

جامعة أبو بكر بلقايد

- تلمسان -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

تحت إشراف:

إعداد الطالبة:

أ.د/ تشوار حميدو زكية

* غربي صورية

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	* تشوار جيلالي
مشرفة و مقررة	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	* تشوار حميدو زكية
مناقشة	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	* يوسف فتيحة
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر " أ "	* نعيم مراد

السنة الجامعية : 2014-2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{الْمَالُ وَ الْبُنُونُ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا}

الآية 46 من سورة الكهف

كلمة شكر و عرفان

أتقدم بداية بالشكر و التقدير إلى الله عز و جل الذي وفقني و هدايني لهذا و ما كنت لأهتدي لولا أن هدايني الله ، حتى أتممت هذا البحث المتواضع .

و أتوجه بالشكر إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة حميدو تشوار زكية على تفضلها و قبولها الإشراف على هذه المذكرة ، و التي لم تبخل عليّ بعلمها و وقتها و جهدها و توجيهاتها حتى تخرج هذه المذكرة على الوجه الحسن رغم ضيق وقتها و كثرة أعمالها فجزاها الله خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقراءة هذه الرسالة و مناقشتها فجزاهم الله عنا خير الجزاء ، على ما بذلاه من جهد و وقت رغم أشغالهم الكثيرة فلهما مني خالص التقدير و الاحترام.

دون أن أنسى أن أشكر جميع أساتذتي الكرام في كلية الحقوق جامعة تلمسان الذين تتلمذت على أيديهم.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من أفنى عمره لأجل علمي إلى روح أحن أب عرفته الدنيا إلى والدي غربي سعيد
تغمده الله برحمته الواسعة ، و أرجوا من الله أن يكون هذا العمل في ميزان حسناته.

إلى جنتي في هذه الأرض أُمي الغالية حفظها الله تعالى و أطال عمرها

إلى كل عائلتي... و عائلة زوجي...

إلى كل صديقاتي... و زملائي...

إلى كل شخص دعمني و ساعدني لإتمام هذه المذكرة

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

ج: الجزء.

ج.ر: جريدة رسمية.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

د.م.ن: دون مكان نشر.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ع: عدد.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.أ.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية و الموارث.

غ.ع: الغرفة العقارية.

غ.م: غرفة مدنية.

ق.أ: قانون الأسرة.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق.ع: قانون العقوبات.

ق.م: القانون المدني.

ق.م.م: قانون المدني المصري.

ق.و.م.م: قانون الولاية على المال المصري.

م.ق: مجلة قضائية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

م: التاريخ الميلادي.

هـ: التاريخ الهجري.

باللغة الفرنسية:

n : numéro.

O.P.U : office des publications universitaires

p : page.

R.A.S.J.E.P : Revue Algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques.

R.I.D.C : Revue Internationale de Droit Comparé.

art : Article.

مقدمة

إن أهم ما ميز الله به الإنسان عن باقي خلقه هو العقل ، و جعله بذلك خليفته في أرضه يحكم بما أمر به من العدل و التقوى ، و إقامة مجتمع متضامن متكافل يملؤه الحب و الألفة و التراحم و التعاون ، و ينعم أفراده بالاستقرار و الأمن و الطمأنينة و الرخاء ، بحيث يتمتع بحقوقه المشروعة التي كفلها له القانون.¹

و تعتبر الطفولة بمثابة النبات لهذه الحياة، و هي تمثل مرحلة هامة و مصيرية في مسيرة الإنسان و رحلته في الحياة ، فالأولاد ذكوراً أو إناثاً هم زينة هذه الحياة ، فهم قرة الأعين ، و أنس الفؤاد و سعادة النفس.²

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

فحق القاصر في هذه الحياة، يعد حقاً أساسياً تنفرع منه عدة حقوق تحمي القاصر و تحيطه بالأمان إلى غاية بلوغه سناً معينة تؤهله جسدياً و عقلياً و نفسياً لتولي أموره ، و التعرف على واجباته اتجاه أسرته و مجتمعه.³

و لم تكن حقوق القاصر شيئاً يذكر و لا بذى أهمية في العهود القديمة ، إذ كانت المجتمعات تحمل البنات و تكتفي بتربية الفتيان الأشداء للاستعانة بهم في مواجهة قسوة الحياة ، كما اشتهرت تلك العصور ببيع الأبناء أو طردهم أو قتلهم أو تأجيرهم بسبب الدين.⁴

¹ - أنظر ، مراد بلعباس ، استثمار أموال الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة ، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، 2009-2010 ، ص.01.

² - أنظر ، محمد بوعمره ، أموال القصر في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، 2012-2013 ، ص.04.

³ - أنظر ، مازن إسماعيل هنية ، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية ، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد 17 ، سلسلة الدراسات الإسلامية ، يناير 2009 ، ع.1 ، ص.2.

و لم تُعرف الحماية الحقيقية للقاصر و حقوقه النور إلا في عهد الشريعة الإسلامية التي أقرت حق القاصر في الحياة و عقوبة قتله ، و حرمت عادات الجاهلية كؤادِ البنات أو التفريق بين الذكور و الإناث ، و دعت إلى تخليصهم من كل أنواع الظلم و الاضطهاد⁵.

و قد ورد في القرآن الكريم عدة آيات تنظم حقوق القاصر ، إلا أن الملاحظ في أغلب تلك الآيات أنها ربطت أهمية الأبناء بأهمية الأموال ، و هو ما يدل على أهمية المال⁶ في حياة الإنسان إلى جانب الأبناء ، فباجتماعهما لدى الفرد تكتمل لذة الحياة لديه ، و لذلك وصفهما الله عزّ و جل بأثما زينة الحياة الدنيا لقوله تعالى: " الْمَالُ وَ الْبُنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا " ⁷ ، و قوله تعالى : " فَعُلْتُ اسْتَعْفَرُوا رَبِّي إِنَّهُ كَانَ عَفَّارًا يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَ يُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَ بَنِينَ وَ يُجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَ يُجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا " ⁸.

و بناء على ذلك لم يكن عجيبا أن ربط الإسلام أهمية المال بأهمية الأبناء ، على اعتبار أن المال من الضروريات الخمس التي تقوم عليها حياة الإنسان.

كما أكدت الشريعة الإسلامية على حماية أموال الأيتام و تحريم أكلها بالباطل ، لقوله سبحانه و تعالى: " وَ آتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَبَدَّلُوا الْخَيْرَ بِالْظَلِيمِ وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا " ⁹ ، كما نعت الشريعة الإسلامية عن جعل المال في أيدي السفهاء حيث قال الله

⁴ - أنظر ، عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي ، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، دراسة فقهية و تشريعية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية ، كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1421هـ-2000م ، ص.2.

⁵ - أنظر ، بندر بن فهد السويلم ، البصمة الوراثية و أثرها في النسب ، بحث محكم ، مجلة العدل ، كلية الشريعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية ، محرم 1429 هـ ، ع.37 ، ص.120-121.

⁶ - فالمال هو عصب الحياة ، و به تبنى الأمم و الشعوب ، و تحقق الطموحات و الآمال ، و هو الطاقة المتدفقة بكل قوة في شرايين الاقتصاد العالمي و المحلي ، سواء على مستوى الدول أو الشركات و المؤسسات أو الأفراد فكل إنسان يسعى جاهدا طوال حياته لكسب المال لتوفير لقمة العيش له و لأسرته ، و لتوفير حياة اجتماعية مستقرة ؛ محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.3-4.

⁷ - الآية 46 من سورة الكهف.

⁸ - الآيات 10-11-12 من سورة نوح.

⁹ - الآية 2 من سورة النساء.

سبحانه و تعالى: " وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَ ارزُؤُهُمْ فِيهَا وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا " ¹⁰.

هذا و قد شهد العصر الحديث ثورة و اهتماما واسعا و متزايدا بحقوق القاصر على المستوى الدولي و حتى الداخلي ¹¹، و ذلك لأن قضايا القُصّر تعد من أهم القضايا المطروحة على المستوى العالمي، حيث تعقد حولها الكثير من الندوات و تنشر العديد من الدراسات و تسن لأجلهم القوانين و التشريعات التي تحميهم و تحفظهم بغية توفير الرعاية اللازمة لهم.

فعلى المستوى الدولي ، يعتبر إعلان حقوق الطفل الصادر سنة 1924 و الذي تبنته عصبة الأمم بمثابة أول وثيقة تنص حصرا على حماية حقوق الطفل و الذي عرف بإعلان جنيف ¹²، ثم صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1959 الإعلان العالمي لحقوق الطفل و الذي اعتبر من أهم المواثيق في العصر الحديث ¹³، و توالى الإعلانات إلى حين صدور اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 و التي تميزت بأنها ذات طابع ملزم لدول العالم الموقعة عليها أو المنظمة لها ¹⁴.

و تتكون هذه الاتفاقية من 54 مادة جميعها تبين الحقوق و الضمانات الواجب منحها للأطفال، كما حرصت على تعزيز و التأكيد على حقوق الطفل في جميع الميادين المدنية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و القانونية ، و هذا دليل على أن المجتمع الدولي يسعى إلى حماية حقوق القاصر عن طريق الطابع الدولي و الإلزامي التي أضفها على هذه الاتفاقية.

¹⁰ - الآية 5 من سورة النساء.

¹¹ - أنظر ، زهية رابطي ، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الدبلوماسي ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2007-2008 ، ص.37.

¹² - أنظر ، فريد علواش ، حقوق الطفل في المواثيق و الاتفاقيات الدولية ، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، د.س.ن ، ع.6 ، ص.105.

¹³ - زهية رابطي ، المرجع السابق ، ص.04.

¹⁴ - فريد علواش ، المرجع السابق ، ص.105.

و قد صادقت الجزائر على اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 لكن مع بعض التحفظات في 19 ديسمبر 1992¹⁵، و حاولت بذلك تجسيد مبادئ الاتفاقية في جميع قوانينها ، سواء في القانون الجنائي أو التجاري أو المدني أو الأسرة...الخ.

إضافة إلى ذلك نص الدستور الجزائري¹⁶ على حماية الأسرة و الطفولة في كل من المادة 58 و التي تنص: " تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع "، و المادة 63 التي تنص: " يمارس كل واحد جميع حرياته ، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور ، لاسيما احترام الحق في الشرف، و ستر الحياة الخاصة ، و حماية الأسرة و الشبيبة و الطفولة ".

و كما هو معروف فإن حقوق القاصر غريزية ، تنشأ معه منذ أن يكون جنينا في بطن أمه إلى أن يصبح راشدا ، غير أن هذه الحقوق لا تكتمل إلا عن طريق كفالة حمايتها بواسطة القانون¹⁷ بل و تقرير من ينوب عنهم لحمايتهم.

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

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

¹⁵ - أنظر ، المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ 24 جمادى الثانية عام 1413 الموافق ل 19 ديسمبر 1992 ، و المتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989 ، ج.ر ، ع.91 ، الصادرة في 28 جمادى الثانية عام 1413 الموافق ل 23 ديسمبر 1992.

¹⁶ - أنظر ، المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور ، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج.ر ، ع.76 ، الصادر في 8 ماي 1991.

¹⁷ - أنظر ، حسن القاسم ، مبادئ القانون ، المدخل إلى العلوم القانونية ، منشأة المعارف ، مصر ، 1995 ، ص.208.

و انطلاقا من ذلك تعرف الحقوق¹⁸ ، على أنها ضد الباطل ، و الحق هو من أسماء الله تعالى و هو كل ما ثبت و وجب¹⁹ ، و منه قوله تعالى: " لَقَدْ حَقَّ الْقَوْلُ عَلَى أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ " ²⁰، كما عرفها الزرقا بأنها " اختصاص يقر به المشرع سلطة أو تكليفا " ²¹.

و بالتالي يمكن القول بأنها تلك الحقوق التي أخضعها المشرع الجزائري في تنظيمها إلى قوانين داخلية ، بحيث تتميز بخاصيتين تتمثل الأولى في أن هذه الحقوق تثبت للقاصر بدون مقابل لأنه يكتسبها بدون الحاجة إلى قيامه بالتزام ، أما الثانية فتتمثل في أن هذه الحقوق لا يجوز التنازل عنها لا بالتصرف فيها أو بالتخلي عنها لأنه من حق كل شخص أن يحتفظ بها و أن يحميها له القانون²².

و يجب الإشارة بأن حقوق القاصر كثيرة، منها ما هو شخصي يتعلق بحقوق تتعلق بتكوين شخصيته في وسط أسرته ، و منها ما هو مالي يتعلق بالحقوق المالية التي يكتسبها في مرحلة قصره.

و عليه ، ما دام أن حفظ الأموال مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية فستكون دراستنا حول الجانب المالي فقط من حقوق القاصر ، و حول القاصر بالذات و هذا ما يدفعنا إلى البحث عن معنى القاصر رغم أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا القاصر ، لكون التعريف أصلا من مهمة الفقه

¹⁸ - لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الحق ذلك لأنهم رأوا بأنه أوضح من أن يعرف ، خاصة و أن التعريف اللغوي واضح و ليس فيه لبس ، أما فقهاء القانون الوضعي فقد انحصرت تعريفاتهم في تعريف الحق المالي ؛ ربيعة إلغات ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2011 ، ص.12.

¹⁹ - أنظر ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، دار الفكر ، لبنان ، 2008 ، ص.1069.

²⁰ - الآية 7 من سورة يس.

²¹ - أنظر ، مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج.3 ، مطبعة طربين ، دمشق ، د.س.ن ، ص.110 ؛ شهرزاد بوسطلة ، الحقوق المعنوية و المالية للجنين في الشريعة الإسلامية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق ، بسكرة ، ع.7 ، ص.140.

²² - أنظر ، خيرة العراي ، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2012-

و ليس القانون على عكس المشرع الفرنسي الذي عرّف القاصر في المادة 388 من القانون المدني الفرنسي بأنه كل شخص لم يبلغ سن 18 سنة²³ .

و مع ذلك يقصد بالقاصر لغة²⁴ بأنه العاجز عن التصرف السليم فهو عاجز عقليا و جسديا عن القيام بشؤونه، أما اصطلاحا فهو من لم يستكمل أهلية الأداء ، سواء كان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز²⁵ ، أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد تناولت القاصر ضمن مفهوم اليتيم ، ففي القرآن الكريم ذكر اليتيم في ثلاث و عشرين آية كريمة و منها قوله تعالى : " وَ أَمَّا الْجِدَارُ فَكَانَ لِغُلَامَيْنِ يَتِيمَيْنِ فِي الْمَدِينَةِ وَ كَانَ تَحْتَهُ كَنْزٌ لَهُمَا وَ كَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا فَأَرَادَ رَبُّكَ أَنْ يَبْلُغَا أَشُدَّهُمَا وَ يَسْتَخْرِجَا كَنْزَهُمَا رَحْمَةً مِنْ رَبِّكَ وَ مَا فَعَلْتُهُ عَنْ أَمْرِي ذَلِكَ تَأْوِيلُ مَا لَمْ تَسْطِعْ عَلَيْهِ صَبْرًا " ²⁶ .

و اليتيم في المعنى الشرعي من مات أبوه و هو صغير و لم يبلغ الحلم ، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتيما ، و لو مات الأب و قد بلغ الصبي لم يكن يتيما ، و اليتيم عادة ملازم للضعف و الفقر ، فالصغير ضعيف لا يملك شيئا ، و لا يحسن التصرف ، و ليس له تجربة و معرفة بالحياة ، و متى بلغ الرشد و هو حسن التصرف فقد زال عنه اليتيم شرعا لقوله تعالى : " وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ " ²⁷ .

²³ – Art 388 c.c.f : « Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis ».

²⁴ – القاصر بكسر الصاد من قصر عن الشيء إذا تركه عجزا ، أو عجز عنه و لم يستطعه ، و الإقصار هو الكف عن الشيء ، و يقال أقصرت عن الشيء أي كففت و نزعت مع القدرة عليه فإن عجزت عنه قلت: قصرت بلا ألف ، و قصرت عن الشيء قصورا أي عجزت عنه و لم أبلغه ؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، ج.5 ، دار صادر ، لبنان ، 1988 ، ص.95 ؛ بلقاسم سويقات ، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2010-2011 ، ص.13.

²⁵ – أنظر ، باسم حمدي حرارة ، سلطة الولي على أموال القاصرين ، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2010 ، ص.12.

²⁶ – الآية 82 من سورة الكهف.

²⁷ – الآية 6 من سورة النساء.

فكل شخص في هذه الحياة له أهلية²⁸، تبدأ بأهلية الوجوب التي يقصد بها صلاحية الشخص بأن تجب له حقوق على غيره و لأن تجب لغيره حقوق عليه²⁹، و هذه تثبت لكل شخص قانوني من وقت ميلاده بل و قبل ذلك عندما يكون جنين و تسمى في هذه الحالة بأهلية وجوب ناقصة³⁰.

أما بالنسبة لأهلية الأداء، فيقصد بها قدرة الشخص على التعبير بنفسه و لحسابه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية بحيث يكون كامل الإدراك و التمييز³¹.

و من هذا المنطلق، اخترنا مصطلح القاصر لأنه يتعلق بكل أطوار الأهلية بالإضافة إلى أننا حاولنا أن نتفادى مصطلح الطفل، و ذلك لتفادي الاختلافات الكبيرة في تعريف الطفل بين علماء الاجتماع و علماء النفس و التربية³²، خاصة عند نهاية مرحلة الطفولة ما إذا كان يدخل ضمنها المراهق أم لا.

و يجب الإشارة أن القاصر الذي سوف يكون محور دراستنا هو القاصر من حيث السن لأن القصر نوعين قصر من حيث العقل و قصر من حيث السن، فالأولى تشمل الجنون و المعتوه و هي تخرج عن دراستنا و الثانية تشمل كل شخص لم يبلغ سن الرشد المحدد³³ و الذي هو في القانون الجزائري 19 سنة طبقا لما تنص عليه المادة 40 ق.م: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه

²⁸ - الأهلية هي صفة في الإنسان تجعله أهلا لقبول الأحكام الشرعية و تحمل المسؤوليات و التزام الآثار المترتبة على أعماله أو هو صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية؛ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.175.

²⁹ - أنظر، أحمد فراج حسين، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص.207؛ محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص.149؛ طاهري حسين، المرجع السابق، ص.175.

³⁰ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج.1، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.283-284.

³¹ - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص.169.

³² - للتفصيل، أنظر، زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص.38-40.

³³ - أنظر، أحمد بن عبد الكريم المطوع، أحكام الولاية المالية على القصر و تطبيقاتها الفقهية و القضائية، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431 هـ - 1432 هـ، ص.30-31.

العقلية ، و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

لكن مع ذلك ، نعتقد بأن المشرع الجزائري قد قصد بمصطلح القاصر كل شخص لم يبلغ سن الرشد المتمثل في 19 سنة ، و ذلك لاستعماله لمصطلح القاصر في عدة مواضع قاصداً به الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد ، فمثلاً نجد المادة 79 من القانون المدني قد استعمل المشرع فيها مصطلح القاصر إلى جانب مصطلح المحجور عليهم ، و هذا يعتبر دليل على أن المشرع قد قصد منه الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد بعد³⁴ ، حيث أن المقصود بالمحجور عليهم بحسب المادة 101 ق.أ.كل من بلغ سن الرشد و به عارض من عوارض الأهلية ، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده³⁵ .

كذلك المشرع قد فرق في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بين الحماية الخاصة بالقاصر في نفسه و ماله ، و بين إجراءات حماية البالغين ناقصي الأهلية ، و ذلك عندما بين في الباب الأول من الكتاب الثاني الإجراءات الخاصة بالمحكمة ، فجاء في القسم الرابع من الفصل الأول المخصص بقسم شؤون الأسرة ، مفرقا بين إجراءات الولاية على النفس القاصر و من بعدها على ماله من المادة 453 حتى المادة 480 من ق.إ.م.إ. ، و بين الإجراءات الخاصة بالبالغين ناقصي الأهلية من المادة 481 حتى المادة 489 من ق.إ.م.إ.³⁶ .

و من خلال عنوان مذكرتنا المتعلق بحماية الحقوق المالية للقاصر تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع ، ذلك أن الحقوق المالية تشكل الجانب الإيجابي من ذمة كل شخص ، فكل واحد منا يسعى للحفاظ على هذا الجانب الإيجابي من ذمته و حمايته، و خاصة إذا كان هذا الشخص قاصر ضعيف لا يعلم حقوقه و لا يستطيع حمايتها لوحده.

³⁴ - أنظر ، وسام قوادري ، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني و تقنين الأسرة ، دراسة نقدية تحليلية مقارنة ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أكلي محمد اولحاج ، البويرة ، 2013 ، ص.6.

³⁵ - النادة 101 ق.أ. : " من بلغ سن الرشد و هو مجنون ، أو معتوه ، أو سفیه ، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

³⁶ - وسام قوادري ، نفس المرجع.

و قد تعرضنا عند مباشرتنا لهذا الموضوع لعدة صعوبات من بينها :

- أن معظم الدراسات ركزت على الجانب الشخصي للقاصر مهملة بذلك الجانب المالي له.
 - أنه ليس هناك قانون خاص بالقاصرين و بالتالي وجود قواعد عامة حاولنا استخلاصها من حقوق الشخص البالغ و مقاربتها للقاصر نظرا لوجود نقطة اشتراك بينهما.
 - قلة المراجع الجزائرية التي تتحدث عن إدارة أموال القاصر و انعدامها فيما يخص مسؤولية الولي ، بمعنى عدم وجود مراجع تشرح لنا قانون الأسرة الجزائري في الولاية و الوصاية و القوامة.
 - غموض أمهات الكتب لوجود معلومات متراكمة دون تقسيم واضح لها مما أجهد الباحث.
- لكن مع ذلك تم تدليل هذه الصعوبات بالإجابة على إشكالية البحث و المتمثلة في السؤال التالي:

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

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

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

و عليه سنقسم هذا البحث إلى فصلين :

الفصل الأول: حماية حق القاصر في اكتساب الأموال.

الفصل الثاني: حماية القاصر من خلال إدارة أمواله.

الفصل الأول

حماية حق القاصر في النفقة و في

التملك

إن المشرع الجزائري لم يفرد في قانون الأسرة فصلا خاصا بالأموال التي يكتسبها القاصر، كما هو الحال بالنسبة لإدارة أموال القاصر، كالولاية و الوصاية و كل ما يتعلق بالنيابة الشرعية.

و لكن في ثنايا نصوص قانون الأسرة، يمكن أن نستخرج الحقوق المالية للقاصر التي يكتسبها خلال مراحل حياته، بل و الحماية التي يمكن أن يمنحها المشرع للقاصر، لكون هذا الأخير شخص عاجز يحتاج دائما لحماية تشريعية و حتى قضائية تحفظ له أمواله.

فالقاصر مثله مثل الشخص البالغ، له ذمة مالية و له أهلية وجوب كاملة لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، لذلك كان أهلا لاكتساب الأموال ، كالحق في النفقة و الحق في الميراث و الوصية و الهبة و الوقف ، فهذه الحقوق تثبت له حتى و إن كان جنينا في بطن أمه، شريطة أن يولد حيا.

فتكلم المشرع عن النفقة ضمن آثار الطلاق، و أفرد للميراث كتابا خاصا به لكثرة أحكامه، أما التبرعات من وصية و هبة و وقف فجمعها في كتاب خاص لتشابه أحكامها، و لكن تبقى أحكام عامة لا تخص القاصر فقط.

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

و بناءً على ذلك سنقسم الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول سنتكلم عن حماية حق القاصر في النفقة، أما المبحث الثاني فسنكلم عن حماية حق القاصر في التملك.

المبحث الأول

حماية حق القاصر في النفقة

تعتبر النفقة³⁷ أكثر حق يكفل للقاصر حماية، لأن بوجودها يتحقق له النمو الطبيعي و السوي، إلى أن يستطيع التكفل بنفسه.

و قد كفلا كل من القانون و الشريعة الإسلامية هذا الحق بل حتى الاتفاقيات الدولية ، حيث تنص المادة 27 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على ما يلي : " تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل بمستوى معيشي ملائم لنموه البدني و العقلي و الروحي و المعنوي و الاجتماعي"³⁸ .

كما دعت الاتفاقية إلى أن يتحمل الوالدان أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل المسؤولية الأساسية عن القيام في حدود إمكانياتهم المالية و قدراتهم ، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل .

³⁷ - النفقة لغة : ما أنفقه الإنسان من الدراهم و نحوها على نفسه و عياله و غيرهم ، أي ما أخرجهم ؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، ج.10 ، المرجع السابق ، ص.357-358 ؛ محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ط.6 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1998 ، ص.1196.

أما النفقة شرعاً : فقد عرفها و هبة الزحيلي بأنها : " كفاية من يمونه من الطعام و الكسوة و السكن و قسمها إلى قسمين : أولاً: نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها ، و عليه أن يقدمها على نفقة غيره ، لقوله عليه الصلاة و السلام: " ابدأ بنفسك ، ثم بمن تعول " أي بمن تجب عليك نفقته .

ثانياً : نفقة تجب للإنسان لغيره ، و أسباب وجوبها ثلاثة ، الزوجية ، القرابة ، و الملك " وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج.7 ، ط.2 ، دار الفكر ، سوريا ، 1985 ، ص.765.

أما المذاهب الإسلامية الأربعة فقد عرفت النفقة كالتالي :

الحنفية : عرفوها بأنه: " الإدراج على الشيء بما به بقاؤه " .

المالكية : قالوا بأنها : " ما به قوام معتاد حال الأدمي بدون صرف " .

الشافعية : " طعام مقدار لزوج و خادمها على زوجها ، و لغيرها من أصل و فرع و رقيق و حيوان ما يكفيه " .

الحنابلة : فقد عرفوها بأنها : " كفاية من يمونه خبزاً و أدماً و كسوة و مسكناً و توابعها " ؛ عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، المجلد الرابع ، دار المكتبة العلمية ، لبنان ، 1999 ، ص.485 و مابعداها.

³⁸ - الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 و قد صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في جمادى الثانية عام 1413 الموافق لـ 19 ديسمبر 1992 ؛ فاطمة شحاتة أحمد زيدان ، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2007 ، ص.195.

وأساس هذا الحق المتمثل في النفقة هو البنوة، التي تعتبر سببا من الأسباب الموجبة لنفقة الشخص على غيره، و هذا باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية مستدلين ذلك بالكتاب و السنة.³⁹

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

المطلب الأول

³⁹ - لأن كل المذاهب الأربعة (الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة) اتفقوا على وجوب النفقة على الولد ومن أدلتهم :
أولا : من الكتاب قوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة: " ... وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ... " ففي هذه الآية دليل على أن نفقة الولد على أبيه و ذلك بسبب ضعفه و عجزه ، كذلك قوله تعالى في سورة الطلاق الآية [6]: " ... وَ إِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ ... " لأن الإنفاق على الأم في فترة الحمل هو إنفاق على الجنين ، فبتغذية الأم يتغذى الجنين ؛ وليد خالد الربيع ، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة ، ط.1 ، دار الفنائس ، الأردن ، 2007 ، ص. 206.

بل أكثر من ذلك أوجب سبحانه و تعالى على الأباء تقديم مقابل للرضاع و هو ما يسمى أجرة الرضاع ، و ذلك في قوله في الآية 6 من سورة الطلاق: " فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ " ؛ مامون محمد أبو يوسف ، الدفع الموضوعية في دعاوى النفقات ، ط.2 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2009 ، ص. 225 .

ثانيا : السنة النبوية الشريفة فعن قول الرسول عليه الصلاة و السلام لهند بنت عتبة " خذي من ما يكفيك وولديك بالمعروف " و السبب في ذلك: أن أبا سفيان كان رجل مسيك أي قليل النفقة فاشتكت هند لرسول الله صلى الله عليه و سلم ؛ أخرجه الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري ، كتاب النفقات ، حديث 2211 ، بيت الأفكار الدولية ، الرياض ، 1998 ، ص. 1062 .

و عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال : " يا رسول الله عندي دينار ، فقال : " أنفق على نفسك " . فقال: عندي آخر فقال : " أنفق على ولدك " ، قال : عندي آخر قال : " أنفق على أهلك " قال : عندي آخر ، قال : " أنفق على خادمك " قال : عندي آخر ، فقال : " أنت أعلم " ؛ أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة ، باب صلة الرحم ، حديث 1691، ج.2، ص.132 ؛ مقتبس عن ، وليد خالد الربيع ، المرجع السابق ، ص. 206 .

و كذلك ما رواه النسائي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " كفى بالمرء إنفا أن يضع من ياقوت ، " أَوَّلُ الْحَدِيثِ رِوَاةُ التَّوْرِيِّ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، وَهَذَا إِسْنَادٌ صَحِيحٌ عَلَى رِسْمِ النَّسَائِيِّ ، وَوَهَبُ بْنُ جَابِرٍ رَوَى عَنْهُ ابْنُ سَعِيدٍ وَعَبْدُ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، باب في النفقة ، رقم الحديث 30 ؛ عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ج.4، ط.2، دار الفكر، 1398 هـ الموافق لـ 1978 م، ص.194 ؛ محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ط.4 ، دار الجامعية ، مصر ، 1983 ، ص. 842-843 .

ثالثا : الإجماع فقد قال ابن المنذر في كتابه الإجماع : " على أنهم أجمعوا بأن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم " ؛ زكي زكي حسين زيدان ، الحماية الشرعية و القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة ، دار الكتاب القانوني ، مصر ، 2009 ، ص. 201 .

حماية القاصر من خلال شروط النفقة و عناصرها

النفقة هي التزام يقوم على واجب عائلي يفرضه القانون، هذا الالتزام يكون بين الأزواج أثناء الزواج و بين الأصول و الفروع ، فالفرع باعتباره شخص عاجز عن النفقة على نفسه لم يتركه المشرع ضائع بل أوجب النفقة له على غيره.

لكن هذا لا يعني أن هذه النفقة مطلقة و إنما تكون وفق شروط (الفرع الأول)، و وفق عناصر تعتبر أساسية لحياة المرء لا يستطيع الاستغناء عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حماية القاصر من خلال شروط النفقة

يشترط لاستحقاق نفقة القاصر توفر مجموعة من الشروط ، هذه الشروط منها ما يتعلق بالقاصر (أولا) و منها ما يتعلق بالمنفق (ثانيا) ، و من خلال ذلك سوف نعرف ما إذا كانت تشكل حماية للقاصر أم لا.

أولا : الشروط الخاصة بالقاصر

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

أ - ثبوت نسب القاصر لأبيه :

وهو السبب الرئيسي في وجوب النفقة، ذلك لأن الأب هو الأصل و الابن هو الفرع⁴⁰ ، فثبتت نسب هذا القاصر يكون الأب ملزم بالنفقة حتى و لو كان معسرا⁴¹ ، و هذا ما ذهب إليه

⁴⁰ - أنظر ، هجيرة نشيدة مداني ، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2011-

اجتهاد المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 07 فبراير 1987 التي جاء فيها: " من المقرر شرعا أن نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ من عقد صحيح شرعا ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

و لما كان قضاة الاستئناف -في قضية الحال- قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بأن يؤدي نفقة البنت دون أن يثبت الزوجة و دون إثبات نسب البنت للطاعن ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية ، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ⁴²

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

لكن المشكل لا يطرح في هذه الحالة ، بل يطرح في حالة اللقيط،⁴³ ما دام أنه لم يثبت نسبه من

أحد حتى يطالبه بالنفقة ، و ليس هناك من يكفله ، فما العمل ؟.

الجواب هو أن مادام لم يثبت نسب اللقيط بعد، فالشخص الذي التقطه غير ملزم بالنفقة عليه، لأن أسباب النفقة من القرابة غير متوفرة،⁴⁴ وما الالتقاط إلا تخليص له من الهلاك.⁴⁵

⁴¹ - و هذا ما سنراه بالتفصيل في المطلب الثاني المتمثل في حماية القاصر من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة ، ص. 27 و ما بعدها.

⁴² - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1987/02/07 ، ملف رقم 47915 ، م.ق ، 1990 ، ع 3 ، ص. 65 ؛ بلحاج العربي ، قانون الأسرة مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000 ، ص. 147.

⁴³ - و يعرف اللقيط بأنه: " ذلك الشخص أو المولود الذي نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا ، أو لغير ذلك " ، و يرى الفقه أن إيواء اللقيط فرض كفاية على كل من يعلم به ، و يكون إيواؤه فرض عين على كل من يراه في مكان ما و ذلك خوفا من هلاكه ؛ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط. 1 ، دار الفكر العربي ، لبنان ، 1957 ، ص. 401.

⁴⁴ - أنظر ، نور الدين أبو لحية ، الزواج و الطلاق و حقوق الأولاد الصغار ، دار الكتاب الحديث ، مصر ، 2009 ، ص. 24.

و بيت المال في هذه الحالة هو الذي يتكفل بالنفقة عليه، لأن الدولة تعتبر وارثة اللقيط إذا مات. أما إذا لم يبقى في بيت المال أي شيء من المال ، فإنه على من علم من المسلمين الإنفاق عليه ، وهو فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقيين و إن تركه الكل أثموا طبقا لقوله تعالى: "... وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى ..."⁴⁶ ، و عليه من تبرع بالنفقة لا يستعيد حق ما أنفقه سواء كان الملتقط أو غيره .

أما إذا كان قد أنفق على اللقيط محتسبا الرجوع عليه إذا أيسر، فذلك يكون في حالتين: الحالة الأولى: أن يكون ذلك بأمر الحاكم و تفويضه ، فإنه يحق له في هذه الحالة استرجاع ما أنفقه إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف .

أما الحالة الثانية: أن يكون ذلك بغير الحاكم و من غير تفويضه ، و مع ذلك أنفق طامعا تعويضه ، و قد اختلف الفقهاء في هذا على الأقوال التالية:

القول الأول يرى بأن تؤدي النفقة من بيت المال، و هو قول أحمد لأن في ذلك تشجيعا له، أما القول الثاني فيرى بوجوب إقامة البيئة على أنه لم ينفق عليه متبرعا فقال النخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه ، و قال عمر بن عبد العزيز بأن يحلف ، و القول الثالث يرى بأن المنفق متبرع و هو قول مالك و أبي حنيفة و الشافعي .

و الراجح في هذه المسألة القول الأول بناء على أن الأصل هو أن المكلف بالنفقة هو بيت مال المسلمين ، و بالتالي يستحق التعويض عنه ، زيادة على أن ذلك تشجيعا لالتقاط اللقيط و عدم تركه للهلاك.⁴⁷

لكن لا يكفي ثبوت نسب القاصر لأبيه حتى تثبت له النفقة ، و إنما لابد من توفر شرط آخر و هو أن يكون القاصر فقيرا لا مال له.

⁴⁵ - أنظر ، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج.8 ، ط.3 ، دار عالم الكتب ، السعودية ، 1997 ، ص.350.

⁴⁶ - الآية 2 من سورة المائدة.

⁴⁷ - نور الدين أبو لحية ، المرجع السابق ، ص .24-25.

ب - أن يكون القاصر فقيرا لا مال له:

فمن المقرر قانونا في المادة 75 ق أ، أن نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال⁴⁸، لأن الأصل في النفقة أن تكون من مال الشخص أولا إذا كان غنيا،⁴⁹ و المقصود بالمال هنا هو المال الحاضر في يد ولي القاصر الذي يسمح له بالنفقة على القاصر منه مباشرة. و لكي يعتبر مال القاصر حاضرا لا بد من توفر شرطين، و هما ألا يكون المال محل نزاع و ألا يكون غائبا، لأنه في هاتين الحالتين ستكون نفقة القاصر على الأب أو من يليه في النفقة.⁵⁰

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

⁴⁸ - حيث تنص المادة 75 ق أ: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول " ، و تقابلها المادة 18 مكرر 2 من القانون 1969/ 25 المصري و التي تنص على ما يلي " إذا لم يكون للصغير مال فنفته على أبيه " .

⁴⁹ - أنظر ، أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع و القانون نفقة الزوجة و نفقة الصغير و نفقة الأقارب ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 1995 ، ص.86 ؛ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1991 ، ص. 327 ؛ رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ، لبنان ، 2001 ، ص. 194 ؛ زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص.202 ؛ مأمون محمد أبو سيف ، المرجع السابق ، ص.228 ؛ عبد الجليل أحمد علي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا ، مكتبة و مطبعة الاشعاع الفنية ، مصر ، 2001 ، ص.141 ؛

Cf . G.CORNU , Droit civil , La famille , 7 éme édition , Montchrestien , Paris , 2007 , p.107.

⁵⁰ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص. 145 ؛ كما قضت محكمة النقض المصرية ، دائرة الأحوال الشخصية في الطعن رقم 535 بتاريخ 21 / 12 / 1975 : " من المقرر شرعا وفقا للراجح في مذهب أبي حنيفة الواجب الإلتباع عملا بنص المادة السادسة من القانون 462 لسنة 1955 و المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن الصغير - ابنا أو بنتا - إذا كان ذا مال حاضر فإن نفقته تقع في ماله و لا تجب على أبيه .

و المراد بالمال جميع أنواعه سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها فيشمل النقود و المقاولات و الحيوانات و العقارات فإذا كان المال ليس نقودا فإنه يباع و تكون نفقة الصغير فيه " ؛ أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، ط . 2 ، دار الراضي ، مصر ، 2009-2010 ، ص.22.

كما أن الفقه الإسلامي قد ذهب إلى أكثر من ذلك، وهي حالة ما إذا عاد المال الغائب للقاصر و كان الأب أو من هو مكلف بالنفقة قد أنفق عليه من ماله الخاص، فهل يسترد الأب أمواله أم لا و هل هذا في صالح القاصر أم لا ؟.

و في هذه المسألة جاء الفقه الإسلامي بحلين :

الحل الأول: وهو في حالة ما إذا أنفق وقد نوى بالرجوع على ما أنفقه على القاصر بدون شهود أو إثبات، فإن الأب أو المكلف بالنفقة في هذه الحالة لا يمكنه المطالبة بالمال من الناحية القضائية، لأنه ليس لديه دليل على أنه نوى الرجوع ، وهذا حسب اعتقادنا حل يضمن حماية للقاصر.

أما الحل الثاني : و هو ما إذا أشهد الأب على أنه سيرجع بما أنفقه من ماله على القاصر في حالة ما إذا حضر المال الغائب ، أو كان قد استأذن القاضي بالإنفاق على القاصر حتى يعود إليه ماله الغائب ، وهنا يكون له الحق في الرجوع⁵¹.

و هناك من رأى غير ذلك، و اعتبر أن الأب يبقى ملزماً بالنفقة على ابنه سواء كان هذا القاصر موسراً أم معسراً ، ولا يجوز الرجوع عليه بما أنفقه، و ذلك من أجل تحقيق حماية أكبر للقاصر⁵².

لكن يبقى هذا الرأي شاذاً، لأن كل الفقه و حتى التشريعات⁵³ اتفقت على أن نفقة الشخص تكون من ماله، سواء كان صغيراً أو كبيراً قريباً أو بعيداً.

⁵¹ - أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص. 87- 88 ؛ أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة ... ، المرجع السابق ، ص. 327. ؛ و قد عرضت مسألة على فقهاء الحنفية و اختلفوا في تقديرها و هي حالة الفرع الذي يملك داراً يسكنها و عبداً يخدمه، هل يعتبر فقيراً أم غنياً و هنا توجد روايتان:

الرواية الأولى: و يرون أنه تحل الصدقة و النفقة لهؤلاء و لا يؤمرون ببيع المنزل و هذا ما ذهب إليه صاحب البدائع .
أما الرواية الثانية: فيرون أن الفرع يعتبر موسراً لأنه يستطيع بيع المنزل و يسكن بالإيجار و ينفق على نفسه بالباقي ، و هذا ما ذهب إليه صاحب الذخيرة ؛ أحمد نصر الجندي ، المرجع السابق ، ص. 89.

⁵² - أنظر ، غالية رياض النبشة ، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010 ، ص. 53.

⁵³ - كالقانون العراقي في المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 ، و مدونة الأسرة المغربية في المادة 187: " نفقة كل إنسان في ماله ، إلا ما استثنى بمقتضى القانون " .

و نفس الشيء يطبق على المكفول و اللقيط ، ففي حالة ما إذا كان له مال، فالنفقة ستكون من ماله⁵⁴ . و يعتبر كل ما كان عليه من ثياب أو حلي، أو ما كان تحته من فراش ، أو حصير أو دراهم هو من أمواله الخاصة⁵⁵ .

لكن هذا الشرط لا يكفي ، بل لابد من توفر شرط آخر و هو عجز القاصر عن الكسب.

ج - عجز القاصر عن الكسب :

لا يكفي لاستحقاق النفقة أن يكون القاصر فقيرا محتاجا، بل يجب أن يكون عاجزا عن الكسب. فلو كان فقيرا و مع ذلك قادرا على الكسب، فإنه في هذه الحالة لا يستحق النفقة،⁵⁶ و أعتبر في حكم الغني.

و يقصد بالعجز في هذه الحالة ، عدم القدرة على الكسب بالطرق المعتادة التي تؤمن للشخص الحصول على أموال تغطي نفقاته . و هذا العجز قد يكون إما بالصغر⁵⁷ و هو سبب النفقة على القاصر ، كما قد يكون بالمرض الذي قد يصيب الفرع⁵⁸ . و هذا ما يسمى بالعجز الحقيقي و يقابله ما يسمى بالعجز الحكمي ، و الذي يشمل الأنوثة و طالب العلم .

⁵⁴ - أنظر ، عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006 ، ص.115.

⁵⁵ - أنظر ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج.5 ، ط.3 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003 ، ص.452 ؛ عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم ، ط.2 ، دار القلم ، الكويت ، 1990 ، ص.188 ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص.766.

⁵⁶ - أنظر، حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013 ، ص.292.

⁵⁷ - أنظر ، أحمد نجيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، ط.1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008-2009 ، ص.478-481 ؛ نزيه نعيم شلال ، المرتكز في دعاوى النفقة لدى جميع الطوائف ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007 ، ص.49.

⁵⁸ - و قد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17/02/1998 ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يلزم الأب بالإفناق على الولد الذي ليس له كسب. و متى ثبت في قضية الحال أن الولد المنفق عليه معوق و يتقاضى منحة شهرية فإن القضاة بقضائهم بحقه في النفقة لأن المنحة التي يتقاضاها مجرد إعانة لا تكفي حاجياته طبقوا صحيح القانون " ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 17/02/1998 ، ملف رقم 179126 ، م.م.ع ، 2001 ، ع. خاص ، ص.198.

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

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

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون قد خالف القانون. و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁵⁹.

و نلاحظ من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا اعتبرت بلوغ القاصر سن الرشد أو كان لا يزال قاصر لكن له مال ، سببا لسقوط النفقة عنه و هذا ما اتضح من خلال قولها: " ... أنه يجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال "، فبمفهوم المخالفة إذا كان للقاصر مال يسقط حقه في النفقة المقررة له و ينفق عليه من ماله الخاص.

أما القاصر المكفول فيطبق عليه نفس الأحكام الخاصة بالابن الشرعي ، و هذا واضح في المادة 116 ق.أ التي تعرف الكفالة على أنها: " التزام على وجه التبوع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي⁶⁰ .

⁵⁹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1989/12/25 ، ملف رقم 57227 ، م.ق ، 1991 ، ع. 4 ، ص.106.

⁶⁰ - أنظر ، دليلة سلامي ، حماية الطفل في قانون الأسرة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2007 - 2008 ، ص.66 ؛ مصطفى معوان ، أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مجلة المعيار ، جامعة قسنطينة ، كلية الحقوق ، الجزائر ، ع. 9 ، ص.514.

و في الأخير ، هذا الشرط و إن كان يحقق للقاصر حماية لأنه مادام لا يكسب سوف يحصل على النفقة، إلا أنه قد يكون سبب يدفع المنفق إلى دفع القاصر نحو العمل، لأنه بذلك سوف يعني نفسه من النفقة و خاصة و أن سن العمل هو 16 سنة⁶¹ .

هذه بصفة عامة الشروط الخاصة بالقاصر ، فما هو الشرط الخاص بالمنفق لكي تجب عليه النفقة؟

ثانيا : الشرط الخاص بالمنفق :

الشرط الوحيد الذي يجب أن يتوفر في المنفق هو أن يكون ميسور الحال، لأنه لو كان معسرا أعتبر عاجزا عن النفقة و النفقة لا تجب على العاجز⁶² ، و يستثنى الأب من شرط اليسر لأنه تجب

عليه نفقة أولاده الصغار مطلقا،⁶³ و هذا ما سنراه فيما بعد.

و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مقدار اليسر الذي تجب فيه النفقة، فلهم في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول : و هو رأي أبو يوسف من الحنفية و الذي يرى بأن الشخص يكون يسيرا إذا بلغ ماله النصاب في الزكاة، بمعنى إذا كانت أمواله تجب فيها الزكاة هنا يصبح ملزم بالنفقة.

