المعارضين لهذا المرسوم، بأنه جاء مخالفاً للآيتين 4 و5 من سورة الأحزاب اللتين منعتا التبني صراحة، فأمر الله تعالى برد نسبهم إلى آبائهم في الحقيقة، وأن استلحاق المكفول بالكافل عن طريق التسمية بحيث يمنحه الكافل لقبه مع العلم اليقين أنه ليس من صلبه، فيعتبرونه بمثابة تبني بسيط وهو بقاء الطفل منتمياً إلى عائلته، وما دام المكفول هنا لا يعرف عائلته، فلا فرق بين قطع الصلة أو عدمها، بالإضافة إلى كون النفقة مقررة للمكفول والمفروض أنها لا تثبت إلا بالعلاقة الشرعية⁽²⁾.

غير أن الفريق المؤيد لهذا المرسوم، رد على تلك الحجج، مدعين رأيهم بمجموعة من الأدلة وتتمثل في:

أن الآيتين السابقتين نزلتا في زيد بن حارثة وهو معلوم وصحيح النسب، بينما من شروط مطابقة اللقب حسب المرسوم هو كون الطفل المكفول مجهول النسب من جهة الأب. بل أن المشرع أكد على حماية النسب من خلال المادة 120 من قانون الأسرة التي أوجبت احتفاظ الطفل المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب، حماية للأنساب وعدم التعدي عليها أو اختلاطها.

(1) _ فريدة محمد زواوي، «مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92/24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية»، المجلة القضائية، العدد 02، 2000، ص75.

(2) _ مصطفى معوان، مرجع سابق، ص526، 527.

بالإضافة إلى أنه إذا لم يترتب عن هذا التطابق في الألقاب استحقاق الميراث وهو ما لا يتحقق في نظام الكفالة ولو بتغيير اللقب، بل أن المشرع نص صراحة بإمكانية الإيحاء أو الهبة للطفل المكفول مفندا بذلك أي حقوق ميراثية له، والتي بالتأكيد لا وجود لها في قواعد الميراث. كما أنه لا يعتبر سببا لسيران الحرمة بين المكفول وكافله وبينه وبين باقي أعضاء أسرته الكافلة، كالزواج بابنة الكافل إذا كان المكفول ذكرا، وبالتالي فهذا الاستحقاق لا ضير فيه، بل له مستندا شرعيا، إذ كان العرب والمسلمون ينتسبون إلى القبيلة بالحلف والولاء أو الإسلام على يد أحد أبنائها، فهذا دليل على أن المحرم في الإسلام هو الإعلان بالبنوة وآثارها⁽¹⁾. وأما فيما يخص ثبوت النفقة للمكفول، فهي تثبت بمقتضى عقد الإيحاء أي عقد الكفالة الذي يأخذ به الكافل الطفل المكفول⁽²⁾، ولذلك فإن هذا المرسوم لا يعدو أن يكون إجرائيا وتنظيميا فقط، كونه شرع لمصلحة الطفل المكفول، فعندما يحمل لقباً مغايراً للقب كافله يؤثر عليه نفسياً ويصعب عليه الاندماج داخل الأسرة بل والمجتمع ككل، ويصعب عليه أيضا أبسط الأمور الحياتية من وثائق وسفر وتعليم وعمل⁽³⁾.... الخ.

وعليه يمكن تحديد طبيعة هذا المرسوم بأنه فقط مجرد حق استعمال، وما يؤكد ذلك أنه نص على ضرورة تسجيل لقب المكفول المطابق للكافل على هامش شهادة الميلاد، ولذلك يمكن لكل ذي مصلحة كالموثقين، وضباط الحالة المدنية، وغيرهم التعرف على أن هذا اللقب الممنوح له ليس بلقبه الأصلي فيمنعه ذلك من الميراث، وغيرها من الحقوق الشرعية، وهذا فضلا على أن هذا المرسوم لا يتعدى على اللقب الذي اكتسبه قانونا بموجب المادة 64 من قانون الحالة المدنية⁽⁴⁾، إذ يبقى مسجلا في سجل الحالة المدنية، وينتقل لأولاد المكفول لقبه

(1) _ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 363.

(2) _ محمد أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، مرجع سابق، ص 129.

(3) _ يوسف القرضاوي، الاستحقاق والتبني في الشريعة الإسلامية، إعداد خالد خليفة السعد، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة، 2000، ص 11، 42.

(4) _ أقرت المادة 120 من قانون الأسرة أن المكفول مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي قضت في فقرتها الأخيرة ما يلي: «...يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها

القانوني وليس اللقب الممنوح له⁽¹⁾، وهو أيضا تنفيذا للمادة 120 من قانون الأسرة.

وأخيرا يبدو أن حجج الفريق المؤيد لهذا المرسوم أكثر وجاهة فلا بأس من منح لقب الكافل لمكفوله بهدف مطابقة لقبه ما دام ذلك لا يشكل اعتداء على الحقوق الشرعية لباقي أفراد الأسرة، ولا يؤدي إلى اختلاط الأنساب، بل يسهم وبشكل كبير في استقرار حياة الطفل المكفول وتعزيز شعوره بالانتماء، ويسهل اندماجه داخل أسرته ومجتمعه.

وأما عن الحقوق التي تثبت للمكفول من رعاية وولاية ونفقة، فهي كلها تترتب عن عقد الكفالة محددة قانونا وليس على أساس البنية الشرعية وما ندعم به قولنا، هو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها: «الكافل ملزم بنفقة البنت المكفولة التي منحها لقبه فإن ذلك مقيد بأن تكون المكفولة تحت حضانتها ورعايته وبالتالي فطالما أن البنت تعيش مع مطلقة الكافل الطاعنة فإن واجب الرعاية والنفقة يسقط عن الكافل ويؤول إلى المطلقة التي تطوعت وأخذت البنت المكفولة معها، لأن آثار الطلاق وما يترتب عنه من حضانة ونفقة لا تسري على المكفول»⁽²⁾.

كما أن هناك فروقا أخرى بين علاقة الكافل بمكفوله، وبين علاقة الأب بابنه قررها المشرع الجزائري استنادا لقداسة علاقة الأبوة والبنوة، فجعلها محل اعتبار دون سواها كما هو الحال في مسألة حق الإنتفاع وبعض المسائل المتعلقة ببعض الجرائم والعقوبات وهو ما سيتم التفصيل فيه ضمن مباحث الباب الثاني.

كلقب عائلي». الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية (جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في 27 فيفري 1970)، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في غشت 2014 (جريدة رسمية عدد 49، مؤرخة في 20 غشت 2014)، وبموجب القانون رقم 17-03 المؤرخة في 10 يناير 2017 (جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 11 يناير 2017).

(1) _ فريدة محمد زواوي، مرجع سابق، ص 71.

(2) _ قرار رقم 613481، مؤرخ في 10/03/2011، الصادر عن المحكمة العليا بغرفة للأحوال الشخصية والموارث، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2012، ص 290. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 3، ص 1595.

خلاصة الباب الأول

-تبين من خلال بحث موضوعات هذا الباب أن النيابة الشرعية هي إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل جبرا في التصرف مع انصراف آثاره للأصيل، وذلك بغرض القيام بحاجاته الشخصية والمالية التي عجز عن القيام بها وحده، ومن ذلك استمدت النيابة شرعيتها، فأقرها الشرع الحكيم حماية للأنفس والأموال وتحقيق المصالح الخاصة والعامة، ثم تبناها عنه التشريع الجزائري وكذا المغربي.

-وبواسطة هذا الباب تم تعبيد طريق البحث من خلال نصوص قانون الأسرة الذي رسم مساره ليضيق مفهوم النيابة الشرعية ويصبح خاصا بقيام بعض الأشخاص المحددين بالأمر الشخصية والمالية للصغار والأيتام والمحجور عليهم من المجانين والمعتوهين والسفهاء والمغفلين بالإضافة إلى الغائبين المفقودين وذلك من خلال آليات مستوحاة من الشريعة الإسلامية وهي: الولاية، الوصاية، التقديم، والكفالة، فلا ينتابنا شك بكونها الأنجع في تحقيق المصالح الفضلى لكل هؤلاء. فتحدد بموجب هذا الباب موضوعات النيابة الشرعية ومنها ولاية التزويج والحضانة لأنه يتقرر للحاضن بموجبها القيام برعاية المحضون والقيام بشؤونه من مآكل وملبس وتطبيب وتربية وتوجيه، وكلها أمور لا يستطيع القيام بها وحده ولذلك فهي سلطة وولاية.


-كما ظهر أيضا عندما تولى المشرع تنظيم قواعد وأحكام الأهلية المحددة لمجال النيابة الشرعية والمتمثلة في أطوارها وعوارضها وموانعها والترشيد وتقسيم فئات المحجور عليهم، وأثر كل ذلك في حكم مختلف التصرفات، أنه واجه صعوبات نتيجة ازدواجية تنظيمها بموجب القانون المدني وقانون الأسرة، فنجم عنه عدم الانسجام بين نصوصهما كما في مسألة تصنيف السفه وذو الغفلة وحكم ذلك على تصرفاتهما.

-وقد تم التوصل من خلال هذا الباب أن الولاية الشرعية تخول لصاحبها الولاية على نفس ومال المولى عليه بموجب المادة 87 من قانون الأسرة، وولاية التزويج بموجب المادة 11، بالإضافة إلى ولاية الإيضاء بموجب المادة 92، ولكل ولاية أحكام خاصة بها من حيث تحديد وتوزيع الأولياء وترتيبهم، وقد تم تسجيل تذبذب المشرع في تنظيم تلك النصوص خاصة أنها

كانت محل تعديل -المادتين 87 و 11- بين القواعد الشرعية ومتطلبات العصر وبين ما هو موجود من أحكام مسبقة، وأدى ذلك إلى استحداث قواعد جديدة منها أن المادة 87 حصرت الأولياء في الأب والأم وغفلت التصريح بولاية القاضي معهما، فأصبحت الأم ولية بعد الأب، بل في وجوده وصلاحيته للولاية وذلك في حالة الطلاق، كما أضافت المادة إلى الوليين الأب والأم لمن اسندت له الحضانة من غير الأبوين، فأصبحت الحاضنة ولية بوجود الأبوين وخلوهما من موانع الولاية، كما نتج أيضا من ذلك أن المرأة الراشدة أصبحت ولية نفسها بحضور وليها، وأخيرا بقي الجد وليا بالإيصاء رغم أنه ليس من ضمن الأولياء، بينما لم تمنح الأم.

-بينما صورتى الوصاية والتقديم يخولان الولاية على المال فقط، على أن التقديم يأتي في ثلاث صور: تقديم على القصر الذين لا ولي ولا وصي لهم، وتقديم على البالغين المحجور عليهم، وأخيرا تقديم على الغائبين والمفقودين. وعلى الرغم من ذلك فقد وحد المشرع النظام القانوني للصورتين بموجب المادة 100 من قانون الأسرة، على أنه توجد بعض الاختلافات في الأحكام الإجرائية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-وأخيرا فقد تبني المشرع الجزائري ونظيره المغربي صورة الكفالة كبديل للتبني اقتداء بالشرعية الإسلامية، فحدد قانون الأسرة قواعدها ومبادئها وجعلها تخول صاحبها الولاية النفسية والمالية كالولي الشرعي، إلا أن ذلك لايعني أن لهما نفس السلطات الولائية، بل توجد بعض الاستثناءات والتي يعنى الباب الثاني ببحثها.



الباب الثاني:

آثار النيابة الشرعية

بمجرد ثبوت النيابة الشرعية على المولى عليه، تترتب عدة آثار قانونية وشرعية تتمثل أساسا في اسناد الوظيفة النيابية للنائب الشرعي، وهي وظيفة جليلة تهدف إلى تكوين النشء والوصول به إلى بر الأمان، من خلال حفظ صحته وعقله ودينه وماله، ولذلك أقر القانون والشرع مجموعة من السلطات والصلاحيات للنائب الشرعي على نفس ومال مولاه، كما أوجب عليه القيام ببعض الواجبات.


إلا أن بعض النواب الشرعيين، قد تسول لهم أنفسهم استغلال سلطاتهم الممنوحة لهم للقيام ببعض التصرفات اللامسؤولة والمضرة بالمصالح الشخصية والمالية للمولى عليهم، فتصدى لهم المشرع الجزائري بإخضاعهم لرقابة القضاء، ومنحه إمكانية مساءلة ومحاسبة كل نائب شرعي أخل بالتزاماته ومهامه النيابية.

وأخيرا، فكما تقتضي مصلحة المولى عليه اسناد شؤونه للنائب الشرعي، فإنها تقتضي أيضا انهاءها، كلما تحققت الأسباب الموجبة لذلك، وانتفتت الشروط اللازمة للنيابة.

فكل هذه المسائل تشكل موضوع الباب الثاني والذي يتناوله من خلال فصلين:

الفصل الأول: سلطات النائب الشرعي.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على النيابة الشرعية وطرق انقضاءها.



الفصل الأول:

سلطات النائب الشرعي

إن السلطات الممنوحة للنواب الشرعيين، قد تكون موحدة ومشاركة في جميع صور النيابة الشرعية سواء كانوا أصحاب ولاية أصلية أم ولاية مكتسبة، كما قد تختلف بينهم في بعض الأحكام والمسائل سواء بالتقييد فيها أو بإطلاقها. فدور هذا الفصل إذن هو العناية بتبيين السلطات والصلاحيات والمهام المسندة للنائب الشرعي على نفس ومال مولاه، مع مراعاة بعض الأحكام الخاصة ببعض صور النيابة الشرعية.

ولذلك قسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس.

المبحث الثاني: سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال.

المبحث الأول: سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس

يهتم هذا المبحث بعرض وبحث سلطات النائب الشرعي وصلاحياته على نفس المولى عليه (المطلب الأول)، مع بيان بعض الأحكام الخاصة بتلك السلطات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس

يتحدد نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس، بتحديد مشتملاتها، وكما سبق تقريره وأخذا بتقسيم أبي زهرة، فالولاية على النفس تشمل ولايتين:

ولاية الحفظ وولاية الترويح، وأن ولاية الحفظ تشمل ثلاث ولايات مصغرة وهي ولاية حفظ النفس والتي يقصد بها الحضانة، وولاية التربية والتعليم والتأديب، وأخيرا ولاية المنع من الاعتداء والتي يقصد منها منع المولى عليه من إلحاق الضرر بالناس أي حمايتهم من أذاه، وهي مسؤولية تقع على الولي من خلال تربيته لمولاه وتوجيهه ومراقبته⁽¹⁾.

بيد أنه ونظرا لكون ولاية المنع من الاعتداء يقصد بها مسؤولية النائب الشرعي عن مولاه، والتي تحتوي أحكاما خاصة قانونا تختلف عن الأحكام المعمول بها شرعا، فارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع كمايلي: خصص الفرع الأول لدراسة ولاية الحفظ بولايتين فقط وهما: ولاية حفظ النفس أي الحضانة وولاية التربية والتعليم والتأديب، وأما الفرع الثاني فخصص لعرض ولاية الترويح، بينما يختص الفرع الثالث بصفة مستقلة ببحث ولاية المنع من الاعتداء تحت مسمى مسؤولية النائب الشرعي عن فعل مولاه الضار.

وقبل الولوج لتفصيل تلك التقسيمات، وجب التنويه أن الولاية على النفس بكل مشتملاتها تثبت للنائب الشرعي على الصغير والمجنون والمعتوه والأنثى، مع مراعاة بعض الأحكام الخاصة والتي سنبينها في ثنايا هذا البحث، بينما الغائب والمفقود، فلا تثبت عليهما الولاية على النفس لاستحالة ذلك، وأما السفية وذو الغفلة، فلا تثبت عليهما باعتبار أنهما تنتقي فيهما علة العجز عن تولي شؤونهما الشخصية وحماية أنفسهما، كما أنهما ليسا في حاجة إلى التعليم

(1) _ أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص26.

والتأديب، بل تثبت عليهما فقط الولاية على المال فعجزهما جلي في إدارة أموالهما وحفظها، وهو حال الغائب والمفقود كذلك.

الفرع الأول: ولاية الحفظ

يدرس هذا الفرع ولاية الحفظ من خلال بحث ولايتي حفظ النفس أولاً، والتربية والتعليم والتأديب ثانياً، فيما يأتي:

أولاً: ولاية حفظ النفس: ويقصد بها ولاية التربية الأولى التي تثبت للصغير بالقيام بشؤونه، وتتمثل أساساً في الحضانة⁽¹⁾، ويتم بحثها من خلال تعريفها وشروطها وبيان مستحقيها.

1- تعريف الحضانة وشروطها: يتم عرض تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً أولاً، ثم التعرف على شروطها ثانياً فيما يلي:

أ- تعريف الحضانة لغة واصطلاحاً: الحضانة في اللغة من الحَضُنُ: «وهو ما دون الابط إلى الكشح،...وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما،...ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها، فتحتمله في أحد شقيها»⁽²⁾. وحضن الصبي حضناً وحضانة(بالكسر): جعله في حضنه أو رياه⁽³⁾. والحاضن والحاضنة: الموكلات بالصبي يحفظانه ويربيانه⁽⁴⁾.

وأما الحضانة في الاصطلاح القانوني، فقد عرفها المشرع في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله: «الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...»⁽⁵⁾.

(1) _ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص6.

(2) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج13، ص122.

(3) _ الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص365.

(4) _ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج13، ص123.

(5) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق. وقد ورد هذا النص ضمن أحكام الحضانة من الكتاب الأول الخاص بالزواج وانحلاله من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج من الفصل الثاني الذي يتناول آثار الطلاق.

فقد عرف المشرع الحضانة بالرعاية، ولعلّ المقصود بالرعاية⁽¹⁾ هنا هي القيام بكل ما يحقق الحفظ للولد من مأكّل وملبس ومأوى وهو ما يتطابق مع المعنى اللغوي، كما أضاف هذا التعريف ضرورة تعليمه وتربيته على دين أبيه وربما المقصود من ذلك هو تربيته على تعاليم الدين الإسلامي، والقيام بكل ما يحفظه صحة وخلقاً، فيتبين جلياً من خلال هذا التعريف حرص المشرع على الإمام بكل الأمور التي تحقق مصلحة الطفل المحضون.

فكل تلك المعاني التي تحفظ الحياة من الماديات والمعنويات من المؤونة والتربية السوية تحمل معنى الولاية على النفس، وتخول سلطة شرعية للحاضن على الطفل المحضون لتحقيق مصالحه وهو ما يستتج أيضاً من تعريف الحضانة في اصطلاح الفقه الشرعي⁽²⁾. بالرغم من أن الفقهاء تباينوا في أقوالهم، وأحسنها حسب رأينا والأقرب لما أخذ به المشرع هو ما ذهب إليه الحنفية في تعريفهم: «تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة»⁽³⁾، على أن المالكية ركزوا على الماديات من المؤونة وغيرها في قولهم: «حفظ الولد أي في مبيته، وذهابه ومجيئه والقيام بمصالحه من طعامه ولباسه وتنظيف جسمه وموضعه»⁽⁴⁾، بينما وضع الشافعية والحنابلة تعريفاً عاماً، وأدخلوا غير الصغير في الحضانة إذا كان لا يستقل بأموره، فعرف الشافعية حضانة الولد بأنها: «تربيته ومراعاة مصلحته في وقت يعجز ولا يميز بين ضره ونفعه»⁽⁵⁾ وأما الحنابلة فعرفوها: «حفظ صغير وغيره عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه»⁽⁶⁾.

وعلى ضوء كل تلك التعريفات للحضانة يتبين جلياً أنها مهمة صعبة وجليلة تتعلق بتكوين

(1) _ الرعاية في اللغة: الحفظ، ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج14، ص327.

(2) _ بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص183، 184.

(3) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص202.

(4) _ الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص526.

(5) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص498. كما قالوا أن الولد المجنون فهو كالصغير المحضون. نفس المرجع، ص509.

(6) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص202. وهو نفس الموقف الذي أخذ به وهبة الزحيلي بإدخاله غير الطفل في الحضانة ما دام لا يستقل بأمور نفسه كالمجنون. الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص717.

النشء وإصلاحه، ولذلك فهي لا تسند إلا لمن توفرت فيه الشروط المؤهلة للقيام بهذه المهمة على أحسن وجه.

ب- شروط الحضانة: إن شروط الحضانة تتعلق بأشخاصها وهم الحاضن والمحضون. فنظرا لأهمية ما يقوم به الحاضن من شؤون التربية والرعاية، وجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، كما أنه من الضروري تحديد من يكون محلا للحضانة، ولذلك يتم عرض لشروط الحاضن، ثم بيان من هو المحضون.

ب-1 شروط الحاضن: لم يتطرق المشرع لمسألة شروط الحاضن بصفة خاصة وصريحة ماعدا ما قرره بموجب الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة، ومع ذلك لا ينبغي أن يفهم منه أن المشرع قصد أن يجعل من شروط الحضانة شرطا واحدا، بل هناك شروطا أخرى إما تستنتج من خلال استقراء باقي نصوص الحضانة، وإما تستنبط من النصوص الفقهية الشرعية استنادا إلى أن المشرع أحال عليها في كل ما لم يرد فيه نص من خلال المادة 222 من قانون الأسرة، وحقيقة تبين أن التطبيقات القضائية اعتمدت طريقة الإحالة في كثير من الحالات كما سنورده. وقد قسمت تلك الشروط إلى شروط عامة في كل حاضن سواء كان رجلا أو امرأة، وشروط خاصة بالنساء وأخرى خاصة بالرجال⁽¹⁾.

فأما الشروط العامة، فتتمثل أساسا فيما قضت به الفقرة الثانية من المادة 62 بقولها: «ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك»⁽²⁾، والمقصود بذلك أن يكون للحاضن أهلية الأداء الكاملة ببلوغ السن القانونية وكمال العقل بأن لم يحجر عليه، بالإضافة إلى القدرة الجسدية بعدم عجزه، أو مرضه⁽³⁾، وهو ما قضت به المحكمة العليا: «من المقرر في الفقه

(1) _ عيسى حداد، «الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي»، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، ص178. www.asjp.cerist.dz تاريخ الاطلاع على الموقع: 2021/03/11 الساعة: 17:12.

(2) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) - Mostefa Kouidri, «La garde de l'enfant après la réforme du code de la famille», Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economique et Politique, N° 1, volume 47, p56. تاريخ الاطلاع على الموقع: 2021/03/11 الساعة: 17:12. www.asjp.cerist.dz

الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينها القدرة على حفظ المحضون... ولما كان الثابت في قضية الحال - أن الحاضنة فاقدة البصر، وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم حضانة الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادو عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية»⁽¹⁾.

ومن الشروط العامة أيضا شرط الأمانة وهي الاستقامة وعدم الفسوق، وهو شرط فقهي⁽²⁾. تبنته أيضا المحكمة العليا عندما قضت: «من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون ومتى تبين في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 ق.أ ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة»⁽³⁾.

بل الأكثر من ذلك وتشديدا في تطبيق هذا الشرط، فإن المجلس أسقط الحضانة عن الأم وعن أمها كذلك حينما قضى: «إن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها يسقط حق أمها (الجددة لأم) في الحضانة، لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها، لا تقدر أيضا كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة»⁽⁴⁾. وأيضا ما قضى به المجلس الأعلى في قرار آخر: «حيث وعن حضانة البنات الثلاث لأمه... وما دامت الأم فاسدة في أخلاقها، لذلك يتعين نقض القرار»⁽⁵⁾.

(1) _ قرار رقم 33921 المؤرخ في 1984/07/09 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية. جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص304.

²-Mostefa Kouidri, Op. Cit, p56.

• حقيقة هو ما وجدناه عند المالكية حينما اشترطوا الأمانة في الدين. الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص528، وأيضا الحنابلة الذين لا يثقون في الحاضن الفاسق في أداء الواجب من الحضانة. ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص412. وكذلك قرره الشافعية. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج11، ص503.

(3) _ قرار رقم 171684، مؤرخ في 1984 /01/09، قرار سبق ذكره.

(4) _ قرار رقم 31997، مؤرخ في 1984/01/09، قرار سبق ذكره.

(5) _ قرار رقم 53578، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1989/5/22، المجلة القضائية عدد4 لسنة 1991، نقلا عن لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص204.

فكل تلك الشروط العامة متفق عليها بين الفقهاء في الجملة، مع بعض الاختلافات الجزئية والتفصيلية للمالكية فيما يخص شرط البلوغ، بالإضافة إلى شروط أخرى وضعها بعض الفقهاء، كأن لا يكون للحاضن مرض معد أو منفر يتعدى ضرره للمحضون⁽¹⁾، وكذلك وجوب كون مكان ممارسة الحضانة آمناً على المحضون فلا يُخشى عليه فيه...⁽²⁾.

وأما الشروط الخاصة بالنساء الحاضنات فهي: عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم، وهذا الشرط مستنتج من نص المادة 66 من قانون الأسرة والتي قضت: «يسقط حق الحاضنة بالترجوع بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون»⁽³⁾، وهو ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾ استناداً لحديث النبي عليه الصلاة والسلام: «أنت أحق به ما لم تنكحي»⁽⁵⁾.

وأما الشروط الخاصة بحضانة الرجال، فتتمثل في التعصيب والإسلام⁽⁶⁾، وأن يكونوا من المحارم إذا كان المحضون أنثى⁽⁷⁾. ذلك أن شرط الإسلام ليس ضرورياً في المرأة الحاضنة، إلا أن تكون مرتدة، فهو غير جائز، على أنه تصح الحضانة من الكتابية⁽⁸⁾، وهو ما ذهب إليه المالكية في المشهور عندهم، وكذلك الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى بشرط أن يأمن عليها الكفر والفساد⁽⁹⁾، وهو المعمول في الجزائر فقها وقضاء مع شرط الإقامة في الجزائر⁽¹⁰⁾.

وقد جعل المشرع بداهة عند اختلال أحد تلك الشروط سقوط الحضانة عن الحاضن وهو

(1) _ وهو ما قرره المالكية، الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص529.

(2) _ راجع: الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص305 وما بعدها، عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص459 وما بعدها.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص420. راجع هذا القول حسب كل مذهب: الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص529. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص210. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج11، ص504.

(5) _ أبي داود، السنن، مرجع سابق، ج4، ص237، حديث رقم 2266، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد.

(6) _ عيسى حداد، مرجع سابق، ص179، 180، فضيل العيش، مرجع سابق، ص58، 59 لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص202.

(7) _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص59.

(8) _ عيسى حداد، مرجع سابق، ص180.

(9) _ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص459، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص305-306. راجع قول الأحناف: الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص212.

(10) _ عيسى حداد، مرجع سابق، ص180.

ما جاءت به المادة 67 من قانون الأسرة بنصها: «تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون»⁽¹⁾.

ويظهر من هذا النص أن المشرع قرر صراحة عدم اعتبار عمل المرأة كسبب لسقوط الحضانة عنها، إلا أنه رجع بموجب الفقرة الأخيرة ومنح للقاضي امكانية تجاوز ما تم تقريره في مسألة عمل المرأة أو عند اختلال أحد شروط الحضانة في حالة ما إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك. ومعناه أن مصلحة المحضون تغلب على قواعد وأحكام الحضانة⁽²⁾.

بل وضع المشرع مصلحة المحضون كمعيار لإسناد الحضانة، فعلى القاضي عند إسناده لها أن يراعي تلك المصلحة من خلال تحريه وتقديره حسب الحالة والظروف عن مدى توفر الشروط الأكثر ملاءمة لمصلحة الطفل المحضون⁽³⁾.

وقد أثبتت التطبيقات القضائية أن مصلحة المحضون قد تقتضي تغليبها على ما تم تقريره من شروط لإسناد الحضانة، فكما تمسكت المحكمة العليا بشرط الأمانة والاستقامة في إسنادها للحضانة كما تم بيانه، نجدها تتجاوز في أحوال أخرى لأن مصلحة المحضون تقتضي ذلك وهو ما يبينه القرار التالي حيث جاء فيه: «إسناد حضانة الأم، المدانة بجريمة الزنا متى تحققت

(1) _ (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

(2) _ وما يدعم قولنا ما جاء في الجلسة العلنية لمجلس الأمة، أين أوضح وزير العدل حافظ الأختام، السيد الطيب لوح، فيما يخص معايير إسناد أو إسقاط حضانة الطفل من الأم المطلقة عند زواجها بغير قريب محرم طبقا للمادة 66 من قانون الأسرة: أن المشرع لم يقر إسقاط الحضانة بصفة آلية إنما: إسقاط الحضانة تقرر المحكمة، كما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعي مصلحة الطفل المحضون والتي تختلف من حالة إلى أخرى، كما أكد الوزير على أنه في حالة تحديد الطرف الأنسب للحضانة، يمكن الاستعانة بأخصائيين للقيام بتحقيق حول ظروف الحاضن والمحضون ومدى توفر الشروط اللازمة للحضانة، ومن خلالها يقدر القاضي مصلحة الطفل، وأخيرا أكد الوزير مرة أخرى على القضاة إلى ضرورة التمسك بالفقرة الأخيرة للمادة 64 والتي تقضي بأنه: «في جميع الحالات يجب مراعاة مصلحة المحضون». [www. radio algeria.](http://www.radioalgeria.dz) تاريخ الاطلاع على الموقع: يوم 11 أبريل 2018 على الساعة 10 h00.

(3) _ زكية حميدو، مرجع سابق، ص 220.

مصلحة المحضون...، حيث أن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط، طبقا لأحكام المادة 67 ق.أ، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 سألقة الذكر، فقد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء»⁽¹⁾.

وكذلك ما قضت به في قرارها بعدم إسقاط الحضانة عن الأم اعتمادا على محضر مصالح الأمن كدليل على عدم صلاحيتها للحضانة لأنها صاحبة سلوك سيء⁽²⁾.

والحال كذلك بالنسبة لشرط عدم تزوج الحاضنة بغير قريب محرم وشرط عدم التنازل عن الحضانة طبقا للمادة 66 أعلاه، فبالرغم من صراحة النص، إلا أنه فتح المجال للقاضي بالبحث عن مصلحة المحضون أولا، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها القاضي أنه: «من المقرر قانونا أنه يسقط حق الحاضنة بالزواج بغير قريب محرم وبالتنازل مالم يضر بمصلحة المحضون.

ولما كان ثابتا -من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم القاضي بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها، رغم أن الشهادات الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، فبقضائهم كما فعلوا خرخوا الأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة. ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه»⁽³⁾.

ونفس المبدأ قضت به المحكمة في قرارها الذي جاء فيه: «تنازل الأم عن الحضانة جائزا

(1) _ قرار رقم 564787، مؤرخ في 15 / 07 / 2010، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 02، ص 262.

(2) _ قرار رقم 245123، مؤرخ في 18 / 07 / 2000، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، لسنة 2004، العدد 01، ص 253.

(3) _ قرار رقم 54353، المؤرخ في 03 / 07 / 1989، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، جمال ساسي، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 2، ص 565.

إذا كان لا يضر بمصلحة المحضون»⁽¹⁾.

ب-2 شروط المحضون: الطفل المحضون في التشريع الجزائري هو ذلك الطفل الذي يكون والديه في حالة طلاق لأن المشرع اعتبر الحضانة من آثار الطلاق فقط، على أنها قد تكون من آثار الوفاة، ولكنه لم يبين أحكام هذه الحالة⁽²⁾.

بل تعتبر أيضا من آثار الزواج لأنها من واجبات الأبوين، فالأولى التنصيب على تلك الأحكام لما لها من أهمية قانونية وعملية كما فعل نظيره المشرع المغربي بموجب المادة 164 من مدونة الأسرة المغربية والتي قضت: «الحضانة من واجبات الأبوين مادامت علاقة الزوجية قائمة»، والمادة 166 التي تطرقت لحالة الوفاة من خلال عمومية العبارة: «...في حالة عدم وجودهما...»⁽³⁾.

كما حدد المشرع سن وجنس الطفل المحضون حتى يكون محلا للحضانة بتحديد مدتها وهو المستنبط من المادة 65 من قانون الأسرة بقولها: «تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية.

على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون»⁽⁴⁾.

وعلى ضوء هذا النص يتبين أن الطفل المحضون يمكن أن يكون ذكرا أو أنثى إلا أنه ميّز بينهما، بأن جعل الحضانة تنتهي بالنسبة للذكر ببلوغه عشر سنوات، مع إمكانية تمديدتها إلى ست عشرة سنة، بينما الأنثى فتنتهي حضانتها ببلوغها سن الزواج وهو تسع عشرة سنة حسب المادة 7 من قانون الأسرة. وهذا منطقي إذ الذكر يكون أسرع في استغنائه عن الحاضنة من الأنثى. إلا أنه وفي جميع الأحوال يمكن تمديد الحضانة أكثر من ذلك إذا اقتضت مصلحة

(1) _ قرار رقم 282153، بتاريخ 13 / 02 / 2002، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2004، ص 282.

(2) _ زكية حميدو، مرجع سابق، ص 50.

(3) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(4) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

المحضون التمديد، ككونه في حالة غير عادية لا يستغني فيها عن خدمة النساء الحاضنات بسبب مرض أو عجز⁽¹⁾ وذلك جلي من خلال الفقرة الثانية من المادة 65، وبذلك يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بصفة غير مباشرة بما سار عليه بعض الفقه الإسلامي وبعض الباحثين الذين أدخلوا في الحضانة غير الصغير غير المستغني عن خدمة الحاضنات.

2- مستحقو الحضانة: شرعت الحضانة لحماية الطفل من الإهمال ورعايته وتحقيق مصالحه المادية والمعنوية، أخذ بها المشرع الجزائري كضمانة كفيلة لحفظ الصغير ولذلك اشترط الشروط السابقة في الحاضن، بل وذهب أيضا إلى تحديد الأشخاص أصحاب الحق فيها ورتب درجات استحقاقهم في المادة 64 من قانون الأسرة بنصها: «الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة»⁽²⁾.

حدد هذا النص في بدايته بعض مستحقي الحضانة بصفاتهم ودرجة قرابتهم للمحضون ورتبهم على أساس ذلك، بينما حدد البعض الآخر منهم بكونهم أقرباء المحضون دون التفصيل في صفاتهم أو درجة قرابتهم⁽³⁾.

ولعل قصد المشرع بعدم التحديد، حتى يشمل كل الحالات الممكنة التي قد يكون فيها الطفل المحضون، تاركا بذلك مجالا واسعا لإعمال السلطة التقديرية للقاضي لإسناد الحضانة لأحدهم حسب مقتضيات مصلحة المحضون، لكن دائما مع مراعاة شرط القرابة، فلا تمنح الحضانة لأجنبي عن المحضون.

كما قرر هذا النص مبدأ عاما وهو أحقية وألوية الأم بالحضانة، وحسنا فعل المشرع لأن الفطرة تقتضي أن الأم هي الأحق والأشفق على أولادها موافقا بذلك الشريعة الإسلامية، فأجمع الفقهاء على أحقية الأم المستوفية لشروط الحضانة بحضانة ولدها، سواء كانت الزوجية قائمة

(1) _ زكية حميدو، مرجع سابق، ص55.

(2) _ (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

(3) _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص60.

بينها وبين أبيه أو مطلقة منه أو توفي عنها⁽¹⁾. واستند الفقهاء في ذلك لقول الرسول ﷺ: «أنت أحق به مالم تنكحي»⁽²⁾، وأيضا لما روي عن أبا بكر ؓ قال لعمر -حين فارق امرأته: «ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك» ولم ينكر عليه أحد فكان إجماعا⁽³⁾. بل وأن الفقه الإسلامي بعد تقريره لأحقية الأم بحضانة ولدها، قرر أيضا أن النساء يقدمن على الرجال لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار، ثم تصرف إلى الرجال العصابات المحارم، واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة⁽⁴⁾.

ولعل تبرير ذلك هو الطبيعة التي فرضت كون الحضانة مؤسسة نسوية بالأساس، لأن النساء هن الأحق والأصبر على أمور المحضون، بينما الرجال فيصعب عليهم التوفيق بين رعاية الصغير وبين مهامهم كقوامون على الأسرة⁽⁵⁾.

وهذا الاتجاه كان المشرع الجزائري قد تبناه بموجب المادة 64 قبل تعديلها في سنة 2005. والتي كان نصها كما يلي: «الأم أولى بحضانة ولدها ثم أمها، ثم الخالة ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة...»⁽⁶⁾. فيتضح أن هذا النص ساير الفقه الإسلامي بداية في تقديم الأم وقرابتها على الأب، ثم خالفه في إسنادها للأب الذي قدم على قرابته من النساء.

أما النص بثوبه الجديد، جاء متبنيا المبدأ العام على نهج الفقه الإسلامي في أحقية الأم بالحضانة، ثم خالفهم في تقديم النساء على الرجال، إذ منحها بعد الأم للأب مباشرة. وهذا التعديل جاء متماشيا مع متطلبات تغيرات العصر والمفاهيم التي كانت سائدة في أن النساء

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص206. ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص413. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص720. الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص150.

(2) _ حديث سبق تخريجه.

(3) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص206. ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص414.

(4) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج17، ص301. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص719، 720، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص206. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص457 وما بعدها.

(5) _ زكية حميدو، مرجع سابق، ص334، 339، 346.

(6) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

يجلسن في البيوت مهمتهن الأساسية هي التربية والرعاية والقيام بشؤون العائلة. بل وأن تلك التغيرات مست كذلك طبيعة الأسرة فأصبحت أسرة نوية تتكون على العموم من الزوج والزوجة والأطفال، فتغير وضع الأسرة الاجتماعي والاقتصادي والسكني والذي فرض حصر الحضانة على الأبوين، فلا مبرر لتقديم الجدات والخالات وغيرهن من النساء على الأب⁽¹⁾.

ويجدر الذكر بأن الترتيب المحدد في النص القانوني سواء في ثوبه القديم أو الجديد هو ترتيب إلزامي لا تجوز مخالفته، إلا إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك، فغلب المشرع مرة أخرى تلك المصلحة في إسناد الحضانة على الترتيب المذكور، فيمكن حينئذ مخالفته وهو ما قرره المحكمة العليا عندما قضت: «مصلحة المحضون هي الأساس في إسناد الحضانة وليس الترتيب الوارد في المادة 64 من قانون الأسرة»⁽²⁾.

غير أنه يثور التساؤل عن حالة عدم طلب حضانة الولد من أحد مستحقيها المنصوص عليهم في المادة 64، أو حالة انعدامهم أصلاً، كأن لا يكون للطفل أقارب؟ خاصة وأن المشرع سكت عن حالات كهذه، فهل يفهم منها أن القاضي يعمل سلطته التقديرية للبحث عن مصلحة المحضون ويخرج عن أحكام الحضانة؟

فهناك حالات أين يمكن للقاضي أن يبحث ويغلب مصلحة المحضون قياساً على المادة 66 من قانون الأسرة التي أقرت أن الحضانة تسقط بالتنازل عنها بشرط ألا يضر ذلك بمصلحة المحضون، وتأسيساً أيضاً على المادة 222 بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية فيمكن للقاضي أن يجبر أحد مستحقي الحضانة على القيام بها⁽³⁾.

وأما في حالة انعدام الأقارب أصلاً، فهل يمكن منح الحضانة للأجنبي دائماً على أساس مصلحة المحضون على الرغم من أن النص كان آمراً بأن تكون الحضانة للأقارب فقط دون

(1) _ زكية حميدو، مرجع سابق، ص 351، 352.

(2) _ قرار رقم 497457، مؤرخ بتاريخ 13 / 05 / 2009، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2009، العدد 01، ص 297.

(3) _ فضيل العيش، مرجع سابق، ص 60، 61. زكية حميدو، مرجع سابق، ص 372 وما بعدها.

غيرهم؟ فنعتقد في هذه الحالة أن موضوع الحضانة ينتهي، ويصبح الولد محلاً لوضعه في نظام الكفالة.

وخلاصة القول: أن الحضانة سلطة شرعية في يد الحاضن تمكنه من القيام بالشؤون المادية من مأكّل وملبس وتطبيب وغيرها والمعنوية من تربية وتعليم لصالح الطفل المحضون العاجز عن التمييز عما يضره وينفعه، ولذلك حرص المشرع الجزائري على تحقيق مصلحة المحضون فجعلها أساس الحضانة وشدد عليه، وجعله الهدف الأول منها، ومنح للقاضي سلطة تقدير تلك المصلحة ضمن وحسب اختلاف الحالات بما يحقق العدالة والانصاف.

ثانياً: ولاية التربية والتعليم والتأديب: فبالإضافة إلى رعاية الصغير وصيانته من إيوائه وتغذيته وحفظه، يكون للولي عليه سلطة تربيته وتعليمه وتأديبه، فمن الطبيعي أن تثبت له تلك السلطات على مولاه لأنه يقوم بمهمة ثقيلة ومعقدة تتعلق بتكوين النشء وإعداد مجتمع الغد. ومضمون هذه الولاية أو السلطة ثلاث معانٍ أساسية هي التربية والتعليم والتأديب، ومصدرها الشرع الإسلامي الذي كان السباق في تقريرها وتنظيمها فأولاهها عناية كبيرة، واهتم بالصغير وسن له منهاجاً تربوياً كاملاً، لم يستطع التشريع الوضعي بلوغه بالرغم من كثرة التشريعات الوطنية وكذا الدولية من اتفاقيات وقوانين.

فكما وهب الله عز وجل نعمة الأبناء للأولياء وجعلهم زينة الحياة الدنيا، حثّ الشرع الإسلامي الوالدين بالتقيد بتلك المعاني، بل وجعلها من أولى مسؤولياتهم. فقد جاء عن ابن قيم الجوزية أنه: «قال بعض أهل العلم: إن الله سبحانه يسأل الوالد عن ولده يوم القيامة، قبل أن يسأل الولد عن والده، فكما أن للأب على ابنه حقاً فللابن على أبيه حق»⁽¹⁾، كما قال الله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾ (سورة العنكبوت، الآية: 8) قال أيضاً: ﴿قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾ (سورة التحريم، الآية: 6).

(1) _ أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، تحقيق عثمان بن جمعة ضميرية، د.ط، دار عالم الفوائد، د.ت، ص 336.

كما قال رسول الله ﷺ: «كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيته، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته»⁽¹⁾.

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالي رحمه الله: «والصبي أمانة عند والديه وقلبه الطاهر جوهرة نفسية ساذجة خالية عن كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نقش، ومائل إلى كل ما يمال به إليه، فإن عود الخير وعلمه ونشأ عليه وسعد في الدنيا والآخرة وشاركه في ثوابه أبواه وكل معلم له ومؤدب، وإن عود الشر وأهمل إهمال البهائم شقي وهلك وكان الوزر في رقبة القيم عليه والوالي له»⁽²⁾.

فنبه الشّرع الإسلامي الوالدين على ضرورة تربية أولادهم تربية حسنة، تضمن لهم الأمان في الدنيا والآخرة، ولزوم الشعور بالمسؤولية نحوهم، وبذل ما في الوسع للوصول بهم إلى بر الأمان. ولم يكتف بذلك فقط، بل نور الآباء والأولياء بطرق ومسالك التربية الصحيحة والسليمة، وبين لهم منهجها، والذي يقوم على أربعة عناصر: أولها: تهذيب النفس، وتربية الوجدان وتقويم اللسان. وثانيهما: تمكين كل عامل من العمل حسب مكتسباته وقدراته. وثالثهما: اختيار الشخص حسب الرغبة والميول. ورابعهما: التربية العسكرية.

وهذه العناصر تكون مترابطة ومتكاملة مع بعضها البعض وتندرج حسب أدوار السن موزعة على مراحل كما يأتي: المرحلة الأولى: يعلم الولد فيها فرائض الإسلام الدينية والخلقية مع التربية الرياضية. وأما المرحلة الثانية: هي مرحلة اكتشاف المهارات والميول الشخصي وتوجيه الصبي على أساس ذلك. وأما المرحلة الأخيرة: وهي مرحلة التعمق في الاختيار والتخصص فيه⁽³⁾.

(1) _ محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، ج1، ص369.

(2) _ أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين ومعه المغني عن حمل الأسفار في الأسفار في تخريج ما في الأحياء من الأخبار للعلامة زين الدين أبي الفضل العراقي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2005، ص955.

(3) _ أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، مرجع سابق، ص172 وما بعدها.

*وللاطلاع أكثر على مناهج التربية الإسلامية: راجع: بالإضافة إلى مؤلف أبو زهرة، تنظيم الإسلام للمجتمع، مؤلف ابن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود، مرجع سابق.

وتقوم التربية الإسلامية على عدة أسس، أهمها التعليم والتلقين، فالعلم نور الحياة وعمداها، وهو أول أمر أنزله الله تعالى على رسوله الكريم في قوله: ﴿أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴿١﴾ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴿٢﴾ أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ﴿٣﴾ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ﴿٤﴾ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ ﴿٥﴾﴾ (سورة العلق، الآيات: 1، 2، 3، 4، 5).

وليس المقصود من العلم حصره في الدراسة والبحوث الأكاديمية فقط، إنما ميادين العلم واسعة وكثيرة، كاللغات، والحرف والثقافة، والصناعة، بالإضافة إلى علوم القرآن والسنة والطب... الخ. فهو شامل لكل ما ينير دروب الحياة المظلمة، ويرفع منزلة صاحبه في الآخرة وقد قال فيه الإمام الغزالي: «لأن العلم حياة القلوب من العمى، ونور الأبصار من الظلم وقوة الأبدان من الضعف يبلغ به العبد منازل الأبرار والدرجات العلى والتفكر فيه يعدل بالصيام، ومدارسته بالقيام، به يطاع الله عز وجل وبه يعبد، وبه يوجد وبه يمجد وبه يتورع، وبه توصل الأرحام وبه يعرف الحلال والحرام وهو إمام والعمل تابعة، يلهمه السعداء ويحرمه الأشقياء»⁽¹⁾.

ولتحقيق مهام التربية والتعليم، وضع الشرع الإسلامي مجموعة من الوسائل تساعد الأولياء والآباء في أدائها، ومنها حق التأديب⁽²⁾، الذي أقره الشرع والقانون وقيده بقيدتين اثنتين: الأول هو عدم جواز تجاوز الحد الشرعي، والثاني أنه يستعمل فقط من أجل الغاية التي شرع من أجلها ألا وهي تعليم وتربية الولد وتوجيهه للطريق الصحيح، فإذا خرج الولي عن القيدتين، خرج التأديب من دائرة الإباحة ودخل دائرة التجريم⁽³⁾.

(1) _ محمد الغزالي، مرجع سابق، ص19.

(2) _ التأديب أحد وسائل التربية والتهديب وليس أولها، بل الأصل معاملة الولد باللين والرحمة والتدرج في المعاملة من الأخف إلى الأشد مع مراعاة طبيعة الطفل المخطئ في استعمال العقوبة، ثم الإرشاد إلى الخطأ بالتوجيه كما في حديث النبي ﷺ: «يا غلام سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك»، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الأطعمة، باب التسمية على الطعام والأكل باليمين، ص318-319. ثم الإرشاد إلى الخطأ بالملاطفة، ثم بالإشارة، ثم بالتوبيخ، ثم بالهجر، ثم بالضرب. راجع: الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج2، ص166.

(3) _ عتيقة بلجل، «الحماية الجنائية للطفل كضحية في أسرته»، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد07، ص128. www. Ajp. Cerist. dz. تاريخ الإطلاع على الموقع: 2020/04/12 على الساعة: 15:00.

وقد وضعت الشريعة السمحاء قاعدة مفادها أنه إذا ضرب الولي حيث لا يضرب للتأديب أو حيث يضرب لكن فوق ما يضرب للتأديب، فإنه يضمن الدية وعليه الكفارة⁽¹⁾. ولذلك فتأديب الصغير بقيوده، مباح وحق للولي، بل ونظرا لدقة الشرع الإسلامي وحرصه على حدوده، أقر بعض الفقه أن تأديب المجنون لا يجوز، لأن الأصل فيه هو التربية والتوجيه، وبما أن المجنون لا يع ولا يفهم من ذلك شيء سواء أدب أم لا، فيعتبر التأديب بالنسبة له أدى دون هدف⁽²⁾.

وإن دل ذلك على شيء، إنما يدل على عظمة الشرع الحنيف، الذي يولي أبسط الأمور بالتنظيم والحكمة، فوضع منهاجا تربويا كاملا وشاملا ونعتقد أن المشرع الجزائري حاول السير على نهج الشريعة الإسلامية، فابتغى الإحاطة بالتنظيم كل ما يخص تربية الصبي وتعليمه. فالمادة 62 من قانون الأسرة أصرت على ضرورة تربية الصغير على دين أبيه، وقصد المشرع بذلك تربيته تربية إسلامية تحفظ نفسه وأخلاقه، واتضح ذلك جليا من خلال قرارات المحكمة العليا، وإصرارها على شرط الإسلام -في الحاضن الرجل- والأمانة في الحاضن لمصلحة المحضون، وهي الشروط التي تراعى أيضا في كل نائب شرعي سواء كان وليا أو وصيا أو كافلا أو مقما حتى تسند له المهام النيابية، بل وقد جرّم كل فعل من هؤلاء النواب من شأنه أن يعرض أخلاق المولى عليه للخطر، وهو ما سنفصل فيه في حينه في مباحث مسؤولية النائب الشرعي.

كما سُنّت مبادئ دستورية تمثل أساس الاستراتيجية الجزائرية في مجال حقوق الطفل منها: ما قضت به المادة 154 من الدستور⁽³⁾ بسمو الاتفاقيات المصادقة عليها الجزائر على القانون، وبما أن الجزائر صادقت على اتفاقية حقوق الطفل⁽⁴⁾، هذه الأخيرة التي تضمنت أحكاما تتعلق

(1) _ الأبروشني، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج2، ص166.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج9، ص270.

(3) _ ونصها: «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون». (مرسوم رئاسي رقم 20-442)، مرجع سابق. وكان النص بنفس عباراته في دستور 1996 إلا أن رقمه تغير حيث كان النص 150. (مرسوم رقم 96-438)، مرجع سابق.

(4) _ صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل دون أية تحفظات، إلا أنها أعلنت تصريحات تفسيرية تتعلق بثلاث نقاط منها مراعاة المبدأ الدستوري المتمثل في أن الإسلام دين الدولة، ومراعاة أحكام قانون الأسرة خاصة تلك التي تنص على تربية الطفل على دين أبيه... بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461، المؤرخ في 19/12/1992 (جريدة رسمية عدد 91، مؤرخة في 23 ديسمبر 1992)، ص2331.

برعاية الطفل وتربيته وإعداده إعدادا كاملا لمواجهة الحياة والاهتمام بأسرته والقائمين عليه من الوالدين أو الأوصياء وغيرهم من الأشخاص المسؤولين عليه قانونا، وبيان دورهم في تربيته وتوجيهه والحفاظ على هويته، وكذا تعليمه وتنميته مواهبه وقدراته العقلية والبدنية... (1).

ويسعى المشرع لإدماج قواعد تلك الاتفاقية ضمن المنظومة القانونية وبالتالي تكريس كل تلك الأحكام التي تتعلق بتربية وتعليم الطفل. ومن المبادئ الدستورية أيضا الموافقة لاتفاقية حقوق الطفل، ما قرره المادة 65 منه (2) وهو مبدأ ديمقراطية التعليم ومجانيته والزاميته، وهو ما تبنته وزارة التربية الوطنية من خلال القانون التوجيهي للتربية الوطنية (3)، والذي يهدف إلى جعل من المدرسة أداة لإثبات الشخصية الجزائرية وترقية القيم ذات العلاقة بالإسلام واللغة والمواطنة والهوية، بالإضافة إلى منح ثقافة علمية وتكنولوجية وإصلاح المناهج والبرامج التعليمية... وغيرها من التدابير التي تنمي وتشجع التعليم والتثقيف والتخصص...

ولتحقيق كل تلك المعاني اعترف المشرع للأبوين بحق التأديب المقترن بالقيد السابق شرحهما، وإلا اعتبر إساءة للأبناء والتي تكوّن جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بموجب المادة 330 تحت مسمى جريمة الإساءة إلى الأولاد، ولأنه يصعب في كثير من الأحيان التفريق بين ما يدخل في حقوق الأبوين في تأديب أولادهما وبين ما يعتبر إساءة لهما ويستوجب معاقبتهم، حدد المشرع موضوع هذه الجريمة في ثلاث حالات وهي: حالة تعريض صحة الأولاد، وحالة تعريض

(1) _ راجع: اتفاقية حقوق الطفل على الموقع: www. Unicef. Org، تاريخ الاطلاع عليه: 10 ماي 2020 على الساعة 12h00، أو (المرسوم الرئاسي رقم 92-461)، مرجع سابق.

(2) _ ونصها: «الحق في التربية والتعليم مضمونان، وتسهر الدولة باستمرار على تحسين جودتهما. التعليم العمومي مجاني وفق الشروط التي يحددها القانون.

التعليم الإبتدائي والمتوسط إجباري، وتنظم الدولة المنظومة التعليمية الوطنية.

تسهر الدولة على ضمان حياد المؤسسات التربوية وعلى الحفاظ على طابعها البيداغوجي والعلمي، قصد حمايتها من أي تأثير سياسي أو إيديولوجي.

تسهر الدولة على ضمان التساوي في الالتحاق بالتعليم والتكوين المهني». (المرسوم الرئاسي رقم 20-442)، مرجع سابق.

(3) _ (القانون رقم 08-04 المؤرخ في 2008/01/23)، المتوفر في الموقع: www. Education. gov. Dz تاريخ الاطلاع على الموقع 12h30 2020/05/10 على الساعة

أمنهم، وحالة تعريض معنوياتهم وأخلاقهم إلى خطر حقيقي جسيم⁽¹⁾. وهذه الجريمة تقوم في حالة كون الفاعل أبا شرعيا أو أما حقيقية على أبنائهما، وبالتالي فهي لا تشمل باقي النواب الشرعيين من الحواضن والأولياء وغيرهم⁽²⁾، إلا أن المشرع خصهم بأحكام أخرى تمنع الإساءة للمولى عليه وهو ما سنفصل فيه في حينه عند بحث المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي.

الفرع الثاني: ولاية التزويج

ويقصد بهذه الولاية أنها سلطة الولي بقبول أو رفض زواج المولى عليها، وتولي إبرام العقد عليها⁽³⁾.

إلا أن هذا المعنى يطرح تساؤلا ملحا حول حقيقة تجسيده ضمن نصوص الولاية في الزواج في قانون الأسرة، خاصة مع التعديل الجديد الذي جاء به المشرع والضجة الإعلامية التي أثارها حول دور الولي ومركزه في عقد الزواج، وما هي حدود سلطته فيه؟

وقد فرق المشرع في دور ومركز الولي بين المرأة الراشدة والمرأة القاصر بموجب المادة 11 من قانون الأسرة والتي قضت: «تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له»⁽⁴⁾. ولذلك وللإجابة على تلك التساؤلات يقسم هذا الفرع إلى قسمين، يبحث القسم الأول مركز الولي في عقد زواج المرأة الراشدة، بينما يدرس القسم الثاني مركز الولي في عقد زواج المرأة القاصر.

(1) _ عتيقة بلجبل، مرجع سابق، ص128، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، طبعة منقحة ومزيدة، 2013، ص33،32. والجريمة تنظمها المادة 330 من قانون 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم لقانون العقوبات (جريدة رسمية عدد71، مؤرخة في 30 ديسمبر 2015).

(2) _ عتيقة بلجبل، مرجع سابق، ص132، عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص34.

(3) _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص238.

(4) _ (الأمر رقم05-02)، مرجع سابق.

أولاً: مركز الولي في عقد زواج المرأة الراشدة: فاستناداً لنص المادة 11 جعل المشرع الجزائري الولاية حقاً للمرأة الراشدة فأصبحت ولية نفسها وهو ما تنبأه المشرع المغربي أيضاً بموجب المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية⁽¹⁾، وأن الولي دوره الحضور في عقد زواجها، والأكثر من ذلك فإن هذا الحضور يكون باختيارها لمن تريده هي وحسب مصلحتها.

فإذا كان المشرع قد ترك أمر تولي الزواج للمرأة الراشدة استناداً للفقهاء الحنفي فكان الأولى أن يقيدها بحضور وليها بصفته الشرعية المحددة بالأب فأحد الأقارب، كما كان عليه التقيد بكامل المذهب الحنفي الذي ينبي على جواز تولي المرأة العاقلة البالغة زواجها بشرطين إذا كان الزوج كفواً لها وبمهر وافر عند أبي حنيفة وإلا كان للأولياء حق الاعتراض⁽²⁾.