و يعلل الإمام أبو يوسف رأيه هذا بأن النفقة من الصلة و تجب على الأغنياء كما في الصدقة، و حد الغنى في الشريعة هو نصاب الزكاة أو أكثر⁶⁴ .

⁶¹ - المادة 15 من القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج.ر ، ع. 17 ، الصادر في 25 أبريل 1990 .

⁶² - أنظر ، أوريدة بوترفة ، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، د.س.ن ، ص.41 ؛ أحمد بنحيت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي ، المرجع السابق ، ص.480 .

⁶³ - أنظر ، أكرم ياغي ، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية تشريعا و فقها و قضاء ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2013 ، ص.190 .

الرأي الثاني : و هو ما جاء به جمهور الفقهاء، و يرون بأن اليسر هو ما يملكه الشخص للنفقة على نفسه و على عياله، بحيث تكون أمواله تكفي للنفقة على نفسه و على أولاده، و هذا الرأي قال به محمد من الحنفية،⁶⁵ بالإضافة إلى كل من الشافعية،⁶⁶ و الحنابلة⁶⁷ .

و نحن في هذه المسألة نؤيد بحق الرأي الثاني ، لأنه ليس من الضروري حتى يبلغ الشخص النصاب كي نفرض عليه النفقة . بل كل شخص قادر على الكسب، بحيث يكفيه هو و عائلته يكون معني بالنفقة على القاصر، فالعبرة هنا ليست بالنصاب و إنما بإمكانية النفقة و بحاجة القاصر لها، و هذا ما يحقق حماية أكبر للقاصر حيث يقول الإمام السرخسي في مبسوطه: " إذا كان كسبه كل يوم درهما و يكفيه لنفقتة و نفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل إلى أقاربه لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر جانب المؤدي لتيسير الأداء و يسر الأداء يكون موجودا إذا كان كسبه يفضل عن نفقتة "⁶⁸ .

و رغم ما لشروط النفقة من أهمية في حماية القاصر إلا أنها لا تكفي بل يجب حماية القاصر من خلال عناصر النفقة، و هذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

حماية القاصر من خلال عناصر النفقة

⁶⁴ - أنظر ، شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.5 ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن ، ص.224.

⁶⁵ - أنظر ، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج.5 ، دار عالم الكتب ، السعودية ، 2003 ، ص.351.

⁶⁶ - أنظر ، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج .3 ، ط.1 ، دار المعرفة ، لبنان ، 1997 ، ص.586.

⁶⁷ - أنظر ، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ، المغني و يليه الشرح الكبير ، ج.9 ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، د.س.ن ، ص.586.

⁶⁸ - شمس الدين السرخسي ، المرجع السابق ، ص.224.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك فقهاء القانون، في أن نفقة الأولاد تكون لسد احتياجاتهم الأساسية، وهذه الاحتياجات لا تقتصر على عنصر واحد وإنما تتعدد و تنوع؛ إلا أن هناك مجموعة من العناصر لا يمكن لحياة القاصر أن تستقيم إلا بتوافرها، وهذه العناصر تتمثل في الغذاء و الكساء و المسكن و العلاج.⁶⁹

و هناك من يعرف النفقة بعناصرها الأساسية أو الضرورية كما هو الحال بالنسبة للإمام محمد بن الحسن الشيباني الذي عرف النفقة بأنها: " الطعام و الكسوة و السكن "70.

أما المشرع الجزائري، فقد اكتفى هو الآخر بذكر أنواع النفقة بدون تعريفها في المادة 78 من ق.أ و التي تنص على ما يلي: " تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة. "

و من خلال هذه المادة، يتضح لنا أن المشرع لم يذكر كل أنواع النفقة و إنما اقتصر على ذكر بعض أنواعها، و ذلك على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر، باعتبارها أهم أنواع النفقة ، والدليل على ذلك أنه بعد تعدده للأنواع المذكورة أضاف عبارة "... و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " (أولا) ، لكن المشكل ليس في أهم أنواع النفقة و إنما بخصوص أجره الحضانة و الرضاع ما إذا كانت تدخل ضمن النفقة أم لا ؟، خاصة و أن مشرعنا لم يتكلم عنها على غرار المشرع التونسي و المغربي (ثانيا).

أولاً: مدى حماية القاصر من خلال أهم أنواع النفقة

لقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 78 ق.أ. أمثله مثل التشريعات العربية الأخرى، كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية⁷¹، و المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية⁷².

⁶⁹ - و نفس الشيء نصت عليه اتفاقية حقوق الطفل سالفه الذكر في المادة 27 بحق الطفل في مستوى معيشي كاف من غذاء و كساء و مأوى .

⁷⁰ - أنظر ، محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعية ، لبنان ، 1983 ، ص.181.

كما قد استقر قضاء المحكمة العليا على ما هو من عناصر النفقة في قرار لها بتاريخ 07 نوفمبر 1988، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أن النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة و اللباس و العلاج شرعا و قانونا و القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون"⁷³ .

و من خلال هذا القرار يتضح أن القضاء اعتبر أن أهم عناصر النفقة تشمل كل ما هو مخصص من أجل المعيشة و اللباس و العلاج شرعا و قانونا ، و يلاحظ أنه لم يكتفي بما ذكره المشرع و إنما يشمل أيضا ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية بما يحقق حماية أكثر للقاصر .
و ما سنتكلم عنه في هذه العناصر ينطبق على الابن الشرعي و على المكفول .

أ – مدى حماية القاصر من خلال الغذاء و الكسوة :

الغذاء هو كل ما يقتات به القاصر من طعام و شراب و ذلك على حسب عادة كل بلد ، أو ما هو متعارف عليه بحيث يسد حاجة القاصر و يؤدي إلى إشباعه⁷⁴ .

و الغذاء أمر ضروري لكل إنسان و ليس فقط للقاصر إذ لا يمكن للإنسان أن يعيش بمعزل عن الطعام و الشراب ، بل أكثر من ذلك لا يكفي أن نسد جوع القاصر ، بل يجب أن تكون هذه

⁷¹ - حيث تنص المادة 189: " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج ، و ما يعتبر من الضروريات و التعليم للأولاد ، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه

يراعى في تقدير كل ذلك ، التوسط و دخل الملمز بالنفقة ، و حال مستحقها ، و مستوى الأسعار و الأعراف و العادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة "

⁷² - و تنص المادة 50: " تشمل النفقة الطعام و الكسوة و المسكن و التعليم و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة "

⁷³ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ. ش ، 1988/11/07 ، الملف رقم 51596 ، نشرة القضاة ، 1991 ، ع. 45 ، ص. 58 ؛ فضيل العيش ، شرح و جيز لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب ، الجزائر ، 2007-2008 ، ص. 76.

⁷⁴ - أنظر ، مبروكة غضبان ، النفقة بين التشريع و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2009-2010 ، ص. 88.

التغذية متوازنة ، بحيث عليه أن يتناول طعاما مغذيا فيه جميع المكونات اللازمة للحفاظ على صحته و لمساعدته على النمو السليم للجسم و العقل⁷⁵.

و من حرص ديننا الحنيف على تأمين المأكل للطفل اهتم به حتى و هو جنين ، فقد أوجب على الولي أن ينفق حتى على مطلقته البائن الحامل، و كذلك زوجته الناشز إذا كانت حامل . و ذلك مراعاة له لأن حياته تتوقف على الإنفاق على أمه⁷⁶، تطبيقا لقوله تعالى " ... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَ مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا"⁷⁷.

أما بالنسبة للقانون، لم ينص المشرع ما إذا كان الأب ملزم بالإنفاق على ابنه الجنين أم لا ، و بالتالي نرجع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية⁷⁸.

أما القضاء فيمكن القول أنه أخذ بنفقة الحمل، و هذا في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 21 فبراير 2001⁷⁹ و الذي جاء فيه: " إن عدم التصريح بالحمل عند الحكم بالطلاق لا يعد حجة تجاه المطلقة لحرمانها من نفقة الحمل لاستحالة أو صعوبة اكتشافه في الشهرين الأولين له "

و كذلك ما جاءت به في قرار آخر لها بتاريخ 11 فبراير 2009⁸⁰: " تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية".

⁷⁵ - و قد صادقت الجزائر على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية في 12 سبتمبر 1989 و التي تنص في المادة 11 منها على أنه: " تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي له و لأسرته ، و يوفر ما يفي بحاجاتهم في الغذاء و الكساء و المأوى ، و يحقه في تحسين متواصل لظروف المعيشة " ؛ المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 هـ الموافق ل 16 ماي 1989، المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و البروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966 ، ج.ر ، ع.ع. 20 ، الصادر في 17 ماي 1989 ؛ زهية رابطي ، المرجع السابق ، ص.37.

⁷⁶ - أنظر ، محمود بن إبراهيم الخطيب ، حقوق الطفل المالية في الإسلام ، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، جامعة العلوم الإسلامية العالمية ، كلية أصول الدين ، الأردن ، 2010 ، ع 1 ، ص.196.

⁷⁷ - الآية 4 من سورة الطلاق.

⁷⁸ - تنص المادة 222 ق.أ: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

⁷⁹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2001/02/21 ، ملف رقم 254080 ، م.ق ، 2002 ، ع 2 ، ص.444.

⁸⁰ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2009/02/11 ، ملف رقم 478795 ، م. م. ع. ، 2009 ، ع 1 ، ص.269 و ما بعدها .

و يلاحظ من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قد اعتبرت نفقة الوضع على الأب، فمن باب أولى أن تكون نفقة الحمل عليه كذلك، لأن في ذلك صيانة لحياة الجنين.

بل أكثر من ذلك، فقد أيدت المحكمة العليا بتاريخ 13 جانفي 2011⁸¹ قرار مجلس قضاء وهران القاضي بفرض نفقة النفاس على أب الطفل، و اعتبرت أن هذه النفقة ليست متعلقة بالعلاج و الدواء فقط، بل تشمل حتى نظامها الغذائي و مصاريف العناية بصحتها و صحة طفلها، لأن الحفاظ على صحتها يعني عناية أكثر بالطفل ، و قد جاء في القرار: " تشمل مصاريف النفاس، مصاريف العناية بصحة النفساء و صحة طفلها و نظامها الغذائي، لمدة معينة، و لا تقتصر على العلاج و الأدوية فقط ."

بالإضافة إلى الغذاء هناك الكسوة، التي تشمل الملابس و الأحذية و الفراش و الأغطية و غيرها من الحاجات الأخرى،⁸² سواء كان والدي القاصر متزوجين أو منفصلين.

غير أنه من الناحية العملية في حالة الانفصال، لم يحدث في القضاء الجزائري أن القاضي فرض على المسؤول عن الطفل شراء ملابس معينة، و إنما يكون دائما بتقديم مبلغ مالي للأم الحاضنة وهي التي تتولى شراء الملابس.⁸³

فإذا كان هذا واقع الحال بالنسبة لنفقة الغذاء و الكسوة فما هو واقع الحال بالنسبة لنفقة العلاج و السكن؟، و هذا ما سيتم تبيانه في النقطة الموالية .

ب – مدى حماية القاصر من خلال العلاج و السكن:

⁸¹ – أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 13 / 01 / 2011 ، ملف رقم 594435 ، م.م.ع ، 2011 ، ع. 2 ، ص. 266.

⁸² – أنظر، عادل قورة و محمد جمال الدين ، تشريعات الطفولة في مصر ، مطبعة الشروق ، مصر ، د.س.ن ، ص. 20 .

⁸³ – أنظر ، رشيد مسعودي ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005 – 2006 ، ص. 48.

يعتبر العلاج من الضروريات التي تقوم عليها حياة الإنسان كضرورة الطعام و الشراب، لأن علاج الشخص يتضمن المحافظة على حياته، خاصة إذا كان هذا الشخص طفل لأنه أكثر عرضة للمرض و أقل مقاومة له من غيره.⁸⁴

و حماية للقاصر، جعل المشرع العلاج ضمن مشتملات النفقة في المادة 78 ق.أ و ذلك أخذا بجمهور الفقهاء.⁸⁵ ما عدا المذهب الحنفي الذي لم يدخل العلاج ضمن مشتملات النفقة قياسا على نفقة تطيب أو علاج الزوجة، لأن هذه الأخيرة لا يجبر القاضي بها الزوج.⁸⁶

أما التشريعات المقارنة، فقد نصت هي الأخرى على العلاج ضمن عناصر النفقة كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة . على عكس المشرع التونسي الذي لم ينص عليها ضمن عناصر النفقة المذكورة في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية، لكن رغم ذلك تدخل حسب اعتقادنا ضمن ما سماه المشرع التونسي ضروريات العرف و العادة التي نص عليها في نفس المادة.

و عند رجوعنا إلى القضاء الجزائري، نجد أنه قد استقر هو الآخر على أن: " يتحمل الوالد مصاريف علاج المحضون الثابت بالشهادة الطبية لأنه من عناصر النفقة" ، و ذلك في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15 نوفمبر 2006⁸⁷.

هذا بالنسبة لنفقة العلاج الذي لا يطرح إشكال ، المشكل في نفقة السكن⁸⁸ التي عرفت تطورا قانونيا و حتى قضائيا ، و هذا التطور كان في صالح القاصر و بالخصوص الطفل المحضون نظرا للأهمية الكبيرة التي يكتسيها السكن، و ما يحقق له من أمان و استقرار.

⁸⁴ - زهية رابطي ، المرجع السابق ، ص.39.

⁸⁵ - و هم كل من المذهب المالكي و الشافعي و الحنبلي .

⁸⁶ - حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.281.

⁸⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، بتاريخ، 2006/11/15 ، ملف رقم 373707 ، م.م.ع ، 2007 ، ع.1 ، ص.499.

⁸⁸ - و قد أكدت المحكمة العليا على أن السكن يعتبر من مشتملات النفقة ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2010/04/15 ، ملف رقم 554808 ،

م.م.ع ، 2010 ، ع.1 ، ص.241.

فالبداية كانت قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984⁸⁹، حيث كان القضاء يطبق حق المحضون في السكن على أساس المادة 467 من القانون المدني⁹⁰. لكنه جعلها مسألة تقديرية في يد القاضي بحيث له الحرية في منح أو عدم منح السكن، إضافة إلى اشتراطه أن يكون أكثر من محضون، مما جعلها حماية ناقصة للقاصر.

و مع ذلك يعتبر هذا النص نقطة تحول في مسألة مسكن المحضون، ذلك لأن القاضي عند فصله في مسألة مسكن المحضون، سيعين من ينتفع من الزوجين بحق الإيجار مرجحا في ذلك مصلحة القاصر كون أن مصلحته أجدر بالرعاية⁹¹.

بعد ذلك صدر قانون الأسرة لسنة 1984 و الذي نص على هذا الموضوع في مادتين و هما المادة 52 ق.أ⁹²، و التي جاء فيها: "...إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها، يضمن حقها في السكن حسب وسع الزوج.

⁸⁹ - أنظر ، قانون 84- 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر ، ع. 24 ، الصادر في 12 يونيو 1984.

⁹⁰ - نصت المادة 467 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني ، ج.ر،ع،78 ، الصادر في 30 سبتمبر 1975 ، على ما يلي: " ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر و المستأجر و في حالة الطلاق يجوز للقاضي أن يعين من الزوجين يمكنه من أن ينتفع بحق الإيجار باعتبار تكاليف هذا الزوج من أجل حضانة الأولاد خاصة " . و قد تم تعديل المادة 467 بحيث أصبح نصها كالتالي: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.

يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر " ؛ القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007 يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج.ر ، ع.31 ، الصادر في 13 ماي 2007.

⁹¹ - أنظر ، عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي ، مذكرّة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2010-2011 ، ص.17.

⁹² - و نصت المادة كاملة على أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

و إذا كانت حاضنة و لم يكن لها ولي يقبل إيوائها ، يضمن حقها في السكن مع محضونيتها حسب وسع الزوج .

و يستثنى من القرار بالسكن ، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا .

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها " .

و يستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا"، أما المادة 72 من ق.أ فقد جاء فيها: " نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال ، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته ".

كلا المادتين تعرضتا لنقد حاد⁹³ بسبب نقص الحماية التي جاءت بها، بالإضافة إلى التناقض الكبير بينهما، و مادام أن التناقض واضح يفترض أن يتم تطبيق المادة الأكثر حماية للقاصر، و حسب اعتقادنا هي المادة 72 ق.أ و ذلك لعدة أسباب أهمها :

1- أن المادة 72 ق.أ تتحدث عن سكن كل الحاضنات، لأنها جاءت عامة لم تخص المطلقة فقط، و إن كان المشرع قد أخطأ لما اعتبر الحضانة أثر من آثار الطلاق لأنها قد تكون في حالة الوفاة كذلك. على عكس المادة 52 ق.أ التي خصت فقط الأم المطلقة، و لو طبقنا المادة 52 ق.أ سوف نخرج الحالة أو الجدة من الحق في السكن، و يترتب عنه بقاء المحضون في الشارع.

2- أن المادة 72 ق.أ تتضمن في صياغتها إلزام الأب بتوفير سكن أو أجره السكن، لكن المادة 52 ق.أ يفهم أنها لا تريد إلزام الأب بالسكن⁹⁴ سواء من حيث المصطلح الذي جاء به و هو (وسع الزوج)، أو من خلال الشروط الصعبة التي جاءت بها و هي أن يرفض الولي إيواء الأم المطلقة، بحيث لا يكون لها مسكن آخر، و هذا ما جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 11 أبريل 1981⁹⁵؛ كما اشترطت المادة 52 من ق.أ ألا يكون مسكن المطلق وحيدا، لكن من الناحية الواقعية أغلب الزيجات يكون لها مسكن واحد .

⁹³ - للتوضيح أكثر ، أنظر ، زكية تشوار حميدو ، المرجع السابق ، ص.130 - 139.

⁹⁴ - أنظر ، باديس ذياي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص.156.

⁹⁵ - أنظر ، المجلس الأعلى ، غ.ق.خ ، 11/04/1981 ، ملف رقم 24526 ، غير منشور ، مقتبس عن :

3 - المادة 72 ق.أ ألزمت السكن على الأب حتى ولو كان المحضون واحدا، لكونها لم تحدد عدد المحضونين المستحقين للنفقة ، لكن المادة 52 حددت عدد المحضونين المستحقين للنفقة، و ذلك بذكر مصطلح (محضونيهما) و الذي يفترض إما أن يكون اثنان أو ثلاثة فأكثر .

هذا التناقض القانوني ترتب عنه تناقض قضائي، ففي البداية مال القضاء إلى عدم إلزامية السكن متأثرا بالمادة 52 ق.أ، حيث أن القضاء في هذه الفترة رفض منح الإيجار للزوجة إلا إذا كان لها ثلاثة أولاد فأكثر،⁹⁶ و في قرار آخر إلا إذا كان لها اثنين فأكثر⁹⁷.

و بعد ذلك تغير الاجتهاد القضائي، و أصبح ينظر إلى مصلحة المحضون أكثر من الأول ، فأعطى السكن للحاضنة حتى و لو كان لها محضون واحد ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 13 مارس 2002⁹⁸. و كذلك في قرار آخر بتاريخ 29 نوفمبر 1994⁹⁹، بل أكثر من ذلك أجاز إعطاء أجرة السكن للأم حتى و لو كانت عاملة¹⁰⁰.

هذه الاجتهادات القضائية دفعت المشرع إلى حذف الفقرة الثانية و الثالثة و الرابعة من المادة 52 ق.أ، و إعادة صياغة المادة 72 ق.أ و التي أصبحت كالتالي: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكنا ملائما للحاضنة، و إن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. و تبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن "

⁹⁶ - أنظر ، المجلس الأعلى ، غ.ق.خ ، 18/04/1984 ، ملف رقم 34630 ، غير منشور ، مقتبس عن :
GH . Benmelha . op .cit . opu ..Alger.p.232.

⁹⁷ - أنظر ، المجلس الأعلى ، غ.ق.خ ، 06/04/1987 ، ملف رقم 45454 ، غير منشور ، مقتبس عن :
GH. Benmalha . op .cit . opu ..Alger . p.232.

⁹⁸ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 13/03/2002 ، ملف رقم 276760 ، م.ق ، 2004 ، ع.1 ، ص.274.
⁹⁹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 29/11/1994 ، ملف رقم 112705 ، م.ق ، 1995 ، ع.1 ، ص.140 ؛ و قد اعتبرت المحكمة العليا في هذا القرار أن عدم منح الحضانة التي ليس لها أكثر من ولدين السكن تطبيق سيء للمادة 72 ق.أ .

¹⁰⁰ - زكية تشوار حميدو ، المرجع السابق ، ص.139.

هنا المشرع في هذه المادة جاء بالجديد و هو اشتراطه السكن الملائم، لكن كان من المستحسن لو جعلها المشرع حسب القاصر و ليس حسب الأم.¹⁰¹

هذا من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فبدل الإيجار الذي تكلم عنه المشرع اعتقادا منه أنه الحل الوحيد لحالة عدم توفر السكن، لا يحقق حماية كافية للقاصر لسببين هما:

أولا أن بدل الإيجار الذي يحكم به القاضي رمزي أي قليل لا يكفي لتأجير مسكن ملائم للمحضون.¹⁰²

ثانيا أن كلمة بدل الإيجار التي تكلم عنها المشرع، تشمل فقط أجره السكن دون الأمور الضرورية الأخرى ، من مصاريف استهلاك المياه و الكهرباء و الغاز و مصاريف ترميم المنزل، لكي يكون صالحا للإيواء ، بالإضافة إلى الأمور التي تقي القاصر من البرودة و الحرارة كوسائل التدفئة و التبريد.¹⁰³

هذا بالنسبة للعناصر التي نص عليها المشرع صراحة في المادة 78 ق.أ ، لكن هناك نفقات أخرى أو بالأحرى عناصر أخرى لم يدخلها المشرع ضمن المادة 78 ق.أ و هي أجره الحضانة و أجره الرضاع، هذه الأجره لم يخصص لها المشرع مادة في قانون الأسرة، لذلك نرجع إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ.

ثانيا : مدى حماية القاصر من خلال أجره الحضانة و الرضاع

¹⁰¹ - ومن الانتقادات كذلك التي وجهت للمشرع في هذه المادة هو أنه حصر حق السكن في حالة الطلاق و نسي حالة الوفاة ، و هذا يتعارض مع المادة 75 ق.أ و المادة 78 ق.أ التي تعتبر السكن ضمن مشتملات النفقة دون التفرقة بين الطلاق و الوفاة .

¹⁰² - أنظر ، عبد الحكيم بوجاني ، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمم ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 2013 - 2014 ، ص.200.

¹⁰³ - أنظر ، لحسن بن شيخ آيث ملويا ، تنازل الأم عن الحضانة ، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية ، الجزائر، رمضان 1429 هـ- سبتمبر 2008 م ، ع.2 ، ص.79.

من المقرر فقها ، أن نفقة المحضون القاصر تشمل كذلك أجره الحضانه و أجره الرضاع¹⁰⁴ .
و يعرف هذا الأجر ، بأنه المقابل النقدي الذي يحصل عليه القائم بالعمل مقابل عمله، أي المقابل
النقدي الذي يدفعه الملتزم بالنفقة للحاضنة، لقاء قيامها بعمل و هو خدمة المحضون ، أو للمرضعة
لقاء قيامها بإرضاع المحضون¹⁰⁵ .

و الذي جعل الفقه يدخلهما - أي أجره الحضانه و الرضاع - ضمن النفقة هو السببين التاليين ،
فبالنسبة للسبب الأول هو أن الملتزم بها والد الصغير؛ و السبب الثاني، هو أنهما تخضعان لنفس
الشروط السابقة الخاصة بالنفقة، و أهمها أن تكون هذه الأجر من مال الصغير إن كان له مال .
و من ثمّ ، فهي تشبه النفقة لأنها تستحق من أموال القاصر بحسب الأصل، و في نفس الوقت
تشبه الأجر لأنها تدفع للقائمة بالعمل نظير ما تقوم به¹⁰⁶ .

و تتمثل حماية القاصر في أجره الحضانه (أ) و أجره الرضاع (ب)، في الدافع الذي يحمس هذه
الحاضنة أو المرضعة للقيام بالمهمة بطريقة جيدة، بحيث يضمن لهذا الطفل غذاء طبيعيا و مفيدا
و تربية سوية.

أ - مدى حماية القاصر من خلال أجره الحضانه :

لم ينص المشرع الجزائري على أجره الحضانه، كما هو الحال بالنسبة للقضاء الذي لم يأخذ بها
رغم ما فيها من حماية، لكن يبقى الحل في الجزائر هو تطبيق المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة

¹⁰⁴ - أنظر ، محمد أحمد سلاج و محمد كمال إمام ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1999 ، ص.172.

¹⁰⁵ - أحمد إبراهيم عطية ، المرجع السابق ، ص.33.

¹⁰⁶ - أحمد إبراهيم عطية ، المرجع السابق ، ص.33؛ لكن المستشار أحمد نصر الجندي في كتابه النفقات في الشرع و القانون يرى غير ذلك ، حيث
كيف أجره الحضانه و الرضاع بأنها ليست نفقة ، لأنها أولا لا تجب أثناء قيام الزوجية ، و ثانيا أنها تجب بعد الانفصال للقيام بعمل و هو الحضانه أو
الرضاع ؛ أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع ... ، المرجع السابق ، ص.113-114.

الإسلامية،¹⁰⁷ غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا بينهم حولها أثناء قيام الزوجية،¹⁰⁸ واتفقوا حولها بعد الطلاق بين الزوجين، لكن في هذه الحالة يجب التفرقة بين ما إذا كانت الحاضنة أما للصغير أم أجنبية عنه.

فإذا كانت أما للصغير و كانت لا زالت الحياة الزوجية قائمة مع والد الطفل، فهي عند جمهور الفقهاء لا تستحق الأجرة¹⁰⁹، و السبب هو أن نفقة الحاضنة الأم أثناء الزواج واجبة حتى و لو بدون الحضانة، فليس لها أن تجمع بين نفقتين عن فعل واحد، أما الحنابلة و الإمامية فقالوا باستحقاق الأم للأجرة عن حضانتها للصغير أثناء قيام الزواج بينها و بين والد الصغير¹¹⁰.

أما في حالة الفراق، فالمالكية لا يعطون أجرة للحاضنة سواء كانت أم أم لا، و سواء كان الزواج قائما أم لا، لكن الحنفية أوجبوا هذه الأجرة ما دام أن الزوجية ليست قائمة و مادام أنها غير معتدة من طلاق رجعي أو بائن، لأنها في هذه الفترة تستحق النفقة من والد الطفل.¹¹¹

لكن في حالة ما إذا كانت الحاضنة غير الأم، فإنها تستحق الأجرة عن حضانتها للصغير بصورة مطلقة ما لم تكن متبرعة، ما عدا عند المالكية التي لا تستحق الحاضنة الأجرة عندهم¹¹².

و من ثمّ، كان من المستحسن لو أن المشرع الجزائري حسم الأمر في أجرة الحضانة حتى تنفادى هذا الاختلاف، كما هو الحال بالنسبة للتشريعات العربية الأخرى كالمشرع المغربي¹¹³ و المشرع التونسي¹¹⁴ و السوري¹¹⁵ و المصري¹¹⁶.

¹⁰⁷ - عند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاؤها لم يتناولوا البحث في أجرة الحضانة بصورة مستقلة، و إنما تناولوها بصورة تبعية إما عند بحثهم للنفقة على اعتبار أنها تدخل ضمن النفقة الواجبة للصغير، أو عند بحثهم لأجرة الرضاع على اعتبار أنها تدخل ضمن هذه الأجرة؛ حميد سلطان علي الخالدي، المرجع السابق، ص.223.

¹⁰⁸ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص.115.

¹⁰⁹ - و هم كل من الحنفية و الشافعية و المالكية و الظاهرية؛ حميد سلطان علي الخالدي، المرجع السابق، ص.224.

¹¹⁰ - حميد سلطان الخالدي، نفس المرجع، ص.224-225.

¹¹¹ - باديس ديابي، المرجع السابق، ص.155.

¹¹² - أنظر، بدران أبو العينين، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1987، ص.74.

¹¹³ - تنص المادة 167 من مدونة الأسرة المغربية: "أجرة الحضانة و مصاريفها، على المكلف بنفقة المحضون و هي غير أجرة الرضاعة و النفقة.

كذلك حماية لمال القاصر يطرح مشكل في موضوع أجره الحضانة في حالة ما إذا وجدت متبرعة بالحضانة، هل يفضل الجانب الشخصي أم المالي للقاصر؟.

الفقه الإسلامي تكلم عن هذا الأمر ووضع مجموعة من الحلول¹¹⁷ وهي:

1- إذا كانت المتبرعة ممن لا تستحق الحضانة و كان للقاصر مال، فإن المتبرعة تقدم على مستحقة الحضانة سواء كان الأب موسراً أو معسراً . لأن القاصر إذا كان له مال فإن أجره الحضانة تكون من ماله ، و مادام وجدت متبرعة يعطى لها المحضون حفاظاً على ماله¹¹⁸ .

لا تستحق الأم أجره الحضانة في حال قيام العلاقة الزوجية، أو في عدة من طلاق رجعي".

¹¹⁴ - تنص المادة 65 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " لا تأخذ الحضانة أجره إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ و غسل ثياب و نحو ذلك بحسب العرف".

¹¹⁵ - المشرع السوري نص على أجره الحضانة في مادتين المادة 141 و التي جعلت أجره الحضانة على المكلف بنفقة الصغير بحسب حال المكلف بما ، أما المادة 142 فقد اشترطت أن لا تكون الأجره في حال قيام الحياة الزوجية أو في عدة الطلاق ؛ أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2009 ، ص.143.

¹¹⁶ - تنص المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1969 المصري: " تنتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة و بلوغ الصغيرة سن اثني عشرة سنة " ، و عدل هذا القانون و أصبح سن الحضانة 15 سنة للصغير و الصغيرة بموجب القانون رقم 4 لسنة 2005 ، الفقهاء المصرين كأحمد نصر الجندي و أحمد إبراهيم عطية قالوا بان هذه المادة تتكلم كذلك عن أجره الحضانة لأن خلال هذه الفترة تستحق فيها الحضانة الأجره ؛ أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع ... المرجع السابق ، ص.115 ؛ أحمد إبراهيم عطية ، المرجع السابق ، ص.42.

كذلك هناك تشريعات أخرى نصت على أجره الحضانة و منها التشريع الأردني في المادة 3/57: " إذا اختلفت الحضانة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحضانة قدرتها المحكمة ، و لا يحكم بأجره الحضانة مادامت الزوجية قائمة ، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي " ؛ حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.230.

هناك كذلك قانون الامارات العربية الذي نص في المادة 3/148 على أجره الحضانة: " لا تستحق الحضانة أجره الحضانة اذا كانت زوجة لأبي المحضون أو معتدة تستحق في عدتها نفقة منه " ؛ أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في قانون الامارات العربية ، دار الكتاب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص.376.

¹¹⁷ - أنظر ، أسية بوخاتم ، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2006-2007 ، ص.65 ؛ بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، ج.1 ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 1967 ، ص.557-558.

¹¹⁸ - أنظر ، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ، ج.7 ، ط.3 ، د.د.ن ، د.م.ن ، 1985، ص.136.

2- إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة و لم يكن للقاصر مال و كان الأب معسرا أعطي للمتبرعة، و السبب هو أن إلزام الأب بالأجرة مع وجود المتبرعة، فيه إضرار كبير بالأب¹¹⁹ و ذلك لقوله تعالى: " لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ"¹²⁰.

3 - إذا كانت المتبرعة من أهل الحضانة و لم يكن للصغير مال و كان أبوه موسرا، قدمت صاحبة الحق في الحضانة على المتبرعة لأنها أكثر شفقة عليه ، كما أن الأب لن يتضرر من هذه الأجرة بسبب يساره¹²¹.

4 - إذا كانت المتبرعة ليست من أهل الحضانة، فإن الأم أو غيرها من لهم الحق في الحضانة تقدم على المتبرعة و لو طلبت اجرا على الحضانة¹²²، لأن إعطاء الصغير القاصر للأم فيه مصلحة له باعتبارها أشفق من المتبرعة و أحن عليه ، و المحافظة على مصالح القاصر الشخصية أولى من المحافظة على مصالحه المالية¹²³.

بالإضافة لهذا هناك أجرة شبيهة في أحكامها لأجرة الحضانة ، و هي أجرة الرضاعة .

ب - مدى حماية القاصر من خلال أجرة الرضاع¹²⁴ :

¹¹⁹ - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.411.

¹²⁰ - الآية 233 من سورة البقرة .

¹²¹ - بدران أبو العينين ، حقوق الأولاد ... ، المرجع السابق ، ص.77.

¹²² - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.411.

¹²³ - أنظر ، محمد الحسيني الحنفي ، الأحوال الشخصية ، ط.3 ، دار النهضة العربية ، د.م.ن ، 1964 ، ص.180.

¹²⁴ - و قد تكلم جل جلاله عن الرضاعة في سورة البقرة الآية 233 : " وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَ لَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَ تَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَ إِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذْ سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (233) " .

و قد فسر بن كثير هذه الآية ، بأنها إرشاد من الله تعالى للوالدات أن يرضعن أولادهن كمال الرضاعة وهي سنتان فلا اعتبار للرضاعة بعد ذلك ؛ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، ج. 1 ، دار التوفيقية للطباعة ، مصر ، 2008 ، ص.345.

أجرة الرضاع مثلها مثل أجره الحضانه لم يتكلم عنها المشرع الجزائري على خلاف التشريعات الأخرى¹²⁵ ، و إن كان تكلم عنها قبل التعديل لكن بصورة عامة و وجيزة باعتبارها إحدى واجبات الزوجة¹²⁶ في المادة 39 ق.أ.¹²⁷ .

أما بالنسبة للقضاء ، فلم يتكلم هو الآخر عن أجره الرضاع بل تكلم فقط عن مدة الرضاع في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23¹²⁸ .

و عليه، مادام لا يوجد نص قانوني نعتمد عليه نرجع إلى المصدر الثاني طبقاً للمادة 222 ق.أ. ، و كما هو الحال بالنسبة للحضانه فقد فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في الرضاعة بين ما إذا كانت الأم لا زالت في حبال الزوجية أو خارج هذه الحبال¹²⁹ .

¹²⁵ - نص المشرع السوري عن أجره الرضاع في المادة 151 من قانون الأحوال الشخصية: " أجره رضاع الولد سواء كان الرضاع طبيعياً أو اصطناعياً على المكلف بنفقته و يعتبر ذلك في مقابل غذائه لا تستحق الأم أجره الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي " .
كذلك المادة 152 من نفس القانون: " المتبرعة أحق بالإرضاع إن طلبت الأم أجره و كان الأب معسراً على أن يكون الإرضاع في بيت الأم " ؛ أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، المرجع السابق ، ص.148.
كذلك المشرع الإماراتي في المادة 79 من قانونه: " توجب على الأب تكاليف إرضاع ولده ، إذا تعذر على الأم إرضاعه ، و يعتبر ذلك من قبيل النفقة " ؛ أحمد نصر الجندي ، قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية ، دار الكتاب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص.221.
و نصت كذلك مدونة الأسرة المغربية على أجره الرضاع في المادة 201: " أجره رضاع الولد على المكلف بنفقته " .
كذلك المشرع الأردني في المادة 152 من قانون الأحوال الشخصية: " لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجره على إرضاع ولدها و تستحقها في عدة الطلاق البائن " ؛ عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط.1 ، دار الثقافة ، الأردن ، 1998 ، ص.262.

¹²⁶ - زكية تشوار حميدو ، المرجع السابق ، ص.128.

¹²⁷ - نصت المادة قبل التعديل: " يجب على الزوجة : إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم " .

¹²⁸ - حيث جاء في القرار: " من المقرر شرعاً أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط ، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه لانعدام الأساس القانوني غير وحيه و يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن البنت المحضونة تجاوز عمرها عامين يوم رفع الدعوى ، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى ممارسة الأب لحق الزيارة في بيتها بحضورها لحجة إرضاع البنت كل ساعتين ، طبقوا صحيح القانون ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن " ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش. ، 1991/04/23 ، الملف رقم 71727 ، م.ق. ، 1993 ، ع.2 ، ص.47.

¹²⁹ - أنظر ، عبد الفتاح إبراهيم بمنسي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانوناً ، مكتبة و مطبعة الاشعاع الفنية ، مصر ، د.س.ن ، ص.162.

ففي حالة ما إذا كانت الأم لا زالت متزوجة بوالد الطفل، ذهب الحنفية إلى أنها لا تستحق أجره عن إرضاع ولدها، حتى ولو وافق الأب و أراد أن يستأجرها للرضاعة. و السبب في ذلك، هو أن الأم من واجبها إرضاع ولدها¹³⁰ و هذا ما ذهب إليه حتى الظاهرية.¹³¹

أما المالكية فقد فرقوا بين ما إذا كانت المرأة ذات شرف¹³² و بين المرأة العادية، فأوجبوا الأجره للأولى دون الثانية.¹³³

لكن الحنابلة اختلفوا فيما بينهم فمنهم من أجاز إعطاء أجره لأم الرضيع¹³⁴ ، لأن لبنها أحسن من غيرها حتى ولو وجدت متبرعة، و منهم من رفض تقديم أجره لها إلا في حالة الفراق¹³⁵ .

أما الشافعية فقد اعترفوا للأم بأجره الرضاعة و يرون أن هذه الأجره تكون مستقلة عن النفقة و تدفع لوحدها¹³⁶ ، هذا في حالة قيام العلاقة الزوجية لكن في حالة العكس (انحلال الزواج)، هنا اتفق الفقهاء¹³⁷ على أن الأم تستحق الأجره لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت بينها و بين والد الطفل و أصبحت أجنبية عنه و ذلك بقوله تعالى: " وَ إِن كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى

¹³⁰ - شمس الدين السرخسي ، المرجع السابق ، ص.208 ؛ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص.192.

¹³¹ - أنظر ، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج.10 ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر ، 1352 هـ ، ص.340.

¹³² - أي لم تجري عادة النساء من أمثالها على إرضاع أولادهن .

¹³³ - أنظر ، مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج.2 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1994 ، ص.304.

¹³⁴ - مستدلين بقوله في الآية 6 من سورة الطلاق: " فَإِن أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ " .

¹³⁵ - عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي ، المرجع السابق ، ص.138.

¹³⁶ - أنظر ، سلمان البيجرمي ، حاشية البيجرمي علي الخطيب ، ج.4 ، ط.الأخيرة ، دار الفكر العربي ، لبنان ، 1981 ، ص.70.

¹³⁷ - و هم كل من الحنفية والحنابلة و المالكية ؛ شمس الدين السرخسي ، المرجع السابق ، ص.208 ؛ عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي

النجدي ، المرجع السابق ، ص.138. ؛ مالك بن أنس الأصبحي ، المرجع السابق ، ص.417.

و إن كان الحنفية اختلفوا فيما بينهم بخصوص الأم المرضعة المعتدة من طلاق بائن ، فمنهم من ذهب إلى عدم وجوبها لها قياسا على المعتدة من طلاق رجعي لأنها تستحق نفقة العدة ، و منهم من أوجب لها أجره الرضاعة نظرا إلى أن زوجيتها من أب الطفل قد انقطعت بمجرد الطلاق البائن و الدليل على ذلك أنه لا يستطيع أن يراجعها بدون رضاها و بدون عقد و مهر جديد ؛ محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، لبنان ، 2007 ، ص.400.

يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَ أَتَمَّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَزِجْ لَهُ أُخْرَى¹³⁸.

و على العموم نعتقد أن أجرة الرضاعة فيها حماية للمرأة و للقاصر، لأن النفقة بحد ذاتها غير كافية لهما و هذا ما سنراه في تقدير النفقة .

هذا ما يتعلق بحماية القاصر من خلال شروط النفقة و عناصرها ، لكن ما هي الحماية المقررة للقاصر من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة؟

المطلب الثاني

حماية القاصر من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة

النفقة باعتبارها صورة من صور التضامن الأسري¹³⁹ ، و ضرورة لثبات و استقرار القصر كان لابد للوالدين من تحمل مسؤولية الإنفاق و خاصة الأب. و إلا تعرض لعقوبة جنائية نصت عليها

¹³⁸ - الآية 6 من سورة الطلاق .

¹³⁹ - Cf. Christophe VIGNEAU , Les rapports entre solidarité familiale et sociale en droit comparé, N°01,R.I.D.C , 1999 , p.54.

المادة 330 ق.ع و المادة 331 ق.ع¹⁴⁰، لكن هذا لا يعني أن باقي الأقارب معفين من هذه النفقة، بل هم كذلك مسؤولون عنها في غياب الأبوين .

و من ثمّ، فإن تحديد المشرع مراتب من تجب عليهم النفقة بداية بالأب في المادة 75 ق.أ ثم الأم في المادة 76 ق.أ (الفرع الأول)، و بعد ذلك الأقارب في المادة 77 ق.أ (الفرع الثاني) يعتبر في حد ذاته حماية للقاصر لكي لا يكون بدون عائل مادي.

الفرع الأول

الأبوين

بيننا سابقا ، بأن النفقة تجب في مال القاصر إن كان له مال أو كان قادرا على الكسب ، فإن كان غير ذلك فنفقته على أبيه (أولا) ، لكن في حالة عجز هذا الأخير لفقره أو عدم قدرته عن الكسب أو كان غير موجود، ففي هذه الحالة يحل أقرب إنسان للقاصر بعد الأب و هي الأم (ثانيا).

¹⁴⁰ - المادة 330 ق.ع: " يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة(1) و بغرامة من 25.000 إلى 100.000 دينار .

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) و يتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية و ذلك بغير سبب جدي ، و لا تنقطع مدة شهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية... "

و المادة 331 ق.ع: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 50.000 إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا و لمدة لا تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم .

و يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال .

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية ، تختص أيضا بالحكم في الجرح المشار إليها في هذه المادة ، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة .

و يضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية."

أولاً : الأب

تنص المادة 75 ق.أ: " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول " ، و عليه أول من يتحمل مسؤولية النفقة على الأولاد هو الأب¹⁴¹ ، و هذا باتفاق كل المذاهب الفقهية، كالمالكية و الشافعية و الحنابلة و الحنفية¹⁴².

فالأب باعتباره الولي لا يشاركه أحد في نفقة أولاده، لأن الأولاد جزء منه، و الإنفاق عليهم كالإنفاق على نفسه، و إحيائهم كإحياء له.

و سبب وجوب النفقة على الأب وحده هو انتساب الولد إليه، و مادام أنه ليس هناك من يشارك الأب في النسب فمن باب أولى لا يشاركه أحد في النفقة، لأن من له غنم النسب يكون عليه غرم النفقة¹⁴³.

و عليه ، إذا كان للأب مال و كان قادراً على الكسب و رفض أو أهمل دفع النفقة ، أجبر على ذلك و إلا تعرض للعقوبة¹⁴⁴ ، أما إذا كان فقيراً معسراً و لم يستطع الكسب رغم قدرته ، هنا القاضي يفرض النفقة على من يليه نيابة عن الأب ثم يرجع المنفق على الأب بما أنفقه¹⁴⁵.

و المشرع الجزائري في المادة 1/75 ق.أ لم يفرق بين نفقة الولد في حالة قيام الرابطة الزوجية بين أبويه و نفقته في حال انحلالها ، مما يستدعي تطبيق المادة في الحالتين¹⁴⁶.

¹⁴¹ - أنظر ، كمال لدرع ، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، جامعة بن عكنون ، كلية الحقوق ، 2001 ، ع. 1 ، ص.54.

¹⁴² - أنظر بالتفصيل ، عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص.554-556.

¹⁴³ - أنظر ، عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، ط. 1 ، مؤسسة المختار ، مصر ، 2004 ، ص.429 ؛ محمد قدري باشا ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ط.1 ، دار ابن حزم ، لبنان ، 2007 ، ص.129.

¹⁴⁴ - أنظر ، محمد كمال الدين امام ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، ج. 2 ، منشأة المعارف ، مصر ، 2001 ، ص.264.

¹⁴⁵ - أحمد بخت الغزالي و عبد الحليم محمد منصور علي ، المرجع السابق ، ص.480 ؛ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على الدار المختار ... ، المرجع السابق ، ص.337.

¹⁴⁶ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.148.

بالإضافة إلى ما جاءت به الفقرة الثانية من نفس المادة ، التي تعتبر بحق حماية للفرع بشكل عام سواء كان قاصرا أو بالغا، بحيث مددت النفقة في حالة طلب العلم كما هو الحال في التشريعات العربية و الغربية¹⁴⁷ ، لأن في ذلك منفعة له و لوالديه و لبلده، و في حالة كذلك العجز العقلي كالجنون و العته أو العجز البدني كالعمى و الشلل و قطع اليدين أو الرجلين¹⁴⁸.

أما بالنسبة للجنين رغم أن شخصيته ناقصة لأنه لم ينفصل بعد عن أمه انفصالا تاما حتى نرتب له الحقوق التي يقررها القانون ، إلا أن القانون خرج عن القاعدة العامة و اعترف للجنين ببعض الحقوق كالنسب و الميراث و الوصية¹⁴⁹ ، لكن لم يتكلم عن النفقة و التي تطرح إشكال خاصة بعد الطلاق.

و من ثم هل الأب في هذه الحالة ملزم بالنفقة على الجنين مادام أنه منه و سوف ينسب إليه، أم غير ملزم حتى يولد حيا ؟

الفقه الإسلامي تكلم عن هذا الأمر بالتفصيل ، و اتفقوا على أن المطلقة الحامل تستحق النفقة و السكن و ذلك تطبيقا لقوله تعالى في الآية السابقة¹⁵⁰ ، و قد عللوا وجوب النفقة على الحامل بأن الحمل ولده فيلزمه النفقة عليه لكن لا يتم ذلك إلا بالإئناق على أمه.¹⁵¹

لكن اختلف الفقهاء في سبب وجوبها، هل هو الحمل أم أمه الحامل¹⁵² ، فالمالكية و بعض الشافعية و بعض الحنابلة يرون بأن النفقة تجب للحمل،¹⁵³ أما باقي الفقهاء قالوا بأنها تجب للحامل و هذا ما ذهب إليه الحنفية¹⁵⁴ و الظاهرية¹⁵⁵ و بعض الشافعية و بعض الحنابلة.¹⁵⁶

¹⁴⁷ - Cf. J. P. BROUILLAUD , Droit civil , les biens , les personnes , la famille , édit . Hachette , France , 2000 , p.135.

¹⁴⁸ - أنظر ، مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، الزواج و الخلاله ، ج.1 ، ط.7 ، المكتب الإسلامي ، سوريا ، 1417هـ- 1997 ، ص.302.

¹⁴⁹ - أنظر ، إبراهيم داودي ، الشخصية القانونية للحمل المستكن ، مجلة الراشدية ، 2010 ، ع 2 ، ص.117.

¹⁵⁰ - الآية 6 من سورة الطلاق.

¹⁵¹ - أنظر ، علي الشيخ إبراهيم المبارك ، حماية الجنين في الشريعة و القانون دراسة مقارنة ، المكتب الجامعي الحديث ، د.م.ن ، 2009 ، ص.153.

فالجانب الأول علل موقفه على أساس أن النفقة لا تجب إلا بوجود الحمل و تنعدم بانعدامه¹⁵⁷، أما الجانب الثاني الذي يوجبها على أساس الأم الحامل فيقول السرخسي في كتابه المبسوط: " إن النفقة إذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل أنها لا تجب في مال الولد و إن كان له مال أوصى به، و أنها تتعدد بتعدد الولد ... و أن المنكوحه إذا حبلت لا تتضاعف نفقتها و لو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعفت نفقة المنكوحه إذا حبلت " ثم قال " فإذا ثبت أن النفقة لها فلا بد من سبب لاستحقاق النفقة و لا سبب لذلك سوى العدة ، و الحامل و الحائل سواء " .

و على العموم سواء كانت النفقة للأم أو للحمل، المهم هو أن الأب ملزم بالإفناق على المرأة الحامل، سواء كانت في ذمته كزوجة أو انفصمت العلاقة الزوجية بالطلاق ، هذا و إن كانت النفقة سوف تعطى للمرأة أو لصالحها فإن النفع عائد للجنين ، فهذا حق له حتى و هو في مرحلة التكوين في بطن أمه ، بدليل أن النفقة المقررة للمرأة تسقط في حالة النشوز إلا إذا كانت حامل فإنها تظل واجبة لما فيه من مصلحة مقررة للجنين¹⁵⁸ .

بالإضافة إلى ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة على الكفيل طبقا للمادة 116 ق.أ المذكورة سابقا، و التي لم تفرق بين حالة الزواج و حالة الطلاق، و بالتالي نطبق المادة في الحالتين علما أن حالة الوفاة تكلمت عنها المادة 125 ق.أ¹⁵⁹ .

¹⁵² - أنظر ، مفتاح محمد أفريط ، الحماية المدنية و الجنائية للجنين ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2006 ، ص.88.

¹⁵³ - عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص.484 ؛ محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، منهاج الطالبين ، ج.3، ط.1 ، دار البشائر الإسلامية ، لبنان ، 2000 ، ص.76.

¹⁵⁴ - شمس الدين السرخسي ، المرجع السابق ، ص.202.

¹⁵⁵ - مفتاح أفريط ، المرجع السابق ، ص.89.

¹⁵⁶ - أنظر ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، تحاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه ، ج.7 ، ط.3 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003 ، ص.211.

¹⁵⁷ - أنظر ، علي محمد بن رمضان ، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال ، ط.1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، 2012 ، ص.230.

¹⁵⁸ - أنظر ، فايز الظفيري ، الطفل و القانون معاملة و حمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي ، مجلة الحقوق ، 2001 ، ع.1 ، ص.113.

¹⁵⁹ - تنص المادة 125 ق.أ: " التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة ، و أن يكون بعلم النيابة العامة و في حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك و إلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية " .

و من ثمّ، يبقى الأب ملزم بالنفقة سواء كانت الحضانة له أو لزوجته المطلقة و هذا ما يحقق حماية كاملة للقاصر ، غير أن القضاء فسر هذه المادة بما لا يحقق حماية للطرف الضعيف، و الذي هو القاصر المكفول.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 10 مارس 2011¹⁶⁰، بأنه لا تسري آثار الطلاق من حضانة و نفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل، و برر موقفه كالتالي: " أن المطعون ضده الكافل إذا كان ملزماً بنفقة البنت المكفولة التي منحها لقبه فإن ذلك مقيد بأن تكون المكفولة تحت حضانتها و رعايته ، و طالما البنت تعيش مع مطلقة الكافل التي تطوعت و أخذت البنت المكفولة معها ، لأن آثار الطلاق و ما يترتب عنه من حضانة و نفقة لا تسري على المكفول باعتبار الالتزام هنا على وجه التبرع، و هذا الالتزام لا ينتج أثره إلا إذا كان المكفول تحت حضانة و رعاية الكافل"¹⁶¹.

و حسب اعتقادنا نرى بأن ما جاءت به المحكمة العليا غير منطقي ، فما دام أن الزوجين الكافلين التزما معا قبل انفصالهما و بإرادتهما الحرة بالتكفل بالطفل المهمل ، لذا فهما ملزمان معا بنتائج هذا التعهد و بآثاره الشرعية بعد الطلاق و لا يتحللان منه .

و القضاء المغربي كان أكثر حماية من القضاء الجزائري و من القانون المغربي في حد ذاته ، عندما اعتبر أن الطلاق لا يجعل الأب معفياً من النفقة، حيث علل القضاء المغربي في قرار له بتاريخ 10 سبتمبر 1993 بأنه ما دام الطرفان تسلما الطفل المهمل، و تعهدا بالإنفاق عليه و تربيته و تدبير

¹⁶⁰ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2011/03/10 ، ملف رقم 613481 ، م.م.ع ، 2012 ، ص.290.

¹⁶¹ - و نفس الشيء ذهب إليه القانون المغربي في المادة 26 من ظهير الشريف رقم 1.02.172 بتاريخ 13 يونيو 2002 ، بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، ج.ر ، ع.5031 ، الصادر بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق لـ 19 أغسطس 2002 و التي تنص على ما يلي: " إذا انفصمت عرى الزوجية بين الزوجين الكافلين ، أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائياً ، أمر اما باستمرار الكفالة لأحدهما ، أو بإتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات ... " ؛ فبيحة الطلحاوي ، نفقة الابن و المكفول أوجه الشبه وأوجه الاختلاف ، مجلة الفقه و القانون ، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية ، 2013 ، ع.9 ، ص.200.

شؤونه إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني، و أن انفصام رابطة الزواج بينهما لا يحول دون ما التزمنا به¹⁶².

كما أن تواجد الطفل مع الأم لا يعفيه من واجب النفقة، لاسيما و أن عقد الكفالة بالطفل لا يتضمن أي شرط أو بند يعفي الطرفين من المسؤولية أو أحدهما عند حدوث طارئ معين. و أن الحضانة لا تقتصر على الأم لوحدها، و نفس الشيء أكده القضاء المغربي في قرار آخر بتاريخ 1 جانفي 2004¹⁶³.

و كان من المستحسن لو أن المشرع الجزائري أضاف فقرة ثانية للمادة 116 ق.أ تفصل في هذا الأمر .

بل أكثر من ذلك قد أجاز القضاء الجزائري للكافل التنازل عن الكفالة في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 13 ديسمبر 2006¹⁶⁴ و الذي جاء فيه: " يجب على الكافل القيام بالإففاق على الطفل المكفول و تربيته و رعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت تخليه عن الكفالة"، و عليه مجرد تخلي الأب الكافل عن الكفالة سوف يعفي نفسه من التزاماته العائلية اتجاه القاصر المتمثلة خاصة في النفقة ، و هذا في الحقيقة أمر يضر بشكل كبير بمصلحة القاصر و لا يحميه لأنه يجعل الوضع المادي للقاصر غير مستقر و مهدد بالزوال.

و في الأخير نقول أن هناك اتفاق قانوني و فقهي على أن نفقة القاصر الذي لا مال له على أبيه، لكن إذا فقد الأب أو كان عاجزا عن الكسب فستنتقل نفقة الأبناء على أمهم.

ثانيا: الأم

¹⁶² - فتيحة الطلحاوي ، نفس المرجع.

¹⁶³ - أنظر ، محمد الشافعي ، كفالة الأطفال المهملين دراسة في القانون المغربي، التبي في القانون الفرنسي ، ط.1 ، مطبعة الوراق الوطنية ، المغرب،

2007 ، ص.148 ، مقتبس عن : فتيحة الطلحاوي ، المرجع السابق ، ص.202.

¹⁶⁴ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2006/12/13 ، ملف رقم 369032 ، م.م.ع ، ع.ع.2 ، ص.443.

تنص المادة 76 ق.أ على أنه: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك " .

من خلال نص هذه المادة، يتبين لنا أنه إذا أصبح الأب فقيراً أو عاجزاً عن الكسب للإنفاق على نفسه و على زوجته و أولاده، فواجب الإنفاق على القاصر ينتقل إلى الأم¹⁶⁵ إذا كان بالتأكد باستطاعتها ذلك ، بأن يكون لها مال أو دخل من عمل ما ، بحيث لا ينتقل إلى غيرها ما دام لديها مال، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 09 ماي 2007: " لا تنتقل إلى الجد نفقة الأم على الأولاد طالما كان لها دخل و ذلك طبقاً لما توجبه المادتين 76 و 77 ق.أ ... " ¹⁶⁶. و هذا ينطبق حتى بالنسبة للأب الغائب أو المفقود أو الميت¹⁶⁷ ، لأن كلمة " عجز " المذكورة

في المادة السابقة تشمل هؤلاء و حتى فقر الأب و عدم العمل و المرض العقلي و البدني¹⁶⁸ .

و نفس الشيء¹⁶⁹ ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 47 من مجلة الأحوال الشخصية¹⁷⁰ و المشرع المغربي في المادة 199 من مدونة الأسرة المغربية¹⁷¹ ، إلا أن هذه الأخيرة كانت أكثر دقة من المشرع الجزائري و التونسي حيث أوجبت النفقة على الأم بمقدار ما عجز عنه الأب .

¹⁶⁵ - أنظر ، دلال قندوز ، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02 ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 18 ، ص.34.

¹⁶⁶ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2007/05/09 ، ملف رقم 390381 ، م.م.ع ، 2008 ، ع.2 ، ص.295-297 .

¹⁶⁷ - أنظر ، كمال لدراع ، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية و المعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، قسنطينة ، 2002 ، ع. 2 ، ص.191 ؛ دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.82.

¹⁶⁸ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.149.

¹⁶⁹ - كالمشرع القطري في المادة 78 و المشرع العماني في المادة 62 ؛ أحمد بنحيت الغزالي عبد الحليم و محمود منصور علي ، المرجع السابق ، ص.481.

¹⁷⁰ - تنص المادة 47: " الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولدها " .

¹⁷¹ - تنص المادة 199: " إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده ، و كانت الأم موسرة ، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب " .

و عليه ، معظم التشريعات العربية و منها المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء و هم كل من الحنفية¹⁷² و الشافعية¹⁷³ و الحنابلة¹⁷⁴ ، غير أن أبو يوسف و محمد أجازوا للأم أن ترجع على الأب بما أنفقته إذا أيسر¹⁷⁵ .

واستدلوا في وجوب النفقة على الأم بقوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة: " وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ... " ، فقالوا أن هذه الآية فيها دلالة على وجوب الرضاعة من طرف الأم، ومن ثم فإن النفقة واجبة عليها كذلك. و ما يؤكد أكثر هذا القول هو قوله تعالى في نفس الآية: " وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ... " فالمولود له هو الأب، فإن أعسر أو غاب فتحل الأم محلها لأنها هي كذلك مولود لها، بل ولادتها قطعية بخلاف ولادة الأب فإنها ظنية. أما معنى قوله في نفس الآية: " ... وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ... " فقالوا مادام الأم وارثة فعليها النفقة لولدها بقدر ميراثها منه¹⁷⁶ .

أما من السنة فاستدلّ الفقهاء بقول أم سلمة رضي الله عنها: " قلت يا رسول الله هل لي من أجر في بني أبي سلمة ، أن أنفق عليهم و لست بتاركتهم هكذا إنما هم بني " ، فرد عليها عليه الصلاة و السلام : " نعم لك أجر ما أنفقت عليهم "¹⁷⁷ ، و من ثمّ لو كانت النفقة واجبة على غيرها لبين الرسول صلى الله عليه و سلم ذلك .

¹⁷² - أنظر ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السكرزي المعروف بابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج. 4 ، ط. 1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003 ، ص. 371- 372 .

¹⁷³ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني ، المرجع السابق ، ص. 588.

¹⁷⁴ - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص. 256.

¹⁷⁵ - أنظر ، حامد أحمد محمد حسن ، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي ، ط. 1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، 2011 ، ص. 328 ؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج. 5 ، ط. 2 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003 ، ص. 177.

¹⁷⁶ - حامد أحمد محمد حسن ، المرجع السابق ، ص. 329.

¹⁷⁷ - أنظر ، حافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، المجلد 12 ، ط. 1 ، المرجع السابق ، ص. 276.

كما استدل الجمهور بعدة آثار وردت عن الصحابة رضي الله عنهم ، و من بينها ما جاء عن زيد بن ثابت رضي الله عنه حيث قال في نفقة الصغير: " إذا كان أم و عم فعلى الأم النفقة بقدر ميراثها و على العم بقدر ميراثه"¹⁷⁸ ، و هذا دليل على أن النفقة واجبة على الأم لصغيرها .

أما بالنسبة للمعقول، فقد استدل الفقه بعدة أمور من أهمها:

1- هو أن النفقة تجب بالولادة، فما دام الأب ملزم بالنفقة على أساس الولادة فمن باب أولى أن تلزم الأم بها، لأن ولادتها قطعية كما قلنا.

2- كما أن الابن يتحمل نفقة أمه المعسرة، و من ثمّ وجب على الأم هي كذلك النفقة على الابن¹⁷⁹ .

3 - إضافة إلى ذلك الأم تشبه الأب باعتبارها من جهة أحد الوالدين، و من جهة أخرى هي كذلك علاقتها مع أبنائها توجب لها رد الشهادة و وجوب العتق .

و عليه ، إن أعسر الأب ولم يكن له مال وجبت النفقة على الأم بل و لا ترجع بها عليه إذا أيسر¹⁸⁰ .

و المشرع الجزائري حسب اعتقادنا قد أخذ برأي الجمهور لعدة أسباب من بينها :

- 1- أن وجوب النفقة على الأم سوف يحقق حماية للقاصر، باعتبارها أشفق على الابن من غيرها.
- 2 - أنه بذلك يحقق المساواة بين الرجل و المرأة، فما دام الأب ملزم بالنفقة فهي كذلك ملزمة، لكن بشكل أخف و ذلك متمثل في عجز الأب.

¹⁷⁸ - أنظر ، ابن أبي شيبة ، الأثر في المصنف ، ج.8 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، د.س.ن ، ص.256.

¹⁷⁹ - أنظر ، أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه و هو شرح مختصر

المزني ، ج . 11 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1994 ، ص.479.

¹⁸⁰ - ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.257.

3 - هو أن الرأي المخالف للجمهور أدلته غير كافية و غير مقنعة ، ومن بين المذاهب التي خالفت الجمهور هناك الظاهرية¹⁸¹ و المالكية¹⁸² ، و قد استدلوا ذلك من الكتاب و السنة .

فمن الكتاب استدلوا بقوله تعالى: " وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ " ¹⁸³، و فسروا هذه الآية على أن الله تعالى أوجب النفقة على المولود له و هو الأب أما الأم فهي غير معنية بالنفقة ، كذلك استدلوا بقوله تعالى: " الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ " ¹⁸⁴ و قوامه الرجال على النساء هو أن يقوموا بالنفقة عليهن فليس للنساء دخل في النفقة ¹⁸⁵ ، و إذا توفي الأب أو أعسر بالنفقة فنفقة الابن على الوارث من الرجال و ليس على الأم بشيء ¹⁸⁶ .

أما من السنة الشريفة، فقد استدل المالكية بعدة أحاديث من بينها حديث أم سلمة السابق ذكره، فقالوا أن هذا الحديث دليل على أن الأم غير ملزمة بالنفقة على أبنائها، لأنه لو كانت واجبة عليها لما أعطى الرسول عليه الصلاة و السلام لأم سلمة الأجر و لو كان بين وجوبها. ¹⁸⁷

كذلك استدلوا بالحديث الشريف للرسول عليه الصلاة و السلام الذي قاله لهند زوج أبي سفيان: " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف " ¹⁸⁸ ، فقالوا حول هذا الحديث أنه لو كانت النفقة واجبة على الأم، لما كان النبي عليه الصلاة و السلام قد أذن لهند بالأخذ من مال زوجها و بغير علمه .

¹⁸¹ - ابن حزم ، المحلى ، المرجع السابق ، ص.101.

¹⁸² - حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.305.

¹⁸³ - الآية 233 من سورة البقرة .

¹⁸⁴ - الآية 34 من سورة النساء .

¹⁸⁵ - أنظر ، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج .3 ، دار عالم الكتب ، السعودية ، د.س.ن ، ص.168.

¹⁸⁶ - حامد أحمد محمد حسن ، المرجع السابق ، ص.332.

¹⁸⁷ - حامد أحمد محمد حسن ، المرجع السابق ، ص.332 .

¹⁸⁸ - أنظر ، الهامش رقم 3 ، ص.2 .

أما بالنسبة للمعقول، فقالوا بأن النفقة تجب على عصبة الأبناء و الأم ليست عصبة، فلا تجب النفقة عليها¹⁸⁹.

هذا بالنسبة للأبوين اللذان يلتزمان بالنفقة على أبنائهما لأنهما أشفق على القاصر من غيرهم، لكن في حالة عدم وجودهما ينتقل واجب النفقة على باقي الأقارب.

الفرع الثاني

الأقارب

نصت على نفقة الأقارب المادة 77 ق.أ و ذلك بقولها: " تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث ".¹⁹⁰

هذه المادة و إن كانت تحقق حماية للقاصر، بحيث لم تتركه بدون نفقة في حالة عدم وجود الأب و الأم أو في حالة عدم قدرتهم على النفقة، إلا أنها غير كافية و غير دقيقة لعدة أسباب.

أولا لأن وجوب النفقة بين الأصول و الفروع لا يتوقف على استحقاق الإرث، في حالة انفراد أحد الأصول و ذلك باتفاق جمهور الفقهاء،¹⁹⁰ ما عدا المالكية الذين يوجبون النفقة فقط على الأب.¹⁹¹

¹⁸⁹ - و قد رد الجمهور على المالكية بأن المولود له ليس الأب لوحده بل الأم كذلك كما أن الآية الثانية التي جاء بها المالكية تدخل ضمن نفقات الزوجات و ليس نفقات الأبناء أما بالنسبة لحديث أم سلمة عندما أوجب لها النبي عليه الصلاة و السلام الأجر فهذا لا ينفي وجوب النفقة عليها حتى لا يترك الأبناء بدون عائل ، و بخصوص حديث هند يفيد سقوط النفقة على الأم في حياة الأب و حين يساره أما إذا توفي أو أعسر فتجب النفقة عليها ؛ حامد أحمد محمد حسن ، المرجع السابق ، ص.335-336.

¹⁹⁰ - و هم كل من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية ؛ عواطف تحسين عبد الله البقري ، أحكام الجنين و الطفل في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه و الأصول ، جامعة أم القرى ، السعودية ، 1990 ، ص.476.

¹⁹¹ - حيث يرى المالكية بأن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة المباشرة فقط ، و تجب النفقة فقط على الأب دون الأم و هذا المذهب هو أضحيق المذاهب في تحديد القرابة الموجبة للنفقة ، و حججهم في ذلك قوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة السابقة الذكر ، و كذلك قول الرسول عليه الصلاة و السلام لهند السابق ذكره أيضا ، بالإضافة إلى حديث الرسول عليه الصلاة و السلام عندما قال لرجل سأله : عندي دينار ؟ قال:"أنفقه على

ثانياً أن المشرع لم يتكلم في حالة ما إذا كان الأصول غير وارثين كلهم، فما مصير القاصر في هذه الحالة، هل يبقى بدون نفقة مع وجود أصول موسرين؟، هذا الأمر فصل فيه المذهب الحنفي¹⁹²، كذلك في إطار النقد، ما المقصود بدرجة القرابة في الإرث لأننا نعلم أن الميراث إما فرض أو عسبة أو ذوي الأرحام و ليس درجات.

نرجع إلى المادة 77 ق.أ هذه المادة أخذ المشرع فيها بالمذهب الشافعي، و هذا المذهب أوجب نفقة الولد عند عدم وجود الأب أو إعساره على الجد الموسر، فإن كان للولد أجداد و جدات فإن النفقة تجب على الأقرب، و لا تجب النفقة عندهم على غير الأصول و الفروع ، و بالتالي لا تجب على سائر الأقارب كالعم و العمة و الأخ و الأخت.

نفسك ، قال عندي آخر ؟ قال : أنفقه على أهلك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على ولدك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنفقه على خادمك ، قال : عندي آخر ؟ قال : أنت أعلم به " فما دام أن النبي في هذا الحديث لم يأمره بالنفقة على غير هؤلاء فهي غير ملزمة على غيرهم ؛ عبد المجيد محمود مطلوب ، المرجع السابق ، ص.43 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج .10 ، المرجع السابق ، ص.7416.

¹⁹² - حيث يرى الحنفية في حالة عدم وجود الأب أو في حالة إعساره تكون نفقة الابن على من يوجد من أصوله ذكراً كان أو أنثى ، فإذا كان الموجود من الأصول غير الأب واحدا ، كانت عليه نفقة فروعها ، أما إذا كان الموجود من الأصول أكثر من واحد ففي المسألة 3 حلول :

1- أن يكون أصول الصغير كلهم وارثين و في هذه الحالة تكون النفقة موزعة عليهم بقدر سهامهم في الميراث ، و لا اعتبار في هذه الحالة بدرجة القرابة سواء كانوا متساوين أو مختلفين في الدرجة فمثلاً لو كان للقاصر طالب النفقة جد صحيح و جدة لأم و جبت النفقة على الجدة لأم بمقدار السدس ، و على الجد الباقي لأنه يرث الباقي تعصياً بعد الجدة لأم و ذلك لقوله تعالى: " عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ " و السبب يجعل النفقة حسب مقدار الإرث هو أن الوارث ما دام له غنيمة الإرث عليه غرم النفقة

2- أن يكون أصول الصغير غير وارثين و هنا نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى: أن يتساوى الأصول الموجودون في درجة القرابة ، و في هذه الحالة تكون النفقة على الأصول بالتساوي .

الحالة الثانية: أن يختلف الأصول في درجة القرابة ، و في هذه الحالة يقدم الأقرب في الدرجة .

3- أن يكون الأصول بعضهم وارثين و البعض الآخر لا يرث ، في هذه الفرضية تكون النفقة على الأصل الأقرب للفرع طالب النفقة ، و لو كان هذا الأصل غير وارث و مثال على ذلك أن يكون الموجود من الأصول جد للصغير من ناحية أمه أي أب الأم و جد الأب - أي أبو أب الأب - فالنفقة هنا تكون على الجد لأم لأنه أقرب للفرع و لو كان هذا الجد غير وارث و لا تجب بذلك النفقة على جد الأب حتى و لو كان وارثاً باعتباره من العصباء .

أما إذا تساوى الأصول في القرابة تكون النفقة على الوارث منهم دون غيره ، فإذا كان هناك جد لأب و جد لأم كانت النفقة على الجد لأب لأنه الوارث دون الجد الأم وهو غير وارث ؛ أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع ... ، المرجع السابق ، ص.94-95 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.7 ، المرجع السابق ، ص.7416 ؛ إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم ، المرجع السابق ، ص.363 ؛ أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة ... ، المرجع السابق ، ص.333-334 ؛ أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2014 ، ص.166.

و اعتبر الشافعية الجد كالأب، و ذلك طبقا لقوله تعالى: " يَا بَنِي آدَمَ " ¹⁹³، فسمانا سبحانه و تعالى أبناء و سمي آدم أب ، و بما أن الجد يقوم مقام الأب في الولاية ، و هو من العصبه فإنه يجب أن يقوم الجد مقام الأب في الالتزام بنفقة الولد .

و هذا ما ذهب إليه القضاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 21 أبريل 1998¹⁹⁴: "... و من ثمّ فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد و هو بمنزلة والده المتوفى كما تجب عليه النفقة يكون له أيضا حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة ، فإن القضاة بقضائهم طبقوا صحيح القانون ... "

كما أن المشرع أخذ بالمذهب الحنبلي فيما يخص الإرث ، و الذي يعتبر القرابة الموجبة للنفقة، هي القرابة التي يكون فيها القريب وارثا لقريبه¹⁹⁵ المحتاج بالفرض أو التعصيب ، غير أنه لا يحصرها

بين الأصول و الفروع، بل يدخل سائر الأقارب سواء كانوا محارم أو غير محارم¹⁹⁶.

غير أن هذه النفقة التي تفرض على القريب مقيدة بشرط، و هو أن تكون حسب القدرة و الاحتياج طبقا للمادة 77 ق.أ، و هذا ما ذهب إليه كذلك قضاء المحكمة العليا بتاريخ 21 فبراير 2001 ، حيث رفض إلزام الجد بالنفقة لعدم تحقق الشروط الواردة في المادة 77 ق.أ و جاء في القرار: " حيث أن القرار المطعون فيه على ما هو ظاهر من الحثيات قد استند في فرض النفقة على الجد لأب إلى ما توجبه المادة 77 ق.أ دون أن يتحقق من أن مرتب معاشه يكفيه طالما أن نفقة الأصول على الفروع تفرض حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث..."¹⁹⁷.

¹⁹³ - الآية 26 من سورة الأعراف .

¹⁹⁴ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 1998/04/21 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، 2001 ، ع. خاص ، ص.192.

¹⁹⁵ - أنظر ، عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط. 3 ، دار هومه ، الجزائر ، 1996 ، ص.226.

¹⁹⁶ - مأمون محمد أبو سيف ، المرجع السابق ، ص.227.

¹⁹⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2001/02/21 ، ملف رقم 259422 ، م.م.ع ، 2004 ، ع.2 ، ص.337.

لكن السؤال الذي قد يطرح، هو في حالة عدم وجود أصول للقاصر من سينفق عليه، خاصة و أن المشرع قد حصر نفقة الأقارب بين الأصول و الفروع؟

في هذه الحالة كان من المستحسن حتى نتفادى هذا الفراغ التشريعي، لو أن المشرع أخذ بالمذهب الحنبلي بكامله ، لأنه يوسع من نفقة الأقارب بالمقارنة مع المذاهب الأخرى ، أو جعل نفقة القاصر على بيت المال المسلمين¹⁹⁸ لكون وظيفة هذا الأخير، تتجلى في رعاية المحتاجين والعجزة و المرضى، و هو ما يسمى في وقتنا الحاضر بالـخزينة العمومية¹⁹⁹.

هذا بالنسبة لحماية القاصر من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة ، لكن ما هي الحماية المقررة للقاصر فيما يتعلق بتقدير النفقة و سقوطها ؟

المطلب الثالث

حماية القاصر من خلال تقدير و سقوط النفقة

تعتبر النفقة من الحقوق المهمة و المشروعة التي تثبت للقاصر بعد ولادته بل حتى و هو جنين، فهو لا يستطيع الاستغناء عنها، ما دام توفرت فيه جميع الشروط المذكورة سابقا.

لذلك يعتبر تقدير النفقة و علاقتها بالقاصر مهما في إلزام رب الأسرة بالإنفاق عليه، و إلا تعرض للعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات (الفرع الأول)، غير أنه قد تطرأ أسباب قد تجعل الالتزام بدفعها يسقط (الفرع الثاني).

¹⁹⁸ - أما القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية فقد نص في المادة 51 من الفصل الخاص بالنفقة على هذا الأمر على أنه: "يجب سد رمق المضطر على من عنده فضل من أقاربه و إلا فعلى بيت المال أو من يقوم مقامه".

¹⁹⁹ - مبروكة غضبان ، المرجع السابق ، ص.79.

الفرع الأول

حماية القاصر من خلال تقدير النفقة

إن النفقة كما سبق الإشارة إليها تشمل النفقة و الكسوة و العلاج و المسكن و أجرته، و كل ما يلزم من أجل العيش حسب العرف و العادة.

و هذه النفقة قد تقوم من قبل الملتزم بها دون الحاجة إلى أن تطلب منه ، و قد تقوم من قبل القضاء في حالة اللجوء إليه (أولا)، مع مراعاة حال الملتزم بها (ثانيا) .

غير أنه ليس للقاضي أن يعدل هذه النفقة إلا بعد مضي سنة من الحكم حسب المادة 79 ق.أ، و استحقاقها يكون من يوم رفع الدعوى مع عدم نسيان الاستثناء (ثالثا) .

أولا : كيفية تقدير النفقة

المشروع الجزائري لم يتكلم عن طرق أو كيفيات تقدير النفقة بصيغة واضحة و صريحة تسهل الأمر

على القاضي ، غير أن العرف و القضاء استقر على أن تقدير النفقة يتم بطريقتين و هما :

الطريقة الأولى: و هي أن يقوم الملتزم بالنفقة بالإنفاق عن طريق ما يحضره من طعام و كسوة و علاج و غيرها ، فيكون مستحق النفقة قد استوفى حقه منها بهذه الطريقة، و هي الطريقة الشائعة و الغالبة في حالة عدم وجود نزاع.²⁰⁰

الطريقة الثانية: و هي أن يفرض على الملتزم بالنفقة مبلغ معين يعطيه لمستحقيها، يتولى من عنده القاصر بالإنفاق عليه منها سواء كان هذا الفرض بالتراضي أو بقضاء القاضي.

²⁰⁰ - أوريدة بوترفة ، المرجع السابق ، ص.63.

و هذه النفقة قد تكون يومية أو أسبوعية أو شهرية، بحسب الحالة التي يكون عليها إيراد الملتزم بالنفقة ، فإن كان عاملا باليومية قدرت النفقة يوميا، و إن كان يأخذ مرتبه أسبوعيا كانت النفقة أسبوعية، و إن كان من أصحاب المرتبات الشهرية كانت النفقة شهرية تيسيرا على الملتزم بها.²⁰¹

و تجري المحاكم غالبا على فرض نفقة شهرية شاملة لكل أنواع النفقة، من طعام و كسوة و علاج ما عدا السكن أو أجرته،²⁰² و هذا يحقق مصلحة و حماية لكلا الطرفين.

هذا ما يتعلق بتقدير النفقة التي تقوم بها المحكمة ، لكن على أي أساس يقوم القاضي بتقدير النفقة؟

ثانيا : أساس تقدير النفقة

تنص المادة 79 من قانون الأسرة على ما يلي: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع قبل مضي سنة من الحكم"²⁰³.

هذه المادة و إن كانت تحدد معايير النفقة بين الزوجين ، إلا أنه يمكن الاعتماد عليها لتقدير نفقة القاصر²⁰⁴ ، و عليه يلتزم الأب بنفقة أولاده بقدر يساره²⁰⁵ ، و بما يكفل للأولاد العيش في المستوى الملائم بأمثالهم ، و هذا يتفق مع قوله تعالى: " لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ"²⁰⁶ ، فإذا كانت نفقة الأولاد على غير الأب كالجدة و غيره، فإنها تكون بقدر كفايتهم في حدود يسار الملتزم بالنفقة²⁰⁷.

²⁰¹ - أوريدة بوترفة ، نفس المرجع.

²⁰² - أنظر ، القرار السابق ذكره ، بتاريخ 1989/11/07 تحت رقم 51596 في الفرع الثاني من المطلب الأول من هذا الفصل ، ص.31.

²⁰³ - كما تنص على ذلك المادة 48 من القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية: " يراعى تقدير النفقة سعة المنفق ، وحال المنفق عليه ، و الوضع الاقتصادي زمانا و مكانا " .

²⁰⁴ - أنظر ، بلحاج العربي ، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، ج. 2 ، ط. 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996 ، ص.3387.

²⁰⁵ - Cf . J . P . BROUILLAUD , op . cit , p.135.

²⁰⁶ - الآية 7 من سورة الطلاق .

²⁰⁷ - أحمد إبراهيم عطية ، المرجع السابق ، ص.66.

و قد أحسن المشرع عندما أعطى للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير المبلغ المطلوب للنفقة،
و لم يقيد به بشيء إلا مراعاة أساسين؛ و هما مراعاة حال كل من الطرفين، أي حال طالب النفقة
و حال المطالب بالنفقة، و الأساس الثاني و هو مراعاة ظروف المعيشة و غلاء الأسعار .

فإذا كانوا ميسورين ووجبت لمستحقيها نفقة اليسار ، و إذا كانوا معسرين ووجبت نفقة الإعسار،
و إن كان أحدهما موسرا و الآخر معسرا ووجبت نفقة الوسط بين اليسار و الإعسار ، إلا أنه إذا كان
الملزم بها معسرا يؤدي ما في وسعه²⁰⁸.

و قد أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 15 ديسمبر 1980، على أن تقدير
النفقة موكول لرأي القاضي، على أساس إمكانيات الزوج المادية و الاجتماعية، بعد مراعاة العادة
و العرف و الأسعار الجارية في البلاد²⁰⁹، و هذا ما جاء كذلك في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ
16 أبريل 1979 و الذي نقض قرار مجلس قضاء الجزائر بسبب فرض النفقة على الزوج دون مراعاة
الوضعية المادية و الاجتماعية له حيث جاء فيه: " إن عدم الاطلاع على الوضعية المادية
و الاجتماعية للزوج و على مرتبه الشهري و إغفال ذكر السندات التي اعتمد عليها في تقدير مبلغ
النفقة، كل ذلك يجعل القرار مستوجب النقض"²¹⁰.

كما أنه إذا كانت مراعاة حال الشخص الملزم بالنفقة و حالة الأسعار أمر واجب عند فرض
النفقة، لكي لا يضار أحد الطرفين أو كلاهما، فإنه يجب مراعاة ذلك عند التغيير الطارئ على
أحدهما. لأن الأسس التي اعتمد عليها القاضي عند تقديره للنفقة غير ثابتة، بل هي متغيرة بتغيير
ظروف المجتمع و متطلبات الحياة. مما يترتب عنه تغيير في المستوى المعيشي مما يتطلب مراجعتها،
شريطة أن يكون قد انقضى عام كامل من تاريخ الحكم بالنفقة، و بموجب طلب يقدم إلى نفس
الجهة القضائية التي أصدرت الحكم.²¹¹

²⁰⁸ - أنظر ، زكريا البري ، الأحكام الإسلامية للأسرة الإسلامية ، منشأة المعارف ، مصر ، 1985 ، ص.139.

²⁰⁹ - العربي بلحاج ، أبحاث و مذكرات ... ، المرجع السابق ، ص.139.

²¹⁰ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 16/04/1979 ، ملف رقم 19287 ، نشرة القضاة ، 1981 ، ع.2 ، ص.108.

²¹¹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.83.

و هذا ما استقر عليه القضاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23 أفريل 1996، و الذي مفاده أنه: " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة إلا بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة و النفقات بصفة عامة، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه يخرق القانون ليس في محله .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 27 سبتمبر 1988 و مراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها من مصاريف المعيشة و المدرسة و أجرة السكن ، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون²¹².

هذا جل ما يمكن أن يقال عن الأساس الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير النفقة ، لكن هذا لا يكفي إذ لا بد من تحديد تاريخ محدد لاستحقاق النفقة ، و هذا ما سنراه في النقطة الموالية.

ثالثا: تاريخ استحقاق النفقة

تنص المادة 80 من قانون الأسرة على أنه : " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى "

و من ثم ، فإن تاريخ بداية استحقاق النفقة يكون من تاريخ تسجيل الدعوى في كتابة الضبط بالمحكمة. و في حالة تقديم بينة للقاضي بعدم النفقة، فإن القاضي يحكم بها بأثر رجعي إلى ما قبل رفع الدعوى لمدة لا تتجاوز السنة ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها لكن كلها متعلقة بنفقة الزوجة²¹³.

²¹² - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1996/04/23 ، ملف رقم 136604 ، م.ق ، 1997 ، ع.2 ، ص.89 ؛ نبيل صقر ، قانون الأسرة نسا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 ، ص.280.

²¹³ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1989/12/25 ، ملف رقم 57506 ، م.ق ، 1991 ، ع.3 ، ص.65 ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1990/04/16 ، ملف رقم 59967 ، قرار غير منشور ، مقتبس عن: العربي بلحاج ، قانون الأسرة ... المرجع السابق ، ص.154.

و نظرا لأهمية النفقة بالنسبة للقاصر خاصة ، فقد جعلها المشرع مشمولة بالنفذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف في المادة 323 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاء فيها: " يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يتوقف بسبب ممارسته . باستثناء الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون ، يؤمر بالنفذ المعجل ، رغم المعارضة أو الاستئناف، عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به ، أو في مادة النفقة أو منح مسكن الزوجية لمن أسندت له الحضانة"²¹⁴، فبمجرد استخراج نسخة من الحكم و تبليغها إلى المحكوم عليه يكون ملزم بالتنفيذ.

هذا بالنسبة لدعوى النفقة ، أما عن دعوى مراجعة النفقة، و ما إذا كانت مشمولة بالنفذ المعجل أم لا، في هذه الحالة ظهر رأيين :

الرأي الأول: الذي يقول بعدم الحكم بالمراجعة مع النفاذ المعجل لعدم توافر عنصر الاستعجال، و لكون النفقة مضمونة بالحكم محل المراجعة، ذلك أنها تسري من يوم النطق بالحكم.

الرأي الثاني : الذي يقول بالحكم بالمراجعة مع النفاذ المعجل إذا طلبه الخصوم، فما دام المراجعة متعلقة بالنفقة فسوف تأخذ نفس الحكم ، كما أن الحكم الذي سينفذ هو الحكم الجديد الخاص بمراجعة النفقة²¹⁵، و نحن نرجح بحق الرأي الثاني لما فيه حماية للقاصر .

و رغم ما جاء به المشرع من أجل حماية الطرف الضعيف، إلا أنه من الناحية العملية هذه النفقة غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة القاصر و تربيته و تعليمه، ففي محكمة سيدي بلعباس مثلا صدر أمر استعجالي حول النفقة المؤقتة للأم و أبنائها تقدر ب 3000 دج الخاصة

²¹⁴ - أنظر ، قانون رقم 09.08 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر.ع.

21 ، الصادر في 23 أبريل 2008.

²¹⁵ - دلال قندوز ، المرجع السابق ، ص.118.

بالنفقة الغذائية شهريا و 3000 دج الخاصة بالإيجار شهريا و نحن نعلم أن الإيجار أكثر من هذا المبلغ²¹⁶.

فهذه النفقة في الحقيقة لا تعتبر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر²¹⁷، و رغم أهمية النفقة إلا أنها غير دائمة، لأنها قد تسقط لأي سبب من الأسباب، فهل بسقوطها حماية للقاصر؟

الفرع الثاني

حماية القاصر من خلال سقوط النفقة

إن الالتزام بالإنفاق على القاصر يخضع لشروط سبق شرحها، إلا أنه لا يلتزم بهذه النفقة بصفة دائمة، إنما تسقط بعدة أسباب منها ما هو متعلق بالقاصر كموته²¹⁸ أو يسره²¹⁹ أو بلوغ الذكر²²⁰ سن الرشد و زواج الأنتى²²¹. و منها ما هو متعلق بالمنفق كوفاته أو إعساره، فوفاة الملتزم بها يؤدي إلى سقوط النفقة عليه و انتقالها إلى من يليه .

²¹⁶ - أنظر ، الملحق رقم 1.

²¹⁷ - أنظر ، نسرين إيناس بن عصمان، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008-2009 ، ص.118.

²¹⁸ - بحيث تعتبر الوفاة من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط نفقة الصغير بصورة تامة، و هو أمر طبيعي لأن النفقة إنما تجب لسد حاجة الصغير ، و هذه الحاجة تنتهي بموته. و عليه لا يكون لورثة الصغير المطالبة بنفقتة بعد موته، لكن مع ذلك هناك استثناء يتمثل بالحالة التي يصدر فيها حكم قضائي بفرض النفقة على المسؤول عنها ، إذ تصبح النفقة في مثل هذه الحالة ديناً بمجرد صدور هذا الحكم ، و من ثم يكون لورثة الصغير الرجوع بنفقة المفروضة قبل موته على من فرضت عليه هذه النفقة. و إذا كانت حاضنة الصغير سواء كانت الأم أم غيرها قد قبضت نفقة للصغير لمدة مستقبلية فمات هذا الأخير، كان لمن التزم بدفع النفقة أن يرجع على القابض بما دفعه ؛ حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.318-319.

²¹⁹ - و قد تكلمنا عن هذا الأمر، في الفرع الأول المعنون بحماية القاصر من خلال شروط النفقة من المطلب الأول من هذا المبحث. و قلنا أن الأصل في نفقة القاصر تكون من ماله إن كان له مال، أما إذا لم يكن له مال ووجب نفقته على من هو ملزم بها، و قد نصت على ذلك المادة 75 من قانون الأسرة السابق ذكره .

لكن هناك استثناء، و هو يتمثل في حالة صدور حكم قضائي قبل وفاة الملتزم بالاستدانة لدفع النفقة للصغير، فإن النفقة في مثل هذه الحالة تصبح ديناً ثابتاً، و يستطيع صاحب الحق فيها أن يطالب بدفعها من تركته بعد وفاته²²².

لأن دين النفقة يعتبر من الديون الممتازة، التي تقسم و تعطى لأصحابها قبل استيفاء الورثة حقوقهم، و هذا ما تنص عليه المادة 993 من القانون المدني و التي جاء فيها: " يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول و عقار:

- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة ."²²³

غير أن هذه الأمور لا تطرح إشكال فيما يتعلق بحماية القاصر ، بل المشكل في حالة ما إذا ضاعت هذه النفقة هل تسقط النفقة أم لا و في حالة سقوطها هل ذلك يحقق حماية للقاصر (أولاً) و نفس الشيء يذكر بالنسبة للإبراء من النفقة (ثانياً).

²²⁰- و عليه تسقط نفقة القاصر عن الشخص الذي وجبت عليه ببلوغ القاصر سن الرشد، بحيث يستطيع فيه الكسب من عمله و الإنفاق على نفسه. و هناك من يعتبر حتى الأنتى تسقط عنها النفقة إذا كان لها كسب، كالإمام ابن عابدين ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1998/04/21 و التي جاء فيها: " من المقرر قانوناً أنه تسقط النفقة على الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب . و متى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما لم يتحققوا من صحة أو عدم صحة الدفع المثار من طرف الطاعن فيما يخص ممارسة البنات لحرفة الحياطة و النسيج و خاصة و أن الطاعن متقدم في السن و يعاني من أمراض مزمنة . فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ."; المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1998/04/21 ، ملف رقم 189258 ، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، 2001 ، ص.200 ؛ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.223 .

²²¹- و هذا تكلمت عنه كذلك المادة 75 من قانون الأسرة.

²²²- حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.325.