فترك المرأة تختار من تشاء من الأولياء أمر غير مقبول في المجتمع، لأنه بذلك يسمح للأجنبي بأن يشاركها بحضوره في أهم عقد في حياتها الأسرية، بينما يستبعد من هم سند لها من أب وأخ وعم وغيرهم، فبموقف المشرع هذا أصبح لا يوجد هناك فرق بين الولي الشرعي في الزواج الذي يكون له دور اجتماعي، شرعي وقانوني، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، فكلاهما ليس لهما إلا حضور مجلس العقد، ويخضعان لاختيار الزوجين⁽³⁾.

والحال كذلك، فلا مجال للحديث عن إجبار المرأة الراشدة وإن كانت بكراً على الزواج، ولا منعها منه ولو كانت مصلحتها تقتضي ذلك، ولذلك ألغى المشرع المادة 12 من قانون الأسرة المتعلقة بالمنع، ولم يعط الحق للولي في ولاية الإيجار سواء قبل تعديل قانون الأسرة أو بعده بموجب المادة 13 والتي أصبحت خاصة بالمرأة القاصر. كما عدل كثيراً من الأحكام حتى تتماشى مع الدور الجديد الذي أناطه بالولي في هذا الزواج.

(1) _ ونصها: «الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها»، وأضاف المشرع المغربي بموجب المادة 25 بنصها: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها». (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص369. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص949.

(3) _ إيمان الزهرة حميدي، «دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة)»، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث، ص123. www.asjp.cerist.dz

فبعدما كان الولي قبل تعديل قانون الأسرة ركنا من أركان الزواج حسب المادة 9، أصبح شرطا من شروط صحته بموجب المادة 9 مكرر، بينما أبقّت المادة 9 على ركن وحيد وهو رضا الزوجين⁽¹⁾. وشرط الصحة يقتضي حضور الولي أمرا وجوبيا، خاصة وأن المادة 18 من قانون الأسرة أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية بمراعاة المادتين 9 و9 مكرر، فلا يبرم كلاهما العقد في غياب الولي⁽²⁾.

إلا أن المشرع يعود وبموجب المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة يقرر: «...إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل»⁽³⁾. فبمفهوم المخالفة يتبين وأن حضور الولي في زواج المرأة الراشدة غير واجب وأنه لا يترتب عليه أي جزاء قانوني أو شرعي وهذا أمر غير مستساغ وغير منطقي، ونعتقد أن المشرع وقع في خلط نتيجة تذبذب موقفه حول دور الولي في عقد زواج المرأة الراشدة بين استجابته لمطالب الجمعيات والحركات النسائية التي تحاملت على ضرورة تولي المرأة أمر زواجها معتقدين أن وجود الولي هو حط من كرامة المرأة وأن الولاية حجر عليها وإنقاص من أهليتها خاصة مع التطور الهائل الذي عرفته مكانتها في المجتمع الجزائري وما بلغته من معرفة ومراكز وعلوم ومسؤوليات⁽⁴⁾. وبين تمسكه بأحكام الشرع الحنيف على قول الجمهور -مالكية وشافعية وحنابلة- وعلى الخصوص المذهب المالكي السائد عرفا⁽⁵⁾.

ثانيا: مركز الولي في عقد زواج المرأة القاصر: قرر المشرع بموجب الفقرة الثانية من المادة 11 أن الولي هو الذي يباشر عقد زواج المرأة القاصر، كما أنه واستنادا للمادة 7 من قانون الأسرة المتعلقة بأهلية الزواج، فيتبين وأن للولي في هذا المقام دورين يتمثل الأول في

(1) _ ونص المادتين 9 و9 مكرر بعد التعديل على التوالي: «ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين»، «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...-الولي...». (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

(2) _ اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص56.

(3) _ (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

(4) _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص241.

(5) _ إذ وعلى المذهب المالكي لا يكون نكاح إلا بولي وبه قال أيضا الشافعي وأحمد. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص949. ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج9، ص345.

حضوره باعتباره شرطا ضروريا في تكوين عقد الزواج وهو الأمر الذي أكدت عليه المادة 9 مكرر، بينما يتمثل الثاني في كونه نائبا شرعيا عن المرأة القاصر باعتبارها غير مؤهلة قانونا لإبرام العقد، فالترخيص الذي يمنحه القاضي للقاصر بالزواج لا يمنحها الولاية بإبرامه كما هو الحال بالنسبة للمرأة الراشدة⁽¹⁾.

إلا أنه وجب التنبيه إلى أن اعطاء الولي هذا المركز في عقد زواج المرأة القاصر، لا يعني انفراجه به، بل ولايته هي ولاية مشاركة من خلال عدم إجبارها على الزواج ولا حتى منعها منه إن رغبت فيه⁽²⁾، وذلك بإلغاء المشرع للمادة 12 المتعلقة بالمنع نهائيا وبتقريره صراحة لمنع الإجبار بموجب المادة 13 المعدلة والتي تنص: «لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها»⁽³⁾. فلم يعد من صلاحيات الولي المعارضة في إبرام العقد، وليست له سلطة في القبول أو الرضى بالزواج لأنه بيد المرأة وحدها، كما لا يجوز له التدخل في الشروط التي تريد المرأة تسجيلها في العقد أو في تلك التي يشترطها الزوج وتقبلها هي⁽⁴⁾.

وأخيرا فإن تخلف الولي في زواج المرأة القاصر يترتب عنه حسب المادة 33 فسخ عقد الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه وثبوته بعد الدخول بصداق المثل، إلا أن حكم الحالة الثانية قد يفتح الباب لإمكانية زواج المرأة القاصر بدون ولي مثلها مثل المرأة الراشدة⁽⁵⁾.

وختلاصة القول أن المشرع الجزائري من خلال أحكام الولاية في الزواج كان حريصا على تحقيق رضا المرأة في عقد زواجها سواء كانت راشدة أم قاصرة، واعتبره الركن الوحيد في العقد بموجب المادة 9 من قانون الأسرة، فتصدى لكل إمكانيات الولي من المساس برضى المرأة فضيق من سلطاته إلى أبعد حد ممكن، وهذا الموقف دعمته التطبيقات القضائية، فقد جاء في

(1) _ اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص55.

(2) _ المرجع نفسه، ص55.

(3) _ (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

(4) _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص245.

(5) _ إيمان الزهرة حميدي، مرجع سابق، ص124.

قرار للمحكمة العليا ببطان الزواج بانعدام ركن الرضا ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مسؤولية النائب الشرعي عن فعل مولاه الضار

لما كان من صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي تربية وتوجيه المولى عليه، فإنه من مسؤولياته كذلك توجيهه لعدم الإضرار بالغير وعدم إيذائهم، أو الاعتداء عليهم، ويتحقق ذلك بالإضافة إلى توجيهه بمراقبته، فالرقابة على الصغير من مستلزمات تربيته وحسن تنشئته، ولذلك يترتب التزام على الولي على النفس بالرقابة وهو ما ذهب إليه جمع من الفقه كما سنوضحه في ثنايا هذا الفرع⁽²⁾.

وهو المبدأ المكرس قضاءً، فجاء في أحد قرارات المحكمة العليا: «إن مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه، أنه أهمل مراقبة وتربية ولده...»⁽³⁾، وهذا تطبيقاً للمادة 134 من القانون المدني⁽⁴⁾، الذي ينص: «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة

(1) _ قرار رقم 249128، مؤرخ في 18/07/2000 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية. المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2003، ص 267.

(2) _ مثل أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 24، 36. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج 1، ص 998 وما بعدها. جمال مهدي محمود الأكنشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر - في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة - د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 317 وما بعدها.

(3) _ قرار رقم 30064 المؤرخ في 02/03/1983، الصادر عن الغرفة المدنية، جمال ساسي، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، ج 1، ص 235.

(4) _ هذا النص عدل بموجب القانون رقم (05-10)، مرجع سابق. وحررت في ظل الأمر 75-58 كما يلي: «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله الضار ويترتب هذا الإلتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز»، وكان هذا النص مكملاً لنص المادة 135، والذي ألغي بالقانون 05-10، والذي كان يقضي بأنه: « يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما، كما أن المعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم، غير أن مسؤولية الدولة تحل محل مسؤولية المعلمين والمربين.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبتت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

فهذا النص جاء بمبدأ عام مقرر مسؤولية متولي الرقابة عن أفعال الخاضع لرقابته، أي أن يكون النائب الشرعي مسؤولاً عن أخطاء مولاه الضارة بالغير، لأنه في حاجة إلى الرقابة عليه بسبب صغره أو حالته العقلية كالمجنون والمعتوه، بينما السفيه وذو الغفلة ليسا معنيين بهذه الولاية، ذلك أن قصرهما واردة على تدبير الأموال.

وهذا المبدأ جاء كاستثناء عن الأصل المقرر في المادة 124 من القانون المدني والمتمثل في أن الشخص يكون مسؤولاً عن خطئه الشخصي دون خطأ غيره،⁽¹⁾ إلا أن السنهاوري فند ذلك، إذ يرى أن مسؤولية الولي في هذه الحالة ليست إلا مسؤولية عن خطئه الشخصي والمتمثل في تقصيره في مراقبة مولاه ومنعه من ارتكاب أخطاء تؤذي الآخرين، وبالتالي فمسؤوليته هنا لا تخرج عن الأصل المقرر بالمادة 124 إلا من حيث عبئ إثبات خطأ الأب حيث يفترضه القانون افتراضاً⁽²⁾.

وقد جاء تعديل المادتين، نتيجة نقد الفقهاء والدارسين والباحثين لهما، ذلك أن المشرع لم يوفق في صياغتهما ويرجع السبب في ذلك إلى أن نص المادة 134 مقتبس من المادة 137 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري، بينما اقتبست الفقرة الأولى من المادة 135 من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها، مع بعض التغيير في أحكامها، إذ وضعت المادة 134 مبدأ عاماً يتمثل في أن كل من تجب عليه رقابة شخص بسبب حالته، يجب عليه تعويض الضرر الذي يحدثه، وهو بذلك جاء شاملاً لكل الحالات الممكنة، ثم جاء نص المادة 135 لتفسير النص الأول بإعادة نفس المبدأ في شكل تطبيقات أثارت إشكالات فيما إذا كانت على سبيل المثال أو الحصر. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام-الواقعة القانونية-، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، د.ت، ج2، ص191.

(1) _ ونص المادة: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض». (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(2) _ عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج1، ص1005.

وحقيقة، ما يدعم هذا الرأي، أنه باستقراء المادة 134 نجدتها تقيم مسؤولية متولي الرقابة على شرطين هما: أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر، وأن يصدر ممن هو تحت الرقابة فعل ضار⁽¹⁾، كما أنها بفقرتها الثانية افترضت الخطأ في جانب متولي الرقابة، ولا يتملص منه إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة على أكمل وجه وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها⁽²⁾. ويتم التفصيل في كل ذلك من خلال تقسيم هذا الفرع إلى قسمين كل قسم يبحث أحد الشرطين على الترتيب.

أولاً: الشرط الأول: أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر: فلكي تقوم هذه المسؤولية يجب أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر، وهذا الالتزام مصدره حسب المادة 134 إما القانون أو الاتفاق، فالنص إذن جاء بصيغة العموم ولم يحدد من هم الأشخاص الذين يناط بهم واجب الرقابة، وإنما اكتفى بذكر مصادر الالتزام بالرقابة، فإذا كان مصدره القانون⁽³⁾ وهو ما يهمننا في هذا المقام، كنصوص قانون الأسرة الذي يلقي التزام الرقابة على عاتق الأب أو الأم أو الكافل⁽⁴⁾. كما أن النص لم يحدد الأشخاص الذين ينشأ الالتزام برقابتهم، بيد أنه حدد الحالات التي تدعو إلى نشوء الالتزام بالرقابة وحصرها في الأشخاص الذين هم في حاجة إلى رقابة وحددهم في القصر، أو من كانت حالته العقلية أو الجسمية تستدعي الرقابة، وهي الآفات التي تصيب العقل كالجنون والعتة أو التي تصيب الجسم كالعمى والشلل، ولذلك فلا تقوم مسؤولية الأشخاص المكلفين بالرقابة خارج هذه الحالات كرقابة السجناء للمسجونين⁽⁵⁾.

(1) _ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص184. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج1، ص995.

(2) _ قرار رقم 30064، مؤرخ في 1983/03/02، قرار سبق ذكره.

(3) _ وإذا كان مصدره الاتفاق، فمثاله: الاتفاق بين الولي وبين مصالح المستشفى حتى يتولون رقابة المولى عليه طيلة فترة مكوثه بالمستشفى.

(4) _ جمال مهدي محمود الأكنشة، مرجع سابق، ص316، 317.

(5) _ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج2، ص184، 185.

فمن خلال هذا التحليل البسيط، وبالرجوع إلى نصوص وقواعد النيابة الشرعية، فنجد أن النائب الشرعي المحدد بالأب أو الأم أو الكافل، ذلك أن الوصي والمقدم لا تشملهما هذه المسؤوليات، لأنهما في القانون الجزائري لا يكونا رقيبين على شخص المولى عليه إنما على أمواله فقط، ومن صلاحيات هذا النائب الشرعي أنه مسؤول عن رقابة مولاه والذي يكون إما قاصراً، أو بالغاً مجنوناً أو معنوياً، ذلك أن السفية والمغفل لا تثبت عليهما الولاية على النفس كما سبق تقريره.

والجدير بالذكر، أن القاصر المذكور بالمادة 134 هو ذلك الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد بـ 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني، إلا أنه وباستقراء المادة 125 والتي تقضي بأنه: «لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً»، تجعلنا نتساءل عن مسؤولية النائب الشرعي الرقيب على القاصر المميز، إذا كان هو نفسه مسؤولاً عنه حسب مـ125؟ فثار خلاف فقهي حول مسؤولية متولي الرقابة على القاصر المميز، وذهب أكثرهم ببقائه مسؤولاً عنه، ما دام أنه ما زال في حاجة إلى الرقابة، وللقاضي سلطة تقدير ما إذا كان القاصر المميز في حاجة إلى رقابة وتوجيه حسب ظروفه، سنه، درجة إدراكه، استقلاله في أموره، كالقاصر المرشد مثلاً، أو القاصر الذي انتقل إلى بلاد أخرى من أجل الدراسة أو استقل بعيشه أو جند..⁽¹⁾.

والعدالة في التمييز بين مسؤولية متولي الرقابة (النائب الشرعي) على القاصر غير المميز والمميز تتجلى في أن الأول لا يمكن اعتباره مسؤولاً طبقاً للقواعد العامة، فتعد مسؤولية متولي الرقابة عنه مسؤولية مستقلة أصيلة، إذ أنها لا تستند لقيام مسؤولية القاصر غير المميز، على خلاف الحال في القاصر المميز الذي يكون مسؤولاً، وبالتالي تعتبر مسؤولية متولي الرقابة عليه مسؤولية تبعية لأنها لا تقوم إلا تبعاً لقيام مسؤولية القاصر المميز، فيكون أمام المتضرر

(1) _ وما وجب ذكره، أن المادة 135 قبل إلغائها كانت تشترط لقيام مسؤولية متولي الرقابة أن يسكن معه المولى عليه وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1971/11/24. جمال سايس الإجتهد الجزائري في القضاء المدني، مرجع سابق، ج1، ص108. لكن ولعل ما فعل المشرع الجزائري بإلغائها هو أمر مستحسن ليترك الأمر لسلطات القاضي التقديرية لمختلف الظروف والحالات حتى يحمل متولي الرقابة مسؤولية المولى عليه من عدمه.

من فعل المولى عليه إذا كان مميزا مسؤولان: متولي الرقابة والمولى عليه، ويمكن له الرجوع بالتعويض عن الضرر الحاصل له على أيهما يشاء، لكن باختيار واحد منهما ويأخذ تعويضا واحدا، بينما إذا كان المولى عليه غير مميز فلا يملك المضرور الرجوع بالتعويض إلا على متولي الرقابة⁽¹⁾.

ثانيا: الشرط الثاني: أن يصدر ممن هو تحت الرقابة فعل ضار: فيشترط لقيام مسؤولية النائب الشرعي عن أفعال المولى عليه، أن يصدر عن هذا الأخير فعل ضار يترتب عليه إلحاق ضرر بالغير، ويقع على هذا الغير، عبء إثبات خطأ المولى عليه، كما يقوم بإثبات الضرر وعلاقة السببية بينهما على أساس قواعد المسؤولية المدنية، فإذا تمكن من إثبات ذلك فإن القانون قد افترض أن النائب الشرعي قد أخل بواجب الرقابة، ومن ثم تقوم مسؤوليته في هذه الحالة. وذلك لأن القانون راعى أن مسؤولية متولي الرقابة لا تقوم على أساس الخطأ الذي يرتكبه المولى عليه، بل تقوم على أساس خطئه هو في رقابة هذا الأخير، أي على أساس ما وقع منه من إخلال في واجب الرقابة⁽²⁾.

وما وجب التنبيه إليه أنه يمكن أن يكون الفعل الضار الصادر من المولى عليه مما يعد جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، وبالرجوع إلى هذا القانون نجد أنه يحدد سن الرشد الجنائي بـ 18 سنة، أي هذه السن اللازمة لقيام مسؤولية المولى عليه الجزائية، غير أنه لم تتوفر فيه بعد سن المسؤولية المدنية وهي 19 سنة ففي هذه الحالة يكون للضحية الخيار بين أن يدعي مدنيا ضد المولى عليه أمام المحكمة الجنائية المرفوعة أمامها الدعوى العمومية، وبين أن يدعي مدنيا أمام المحاكم المدنية ضد متولي الرقابة على أساس القواعد العامة للمسؤولية المدنية أي المادة 134⁽³⁾ ولذلك أعطت الفقرة الأخيرة من هذه المادة لمتولي الرقابة أن يتخلص وينفي عنه

(1) _ جمال مهدي محمود الأكنشة، مرجع سابق، ص330، 331، 350، 351، 359.

(2) _ المرجع نفسه، ص343، 346. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج1، ص1005.

(3) _ جمال مهدي محمود الأكنشة، مرجع سابق، ص356.

إن تحمل المسؤولية الجزائية، يتدرج حسب تدرج سن الجاني المحددة بنصوص قانون العقوبات الجزائري كما يلي: «إذ قررت المادة 49 منه على أنه لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر سنوات، وأن القاصر الذي

مسؤولية المولى عليه، إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي ولم يقصر في ذلك أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب كما ينبغي من العناية، كما يمكنه أيضا أن ينفي عنه هذه المسؤولية إذا استطاع نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر طبقا للقواعد العامة وهو المقصود من العبارة الأخيرة للنص والمتمثلة في «...أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية»

وأن أحكام مسؤولية متولي رقابة الصغير والمجنون والمعتوه بهذا الشكل تختلف عما جاء في الشريعة الإسلامية الغراء، إذ أقرت بمبدأ المسؤولية الشخصية عن كل ما يصدر عن الإنسان، حتى لا يسأل شخص عن ضرر لم يكن هو السبب في حدوثه⁽¹⁾، فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه: «لا اختلاف في أن الصبي ضامن لما أفسد وكسر، وكذلك ما اغتصب فأتلف»⁽²⁾. فجاء عند الأسروشنى، أنه يلزم الصبي والمجنون ما أتلفاه، وجاء في الجنايات أنه: (... صبيان اجتمعوا يلعبون، فأصاب سهم أحدهم عين امرأة: أرش عين المرأة في مال الصبي ولا شيء على الأب، وأن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة، وتثبت عليه هذه الدية بشهادة الشهود لا بإقرار الصبي لأن إقراره على نفسه باطل)⁽³⁾.

فلا فرق عند فقهاء الشريعة الإسلامية في ضمان الإلتلاف بين وجود البلوغ أو التمييز أو عدمه أي أجمعوا أنه لا فرق بين الكبير أو الصغير أو المجنون أو النائم المتلف فكلهم ضامن فقط نجد عند المالكية اختلاف بينهم في التفريق بين الصبي المميز وغير المميز بأن لا شيء

يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة فلا توقع عليه إلا تدابير الحماية والتهديب ومع ذلك في مواد المخالفات لا يكون إلا محلا للتوبيخ، بينما القاصر الذي يتراوح سنه من 13 إلى 18 سنة فتوقع عليه إلا تدابير الحماية أو التهديب أو عقوبات مخففة»، (القانون رقم 01-14)، المؤرخ في 4 فبراير 2014، مرجع سابق. وأما المادة 47 (الأمر رقم 66-156)، قضت بأنه لا عقوبة على المجنون المرتكب لجريمة على أنه يمكن أن يخضع لنظام الاستشفاء الإجباري طبقا للمادة 21 فقرة 2.

(1) _ جمال مهدي محمود الأكنشة، مرجع سابق، ص 359، 360.

(2) _ أبي الوليد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية، 1988، الجزء الحادي عشرة، ص 276.

(3) _ الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج 2، ص 97، 181. راجع في المعنى: الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 10، ص 86 في الهامش.

على غير المميز دون المميز، لكن الغالب عندهم إطلاق الضمان، وكذلك لا فرق عندهم في ضمان الإلتلاف بين العمد والخطأ⁽¹⁾.

فعلى ما تقدم يتبين أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعرفوا الخطأ بمعناه القانوني إنما نظروا إليه نظرة مادية مكثفين بركن التعدي فقط، ولذلك جعلوا مسؤولية الصغير في الضمان دون أوليائه أو أوصيائه إلا استثناءً، كأن يقوم متولي الرقابة بأمر أو إكراه أو إغراء المولى عليه بالإلتلاف⁽²⁾.

المطلب الثاني: أحكام خاصة بسلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس

هناك بعض الأحكام الخاصة بسلطات النائب الشرعي في مجال الولاية على النفس التي ارتأينا نظراً لأهميتها تخصيصها بالبحث في هذا المطلب، والتي حاولنا جمعها وتقسيمها إلى فرعين اثنين، حيث خصص الفرع الأول لبحث سلطات النائب الشرعي في الولاية المكتسبة بينما اختص الفرع الثاني ببحث سلطات القاضي باعتباره أحد أصحاب الحق في الولاية على النفس.

الفرع الأول: سلطات صاحب النيابة الشرعية المكتسبة في الولاية على النفس

يقصد بصاحب النيابة الشرعية المكتسبة كل من الوصي والمقدم والكافل، ومن خلال هذا الفرع يتم التطرق لسلطات هؤلاء في مجال الولاية على النفس وذلك بالترتيب كما يلي:

أولاً: سلطات الوصي والمقدم في الولاية على النفس: لقد تقرر سابقاً أن المشرع الجزائري

جعل من نطاق سلطات الوصي والمقدم، هو الولاية على المال فقط، دون أن تمتد سلطاتهما إلى الولاية على النفس، وفي هذا المقام ارتأينا أن نناقش هذا الموقف محاولين تبرير وجهة نظرنا بضرورة فسح المجال والإمكانية لأن تتوسع سلطاتهما لتشمل مشتملات الولاية على النفس ونعزز وجهة نظرنا بما يلي:

أدركنا فيما سبق أن سلطة تعيين الوصي في القانون الجزائري ممنوحة للأب والجد بينما المقدم فيعيه القاضي، فإذا عين للمولى عليه وصياً من قبل الأب مثلاً، فيكون لهذا الأخير

(1) _ وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، 2012، الجزء السادس، ص604.

(2) _ جمال مهدي محمود الأكنشة، مرجع سابق، ص360.

سلطات على مال المولى عليه دون نفسه، إنما يتولاها الولي الشرعي بعد الأب سواء في التزويج حسب الترتيب القانوني -بالنسبة للقاصر المادة 11، فقرة ثانية من قانون الأسرة- أو بالنسبة لباقي مشتملات الولاية على النفس من حضانة وتربية وتوجيه وتأديب وتعليم...الخ. فيكون في هذه الحالة للمولى عليه وليا على شؤونه النفسية ووصيا على شؤونه المالية ولا إشكال في ذلك.

على أن بعض الحالات تثير اشكالا، ومثالها وفاة أولياء الصغير-في التشريع الأسري الأولياء محددون بموجب المادة 87 قانون الأسرة بالأب والأم فقط-، فلم يبق منهم أحدا، وسواء عين له وصيا من قبلهم أم لا، ففي الحالة الثانية يعين له القاضي مقدما، فمهمتهما-أي الوصي والمقدم- تقتصر على تولي أموره المالية فقط، وبالنسبة لولاية التزويج فلا اشكال فيها مادام يمكن للقاضي أن يتولاها طبقا للمادة 11 لأنه ولي من لا ولي له، لكن من ذا الذي يتولى شؤون الصغير من رعاية وتربية وتعليم وتوجيه ولم يبق له أحد من الأقارب، بل وحتى لو فرضنا بوجود بعضهم، فإن المشرع لم ينص على ترتيب الأولياء على النفس بعد الأب والأم بموجب المادة 87 وأن ترتيب مستحقي الحضانة طبقا للمادة 64 من هذا القانون جاء خاصا بحالة الطلاق وليس بحالة الوفاة، فيبقى الصغار الأيتام بحاجة ماسة إلى رعاية نفسية وحفظهم وتسيير أمورهم المدرسية والإدارية، فهؤلاء يبقون دون حل قانوني، حبذا لو يفتح المشرع مجالا لإمكانية الإيصاء بالولاية على النفس أيضا وبالتالي توسيع من سلطات وصلاحيات الوصي والمقدم، فيكون ذلك تحقيقا لمصلحة هؤلاء الأيتام الضعفاء والعاجزين وحلا تشريعيًا مستحسنًا.

خاصة وأن هذا التوسع للوصاية بهذا الشكل نجد له سندا شرعيا، إذ لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن الرجل يوصي بعد موته بأولاده، وأن هذه خلافة جزئية كاخلافة الكلية التي للإمام أن يوصي بها، ومن له أب أو جد لا يجوز له عند الشافعي وأحمد أن يوصي إلى أجنبي بالنظر إلى أمر أولاده مع وجود أبيه أو جده إذا كان من أهل العدالة⁽¹⁾. وقال مالك في هذا الصدد: «إذا قال فلان وصي، ولم يزد على ذلك، فهو وصيه في جميع الأشياء وفي بضع

(1) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4، ص1553.

بناته وفي إنكاح بنيه الصغار...، وإن كان لهم اولياء حضور»⁽¹⁾. بل وقد جعل المالكية وصي الوصي بمنزلة الوصي، فقالوا: «وصي الوصي بمنزلة الوصي في النكاح وغيره»⁽²⁾. والأمر كذلك فتكون الوصية عامة، أما إذا خصت بشيء فتكون سلطة الوصي في حدود ما خصت به كما في قولهم: «إلا أنه يخصه بشيء فلا يكون وصيا إلا على ذلك الشيء وصي الوصي، بهذه المنزلة»⁽³⁾.

فنناشد المشرع بالسير على نهج الشريعة الإسلامية على الأقل بأن يترك الحرية والإمكانية للموصى (الأب أو الجد) حسب المادة 92 من قانون الأسرة -عند عدم وجود ولي، أي عدم وجود الأم- بأن يوصي لأولاده على أمورهم الشخصية والنفسية مع المالية. وقد نادى الفقه المغربي بهذا المطلب أي بتوسيع سلطات الوصي لتشمل الولايتين معا لتحقيق مصالح القاصر المترابطة والمتداخلة، فاستجاب المشرع المغربي لتلك المطالب وتبنت مدونة الأسرة المغربية ذلك، خلافا لما كان عليه الحال قبل التعديل إذ كانت الوصاية قاصرة على المال فقط⁽⁴⁾.

فيجب على المشرع الوطني أن يكون دقيقا في تحديد نطاق النيابة الشرعية وحدود سلطات كل نائب شرعي بما تستلزمه مصلحة المولى عليه، ولذلك كنا قد أوردنا سابقا اقتراح تعديل نص المادة 104 من قانون الأسرة⁽⁵⁾ والمتعلقة بسلطات المقدم على المحجور عليه المجنون والمعتوه والمحجور عليه السفیه والمغفل لأن مصلحة هذا الأخير تكمن في الحفاظ على أمواله فقط لكونه لا يملك التدبير لتسيير أمواله بينما أموره الشخصية فهو يستقل بها وفي غير حاجة

(1) _ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج6، ص15، 16.

(2) _ المرجع نفسه، ص16.

(3) _ المرجع نفسه، ص16.

(4) _ مليكة الغنام، مرجع سابق، ص153، عمر لمين «مستجدات مدونة الأسرة فيما يتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية»، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، (5)، المعهد العالي للقضاء، مكتبة دار السلام، -ديور الجامع-، الرباط، شتنبر 2004، ص124. انظر المواد: 231، 233، 235 من مدونة الأسرة المغربية.

(5) _ ونذكر بنصه الذي أوردناه عند بحث نطاق الحجر فكان كما يلي: «إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية الشؤون الشخصية والمالية للمحجور عليه المجنون والمعتوه، بينما المحجور عليه السفیه وذو الغفلة فلا يكون للمقدم عليهما إلا إدارة وتسيير أموالهما مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون».

إلى من يتولاها نيابة عنه، على عكس المحجور عليه المجنون والمعتوه فهو فاقد للإدراك تماما سواء بالنسبة لإدارة أمواله أو تولي أموره الشخصية.

على أن مقدم المفقود والغائب، فمصلحتها تكمن في إدارة أمورهم المالية فقط نظرا لاستحالة قيامهم بذلك وحسن جدا ما قرره في شأنهم المشرع بموجب المادة 111 من قانون الأسرة بتحديدته لنطاق نيابة مقدمهم في الولاية على المال فقط.

فيبقى الأمر إذن يتعلق بالصغار الذين لا ولي لهم، ولا يكون حسب القانون للوصي أو المقدم عليهم ولاية على النفس، مما يدفعنا لدعوة المشرع بالتدخل من خلال تعديل المادة 95 من قانون الأسرة كما يلي: «للوصي نفس سلطة الولي في العناية بشؤون الأولاد القصر وفي التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون».

وهكذا يكون للمقدم نفس سلطات الوصي الشخصية والمالية استنادا للمادة 100 من قانون الأسرة في قولها: «يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام»⁽¹⁾.

ثانيا: سلطات الكافل في الولاية على النفس: نصت المادتين 121 و122 من قانون الأسرة بالترتيب على ما يلي: «تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي»، «يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول»⁽²⁾.

وعلى ضوء هذين النصين يتضح جليا أن المشرع منح للكافل كامل سلطات النائب الشرعي على مكفوله من ولاية على النفس وعلى المال على حد السواء، ولذلك تطبق على العلاقة بين الكافل ومكفوله الأحكام الخاصة بسلطات الولي الشرعي، من تربية وحفظ وتعليم وتأديب كما له أن يدير أمواله ويحفظها وينفق عليه، وتثبت له تلك السلطات بمجرد إبرامه عقد الكفالة⁽³⁾ ولا تنزع منه ولا يستطيع التملص منها ما لم يثبت تخليه عن الكفالة، وهو المبدأ

⁽¹⁾ _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

⁽²⁾ _ المرجع نفسه.

⁽³⁾ _ راجع الملحق رقم 2.

المكرس فقها وقضاء⁽¹⁾ كما تثبت له سواء كان المكفول مجهول أم معلوم النسب، إلا أنه مع ذلك فقد نجد بعض الإشكالات وبعض الاستثناءات التي تتعلق بسلطات الكافل، فأما التي تخص الولاية على المال فسنفصل فيها في موضعه عند بحث الولاية على المال، وفي هذا المقام نطرح الاستثناءات أو الإشكالات الخاصة بالولاية على نفس المكفول.

فبالرغم من أن للكافل كامل السلطات، إلا أننا نتساءل: هل تكون له ولاية التزويج أيضا؟ على اعتبار أن الولي في الزواج محدد قانونيا وفق ترتيب معين لا يجوز مخالفته وهذا طبعا بالنسبة للمرأة القاصر لأنه في زواج الراشدة لا إشكال فيها، ما دام أجاز لها القانون اختيار وليها فيمكن أن يكون وليها الكافل.

فبالنسبة للقاصر المكفولة، سواء كانت معلومة النسب وأبوها حي، فهل نطبق فيما يخص ولاية تزويجها المادة 11 الفقرة الثانية من قانون الأسرة على اعتبار أن الأب من الأولياء الشرعيين، أو سواء كانت مجهولة النسب وليس لها قريب وبالتالي يكون القاضي وليها في الزواج طبقا للمادة أعلاه، على اعتبار الولاية في النكاح ولاية شرعية لا تجوز مخالفتها، أم نطبق المادة 121 على اعتبار أن للكفيل كامل الولاية على مكفولته؟

المشرع الجزائري سكت عن هذه الحالة⁽²⁾، فبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالكفالة نجد أنها تخول للكافل النفقة على مكفوله وتربيته ورعايته وإدارة أمواله، وتمكنه من

(1) _ حسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 339 وما بعدها، الغوثي بن ملح، مرجع سابق، ص 173. القرار الصادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 369032 المؤرخ في 2006/12/13، إذ كرست المبدأ على أنه يجب على الكافل، القيام بالإتفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا، ما لم تثبت قانونا تخليه عن الكفالة، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 02، ص 443. وكذلك القرار رقم 0813942 المؤرخ في 2013/06/13 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث للمحكمة العليا: أين أكدت فيه أن تربية الطفل المكفول ونفقته يتحملها الشخص الكافل المذكور في عقد الكفالة، ولا يطبق في حالة الطلاق أحكام الحضانة والنفقة، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الاتفاق بين الطرفين، مجلة المحكمة العليا لسنة 2014، العدد 01، ص 309.

(2) _ وكذلك في حدود بحثي في كتب شرح قانون الأسرة لا يوجد فيها تفصيل إنما يكتفون بذكر أن للكافل ولاية قانونية دون التطرق إلى ولاية التزويج. بينما ذهب الباحث محمد توفيق قديري إلى الجزم بأن للكافل كامل الولاية على النفس بما فيها ولاية التزويج تماشيا مع المذهب المالكي في ذلك.

المنح العائلية والدراسية والوصاية عليه والهبة له دون ذكر ولاية التزويج، وكذلك الأمر لما ذكر في عقد الكفالة.

فهل هذا التعداد لمشتملات الولاية على النفس على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

فلو رجعنا إلى الفقه الإسلامي فمن المقرر عندهم أنه من يعول صغيراً أو صغيرة لا يملك تزويجها وأن الملتقط لا يلي اللقيط، ولا يجوز له تزويجه لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطة⁽¹⁾. وعلى ذلك فإذا كان المكفول له أولياء من أقاربه فهم أولياءه في الزواج حسب الترتيب، وإن لم يكن له أولياء كاللقيط فالقاضي هو وليه في التزويج. فولاية الكافل لليتيم في الفقه الإسلامي هي ولاية مصلحة، أي شرعت للكفيل تربية المكفول وحفظه ورعايته وحفظ ماله والتثمين له وهذا ما جاء في تفسير الآية: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ (سورة البقرة، الآية: 220). ما عدا المالكية الذين أجازوا لليتيمة أن يتولى تزويجها كافلاً⁽²⁾.

والحال كذلك فنرجح أن تكون للكافل كامل سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس ما عدا ولاية التزويج، لأنها ولاية شرعية قانونية لا يجوز مخالفتها فطبقاً للمادة 11 فقرة ثانية، فإذا كان للمكفول ولياً شرعياً كان وليه في تزويجه دون كافلة، وإن لم يكن له أولياء أقارب كان القاضي وليه في تزويجه إلا إذا ما تدخل المشرع الجزائري بالنص صراحة على ولاية التزويج ضمن النصوص القانونية للكفالة، وفي جميع الأحوال ندعو المشرع الجزائري التدخل لتعديل المادة 121 وتوضيح اتجاهه بدقة. فإذا استثناه من الولاية المخولة للكافل، فيكون النص كما يلي: «تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي مع مراعاة المادة 11 فقرة ثانية من هذا القانون».

(1) _ الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص71، 223. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص765.

(2) _ أبي عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص450. الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص300. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص22، 23.

الفرع الثاني: ولاية القاضي باعتباره نائبا شرعيا في الولاية على النفس

يهتم هذا الفرع بتبيين ولاية القاضي باعتباره نائبا شرعيا في الولاية على النفس، والمقصود بالقاضي هنا هو قاضي شؤون الأسرة، فيثور التساؤل عن مركز هذا الأخير من التنظيم القضائي الجزائري وعن سلطاته الممنوحة له أولا ثم يتم التركيز ثانيا على سلطاته الولائية في الزواج والطلاق كونهما الصورتين الأكثر تجليا لدوره في هذا المقام.

أولا: مركز قاضي شؤون الأسرة من التنظيم القضائي الجزائري: إن القضاء⁽¹⁾ ضرورة حياتية للتنظيم لأن أمور الناس لا تستقيم بدونه، وهو نظام معروف ومعمول به منذ الأزل مرّ بمراحل كثيرة مختلفة وكذلك النظام القضائي في الإسلام، فله تاريخ حافل بالحركة والتطور والكفاح من أجل التكفل برعاية حقوق الإنسان وكرامته وعرضه وماله من التعدي والإتلاف والغصب⁽²⁾، ولذلك فالقضاء من فروض الكفايات عند الفقهاء بالإجماع⁽³⁾ استنادا لقوله تعالى: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ﴾ (سورة ص، الآية: 26)، وكذلك في قوله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ (سورة المائدة، الآية: 48). وغيرها من الآيات القرآنية المباركة، وكذلك الأحاديث النبوية ونذكر منها قول الرسول ﷺ: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»⁽⁴⁾. فتولي القضاء فيه فضل عظيم لمن قوي على القيام به وأداء الحق فيه ولذلك جعل فيه أجرا مع الخطأ وأسقط عنه حكم الخطأ⁽⁵⁾.

(1) _ وعرف القضاء شرعا بفصل الخصومات، كما عرف أيضا بالولاية. أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني، **روضة القضاة وطريق النجاة**، تحقيق صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، 1984، الجزء الأول، ص 49.

(2) _ المرجع نفسه، ج 1، ص 13.

(3) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 9، ص 82. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج 4، ص 1770. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 16، ص 3. ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج 14، ص 5.

(4) _ البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج 4، ص 364. حديث رقم 7352، كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ.

(5) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج 14، ص 5.

• وقد جرى العرف على اطلاق اسم القاضي أو الحاكم على السواء، فالبعض يفضل كلمة القاضي والبعض الآخر يفضل أن يسمى بالحاكم. أبي القاسم السمناني، مرجع سابق، ج 1، ص 49 وما بعدها.

وقد اتفق الفقهاء أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق، كان حقا لله أو حقا للآدميين، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى، وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء، وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم⁽¹⁾. فيفهم من ذلك أن القاضي شرعا جعل صاحب الولاية العامة بالنيابة عن الإمام أي ولايته مستمدة من ولاية السلطان استنادا لحديث النبي عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له»⁽²⁾.

والأمر سيان في بلادنا من حيث مرور التنظيم القضائي بعدة مراحل وتطورات عبر التاريخ، ومن حيث عمومية الولاية القضائية، إذ تمت مخالفة الكثير من الدول التي تتبع نظام قضائي متخصص، فاعتمدت الجزائر بعد استقلالها على نظام قضائي يقوم على وحدة المحكمة مع تفرعها إلى أقسام لعدة أسباب أهمها نقص العنصر البشري خاصة القضاة الذين كان أغلبهم قضاة فرنسيين غادروا البلاد، بالإضافة إلى نقص في الموارد المادية وأخيرا محاولة الإبتعاد عن كل ما يمد الصلة بالاحتل، ثم ومع مرور الوقت خاصة في الآونة الأخيرة التي تميزت بتزايد عدد القضايا وتعقدتها ووفرة الموارد المادية والبشرية أضحت التنظيم القضائي يتجه نحو التخصص، وكذا إلغاء قانون الإجراءات المدنية لسنة 1956 الذي كان خاليا من الإجراءات التي تسمح بوضع القواعد الموضوعية لقانون الأسرة حيز التنفيذ وهذا ما تدركه المشرع في قانون الإجراءات المدنية الجديد بوضعه للإجراءات اللازمة والذي أولى اهتماما خاصا بقضايا شؤون الأسرة فأنشأ هذا القانون قسم شؤون الأسرة⁽³⁾ واستحدث قواعد إجرائية من أجل تفعيل الحماية القضائية للأسرة بصورة عامة والخاضعون للنيابة الشرعية بصفة خاصة⁽⁴⁾.

(1) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4، ص1770.

(2) _ حديث سبق تخريجه.

(3) _ إن هذه التسمية الجديدة أنهت العمل بالتسمية القديمة وهي: "قسم الأحوال الشخصية" وأصبح هذا القسم المستحدث موحدا للإصطلاح بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات، كما يختص بالاضافة إلى الاختصاصات التقليدية من زواج وطلاق وميراث، بكل المنازعات والتدابير التي تحقق حماية أكبر للأسرة بصفة عامة وبصفة خاصة حماية الطفل من كل ما يسيء إليه وتهيئة له الظروف الملائمة لتربيته ونشأته ورعايته المادية والمعنوية. عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 337.

(4) _ المرجع نفسه، ص10، 11، ص 337، 345.

وهكذا فقد أوكل المشرع لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات وسلطات واسعة، فله الإشراف على قسم شؤون الأسرة والذي يختص بالنظر في كل القضايا التي حددتها المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تتعلق بما يلي: 1-دعاوى الخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.

2-دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة.

3-دعاوى إثبات الزواج والنسب.

4-الدعاوى المتعلقة بالكفالة.

5-الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.

كما خوله القانون بموجب المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصلاحيات التي يمارسها قاضي الإستعجال، وأخيرا فإن قاضي شؤون الأسرة يمارس أيضا الأعمال الولائية التي ينظر فيها دون قيام منازعة قضائية إنما تكون في شكل طلبات يقدمها أحد الأطراف كأعمال التوثيق القضائية ومنها إثبات الزواج، وأعمال تتضمن منح التراخيص والأذن كالترخيص بالزواج، أو الأوامر باتخاذ التدابير المؤقتة أو بإجراء تحقيق، وأعمال تتعلق بتعيين أشخاص معينين لأداء مهام معينة كتنصيب الوصي وتعيين مقدم وإسناد كفالة، وأخيرا أعمال إدارية تتعلق بتسيير المحكمة⁽¹⁾.

وللقيام بكل تلك الصلاحيات المسندة لقاضي شؤون الأسرة، منحه المشرع مكنة قانونية وشرعية تساعده في القيام بمهمته وتتمثل في أعمال لسلطته التقديرية⁽²⁾ بشكل موسع يشمل كل

(1) _ اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص284، 285.

(2) _ ويقصد بها: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة الشرع في كل الأمور المعروضة عليه، مع مراعاة أحوال المتقاضين. ومن المسائل التي يبرز فيها دور القاضي كولي: مسائل ناقص الأهلية كبيع مال الصغير، فالرأي للقاضي إذا أراد الوصي أو الولي البيع، مسائل تعيين الوصي على اليتيم والمجنون، مسائل رفع الضرر عن أموال الوقف، الدعوى على الغائب، تقدير حياة المفقود...الخ. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 2014، ص81، 319، 322، 324، 392.

المواضيع وبالخصوص مواضيع قانون الأسرة نظرا لطابعها الإنساني الخاص ونظرا لإختلاف أحوال الناس وظروفهم وأحسن مثال على ذلك ما تقدم في بحث الحضانة، حيث مكن المشرع القاضي من أعمال سلطته لتقدير مصلحة الطفل المحضون وما نتج عن ذلك من أحكام وقرارات قضائية متباينة ولو كان موضوعها واحدا كشروط الحاضن التي تارة يتمسك بها وتارة يغفل عنها حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون.

وهذه الوسيلة عرفتها سابقا الشريعة الإسلامية تحت مسمى الإجتهد فأقرتها للفقهاء والقضاة أثناء النظر في الخصومات والطلبات حتى يكون لهم دورا إيجابيا في التحري عن الحقيقة واستتباط الأحكام بما تقتضيه العدالة⁽¹⁾.

فعلى الرغم من بداية انتهاج المشرع لخصوصة القضاء، إلا أن قاضي شؤون الأسرة وبالنظر إلى حجم المسؤولية الملقاة على عاتقه وتزايد عدد القضايا المطروحة عليه، أثقل كاهله وأصبح عائقا في تحريه الحقيقة والبحث عن الصالح الأصلح خاصة للخاضعين للنياحة الشرعية من الصغار والمجانين والسفهاء وغيرهم⁽²⁾.

ولذلك يستحسن ما سلكه المشرع المغربي الذي انتهج تخصيص القضاء وتوزيع الصلاحيات على عدد من قضاة التخصص الواحد لضمان فعالية أكبر في تحقيق المصلحة الفضلى للعاجزين والضعفاء من المولى عليهم بموجب الفصل الثاني من القانون المتعلق بالتنظيم القضائي والذي يقضي: «...تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون القاصرين والتوثيق والكفالة وكل ماله علاقة برعاية وحماية الأسرة...»⁽³⁾.

(1) _ محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق.

(2) _ وهو ما أكدته القاضية بالرايس مريم في مقابلة شخصية معها بالمحكمة الابتدائية بأم البواقي، بصفتها قاض ورئيس قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2018/03/12 على الساعة 10:30.

(3) _ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 المؤرخ في 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة المغربية (جريدة رسمية عدد 3220)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها تعديل القانون 34.10 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.148 المؤرخ في 17 أغسطس 2011، (الجريدة الرسمية عدد 5975 مؤرخة في 5 سبتمبر 2011).

• وحقيقة وبالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجدها تمنح الاختصاص بمسائل معينة لقضاة محددين كالمادة 20 منها التي تمنح الاختصاص بمنح اذن زواج القاصر لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، وأيضا المواد 240 وما بعدها التي تمنح الاختصاص بالنظر في ملف النياحات الشرعية والرقابة عليها للقاضي المكلف بشؤون القاصرين.

وخلاصة القول أن القاضي صاحب الولاية العامة على أمور الناس⁽¹⁾، فتثبت له النيابة الشرعية ويعتبر وليا على من كان ممنوعا من التصرف كالصغير والمجنون، وله الحجر على من يرى الحجر عليه كالسفيه حفظا للأموال وله أيضا تزويج الأيامي بالأكفاء إذا انعدم الأولياء⁽²⁾، وهو ما اعتمده المشرع المغربي إذ طبق المبدأ الفقهي السلطان ولي من لا ولي له والقاضي ينوب عنه في ممارسة صلاحيات النيابة الشرعية النفسية والمالية وسواء مارسها بنفسه أو بواسطة من يعينه كالمقدم لأنه من باب ولاية القضاء⁽³⁾، إذ ليس من المألوف ولا من الممكن لكثرة أشغاله أن يتولى كل الأمور المالية والنفسية لكل من لا ولي ولا وصي له، بموجب المادتين 230 و 231 من مدونة الأسرة⁽⁴⁾ إذ صرح بكون القاضي وليا⁽⁵⁾.

على أن المشرع الوطني لم ينصب القاضي وليا بنص صريح ماعدا في ولاية التزويج بموجب الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة، ولم يفعل ذلك بموجب المادة 87 من نفس القانون والتي تتعلق بالولاية على النفس والمال معا إذ منحها للأب ومن بعده الأم، وأخيرا لمن يتولى حضانة الصغير من غير الأبوين، كما لم يقرر صراحة توليه الأمور المالية بموجب المواد 92 وما بعدها من قانون الأسرة.

(1) _ لأنه يجوز للإمام أن يولي القاضي عموم النظر في خصوص العمل، فيكون نظره خاصا ببلد معين دون غيره، كما يجوز أن يقلده خصوص النظر في عموم العمل كأن يضع له حدا بمقدار معين من المال فلا يختص بنظر القضايا التي تتجاوز قيمتها ذلك الحد، كما يجوز أيضا أن يوليه خصوص النظر في خصوص العمل كأن يخصه بقضاء الأنكحة فقط. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج33، ص298. الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج16، ص17 وما بعدها. أبي القاسم السمناني، مرجع سابق، ج1، ص75.

(2) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج33، ص298.

(3) _ عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص48، 49، 55.

(4) _ ونصهما على التوالي: «يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي...». «صاحب النيابة الشرعية: -الأب الراشد...

...-القاضي

-مقدم القاضي». (القانون رقم 70.03)، مرجع سابق.

(5) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص200. عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص275. عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، ص55.

إلا أن ذلك لا يعني أبداً وأن التشريع الجزائري لا يعتبر القاضي صاحب الولاية العامة، بل منحه كل السلطات الولائية في جميع المجالات وبالخصوص مجال النيابة الشرعية واتضح ذلك جليا من خلال المركز الذي أعطاه لقاضي شؤون الأسرة والسلطات والصلاحيات المختلفة التي أوكله بها وممارساته الواسعة لسلطاته التقديرية، إلا أنه كان من المستحسن تقرير ذلك صراحة بنصوص قانونية كما فعل نظيره المشرع المغربي.

ثانيا: سلطات القاضي الولائية في الزواج والطلاق: نظرا للدور الفعال الذي يقوم به القاضي في معنى الولاية يتحقق جليا في صورتَي ولاية التزويج وولاية الطلاق لأن ولايته هنا بمنزلة ولاية الولي الأبعد⁽¹⁾، فنفصل فيهما كما يلي:

فبالإضافة إلى كون القاضي وليا في تزويج كل من لا ولي لها، فإن التمعن في المادتين 11 في فقرتها الثانية و7 من قانون الأسرة، نجد أن القاصر التي اشترط المشرع وليا في تزويجها، أنه لا يستطيع ذلك إلا بالحصول على إذن وترخيص من القاضي، وبالتالي فالقاضي بموجب ولايته وإعمالا لسلطته التقديرية يقدر مدى مصلحة القاصر من هذا الزواج ومدى قدرتها عليه، ففي الأخير تكون له الولاية بالموافقة على الزواج أو رفضه بامتناعه عن منح الترخيص.

وفي نفس الظروف يقوم القاضي بتزويج المجانين والمعتوهين بالرغم من أن المشرع لم ينص على إمكانية وطريقة تزويجهم، خاصة وأن زواجهم لا يقع شرعا وقانونا لانعدام الإدراك لديهم. لكن قد تقتضي ضروريات الحياة زواج هؤلاء لشفائهم مثلا، كما أن الشرع الإسلامي يجيز ذلك، فلا يوجد مانع من تزويجهم والذي يكون بشروط تتمثل في: لزوم وجود تقرير طبي يؤكد ضرورة الزواج للمجنون والمعتوه، وقبول الطرف الآخر بحالة الجنون أو العته إذا كان أهلا لذلك، وأخيرا أن يتم الزواج بإذن القاضي بناء على طلب الولي⁽²⁾.

وأما بالنسبة لولاية الطلاق فيثبت للقاضي إيقاع الطلاق نيابة عن المطلق وأحسن صورة لذلك: التطبيق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة، أين حدد فيها المشرع الحالات التي يمكن

(1) _ محمود محمد ناصر، مرجع سابق، ص382.

(2) _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص123، 124.

للقاضي إيقاع التطلق بناء على طلب الزوجة وأحسن مثال على ذلك: حالة غيبة وفقدان الزوج، فموجب النص أعلاه يكون الحق للزوجة في طلب التطلق، فيوقعه القاضي نيابة عن الزوج المفقود⁽¹⁾.

والحديث عن الطلاق يجرنا للتساؤل عن طلاق القصر والمحجور عليهم، خاصة وأن المشرع لم يتطرق أيضا لمسألة طلاق المحجور عليهم من المجانين والمعتوهين والسفهاء وذوي الغفلة إذا زوجوا. فهل يملكون طلاقهم، وهل يملك وليهم الطلاق نيابة عنهم؟⁽²⁾.

فأما بالنسبة للقاصر المرخص له بالزواج، منح له المشرع أهلية الطلاق وطلاقه يقع، إلا أن تمثيله أما القضاء يكون من قبل نائبه الشرعي، والأمر سيان بالنسبة للسفيه وذوي الغفلة لاكتمال عقليهما، غير أنه لا بد من ممثل ونائب يرفع عنهما الدعوى، حسب مقتضيات المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾.

وأما بخصوص المجنون والمعتوه فطلاقهما لا يقع لأنهما لا يملكان الإرادة، وبانعدام نص قانوني افترض أحد الباحثين أنه لا يستطيع النائب الشرعي عنهما رفع دعوى تطلقهما لأنه لا مصلحة من ذلك، ولو كان هناك ضرر لكان أولى بالزوجة المتضررة رفع دعوى تطلق أو خلع⁽⁴⁾.

لكن هذا الافتراض يمثل حالة من بين العديد من الحالات، يمكن أن تكون زوجة المحجور عليه هي الأخرى محجور عليها، أو أن الزوج المحجور عليه هو المتضرر من الزواج ومن مصلحته الطلاق. ولذلك فالحل الأنسب حسبنا هو منح ولاية طلاق هؤلاء للقاضي، كما في زواجهم وبنفس الشروط السابق شرحها في تزويجهم، أي القاضي ينظر في الأمر وحسب مصلحة الأطراف وذلك بعد رفع الأمر من النائب الشرعي لهم.

(1) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، 202، 208.

(2) _ ويثير هذا الموضوع إشكالات قانونية وعملية كثيرة، لم يتطرق لها المشرع الجزائري بالتنظيم، وللاطلاع عليها راجع: محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 209 وما بعدها.

(3) _ ونصها كما يلي: «عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة». (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(4) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 210.

إلا أن اقتراحات الباحث⁽¹⁾ حول تعديل المواد 7 و 11 و 54 من قانون الأسرة وإضافة المادة 48 مكرر، بالإضافة إلى تعديل المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي في محلها وضرورية لسد النقص التشريعي حول زواج وطلاق المحجور عليهم وإجراءات ذلك.

وخلاصة القول: أن للقاضي في قانون الأسرة دورا بارزا في مجال الولاية، ويتبين من خلال أعمال سلطته التقديرية التي تقوم على التفكير والتدبر في كثير من المسائل، وجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعزز هذا الدور المنوط به ذلك أن مسائل الأسرة تمس بالنظام العام وتتعلق بحالة الأشخاص ومستقبل الأطفال والأسر والمجتمع ككل.

فيصدق القول الذي في كتاب الشيخ أحمد إبراهيم بك أنه من واجب القاضي أن يعمل لمصلحة الجميع وأن يعمل دائما ما هو الصالح والأصلح للضعفاء من ناقصي وعديمي الأهلية، فله الرقابة العامة حتى ولو كان ذوو الولاية الخاصة موجودين⁽²⁾.

(1) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 201، 213، 214: وقد اقترح تعديل المواد على الشكل التالي: تعديل المادة 7: «تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر (19) سنة. وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. ويرخص القاضي بزواج المحجور عليهم ذكورا وإناثا لجنون أو عته إذا ما ثبت فائدته لهم وثبت رضاء الطرف الآخر بالزواج وعلمه التام بظروف المحجور عليه. لا حجر على السفية وذو الغفلة في عقد زواجهما ولوليها التدخل فيما تعلق بالآثار المالية للزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بالزواج وانحلاله وآثارهما، أما المحجور عليهم فينوب عنهم نائبهم الشرعي». تعديل المادة 11: «الفقرة الأولى دون تغيير دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر والمحجور عليهم لجنون أو عته أولياءهم، وهو الأب فوصيه إن وجد فأقرب العصبة بالنسبة للقصر، والابن فالأب فأقرب العصبة بالنسبة للمحجور عليه والقاضي ولي من لا ولي له». ويكون نص المادة 48 مكرر كما يلي: «للقاصر الذي تم تزويجه وفق نص المادة 7 من هذا القانون أهلية الطلاق والتقاضي بشأنه.

لا يقع طلاق المجنون والمعتوه ولا يطلق عليهما النائب الشرعي إلا إذا كان الأب ويخضع في ذلك لرقابة القاضي». وتعديل المادة 54: «الفقرة 1 و 2 دون تعديل الزوجة القاصر التي تزوجت طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة والتي بني بها، تملك أهلية الخلع ولها التقاضي بشأنه.