²²³- و قد وردت المادة 993 من القانون المدني في القسم الثاني المعنون بحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ضمن الفصل الثاني المعنون بأنواع الحقوق الممتازة، و جاء في النص كاملاً: " يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول و عقار :

- المبالغ المستحقة للخدم ، و الكتبة ، و العمال و كل أجير آخر ، من أجرهم و رواتبهم من أي نوع كان عن الأثني عشر شهراً الأخيرة،

- المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين و لمن يعوله من مآكل و ملابس في الستة الأشهر الأخيرة،

- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الست الأخيرة.

- و تستوفي هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية و المبالغ المستحقة للخزينة العامة و مصاريف الحفظ و الترميم، أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها " .

أولاً : ضياع النفقة

المقصود بها أن يكون الملزم بالنفقة قد أداه ، غير أنها فقدت أي ضاعت لأي سبب من الأسباب، في هذه الحالة لا بد أن نفرق بين أمرين :

الأمر الأول : هو إذا كانت هذه النفقة عبارة عن أجر من الأجور، التي تؤدي مقابل القيام بعمل للصغير كأجر الرضاع و الحضانه . ففي هذه الحالة تسقط النفقة، و لا يمكن الرجوع بها على الملزم بالنفقة و المطالبة بأدائها ، مادام من جهة أن صاحب الأجر قادر على القيام بالعمل، و من جهة أخرى سقوطها لن يؤثر في حماية القاصر .

أما الأمر الثاني : فهو ما إذا كانت هذه النفقة خاصة بالقاصر لفقره و لحاجته إليها، فهنا في هذه الحالة لا تسقط النفقة ، و إذا ضاعت أو سرقت أو هلكت يجب على الملزم بها أن يقوم بأداء نفقة بديلة عن الأولى ، و ليس للملزم بالنفقة أن يدفع بسابقة أداء النفقة²²⁴ ، و هذا في الحقيقة يحقق حماية كاملة للقاصر .

هذا ما يتعلق بحماية القاصر من خلال سقوط النفقة بضياعها ، لكن هل الإبراء من نفقة القاصر فيه مصلحة للقاصر أم لا؟

ثانياً : الإبراء من نفقة القاصر

يرى الفقه بأن للأب أو الزوجة أن تبرئ الأب من نفقة القاصر نظير طلاقها ، بمعنى أن يكون هذا الإبراء عوضاً عن الطلاق ، لكن الفقه و ضع شرطين لكي يكون الإبراء صحيحاً :

أ - أن يكون الإبراء نظير الطلاق:

بمعنى أن يكون هناك إيجاب من طرف الزوجة بالإبراء، و قبول من طرف الزوج بالطلاق.²²⁵

²²⁴ - أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع ... ، المرجع السابق ، ص.96-99.

ب - أن يكون الإبراء من النفقة محدد بوقت:

أي عند الإبراء يتم تحديد المدة التي تستطيع الأم أن تتحمل فيها النفقة ، و السبب في ذلك هو أن النفقة قد يحتاجها القاصر لمدة طويلة ، و إطلاق الإبراء بدون ذكر المدة فيه ضرر للقاصر خاصة في حالة إعسار الأم .

و من ثمّ، إذا كان هناك تجهيل للمدة، فلأم رغم قبولها بذلك لها الحق في المطالبة بنفقة أولادها عند إعسارها، و يرى المالكية بأن الطلاق في هذه الحالة يقع لكن التزام الأم يُبطل.²²⁶

أما بالنسبة للقضاء في الجزائر، فقد حسم الأمر في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2004/01/21²²⁷ و عللت قرارها: " ... يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال و لما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، و من ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد ، و لما كان القرار أقيم قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون و شابه قصور في التسيب و عليه فإن هذين الوجهين يكونان على أساس و يتعين معه نقض القرار دون إحالة ..."

هذا بالنسبة للحق المالي الأول المتعلق بالنفقة، لكن هناك حقوق أخرى لا تقل عن النفقة في أهميتها تستلزم الحماية، كالميراث و الوصية و الهبة و الوقف .

²²⁵ - أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع ... ، ص.103.

²²⁶ - أنظر ، الموقع : www.startimes.com=26479086

²²⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2004/01/21 ، ملف رقم 311458 ، م.م.ع ، 2004 ، ع. 2 ، ص.381.

المبحث الثاني

حماية حق القاصر في التملك

إن حق التملك يعتبر من الحقوق العامة لكل فرد، و هو يندرج تحت مبدأ دستوري المتمثل ضمن الحريات العامة، بحيث لكل شخص حق التملك، و الذي تنص عليه صراحة المادة 52 من دستور 1996 على أنه: " الملكية الخاصة مضمونة".

إذ يجيز هذا الحق لصاحبه، في أن يملك أموال بقوة القانون و يعتبر الدستور ضامنا له،²²⁸ سواء كان هذا الشخص رجلا أو امرأة، بالغا أو قاصراً.

²²⁸ - أنظر ، كمال بقداد ، الوصية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة جيلالي

اليابس ، سيدي بلعباس ، 1999 ، ص.1.

فالقاصر باعتباره شخص ضعيف لعدم بلوغه سن الرشد لا يتصور أن يملك أموال بالعمل،
و إنما إما عن طريق الميراث (المطلب الأول)، أو الوصية و الهبة (المطلب الثاني)، أو عن طريق
الوقف (المطلب الثالث).

المطلب الأول

حماية حق القاصر في الميراث

يعتبر الميراث من أهم المصادر التي يكتسب من خلالها القاصر أموالاً²²⁹، و المشرع الجزائري في
قانون الأسرة مثله مثل التشريعات الإسلامية الأخرى، لم يخرج في الميراث عما جاءت به الشريعة
الإسلامية،²³⁰ و التي توزع التركة للمتوفى بحسب القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة.

و يعرف الميراث،²³¹ بأنه خلافة عن ميت حقيقة أو حكماً في ماله، بسبب زوجية أو قرابة
أو أولاد و بدون مانع شرعي²³². لكن حتى يتم التوارث يجب أن تكون جميع الأركان متوفرة، و هي

²²⁹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.86.

²³⁰ - كمال لدرد ، مدى الحماية القانونية للطفل ...، المرجع السابق ، ص.55.

²³¹ - و الميراث لغة : هو مصدر لفعل " ورت " يرث إرثاً ميراثاً ، يقال ورث فلان أباه ، و يرث الشيء من أبيه ، فكل من الميراث و الإرث في الأصل
مصدر للفعل المذكور، و معناهما واحد و هو البقاء و انتقال الشيء من شخص لآخر. و هذا الميراث يستمد مصدره من القرآن و السنة ، فالقرآن
أعطى للميراث أهمية بالغة، إذا فصلها تفصيلاً يكاد كاملاً في العديد من آياته و من بينها قوله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا
حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمُوتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " و قوله كذلك في الآية 7 و 8 من سورة النساء: " لِلرِّجَالِ
نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَ الْأَقْرَبُونَ وَ لِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَ الْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا ، وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى
وَ الْيَتَامَى وَ الْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ."

و قوله في الآيات 11 و 12 و 176: " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَ إِنْ كَانَتْ
وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَ لَأَوْلَادِهِمْ لِلْأَبْوَاحِ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ
السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ءِآبَاؤُكُمْ وَ أَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَعْمًا فَارِضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا "، و قوله تعالى:
" وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُلِّ زَوْجَةٍ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ
يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَ إِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَالْأَلَةِ أَوْ امْرَأَةٌ وَهِيَ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ "
و قول جل جلاله: " يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ بَرٌّ لَهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ
كَانَتْ ابْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَ إِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَ نِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضَلُّوا وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ."

بداية من المورث و المقصود به الميت حقيقة أو حكما، و الوارث و هو الذي يستحق الإرث بأي سبب من الأسباب السابقة الذكر . و هو في هذا الموضوع القاصر و الحمل، بالإضافة إلى الركن الأخير و المتمثل في الموروث، و هو الذي يتركه المورث من مال و حقوق.²³³

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

الفرع الأول

الميراث عند وجود الأصل

يعتبر الميراث من أهم الأمور التي رحم بها الله سبحانه و تعالى عباده، و خاصة القاصر (أولا) و ذلك لقوله تعالى: " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ "،²³⁴ لكن هذا لا يعني أن الجنين محروم من الميراث بل حتى هو له الحق في ذلك (ثانيا) .

أولا : حق القاصر في الميراث

أما السنة النبوية الشريفة فقد جاء عن حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم " إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " ، و قوله أحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فالأولى رجل ذكر ... "، و قوله " من ترك مالا فلورثته " ... إلخ ؛ العربي بلحاج ، أحكام الميراث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ط.2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص.11-23-25.

²³² - محمود بن إبراهيم الخطيب ، المرجع السابق ، ص.7 ؛ العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2013 ، ص.221.

²³³ - عبد الجليل أحمد علي ، المرجع السابق ، ص.167.

²³⁴ - الآية 11 من سورة النساء .

إن انتقال الأموال من المورث إلى الورثة فرضا لازما ، و ليس للمورث أن يورث من يشاء ويحرم من يشاء²³⁵ ، أو يقسم ما يملكه على أبنائه الذكور و يحرم الإناث ، فالميراث حق للجميع سواء كان الوارث صغيرا أم كبيرا ، بارا أو عاقا .

لكن يبقى الشخص يتنوع نصيبه في الميراث بين كونه ذكرا أو أنثى،²³⁶ تطبيقا لقوله تعالى " يُوصِيكُم فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ..."²³⁷ ، فالذكر في هذه الحالة يأخذ أكثر من الأنثى²³⁸ . و السبب ليس ظلما للمرأة، و إنما لأن الذكر تتعدد مسؤولياته المالية اتجاه نفسه و اتجاه أسرته و أقاربه ، بخلاف المرأة التي أعفاها الإسلام من جميع هذه المسؤوليات، و جعل كفالتها على الرجل في جميع مراحل حياتها²³⁹ .

كما أن نصيب الأولاد يفوق نصيب الأبوين، بالرغم من أنهما في درجة واحدة من القرابة، ذلك أن حاجة الأولاد أكثر فكان العطاء لهم أكبر. كما أن الأولاد ذرية ضعيفة تستقبل الحياة خاصة إذا كانوا قصرا، على عكس الوالدين اللذان على الأغلب يكون لهما مال، حتى أنه ما يرثانه يؤول لأولادهما²⁴⁰ .

بالإضافة إلى ذلك، يجب التفرقة بين ميراث الولد الشرعي و الولد غير الشرعي، فالولد الشرعي ميراثه مقدر في القانون و الشريعة الإسلامية مع بقاء التفرقة بين الذكر و الأنثى. فالابن هو الفرع

²³⁵ - و هذا من مزايا الإسلام لأن في الجاهلية كان الميراث يقوم على ثلاثة أسباب و هي القرابة و الولاء أو المخالفة و التبني ، و أقواها القرابة ، إلا أن هذه الأخيرة لا تكفي بل يجب أن تتوفر فيها شروط و هي الذكورة و البلوغ و القدرة على القتال للدفاع عن القبيلة و بهذا كان القاصر لا يرث ؛ محمود بن إبراهيم الخطيب ، المرجع السابق ، ص.189 ؛ العربي بختي ، المرجع السابق ، ص.221.

²³⁶ - كمال لدرد ، مدى الحماية القانونية ... ، المرجع السابق ، ص.189.

²³⁷ - الآية 11 و 12 من سورة النساء .

²³⁸ - Cf. YAKOUT. A , La protection de l'enfant en droit algérien , R.A.S.J.E.P., 2003 , n°2 , p.78.

²³⁹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، 88-89.

²⁴⁰ - أنظر ، محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف ، فقه الأحوال الشخصية ، مؤسسة الوراق ، الأردن ، د.س.ن ، ص.227.

عصبة لأبيه الأصل، و العصبة هو الوارث بغير تقدير، و إذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو أكثر، و إن انفرد أخذ المال كله و إن استغرقت الفروض المال سقط²⁴¹.

و الابن هو كل ذكر من الأقارب ليس بينه و بين المتوفى أنثى، أي الابن و ابنه و الأب و أبوه و الأخ و ابنه إلا من الأم، و العم و ابنه و أقرب هؤلاء الابن ثم ابنه و إن نزل.²⁴²

أما البنت الصليية فهي البنت المباشرة للمتوفى الذي هو أبوها،²⁴³ فإذا كانت وحدها ترث النصف بطريق الفرض و ذلك إذا لم يكن معها ابن أو أبناء للمتوفى²⁴⁴.

و ترث البنيتين فأكثر الثلثين بالسوية فرضاً، إذا لم يكن معهن ابن أو أبناء المتوفى²⁴⁵، و ترث واحدة أو أكثر من البنات بالتعصيب إذا كان معهن ابن أو أبناء المتوفى، فيأخذ الابن مثل نصيب البنيتين²⁴⁶.

أما بخصوص الولد غير الشرعي سواء من زنا أو اللعان فله حكم مغاير للولد الشرعي من حيث النسب و الميراث، فبالنسبة لولد الزنا و هو الذي أتت به أمه من نكاح غير شرعي، فيكون نسبه من أمه ثابت لكن نسبه من أبيه منفي، و لا ميراث له من أبيه لانعدام سبب الميراث و الذي هو

²⁴¹ - حيث تنص المادة 150 ق.أ على ما يلي : " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند إنفراده ، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم ، إن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له".

²⁴² - أنظر ، عبد الكريم زيدان ، المفضل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، ج .11 ، ط.3 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1997، ص.318.

²⁴³ - أنظر ، عطاء الله فشار ، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، ط. 2 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ص.103.

²⁴⁴ - حيث تنص المادة 2/144 ق.أعلى ما يلي : " أصحاب النصف خمسة و هم: 2- البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكراً أو أنثى".

²⁴⁵ - حيث تنص المادة 1/147 ق.أ على ما يلي: " أصحاب الثلثين أربعة و هن: 1- بنتان فأكثر بشرط عدم وجود الإبن".

²⁴⁶ - حيث تنص المادة 155 ق.أ على ما يلي : " العاصب بغيره عو كل أنثى عصبتها ذكر و هي:

1- البنت مع أخيها ،

2- بنت الإبن مع أخيها ، أو إبن عمها المساوي لها في الدرجة أو إبن عمها الأسفل درجة بشرط أن لا ترث ،

3- الأخت الشقيقة مع أخيها الشقيق ،

4- الأخت لأب مع أخيها لأب.

و في كل هذه الأحوال ، يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين".

النسب²⁴⁷. و في هذا الخصوص جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17 ديسمبر 1984²⁴⁸: " من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح ، و أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ، و من ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش ، و لما كان كذلك ، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس و يستوجب الرفض.

إذا كان الثابت- في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 02 نوفمبر 1981 و أن البنت ازدادت يوم 06 جانفي 1982 أربع و ستين يوما من تاريخ الزواج ، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل ، و أن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن "

من خلال هذا القرار يتضح أن أي مولود ناتج عن علاقة جنسية خارج نطاق الزواج يعتبر غير شرعي و لا ينسب لأبيه حتى و لو تم الزواج بعد ذلك بين والدي القاصر .

أما بالنسبة لولد اللعان فهو من جاءت به أمه على فراش زوجية صحيح ، و نفاه الزوج و تمت الملاعنة أمام القاضي ، و حكم بنفي نسب الولد من أبيه و إلحاقه بأمه²⁴⁹ ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 23 أفريل 1991 على أنه²⁵⁰: " من المقرر شرعا و قانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد و يقع التحريم بين الزوجين، و من المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

²⁴⁷ - عطاء الله فشار ، المرجع السابق ، ص.218 ؛ مخلص الطروانة ، حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشرعية الإسلامية و التشريعات الأردنية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، 2003 ، ع. 2 ، ص.322.

²⁴⁸ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 17/12/1984 ، ملف رقم 35887 ، م.ق ، 1990 ، ع.1 ، ص.86.

²⁴⁹ - أنظر ، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الميراث و الوصية ، ط.3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004 ، ص.214.

²⁵⁰ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 23/04/1991 ، ملف رقم 69798 ، م.ق ، 1991 ، ع.1 ، ص.56.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الولد أزداد قبل ستة أشهر من بعد الزواج و أن اللعان الذي وقع من الزوج مطابقا للشريعة الإسلامية، فإن قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

و كذلك في قرار آخر لها بتاريخ 20 أكتوبر 1998²⁵¹ و الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤيا الزنا ...".

و من خلال هذه القرارات، يتضح أن ابن اللعان له نفس حكم ابن الزنا في عدم ثبوت نسبه من أبيه و بالتالي يمنع ابن اللعان من الميراث من جهة أبيه، و هو ما تنص عليه المادة 138 ق.أ: " يمنع من الإرث اللعان و الردة".

و يجب الإشارة ، بأن حماية حق القاصر في الميراث تكمن في أن الشريعة الإسلامية و تبعها في ذلك القانون، قد أعطت نصيب القاصر من ميراث الشخص المتوفى مساويا لنصيب الكبير ، بحيث لم تفرق بين الشخص البالغ و القاصر بل جعلت الأنصبة واحدة متى استحقها الورث و متى توافرت حالات و أسباب الإرث ، فالقاصر يبقى نصيبه محفوظا من قبل وليه أو وصيه أو القيم عليه إلى أن يبلغ سن الرشد²⁵².

و بالإضافة إلى القاصر هناك الجنين الذي له الحق في ميراث الشخص المتوفى ، و هذا ما سنراه في النقطة الموالية.

ثانيا : حق الحمل في الميراث

²⁵¹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 204821 ، 1998/10/20 ، م.ق ، 2001 ، ع. خاص ، ص.82.

²⁵² - خيرة العراقي ، المرجع السابق ، ص.121.

الحمل،²⁵³ و إن كانت حياته حياة مستقبلية، إلا أن الشريعة قد حفظت حقه من الميراث إذا مات له قريب و هو لا زال حملاً،²⁵⁴ و ذلك باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية²⁵⁵ و القانون.

لكن هذا الجنين لا بد أن تتوفر فيه شروط، و هو ما تنص عليه على التوالي كل من المادة 128 و المادة 134 من قانون الأسرة، فتتضمن المادة الأولى: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون :

- الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث.

- و عدم وجود مانع من الإرث " ، أما المادة الثانية فقد قررت ما يلي: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً ، و يعتبر حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة " .

و من هاتين المادتين نستشف الشروط التالية:

أ - ثبوت وجود الحمل:

و هذا يعني أن يكون الحمل موجوداً في بطن أمه أو خارجه كأطفال الأنايب وقت وفاة المورث بل أكثر من ذلك حتى النطفة في الرحم تجعل الجنين موجوداً، و هذا ما جاء في المبسوط للسرخسي حيث قال: " إن النطفة من جملة الورثة ما لم تفسد ، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل "256،

²⁵³ - يعرف الحمل لغة : بأنه مصدر حملت تحملاً حملاً ، و يقال للمرأة حامل و حاملة و منه قوله تعالى " وَ وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَ وَضَعَتْهُ كُرْهًا وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا " ، الآية 15 من سورة الأحقاف .

أما اصطلاحاً : فهو ما في بطن الأم من ولد ، ذكر كان أو أنثى ؛ عطاء الله فشار ، المرجع السابق ، ص.189.

²⁵⁴ - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص.147.

²⁵⁵ - أنظر ، عبد الحق منصوري ، حقوق الطفل الأساسية في ظل الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، ط.1 ، دار قرطبة ، الجزائر ، 2005 ، ص.58.

²⁵⁶ - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.30 ، المرجع السابق ، ص.51.

و كيفية معرفة ذلك تتم بولادته حيا في مدة الحمل المحددة في المادة 42 من ق.أ، و هي 6 أشهر كحد أدنى و 10 أشهر كحد أقصى²⁵⁷.

ب - ولادة الحمل حيا:

و هذا يعني أن ينفصل الجنين من بطن أمه و هو حي حتى يثبت له الحق في التملك ، و تعرف حياة الجنين بظهور أمارات الحياة كالصراخ أو العطس أو الرضاع أو نحوهما²⁵⁸، و هذا ما نصت عليه كل من المادة 134 ق.أ سابقة الذكر و المادة 25 من القانون المدني بنصها على أنه: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته .

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا " .

و قد أكد قضاء المحكمة العليا هو الآخر على لزوم ولادة الجنين حيا في قرار له بتاريخ 10 أكتوبر 1984 حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا ، و على هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية و اكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب ، خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا . و متى تحقق ذلك الشرط و ثبت في الدعوى دون أن يحضى من طرف القضاء بالاعتراف في الاستحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد ، فإن المجلس القضائي حين رفضه الطلب و قضائه بصرف الأم لما تراه مناسبا يكون قد أنكر حقا مكتسبا أقره القانون و من ثمة أخطأ في التطبيق مما يستوجب النقض"²⁵⁹.

و من خلال هذا القرار يتضح أن للجنين أهلية وجوب ناقصة لكونها متوقفة على ولادته حيا، بحيث تسمح له باكتساب بعض الحقوق المالية كالتعويض و الميراث و غيرها و هو لا يزال حملا .

²⁵⁷ - أنظر ، عيسى أمعيزة ، الحمل إرثه أحكامه و صورته المعاصرة بين الشريعة و القانون ، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، 2005 2006 ، ص.42-45 ؛ عبد الفتاح تقيّة ، الوجيز في الموارث و التركات ، ط. 3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص.180.

²⁵⁸ - العربي بلحاج ، أحكام الموارث ... ، المرجع السابق ، ص.228 ؛ خيرة العرابي ، المرجع السابق ، ص.117.

²⁵⁹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، 1984/10/10 ، ملف رقم 35511 ، م.ق ، 1989 ، ع.1 ، ص.53.

بالإضافة إلى ذلك و حفاظا على حق الحمل في الميراث، يرى المالكية أنه يجب أن يوقف توزيع التركة²⁶⁰، حتى تضع الأم حملها، ذلك لأن مدة الحمل معلومة، يمكن انتظاره فيها دون تصرف في التركة و قسمتها.

كما أن منح الورثة أموالا على أساس أنها ميراث لهم يجعلها عرضة للإتلاف و الاستهلاك، و قد يظهر أنها ليست من حقهم بعد مجيء ذلك الحمل، و هذا قد يضر بالمصلحة المالية للحمل .
بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة و ذلك منعا من إضرار الورثة، كما أن منع الإنسان من الانتفاع بملكه غير جائز²⁶¹، لكن جمهور الفقهاء قد اختلفوا في مقدار ما يوقف للحمل .

بحيث ذهب أبو حنيفة و بعض الشافعية إلى أنه يوقف للحمل نصيب أربعة بنين أو أربع بنات لأنه يتصور ولادة أربعة في بطن واحدة²⁶²، أما بعض الشافعية و محمد بن الحسن و الحنابلة فيرون بأنه يوقف للحمل ميراث اثنين لأنه هذا هو الغالب، و ما زاد عن اثنين نادر ، فيوقف الأكثر من إرث ذكرين أو ابنتين²⁶³. أما أبي يوسف صاحب أبي حنيفة فيرى بأنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد، و حتى لا يتصرف الورثة بما أخذوه من تركة يمكن أن يحتاط له بأخذ كفيل من الورثة يضمن الوفاء²⁶⁴.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيلاحظ حسب اعتقادنا أنه أخذ برأي الجمهور في نص المادة 173 ق.أ بحيث أجاز تقسيم التركة قبل ولادة القاصر و قد جاء فيها ما يلي: " يوقف من التركة للحمل

²⁶⁰ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.8 ، المرجع السابق ، ص.412 ؛ شهرزاد بوسطلة ، المرجع السابق ، ص.145.

²⁶¹ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.8 ، المرجع السابق ، ص.412.

²⁶² - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.30 ، المرجع السابق ، ص.52.

²⁶³ - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، ص.177.

²⁶⁴ - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.30 ، المرجع السابق ، ص.52 ؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.8 ، المرجع السابق ،

الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان ، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل و لا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

و طبقا لكل ما قلناه لا بد لتوريث القاصر إتباع الآتي:

1- البحث ما إذا كان للحمل الحق في الإرث من عدمه و مثال ذلك أن يموت رجل عن زوجة و جد و أم حامل من غير أبيه ، فالحمل هنا قد يكون أختا لأم أو أختا لأم و هو محجوب على التقديرين معا أي سواء كان ذكرا أو أنثى، و ذلك لوجود الجد الذي يرث الباقي بعد نصيب الزوجة و الذي هو الربع و نصيب الأم الذي هو الثلث²⁶⁵.

2- إذا تبين أن الجنين يرث من المورث ، فيتم توزيع التركة على فرض كونه ذكر مرة ، ثم على فرض كونه أنثى مرة أخرى و نرى ما إذا كان هناك اختلاف، و مثال ذلك أن يموت رجل عن زوجة و عم شقيق و زوجة أخ شقيق حامل، فترث الزوجة الربع أما الباقي فيحفظ حقه إلى وضع الحمل فإذا كان ذكرا (ابن أخ شقيق) ورت ما كان محفوظا و حجب العم ، و إن كان أنثى (بنت أخ شقيق) فيستأثر العم الشقيق بالنصيب المحفوظ و يحجب بنت الأخ الشقيق باعتبارها من ذوي الأرحام .

3- يختار للجنين أي النصيبين أوفر و يودع لدى شخص أمين يرده عند الحاجة فلو فرضنا بأن شخص توفي عن أب و أم و زوجة حامل ، فعلى فرض الذكورة يأخذ الأب السدس و الأم تأخذ السدس و الزوجة الثمن و الحمل (الابن) الباقي ، و أصل المسألة هنا هو 24 ، و عليه يكون للأب 4 من 24 و الأم 4 من 24 و الزوجة 3 من 24 و الابن 13 من 24.

و على فرض الأنوثة يأخذ الأب السدس بالإضافة إلى الباقي و الأم السدس و الزوجة الثمن و الحمل أي البنت النصف و عليه يكون أصل المسألة هو 24 و من ثم يكون للأم 4 من 24

²⁶⁵ - أنظر ، سعيد بويزري ، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،

و الزوجة 3 من 24 و البنت 12 من 24 و الجد يأخذ نصيبه و هو 4 من 24 و يضاف له الباقي بحيث يصبح له 5 من 24، و من ثمّ يحفظ للجنين أوفر النصيبين و هو في حالة الذكورة²⁶⁶.

4- بعد ذلك يوزع باقي التركة على الورثة بحيث يأخذ كل واحد منهم أقل النصيبين احتياطا حتى يتم وضع الجنين²⁶⁷.

5- إذا كان نصيب الحمل يحجب الورثة حجب حرمان يوقف التقسيم إلى أن يولد حيا و مثال ذلك كأن يموت شخص تاركا أخت لأم و أخ لأم و زوجة ابن حامل ، فإذا كان الحمل ذكرا ورث التركة كلها و حجب الأخ و الأخت لأم لأنه ابن الابن ، و إذا كان الحمل أنثى و رثت النصف فرضا و الباقي ردا و حجبت كل من الأخ و الأخت لأم لأنها بنت الابن²⁶⁸.

هذا بالنسبة للميراث بالطريقة العادية ، إلا أنه هناك طريقة أخرى قد يرث بها القاصر في حالة انعدام الأصل المباشر للقاصر و هو ما يسمى بالتنزيل.

الفرع الثاني

الميراث عند انعدام الأصل المباشر

لقد أورد المشرع الجزائري الميراث عند انعدام الأصل المباشر في المواد من 169 إلى 172 من ق.أ، و التي اختارها معتمدا على القوانين العربية، و الذي يعتبر القانون المصري العميد في ذلك إذ أنه الأول في سن تشريع التنزيل، لكن سماه بمسمى آخر و هو الوصية الواجبة²⁶⁹ و ذلك في قانون

²⁶⁶ - سعيد بوزيري ، المرجع السابق ، ص.147.

²⁶⁷ - علي محمد بن رمضان ، المرجع السابق ، ص.223-224.

²⁶⁸ - سعيد بوزيري ، المرجع السابق ، ص.146.

²⁶⁹ - أنظر ، شفيقة حابت ، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون ، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، 2009-2010 ، ص.270.

الوصية المصري لسنة 1946²⁷⁰، ثم تبعتها القوانين الأخرى في سن التنزيل و من بينها القانون الجزائري سنة 1984²⁷¹.

لكن المشرع المصري لم يأت بالوصية الواجبة هكذا و إنما من أصل شرعي²⁷²، و وفق حكمة

²⁷⁰ - حيث تنص على الوصية الواجبة المادة 76 و ما بعدها من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.

²⁷¹ - لأنه في الجزائر و قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984، كان يعمل بالتنزيل على أساس مذهب الإمام مالك بن أنس، و لم يكن ينفذ التنزيل إلا إذا أوصى الجد بأن أولاد ولده يحلون محل أبيهم مع الإشهاد بذلك؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/05/02، ملف رقم 99186، مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع. خاص، ص.321؛ المحكمة العليا، 2001/11/14، ملف رقم 273177، م.ق، 2002، ع. 2، ص.448؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/11/25، ملف رقم 173556، مجلة الأجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع. خاص، ص.325؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/09/28، ملف رقم 94719، مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع. خاص، ص.325.

²⁷² - إن أحكام التنزيل لم ترد في المذاهب الفقهية المعروفة، و إنما استندت في أكثر تفصيلاتها إلى جزئيات وردت في مذاهب متفرقة قام واضعي القانون بالاجتهاد فيها و أهم فقيه نادى به هو ابن حزم الظاهري الأندلسي مستندين في ذلك بالكتاب و السنة :

1 - القرآن الكريم : بالنسبة لهذا الأخير كان دليلهم في قول الله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " ، فهذه الآية تذكر الجميع بالوصية ووجوبها على الأقارب الذين لا يرثون لأي سبب. لأن الذين يرثون خرجوا من النص كما يقول ابن حزم الظاهري، بحيث إذا لم يوصي صاحب التركة للأقربين غير الوارثين وجبت في ماله، و لولي الأمر أن يتدخل في ذلك .

إلا أن بعض الفقهاء و هم الفقه الحنفي قالوا أن هذه الآية نسخت بآيات الموارث، و قال البعض الآخر بأنها نسخت جزئيا بالنسبة لمن لا يرث من الوالدين و الأقربين، و هذا ما ذهب إليه كل من البغوي في كتابه تفسير البغوي معالم التنزيل و كذلك هود بن محكم الهواري .

بالإضافة إلى قوله تعالى في الآية 8 من سورة النساء: " إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسْكِينُ فَازْرُقُوهُمْ مِنْهُ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا " فالذين حضروا القسمة هم أقرباء، لأنهم أحفاد للجد المتوفى و في نفس الوقت يتامى لموت أصلهم، لأن في الغالب ما يكون الأحفاد قُصر عند موت الأصل في حياة الجد و بالتالي ينطبق عليهم صفة اليتيم، و من ثم إذا لم يورثوا من أبيهم أو أمهم و لم يوصي لهم الجد فالغالب هم مساكين، و عليه يحتاجون للتنزيل من أجل الميراث؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، ج. 9، المرجع السابق، ص.314؛ أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009، ص.83؛ أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي، تفسير البغوي معالم التنزيل، ج.1، دار طيبة، السعودية، 1409 هـ، ص.192؛ عبد القادر بن مرزوق، أحكام التنزيل كوسيلة لحماية الأسرة، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، الجزائر، 2005، ص.131؛ الصادق فريوي، الوصية الواجبة و التنزيل دراسة مقارنة، م.ع.ق، جامعة عنابة، معهد العلوم القانونية و الإدارية، الجزائر، د.س.ن، ص.36؛ الموقع : www.alkabs.net/quran-explanations

2 - السنة النبوية الشريفة : فعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين، إلا و وصيته مكتوبة عنده " قال بن عمر " ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله قال ذلك إلا و عندي وصيتي " كما قال ثابت عن أنس قال رسول الله صلى الله عليه و سلم لأبي طلحة بخصوص الوصية " اجعله لفقراء أقاربك " .

معينة رآها فقهاء الشريعة و حتى القوانين بعد ذلك، خاصة عندما حُصصت لأشخاص معينة (أولاً) بالإضافة إلى أن التشريعات التي أخذت بالتنزيل لم تجعله مطلقاً وإنما وضعت له شروط للموازنة بين حقوق كل الورثة (ثانياً).

أولاً : الحكمة من مشروعية التنزيل

تتمثل حكمة المشرع بالأخذ بالتنزيل ما يلي :

أ - علاج حالة كثرت منها الشكوى، و هي حالة الأحماد الذين يموت أبائهم في حياة جدتهم أو جدتهم أو مع أي منهما، مما يمنعهم من الميراث فيجتمع للأحماد مصيبتان ، مصيبة وفاة الأب و مصيبة الحرمان من الميراث.²⁷³

ب - أن عدم إعطاء هؤلاء الحفدة نصيباً من تركة الجد أو الجدة ، سيؤدي بهم إلى الحاجة و مذلة السؤال، بل و قد ينحرف بعضهم عن الطريق الصحيح، و الوقوع في الخطيئة بسبب العوز و الحاجة²⁷⁴. و هذا قد يؤدي إلى التباغض و الحقد داخل الأسرة الواحدة،²⁷⁵ خاصة عندما يرون

فالمشرع الجزائري عند أخذه بالتنزيل يكون قد أخذ برأي ابن حزم الأندلسي، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2001/11/14 حيث جاء فيها : "... و الأصل في الوصايا هي اختيارية و الوصية الواجبة لا تقل بها المذاهب الإسلامية المشهورة و من قال بما تعلق برأي ابن حزم الأندلسي و هو ما أشار إليه محمد أبو زهرة في كتابه أحكام التركات و الموارث ...".

بالإضافة إلى استناد واضعي القانون لقاعدة شرعية ، و هي أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة و متى أمر به وجبت طاعته و هذا كله لتحقيق مصلحة القصر و رفع الظلم عنهم ، فهذه القاعدة هي التي تبرر التفصيلات التي جاء بها المشرع الجزائري في تحديد مقدار التنزيل و قصره على الحفدة دون غيرهم ؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح... ، ج.5 ، المرجع السابق ، ص.355 ؛ صبحي صالح ، منهل الواردين بشرح رياض الصالحين للإمام النووي ، ط. 1 ، دار العلم للملايين ، لبنان ، 1970 ، ص.393 ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2001/11/14 ، ملف رقم 273177 ، م.ق ، 2002 ، ع. 2 ، ص.451 ؛ محمد زهدور ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 ، ص.125 ؛ رفيق يونس المصري ، علم الفرائض و الموارث ، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1994 ، ص.109.

²⁷³ - رفيق يونس المصري ، المرجع السابق ، ص.109.

²⁷⁴ - محمد زهدور ، المرجع السابق ، ص.125-126.

²⁷⁵ - أنظر ، آسية بوخاتم ، حق القاصر في التنزيل ، مداخلة أقيمت في ملتقى بعنوان أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013 ، ص.2.

الأعمام يعيشون في نعمة ظاهرة بينما الحفدة يعيشون تحت ظل الفقر و البؤس و الحرمان ، نتيجة فقدهم لمن كان يعولهم ، و خاصة إذا كانوا قُصرا لم يصلوا بعد إلى سن الرشد، حتى يمكنهم تدبير أمورهم المالية .

ج - "هو أن غالبا ما يعيش الأولاد مع أبيهم حتى و إن تزوجوا بحيث يكون الحفدة في نفس البيت مع أعمامهم و أجدادهم ، إذ هذه الأسرة توصف بالأسرة الممتدة و الذمة المالية لهذه الأسرة تكون مشتركة ، و المشرف عليها هو الجد، و قد يموت الجد تاركا حفدة و تظل التركة لم تقسم و يتولى تسييرها العم الأكبر للحفدة بحيث يعيشون في كنف هذه الأسرة و يشاركون في نمو ذمتها المالية ، و عند تقسيم هذه الثروة لا يحصل الحفدة على شيء لكون قواعد الميراث تمنعهم"²⁷⁶.

لذلك جاء المشرع بالتنزيل²⁷⁷ رحمة بأولاد هذا المتوفى ، و حسب اعتقادنا جاء كذلك حماية للقاصر، و ما يدل على ذلك هو قصره على الأحفاد دون باقي الأقارب²⁷⁸ رغم أنه لم يفرق بين القاصر و الراشد إلا أن التنزيل يبقى في مصلحة القاصر بالدرجة الأولى لكونه لا يستطيع الكسب، و هذا من بين ما يفرق التنزيل عن الوصية الواجبة.²⁷⁹

²⁷⁶ - الصادق فريوي ، المرجع السابق ، ص.23 ؛ أحمد دغيش ، المرجع السابق ، ص.126.

²⁷⁷ - و نحن نساند بحق المشرع الجزائري في المصطلح الذي جاء به و هو التنزيل، الذي يعتبر حسب اعتقادنا أحسن من الوصية الواجبة التي هي متناقضة من حيث الكلمات المتكونة منها، فالوصية كما تعرفها المادة 184 من ق.أ: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ، أما الوجوب فهو اصطلاح شرعي يراد به الإلزام المصاحب بجزء أخروي .

و مع ذلك لو أخذنا بالوصية بالمفهوم الذي ذهب إليه فقهاء المذاهب للتوفيق بين المصطلحين، بحيث ترى هذه المذاهب أن الإنسان مجبر على إبرام وصية قبل وفاته لتدارك ما فاتته من الواجبات الدينية كالزكاة ، الكفارة ، تحت تهديد جزاء أخروي غير أن مثل هذا التوفيق يصعب على المستوى القانوني. من جهة لتعارض التبرع و هو فعل إرادي محض مع الالتزام القانوني المنطوي على عنصر الإكراه المادي ، و من جهة أخرى فإن مثل هذا الالتزام لا ينصرف إلى عمل الهالك.

كما أن المشرع قد أصاب فيما يتعلق بالتبويب، عندما أدخل التنزيل في إطار الكتاب الثالث المتعلق بالميراث، في حين خصص الكتاب الرابع للتبرعات من وصية و هبة و وقف ؛ آسية بوخاتم ، حق القاصر ... ، المرجع السابق ، ص.1.

²⁷⁸ - شفيقة حابت ، المرجع السابق ، ص.248 ؛ أحمد دغيش ، المرجع السابق ، ص.127.

²⁷⁹ - هناك فرق بين التنزيل و الوصية الواجبة في الكثير من الأمور من بينها :

- 1- التنزيل حسب المشرع الجزائري مقتصر على الحفدة، أما الوصية الواجبة فالأصل هي لكل قريب غير وارث.
- 2- التنزيل إذا توافرت شروطه، ينزل الحفيد فيه منزلة أبيه ، كأنه وارث دون حاجة إلى ترك وصية أو دون افتراض وصية واجبة بحكم القانون.

و قد أكد القضاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 22 مارس 1994²⁸⁰ بصريح العبارة على أن التنزيل لا يتم إلا بين الأصول و الفروع ، و ذلك بتنزيل الأحماد مكان أصلهم المباشر المتوفى حيث جاء في القرار: " من المقرر قانونا و شرعا أن التنزيل لا يتم إلا بين الأصول و الفروع و يكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون و الشرع، و لا يجوز الحكم بغير ذلك .

و لما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس اعتبروا عقد التنزيل المحرر في 20 نوفمبر 1975 على أن وصية ، يكونون قد أخطئوا التصور و التكييف ، لأن العقد المذكور صرح بتنزيل المطعون ضدها منزلة البنت الصلب رغم ما في ذلك من خرق صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية و المادة 776 ق.م، مما يستوجب نقض قرارهم المنتقد مع الإحالة " .

من خلال هذا القرار يتضح بأن تنزيل الأحماد مكان الأب أو الأم المتوفاة لا يعتبر وصية و إنما يعتبر ميراث، فبمفهوم المخالفة إذا تم تنزيل غير الأحماد في مكان شخص ما لا يعتبر هذا التنزيل ميراثا و إنما يعتبر وصية، و هذا ما جاء كذلك في قرار المحكمة العليا بتاريخ 10 ديسمبر 2009²⁸¹ و ذلك بقولها: " من المقرر قانونا في المادة 222 ق.أ التي تنص على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في ذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن التنزيل المحرر بتاريخ 28 سبتمبر 1982 الذي نزل بموجبه المدعو (س.د) ابن أخيه (س.ب) منزلة الابن من الصلب يعد وفقا لأحكام الشريعة

3- الوصية تقدم على الميراث، إذ بعد تجهيز الميت تخرج الديون فالوصية فالميراث طبقا للمادة 180 من ق.أ و عليه الوصية مقدمة على الميراث و منه يقدم صاحب الوصية على الحفيد المنزل منزلة أبيه .

4- الوصية تنفذ مع اختلاف الدين أما التنزيل فلا ينفذ عند اختلاف الدين ، و رغم أن المشرع الجزائري لم ينص على اختلاف الدين كمانع من موانع الميراث غير أنه عند الرجوع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، فنجد أن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث و ما دام أن التنزيل بمثابة ميراث فاختلاف الدين بين الوارث و المورث يحول دون التنزيل و الدليل على ذلك ورود التنزيل ضمن باب الميراث .

5- التنزيل ليس وصية واجبة فهو ميراث مشروط، و شرائطه تجعله يقترب من الوصية الواجبة.

²⁸⁰ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 1994/03/22 ، ملف رقم 95385 ، م.ق ، 1995 ، ع.1 ، ص.134.

²⁸¹ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2009/12/10 ، ملف رقم 526179 ، م.م.ع ، 2010 ، ع.1 ، ص.231.

الإسلامية وصية يمثل نصيب الوارث ، و هي جائزة شرعا ، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة فرندة بتاريخ 03 ديسمبر 2006 القاضي بإبطاله ، استنادا إلى كونه باطلا و غير جائز شرعا ، يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية و عرضوا قرارهم للنقض ، الأمر الذي يجعل الوجه المثار تلقائيا من قبل المحكمة العليا مؤسسا ، و يتعين استنادا إليه ، القضاء بنقض و إبطال القرار المطعون فيه ، و بإحالة القضية و الطرفين إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون".

هذا بالنسبة للحكمة التي دفعت المشرع بالأخذ بالتنزيل ، لكن ما هي شروط التنزيل؟

ثانيا : شروط التنزيل

يتضح من قانون الأسرة الجزائري أنه يجب توافر الشروط الآتية في الأحفاد حتى يمكن تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة ، و هي رابطة القرابة بين المستفيد و المالك و ترتيب واقعة الوفاة (أ)، و حرمان الحفيد من تركة أصوله ميراثا و تبرعا (ب).

أ - رابطة القرابة بين المستفيد و المالك و ترتيب واقعة الوفاة:

من خلال نص المادة 169 من ق.أ و التي تنص على أنه: " من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه و جب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط التالية "

1- رابطة القرابة بين المستفيد و المالك : نلاحظ من خلال المادة السابقة أن كلمة أحفاد تشمل أولاد الابن ، و أولاد البنت من ذوي الأرحام ، و نحن نعلم أن ذوي الأرحام لا يرثون إلا إذا انعدم الوارث بالفرض أو التعصيب .

وعليه، كيف ينزلون منزلة أمهم رغم وجود الورثة ؟ لأنه بوجود الورثة لا ميراث لذوي الأرحام، و إذا قلنا أنهم سيرثون بموجب التنزيل فهذا يعني أنهم سيرثون في كل الحالات عند وجود أصحاب

الفروض و العصابة و عند انعدامهم²⁸²، و من ثمّ يجب الاعتراف بأن هذا الأمر أكثر من حماية للقاصر بحيث يسمح لهم القانون بالميراث في كل الحالات .

لكن بالرجوع إلى نص المادة 169 من ق.أ الواردة باللغة الفرنسية، نجده قد جعل التنزيل للحفدة أولاد الابن و إن نزلوا دون أولاد البنت و هذا في نصها :

" si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle ,ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation a la succession du de cujus selon les condition ci-après définies."

و هنا المشرع في هذه الحالة وضعنا في تناقض، و من المستحسن تداركه بتعديل قانوني يفصل في الأمر،²⁸³ و يرى الأستاذ العربي بلحاج تطبيق المادة 169 من ق.أ باللغة الفرنسية، و عدم توريث ذوي الأرحام من أبناء البنت²⁸⁴.

لكن في الحقيقة النص المعتمد في هذه الحالة هو النص العربي و ليس النص الفرنسي²⁸⁵، و ذلك لأن اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية المعتمدة في الدولة طبقا للمادة 3 من دستور 1996، و أي جريدة رسمية تصدر في البلاد تكون باللغة العربية باعتبارها النص الأصلي و بعد ذلك تكون الترجمة باللغة الفرنسية.

أما بالنسبة للقضاء ، فقد ورثت المحكمة العليا ذوي الأرحام من أبناء البنت و ذلك رغم وجود أصحاب الفروض، بل أكثر من ذلك فإن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 10 نوفمبر 1999 قد ورث

²⁸² - يجب الإشارة إلى أن هناك اختلاف بين المذاهب فيما يتعلق بتوريث ذوي الأرحام ، فالمالكية و الشافعية يرفضون توريث ذوي الأرحام حتى عند انعدام الفروض و العصابات و يعطون التركة لبيت المال المسلمين ، لكن أبو حنيفة و أحمد بن حنبل يورثون ذوي الأرحام عند عدم وجود الورثة بالفرض أو التعصيب، و هذا الرأي الأخير أخذ به المشرع الجزائري في المادة 168: " يرث ذوي الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي:

- أولاد البنات و إن نزلوا ، و أولاد بنات الابن " ؛ الصادق فريوي ، المرجع السابق ، ص.34.