لا يقبل خلع المجنونة والمعتوهة ولا يخالغ بدلا عنها نائبها الشرعي إلا إذا كان أبا ويخضع في ذلك لرقابة القاضي». تعديل المادة 437 قانون الإجراءات المدنية وإدارية: وذلك باستبدال مصطلح ناقص لأهلية بمصطلح فاقد الأهلية حتى يتوافق مع نص المادة 7 قانون الأسرة.

(2) _ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 400.

فإذن أن كل ما يقوم به القاضي من إشراف وتعيين ومنح الأذن ومراقبة مهام الأولياء والأوصياء والمقدمين سواء عن النفس أو المال هو من صميم ولايته. ونبحث في البعض منها كلما دعت الحاجة لذلك.

المبحث الثاني: سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال

يهدف نظام الولاية على المال إلى حفظ مال الصغار وغيرهم من ناقصي وعديمي الأهلية وصيانتهم من الضياع والهلاك، وذلك بحسن تسييره وإدارته من قبل النائب الشرعي، ومن أجل ذلك منح المشرع الجزائري سلطات وصلاحيات تتسع وتضيق حسب نوع التصرف، ووضع لها مبادئ عامة تحكمها وتنظمها⁽¹⁾، ومسعى هذا المبحث هو التعريف بتلك المبادئ العامة أولاً من خلال المطلب الأول تحت عنوان المبادئ العامة التي تحكم سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال، ثم المضي لبيان حدود تلك السلطات عن طريق المطلب الثاني الموسوم: نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال:

المطلب الأول: المبادئ العامة التي تحكم سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال

إن سلطات النائب الشرعي في تسيير وإدارة أموال القاصر تحكمها مبادئ وقواعد عامة يجب معرفتها وفهمها قبل تحديد حدود تلك السلطات الممنوحة له، وتم تقسيم تلك المبادئ إلى قسمين، يتعلق القسم الأول ببحت المبادئ التي تحكم نطاق سلطات النائب الشرعي ضمن فرع أول، وبينما القسم الثاني خصص لدراسة مبدأ حق الإنتفاع القانوني في فرع ثان كما يلي:

الفرع الأول: المبادئ العامة التي تحكم نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال

في هذا الفرع تم جمع القواعد التي تتعلق بنطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال، وتقسيمها إلى ثلاثة مبادئ رئيسية فيما يلي:

- إن أول مبدأ: يحكم الولاية على المال في التشريع الجزائري هو أن النائب الشرعي مهما كانت صفته ولياً (أب أو أم) أو وصياً، أو مقدماً أو حتى كافلاً لهم نفس السلطات في ولاية مال المولى عليه هذا الأخير كذلك مهما كانت صفته سواء كان قاصراً (مميز وغير مميز) ابناً

(1) _ يرى الأستاذ الغوثي بن ملحمة أن تسيير أموال القاصر قائم على مجالين وهما: حق الانتفاع القانوني، والإدارة القانونية، مرجع سابق، ص 206.

فحق الانتفاع القانوني، جعلناه مبدأً وقدمناه على الإدارة القانونية، حتى يكون القارئ على دراية به قبل الغوص في أحكام الإدارة القانونية لأموال المولى عليهم.

شرعياً أو مكفولاً، بالغاً سفيهاً أو ذي غفلة، مجنوناً أو معتوهاً، غائباً أو مفقوداً، ويتضح ذلك من خلال نصوص قانون الأسرة والمتمثلة أساساً في المادة 100 والتي أخضعت المقدم لنفس أحكام الوصي، ثم المادة 95 التي ساوت بين سلطات الوصي وسلطات الولي في التصرف وأحالت على المواد (88، 89، 90)، وأخيراً نص المادة 121 الذي منح وأقر للكافل بكامل الولاية على مكفوله، كالولد الأصلي.

لكن مع ذلك يرد على هذا المبدأ استثنائيين اثنين في قانون الأسرة وهما:

الاستثناء الأول: يتعلق بسلطة الإيصال والمنصوص عليها بالمادة 92 والتي تثبت للأب فقط دون باقي النواب الشرعيين، ومعه الجد، ولكنه لم يعتبره المشرع الجزائري من النواب الشرعيين ولم يمنحه صفة الولي.

وأما الاستثناء الثاني: فيتمثل في حكمين: **الأول:** هو حكم خاص بالكافل دون غيره من النواب وهو ما أقرته المادة 123 التي أجازت للكافل أن يوصي أو يتبرع لمكفوله بماله لكن حصرت في حدود الثلث فقط، وأما ما زاد عنه فهو باطل إلا إذا أجازته الورثة، وهذا الحكم انفرد به الكافل وخالف ما للأب من سلطات في الشرع لأبنائه، بل خالف مبدأ حرية التبرع التي أخذ بها المشرع بموجب المادة 205⁽¹⁾، فلكل شخص الحرية إذا ما توفرت شروط الهبة بالتبرع وإن بكل أمواله، وبالتالي نتساءل عن مبرر حصر المشرع لهبة الكافل لمكفوله بالثلث وألحق حكمها هذا بحكم الوصية؟⁽²⁾، فبذلك حصر المشرع الأموال التي تدخل في ذمة المكفول من قبل كافلة بالثلث والتي يعود إليه إدارتها وتسييرها.

أما الثاني: بالرغم من أن المشرع ساوى بين إدارة أموال المحجور عليهم وإدارة أموال المفقود إلا أنه يوجد حكم إضافي بالنسبة لمقدم المفقود، وذلك بإضافة سلطات أخرى له تتمثل

(1) _ ونصها: «يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً، أو منفعة، أو ديناً لدى الغير». (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ سعد زغيشي، مرجع سابق، ص 189، 190. لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 340.

في الاستمرار بإدارة التصرفات والعقود التي أبرمها المفقود قبل الحكم بفقده⁽¹⁾.

ولعلّه من تطبيقات هذا الاستثناء أيضا حسب اعتقادنا، أنه يمكن أن توسع صلاحيات مقدم المفقود لتشمل أيضا تعيينه نفسه كمقدم على أموال من كانوا تحت ولاية المفقود قبل فقده كأولاده الذين لا ولي ولا وصي لهم.

-وأما عن المبدأ الثاني: فيتمثل في أن ولاية النائب الشرعي على أموال المولى عليه هي ولاية واسعة النطاق لتشمل جميع أموال المولى عليه دون استثناء، وهو ما يفهم من خلال استقراء نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالنيابة الشرعية، فلا يوجد أي نص يستثني أي جزء من أموال المولى عليه من خضوعها لأحكام الولاية على المال، على عكس المشرع المغربي الذي وبموجب المادة 239 من مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾، أخرج مال المتبرع للمولى عليه من إدارة نائبه الشرعي وإن كان أبا إذا اشترط أن يتولى هو إدارة هذا المال.

-وأخيرا المبدأ الثالث: وهو أهم المبادئ التي تحكم سير وإدارة أموال المولى عليه، وأقره نص المادة 88 بفقرته الأولى بقوله: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر، تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...»⁽³⁾، ومعنى ذلك أن النائب الشرعي في إدارته وتسييره لأموال المولى عليه أن يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص، فالنص لم يقل الرجل العادي كما هو مألوف طبقا للقواعد العامة⁽⁴⁾.

فوضع هذا النص معيارا يحكم تصرفات النائب الشرعي، وهو تصرف الرجل الحريص، أي أن يكون شديد الحرص من الرجل العادي، ليس لشيء إلا سعيا من المشرع لحماية أموال المولى عليهم وتحقيق مصالحهم الفضلى، فافتراض في تلك التصرفات أنها محمولة على الصلاح والسادد مستندا في ذلك للشرع الإسلامي، خاصة وأن المشرع وسّع من نطاق سلطات

(1) _ علال ياسين، مرجع سابق، ص 89. محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 236، 257.

(2) _ ونصها: «للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور، ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول». (القانون رقم 70.03)، مرجع سابق.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 236.

وصلاحيات النائب الشرعي في الولاية على المال مع الأخذ بعين الاعتبار بعض القيود التي وضعها على بعض الصلاحيات وجعل لها حدوداً، وهو ما سيتم التفصيل فيه من خلال مطلب الثاني.

الفرع الثاني: المبدأ العام المتمثل في حق الانتفاع القانوني

والمقصود من هذا المبدأ هو أن: «للأبوين حق الانتفاع في أموال أولادهما من دون محاسبة، وهذا إلى حين يبلغ الأولاد سن الرشد»⁽¹⁾. فيرى الأستاذ الغوثي بن ملحمة أن حق الانتفاع بهذا الشكل تطبق عليه أحكام المواد 844 وما بعدها من القانون المدني، ولكن باستثناء تلك النصوص القانونية، نجدتها بمثابة القواعد العامة المنظمة لحق الانتفاع باعتباره حقاً عينياً متفرع عن حق الملكية، وأنها لم تقرر بشكل خاص حق الأبوين للانتفاع بأموال أبنائهما. كما أكدت تلك النصوص أن هكذا حق ينشأ إما بالتعاقد وبالشفعة وبالوصية وبالتقادم أو بمقتضى القانون⁽²⁾، فأما الأسباب الأخرى لا يمكن تصورها في هذا المقام، وأما عن القانون، وبالرجوع لأحكام قانون الأسرة، فنجد أن المشرع لم يقرر هذا الحق صراحة وبشكل خاص للأبوين.

وقد ذهب الأستاذ الغوثي بن ملحمة في رأيه أعلاه لما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إذ منح بنص خاص بموجب المادة 386-1 من القانون المدني حق الانتفاع للأبوين على مال أبنائهما القصر تحت مسمى *La jouissance légale*، وأحال في ذلك للأحكام والقواعد العامة لحق الانتفاع والمسمى بـ *Usufruit*⁽³⁾ وحق الانتفاع نظمه المشرع الفرنسي وجعل له ضوابط

(1) _ الغوثي بن ملحمة، مرجع سابق، ص 207.

(2) _ ونص المادة 844 جاء كما يلي: «يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون.

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المسكن»، (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

(3) _ *l'usufruit est le droit de jouir d'un bien dont une autre personne dispose de la nue-propriété a condition d'en assurer la conservation.*

Vous pouvez être usufruitier si vous êtes dans l'une des situations suivantes :

1/ entant que parent, vous avez l'usufruit sur les biens de vos enfants mineurs...

Article 386_1 : «la jouissance légale est attachée a l'administration légale : elle appartient soit aux parents en commun, soit a celui d'entre eux qui a la charge de l'administration».

www.servicepublic.fr

لحماية أموال القصر الأقل من 16 سنة ومنحه للأبوين فقط إذا كانا من يديران أموال أبنائهما، وجعله حقا لهما كمقابل لتوليتهما شؤون أبنائهما من تربية ورعاية ونفقة وغيرها، ولهما بموجب هذا الحق ما للمنتفع من حقوق، أي ممارسة كل حقوق الانتفاع مالم تمس بأصل الحق والملكية مثال: قبض الثمار، والفوائد، تأجير العقار وقبض مداخيله الإجارية أو استعماله لفائدتهما كالسكن فيه... (1).

وحق الانتفاع بهذا الشكل عرفته الشريعة الإسلامية وكانت السابقة بأحكامه المستمدة من قوله جل شأنه: ﴿وَابْتُلُوا آلَ نَبِيِّكُمْ حَتَّىٰ 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﴾ (سورة النساء، الآية: 6)، فنزلت هذه الآية في ولي اليتيم، بقدر قيامه عليه، وكما ورد أيضا في (سورة الإسراء، الآية: 34)، في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾، أي لا تقربوه إلا مصلحين له، وإن احتجتم إليه أكلتم منه بالمعروف (2).

وبالتالي، فلا خلاف أن الولي إذا كان غنيا لا يأكل من مال اليتيم، لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ (النساء: 6)، وأما إذا كان فقيرا، فاختلف فيه الصحابة على أن يأكل على سبيل الإباحة، أوليس له أن يأكل إلا قرضا، فالقول الأول وهو قول السيدة عائشة رضي الله عنها- لكن أن يأكل بالمعروف من غير إسراف، والقول الثاني وهو قول سيدنا عمر رضي الله عنه- أنه يأكل قرضا فإذا أيسر قضى (3)، وعلى ذلك فاتفق جمهور الفقهاء أن الوالد لا يأخذ من مال ولده شيئا إلا إذا احتاج إليه (4)، وأما بخصوص الوصي، فاتفقوا أنه إذا فرض له الأب أو القاضي أجره في مال الموصى عليه مقابل القيام بالوصاية، كان له أخذها سواء أكان

(1) www.daloz-avocats.fr تاريخ الاطلاع على الموقع: 20 أوت 2019 على الساعة 23h30

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق، ج1، ص420.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص588.

(4) الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص202. وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة إذ جاء في المغني: أجمع الفقهاء على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد. ابن قدامي، مرجع سابق، ج11، ص373.

غنيا أم فقيرا، كما اتفقوا على أن الوصي الغني إذا لم يفرض له شيء لا يجوز له أخذ شيء لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ (النساء: 6)، إلا أنهم اختلفوا في جواز ذلك للوصي الفقير الذي لم يفرض له أجر، فيرى الحنفية -في الاستحسان- والمالكية والشافعية والحنابلة أن له أخذ أجر من مال مولاه لحاجته⁽¹⁾.

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الحق لا للآباء ولا لغيرهم من النواب الشرعيين، فإنه من الممكن الرجوع لأحكام الشرع الإسلامي إذا ما عرض على القاضي وقائع مماثلة، لكننا نرى في إقرار المشرع في المادة 77 حقا بالنفقة⁽²⁾ للأصول على الفروع تطبيقا من تطبيقات هذا المبدأ بنصها: «تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث»⁽³⁾ وبتحليل هذا النص نجد:

أن المشرع خصص للأصول وهم الآباء والأمهات والأجداد والجندات وإن علوا نفقة على الفروع وهم الأبناء وأبناء الأبناء وإن نزلوا من ذكر أو أنثى، مع مراعاة درجة القرابة في الإرث، فلا يجوز تخطي درجة إلى أخرى دون مبرر، ولا يجوز تجاوز درجة قريبة للقضاء بالنفقة على شخص في درجة أبعد منها، كما لا تجب النفقة على من لا يرث حسب ظاهر النص⁽⁴⁾.

(1) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص207.

وللفقهاء تفصيلات كثيرة في كيفية تقدير ما يؤخذ من مال الصغير، وأخذ الأب من مال ابنه الغائب، وكذلك جواز بيع مال الصغير لأخذ منه النفع للأب...، راجع: الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص132، 140، 147، أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص275، 272، 373.

(2) _ النفقة لغة: اسم من الإنفاق، وهو ما ينفق من الدراهم، والإنفاق: بدل المال ونحوه في وجوه الخير، ونفق الشيء نفقا: نفذ. المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص942.

واصطلاحا: «ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده، وأقاربه، من طعام وكسوة وعلاج وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج». وأما النصوص القانونية ضمن قانون الأسرة لم يتضمن تعريفا للنفقة، إنما ذكر مشتملاتها في المادة 78 وتشمل: الغذاء، والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة، وأن هذا التعداد لمشتملات النفقة جاء على سبيل المثال لا الحصر، وفتح المجال للقاضي لإعمال سلطته التقديرية لكل ما هو ضروري في حياة الشخص حسب ظروفه وحسب قدرة الملتزم بالنفقة. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص340، 346.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ رتيبة عياش، «ضوابط الإنفاق على الأصول فقها وقانونا وقضاء»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن، ص204، 205، 206. www. Asjp. Cerist. Dz

وأن النص لم يحدد سن الفرع الواجب عليه النفقة، فيمكن أن يكون صغيراً وله مال وأن والده معسر ومحتاج، فينتفع إذن من مال ولده بأخذه نفقة تكفيه حسب حاجاته، ونكون هنا بصدد تطبيق مبدأ حق الانتفاع وفضل تسميته في هكذا حالة حق الانتفاع الشرعي المخول للآباء في أموال أبنائهم.

ولتطبيق هذا المبدأ وضع المشرع بموجب المادة 77 معياراً في ذلك وهو: قدرة من تجب عليه النفقة واحتياج من له حق النفقة أي: قدرة الفرع واحتياج الأصل وهو ما اعتمدته المحكمة العليا في أكثر قراراتها⁽¹⁾. والمقصود بقدرة الفرع: أن يكون له مال يستطيع فعلاً الإنفاق منه على الأصل، وأما المقصود باحتياج الأصل: أن يكون معسراً وغير قادر على كفاية نفسه لكونه فقير لا مال له⁽²⁾، وللقاضي السلطة في تقدير مدى قدرة الفرع واحتياج الأصل.

إلا أننا نجد قراراً آخر للمحكمة العليا⁽³⁾، والذي لم تأخذ فيه باحتياج الأصل مبررة ذلك: «بدعوى أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الفروع نفقة الأصول، كما أوجبت ذلك المادة 77 من قانون الأسرة، وهذه قاعدة أمر لا يمكن مخالفتها، ولم ينص على أنه في حالة يسر الآباء يسقط هذا الواجب مما يجعل هذه النفقة لا تسقط حتى ولو كانت الطاعنة تتقاضى منحة مصداقاً لآيات كريمة: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آفٍ وَلَا نَهْرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾⁽⁴⁾ ، ﴿ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ ، «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن [ورد خطأ فالصحيح: كسوتهن] بالمعروف»⁽⁴⁾، وقال ﷺ: «أنت ومالك لأبيك، وبذلك يكون نفقة

(1) _ إذ طبقت في قرارها مبدأ وجوب نفقة الأم على ولدها حسب القدرة والاحتياج، قرار رقم 337343 المؤرخ في 2005/07/13، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث وهو ما أكدت عليه أيضاً بموجب قرارها رقم 274683 الصادر بتاريخ 2002/07/03 عندما لم تقبل أية شروط أخرى لوجوب النفقة للأصول كشرط الإقامة مثلاً. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج3، ص1294، 1248.

(2) _ رتيبة عياش، مرجع سابق، ص207، 208.

(3) _ قرار رقم 254643 الصادر بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية، لسنة 2001، العدد02، ص290.

(4) _ هذه الآيات هي على التوالي: [سورة الإسراء: الآية23] ، [سورة لقمان: الآية 15] ، [سورة البقرة: الآية 233].

الفروع على الأصول واجبة خاصة وأن للطاعن ضدهم ميسورين...».

ونعقب على هذا القرار بأنه جانب الصواب فيما قضى به وفي تعليقه لذلك، ذلك وكما سبق أن أوردناه أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا لاستحقاق النفقة ضرورة كون الأصل في حاجة وعسر⁽¹⁾، إلا أن الاختلاف الفقهي كان حول مدى عجز الأصل عن الكسب من عدمه، حيث ذهب بعض الحنفية والمالكية والشافعية في أحد القولين والحنابلة في قول لهم، إلى أنه إذا كان الأصل معسرا لكنه قادرا على الكسب، وبالتالي يذهب عنه العسر فتسقط عنه النفقة وإن لم يذهب ليكسب، وأما الباقي من الفقهاء، فلم يشترطوا هذا الشرط لأنهم يرون أن إلزام الآباء بالاكنتساب مع غنى الأبناء ترك الإحسان إليهم وإيذاء لهم وهو ما لا يجوز⁽²⁾.

كما أن المادة 77 من قانون الأسرة أخذت بنفس المعيار المعمول به شرعا، كما أوضحناه آنفا، فنصها صريح وواضح، ولأنه ليس من قواعد العدل والإنصاف أن يكون الشخص موسرا ونحكم له بنفقة في ذمة شخص آخر وإن كان موسرا هو الآخر. وأن مصاحبة الأبناء للآباء معروفا هو التزام خلقي لا يكفي لإلزام الأبناء على أساسه بنفقة الأم في القرار السابق.

ذلك أن نفقة الولد والوالد من باب الموساة، فهي لا تجب إذن إلا مع الفقر، فهي ليست كنفقة الزوجة التي تجب مطلقا غنية أو فقيرة فهي من باب المعاوضة⁽³⁾.

ولكن ولعلّه يكون مثل هذا القرار بتبرير آخر صحيحا، فيكون قرارا صائبا وذلك عندما يستعمل القاضي سلطته التقديرية للبحث في ظروف الشخص طالب النفقة وقدرة الملتزم بها. فالأصح هو تبرير هذا القرار حسب رأينا كما يلي: كون منحة الأم لا تكفيها لمعيشتها، كأن كانت مريضة تحتاج إلى دواء باهض الثمن، أو كونها تدفع قيمة إيجار السكن...، هكذا حالات تكون الأم في احتياج لأن منحة 5371دج كما ورد في القرار لا تغطي احتياجاتها حسب العرف والعادة هذا من جهة. ومن جهة أخرى فكون الأبناء ميسوري الحال، فإن الحكم عليهم

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص588. ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج11، ص373 وما بعدها. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص202.

(2) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص831.

(3) _ عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص388.

بالنفقة لأهم هو تطبيق صحيح للقانون.

وفي ختام هذا البحث وجب التنويه أن حق الانتفاع سواء عند المشرع الفرنسي أو بمفهومه الضيق عند المشرع الجزائري خاص بالآباء فقط دون غيرهم من النواب الشرعيين، ويكون على أموال أبنائهم الشرعيين فقط وقد يكون هؤلاء الأبناء إما في حكم الصغير أو غيرهم من المحجور عليهم كالمجنون والمعتوه وذوي الغفلة وحتى السفیه والمفقود فقد أجازت الشريعة الإسلامية الانتفاع من مال المفقود بنفس الشروط السابقة وأهمها الحاجة⁽¹⁾. إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية تعدوا بحق الانتفاع حيث يشمل من غير الآباء الوصي ولكن بشروط أشد وانتفاع أقل.

وعلى ضوء ذلك فإن الكافل بمفهوم المادة 121 قانون الأسرة التي منحت له كامل الولاية كالأب إلا أن حق الانتفاع في أموال مكفوله لا يجوز ولا يصح لأنه حق خاص بالآباء الشرعيين كما أنه ومن شروط منح الكفالة في القانون الجزائري هو أن يكون الكافل موسرا حتى يستطيع تولي أمور المكفول على أحسن وجه وحمايته ماديا ومعنويا وبالمقابل فإن الكافل ملزم بالإتفاق على مكفوله سواء كان لهذا الأخير مال أم لم يكن، لأنه ملزم بموجب عقد الكفالة على سبيل التبرع⁽²⁾. إلا أنه قد يحصل وإن يعسر الكافل بعد الكفالة، لأي سبب كان ومع ذلك لا يجوز له الأخذ من مال مكفوله نفقة أو انتفاع وإلا اعتبر غصبا وجب عليه ضمانه وقضاؤه.

المطلب الثاني: نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال

إن السلطات الممنوحة للنائب الشرعي في التشريع الجزائري، تتسع لتكون مطلقة في مباشرة بعض التصرفات بينما تضيق في مباشرة تصرفات أخرى عندما يضع لها القانون قيودا معينة كالإذن القضائي مثلا، فما هي تلك السلطات المطلقة، وما هي المقيدة منها، وما حكم التصرف إذا باشره النائب الشرعي خارج الحدود القانونية؟ كل هذه الأسئلة يتكفل هذا المطلب بالإجابة عليها من خلال تقسيمه إلى ثلاث فروع كما يلي:

(1) _ وسواء كان القاضي هو الذي ينفق على كل من يستحق النفقة كما كان المفقود حاضرا أو الأبين ينفقان ما في أيديهما من مال ابنيهما المفقود. الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص145، 147.

(2) _ سعاد زغيشي، مرجع سابق، ص186، 187.

الفرع الأول: السلطات المطلقة للنائب الشرعي في الولاية على المال

في حقيقة الأمر أن المشرع لم ينص بصريح العبارة على التصرفات المطلقة للنائب الشرعي، وإنما وضع مبدأ بموجب المادة 88 من قانون الأسرة وجعله الأصل والمتمثل في أن تصرفات الولي في أموال القاصر تكون تصرف الرجل الحريص، فلا مانع من القيام بكل تصرف ما دام محمولا على السداد والمصلحة. ثم رجع واستثنى منها بعض التصرفات وقيدتها بضرورة الحصول على إذن القاضي، فجاء نص الفقرة الثانية من المادة 88 كما يلي: «وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: 1-بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3-استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.

4-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد»⁽¹⁾.

فمفهوم المخالفة أن كل التصرفات الخارجة عن تلك التي تتطلب إذنا قضائيا، هي تصرفات مطلقة ما دامت في إطارها المحدد بمصلحة المولى عليه، ويمكن حصرها في ثلاث مجموعات من الأعمال وهي: أعمال الحفظ والصيانة والتصرفات النافعة، أعمال الإدارة، وأخيرا إجازة النائب الشرعي لتصرفات المولى عليه أو إبطالها، ويتم بحث كل مجموعة من الأعمال في تقسيم مستقل على الترتيب فيما يلي:

أولا: أعمال الحفظ والصيانة والتصرفات النافعة: فهي تلك الأعمال الضرورية للمحافظة

على أموال المولى عليه من التلف أو الانتقاص منها، وتطبيقاتها كثيرة: كتطهير العقارات المرهونة، وقيد الرهون لصالح المولى عليه، إصلاح الأشياء القديمة والمعطلة والطعن في الأحكام والقرارات القضائية⁽²⁾، ومن تطبيقاتها المعروفة أيضا ما جاء في المادتين 718، 719 من القانون المدني المتعلقين بحفظ الولي مال مولاه المملوك على الشيوع من دفع الضرائب اللازمة وسائر تكاليف الشيوع كالتأمين وكذلك استثناء حقوقه من الغير، وبيع المال سريع التلف

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 237.

وكذلك النفقة عليه، وهذه الأعمال المتعلقة بالحفظ والصيانة تعتبر واجبا يقع على عاتق النائب الشرعي⁽¹⁾، فإذا أخل بها كان مسؤولا حسب مقتضيات القواعد العامة للمسؤولية وهو ما قرره المادة 88 قانون الأسرة، وأما عن التصرفات النافعة فيقصد بها أن تنفع المولى عليه نفعا محضا إذ يترتب عليها دخول شيء في ملك المولى عليه من غير مقابل، كقبول الهبة أو الوصية أو الانتفاع بالعارية⁽²⁾.

ثانيا: أعمال الإدارة: وهي إحدى صور الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، والتي تقوم على استغلال الشيء دون المساس بأصله، وتتناسب مع الاستعمال الذي أعد له الشيء ولذلك تسمى بأعمال الإدارة، وقد يؤدي البعض من تلك الأعمال إلى تغيير في الشيء أو تعديل في الغرض المعد له، فتعتبر من أعمال الإدارة غير المعتادة كإقامة بناء على أرض⁽³⁾ فيكون للنائب الشرعي سلطة القيام بأعمال الإدارة سواء المعتادة منها أو غير المعتادة، كما يكون له أيضا القيام ببعض التصرفات المحدودة والتي لا تدخل في نطاق أعمال الإدارة والتصرف التي تتطلب إذن القاضي طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة وهي على سبيل المثال دون الحصر: بيع المنقولات العادية التي ليست لها قيمة مالية كبيرة بالرغم من أن المشرع في المادة 88 لم يبين القصد من المنقولات التي لها قيمة مالية كبيرة ولذلك نفترض أن النائب الشرعي يمكن أن يبيع البضائع والسلع خاصة السلع سريعة التلف والثمار، وله أيضا إيجار العقارات لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وتمثيل المولى عليه أمام القضاء في إجراءات التنفيذ الجبري⁽⁴⁾.

ثالثا: إجازة النائب الشرعي لتصرفات المولى عليه أو إبطالها: ويقصد بالإجازة كل عمل قانوني يتم بإرادة منفردة ويصدر من جانب من قرر القانون له ذلك ويترتب عنها سقوط الحق

(1) _ عيسى أحمد، «الإجتهد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، ص 89. www.asjp.cerist.dz

(2) _ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 14.

(3) _ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 154، 155.

(4) _ عيسى أحمد، مرجع سابق، ص 90، محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 237.

في الإبطال، فيستقر بذلك التصرف ويصبح غير مهدد بالزوال⁽¹⁾، وبمقتضى المادة 83 من قانون الأسرة فقد منحت هذه السلطة للنائب الشرعي في إجازة أو إبطال تصرفات المولى عليه، وله إن يمارسها في نطاق محدد بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر والتي يبرمها إما الصبي المميز، أو السفية أو ذي الغفلة بعد توقيع الحجر عليهما⁽²⁾ ذلك أن تصرفات الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، كلها تصرفات باطلة لا أثر لها، وبالتالي ليس للنائب الشرعي سلطة بالإجازة أو الإبطال، كما أن التصرفات النافعة التي يبرمها الصبي المميز أو السفية أو ذي الغفلة فهي صحيحة، وأما الضارة ضررا محضا فهي باطلة وبالتالي ليس للنائب الشرعي فيها سلطة لا بالإجازة ولا بالإبطال.

وكما أتينا على شرحه سابقا، فإن المادة 83 من قانون الأسرة جاءت بحكم مختلف عما جاءت به المادة 101 من القانون المدني فيما يخص تلك التصرفات. إذ اعتبرت المادة 83 موقوفة إلى غاية إجازتها أو ردها من قبل النائب الشرعي، ولم تعط الحق لناقص الأهلية بعد رشده إذا كان قاصرا، أو بعد رفع الحجر عن السفية وذي الغفلة، بإجازة التصرف من عدمه، على عكس المادة 101 التي جعلت من التصرف نافذا لكنه قابل للإبطال من قبل ناقص الأهلية، فكان لا بد من تعديل النصين حتى تتوافق أحكامهما، وفي انتظار ذلك التعديل، فإنه يمكن الأخذ بالحكمين، إذ يكون للنائب الشرعي سلطة إجازة التصرف أو إبطاله، أما إذا لم يمارس سلطته (سواء بالإجازة أو الإبطال)، فيكون للمولى عليه بعد رشده الحق أيضا بالإجازة أو الإبطال وذلك في مدة خمس سنوات من يوم زوال سبب نقص أهليته طبقا للمادة 101 وهو الأمر الذي لم يحدده المشرع بالنسبة لإجازة النائب الشرعي، فتركها مفتوحة دون أجل، وهذا ما يهدد استقرار المعاملات ويضر بمصالح الناس ويوقفها، فالأولى بالمشرع في تعديله المنتظر أن يحدد إجازة الولي بمدة معقولة.

(1) _ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 249، 252. وحول نفس المعنى راجع: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، -خطرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام-، مرجع سابق، ج 1، ص 515 في الهامش. العربي بلحاج، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 622.

(2) _ وذلك بعدما جزمنا في هذا البحث سابقا، عن ضرورة اعتبار حكم تصرفات السفية وذي الغفلة كحكم الصبي المميز بعد توقيع الحجر عليهما.

ثم إن المشرع، لم يبين الطريقة والكيفية التي تتم بها الإجازة أو البطلان، إلا أنه وطبقا للقواعد العامة يمكن أن تكون الإجازة صريحة، إما شكلية أو عرفية أو حتى شفوية، وبالنسبة لإثباتها يخضع للقواعد الخاصة لإثبات الأعمال القانونية، بينما تستنتج الإجازة الضمنية، من الوقائع التي تدل عليها دلالة قاطعة⁽¹⁾. كأن يسلم النائب الشرعي المبيع للمشتري في البيع الذي قام به مولاه إلا إذا وقع خلاف حول طبيعة التصرف الذي قام به هذا الأخير، أو حول نفعها من ضررها، فيرفع الأمر للقضاء طبقا للمادة 83 كما أكدته المادة 478 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾.

وأخيرا يجدر التذكير أن السلطات المطلقة بهذا الشكل في التشريع الجزائري لا فرق فيها بين كل النواب الشرعيين، بيد أنه في التشريع المغربي جعل للأب وحده دون غيره من النواب الشرعيين سلطات واسعة ومطلقة في إدارة أموال ابنه المولى عليه مهما كان نوع التصرف، ماعدا التصرفات الضارة ضررا محضا⁽³⁾. وأن كل ما يلتزم به الأب في ولايته على مال ابنه هو فتح ملف النيابة الشرعية إذا تجاوز قيمة الأموال 200 ألف درهم، وأن كل ما يقوم به في هذا الملف هو إفادة القاضي المكلف بشؤون القاصرين تقريراً سنوياً عن كيفية إدارته لأموال مولاه، ولا يحتاج إلى إذن القاضي لأي نوع من التصرفات التي يقوم بها⁽⁴⁾. بينما خصّ الوصي والمقدم بأحكام مختلفة في السلطات المالية في المواد من 244 إلى 264 من مدونة الأسرة المغربية، وجعلها مقيدة مقارنة بسلطات الأب وذلك من خلال إلزامها مثلاً بحصر وضبط أموال المولى عليه من قبل القاضي وتعيين مشرف عليهما ومسك كناش التصرف واستصدار إذن القاضي في بعض التصرفات⁽⁵⁾.

(1) _ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 251.

(2) _ ونصها: «ترفع المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر، بعد بلوغه سن التمييز أمام قاضي شؤون الأسرة». (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(3) _ مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 120.

(4) _ انظر المواد: 240، 241، 242، 243 من مدونة الأسرة المغربية.

(5) _ مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 170 وما بعدها، ص 180 وما بعدها.

وموقف القانون المغربي مستوحى من الفقه الإسلامي، الذي فرق بين سلطات النواب الشرعيين، بتوسيع سلطات الأب لأنه الأشفق والأحن على أولاده، فلم يشترطوا إلا شرطا واحدا في المولى فيه وهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه استنادا لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾ وعليه فتصرف الولي مقيد بمصلحة المولى عليه، فلا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة بمال مولاه، وله مباشرة التصرفات النافعة وكذا المترددة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار والشركة والقسمة⁽²⁾.

وقد فرّق الفقه الإسلامي بين ولاية الأب وولاية الوصي كما يلي:

يقول الماوردي: «إن كانت ولاية المال بالأبوة كالأباء والأجداد فعقددهم في أموال أولادهم ماضية، وعلى القضاة إنقاذها من غير تكليفهم ببينة لحصول الحظ فيما عقوده لهم وعليهم، إلا أن تقوم بينه على أن ما عقوده في مجال أبنائهم من بيع أو شراء لم يكن حضا فيبطله إن.

وأما الأوصياء وأمناء الحكم فتنقسم تصرفاتهم إلى ثلاثة أقسام قسم: تقبل فيه أقوالهم من غير بينة بأن فيه حضا لهم وهو التجارة لهم بالبيع والشراء. والقسم الثاني: ما لا يقبل فيه أقوالهم إلا بينة وهو ما باعوه على الأيتام من أرض أو عقار، لأن الأصل في بيع ذلك على الأيتام المنع إلا عند تحقق المبيع. والقسم الثالث: ما اختلف فيه وهو ما ابتاعوه للأيتام من عقار فبنوه وهذا القسم فيه رأيين رأي بالقبول دون بينة ورأي بالقبول ببينة»⁽³⁾.

فمن خلال أقوال الفقهاء يتبين أن للوصي سواء كان وصيا مختارا أو وصي القاضي يقوم مقام الولي في حفظ وإدارة أموال المولى عليهم، إلا أن سلطاته أقل من سلطات الولي وتتمثل

(1) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6 ص585. أخرج الحديث عند: أبي عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة القزوي، السنن، الطبعة الأولى، دار التأصيل مركز البحوث وتقنية المعلومات، 2014، الجزء الثاني، ص467، حديث رقم 2344، أبواب دعاوى، من بنى في حقه ما يضر بجاره.

(2) _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص752.

(3) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج5، ص367. راجع حول هذا المعنى أيضا: الأسروشي، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص290، 291، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص166، 167 وما بعدها. فمن خلال استقراء ما جاء في الفقه الإسلامي اتضح أن الخلافات بينهم حول سلطات الوصي والأب تنفرع في جزئيات متفرقة، وخاصة في مسألة الإشهاد حول ما يقوم به الوصي.

أساسا في وجوب الإشهاد على بعض التصرفات وذكر المبرر المبيح، وذلك لأن الأب يفترض فيه شفقته على ابنه، بينما الأوصياء فتلحقهم التهمة.

الفرع الثاني: السلطات المقيدة للنائب الشرعي في الولاية على المال

لم يترك المشرع سلطات النائب الشرعي مطلقة في جميع التصرفات بل جعل لها قيودا، فتكون إما قيودا منقصة لسلطاته ويتم بحثها أولا، وإما قيودا مانعة لسلطاته فتدرس ثانيا.

أولا: القيود المنقصة لسلطات النائب الشرعي في الولاية على المال: وتتمثل أساسا في الإذن القضائي، أي ضرورة حصول النائب الشرعي على إذن القاضي لمباشرة التصرفات المحددة في المادة 88 والتي عدتها على سبيل الحصر⁽¹⁾.

وهذا الإذن يمنحه قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة⁽²⁾، وذلك مع مراعاة مصلحة المولى عليه في ذلك التصرف، ثم ضرورة إجراء التصرف، وإذا كان بيعا يتم بالمزاد العلني، وهو ما تقتضيه المادة 89 من قانون الأسرة⁽³⁾. ويمكن أن يكون هذا الأمر محل تعديل أو تراجع بعد منحه من قبل القاضي، وأما في حالة رفضه فيكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي، وكل ذلك طبقا لمقتضيات المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتيم التفصيل في التصرفات التي تستوجب الإذن المحددة في المادة 88 فيما يلي:

1- بيع العقار وقسمته، ورهنه وإجراء المصالحة: نظرا لأهمية العقار، أوجب المشرع على النائب الشرعي استئذان القاضي قبل التصرف في هذا العقار بالبيع والقسمة والرهن وإجراء المصالحة ذلك لخطورتها على الذمة المالية للقاصر على النحو التالي:

أ- بيع العقار: بعد الحصول على الإذن القضائي حسب الإجراءات المحددة قانونا، والذي لا

(1) هشام عليواش، «اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ص 54. www.asjp.cerist.dz

(2) وهو ما قرره المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) انظر المادة 89 من قانون الأسرة. وراجع أيضا: عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 231، 232.

يمنح إلا بعد تأكد القاضي من توفر ضرورة التصرف وأنه يحقق بدرجة أولى مصلحة المولى عليه⁽¹⁾ فتنبع إجراءات البيع بالمزاد العلني التي فرضتها المادة 89، تحقيقا لحماية أموال المولى عليه من خلال ضمان أكبر ثمن ممكن. وحددت المواد من 783 إلى 785 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات الواجبة الاتباع لبيع عقار المفقود وناقص الأهلية والمفلس عن طريق المزاد العلني، ومجموع الوثائق والبيانات اللازمة لذلك والتي نلخصها فيما يلي:

يطلب النائب الشرعي من المحضر القضائي إعداد قائمة بشروط البيع، ثم يودعها أمانة ضبط المحكمة المختصة متضمنة البيانات والسندات المحددة بالنصوص القانونية، ثم يقوم المحضر القضائي بتبليغها إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية والنيابة العامة، ولهم حق الاعتراض عليها طبقا لمقتضيات القانون.

ويجرى البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة الشروط في التاريخ والساعة المحددين بعدما تم نشر أو تعليق الإعلان بالبيع، ويتم البيع برسو المزاد على من تقدم بأعلى عرض مع مراعاة باقي الشروط والإجراءات القانونية⁽²⁾.

ب-قسمة العقار: إن قسمة العقار تستوجب أيضا استصدار إذن القاضي حسب النص القانوني. كما يقوم القاضي بالإضافة لمنحه الإذن بقسمة العقار، المصادقة على مشروع القسمة الاتفاقي، وفي حال عدم الاتفاق، فينتقرر اللجوء إلى القسمة القضائية عن طريق رفع دعوى من قبل النائب الشرعي، أما إذا كانت القسمة تتعلق بشركة، فقد أوجب المشرع أن تتم أمام القضاء طبقا للمادة 181 من قانون الأسرة⁽³⁾.

ج-رهن العقار: اشترط المشرع في رهن عقار المولى عليه إذنا قضائيا نظرا لآثاره الخطرة التي قد تؤدي إلى نزع ملكيته في حالة عدم تسديد الدين، والرهن المقصود هنا هو ذلك الذي يتم من أجل ضمان دين في ذمة المولى عليه. لأن الرهن الذي يكون لصالح النائب الشرعي

(1) _ راجع الملحق رقم 03.

(2) _ انظر المواد: 753، وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) _ هشام عليواش، مرجع سابق، ص 56، 57.

فهو باطل إلا إذا كان المال المرهون قد تبرع به الأب للمولى عليه فيجوز له ذلك⁽¹⁾، كما يجوز أيضا للنائب الشرعي أن يرتهن لصالح المولى عليه لأنه يعتبر عملا نافعا له.

وهذا الإجراء قصّره المشرع على رهن العقارات فقط ولم يشمل المنقولات ولو كانت ذات أهمية خاصة، حيث اشترط المشرع الإذن القضائي في بيعها فقط طبقا للمادة 88 دون رهنها بالرغم من أن في رهنها أيضا تهديدا لأموال المولى عليه.

د-المصالحة: عرّفت المادة 459 من القانون المدني الصلح بأنه «عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه»⁽²⁾، كما يترتب عنه إنهاء النزاعات التي يتناولها، وإسقاط الحقوق والادعاءات المتنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية حسب المادة 462 من نفس القانون، ولذلك فقد يؤدي هذا الصلح إلى الإضرار بالمصالح المالية للمولى عليه، لذا أوجب المشرع استصدار الإذن القضائي بشأنه.

وعلى اعتبار أن التحكيم أيضا عبارة عن صلح وبالتالي يؤدي إلى نفس الآثار كونه طريقا استثنائيا لفض النزاعات خارج طريق التقاضي العادي، الذي يمثل ضمانا للحقوق، خاصة القصر وغيرهم من عديمي الأهلية، فكان أولى بالمشرع التنصيص عليه مع المصالحة وإخضاعه لإذن القاضي، كما فعل المشرع المصري⁽³⁾. وكذلك نظيره المغربي بموجب المادة 271 من مدونة الأسرة المغربية بالنسبة للوصي والمقدم⁽⁴⁾.

2-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة: يشترط أيضا استئذان القاضي في بيع منقولات المولى عليه، لكن الأمر لا يتعلق بكل المنقولات إنما تلك ذات الأهمية الخاصة، غير أن المشرع لم يوضح المقصود من هذه العبارة. هل يقصد منها المنقولات ذات القيمة المادية الكبيرة

(1) _ هشام عليواش، مرجع سابق، ص 57، 58.

(2) _ (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

(3) _ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 96.

(4) _ وهو ما أقرته الفقرة الثالثة من المادة 271 بقولها: «3-تتنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما»، (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

أو المنقولات التي يتطلب بيعها إجراءات خاصة كالسفن، أو المنقولات المعنوية كالمحل التجاري، أو حقوق الملكية الأدبية...؟⁽¹⁾.

فأمام هذا الغموض يمكن للنائب الشرعي أن يستصدر إذن القاضي في بيع أي منقول تخوفا من تعدي حدود سلطاته، إلا أنه يكون عليه أمرا عسيرا، كما يؤدي إلى تكديس الطلبات أمام القضاء، فحبذا لو أن المشرع الوطني سنّ نصا حدد فيه قيمة معينة كحد لحساب القيمة ذات الأهمية الخاصة، كما فعل نظيره المشرع المغربي، إذ ألزم كلا من الوصي والمقدم باستصدار الإذن القضائي في بيع أموال المولى عليه التي تتجاوز قيمتها عشرة آلاف 10.000 درهم سواء كان منقولا أو عقارا، طبقا للمادة 271 من مدونة الأسرة المغربية⁽²⁾.

3- استثمار الأموال بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة: في هذه الحالة اشترط المشرع إذن القاضي، من أجل استثمار أموال المولى عليه، والاستثمار هو توظيف المال قصد الحصول على ربح أيا كانت صورة التوظيف⁽³⁾، إلا أن المشرع حصر وجوب الإذن في صورتين من الاستثمار، الأولى في صورة الإقراض أو الاقتراض، والثانية في صورة المساهمة في شركة.

غير أن الأولى عدم تحديد صور الاستثمار كما فعل المشرع الوطني، بل المستحسن ما سار عليه المشرع المغربي بعدم تحديده لأية صورة من صور الاستثمار ليشملها كلها الإذن القضائي بموجب المادة 271 من مدونة الأسرة بقولها: «...أو استثماره في تجارة أو مضاربة...»⁽⁴⁾، ذلك أن الاستثمار بكافة صورته عرضة لتحقيق الربح وكذلك عرضة لتحقيق الخسارة⁽⁵⁾، إلا أن بعض الباحثين⁽⁶⁾ فسروا سلوك المشرع الوطني أنه يهدف إلى حماية أموال المولى عليه من الإقراض أو الاقتراض، وإن كان من أجل الاستثمار، لأن الاقتراض وحده يرتب

(1) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 260، هشام عليواش، مرجع سابق، ص 60.

(2) _ بفقرتها الأولى والتي تقضي: «1-بيع عقار أو منقول للمحجور عليه تتجاوز قيمته 10.000 درهم...»، (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(3) _ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 97.

(4) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(5) _ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 97.

(6) _ صورية غربي، مرجع سابق، ص 207 وما بعدها. محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 240 وما بعدها.

مسؤوليات على كل من المقرض أو المقرض فيخشي على الذمة المالية للمقرض، فقد ينكل ويعجز المقرض عن رد المال، كما يخشى على المقرض بإثقال ذمته المالية بديون تؤدي إلى الحجر على ممتلكاته⁽¹⁾. وأما الاستثمار بالمساهمة في شركة فإن المشرع لم يميز بين أنواع الشركات بل كل مساهمة في أي شركة يشترط فيها الإذن القضائي لذلك، وحسنا ما فعل المشرع، لأن القاضي سيراعي مصلحة المولى عليه وله واسع النظر ما إذا كان الاستثمار في الشركة يحتمل الربح والفائدة فيأذن فيه، وأما إن كان فيه خطر فلا يأذن فيه ويمنع ذلك، فمثلا في شركة التضامن وهي شركة أشخاص لا يستطيع المولى عليه الانضمام إليها لأنها تكسب الأعضاء صفة التاجر، ولا يمكن ذلك لمن لا أهلية له باكتساب صفة التاجر كالقاصر الذي لم يبلغ 18 سنة والمجنون والمعتوه، كما أن مسؤولية الشركاء في شركة التضامن صارمة ولا تحقق مصلحة المولى عليه طبقا للمادة 551 من القانون التجاري، وأن المادة 562 من نفس القانون قضت بأنه تنقضي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي، وإلا إذا كان للمورث ورثة قصر ومحجور عليهم واستمرت الشركة فإنهم يكونون غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم. أما باقي شركات الأموال أو المختلطة، فلا إشكال أن يكون المولى عليه أحد الشركاء ما دام لا يسأل إلا في حدود المال المساهم به، على أنه في الشركات المختلطة مثل الشركة ذات المسؤولية المحدودة، فإذا كان المقدم فيها عبارة عن حصة عينية فإن المادة 568 في فقرتها الثانية من القانون التجاري تعتبر صاحبها مسؤولا بالتضامن اتجاه الغير وهذا كما تقدم فيه ضرر بالمولى عليه، فلا يسمح به القاضي.

إلا أننا نصرّ على استحباب عدم تحديد صور الاستثمار بهذا الشكل فصوره متعددة قد لا يشملها النص القانوني، خاصة مع انفتاح الوطن والعالم بأسره على مصراعيه في مجال المعاملات التجارية والاقتصادية والتي أصبحت تتجلى في صور وأشكال مختلفة ومتطورة.

(1) _ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 97. محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 240.

4- إيجار العقار مدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد أكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد: معلوم أن الإيجار من أعمال الإدارة، فللنائب الشرعي القيام به بحرية، إلا أن المشرع قيده بإذن القاضي إذا زادت مدته على ثلاث سنوات أو امتدت لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد، ذلك أن أعمال الإدارة إذا ما طالت مدتها قد تضر به. فقد تكون فيها محاباة لصالح النائب الشرعي، أو قد تغل وتكبل يد القاصر بعد بلوغه نتيجة هذا الإيجار الذي يمتد لأكثر من سنة بعد رشده وكان من المفروض أن يتصرف في أمواله كما يشاء⁽¹⁾.

ثانيا: القيود المانعة لسلطات النائب الشرعي في الولاية على المال: في حقيقة الأمر أن المشرع لم يسن نسا خاصا وصريحا على تلك القيود التي تمنع النائب الشرعي من التصرف في أموال مولاه. غير أنه يمكن استنتاجها باستقراء القواعد والمبادئ العامة والشرعية ويمكن تلخيصها في قيتين اثنتين كما يلي:

1- القيد الأول: وهو مستنتج مما تقدم بحثه في السلطات المطلقة للنائب الشرعي، فثبت شرعا وقانونا أنه غير مقيد في تصرفاته مادامت محمولة على الصلاح والسداد، ولذلك فإذا كانت تتعارض مع المقصد الشرعي للولاية على المال فتكون إذن ممنوعة على النائب الشرعي القيام بها، كالتصرفات الضارة ضررا محضا منها التبرع، أو البيع أو الشراء بغبن فاحش، أو التنازل عن حق المولى عليه في مال معين، أو التصديق...، وكل هذه التصرفات ممنوعة لا فرق فيها بين كل النواب الشرعيين نظرا لإساءتها لأموال المولى عليه⁽²⁾.

ب- القيد الثاني: وهو مستمد من القواعد العامة ما دام لم يرد نص خاص بشأنه، والمتمثل في نص المادة 77 من القانون المدني والتي تقرر ما يلي: «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة»، وكذلك المادة 410 والتي تقضي بأنه: «لا يجوز لمن

(1) _ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 98. هشام عليواش، مرجع سابق، ص 61.

(2) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 393. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 752.

ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ول بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى»⁽¹⁾.

فهذين النصين يطرحان نظرية تعاقد النائب مع نفسه ويمكن تصورهما هنا في مجال النيابة الشرعية سواء أكان النائب الشرعي وليا أو وصيا أو مقدما أو كافلا.

وهذا غير جائز لأن النائب هنا يكون بائعا ومشتريا في نفس الوقت وبعبارة أعم يكون ممثلا لطرفين ذوي مصلحتين متناقضتين مبدئيا⁽²⁾ ويمكن للقاضي أن يرى تعارض المصالح بين المحجور عليه من جهة وبين مصالح نائبه الشرعي شخصا، أو مصالح محجور عليه آخر تحت ولاية النائب الشرعي نفسه، أو حتى مصالح زوج النائب الشرعي أو أصوله من جهة أخرى⁽³⁾، أي كل من له مصلحة مع النائب الشرعي حسب سلطة تقدير القاضي وهو ما يفهم في نص المادة 77 بقولها: «لحسابه هو أم لحساب شخص آخر» خاصة وأن المشرع وإن كان قد أقر بإمكانية وجود تعارض بين مصالح النائب الشرعي ومصالح مولاه لكنه لم يوضح مفهوم التعارض ولم يبين حالاته وهو ما يسمح إذن بإحكام القاضي لسلطته في تقدير حالات التعارض حسب ظروف ومقتضيات كل قضية⁽⁴⁾.

وبناء عليه فتعاقد النائب مع نفسه غير جائز وليس له سلطات في ذلك، لأنه يخشى على المولى عليه من تغليب مصالح النائب الشرعي في هذا التصرف.

والأمر كذلك يعتبر هذا القيد أحد صور تعارض المصالح بين النائب الشرعي والقاصر المنصوص عليه في المادة 90 من قانون الأسرة والتي تقضي: «إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة»⁽⁵⁾.

(1) _ (الأمر رقم 75-85)، مرجع سابق.

(2) _ مليكة الغنام، مرجع سابق، ص 123.

(3) _ وهو ما قضي به المشرع المغربي بالمادة 269 من مدونة الأسرة المغربية.

(4) _ سناء نجوم قندوز، مرجع سابق، ص 158.

(5) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

ونجد له تطبيقات قضائية إذ قضت المحكمة العليا: أن ولاية الأم منحها لها القانون بعد الأب، ولا تنتقل لغيرها إلا إذا ثبت تعارض مصلحتها مع مصلحة أولادها القصر، ولما لم يثبت هذا التعارض، فإن القضاء بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص يعتبر مخالفا للقانون⁽¹⁾.

والملاحظ أن نص المادة 90 لم يبين من هو المتصرف الخاص، وما هو دوره بالتحديد ولا كيفية تعيينه، فقط أشار إلى أنه قد يعين تلقائيا أي يعينه القاضي وإن لم يطلب ذلك أحد، وهذا يتحقق إذا رفع النائب الشرعي الأمر للقضاء لاستصدار إذن بشأن التصرف أو يكون بناء على طلب كل من له مصلحة كأحد الأقارب أو من النيابة العامة⁽²⁾. ومهما كان الأمر فإن للقاضي اختيار هذا المتصرف وله أيضا أن يحدد مهامه بالتوسيع فيها أو تضيقها، ولا يجوز للمتصرف في كلتا الحالتين تجاوزها. كما يمكن للقاضي أن يعينه كما في هذه الصورة من التعارض لتقتصر مهمته على تحديد مدى صلاح التصرف بالنسبة للمولى عليه وكذا الإشراف على إبرامه⁽³⁾. في الأخير أمكن القول أن أي صورة تتعارض فيها مصالح النائب الشرعي مع مصالح مولاه فيمنع عليه التصرف بها.

ونجد المشرع المغربي نص على هذه الصورة في المادة 269 بقولها: «إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به وتعين ممثلا للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه»⁽⁴⁾، فإن المشرع المغربي يسير نحو إجازة مثل هذه التصرفات، سوى أنه أخضعها لإذن المحكمة، فإذا أذنت به، عيّنت ممثلا عن المحجور عليه لإبرام التصرف مع النائب الشرعي، وحتى يكون المراقب لمصالح المحجور عليه. وربما تأثر المشرع المغربي في ميله لجواز تعاقد النائب الشرعي مع نفسه بالفقه المالكي الذي أجاز للأب

(1) _ قرار رقم 187692 صادر بتاريخ 23 ديسمبر 1997، غرفة الأحوال الشخصية، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري

في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص874.

(2) _ لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص308.

(3) _ سناء نجوم قندوز، مرجع سابق، ص159.

(4) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

أن يبيع ماله لولده الصغير ويشترى منه بشرط أن يكون ذلك في مصلحة الصغير، أما إذا كان لمصلحة الأب فإن البيع يفسخ ويرد المبيع⁽¹⁾ بينما أجاز ذلك الحنفية للأب والجد بشرط ألا يتضرر به الصغير، أي إذا باع أو اشترى بمثل القيمة يجوز، أما الوصي فليس له ذلك إلا إذا كان خيرا لليتيم⁽²⁾. كما أجاز الشافعية ذلك أيضا للولي بشرطين: أن تدعوا إليه الحاجة، وأن تكون فيه مصلحة ظاهرة للمحجور عليه، بينما الحنابلة لم يجيزوا ذلك إلا للأب⁽³⁾. فنخلص أن الفقه الإسلامي أجاز هذا النوع من التصرف مع الحذر والاحتياط، لذلك وضعوا له بعض الشروط للاطمئنان ولضمان مصلحة المولى عليه.

الفرع الثالث: حكم تصرفات النائب الشرعي خارج نطاق سلطاته

لم يسن المشرع نصا خاصا وصريحا في حكم التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي خارج حدود سلطاته، مما يوجب البحث في أحكام الشريعة الإسلامية وضمن القواعد العامة التي تحكم النيابة، وكذلك بين اتجاهات الباحثين والدارسين وأحكام القضاء.

ونظرا لكون حكم تلك التصرفات يختلف حسب نوع التصرف، تم تقسيم هذا الفرع إلى قسمين اثنين، يخصص القسم الأول للبحث التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا، بينما يخصص القسم الثاني لدراسة التصرفات الموقوفة كما يلي:

أولا: التصرفات الباطلة: وتتمثل أساسا في التصرفات التي جزم فيها أنها ضارة بأموال المولى عليه، والتي ثبت شرعا أنها تكون باطلة بطلانا مطلقا في حالة إذا ما قام بها النائب الشرعي استنادا لحديث النبي عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»⁽⁴⁾.

(1) _ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص285، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج45، ص165.

(2) _ الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج1، ص270، 271، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص587، 588.

(3) _ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص286، 287.

(4) _ حديث سبق تخريجه.

واستنادا للمنطق القانوني نجد أن المادة 83 من قانون الأسرة جعلت من تصرفات الصبي المميز ومن في حكمه الضارة به باطلة بطلانا مطلقا، ولم تمنح الحق في إجارتها من عدمه للنائب الشرعي، على عكس التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيملك النائب الشرعي إجارتها من عدمه، وعليه فإذا كان النائب الشرعي لا يملك إجارة تلك التصرفات الضارة، فالأولى أيضا لا يملك القيام بها، وبما أن المشرع اعتبرها باطلة، فهي كذلك إذا قام بها هذا الأخير.