²⁸³ - و لو يذهب المشرع مثلما ذهب إليه التشريعات الأخرى، التي تحدد لفظ الأحماد بصورة صريحة و محددة، كالتشريع المصري و التونسي و المغربي الذي ورث أولاد الابن و البنت معا و بصورة صريحة، أما التشريع السوري و الأردني ، فيورثون فقط أبناء و بنات الأبناء دون غيرهم .

²⁸⁴ - العربي بلحاج ، أحكام الموارث ... ، المرجع السابق ، ص.220.

²⁸⁵ - أنظر ، عبد القادر بن مرزوق ، العدل في تطبيق أحكام التنزيل ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2011 ، رقم 12 ، ص.221.

ذوي الأرحام من أبناء البنت و حجب أحد أصحاب الفروض و المتمثلة في الأخت لأب و ذلك تطبيقا للمواد 149 و 164 ق.أ و قد برر مجلس قضاء الجزائر قراره بأن ابن البنت بمثابة ابن الابن.

إلا أن المحكمة العليا قد نقضت قرار مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 04 أفريل 2001²⁸⁶ مبررة ذلك بما يلي: "... حيث أن استناد قضاة الموضوع لإثبات حجب الطاعنة على المواد 149 و 164 من ق.أ هو تفسير خاطئ ، فالمادة 149 من ق.أ تبين متى ترث الأخت لأب نصيب السدس و متى لا ترث هذا النصيب و هي لا تعني أبدا موضوع الحجب، و المادة 2/164 من ق.أ تبين من يجب الأخت لأب و هم الأب الابن و ابن الابن و إن نزل و الأخ الشقيق و الأخت الشقيقة إذا كانت عاصبة مع غيرها و الأختين الشقيقتين إذا لم يوجد أخ لأب. و في قضية الحال لا يوجد وارث من المذكورين أعلاه و تفسير قضاة الموضوع الرامي إلى الشرع سوى بين ابن الابن و ابن البنت هو تفسير خاطئ، فأبناء الأبناء صليبيون أي ينحدرون من جهة الذكورة و أبناء البنات من ذوي الأرحام و هم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقا للمادة 168 من ق.أ ، و معنى أن الشرع خص أبناء الابن في المادة 2/164 من ق.أ بحجب الأخت لأب و لا يعني أبناء البنت لأنهم من ذوي الأرحام و من جهة أخرى فإن أبناء البنت المنزليين في قضية الحال منزلة أمهم المتوفية طبقا للمادة 169 ق.أ و إن كان في تنزلهم أقوال الفقهاء و المفسرين فإن تنزلهم شرع لضمان حق أمهم المتوفية و ميراثهم جاء استثناء و الاستثناء لا يمكن أن يضار به أصحاب الفروض الأصليين الأخت لأب...".

و قد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 14 فيفري 2005²⁸⁷ ما يلي: "... بالنظر لقانون الأسرة الصادر يوم 09 جوان 1984 و بمقتضى المادة 169 منه، أصبح تنزيل الحفدة منزلة أصلهم بحكم القانون ، في قضية الحال ما دامت الجدة قد توفيت خلال سنة 1987 أي بعد صدور القانون المشار إليه أعلاه فالطاعن يعد حفيدا لها أي ابن ابنتها و يستحق جزءا من تركاتها بواسطة التنزيل بالشروط المنصوص عليها في المادة 171 ق.أ، و ما دام الطاعن قد آل إليه جزء من تركة

²⁸⁶ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2001/04/18 ، ملف رقم 256446 ، م.ق ، 2003 ، ع.1 ، ص.357.

²⁸⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2005/02/14 ، ملف رقم 335503 ، م.م.ع ، 2005 ، ع.2 ، ص.388.

جدته عن طريق التنزيل فلا يحق له أخذ جزء من خلفاتها بواسطة الوصية لأن المادة 171 من ق.أ تمنع ذلك".

و من خلال هذا القرار ، يتضح أن التنزيل يشمل حتى ابن البنت باعتباره من الحفدة الذين لهم الحق في الحلول محل والدتهم المتوفاة قبل جدتهم بقدر نصيب أمهم من الميراث .

2 - ترتيب واقعة الوفاة: نصت عليه المادة 169 من ق.أ، و التي تشترط أن يكون الأصل الأول القريب قد توفي قبل الأصل الثاني البعيد، لأن العبرة بوفاة الأب و ليس الجد. و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 17 مارس 1998²⁸⁸، حيث جاء فيه: " و متى تبين - في قضية الحال - أن الجد توفي عام 1995 و الأب توفي عام 1982 فإن القضاة بقضائهم بحق الأحفاد في التنزيل و بالتالي في الجد ، طبقوا صحيح القانون ، فالعبرة هنا بوفاة الجد و ليس وفاة الأب".

و من خلال هذا القرار ، يتضح بأن تاريخ وفاة الأب يجب أن يكون سابق عن تاريخ وفاة الجد، فبمفهوم المخالفة إذا توفي الجد قبل الأب لا يكون للأحفاد الحق في التنزيل حتى ولو كان الأب غير موجود، كما أن الموت المقصود به في هذه الحالة هو الموت الطبيعي و الحكمي²⁸⁹ طبقا للمادة 127 ق.أ و التي تنص: " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي ."

و في حالة فقدان الأب و الجد في وقت واحد، يقع الأخذ بتاريخ الحكم بالنسبة لكليهما، فينزل الحفيد في تركة جده إن حكم بموت الجد بعد الحكم بهلاك الأب المفقود. أما إذا تزامنت وفاة الأب

²⁸⁸ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1998/03/17 ، ملف رقم 186769 ، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، 2001 ، ع .خاص ، ص.328.

²⁸⁹ - يقصد بالموت الطبيعي : هو الهلاك أو الموت التي تضع حدا لحياة الإنسان و وجوده القانوني ، و ذلك بتوقف القلب و الرئتين و الدماغ عن العمل توقفا تاما و دائما بأمر من المولى عز وجل ، لذلك تسمى بالوفاة الطبيعية ؛ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية ، ط.9 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007 ، ص.218؛ دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.96.

أما الموت الحكمي : إذا كانت شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته ، فإنه هناك حالة بين الحياة و الموت، و هي الحالة التي يعتبر فيها الشخص لا حيا على الإطلاق و لا ميتا على جميع الوجوه ، و تلك هي حالة المفقود ؛ عبد الحفيظ بن عبيدة ، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري ، دار هومو ، الجزائر ، 2004 ، ص.16 ؛ دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.96.

و الجد، كما لو هلكا في حادث واحد أو في حادثين منفصلين، لكن لم يعلم أيهما أسبق بالوفاة، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر²⁹⁰ طبقا لنص المادة 129 ق.أ.²⁹¹.

و يستتبع هذا الشرط أن يكون الحفيد عند وفاة أصله حيا طبقا للمادة 128 ق.أ المذكورة سابقا، فالأصل أنه مادام الوارث قد توفي قبل أبيه فلا يستحق الإرث، و بالتالي لا يأخذ الأبناء شيئا.

ب - حرمان الحفيد من تركة أصوله ميراثا أو تبرعا :

1- حرمان الحفيد من تركة أصوله ميراثا : لأن أسهم الأولاد الذين ينزلون منزلة أصلهم مقدرة بحصة أصلهم لو بقي حيا ، شريطة ألا يتجاوز هذا السهم ثلث التركة ، طبقا للمادة 170 ق.أ التي تنص :
" أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة."

و هذا ما أكد عليه كذلك قضاء المحكمة العليا بتاريخ 25 ماي 1993²⁹² و الذي جاء فيه:
"من المستقر عليه فقها و قضاء أن التنزيل جائز شرعا و قانونا و لا يجوز مخالفته .

و لما ثبت - في قضية الحال - أن عقد التنزيل صحيحا و لم يطعن فيه بالتزوير، فإن حفدة المرحوم (ع.ب.م) المنزلين منزلة أبيهم (م) المتوفى قبل الأول ، فإنهم يأخذون ما ناب لأبيهم في المنزلة ، و يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين ، خلافا لما قضى به قضاة الموضوع في قرارهم - المطعون فيه- مما يستوجب نقضه".

²⁹⁰ -أنظر ، صالح جيحك ، الميراث في القانون الجزائري ، ط.1 ، ديوان الخدمات الجامعية ، الجزائر ، 2002 ، ص.138 ؛ آسية بوخاتم ، حق القاصر... ، المرجع السابق، ص.3 .

²⁹¹ - المادة 129 ق.أ: " إذا توفي إثنان أو أكثر و لم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موثم في حادث واحد أم لا . "

²⁹² - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1993/05/25 ، ملف رقم 94685 ، م.ق ، 1994 ، ع.2 ، ص.82.

و من خلال هذا القرار يتضح أن الأحماد لا يأخذون إلا نصيب الأب الأصل المباشف المتوفى، و يتم تقسيم التنزيل على أساس للذكر مثل حظ الأنثيين على أن لا يتجاوز نصيب الأصل المباشف الثلث، فلو فرضنا أن نصيب الأصل لو كان حيا تجاوز ثلث التركة، فإن الحفيد يحرم من تلك الزيادة²⁹³، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 21 جويلية 1998²⁹⁴: " من المقرر قانونا أن أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا ، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة. و من المقرر أيضا أنه تستحق النصف من التركة بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى و ولد الابن في درجتها.

و الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي بقبول الدعوى التفسيرية المرفوعة من طرف العممة و التي حكم لها فيها بنصف التركة و للطاعنين بالنصف الثاني تعصيا طبقا لأحكام المواد 144 ، 152 ، 153 من ق.أ طبقوا صحيح القانون ، مما يستوجب رفض الطعن".

بالإضافة إلى كل هذا ، لا بد لكي يأخذ الحفيد هذا الثلث يجب أن لا يكون من المستحقين في التركة بطريق الإرث، لأن التنزيل تعويض عما يفوت الأحماد من الميراث بسبب حجبه عنهم ، و هذا ما تنص عليه المادة 171 ق.أ و التي جاء فيها: " لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة... " ، و مثال ذلك نفترض أن جد توفي و ترك زوجة و بنت و بنت ابن توفي أبوها في حياة جدها و عليه يكون تقسيم التركة على النحو التالي: الزوجة الثمن فرضا لوجود الفرع الوارث ، و البنت تأخذ النصف فرضا لإنفرادها، أما بنت الابن فتأخذ السدس فرضا تكملة للثلثين.

و نلاحظ في هذا المثال أن بنت الابن لها الحق في تركة الجد و عليه ليس لها الحق في التنزيل، و ذلك على خلاف لو كان الجد قد ترك زوجة و بنتين و بنت ابن ، إذ في هذا المثال ليس لبنت

²⁹³ - أحمد دغيش ، المرجع السابق ، ص.158.

²⁹⁴ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1998/07/21 ، ملف رقم 201022 ، مجلة الاجتهاد القضائي ، 2001 ، ع. خاص ، ص.343.

الابن الحق في الإرث لنفاذ حق البنات و المقدر بالثلثين و هي محجوبة بالعمات أي البنتين ، لذلك لها الحق في الاستفادة من التنزيل لكونها غير وارثة.

و عليه إذا أخذ الحفيد نصيبه من التركة بمقتضى قواعد الشرع في الميراث، فلا محل لإعطائه جزء آخر منها بطريق التنزيل²⁹⁵، لكن مع ذلك لهم حماية في حالة ما إذا كانوا وارثين بالتعصيب

و استغرق الفروض التركة ، فإن هذا الشرط لا ينطبق عليهم و يستحقون الإرث بالتنزيل²⁹⁶.

و مثال ذلك لو أن شخص (جد) مات و ترك زوجة، و بنتين ، و أب و أم ، و ابن الابن ففي هذه الحالة تأخذ الزوجة الثمن لوجود الفرع الوارث، و الأب السدس لوجود الفرع الوارث المذكور و هو ابن الابن أما الأم فتأخذ كذلك السدس لوجود الفرع الوارث، و البنتين تأخذان الثلثان بسبب تعددهن و يبقى الباقي لابن الابن باعتباره عصبية. و أصل المسألة في هذه الحالة هو 24 بحيث سيكون للزوجة 3 من 24 و الأب 4 من 24 و الأم 4 من 24 و البنتين 16 من 24 و يصبح المجموع 27 فتعول المسألة من 24 إلى 27 و لن يبقى لابن الابن شيئاً في هذه الحالة و عليه لا يمكن اعتبار ابن الابن وارثاً و يكون له بذلك الحق في التنزيل .

بالإضافة إلى هذا هناك نقطة مهمة قد تحرم الأحماد من الميراث، و هي عندما يكونوا قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن نصيب مورثهم من تركة الأصل جدا كان أو جدة، و هذا ما تنص عليه المادة 172 ق.أ: " أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه "، و هذا ما جاء في قضاء المحكمة العليا بتاريخ 14 نوفمبر 2007²⁹⁷ على أنه: " حق الأحماد المنزّلين منزلة أبيهم ، مشروط بالألا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم ، من أبيه.

²⁹⁵ - الصادق فريوي ، المرجع السابق ، ص.37.

²⁹⁶ - دليّة سلامي ، المرجع السابق ، ص.98.

²⁹⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2007/11/14 ، ملف رقم 403828 ، م.م.ع ، 2011 ، ع.1 ، ص.241.

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الأحفاد قد ورثوا من والدهم المرحوم (ص.ب.ن) فيلتين بالجمهورية التونسية و شقة توجد في باريس ... و حيث أن المادة 169 من ق.أ نصت على أن من توفي وله أحفاد و قد مات مورثهم قبله و يجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بشروط.

و حيث أن المادة 172 من ق.أ تنص بأن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه و أمه .

و عليه كان على قضاة المجلس التأكد من ذلك قبل التطرق إلى تركة المرحوم (ص.ب.ع) و قسمتها حسب الفريضة المؤرخة في 30 أفريل 2001 ...".

2 - حرمان الحفيد الموصى له أو الموهوب له من التنزيل : و هو ما تنص عليه المادة 171 ق.أ على أنه: " ... أو كان قد أوصى لهم ، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية ، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك و يجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة "

ففي حالة ما إذا أوصى الأصل للحفدة ما يساوي تنزيلهم، فإنهم يحرمون من التنزيل. أما إذا أعطى لهم أقل نصيب تنزيلهم، فإنه يجب أن يتم النصيب الذي يستحقونه بالتنزيل من تركة جدهم، و في حالة ما إذا أعطي لأحد الحفدة دون البعض في أقل ما سينزلون فيه، نزل من لم يوصى لهم فيما يتم نصيب التنزيل²⁹⁸، بمعنى إذا أوصى لبعض الحفدة و ترك البعض الآخر فإنه يعطى لمن تركه نصيبه في الوصية كاملا من باقي الثلث إن كان يتسع لذلك ، و إن لم يكن باقي الثلث كافيا كامل له نصيبه مما أوصى به لغيره²⁹⁹.

فلو فرضنا أن شخص توفي و له ثلاث أبناء مات أحدهم في حياة أبيه و ترك بنتين ، فأوصى الجد لإحدى الحفيدتين ب 30 هكتار من أراضيه ، و لما توفي قدرت تركته ب 150 هكتار ، و عليه يكون ثلث التركة هو 50 هكتار فتأخذ البنت الأولى 30 هكتار و الثانية ما بقي من الثلث و هو

²⁹⁸ - الصادق فريوي ، المرجع السابق ، ص.38 .

²⁹⁹ - أحمد دغيش ، المرجع السابق ، ص. 171.

20 هكتار و هو أقل من نصيبها القانوني، و يكمل لها مما أخذته أختها فوق نصيبها المحدد لها قانوناً فتأخذ منها 5 هكتارات ليضاف إليها و يصبح 25 هكتار لكل واحد من البنين لأن مجموع حصصهما يجب أن لا يتعدى ثلث التركة و هو 50 هكتار ، فيكون للبنات الأولى 25 و الثانية 25 و أما من أوصى لها 5 هكتارات زائدة على نصيبها بالتنزيل فتتوقف على إجازة الورثة ، لأنها تكيف على أنها وصية اختيارية فيما زاد عن الثلث³⁰⁰ .

و نفس الشيء بالنسبة للتبرعات الأخرى، كالهبة أو الوقف أو أي تصرف آخر قصد به التبرع كالبيع الصوري أو إسقاط دين . إلخ ، بحيث تكون هذه التبرعات في حدود النصاب الذي نص عليه القانون بالنسبة للتنزيل .

أما في حالة انخفاض مقدار التبرع عن نصيب التنزيل، فقد سكت المشرع عنه و لم يبينه كما هو الحال بالنسبة للوصية، لكن ما دام أن الوصية التي بين المشرع أحكامها في المادة 171 ق.أ تدخل ضمن التبرعات فإن هذه الأخيرة تأخذ عن طريق القياس حكم الوصية.

لكن ليس الميراث فقط الذي يحميه القانون للقاصر بل هناك حقوق أخرى سنتكلم عنها في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

حماية حق القاصر في الوصية و الهبة

³⁰⁰ - أنظر ، جمال ليشاني ، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة ، المواريث ، مجلة الموثق ، جويلية 1999 ، ع.7 ، ص.43.

إن الوصية تصرف أقره الشرع الإسلامي، و القانون المدني الجزائري في المادة 775 ق.م و التي تنص: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها "، و التي تحيلنا هذه المادة إلى قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى المادة 776 ق.م.³⁰¹

و لقد رغب الشرع الإسلامي في الوصية، لأن صاحبها سيصل بها إلى الخير و الثواب في الدنيا و الآخرة، و وسيلة للتعويض على ما فاته ، و نفس الشيء بالنسبة للهبة التي لها أهمية كبيرة في تقوية الروابط الإنسانية و المحبة بين الواهب و الموهوب، و ذلك تطبيقا لقوله عليه الصلاة و السلام: "تهادوا تحابوا"³⁰²، و قوله تعالى: " إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ "³⁰³.

لذلك نص عليهما المشرع في القانون، لكن كأحكام عامة تطبق على الجميع دون تخصيص وصية (الفرع الأول) أو هبة للقاصر (الفرع الثاني)، لكننا سنحاول إسقاط هذه الأحكام على القاصر و البحث عن الحماية فيها .

الفرع الأول

حماية حق القاصر في الوصية

سنتكلم بداية عن القاصر الموجود أي المولود (أولا) لأن أحكامه تختلف عن الجنين الذي سنتكلم عنه فيما بعد (ثانيا) .

³⁰¹ - تنص المادة 776 ق.م: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف .
و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .
إذا أثبت الورثة أن المتصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف لذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه."

³⁰² - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.12 ، المرجع السابق ، ص.48 ؛ محمد بن أحمد تقية ، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، ط 1 ، ديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003 ، ص.26.

³⁰³ - الآية 271 من سورة البقرة .

أولاً : مدى حماية الوصية للقاصر الموجود

تعد الوصية من أهم التصرفات المالية و القانونية المضافة إلى ما بعد الموت، و قد عرفها القانون الجزائري في المادة 184 ق.أ و التي تنص بأن: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"³⁰⁴، و يعتبر هذا التعريف جامعاً و مانعاً لكل العناصر المتعلقة بالوصية.

فالمقصود بكلمة " تمليك " هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار، و كذا الوصية بالمنافع من سكنى الدار أو زراعة أرض، و جميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره.

أما المراد بجملة "مضاف إلى ما بعد الموت"، فيقصد بها أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 02 فيفري 1995³⁰⁵ على أن: "... الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع و هي مقدمة على التركة..."، بل أكثر من ذلك لقد اعتبر القضاء الهبة المضافة إلى ما بعد الموت وصية وفقاً لقرار المحكمة العليا بتاريخ 19 أكتوبر 2005³⁰⁶ و الذي جاء فيه: " إن ملكية العقار الموهوب عند وفاة الواهب التي لم تنقل إلى الموهوب لها بعد و لم يتم تنفيذ هذا التصرف إلا بعد وفاة المورث فإن الأصل العام الذي يعتبر كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث فيما تركه يأخذ حكم الوصية و بالتالي يخضع لأحكامها".

³⁰⁴ - يعرفها الحنفية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عيناً أو منفعة"، و يعرفها المالكية بأنها: " عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"، و يعرفها الشافعية بأنها: " تبرع بحق مضاف و لو تقديراً لما بعد الموت"، و يعرفها الحنابلة بأنها: "التبرع بالمال بعد الموت".

كما عرفت التشريعات الأخرى كالقانون المصري في المادة الأولى من قانون الوصية المصري لسنة 1946: " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"، و كذلك القانون الإماراتي في المادة 240 من قانون الأحوال الشخصية: " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموصي"، و المشرع المغربي في المادة 277 من مدونة الأسرة المغربية: " الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته"، و كذلك الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عيناً أو منفعة"؛ نسيمه شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية، الوقف، دار هوم، الجزائر، 2012، ص. 179؛ الرشيد بن شويخ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بين التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.6-7.

³⁰⁵ - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/05/02، ملف رقم 116375، م.ق، 1996، ع.1، ص.108.

³⁰⁶ - أنظر، المحكمة العليا، غ.م، 2005/10/19، ملف رقم 307934، م.ق، 2005، ع.2، ص.195.

و في الأخير يبقى لنا كلمة " تبرع " و يقصد بها أن الوصية تتم بدون عوض³⁰⁷ ، باعتبارها مال

أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته³⁰⁸ .

و القانون الجزائري عندما أقر للقاصر بالوصية وضع له شروط سواء باعتباره موصي أو موصى له، ففيما يتعلق بشروط صحة الموصي في المادة 186 و التي تنص على أنه: " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل " .

فمن بين هذه الشروط البلوغ الذي يعتبر أهم شرط في الوصية، باعتباره مناط التكليف في الأحكام الشرعية و التصرفات القانونية ، و بما أن الوصية تبرع بالمال يتطلب توافر الإرادة و التمييز، و عليه تكون الوصية التي يقوم بها الموصي غير المميز باطلة على أساس أن فاقد التمييز يعتبر عديم الأهلية³⁰⁹ ، و لا يستطيع من كان عديم الأهلية مباشرة أي تصرف من التصرفات القانونية حتى و لو كان نافعا له ، لأنه متى انتفت الأهلية انتفى معها الرضاء الذي من دونه لا يتحقق العقد³¹⁰ .

و هذا ما تنص عليه على التوالي كل من المادة 42 ق.م: " 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" ، و المادة 82 ق.أ التي تنص على أنه: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة" .

³⁰⁷ - أنظر ، العربي بلحاج ، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر، 1990 ، ع. 2 ، ص.391-392.

³⁰⁸ - أنظر ، حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات الهبة الوصية الوقف ، ط.2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص.45.

³⁰⁹ - أنظر ، محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دار هومة ، الجزائر ، 2002 ، ص.40-41.

³¹⁰ - كمال بقداد ، المرجع السابق ، ص.20.

بل أكثر من ذلك لا يمكن حتى لولي القاصر أو وصيه أو القيم عليه أن يباشر عنه التبرع³¹¹، لأن الولاية جاءت لحماية أموال القاصر و ليس لإنقاص من ذمته المالية .

و يجب الإشارة أن فقهاء الشريعة الإسلامية³¹² قد اتفقوا على أن وصية القاصر غير المميز باطلة، لأن التعبير عن الإرادة الذي يصدر من القاصر لا يعتد به، فلا تصح منهم صلاة و لا ينعقد بكلامهم تصرف³¹³.

أما بالنسبة للمميز فهو الآخر ليس له الحق في إبرام عقد الوصية باعتبارها تندرج تحت طائفة التصرفات الضارة ضرراً محضاً، لكن فقهاء الشريعة الإسلامية انقسموا إلى قسمين:

القسم الأول: و هو يشمل كل من المذهب الحنبلي³¹⁴ و المالكي³¹⁵، و يرون بأن الوصية الصادرة من المميز صحيحة ما دام أن المميز ناضج عقلياً³¹⁶، و قد استندوا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما سئل: " إن ها هنا غلاما يافعا لم يحتلم من غسان و ورثته بالشام و هو ذو مال ، و ليس له ها هنا إلا ابنة عم له ، قال عمر: فليوصي لها ، قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم ، قال عمرو بن سليم ، فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم، و ابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقى".

أما القسم الثاني: فهو يشمل ما جاء به كل من الحنفية و الشافعية ، فالإمام أبو حنيفة يرى بأن الوصية الصادرة من القاصر المميز باطلة إلا في حالة واحدة و هي الوصية بتجهيزه و دفنه³¹⁷،

³¹¹ - أنظر ، لبي مختار ، وجود الإرادة و تأثير الغلط فيها ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، د.م.ن ، 1984 ، ص.80.

³¹² - و هم كل من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة و حتى الإمامية.

³¹³ - أنظر ، محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، د.م.ن ، 1988 ، ص.53.

³¹⁴ - عبد الرحمان الجزائري ، الفقه على المذاهب ... ، ج.3 ، المرجع السابق ، ص.286.

³¹⁵ - أنظر ، مالك بن أنس ، الموطأ ، دار النفائس ، د.م.ن ، د.س.ن ، ص.476.

³¹⁶ - كمال بقداد ، المرجع السابق ، ص.24.

³¹⁷ - عبد الرحمان الجزائري ، الفقه على المذاهب ... ، ج.3 ، المرجع السابق ، ص.279.

و دليلهم في ذلك بأن الوصية تعتبر من التبرع و القاصر المميز ليس له أهلية التبرع ، كما أن الوصية شرعت لكي يتدارك الإنسان ما فاتته من أداء واجب أو القيام بمعروف، و القاصر المميز لا زال في بداية عمره حتى يتدارك ما فاتته³¹⁸ ، أما الشافعية فلم يجيزوا الوصية على أساس أنها تبرع و التبرع لا يكون إلا من الشخص البالغ العاقل الحر³¹⁹ .

بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون الموصي بكامل قواه العقلية و بإرادته الحرة الخالية من العيوب، لكن هذه الشروط لا تهمنا الذي يهمنا هو البلوغ، لأنه حتى و لو توفرت جميع الشروط لن تؤثر في صحة الوصية مادام الموصي قاصر.

أما إذا كان الموصى له قاصر فيشترط أن يقبل، لكن هذا القبول ليس شرطاً لقيام الوصية لأنها ليست عقداً و إنما للزومها و نفاذها³²⁰ ، و موقف المشرع الجزائري واضح بشأن القبول في المادتين 197 و 198 ق.أ، حيث تنص المادة الأولى: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الوصي"، و المادة الثانية: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد"، و عليه يكون القبول المعترف قانوناً هو الذي يصدر من الموصى له البالغ العاقل.³²¹

و من ثمّ، إذا تمت وصية لقاصر لم يبلغ سن التمييز أي فاقد الأهلية تعتبر جميع تصرفاته باطلة، فيكون قبول الوصية في هذه الحالة التزاماً على وليه أو وصيه طبقاً للمادة 82 ق.أ. و عليه أن يقبلها و يتولى المحافظة على الشيء الموصى به للقاصر³²² ، لأن قبول الوصية تصرف نافع للموصي له نفعاً محضاً، أما إذا تم الإيصال لقاصر بلغ سن التمييز ، فإنه يقبل الوصية بنفسه قبل وفاة الموصي، و ذلك دون إذن وليه أو وصيه طبقاً للمادة 83 ق.أ.

لكن في حالة ما إذا توفي القاصر قبل قبوله، فيعود إلى ورثته حق القبول أو الرد حسب المادة

³¹⁸ - أنظر ، علي الخفيف ، أحكام الوصية ، ط.1 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1962 ، ص.127.

³¹⁹ - عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب ... ، ج.3 ، المرجع السابق ، ص.284.

³²⁰ - عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص.47.

³²¹ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.168.

³²² - كمال لدرع ، مدى الحماية القانونية للطفل ... ، المرجع السابق ، ص.56.

198 ق.أ ، لكن في حالة ما إذا توفي القاصر قبل الموصي، تبطل الوصية طبقا للمادة 201 ق.أ "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي ، أو بردها " .

أما إذا تمت لقاصران يكون الموصى به مشتركا بينهما حسب المادة 194 من قانون الأسرة التي تنص: "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما" ، فإذا حدد جزء كل واحد منهما، و مات أحدهما وقت الوصية أو بعدها و قبل وفاة الموصي، استحق الحي منهما ما حدد له فقط. لكن إذا لم يتم تحديد ما يستحقه كل منهما فإن الحي منهما يستحق كل الوصية³²³ و هذا طبقا للمادة 195 و التي تنص: "إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما و مات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي ، فالوصية كلها للحي منهما، و إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له " .

و في حالة ما إذا كانت الوصية تتطلب موافقة الورثة، سواء كانت لوارث أو لأجنبي لكن تتجاوز الثلث، و وافق جزء من الورثة و رفض الجزء الآخر، تسري الوصية في هذه الحالة فقط على من وافق منهم طبقا للمادة 185 ق.أ.

و في هذا المجال يرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أن هناك قصور في حماية القاصر، و هي نقطة لم ينص عليها القانون، و المتمثلة في حالة ما إذا كان أحد الورثة أو بعضهم عديم أو ناقص الأهلية.

هنا لا يصح أن تكون الإجازة منه، بل لابد أن تكون ممن ينوب عنه قانونا ، فيرى الأستاذ بن شويخ الرشيد الحل في أن تكون هذه الحالة خاضعة لمراقبة القضاء لحماية أموال القصر ، و يقترح إضافة فقرة رابعة للمادة 185 و يكون نصها كالتالي: " إذا كان أحد الورثة ناقص أو عديم الأهلية كانت الإجازة ممن ينوب عنه قانونا بعد موافقة القاضي"³²⁴.

و بالإضافة لما قلناه عن القاصر ، هل للحمل الحق في الوصية خاصة و أن له الحق في الميراث؟

³²³ - رقية أحمد داود ، المرجع السابق ، ص.109.

³²⁴ - الرشيد بن شويخ ، المرجع السابق ، ص.38.

ثانيا : مدى حماية الوصية للحمل

ما دام الحمل يثبت له الإرث، فمن باب أولى أن يثبت له كذلك الوصية لتحقيق مصلحة الجنين³²⁵، و قد اتفق الفقهاء على جواز الوصية للحمل، ما دام صالحا لأن يكون وارثا،³²⁶ لكن وضعوا شروطا لصحة هذه الوصية و هي :

1 - أن يكون الحمل موجودا وقت الوصية، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري، لأنه اكتفى بذكر مادة واحدة لمعالجة موضوع الوصية للجنين و هي المادة 187 ق.أ، و بالتالي نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ و هذه الأخيرة انقسم الفقهاء فيها إلى قسمين :

القسم الأول: و المتمثل في جمهور الفقهاء، و هم كل من الحنابلة و الشافعية³²⁷ و الطحاوي³²⁸ من الحنفية ، و اشترطوا أن يكون الحمل موجودا حال الوصية لأنها تمليك فلا تصح لمعدوم و التمليك يحتاج لشخص يضاف إليه الملك ، كما أنها خلافة عن الميت كالميراث ، و الميراث يثبت لمن كان موجودا عند وفاة المورث³²⁹، فإذا لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية فلا تصح الوصية له.

و يتحقق وجود الحمل بأن تلد الحامل لأقل مدة الحمل من وقت الوصية إذا كان زوجها حيا ، أما إذا كان زوجها ميتا، أو كانت معتدة من طلاق أو وفاة، فلا تصح له الوصية إلا إذا أتت به لأقصى مدة الحمل .

³²⁵ - علي بن محمد بن رمضان ، المرجع السابق ، ص.231.

³²⁶ - علي الشيخ ابراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص.159.

³²⁷ - أنظر ، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ج. 3 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1984 ، ص.208 ؛ أبي اسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.3 ، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1996 ، ص.715.

³²⁸ - علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ... ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.431.

³²⁹ - أحمد محمود الشافعي ، الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي ، دار الهدى للطبوعات ، مصر ، 1994 ، ص.61.

أما القسم الثاني: و هم كل من الحنفية، الذين اشترطوا أن يكون الحمل موجودا من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية،³³⁰ لأنه وقت نفاذ الوصية و اعتبارها من حق الموصى له يكون وقت الموت ، و بالتالي يعتبر وجوده في ذلك الوقت³³¹.

أما المالكية، فلم يشترطوا هم كذلك وجود الحمل وقت الوصية ، بل أجازوا الوصية للحمل الذي سيوجد ،فيؤخر الموصى به إن كان حملا للوضع إذا كان موجودا ، و إن كان غير موجود انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ثم ترد بعده لورثة الموصي³³².

بالنسبة للقضاء لم نجد اجتهاد قضائي يتعلق بهذا الموضوع، و عليه إذا عرضت هذه المسألة أمام القضاء فهو حر في اختيار أي مذهب يناسبه، و أكثر المذاهب حماية لحق الوصية للقاصر هو المذهب المالكي.

لكن لو يستعمل القاضي القياس³³³ بين الميراث و الوصية فسوف يجد الحل، و ذلك للتشابه الكبير بينهما باعتبار الوصية هي أخت الميراث حسب اصطلاح الفقهاء³³⁴.

بالإضافة إلى أنه ما دام الحمل في الميراث يوجد به نص، و هو نص المادة 128 ق.أ السابقة الذكر، و الذي يشترط أن يكون الوارث حملا وقت افتتاح التركة، و ما دام الحمل الموصى له ليس به نص يتكلم عنه، فهو كذلك يشترط فيه أن يكون حملا وقت افتتاح التركة.

³³⁰ - علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ... ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.431.

³³¹ - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج. 28 ، المرجع السابق ، ص.86.

³³² - أنظر ، أبي عبد الله محمد الخرشبي المالكي ، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي الخليل ، ج.8 ، ط.2 ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، 1317 هـ ، ص.168.

³³³ - هو تطبيق نص الحالة المنصوص عليها في القانون على حالة غير منصوص عليها لتشابههما في العلة مثال : القاتل في الميراث لا يرث طبقا لحديث رسول الله صلى الله عليه و سلم : " القاتل لا يرث " ، أما حالة الموصي و الموصى له لا يوجد نص فنطبق القياس في هذه الحالة و عليه إذا قتل الموصي الموصى له لا يرث ؛ جيلالي تشوار ، طرق التفسير ، محاضرة أقيمت على السنة أولى ماجستير قانون خاص معمق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2012-2013.

³³⁴ - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.8 ، المرجع السابق ، ص.294 ؛ محمد مومن ، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، 2004 ، ع.3 ، ص.490.

و هذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي في المادة 2/906 من ق.م.ف:

"Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur."³³⁵

2 - هو أن ينفصل الجنين عن أمه حيا طبقا للمادة 187 ق.أ.³³⁶ و التي تنص: " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ... " ، فإن ولد ميتا بطلت الوصية لأن أهلية الوجوب لا تتحقق إلا بالوجود الكامل و بانفصاله كلياً حيا .

3 - أن يوجد الجنين على الصفة التي أَرادها الموصي، فإذا كانت الوصية لحمل من شخص معين، وجب لصحتها أن يثبت نسب الحمل شرعا من ذلك الشخص المعين.³³⁷

أما إذا ولد توائم، استحقوا الوصية بالتساوي و لو اختلف الجنس و ذلك تطبيقاً للمادة 187 ق.أ التي تنص: " ... و إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس " ، و إن ولد أحدهما حي و الآخر ميت كانت الوصية للحي منهما³³⁸ .

لذلك من المستحسن لو أن المادة 187 ق.أ تكون صياغتها كالتالي: " تصح الوصية للحمل بالشروط التالية :

1 - أن يولد حيا،

2 - أن يكون موجود وقت الوصية مع مراعاة المادة 42 ق.أ،

3 - أن يوجد الجنين على الصفة التي أَرادها الموصي " .

³³⁵ - المادة 906 من ق.م.ف: " و يكفي في أهلية الموصى له لقبول الوصية أن يكون حملاً وقت وفاة الموصى " .

³³⁶ - و هذا ما اشترطه كذلك المشرع المغربي في المادة 304 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها: " من أوصى لحمل معين و توفي ، فللورثة منفعة الموصى به إلى أن ينفصل حيا فتكون له " .

³³⁷ - عيسى أمعيرة ، المرجع السابق ، ص.78 ؛ رقية أحمد داود ، المرجع السابق ، ص.109 .

³³⁸ - عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص.54 .

و نضيف مادة 187 مكرر: " إذا ولد توائم، يستحقون الوصية بالتساوي و لو اختلف الجنس، وإذا ولد أحدهما ميت و الآخر حي كانت الوصية للحي منهما.

و إذا ولد أحدهم حيا ثم مات استحق نصيبه، فإن كان الموصى به عينا كان لورثته، و إن كان منفعة عاد إلى ورثة الموصي "، و بهذا نكون قد أحطنا الجنين بسياح قانوني يحمي أمواله.

أما فيما يتعلق بقبول الوصية عن الحمل، اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إجازة قبول الولي أو الوصي عن الحمل أم لا ؟.

فالحنفية يرون بأن الوصية للحمل تتم مباشرة بعد وفاة الموصي و لا تحتاج إلى قبول ، واستدلوا بأنه لا يكون للحمل ولي إلا بعد الوضع. كما أن الوصية شبيهة بالميراث من حيث الخلافة، فالوارث يخلف المورث و تثبت له الملكية دون قبول ، فكذلك الوصية³³⁹ ، بينما يرى الجمهور بأن الوصية للحمل تتوقف على القبول من الولي أو الوصي³⁴⁰ .

أما المشرع الجزائري فيمكن القول أنه أخذ برأي الجمهور، لأن المشرع اشترط القبول في الوصية طبقا للمادة 197 ق.أ السابقة الذكر، و القبول للجنين يكون بواسطة وليه أو وصيه.

و في الأخير سواء كان القبول تلقائي أو بواسطة ولي، فما دام أن الوصية هي لصالح الجنين و تحقق حماية له فينبغي أن تكون له.

و يجب الإشارة إلى أن حماية المشرع للقاصر سواء كان حملا أم لا كانت ضئيلة، لكون مشرعنا تناول الوصية في قانون الأسرة كقواعد عامة تنطبق على الراشد و القاصر دون تفصيل، لكن مع ذلك يمكن القول بأن مجرد اعتراف القانون للقاصر و خاصة الحمل بالوصية يعد حماية له.

³³⁹ - عيسى أمعيرة ، المرجع السابق ، ص.81.

³⁴⁰ - عيسى أمعيرة ، نفس المرجع .

هذا جل ما يمكن قوله عن حماية المشرع لحق القاصر و الحمل في الوصية ، فهل حاول المشرع حمايتهما كذلك في الهبة؟ و هذا ما سنراه ف الفرع الثاني.

الفرع الثاني

حماية حق القاصر في الهبة

المشرع الجزائري على خلاف التشريعات العربية الأخرى، كالمشرع المصري الذي نص على الهبة في القانون المدني ، فمشرعنا نظمها في قانون الأسرة من المادة 202 إلى المادة 212 ق.أ³⁴¹.

و رغم أن التعريفات من مهمة الفقه، غير أن المشرع الجزائري قد عرّف الهبة في المادة 202 ق.أ على أنها: " تملك بلا عوض"³⁴² ، و من مقوماتها أنها تتم بين الأحياء، و أن يرد التصرف على مال و بدون عوض بقصد التبرع³⁴³.

أولا : مدى حماية الهبة للقاصر

³⁴¹ - و قد عرف المشرع المصري الهبة في المادة 486 من القانون المدني المصري على أن: " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض و يجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب القيام بالتزام معين " ، و هذا التعريف هو ذات التعريف الذي أورده المادة 454 من القانون المدني السوري و المادة 475 من القانون المدني الليبي... الخ ؛ محمد حسنين ، عقد الهبة في التشريع الجزائري ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، جامعة بن عكنون ، كلية الحقوق ، 1987 ، ع. 1 ، ص.552 ؛ جمال الدين طه العاقل ، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي و بين القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، مجلة الأمن و القانون ، كلية شرطة دبي ، 1998 ، ع. 1 ، ص.18.

³⁴² - و يعرفه الحنفية بأنها: " تملك العين بلا عوض في الحال " ، أما الحنابلة و الزيدية يعرفونها بأنها تملك في الحياة بغير عوض ، و المالكية بأنها: تملك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض ، أما الشافعية فيعرفونها بأنها : تملك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعا ؛ شمس الدين أحمد بن قودر ، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار تكملة شرح فتح القدير للإمام ابن همام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي ، ج. 9 ، ط. 1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، د.س.ن ، ص.20 ؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج. 7 ، ط. 1 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، د.س.ن ، ص.116 ؛ محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.15 ؛ جهاد سالم جريد الشرفات ، أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي و القانون الأردني ، مذكرة ماجستير في الفقه و أصوله ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، جامعة آل البيت ، الأردن ، 1990 ، ص.330 ؛ محمد يوسف عمرو ، الميراث و الهبة دراسة مقارنة ، دار الحامد ، الأردن ، 2008 ، ص.221-222.

³⁴³ - رقية أحمد داود ، المرجع السابق ، ص.110.

تعتبر الهبة عقدا من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب و القبول إلى جانب توافر ركن الحيابة، مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق ، حيث يقوم هذا الأخير قبل تحريره عقد الهبة بالتحقق من أهلية الواهب، طبقا للمادة 203 ق.أ و التي تنص: " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسعة عشرة سنة (19) و غير محجور عليه " .

لأن إبرام عقد الهبة من طرف قاصر، يعتبر فعل ضار بالنسبة له ضرراً محضاً ، لذلك لا بد أن يتحقق الموثق من الشخص المقبل على الهبة بطلب من الأطراف تقديم شهادات الميلاد و بطاقات الهوية³⁴⁴ ، و عليه لا تصح هبة القاصر سواء كان مميز أو غير مميز .

أما الموهوب له فلم يشترط فيه المشرع أهلية التصرف ، و يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً³⁴⁵ ، لكن مع ذلك يجب أن نميز بين أمرين :

الأمر الأول : و المتمثل في ما إذا كان الموهوب له غير مميز أي أقل من 13 سنة و الواهب أجنبياً، هنا في هذه الحالة يقبل الهبة عنه وليه أو وصيه أو القيم عليه، و يجوز الشيء الموهوب بالنيابة عنه أيضاً وليه أو وصيه، و ذلك طبقاً للمادة 210 ق.أ: " إذا كان قاصراً ، أو محجوراً عليه يتولى الحيابة من ينوب عنه قانوناً " .

لكن المشرع الجزائري استغنى عن ركن الحيابة في عقد الهبة إذا كان الواهب ولي الموهوب له ، مكتفياً بالتوثيق و الإجراءات الإدارية³⁴⁶ ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 فبراير 1982³⁴⁷ و التي جاء فيها: " إن الهبة في الشريعة الإسلامية تنعقد و تصبح بمجرد القبول و القبض و أن المذهب المالكي يجعل الحيابة في الهبة من شروط الكمال غير أن الأب يجوز لإبنه الصغير الذي في ولاية نظره و للكبير السفهيه كما ورد في بداية المجتهد و قد ثبت من الرجوع إلى القرار المنتقد

³⁴⁴ - حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص.26.

³⁴⁵ - محمد بن أحمد تقيية ، المرجع السابق ، ص.110.

³⁴⁶ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.174.

³⁴⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1982/02/22 ، ملف رقم 26990 ، نشرة القضاة ، 1982 ، ع. خاص ، ص.273.

و الوثائق أن الأب حاز لأولاده الصغار وقتئذ مما جعل الهبة صحيحة في حقهم خاصة أنه يظهر أن الأب اعتصر لأولاده في وقت ما ...".

و من خلال هذا القرار، يتضح أن حيازة الأب للهبة التي منحها للقاصر في مكانه لا تجعل الهبة باطلة بسبب انعدام ركن الحيازة، وإنما تعتبر صحيحة و مستوفية لكل شروطها.

الأمر الثاني: إذا كان الموهوب له مميّزاً، في هذه الحالة يجوز له قبول الهبة و حيازتها دون الحاجة إلى إذن الولي أو غيره، لأنها من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً.

أما إذا اقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، و تتوقف صحتها طبقاً للمادة 83 ق.أ على إجازة الولي، أو الوصي، أو إذن القاضي³⁴⁸ حيث تنص: " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء " .

و هذا كله حماية للقاصر، لأنه قد يكون هناك شرط يتنافى مع مصلحته المالية، بل و حتى مصلحة القاصر الشخصية.

أما بالنسبة للجنين، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين معارض منح الهبة للجنين و هم جمهور الفقهاء و بين مؤيد لها و هو المذهب المالكي .

و يرى جمهور الفقهاء بأن الهبة للحمل المستكن باطلة لأن الهبة إيجاب و قبول و الجنين لا يقدر على القبول، و ليس له ولي يقبل عنه و هذا بخلاف الوصية و الوقف اللذان يتمان بإرادة منفردة ،

³⁴⁸ - محمد بن أحمد تقيّة ، المرجع السابق ، ص.112.