ثانيا: التصرفات الموقوفة: وتتمثل في التصرفات المقيّدة بإذن القاضي وقام بها النائب الشرعي دون استصدار الإذن، أو إذا تعاقد النائب الشرعي مع نفسه، ويتم التفصيل في حكمها فيما يلي:

1-التصرفات المقيّدة بإذن القاضي، وقام بها النائب الشرعي دون استصدار الإذن: في هذه الحالة حتى وإن كان النائب الشرعي قد تصرف خارج حدود سلطاته إلا أنه قد يحتمل تصرفه تحقيق مصلحة المولى عليه⁽¹⁾ كأن أقرض مال المولى عليه، أو أجر عقاره لمدة تزيد عن ثلاث سنوات دون استئذان القاضي.

ولذلك فإذا كان تصرفه هذا يحقق مصلحة مولاه فلا مانع من إقرارها، ممن له الحق في الإقرار قانونا كالمحكمة أو القاصر بعد بلوغه، أو السفية بعد زوال أسباب الحجر...، لكن حتى يمكن إقرارها، يجب عدم اعتبارها باطلة بطلانا مطلقا فيستحيل تصحيحها، بل ولا يستقيم القول أيضا بقبليتها للإبطال رغم إمكانية تصحيحها بالإجازة، ولذلك فالتكييف القانوني الأصح هو اعتبارها موقوفة على إقرار من له الحق في ذلك، وهو ما يستشف من استقراء القواعد العامة المتعلقة بالنيابة القانونية في المادة 74 من القانون المدني والتي تقضي بأنه: «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل»⁽²⁾ وبمفهوم المخالفة أن ما يجاوز حدود النيابة لا ينتج آثاره في ذمة الأصيل وهو المحجور عليه، أي لا يكون نافذا في حقه، كما أن آثاره لا تمتد إلى ذمة النائب الشرعي لأنه لم

(1) _ صورية غربي، مرجع سابق، ص217.

(2) _ (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

تتجه إرادة طرفي التصرف لذلك⁽¹⁾. لأن التصرف الموقوف يكون صحيحا إلا أنه لا يترتب أي أثر إلا إذا لحقته الإجازة بينما التصرف القابل للإبطال فهو منتج لكل آثاره طالما لم يتعزز بطلانه، فإذا لحقته الإجازة استقر التصرف نهائيا وذلك بالنزول عن الحق في إبطاله صراحة أو ضمنا⁽²⁾.

فاعتبار التصرف موقوفا لا يترتب آثاره، يحقق حسب رأينا مصلحة المولى عليه بعدم إهدار أمواله، كما لا يضر بالغير حسن النية الذي أبرم التصرف مع النائب الشرعي. ومن الأمثلة على تلك التصرفات، إيجار عقار المولى عليه لمدة تزيد عن ثلاث سنوات دون استئذان القاضي في ذلك، فنجد أن المادة 486 من القانون المدني تقضي بأنه: «لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات»⁽³⁾. فإن هذا النص حكم بعدم جواز مثل هذا التصرف من قبل من لا يملك إلا القيام بأعمال الإدارة والنائب الشرعي لا يملك التصرف في العقار إنما يملك إدارته بالإيجار شرط ألا تزيد مدته عن ثلاث سنوات وهو نفس حكم المادة 88 من قانون الأسرة، غير أن المادة 468 لم تجعله باطلا بطلانا مطلقا، إنما قضت برد المدة إلى حدها المسموح به، أي أن النص أعطى إمكانية تصحيح هذه التصرفات فلو كانت باطلة لما أمكن تصحيحها.

وما يدعم هذا الطرح، ما انتهجه المشرع الجزائري في نظام الشهر العقاري، والذي يعتبر الوسيلة القانونية لإعلان التصرفات التي ترد على العقارات وبدونها لا يتم ولا يكتمل التصرف، وذلك أمام مصالح المحافظة العقارية⁽⁴⁾، فيقوم المحافظ بإجراء تحقيق يتأكد فيه من صحة

(1) _ صورية غربي، مرجع سابق، ص 217 وما بعدها.

(2) _ محمد سعيد جعفر، مرجع سابق، ص 27.

(3) _ (الأمر رقم 75-58)، مرجع سابق.

(4) _ وتعرف المحافظة العقارية: «هيئة عمومية تابعة لميراثه أملاك الدولة تحت وصاية وزارة المالية يسيرها محافظ عقاري يسهر على مراقبة مدى توافر قاعدتي الرسمية والشهر المسبق في المحررات المقدمة إليه من أجل إخضاعها لعملية الشهر العقاري، ومنح ترقيم نهائي لها». كوثر زهدور، «الحماية القانونية للملكية العقارية للفاصر على ضوء التشريع الجزائري»، مجلة القانون المغربي، العدد 20، أكادال، الرباط، يناير 2013، ص 231، 233، 234.

الوثائق المقدمة إليه، ومن بينها الإذن القضائي للتصرف في أموال المحجور عليه، فإن لم يقدمه النائب الشرعي، يرفض المحافظ إجراء الشهر العقاري ويقوم بتبليغ الأطراف المعنية في خلال 15 يوما بالعيب الموجود حتى يتسنى التصحيح واستكمال النقص، ويؤشر على البطاقة العقارية بعبارة: «إجراء قيد الانتظار»، ويمنح النائب الشرعي أجل 15 يوما من تاريخ تبليغه لإمكانية تصحيح التصرف من خلال إحضاره للإذن القضائي، فإذا لم يوفق في ذلك فيرفض المحافظ العقاري الشهر، ويكتب عبارة «الرفض» في المكان المخصص للملاحظات في تسجيل الإيداع، ويعتبر الإذن هنا بمثابة الشرط الواقف الذي يقوم عليه العقد المنصب على العقارات⁽¹⁾.

بيد أن القضاء يتجه اتجاها آخر، ذلك أن المحكمة العليا أقرت ببطلان التصرفات التي لم يستصدر النائب الشرعي بشأنها إذن القاضي، في قرارها الذي جاء فيه: «من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي... أن الطاعنة قامت بقسمة العقار بدون أن تأخذ إذنا من المحكمة ولذلك فإن الإجراءات التي قامت بها كلها باطلة... وعليه يجب أن تستأنف الإجراءات من جديد بعد أن تحصل الأم على الإذن الواجب من المحكمة حسب المادتين 88 ق.أ....»⁽²⁾.

وهو ما أكده أيضا قرارها الذي قضى بأن: «أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القصر وبالتالي كل عقد إيجار متعلق بأموال القاصر لا بد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على البطلان أضرار فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون»⁽³⁾.

(1) _ كوثر زهدور، مرجع سابق، ص234.

(2) _ قرار رقم: 51282، الصادر بتاريخ 1988/12/19 عن غرفة الأحوال الشخصية للمجلس الأعلى، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، مرجع سابق، ص472.

(3) _ ملف رقم 72353. غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية 1993، عدد3، ص115. المتاحة على الموقع <https://low-dz.Net> وتم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/08/22 الساعة 2h30.

ويمكن تفسير أحكام القضاء بهذا الشكل، هو إعمال السلطة التقديرية للقاضي، خاصة مع انعدام النص القانوني المحدد لحكم هذه التصرفات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاضي يبحث في تصرف النائب الشرعي عن مصلحة المولى عليه، فإذا وجد فيه مصلحة فله أن يقره، وإن لم يجد حكم ببطلان التصرف ذلك لأن تحليلنا السابق مبني على فرض: كون التصرف خارج عن نطاق سلطات النائب الشرعي في مصلحة مولاه على أنه دائماً يبقى فرض أن يكون هذا التصرف لا يحقق مصلحته وبالتالي يكون مضراً به فيقع باطلاً.

2-تعاقد النائب الشرعي مع نفسه على مال مولاه: وهذه الحالة أيضاً تنطبق عليها نفس أحكام الحالة السابقة، إذ حتى وإن تصرف النائب الشرعي خارج حدود نيابته، بأن تعاقد مع نفسه على مال مولاه قد يفترض فيه المصلحة والسداد لمولاه، وبالتالي يمكن اعتبار التصرف موقوف على إجازة وإقرار من له الحق في الإجازة.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن ما جاءت به المادة 77 من القانون المدني ضمن القواعد العامة المتعلقة بالنيابة القانونية يوحي أن مثل هذا التصرف لا يكون باطلاً. وذلك من حيث أنّ هذا النص قضى بعدم جواز تعاقد النائب مع نفسه، وأنه لا يقبل مثل هذا التصرف إلا أنه لم يبين ما مصيره إذا تم كذلك، ثم رجع وأعطى للأصيل إجازته، وعليه إذا تجاوز النائب الشرعي حدود نيابته وتعاقد مع نفسه فإن تصرفه هذا حسب مفهوم النص يبقى موقوف إلى غاية إجازته من الأصيل الذي أعطاه هذا الحق⁽¹⁾ وهو ما أكدته كذلك المادة 410 من القانون المدني إذ لم تجز بيع النائب لنفسه ثم استثنت من عدم الجواز إذن السلطة القضائية به. ويمكن للقاضي إذا رأى فيه مصلحة المولى عليه أن يأذن بمثل هذا التصرف وهو ما سار عليه المشرع المغربي وكذا الفقه الإسلامي في عدم اعتبار مثل هذه التصرفات باطلة، إنما جعلوها قابلة للإجازة سواء من القاضي إذا رأى فيها مصلحة، أو بإبطالها أو فسخها إذا لم تحقق شروطها وبالتالي مصالح المولى عليه.

(1) _ صورية غربي، مرجع سابق ص 217.

الفصل الثاني:

الرقابة القضائية على النيابة

الشرعية وطرق انقضائها

يفترض في النائب الشرعي الأمانة في رعايته لمصالح مولاه، إلا أن الأمانة قد تغيب عند بعض هؤلاء الأولياء، فيعمدون إلى الإساءة إلى مولاهم أو التطاول على ماله فيكون مصيره الضياع، ولذلك أوكل المشرع الجزائري إلى القضاء مهمة السهر على حسن سير النيابة الشرعية من خلال فرض الرقابة على النائب الشرعي لمنعه من التجاوز والتعدي، وإذا ثبت فعله أقام القضاء مسؤوليته.

وقد يكون من نتائج الرقابة القضائية على النيابة الشرعية انقضائها حينما يتبين للقضاء أن النائب الشرعي أخل بالتزاماته أو أهمل واجباته النيابة أو تخلف فيه شرط من شروط ممارسة النيابة، فيقوم بعزله أو إسقاط النيابة عنه، أو حينما يرى أن المولى عليه بلغ سن الرشد فيسمح له بتولي أمره، وتنتهي بذلك مفاعيل النيابة سواء جزئياً أو كلياً.

وبالإضافة إلى ما سبق فهناك أسباب أخرى تؤدي إلى انقضاء النيابة الشرعية، سواء تعلقت بالنائب أو بالمولى عليه، وهو ما يعني هذا الفصل بتوضيحه من خلال مبحثيه:

المبحث الأول: الرقابة القضائية على النيابة الشرعية.

المبحث الثاني: طرق انقضاء النيابة الشرعية.

المبحث الأول: الرقابة القضائية على النيابة الشرعية

إذا خول القانون والشرع للنائب الشرعي صلاحيات وسلطات واسعة على نفس ومال موله، وأن هذا الأخير ونظرا لعدم اكتمال أهليته وعدم استطاعته التمييز بين ما يضره وما ينفعه، فقد يحدث أن يسيء النائب الشرعي استعمال تلك السلطات أو يستعملها لتحقيق مصالحه الشخصية على حساب مصالح المولى عليه.

مما جعل المشرع يفرض على النائب الشرعي رقابة قضائية سواء بصفته وليا أم وصيا أم مقدما أم كافلا، وتتجلى مظاهر تلك الرقابة من خلال دور القضاء في رقابة النيابة الشرعية بدءا من اسنادها وسيرها حتى انتهائها، وهو ما يختص المطلب الأول بدراسته.

كما تتجلى مظاهر الرقابة أيضا من خلال سلطة القضاء في مساءلة النائب الشرعي عند إخلاله ببعض الإلتزامات النيابة، وهو ما يعنى المطلب الثاني ببحثه.

المطلب الأول: دور القضاء في الرقابة على النيابة الشرعية

منح المشرع القضاء دورا كبيرا في الرقابة القضائية على النيابة الشرعية، ولتجسيد هذا الدور، مكنه من آليات رقابية تختلف باختلاف الجهة القضائية القائمة بها، ولذلك قسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع يهتم الفرع الأول ببيان دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة على النيابة الشرعية، بينما يهتم الفرع الثاني بدراسة دور النيابة العامة في الرقابة على النيابة الشرعية، وأخيرا يخصص الفرع الثالث لبحث دور المحكمة العليا في الرقابة على النيابة الشرعية.

الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة على النيابة الشرعية

أعطى القانون لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات رقابية واسعة على سير النيابة الشرعية من خلال مهامه سواء الولائية منها أو القضائية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية أو قانون الأسرة. ويتجلى دوره الرقابي على الخصوص من خلال آليات التدابير المؤقتة والرقابة التلقائية اللتين استحدثهما قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولذلك يتم تناولهما بالدراسة أولا، ثم ثانيا يتم التعرف على دوره الرقابي من خلال سير النيابة الشرعية، وأخيرا دوره في ذلك من خلال

الأذون القضائية.

أولاً: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة من خلال التدابير المؤقتة والرقابة التلقائية: جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية بوظائف جديدة لقاضي شؤون الأسرة لم تكن معهودة من قبل، فأصبح دوره إيجابياً بتمكينه من التدخل لحماية مصالح هؤلاء الذين لم تكتمل أهليتهم، فأسند له النظر في كل الأمور المتعلقة بالولاية على نفس ومال القصر بموجب المواد من 453 إلى 480 بل ونصّب حامياً لحقوق هؤلاء كلما كانت مهددة بموجب المادة 424⁽¹⁾. كما مدد اختصاصه بالحماية لمصالح البالغين ناقصي الأهلية في المواد من 481 إلى 489.

ويظهر أن المشرع استخدم مصطلح (البالغين ناقصي الأهلية) والمراد بهم السفیه وذي الغفلة إلا أنّ المفترض أن المشرع قصد معهم أيضاً عديمي الأهلية من المجانين والمعتوهين وربما هذا ما يؤكد النص باللغة الفرنسية الذي استعمل مصطلح: incapables والمقصود بها غير كاملي الأهلية، بحيث تشمل كلا المعنيين: ناقصي الأهلية: partiellement incapables وعديمي الأهلية: complètement incapables⁽²⁾.

وفي حقيقة الأمر فإن تنصيب قاضي شؤون الأسرة حامياً لحقوق المولى عليهم هو في حد ذاته مكنة لدوره الرقابي على النيابة الشرعية، ولتجسيد هذا الدور أكثر منح هذا القانون القاضي آليات أخرى أهمها التدابير المؤقتة والرقابة التلقائية، ويتم التفصيل فيهما على التوالي كما يلي:

1- التدابير المؤقتة: ويقصد بالتدابير المؤقتة والتي يصطلح عليها أيضاً بالتدابير التحفظية أو المستعجلة أو الأوامر على العرائض، كل إجراء تحفظي مؤقت لا يمس أصل الحق يأمر به

(1) _ ونصها: «يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر»، (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(2) _ محمد بشير، «إجراءات القوامة على البالغين غير كاملي الأهلية وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية»، مجلة القانون، المجلد 07، العدد 01 تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بغيلزان، سنة 2018، ص 292، 293، 294.

القاضي بهدف إجراء تحقيق أو المحافظة على حق مهدد⁽¹⁾. فقد سمح المشرع لقاضي شؤون الأسرة باتخاذ ما يراه مناسباً من الإجراءات والتدابير الكفيلة برقابة النيابة الشرعية وحماية الخاضعين لها كأن يأمر في إطار التحقيق بتعيين المساعدات الاجتماعية والأطباء المختصين والخبراء أو الاستعانة بكل هيئة أو مصلحة مختصة من أجل الاستشارة التي يمكن أن تفيده في التحري عن سير النيابة والوقوف على حقيقة وضع المولى عليهم، وهو ما يفهم من خلال استقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخصوصاً نص المادة 460 في مجال الولاية على النفس بنصها صراحة: «يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية»⁽²⁾، وهو ما قضت به أيضاً المادة 467 في مجال الولاية على المال، ونفس السلطات منحت للقاضي في مجال الولاية المكتسبة من تقديم وكفالة ويتعلق الأمر بالمادتين 486 و495⁽³⁾، وغيرها من النصوص والتي يتم التفصيل في محتواها بعد حين.

دون أن ننسى أن المشرع وتأكيداً منه على الدور الحمائي والرقابي لقاضي شؤون الأسرة كان قد سمح له بممارسة صلاحيات قاضي الاستعجال حتى يتسنى له اتخاذ التدابير المذكورة أعلاه، وهو ما نصت عليه المادة 425⁽⁴⁾.

(1) _ عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 237، 238. فضيل العيش، مرجع سابق، ص 75. عبد الرحمان بريارة، مرجع سابق، ص 217 وما بعدها، اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 372.

(2) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(3) _ انظر المواد: 467، 486، 495.

(4) _ ونصها كما يلي: «يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعايينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة.

يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلاً لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد.

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح.»، (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

2- الرقابة التلقائية: وتعتبر من أهم الآليات الرقابية المخولة لقاضي شؤون الأسرة، بواسطتها يمكنه أن يبادر من تلقاء نفسه باتخاذ أي إجراء رقابي⁽¹⁾ على سير مفاعيل النيابة الشرعية وحماية الخاضعين لها من أي إساءة قد تصدر من نوابهم. وهو ما قضت به المادة 465 المتعلقة بالولاية على المال بقولها: «يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية»⁽²⁾. إلا أنه يمكن تعميم تصرف قاضي شؤون الأسرة بتلقائية في سبيل حماية الخاضعين للنيابة الشرعية النفسية أو المالية وفي جميع صورها الأصلية أو المكتسبة ورقابة نوابهم، وهو ما تم استنتاجه من خلال الاستقراء العام لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاصة منها المواد: 454، 459، 460، 465، 466، 467، 473، 483، 495، وهو ما سيتم توضيحه والتفصيل فيه من خلال باقي التقسيمات الموالية.

ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة من خلال سير النيابة الشرعية: تخضع جميع صور النيابة الشرعية من لاية، وصاية، تقديم وكفالة لرقابة القاضي منذ نشأتها وأثناء قيامها وأخيرا عند انتهائها، إلا أن مظاهر تدخله الرقابي يختلف من صورة لأخرى كما يلي:

1- الرقابة على الولاية: وتظهر رقابته في عملية إسناد الولاية إذ يراقب القاضي مدى توافر الشروط اللازمة في الولي لممارسة الولاية⁽³⁾. كما تظهر أيضا من خلال تكريسه واحترامه للترتيب القانوني لمستحقي الولاية، وأخيرا نجد له نفس الدور الرقابي في سحب الولاية:

فيقع على عاتق القاضي تحري مصلحة المولى عليه عند إسناد ولايته كما في حالة الطلاق، -ولو لم ينص قانون الأسرة على شروط الولي ضمن نصوصه- فإنه من واجب القاضي التأكد من مدى توفر الشروط اللازمة في الولي لتحمل مسؤولياته الولائية، فلا يسمح

(1) _ عباس زواوي، سلمى مانع، «اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية»، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس عشر، تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2018، ص 57، 63. عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 340.

(2) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(3) _ سناء نجوم قندوز، مرجع سابق، ص 155.

بإسناد الولاية لسفيهه مثلا، الذي لا يحسن التصرف في أموال مولاه ويضر بمصالحه أو أن تسند الولاية لفاسق، فيخشى على أخلاق وتربية مولاه، وللقاضي في سبيل تنفيذ أعمال رقابته اللجوء والاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية وهو ما ثبت حقيقة من خلال التطبيقات القضائية⁽¹⁾.

كما يخضع موضوع احترام ترتيب الأولياء حسب ما هو مقرر قانونا للمفاعيل الرقابية كما في حالة تزويج قاصر توفي أبوها أو سقطت عنه الولاية، فيحرص القاضي على عدم تجاوز ذلك الترتيب لأن استبعاد من هو أحق وأقرب ومنحها لمن هو أبعد يضر بالمولى عليه، لأن الأقرب عادة ما يكون الأشفق والأعلم بمصالح هذا الأخير، ماعدا في حالة إذا ما تبين للقاضي من خلال بسط رقابته عدم توفر الشروط اللازمة في الولي الأقرب، فيمنحها حينئذ للولي الأبعد.

وخلاصة القول أن القاضي هو المراقب لكفاءة الولي في تحمله مسؤولية الولاية النفسية والمادية، وتسمى بالرقابة القبليّة على الولاية.

وعلاوة على ذلك فللقاضي نفس الدور عند سحب الولاية بعد اسنادها، طبقا للمادة 91 بفقرتها الرابعة من قانون الأسرة والتي عبرت عنه بالإسقاط. وإسقاط الولاية عن الولي هو حرمانه كليا أو جزئيا من صلاحياته وسلطاته المترتبة عن الولاية⁽²⁾، في حالة ما إذا رأى القاضي اختلال أحد شروط الولي أو إهماله وتقصيره في التزاماته مما يضر بالمولى عليه نفسيا أو ماديا. فعليه التأكد والترقب من الأمر وله في سبيل ذلك تلقائيا الأمر بإجراء تحقيق إجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي أو سماع أي شخص يرى في سماعه فائدة، كما له جمع كل المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع المولى عليه وسلوك الأبوين⁽³⁾.

(1) _ راجع شروط الولي التي تم بحثها ضمن الفصل الثاني من الباب الأول، وراجع القرارات القضائية التالية: قرار رقم 19287 مؤرخ في 1979/09/16، والقرار رقم 457038 مؤرخ في 2008/09/10، والقرار رقم 171684 المؤرخ في 1997/09/30، والقرار رقم 31997 المؤرخ في 1984/01/09. قرارات سبق ذكرها.

(2) _ المهدي قياس، **القاضي المدني وحماية القاصر**، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 33.

(3) _ حسب مقتضيات المادتين 454، 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فإذا حكم بالإسقاط الكلي للولاية، استبدل الولي بولي آخر مراعيًا في ذلك شروط الولاية وترتيبها بنفس الإجراءات الرقابية السابق بيانها، وأما إذا رأى أن العلاج يكمن في مجرد إسقاطها الجزئي فله ذلك أيضا، كأن يسقط عن الولي الولاية على المال ويبقيه وليا على النفس، فيعين وليا آخر أو مقدما تسند له مهام الولاية على المال، أو يمكنه أن يعين متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، إذا رأى مجرد تعارض للمصالح في تصرف معين، فيتولى المتصرف ذلك مكان الولي الذي أسقطت عنه الولاية فيه، إذ في هذه الحالة يراقب القاضي ويقدر حالات التعارض وعلى أساسها يقرر ويحدد مهام المتصرف الخاص.

وأخيرا يجوز للقاضي إلغاء تدابير إسقاط الولاية الجزئي أو الكلي بطلب من الوالد المسقطه عنه الولاية، بعد إجراء كل التحقيقات التي يراها ضرورية حسب المادة 461 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما بعدها. وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن للقاضي كامل السلطات في تحقيق الرقابة على الولاية، وأن قيده الوحيد في ذلك هو حماية مصالح المولى عليه، كما أن هذا النص أقر جواز عودة النيابة للأب أو الأم حين زوال أسباب الإسقاط، لأن ولايتهما ولاية أصلية بخلاف الولاية المكتسبة.

2- الرقابة على الوصاية والتقديم: ومن المسائل التي تخضع للرقابة في هذين الصورتين مسألة تثبيت الوصي وتعيين المقدم، مسألة عزلهما، وأخيرا مسألة إدارتهما لأموال المولى عليه وهو ما كرسه قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال عمومية المادة 468 في قولها: «تخضع إدارة أموال القاصر في حالة وفاة الوالدين إلى رقابة القاضي»⁽¹⁾، ومن خلال ما قضت به النصوص الأخرى يتم التفصيل في كل ذلك فيما يلي:

/ تثبيت الوصي وتعيين المقدم⁽²⁾: ففيما يخص تثبيت الوصي: فقد قضت المواد 92، 93،

(1) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(2) _ نلاحظ أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية استخدم مصطلح تعيين سواء للمقدم أو الوصي، بينما قانون الأسرة استخدم مصطلح التثبيت للوصي والتعيين للمقدم وهو الأصح لأن تعيين الوصي يكون من الأب أو الجد حسب المادة 92 من قانون الأسرة وأما القاضي فلا يعين وصيا إنما يعين مقدما وهو ما يعرف بوصي القاضي، ولكنه يثبت الوصي المعين من قبل الأب أو الجد أو يرفض ذلك.

الباب الثاني:الفصل الثاني: الرقابة القضائية على النيابة الشرعية وانقضائها

94 من قانون الأسرة⁽¹⁾، أن للأب أو الجد اختيار وتعيين وصيا على القاصر، وأن هذا الاختيار لا يثبت إلا بعد عرضه على القاضي الذي يقوم بالتحقق ومراقبة مدى توفر الوصي على الشروط التي تؤهله لتحمل أعباء الوصاية حسب المادة 93 ولتحقيق الرعاية الفضلى لمصالح المولى عليه وله في سبيل ذلك اللجوء لمختلف الوسائل القانونية المتاحة.

كما يكون من واجبه الرقابي التأكد من عدم وجود الأم أو عدم أهليتها طبقا للمادة 92، لأنه على القاضي مراقبة واحترام الترتيب القانوني للأولياء، فإذا تم التحقق من كل ذلك أمر بتثبيت الوصاية.

وفي حالة تعدد الأوصياء، فللقاضي أن يبسط رقابته لاختيار الأصلاح منهم من خلال مدى توفر الشروط المطلوبة فيهم، وأقدرهم وأكفأهم على تحمل المسؤولية النيابة.

والجدير بالذكر أن المشرع أوجب بالمادة 94 عرض وصاية الأب بعد وفاته على القاضي، وأغفل هذا الإجراء بالنسبة لوصاية الجد، لكن على الأرجح أنه سقط منه سهواً، إذ لا يعقل أن تخضع وصاية الأب وهو الأقرب لأولاده صاحب الولاية الأصلية عليهم لرقابة القاضي دون الجد الذي لم يمنحه قانون الأسرة تلك الولاية، لذلك فمن المفروض أن ما يسري على الأب يسري على الجد. ثم إنه ما كان على المشرع أن يوجب رقابة اختيار الوصي في حالة وفاة الأب فقط، بل وجب أن تكون في كل حالة ينعدم فيها الأولياء أو لا يستطيعون ممارسة الولاية لأي مانع آخر⁽²⁾.

وأما تعيين المقدم فيكون في حالة عدم وجود وصي أو رفض القاضي الوصاية، ويعينه سواء من أقارب المولى عليه، أو في حالة عدم وجودهم فيختار أي شخص آخر حسب المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 111 من قانون الأسرة. وهذا التعيين والاختيار يقوم به القاضي بعدما يتأكد ويترقب من توفر شروط تولي المهام النيابة بطريق التقديم طبقاً للفقرة 02 من المادة 469 كما له في سبيل ذلك سماع وتلقي آراء أعضاء العائلة

(1) _ انظر المواد 92، 93، 94 من قانون الأسرة.

(2) _ سناء نجوم قندوز، مرجع سابق، ص 161. 162.

واللجوء إلى خبرة طبية في حالة التقديم على محجور عليه للوقوف على حقيقة الوقائع حسب مقتضيات المادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب/ عزل الوصي والمقدم: لم يرد شيء بهذا الخصوص بالنسبة للمقدم إلا أنه وكما سبق تقريره أن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي كما قضت به المادة 100 من قانون الأسرة، ولذلك فإنهما يتماثلان في أحكام العزل. والعزل هو إعفاء الوصي أو المقدم من مهامه في إدارة أموال القاصر وحددت المادتين 93 و96 بفقرتها الخامسة أسباب هذا العزل⁽¹⁾.

وعليه فيعهد للقاضي مراقبة تخلف أحد شروط ممارسة الوصاية أو التقديم حسب المادة 93 أو كل تقصير من الوصي أو المقدم لالتزاماتهما النيابية والتي من شأنها إلحاق الضرر بالمولى عليه وله أن يتخذ جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية وهو ما قرره المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وللقاضي كامل السلطات في تقدير مدى سوء إدارة أموال المولى عليه وتعريضها للخطر وبناء على ذلك يقرر القاضي وحده الإبقاء على الوصي أو المقدم أو عزلهما⁽²⁾، وله من أجل ذلك بسط رقابته على كيفية إدارتهما لأموال المولى عليه والتي تكون كما يلي:

ج/ إدارة أموال المولى عليه: خول القانون للقاضي الرقابة على كيفية إدارة أموال المولى عليه وعلى الحسابات الخاصة بها، وهو ما قرره المادة 97 من قانون الأسرة الخاصة بالوصي، وحسب قاعدة خضوع المقدم لنفس أحكام الوصي، فكلاهما تشملته تلك الرقابة والتي حدد النص شكلها كما يلي: «على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشده أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته.

وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء.

وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى

(1) _ انظر المادة 93 و96 من قانون الأسرة.

(2) _ سناء نجوم قندوز، مرجع سابق، ص 164

المعني بالأمر»⁽¹⁾.

وعلى ضوء هذا النص يتبين شكل ونوع الرقابة المقررة ألا وهي رقابة بعدية مفروضة، أي أن القاضي يراقب ويحاسب الوصي والمقدم بعد انتهاء مهامهما، مهما كان سبب الانتهاء سواء بالعزل أو بلوغ القاصر سن الرشد أو غير ذلك، بإلزامهما بتقديم صورة عن الحساب بالمستندات عن أموال القاصر⁽²⁾ حتى يتسنى للقاضي الاطلاع على كيفية وطريقة إدارتهما لتلك الأموال، والعلم بكل ما طرأ عليها من بداية النيابة لحين انتهائها والاطمئنان على مصالح المولى عليه.

وبالإضافة إلى الطريقة المتقدمة للرقابة، يمكن للقاضي ممارستها بطريق آخر، وذلك بمناسبة المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وإدارتها⁽³⁾ والتي ترفع من قبل القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو ترشيده أمام قاضي شؤون الأسرة طبقاً للمادتين 476، 477 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وعلاوة على ذلك مكنّ المشرع حين الأمر بتقديم حسابات عن أموال القاصر، كما هو الحال بالمواد: 97 من قانون الأسرة أو 476، 477 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من محاسبة نواب هؤلاء القاصر من الأوصياء والمقدمين عن طريق ما يسمى بدعاوى المحاسبة والتي نظّمها بموجب المواد من 590، 599 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتم بتعيين قاضٍ منتدب لهذه المهمة والذي يحرر محضراً بأعماله، مع تحديد أجل لتقديم الحساب متضمناً بيان الإيرادات والمصروفات الفعلية مرفقاً بجميع المستندات المثبتة لذلك من قبل النائب أو عن طريق وكيل خاص يعينه ليحل مكانه⁽⁴⁾. على أنه إذا لم يلتزم هذا الأخير بتقديم الحساب في الأجل المحدد، فتحجز أمواله وتباع حتى استفاء منها المبلغ الذي يحدده القاضي طبقاً

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 85520 المؤرخ في 24/11/1996 عن غرفتها الأحوال الشخصية: إذ أوجبت على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده إلى القاصر الذي رشده ويقدم عنها حسابات بالمستندات في مدة لا تتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ انتهاء مدته. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج2، ص 833.

(3) _ عباس زواوي، سلمى مانع، مرجع سابق، ص 66.

(4) _ انظر المادتين: 590، 591 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

للمادة 592 من نفس القانون. إلا أن هذا النص جاء مبهما إذ لم يحدد الهدف من وراء هذا الحجز، فهل المقصود منه استفاء أموال القاصر، أم هو جزاء عن عدم تقديم الحساب والتهرب منه ولو لم يكن للقاصر أموال متبقية؟ ونحن نعتقد أن النص بالرغم من قصوره إلا أنه ينفذ في حالة عدم تقديم حساب وكان للقاصر حقوق معلقة، وإذا كان الأمر كذلك، فعلى أي أساس يقدر القاضي المبلغ المستحق لهذا الأخير؟ وفي حالة لم يبق للقاصر أموال نتيجة مصروفات مبررة؟، وعلى كل حال فإذا أراد النائب الشرعي تجنب الحجز على أمواله فما عليه إلا التقدم بالحساب والمستندات اللازمة⁽¹⁾.

وتتم عملية المحاسبة بالموازنة بين الإيرادات والمصروفات فإن وجد فائضا، مكّنت المادة 593 لطالب الحساب أن يستصدر من القاضي المنتدب أمرا تنفيذيا باسترداد ذلك الفائض ولو لم تتم المصادقة بعد على الحساب. ثم يستدعى كل الأطراف لتقديم ملاحظاتهم حول الحساب، وفي حالة عدم الاتفاق أو عدم حضورهم أصلا فتحال القضية على الجلسة لتصبح منازعة تستوجب الفصل فيها.

فيصدر الحكم ويتضمن بيان الحساب من إيرادات ومصروفات ومبلغ الرصيد الباقي في حالة وجوده، وعند هذا الحد لا يمكن مراجعة الحساب إلا بسبب الخطأ أو الإغفال أو التكرار فتتم المراجعة من طرف نفس القاضي. بيد أنه إذا استأنف الحكم المصادق على الحساب وتم إلغاؤه فينفذ القرار الملغي له من قبل المجلس القضائي الذي أصدره أو الجهة القضائية التي يحددها القرار نفسه. وفي حالة كان الحكم قد رفض طلب تقديم الحساب ثم تم إلغاؤه من قبل قضاة الاستئناف، فيحال إما إلى الجهة القضائية التي قدم إليها الطلب أو إلى الجهة القضائية التي يحددها القرار⁽²⁾.

(1) _ كما أن هذا النص لم يبين إجراءات الحجز على أموال النائب الشرعي ولا كفيته، كما لم يوضح طريقة بيع تلك الأموال المحجوزة، وأسئلة أخرى تبقى معلقة نتيجة غموضه... طالع: سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية-نصا، شرحا، تعليقا، تطبيقا-، دط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، الجزء الثاني، ص786، 787.

(2) _ انظر المواد: 594، 595، 596، 598 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد جعل المشرع من دعاوى المحاسبة خاصة بنباية أموال القصر دون غيرهم من المولى عليهم، ونعتقد أنه جانب الصواب في ذلك، لأن هذه الدعاوى تعتبر فرصة لتفعيل حماية أموال المولى عليهم مهما كانت صفتهم خاصة بالنسبة للغائب والمفقود إذ وجدنا نقصا تشريعيًا في آليات الرقابة على نائبيهم المقدم. كما وجدنا النصوص المنظمة لتلك الدعاوى يغلب عليها الغموض في كثير من جوانبها⁽¹⁾.

ومن جانب آخر فقد أخضع المشرع المقدم لنوع آخر من الرقابة: ألا وهي الرقابة الدورية والتي نظمتها المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بفقرتها الثانية في نصها: «...يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي عرضا عن إدارة أموال القاصر، وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة»⁽²⁾.

وبتحليل هذا النص يتبين: - أن للقاضي بموجب هذا النص تحديد حسب ما يراه مناسبا عدد وميعاد الدورات التي يلتزم فيها المقدم بتقديم العرض حول إدارة أموال المولى عليه.

- كما يتبين أن المشرع خص المقدم وحده دون الوصي بهذا الإجراء الرقابي الوقائي، فحبذا لو شمله هو الآخر حتى تكون الرقابة على مهامهما أكثر نفعا وجدية، وصحيح أنه تم النص على أن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي إلا أن العكس غير جائز ما دام لا يوجد نص يقضي بذلك⁽³⁾.

- ثم إن هذا النص جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاصا بالتقديم على القاصر فقط، دون الغائبين والمفقودين والبالغين الذين لم تكتمل أهليتهم من المجانين وغيرهم.

سوى أن المشرع خص أيضا مقدم المفقود بإجراء يمكن عدّه بمثابة رقابة وقائية قبلية ويتمثل في أمر القاضي بحصر أموال المفقود قبل تعيين المقدم طبقا للمادة 111 من قانون

(1) _ وللتفصيل أكثر راجع: سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 783 وما بعدها.

(2) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(3) _ سامية بلجراف، «الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة»، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 11، العدد 01، تصدر عن جامعة زيان عاشور، الجلفة، جوان 2019، ص 457.

الأسرة⁽¹⁾، وتبدو أهمية هذا الأمر في تمكين القاضي من الاطلاع والعلم بوضع أموال المفقود لحمايتها من كل اعتداء سواء من قبل أقارب هذا الأخير أو من قبل المقدم نفسه.

إلا أننا نرى أن كل تلك الإجراءات الرقابية التي جاءت متفرقة وغير موحدة التطبيق على كل النواب الشرعيين لا تكون فعالة وناجعة كما يجب أن تكون، لذلك ندعو بضرورة توحيد كل هذه النصوص الرقابية الخاصة ليخضع لها كل من الوصي والمقدم بل وحتى الكافل، حتى تمتد الحماية المرجوة منها لكل المولى عليهم من ناقصي وعديمي الأهلية.

بيد أننا نستحسن أن المشرع الجزائري لم يخضع الولي إلى هذين النوعين من الرقابة أي الرقابة البعدية والرقابة الدورية وأعفاه من واجب تقديم الحسابات على كيفية إدارته لأموال مولاه⁽²⁾. لأن ولايته ولاية طبيعية شرعية محمولة على السداد والصلاح وإن كان أخضعه لبعض الإجراءات الرقابية كالرقابة القبلية أو الرقابة التلقائية على ولايته، فهي رقابة مخففة واستثنائية، نستحسنها كقيود وحواجز لكل من تجاوز حدود نيابته من الأولياء.

3- الرقابة على الكفالة: الكفالة نظام إنساني ومهمة جلييلة، تهدف إلى توفير العائل والمعين والجو الأسري لطفل محروم وهي تخول الكافل الولاية المالية والنفسية على مكفوله، ولذلك فهي لا تسند لأي كان بل ينبغي التأكد أولاً من كفاءة طالبها لتحمل هذه المسؤولية، ومعاينة توفر الشروط المؤهلة لذلك.

وهو ما قرره المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نصها: «يتأكد قاضي شؤون الأسرة من توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الكافل وعند الاقتضاء يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مفيداً للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته»⁽³⁾.

فقد منح هذا النص السلطة للقاضي بمراقبة مدى توفر الشروط اللازمة للكفالة والتي عدتها المادة 118 من قانون الأسرة وهي الإسلام والعقل والأهلية والقدرة، وعلى أساس ذلك

(1) _ عندما قضت: «على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود...»، (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ سامية بلجراف، مرجع سابق، ص 457.

(3) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

يقرر منحه الكفالة من عدمه. بل وإذا رأى القاضي ضرورة إجراء تحقيق أو اتخاذ أي تدبير يساعده في الكشف عن حقيقة الكافل فله ذلك.

وأما عن تتبع تنفيذ الكفالة وسيرها في القيام بشؤون الطفل النفسية من رعاية وتربية أو المالية من إدارة وإشراف ونفقة، وصولاً إلى إمكانية عزل الكافل أو إسقاط الكفالة عنه فإن المشرع لم يورد نصاً خاصاً بها. ومعنى ذلك أن الكافل مثل الولي لا يخضع للرقابة الدورية والبعدية كالتالي يخضع لها الوصي والمقدم.

إلا أنه إذا كان لموقف المشرع بعدم إخضاع الولي للرقابة الدورية أو البعدية مبرراته، بكونه ولياً طبيعياً وشرعياً، فاحتمال شفقتة وحرصه على تحقيق مصالح مولاه والسهر عليها هو الغالب فيه. فإننا لا نجد مبرراً بمنح الكافل هذه الثقة وعدم إخضاعه لأي إجراء رقابي خاص، ففي أغلب الحالات يكون أجنبياً عن مكفوله، واحتمال إخلاله بالتزاماته النيابية وإن لم نقل غالباً فهو وارد. ولذلك ندعو المشرع للتدخل بسن نصوص قانونية رقابية على كيفية سير الكفالة، أو باستحداث هيئة رقابية تابعة للجهاز القضائي مهمتها ترقب الكافل بتنفيذ التزاماته، وعدم الاقتصار على تعيينه دون متابعتة بشكل دوري.

وتميّز المشرع المغربي عن الوطني بتخصيص تتبع تنفيذ الكفالة بنص قانوني يتمثل في المادة 19 من قانون كفالة الأطفال المهملين⁽¹⁾، والذي عهد إلى القاضي المكلف بشؤون

(1) _ ونصها كما يلي: «يعهد إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع بدائرة نفوذه مقر إقامة الكافل، بمهمة تتبع ومراقبة شؤون الطفل المكفول، ومدى وفاء الكافل بالتزاماته، وله أن يعهد من أجل ذلك بإجراء الأبحاث التي يراها مناسبة إلى:

أ) النيابة العامة أو السلطة المحلية أو المساعدة الاجتماعية المؤهلة لذلك قانوناً أو الجهات المختصة الأخرى.
ب) أو اللجنة المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه.

توجه الجهات المذكورة أو اللجنة تقارير إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على التقارير المقدمة إليه أن يأمر بإلغاء الكفالة وأن يتخذ ما يراه ملائماً لمصلحة الطفل. يمكن للجهات أو اللجنة التي تضع التقارير المشار إليها أعلاه أن تقترح على القاضي التدابير التي تراها ملائمة ومنها الأمر بإلغاء الكفالة. يمكن أن ينص أمر القاضي على التنفيذ المعجل رغم كل طعن.

يكون الأمر قابلاً للاستئناف وتبث المحكمة في الاستئناف في غرفة المشورة. تقوم بتنفيذ الأمر المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها مقر إقامة الكافل»، (القانون رقم 01-15)، مرجع سابق.

القاصرين، الذي يقع في دائرة اختصاصه مقر إقامة الكافل مهمة مراقبة شؤون الطفل المكفول، ومنحه من أجل ذلك إجراء كل التحقيقات التي يراها مناسبة. فهذا النص سمح بمعاينة كيفية تنفيذ الكفالة بعد اسنادها، بينما تتقطع العلاقة بين القضاء والكفالة في التشريع الجزائري بعد الموافقة عليها. إلا أننا يمكن أن نجزم أن للقاضي ودوره الذي منحه إياه المشرع في حماية مصالح القصر بموجب المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ودوره الرقابي على الولاية والآليات الرقابية التي مكّنه منها كالتدابير المؤقتة، فالكافل يخضع للرقابة مثله مثل الولي بموجب القواعد العامة الرقابية والتي على أساسها يمكن للقاضي عزل الكافل إذا أخل بالتزاماته وأهمها، ولكن ذلك لا يتسنى إلا بمناسبة نزاع يعرض على القضاء.

ثالثاً: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة من خلال الأذن القضائية: يعتبر الإذن القضائي آلية للرقابة السابقة القبلية انتهجه المشرع في سياسته التشريعية الوقائية الحمائية لنفس ومال المولى عليهم، إذ أسند لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية لمنح الإذن من عدمه⁽¹⁾، ونص قانون الأسرة على ثلاثة أنواع من الأذن: الإذن بالزواج، الإذن بالترشيد، وأخيراً الإذن بالتصرف في أموال المولى عليه التي سبق وأن فصلنا فيها ضمن مباحث الأهلية، إلا أنه في هذا المقام نحاول إبراز الدور الرقابي للقاضي فيما يأتي بيانه:

1- الإذن القضائي بالزواج⁽²⁾: الإذن القضائي بالزواج ذو طبيعة وقائية حمائية لمصالح القصر، لذلك عهد للقاضي باعتباره حاميه سلطة تقديرية واسعة في تقدير ومراقبة مدى توفر مصلحة القاصر في الزواج أو الضرورة لذلك وأيضا مدى قدرته على ممارسة الحياة الزوجية.

فيجب أن تكون المصلحة أكيدة وأن تكون هي الدافع لطلب الإذن بالزواج، وأن المشرع لم يبين هذه المصلحة بل تركها لتقدير القاضي والذي يمكن أن يستخلصها من ظروف طالب

وأما عن اللجنة التي يتحدث عنها النص فهي لجنة مختصة بالبحث والتحري عن أحوال الكافل تتكون من: ممثل للنيابة العامة، ممثل للسلطة الحكومية المكلف بالأوقاف والشؤون الإسلامية، ممثل للسلطة المحلية، ممثل للسلطة المحلية المكلفة بالطفولة.

(1) _ المهدي قياس: مرجع سابق، ص 29.

(2) _ ويسمى أيضا الترخيص بالزواج، راجع الملحق رقم 01.

الإذن أو يتحرى عنها سواء من خلال تصريحات الأب أو الأم أو رأي الطبيب أو المساعد الاجتماعي أو من القاصر نفسه بالإضافة إلى أنه يشترط أيضا أن تكون الضرورة حالة ولا يمكن تلافيقها إلا بهذا الزواج.

كما أن وجود المصلحة والضرورة وحدهما غير كاف لمنح الإذن بل أوجب المشرع على القاضي التحري في قدرة القاصر الجسدية والنفسية على تحمل أعباء ومسؤوليات الزواج⁽¹⁾، وله التحري في ذلك بكافة الوسائل التي تمكنه من التأكد ومراقبة مدى قدرة القاصر كالاستعانة بالشهادات الطبية.

كما يبرز الدور الرقابي للقاضي في هذا المقام، في حالة رفض النائب الشرعي زواج القاصر. فكما هو معلوم أنه يتولى زواج القصر أولياؤهم حسب مقتضيات المادة 11 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة ذلك أن الحالة الأولى كانت على فرض موافقة الولي على هذا الزواج. بينما الحالة الثانية والتي أصبحت نزاعا بين الولي الرافض لهذا الزواج والقاصر الراغب فيه، أين يتعين على القاضي الفصل فيه بالبحث في أسباب رفض الولي ومراقبة هذا الإمتناع فإذا كان مبررا ومشروعا ضم رأيه إليه ورفض طلب الإذن بزواج القاصر وأما إذا كان غير مشروع وتأكدت مصلحة القاصر بهذا الزواج، وتوفرت قدرة هذا الأخير منح له الإذن بالزواج⁽²⁾.

وبناء على ما سبق نخلص إلى أن المشرع رخص للقاضي كل الصلاحيات التي تمكنه من فرض رقابته على تزويج القصر من خلال سلطته في منح الإذن بالزواج أو رفضه حماية لهؤلاء وهو ما يتجلى في نص المادة 424.

2- الإذن بالترشيد: وهو ذلك الإذن الذي يمنح به قاضي شؤون الأسرة لمن لم تكتمل أهليته القانونية، حق التصرف في أمواله جزئيا أو كليا والذي يكون إما إذنا بالتصرف وإما إذنا بالقيام بالأعمال التجارية⁽³⁾ وفي كلتا صورتين فإن المشرع أعطى للقاضي كل الصلاحيات

(1) _ عبد الرحمن حموش، «زواج القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية في القانون المغربي»، مجلة المنبر القانوني، العدد 07 و 8 أبريل 2015، ص 154-155.

(2) _ عبد الرحمن حموش، مرجع سابق، ص 157، 158.

(3) _ يمكن مراجعة تفصيل أحكام هذين النوعين من الترشيح في مباحث عوارض الأهلية.

والسلطات الرقابية في منح هذا الإذن أو رفضه لأنه يعتبر أكبر ضمانات لحماية مصالح هؤلاء من أنفسهم، فالقاضي يعاين ويتأكد من صلاحية وقدرة القصر على تولي التصرفات المختلفة والاطمئنان إلى حسن تسييرهم، كما يمنع استغلال النائب الشرعي للمرشد بسبب عدم خبرته، فيتستر وراء ترشيده لنهب أمواله.

كما منح المشرع القاضي إمكانية إلغاء هذا الإذن إذا رأى من خلال رقابته سوء تصرفه في أمواله بموجب المادة 84 من قانون الأسرة لكنه لم يبين كيفية أو إجراءات ذلك، فهي اذن تدخل ضمن الاختصاصات الرقابية العامة للقاضي طبقا للمادة 424 وهو ما أخذ به المشرع المغربي، إلا أنه كان أكثر تفصيلا في المادة 226 في فقرتها الثانية من مدونة الأسرة المغربية بنصها على أنه: «ويمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إلغاء قرار الإذن بالتسليم بطلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو تلقائيا إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها»⁽¹⁾.

3- الإذن للنائب الشرعي بالتصرف في أموال المولى عليه: سبق الكلام عند بحث سلطات

النائب الشرعي أن المشرع قيّد مباشرة بعض التصرفات بوجوب استصدار الإذن القضائي⁽²⁾.

فإن قاضي شؤون الأسرة لا يمنح الإذن بمباشرة تلك التصرفات إلا إذا تأكد من شرطي المصلحة والضرورة حسب مقتضيات المادة 89 من قانون الأسرة، فله أن يبسط رقابته بموجب هذا الإجراء، فيمنع ويتصدى لكل محاولة اعتداء أو إهمال من قبل النائب الشرعي. كما أن له تقدير ما إذا كان هناك تعارض بين مصالح المولى عليه ومصالح النائب الشرعي ليتخذ ما يراه مناسباً، كتعيين المتصرف الخاص في هكذا حالة.

وخلاصة هذا الفرع أن المشرع الجزائري انتهج سياسة رقابية على النيابة الشرعية تقوم على

مجموعة من المبادئ والتي نجملها فيما يلي:

- الدور الحمائي الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة، فمكّنه المشرع من صلاحيات وسلطات

رقابية تلقائية وواسعة.

(1) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(2) _ ويسمى أيضا الترخيص بالتصرف، راجع الملحق رقم 03.

- كما كانت أغلب النصوص الرقابية عبارة عن قواعد عامة تتعلق بسلطات القاضي والتي تهدف إلى حماية مصالح المولى عليهم ومنع النائب الشرعي - مهما كانت صفته - من الاعتداء عليها، وتمثل أساسا في رقابة القاضي على توافر شروط النائب الشرعي في كل من الولاية والكفالة والوصاية والتقديم، وله في سبيل ذلك إجراء تحقيق أو الاستعانة بخبرة وغيرها من الإجراءات.

- كما تعتبر القيود التي وضعها المشرع على سلطات النائب الشرعي والتي تتمثل في وجوب استصدار إذن قضائي من أجل القيام ببعض التصرفات، بالإضافة إلى أمر القاضي بحصر أموال المفقود، وكلها إجراءات رقابية قبلية وقائية.

- وأخيرا وجدنا بعض النصوص الرقابية الخاصة، تتمثل في الرقابة البعدية التي أخضع المشرع لها كلا من الوصي والمقدم بموجب المادة 97 من قانون الأسرة، ومثلها المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية بموجب المادة 474 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- ثم لم نجد نصوص رقابية دورية إلا ما خصه المشرع لرقابة مقدم القاصر طبقا للمادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- وعلى ضوء ما سبق تم التوصل إلى أن السياسة الرقابية على النيابة الشرعية التي انتهجها المشرع الجزائري تعتمد في عمومها على الرقابة القبلية الوقائية، وتفنقر للرقابة الدورية التي تستدعيها مصلحة المولى عليهم من رقابة نيابة كل من الكافل والوصي والمقدم، بينما يستحسن عدم إخضاع الولي لها، ولذلك حبذا لو تدخل المشرع الوطني لسن بعض النصوص الرقابية الخاصة والتفصيل فيها وبيان إجراءاتها، كما هو معمول به في التشريع المغربي الذي خص ترسانة قانونية مفصلة للرقابة القضائية على النيابة الشرعية بموجب الباب الثالث من مدونة الأسرة المغربية، والتي قرر فيها أن الولي لا يخضع للرقابة القبلية مستندا للشرعية الإسلامية، فتصرفات الولي في أموال مولاه محمولة على السداد والصلاح وله سلطات مطلقة ماعدا تلك الضارة ضررا محضا. بيد أن المشرع المغربي رجع وأخضعه لرقابة استثنائية تتمثل في فتح ملف للنيابة الشرعية في حالة إذا ما تعدت قيمة أموال المولى عليه مائتي ألف درهم،

ولعل من بين الأسباب أيضا التي جعلتها استثنائية هو أنه يمكن للقاضي النزول أو الزيادة في هذه القيمة حسب ما تقتضيه مصلحة المولى عليه. فإذا فتح ملف النيابة الشرعية يلتزم بتقديم تقرير سنوي عن كيفية إدارته لأموال المولى عليه، كما يلتزم بتقديم تقرير عن مصير تلك الأموال في حال انتهاء مهمته⁽¹⁾، في حين نجده أخضع الوصي والمقدم للرقابة من حيث ابتداء ولايتهما إلى حين انتهائهما، فلا يقومان بتصرف إلا ويقعان تحت رقابة القضاء، فيخضعون لرقابة قبلية، دورية وبعدية: كالتأكد من شروط تعيينهما والأمر بحصر أموال المولى عليه، وتعيين مشرف مهمته مراقبة تصرفات الوصي والمقدم وتوجيههما لمصلحة المولى عليه، وكذلك مسك كناش التصرف الذي يسجل فيه التصرف الشهري أو اليومي مع الإشارة إلى تاريخه، بالإضافة إلى استصدار إذن ببعض التصرفات، وأما عن الرقابة البعدية فتجلى في إلزامهما بعد انتهاء مهامهما النيابة بإعداد تقارير وحسابات سنوية وغيرها من الإجراءات التي يمكن للقاضي أن يتخذها في حالة ما استدعت مصالح المولى عليه ذلك كالحجز التحفظي على أموال الوصي والمقدم⁽²⁾.

فكان المشرع المغربي أكثر دقة وتفصيلا للقواعد الرقابية من المشرع الوطني، كما كان أكثر صرامة في رقابته على الولايات المكتسبة ونعتقد أن ذلك له مبرره وهو كون النائب الشرعي فيها ليس قريب للمولى عليه، فسد الباب على كل احتمال وارد للإضرار به، وهو مسلك الشرع الإسلامي إذ أوجب على القاضي محاسبة الأمانة على ما يرى في أيديهم من أموال اليتامى ومن علاقتهم وله حسب سلطته تقدير مدى خيانتهم وأمانتهم في ذلك فإن أحس بالخيانة له عزل الخائن واستبداله بغيره وإن وجده آمينا أقره. كما له أن يحدد كيفية رقابتهم فله أن يحاسبهم حسب ما يراه شيئا فشيئا شهرا فشهرًا أو سنة فسنة⁽³⁾. وكما له أيضا تصفح أحوال الأمانة فيعتبر فيهم ثلاثة أشياء:

(1) _ مليكة الغنام، مرجع سابق، ص170، 174. وهو ما أقرته المواد 240، 241، 242، 243 من مدونة الأسرة المغربية.

(2) _ مليكة الغنام، مرجع سابق، ص179، 180، 184، 188. وهو ما أقرته المواد 248، 253، 255، 270، 271 من مدونة الأسرة المغربية.

(3) _ الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج2، ص 221، 222. وحول نفس المعنى: ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج14، ص24.

1- ما هم عليه من قوة وأمانة.

2- ما يتصرفون فيه من الولاية على المولى عليهم.

3- ما فعلوه من قبل وما يستأنفون من العمل من البعد، -والمقصود بذلك الرقابة القبلية والبعديّة على ولايتهم-.

وله كذلك تصفح أحوال الأوصياء فله أن يختبر حال الوصي في أمانته وقوته⁽¹⁾.

الفرع الثاني: دور النيابة العامة في الرقابة على النيابة الشرعية

إن للنيابة العامة⁽²⁾ مركزا مهما ودورا فعّالا في قضايا شؤون الأسرة عامة، والنيابة الشرعية بصفة خاصة يتمثل أساسا في كونها الكفيل بتحقيق المصالح والضامن لتطبيق القانون والرقب على حفظ الحقوق والحريات والنظام العام، وقد عزّز هذا الدور بما استحدثه المشرع بموجب المادة 03 مكرر من قانون الأسرة بعد تعديله والتي تقضي بأنه: «تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون»⁽³⁾، فجعلها بذلك طرفا أصليا أمام قضاء شؤون الأسرة في كل الدعاوي الرامية إلى تطبيق نصوص هذا القانون. إلا أن هذا النص أحدث إشكالات علمية وواقعية. وتتمثل العلمية منها في الجدل الفقهي بين الباحثين والدّارسين حول تفسيره وبيان المقصود منه، وأما الواقعية فتتمثل في صعوبة تطبيق النص وعدم فهم الاجراءات الواجبة الاتباع. ولفهم هذا الإشكال وجب البحث في طبيعة دور النيابة العامة في قضايا شؤون

(1) _ الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج 16، ص 39، 40، 41.

(2) _ النيابة العامة هي جهاز قضائي اختصاصها الأصلي والأساسي هو تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجنائي وهو ما ذكرته المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: «تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون...» (الأمر رقم 66-155)، مرجع سابق. فهي تقوم بدور الإدعاء العام أصالة عن المجتمع وتتخذ صفة للخصم بالمفهوم الاصطلاحي الجنائي ومعنى ذلك أنها لا تهدف من وراء الحكم تحقيق مصلحة خاصة لها على عكس الخصم في مفهوم القضاء المدني فهو كل من يسعى إلى تحقيق مصلحة شخصية من وراء سعيه للحصول على حكم بطلانته. فالنيابة العامة تعد طرفا أصليا في تشكيل الهيئات القضائية الجزائرية. عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائرية-التحري والتحقيق- د.ط، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004، ص 54، 55.

ولكن استثناء جعل لها المشرع الجزائري دورا في القضاء المدني بموجب نصوص خاصة كما فعل في قانون شؤون الأسرة.

(3) _ (الأمر رقم 05-02)، مرجع سابق.

الأسرة وهو ما يتم التطرق إليه أولاً في هذا الفرع وأما ثانياً فيتم عرض صور تدخل النيابة العامة بالرقابة على النيابة الشرعية.

أولاً: طبيعة دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة: إن كون النيابة العامة طرفاً أصلياً⁽¹⁾ في قضايا شؤون الأسرة يترتب عنه أن يكون لها مركز الخصم فلها كل الحقوق التي للخصم من إبداء الطلبات والدفوع ورفع الدعوى والتقاضى تلقائياً، إما بصفتها مدعية أو مدعى عليها ولها الطعن في الأحكام وإن لم يطعن فيها الطرفان، كما يترتب عنه وجوب حضورها أو ممثل عنها الجلسة وتكون لها الكلمة أولاً إذا كانت مدعية، وأما إذا كانت مدعى عليها فتكون آخر من يتكلم كما لا يجوز رد ممثل النيابة العامة لأن الخصم لا يرد⁽²⁾.

بينما كون النيابة العامة طرفاً منضماً في القضايا المدنية عامة فإن دورها يقتصر على إبداء رأيها الموافق مع التطبيق السليم للقانون دون استهداف مصلحة أحد الأطراف⁽³⁾. لكن جعل النيابة العامة طرفاً أصلياً بصفة مطلقة في جميع قضايا شؤون الأسرة تطبيقاً للمادة 03

(1) _ إن للنيابة العامة في القضايا المدنية بصفة عامة تكون إما طرفاً أصلياً وذلك بنص خاص، وإما طرفاً منضماً في حالة انعقاد الخصومة بين طرفيها، أي إذا رفعت الدعوى من قبل أحدهم فتتدخل النيابة حينئذ كطرف منضم دون أن تتجاوز لأحدهم لأن هدفها هو ضمان تطبيق القانون واحترامه وتحتصر سلطاتها في إبداء رأيها حفاظاً على المصلحة العامة. والتدخل كطرف منضم يكون إما إختياري أو إجباري: فالتدخل الإختياري يكون فيه للنيابة العامة الحق حسب تقديرها في التدخل في القضايا المدنية من عدمه وهو ما قضت به المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بفقرتها الثانية كما يلي: «ويجوز لممثل النيابة العامة الإطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضرورياً»، وهو ما جاء أيضاً في الجزء الثاني من المادة 256 حينما قضت: «يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعياً كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم». ثم منحت كذلك الفقرة الأخيرة من نص المادة 260 الإمكانية للقاضي بأن يأمر بإبلاغ أية قضية أخرى إلى ممثل النيابة العامة إذا رأى ذلك، حتى تبدي رأيها فيها وليس لها الرفض بحجة أنها لا تتعلق بالنظام العام، لكن لها أن تكتفي بالإشارة إلى أنها اطلعت على القضية دون إلزامها بإبداء رأيها فيها. بينما التدخل الوجوبي يكون حينما يفرض القانون على النيابة التدخل في بعض القضايا المدنية وهو ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 260 حينما أقرت بأنه: «يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية...»، والفرق بين التدخل الإختياري والوجوبي هو أنه في الحالة الثانية إذا لم تمكن النيابة العامة من الإطلاع على القضية يكون الحكم الصادر فيها باطلاً بينما لا يكون كذلك إذا لم تتدخل في الحالة الأولى. عمر زودة، مرجع سابق، ص 36، 37، 38.

(2) _ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 34، 36.

(3) _ عمر زودة، مرجع سابق، ص 39.

مكرر نتج عنه إشكالات قانونية وواقعية وأثار تضاربا في آراء الباحثين والدارسين محاولين تفسير مقصود المشرع من المادة 03 مكرر بين مؤيد ومعارض⁽¹⁾ لحرفية النص واعتبار النيابة العامة كطرف أصلي بصفة مطلقة في جميع قضايا شؤون الأسرة والأمر الذي لا يمكن التسليم به حسب رأينا وذلك للأسباب التالية شرحها:

1- كون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة يجعل منها إما مدعية أو مدعى عليها كما أسلفنا وهذا لا يمكن تصوره في جميع القضايا، فمثلا في دعوى الطلاق فهل النيابة العامة تكون فيها مدعية إلى جانب الزوج فيرفع الطلب باسم الزوج وباسم النيابة العامة في مواجهة الزوجة؟ أو العكس تكون مدعى عليها وإلى جانب الزوجة فيرفع الزوج الطلب ضد الزوجة وضد النيابة العامة⁽²⁾ وعلى أي أساس تحدد صفتها كمدعية أو مدعى عليها في هذه الدعوى؟ وما مصلحتها من طلاق الزوجين؟ خاصة وأن دعاوى الطلاق تختلف أسبابها فقد يقع الطلاق في بعض الحالات لأتفه الأسباب. لكن ومن جهة أخرى مكنها القانون بأن تكون طرفا أصليا في دعوى الحجر على البالغ عديم الأهلية وفي ذلك حفاظا على أمواله التي تعتبر قوام للحياة كما أن في الحفاظ عليها حفاظا على استقرار المعاملات.

2- عدم وضوح إجراءات تنفيذ أحكام المادة 03 مكرر فلم تنص على أي إجراء معين بل وحتى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على إجراءات تخص بعض أحكام تلك المادة، فهل تبلغ عريضة افتتاح الدعوى إليها وتكلف بحضور الجلسة؟ وهل لها حق للطعن بالاستئناف في كل تلك القضايا؟... الخ الأمر الذي لم يحدث واقعا، كما أنه لم يحدث وأن رفعت دعوى رجوع أو دعوى حضانة، بل حتى أنه لم يحدث وأن قدمت طلبات، وعادة ما تكتمني النيابة العامة بطلب تطبيق القانون⁽³⁾.

(1) _ محمد لمين مسيخ، «دور النيابة العامة كحامية للنظام العام في قانون الأسرة الجزائري (المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري)»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر جويلية 2018، ص 723 وما بعدها.

(2) _ ونفس المثال موجود عند عمر زودة، مرجع سابق، ص 40.

(3) _ وقد خصت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية دعوى الطلاق دون غيرها من القضايا بوجود قيام المدعي بتبليغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة، أو تبليغها عن طريق أمانة الضبط. محمد لمين مسيخ، مرجع سابق، ص 729.

3-وأما عن القول أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء موضحا لنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة⁽¹⁾ فهو قول مردود، ذلك أن المادة 256 من هذا القانون قضت بأنه : «يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم»⁽²⁾، إلا أن هذا النص يبقى نسا عاما موضحا للأدوار التي يمكن للنيابة العامة أن تقوم بها في جميع القضايا دون تحديد. كما أن نص المادة 3 مكرر هو نص صريح بأن تكون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة. ثم إن هناك من يرى⁽³⁾ بأن النيابة العامة طرفا أصليا في القضايا الأسرية التي ترمي إلى الحفاظ على النظام العام. فترفع هذه الأخيرة دعوى الطلاق إذا تعلقت بالنظام العام كضرورة التفريق بين زوجين محرمين. إلا أنه يبقى دائما نص المادة 3 مكرر نسا صريحا بأن جعلها طرفا أصليا كما أن المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي: «تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو للدفاع عن النظام العام»⁽⁴⁾، فهو أعطاهما الصلاحية بالتدخل تلقائيا إما في حالة النظام العام وإن لم يمنحها القانون هذا الحق بنص خاص، وإما في النصوص التي منحتها ذلك الحق وهو ما أقرته المادة 3 مكرر بجعلها طرفا أصليا في كل قضاياها.

والجدير بالذكر، أن المادتين 259، 260⁽⁵⁾ اللتان تجعل من دور النيابة العامة كطرف

(1) _ فائزة جروني، «تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 13 جوان 2016، ص 52، 53. www.asjp.cerist.dz فصاحب هذا المقال يرى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء موضحا أن النيابة العامة يمكن أن تكون طرفا أصليا إذا كانت مدعية كما يمكنها أن تكون طرفا منضم إذا تدخلت في القضية وهذا التوضيح نطبقه على قانون الأسرة فإذا تدخلت النيابة في الخصام فهي طرف منضم وإذا كانت مدعية فهي طرف أصلي.

(2) _ (لقانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(3) _ حنان بن عزيزة، «تدخل النيابة العامة في قضايا حماية أموال القصر في ظل النصوص المستحدثة»، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 07 جانفي 2018، ص 414، 418. www.asjp.cerist.dz

(4) _ (لقانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(5) _ ونصيهما على التوالي: «يكون ممثل النيابة العامة طرفا منضمًا في القضايا الواجب إبلاغه بها ويبيدي رأيه بشأنها كتابيا حول تطبيق القانون»، «يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية: 5....: حماية ناقصي الأهلية»، (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

منضم وجوبيا⁽¹⁾ في قضايا حماية ناقصي الأهلية⁽²⁾، ونحن نتساءل عن الهدف من ذلك؟ ما دام المادة 3 مكرر جعلت النيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة ومنها قضايا ناقصي وعديمي الأهلية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هناك نصوصا ضمن قانون الأسرة منها ما يشمل بعض قضايا ناقصي وعديمي الأهلية كالمادة 102 التي أكدت على كون النيابة العامة طرفا أصليا فيها. وقد فسّر البعض⁽³⁾ ذلك أنه يعد تناقضا، إنما جاءت المادة 260 قانون الإجراءات المدنية والإدارية مكملة لنصوص قانون الأسرة وذلك بأن تكون النيابة العامة طرفا أصليا إذا رفعت هي الدعوى، وأما إذا رفعها الأطراف فتكون متدخلة وجوبيا إذا تعلق الأمر بالنظام العام حسب المادة.

بيد أننا نرى أن نص المادة 260 يصلح التطبيق لو لم يكن لنص المادة 3 مكرر وجود، إذ بوجوده سواء رفعت النيابة العامة الدعوى أم رفعها الأطراف فإن تدخلها يكون كطرف أصلي فهي حتى لو لم تكن مدعية فتتدخل وجوبيا وتتصرف في باقي إجراءات الدعوى كطرف أصلي من تقديم طلبات، عدم جواز ردها، وحققها في الطعن....

وما زاد الأمر تعقيدا في هذا الصدد هو إبقاء المشرع على بعض نصوص قانون الأسرة التي تعطي صفة الطرف الأصلي للنيابة العامة كالمواد 99، 102، 114، 182، مما يجعلنا نتساءل عن المقصود من ذلك؟ إذ أقر في نص المادة 3 مكرر على كون النيابة العامة طرفا أصليا في كل قضايا شؤون الأسرة في تعديل 2005 ويلغي كونها طرفا أصليا في البعض الآخر من تلك القضايا، بل وأن تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي جاء بعد تعديل قانون الأسرة لم يحوي على ما يعزز ما جاءت به المادة 3 مكرر.

(1) _ راجع، شرح طرف منضم وجوبي أو منضم اختياري في هامش بحث طبيعة دور النيابة في قضايا شؤون الأسرة أعلاه.

(2) _ وهنا أيضا استعمل المشرع الجزائري مصطلح "ناقصي الأهلية" وهو خطأ فالمفروض استعمال مصطلح "غير مكتملي الأهلية" حتى يشمل كل من ناقصي وعديمي الأهلية.

(3) _ حنان بن عزيزة، مرجع سابق، ص 417، 418.

كما أن الآراء المختلفة والتفسيرات التي جاء بها الباحثون حسب رأينا تأخذ بعدم اعتبارها طرفا أصليا بصفة مطلقة⁽¹⁾، وخالفت بطريقة أو أخرى فحوى المادة 3 مكرر.

فلكل تلك الأسباب وغيرها نعتقد بأن مقصود المشرع من المادة 3 مكرر يتمثل في اعتبار أن للنيابة العامة دورا منضما وجوبيا⁽²⁾ في قضايا شؤون الأسرة التي ليس فيها نص خاص يعطيها دور الطرف الأصلي، لأنه أراد تمكين النيابة من حقوق الطرف الأصلي حتى تكون الأمانة على حفظ الحقوق والحريات والنظام العام فيكون لها حق الطعن وإبداء طلبات، لكن في نفس الوقت ليس شرطا دائما أن تكون مدعية أو مدعى عليها بل طرف مراقب واجب الحضور مدافعا عن التطبيق السليم للقانون والحفاظ على النظام العام والذي يستدعي تمكينها من بعض حقوق الطرف الأصلي حتى تستطيع القيام بوظيفتها.

لكن كل ذلك يستوجب تعديل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة كما يلي:

«تتدخل النيابة العامة وجوبيا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

إلا أنها تتدخل كطرف أصلي في بعض قضايا هذا القانون بنص أو في حالة الدفاع عن النظام العام» لكن هذا التعديل يستوجب معه تعديل المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باستبدال عبارة: «حماية ناقصي الأهلية» بعبارة: «قضايا شؤون الأسرة».

ثانيا: صور تدخل النيابة العامة بالرقابة على النيابة الشرعية: سواء أكان للنيابة العامة دورا أصليا أو منضما في قضايا شؤون الأسرة، فإن لها صلاحيات واسعة في حماية ناقصي وعديمي الأهلية باعتبارهم أكثر فئة مهددة بتعريض مصالحها الشخصية والمالية للضياع أو الانتهاك سواء بسببهم أو بسبب أوليائهم، فنصّبها المشرع المراقب على تحقيق مصالحها وحماية حقوقها من خلال تأكيده على هذا الدور بنص خاص في المواد: 99، 102، 114، 125 و 182 من قانون الأسرة والتي تتعلق أساسا بممارسة الولاية وما يترتب عنها من دعاوى،

(1) _ ما عدا العربي بلحاج، الذي ساير منحى المادة 3 مكرر. راجع: الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج1، ص 37 وما بعدها، محمد لمين مسيخ، مرجع سابق، ص 732.

(2) _ وهو رأي عمر زودة، مرجع سابق، ص 43، محمد لمين مسيخ، مرجع سابق، ص 730.

وتعيين مقدم على من لا ولي له أو وصي أو بتصفية تركته وكذلك في حالة الكفالة، وقضايا الغائبين والمفقودين وقضايا كثيرة أخرى متعلقة بالنيابة الشرعية.

وعزز المشرع دور النيابة العامة في رقابة النيابة الشرعية بالنصوص أعلاه التي بموجبها تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً ولا خلاف فيها حتى تكون لها السلطة لتحقيق الرقابة الفعلية، فمكناها في سبيل ذلك من كل حقوق الطرف الأصلي وضماناته، وبناء على ذلك لها رفع الدعوى، كدعوى الحجر حماية للمحجور عليه ولها تقديم طلبات أثناء سير الدعوى، كطلب إجراء تحقيق أو خبرة أو سماع أي شخص ترى في سماعه فائدة للدعوى وهو ما أكدته المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

بالإضافة إلى أنه للنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً، الطعن في الأحكام لصالح القصر وغيرهم من ناقصي وعديمي الأهلية وحمايتهم من كل اعتداء.

بل والأكثر من ذلك فبصفتها طرفاً أصلياً طبقاً للمادة 03 مكرر لها أن تمارس الرقابة على النيابة الشرعية سواء كانت ولاية أو وصاية أو قوامة من خلال رفعها دعوى ضد النائب الشرعي الذي عرض مصالح المولى عليه النفسية أو المالية للضياع ولها طلب إسقاط الولاية عنه⁽²⁾ وهو ما يؤكد ما قضت به المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾.

كما للنيابة العامة التدخل أيضاً في حالة تعارض مصالح النائب الشرعي مع مصالح مولاه وذلك بطلب تعيين متصرف خاص وهو مستخلص من المادة 90 من قانون الأسرة، فتعيين المتصرف الخاص يكون من قبل القاضي أو بطلب من لهم مصلحة وباعتبار النيابة العامة حافظة المصالح العامة وأن حماية مصالح القصر المالية وحتى الشخصية جزأ لا يتجزأ من

(1) _ ونصها كما يلي: «يجوز للقاضي تلقائياً أو بطلب من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1: سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه.

2: سماع القاصر ما لم يكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك.

3: الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.» (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(2) _ حنان بن عزيزة، مرجع سابق، ص 416، 417.

(3) _ ونصها: «يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية»، (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

المصلحة العامة⁽¹⁾.

ونفس الحكم يطبق استنادا للمادة 96 من نفس القانون بفقرتها الخامسة والتي تقضي بأنه: «تنتهي مهمة الوصي...5 -بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر»⁽²⁾ وهو ما يتماشى وأحكام المادة 453، وإن هذا النص وغيره استحدثت دورا جديدا للنيابة العامة يتمثل في تمكينها من صلاحيات ايجابية على مستوى الدعاوى الاستعجالية، فيكون لها الحق في تقديم طلبات لاستصدار أوامر ولائية كالسحب المؤقت للولاية، أو تقديم طلبات من أجل تعديل التدابير المؤقتة حسب المادة 460 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾.

دون أن ننسى الدور الرقابي العام للنيابة العامة في القضايا التي تتعلق بالنظام العام والتي يمكن أن يكون محلها أحد مسائل النيابة الشرعية، كأن يقوم النائب الشرعي بتصرف غير مشروع في أموال مولاه كتأجير عقاره لسبب غير مشروع فلها التدخل وطلب ابطال التصرف⁽⁴⁾.

وخلاصة القول أن للنيابة العامة صلاحيات واسعة ودورا إيجابيا في مجال الرقابة على النيابة الشرعية إذ لها ممارسة الرقابة عليها بشكل موسع فهي إما تتدخل كطرف أصلي طبقا للمادة 03 مكرر بصفة عامة أو بموجب المواد 99، 102، 114، 182 من نفس القانون بصفة خاصة، بل حتى وإن لم تتمكن من التدخل بتلك الصفة فهي تتدخل بصفقتها منضما وجوبيا، فهي قد نصّبها المشرع الحامية للمصلحة العامة وللنظام العام فتتدخل تلقائيا في كل قضايا النيابة الشرعية التي تتعلق بها.

فمنحها المشرع دورا فعالا في رقابة النيابة الشرعية منذ بدايتها وأثناء سيرها إلى غاية انتهائها، ومكنها من صلاحيات واسعة، ذلك أن ناقصي وعديمي الأهلية فئة ضعيفة تحتاج إلى

(1) _ حنان بن عزيزة، مرجع سابق، ص 415.

(2) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 308. انظر المواد: 453، 460.

(4) _ حنان بن عزيزة، مرجع سابق، ص 417.

رعاية وحماية ورقابة، باعتبارهم معرضين للإضرار بمصالحهم سواء بأنفسهم أو من قبل نائبيهم الشرعي، أو حتى من قبل الغير.

الفرع الثالث: دور المحكمة العليا في الرقابة على النيابة الشرعية

أناط التنظيم القضائي كل جهة مكونة للقضاء دورا معيناً، بما فيها المحكمة العليا باعتبارها قمة هرم القضاء العادي، فخصّها بدور هام وأساسي يتمثل في مراقبة مدى احترام القانون من قبل الجهات القضائية الدنيا، واستنادا لهذا الدور فإنه حتما تخضع مسائل النيابة الشرعية لتلك الرقابة، ومهمة هذا الفرع بيان صور تلك الرقابة بعد ما يتم التعريف بالمحكمة العليا أولاً فيما يلي:

أولاً: التعريف بالمحكمة العليا: المحكمة العليا هي الهيئة القضائية العليا في هرم القضاء العادي، أنشأت بموجب القانون رقم 63-218، تحت مسمى المجلس الأعلى، وقد أجريت عدة تعديلات على نظامه الداخلي أهمها ما جاء به القانون رقم 89-22 حيث تم استبدال بموجبه مصطلح المجلس الأعلى بالمحكمة العليا، ثم ألغي هذا القانون بموجب القانون العضوي رقم 11-12 يتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها⁽¹⁾.

والوظيفة الأساسية للمحكمة العليا مقررّة دستوريا وقانونيا وتتمثل في تقويم أعمال المحاكم والمجالس القضائية، وضمان توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، والسهر على احترام القانون⁽²⁾. فالمحكمة العليا اذن ليست درجة ثالثة للتقاضي، انما هي محكمة قانون فهي لا تنظر في الوقائع والدعاوى بل في الأحكام محل الطعن بالنقض على مستواها⁽³⁾، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية استحدث حالات تنظر فيها المحكمة العليا استثناء في

(1) _ وهو ما قضت به المادة 35 والمادة الأولى من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26 جويلية 2011 (جريدة رسمية عدد 42، مؤرخة في 31 جويلية 2011).

(2) _ انظر المادة 179 من الدستور (المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مرجع سابق)، والمادة 3 من القانون رقم 11-12، مرجع سابق.

(3) _ عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص 275. عادل مستاري، «الدور الرقابي للمحكمة العليا لضمانات المحاكمة العادلة»، مجلة الإجتهد القضائي، العدد 13، مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ديسمبر 2016، ص 124.

موضوع الدعوى لتفصل فيه نهائيا⁽¹⁾، وهو ما سيتم التفصيل فيه بعد حين.

وتتشكل المحكمة العليا⁽²⁾ من سبعة غرف: الغرفة المدنية، الغرفة العقارية، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الغرفة التجارية والبحرية، الغرفة الإجتماعية، الغرفة الجنائية، وأخيرا غرفة الجرح والمخالفات. وتقسم تلك الغرف إلى أقسام، وتحدد كفاءات سير الغرف والأقسام في النظام الداخلي للمحكمة العليا⁽³⁾، وتفصل بتشكيلة جماعية من ثلاثة قضاة على الأقل⁽⁴⁾. كما تشكل المحكمة العليا من غرفة مختلطة والغرف مجتمعة، الأولى يجتمع فيها غرفتين على الأقل للنظر في مسألة قانونية صدر في شأنها حولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر. بموجب الإحالة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا يحدد فيه الغرف المعنية ورئيس الغرفة المختلطة. فتتداول تلك الغرف بحضور 15 قاضيا على الأقل، وفي حالة عدم الإتفاق، يخطر رئيس الغرفة المختلطة الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يحيل القضية أمام الغرف مجتمعة، هذه الأخيرة التي وبالإضافة للنظر في تلك المسألة تختص أيضا بالنظر في المسائل التي يكون القرار الصادر فيها من شأنه تغيير الإجتهد القضائي، وتتخذ بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا وذلك إما بمبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف، ولا يمكنها الفصل إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل برئاسة الرئيس الأول وحضور نائب الرئيس، ورؤساء الغرف، ورؤساء الأقسام، وعميد المستشارين في كل غرفة، والمستشار المقرر. وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا⁽⁵⁾.

(1) _ عبد السلام نيب، مرجع سابق، ص44، نور الدين زرقون، «تساؤلات حول ممارسة المحكمة العليا لسلطتها كمحكمة موضوع: قراءة في إشكالات تطبيق نص المادة 374 ف 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية»، **دفاتر السياسة والقانون**، العدد07، جوان 2012، www.asjp.cerist.dz. انظر المادة 374 ف4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (القانون رقم 08-09، مرجع سابق)، والمادة 3 من القانون رقم 11-12، مرجع سابق.

(2) _ بينما تشكل المحكمة العليا هي: قضاة الحكم (الرئيس الأول، نائب الرئيس، رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام، والمستشارون)، وقضاة النيابة (النائب العام، النائب العام المساعد، والمحامون العامون)، ويتولى مهام أمانة الضبط لدى المحكمة العليا أمناء ضبط، انظر المادة 8 من القانون 11-12، مرجع سابق.

(3) _ انظر المادة 13 من القانون رقم 11-12، مرجع سابق.

(4) _ انظر المادة 14 من نفس القانون.

(5) _ انظر المواد 16، 17، 18، 19 من القانون رقم 11-12 نفس القانون.

ثانيا: صور تدخل المحكمة العليا في الرقابة على النيابة الشرعية: يكون للمحكمة العليا دور رقابي على النيابة الشرعية من خلال آليتين وهما: الطعن بالنقض، والنظر في موضوع الدعوى بموجب المادة 374 في فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم التطرق إليهما في التقسيم الموالي:

1- تدخل المحكمة العليا بالرقابة على النيابة الشرعية بموجب الطعن بالنقض: وهو طريق من الطرق غير العادية للطعن في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية، ويكون ذلك في الحالات المحددة قانونا وتسمى بأوجه الطعن والتي حصرتها المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويعتبر الطعن بالنقض الآلية التي تمكّن المحكمة العليا من القيام بوظيفتها الأساسية، وهي مراقبة ما قضى به قضاة الموضوع دون الحلول محلهم، انما بمعايينة مدى التزامهم بتطبيق النصوص القانونية⁽¹⁾، فهو المرآة العاكسة لمدى شرعية الأحكام والقرارات، فمن خلال النظر في أوجه الطعن المحددة قانونا لا يستطيع القاضي تجاوز القانون بالرغم من سلطته التقديرية الواسعة، لأنه لو حدث تنصدي له المحكمة العليا بموجب أكبر ضمانات لتحقيق العدالة وضعها القانون وفرضها على القاضي عند اصداره لحكمه وهي ضرورة تسببيه، الذي بواسطته يتسنى للمحكمة العليا قياس مدى فهم القاضي للقانون وحسن تطبيقه⁽²⁾.

وبهذه الطريقة يمكن أن تكون جميع مسائل ومواضيع النيابة الشرعية متى تحققت فيها أحد أوجه الطعن بالنقض محل مراقبة من قبل المحكمة العليا، التي تكون الكافلة لحسن تطبيق قواعد النيابة الشرعية، والمسؤولة على تحقيق العدالة وانصاف فئة العاجزين والضعفاء من المولى عليهم، ومنع أي اعتداء على حقوقهم أو تجاوز النواب لحدود سلطاتهم، أو أي تجاوز

(1) _ عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص275. فقد ألزم الدستور القضاة بتطبيق القانون بموجب المادة 171 في نصها: «يلتزم القاضي في ممارسة وظيفته بتطبيق المعاهدات المصادق عليها وقوانين الجمهورية وكذا قرارات المحكمة الدستورية»، (المرسوم الرئاسي رقم 20-442)، مرجع سابق.

(2) _ عادل مستاري، مرجع سابق، ص124، 125، 130. وقد ألزم الدستور القضاة بتسبيب الأحكام والأوامر والقرارات القضائية، انظر المادة 169 من المرسوم رقم 20-442، مرجع سابق.

للقانون من قبل قضاة الموضوع، وكل ذلك تجلى بشكل واضح من خلال تطبيقات المحكمة العليا التي تم إرفاقها ضمن هذا البحث، وذلك عندما بسطت رقابتها على شروط النائب الشرعي، وعند إصرارها على معاينة كيفية تقدير القاضي لقيام معيار مصلحة المحضون وغيرها من المسائل⁽¹⁾.

وعلاوة على ذلك، خص القانون الوجه الأخير من الأوجه التي يبني عليها الطعن بالنقض بحالة عدم الدفاع عن ناقصي وعديمي الأهلية، حرصا وتأكيدا منه على حمايتهم، وليتسنى تدخل المحكمة العليا بالرقابة على شؤونهم وتمكينها من تصحيح الوضع، كما لو تمت مخالفة المادة 483 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بتعيين محام يتولى الدفاع عن مصالح هؤلاء إذا لم يكن لهم محام، أو عند عدم تقديم سندات مهمة تساعد في الدفاع عنهم، وغيرها من الحالات التي لم يتم فيها الدفاع عنهم كما يجب.

2- تدخل المحكمة العليا بالرقابة على النيابة الشرعية بموجب المادة 374 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية: وهذا الدور الرقابي هو دور جديد أنيط بالمحكمة العليا بموجب هذا النص الذي تقضي الفقرة الرابعة منه بما يلي: «يجب على المحكمة العليا أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض»⁽²⁾، فتتظر بذلك المحكمة العليا في وقائع وموضوع النزاع، بمناسبة نظرها في الطعن بالنقض للمرة الثالثة، فتصبح بمثابة درجة ثالثة للتقاضي فيما تم نقضه بموجب هذا الطعن، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يأت بنصوص صريحة وتوضيحية لهذا الدور، بالإضافة إلى غياب تطبيقات قضائية لهذا النص نظرا لحدائته مما يشوب هذا الإجراء الغموض، ويثار في شأنه عدة تساؤلات⁽³⁾.

(1) _ راجع القرارات التالية: قرار رقم 19287، مؤرخ في 16/09/1979. قرار رقم 457038، مؤرخ في 10/09/2008. قرار رقم 171684، مؤرخ في 30/09/1997. قرار رقم 31997، مؤرخ في 09/01/1984. قرار رقم 564787، مؤرخ في 15/07/2010. قرار رقم 54353، مؤرخ في 03/07/1989. قرار رقم 282153، مؤرخ في 13/02/2002. قرار رقم 497457، مؤرخ في 13/05/2009. قرارات سبق ذكرها.

(2) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(3) _ نور الدين زرقون، مرجع سابق، ص 197.

وفي جميع الأحوال نعتقد أن هذا الدور الجديد للمحكمة العليا، يشكل فرصة جديدة للمتقاضى للحصول على حقه ورفع المظلمة عنه خاصة في مجال النيابة الشرعية أين تتمكن المحكمة العليا من التدخل لمصلحة المولى عليهم فتعيد النظر في حالهم وحال الأولياء والأوصياء والمقدمين فيما صنعوه عند تولي مفاعيل النيابة الشرعية، فتستطيع بذلك التبصر بوضعهم وتعديله أو تصحيحه بما يتماشى وقواعد العدالة والإنصاف.

وخلاصة هذا الفرع أن للقضاء مكونا من قضاة الموضوع وقضاء النيابة وقضاء المحكمة العليا دورا فعالا وإيجابيا في الرقابة على النيابة الشرعية من خلال النصوص التشريعية التي وسعت من السلطات الرقابية له، لكن ربما أن تفعيل كل تلك النصوص على أرض الواقع وتكريس الرقابة الفعلية على النيابة الشرعية وبالتالي تحقيق المصالح الفضلى للمولى عليهم ليس بالأمر السهل، فكما سبق تدوينه ضمن حيثيات هذا البحث أن ثقل كاهل القضاء بمجموع القضايا المعروضة عليه قد يشكل عائقا في التكريس الفعلي لدوره الرقابي المطلوب.

وربما أيضا أن تلك السلطات الرقابية الموسعة منحت للقضاء مقابل السلطات الموسعة الممنوحة للنائب الشرعي، هذا الأخير وفي حالة إخلاله بالتزاماته النيابة يكون عرضة للمسائلة القضائية، وهو ما يبحثه المطلب الموالي.

المطلب الثاني: المساءلة القضائية للنائب الشرعي

سعى دائما المشرع الجزائري لتحقيق الحماية الفضلى لناقصي وعديمي الأهلية من خلال الرقابة على النيابة الشرعية، وفي هذا الإطار مكن أيضا للقضاء مساءلة النائب الشرعي عند إخلاله بالتزاماته النيابة أو إهمالها.

وهو ما يستنتج من المادة 88 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى التي جاء فيها: «على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام» وأيضا ما ورد في المادة 98 من نفس القانون بقولها: «يكون الوصي مسؤولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره»⁽¹⁾.

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

فصحيح أن المشرع لم يبين كيف تتم تلك المساءلة، ولا أساسها بموجب قانون الأسرة لكنه أحال في ذلك للقواعد العامة، والتي تقرر نوعين من المسؤولية، مسؤولية مدنية طبقا للقانون المدني ومسؤولية جنائية طبقا لقانون العقوبات⁽¹⁾. كما تقرر قيام تلك المسؤولية على النائب الشرعي عند إخلاله بالالتزامات النيابة المتعلقة سواء بشخص أو مال المولى عليه، في حين أن قانون الأسرة أقر قيام المسؤولية عند الإخلال بالالتزامات النيابة المتعلقة بالمال فقط.

فتبنى المشرع مبدأ مساءلة النائب الشرعي كجزاء لإخلاله بالتزاماته النيابة إضافة إلى جزاء إسقاط النيابة الشرعية وجزاء حجز أموال النائب الشرعي وجزاء قد يصل إلى عقوبات الحبس والسجن والغرامات المالية.

وفيما يخص إسقاط النيابة الشرعية: فالمراد بها هنا إما إسقاط الولاية عن الولي أو عزل الوصي والمقدم في حالة ثبوت سوء تصرفهم أو إهمالهم أو إضرارهم بمصالح المولى عليه، وكل ذلك إما حسب مقتضيات نصوص قانون الأسرة⁽²⁾، وهو ما سنستقيض بشرحه في المبحث الموالي المتعلق بانتهاء النيابة الشرعية، وإما حسب ما تقرر بعض قواعد قانون العقوبات والتي نبجتها في المسؤولية الجنائية.

(1) _ يجب التمييز بين المسؤولية المدنية: la responsabilité civile وبين المسؤولية الجزائية: la responsabilité pénale -فأما المسؤولية المدنية: فتعرف بأنها الالتزام الذي يقع على عاتق شخص بإصلاح الضرر الذي أحدثه للغير. وبهذا الشكل فهي لها معنيين: معنى ضيق: والمقصود به المسؤولية التي يتحملها الشخص المتسبب في الضرر للغير خارج عن أية علاقة تعاقدية يمكن أن تربط بينهما (أي المتسبب في الضرر، والغير المضروب). على أن معناها الواسع فيشمل تحمل الشخص لمسؤولية انتهاك عقد اتجاه المتعاقد معه.

Etude de :Severine Monferini Nuoffer paru :

www.avocats-fr.ch/etude-Séverine-monferini-nuoffer/la-responsabilité-civile-penale/

تاريخ الاطلاع على الموقع: يوم 27 سبتمبر 2020 على الساعة: 16:00.

فالمسؤوليتين تشتركان في كونهما تتعلقان دائما بتعويض المضروب عن انتهاك التزام (بغض النظر عن مصدر هذا الالتزام) Daniel Gardner, Benoît Moore, «La responsabilité contractuelle dans la tourmente», **revu : les cahiers de droit**, volume 48, numéro 4, 2007, p547.

-وأما المسؤولية الجنائية: فموضوعها هو انتهاك ومخالفة قواعد وقوانين عقابية والتي ينتج عنها توقيع العقاب على المخالف لتلك القواعد، على أنه في بعض الحالات يمكن أن ينتج أيضا عن مخالفة القواعد العقابية المسؤولية المدنية يتحملها المخالف. Severine MonferiniNuoffer, op.cit.

(2) _ ويتعلق الأمر بالمادتين 91 و96، ف جاء في المادة 91: «تنتهي وظيفة الولي:....4-إسقاط الولاية»، وفي المادة 96: «تنتهي مهمة الوصي:....5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا أثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر»، (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

وأما عن حجز أموال النائب الشرعي: فهذا الجزاء يطبق على الأوصياء والمقدمين في حالة عدم التزامهم بتقديم حسابا عن نيابتهم على أموال القصر كما سبق شرحه في دعاوى المحاسبة. ولذلك سيسلط الضوء من خلال هذا المطلب على بحث مسؤولية النائب الشرعي والتي يمكن أن تكون مسؤولية مدنية (الفرع الأول) أو مسؤولية جنائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للنائب الشرعي⁽¹⁾

ومصدر هذه المسؤولية إذن في هذا المقام هو القواعد العامة للقانون المدني باعتباره الشريعة العامة، فأحكامها منبثقة منه وتخضع له من حيث طبيعتها وعناصرها وشروطها وآثارها مادام قانون الأسرة خاليا من تلك الأحكام ومحिला للقانون المدني، ويتم التفصيل في تلك الأحكام فيما يلي:

ـ فالأصل أن طبيعة هذه المسؤولية طبقا لأحكام القانون المدني أنها مسؤولية تقصيرية، حسب مقتضيات المادة 124، إلا أنه قد يثور التساؤل عن حقيقة طبيعة مسؤولية الوصي والمقدم، هل هي مسؤولية تقصيرية أم مسؤولية عقدية؟ بما أن الوصاية أو التقديم يقومان بمقتضى اتفاق بين الشخص المعين للوصي أو المقدم بعد قبولهما المهمة، فهي عقد وبالتالي فهل تقع عليهما مسؤولية عقدية في حالة إخلالهما بالتزاماتهما النيابية؟ ولذلك قد يعتقد بأن مسؤوليتهما هي مسؤولية عقدية وفي نفس الوقت مسؤولية تقصيرية وبالتالي يمكن مساءلتهما حسب ما اختاره المتضرر من أساس لدعواه⁽²⁾.

(1) _ ويدق التمييز بين المعنى الضيق للمسؤولية المدنية والمعروفة بالمسؤولية التقصيرية: La responsabilité

délictuelle وبين المسؤولية العقدية: La responsabilité contractuelle

ـ فأما المسؤولية العقدية تقوم في حالة الإخلال بالتزام عقدي من قبل أحد أطراف العقد، بينما المسؤولية التقصيرية فنقوم في حالة انتهاك ذلك الالتزام العام والسلبى بعدم الإضرار بالغير.

إلا أنه وفي هذا المقام نحبذ الذكر أنه في الآونة الأخيرة ظهر فقه فرنسي يرى بأن المسؤولية العقدية هو مفهوم خاطئ مادام أن كلا المسؤوليتين عقدية أو تقصيرية تقوم على فكرة واحدة وهي التعويض عن انتهاك التزام.

Daniel Gardner, Benoît Moore, op.cit, p 546, 547.

(2) _ صورية غربي، مرجع سابق، ص 219.

غير أنه يمكن الرد على هذا الرأي بأن الوصاية أو التقديم عقد ذو طبيعة خاصة ولا يخضعان في ذلك لنظرية العقود، إنما يحدد القانون أغلب أحكامه⁽¹⁾. وبالتالي فمسؤولية الوصي والمقدم هي تقصيرية كالولي تماما، ثم وجدنا المادة 98 من قانون الأسرة أشارت لذلك عندما أقرت بثبوت مسؤولية الوصي بسبب تقصيره فلم تقل لإخلاله بعقد الوصاية.

وهذا التساؤل لا نجد له محلا في التشريع المغربي لأنه نص صراحة على طبيعة مسؤولية الوصي والمقدم بموجب المادة 257⁽²⁾ من مدونة الأسرة المغربية. حيث تطبق عليهما أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارسا نيابتهما بالمجان، ولذلك يتعين الرجوع لزوما للقانون المدني المغربي عند إثارة مسؤولية الوصي والمقدم. سوى أنه من جهة أخرى وما فتح باب النقد على المشرع المغربي أن مدونة الأسرة لم تتضمن أية نصوص تقر مسؤولية الولي إذا أخل بالتزاماته النيابة، ولسد هذا الفراغ التشريعي اتجه الفقه والقضاء المغربي إلى مساعلة الولي مدنيا طبقا للقواعد العامة ذلك لأن حماية المولى عليه ماديا ومعنويا ضرورة حتمية تقتضي ذلك⁽³⁾.

ونفس التساؤل يطرح فيما يخص الكفالة، على اعتبار أن الكفالة تتم بعقد طبقا للمادة 116 من قانون الأسرة وأن العقد يحدد التزامات الكافل وواجباته من نفقة وغيرها، فنجيب على ذلك بأنه تبقى مسؤولية الكافل مسؤولية تقصيرية مثله مثل الولي لأن بنود عقد الكفالة نظمها وفرضها القانون والشرع وليس العقد في حد ذاته كما أنه بالرغم من أن الكافل قد ارتضى التعاقد إلا أنه ليس له قبول أو رفض بعض الالتزامات المترتبة على عاتقه، ولذلك وفي حالة إخلاله بها يكون مخلا بقواعد ومبادئ قانونية تستوجب المساعلة. وما يؤكد طرحنا هذا هو عمومية نص المادة 124 من القانون المدني من خلال استخدامه مصطلح «الشخص» الذي يدل على سريان قواعد المسؤولية التقصيرية على النائب الشرعي مهما كانت صفته وليا، وصيا، مقدما،

(1) _ راجع الطبيعة القانونية للوصاية من هذا البحث.

(2) _ ونصها كالآتي: «يسأل الوصي أو المقدم عن الاخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهنته بالمجان ويمكن مساعلته جنائيا عند الاقتضاء»، (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

(3) _ مراد عامر، «الحماية القانونية والقضائية لبيع عقار قاصر»، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، سلسلة البحوث الجامعية، الرباط، العدد 01، 2014، ص 56، 63. عبد الصمد عبو، «الرقابة البعدية على اختصاصات الولي»، المنير القانوني، المغرب، العدد 7-8، أبريل 2015، ص 200، 201.

وكافلا خاصة وأن نصوص القانون المدني لم تستثن واحدا من هؤلاء النواب بما فيهم الولي من المسؤولية في حالة إضرارهم بمن هم تحت ولايتهم، علاوة على أن المادة 88 من قانون الأسرة أقرت مسؤولية الولي وأن المادتين 95 و100 من نفس القانون أخضعت وساوت في الأحكام بين كل من الوصي والمقدم والولي.

-وأما عن نطاق مسؤولية النائب الشرعي فإذا كان قانون الأسرة أقر مسؤولية النائب الشرعي في حالة الاضرار بمال المولى عليه فقط فإن القواعد العامة تقيم مسؤوليته عن كل إخلال بأمور المولى عليه المالية أو النفسية حسب ما هو مفهوم من المادة 124 والتي تقضي: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض»⁽¹⁾، وتحليل هذا النص نجد:

-فمصطلح «ضررا» جاء نكره ودون تحديد فيكون النص عاما يشمل كل الأضرار، سواء كان الضرر بمال أو بنفس المولى عليه يسأل عنه النائب الشرعي.

-أنه يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية لابد من توافر أركانها الثلاثة وهي: حدوث ضرر، الذي يكون نتيجة لخطأ، وأن تقوم علاقة السببية بين الضرر والخطأ، وعليه:

فالخطأ هو الانحراف على سلوك الرجل المعتاد مع إدراك الشخص لذلك. أي يجب على الشخص أن يلتزم الحيطة والتبصر في سلوكه نحو غيره حتى لا يضر به وهذا الانحراف عن السلوك قد يكون عن عمد أو يكون عن إهمال أو تقصير⁽²⁾. ولذلك يكون مخطئا النائب الشرعي إذا قصر في أداء واجبه المنوط به، كأن تأخر في اتخاذ الاجراءات اللازمة للحفاظ على أموال مولاه، بأن كانت معرضة للتلف وتأخر في بيعها مما أدى إلى تلفها، أو عدم مطالبته مدين مولاه، ولم يسجل حقه لدى وكيل تفليسة مدنية، فيؤدي ذلك إلى ضياع كل أو جزء من حقه، أو قصر النائب الشرعي في رقابة مولاه فحصل له ضرر أو أضر بغيره...

(1) _ (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(2) _ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام-الواقعة القانونية، مرجع سابق، ج2، ص30، 31.

وأما الضرر فهو كل أذى يلحق بالمضروب نتيجة خطأ الغير، وقد يلحقه في جسمه أو ماله، فيكون ضرراً مادياً، كما قد يصيبه في سمعته أو شرفه أو عاطفته فيكون ضرراً معنوياً أدبياً. وأخيراً يجب ربط الخطأ بالضرر، وهذا ما يعرف بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر والتي يجب أن تكون حتى تقوم المسؤولية، وهي من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع⁽¹⁾.

وهكذا فقد رتب القانون المسؤولية التقصيرية على النائب الشرعي إذا توافرت شروطها وأركانها، ولذلك فلا يسأل هذا الأخير إذا كان الضرر الحاصل للقاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته، وبما أن المشرع أوجب في المادة 88 من قانون الأسرة على الولي أن يتصرف في أموال مولاه تصرف الرجل الحريص، فهو لا يحاسبه فقط عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل، إنما يحاسبه أيضاً عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي، وإن كان هذا الحكم جاء خاصاً بالولي فقط، إلا أنه يسري على بقية النواب مهما كانت صفتهم سواء كانوا أوصياء أو مقدمين أو كفلاء، ذلك أن المشرع أخضعهم لنفس الأحكام⁽²⁾. فكما هو مقرر قانوناً أن النائب الشرعي مطالب بعناية الرجل الحريص في أمور مولاه، وذلك تشديداً من المشرع وحرصه على تحقيق مصالح ناقصي وعديمي الأهلية، ويترتب عن ثبوت المسؤولية المدنية للنائب الشرعي حق المولى عليه في الضمان أي تعويض المولى عليه تعويضاً يجبر الضرر اللاحق به سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً ولا تبرأ ذمة النائب الشرعي إلا بذلك تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

والأصل أن لقاضي الموضوع كامل الحرية والسلطة في تقدير التعويض ولا رقابة عليه من المحكمة العليا ما دام القاضي قد بين في حكمه عناصر التقدير والمتمثلة أساساً في وجه أحقية طالب التعويض، ثم تقدير التعويض الذي يكون بمقدار الضرر المباشر الذي ينتج عن الخطأ وسواء كان حالاً أو مستقبلاً ما دام الضرر محققاً. فيكون التعويض جابراً للضرر ولا يكون إلا بقدره وليس بقدر الخطأ فهو يشتمل الخسارة التي أصابت المضروب والكسب الذي فاتته. كما أن القاضي يدخل في اعتباره عند تقديره للتعويض الظروف والملابسة وهي الظروف الخاصة

(1) _ المرجع السابق، ص 75، 107.

(2) _ سورية غربي، مرجع سابق، ص 218، 219.

بالمضرور⁽¹⁾. ولذلك فقد يأخذ في الاعتبار حالة المولى عليه وضعفه وقلة حيلته وعدم تبصره بالأمور وعجزه، وكذا درجة تأثره بخطأ نائبه عليه سواء ماديا أو معنويا... الخ.

وحاصل القول أن المشرع مكن القضاء بالتصدي لخطر تبديد أو انتهاك المصالح الشخصية والمالية لناقصي وعديمي الأهلية من قبل نوابهم الشرعيين عندما أقر بقيام مسؤوليتهم المدنية إذا توافرت شروطها وعناصرها وذلك لجبر الضرر اللاحق بهم عن طريق التعويض وهو ما سار عليه الشرع الإسلامي، الذي وكما سبق وأن أوردناه مكن القاضي من محاسبة الأوصياء والأمناء⁽²⁾، وقد قال الله تعالى: ﴿وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ۝٦﴾ (سورة النساء، الآية: 36)، وهو ما ختمت به الآية التي جاءت في كيفية تسيير أموال اليتامى ومن في حكمهم من الضعفاء الذين يحتاجون للعائل والكافل لأموالهم. كما وردت في السنة الشريفة ما يفيد تبني مبدأ مسألة هؤلاء النواب الشرعيين من خلال قول النبي ﷺ: «كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته»⁽³⁾، والنائب الشرعي راع في شؤون مولاه، فكان مسؤولا عن رعيته⁽⁴⁾.

وبذلك قررت أحكام الشريعة الإسلامية جزاء على النائب الشرعي في حالة إخلاله بالتزاماته النيابية وإلحاق الضرر بالمولى عليه فتقوم مسؤوليته بالضمان بالإضافة إلى إمكانية عزله. وقد جاء في "جامع أحكام الصغار" أن الأب إذا أخذ شيئا من مال ولده حتى يستهلكه من غير حاجة فحينئذ يضمن، أو إذا غصبت أرض الصغير فإنه على الغاصب ضمان أجر المثل⁽⁵⁾. كما جاء في حالة خيانة الوصي، أين اختلف المشائخ-رحمهم الله- حول الجزاء

(1) _ صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام-الواقعة القانونية، مرجع سابق، ج2، ص 159، 160، 170. وهو ما قضت به المادتين 131، و182 من القانون المدني.

(2) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص514، 515.

(3) _ حديث سبق تخريجه.

(4) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص516.

(5) _ وجدنا من خلال إطلاعنا على مسائل الأولياء والأوصياء، أن الضمان كمبدأ عام موجود عند كل الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا فقط في ماهية المسائل الموجبة للضمان كما اختلفوا في كيفية الضمان أي كان الاختلاف في تحديد نطاق الضمان. الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ص 147، ج2، ص 10.

المترب بعد إقرارهم بثبوت المسؤولية هنا: بين أن القاضي يضم إليه أميناً يمنعه من الخيانة أو أن يعزله من الوصاية، وفيه قال محمد: أن القاضي يعزله⁽¹⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي

كذلك لم ينظم المشرع ضمن نصوص قانون الأسرة المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي في حالة إخلاله بالتزاماته النيابة، إنما أحال في ذلك للقواعد العامة، وعليه فإذا كان الفعل الضار الذي قام به النائب الشرعي، من الأفعال المجرمة ضمن نصوص قانون العقوبات، فتقوم مسؤوليته الجنائية، إذ المبدأ في القانون الجنائي، أن «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» وهو ما يسمى بمبدأ الشرعية الجنائية، والهدف من هذه المسؤولية يتمثل أساساً في الحفاظ على مقومات الحياة من خلال تجريم أفعال النائب الشرعي التي من شأنها المساس بالمصالح المالية والشخصية لمولاه، وتوقيع عليه العقوبة والجزاء لمعالجة الضرر الذي تسبب فيه أو منعه وتوقيفه عن الاستمرار فيه أو العودة إليه، وكل ذلك يساهم في تبيين والتأكيد على القوة الإلزامية لنصوص وأحكام النيابة الشرعية.

وقد مكن المشرع القضاء من مساءلة النائب الشرعي جنائياً على أساس كثير من النصوص القانونية، والتي تشكل ثلاثة حالات يمكن متابعة النائب الشرعي عن طريقها وتتمثل في: مساءلة النائب الشرعي دون النظر إلى صفته تلك، بل باعتباره شخص عادي، ثم امكانية مساءلته بسبب صفته كنائب شرعي واعتبارها ظرفاً مشدداً للعقوبة، وأخيراً مساءلته بصفته نائباً شرعياً في صورة كونه ولياً أصلياً فقط، وهو ما يتم التفصيل فيه على الترتيب كما يلي:

أولاً: مساءلة النائب الشرعي جنائياً دون النظر لصفته نائباً شرعياً: فالأصل أن المولى عليه مهما كانت صفته (قاصراً، مجنوناً، غائباً....) فهو محمي بقواعد ونصوص القانون الجنائي شأنه شأن أي إنسان له حقوق على غيره. فكل اعتداء على حقه وإن كان من نائبه الشرعي معاقب عليه - إذا شكل ذلك الاعتداء فعلاً مجزماً - دون الأخذ بالاعتبار بصفته كمولى

(1) _ الماوردى، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج16، ص 40، الأسروشنى، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج2، ص 231.

عليه وضعفه واحتياجه، ودون اعتبار لصفة النائب الشرعي الذي يكون له عليه سلطان، فهي حماية قانونية عامة.

ومثالها: جريمة القتل العمد التي عرفها المشرع بموجب المادة 254 من قانون العقوبات بقوله: «القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا»⁽¹⁾. فبهذا النص، إذا قتل النائب الشرعي مولاه، سئل جنائيا عن فعله، وصفته هنا أو صفة مولاه كضحية لا تؤثر على فعله الاجرامي، فيتعرض للعقوبة المقررة وهي عقوبة السجن المؤبد طبقا لنص المادة 263 من هذا القانون.

ما عدا إن كان المولى عليه جنينا في بطن أمه، فأعدامه قبل ولادته لا يعد قتلا إنما إجهاضا، وهو الفعل المعاقب عليه بنص المادة 304 وما يليها. كما أنه إذا كان المولى عليه طفلا حديث العهد بالولادة، وكان القتل من قبل أمه والتي يمكن أن تكون نائبا شرعيا، فهنا تطبق عليها عقوبة مخففة⁽²⁾.

ومثالها أيضا كل ما يتعلق بأعمال العنف غير العمد كالقتل والجرح الخطأ والتي تنص عليها المواد: 288، 289، والفقرة الأولى والثانية من المادة 442 من قانون العقوبات وغيرها من النصوص.

ثانيا: مساءلة النائب الشرعي بسبب صفته واعتبارها ظرفا مشددا: وهذه الحالة تنظمها فئة من النصوص القانونية وتشمل الحالات التي ينتهز فيها النائب الشرعي سلطته، كونه القائم على شؤون مولاه، ومديرا لأمواله، فيسيء استعمالها ويتعدى حدودها، وهذه الصورة يعتبرها المشرع الجنائي ظرفا لتشديد العقوبة، حماية للمولى عليه ومنعا من استغلال ضعفه وحاجته، ويستوي الأمر ان كان الاعتداء على شخصه أو على أمواله.

(1) _ (الأمر رقم 66-156)، مرجع سابق.

(2) _ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، -الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد للأموال-، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2006، الجزء الأول، ص 6، 29.

وقد تتعلق هذه النصوص تارة بالجرائم الواقعة على القاصر أو الطفل⁽¹⁾ فقط، وتارة تشمل كل صفات المولى عليه سواء القاصر أو غيره من المحجور عليهم كالمجانين والسفهاء والمكفولين، كما تتعلق تارة بالجرائم الواقعة على شخص المولى عليه، وتارة أخرى تتعلق بماله، وهو ما سنبينه من خلال الأمثلة الموالية:

- جريمة ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر: وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المواد من 314 إلى 317⁽²⁾، فالجريمة تتعلق بترك الطفل أو تعريضه للخطر، كتركه في مكان ما، ولو تم ذلك على مرأى من الناس. كما يعاقب القانون على التحريض وحمل الغير على ترك الطفل أو تعريضه للخطر، ولا تقتصر هذه الجريمة على الطفل فقط، بل تشمل أيضا العاجز سواء بسبب حالته البدنية كالكبير في السن أو المصاب بعاهة أو بسبب حالته العقلية كالمجنون والمعتوه⁽³⁾، فلا يشمل هذا النص المفقود الغائب بطبيعة الحال لاستحالة ذلك.

أما عن الجزاء فقد غلّظه المشرع برفع عقوبة الجريمة المقررة قانونا بدرجة واحدة بالنظر إلى صفة الجاني حسب قول المادة 315 من قانون العقوبات: «إذا كان مرتكب الحادث من أصول الطفل أو العاجز أو ممن لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة كما يلي: ...»⁽⁴⁾، ويفهم مبدئيا من هذه العبارة أنها تتعلق بكل نائب شرعي يتولى رعاية الطفل كالولي الشرعي أو الكافل.

(1) _ استخدم المشرع الجنائي ضمن النصوص الجنائية الموضوعية أو الإجرائية، مصطلحات ثلاث للدلالة على نفس المعنى والمتمثلة في: القاصر، الحدث والطفل، وقد عرف الطفل بالقانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل بموجب المادة الثانية منه: «يقصد بمفهوم هذا القانون بما يأتي:

-الطفل: كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر 18 سنة كاملة، يفيد مصطلح "حدث" نفس المعنى...».

(2) _ المادتين 314، 315 تتعلقان بترك الطفل أو العاجز في مكان خال من الناس بينما المادتين 316، 317 تتعلقان بتركهما في مكان غير خال من الناس.

(3) _ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ج1، ص 177.

(4) _ (الأمر رقم 66-156)، مرجع سابق.