كما يرون أن الهبة هي عقد تمليك و لا تتم إلا بالقبض في الحال، و الجنين ليس أهلا للملك، و يستحيل عليه القبض لعدم وجوده حقيقة³⁴⁹.

أما الجانب المؤيد الهبة للجنين، هو المذهب المالكي و كذا المشرع الجزائري في المادة 209 ق.أ بقولها: " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا " ، و نفس الشيء ذهب إليه القانون الفرنسي في المادة 906 ق.م.ف: "Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation .

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable."³⁵⁰

و من ثمّ ، نرى بأن المشرع الجزائري قد حمى الحمل في الهبة عندما لم يشترط فيه إلا أن يولد حيا أخذا بالمذهب المالكي³⁵¹ ، لأنه في الحقيقة ليس هناك ما يدفع إلى حرمان الحمل أو الجنين مما قد يوجب له بدعوى توقف الهبة على القبول، لأن العلة التي اعترف بها القانون للجنين بأهلية الوجوب هي المحافظة على مصالحه. و هي حكمة تتحقق في كل ما يفيد فائدة محضة ، دون تفرقة بين حق يتوقف على قبوله ، و حق لا يتوقف على ذلك. و يمكن القول أن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق المالية في القانون إنما تنحصر في نطاق الحقوق التي تنفعه نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول و ما لا يتطلبه، ذلك أن في الحقوق التي تتطلب القبول كالهبة فإن هذا القبول يملكه الولي أو الوصي أو المقدم نيابة عن الجنين³⁵².

³⁴⁹ - أنظر ، شفيق حادي ، حكم الهبة للجنين ، مجلة الفقه و القانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية ، 2013 ، ع. 4 ،

ص.99 ، الموقع: www.majalah.new.ma

³⁵⁰ - المادة 906 ق.م.ف: " يكفي في أهلية الموهوب له للقبول أن يكون حملا وقت الهبة .

و يكفي في أهلية الموصى له قبول الوصية أن يكون حملا وقت وفاة الموصي .

غير أنه لا يترتب على الهبة أو الوصية آثارها إلا إذا ولد الطفل حيا " .

³⁵¹ - شفيق حادي ، المرجع السابق ، ص.101.

³⁵² - محمد مومن ، المرجع السابق ، ص.502.

ثانيا : مدى حماية القاصر في الرجوع عن الهبة

القاعدة العامة أن الهبة عقد ملزم ، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء، و يكون ذلك في الهبة الصادرة من الأبوين³⁵³ إذا وهبا لولدهما ، إلا في حالات أربع لا يجوز الرجوع فيهما ، ثلاثة منها نصت عليها المادة 211 ق.أ و الرابعة جاءت في المادة 212 ق.أ وهذه الحالات هي :

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 18 ماي 2005³⁵⁴ و الذي جاء فيه: " لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب " .

4- إذا كانت الهبة بقصد المنفعة العامة.

هذا الرجوع الذي أجازته المشرع للأبوين لم يحدد فيه سن معينة، بمعنى قد يرد الرجوع عن الهبة من طرف الأبوين على شخص بالغ كما قد يرد على شخص قاصر ، و كان من المستحسن لو أن المشرع قد فرق في الرجوع عن الهبة بين الموهوب له البالغ و الموهوب له الراشد. إذ أن البالغ إذا ما أرجع الهبة التي قدمت له يستطيع تعويضها بطريقة أخرى، لكن إذا ما رجع الواهب عن الهبة التي قدمها للقاصر فإن ذلك سيضر بالقاصر و يؤدي إلى إنقاص من ذمته المالية، و من الأفضل و حماية

³⁵³ - محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص.520.

³⁵⁴ - حيث جاء في القرار بالتفصيل: " لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة ، إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب.

و لما كان من الثابت- في قضية الحال- بأن الموهوب له (ب.ع) تصرف في الشقة التي وهبها له والده (ب.ع) بموجب عقد الهبة المؤرخ في 1992/07/08 و من ثم لا يصوغ للأب الرجوع عن هبته طبقا للمادة 3/211 من ق.أ لكون الموهوب له (ب.ع) وهب بدوره الشقة لزوجته بموجب عقد الهبة مؤرخ في 2001/02/19 المشهر بالمحافظة العقارية بقسنطينة يوم 2002/03/19 و حيث أنه فضلا عما سبق ذكره أن الواهب تصرف في الشقة الموهوبة له قبل رفع دعوى الرجوع من قبل الواهب و من ثم يتجلى أن قضاة الموضوع قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية و أعطوه الأساس القانوني المطلوب؛" المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2005/05/18 ، ملف رقم 330258 ، م.م.ع ، 2005 ، ع.2 ، ص.377.

للقاصر لو أن المشرع يجعل الرجوع عن الهبة يخضع لرقابة قاضي شؤون الأسرة ، ليقوم هذا الأخير بتقدير ما إذا كان هذا الرجوع فيه ضرر كبير للقاصر أم لا.

بالإضافة إلى هذا، هناك حالة مهمة تشكل حماية كبيرة للقاصر نص عليها المذهب المالكي، و كان من المستحسن من المشرع الجزائري لو أخذ بها، و هي في حالة ما إذا كان الابن صغير يتيم الأب، و الأم هي التي قدمت الهبة، هنا في هذه الحالة لا يجوز لها الرجوع عن الهبة³⁵⁵، لكي لا يجتمع على القاصر ألمان ألم اليتيم و ألم الحرمان.

بالإضافة إلى هذا، هناك نقطة مهمة نص عليها القانون الفرنسي في المادة 953 ق.م.ف و التي جاء فيها:

"La donation entre vifs ne pourra être révoquée que cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, cause de survenance d'enfants."³⁵⁶

و من خلال هذه المادة، يتضح لنا بأن المشرع الفرنسي قد أجاز للشخص الواهب الرجوع عن الهبة إذا صار لديه ولد، و ذلك لأن السماح برجوع الأموال إلى الأب الواهب سيساهم في مساعدة الأب في تربية المولود الجديد، و ضمان له العيش في رفاة و هذا كله لحماية القاصر.

المطلب الثالث

حماية حق القاصر في الوقف³⁵⁷

³⁵⁵ - أنظر ، حسن محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2004 ، ص.80 ؛ محمد بن أحمد تقية ، المرجع السابق ، ص.286 ؛ عمر كركوكلي ، رجوع الأب في هبته ، مجلة الحق ، دبي ، د.س.ن، ص.57.

³⁵⁶ - المادة 953 ق.م.ف: " لا رجوع في الهبات بين الأحياء إلا بسبب عدم تنفيذ الشروط التي قامت عليها الهبة ، أو بسبب الجحود ، أو بسبب إنجاب ولد."

قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوقف ، فعرفها الحنفية بأنها: " حبس العين على ملك الواقف و التصديق بالمنفعة "358، و هذا ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا بتاريخ 19 ديسمبر 2001 حيث جاء فيه: " من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي ... "359.

أما جمهور الفقهاء و هم كل من أبو يوسف و محمد بن الحسن الشيباني ، و الشافعية و الحنابلة يرون بأن " الوقف هو حبس العين على أن تكون مملوكة لأحد من الناس و جعلها على حكم الله تعالى و التصديق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء و انتهاء "360، أما المالكية فقد عرفوها بأنها " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه و لو تقديرا "361.

لكن إذا كان يصح الوقف على الولد شرعا (الفرع الأول)، فإن صحة ذلك في القانون الجزائري مشكوك فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الوقف على الولد شرعا

357- الوقف لغة : هو الحبس و المنع ، و هي مشتقة من وقف يقف وقفنا و وقفنا أي دام قائما و سكنا ، و يقال وقف الدار أي حبسها في سبيل الله ؛ أنظر ، الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ج. 3 ، المرجع السابق ، ص.212 ؛ فؤاد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ، ط.25 ، دار المشرق ، لبنان ، 1986 ، ص.935.

358- هذا تعريف أبي حنيفة على اعتبار أن حقيقة الوقف تبرع بالمنفعة دون العين ، و عليه المستفيدين من الوقف حسب رأيه يستفيدون من منفعة أو غلة الوقف ولا يملكون التصرف بربقته ؛ محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدي ، ج. 3 ، ط.2 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1987 ، ص.358.

359- أنظر ، المحكمة العليا ، غ.ع ، 2001/12/19 ، ملف رقم 223224 ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، 2004 ، ع. 1 ، ص.147.

360- أنظر ، نسيم شيخ ، الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2010 - 2011 ، ص.186.

361- أنظر ، أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية ، ج.1 ، ط.1 ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، 1993 ، ص.539 ؛ إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي ، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية ، ط.1 ، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري ، دبي ، 2003 ، ص.23.

يعتبر الوقف سنة مجمع عليها و له أثر عظيم في نفع المرء نفسه عند لقاء ربه ، لقوله عليه الصلاة و السلام: " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية ، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له "362 .

و قد اعترفت الشريعة الإسلامية بحق الوقف للولد بل و للحمل في بطن أمه ، ما دام يتم بإرادة منفردة و متوفر لكل شروطه (أولا) ، لكن مع ذلك يجب أن تتوفر في الوقف صيغ معينة تدل على أن هذا الوقف للولد (ثانيا) .

أولا : ماهية الوقف للولد

يسمى كذلك بالوقف الأهلي أو الذري ، و معناه أن يوقف في ابتداء الأمر على نفس الواقف أو على شخص أو أشخاص معينين من أهله ، و لو جعل آخره لجهة خيرية كأن يقف على نفسه ثم على أولاده ، ثم من بعدهم على جهة خيرية .

أما دليل مشروعيته، فيجب الإشارة إلى أن الوقف في بداية الإسلام كان يهدف للخير العام، يشترك فيها الواقف و أهله و أقاربه و سائر الناس، فقد روي أن الحوائط السبعة التي وقفها النبي

صلى الله عليه و سلم كان يأكل هو منها و يطعم.³⁶³

ثم بدأ الصحابة بعد ذلك يجسسون الأموال على أولادهم، و يرون في ذلك وسيلة لصيانة المال عن التبديد، و لدوام انتفاع الذرية منه. كما جاء في وقف الزبير بن العوام رضي الله عنه، إذ وقف دوره

³⁶² - أنظر ، أحمد بن عبد العزيز الحداد ، من فقه الوقف ، ط.1 ، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري بإدارة البحوث ، دبي ، 2009 ،

ص.17.

³⁶³ - أنظر ، مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، ط.2 ، دار عمار ، الأردن ، 1998 ، ص.15.

على أولاده ، و أخرج منها البنت التي استغنت بزوج³⁶⁴ ، و هذا زيد بن ثابت الذي حبس داره على ولده و على أعقابهم ، بحيث لا تباع و لا توهب و لا تورث.³⁶⁵

فهذا الجانب من الصحابة الذين حبسوا أموالهم على أولادهم و أعقابهم ، يسمون الوقف الذري صدقة لما فيها من ترجيح برهم ، و صيانة المال لطبقاتهم ، و دوام نفعه فيهم .

إلا أن هناك من الصحابة من رفض الوقف الذري خوفا من ضياع الميراث ، فقد روي عن أبو بكر الخصّاف ، عن عبد الله بن جعفر عن أم بكر بنت المسور ، عن أبيها أنه قال : " حضرت عمر بن الخطاب ، حيث قرأ علينا كتاب صدقا و عنده المهاجرون ، فتركت - أي لم أتكلم - و أنا أريد أن أقول يا أمير المؤمنين إنك تحتسب الخير و تنويه ، و إني أخشى أن يأتي رجال قوم لا يحتسبون مثل حسبتك ، و لا ينوون مثل نيتك ، فيحتجون بك فتقطع الموارث ... " ³⁶⁶.

و بناء على هذا ، أجاز الفقهاء الوقف على الأولاد و الذرية الموجودة منهم و التي ستوجد في المستقبل ، و يدخل في الموجود من الذرية الجنين³⁶⁷ ، فإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اعترفوا للجنين بالوقف ، غير أنهم اختلفوا حول تحديد بداية الاعتراف .

فالمالكية يرون بصحة الوقف على من سيولد ، ما لم يحصل مانع من الرجوع كالموت ، إلا أنه غير لازم بمجرد العقد بل يوقف لزومه إلى أن يوجد ، و نفس الشيء ذهب إليه الحنفية لكن يشترطون أن يكون الجنين تبعا للذرية³⁶⁸ .

³⁶⁴ - مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، المرجع السابق ، ص.16.

³⁶⁵ - أنظر ، صورية زردوم بن عمار ، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2009-2010 ، ص.32.

³⁶⁶ - مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، المرجع السابق ، ص.17.

³⁶⁷ - علي بن محمد بن رمضان ، المرجع السابق ، ص.233.

³⁶⁸ - علي شيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص.164 - 165.

أما الشافعية³⁶⁹ و الحنابلة،³⁷⁰ فلم يجيزوا الوقف على الحمل إلا بعد انفصاله لكي يصبح صالح للتملك.

و السبب الذي جعلنا ندخل الوقف الذري ضمن حماية القاصر، هو تضمنه للإحسان و البر بالأجيال القادمة، و ذلك بما يحققه من رفاهية لهم و تخفيف لمعاناتهم.³⁷¹ كما يشكل الوقف الذري حلا في بعض المواقف مثل قضية الموارث، عندما يجرمون أولاد الولد المتوفى من ميراث جدهم نتيجة موت والدهم ، فيعتبر الوقف بجانب الوصية الواجبة أحد الحلول المناسبة.³⁷²

لكن لكي ينعقد الوقف الذري يجب توفر شروط في الواقف و في الموقوف عليه ، فبالنسبة للواقف يجب أن يكون بالغاً ، فلا يصح وقف القاصر سواء كان مميزاً أو غير مميز، لأن غير المميز ليس أهلاً للتصرفات مطلقاً ، و المميز ليس أهلاً للتبرعات و لو أذن له وليه، لأن هذا الأخير لا يحق له التبرع من مال الصبي.³⁷³

أما الموقوف عليه فيجوز أن يكون قاصر، لأن الفقهاء³⁷⁴ اتفقوا على أن قبول الموقوف عليه ليس ركناً في الوقف، و ليس شرطاً في صحته و لا في استحقاقه إذا كان غير معين³⁷⁵، أما في حالة ما إذا كان الموقوف عليه معين، فقد اختلف الفقه حوله³⁷⁶.

³⁶⁹ - أنظر ، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين بن الخطيب الشربيني ، ج. 2 ، ط. 1 ، دار المعرفة ، لبنان ، 1997 ، ص. 488.

³⁷⁰ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المرجع السابق ، ص. 195.

³⁷¹ - أنظر ، منذر قحف ، الوقف الإسلامي تطوره ، إدارته ، تنميته ، ط. 2 ، دار الفكر ، سوريا ، 2006 ، ص. 115.

³⁷² - أنظر ، سليم هاني منصور ، الوقف و دوره في المجتمع الإسلامي المعاصر ، ط. 1 ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، د.م.ن ، 2004 ، ص. 57.

³⁷³ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص. 177 ؛ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2003 ، ص. 256.

³⁷⁴ - و هم كل من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة وحتى الإمامية.

³⁷⁵ - فمثلاً لو أن الواقف وقف عمارة على الفقراء، صح الوقف بإيجاب الواقف وحده و دون توقف على قبول الفقراء.

³⁷⁶ - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام...، ج. 10 ، المرجع السابق ، ص. 429 و ما بعدها.

فالجهور، و هم كل من الحنفية و الشافعية و الحنابلة، يرون بأن القبول ليس شرطا في صحة الوقف و لا في استحقاقه، فيصح الوقف و إن لم يصدر قبول من الموقوف عليه. فإن رده و كان أهلا للرد بطل استحقاقه و انتقل إلى من جعله الواقف مستحق بعده ، و إن لم يكن أهلا للرد فينوب عنه وليه أو وصيه، لكن يبقى النائب هو الآخر ليس له الحق في الرد، لأن ذلك يترتب عنه ضرر محض في حق القاصر³⁷⁷.

أما المالكية و الحنابلة، فيعتبران القبول شرطا في صحة الوقف و استحقاقه، إن كان الموقوف عليه أهلا للقبول، و إن لم يكن كذلك فيشترط قبول وليه أو وصيه أو القيم عليه، فإن تم القبول منه أو من وليه أعتبر الوقف صحيحا ، و إن رده الولي أو الوصي بطل الوقف³⁷⁸.

و في الأخير، يجب الإشارة إلى أن تقسيم منفعة الوقف تكون بحسب ما حدده الواقف لكل واحد منهم، لكن من الأحسن لو يتركه الواقف دون تحديد ، و يقسم الوقف حسب قسمة الله تعالى للميراث بينهم طبقا لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين³⁷⁹.

هذا بالنسبة لماهية الوقف، لكن ما هي الصيغ الدالة على أن هذا الوقف للولد؟

ثانيا : الصيغ الدالة على الولد الموقوف عليه :

الصيغة هي العبارة التي يؤدي بها الوقف³⁸⁰ و يجب أن تكون دالة على الحبس، بحيث تتوفر على مجموعة من الشروط بداية من التأبيد، و يقصد به عدم اقتزان صيغة الوقف بما يدل على التأقيت

³⁷⁷ - أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف ... ، المرجع السابق ، ص.246.

³⁷⁸ - أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف ... ، نفس المرجع.

³⁷⁹ - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام ... ، ج. 10 ، المرجع السابق ، ص.441 ؛ رقية أحمد داود ، المرجع السابق ، ص.115.

و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء³⁸¹. ما عدا الملكية الذين أجازوا تأقيت الوقف لمدة سنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكا للواقف أو غيره.³⁸²

كما يشترط في الصيغة التنجيز، و هو أن لا يعلق الوقف على شرط غير كائن و لا إضافة إلى المستقبل ، لأن الوقف فيه معنى التملك،³⁸³ كما يجب أن لا تقترن الصيغة بشرط باطل يخالف مقاصد الوقف الشرعية ، كأن يجبس المرء أرضه و يشترط لنفسه حق بيعها أو رهنها أو هبتها،³⁸⁴ و ذلك باتفاق المذاهب الأربعة للشريعة الإسلامية.³⁸⁵

بالإضافة إلى أنه يجب أن تكون الصيغة جازمة، بحيث لا ينعقد الوقف بالوعد و لا بصيغة فيها خيار الشرط، لأن خيار الشرط لا يجعل الصيغة جازمة و باثة. فإذا توافرت هذه الشروط كانت صيغة الوقف صحيحة، لكن يجب أن تتم بالفاظ معينة حتى يفهم أنها وقف ذري ، و من هذه الصيغ ما يلي :

أ - وقفت على أولادي أو على ولدي أو على ولد فلان :

حتى و لو أضاف جملة ثم من بعدهم على الفقراء، فهذه من أكثر الصيغ المتداولة في الوقف

³⁸⁰ - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع ... ، المرجع السابق ، ص.273.

³⁸¹ - و هم كل من الحنفية و الحنابلة و الشافعية ؛ خير الدين بن مشرنن ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية،

كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011-2012 ، ص.42.

³⁸² - سليم هاني منصور ، المرجع السابق ، ص32-33.

³⁸³ - مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، المرجع السابق ، ص.46.

³⁸⁴ - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع ... ، المرجع السابق ، ص.273.

³⁸⁵ - و قد نص المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف رقم 91-10 على ما يلي: " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف " ، و من أمثلة الشروط الباطلة عدم لزوم الوقف وهذا باطل بنص القانون في المادة 16 من نفس القانون: " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ، أو ضارا بمحل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه " ؛ قانون 91 - 10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف ، ج.ر ، ع . 21 ، الصادرة في 8 ماي 1991 ، ص.691-692.

الذري، و الفقه الإسلامي اختلف في تفسير هذا النوع من الصيغ. فالحنابلة فسروه على أنه يشمل أولاده و أولاد أولاده الذكور فقط، فلا يدخل في الوقف أولاد البنات، إلا إذا وجدت قرينة تدل على ذلك³⁸⁶.

و هناك بعض الحنابلة³⁸⁷ يرون أن ولد الولد لا يدخل في هذه الصيغة ، سواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات، لأن الولد حقيقة و عرفاً إنما هو الولد الصليبي، و يسمى ولد الولد ولداً على سبيل المجاز و هذا ما ذهب إليه كذلك الشافعية.³⁸⁸

أما الحنفية فيرون أنه إذا وجد الأحفاد و لم يكن هناك أولاد صليبيون لهم الحق في الوقف، وفي هذا يقول محمد أبو زهرة أن كلمة ولدي لا تشمل أولاد أولاده، لأنه اقتصر في الاستحقاق على طبقة واحدة.

لكن إذا لم يكن له ولد من صلبه وقت الوقف وكان له حفيد أو حفدة ، استحقوا سواء كان ولد الابن ذكراً كان أو أنثى ، و يكون الاستحقاق لأولاد الابن دون غيرهم من أولاد البنات. ودائماً الطبقة الأولى من الأحفاد هي الأسبق بالوقف من الطبقة التي تليها ، لكن إذا ولد للواقف ولد بعد ذلك أرجع الوقف له.³⁸⁹

ب - وقفت على أولادي و أولادهم و نسلهم :

³⁸⁶ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، المرجع السابق ، ص.195.

³⁸⁷ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179.

³⁸⁸ - أنظر ، أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، ج. 1 ، ط. 1 ، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، 1997 ، ص.427.

³⁸⁹ - أنظر ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، مطبعة أحمد علي مخيمر ، مصر ، 1959 ، ص.318.

تشمل هذه الصيغة الوقف على أولاد الذكور، أما أولاد البنات فعند بعض الحنابلة و بعض المالكية لا يدخلون في الوقف،³⁹⁰ أما الشافعية³⁹¹ و بعض الحنابلة فيدخلون في الوقف أولاد البنت، لأن البنات أولاد الواقف و أولادهن أولاد حقيقة.³⁹²

ج - وقفت على ولدي و ولد ولدي³⁹³ :

تشمل هذه الصيغة على البطن الأول و البطن الثاني ، و إذا أضاف طبقة أخرى كقوله و ولد ولدي، دخل في الوقف ثلاثة بطون دون غيرهم .

و قد اختلف فقهاء الحنفية حول ما إذا كانت تشمل أولاد البنات أم لا ، فالبعض قال بأنه ما دام الولد ينسب لأبيه لا لأمه فهو لا يدخل في مصطلح ولد ولده ، أما البعض الآخر قال أنه يدخل في مصطلح ولد ولده، لأن البنت ولدته بالفعل و ولادتها حقيقية و ثابتة و قطعية و بالتالي يستحق الوقف.³⁹⁴

د - وقفت على ذريتي أو نسلي أو عقبي أو أهل بيتي :

إذا كان الوقف بلفظ الذرية أو النسل، فإنه يدخل في الوقف كل من ينتسب إلى الشخص ، سواء كان من أولاد البنات الذين يسمون أولاد البطون، أو من أولاد الأبناء الذين يسمون أولاد الظهور.³⁹⁵

³⁹⁰ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179 .

³⁹¹ - أنظر ، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، ط. 1 ، دار ابن حزم ، لبنان ، 2002 ، ص.945.

³⁹² - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179.

³⁹³ - أنظر ، خير الدين فنطازي ، نظام الوقف في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2006-2007 ، ص.20.

³⁹⁴ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.179.

³⁹⁵ - محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ... ، المرجع السابق ، ص.325.

و إذا كان الوقف بلفظ العقب، كقوله وقفت على العقب أو على عقي ، يشمل كل أولاده الذين لا تتوسطهم أنثى أي أولاد الأبناء دون أولاد البنات. و لو قال وقفت على آلي أو أهل بيتي، تشمل هذه الصيغة كل من يتصل بالواقف عن طريق الذكور، كأعمامه و أبناء عمومته و أولاده ذكورا و إناثا، و كل أولاد الذكور من ذريته دون أولاد الإناث.³⁹⁶

هـ - وقفت على أقاربي و ذوي الرحم :

تدل هذه الصيغة على استحقاق غلة الوقف لكل من تشمله كلمة قرابة سواء أكانت من جهة الأم، أو من جهة الأب ، و تشمل الأصول و الفروع و المحارم و غير المحارم.³⁹⁷

هذا جل ما يمكن قوله عن الوقف من الناحية الشرعية، لكن ما حكم الوقف على الأولاد و خاصة القصر من الناحية القانونية؟

الفرع الثاني

الوقف في القانون الجزائري

يعتبر الوقف في القانون الجزائري، مجموعة أموال تتمتع بالشخصية المعنوية حسب المادة 49 ق.م³⁹⁸، بحيث تبدأ بتمام تكوينه دون حاجة إلى ترخيص خاص ، و تنتهي بانتهاء مدته إن كان

³⁹⁶ - هجيرة نشيدة مداني ، المرجع السابق ، ص.180.

³⁹⁷ - هجيرة نشيدة مداني ، نفس المرجع

³⁹⁸ - المادة 49 ق.م : " الأشخاص الاعتبارية :

- الدولة، الولاية، البلدية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- الشركات المدنية و التجارية،

- الجمعيات و المؤسسات ،

- الوقف

- كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية "

مؤقتا أو بانقراض الموقوف عليهم ، أو بناء على حكم من القضاء إذا ما تحرب أعيانه بصورة تؤدي إلى زواله.³⁹⁹

و إذا كان الوقف معترفا به في القانون الجزائري (أولا) ، إلا أن موقف المشرع من الوقف الذري أصبح غير واضح خاصة بالتعديل الجديد رقم 02-10 (ثانيا).

أولا : صحة الوقف

رغم أن القانون ليس مهمته التعريف كما قلنا، إلا أنه رغم ذلك عرف الوقف في كل من قانون الأسرة و حتى قانون الأوقاف رقم 91-10، و ذلك من جهة لكي يحسم الأمر في اختلافات فقهاء الشريعة الإسلامية و من جهة أخرى نظرا لأهمية الوقف في وقتنا الحالي.

فنصت المادة 213 ق.أ على أنه: " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"⁴⁰⁰، و المادة 4 من قانون الأوقاف 91-10: " الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة يثبت وفق الإجراءات المعمول بها ، مع مراعاة أحكام المادة المذكورة أعلاه ".

غير أنه يعاتب على المشرع في مصطلح العقد، لأن الوقف يكون بالإرادة المنفردة للواقف و العقد كما نعلم توافق الإيجاب مع القبول.

و حماية للقاصر، رفض المشرع الوقف الذي يأتي من طرف القاصر سواء كان مميزا أو غير مميز، و لو أذن بذلك الوصي طبقا للمادة 30 من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف⁴⁰¹، و يصح الوقف له لأنه من الأفعال النافعة له. لكن المشكل الذي يطرح هو هل يصح الوقف للجنين خاصة و أن قانون الأسرة لم يتكلم عنه؟.

³⁹⁹ - أنظر ، مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1986 ، ص.514.

⁴⁰⁰ - و نفس التعريف عرفته المادة 3 من قانون الأوقاف 91-10 : " الوقف حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير " ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 19/05/1998 ، ملف رقم 189265 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، 2001 ، ع. خاص ، ص.308.

تنص المادة 13 من قانون 91-10: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا.

فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

فالمشروع اشترط في الموقوف عليه أن يكون معلوما، و عليه إذا وجد الجنين وقت الوقف يكون بذلك معلوما و يكون الوقف له صحيح ، غير أنه لا يستحقه إلا بعد وجوده و هو ولادته من بطن أمه حيا، بالإضافة إلى قبوله و هذا يتم من طرف من ينوب عنه طبقا للمادة 81 ق.أ.

ثانيا: صحة الوقف الذري

لقد نص المشرع الجزائري على الوقف الذري منذ سنة 1964 بموجب المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن الأملاك الحبسية⁴⁰²، حيث جاء في المادة 1 منه: " تنقسم الأملاك الحبسية أو الموقوفة إلى قسمين :

الأحباس العمومية و الأحباس الخاصة... " ، ثم أشار إلى مشتملات الوقف الخاص في الفقرة الأخيرة من المادة بقوله: " ... أما الأحباس الخاصة ، فتشمل أملاكا يخصص المحبس منفعتها لمستحقين معينين ، وعند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف".

ثم ضبط المشرع تعريفه أكثر من خلال قانون الأوقاف 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 في المادة 2/6 التي نصت: " ... الوقف الخاص هو ما يجسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث

⁴⁰¹ - كما اشترط المشرع لصحة الوقف أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكا مطلقا ، و أن يكون الواقف مما يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين طبقا للمادة 10 من قانون الأوقاف 91-10 ، و أن يكون بالغا و عاقلا غير مكره ، و يشترط في المال المحبس أن يكون معينا تعينا ينفي الجهالة و خال من كل نزاع طبقا للمادة 215 ق.أ.

⁴⁰² - أنظر ، مرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 10 جمادى الأولى 1384 الموافق ل 17 سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة ، ج.ر، ع.35 ، الصادرة في 25 سبتمبر 1964 ، ص.564.

أو على أشخاص معينين ، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم ".⁴⁰³

كما نصت المادة 07 من نفس القانون: " يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم"، و يجوز للواقف في نفس القانون أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف، إذا اشترط لنفسه ذلك عند انعقاد العقد، كأن يشترط بأن يؤول الوقف بعد أبنائه إلى أبنائهم، ثم يلغي أحفاده و يستبدلهم بإخوته، المادة 14⁴⁰³ و 15⁴⁰⁴ و 16⁴⁰⁵ من نفس القانون.

فالوقف الذري كما قلنا سابقا هو حماية للقاصر و يحقق مصلحة له ، لكن أصبح يستعمل خارج الهدف الذي وضع لأجله و هو البر و التكفل بالأجيال القادمة. بحيث أصبح يميز فيه بين الذكر و الأنثى ، و ذلك بأن يوقف للذكور و يحرم الإناث أو العكس يوقف للبنات و يحرم الذكور، وذلك لحرمان فئة معينة من الميراث.

و قد جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 10 فيفري 1971 ، بصحة الوقف الذي فضل فيه الذكور على الإناث بعد أن نقض قرار مجلس قضاء باتنة الذي أبطل هذا الحبس . و كان قد علل مجلس قضاء باتنة قراره، على أن هذا الوقف يعطي امتيازا ظالما مخالفا لروح و مقاصد الشريعة الإسلامية ،غير أن المجلس الأعلى إعتبر الوقف على الذكور فقط صحيح على أساس مذهب أبي حنيفة حيث جاء فيه: " الحبس المؤسس على مذهب أبي حنيفة ليس للقضاة الإطالة بحجة تفضيلة الذكور على الإناث". غير أن قضاء المحكمة العليا قد تراجع عن رأيه في قراره بتاريخ 30 سبتمبر 1997 و الذي جاء فيه: " إن القرار الذي لا يكون معتمدا على أساس قانوني أو شرعي، يكون مشوبا بالانعدام في الأساس القانوني.

⁴⁰³ - المادة 14 : " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها "

⁴⁰⁴ - المادة 15 : " يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف " .

⁴⁰⁵ - المادة 16 : " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو للزوم ، أو ضارا بمحل الوقف ، أو بمصلحة الموقوف عليه " .

و متى تبين - في قضية الحال - أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه المحبس على زوجته و بناته و حرم ابنه الطاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور فإنه عرض قراره لانعدام الأساس القانوني و الشرعي.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه ."

و من خلال هذا القرار، يتضح أن قضاء المحكمة العليا قد رفض التفرقة بين الذكور الإناث في الوقف الذي ينطوي على نية سيئة، و هي غالباً حرمان فئة معينة من الميراث.

لأجل ذلك طالب العديد من القضاة، الذين صادفهم هذا النوع من الدعاوى بوقف هذا الظلم، كما حذروا من سوء نية الواقف الذي يعمد بوقفه حرمان بعض الورثة، أو إنقاص أو زيادة نصيب أحدهم⁴⁰⁶.

و لهذا ألغته العديد من الدول العربية و الإسلامية كتونس، ليبيا، مصر، سوريا، وحتى تركيا⁴⁰⁷، أما بالنسبة للمشرع الجزائري ففي بداية الأمر يبدو لنا أنه ألغى الوقف الخاص نهائياً بموجب القانون رقم 10-02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002⁴⁰⁸، و الذي ألغى بموجبه الفقرة الثانية من المادة 6 سالفه الذكر، كما ألغيت بقية المواد الأخرى المتعلقة بتنظيم الوقف الخاص و هم كل من المادة 13⁴⁰⁹ و المادة 7⁴¹⁰ و 19⁴¹¹ و 22⁴¹² و 47⁴¹³.

⁴⁰⁶ - أنظر ، نادية براهيمى ، الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1995 ، ص.64.

⁴⁰⁷ - ألغى الوقف في تونس بموجب أمر مؤرخ في 18/07/1957 ، و ألغى في ليبيا بموجب القانون رقم 16 لسنة 1973 ، و ألغى في سوريا بقانون مؤرخ في سنة 1936 ، و ألغى في مصر بالقانون رقم 180 لسنة 1952 ؛ خير الدين فنتازي ، المرجع السابق ، ص.25.

⁴⁰⁸ - أنظر ، قانون رقم 10-02 المؤرخ في 10 شوال 1423 الموافق ل 14 ديسمبر 2002 ، يعدل و يتمم القانون 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 و المتعلق بالأوقاف ، ج.ر ، ع.83 ، الصادر في 15 ديسمبر 2002.

⁴⁰⁹ - المادة 13 قبل التعديل: " الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً. فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله ، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية " . و أصبحت المادة 13 بموجب القانون 10-02 : " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون ، هو شخص معنوي ، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

لكن في الحقيقة هو لم يلغى الوقف الذري، على أساس المادة 1 من القانون 91-10 و التي تم تعديلها بموجب القانون 02-10، بحيث أصبحت كالتالي: " يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها " .

علما أنه لا يوجد حاليا تشريعا خاصا بالوقف الخاص حتى يتم اللجوء إليه عند الحاجة، و هو موقف يدل على تراجع المشرع الضمني تدريجيا عن التمسك بالوقف الخاص، و هنا في هذه الحالة سوف يترك لإرادة الواقف بدون تنظيم، و هذا قد يزيد من الفوضى بدلا من أن يجد منها⁴¹⁴.

هذا بالنسبة لحماية حق القاصر في النفقة و التملك لكن يجب الإشارة في نهاية هذا الفصل ، أن المشرع لم يترك هذه الحقوق التي تكلمنا عنها من نفقة و ميراث و تبرعات بدون إدارة، لكون هذه الأخيرة تحفظ مال القاصر و تحميته ، و هذا ما سنراه في الفصل الموالي.

⁴¹⁰ - المادة 7 من قانون 91-10: " يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم " .

⁴¹¹ - المادة 19: " يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص ، التنازل عن حقه في المنفعة و لا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف " .

⁴¹² - المادة 22: " تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين حسب شروط الواقف أو الذين صدر حكم القاضي بإلحاقهم الوقف و يؤول الوقف مباشرة بعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يحدد الواقف مال وقفه " .

⁴¹³ - المادة 47: " يحق لمصالح السلطة المكلفة بالأوقاف عند الاقتضاء ، الإشراف على الأوقاف الخاصة و ترقبها و ضمان حسن تسييرها حسب إرادة الواقف " .

⁴¹⁴ - خير الدين فنتازي ، المرجع السابق ، ص.23.

الفصل الثاني

حماية القاصر من خلال إدارة أمواله

نظرا لنقص قدرات القاصر و تفكيره المحدود، فإن حقوقه و مصالحه يتم إدارتها من طرف الغير، تحت نظام يسمى بالولاية، التي شرعت أصلا لحماية القاصر ، و هذا ما تنص عليه كل من المادة

81 ق.أ: " 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"، و المادة 44 ق.م: " يخضع فاقدو الأهلية، و ناقصوها ، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون".

و يمكن تعريف الولاية⁴¹⁵ ، بأنها صلاحية الشخص لإجراء تصرفات قانونية ترتب آثارها في حق الغير⁴¹⁶ ، أو هي السلطة التي يقرها القانون لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية، باسم و لحساب شخص غير كامل الأهلية.⁴¹⁷

و المعنى المقصود هنا بالولاية التي هي قيد دراستنا في هذا الفصل، هو معنى عام ينصرف إلى جميع الجهات التي يقوم فيها شخص بالتصرفات القانونية بدلا من آخر أو إلى جانبه، و يطلق على هذا الشخص الولي كما يطلق عليه الوصي أو المقدم ، و الدليل على ذلك أن المشرع تحت عنوان الولاية على أموال القاصر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، تناول كذلك إجراءات تخص الولاية و الوصاية و التقديم في المواد من 464 إلى 480 ق.إ.م.إ.

و قد تكلم المشرع الجزائري عن أحكام الولاية على أموال عديمي الأهلية و ناقصيها في قانون الأسرة، ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان النيابة الشرعية من المواد 81 إلى 125 ق.أ. و الجدير بالذكر أن تنظيم المشرع الجزائري لأحكام الولاية على المال، لم يكن بصفة واضحة و شاملة ، بحيث لا نجد نصا يميز بين الولاية على النفس و الولاية على المال . بل جاءت نصوص قانون الأسرة عامة تجمع بين الولايتين دون تخصيص، بالرغم من التعديل الأخير الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 و ما قام به من تعديل لنصوص الولاية، و ما جاء به

⁴¹⁵ - و تعرف الولاية لغة بأنها المصدر و الإمارة و السلطان ، و الولي هو المحب و الصديق و النصير ؛ محمد الدين محمد بن يعقوب بن الفيروز آبادي ، المرجع السابق ، ص.1344.

⁴¹⁶ - أنظر ، محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، دروس في نظرية الحق ، ج.2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2011 ، ص.598.

⁴¹⁷ - أنظر ، لبيب محمد شنب ، مبادئ القانون، المدخل للدراسات القانونية و النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، د.م.ن ، 1970 ، ص.95.

من نصوص مستحدثة ، بل حتى هناك من اعتبر أن قانون الأسرة يتميز بضعف كمي و كفي بشأن تنظيم المشرع لأحكام الولاية⁴¹⁸ .

لكن مع ذلك تبقى إدارة أموال القاصر من طرف الغير في حد ذاتها حماية له و سنقسم بذلك الموضوع إلى مبحثين، في المبحث الأول ، سنتكلم عن حماية أموال القاصر بالولاية بشكل عام ؛ أما المبحث الثاني فستكلم عن حماية أموال القاصر من خلال سلطات الولي على المال.

المبحث الأول

⁴¹⁸ - أنظر ، جيلالي تشوار ، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني ، مجلة علوم ، تكنولوجيا و تنمية ، الجزائر ، 2007 ، ع.1 ، ص.42.

حماية أموال القاصر بالولاية

إن الغرض من الولاية هو حماية أموال القاصر، و ذلك بأن يقوم شخص مقام القاصر في مباشرة التصرفات القانونية، التي لا يستطيع الانفراد بالقيام بها لانعدام أو نقص أهليته.

و ما يجب الإشارة إليه، أن النيابة الشرعية سواء الولاية أو الوصاية أو القوامة كلها تندرج ضمن كلمة واحدة شاملة و هي الولاية، غير أن الفقه قسمها إلى قسمين:

و هي ولاية أصلية و سميت كذلك لكون الشخص يحصل عليها مباشرة، و لا يحتاج للغير لكي يمنحها له (المطلب الأول)، و ولاية مكتسبة و هي مستمدة من الغير (المطلب الثاني) ، غير أن هذه الولاية سواء كانت أصلية أو مكتسبة ليست دائمة و إنما تنتهي دائما بأسباب معينة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

حماية أموال القاصر بالولاية الأصلية

حماية للقاصر يجب أن تتوفر في هذا الغير شروط معينة، حتى تكون أمواله في يد أمينة (الفرع الأول)، كما يجب تحديد من هم الأحق بالولاية الأصلية و ترتيبهم، حتى لا تكون أموال القاصر بدون شخص قريب يحميها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الولي الأصلي على المال

لم ينص المشرع الجزائري على شروط الولي الأصلي على المال، بل نص فقط على الشروط الواجب توافرها في الوصي في المادة 93 ق.أ. و كان من المستحسن بالمشرع الجزائري لو وضع هذه الشروط في الولي، و أسقطها بعد ذلك على الوصي⁴¹⁹.

لكن يبقى الحل دائما الرجوع إلى المادة 222 ق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية ، فهذه الأخيرة نجد أنها اتفقت نوعا ما على شروط يفرضها العقل و المنطق، لكي تحقق حماية أكبر للقاصر، و هي كل من كمال الأهلية (أولا)، و العدالة (ثانيا)، و اتحاد الدين (ثالثا) .

أولا: أن يكون الولي أهلا للولاية

يكون الشخص كامل الأهلية⁴²⁰ إذا كان بالغاً، عاقلاً، رشيداً طبقاً للمادة 40 ق.م و التي تنص: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة."

و الأهلية التي يجب أن تتوفر في الشخص لكي يكون ولياً على القاصر هي أهلية الأداء، و المقصود بها صلاحية الشخص لممارسة الأعمال القانونية باسمه و لحساب نفسه بقصد إحداث آثارها في شخصه أو ذمته المالية⁴²¹.

أما البلوغ ، فهو انتهاء مرحلة الصغر⁴²² و يتم معرفة ذلك إما بتوفر مجموعة من العلامات الطبيعية⁴²³ و هو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري ؛ و إما ببلوغ القاصر سن معينة و هي في القانون

⁴¹⁹ - تنص المادة 93 ق.أ : " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة." ، فما دام يشترط في الوصي أن يكون مسلماً و عاقلاً و بالغاً و أميناً ، فمن باب أولى أن يكون الولي مسلماً و بالغ و أميناً.

⁴²⁰ - الأهلية لغة : يقال أهله لذلك الأمر تأهيلاً و أهله ، رآه له أهلاً ، و استأهله استوجبه ، و منه قوله تعالى: " هو أهل التقوى و أهل المغفرة " ، و جاء في التفسير أنه عز وجل أهل لأن يتقي فلا يعصى و أهل المغفرة لمن اتقاه ؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفرقي المصري ، ج.2 ، المرجع السابق ، ص.163.

⁴²¹ - نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص.169.

⁴²² - محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، ج.5 ، المرجع السابق ، ص.97.

⁴²³ - و هذه العلامات منها ما هو مشترك بين الرجال و النساء ، كالإنزال و الإنبات و السن ، و منها ما هو خاص فقط بالنساء كالحيض و الحمل ؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج.8 ، المرجع السابق ، ص.508.

الجزائري 19 سنة طبقا للمادة 40 ق.م السابقة الذكر⁴²⁴، و يختلف البلوغ عن الرشد كون هذا الأخير أكمل مراحل الأهلية، و المقصود به حسن التصرف في المال وفق العقل و القانون، و عليه قد يرافق الرشد البلوغ و قد يتأخر عنه قليلا أو كثيرا⁴²⁵.

و من ثم، لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية، إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق، بداية بماله هو ثم الغير. فإذا كان الولي لا يصلح للتصرف في ماله و لا يستطيع النظر في مصالح نفسه، فمن باب أولى ألا يكون أهلا للنظر في مصالح غيره، باعتبار أن فاقد الشيء لا يعطيه⁴²⁶.

أما إذا كان الولي أهلا لمباشرة بعض الحقوق دون غيرها، ففي هذه الحالة يباشر الولي ما هو أهلا لمباشرته، أما ما ليس أهلا للتصرف فيه فتقيم المحكمة على القاصر متصرفا خاصا لمباشرته.⁴²⁷

⁴²⁴ - أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد اتفقوا على أن السن علامة من علامات البلوغ، لكنهم اختلفوا في مقدار السن التي إذا بلغها القاصر صار مكلفا، و انقسم الفقه إلى ثلاث أقسام:

القسم الأول: و هو رأي كل من الشافعية و الحنابلة و الصاحبين من الحنفية، و يرون بأن الصبي إذا أكمل 15 سنة صار بالغاً مكلفاً بالأحكام الشرعية، و يستوي في ذلك الذكر و الأنثى؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصنائع...، ج.7، المرجع السابق، ص.172؛ أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام...، ج.1، المرجع السابق، ص.330؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج.4، المرجع السابق، ص.551.

القسم الثاني: و هو رأي أبو حنيفة و يرى أن سن البلوغ في الذكر هو 18 سنة؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصنائع...، ج.7، المرجع السابق، ص.172.

القسم الثالث: و هو المشهور عند المالكية و يرون بأنه إذا بلغ كل من الذكر و الأنثى 18 سنة؛ أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالخطاب الرعيبي، مواهب الجليل...، ج.5، المرجع السابق، ص.59.

⁴²⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي...، ج.5، المرجع السابق، ص.425.

⁴²⁶ - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية...، المرجع السابق، ص.605؛ جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص.65؛ جمال مهدي محمود الأكنشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة مقارنة، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص.200؛ محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية دراسة في التشريعات و الفقه الإسلامي من منظور موازن، ط.1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012، ص.57.

⁴²⁷ - أنظر، حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، د.س.ن، ص.599-600.