لكن يثور التساؤل عما إذا كان النص يشمل الوصي والمقدم، على اعتبار السلطة المخولة لهما طبقا لقانون الأسرة التي تكون على مال مولاهم دون نفسه، كما أن طبيعة الجرم وهي تعريض طفل أو عاجز للخطر بتركه في مكان خال أو غير خال من الناس توحى إلى الاعتقاد أن من يقوم بهذا الجرم تكون له سلطة نفس المولى عليه؟

ولعلّه يمكن الإجابة على التساؤل المطروح بأن المشرع الجنائي قصد أيضا الولي على المال أي الوصي والمقدم، ولو كانت طبيعة الجرم توحى بخلاف ذلك، ومثلها جرائم أخرى، كالجرائم التي سنورها مواليا لهذه الجريمة والمتمثلة خاصة في منع المولى عنه الطعام والعناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر حسب المادة 269 وما بعدها، وكذلك جرائم هتك العرض والأفعال المخلة بالحياء وأعمال الدعارة حسب المادة 334 وما بعدها. والمادة 343، وأيضا جرائم الاتجار بالأشخاص حسب المادة 303 مكرر 4 وما بعدها. وذلك للأسباب التالية:

- أن المشرع الجنائي وسّع دائرة هؤلاء الجناة المشددة العقوبة عليهم بقوله: «كل من لهم سلطة أو ممن يتولون رعاية المولى عليه»، فالتعبير ورد بشكل مطلق، فقد تكون سلطة أي شخص تربط بينه وبين أشخاص آخرين علاقة التبعية، فيستوي أن تكون سلطة قانونية كالولاية أو الوصاية⁽¹⁾، أو كانت سلطة اتفاقية كالاتفاق مع دور الحضانة بل وأي شخص تم الاتفاق معه على حضانة الطفل ولو لساعات من نهار أو ليل.

- أن المشرع الجنائي، وسّع من تلك الدائرة لأنه راعى العلاقة بين الجاني والمجني عليه ولو كان وصيا على أمواله لأنه تقوم بينهما علاقة ثقة، فيكون للوصي نفوذ على مولاة ويستغل ثقة المجني عليه أو يستعمل نفوذه فيمارس عليه إكراها معنويا أو خوفا ولو لم يكن راعيا له أو لم يكن نائبه على نفسه، بل وما يدعم قولنا هو أن المشرع الجنائي في جرائم أخرى مثل تلك المتعلقة بالدعارة المنصوص عليها بالمادة 343 وما بعدها خاصة المادة 344 شدد العقوبة على مجموعة من الفئات وذكر منهم الوصي.

(1) _ نور الهدى زغيب، «جرائم الاتجار بالأطفال في التشريع الجزائري»، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون العام، فرع قانون العقوبات العلوم الجنائية، جامعة قسنطينة1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2018/2019، ص204.

مما يعني أن لهذا الأخير دور وسلطة وعلاقة بالمجني عليه، واستغلال هذه المكانة يضر بالمولى عليه أكثر، واعتدادا بذلك شددت العقوبة على النائب الشرعي مهما كانت صفته.

وعلى نفس المنوال، نجد نفس الحكم من تشديد العقوبة على النائب الشرعي بسبب صفته وسلطانه في جرائم العنف العمدية والمنصوص عليها بالمواد من 269 إلى 272 من قانون العقوبات، لكن هذه النصوص خاصة بالقصر الذين لا تتجاوز سنهم السادسة عشر دون غيرهم من المحجور عليهم وتتمثل خاصة في أفعال الجرح والضرب العمدي.

والأمر سيان في جريمة المنع العمدي للطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحة المجني عليه للضرر، أو ارتكاب ضده أي عمل آخر من أعمال العنف أو تعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، وسار المشرع على نفس الدرب فيما يخص جرائم هتك العرض، والاعتصاب والأفعال المخلة بالحياء سواء تعلق الأمر بالقاصر المادتين 334، 336 أو غيره من المحجور عليهم المادة 335⁽¹⁾، إذ شددت العقوبات المقررة بتلك النصوص القانونية على النائب الشرعي بموجب المادة 337 والتي نصها كالتالي: «إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليهم أو كان من معلميّه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص المبيينين أعلاه أو كان موظفا أو من رجال الدين، أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليها في المادتين 335 و336»⁽²⁾.

ونفس الحكم قضى به المشرع في مختلف أعمال الدعارة المنصوص عليها بالمادة 343 إذ شدد العقوبة بموجب المادة 344 على النائب الشرعي إذ قضى النص: «...إذا كان مرتكب

(1) _ استخدم المشرع بالمادة 335 عبارة: «إنسان ذكر كان أو أنثى» مما يعني شمول النص بالحماية لكل محجور مولى عليه.

(2) _ (الأمر رقم 66-156)، مرجع سابق.

الجنحة زوجا أو أبا أو أما أو وصيا على المجنى عليه أو يدخل في إحدى الفئات التي عدتها المادة 337...»⁽¹⁾.

وفي كل تلك الجرائم وبالإضافة إلى العقوبة المشددة بسبب صفة النائب الشرعي فإنه يمكن للقاضي إذا كيّف الجرائم جنحا، أن يقضي بحرمان النائب الشرعي من سلطاته على مولاه كإسقاط حق الولاية من أحد الأبوين أو الوصاية عن الوصي ومثالها ما قضت به المادة 270⁽²⁾. وأما إذا كانت جناية فالقاضي يحكم بها وجوبا طبقا للمادة 9 مكرر⁽³⁾.

وبطبيعة الحال فإن تلك الجرائم لا تتعلق بالغائب والمفقود إذ لا يتصور قيام هذه الجرائم في حقه من قبل نائبه الشرعي (المقدم) لغيابه وفقده.

ومن أبرز أمثلة الجرائم التي نوردها أيضا، جريمة انتهاز احتياج القاصر المنصوص والمعاقب عليها بموجب المادة 380 لتعلقها بأموال المولى عليه، فهذا النص يجرّم الاعتداء عليها من قبل نائبه الشرعي، إلا أنه يجب التنبيه على أنها لا تتعلق إلا بالمولى عليه القاصر والطفل، فنص المادة لا يحمي سوى القصر دون غيرهم من العاجزين كالمحجور عليهم للسفه أو الجنون، كما لا تحمي أيضا الاعتداء على أموال الغائب والمفقود. فحبذا لو تدخل المشرع بتعديل النص أو استحدث نصا جديدا من شأنه أن يشمل بالحماية أموال المحجور عليهم مهما كانت صفتهم حتى الغائب والمفقود، باعتبارهم فئة ضعيفة عاجزة عن حماية نفسها، وتعتبر الأكثر عرضة للانتهاز والاستغلال والاعتداء.

وتتمثل جريمة انتهاز احتياج القاصر حسب المادة 380 في قيام الجاني باستغلال احتياج القاصر أو ضعفه أو هوى نفسه أو عدم خبرته، ليحصل على منفعة مالية له أو لغيره اضرازا

(1) _ (القانون رقم 01-14)، مرجع سابق.

(2) _ فيما قضت به بفقرتها الثانية: «ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر»، الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 (جريدة رسمية عدد 53، مؤرخة في 4 يوليو 1975).

(3) _ ونصها: «يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في: ...5-عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما،

6-سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها...»، أضيفت بالقانون رقم 06-23، مرجع سابق.

بالقاصر. ولم يحصر المشرع هذا الاستغلال في تصرف معين بل وسّع من دائرته ليشمل كل التصرفات التي تشغل الذمة المالية للقاصر⁽¹⁾.

وحديثنا عن الاستغلال يوجب علينا التعرّيج على أحد أهم الجرائم الدولية المستحدثة وتتمثل في جرائم الاتجار بالأشخاص التي تقوم على صور عديدة من الاستغلال المحرّم للأشخاص⁽²⁾، والتي تناولها المشرع من المادة 303 مكرر 4 إلى المادة 303 مكرر 15 من قانون العقوبات كما تضمن قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل بعضاً من أحكامها وصورها المتعلقة بالطفل كجريمة الاستغلال الاقتصادي له.

وعرّفت المادة 303 مكرر 4 جريمة الاتجار بالأشخاص بقولها: «يعد الاتجار بالأشخاص تجنيد أو نقل أو تفقيل أو إيواء أو استقبال شخص أو أكثر بواسطة التهديد بالقوة أو باستعمالها أو غير ذلك من أشكال الاكراه أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال.

ويشمل الاستغلال، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول أو السخرة أو الخدمة كرهاً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.

(1) _ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ج1، ص 366.

(2) _ تعتبر جرائم الاتجار بالأشخاص امتداد لنظام الرق بثوب جديد وبأساليب وطرق حديثة، وتطورت لتصبح من أكثر الجرائم خطورة على حقوق وكرامة الانسان، وامتد مداها لخارج الحدود الوطنية، وصارت تعتبر ثالث أكبر نشاط اجرامي في العالم بعد تجارة السلاح والمخدرات حسب احصائيات منظمة الأمم المتحدة والمجلس الأوروبي، كما قدرت عائداتها بمبلغ اثنان وثلاثون(32) مليار دولار، فاجتهد المجتمع الدولي لمحاولة منع وقمع تلك الجرائم غير الإنسانية، بوضع ترسانة قانونية أهمها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة لسنة 2000م، بالإضافة إلى البروتوكول الاختياري لمنع وقمع ومكافحة الاتجار بالأشخاص.

La traite des êtres humain, lacimade, imprimerie de la centrale, octobre 2016, p4.

نور الهدى زغيب، مرجع سابق، ص أ، ب.

يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج.

يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من خمس (5) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.500.000 دج إذا سهل ارتكابه حالة استضعاف الضحية الناتجة عن سنها أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني متى كانت هذه الظروف ظاهرة أو معلومة لدى الفاعل»⁽¹⁾.

ولا يذهبن الاعتقاد أن هذه الجريمة لا تكون إلا عن طريق إدارة وتدبير شبكات الاجرام المنظم العابر للحدود، بل نجد لها تطبيقات في حياتنا اليومية، كرئيس العمل الذي يشغل عامل في ظروف قاهرة، ولا يعطيه اجرا انما بمقابل يتمثل في مجرد الإقامة، أو نجد آخرين مستغلين في مثل هذه الظروف من أجل تسديد الديون التي عليهم، بل قد نجد لها تطبيقات حتى على مستوى الأسرة الواحدة كاستغلال الأولياء أولادهم من أجل التسول، أو التكفل بطفل من أجل استغلاله في الأعمال المنزلية، فتتخذ هذه الجرائم عدة أشكال باختلاف صورة استغلال الأشخاص، وهي الصور التي عدتها المادة أعلاه على سبيل الحصر، فتقوم الجريمة متى تحققت عناصرها الثلاثة وهي:

-**الفعل:** إذا قام الجاني بأحد الأفعال والسلوكات المحددة في المادة السابقة من تجنيد أي توظيف، أو نقل أو تثقيب أو إيواء أو استقبال.

-**الوسيلة:** إذا استخدم الجاني أحد الوسائل التالية: التهديد والاكراه، سواء باستعمال القوة أو لا، الاختطاف، الاحتيال والخداع، إساءة استعمال السلطة، أو استغلال حالة استضعاف، إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر.

-**الهدف:** إذا قام الجاني بأحد الأفعال المحددة، واستعمل إحدى الوسائل المذكورة من أجل الاستغلال، هذا الاستغلال الذي يمكن أن يكون في عدة صور حسب ما هو محدد في النص

(1) _ أضيفت بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، (جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 8 مارس 2009).

القانوني⁽¹⁾.

وما يهمننا في هذا المقام، هو تصدي المشرع الجزائري لحالة ارتكاب النائب الشرعي لهذا الجرم في حق مولاه، وتجلى ذلك من خلال ما يلي:

- التصدي للنائب الشرعي مهما كانت صفته في ارتكاب هذا الجرم في حالة إساءة استعماله لسلطاته، أو تلقى مبالغ مالية أو مزايا من أجل إعطاء موافقته على شخص مولاه.

- التصدي للنائب الشرعي مهما كانت صفته في ارتكاب هذا الجرم، من خلال توسيع دائرة صفة المولى عليه، عندما أقر النص القانوني قيام الجريمة في حالة استضعاف الضحية لصغر سنها، أو مرضها أو عجزها البدني أو الذهني. فبالرغم من أن المشرع لم يوضح تحديدا السن التي تكون الضحية فيه في حالة ضعف، إلا أنه تأكد من خلال النصوص العقابية أن الأمر يتعلق بالأطفال⁽²⁾، وهو يمثل أحد أشخاص المولى عليهم، بالإضافة إلى فئة المجانين والمعتوهين إذ يدخلون تحت وصف العاجزين ذهنيا.

- وأخيرا، فإن المشرع الجنائي قد جعل من صفة النائب الشرعي، ظرفا مشددا لتلك الجرائم، وهو ما قضت به المادة 303 مكرر⁽³⁾5، بل وجعل من صفة المجني عليه، إذا كان المولى عليه طفلا أو مجنونا أو معتوها، أيضا ظرفا مشددا، بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 303 مكرر 4 أعلاه، وهو ما يكرس حماية أكبر وفعالة للعلاقة بين النائب الشرعي ومولاه، وعزز هذه الحماية بمنع النائب الشرعي الاضرار بمولاه عن طريق عزله من المهام النيابة بتطبيق المادة 9 مكرر، أو المادة 303 مكرر 7 التي قضت بالحكم على الجاني بأحد العقوبات التكميلية أو أكثر التي عدتها المادة 9.

⁽¹⁾ - La Cimade, opcit, p4, 5, 6.

⁽²⁾ _ نور الهدى زغبوب، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها.

⁽³⁾ _ ونصها كما يلي: «يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالسجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر ظرف على الأقل من الظروف الآتية: -إذا كان الفاعل زوجا للضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها أو كانت له سلطة عليها أو كان موظفا ممن سهلت له وظيفته ارتكاب الجريمة...»، (القانون رقم 09-01)، مرجع سابق.

وإننا ننوه عند هذا الحد أن تلك الجرائم إذا ما ارتكبت من قبل النائب الشرعي على مولاه، فهي تمس بنفسه وماله وكرامته كاستغلاله في الممارسات الجنسية أو الاسترقاق والاستعباد، واستغلاله أيضا عن طريق السخرة أو التسول، وبيعه أو نزع أعضائه وبيعها، لذا نستحسن تصدي المشرع لها ضمن النصوص الجنائية، بل والأكثر من ذلك فقد دعمها بالتفصيل والتخصيص في البعض منها كجريمة الاستغلال الاقتصادي للأطفال، وجريمة التسول، وجريمة بيع الأطفال⁽¹⁾.

ثالثا: مساءلة النائب الشرعي بصفته وليا أصليا: والمقصود هنا أنه إذا كان النائب الشرعي أحد الوالدين أبا أو أما بصفة خاصة فهما الوحيدين الذين لهما الولاية الأصلية بموجب المادة 87 من قانون الأسرة.

ونظرا لمكانة الأب والأم الخاصة والمميزة في حياة أبنائهما ونظرا لحرص المشرع الجزائري على حماية الروابط الأسرية فقد خص الجرائم التي يكون فيها الأب أو الأم جناة على أولادهم الشرعيين دون غيرهم بنصوص خاصة تتماشى والمصلحة المغلبة في الحماية، فتارة تغلب مصلحة الأبناء فإما تشدد العقوبة إذا ارتكبها أحد الوالدين وإما يجعل جريمة معينة لا تقوم إلا إذا قام بها أحد الوالدين يعني جعلهما أحد أركان الجريمة وتارة تغلب مصلحة الأسرة فيجعل المشرع من عقوبة بعض الجرائم مخففة إذا ارتكبها أحد الوالدين أو يجعل من صفتها سببا للتقيد أو الإعفاء من العقوبة وهو ما سيتم التفصيل فيه فيما يلي:

1- الجرائم مشددة العقوبة بسبب صفة الوالدين: فبالإضافة إلى الجرائم التي أوردناها سابقا عند الحديث عن تشديد العقوبة بسبب صفة النائب الشرعي والتي تشمل هذه الصفة صفة الأب والأم فإنه في هذا العنصر نعرض فقط الجرائم المشددة للأب والأم فقط دون غيرهما ومثالها:

⁽¹⁾ _ جرّم المشرع الجزائري استغلال الأطفال اقتصاديا وعرّف هذه الجريمة بموجب المادة الثانية من قانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، ثم أورد نص المادة 195 مكرر من قانون العقوبات التي تجرم التسول بالقاصر، وأما بيع الأطفال فجرمه بموجب المادة 319 مكرر من نفس القانون.

تغليظ العقوبة في الفعل المخل بالحياء دون عنف والمركب من طرف أحد الأصول على قاصر ولو تجاوزت سنه السادس عشرة وقبل بلوغ الزواج، فيعد هذا الفعل جنائية تعاقب عليها المادة 334 بفقرتها الثانية بالسجن من خمسة إلى عشرة (10) سنوات⁽¹⁾، وبما أن هذه الجريمة تكيف جنائية فيجب على القاضي أن يحكم بحرمان أحد الوالدين من حقه في الولاية، وكذلك الحال في جريمة الإجهاض فقد تعامل معها المشرع معاملة خاصة تتميز بالتشديد في أحكامها خروجاً عن القواعد العامة الجنائية وذلك كما هو موضح:

أن المشرع لم يفرق في تجريمه لفعل الإجهاض بين الاعتداء الذي يقع في الأشهر الأولى للحمل وبين الاعتداء الذي يقع في الشهور الأخيرة، إذ المنطق والنصوص الشرعية يقتضيان أن حرمة الكائن البشري في بداية تخلقه لا تستوي مع حرمة بعد نفخ الروح فيه وجعل من الحماية الجنائية للجنين حماية قوية خاصة وأنه حرم الإجهاض بصورة مطلقة وعاقب على فعل الإجهاض سواء كان من الغير أو من المرأة نفسها ولو وقف الفعل عند حد الشروع بل ولو كان الحمل مفترضا أو غير موجود. ودعم ذلك كله بتجريم التحريض على الإجهاض كما وسع في مفهوم الاشتراك واعتبر مرتكب التحريض فاعلا أصليا وليس شريكا كما تقتضيه القواعد العامة للاشتراك في قانون العقوبات ولا تشترط حصول نتيجة الإجهاض لقيام الجريمة.

بل والأكثر من ذلك فاعتبر المشرع أن مجرد دلالة المرأة الحامل على وسائل الإجهاض يعد عاملا تنفيذيا لجريمة الإجهاض ويعد فاعلا للجريمة لا مجرد شريك وهذا خروج عن القواعد العامة أيضا في التفرقة بين الفاعل والشريك ويوقع العقاب ولو لم تستعمل المرأة تلك الوسائل⁽²⁾.

ومن ذلك كله يتضح مدى التشديد الذي تبناه المشرع في التعامل مع جريمة الإجهاض.

وبنفس درجة الشدة تعامل مع الأم المجهضة لحملها ولم يراع لها أية ظروف تمر بها⁽³⁾ كما أن هذه الجرائم تشمل القاصر والطفل دون غيره من المحجور عليهم.

(1) _ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ج1، ص 98.

(2) _ كريمة محروق، «الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء»، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 311 إلى 320.

(3) _ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 68.

2- الجرائم التي يكون أحد أركانها صفة الوالدين: والمقصود بها تلك الجرائم التي لا تقوم إلا إذا قام بها أحد الوالدين وبالتالي لا تقوم في حق غير الأب والأم الشرعيين كالوصي أو الكافل أو المقدم. وتتمثل أساسا في جرائم ترك الأسرة المنصوص عليها في المواد 330، 331 و332 من قانون العقوبات، والتي تكون في ثلاث صور كآآتي:

أ/ جريمة ترك مقر الأسرة المادة 1/330⁽¹⁾: ولقيام هذه الجريمة يقتضي وجود رابطة أبوة وأمومة كركن مادي، فلا تقوم في حق الأجداد أو غيرهم ممن يتولون تربية الأولاد. وذلك بالابتعاد عن مقر الأسرة والتخلي عن الالتزامات المادية والأدبية اتجاه الزوج الآخر وأولاده لمدة أكثر من شهرين، وهذه الالتزامات تتمثل في النفقة والرعاية والتعليم والتربية⁽²⁾.

ب/ جريمة الإهمال المعنوي للأولاد حسب المادة 3/330⁽³⁾: وتتمثل في تعريض صحة الأولاد أو أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم، ويشترط لقيام هذه الجريمة توفر عنصر الأبوة والبنوة أي أن يكون الجاني أبا أو أما شرعيين وذلك باستعمال وسيلة الضرر المشار إليها في النص أو غيرها لأنها جاءت على سبيل التمثيل⁽⁴⁾.

وقد أجازت المادة 332 للقاضي في الجرح المنصوص عليها أعلاه أن يحكم بحرمان أحد الوالدين من حق الولاية كليا أو جزئيا حسب المادة 14 من هذا القانون والتي تحيل للمادة 9 مكرر 1.

(1) _ ونصها: «يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج: 1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبنىء عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية»، (القانون رقم 15-19)، مرجع سابق.

(2) _ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ج1، ص 145، 146.

(3) _ ونصها: «أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها»، مرجع سابق.

(4) _ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 34، 35.

ج/ عدم تسديد النفقة الغدائية المقررة قانونا بالمادة 331⁽¹⁾: وتعلق هذه الجريمة بامتناع أحد الوالدين المحكوم عليهما بنفقة غدائية اتجاه أولادهما الشرعيين ولمدة تتجاوز الشهرين حرصا من المشرع على حماية هؤلاء الأولاد من أي أضرار مادية.

وهذه الجرائم تتعلق بالمولى عليه الحامل لصفة الابن الشرعي، فلا تنطبق على غيره كالمكفول مثلا، كما أنها تتراوح بين حماية الأبناء القصر تارة، وتارة أخرى تتعلق بحماية البالغين الذين يمكن أن يكونوا محجورا عليهم كالابن الشرعي البالغ المجنون، الذي قضى له القضاء نفقة غدائية لأنه عاجز.

3- جرائم مخففة أو مقيّدة أو معفاة من العقوبة بسبب صفة الوالدين: ومن الجرائم مخففة العقوبة بسبب صفة الوالدين ما قضت به المادة 261 من قانون العقوبات⁽²⁾، والمتمثلة في جريمة قتل الابن حديث العهد بالولادة من قبل أمه. فجعل المشرع من عناصر قيام هذه الجريمة شرط توفر عنصر الأمومة وعاقبها بعقوبة مخففة نوعا ما، ولا يستفيد من هذا التخفيف من ساهم أو شارك معها في قتل ابنها والعكس صحيح أي إذا كان قاتل الطفل حديث العهد بالولادة شخصا آخر غير الأم وأن الأم كانت شريكا فإن الفاعل الأصلي يعاقب بعقوبة القتل العمد العادية وأما الأم فتستفيد من العقوبة المخففة⁽³⁾.

كما نجد المشرع الجنائي أعفى الأصول⁽⁴⁾ من العقاب في حالة ارتكابهم مجموعة من الجرائم على الأموال والمتمثلة في جريمة السرقة بموجب المادة 368 وكذا جريمة النصب بموجب المادة 373 من قانون العقوبات والتي تحيل إلى المادة 368 وجريمة خيانة الأمانة بمقتضى المادة 377 والتي تحيل هي الأخرى للمادة 368، ونفس الحكم في جريمة إخفاء الأشياء الذي قضت به المادة 389 بإحالتها دائما للمادة 368. ومعنى ذلك أنه إذا تمت السرقة

(1) _ انظر المادة 331 من قانون العقوبات.

(2) _ انظر المادة 261 من قانون العقوبات.

(3) _ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 133.

(4) _ الأصول وهم الأب والجد وإن علا، والأم والجدّة وإن علت، ويمثلون نوع من القرابة الحقيقية ومنها الفروع وهم: الابن، وابن الابن، وإن نزل، البنت وابن البنت، وإن نزل. العربي بلحاج، أحكام المواريث، مرجع سابق، ص 99.

أو أي جريمة من الجرائم المذكورة من أحد الأصول إضراراً بأموال فروعهم فيكون الحكم بالإعفاء من العقوبة وليس البراءة، وهذا الإعفاء يعتبر من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه⁽¹⁾، ولا يستفيد منه الأشخاص الآخرون سواء كانوا فاعلين أصليين أو مساعدين ماعداً من نصت عليهم المادة 368 بحيث قررت: الإعفاء من العقوبة في الجرائم السابقة في حالة ارتكبتها: الأصل إضراراً بالفرع والفرع إضراراً بالأصل⁽²⁾.

بل فقد قرر المشرع بموجب المادة 369 بتقييد المتابعة الجزائية في جريمة السرقة وكذا الجرائم الأخرى المذكورة أعلاه والتي أحالت أيضاً نصوصها القانونية إلى أحكام المادة 369 بشرط شكوى الشخص المضرور، وبالتالي فالتنازل عن تلك الشكوى يضع حداً للمتابعة الجزائية إلا أن نص المادة 368 لم يحرم الشخص المضرور من حقه في التعويض المدني لجبر الضرر الحاصل له. ثم إن هذا الحكم يشمل كل الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة⁽³⁾. وبالتالي فهو حكماً ليس خاصاً بالأصول فقط.

ولعلّ هدف المشرع الجزائي من هذا الإعفاء من العقوبة والتقييد للمتابعة الجزائية، المحافظة على الترابط والتضامن الأسري والابتعاد عن التفكك ونشر الضغينة، وبالرغم من تلك الأهداف النبيلة التي يسعى المشرع إليها إلا أن هناك البعض من الدارسين يرون الأمر مستغرباً بعدم معاقبة الأب السارق لأموال ابنه ولا يتفق مع مصلحة القصر وغيرهم من الضعفاء⁽⁴⁾.

ونستحسن ما أخذ به المشرع في إعفاء الآباء والأمهات من العقوبة أو تخفيفها أو تقييدها بشكوى الأبناء، لأن العلاقات الأسرية تتميز بكونها حساسة تختلف عن غيرها من العلاقات، فمهما كان ذنب الوالد في حق ابنه أو العكس، فإن الفطرة الإلهية مكّنت القلوب من القدرة

(1) _ أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ج1، ص 283.

(2) _ وجاء نص المادة 369 كما يلي: «لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيينين فيما بعد، ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني:

1) الأصول إضراراً بأولادهم أو غيرهم من الفروع.

2) الفروع إضراراً بأصولهم». (القانون رقم 15-19)، مرجع سابق.

(3) _ انظر المادة 369 من قانون العقوبات.

(4) _ مراد عامر، مرجع سابق، ص 72، عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص 203.

والاستطاعة على المسامحة والغفران والمحبة والاستمرار. وحقا نجد لموقف المشرع الجزائري مستندا في أحكام الشرع الإسلامي إذ أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يقام حد⁽¹⁾ السرقة وهو قطع اليد إذا قام أحد الأصول بالسرقة من مال أحد الفروع، كما قالوا ما عدا المالكية بعدم القطع إذا كانت السرقة من قبل أحد الفروع من مال أحد الأصول⁽²⁾.

وأما عن المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي في الفقه الإسلامي فهي مقررة بصفة عامة إذ نجد المولى عليه مهما كانت صفته من فئة الصغار أو الكبار ناقصي وعديمي الأهلية كالسفيه والمجنون محمي شرعا بقواعد القصاص شأنه شأن أي إنسان آخر إذ شرعت تلك القواعد كحماية للناس من كافة الاعتداءات عليهم استنادا لقوله تعالى: ﴿وَكَبِّنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ (سورة المائدة، الآية:47).

وهذه المسؤولية تتعلق بالاعتداء على نفس المولى عليه⁽³⁾ كالضرب والجرح والقتل... وأما الاعتداءات المالية فإن أحكام الشريعة الإسلامية لم تضع عقوبات خاصة بها وإنما تركت الأمر

(1) _ تعريف الحد: عرف الفقهاء الحد بأنه عقوبة مقدرة حقا لله تعالى، فهو يحمل معنى العقوبة ويدخل في هذا المعنى القصاص والتعزير، فأما القصاص فهو معاملة الجاني بمثل اعتدائه ولا يسمى القصاص حدا لأنه حق للعبد له أن يعفو عنه على عكس الحد الذي لا يمكن العفو عنه، وأما التعزير فهو التأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة. وتركت الشريعة الإسلامية هذه العقوبة للحكام ليضعوا لها ما يناسب كل زمان ومكان وهذا من رحمة الشرع بالعباد. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج5، ص9، 15، 17، 121.

(2) _ المرجع نفسه، ج5، ص 140.

(3) _ واهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالتصدي للاعتداء على النفس بصفة عامة. كما تطرقوا لبعض الأحكام الخاصة بالاعتداء على الصغير واللقيط وبينوا مسائلها بشيء من التفصيل، فمثلا خصوا الصغير بمسألة الضرب للتأديب إذا نتج عنه أضرار:

فإذا ضرب الأب ابنه تأديبا وحصل له ضرر: فإذا أضر به حيث لا يضرب بالتأديب وحيث يضرب ولكن فوق ما يضرب للتأديب فإنه يضمن وعليه الكفارة. وإما أن ضربه حيث يضرب ومثل ما يضرب للتأديب فعليه الدية، إلا أبو حنيفة فيقول الدية والكفارة. وأما الوصي إذا ضرب الصغير تأديبا حيث يضرب ومثل ما يضرب للتأديب ضمن بالإجماع. كما نجد أحكاما أخرى في إهمال الوالدين للولد فأدى إلى موته وإن كان الولد مما لا يحفظ نفسه فلكليهما كفارة. كما خصصوا أحكاما باسقاط الجنين سواء من الأم أو من غيرها بالضرب أو بأي وسيلة أخرى وفرقوا بين حكم إسقاط الجنين قبل وبعد نفخ فيه الروح ومسائل أخرى خاصة باللقيط. الأسروشني، جامع أحكام الصغار، مرجع سابق، ج2، ص 146، 166، 167. وللإطلاع على أحكام الاعتداء على الجنين من نفس المرجع، ص 159 وما بعدها من مسائل اللقيط، وكذلك ج1، ص 219 وما بعدها.

لسلطة الحاكم ليضع لها ما يناسبها حسب الزمان والمكان من عقوبات تحت ما يسمى بالتعزير ما عدا الاعتداء على المال بالسرقة فتم التصدي له بعقوبة قطع اليد⁽¹⁾. ولذلك يرى الفقه الإسلامي أن التصرفات الضارة التي يقوم بها النائب الشرعي اعتداء على نفس المولى عليه هي التي تكون محلا للمسؤولية الجنائية، أما تلك الضارة بمال المولى عليه فهي تخضع للمساءلة المدنية⁽²⁾، فيمكن أن يتعرض لنوعين من الجزاء وهما الضمان والعزل⁽³⁾.

وحاصل القول أن قانون الأسرة لم ينظم في قواعده مسؤولية النائب الشرعي، وإنما أحال ذلك للقواعد العامة الخاصة بالمسؤولية المدنية والجنائية، وأن هذه القواعد العامة تقيم مسؤولية النائب الشرعي على كل اعتداء على موله سواء تعلق الأمر بالاعتداء على نفسه أو ماله، بيد أن قانون الأسرة لم يقر بإمكانية قيام مسؤولية النائب الشرعي إلا بمناسبة النيابة على الأموال.

وبالرغم من أن قانون الأسرة لم يفصل في أحكام مسؤولية النائب الشرعي، إلا أن للقضاء ما يكفي من النصوص القانونية العامة (قانون مدني، قانون جنائي) لتقرير مسؤولية النائب الشرعي كلما أخلّ بالتزاماته النيابية وهي كفيلة بتحقيق الحماية للمولى عليه مهما كانت صفته صغيرا، مجنونا، سفيها، مكفولا، بل وحتى: غائبا ومفقودا على الرغم من أننا وجدنا بعض النقص ضمن تلك النصوص خاصة الجنائية منها فيما يخص حماية الغائب والمفقود، فأغلب نصوص قانون العقوبات تتحدث عن كل من له سلطة على المولى عليه من تربية أو رعاية أما الغائب والمفقود فلا يتصور لهما ذلك لأنه ليس للنائب الشرعي سلطة إلا على أموالهما فقط. فلم نجد نصا خاصا بهكذا حالة، إنما تطبق عليه النصوص العامة الأخرى كخيانة الأمانة مثلا.

كما أن المشرع الجنائي راعى عنصر القرابة بين الأصول والفروع أي الأبوة والبنوة في الجرائم التي يمكن أن يرتكبها الأصول في حق فروعهم، فنظمها بأحكام متميزة وجعلها تارة سبب لتخفيف العقوبة وتارة سببا لتشيدها وتارة أخرى سببا للإعفاء منها، حسب ما تقتضيه المصلحة المغلبة استجابة لخصوصية النظام الأسري وحرصا منه لحمايته.

وختام ما سبق فإن ثبوت مسؤولية النائب الشرعي بنوعها سواء المدنية أو الجنائية، فقد يترتب عليه التعويض أي الضمان بالإضافة إلى إمكانية عزله من مهامه النيابية كليا أو جزئيا.

(1) _ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج5، ص 121.

(2) _ مراد عامر، مرجع سابق، ص 70، عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص 202.

(3) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 316، 317.

المبحث الثاني: طرق انقضاء النيابة الشرعية

يخصص هذا المبحث لدراسة الطرق والأسباب المؤدية لانقضاء النيابة الشرعية وبعض الآثار التي تترتب عن ذلك، وأهمها انتهاء مفاعيلها وسواء كان الانتهاء بالنسبة للنائب الشرعي فقط، دون المولى عليه والذي يخضع عندئذ لنيابة جديدة. أو كان الانتهاء يشملهما معا فنتقضي نهائيا كبلوغ المولى عليه واكتمال أهليته.

ولإحاطة بجوانب هذا الموضوع قسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين، يختص المطلب الأول ببحث الطريق الاعتيادي لانقضاء النيابة الشرعية، كزوال الأسباب الموجبة للنيابة أو الوفاة وغيرها. أما المطلب الثاني فيهتم بدراسة الطريق غير الاعتيادي لانقضاء النيابة الشرعية والمتمثلة في أي حادث أو عارض يعترض النائب الشرعي فيؤدي إلى انقضاء النيابة الشرعية كالحجر عليه أو تخلف أحد شروطها فيه، وغيرها وكل ذلك يفصل فيه فيما يلي:

المطلب الأول: الطريق الاعتيادي لانقضاء النيابة الشرعية

تتقضي النيابة الشرعية وتزول مفاعيلها على المولى عليه بصورة طبيعية وعادية وذلك إما بزوال الأسباب الموجبة لها وإما بالوفاة سواء وفاة المولى عليه أو النائب الشرعي، وأخيرا بتحقق الغاية المرجوة من النيابة الشرعية وفيما يلي تفصيل لكل طريق من الطرق الثلاثة في فرع مستقل على النحو الآتي:

الفرع الأول: زوال الأسباب الموجبة للنيابة الشرعية

حسب قانون الأسرة فإن الأسباب الموجبة للنيابة الشرعية هي الصغر، وأسباب الحجر المتمثلة في الجنون والعتة والسفه والغفلة بالإضافة إلى الغيبة والفقد، وبالتالي فانقضاؤها يؤدي إلى انقضاء النيابة الشرعية كما يأتي بيانه:

أولاً: البلوغ والترشيد: فبلوغ الصغير المولى عليه أو ترشيده ينهي عنه مفاعيل النيابة الشرعية، ويتحقق البلوغ في التشريع الجزائري ببلوغ المولى عليه سن الرشد والمحددة بتسع عشرة (19) سنة كاملة وأن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه، وهو ما قرره نص المادة

40 من القانون المدني، كما وحدّ المشرع الأسري بموجب المادة 7 سن أهلية الزواج بالنسبة للمرأة والرجل على السواء، بسن الرشد المدني⁽¹⁾.

وقد افترض المشرع أن كل من بلغ سن الرشد يكون متمتعاً بقواه العقلية وبالتالي غير محجور عليه وأن كل من يدعي خلاف ذلك أن يثبته⁽²⁾، فيصبح الشخص البالغ تلك السن يتمتع بالأهلية الكاملة لتحمل الحقوق والالتزامات ومباشرتها، ويستطيع التمييز بين ما ينفعه وما يضره، فيصير مؤتمناً على نفسه وماله، فينتفي بذلك مسوغ فرض النيابة الشرعية عليه. وأما إذا بلغ المولى عليه سن الرشد القانوني وكان أو طراً عليه أحد عوارض الأهلية فوجب الحجر عليه بموجب حكم قضائي حتى تستمر عليه النيابة الشرعية.

والواضح أن المشرع أخذ في تحديده للبلوغ بالوصول إلى سن معينة والمحددة بتسعة عشرة سنة ولم يحدده بالعلامات الطبيعية للبلوغ⁽³⁾، كما هو الحال بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية الذين يعتبرون بتلك العلامات استناداً لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾ (سورة النور، الآية: 58)، واستناداً كذلك لقول الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم»⁽⁴⁾ فإن لم يوجد شيء منها أخذوا بالسن⁽⁵⁾، وأما مالك فحكى عنه أنه لا يعلق البلوغ بالسن، إنما يكون بعلاماته

(1) _ ويقابل هذا النص المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية والتي تحدد سن الرشد القانوني بثمانية عشر (18) سنة كاملة. فقانون الالتزامات والعقود المغربي يحيل في مسائل الأهلية لقانون الأحوال الشخصية وهو ما قضى به الفصل 3 من هذا القانون مما يعني أن سن أهلية الزواج وسن الأهلية المدنية واحدة. ظهير رقم 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المعدل والمتمم المتاح على الموقع الرسمي:

www.justice.gov.ma المحين بتاريخ: 26 أغسطس 2019. وتاريخ الاطلاع على الموقع: 27 سبتمبر 2020 على الساعة 21:00.

(2) _ عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، مرجع سابق، ص 35، محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 281.

(3) _ والعلامات الطبيعية: كالحيض وخراج المنى ونبات شعر العانة، وغلط الصوت وغيرها.

(4) _ أبي داود، السنن، مرجع سابق، ج6، ص538، حديث رقم 4353، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا.

(5) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص 92.

كالاحتلام والحيض وغلظ الصوت وغيرها من العلامات⁽¹⁾.

إلا أن الفقهاء اختلفوا في قدر السن التي يتعلق بها البلوغ فأما أبو حنيفة فحددها بثماني عشرة سنة في الغلام وسبعة عشر في الجارية وأما أبو يوسف ومحمد والشافعي فحدودها بخمسة عشر سنة في الغلام والجارية على السواء⁽²⁾.

كما اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية⁽³⁾ على أن رفع الحجر والنيابة عن الصغير لا يكون ببلوغه فقط، إنما يضيفون شرطاً آخر وهو إيناس الرشد منه إضافة لبلوغه مستثنين في ذلك لقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلِيَنكُمْ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (سورة النساء، الآية: 6) . ودلالة الآية قوية في وجوب اعتبار البلوغ الطبيعي الذي به يتمكن الشخص من الزواج وحسن تصرفه حتى يؤتمن على نفسه، وأما مسألة تحديد السن فهي مسألة اجتهادية يرجع فيها إلى زمان وظروف وعادة الشخص. ولعلّ المشرع كان قد راعى كل هذه المسائل في تحديد السن بتسع عشرة (19) سنة، فإذا بلغها الشخص يكون قد بلغ طبيعياً كما يكون قد اكتسب من الرشد الكافي الذي يؤمنه على نفسه.

وأما عن الترشيده⁽⁴⁾، فيعتبر وسيلة أخرى لكمال الأهلية دون بلوغ تسع عشرة سنة، لأنه يترتب عنه اكتساب المرشد الأهلية الكاملة فيما رشده فيه، ويضع حداً نهائياً لمفاعيل النيابة الشرعية، كمن رخص له بالزواج قبل بلوغه فلا يخضع لسلطة نائبه في آثار الزواج، أو من رشده لممارسة التجارة فهو أهل لمباشرتها، وكذلك القاصر العامل الذي تكون له قدرة تحمل كل ما يترتب عن قيامه بعمله. بالإضافة إلى المرشد قانوناً، والمتمثل في الصبي المميز الذي

(1) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص598، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج6، ص344.

(2) _ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص93، 94، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج6، ص344.

(3) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص594، ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، ص1445، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص91.

(4) _ سواء كان ترشيده مدنياً أو تجارياً أو ترشيده ضمن قانون العمل، وهو ما تم التفصيل فيه في مباحث الأهلية من هذا البحث.

له أهلية الاغتناء بموجب المادة 83 من قانون الأسرة، فلا ولاية للنائب الشرعي -مهما كانت صفته- عليه في التصرفات النافعة نفعاً محضاً.

وحول نفس المعنى فصلّ الفقهاء في التّرشيد، فبعدما اتفقوا على ضرورة ائناس الرشد في الصبي البالغ حتى يدفع إليه ماله والذكر والأنثى في ذلك سواء، ما عدا المالكية في المشهور عندهم أن المرأة تبقى في ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها، عادوا واختلفوا في ماهية الرشد؟، فكما أوردناه سابقاً أن الجمهور اعتبروا في الرشد تثمير المال وإصلاحه، بينما يزيد الشافعي مع ذلك صلاح الدين⁽¹⁾.

ثانياً: زوال أسباب الحجر ورفعها: إذا كان منع الشخص بالرغم من بلوغه سن الرشد من التصرف بالحجر عليه، يجد مبرره في أنه أصيب في عقله أو تدبيره، وأصبح غير قادر على تحري مصلحته، فإن قواعد العدالة والانصاف والحرية تقتضي عند تعافيه من إصابته اطلاقه من الحجر، وهو ما قرره القانون والشرع.

فأما القانون بموجب المادة 108 من قانون الأسرة، والتي تقضي بأنه: «يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه»⁽²⁾، مكن المحجور عليه إذا انتفت عنه أسباب الحجر، من رفع دعوى إلى قاضي شؤون الأسرة، يطلب فيها رفع الحجر، ويكون ذلك بنفس شروط رفع دعوى الحجر، وهو ما يفهم من نص المادة 481 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في قولها: «...أو رفع التقديم...»⁽³⁾، فإن رفع الحجر لا يكون إلا بموجب حكم قضائي كما هو الحال في توقيعه، كما يكون للقاضي في هذا الطلب نفس الدور الإيجابي الذي له في دعوى الحجر، فله إذن أن يجري تحقيقاً، أو أن يستعين بخبرة للتأكد من زوال وذهاب الأسباب الموجبة للحجر كشفاء وإفاقة المجنون أو المعتوه، أو صلح بالسفیه وظهر رشده، والاطمئنان على المحجور عليه بأن صار قادراً ومؤتمناً على تولي أمور نفسه وماله.

(1) _ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4، ص1446، 1447.

(2) _ (الأمر رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق. طالع شروط رفع دعوى الحجر من هذا البحث.

وبناء على ذلك يصدر قاضي شؤون الأسرة أمرا سواء برفع الحجر أو الإبقاء عليه، ويكون قابلا للاستئناف في أجل خمسة عشر يوما يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للأطراف أي المحجور عليه، ويسري من تاريخ النطق به بالنسبة للنيابة العامة⁽¹⁾، وإذا كان الأمر يقضي برفع الحجر فوجب طبقا للمادة 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التأشير به على هامش عقد ميلاد المعني، ويعتبر هذا الإجراء إشهارا وحجة على الغير بصحة تصرفات المحجور عيله وليس لأحد الاعتراض على ذلك.

وعلى نفس المنوال سار المشرع المغربي عندما اعتبر الرشد والترشيد وزوال أسباب الحجر ينهي النيابة الشرعية حسب القواعد المقررة في المدونة والتي تقرر امكانية التقدم بدعوى رفع الحجر إلى المحكمة المختصة، التي تصدر حكمها بناء على خبرة طبية وسائر وسائل إثبات زوال أسباب الحجر، ثم شهر هذا الحكم⁽²⁾.

وأما شرعا، فأقر الفقهاء بزوال الحجر لزوال أسبابه⁽³⁾، كبلوغ الصبي وإفاقة المجنون ورشد السفية-ماعدا الحنفية لأنهم لا يحجرون عليه أصلا-، مادام أصبح المحجور عليه يقدر على التصرف ويحفظ ماله، لكنهم اختلفوا في شروط رفع الحجر كمسألة تحديد البلوغ أو الرشد، كما اختلفوا أيضا حول كيفية رفعه وزواله، فهل يكون بحكم حاكم أم بغيره؟

فصار الحجر عندهم منقسما إلى ثلاثة أقسام: قسم يزول بغير حكم حاكم، وهو حجر المجنون، وقسم لا يزول إلا بحكمه، وهو حجر السفية، وقسم فيه الخلاف، وهو حجر الصبي⁽⁴⁾.

ثالثا: عودة الغائب والمفقود: فتنتهي النيابة الشرعية في هذه الحالة بعودة الغائب من غيبته أو المفقود بعد فقده، ونفرق بين إذا ما كانت العودة قبل الحكم بالموت أو بعده:

(1) _ انظر المادة 488 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) _ انظر المواد 220 وما بعدها، والمواد 209 وما بعدها من مدونة الأسرة المغربية.

(3) _ والمقصود هو الأخذ بأسباب الحجر المطابقة لما أخذ به قانون الأسرة، لأن الفقهاء اختلفوا فيها كالرق والفلس والمرأة وغيرها، كما أوردناه سابقا في مباحث الحجر. راجع: ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص594 وما بعدها، ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4، ص1445 وما بعدها، الماوردي، الحاوي الكبير، مرجع سابق، ج6، ص363، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج10، ص90 وما بعدها.

(4) _ ابن قدامي، المغني، مرجع سابق، ج6، ص595.

-إذا كانت العودة قبل الحكم بموت المفقود، فإن علة بقاء المقدم تنتفي ويسترجع المفقود العائد أمواله، وتطبق أحكام المادة 97 من قانون الأسرة، كما يمكن تطبيق قواعد المحاسبة⁽¹⁾.

وأما في حالة عودة المفقود بعد الحكم بموته، فالأمر أكثر تعقيدا ذلك أن الحكم بالموت يؤدي إلى توريثه وتقسيم أمواله على ورثته وهو ما قضت به المادة 115 من قانون الأسرة في قولها: «لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته....». وقد وضع المشرع في نفس النص قاعدة لتسوية الأمر بين أموال المفقود وبين حقوق الورثة بقوله: «وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها»⁽²⁾.

ومفاد هذا النص أن عودة المفقود حيا بعد الحكم بموته في وقت لم تقسم أمواله بعد على ورثته، فيسترجعها كلها كونه أحق بها، ولو قسمت الأموال على ورثته لكنها مازالت موجودة عينا أي لم تستهلك ولم تتلف فله أن يسترجعها أيضا، كما يسترجع الأموال التي حلت محل أمواله لدى الورثة كبديل إذا ما تصرفوا فيها كتمن المبيع مثلا، لكنه لا يمكن له أن يسترجع الأموال التي استهلك أو تلفت⁽³⁾. إلا أنه لفقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة خلاف، فذهب الحنفية والحنابلة في رواية لهم ما أخذ به المشرع إذ يسترجع المفقود ما بقي في أيدي الورثة من أمواله، ولا يسترجع ما ذهب منها، غير أن رواية أخرى للمذهب أنه يسترجع المفقود ما وجد من أعيان أمواله وما أتلف فهو مضمون على الورثة، وقال المالكية والشافعية بأن يرجع بكل تركته ولو بعد تقسيمها على الورثة⁽⁴⁾.

(1) _ وذلك بالقياس على المادة 97 من قانون الأسرة التي تنظم حالة انتهاء مهام الوصي وتسليمه الأموال للقاصر الذي رشد. لأن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي طبقا للمادة 100 من نفس القانون. وفيما يخص دعاوى المحاسبة المنظمة بموجب نصوص قانون الاجراءات المدنية والإدارية، فقد تم التفصيل في شرحها في مباحث الرقابة القضائية على النائب الشرعي من هذا البحث.

(2) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(3) _ علال ياسين، مرجع سابق، ص 313، 314.

(4) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج38، ص 280.

الفرع الثاني: الموت الحقيقي أو الحكمي

تنتهي النيابة الشرعية سواء بموت النائب الشرعي أو المولى عليه، وسواء موتا حقيقيا أم موتا حكما ونفصل في هذه الأحكام فيما يلي:

أولاً: الموت الحقيقي: ويقصد بالموت⁽¹⁾ الحقيقي أو الوفاة الطبيعية: «مفارقة الروح للجسد على وجه الحقيقة واليقين، ويعرف بالمشاهدة، ويثبت بإقامة البينة عليه...»⁽²⁾.

ولا خلاف بين الفقهاء أن الموت ينهي الأهلية ويخرب الذمة ويهدم أساس التكليف⁽³⁾، وهو ما نصت عليه المادة 25 في فقرتها الأولى من القانون المدني بقولها: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته»⁽⁴⁾.

وتثبت واقعة الوفاة قانونا بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية عن طريق التصريح بها من كل ذي مصلحة في خلال أربعة وعشرون (24) ساعة⁽⁵⁾، كما يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات، كون تلك السجلات دليلا ماديا يجوز اثبات عكس ما تحويه⁽⁶⁾.

ثانياً: الموت الحكمي: المقصود بالموت الحكمي، والمعروف بالموت الاعتباري أيضا، أن الشخص يعتبر بموجب حكم قضائي ميتا، فموته غير يقيني، كما هو الشأن بالنسبة للمفقود⁽⁷⁾

(1) _ الموت في اللغة هو ضد الحياة، ويقال يموت ويمات ويميت، فهو ميتٌ وميتٌ. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 1490. ومن أسمائه أيضا: المنون، والمنا والمنية والهالك والوفاة. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج39، ص 248.

(2) _ المرجع نفسه، ص 254.

(3) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 491. الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج39، ص 254.

(4) _ (القانون رقم 05-10)، مرجع سابق.

(5) _ حدد المشرع الجزائري، بموجب المواد 78 وما بعدها من قانون الحالة المدنية، طرق وأجال التصريح بالوفاة، فمدد الأجل لولايات معينة من الوطن، كما رتب عقوبات على التأخير عن المدة المحددة، وحدد أيضا شكل سجلات الحالة المدنية،... وغيرها من الأحكام انظر المواد 78 وما بعدها، أمر رقم 70-20، مؤرخ في 19 فيفري 1970 (جريدة رسمية عدد 21 مؤرخة في فيفري 1970) المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت 2014 (جريدة رسمية عدد 49 مؤرخة في 20 غشت 2014)، والقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017 (جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 11 يناير 2017).

(6) _ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 135.

(7) _ المرجع نفسه، ص 136.

المحكوم بموته، وهذا ما يسمى بالتمويت، أي حكم بالموت، لا موت حقيقة⁽¹⁾. والحكم بموت المفقود حسب قانون الأسرة يكون بشروط وفي حالات محددة ونجملها فيما يلي:

الموت الحكمي للمفقود لا يقع إلا بحكم قضائي برفع الدعوى من كل ذي مصلحة كالزوجة أو الورثة أو أحد الدائنين، أو النيابة العامة لدى المحكمة المختصة، وهي محكمة آخر موطن للمفقود أو آخر محل إقامته، وإلا فالمحكمة التي توجد الأموال بدائرتها⁽²⁾، ومن خلال المادة 113 من قانون الأسرة يتبين أنها فرقت بين حالتين يحكم فيهما بموت المفقود، مع تحديد المدة اللازمة المناسبة لكل حالة ويتم التفصيل في كل ذلك فيما يأتي:

1-الحالات التي يغلب فيها السلامة: فإذا فقد الشخص في الحالات العادية والتي يغلب فيها

السلامة، فإن الحكم بموته يكون بمرور مدة يقدرها القاضي بعد مضي أربع سنوات من فقده.

2-الحالات التي لا يغلب فيها السلامة: وهي حالات الحروب والظروف الاستثنائية كما

إذا فقد الشخص أثناء وقوع كوارث طبيعية كالزلازل والفيضانات أو حوادث مادية، كحوادث الطائرات ولم يعثر على جثته، أو بسبب أوبئة...⁽³⁾، فالمشرع لم يحصر كل الحالات تحسبا لأية ظروف يصادفها الإنسان، وهنا تكون مدة الحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات من الحكم بالفقْد.

والتمتع في أحكام المادتين 109 و 113 من قانون الأسرة يتبين أن تلك المدة تحتسب من تاريخ الفقد المثبت بالحكم القضائي، لأنه حسب المادة 109 أن الشخص لا يعتبر مفقودا إلا بحكم، فالمشرع أخذ باحتساب المدة التي سبقت إعلان الفقد أي ابتداء من وقت واقعة الفقد وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها⁽⁴⁾، بالإضافة إلى أن المادة 113 أوجبت أن يكون صدور

(1) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج39، ص 254.

(2) _ العربي بلحاج، «المفقود في الأحوال الاستثنائية-تعليق على قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10»، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2006، ص 103.

(3) _ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 111.

(4) _ علال ياسين، مرجع سابق، ص 231، قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 2002/04/10 ملف رقم 290808 والمعلق عليه من قبل العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 110.

الحكم بموت المفقود في كلتا الحالتين السابقتين بناء على البحث والتحري عن ظروف الفقد بكل الطرق الممكنة وهو ما أخذ به القرار السابق.

على أن المشرع خص بعض الظروف والحالات الخاصة التي شهدت واقعة الفقد بنصوص قانونية تحمل في طياتها بعض الاختلافات في شروط وإجراءات الحكم بموت المفقود وتتمثل في الحالات التي سبق بحثها وهي: حالة مفقودي فيضانات باب الوادي، حالة مفقودي زلزال بومرداس، وحالة مفقودي ضحايا المأساة الوطنية.

وخلاصة القول: أن الموت سواء كان حقيقيا طبيعيا أو حكما اعتباريا، فهو طريق طبيعي يؤدي إلى انتهاء النيابة الشرعية⁽¹⁾ مع بعض الاختلافات والفروقات في بعض الأحكام حسب المتوفى سواء كان نائبا شرعيا أو كان المولى عليه، ونجملها فيما يأتي:

وفاة النائب الشرعي: مهما كانت صفته وليا، وصيا، كافلا، مقدما، فإن النيابة تنتهي بالنسبة إليه، لأنها شرعت للنظر ولا نظر للإنسان بعد موته، كما لا تورث عنه النيابة كتوارث الأموال والحقوق لأنه لم يستحقها من كسبه إنما هي حق تثبت له سواء بالقرابة كالولي، أو بالتفويض كالوصي والمقدم⁽²⁾. بينما يعين نائبا شرعيا آخر على المولى عليه حسب قواعد النيابة الشرعية وتعتبر بداية لنيابة جديدة إما ولاية أخرى كولاية الأم بعد وفاة الأب. وإما وصاية أو تقديم.... الخ.

ولذلك فلا يجب تأويل قصد المشرع إلى غير ذلك في مسألة الكفالة، إذ جاء في المادة 125 من قانون الأسرة «...وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية»⁽³⁾، فليس المقصود منها أن الكفالة تورث، بل الكافل وحده الملتمزم الوحيد بعقد الكفالة فإذا توفى انقضى معه العقد والالتزام برعاية الولد. وإنما حاول المشرع من خلال عرضه الكفالة على الورثة أولا، حماية ورعاية الطفل

(1) _ وهو ما يقره العقل والشرع والقانون، لذلك تبناه المشرع المغربي أيضا: انظر المواد: 238، 244، 258. راجع:

عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 492، 493، 494.

(2) _ محمد بن عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص 201.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

المكفول بحكم أنهم أقرب له من غيرهم من المتبرعين الكفلاء الجدد وربما تتوفر فيهم الشفقة والحنية أكثر من غيرهم، كما أن الطفل المكفول قد اعتادهم وتقرب منهم.

وإجراءات عرض الكفالة على الورثة نظمتها المادة 497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على ما يلي: «عند وفاة الكافل يتعين على ورثته أن يخبروا دون تأخير قاضي شؤون الأسرة الذي يأمر بالكفالة.

يتعين على القاضي أن يجمع الورثة في ظرف شهر لسماعهم حول الإبقاء على الكفالة.

إذا التزم الورثة بالإبقاء عليها، يعين القاضي أحد الورثة كافلاً.

في حالة الرفض ينهي القاضي الكفالة حسب نفس الأشكال المقررة لمنحها»⁽¹⁾.

ومهما كان الأمر فإن انتقال الكفالة إلى الورثة لا يكون إلا بموافقهم أي بعقد جديد منشئ لنيابة جديدة حسب شروط الكفالة السابقة الدراسة، وإنه لا يمكن إجبارهم على التكفل بالطفل لأن هذا الالتزام يؤدي بمحض إرادتهم ضماناً لحسن معاملتهم له⁽²⁾. فوضح هذا النص المقصود الفعلي لعملية انتقال الكفالة إلى الورثة⁽³⁾.

- وفاة المولى عليه: مهما كانت صفته صغيراً قاصراً، أو سفيهاً أو مجنوناً، فموته يؤدي إلى إنهاء النيابة الشرعية آلياً وكلياً من جانبيها، بينما موت النائب الشرعي ينهي نيابته الشخصية وينقل نيابة النظر⁽⁴⁾، كما يؤدي إلى تقسيم أمواله على ورثته، فلا يبقى له عليها نيابة⁽⁵⁾.

ولا يختلف الحال كثيراً إذا كان المولى عليه مفقوداً، فإن الحكم بموته من شأنه أن يوقف دور المقدم والمتمثل في إدارة وتسيير أمواله لأنه يترتب عن هذا الحكم كل الآثار التي تترتب عن الوفاة الحقيقية فتجمع تركته لتوزع على مستحقيها وهم ورثة المفقود المحكوم بوفاته ويصبغون

(1) _ (القانون رقم 08-09)، مرجع سابق.

(2) _ مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 534.

(3) _ لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 344.

(4) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 493.

(5) _ محمد بن عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص 202.

هم الملاك الجدد لأمواله وبنفس الطريقة يقوم المقدم بتسليم الأموال التي عهد إليه إدارتها إلى ورثة المفقود المحكوم بوفاته، كما يقدم حسابا عنها ويمكن أيضا لورثته محاسبته طبقا لقواعد المحاسبة والمادة 97 من قانون الأسرة كما أسلفنا سابقا.

الفرع الثالث: تحقق الغاية من النيابة الشرعية

تنتهي النيابة الشرعية وتزول مفاعيلها جميعا بطريقة طبيعية إذا تحقق الغرض من إنشائها ويمكن تصورها في الحالات التالية:

أولاً: ولاية التزويج: باعتبارها ولاية خاصة، فتتحقق الغاية فيها بتزويج المولى عليه. لأن بتزويجه سواء أكان ذكرا كالصغير أو المجنون أو أنثى من قبل نائبهم الشرعي تنتهي ولاية التزويج، فهي مظهر من مظاهر الولاية على النفس والتي تقتضي حماية المولى عليه وحفظه وتزويجه، الأمر الذي يحقق له الاستقرار ويحفظ نفسه من الشهوات ويحصنه منها، فيصبح المولى عليه مؤمنا على نفسه بالزواج وما يحققه ذلك من مصلحة ليس للمولى عليه فقط بل للأسرة والمجتمع كافة⁽¹⁾.

إلا أنه في حالة انتهاء الحياة الزوجية للمولى عليه، فيمكن أن يعود للخضوع لولاية التزويج إذا كان غير مأمونا على نفسه⁽²⁾ وما زالت تتوفر فيه أسباب ولاية التزويج حسب قانون الأسرة.

ثانياً: النيابة الشرعية المحددة: والمقصود بها تلك النيابة المشروطة بأداء وظيفة محددة وبالتالي تتحقق الغاية منها بأداء تلك الوظيفة المشروطة⁽³⁾.

وتتطبق هذه الحالة في قول المشرع في المادة 96 من قانون الأسرة: «تنتهي مهمة الوصي...3-بانتهاؤ المهام التي أقيم الوصي من أجلها...»⁽⁴⁾. وبما أنه يخضع الوصي والمقدم لنظام قانوني موحد، فهذا النص ينطبق أيضا على المقدم.

(1) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 227.

(2) _ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 47.

(3) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 238.

(4) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

كما تنطبق في ما قررته المادة 90 من قانون الأسرة التي أجازت للقاضي تعيين متصرف خاص يتولى مصلحة معينة للمولى عليه إذا تعارضت مصلحته تلك مع مصالح نائبه الشرعي. فتعيين هذا الوصي من أجل أداء مهمة محددة كبيع قطعة أرض مثلا يجعله نائبا شرعيا عن المولى عليه في البيع وتنتهي نيابته تلك بإتمام هذا البيع.

كما يمكن تصور حالات أخرى يمكن أن يعين فيها النائب الشرعي من أجل أداء وظيفة محددة:

- إذا آل للمولى عليه مال بطريقة التبرع، واشترط المتبرع ألا يتولى نائبه إدارة المال.

- إذا كان الولي ليس له أهلية مباشرة حق من حقوق الولاية⁽¹⁾. ففي الحالة الأولى قد يحصل أن يشترط المتبرع بمال للمولى عليه كجده أو أمه أو غيرها بعدم توليه من قبل نائبه الشرعي لعدة أسباب كعدم خبرته أو لخصومة بينهما...، بينما تتجسد الحالة الثانية مثلا حينما تسقط ولاية بيع مال معين عن النائب الشرعي بسبب عدم خبرته أو ولاية التزويج بسبب عضله، فيعين نائب آخر للقيام بتلك المهام وتنتهي نيابته تلك بانتهاء آدائها.

ثالثا: النيابة الشرعية المؤقتة: وهنا يفترض أن النيابة أقتت بمدة معينة فتنتهي بانقضاء تلك المدة، وذلك لأن النيابة قد تكون مؤقتة شرعا ببلوغ المولى عليه، فجاز أن تكون مؤقتة بشرط⁽²⁾ وهذا لا خلاف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية⁽³⁾ كالإيصاء بتولي إدارة أموال القاصر مدة غياب وليه خارج الوطن مثلا ولمدة سنتين متتاليتين أو أكثر أو أقل، وأيضا ولاية الأم مدة غياب الأب أو مدة علاجه... الخ.

وقد نص المشرع المغربي صراحة على النيابة المؤقتة وكذلك النيابة المحددة في صورتها الوصاية والتقديم بموجب المادة 258 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الثالثة كما يلي: «3- بانتهاء المهمة التي عين الوصي أو المقدم لانجازها، أو انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي أو المقدم»⁽⁴⁾

(1) _ عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص 76.

(2) _ خالد بوشمة، مرجع سابق، ص 238، عبد الله محمد رابعة، مرجع سابق، ص 298. محمد بن عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص 203.

(3) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج 7، ص 218.

(4) _ (القانون رقم 03-70)، مرجع سابق.

المطلب الثاني: الطريق غير الاعتيادي لانقضاء النيابة الشرعية

تتقضي النيابة الشرعية بأسباب أخرى قد تعترض ممارستها فنتهيها، وهذه الأسباب عادة ما تتعلق بالنائب الشرعي، كما قد تختلف باختلاف صور النيابة، أو قد تشترك في بعضها ولذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين يختص الفرع الأول بعرض الأسباب الإعتراضية المشتركة لانقضاء النيابة الشرعية وأما الفرع الثاني فيعنى ببيان الأسباب الإعتراضية الخاصة ببعض الصور من صور النيابة الشرعية على النحو التالي:

الفرع الأول: الأسباب الإعتراضية المشتركة لانقضاء النيابة الشرعية

بالإضافة إلى الأسباب العامة التي فصلنا فيها في المطلب الأول والتي تعتبر من الطرق الاعتيادية والطبيعية لانقضاء النيابة الشرعية كالوفاة مثلا، فهناك أسباب أخرى مشتركة لكنها اعتراضية قد تعترض إحدى صور النيابة الشرعية فنتهيها بطريق استثنائي ونفصل فيها فيما يلي:

أولاً: عوارض وموانع الأهلية: قد تعترض أهلية النائب الشرعي عوارض تجعله إما ناقص أو عديم الأهلية كأن يصاب بالجنون أو السفه أو الغفلة أو العته، فيصدر بشأنه حكم قضائي للحجر عليه لأحد تلك الأسباب، وكما هو معلوم أن الحجر يمنع الشخص من التصرف في أمواله فكيف له أن يتولى أموال غيره، فتنتهي بذلك نيابته مهما كانت صورتها ولاية، كفالة، وصاية... الخ. ما عدا السفه فالحجر ينهي ولايته على المال فقط دون ولايته على النفس. ومن موانع الأهلية أيضا الغيبة والفقد، فكل نائب شرعي صدر في حقه حكم بالفقدان حسب شروط قانون الأسرة انتهت نيابته لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

وأخيرا يمكن أن يكون النائب الشرعي محلا لحجر قانوني، يوقع عليه كعقوبة تكميلية حسب المادتين 9 و 9 مكرر من قانون العقوبات وذلك في حالة الحكم بعقوبة جنائية عليه، فيحرم بموجبه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، فتتعدم بذلك أهليته بالحجر، وحتما كل من لا يستطيع تولي أموره المادية لا يستطيع تولي أمور غيره فنتتهي بذلك نيابته الشرعية.

وكل ذلك أشار إليه المشرع ضمن نصوص النيابة الشرعية فبالنسبة للولي، فجاءت فيه المادة 91 من قانون الأسرة بقوله: «تنتهي وظيفة الولي: 3...-بالحجر عليه...».

وأما بالنسبة للوصي والمقدم-ما دام يخضعان لنفس الأحكام القانونية فقررت المادة 96 من نفس القانون بأنه: «تنتهي مهمة الوصي: 1-بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته»⁽¹⁾. ونستحسن عمومية النصوص إذ استعمل المشرع مصطلح «الحجر» دون بيان سببه أو نوعه، وأن مصطلح «زوال الأهلية» يحتمل أن يكون بالحجر القضائي أي بموجب حكم أو بالحجر القانوني... الخ، بينما أغفل المشرع عن ذكر كل تلك الأسباب المؤدية لانقضاء النيابة الشرعية في صورة الكفالة، إلا وأنه ونظرا للارتباط الموجود بين الولاية والكفالة، كونها تخول الكافل الولاية حسب المادة 121 فبالضرورة تنطبق عليها كل تلك الأحكام المتعلقة بالولاية ولأنه طبقا للقواعد العامة القانونية والشرعية أن الأهلية مناط التكليف.

فقصور وانعدام الأهلية سبب من أسباب فرض النيابة الشرعية شرعا وقانونا⁽²⁾، فيجبر عليها كل قاصر ومنعدم الأهلية لأن عجزه هو مناط إخضاعه لنظام النيابة، فإذا أصاب النائب الشرعي ذلك العجز نزل منزلة المولى عليه فاستوجب بذلك أن يكون تحت نيابة غيره، ومن احتاج إلى غيره لم يعد غيره في حاجة إليه⁽³⁾.

ثانيا: سوء تصرف النائب الشرعي أو اختلال أحد شروط النيابة الشرعية فيه: عنى المشرع بمصلحة المولى عليه عناية كبيرة، فإذا ثبت أن النائب الشرعي غير أهل لممارسة النيابة الشرعية، سواء لإخلاله بالتزامه اتجاه المولى عليه أو الإساءة إليه، أو اختل فيه شرط من شروط نيابته، حرمة منها بإنهائها وهذا الحرمان يكون إما بالإسقاط إذا تعلق الأمر بالولاية أو العزل إذا تعلق الأمر بالوصاية أو التقديم، أو الإلغاء إذا تعلق الأمر بالكفالة.

(1) _ المادتين 91 و96 من (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ في الشريعة الإسلامية حسب ما تم بيانه في أسباب النيابة الشرعية، وكذلك ما هو مستنتج مما تبناه المشرع المغربي. انظر المواد: 258، 238، 236، وغيرها.

(3) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 494.

فكل صورة من صور النيابة الشرعية لها نظامها الخاص، إلا أن الأنظمة الثلاث تؤدي إلى نفس النتيجة المتمثلة في انتهاء وانقضاء النيابة الشرعية⁽¹⁾، ويتم التفصيل في كل نظام فيما يلي:

1-الإسقاط: يستعمل للدلالة على إنهاء صورة الولاية، لأنها تتقرر للولي بصفة آليه وطبيعية بحكم الشرع والقانون. ويكون هذا الإسقاط في حالتين⁽²⁾: الأولى تتمثل في العقوبة التكميلية المنصوص عليها في المادة 9 مكرر والمتمثلة في حرمان الولي من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية ومنها الولاية في حالة ما إذا ارتكب الولي سلوك إجرامي في حق المولى عليه أو أساء إليه. والثانية تتمثل في قيام الولي بما يهدد مصالح مولاه، أو اختل فيه شرط من شروط النيابة، كثبوت رده عن الإسلام وكان مولاه مسلماً لأن لا ولاية للكافر على المسلم، أو أصبح فاسقاً لا يؤتمن معه على نفس ومال مولاه استناداً للمادة 91 من قانون الأسرة والتي تقضي بـ: «تنتهي وظيفة الولي: 1-بعجزه

2-بموته

3-بالحجر عليه

4-بإسقاط الولاية عنه»⁽³⁾.

وقد ذكر هذا النص العجز الذي يصيب الولي فيجعله غير قادر على تولي مهامه النيابة كسبب لانقضاء الولاية، وذلك بصفة مستقلة عن الإسقاط، فالأولى أنه يخضع لنظام الإسقاط أو العزل أو الإلغاء الذي يطبق عند تخلف أحد شروط ممارسة النيابة الشرعية حسب صورها، خاصة وأن النص لم يبين كيفية وإجراءات انتهاء الولاية بسبب العجز، استناداً للمبدأ الفقهي القائل أن الشروط المعتبرة عند الابتداء، تعتبر في الدوام والبقاء⁽⁴⁾.

(1) _ كما أخذ المشرع المغربي بهذه الأنظمة، انظر المواد 236، 258 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 25 من قانون كفالة الأطفال المهملين.

(2) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 295.

(3) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(4) _ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج7، ص 218.

2-وأما العزل: فيستعمل للدلالة على عزل من تم تعيينه لتولي الولاية كما هو الحال في الوصاية والتقديم، فالوصي يعينه من له سلطة الإيصاء من الأولياء، ويثبتته القاضي وأما المقدم فيعينه القاضي ولذلك كان الأصح بعزلهما. استنادا للمادة 96 من قانون الأسرة، فيكون لنفس أسباب إسقاط الولاية.

3-وأما الإلغاء: فهو مصطلح خاص بالكفالة لأنها تنشأ بإرادة الكافل وقبوله العقد بعد أن تتوفر فيه كل الشروط المطلوبة، فإذا اختلفت أحد تلك الشروط أو أساء لمكفوله يتم إلغاء العقد فالإلغاء أيضا يكون لنفس أسباب الاسقاط والعزل. إلا أن المشرع الوطني لم يستخدم هذا المصطلح ضمن نصوص الكفالة ولم يبين أسبابه، بيد أنه وظّفه وبيّن إجراءاته ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما سيتم بيانه بعد حين، على أن المشرع المغربي نظّمه ضمن نصوص قانون كفالة الأطفال المهملين بموجب المادة 25 في فقرتها الأخيرة، وبيّن أسبابه بصراحة في قولها: «إلغاء الكفالة بأمر قضائي في حالات إخلال الكافل بالتزاماته وتنازله عن الكفالة أو إذا اقتضت ذلك المصلحة الفضلى للطفل المكفول»⁽¹⁾، كما أخذ أيضا بالعزل بموجب المادة 258 في فقرتها الخامسة وإسقاط الولاية بموجب المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية لكنه استخدم اصطلاح «تجريد الولي من ولايته» بدل الاسقاط، والذي يؤدي نفس المعنى.

وسواء أكان الإجراء المتخذ اسقاطا أو عزلا أو إلغاء، فإنه يمكن أن يترتب عنه انتهاء النيابة كليًا بالنسبة للنائب الشرعي، فيستبدل بغيره عن طريق نيابة جديدة، وإما أن يكون جزئيا كأن تغل يده عن تولي جزء من مشتملات النيابة دون أخرى، كأن ترفع سلطته النيابة على مال المولى عليه دون نفسه أو العكس، أو على تصرف معين دون غيره من التصرفات... وللقاضي سلطة التقدير في ذلك كله.

وأما عن إجراءات إسقاط الولاية أو عزل الوصي والمقدم أو إلغاء الكفالة فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتناول بالتنظيم سوى الاسقاط والإلغاء، وبما أن موضوع الوصاية

(1) _ (القانون رقم 01-15)، مرجع سابق.

أو التقديم هو الولاية على المال فهي تخضع لنفس إجراءات إنهاء الولاية⁽¹⁾ طبقاً للمادة 453 من هذا القانون.

فيكون اسقاط الولاية أو عزل الوصي أو المقدم بموجب دعوى استعجالية يرفعها أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو كل من يهمه الأمر، أمام محكمة مقر ممارسة الولاية أو الوصاية أو التقديم، ويتم النظر فيها في غرفة المشورة بعد سماع النيابة ومحامي الخصوم. ويبلغ الأمر من طرف الخصم الذي يهمه التعجيل خلال 30 يوماً من تاريخ النطق به تحت طائلة السقوط، ويكون قابلاً للاستئناف⁽²⁾.

على أنه وحسب مقتضيات المادة 461 من نفس القانون، فيمكن للقاضي إلغاء تدابير إنهاء الولاية أو سحبها كلياً أو جزئياً بطلب من والد القاصر أو المسقطه عنه الولاية وفقاً لنفس إجراءات طلب إنهاؤها⁽³⁾. على أن هذا الإجراء لا يمكن تصوره في حالة عزل الوصي أو المقدم، على أساس أن ولاية الولي الأصلي هي ولاية مستمدة من الشرع مباشرة، فإذا سحبت منه لسبب معين، ثم زال هذا السبب فلا يجوز مخالفة الشرع بعدم إعادتها له مادام يخلو مما ينافي الولاية، بينما ولاية الوصي والمقدم فهي فرعية مستمدة من الغير فوجب ألا تعود⁽⁴⁾.

وأما عن إجراءات إلغاء الكفالة، فهي تخضع من حيث تقديم طلب الإلغاء ومن حيث صدور الحكم الذي يكون قابلاً للاستئناف، للإجراءات العادية، وينظر في الدعوى بجلسة سرية بعد سماع طلبات ممثل النيابة العامة حسب مقتضيات المادة 496. مقارنة مع إجراءات طلب الكفالة الذي ينظر فيه في غرفة المشورة ويفصل فيه بموجب أمر ولأني، ولعل السبب في هذا الاختلاف في الإجراءات هو البحث عن المصلحة الفضلى للطفل المكفول⁽⁵⁾.

(1) _ محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 299.

(2) _ المادتين 455، 456 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) _ انظر المواد من 462 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما بعدها.

(4) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 501. محمد عبد العزيز النمي، مرجع سابق، ص 203.

(5) _ عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 356.

وحاصل القول أن النيابة الشرعية كنظام عام له مجاله وأسبابه التي تقتضيه، فيحدد بذلك نطاق تطبيقه، وكل خروج عنه يؤدي إلى انقضاء النيابة، كما أن تعدد أسباب انقضائها يؤدي إلى اختلاف صور انتهائها، فإما يكون انتهاء كلياً أو جزئياً، أو يكون نهائياً أو مؤقتاً، كما يمكن أن يكون آلياً وطبيعياً أو اعتراضياً، وعلاوة على ذلك فهناك بعض الأسباب الخاصة التي تؤدي إلى انقضاء صورة من صور النيابة الشرعية دون أخرى، ونتعرف عليها من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الأسباب الاعتراضية الخاصة بانقضاء بعض صور النيابة الشرعية

هناك أسباب خاصة ببعض صور النيابة الشرعية دون غيرها لتتناسب تلك الأسباب مع خصوصيتها ويتعلق الأمر بالوصاية والتقديم لكونهما يخضعان لنفس الأحكام القانونية بالإضافة إلى الكفالة كما سيأتي بيانه:

أولاً: الأسباب الاعتراضية الخاصة بانقضاء الوصاية والتقديم: وتتمثل أساساً فيما قرره المادة 96 من قانون الأسرة عندما قضت بأنه: «تنتهي مهمة الوصي: 4....-بقبول عذره في التخلي عن مهمته....»⁽¹⁾، وبنفس الصيغة تبنى المشرع المغربي هذا الطريق لانتهاء نيابة الوصي والمقدم بموجب الفقرة الرابعة للمادة 258 من مدونة الأسرة المغربية.

ومقتضى هذا النص أن للوصي التقدم أمام المحكمة بطلب التنازل عن الوصاية أي استقالته منها والمعروف أيضاً فقها بعزل الوصي نفسه عن الوصاية، فإذا رأت المحكمة ما يبرر تلك الاستقالة لمصلحة المولى عليه قبلت استقالته⁽²⁾، فيتبين أن المشرع لم يأخذ بجواز استقالة الوصي على إطلاقه، بل حاول الحد منه، إذ أخضعها لشروطين: أولهما أنها يجب أن يقبلها القاضي، وثانيهما أن القاضي لا يقبل أو يرفض مجرد الاستقالة، إنما يقع قبوله أو رفضه على الحجج والأعذار التي يقدمها الوصي كأساس لاستقالته وتنازله، والتي تمنعه من أداء مهامه الوصائية كعجزه عن رعاية شؤون مولاه بسبب المرض.

وهذا الطريق لانقضاء الوصاية إنما طريق خاص بها فالولي لا يجوز له التنازل عن الولاية

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 481.

لأن ولايته طبيعية مقررة له شرعا وقانونا. كما أنها قد تنتهي أيضا في حالة عودة الولاية للولي لأن ولايته ثابتة له وتعود له بانتفاء سبب زوالها عنه⁽¹⁾، كأن كان مفقودا ثم عاد، أو كان محجورا عليه بسبب عقوبة جنائية ثم تبينت براءته، أو كانت أما تزوجت ثانية ثم مات عنها زوجها أو طلقها...، والفرق بين هذه الحالة وبين حالة الوصاية المؤقتة أو الوصاية المحددة السابق شرحهما، هو أنهما نشأتا من البداية على سبيل التأقيت والتحديد، بينما هذه الحالة فالوصاية فيها نشأت على أساس الدوام ثم تبين عودة الولاية للولي.

وأما عن إجراءات تقديم طلب التخلي عن الوصاية فإن المشرع لم يبينها بنص خاص. إلا أنه يعتقد أنه يتم بمثل إجراءات تعيين الوصي وثبितه بموجب المادة 471، 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق دراستها في مباحث الوصاية.

وبما أن المشرع ساوى التقديم بالوصاية وأخضعهما لنفس النظام القانوني، كما أنه لم يخص التقديم بأسباب وطرق انتهائه ضمن نصوصه، فنجزم أن كل أحكام انتهاء الوصاية تنطبق على التقديم مع مراعاة طبيعته فيما يخص رده أو عزل المقدم لنفسه، على أنه وجب التنويه أن إجراءات إنهاء التقديم، ميّز فيها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين التقديم على القاصر والذي يخضع لنفس إجراءات إنهاء الوصاية المبينة أعلاه، وبين التقديم على البالغين المحجور عليهم، إذ تنظمها المادة 481 منه، والتي تم بحثها أيضا عند دراسة رفع الحجر.

ثانيا: الأسباب الإعتراضية الخاصة بانقضاء الكفالة: جاءت المادتين 124 و125 من قانون الأسرة بطريقتين توديان إلى انقضاء الكفالة بصفة خاصة وهما: طلب الأبوين أو أحدهما عودة الطفل المكفول إلى ولايتهما، والتخلي عن الكفالة، ولكل طريق منهما أحكاما يتم التفصيل فيها فيما يلي:

أ/طلب الأبوين أو أحدهما عودة الطفل المكفول إلى ولايتهما:

مكّن القانون أبوي الطفل المكفول أو أحدهما استرجاع ابنهما الذي ارتضيا كفالته من قبل الكافل، استنادا للمادة 124 والتي تقضي بما يلي: «إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد

(1) _ عبد السلام الرفعي، مرجع سابق، ص 501.

المكفول إلى ولايتهما يخير الولد في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز، وإن لم يكن مميزا لا يسلم إلا بإذن القاضي مع مراعاة مصلحة المكفول»⁽¹⁾.

فيتضح من النص أن المشرع ميّز بين الطفل المكفول المميّز وغير المميّز، وقرّر أن الأول يخير بين العودة لوالديه أو البقاء عند كافله. وجعله إجراء وجوبيا، وعلى القاضي التقيد به، وهو ما سارت عليه التطبيقات القضائية، إذ قضت المحكمة العليا أن مخالفة هذا الإجراء يعد خرقا للمادة 124 مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁽²⁾. كما قضت في قرار آخر أن إلغاء الكفالة الذي تم بناء على رغبة الأولاد المكفولين البالغين سن التمييز، واختاروا العودة للعيش مع والدتهم هو تطبيق صحيح للقانون⁽³⁾.

وأما المكفول غير المميز فإن قرار عودته لولاية والديه يخضع لسلطة تقدير القاضي الذي يتحرى في ذلك مصلحة هذا الطفل، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا⁽⁴⁾.

وفي كلتا الحالتين يكون الحكم الصادر سواء برفض طلب الأبوين أو أحدهما بعودة الطفل المكفول إليهما أو قبوله، يكون قابلا للاستئناف ولجميع طرق الطعن من قبل الأبوين أو الكافل أو من النيابة العامة⁽⁵⁾. وذلك بموجب المادة 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي قررت برفع دعوى إلغاء الكفالة أو التخلي عنها يكون حسب قواعد الإجراءات العادية. ونفترض أن طلب الأبوين أو أحدهما عودة الطفل المكفول لولايتهما يتضمن إلغاء الكفالة.

(1) _ (القانون رقم 84-11)، مرجع سابق.

(2) _ قرار رقم 71801 الصادر بتاريخ 1991/05/21 عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية عدد 01، لسنة 1996، ص 105.

(3) _ قرار رقم 184712، الصادر بتاريخ 1998/03/17، عن غرفة الأحوال الشخصية المواريث، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 2، ص 912.

(4) _ قرار رقم 367977، الصادر بتاريخ 2006/10/11، عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2007، ص 473.

(5) _ لحسين بن الشيخ أت ملويا، مرجع سابق، ص 341، 342.

ب/ التخلي عن الكفالة⁽¹⁾: التخلي عن الكفالة هو إبداء الكافل رغبته في التوقف عن رعاية وتربية وتولي أمور الطفل المكفول أي خروجه عن ولايته⁽²⁾، لأسباب مادية أو معنوية جعلته غير قادر على مواصلة التكفل بالطفل.

والتخلي عن الكفالة بهذا الشكل هو طريق خاص بها لانتهائها فإن المشرع لم يقيده، كما فعل مع غيره من النواب، إذ أوردنا سلفاً أنه لا يجوز للولي التخلي عن ولايته، بينما يجوز ذلك للوصي وللمقدم إلا أنه مقيد بقبول القاضي للأعذار والأسباب المقدمة كتبرير للتخلي عن الوصاية أو التقديم. ونستحسن ذلك من المشرع، لأن الكفالة عبارة عن عقد يقوم على إرادة ورضاء الكافل، ومبني على إصراره وصبره. كما يتعلق الأمر أيضاً بمستقبل النشاء الذي يحتاج إلى الاهتمام والرعاية والحنان، وكلها أمور لا يمكن جبر الإنسان عليها ولذلك فتخلي الكافل عن كفالته معلق على رغبته وحده.

والتخلي عن الكفالة بموجب المادة 125، وقبل صدور قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة ويعلم من النيابة العامة، وكما هو معلوم أن الجهات المخول لها إنشاء عقد الكفالة: القضاء أو الموثق حسب المادة 117 من قانون الأسرة، فإذا تم ذلك أمام الموثق يثار بشأنه عدة إشكالات قانونية وواقعية وهو ما تمت مناقشته في مباحث الكفالة، إلا أنه وبصدور قانون الاجراءات المدنية والإدارية وتحديداً المادة 496 التي قضت بأن التخلي عن الكفالة يكون أمام القضاء سواء تم إقرارها من قبل القاضي أو الموثق، وذلك برفع دعوى حسب قواعد الإجراءات العادية لرفع الدعاوى، وينظر فيها في جلسة سرية بعد سماع ممثل النيابة العامة ويتم استئناف هذا الحكم حسب الإجراءات العادية أيضاً.

فإذا تم التخلي عن الطفل المكفول تنتهي ولاية الكافل عليه، فإما يقوم القاضي بإسناد كفالته لشخص آخر فتنشأ نيابة جديدة، أو يعيده لولاية أبويه أو أحدهما، وإلا يرسله إلى دور رعاية الطفولة المسعفة.

(1) _ وعبر المشرع المغربي عن التخلي بالتنازل بموجب المادة 25 من قانون كفالة الأطفال المهملين، بينما نظم حالة عودة الطفل لوالديه أو أحدهما بموجب المادة 29 من نفس القانون.

(2) _ مصطفى معوان، مرجع سابق، ص 534.

خلاصة الباب الثاني

- على ضوء دراسة هذا الباب تبين أنه عندما تسند الوظيفة النيابة للنائب الشرعي تثبت له سلطة على مولاه، تخول له الحق في حضانته وتربيته وتعليمه وتأديبه وتزويجه وإدارة أمواله وحفظها، ثم تبين أن تلك السلطات ليست مجرد حق للنائب الشرعي، إنما تعتبر أيضا واجبات تقع على عاتقه ومسؤوليته يتحمل القيام بها كما تقتضيه القواعد والأحكام وأيضا المصالح الفضلى للمولى عليهم، وإلا كان مسؤولا أمام الله وأمام القانون.

-ولذلك تدخل المشرع بقواعد وضوابط ووضع حدودا لسلطات النائب الشرعي يضمن بها تحقيق المصلحة الفضلى للمولى عليهم، فجعلها أساس الحضانة ومعيارا يستند إليه القاضي عند بحثه عن العدالة في مختلف القضايا المعروضة عليه، وتبينت استجابة القضاء لهذا المعيار كما أثبتته التطبيقات القضائية، ووضع المشرع كذلك قيودا على حق التأديب استنادا للشريعة الإسلامية، كما سنّ أحكاما مغايرة لها عندما تبنى مسؤولية النائب الشرعي عن الفعل الضار الذي يسببه مولاه للغير، وذلك بشروط حتى لا يحمل النائب ما لا يطيق، وإن كان هذا الاختلاف مع الشريعة لا ضرر فيه على اعتبار أنها قواعد تنظيمية، لكن المعاتب على المشرع هو الخروج عن بعض الحدود بحجة تحقيق مصلحة المولى عليه كما هو الحال في تحقيق رضا المرأة في الزواج سواء الراشدة عندما قرّم من مركز ودور الولي أو القاصرة عندما منع نهائيا ولاية الإجماع وولاية العضل، ثم إن مثل هذه المخالفات الشرعية لم تكن مدروسة كما يلزم مما نتج عنها تناقضات في الأحكام القانونية وعدم الانسجام بينها.

-كما تم التوصل من خلال هذا الباب أن الولاية على النفس دون ولاية التزويج تخول نفس السلطات لصاحبها سواء كان وليا شرعيا أو كافلا مع بعض الاستثناءات التي ربما اقتضتها العلاقة الشرعية بين الأب وابنه، ولكن هذه الولاية لا تثبت للوصي والمقدم لأن المشرع خص ولايتهما على المال فقط، على الرغم من أنه قد تظهر حاجة المولى عليهم الخاضعين لنيابتهما إلى الرعاية النفسية، وهي حاجة يقرها الشرع ويعالجها ولذلك أخذ بها المشرع المغربي. كما أن

الولاية على النفس لا تتعلق بجميع المولى عليهم، فهي لا تشمل الغائب والمفقود لاستحالة ذلك، ولا تشمل السفية وذي الغفلة لأن علة عجزهما ثابتة في أموالهما فقط.

- على أنه تثبت للقاضي سلطات الولاية على النفس ولو لم ينص عليها المشرع صراحة، وهو ما تم بيانه من خلال الوظائف المسندة له سواء باعتباره قاضي حكم أو باعتباره صاحب الأعمال الولائية، أو باعتباره قاضي الاستعجال، بل وتظهر كذلك من خلال ممارسته لسلطاته التقديرية، وكل ذلك مدعم بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما يتماشى وتطبيقات المبدأ الفقهي «السلطان ولي من لا ولي له» الذي تبناه المشرع المغربي.

-وأما الولاية على المال فوضع لها المشرع مبادئ تحكمها بحيث تقوم على المساواة في عموم السلطات المالية بالنسبة لكافة النواب الشرعيين كما تتعلق في الغالب بكل أنواع أصناف المولى عليهم وتشمل كل أموالهم. ثم تدخل المشرع بوضع قيود على تلك السلطات المالية تضمن عدم تجاوز هؤلاء النواب حدودهم وتحقيق المصلحة الفضلى للمولى عليهم وتمثل على الخصوص في القيد العام الذي يقضي بالتصرف في الأموال تصرف الرجل الحريص وما ينتج عنه من تطبيقات، بالإضافة إلى قيد وجوب استصدار بعض التراخيص القضائية للقيام ببعض التصرفات المحددة قانوناً، وعدم جواز تعاقد النائب مع نفسه.

-وثبت من خلال هذا الباب أن المشرع حاول التصدي لكل محاولة تجاوز النائب الشرعي لحدوده من خلال فرضه الرقابة القضائية، والتي تعد ضماناً لحسن سير النيابة الشرعية ولآداء النائب واجباته النيابة وحماية المولى عليه من كل اعتداء محتمل، وذلك عن طريق تمكين المشرع جهاز القضاء من كل الآليات القانونية اللازمة كالتدابير المؤقتة والرقابة التلقائية وآليات الأذن والتراخيص وغيرها، ثم جعل للنيابة العامة دوراً فعالاً في جميع قضايا شؤون الأسرة عامة وفي قضايا النيابة الشرعية خاصة، والأمر سيان بالنسبة للمحكمة العليا التي أعطاها إمكانية التدخل في الرقابة سواء باعتبار دورها التقليدي كمحكمة قانون أو دورها المستحدث كمحكمة موضوع، بيد أنه تبين أيضاً أن تفعيل كل تلك الآليات ليس بالأمر السهل.

- كما تبين أيضا أن الرقابة القضائية مبسطة منذ بداية النيابة الشرعية عند اسنادها أو أثناء سيرها، وعند انتهائها وتشمل كل النواب الشرعيين لكن بدرجات متفاوتة حسب صفتهم النيابة كالرقابة البعدية التي يخضع لها الوصي والمقدم فهي لا تشمل كلا من الولي والكافل، بالرغم من أن هذا الأخير يخشى منه على المولى عليه كونه أجنبيا، فالأفيد أن يسير المشرع الجزائري على خطى نظيره المغربي في تقرير الرقابة البعدية على سير الكفالة.

- وفي آخر المطاف تم التوصل إلى أنه إذا أخلّ النائب الشرعي بالتزاماته النيابة يتعرض للمساءلة مدنيا أو جنائيا حسب القواعد العامة المقررة، فإذا ثبتت مسؤوليته توقع عليه مجموعة من الجزاءات والعقوبات كالتعويض والضمان أو الحجز على أمواله أو غرامات بل وحتى الحبس والسجن، كما قد يتعرض لسلب منه الوظائف النيابة فيكون ذلك أحد أسباب انتهائها، لأنها قد تنتهي أيضا بأسباب أخرى سواء كانت طبيعية أو عارضة تم بيانها من خلال هذا الباب، فينجم عنها إما انتهاء النيابة الشرعية كليا أو جزئيا، وإما تنتهي نهائيا أو مؤقتا.

الختامة

تناولت هذه الدراسة بحث نظام النيابة الشرعية، فتبين أنه وليد الحاجات الاجتماعية، كونه الأنسب الذي يوفر العائل والناصر والقيّم لكل الذين لا يملكون المقومات لإدارة شؤون حياتهم ورعاية مصالحهم، وبهم يتحدد نطاق ومجال هذا النظام، فلا يفرض إلا على من كان بحاجة إليه ممن عدت أهليتهم كلية كالمجنون، الصبي غير المميز، والمعتوه، أو كانت ناقصة كالصبي المميز ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة، كما يفرض أيضا على من حالت ظروفهم من التمتع بأهليتهم كالغائب والمفقود.

وجاء التركيز في هذا البحث على قواعد وأحكام النيابة الشرعية على نفس ومال المولى عليهم، وكيفية وشروط تعيين النائب الشرعي وتحديد مهامه النيابة، وطريقة الرقابة عليه، وأخيرا حالات انتهاء مفاعيل النيابة الشرعية. كل ذلك حسب نصوص قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها القضائية، مع مستنداتها الشرعي، ومقارنة أساسياتها مع التشريع المغربي.

وعند هذا المقام أمكن الإجابة على إشكالية الدراسة والتي تبلورت في: هل وفق المشرع الجزائري في سن أحكام وقواعد النيابة الشرعية بشكل مبسط، مفهوم، ومنسجم، حيث يشكل نظاما قانونيا متكاملًا يحقق المقصود من تشريعه؟

حيث تبين أن المشرع لم يوفق في صياغة قواعد ونصوص النيابة الشرعية في أغلب جوانبها وأنها تفتقر إلى نظام قانوني متكامل ومفصل لأحكامها، فكان بعيدا عن تحقيق الهدف المرجو، إلا أنه نجح في جوانب أخرى، وهو ما يتضح من خلال النتائج المتوصل إليها وهي:

- لم يوفق المشرع في تحديد مجال النيابة الشرعية، فكانت الأحكام متعارضة وغير منسجمة، عندما لم يعتبر قانون الأسرة ذي الغفلة من الأشخاص الذين تفرض عليهم النيابة الشرعية، في حين أكد القانون المدني على كونه من فئة ناقصي الأهلية بموجب المادة 43 المعدلة، والتي ألحقت السفيه بحكمه أيضا، في حين خالفه قانون الأسرة عندما صنّف هذا الأخير مع فئة عديمي الأهلية، ويظهر عدم انسجام الأحكام أيضا من خلال الأثر المترتب عن عوارض الأهلية على التصرفات، فرتب القانون المدني البطلان على تصرفات عديمي الأهلية،

بينما اعتبرها قانون الأسرة من التصرفات غير النافذة بموجب المادة 86، بل وتعارضت هذه الأحكام حتى بين نصوص قانون الأسرة نفسه، إذ قررت المادة 107 مرة أخرى البطلان عليها.

-كما اتسمت تلك القواعد المحددة لمجال النيابة الشرعية بالغموض والقصور أيضا، إذ لم يلتزم المشرع الوضوح في الأحكام كما فعل نظيره المشرع المغربي فيما يخص تحديد نطاق الحجر، هل هو حجر على المال فقط، أم حجر على النفس فقط، أم حجر على المال والنفس معا؟، كما لم يميز بين أصناف المحجور عليهم في ذلك، كون أن السفه يحجر عليه لنقص تدبيره في المال فقط، بينما المجنون فلا يملك العقل لا في ماله ولا في نفسه.

-كما اكتنف أحكام الترشيد بعض الغموض، عندما لم يوضح المشرع حدود آثاره بدقة، وكنا نرجو لو أخذ بطريقة اختبار الصبي المميز الذي يحقق له الحماية الفضلى، على منوال الشريعة الإسلامية والتشريع المغربي.

-وفق المشرع الوطني ونظيره المغربي بتقريرهما لجميع صور النيابة الشرعية والمتمثلة في الولاية والوصاية والتقديم والكفالة، تماشيا مع روح الشريعة الإسلامية، كونها الأنظمة الأكثر ضمانا لتحقيق الحماية لهؤلاء الضعفاء والعاجزين، ونذكر بصفة خاصة نظام الكفالة، الذي يعتبر نظاما إسلاميا يقوم على التكافل الأسري، يضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي دون الاعتداء على حقوق البنوة الشرعية، عكس التبني الذي هو عبارة عن تزيف للأنساب وسبب لنشر العداوة والبغضاء.

-فلم يخل هذا النظام من بعض الثغرات القانونية وعدم انسجام قواعده، التي أحدثت جدلا بين أوساط الباحثين والدّارسين وشراح القانون، ومثالها مسألة تغيير لقب المكفول مجهول النسب من جهة الأب قصد مطابقته مع كافله، إذ لم يحدد المشرع طبيعة هذا التغيير ضمن المرسوم التنفيذي الذي أقره-مرسوم رقم 92-24-، بالرغم كانت له فرصة تدارك ذلك بموجب المرسوم رقم 20-223 إلا أنه لم يفعل. ومنها أيضا مسألة تثبيت عقد الكفالة حيث وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية منح الاختصاص فيها للجهة القضائية، على أن قانون الأسرة منحها للقاضي أو الموثق على السواء.

- وبالرغم من تبني المشرع لصور النيابة الشرعية المستوحاة من الشريعة الإسلامية، إلا أنه في بعض مسائل الولاية خالف قواعدها، كما هو الحال في مسألة ولاية تزويج المرأة الراشدة التي منحها حق تولي زوجها بحضور وليها ولم يقيدها في اختيار من تشاء من الأولياء، وإن تم تبرير ذلك بالاستناد إلى المذهب الحنفي الذي يرى ولاية تزويج الراشدة هي ولاية نذب واستحسان، إلا أن الحقيقة أن المشرع لم يستند إلى كامل المذهب الذي يقر للولي بحق الاعتراض على زوجها إذا زوجت نفسها بغير كفاء، كما لم يأخذ المشرع بولاية الإجماع المعروفة شرعا حرصا منه على تحقق الرضا الكامل للمرأة وذلك استجابة لمطالب الجمعيات النسائية، بالرغم من أنه لا يوجد أحرص من الشريعة الإسلامية على ذلك من خلال قواعد وشروط الإجماع والعضل.

- ومن تلك المسائل أيضا مسألة ولاية الأم على مال ونفس أبنائها الممنوحة لها بموجب المادة 87، بل ومنحها أيضا للحاضنة من غير الأم بموجب حكم قضائي، واسقاطها عن الولي الشرعي دون عذر وهو ما لا يجوز شرعا، ومن بين التبريرات التي أتى بها المشرع الضرورة الحتمية التي يقتضيها التطور ومواكبة العصر وخروج المرأة للعمل. وإن كان قصد المشرع في ذلك الاستناد إلى المالكية والشافعية الذين يولون المرأة على المال، فإنهم لا يقولون بذلك إلا عند الإيضاء لها.

- فنتبين أن المشرع يحاول التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية وبين متطلبات العصر، فإن كان عذره مقبولا، فإنه لا عذر له عندما لم يراع عند تعديله النصوص القانونية ملاءمتها مع ما هو موجود من قواعد ولم ينسق بين أحكامها، فنتج عن ذلك اشكالات قانونية وواقعية كما هو الحال في عدم انسجام المواد 11، 9 مكرر و33 المتعلقة بتحديد مركز الولي في زواج الرّاشدة، وبين المادتين 87، و92 حيث تقرر حق الإيضاء للأب والجد دون الأم بموجب المادة 92 بينما تجعل المادة 87 الأم ولية شرعية دون الجد. وقد أدى هذا التضارب بين النصين إلى سوء تطبيقه قضائيا.

-بيد أنه يتبين أن المشرع وفق إلى حد بعيد، وحقق الهدف التشريعي عندما وضع معيارا عاما جعله أساس الحضانة والمتمثل في: «مصلحة المحضون»، كونه يتناسب مع كل الحالات الممكنة للطفل المحضون، ومنح القاضي سلطة البحث عن المصلحة الفضلى ضمن كل حالة، وهو ما تبنته التطبيقات القضائية. كما نجده اجتهد للعناية بالشؤون الشخصية للأطفال من رعاية وتربية وتعليم، وجند لذلك الآليات اللازمة من خلال النصوص الدستورية والمصادقة على اتفاقية حقوق الطفل، ومحاولة ادماج أحكامها ضمن مختلف النصوص الوطنية.

-ثم وضع المشرع شروطا وقواعد تتعلق بتقرير مسؤولية النائب الشرعي عن أعمال مولاه الضارة، على أساس أن رقابة مولاه ومنعه من الإضرار بالغير يقع على عاتق النائب الشرعي، فإن أخل بواجبه هذا، يكون قد ارتكب خطأ يتحمل نتائجه. وهي أحكام مغايرة لتلك المعروفة في الشريعة الإسلامية، بحيث أجمع الفقهاء على تبني المسؤولية الشخصية عن كل ما يصدر عن الانسان، ولم يأخذوا في الاعتبار وقوع الخطأ، انما اكتفوا بوقوع الضرر.

-فجعل المشرع الولاية على نفس المولى عليه من سلطات ومهام النائب الشرعي، وخصّ الولي القيام بجميع مشتملاتها دون استثناء، بينما حصر مهام الوصي والمقدم في الولاية على المال فقط بالرغم من أنه قد تظهر حاجة المولى عليه إلى الرعاية النفسية. بينما خول الكافل كامل الولاية القانونية على مكفوله بموجب المادة 121 سوى أننا وجدنا بعض الاستثناءات التي ترد على ولايته، فليس للكافل حق الانتفاع كما للولي، ثم لم يجز له التبرع لمكفوله إلا في حدود الثلث، وأخيرا فإنه يغلب الظن أن المشرع لم يجعل الكافل وليا في تزويج مكفولته بسكوته عن هذه المسألة، على اعتبار ولاية التزويج ولاية خاصة تستدعي التصريح بمنحها.

-في حين ساوى المشرع الوطني بين السلطات المالية لكل النواب الشرعيين وأنه أخضعهم جميعا لقيود الإذن القضائي من أجل القيام ببعض التصرفات، على أن المشرع المغربي جعله خاصا بالأوصياء والمقدمين دون الأولياء مستندا في ذلك للشريعة الإسلامية التي تمنح الولي السلطات المطلقة كونها محمولة على السداد والصلاح ماعدا منها التصرفات الضارة ضرارا محضا.

-أحسن المشرع صنعا عندما وسّع من سلطات قاضي شؤون الأسرة خاصة في مجال النيابة الشرعية كما عزز دوره في الرقابة عليها بموجب قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فأخرجه من الدور التقليدي الذي كان منوطا به في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى وسخّر له كل الآليات القانونية اللازمة كتوسيع سلطته التقديرية، وتمكينه من اتخاذ التدابير المؤقتة. كما منح النيابة العامة دورا فعالا وإيجابيا في الرقابة على النيابة الشرعية وذلك من خلال جعلها طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة بموجب المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، دون أن ننسى الدور المسند للمحكمة العليا في هذه الرقابة والذي كان دورا قيّما ومنتجا.

-سوى أن عدم مراعاة ملاءمة النصوص القانونية عند سنّها أو تعديلها مع ما هو موجود دائما ينتج عنه تناقض في الأحكام ويخلق إشكالات علمية وعملية كما هو الحال في موضوع دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة الذي نظمته المادة 03 مكرر من قانون الأسرة وبين ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي لم يجعلها طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة وذلك بالرغم من أن التعديل والإصدار التشريعي مسّ القانونين.

-فنستحسن تقرير المشرع الوطني ومعه المشرع المغربي الرقابة القضائية على النائب الشرعي التي تعد من أهم الضمانات القانونية لحماية الضعفاء والعاجزين من المولى عليهم، وستّهما للنصوص القانونية اللازمة، إلا أن تفعيل تلك النصوص وتكريسها على أرض الواقع ليس بالأمر الهين نظرا لنقل كاهل القضاء بالمسؤولية الملقاة على عاتقه وكثرة القضايا، بينما تجنب المشرع المغربي ذلك عن طريق نظام خوصصة القضاء.

-وما يمكن قصره على السياسة الرقابية الجزائرية أنها ركزت على الرقابة القبلية التي تعتبر رقابة وقائية، بينما لم نجد تفعيلا لآليات الرقابة الدورية على الخصوص، وأما عن الرقابة البعدية فكانت إجراءاتها متفرقة بين نصوص القواعد العامة وغير موحّدة التطبيق على كل النواب الشرعيين، حيث أن الولي والكافل لا يخضعان إلا للرقابة القبلية، بينما يخضع كل من الوصي والمقدم للرقابة البعدية وبعض نصوص دعاوى المحاسبة، ثم خصّت المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقدم القصر دون غيره بإخضاعه للرقابة الدورية. على أن

المشرع المغربي خصص ترسانة قانونية رقابية دقيقة ومفصلة، بحيث ميّز بين الولي فلم يخضعه لرقابة قبلية -إلا استثناء-، وبين الوصي والمقدم فأخضعهما للرقابة القبلية والدورية والبعدية، وهو ما سلكه الشرع الإسلامي إذ منح سلطات مطلقة للولي للتصرف ماعدا التصرفات الضارة ضررا محضا، بينما أخضع باقي الأوصياء والقوام لرقابة القضاء.

- وإذا كنا سلمنا بالثقة التي منحها المشرع للولي في ممارسة مهامه النيابة، ولا يخضع إلا لرقابة قبلية مع بعض القيود على ممارساته النيابة لأنه يعتبر الولي الطبيعي والشرعي، فإننا لا نجد مبررا لمنحها للكافل الذي يكون في أغلب الحالات أجنبيا عن مكفوله، وقطع العلاقة بينه وبين القضاء أثناء تنفيذه للكفالة، ولذلك نستحسن محاولة المشرع المغربي طرح الرقابة على تنفيذ الكافل لالتزاماته النيابة بموجب المادة 19 من قانون كفالة الأطفال المهملين.

-ويهدف تحقيق الرقابة دائما قرر المشرع الأسري امكانية مساءلة النائب الشرعي عند اخلاله بالتزاماته النيابة أو اهمالها، سوى أنه أقر بتلك المسؤولية إلا في موضوع النيابة على الأموال بموجب المادتين 88 و98 كما أنه لم يحدد طبيعتها، ثم أحال في ذلك على نصوص القانون العام، والتي نجدها تبنت مسؤولية النواب الشرعيين المدنية والجنائية على السواء، على كل اعتداء على مال أو نفس المولى عليه. ونجد كذلك الفقه الإسلامي يسأل النائب الشرعي جنائيا على كل اعتداء على نفس المولى عليه من الضرب والجرح والقتل وغيرها، أما الاعتداء على أمواله فلا يسأل عنها إلا مسؤولية مدنية فقط ماعدا الاعتداء على المال بالسرقة، تاركا الأمر لمعالجة مختلف الاعتداءات المالية لتنظيم الحاكم.

-ويسأل النائب الشرعي جنائيا، سواء وفقا لقواعد عامة يخضع لها كعامّة الناس، أو على أساس القواعد التي تحمل خصوصية لصفة النائب الشرعي كالأب أو الأم مثلا، وعلى اعتبار تلك الصفة يكون الجزاء بالتخفيف أو التشديد أو الاعفاء، حسب المصلحة المغلّبة التي يقدرها المشرع، وكلها قواعد وجدناها كفيلة بتحقيق الردع والحماية المرجوة للعلاقة النيابة بين النائب الشرعي ومولاه. بيد أننا وجدنا بعض النقص ضمن تلك النصوص الجنائية فيما يخص النيابة

على الغائب والمفقود التي في غالبها لا تشمل حالتها ما عدا بعض النصوص العامة كخيانة الأمانة مثلا.

-وأخيرا فإننا نستحسن سعي المشرع الجزائري إلى وضع نظام قانوني يستند في أغلب نصوصه وقواعده إلى أحكام الفقه الإسلامي، ولو كان ذلك دون التقيّد بمذهب معين مادام أن كل تلك المذاهب مصدرها واحد وهو الشريعة الإسلامية، ما عدا بعض المسائل التي تبتأها، مؤكدا موقفه بفتح الباب أمام القاضي للجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة في كل ما لم يجد فيه نص. إلا أننا وجدنا الكثير من الغموض والقصور وعدم الانسجام بين النصوص القانونية الوطنية، على أن النصوص المغربية في أغلبها كانت أكثر وضوحا وتفصيلا وانسجاما فيما بينها، ولذلك ارتأينا تقديم بعض التوصيات التي نراها مهمة فيما يلي:

-يجب على المشرع التدخل بنصوص قانونية أكثر دقة ووضوح، وإعادة صياغة بعض المواد في قانون الأسرة من أجل خلق الانسجام والتكامل بين أحكامه وبين أحكام القانون المدني وإزالة التعارض بينهما خاصة ما تعلق منها بعوارض الأهلية وحكمها وأثرها على مختلف التصرفات القانونية.

-نطمح أن يجسد المشرع على منوال نظيره المغربي والشريعة الإسلامية طريقة اختبار الصبي المميز قبل ترشيده في ذلك حماية أكبر لمصالحه من نفسه وغيره، كما تساعده هذه الطريقة على اكسابه الخبرة وتدريبه واعداده لتحمل نتائج ترشيده.

-إعادة النظر في المادة 104 من قانون الأسرة، استجابة لقواعد العدالة والانصاف وتماشيا مع روح الشريعة الإسلامية، والالتزام بالدقة والوضوح في تحديد نطاق الحجر وأثره، بحيث يسري المنع على المجنون والمعتوه في نفسيهما وأموالهما، بينما لا يسري على السفیه وذی الغفلة إلا في أموالهما لنقص تدبيرهما به فقط، ولعلّ إقتراح تعديل النص الذي سجلناه اقتداء بالمشرع المغربي يكون مفيدا ومثريا والمتمثل نصه: «إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية الشؤون الشخصية والمالية

للمحجور عليه المجنون والمعتوه، بينما المحجور عليه السفيه وذو الغفلة فلا يكون للمقدم عليهما إلا إدارة وتسيير أموالهما مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون».

-كما نتقدم باقتراح فتح المجال لإمكانية الإيضاء بالولاية على النفس، أي بتوسيع سلطات الوصي وكذا المقدم لتشمل الولاية على النفس وعدم اقتصارها على المال، تحقيقا لمصالح الصغار والمجانين، ونعتبره حلا تشريعا مستحسنا خاصة وأننا نجد له مستندا شرعيا، وهو ما تبناه المشرع المغربي أيضا بمناسبة تعديله لمدونة الأسرة. وذلك بتعديل نص المادة 95 كما يلي: «للوصي نفس سلطة الولي في العناية بشؤون الأولاد القصر وفي التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون». كما نتقدم باقتراح في هذا المقام علّه يكون مفيدا في مجال النيابة الشرعية، والمتمثل في توسيع صلاحيات مقدم المفقود بتعيينه مقدما على أموال من كانوا تحت ولاية المفقود كأولاده الذين لا ولي ولا وصي لهم.

-ضرورة تعديل المادة 87 من قانون الأسرة بإعادة صياغتها صياغة واضحة مفهومة حسما للجدل الفقهي الذي أثارته حول نطاقها، وخاصة الفقرة الأخيرة منها التي منحت الولاية للحاضن وهو أمر يثير الكثير من الاشكالات الواقعية والقانونية واستبدالها بالعبرة التالية: «وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد من الوالدين».

-ضرورة تعديل المادة 92 من قانون الأسرة بالعدول عن ولاية الايضاء للجد نهائيا، أو بالإبقاء عليه مع ضرورة جعله من مستحقي الولاية وتحديد ترتيبهم بدقة، وفي جميع الأحوال وجوب منح حق الايضاء للأم مادامت تعتبر ولية شرعية في قانون الأسرة.

-ضرورة تحديث أحكام الكفالة في بعض المسائل: فيكون مفيدا لو يتدخل المشرع الجزائري لتبيين موقفه فيما يخص مسألة ولاية التزويج بمنحها للكافل على مكفولته، أو باستثنائها من الولاية المخولة له بموجب المادة 121 وأيضا أن يضع حدا للجدل الفقهي حول مرسوم تغيير لقب الطفل المكفول بالنص صراحة على طبيعة هذا الإجراء بكونه مجرد حق استعمال، وأخيرا أن يتدخل لتعديل نص المادة 117 بحذف عبارة «أو أمام الموثق» ليصبح: «يجب أن تكون

الكفالة أمام المحكمة وأن تتم برضا من له أبوان»، وذلك للتنسيق بين أحكام قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- كما نقترح على المشرع التدخل من أجل سن نص قانوني رقابي صريح على حسن سير الكفالة بعد اسنادها أو باستحداث هيئة رقابية تابعة للجهاز القضائي يعهد إليها ترقب وتتبع تنفيذ الكافل لالتزاماته النيابة.

- من الأفضل لو يتبنى المشرع آليات الرقابة الدورية بالنسبة للوصي وباقي المقدمين عوض قصرها على مقدم القصر فقط، وأن يجمع كل النصوص والإجراءات الرقابية في مواد خاصة بها ويوحدها، ففي ذلك حماية أكبر لمصالح المولى عليهم جميعا دون استثناء. كما يكون من الأفيد لو تدخل إما بتعديل بعض النصوص الجنائية أو استحداث بعضها لتشمل الحماية المقررة للمولى عليهم، كلا من الغائب والمفقود، ومثالها نص المادة 380 من قانون العقوبات الذي يجرم الاعتداء على أموال القصر فقط دون غيرهم من المولى عليهم، فحبذا لو شمل النص بالحماية كل هؤلاء العاجزين والضعفاء.

- ضرورة تدخل المشرع من أجل توضيح دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة لحسم الخلاف الفقهي حول المسألة، ونقترح تعديل المادة 03 مكرر من قانون الأسرة كما يلي: «تتدخل النيابة العامة وجوبيا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون.