هذا و تجدر الإشارة بأن الفقه الإسلامي لم يجز ولاية السفه سواء كان محجورا عليه أو لم يكن كذلك⁴²⁸، فإذا كان محجور عليه فلا ولاية له على ماله، و من ثم لا تكون له ولاية على غيره، و إن كان غير محجور عليه فلا ولاية له أيضا على مال القاصر لعدم ائتمانه حماية للقاصر.

و المشرع المصري على عكس المشرع الجزائري، قد نص على هذا الشرط في المادة الثانية من قانون الولاية على المال لسنة 1952⁴²⁹ إذ جاء فيها: " لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو".

لكن إعمالا بقاعدة القياس بمفهوم المخالفة، يتضح أن المشرع الجزائري قد اشترط هو الآخر كمال الأهلية، و ذلك عند قراءة المادة 91 ق.أ و التي تنص: " تنتهي وظيفة الولي:3- بالحجر عليه؛...".

و المقصود بالحجر هو منع الشخص من التصرف في ماله⁴³⁰، و يختلف من حيث كونه قضائي أو قانوني، فالحجر القضائي⁴³¹ هو منع الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية من التصرف في أمواله، و هي الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، و تعيين قيم عليه ليقوم مقامه في ذلك بناء على حكم من القضاء⁴³².

⁴²⁸ - " و قد نص فقهاء الأحناف على أن الابن إذا آل إليه ميراث من أقاربه مثلا و أبوه حي موجود، فإذا كان أبوه مبذرا و مستحقا للحجر عليه لا تثبت لهذا الأب ولاية على مال ابنه الصغير في هذه الحالة؛ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج.2، ط.5، دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع، المنصورة، 1990، ص.836؛ خديجة بوشيبان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09، مذكرة القضاء الدفعة 18، 2007-2010، ص.39.

⁴²⁹ - المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الصادر في 8 ذي القعدة 1371 الموافق ل يوليو 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال، المنشور في 4 أغسطس 1952.

⁴³⁰ - أنظر، كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية - الوصاية - الحجر - الغيبة - المساعدة القضائية)، الاختصاص والإجراءات و القرارات، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص.167.

⁴³¹ - و قد نظم المشرع أحكام الحجر القضائي بموجب المواد 101 إلى 108 من قانون الأسرة و المادتين 40 و 79 من القانون المدني.

⁴³² - محمد بوعمره، المرجع السابق، ص.30.

أما الحجر القانوني فهو منع الشخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية⁴³³، و هو ما تنص عليه على التوالي كل من المادة 09 من قانون العقوبات على أنه: " العقوبات التكميلية هي: 1) الحجر القانوني؛... " ، و المادة 09 مكرر من نفس القانون على أنه: " في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية .

تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي⁴³⁴ .

و عليه ، ما دام أن الحجر يعتبر سببا لانتهاء الولاية فهو بذلك شرط لقيامها ، لأن الولاية تقوم على أساس المصلحة ، و مصلحة القاصر أن تكون أمواله في يد شخص أهلاً يحفظ أمواله ، لكن لا يكفي ذلك بل لابد من أن يكون الولي عادلا و هذا ما سنراه في العنوان الموالي.

ثانيا: أن يكون الولي عادلا

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط في الولي، و إنما اشترطه في الوصي طبقا للمادة 93 ق.أ، و نفس الشيء بالنسبة للمشرع المصري في المادة 27 من قانون الولاية على المال المصري و التي تنص: " يجب أن يكون الوصي عادلا ...".

و المقصود بالعدل، أن يتحلى الولي بالأمانة و الصدق و حسن الخلق، بحيث يكون محلا للثقة و الائتمان على المولى عليه، و هو يقابل الفاسق الذي لا تتوفر فيه هذه الشروط⁴³⁵ .

و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول اشتراط العدالة في الولي ، فلم يشترطها فقهاء الحنفية بما جاء في المبسوط للإمام السرخسي: " ... فالفاسق عند أصحابنا جميعا رحمهم الله أهلا للولاية على نفسه على العموم و على غيره...⁴³⁶ " .

⁴³³ - أنظر ، أحسن أبو سقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ط.4 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008 ، ص.42-43.

⁴³⁴ - سنتكلم عن هذا الأمر بالتفصيل في الفرع الثاني من المطلب الثالث من هذا المبحث ، ص.172.

⁴³⁵ - حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.348.

أما المالكية، فلم يعتبروا العدل ضروريا في الولي بل من الكماليات⁴³⁷، على عكس الشافعية⁴³⁸ و الحنابلة⁴³⁹ الذين اشترطوا العدالة في الولي، لأنهم يرون بأن الفسق يقدر في الشهادة، و بالتالي يمنع من الولاية.

و حسب اعتقادنا أن العدالة شرط أساسي في قيام الولاية من عدمها ، لأن الشخص غير العادل غير صالح لأن يحفظ أموال القاصر بشكل يزيد فيها ، لأن الشخص الذي لا يخاف من عدم العدل أكيد لن يخاف من أكله لمال القاصر أو تضييعه لهذه الأموال .

و بالإضافة إلى العدل، لا بد أن يكون الولي متحدا في الدين مع القاصر و هذا ما سنراه في العنوان الموالي .

ثالثا: أن يكون الولي متحدا في الدين مع القاصر

يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه ، فلا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم⁴⁴⁰ طبقا لقوله تعالى: " وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا " ⁴⁴¹، و قوله كذلك: "يَا

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَ النَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ" ⁴⁴²، " وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ " ⁴⁴³.

⁴³⁶ - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.24 ، المرجع السابق ، ص.157.

⁴³⁷ - أنظر ، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج.2 ، دار إحياء الكتب العلمية ، د.م.ن ، د.س.ن ، ص.230.

⁴³⁸ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، المرجع السابق ، ص.157.

⁴³⁹ - شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ، المغني و يليه الشرح الكبير ، ج.7 ، المرجع السابق ، ص.356.

⁴⁴⁰ - حميد سلطان علي الخالدي ، المرجع السابق ، ص.347.

⁴⁴¹ - الآية 141 من سورة النساء.

⁴⁴² - الآية 51 من سورة المائدة.

⁴⁴³ - الآية 73 من سورة الأنفال.

و يستثنى من هذا الحكم القاضي، فلا يشترط الاتحاد في الدين بينه و بين القاصر، لأن ولاية القاضي هنا ولاية عامة باعتباره ولي من لا ولي له⁴⁴⁴. و تكمن الحماية في هذا الشرط من جهتين، تتمثل الأولى بعدم السماح للولي بأن يستعمل سلطته كوسيلة للضغط على القاصر لدفعه لتغيير دينه بحكم أن الإسلام يعلو و لا يُعلى عليه⁴⁴⁵؛ و الثانية في أن اتحاد الدين باعث على الشفقة و رعاية المصالح.

و لعلّ أهم مثال يضرب في هذا المجال، أن يكون الولي غير مسلم و أولاده مسلمين كأن تكون أمهم أسلمت و هم صغار، فيكبرون على دينها مسلمين لإتباعهم خير الأبوين ديناً، و لا ولاية للأب في هذه الحالة إذا ما بقي على دينه.⁴⁴⁶

فإذا كانت هذه هي شروط الولي الأصلي على المال التي حاول من خلالها المشرع حماية أموال القاصر ، فما هي الحماية التي قررها القانون من خلال ترتيب الأولياء الأصليين؟ و هذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

مراتب الأولياء الأصليين على المال

444 - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص.222.

445 - أنظر ، محمد بن عبد العزيز النمي ، الولاية على المال ، ط.1 ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، السعودية ، 2012 ، ص.53.

446 - أنظر ، جميلة موسوس ، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، جامعة أحمد بوقرة ، بومرداس ، 2006 ، ص.40 ؛ يمينة بن حليلة ، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في القانون الإجرائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بن خلدون، تيارت ، 2011-2012 ، ص.61 ؛ باسم حمدي حرارة ، المرجع السابق ، ص.09.

لما كانت الولاية حماية للقاصر فهي لا تثبت إلا لأشخاص محصورين محددين في القانون، قام بترتيبهم المشرع حسب القدرة و الشفقة، و هم كل من الأب (أولا) و الأم (ثانيا) و الجد (ثالثا).

أولا: الأب

يعتبر الأب أول شخص له الحق في الولاية طبقا للمادة 87 ق.أ التي تنص: " يكون الأب وليا على أولاده القصر ..."، و نفس الشيء تنص عليه المادة 48 من القانون النموذجي الموحد لرعاية القاصرين: "الولاية على المال للأب ثم لمن تنتقل إليه حسب الأحوال وفق قانون كل دولة"⁴⁴⁷.

و لا خلاف بين فقهاء الشريعة، أن أولى الناس بإدارة أموال القاصر و العناية بها هو الأب، و هذه الولاية ذاتية أصلية يستمدّها الأب من القانون دون الحاجة لأن يمنحها له غيره ، لكن يشترط فيه أن يكون حيا حاضرا، و لم يحصل له مانع يحول بينه و بين مقتضيات الولاية⁴⁴⁸.

كما تتصف ولاية الأب بأنها ولاية إلزامية ، فهي حق و واجب في نفس الوقت فلا يجوز له التنحي أو التنازل عنها أو إسنادها لغيره إلا بإذن المحكمة ، كما أنها لا تنتقل إلى ورثته بعد وفاته⁴⁴⁹.

و قد قسم محمد أبو زهرة الآباء إلى ثلاث أقسام:

القسم الأول: أب غير أمين على المال، معروف بالتبذير و الإسراف محجور عليه أو يستحق الحجر عليه، فهذا الصنف من الولاية الطبيعية على أولاده القصر، و إن أعطيت له سلبت منه و أعطيت لمن يليه في المرتبة.

⁴⁴⁷ - أنظر ، القرار رقم 323-ج-24-2002/3/4 ، القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي .

⁴⁴⁸ - محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ... ، المرجع السابق ، ص.602.

⁴⁴⁹ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.25.

القسم الثاني: أب أمين غير مبذر ، لكن معروف بفساد الرأي و سوء التدبير و تثبت لهذا الصنف الولاية الطبيعية على مال ولده القاصر نظرا لأمانته و عدم تبذيره ، و لكن لنقص تبذيره و فساد رأيه تقيد تصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر بالمصلحة الظاهرة ، فتكون ولايته على مال ولده القاصر قاصرة و ناقصة.

القسم الثالث: أب أمين غير مبذر و هو معروف بحسن الرأي و التدبير، هذا الأب تثبت له الولاية الطبيعية على أموال ولده القاصر كاملة غير منقوصة إلا ما كان منها متوقفا على إجازة القاضي.⁴⁵⁰

و لعل المحكمة التي جعلت المشرع الجزائري و حتى التشريعات العربية الأخرى⁴⁵¹ ، بأن تقدم الأب عن غيره في الولاية هو شفقة الأب و أصالة رأيه ، و لكون محافظة الأب على مال ولده هي محافظته على نفسه⁴⁵² ، و كما قلنا سابقا في النفقة ما دام الأب هو أولى بالنفقة على القاصر فهو بذلك أولى بالولاية عليه. و لا يجوز لأي شخص أن ينوب عن القاصر ما دام الأب لم يتوفى بعد حتى و لو كانت الأم، و إلا عد خرقا للأشكال الجوهرية في الإجراءات و القانون و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17 ماي 1998⁴⁵³ : " و من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

⁴⁵⁰ - محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.469-470 ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.39 ؛ أحمد عيسى ، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، بليدة ، 2009 ، ع.1 ، 86-87.

⁴⁵¹ - كالمشرع المغربي في المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية و التي تنص: " الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع ، ما لم يجرى من ولايته بحكم قضائي ... " ، و المشرع التونسي في المادة 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية و التي تنص : " القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلقة بالزواج ... " ، و هذا على عكس المشرع الفرنسي الذي جعل السلطة الأبوية مشتركة بين الأب و الأم في المادة 4/1384 من القانون المدني الفرنسي و التي جاء فيها:

"Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. "

⁴⁵² - أحمد نصر الجندي ، التعليق على قانون ... ، المرجع السابق ، ص.602.

⁴⁵³ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، 1998/05/17 ، ملف رقم 167835 ، م.ق ، 1997 ، ع.2 ، ص.77.

و لما كان - في قضية الحال - أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما و هي لم تكن طرفا في الخصومة ، كما أن المطعون ضده لا زال قاصرا و أن أباه هو ولي عنه حسب القانون و لم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم، و من ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات و القانون مما يستوجب نقض القرار".

فمن خلال هذا القرار يتضح أن الولاية تكون أولا للأب ما دام أنه حي و قادر على توليها، و لا يمكن بوجود الأب الانتقال إلى غيره من الأشخاص حتى و لو كان هذا الشخص الأم.

لكن في حالة ما إذا توفي الأب أو حصل له مانع أو انفصل عن الأم بالطلاق ، من الشخص الذي رآه المشرع أحق بالولاية بعد الأب؟.

ثانيا: الأم

تنص المادة 87 ق.أ على أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا .

و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد."

لقد اعترف المشرع الجزائري في هذه المادة صراحة للأم بالولاية، و هذا ما قامت به بعض التشريعات كالتشريع التونسي و المغربي اللذان اعترفا للأم بالولاية بعد الأب، و هذا ما جاء في الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية و التي تنص: "القاصر وليه أبوه أو أمه ..."⁴⁵⁴، و الفصل 155 من نفس القانون و التي تنص: " للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة

⁴⁵⁴ - تنص المادة 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن

من هذه المجلة المتعلق بالزواج . و لا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية.

و عند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما و لم يكن للقاصر وصي و يجب أن يقدم عليه الحاكم "

و لا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية " ، وكذلك المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية و التي تنص: " يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1- الولي و هو الأب و الأم و القاضي ... " و المادة 231 من نفس القانون: " صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد ؛

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته ... "455.

فالأم في القانون الجزائري و لية تحل محل الأب عند وفاته، أما إذا كان الأب حيا، فلا يجوز للأم أن تحل محله، إلا في حالة ما إذا ألم به ما يمنع ولايته، و في الأمور المستعجلة. كأن يكون غير موجود لغيابه أو فقدانه⁴⁵⁶، و هذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 236 من مدونته و التي تنص: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرى من ولايته بحكم قضائي ، و للأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب".

فإن الأم عند حلولها محل الأب في الأمور المستعجلة لا تكسب بذلك حق الولاية الكاملة على أبنائها القصر ، لأن الأب في هذه الحالة لا يفقد حقه في الولاية على أولاده ، و إنما يبقى محتفظا بهذا الحق⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ - تنص المادة 231 من مدونة الأسرة المغربية: " صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد ؛

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته ؛

- وصي الأب ؛

-وصي الأم ؛

- القاضي ؛

- مقدم القاضي".

⁴⁵⁶ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.34.

⁴⁵⁷ - محمد بوعمرّة ، المرجع السابق ، ص.80.

أما الحق الذي منحه المشرع الجزائري للأم فلا يعتبر سوى ولاية مؤقتة أو محددة ، لأن المشرع لاحظ أن الأب إذا كان غائبا غيابا مؤقتا أو وجد له مانع ، فإن ذلك قد يعرقل الأمور المستعجلة للقاصر ، لهذا يحق للأم أن تشرف على تسيير تلك الأمور مؤقتا⁴⁵⁸ .

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا هذه الأمور المستعجلة، لكن يمكن القول بأنها تلك الأحوال التي تقتضي الإسراع بإنجازها، والقيام بها خشية ضياع مصلحة الأولاد القصر، و لو طال انتظار عودة الأب من غيبته، أو شفائه من مرضه أو من العارض أو العجز الذي أصابه، أو بإرجاع السلطة الأبوية له بعد انتهاء مدة الحبس أو العقوبة . و الحالات التي تستدعي الاستعجال فنجدها خاصة في الأمور المدرسية، كحضور مجالس الأولياء ومراعاة مصلحة القاصر في شؤون دراسته ومتابعتها ، وتوقيع الوثائق التي ترسلها المدرسة ، كذلك توقيع أو استخراج الوثائق الإدارية كبطاقة التعريف أو رخصة السياقة، أو جواز السفر، فكل ذلك يتطلب تصريحا شرفيا من الأب، و عليه فإن هذه الأمور تجعل من حلول الأم محله أمرا ضروريا⁴⁵⁹ .

أما في حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد طبقا للمادة 3/87 ق.أ السابقة الذكر، و الذي قد يكون الأب أو الأم أو غيرهما من الأشخاص الواردين في المادة 64 ق.أ⁴⁶⁰ ، و هذا يعني أن الأم ستكون ولية على مال ابنها القاصر رغم وجود الأب حيا و بدون مانع، و هذا مخالف لما جاء به الفقه الإسلامي لكونه لم يعترف للأم بالولاية و لا حتى الوصاية إذا كان الأب موجودا و غير عاجز ، خاصة و أن النفقة في هذه الحالة ستبقى على الأب.

⁴⁵⁸ - محمد بوعمره ، نفس المرجع.

⁴⁵⁹ - كما يدخل ضمن الأمور المستعجلة الترخيصات أو الأذن المختلفة من المحكمة ، كالإذن بالخروج من التراب الوطني، سواء للسفر أو العلاج. كأن يكون القاصر مريضا و تستدعي حالته العلاج خارج الوطن، و عليه لا يمكن للقاصر الخروج من التراب الوطني إلا بإذن من رئيس المحكمة المختص، و بتقدم طلب من وليه و المتمثل في الأم في هذا الحالة ؛ جهيدة مهدي ، مسؤولية متولي الرقابة دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري و على ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2003-2006 ، ص.99.

⁴⁶⁰ - تنص المادة 64 ق.أ : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الحالة ، ثم العمة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

فبالنسبة لجمهور الفقهاء⁴⁶¹ لم يعترفوا للأم بالولاية و إنما اعترفوا لها بالوصاية و بعد

وفاة

الأب⁴⁶²، لكن مع ذلك هناك رأيا واحدا و هو رأي بعض الشافعية الذين يمنحون الولاية على مال القاصر للأم لكن بعد الأب و الجد⁴⁶³، فما بالك أثناء حياته.

⁴⁶¹ - و هم كل من المالكية و الحنفية و الحنابلة و الشافعية.

و لقد اختلف فقهاء الشريعة كما قلنا في ولاية الأم على صغيرها إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: رأى بأن للأم في ولاية صغيرها ولاية التحصيل لا التصرف و هذا ما ذهب إليه الحنفية ؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصنائع ...، ج.6، المرجع السابق، ص.590.

فلا يمكن لها أن تتولى التصرف في مال القاصر بل لابد من رجل أن يتولاها، و ولاية التحصيل التي تثبت لها ما هي إلا ضرورة لقضاء حاجات الصغير المستعجلة تطبيقا لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات ؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.2، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.س.ن، ص.229.

القسم الثاني: و يرى بأنه ليس للأم ولاية في مال صغيرها مطلقا و هذا ما ذهب إليه الشافعية في قول و الحنابلة ؛ أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام ...، ج.5، المرجع السابق، ص.325؛ علاء الدين أبو الحسن علي سليمان الدمشقي المرادوي، الإنصاف في معرفة ...، ج.5، المرجع السابق، ص.324؛ حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسة للنشر، السعودية، 1420 هـ، ص.661.

القسم الثالث: و يرى بأن الأم لها الولاية على مال صغيرها مطلقا بعد الأب و الجد و هذا ما ذهب إليه الشافعية في قول و رواية عند الإمام أحمد ؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.4، المرجع السابق، ص.363؛ ابن المفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج.4، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م، ص.337.

و قد استدلووا بقوله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة: " وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَ عَلَيَّ الْمُؤَلَّدُ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" ، فوجه الدلالة هنا هو أن الله سبحانه و تعالى قد أوجب النفقة للأم و المولود و تتولى الأم تحصيل هذه النفقة و بالتالي التصرف و بالتأكيد لا تستطيع التصرف إلا إذا أصبحت ولية على المال؛ أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ص.111. و كذلك استدلووا بقوله تعالى في الآية 35 من آل عمران: " إِذْ قَالَتِ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِّ إِنِّي نَدَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا فَتَقَبَّلْ مِنِّي إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ" ، و في هذه الآية دليل على أن للأم ضربا من الولاية على الولد في تأديبه و تعليمه و إمساكه و تربيته و لولا أنها تملك ذلك لما ندرته في ولدها، و استدلووا كذلك بحديث الرسول عليه الصلاة و السلام لهند زوج أبي سفيان السابق ذكره و الذي اعتبره هذا القسم دليل على تصرف المرأة في النفقة ؛ نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص.70.

القسم الرابع: و يرى بأن للأم التصرف في الشيء اليسير لا في الشيء الكثير و هذا ما ذهب إليه المالكية ، و قد استدل بخصيص ولاية الأم على مال صغيرها إذا كان يسيرا بأدلة المجيزين للولاية و عدم ولايتها على المال الكثير بأدلة المانعين لولاية الأم مطلقا ؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.236؛ حامد أحمد محمد حسن، المرجع السابق، ص.220-224.

⁴⁶² - أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.85.

⁴⁶³ - أنظر، سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، دار المناهج للنشر و التوزيع، الأردن،

و قد استدلل الجمهور بحديث الرسول عليه الصلاة و السلام : " ما رأيت من ناقصات عقل و دين أذهب لب الرجل الحازم من إحداكن، فقيل يا رسول الله ما نقصان عقلها ، قال: أليست شهادة المرأتين بشهادة الرجل قيل يا رسول الله ما نقصان دينها ، قال: ليست إذا حاضت لم تصلي و لم تصم"⁴⁶⁴ ، و قوله سبحانه و تعالى: " وَ لَا تُؤْتُوا السَّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَ ارزُقُوهُمْ فِيهَا وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا"⁴⁶⁵ .

فلا ولاية للأُم عند جمهور الفقهاء لأن الولاية على المال لا تبني على الشفقة وحدها و إنما تبني على كمال النظرة و القوة و الخبرة في شؤون المال ، و الأُم ليست كذلك لأنها امرأة و المرأة ناقصة عقل و دين و ضعيفة النظر و ليس لديها من الخبرة ما يؤهلها لولاية المال⁴⁶⁶ .

كما أنه لا يجوز للأُم تولي مال صغيرها قياسا على عدم صحة ولايتها في عقد النكاح ، و لكون المال معرض للخيانة و ما عدا الأب و الجد و الوصي و الحاكم ليس مأمونا على المال⁴⁶⁷ .

و يمكن أن يفهم من خلال ما جاء به المشرع الجزائري ، أنه قد أخذ بولاية الأُم من المادة 19 من القانون الفرنسي الملغى لسنة 1957⁴⁶⁸ الذي كان يطبق على الجزائريين ، لكون هذا القانون يعطي للأُم الولاية على مال القاصر بعد وفاة الأب ، أو من القانون المدني الفرنسي في المادة 4/1384 قبل تعديلها و التي تعطي للأُم حق الرقابة على ولدها القاصر⁴⁶⁹ ، أو أن المشرع أراد أن يوفق بين المادة 87 ق.أ و المادة 76 ق.أ⁴⁷⁰ ، فما دام أن الأُم في المادة 76 ق.أ تحل في المرتبة

⁴⁶⁴ - أنظر ، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم و سنته و أيامه ، الحديث من كتاب الإيمان، باب الحث على الصدقة وأفعال البر ، ج.2 ، ط.1 ، المطبعة السلفية و مكتبتها ، مصر ، 1403 هـ ، ص.253.

⁴⁶⁵ - الآية 5 سورة النساء .

⁴⁶⁶ - محمد بن عبد العزيز النمي ، المرجع السابق ، ص.67.

⁴⁶⁷ - أحمد محمد حسن ، المرجع السابق ، ص.223.

⁴⁶⁸ - Loi n° 57-777 du 11 juillet 1957 portant réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman , J.O.F, 30 juillet 1957 .

⁴⁶⁹ - Art. 1384/4 : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux » .

⁴⁷⁰ - تنص المادة 76: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأُم إذا كانت قادرة على ذلك." .

الثانية بعد الأب في النفقة على القاصر ، فمن باب أولى أن تكون في المرتبة الثانية في الولاية على مال القاصر.

لكن مع ذلك هناك من يعتبرها حلا لبعض المشاكل الواقعية⁴⁷¹ ، و ملائمة لأحكام الاتفاقية⁴⁷² .
و خاصة المادة 16 الفقرة (و) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁴⁷³ ، و التي تقضي بالمساواة بين الرجل و المرأة في الحقوق و المسؤوليات فيما يتعلق بالولاية و القوامة و الوصاية على الأطفال و تبنيهم أو ما شابه ، و في جميع الأحوال التي تكون مصالح الأطفال هي الراجحة⁴⁷⁴ .

لكن حسب اعتقادنا نرى بأن منح الولاية للأم في أموال القاصر من شأنه أن يحقق حماية للقاصر لعدة أسباب و هي:

- 1- أن الأم أشفق من غيرها على أولادها و أكثر شخص يصون أموال أولاده.
- 2- أنه ما دام الفقه الإسلامي، أجاز للأم أن تكون وصية مختارة من الأب أو القاضي على أولادها، فليس هناك ما يمنع أن تكون ولية قانونية عليهم⁴⁷⁵ .
- 3- ثبوت الحضانة للأم و هذه الأخيرة كما نعلم مقدمة على المال، فكيف تؤمن الأم على الأهم و هو النفس، و لا تؤمن على المهم و هو المال.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.104.

⁴⁷² - زهية رابطي ، المرجع السابق ، ص.63.

⁴⁷³ - صدرت هذه الاتفاقية بتاريخ 18 ديسمبر 1979 و صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، ج.ر ، ع.6 ، الصادر في 24 يناير 1996.

⁴⁷⁴ - أنظر ، ناصر الدين ماروك ، القانون الجزائري بين النظرية و التطبيق ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، دورية في الثقافة الإسلامية ، الجزائر ، 2000 ، ع.3 ، ص.263.

⁴⁷⁵ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.35.

⁴⁷⁶ - أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.85 ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.35.

4- تغيير فكر المرأة، فأغلب النساء اليوم مثقفات، و يتقلدن مناصب هامة في المجتمع و علامات بأحوال الدنيا، مما يثبت قدرتهن على إدارة أموال أولادهن⁴⁷⁷، فلا يتصور أن تكون المرأة قاضية تعين الوصي على أموال القاصر و لا تستطيع أن تكون ولية على أمواله.

كما أن الأم حتى و لو كانت غير قادرة على إدارة أموال القاصر، فإن الولاية لن تكون مطلقة و إنما تخضع لرقابة القاضي، و يظهر ذلك في اشتراط القانون إذن المحكمة في بعض التصرفات الهامة.⁴⁷⁸

و حتى القضاء هو الآخر أكد في العديد من قراراته، على أحقية الأم بالولاية بعد الأب و أثناء حياته في حالة الطلاق كقرارها بتاريخ 23 ديسمبر 1997 و الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله و في حالة تعارض مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر و مصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون⁴⁷⁹ .

و كذلك قرارها بتاريخ 14 جانفي 2009 و الذي جاء فيه: "إن قضاة الاستئناف عندما قضوا بإسناد حضانة الطفل "ع" لأمه الطاعنة دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا لأحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة ، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه⁴⁸⁰ .

⁴⁷⁷ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.35.

⁴⁷⁸ - سنتكلم عن هذا الموضوع لاحقا في المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل ، ص.142-153.

⁴⁷⁹ - أنظر، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1997/12/23 ، ملف رقم 187692 ، م.ق ، 1997 ، ع.1 ، ص.53.

⁴⁸⁰ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2009/01/14 ، ملف رقم 476515 ، م.ق ، 2009 ، ع.1 ، ص.267 ؛ باديس ذيايي ، قانون

الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012 ، ص.85 ؛ سمية بوكايس ، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013-2014 ، ص.149.

و من خلال هذه القرارات يتضح أن الترتيب المنصوص عليه في المادة 87 ق.أ إجباري ، فلا يمكن للقاضي أن يقصي الأم من ولاية ابنها القاصر ما لم يثبت أن ولاية الأم فيها ضرر لمصالح القاصر.

لكن رغم هذه الحماية المتمثلة في منح الولاية للأم، إلا أن القانون لم يمنح لها حق اختيار وصي لولدها في المادة 92 ق.أ، و هذا في الحقيقة غير منطقي و غير مفهوم لأن المشرع في ترتيب الولاية الأصلية في المادة 87 ق.أ قد اعترف للأم بالولاية، و لا يتصور أن تسيّر الأم و تدير أموال ابنها القاصر، و لا تستطيع اختيار وصي يحل محلها بعد وفاتها، و يكون أمين على مال ولدها.

و عليه، من المستحسن لو أن المشرع يعدل كل من المادة 87 و 92 من قانون الأسرة ، فيعدل المادة 87 ق.أ بحيث يضع لنا حد للغموض و العمومية التي جاء بها المشرع في هذه المادة ، و يحدد لنا ما إذا كانت هذه المادة تشمل فقط الولاية على المال أم تدخل ضمنها الولاية على النفس⁴⁸¹.

كذلك المشرع حصر في المادة 87 ق.أ حلول الأم محل الأب في الولاية فقط في حالة الوفاة، و نحن نعلم أن الوفاة ليست الحالة الوحيدة التي تنهي وظيفة الولي و إنما هناك حالات أخرى قد نصت عليها المادة 91 ق.أ ، لذلك نقترح أن تكون المادة 87 ق.أ كالتالي: " يكون الأب وليا على أموال أولاده القصر، و في حالة وفاة الأب أو فقدان أهليته أو غير ذلك من الأسباب التي تنهي ولايته تحل الأم محله قانونا.

و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

و يعدل المشرع كذلك المادة 92 ق.أ بحيث يدخل أم القاصر ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في تعيين وصي على مال القاصر .

هذا جل ما يمكن قوله بالنسبة للولاية على المال التي يمكن أن تنتقل إلى الأم بعد الأب ، لكن من هو الشخص الذي يأتي بعد الأم في الولاية الأصلية على المال و هل تكلم المشرع عنه؟

ثالثاً: الجد

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول من تكون له الولاية بعد وفاة الأب، هل تكون للجد أم للوصي؟.

فالحنفية و الشافعية على غرار المذاهب الأخرى، قد اعترفوا للجد بالولاية الأصلية بحكم أن الجد يخلف الأب في الكثير من الأحكام، كالإرث و الحضانة و الولاية على النفس.⁴⁸²

غير أنهم اختلفوا في مرتبة الجد، فالحنفية يقدمون وصي الأب على الجد، ثم وصي وصيه، ثم القاضي فوصيه باعتبار الأب أكثر الناس شفقة على ولده، و بالتالي سيختار لابنه شخص يشفق عليه⁴⁸³ و ثقة ليكون وصي ابنه.

أما عدم قيام الأب باختيار الجد فهو دليل إما على عدم ثقته به، أو لأنه يرى بأن الوصي أقدر على صيانة أموال القاصر من الجد⁴⁸⁴؛ لكن الشافعية يقدمون الجد على وصي الأب و على القاضي و وصيه، على أساس أن الأب كالجد.⁴⁸⁵

أما الحنابلة و المالكية فلم يعترفوا أصلاً بالولاية الأصلية للجد ، فهم يعترفون فقط بولاية الأب ثم وصيه ثم القاضي فوصيه ، و إذا عين الجد على ابن ابنه يكون باعتباره وصياً، من قبل القاضي و يستمد منه سلطته، و يعللون ذلك بأن الجد يستوي مع الأخ في درجة القرابة و ما دام لا ولاية للأخ فلا ولاية للجد ، كما أن الجد لا يدلي للقاصر بنفسه و إنما يدلي بالأب.⁴⁸⁶

⁴⁸² - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.29.

⁴⁸³ - خالد عبد العظيم أحمد أبو غابة، المرجع السابق ، ص.238.

⁴⁸⁴ - سيف رجب قزامل ، المرجع السابق ، ص.123.

⁴⁸⁵ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.7 ، المرجع السابق ، ص.750.

⁴⁸⁶ - سيف رجب قزامل ، المرجع السابق ، ص.123.

و تجدر الإشارة، أنه ليس هناك نص صريح في القانون الجزائري يعترف فيه المشرع بالولاية الأصلية للجد، لأن المادة 87 ق.أ تكلمت فقط عن الأب و الأم ، لكن مع ذلك قد حاول المشرع استدراك هذا الفراغ في المادة 92 ق.أ و التي تنص: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية... "487.

إذن قد اعترف المشرع الجزائري للجد بالولاية، لأنه من له سلطة اختيار الولي من باب أولى أن تكون له سلطة الولاية على مال القاصر، لكن هذا الخلط يطرح لنا إشكال آخر، و هو هل الجد في هذه الحالة يأتي بعد ترتيب الأب و الأم أم بعد الوصي؟.

و في هذا السياق، هناك من يرى بأن الجد يأتي بعد الأبوين⁴⁸⁸، لكن الأستاذ محمد سعيد جعفرور جعل ترتيبه بعد الأبوين تحت شرط، وهو ألا يكون الأب قبل موته قد اختار لصغيره وصيا، و إلا تقدم الوصي المختار عن الجد الصحيح.⁴⁸⁹

و مع ذلك هناك من يبرر هذا الخلط بالضغوطات التي مورست من قبل الجماعات التي كانت وراء تعديل 2005⁴⁹⁰، لكن في الحقيقة لا يوجد أي تفسير يمكن به فهم هذا التناقض ، لأن عمل المشرع في تنظيم أحكام الولاية و الوصاية كان عشوائيا بحيث أخذ البعض من الشريعة الإسلامية و البعض الآخر من القانون الفرنسي دون أن يتحكم في التناقض الموجود بينهما.⁴⁹¹

أما بالنسبة للقضاء فقد جاء بتفسير مغاير للمادة 92 ق.أ ، بحيث اعتبر الجد وصيا على أموال القاصر في حالة غياب الأب و الأم ، رغم أن المادة صريحة في أن للجد الحق في تعيين وصي و ليس

487 - و قد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن " الجد يصبح بحكم المادة 92 ق.أ وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين "؛ المحكمة العليا،

غ.أ.ش، 17/05/2006، ملف رقم 363790، م.ق، 2006، ع.2، ص.461.

488 - أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.85.

489 - محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ... ، المرجع السابق ، ص.602.

490 - أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.84.

491 - أنظر ، عبد العزيز مقفولجي ، الرضاء عديمي الأهلية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2003 ، ص.72.

أن يكون وصي ، و هذا ما جاء في اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 17 ماي 2006 : " يصبح الجد بحكم المادة 92 ق.أ ، وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين .

و لما كان - في قضية الحال- أن النزاع المعروض يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 ق.أ على اعتبار أن الولد القاصر ليست له أم و لا أب و بحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة⁴⁹² .

و من خلال هذا القرار يتضح حسب اعتقادنا أن المشرع قد جاء برأي وسط بين المادة 87 ق.أ و المادة 92 ق.أ ، بحيث اعتبر هذا الاختلاط ليس اعتراف المشرع للجد بالولاية من طرف المشرع و إنما اعتراف له بالوصاية على أساس أن له الحق في تعيين الوصي .

هذا بالنسبة لحماية أموال القاصر بالولاية الأصلية ، لكن هناك وسيلة أخرى يتم بها حماية أموال القاصر، و هي الولاية المكتسبة أو ما يصطلح عليه بالولاية النيابية، و التي تختلف عن الولاية الأصلية من حيث شروطها و أنواعها و هذا ما سنراه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني

حماية أموال القاصر بالولاية المكتسبة

⁴⁹² - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش.م ، 2006/05/17 ، ملف رقم 363794 ، م.م.ع ، 2006 ، ع.2 ، ص.461 .

إذا لم يكن للقاصر ولي شرعي يتولى شؤونه، أو كان له ولي لكنه غير أهل للولاية تولى شخص آخر ، اصطلاح على تسميته بالوصي لرعاية مصالحه، و ذلك عن طريق نظام الولاية المكتسبة، و هو ما يعرف بالولاية النيابية أو الوصاية.

و للولاية المكتسبة شروط يجب توفرها في الولي (الفرع الأول) ، و أنواع عديدة تختلف بحسب الجهة التي ينظر إليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الولاية المكتسبة

كما هو الحال بالنسبة للولي الأصلي على المال يشترط في الوصي مجموعة من الشروط لا تستقيم الولاية المكتسبة بدونها، و هذه الشروط منها ما هو متعلق بالتعيين (أولاً)، و منها ما هو متعلق بذات الوصي (ثانياً)، بالإضافة إلى الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته (ثالثاً).

أولاً: شروط الولاية المكتسبة المتعلقة بالتعيين

لا يجوز للأب أو الجد تعيين وصي على الطفل القاصر، إلا في حالة عدم وجود أم تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية و هو ما نصت عليه المادة 92 ق.أ.

و بالتالي أول رقابة يقوم بها القاضي عند تثبيت اختيار الأب أو الجد للوصي هو التحقق من:

أ- عدم وجود الأم:

و عدم وجود الأم يثبت إما بوفاتها الطبيعية أو الحكيمة و إما بفقدانها.⁴⁹³

ب- عدم أهلية الأم لتولي الولاية:

المشرع الجزائري في هذه الحالة، لم يبين ما المقصود بعدم الأهلية، هل هو الانعدام القانوني للأهلية أم الانعدام المعنوي كإخفاق سلوك الأم.⁴⁹⁴

فإذا كان المقصود به هو الانعدام القانوني للأهلية، فإن هذا الانعدام يثبت إما بالجنون أو العته أو نقص الأهلية كإخفاقه الذي يكون قد أصاب الأم، أو بتقدم حكم الحجر عليها، أو بحكم جزائي يقضي بسقوط السلطة الأبوية.⁴⁹⁵

أما إذا كان المقصود هو عدم الأهلية المعنوية، فإن هذا الانعدام يثبت كقاعدة عامة بكل طرق الإثبات لأن إخفاق السلوك هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، و من خلال القراءة الظاهرية للنص يفهم أن المشرع قصد الانعدام القانوني للأهلية، و بالنظر إلى مغزى و هدف النص المتمثل في حماية القاصر، فإنه يمكن الاستنتاج بأن المشرع قد قصد الانعدام القانوني و المعنوي للأهلية.⁴⁹⁶

هذا بالنسبة لشروط الولاية المكتسبة المتعلقة بالتعيين، لكن هناك شروط أخرى للولاية المكتسبة متعلقة بالولي بحد ذاته و هذا ما سنراه في العنصر الموالي.

ثانيا: شروط الولاية المكتسبة المتعلقة بذات الولي

و هو ما تنص عليه المادة 93 ق.أ: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا، بالغاً قادراً، أميناً، حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"، و بذلك يكون المشرع قد قيد حق الأب و الجد في اختيار الوصي بالشروط المنصوص عليها في المادة 93 ق.أ، و هي مستمدة من الفقه الإسلامي.

أ- أن يكون الولي مسلماً:

⁴⁹⁴ - دليلة سلامي، نفس المرجع.

⁴⁹⁵ - أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.120.

⁴⁹⁶ - عبد العزيز مقفولجي، المرجع السابق، ص.72.

فالولاية المكتسبة كالولاية الأصلية يشترط فيها اتحاد الدين بين الولي بالنيابة و القاصر، فلا ولاية للكافر على المسلم لقوله تعالى: " وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا " ⁴⁹⁷.

لكن في حالة ما إذا كان الموصي غير مسلم و القاصر غير مسلم، فلا يشترط أن يكون الوصي مسلماً لأن كلاهما غير مسلم ، و يكون المشرع بذلك قد أخطأ في الصياغة، و من المستحسن لو يشترط اتحاد الدين بدلا من الإسلام بحيث تصبح المادة 93 من ق.أ كالتالي: " يشترط في الوصي أن يكون متحدا في الدين مع القاصر".

ب- أن يكون الولي عاقلا بالغاً قادراً :

فبالنسبة للعقل، لا تثبت الوصاية للمجنون و نحوه لأنه لا يهتدي إلى حسن التصرف في حق نفسه و بالتالي لا يلي بذلك شؤون غيره ⁴⁹⁸، أما بالنسبة للبلوغ فقد حدده المشرع في المادة 40 ق.م ب 19 سنة.

لكن لا يكفي ذلك لا بد أن يكون الوصي قادراً على مهام الوصاية فمن كان عاجزاً كان جديراً هو بمن يساعده، فكيف يساعد غيره و يراعي شؤون القاصرين. ⁴⁹⁹

ج- أن يكون أميناً حسن التصرف :

و ذلك بأن يقوم الوصي بأداء مهامه و واجباته على الوجه المتفق عليه بين الوصي و الموصي، فإذا ما تم الخروج عن حدود الاتفاق يعتبر بمثابة تغيير للموصي، فالأمانة تستوجب النزاهة و العدل في العمل. ⁵⁰⁰

⁴⁹⁷ - الآية 141 من سورة النساء.

⁴⁹⁸ - رمضان علي السيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص.218.

⁴⁹⁹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.121 ؛ أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.99.

أما بالنسبة لحسن التصرف فعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر بالمعروف، بحسب حال المال من قلة أو كثرة ، لذلك لا تثبت الوصاية للشخص المعروف عليه التبذير أو مشكوك فيه بطمعه لمال القاصر و ذلك حماية للقاصر.⁵⁰¹

هذه بصفة عامة شروط الولاية المكتسبة المتعلقة بالولي ، فما هي الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته.

ثالثا: الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته

فالوصي لا يجوز له بدء الوصاية إلا بعد وفاة الأب (أ) و تثبتها من طرف القاضي (ب) ، و هو ما تنص عليه المادة 94 ق.أ: " يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها " .

أ- وفاة الأب:

إن انتقال الولاية للوصي لا يمكن أن تتم إلا بعد وفاة الشخص المكلف بتعيينه و هو إما الأب أو الجد ، رغم أن هذا الأخير لم ينص عليه المشرع. لكن ما دام أن كلاهما مسؤولين عن التعيين ، فيجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة أحدهما سواء بصفة طبيعية أو حكمية، و يتم إثبات ذلك بمستخرج من سجلات الحالة المدنية⁵⁰² .

ب- تثبت الوصاية من طرف القاضي:

⁵⁰⁰ - أنظر ، عبد الرحمان بن جيلالي ، أحكام الوصي في قانون الأسرة الجزائري ، ملتقى دولي بعنوان الحماية القانونية للأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة، ماي 2014 ، ص.44.

⁵⁰¹ - عبد الرحمان بن جيلالي ، المرجع السابق ، ص.44.

⁵⁰² - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.122.

و هو ما تنص عليه كل من المادة 94 ق.أ السابقة الذكر و المادة 472 ق.إ.م.إ و التي جاء فيها: " يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب " .

فمن خلال هذه المواد يتضح أن القانون قد أوجب على أطراف الوصاية أن يعرضوا وصية الولي على القاضي بمجرد وفاة الولي ، و للقاضي النظر في تلك الوصية، و هو مخير بين أمرين ، إما قبول الوصية فيقوم بتثبيتها ليستطيع الوصي المختار مباشرة مهامه ؛ و إما رفض الوصاية و تعيين مقدم على أموال القاصر ، أو باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية الضرورية لحفظ أموال القاصر قبل تعيين المقدم . و هو الأمر الثابت بموجب المادة 2/472 من ق.إ.م.إ و التي تنص: " و في حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدا طبقا للمادة 471 أعلاه ، أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم " ، كما يحق لممثل النيابة العامة كذلك إخطار القاضي بإجراء الوصاية من أجل تثبيتها أو رفضها⁵⁰³ .

و لم يشترط المشرع حكما لتثبيت الوصاية في المادة 94 ق.أ، و إنما اشترط فقط عرضها على القاضي لتثبيتها⁵⁰⁴ ، و يمكن أن يفهم بأنه يستوجب عرض طلب التثبيت إلى رئيس المحكمة في شكل أمر على ذيل عريضة ، كون أن مثل هذا الإجراء لا يتطلب أي مدعى عليه، على عكس العريضة التي تقدم أمام قاضي الأحوال الشخصية و التي يطول الفصل فيها نظرا لوجوب تبليغ العريضة للمدعى عليه، و للتأجيلات التي يتطلبها الفصل في القضية لتبليغ الحكم و لانتظار الآجال القانونية لصيرورة ذلك الحكم نهائيا⁵⁰⁵ .

⁵⁰³ - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.124.

⁵⁰⁴ - دليلة سلامي ، نفس المرجع، ص.122.

⁵⁰⁵ - عبد العزيز مقفولجي ، المرجع السابق ، ص.74.

و قد جاء في المادة 471 ق.إ.م.إ تحت عنوان " في تعيين المقدم و الوصي " ، أنه: " يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي ..."⁵⁰⁶ ، و بالتالي تثبيت الوصي يكون كذلك بموجب أمر ولائي.