إلا أنها تتدخل كطرف أصلي في بعض قضايا هذا القانون بنص أو في حالة الدفاع عن النظام العام». كما يستوجب معه لتحقيق الملاءمة بين الأحكام القانونية تعديل المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك باستبدال عبارة: «حماية ناقصي الأهلية» ب: «قضايا شؤون الأسرة».

- وأخيرا نتمنى لو يصل المشرع الجزائري لدرجة المثالية بتدخله لإعادة النظر في كامل النظام القانوني للنيابة الشرعية من خلال جمع كل الأحكام المتعلقة بها والمتناثرة سواء ضمن نصوص قانون الأسرة أو ضمن نصوص القوانين الأخرى في الكتاب الخاص بها، وصياغة نصوصها صياغة مفصلة مفهومة وواضحة منسجمة ومتكاملة فيما بينها حتى تحقق الهدف

المنشود منها. كما نرجو أن يهتم طلبة العلم وشرّاح القانون بشكل أكبر بموضوع النيابة الشرعية، فهو لا يزال بحاجة إلى مزيد من البحث والدراسة، على أمل أن يكون هذا الجهد المتواضع نورا يهتدى به في دراساتهم ومرجعاً في اثراء المنظومة القانونية، ولو بالقدر اليسير وحسبنا في ذلك أننا بذلنا قصارى جهدنا وقدر طاقتنا.

فإن كنت قد أصبت فبفضل من الله وعونه، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أنني بشر وأنني اجتهدت قدر استطاعتي.

تمت والحمد لله رب العالمين

الملاحق

الملحق رقم: (01)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة لإبرام عقد زواج قاصر
المادة 7 من قانون الأسرة

مجلس قضاء: أم البواقي
محكمة: أم البواقي
مكتب الرئيس
رقم الترتيب 18/01

نحن رئيس محكمة أم البواقي

بعد الاطلاع على طلب السيد :
السكن(ة) ب: مشنة ثنية الكيش بلدية عين الزيتون

المتضمن الترخيص له بعقد زواج : بر

بعد الاطلاع على الوثائق المرفقة،

بعد الاطلاع على المواد 3، 7 و 9 مكرر من قانون الأسرة،

بعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: الذي أبدى رأيا بـ

بعد التحقق من هوية المعنية، وإبداء موافقتها على الزواج،

ونظرا لأن الزواج يهدف إلى تكوين أسرة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب،

نرخص للآنسة :

المولودة في : عين الزيتون

بنت : و : بر

بإبرام عقد الزواج مع المسمى :

المولود في : عين الزيتون

ابن : و : بر

أمام ضابط الحالة المدنية أو الموقف، مع القول بالرجوع إلينا في حالة الإشكال.

حرر بمكتبنا في: 2018/01/31

رئيس المحكمة

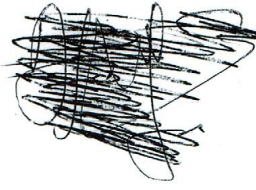
الوثائق الإدارية و وثائق السفر، و الخروج معه خارج الوطن.
و يكون للمكفول حرية التصرف في شؤونه بعد بلوغه سن الرشد القانوني.
بعد تلاوة مضمون الكفالة على الكافل و قع معنا على الاصل.

حرر بمكتبنا في: 2018/02/27

رئيس قسم شؤون الأسرة



إمضاء الكافل



ملحق رقم (03) :

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

رخصة بالتصرف في أموال قاصر

المادة 88 من قانون الأسرة

محكمة قضاء: أم البواقي

محكمة: أم البواقي

رئيس قسم شؤون الأسرة

رقم الترتيب 18/0185

نحن رئيس قسم شؤون الأسرة أم البواقي

بعد الاطلاع على طلب السيدة(ة) : أرملة د

باعتبارها(ها) : والدة القاصر الساكن(ة) ب: حي العربي بن مهدي أم البواقي

المتضمن الترخيص له(ها) ب:

اذن بقسمة العقار

و طبقاً لأحكام المادتين 88 و 89 من قانون الأسرة.

ويعد إستطلاع رأي وكيل الجمهورية بتاريخ: الذي أبدى رأياً ب

تريخ

للسيدة(ة): بنت م

المولودة(ة) 1961/08/24 ب:

في:

ابن(ة): و:

بأن يتصرف ب:

في نصيب ابنها ب د ب 72/14 مباشرة لاجراءات قسمة - 1-مسكن فردي في طاور الانجاز

كائن بام البواقي - طريق قسنطينة- تبلغ مساحته ستمائة متر مربع - 600م-2م منها 2300م مبنية و الباقي شاغرة

يتكون من طابق ارضي به 05 مرائب و مقهى و طابق اول به ثلاث غرف، قاعة استقبال ، مطبخ ، حمام ، مرحاض

، رواق ، سلالم ، فراغ و سطح و 2150م يحتوي على 15 من الاعمدة تبلغ نسبة الاشغال 60%

حسب محضر معاينة مادية للعقار اعده الخبير العقاري سابق حسان بتاريخ 10-01-2016. وفقا لعقد البيع

الصادر عن مديرية أملاك الدولة لولاية ام البواقي و المشهر بالمحافظة العقارية بام البواقي 21-04-2016

حجم 324 رقم 95

2- قطعة أرض صالحة للبناء مساحتها (2101,22م) كائنة ببلدية أم البواقي بحي العربي بن مهدي تحمل رقم

القطعة الريفية رقم 01PIEb توسيعا للقطعة 01PIEa مقطوعة من القطعة الريفية رقم 01 يحدها من الشمال

السكن الاصلي للمعني 01PIEA و فراغ الجنوب : طريق الشرق : فراغ : الغرب السكن الاصلي للمعني

01PIEA وفراغ وفقا للشهادة التوثيقية للمرحوم دحدوح الرهوني المحررة بمكتب الموثق الاستاذ محمد بليلي

بتاريخ 31-01-2016

و المشهورة بالمحافظة العقارية بتاريخ 16-03-2016 حجم 322 رقم 83

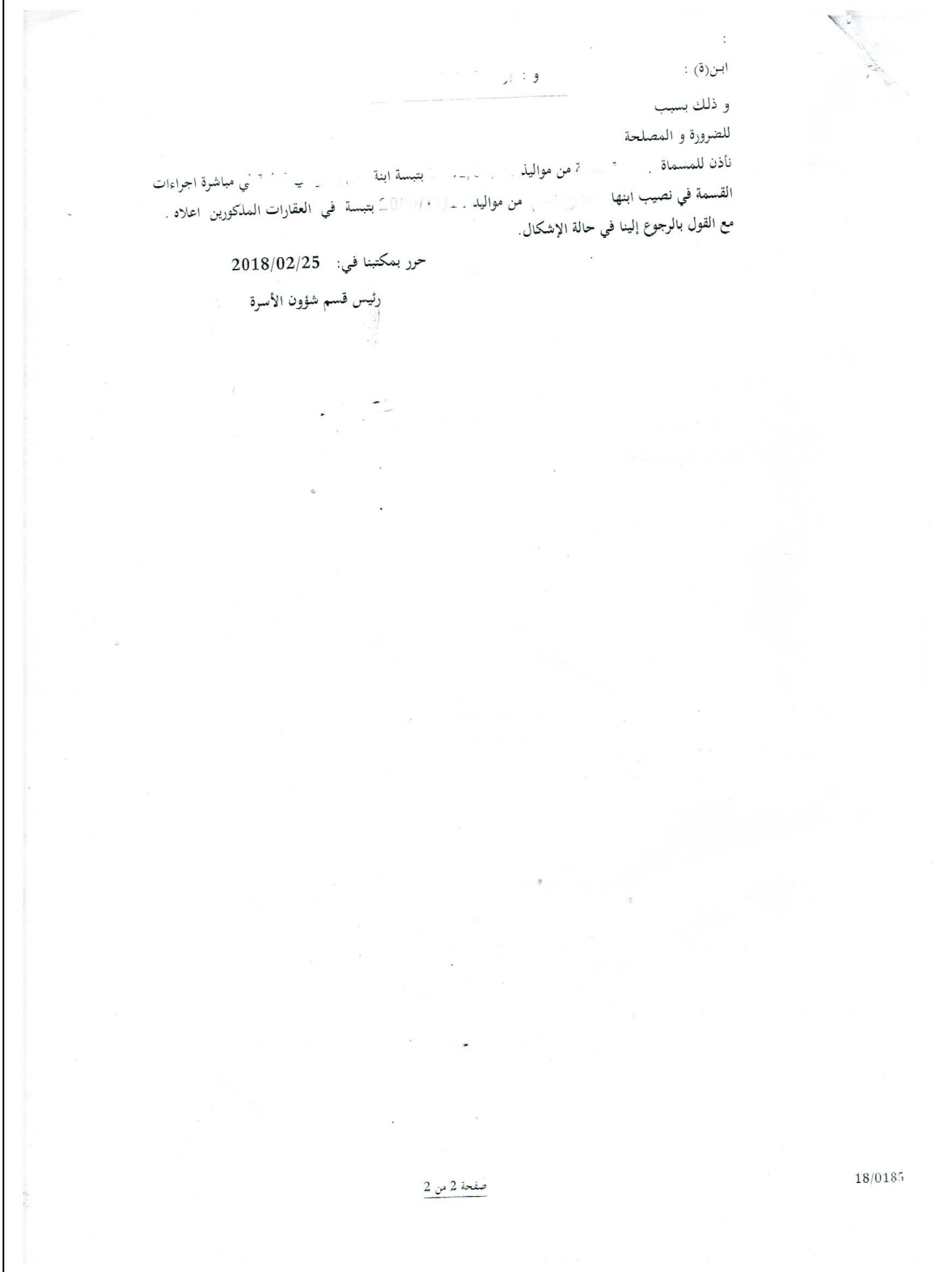
ملك ل:

القاصر(ة):

المولودة(ة) في 2000/11/14 ب: تبسة

صفحة 1 من 2

رقم الترتيب 18/0185



الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

| الصفحة | ورقم الآية | الآية |
|----------------------|---------------|--|
| سورة البقرة | | |
| 38 | 30 | ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ |
| 191 / 139 | 220 | ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُوا إِصْلَاحَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ |
| 207 | 233 | ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ |
| 70 / 37 / 23 | 282 | ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُؤَدِّيَ حَقَّهُ فَمَا يُؤَدِّيهِ تِلْكَ الْبُيُوتُ بِالْوِجْدَانِ الَّذِي فِي بُيُوتِهِ يُؤَدِّي الْحَقَّ بَلَّغًا وَبِإِعْتَادٍ وَإِلَيْهِ يُرْجَعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ﴾ |
| سورة آل عمران | | |
| 138 / 135 | 37 | ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ |
| 139 | 45 | ﴿أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ |
| سورة النساء | | |
| 70 / 23 | 5- 6 | ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا...﴾ |
| / 205 / 48 285 | 6 | ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ |
| 266 | 6 | ﴿وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ |
| 113 | 141 | ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ |
| سورة المائدة | | |

| | | |
|----------------------|----|---|
| 37 | 2 | ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ |
| 281 | 47 | ﴿ وَكُنَّا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ... ﴾ |
| 192 | 48 | ﴿ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ |
| سورة الإسراء | | |
| 207 | 23 | ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ... ﴾ |
| 205 | 34 | ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾ |
| سورة طه | | |
| 139 | 40 | ﴿ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ مَنْ يَكْفُلُهُ ﴾ |
| سورة النور | | |
| 284 | 58 | ﴿ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ﴾ |
| 284 | 59 | ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا ﴾ |
| سورة العنكبوت | | |
| 171 | 8 | ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ﴾ |
| سورة لقمان | | |
| 207 | 15 | ﴿ وَإِنْ جَاهَدَاكَ عَلَىٰ أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبِهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ |
| سورة الأحزاب | | |

| | | |
|--------------|-----|--|
| 138 | 5-4 | ﴿ مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ ۖ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمُ... ﴾ |
| سورة ص | | |
| 192 | 26 | ﴿ يَدَاؤُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ ﴾ |
| سورة التحريم | | |
| 171 | 6 | ﴿ فُوَا أَنفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾ |
| سورة الفجر | | |
| 69 | 5 | ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حَجْرِ ﴾ |
| سورة الضحى | | |
| 139 | 9 | ﴿ فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَنْهَرْ ① ﴾ |
| سورة العلق | | |
| 173 | 5-1 | ﴿ أَقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ① خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ②... ﴾ |

فهرس الأحاديث النبوية

| الصفحة | التخريج | طرف الحديث |
|---------------|--|--|
| 192 | أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ. | «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر» |
| 139 | أخرجه العسقلاني في كتابه فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب من يعول يتيماً. | «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى» |
| 164/169 | أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد. | «أنت أحق به ما لم تنكحي» |
| 87 | أخرجه أبي داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي. | «أيما امرأة نكحت بغير إذن مولها فنكاحها باطل. وفي رواية وليها أي متولى أمرها» |
| 99 | أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم..... | «خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف» |
| 284 | أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا. | «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل» |
| 132/20 193 | أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب السلطان ولي. وأخرجه أبي داود في سننه، كتاب النكاح باب، في الولي. | «السلطان ولي من لا ولي له» |
| 266/172 | أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب | «كلكم راع، وكلكم مسؤول عن |

| | | |
|---------------|--|--|
| | الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن. | رعيته، الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيته، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته» |
| 223/214 | أخرجه ابن ماجة في سننه، أبواب الدعاوى، من بنى في حقه ما يضر بجاره. | «لا ضرر ولا ضرار» |
| 37 | أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضا. | «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا، (ثم شبك بين أصابعه)...» |
| 173 في الهامش | أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأطعمة، باب التسمية على الطعام والأكل باليمين. | «يا غلام سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك» |

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

أولاً: التفسير وعلوم القرآن:

1. القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ومن معه، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2006.
2. ابن كثير عماد الدين أبي الفداء اسماعيل القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الطبعة الأولى، دار العدد الجديد، 2017.

ثانياً: كتب الحديث النبوي الشريف:

1. البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، الطبعة الثانية، دار الإمام مالك، الجزائر، 2014.
2. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، السنن، تحقيق أبي تراب عادل بن محمد، أبي عمر وعماد الدين بن عباس، الطبعة الأولى، دار التأصيل مركز البحوث وتقنية المعلومات، القاهرة، مصر، 2015.
3. العسقلاني ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الطبعة الثالثة، دار السلام، الرياض.
4. ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزوي، السنن، الطبعة الأولى، دار التأصيل مركز البحوث وتقنية المعلومات، 2014.

ثالثاً: الفقه المذهبي:

أ/ الفقه المالكي:

1. التوزري الزبيدي عثمان بن المكي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، تونس، 1339هـ.

2. الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، مع تقارير سيدي الشيخ محمد عيش، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، الجزء الرابع، د.ت.

3. ابن رشد القرطبي أبي الوليد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية، 1988.

4. ابن رشد القرطبي القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1995.

5. القرافي شهاب الدين أحمد بن ادريس، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، 1994.

6. مالك بن أنس أبي عبد الله بن مالك الأصبحي الحميري المدني، المدونة الكبرى، د.ط، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، الجزء الخامس، د.ت.

ب/ الفقه الحنفي:

1. الأسروشنى محمد بن محمود بن الحسين بن أحمد، جامع أحكام الصغار، تحقيق أبي مصعب البدرى، محمود عبد الرحمان عبد المنعم، د.ط، دار الفضيحة، القاهرة، د.ت.

2. الحصكفي محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان، الدّر المختار - شرح تنوير الأبصار وجامع البحار-، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.

3. السرخسي شمس الدين، المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د.ت.

4. الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

ج/ الفقه الشافعي:

1. الزركشي أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، المنثور في القواعد، فقه شافعي، تحقيق محمد حسن محمد إسماعيل، الطبعة الأولى، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
2. الماوردي أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير، تحقيق وتعليق، علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.

د/ الفقه الحنبلي:

1. ابن قدامي موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني شرح مختصر الخرقى، تحقيق عبد الله بن عبد المحن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثالثة مصححة منقحة، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.

رابعاً: النصوص القانونية الوطنية:

أ/الدستور:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 (جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 8 ديسمبر 1996)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها التعديل الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 (جريدة رسمية عدد 82، مؤرخة في 30 ديسمبر 2020).

ب/القوانين العضوية:

2. القانون العضوي رقم 11-12 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها المؤرخ في 26 جويلية 2011 (جريدة رسمية عدد 42، مؤرخة في 31 جويلية 2011).

ج/القوانين والأوامر:

1. الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المؤرخ في 8 يونيو 1966 (جريدة رسمية عدد 48، مؤرخة في 10 يونيو 1966)، المعدل والمتمم بموجب آخر تعديل بالأمر رقم 20-04 المؤرخ في 30 غشت 2020. (جريدة رسمية عدد 51، مؤرخة في 31 غشت 2020).

2. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات (جريدة رسمية عدد 49، مؤرخة في 11 يونيو 1966)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 75-45 المؤرخ في 17 يونيو 1975 (جريدة رسمية عدد 53، مؤرخة في 4 يوليو 1975)، والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (جريدة رسمية عدد 84 مؤرخة في 24 ديسمبر 2006)، وكذلك القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 (جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 8 مارس 2009)، وكذلك القانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014 (جريدة رسمية عدد 7، مؤرخة في 16 فبراير 2014)، وكذلك القانون رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 (جريدة رسمية عدد 71 مؤرخة في 30 ديسمبر 2015). وآخر تعديل له بموجب القانون رقم 20-06 المؤرخ في 28 أبريل 2020، (جريدة رسمية عدد 25 مؤرخة في 29 أبريل 2020).

3. الأمر رقم 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970 (جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في فيفري 1970) المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت 2014 (جريدة رسمية عدد 4، مؤرخة في 20 غشت 2014)، والقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017 (جريدة رسمية عدد 02، مؤرخة في 11 يناير 2017).

4. الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 (جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975)، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26 جوان 2005)، المعدل

- والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، (جريدة رسمية عدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007).
5. الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، (جريدة رسمية عدد 101، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975)، المعدل والمتمم حسب آخر تعديل له بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، (جريدة رسمية عدد 71، مؤرخة في 30 ديسمبر 2015).
6. القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 9 يونيو 1984 (جريدة رسمية عدد 24، مؤرخة في 21 يونيو 1984)، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 9 فبراير 2005، (جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005).
7. قانون رقم 90-11 المتضمن قانون العمل المؤرخ في 21 أبريل 1990 (جريدة رسمية عدد 17، مؤرخة في 25 أبريل 1990)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها التعديل بموجب قانون المالية لسنة 2018 رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017 (جريدة رسمية عدد 76، مؤرخة في 28 ديسمبر 2017).
8. القانون رقم 91-10 يتعلق بالأوقاف الجزائرية، المؤرخ في 27 أبريل 1991 (جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 8 ماي 1991)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها تعديل القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 (جريدة رسمية عدد 83، مؤرخة في 15 ديسمبر 2002).
9. الأمر رقم 02-03 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 المؤرخ في 25 فبراير 2002 (جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 28 فبراير 2002).
10. القانون رقم 03-06 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 ماي 2003 المؤرخ في 14 يونيو 2003 (جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 15 يونيو 2003).
11. الأمر رقم 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية المؤرخ في 27

فبراير 2006 (جريدة رسمية عدد11، مؤرخة في 28 فبراير 2006).

12. القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير

2008 (جريدة رسمية عدد21، مؤرخة في 23 أبريل 2008).

13. القانون رقم 15-12 يتعلق بحماية الطفل، المؤرخ في 15 يوليو 2015 (جريدة رسمية

عدد39، مؤرخة في 19 يوليو 2015).

14. القانون رقم 18-10 المؤرخ في 10 يونيو 2018 الذي يحدد القواعد المطبقة في مجال

التمهين (جريدة رسمية عدد35، مؤرخة في 13 يونيو 2018).

د/المراسيم:

1/مراسيم رئاسية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 92-461 يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية

حقوق الطفل المؤرخ في 19/12/1992 (جريدة رسمية عدد91، مؤرخة في 23 ديسمبر

1992).

2/مراسيم تنفيذية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب (جريدة

رسمية عدد 47، مؤرخة في 11 يونيو 1971)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي

رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 (جريدة رسمية عدد 5، مؤرخة في 22 يناير

1992)، وأيضا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 8 أوت 2020

(جريدة رسمية عدد 47، مؤرخة في 11 أوت 2020).

ج/مشاريع قوانين:

1. التصويت على مشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم

للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية للمداولات رقم 142، السنة

الثالثة المؤرخة في 28 مارس 2005).

خامسا: النصوص القانونية الأجنبية:

أ/القوانين:

1. ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 المؤرخ في 15 يوليوز 1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة المغربية (جريدة رسمية عدد 3220)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها تعديل القانون 34.10 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.148 المؤرخ في 17 أغسطس 2011، (جريدة رسمية عدد 5975، مؤرخة في 5 سبتمبر 2011).

2. قانون رقم 01-15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ظهير شريف رقم 02.130.1 الصادر في 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 01.15 (جريدة رسمية عدد 5031، مؤرخة في 19 أغسطس 2002).

3. ظهير شريف رقم 22.04.1 الصادر في 3 فيفري 2004 بتنفيذ القانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة (جريدة رسمية عدد 5184 مؤرخة في 5 فبراير 2004)، المعدل والمتمم بموجب القانون 09.08 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103.10.1 بتاريخ 16 يوليو 2010 (جريدة رسمية عدد 5859، مؤرخة في 26 يوليو 2010، كما عدلت المادة 16 من المدونة بموجب القانون رقم 15.102 والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.16.1 بتاريخ 12 يناير 2016 (جريدة رسمية عدد 6433، مؤرخة في 25 يناير 2016).

ب/المراسيم:

1. المرسوم رقم 2.04.88 الصادر في 14 يونيو 2004 بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه (جريدة رسمية عدد 5223، مؤرخة في 21 يونيو 2004).

سادسا: المعاجم والقواميس:

1. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، بتحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، معجم مقاييس اللغة، د.ط، دار الفكر، 1979.
2. الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد، القاهرة، 2014.
3. الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم السناوي، الطبعة الثانية، دار المعارف، د.ت.
4. مجمع اللغة العربية للإدارة العامة للمجمعات وإحياء التراث، جمهورية مصر العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004.
5. ابن منظور أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب، د.ط، دار صادر، بيروت، د.ت.
6. النعمان رياض، كتاب المعجم القانوني، (من حرف الشين إلى حرف الياء)، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2013، الجزء الثاني.

سابعا: المؤلفات العامة:

أ/ المؤلفات الفقهية:

1. بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، 2014.
2. الجزيري عبد الرحمان، الفقه على المذاهب الأربعة، د.ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2008.

3. الزحيلي وهبة:

*الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1985.

*موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، 2012.

4. الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق،
2004.

5. أبو زهرة محمد:

*التكافل الاجتماعي في الإسلام، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

*تنظيم الإسلام للمجتمع، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ت، ص172 وما بعدها.

*الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

6. السمناني أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي، روضة القضاة وطريق النجاة،
تحقيق صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان،
1984، الجزء الأول.

7. الغزالي أبي حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين ومعه المغني عن حمل الأسفار في
الأسفار في تخريج ما في الأحياء من الأخبار للعلامة زين الدين أبي الفضل العراقي،
الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2005.

8. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت-، الموسوعة الفقهية، الطبعة الثانية، طباعة
ذات السلاسل، الكويت، 1983.

ب/ المؤلفات القانونية:

1. أوهابية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري-التحري والتحقيق - د.ط، دار
هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004.

2. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثانية مزيدة، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
3. بعلي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، (نظرية القانون، نظرية الحق)، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006.
4. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، (وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا)، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015-2016، الجزء الأول.
5. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، -الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد للأموال-، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2006، الجزء الأول.
6. ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد -ترجمة للمحاكمة العادلة-، طبعة الثالثة منقحة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
7. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، الجزء الثاني.
8. سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، طبعة منقحة ومزيدة، 2013.
9. السعدي محمد صبري:
- *شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام-الواقعة القانونية-، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، د.ت، الجزء الثاني.
- *الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
10. سننوقة سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية-نصا، شرحا، تعليقا، تطبيقا-، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، الجزء الثاني.

11. السنهوري عبد الرزاق:

*الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) -، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

*نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، الجزء الأول.

12. فوضيل نادية، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004.

13. مجاهد أسامة أبو الحسن، مبادئ القانون، دراسة خاصة بطلبة كلية التجارة، د.ط، دون دار النشر، 2017-2018.

14. نجيمي جمال، قانون حماية الطفل في الجزائر - تحليل وتأصيل مادة بمادة-، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2016.

ثامنا: المؤلفات المتخصصة:

أ/مؤلفات خاصة بالنيابة الشرعية:

1. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها وأحكام التصرف عن الغير، -الولاية، الوصاية، القوامة، المساعدة القضائية، الوكالة الفضالة في الشريعة الإسلامية والقانون-، د.ط، المكتبة الأزهرية للتراث، 2015.

2. الأكنة جمال مهدي محمود، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة - د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

3. بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

4. بوشمة خالد، نظرية النيابة الشرعية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون

- الوضعي، د.ط، منشورات بغدادي، الجزائر، د.ت.
5. نقيه عبد الفتاح، النيابة الشرعية، د.ط، موفم للشر، الجزائر، 2016.
6. جعفر محمد سعيد، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، د.ط، دار هومة، 2010.
7. الجندي أحمد نصر، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
8. الجندي محمد صبري، النيابة في التصرفات القانونية (دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن)، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.
9. ربابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، تقديم محمد عقلة الإبراهيم، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
10. الرفعي عبد السلام، الولاية على المال وتطبيقاتها في الفقه المالكي-دراسة مقارنة-، د.ط، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المغرب، 2012.
11. أبو زهرة محمد، الولاية على النفس، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ت.
12. السوسي التتاني عبد الله (ابن الطاهر)، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، -دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة- الأهلية والنيابة الشرعية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، الجزء الرابع.
13. شتوان بلقاسم، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2014.
14. شهبون عبد الكريم، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، (الأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث)، الطبعة الثالثة، د.ت، 2000، الجزء الثاني.
15. الغنام مليكة، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، الطبعة

- الأولى، دار الآفاق للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2010.
16. قزامل سيف رجب، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، -دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون-، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
17. نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002.
18. النمي محمد بن عبد العزيز، الولاية على المال، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2012.
19. يوسف عبد الصمد محمد، عوارض الأهلية وآثارها في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2016.
- ب/مؤلفات خاصة بالأحوال الشخصية:
1. باوني محمد، عقد الزواج وآثاره -دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، منشورات مكتبة اقرأ، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2009.
2. بلحاج العربي:
- *أحكام المواريث، في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد-وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017.
- *الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، الجزء الأول.
3. بن الشيخ آث ملويا لحسين، المرشد في قانون الأسرة-مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014)، -، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2014.

4. بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2007.

5. تقيّة عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والقضاء، د.ط، منشورات تالة، الأبيار، الجزائر، 2011، ص227.

6. الجندي أحمد نصر، شرح مدونة الأسرة المغربية، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.

7. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، منشورات كليك، 2013.

8. العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، د.ط، مطبعة طالب، 2008/2007.

9. القرضاوي يوسف، الاستلحاق والتبني في الشريعة الإسلامية، إعداد خالد خليفة السعد، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة، 2000.

10. قياس المهدي، القاضي المدني وحماية القاصر، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

11. ابن قيم الجوزية أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب، تحفة المودود بأحكام المولود، تحقيق عثمان بن جمعة ضميرية، د.ط، دار عالم الفوائد، د.ت.

تاسعا: الأطروحات والمذكرات العلمية:

أ/ أطروحات الدكتوراه:

1. حميدو زكية، «مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة»، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-، كلية الحقوق، 2004-2005.

2. زغيب نور الهدى، «جرائم الاتجار بالأطفال في التشريع الجزائري»، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في القانون العام، فرع قانون العقوبات العلوم الجنائية، جامعة قسنطينة1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2019/2018.
3. عفيف اسمهان، «حماية القاصر في قانون الأسرة»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم القانونية، قسم الحقوق، 2019-2020.
4. علال ياسين، «أحكام المفقود في قانون الأسرة، دراسة مقارنة»، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2017، 2018.
5. قديري محمد توفيق، «النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري»، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، كلية الحقوق، 2017/2018.
6. محروق كريمة، «الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء»، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2014-2015.

ب/ مذكرات الماجستير:

1. غربي صورية، «حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2014-2015.

حادي عشر: المقالات العلمية:

1. بخدة مهدي، «الحماية القانونية للعامل القاصر في التشريع الجزائري»، مجلة القانون، العدد4، تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي غليزان،

ديسمبر 2014.

2. بشير محمد:

* «إجراءات القوامة على البالغين غير كاملي الأهلية وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية»، مجلة القانون، المجلد 07، العدد 01 تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة بجليزان، سنة 2018.

* «عوارض الأهلية والحلول القانونية المقررة لها في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة»، مجلة صوت القانون، العدد 02، مخبر نظام الحالة المدنية بجامعة الجيلالي بونعامه بخميس مليانة، 2018.

3. بلجلب عتيقة، «الحماية الجنائية للطفل كضحية في أسرته»، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 07. www.Ajp. Cerist. Dz

4. بلجراف سامية، «الرقابة على ولاية المال بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة»، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 11، العدد 01، تصدر عن جامعة زيان عاشور، الجلفة، جوان 2019.

5. بلحاج العربي، «المفقود في الأحوال الاستثنائية-تعليق على قرار المحكمة العليا، الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 290808 بتاريخ 2002/04/10»، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، لسنة 2006.

6. بن عزيزة حنان، «تدخل النيابة العامة في قضايا حماية أموال القصر في ظل النصوص المستحدثة»، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 07 جانفي 2018. www.asjp.cerist.dz

7. بوتغرارة علاوة، خدروش الدراجي، «الكفالة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية»، نشرة الموثق، جويلية 2010.

8. جروني فائزة، «تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة الجزائري»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 13 جوان 2016، www.asjp.cerist.dz
9. حداد عيسى، «الحضانة بين القانون والاجتهاد القضائي»، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، تبسة، ص 178. www.asjp.cerist.dz
10. حماش عبد الرحمن، «زواج القاصر والمصاب بإعاقة ذهنية في القانون المغربي»، مجلة المنبر القانوني، العدد 07 و 8 أبريل 2015.
11. حميدي إيمان الزهرة، «دور الولي في إبرام عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة)»، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث. www.asjp.cerist.dz
12. الرضي نجم رياض نجم، مهند أبو مغلي عزمي مسعود، «النيابة في التعاقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردني»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الأولى، 2011.
13. زرقون نور الدين، «تساؤلات حول ممارسة المحكمة العليا لسلطاتها كمحكمة موضوع: قراءة في إشكالات تطبيق نص المادة 374 ف 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية»، دفاتر السياسة والقانون، العدد 07، جوان 2012. www.asjp.cerist.dz
14. زغيشي سعاد، «كفالة اليتيم في التشريع الجزائري»، مجلة البحوث والدراسات، العدد 2، دورية أكاديمية دولية نصف سنوية تصدر عن جامعة حمة لخضر - الوادي - الجزائر، المجلد 14.
15. زهدور كوثر، «الحماية القانونية للملكية العقارية للقاصر على ضوء التشريع الجزائري»، مجلة القانون المغربي، العدد 20، أكادال، الرباط، يناير 2013.
16. زواوي عباس، سلمى مانع، «اختصاصات قاضي شؤون الأسرة طبقا لأحكام قانون

الإجراءات المدنية والإدارية»، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السادس عشر، تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2018.

17. زودة عمر، «طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة (الأمر 02.05)»، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2005.

18. سلام عبد الرحمان، «الكفالة في التشريع المدني الجزائري»، مجلة الحضارة الإسلامية، مخبر القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02، جامعة مستغانم، المجلد 19، أكتوبر 2018.

19. شيخ سناء، «الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيه»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014.

20. طحطاح علال، «ميراث المفقود في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري»، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 32، الجزء الثالث، سبتمبر 2018.

21. عامر مراد، «الحماية القانونية والقضائية لبيع عقار قاصر»، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، سلسلة البحوث الجامعية، الرباط، العدد 01، 2014.

22. عيو عبد الصمد، «الرقابة البعدية على اختصاصات الولي»، المنبر القانوني، المغرب، العدد 7-8، أبريل 2015.

23. علال قاشي، «أحكام الطفل اللقيط في النظام القانوني الجزائري»، مجلة المعيار، العدد 16، رقم 31. www.asjp.cerist.dz

24. علام الساجي، «إشكالية التبني والكفالة في المجتمع الجزائري مقارنة أنثروبولوجية»، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد الرابع، جامعة الجلفة، المجلد العاشر. www.asjp.cerist.dz

25. عليواش هشام، «اشتراط الإنز القضاي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية. www.asjp.cerist.dz

26. عمر لمين، «مستجدات مدونة الأسرة فيما يتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية»، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، (5)، المعهد العالي للقضاء، مكتبة دار السلام، -ديور الجامع-، الرباط، شنتبر 2004.
27. عياش رتيبة، «ضوابط الإنفاق على الأصول فقها وقانونا وقضاء»، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثامن. [www. Asjp. Cerist. Dz](http://www.Asjp.Cerist.Dz).
28. محمد زواوي فريدة، «مدى تعارض المرسوم التنفيذي 92/24 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية»، المجلة القضائية، العدد 02، 2000.
29. مستاري عادل، «الدور الرقابي للمحكمة العليا لضمانات المحاكمة العادلة»، مجلة الإجتهااد القضائي، العدد 13، مخبر أثر الإجتهااد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ديسمبر 2016.
30. مسيخ محمد لمين، «دور النيابة العامة كحامية للنظام العام في قانون الأسرة الجزائري (المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري)»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر جويلية 2018.
31. معوان مصطفى، «أسباب تحريم التبني وإحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري»، مجلة المعيار، العدد التاسع، مجلة تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2004.
32. معيفي الهادي، «الحجر على المعوق ذهنيا (دراسة على ضوء التشريع الجزائري والعربي المقارن)»، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 17، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، جانفي 2018.
33. نجوم قندوز سناء، «الرقابة القضائية على امتياز الحقوق»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، 2016.

ثاني عشر: المقابلات الشخصية:

1. مقابلة مع القاضية بالرايس مريم بصفتها قاض ورئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة أم

اليواقي بتاريخ: 2018/03/12.

ثالث عشر: المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية، لسنة 1996، العدد 01.
2. المجلة القضائية، لسنة 2001، العدد 02.
3. المجلة القضائية، لسنة 2002، العدد 02.
4. المجلة القضائية، لسنة 2003، العدد 02.
5. المجلة القضائية، لسنة 2004، العدد 01.
6. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2005، العدد 02.
7. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2006، العدد 01.
8. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2006، العدد 02.
9. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2007، العدد 01.
10. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2007، العدد 02.
11. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2008، العدد 02.
12. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2009، العدد 01.
13. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2010، العدد 02.
14. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2012، العدد 01.
15. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2012، العدد 02.
16. مجلة المحكمة العليا، لسنة 2014، العدد 01.

رابع عشر: مراجع إلكترونية مواقع الأنترنت:

1. ظهير 9 رمضان 1331 المتعلق بقانون الإلتزامات والعقود المغربي (12 أغسطس 1913) المعدل والمتمم المتاح على الموقع الرسمي:
www.justice.gov.ma المحين بتاريخ: 26 أغسطس 2019
2. قرار المجلس الأعلى رقم 31997، مؤرخ في 09 /01 /1984، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد01، لسنة 1989 من الموقع: WWW. Droit -dz. Com
3. ملف رقم 72353. غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد03، لسنة 1993، المتاحة على الموقع [https : // low- dz. Net](https://low-dz.Net)
4. Etude de :Severine Monferini Nuoffer paru :
[www.avocats-fr.ch/etude -Séverine-monferini-nuoffer/la-responsabilité-civile-penale/](http://www.avocats-fr.ch/etude-Séverine-monferini-nuoffer/la-responsabilité-civile-penale/)
5. www.aljazeera.net/programs/religionandlife.
6. <https://ar.m.wikipedia.org>.
7. <http://protection-des-personnes.ooreka.fr>.
8. www.inconetax.gov.Eg.
9. <https://droit.mjustice.dz>.
10. www.arp.tn.
11. adala.justice.gov.ma.
12. www.asjp.cerist.dz
13. www.msn.fcf.gov.dz/ , p adoption.
14. www.Unicef.Org.
15. www.Education.gov.Dz.
16. www.servicepublic.fr.
17. www.dalloz-avocats.fr.

خامس عشر: المراجع باللغة الأجنبية:

1-articles :

1. -Daniel Gardner, Benoît Moore, «La responsabilité contractuelle dans la tourmente», **revu : les cahiers de droit**, volume 48, numéro 4, 2007.
2. -Iacimade, La traite des êtres humains, imprimerie de la centrale, octobre 2016.
3. -Mostefa Kouidri, «La garde de l'enfant après la réforme du code de la famille», Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economique et Politique, N° 1, volume 47, p56. www.asjp.cerist.dz

2-ouvrages :

1. Corinne Renault-Brahinsky, Droit des personnes et de la famille, Mémentos LMD, 7^e édition, Gualino éditeur, 2007.
2. Ghaouti Benmelha, le droit algérien de la famille, office de publication universitaires, Ben Aknoun, Alger, p272.

3-Thèses et mémoires :

1. -Yamina Houhou, «**La kafala en droit algérien et ses effets en droit français**», doctorat en sciences juridiques spécialité : droit privé, droit de la famille, université de Pau et des Pays de l'Adour, 2014.

فهرس الموضوعات

| | |
|----|--|
| 1 | مقدمة |
| | الباب الأول: ماهية النيابة الشرعية |
| | الفصل الأول: مفهوم النيابة الشرعية ومجالها |
| 13 | المبحث الأول: مفهوم النيابة الشرعية |
| 13 | المطلب الأول: تعريف النيابة الشرعية |
| 13 | الفرع الأول: تعريف النيابة الشرعية لغة واصطلاحا |
| 13 | أولا: تعريف النيابة الشرعية لغة |
| 15 | ثانيا: تعريف النيابة الشرعية اصطلاحا |
| 24 | الفرع الثاني: تمييز النيابة الشرعية عن بعض الصور الشبيهة بها |
| 24 | أولا: تمييز النيابة الشرعية وتطبيقاتها عن النيابة بمفهومها العام |
| 28 | ثانيا: التمييز بين النيابة الشرعية والمساعدة القضائية |
| 29 | ثالثا: التمييز بين النيابة الشرعية والرسالة |
| 29 | رابعا: التمييز بين النيابة الشرعية والكفالة |
| 30 | الفرع الثالث: خصائص النيابة الشرعية |
| 31 | أولا: كون النيابة الشرعية تقوم على ثلاث عناصر |
| 32 | ثانيا: كون النيابة شرعية |
| 32 | ثالثا: كون النيابة الشرعية الزامية |
| 32 | رابعا: كون النيابة الشرعية من حقوق الله |

| | |
|--|--|
| 33 | المطلب الثاني: نشأة النيابة الشرعية والحكمة من مشروعيتها |
| 34 | الفرع الأول: نشأة النيابة الشرعية |
| 36 | الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية النيابة الشرعية |
| 39 | المبحث الثاني: مجال النيابة الشرعية |
| 39 | المطلب الأول: أحكام الأهلية |
| 39 | الفرع الأول: تعريف الأهلية وأطوارها |
| 39 | أولاً: تعريف الأهلية |
| 42 | ثانياً: أطوار الأهلية |
| 52 | الفرع الثاني: عوارض الأهلية وموانعها |
| 52 | أولاً: عوارض الأهلية |
| 58 | ثانياً: موانع الأهلية |
| 69 | المطلب الثاني: أحكام الحجر |
| 69 | الفرع الأول: تعريف الحجر ونطاقه |
| 69 | أولاً: تعريف الحجر لغة واصطلاحاً |
| 72 | ثانياً: نطاق الحجر |
| 74 | الفرع الثاني: إجراءات الحجر وآثاره |
| 74 | أولاً: إجراءات الحجر |
| 77 | ثانياً: آثار الحجر |
| الفصل الثاني: صور النيابة الشرعية | |
| 86 | المبحث الأول: النيابة الشرعية الأصلية |

| | |
|-----|---|
| 86 | المطلب الأول: تعريف الولاية وأقسامها |
| 86 | الفرع الأول: تعريف الولاية وخصائصها |
| 86 | أولاً: تعريف الولاية |
| 89 | ثانياً: خصائص الولاية |
| 91 | الفرع الثاني: أقسام الولاية |
| 91 | أولاً: تقسيم الولاية من حيث المصدر |
| 92 | ثانياً: تقسيم الولاية من حيث آثارها |
| 93 | ثالثاً: تقسيم الولاية من حيث موضوعها |
| 94 | رابعاً: تقسيم الولاية من حيث صفتها |
| 95 | المطلب الثاني: النظام القانوني لأصحاب الحق في الولاية |
| 95 | الفرع الأول: أصحاب الحق في الولاية وترتيبهم |
| 95 | أولاً: أصحاب الحق في الولاية دون ولاية التزويج وترتيبهم |
| 106 | ثانياً: تحديد أصحاب الحق في ولاية التزويج |
| 111 | الفرع الثاني: شروط أصحاب الحق في الولاية |
| 112 | أولاً: كمال الأهلية |
| 113 | ثانياً: الإسلام |
| 114 | ثالثاً: القدرة على ممارسة الوظيفة الولائية |
| 115 | رابعاً: شرط الذكورة |
| 117 | المبحث الثاني: النيابة الشرعية المكتسبة |
| 117 | المطلب الأول: الوصاية والتقديم |
| 117 | الفرع الأول: الوصاية |
| 117 | أولاً: مفهوم الوصاية |

| | |
|-----------------------------|---|
| 125 | ثانيا: شروط الوصاية |
| 130 | الفرع الثاني: التقديم |
| 131 | أولا: تعريف التقديم |
| 133 | ثانيا: إجراءات تعيين المقدم |
| 134 | المطلب الثاني: الكفالة |
| 135 | الفرع الأول: مفهوم الكفالة |
| 135 | أولا: تعريف الكفالة وخصائصها |
| 140 | ثانيا: شروط الكفالة |
| 144 | الفرع الثاني: إجراءات الكفالة |
| 145 | أولا: المرحلة الأولية على الإجراءات |
| 146 | ثانيا: المرحلة القضائية |
| 148 | ثالثا: إجراءات تغيير لقب الطفل المكفول مجهول النسب |
| 153 | خلاصة الباب الأول |
| الباب الثاني: | |
| آثار النيابة الشرعية | |
| الفصل الأول: | |
| سلطات النائب الشرعي | |
| 159 | المبحث الأول: سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس |
| 159 | المطلب الأول: نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس |
| 160 | الفرع الأول: ولاية الحفظ |
| 160 | أولا: ولاية حفظ النفس |
| 171 | ثانيا: ولاية التربية والتعليم والتأديب |

| | |
|-----|---|
| 176 | الفرع الثاني: ولاية التزويج |
| 177 | أولاً: مركز الولي في عقد زواج المرأة الراشدة |
| 178 | ثانياً: مركز الولي في عقد زواج المرأة القاصر |
| 180 | الفرع الثالث: مسؤولية النائب الشرعي عن فعل مولاه الضار |
| 182 | أولاً: الشرط الأول: أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر |
| 184 | ثانياً: الشرط الثاني: أن يصدر ممن هو تحت الرقابة فعل ضار |
| 186 | المطلب الثاني: أحكام خاصة بسلطات النائب الشرعي في الولاية على النفس |
| 186 | الفرع الأول: سلطات صاحب النيابة الشرعية المكتسبة في الولاية على النفس |
| 186 | أولاً: سلطات الوصي والمقدم في الولاية على النفس |
| 189 | ثانياً: سلطات الكافل في الولاية على النفس |
| 192 | الفرع الثاني: ولاية القاضي باعتباره نائبا شرعيا في الولاية على النفس |
| 192 | أولاً: مركز قاضي شؤون الأسرة من التنظيم القضائي الجزائري |
| 197 | ثانياً: سلطات القاضي الولائية في الزواج والطلاق |
| 201 | المبحث الثاني: سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال |
| 201 | المطلب الأول: المبادئ العامة التي تحكم سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال |
| 201 | الفرع الأول: المبادئ العامة التي تحكم نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال |
| 204 | الفرع الثاني: المبدأ العام المتمثل في حق الانتفاع القانوني |
| 209 | المطلب الثاني: نطاق سلطات النائب الشرعي في الولاية على المال |

| | |
|---|---|
| 210 | الفرع الأول: السلطات المطلقة للنائب الشرعي في الولاية على المال |
| 210 | أولاً: أعمال الحفظ والصيانة والتصرفات النافعة |
| 211 | ثانياً: أعمال الإدارة |
| 211 | ثالثاً: إجازة النائب الشرعي لتصرفات المولى عليه أو إبطالها |
| 215 | الفرع الثاني: السلطات المقيدة للنائب الشرعي في الولاية على المال |
| 215 | أولاً: القيود المنقصة لسلطات النائب الشرعي في الولاية على المال |
| 220 | ثانياً: القيود المانعة لسلطات النائب الشرعي في الولاية على المال |
| 223 | الفرع الثالث: حكم تصرفات النائب الشرعي خارج نطاق سلطاته |
| 223 | أولاً: التصرفات الباطلة |
| 224 | ثانياً: التصرفات الموقوفة |
| الفصل الثاني: | |
| الرقابة القضائية على النيابة الشرعية وطرق انقضائها | |
| 230 | المبحث الأول: الرقابة القضائية على النيابة الشرعية |
| 230 | المطلب الأول: دور القضاء في الرقابة على النيابة الشرعية |
| 230 | الفرع الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة على النيابة الشرعية |
| 231 | أولاً: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة من خلال التدابير المؤقتة والرقابة التفائية |
| 233 | ثانياً: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة من خلال سير النيابة الشرعية |
| 243 | ثالثاً: دور قاضي شؤون الأسرة في الرقابة من خلال الأذن القضائية |
| 248 | الفرع الثاني: دور النيابة العامة في الرقابة على النيابة الشرعية |
| 249 | أولاً: طبيعة دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة |

| | |
|-----|---|
| 253 | ثانيا: صور تدخل النيابة العامة بالرقابة على النيابة الشرعية |
| 256 | الفرع الثالث: دور المحكمة العليا في الرقابة على النيابة الشرعية |
| 256 | أولا: التعريف بالمحكمة العليا |
| 258 | ثانيا: صور تدخل المحكمة العليا في الرقابة على النيابة الشرعية |
| 260 | المطلب الثاني: المساءلة القضائية للنائب الشرعي |
| 262 | الفرع الأول: المسؤولية المدنية للنائب الشرعي |
| 267 | الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي |
| 267 | أولا: مساءلة النائب الشرعي جنائيا دون النظر لصفته نائبا شرعيا |
| 268 | ثانيا: مساءلة النائب الشرعي بسبب صفته واعتبارها ظرفا مشددا |
| 276 | ثالثا: مساءلة النائب الشرعي بصفته وليا أصليا |
| 283 | المبحث الثاني: طرق انقضاء النيابة الشرعية |
| 283 | المطلب الأول: الطريق الاعتيادي لانقضاء النيابة الشرعية |
| 283 | الفرع الأول: زوال الأسباب الموجبة للنيابة الشرعية |
| 283 | أولا: البلوغ والترشيد |
| 286 | ثانيا: زوال أسباب الحجر ورفع |
| 287 | ثالثا: عودة الغائب والمفقود |
| 289 | الفرع الثاني: الموت الحقيقي أو الحكمي |
| 289 | أولا: الموت الحقيقي |
| 289 | ثانيا: الموت الحكمي |
| 293 | الفرع الثالث: تحقق الغاية من النيابة الشرعية |
| 293 | أولا: ولاية التزويج |
| 293 | ثانيا: النيابة الشرعية المحددة |

| | |
|-----------------------|---|
| 294 | ثالثا: النيابة الشرعية المؤقتة |
| 295 | المطلب الثاني: الطريق غير الاعتيادي لانقضاء النيابة الشرعية |
| 295 | الفرع الأول: الأسباب الإعتراضية المشتركة لانقضاء النيابة الشرعية |
| 295 | أولا: عوارض وموانع الأهلية |
| 296 | ثانيا: سوء تصرف النائب الشرعي أو اختلال أحد شروط النيابة الشرعية فيه |
| 300 | الفرع الثاني: الأسباب الإعتراضية الخاصة بانقضاء بعض صور النيابة الشرعية |
| 300 | أولا: الأسباب الإعتراضية الخاصة بانقضاء الوصاية والتقديم |
| 301 | ثانيا: الأسباب الإعتراضية الخاصة بانقضاء الكفالة |
| 304 | خلاصة الباب الثاني |
| 308 | الخاتمة |
| 319 | الملاحق |
| الفهارس الفنية | |
| 325 | فهرس الآيات القرآنية |
| 328 | فهرس الأحاديث النبوية |
| 330 | فهرس المصادر والمراجع |
| 352 | فهرس الموضوعات |
| | الملخص |

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى التعريف بالنظام القانوني لموضوع النيابة الشرعية وتبيين أحكامه في ظل قانون الأسرة وتحليل نصوصه وقواعده، ومحاولة تسليط الضوء على تطبيقاته القضائية، وإظهار مدى استناد تلك الأحكام إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول والأساسي لهذا القانون، ثم الوقوف على مكان قوة وبؤر فتور هذا النظام بمقارنة أساسياته بما هو مقرر بالتشريع المغربي على اعتبار أن للتشريعين تشابه من حيث المصدر والبنية.

وفي سبيل ذلك انطلقت الدراسة في بابها الأول والموسوم: «ماهية النيابة الشرعية»، والذي ركّز على التعريف بالنيابة الشرعية وتمييزها عن غيرها من الأنظمة المشابهة بها، وتحديد نطاقها، من خلال الفصل الأول الذي توصل إلى أن النيابة الشرعية هي ذلك النظام الذي يسمح بإحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل في القيام على أموره النفسية والمالية، فتتميّز في ذلك عن الوكالة بأنها تتم فرضاً على شخص الأصيل نتيجة عجزه وضعفه، هذا الأخير هو المحدد لنطاق النيابة الشرعية كونه وجد في حالة العجز والضعف والتي يمكن أن تتحقق في الأوضاع التالية: الصغر والجنون والعتة والسفه والغياب والفقْد.

كما اهتم هذا الباب من خلال فصله الثاني ببيان مختلف صور وتطبيقات النيابة الشرعية وهي الولاية والوصاية والتقديم والكفالة، فعرفها وحدد أصحاب الحق فيها وشروطهم وإجراءات تعيينهم.

ثم تطرقت الدراسة بموجب بابها الثاني والمعنون: «آثار النيابة الشرعية»، إلى بحث ما يترتب عن ثبوت النيابة الشرعية عن طريق فصلين، عنى الفصل الأول بشرح وتوضيح السلطات التي تثبت للنائب الشرعي على مولاه، سواء على نفسه من حفظ وتربية وتزويج، أو على أمواله بحفظها واستثمارها، مع تبيين القيود التي وضعها المشرع الجزائري على تلك السلطات حرصاً منه على تحقيق الحماية المرجوة للمولى عليه، ولم يكتف في سبيل ذلك بتلك القيود، إنما نظم رقابة قضائية على النائب الشرعي وهو ما سعى الفصل الثاني إلى توضيحه،

فبيّن أن للقضاء ما يكفي من نصوص وقواعد القانون العام التي تمنع النائب الشرعي من تجاوز حدود نيابته أو الاعتداء على نفس أو مال المولى عليه، وأما إذا حصل الاعتداء فيقيم القانون مسؤولية النائب الشرعي مدنياً أو جنائياً، ويوقع عليه جزاءات مختلفة ومنها حرمانه من ممارسة الوظيفة النيابة، وهو ما يمثل أحد طرق انتهاء النيابة الشرعية على أن هناك طرق وأسباب أخرى اعتنى هذا البحث ببيانها أيضاً.

الكلمات المفتاحية: النيابة الشرعية، الولاية، الوصاية، التقديم، الكفالة، النائب الشرعي، المولى عليه، المحجور عليه.

Résumé

Le travail de recherche vise à définir le système juridique de la représentation légale, préciser ses dispositions dans le cadre du code de la famille et montrer dans quelles mesures ces dispositions s'appuient sur la religion islamique qui est considérée comme la source principale du code de la famille, il vise aussi à définir les points de force et de faiblesse de ce système en le comparant à la législation marocaine dans la mesure où les deux législations se rapprochent en terme de structure et de source.

De ce fait, cette étude commence par une première session qui s'intitule : «Qu'est-ce que la représentation légale», dans cette session notre étude se centre sur la définition de la représentation, comment la distinguer des systèmes qui lui sont semblables et de déterminer son champ d'application à travers le premier chapitre qui a montré que la représentation légale est ce système qui permet au représentant de gérer les affaires personnelles et financières du représenté. Celle-ci se distingue du mandat dans le fait qu'elle est obligatoire pour le représenté vu son incapacité. Une incapacité due à : son âge, sa démence, son imbecilité, sa disparition, son absence, sa prodigalité et son insouciance.

Dans le deuxième chapitre de cette session, le travail de recherche se dirige vers la distinction entre les différentes formes de la représentation légale à savoir la tutelle, la tutelle testamentaire, la curatelle et la Kafala. Le chapitre déterminera leurs définitions, ceux qui en ont le droit, les conditions ainsi que les mesures de leur recrutement.

La seconde session de cette étude qui s'intitule : «les effets de la représentation légale», s'intéresse à la confirmation du représentant en tant que tel et aux conséquences qui suivent cette confirmation. Le premier chapitre définit l'autorité du représentant sur le représenté à savoir : son éducation, son mariage et la gestion de ses affaires financières et montrer les limites imposées par le législateur algérien pour assurer la protection du représenté, il a aussi imposé au représentant une surveillance judiciaire expliquée dans le deuxième chapitre de la deuxième session. Dans ce même chapitre on montre que : le système juridique dispose de suffisamment de lois qui empêchent le représentant de dépasser les limites de son champ d'action, et que ce même système détermine les dispositions à prendre dans le cas où le représentant abuse du représenté psychologiquement ou financièrement à

savoir mettre fin à la représentation légale. Les autres formes qui mettent fin à la représentation légale seront expliqués aussi dans ce travail de recherche.

Mots clés : la représentation légale, la tutelle, la tutelle testamentaires, la curatelle, la Kafala, le représentant légale, le représenté, l'interdit.

Abstract:

This study aims at defining the legal system of the legal representation, indicating its dispositions within the family law, analyzing its texts and bases, shedding light on its legal applications and demonstrating to what extent are these dispositions based on Islamic legislation-being the first principle source of this law. It, then, aims at pointing out the strong and weak aspects of this system, comparing its basics with those of the Moroccan legislation to which it resembles, in terms of source and structure.

The study, in its first section, entitled: 'The Essence of Legal Representation', focuses, in the first chapter, on defining legal representation, distinguishing it from other similar systems, delimiting its scope, and reaching the conclusion that legal representation allows the representative to replace the represented in managing his personal and financial affairs. This is different from the power of attorney in that it is imposed on the represented person due to his inability and weakness. The latter delimits the scope of legal representation as being found in a state of inability and weakness, that may be manifested in: underage, madness, imbecility, foolishness, absence and disappearance

The second chapter indicates the different applications of legal representation, which are guardianship, custody, appointed legal representation and kafala, with their respective definitions, beneficiaries, conditions and procedures of appointment.

The second section entitled: 'the effects of legal representation' focuses on the effects of legal representation in two chapters. The first chapter explained and the powers of the legal representative on the person represented, either on his personality through protection, education and marriage, or on his money through preservation and investment. The chapter indicates the limits put by the Algerian legislator to protect the person represented. The second chapter highlights the legal surveillance on the legal representative to reinforce the protection of the represented person. It shows that legislation is rich of texts and laws which prevent the legal representative from abusing his powers, or assaulting the represented person psychologically

of financially. In case of assault, the legal representative is accused civilly or legally and the law ends his representation function, which is one way, among others, to end legal representation.

Keywords: legal representation, guardianship, custody, appointed legal representation, kafala, legal representative, the person under-guardianship, the person under-appointed legal representation.