و بالإضافة إلى حماية المشرع القاصر من خلال شروط الولاية المكتسبة حاول المشرع كذلك حماية القاصر من خلال أنواع الولاية المكتسبة، و هذا ما سنراه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

أنواع الولاية المكتسبة

تتنوع صور الولاية المكتسبة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها ، فالوصي من حيث المصدر الذي يستمد منه سلطاته ، قد يكون مختارا أو معيناً (أولا) ، و من حيث نطاق العمل المناط به قد يكون وصيا عاما أو خاصا (ثانيا) ، و من حيث المدة التي تمتد فيها سلطاته قد يكون مؤقتا أو دائما (ثالثا) ، و من حيث قيامه منفردا أو مع عدة من الأوصياء (رابعا).

أولا: الوصي المختار و الوصي المعين

يكتسب الوصي سلطته كوصي على أموال القاصر من جهتين، فقد يعين من جهة الولي و يسمى بالوصي المختار (أ)، و قد يعين من جهة القاضي و يسمى بالوصي المعين أو ما يعرف في القانون الجزائري بالمقدم (ب).

أ- الوصي المختار:

⁵⁰⁶ - المادة 471 ق.إ.م.إ: " يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه.

يجب على المقدم أن يقدم دوريا و طبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر و عن أي شكل أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة ". .

و هو الشخص الذي يختاره الأب أو الجد قبل موته وصيا على أولاده الصغار⁵⁰⁷ ، و هو ما تنص عليه المادة 92 ق.أ: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها... "508.

و عليه ، الأشخاص الذين لهم الحق في اختيار الوصي هم كل من الأب و الجد ، فالأب باتفاق الفقه و القانون⁵⁰⁹ يعتبر الأقدر على اختيار الوصي الأحسن و الأصح للوصاية على ولده القاصر⁵¹⁰ .

أما بالنسبة للجد، فقد اختلف الفقه الإسلامي حول اختياره للوصي، فالحنفية⁵¹¹ و الشافعية⁵¹² أعطوا للجد الحق في اختيار الوصي للقاصر، أما المالكية⁵¹³ و الحنابلة⁵¹⁴ فلم يمنحوا له حق اختيار الوصي لأنه لا يستطيع أن يكون وليا على مال القاصر.⁵¹⁵

أضف إلى كل هذا، ينتج عن اختيار وإقامة الوصي علاقة عقدية بين الموصي و الوصي، لأنه يتم بإيجاب من الموصي و قبول من الوصي، و الإيجاب في هذا العقد يكون صراحة على عكس القبول

⁵⁰⁷ - أنظر ، عبد الله محمد سعيد رابعة ، الوصاية في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الأردني ، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، 2005 ، ص.44؛ سيف رجب قزامل ، المرجع السابق ، ص.149.

⁵⁰⁸ - تقابلها المادة 1/28 من قانون الولاية على المال المصري: " يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن ، و يجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة الثالثة " .

⁵⁰⁹ - كالمشرع السوري في المادة 1/175 و التي نصت صراحة على أنه يجوز للأب و للجد عند فقدان الأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو الحمل و له أن يرجع عن إيصائه ؛ أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، المرجع السابق ، ص.162.

و المشرع المغربي في المادة 1/37 من مدونة الأسرة المغربية : " يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل ، و له أن يرجع عن إيصائه " .

⁵¹⁰ - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.44.

⁵¹¹ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع ... ، ج.5 ، المرجع السابق ، ص.155.

⁵¹² - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.24 ، المرجع السابق ، ص.22-23.

⁵¹³ - أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل ... ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.390.

⁵¹⁴ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.142.

⁵¹⁵ - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.45.

الذي يمكن أن يكون صراحة أو ضمناً.⁵¹⁶

غير أن السؤال الذي قد يطرح هو فيما يخص وقت لزوم الوصاية لأن معرفة ذلك مهم في تحديد ما إذا كان للوصي الحق في رد الوصاية أم لا، خاصة و أن المشرع نص في المادة 94 ق.أ على وجوب أن تعرض الوصاية على القاضي لتثبيتها، لأنها لا تصبح لازمة إلا بعد تثبيتها من طرف القاضي.

و لذلك، لا يمكن للوصي رد الوصية بعد التثبيت إلا إذا توافرت في الوصي أسباب انتهاء الوصاية، أما قبل التثبيت فحسب اعتقادنا يجوز للوصي القبول و الرد، لأن القبول و الرد المعتد به هو وقت تثبيت الوصاية.

و هذا على خلاف الفقه الإسلامي، الذي و إن كان اختلف في وقت لزوم الوصاية غير أنه فصل في هذا الموضوع بما يخدم و مصلحة القاصر كالتالي :

الفقه الحنفي: و يرى بأنه يجوز أن يكون القبول حتى بعد وفاة الموصي ، و اعتبر قبول الوصي و علم الموصي به يلزم الوصي به و ليس له الرجوع عنها إلا إذا أعطاه الموصي هذا الحق ، و إن سكت في حياة الموصي فلم يقبل الوصاية و لم يردّها، فيكون له القبول أو الرد بعد وفاته لأنه ليس هناك ما يلزمه بالوصاية ، فإن قبلها لا يكون له الرد.

أما فيما يخص رد الوصاية، فإذا كان في حياة الموصي و بعلمه بطل الإيجاب و لم ينفع القبول بعد ذلك، لكن في حالة ما إذا توفي الموصي قبل أن يعلم بالرد فالإيجاب في هذه الحالة لا يبطل ، و ذلك حتى لا يموت الوصي مغروراً بالقبول، و للوصي أن يقبل هذا الرد⁵¹⁷.

⁵¹⁶ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.106.

⁵¹⁷ - أنظر ، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج.6 ، ط.1 ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، 1375 هـ ، ص.206 ؛ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.471 ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.106-107؛ عبد الرحمان بن جيلالي، المرجع السابق ، ص.46.

الفقه الشافعي⁵¹⁸: و هذا الجانب قد فرق بين القبول و رد الإيجاب في حياة الموصي و بعد وفاته

إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى بأن القبول و الرد ليس لهم تأثير أو فائدة إلا بعد وفاة الموصي، لأن الوصاية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي قياساً بالوصية على المال، و لا يعتد بها في حياة الموصي.

الرأي الثاني: يرى هذا الاتجاه بأن الوصاية تشبه الوكالة بحيث يصح قبولها و ردها في حياة الموصي و للوصي عزل نفسه متى شاء و لكن بشرطين، الأول هو أن يكون هناك عذر، و الثاني خوفاً من تلف مال القاصر⁵¹⁹.

الفقه الحنبلي⁵²⁰: أجاز القبول في حياة الموصي و حتى بعد وفاته، لكن اختلفوا في الرد بعد وفاة

الموصي إلى 3 آراء:

الرأي الأول: يرى بجواز القبول و الرد بعد وفاة الموصي.

الرأي الثاني: للوصي رد الايضاء بشرط وجود قاضي يسلم الوصاية إليه .

الرأي الثالث: ليس للوصي رد الايضاء مطلقاً قبل أو بعد وفاة الموصي لما في ذلك من تغيير

بالموصي الذي وضع ثقته بالوصي، كما أن جواز الرد قد يؤدي إلى ضياع حقوق القاصر⁵²¹.

الفقه المالكي⁵²²: يرى هذا الفقه أن القبول من طرف الوصي ينتج أثر في حياة الموصي و بعد

وفاته، أما رد الوصاية فيكون على ثلاث صور:

الصورة الأولى: إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصي و مع علمه لا يطرح إشكال، لكن إذا رد

الوصاية بعد وفاة الموصي أو في حياته بدون علمه فلا يصح لأن الوصاية حق للمولى عليه اكتسبه

بالقبول.

⁵¹⁸ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.28، المرجع السابق، ص.23-24.

⁵¹⁹ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.107؛ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ن، 1996، ص.258.

⁵²⁰ - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج.6، المرجع السابق، ص.574.

⁵²¹ - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص.259.

⁵²² - أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالخطاب الرعييني، مواهب الجليل ...، ج.6، المرجع السابق، ص.404.

الصورة الثانية : أن يكون القبول بعد وفاة الموصي ، فله ردها شرط أن يحلف أنه ما قبلها في حياة الموصي ، و أن لا يكون أهلا لها.

الصورة الثالثة: أن يردّها لعذر على أن يثبت طارئاً بعد القبول، بل أكثر من ذلك لا يعفى من الوصاية إلا بأمرين، الأمر الأول أنه لم يعد قادراً على الوصاية أو أنه لم يقدر مسؤوليتها حق قدرها، أما الأمر الثاني أن الحياء قيده عن الرفض على أن يثبت قوله بالنية.

و يجب الإشارة، إلى أن المشرع لم يتكلم عن كيفية إثبات هذه الوصاية حتى يمكن تثبيتها من طرف القاضي، و عليه يمكن إثباتها بأي طريقة سواء كانت بورقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود.

و هذا في الحقيقة أمر خطير لأنه يعتبر ثغرة قد تسمح بالتلاعب بأموال القاصر، و من المستحسن تداركها من طرف المشرع لحماية القاصر، و ذلك بأن يكون إثبات وصاية الأب أو الجد بورقة رسمية أو عرفية. و هو ما جاء به المشرع المصري بحيث جعل إثبات اختيار الوصي يكون إما بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب فيها، أو مكتوب بخطه و موقعة بإمضائه، و يكون العدول عن الاختيار بإتباع نفس الإجراءات⁵²³.

هذا بالنسبة للوصي المختار الذي يختاره الأب أو الجد ، لكن هناك وصي آخر لا يُختار بل يعين من طرف القاضي ، و هذا ما سنراه في العنوان الموالي.

ب- الوصي المعين:

للقاضي إذا لم يجد ولي و لا وصي مختار من طرف الأب أو الجد، أن يعين وصيا من قبله، لأنه ولي من لا ولي له⁵²⁴، كما جاء في قول عليه الصلاة و السلام: " السلطان ولي من لا ولي له"⁵²⁵.

⁵²³ - المادة 28 من قانون الولاية على المال المصري : " يشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه و موقعة بإمضائه .

و يجوز للأب و المتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما و تعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها "

⁵²⁴ - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.49.

⁵²⁵ - أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي ، المرجع السابق ، ص.194.

فالولاية عندما تنتقل إلى القاضي لا يستطيع هذا الأخير الإشراف على أموال القاصر بنفسه نظرا لمهامه الكثيرة فيقوم بتعيين وصي ينوب عنه⁵²⁶ ، و الذي يسمى في الفقه المالكي بالمقدم.⁵²⁷

و قد نص المشرع الجزائري على الوصي المعين في المادة 99 ق.أ و سماه بالمقدم اقتداءً بالفقه المالكي بقوله: " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

كما تنص المادة 467 ق.إ.م.إ على ما يلي: " يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة ، مقدما من بين أقارب القاصر و في حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره .

يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر و قادرا على حماية مصالحه".

و يتضح مما سبق ، أن المقدم هو شخص يعينه قاضي شؤون الأسرة للإشراف على أحوال القاصر في حالة عدم وجود وليه الأصلي أو المختار ، و يكون في أغلب الحالات من أهله أو أقاربه كالإخوة و الأعمام و الأخوال و كذلك الأقارب عن طريق المصاهرة⁵²⁸ ، الذين يملكون الحق في طلب تعيين مقدم على أموال القاصر ، أما إذا لم يكن هناك شخص من أقارب القاصر ، يعين القاضي شخص آخر من الغير إذا رأى فيه ما يضمن حسن إدارة أموال القاصر للحفاظ عليها.

هذا بالنسبة للوصاية من حيث جهة التعيين ، لكن هناك تقسيم آخر للوصاية من حيث نوعها و هذا ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية .

ثانيا: الوصي العام و الوصي الخاص

الوصاية إما تكون عامة غير مقيدة (أ) ، أو خاصة أي مقيدة (ب).

⁵²⁶ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.7 ، المرجع السابق ، ص.759.

⁵²⁷ - أنظر ، محمد إبراهيم إبراهيم ، الأهلية و عوارضها و الولاية ، مجلة القانون و الاقتصاد ، مطبعة الرغائب ، 1931 ، ع.2 ، ص.536 ،

مقتبس عن: جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.112.

⁵²⁸ - سلامي دليلة ، المرجع السابق ، ص.127.

أ- الوصي العام:

هو ذلك الوصي الذي تعطى له الولاية على كافة الشؤون المالية للقاصر، بحيث تكون عامة غير مقيدة بموضوع أو نوع من التصرفات⁵²⁹، و يتولى إدارة و التصرف في جميع أموال القاصر من تجارة و زراعة و شركة و بيع و إيجار... الخ.

ب- الوصي الخاص:

هو ذلك الوصي الذي تكون مهامه مقيدة و محددة بنوع معين من التصرفات، كإيفاء الديون أو تأجير الأملاك أو مباشرة شؤون الزراعة أو التجارة⁵³⁰، و ذلك دائما لصالح القاصر إما لكون الوصي العام غير متخصص في مجال التجارة مثلا، أو لكون الوصي العام لا يستطيع مباشرة مصالح القاصر لوحده، فيلتزم بتعيين وصي خاص يساعده.⁵³¹

و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 95 ق.أ: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 ، 89 ، 90) من هذا القانون"، و التي تحيلنا بذلك إلى المادة 90 ق.أ: " إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة ".

و عليه إذا تعارضت مصالح القاصر مع مصالح الوصي العام، تعين المحكمة متصرفا⁵³² خاصا و الذي يعرف في الفقه بالوصي الخاص.

غير أن الفقه الإسلامي اتفق على جواز تخصيص الوصي الذي يعينه القاضي، و اختلفوا في تخصيص الوصي الذي يختاره الأب أو الجد.

⁵²⁹ - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.58.

⁵³⁰ - كمال حمدى ، المرجع السابق ، ص.87.

⁵³¹ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.114.

⁵³² - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.59.

فبالنسبة لجمهور الفقهاء، و هم كل من المالكية و الشافعية و الحنابلة و أبو يوسف من الحنفية و الإمامية و الإباضية ، فقد أجازوا تخصيص الوصاية، و برروا موقفهم على أساس أن الإيصاء عبارة عن تفويض التصرف بعد الوفاة إلى الغير، فيجب أن يختص الوصي بما فوض إليه ، و لا يتجاوز ذلك كالوكيل⁵³³.

أما أبو حنيفة و قول عند المالكية⁵³⁴، فيرون أن الوصاية غير قابلة للتخصص، لأن الوصاية خلافة تثبت كاملة و لا تتجزأ، رغم أنهم أجازوا تخصيص الوصي المعين، و برروا موقفهم بأن القاضي عندما يخصص، فهو موجود دائما و يستطيع أن يخصص وصيا آخر للتصرفات الباقية، أما الأب فلا يمكن الرجوع إليه لأنه توفي⁵³⁵.

و في الحقيقة الوصي الخاص له أهمية كبيرة في حماية القاصر، فمن جهة يساهم في تخفيف الضغط على الوصي، و من جهة أخرى أن التخصص يحفظ مال القاصر أكثر، و ذلك لأنه لا يمكن تصور الوصي متخصص في جميع التصرفات.

و إلى جانب الوصي العام و الوصي الخاص ، هناك تقسيم آخر للوصاية من حيث المدة ، بحيث يقسم الوصي إلى وصي مؤقت و وصي دائم.

ثالثا: الوصي المؤقت و الوصي الدائم

الأصل في الوصي أن يكون دائما، ما دام الموصى عليه قاصرا ، إلا أنه لا مانع من توقيت

⁵³³ - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.28 ، المرجع السابق ، ص.23 ؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، ج.6 ، امرجع السابق ، ص. 142 ؛ زين الدين بن علي بن أحمد العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ج.5 ، دار عالم الإسلامي ، د.م.ن ، د.س.ن ، ص.76-77 ؛ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص.226.

⁵³⁴ - شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.28 ، المرجع السابق ، ص.26 ؛ أبو عبد الله محمد بن أحمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، ح.9 ، دار الفكر ، بيروت ، 1299 هـ ، ص.577-578 ؛ عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.60.

⁵³⁵ - أنظر ، محمد مصطفى شليبي ، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و لمذهب الجعفري و القانون ، ط.2 ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان ، 1977 ، ص.803 ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.113.

الإيصاء بمدة معينة يفرضها الموصي أو تفرضها طبيعة المعاملة⁵³⁶، و في الحقيقة الوصي الذي يكون مؤقت هو الوصي المعين من طرف القاضي (المقدم)⁵³⁷، لأن الوصي الذي يعينه الأب أو الجد و هو الوصي المختار يفترض فيه أن يكون دائما ، لأن الذي اختاره غير موجود لاختيار وصي آخر. و قد نص المشرع المصري صراحة على الوصي المؤقت في المادة 32 ق.و.م.م⁵³⁸، على أنه يعين وصي مؤقت في حالة وقف ولاية الولي دون وجود ولي آخر ، أو إذا أوقف الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أداء هذا الوصي واجباته.⁵³⁹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يتكلم عن الوصي المؤقت، و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ ، لم يتوسع الفقه الإسلامي في الحديث عن هذا الموضوع، لأن الوصاية تقبل الإنهاء عند الحاجة من الولي، سواء كان الأب أو الجد أو القاضي.⁵⁴⁰

غير أن المشرع الجزائري ينص على الوصي المعين المتمثل في المقدم بخصوص تصفية التركة، في المادة 182 ق.أ: " في حالة عدم وجود ولي أو موصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة و بتعيين مقدم، و لرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، و إيداع النقود و الأشياء ذات القيمة و أن يفصل في الطلب "، لكن لم يبين المشرع في هذه المادة ما إذا كان مؤقتا ، بمعنى هل مهمته تكون فقط في فترة تصفية التركة أم دائم إلى حين بلوغ القاصر.⁵⁴¹

⁵³⁶ - سيف رجب قزامل ، المرجع السابق ، ص.151.

⁵³⁷ - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.73.

⁵³⁸ - المادة 32 ق.و.م.م: " تقيم المحكمة وصيا مؤقتا إذا حكم بوقف الولاية و لم يكن للقاصر ولي آخر ، و كذلك إذا أوقف الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته"

⁵³⁹ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.116.

⁵⁴⁰ - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.73.

⁵⁴¹ - و قد فرق أحمد نصر الجندي في كتابه الأحوال الشخصية في القانون السوري بين الوصي المؤقت و الوصي الخاص ، حيث قال بأن: " الوصي المؤقت يكون عند وقف الولاية ، و مفاد ذلك أن هذا الوصي المؤقت ، تأقيت وصايته ينتهي بانتهاء سبب تعيينه أي بانتهاء سبب وقف الولاية .

أما الوصي الخاص فإن سبب تعيينه هو تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة وليه ، أو تعارض مصالح القاصرين مع بعضها البعض ، و مؤدى هذا أن انتهاء مهمة هذا الوصي الخاص تكون بانتهاء تعارض المصالح الذي عين بسببها" ؛ أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، المرجع السابق ، ص.162.

و من ثم ، نعتقد أن الوصي المؤقت يحقق حماية للقاصر ، فقد تنتهي ولاية الولي لأي سبب من الأسباب أو تُوقف، و حتى لا تضيع أموال القاصر بين أيدي غير أمينة، من المستحسن أن يعين القاضي وصي تكون مهمته مؤقتة إلى حين عودة الولاية أو الوصاية إلى صاحبها، أو إلى حين تعيين مقدم دائم من طرف القاضي.

و بالإضافة إلى الوصي المؤقت و الوصي الدائم ، قد ينفرد في الوصاية على مال القاصر شخص واحد كما قد يتعدد.

رابعاً: الوصي الواحد و تعدد الأوصياء

الأصل في الوصاية التفرد لا التعدد على أموال القاصر، فيقيم الموصي وصيا واحدا يختاره ليتصرف في مال القاصر، إلا أنه حماية للقاصر قد يرى الموصي أن من مصلحة القاصر تعدد أوصيائه.⁵⁴²

و قد اتفق الشرع الإسلامي على جواز التعدد في الوصاية⁵⁴³، و قد أجازته أيضاً كل من المشرع المصري في المادة 30 من ق.و.م.م⁵⁴⁴، و المشرع المغربي في المادة 244 من مدونة الأسرة المغربية⁵⁴⁵.

و هذا على عكس المشرع الجزائري الذي لا يقر بتعدد الأوصياء في المادة 92 ق.أ التي تنص: "... و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

⁵⁴² - عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.63 ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.118.

⁵⁴³ - كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص.88.

⁵⁴⁴ - المادة 30 من ق.و.م.م: " يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصي واحد ، و في هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمنضة لنفع القاصر.

و عند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع".

⁵⁴⁵ - المادة 244 من مدونة الأسرة المغربية: " إذا لم توجد أم أو وصي ، عينت المحكمة مقدما للمحجور ، و عليها أن تختار الأصلح من العصابة ، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين و إلا فمن غيرهم.

للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك ، و تحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم".

لكن مع ذلك يعتبر ما جاء به المشرع فيه جانب من الحماية ، فنية المشرع من وراء رفض التعدد باختيار أصلحهم تتمثل في وضع حد للاختلافات في الآراء أو عدم التفاهم التي قد يترتب عنها ضياع أموال القاصر.⁵⁴⁶

فإذا كانت هذه هي الحماية التي جاء بها المشرع لأموال القاصر عن طريق الولاية ، فهل في انتهاء و وقف الولاية حماية للقاصر؟

المطلب الثالث

حماية القاصر من خلال انتهاء و وقف الولاية على المال

لكل حق و واجب بداية و نهاية ، و الولاية باعتبارها حق و واجب في نفس الوقت لها أسباب تبدأ بها و أسباب تنتهي بها نهائيا (الفرع الأول) ، كما لها أسباب لا تنتهيها بل توقفها لفترة معينة ثم تعود إلى الولي حماية للقاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

انتهاء الولاية على المال

⁵⁴⁶ - و قد يطرح سؤال حول الفرق بين تعدد الأوصياء و تخصيص الوصاية ، لأن التعدد لا يقتضي التخصيص و العكس كذلك ، و بالتالي قد يعين عدة أوصياء ينفرد أحدهم بالرأي و التصرف من عدمه في كل مال القاصر ، بينما فيما يتعلق بتخصيص الوصاية فالوصي المختص يتقيد بما خصص له سواء كان هناك أوصياء غيره أم لا ؛ عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.63.

فهذا الانتهاء منه ما هو خاص بالقاصر (أولاً) ، و منه ما هو خاص بالولي (ثانياً).

أولاً: انتهاء الولاية الخاص بالقاصر

و تشمل كل من بلوغ القاصر سن الرشد (أ) ، ترشيده (ب) ، موته (ج) و بالإضافة إلى هلاك أمواله (د).

أ- بلوغ القاصر سن الرشد:

تنص المادة 40 ق.م على أن: " كل من بلغ سن الرشد و متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"، فبمجرد بلوغ القاصر سن 19 سنة تردُّ له أمواله للتصرف فيها، و تنتهي بذلك ولاية الولي رغم أن قانون الأسرة لم ينص على هذه الحالة⁵⁴⁷ في المادة 91 ق.أ الخاصة بحالات انتهاء مهمة الولي، بل نص عليها في المادة 96 ق.أ المتعلقة بأسباب انتهاء الوصاية على أنه: " تنتهي مهمة الوصي:

2) ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه " .

و يتفق الفقه الإسلامي⁵⁴⁸ ، على أن الولاية على الصغير تنتهي تلقائياً إذا بلغ القاصر، عاقلاً راشداً دون الحجر عليه لسفه أو عته أو غفلة أو جنون، أما إذا سبق الحجر عليه فلا تزول عنه الولاية حتى يخرج به أبوه أو القاضي منها⁵⁴⁹ ، وذلك طبقاً لقوله تعالى في سورة النساء: " وَ اَبْتَلُوا اَلْيَتَامَى اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَاِنْ اَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشَدًا فَاَدْفَعُوا اِلَيْهِمْ اَمْوَالَهُمْ "⁵⁵⁰ .

لكن ليس البلوغ وحده سبب لانتهاء الولاية ، بل حتى ترشيده القاصر في التصرف في أمواله يُعد سبب لانتهاء الولاية.

⁵⁴⁷ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.73.

⁵⁴⁸ - و هم كل من المذهب الحنفي و الشافعي و الحنبلي و المالكي.

⁵⁴⁹ - عبد السلام الرفعي ، المرجع السابق ، ص.480؛ عبد الجليل أحمد علي ، المرجع السابق ، ص.156.

⁵⁵⁰ - الآية 6 من سورة النساء.

ب- ترشيد القاصر:

يعتبر السماح للقاصر بالتصرف في أمواله قبل بلوغه السن القانونية المتمثلة في 19 سنة طبقا للمادة 40 ق.م ، وسيلة تساهم في تدريبه و تعليمه من الناحية التطبيقية . فما دام أن المشرع قد سمح بترشيد القاصر في الزواج طبقا للمادة 7 ق.أ⁵⁵¹ ، فمن باب أولى أن يكون هناك ترشيد في المال، غير أن هذا الترشيد يختلف بين قانون الأسرة و القانون التجاري.

1- ترشيد القاصر في قانون الأسرة:

تنص المادة 84 ق.أ على أنه: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله ، بناء على طلب من له مصلحة ، و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".
و من خلال هذا النص ، يتضح أنه يجوز للقاضي أن يأذن للقاصر الذي بلغ سن التمييز و هو 13 سنة أن يتصرف في أمواله الخاصة بناء على طلب من له مصلحة، و هو ما يسمى بالترشيد⁵⁵² .
و طبقا لنص هذه المادة ، لا يمكن أن يستفيد القاصر من الإذن بالتصرف في أمواله كلها أو جزء منها إلا وفق الشروط التالية:

1- يجب أن يبلغ القاصر سن التمييز و هو 13 سنة ، فالشخص ببلوغه هذه السن بحسب المادة 84 ق.أ يصبح له القدرة على حسن التصرف و الإدارة ، لكونه يفهم معنى التصرفات من بيع و شراء و إيجار... الخ . بحيث يصبح المميز متساويا مع كامل الأهلية في تصرفاته ، فتصبح تصرفاته المالية صحيحة و منتجة لآثارها ، بعد أن كان المميز عديم الأهلية و كل تصرفاته باطلة

⁵⁵¹ - المادة 7 ق.أ: " تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات "

⁵⁵² - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.63.

بطلان مطلق، دون أن يمر بفترة زمنية بين سن التمييز و سن الرشد ليكتسب من خلالها شيئاً من الخبرة⁵⁵³.

و من المستحسن لو يحدد المشرع الجزائري سنا معينة للترشيد تكون ما بين 16 سنة و سن الرشد 19 سنة ، كما جاء في المادة 3/218 من مدونة الأسرة المغربية و التي حددت سن الترشيد بـ 16 سنة و التي تنص: " إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره ، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده"، و كذلك المادة 60 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين و التي حددت سن الترشيد بـ 17 سنة و التي تنص : " للقاضي ترشيد القاصر إذا أتم السابعة عشرة من عمره و ثبت حسن تصرفه"، و حتى سن 15 سنة مناسب للترشيد كما جاء في المادة 154 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية⁵⁵⁴ حيث قررت بأنه: " للقاضي ترشيد القاصر إذا أتم الخامسة عشرة من عمره ، و ثبت حسن تصرفه".

فحماية القاصر حسب اعتقادنا تقتضي أن تكون هناك فترة بين التمييز و الترشيد، يحاول من خلالها الولي أو الوصي أو كل من له مصلحة تدريب القاصر من الناحية النظرية على الأمور التي سيرشد فيها من جهة ؛ و أن سن 13 سنة أو 14 سنة صغيرة جدا لتكليف القاصر و ترشيده من جهة أخرى . لأنه لا يمكن تصور القاصر البالغ من العمر 13 سنة يرشد مباشرة⁵⁵⁵، بل و أن تصبح تصرفاته التي كانت باطلة بطلانا مطلقا في الأمس، صحيحة اليوم و يستطيع أن يبرم كل التصرفات و لو كانت ضارة به ضررا محضاً، بل و تكون هذه التصرفات صحيحة نهائياً ، و هو الانتقاد الذي وجهه الأستاذ علي علي سليمان للمادة 84 ق.أ⁵⁵⁶.

⁵⁵³ - أنظر ، محمد حبار ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، معهد الحقوق، جامعة بن عكنون ، 1982 ، ص.254.

⁵⁵⁴ - القرار رقم 105-د-6-17/8/1408 هـ-4/4/1988م ، المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة.

⁵⁵⁵ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.131.

⁵⁵⁶ - أنظر ، علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص.267.

2- أن يُقَدَّم الإذن للقاصر بالتصرف أمام قاضي شؤون الأسرة ، من طرف كل شخص له مصلحة في تصرف القاصر بأمواله، و الذي يكون إما وليه أو وصيه باعتبارهم أصحاب الشأن في رعاية القاصر و رعاية أمواله⁵⁵⁷.

3- أن تظهر في القاصر علامات القدرة و حسن التصرف ، و يرجع تقدير ذلك إلى القاضي بحيث يقوم هذا الأخير بإجراء تحقيق كامل حتى يتأكد من قدرة و استعداد القاصر لمباشرة تلك التصرفات مراعيًا في ذلك بعض الاعتبارات ، لأنه ليس كل شخص بالغ سن التمييز قادرًا على تحمل ما يتحمله الشخص البالغ⁵⁵⁸.

2- ترشيد القاصر في القانون التجاري:

تنص على ذلك المادة 5 من القانون التجاري على أنه: " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرًا أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية :

- إذا لم يكن قد حصل مسبقًا على إذن والده أو أمه أو على قرارا من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة ، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطنة الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب و الأم.

- و يجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

و عملا بهذا النص فإن شروط استفادة القاصر من رخصة الترشيد من أجل ممارسة بعض الأعمال التجارية تتمثل فيما يلي:

⁵⁵⁷ - أنظر ، الغوثي بن ملحمة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص.200.

⁵⁵⁸ - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.68.

1- أن يبلغ القاصر 18 سنة دون أن يكون محجور عليه، فترشيد القاصر في الزواج طبقا للمادة 7 ق.أ أو الإذن للقاصر بالتصرف في أمواله لا يسمح له بمزاولة التجارة إلا إذا بلغ سن 18⁵⁵⁹.

2- الحصول على إذن مسبق من الأب أو الأم أو على قرار من مجلس العائلة إذا كان والده متوفيا أو غائبا، و يشترط في ذلك الإذن ألا يكون عاما بل يحدد للقاصر الأعمال التي يجوز له ممارستها و التصرفات التي لا يجوز له أن يتعدها⁵⁶⁰، و بذلك يكون القانون التجاري قد تناقض مرة أخرى مع قانون الأسرة فيما يخص الجهة التي تقوم بترشيد القاصر، ففي المادة 84 ق.أ نجد أن القاضي هو من يمنح الإذن للقاصر بالتصرف في ماله ، بينما تنص المادة 05 ق.ت على أن الإذن يكون من الأب أو الأم أو من مجلس العائلة.

3- عرض الإذن على القاضي المختص ، و هذا الأخير له السلطة التقديرية الكاملة في قبول أو رفض الطلب .

4- تقديم هذا الإذن تديما لطلب التسجيل الكتابي في السجل التجاري.

و بعد توفر كل هذه الشروط يصادق القاضي على الطلب، و تنتهي بذلك الولاية في حدود الإذن و يستطيع القاصر المرشد مباشرة أعمال التجارة المرخص له القيام بها ، و تصبح جميع التصرفات المالية التي تدخل في حدود الإذن صحيحة و تكسبه صفة التاجر ، أما التصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الإذن فيجوز للقاصر المرشد التمسك بإبطالها و لا يكتسب فيها صفة التاجر⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ - أنظر ، فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، الحرفي ، الأنشطة التجارية المنظمة ، السجل التجاري ، ط.2 ، النشر و التوزيع ابن خلدون ، الجزائر ، 2003 ، ص.342-343.

⁵⁶⁰ - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.62 ؛ علي بن غانم ، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2005 ، ص.148.

⁵⁶¹ - أنظر ، نادية فوضيل ، القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001 ، ص.128.

بل أكثر من ذلك و حماية للقاصر، لم تجز المادة 6 من القانون التجاري للقاصر التصرف في العقار إلا بعد مروره بالإجراءات المتعلقة ببيع أموال القاصر طبقا للمادة 89 من قانون الأسرة ، بحيث لا يستطيع القاصر في هذه الحالة التصرف في العقار إلا بإذن من القاضي الذي يراعي حالة الضرورة و المصلحة ، و بيع العقار في المزاد العلني و هذا كله لتحقيق حماية كاملة للقاصر⁵⁶².

و في الأخير، نقول بأن الترشيد نافع و ضار في نفس الوقت، فهو يحقق حماية للقاصر من جهة؛ و يعتبر خطرا على أمواله من جهة أخرى ، لذلك و حماية للقاصر مَنح المشرع للقاضي الحق في الرجوع عن الإذن، إذا ما اقتضت مصلحة القاصر و ضرورة حمايته ذلك وفقا للمادة 84 ق.أ كأن يقوم القاصر مثلا بتبذير أمواله أو يكون القاصر غير قادر فعليا على تسيير أمواله لوحده.

و بالإضافة إلى الترشيد كسبب لانتهاء الولاية قد تنتهي هذه الأخيرة لسبب آخر و هو موت القاصر أو هلاك أمواله.

ج- موت القاصر أو هلاك أمواله:

إذا توفي القاصر لم تعد للولاية أهمية ، لأن هذه الأموال تصبح تركة و تقسم على ورثته ، كما تنتهي الولاية بهلاك أموال القاصر ، لأن الولاية تقوم لحفظ هذه الأموال ، فإذا هلكت لم يعد للولاية أثر لانعدام محلها ، و لم ينص كل من قانون الأسرة الجزائري و لا قانون الولاية على المال المصري على هاتين الحالتين لانتهاء الولاية الأصلية ، بينما نص المشرع المصري على الحالتين في جهة الوصاية؛ أما المشرع الجزائري ، فنص على الحالة الأولى فقط في المادة 2/96 ق.أ " تنتهي مهمة الوصي: 1) بموت القاصر...".⁵⁶³

هذا جل ما يمكن أن يقال عن انتهاء الولاية الخاص بالقاصر ، لكن هل تنتهي الولاية بسبب الولي ؟

⁵⁶² - أنظر ، سامية حساين ، تأرجح حماية القاصر بين قواعد القانون التجاري وقانون الأسرة الجزائري ، ملتقى دولي بعنوان الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، ماي 2014 ، ص.31.

⁵⁶³ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.78؛ محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ...، المرجع السابق ، ص.607.

ثانيا: انتهاء الولاية الخاص بالولي

و تشمل كل من موت الولي و فقد أهليته (أ) و عجزه عن ممارسة الولاية (ب) ، بالإضافة إلى عزله (ج) و انتهاء مهام الولي و استقالته (د) ، و يجب الإشارة أن الحالة الأخيرة خاصة بالولاية المكتسبة دون الولاية الأصلية.

أ- موت الولي أو فقد أهليته:

تنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا أو حكما طبقا للمادة 2/91 ق.أ التي تنص: "تنتهي وظيفة الولي:.....2) بموته" و المادة 1/96 ق.أ التي تنص: "تنتهي مهمة الوصي: 1) ... موته".

فحماية للقاصر و لأمواله توضع حد للولاية بموت الولي ، على أساس أنها ستبقى بدون شخص يحميها و ينميها، و هذا ما جعل الموت الحكمي الذي يكون بعد 4 سنوات من صدور الحكم بفقدان الولي ينهي الولاية لاستحالة تحقيق الهدف من الولاية أثناء فقدانه ، و تنتقل بذلك الولاية إلى من يليه في المرتبة.

لكن المشكل يطرح في حالة ما إذا رجع المفقود بعد الحكم بوفاته و انتقلت الولاية إلى غيره، فهل ترجع له الولاية؟ و هل من مصلحة القاصر أن ترجع له الولاية؟.

في الحقيقة لم يتكلم المشرع الجزائري عن هذا الاحتمال في المادة 115 ق.أ⁵⁶⁴، غير أن عبد السلام الرفعي يرى بأن المفقود إذا عاد قبل الحكم بموته عادت له الولاية ، لكن إذا عاد بعد صدور الحكم بموته فلا تعود له الولاية لأن هذا الحكم ينهيها نهاية مؤبدة.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ - المادة 115 ق.أ: " لا يورث المفقود و لا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، و في حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من

أمواله أو قيمة ما بيع منها."

⁵⁶⁵ - عبد السلام الرفعي ، المرجع السابق ، ص.467.

لكن في حالة فقدان الولي لأهليته فإن هذا الأمر يجعله عاجز عن تولي شؤونه و إدارة أمواله ، فيحتاج هو بذاته إلى من يقوم برعاية مصالحه ، لذلك لا يمكن أن يبقى له حق إدارة أموال القصر و شؤونهم الخاصة ، و هذا ما جعل المشرع يسقط الولاية الأصلية و المكتسبة عن الولي في كل من المادة 3/91 ق.أ و التي تنص: " تنتهي وظيفة الولي: ... 3) بالحجر عليه" ، و المادة 1/96 ق.أ و التي تنص: " تنتهي مهمة الوصي : 1) ... زوال أهلية الوصي "

و بالإضافة إلى موت الولي أو فقد أهليته ، هناك سبب آخر قد تنتهي به الولاية و يتمثل في عجز الولي.

ب- عجز الولي:

لم يحدد المشرع المقصود بالعجز في المادة 1/91 ق.أ⁵⁶⁶ ، هل يقصد به العجز المادي كالعجز الجسماني، أم العجز المعنوي كعدم أو نقص القدرات الفكرية للولي؟ و لعلّ المشرع الجزائري من خلال عدم تحديده للمقصود بالعجز يكون قد قصد بذلك العجز بنوعيه المادي و المعنوي.⁵⁶⁷

و بذلك يجوز للولي الذي يجد نفسه عاجزا عن القيام بأعباء الولاية بسبب الكبر⁵⁶⁸ أو المرض أو العاهتين، أن يطلب من المحكمة إعفائه منها على أساس المادة 1/91 ق.أ و المادة 80 ق.م و التي تنص على أنه: " إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

و يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة."

⁵⁶⁶ - نص المادة 1/191 ق.أ: " تنتهي وظيفة الولي: 1) بعجزه "

⁵⁶⁷ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.114.

⁵⁶⁸ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.82.

فالولي الذي قررت مساعدته يعتبر عاجزا عن تسير أمواله و عاجزا عن الولاية، و حماية للقاصر تتقرر نهاية الولاية طبقا للمادة 1/91 ق.أ و تعطى لمن يليه في الترتيب⁵⁶⁹، علما أن المشرع لم يتكلم عن عجز الوصي في حالات انتهاء الولاية المكتسبة في المادة 96 ق.أ رغم أهميته لأنه ليس من مصلحة القاصر أن تبقى الولاية المكتسبة في يد شخص عاجز يحتاج هو لمن يساعده، لكن حسب اعتقادنا يمكن أن ندخلها ضمن الفقرة الرابعة من المادة 96 ق.أ الخاصة بقبول عذر الوصي في تخلي عن مهمته.

هذا بالنسبة لعجز الولي كسبب لانتهاء الولاية ، إلا أنه قد يكون الولي صحيحا جسديا و عقليا و كامل الأهلية و مع ذلك تنتهي ولايته بسبب العزل.

ج- عزل الولي:

يقصد بالعزل إعفاء الولي من عمله في إدارة أموال القاصر المولى عليه لتحقيق الأسباب المؤدية إلى ذلك⁵⁷⁰ ، و يعتبر العزل إجراء يتخذه القاضي في مواجهة الولي ، فيعفيه من مهامه إذا رأى مصلحة القاصر المالية معرضة للضياع ، لأن الولاية مرتبطة بالمصلحة فمتى انتفت المصلحة وجب أن تزول الولاية⁵⁷¹.

فسقوط الولاية عن الولي أو عزله قد يكون إما لتخلف شرط من شروط الولاية الواجب توافرها في الولي الأصلي أو النيابي، و هو ما تنص عليه المادة 93 ق.أ: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً ... و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"، و إما أن الولي قد عرض أموال القاصر إلى الضياع كالتبذير و الإهمال و الإخلال بالواجب⁵⁷² ، و هو ما تنص عليه صراحة

⁵⁶⁹ - و قد نصت على المساعدة القضائية المادة 70 من قانون الولاية على المال المصري: " إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أو أصم أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة 39. و يجوز لها ذلك أيضا إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد."

⁵⁷⁰ - عبد السلام الرفعي ، المرجع السابق ، ص.457.

⁵⁷¹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.116 ؛ محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.108.

⁵⁷² - كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص.159.

المادة 5/96 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " تنتهي مهمة الوصي: ...5) - بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر "573 و كذلك المادة 91 ق.أ و التي تنص: " تنتهي وظيفة الولي: ...4) - بإسقاط الولاية عنه".

و عليه ، إذا رأى القاضي أن مصالح القاصر مهددة بسبب عدم عدل الولي ، أو عدم كفاءته أو عدم أمانته فيحكم القاضي بعزل الولي أو سقوط الولاية عنه سواء بحكم جزائي، نتيجة ارتكاب الولي جريمة خطيرة تهدد مصلحة القاصر النفسية و المالية. كما جاء في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات و التي تتكلم عن الفاحشة المرتكبة بين الأقارب، و التي اعتبرها المشرع سببا لحرمان الأب و الأم من الولاية بحيث تنص: " يعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:.... و يتضمن الحكم المقضي به ضد الأب و الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية"574 .

573 - و قد تكلم الفقه الإسلامي عن عزل الوصي في كل من المذهب الحنفي و الشافعي و المالكي و الحنبلي:

المذهب الحنفي: قسم عزل الوصي من طرف القاضي إلى ثلاث حالات ، الحالة الأولى و هي أن يكون الوصي عدلا كفؤا فيستحب للقاضي عدم عزله و إن عزله انعزل ، أما الحالة الثانية و هي أن يكون الوصي عدلا غير كفؤ يضم إليه القاضي كفؤا و إن عزله انعزل ، و الحالة الثالثة و هي أن يكون الوصي غير عادل يعزله القاضي وجوبا.

و فرق بعض الحنفية في ذلك بين وصي الميت و وصي القاضي فأجازوا للقاضي عزل وصيه و إن كان عدلا كافيا ، بينما لا يجوز له أن يعزل وصي الميت العدل الكافي ؛ عبد الله محمد سعيد رابعة ، المرجع السابق ، ص.232.

و قد جاء في المبسوط للسرخسي بخصوص عزل الوصي " إذا اشتكى الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدوا له منه خيانة ، لأن الموصي اختاره و رضي به ، و الشاكي قد يكون ظلما في شكواه ، فما لم يتبين خيانتة لا يحتاج القاضي إلى النيابة عن الميت في النظر له و الاستبدال به ، فإن علم منه خيانة ، عزله عن الوصية ، لأن الموصي اعتمد في اختياره أمانته ، و الظاهر أنه لو علم بخيانتة عزله ، و القاضي بعد موته قائم مقامه نظرا منه للميت ، و إن كان الوصي هو الذي شكى إلى القاضي عجزه عن التصرف فعلى القاضي أن ينظر في ذلك ، فإن علم عدالته و عجزه الاستبدال ضم إليه غيره ، لأنه لو لم يفعل ذلك فإما أن يتصرف الوصي بالعجز عن التصرف في حقوق نفسه أو يترك التصرف في حوائج الموصي فيتمكن الخلل في مقصوده و يرتفع هذا الخلل بضم غيره إليه ، و إن ظهر عنده عجزه عن القيام بالوصية استبدال به ، لأنه مأمور بالنظر من الجانيين " ؛ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.28 ، المرجع السابق ، ص.24.

و ذهب جمهور الفقهاء و هم كل من المالكية و الشافعية و الحنابلة على أنه يعزل الولي إذا كان فاسقا و أصبح غير عادل ؛ عبد السلام الرفعي ، المرجع السابق ، ص.149.

574 - تنص المادة 337 مكرر من قانون العقوبات: " تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1- الأقارب من الفروع أو الأصول.

2- الإخوة و الأخوات الأشقاء ، من الأب و الأم ،

3- بين شخص و ابن إخوته أو أخواته من الأب و الأم أو مع أحد فروعهم ،

و قد يقضي القاضي بعزل الولي بناء على حكم مدني و يكون ذلك بطلب من له مصلحة في الأمر، أو بطلب من النيابة العامة ، أو بأمر من قاضي شؤون الأسرة ، و في هذا الشأن تنص المادة 465 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: " 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" ، كما تنص المادة 473 من نفس القانون على ما يلي: " إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه ، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي".

فالقاضي المختص في هذه الأحوال هو قاضي شؤون الأسرة، و الذي يملك السلطة التقديرية في الحكم بعزل الولي بعد أن يتأكد من ضرورة حماية مصالح القاصر المالية المهددة بخطر التلف أو الهلاك، كما له أن يتخذ كافة التدابير لحماية مصالح القاصر المالية قبل فصله في الموضوع و بأمر غير قابل لأي طعن لأن مصالح القاصر أولى بالحماية⁵⁷⁵.

و بالإضافة إلى عزل الولي ، فإن هناك أسباب أخرى لانتهاء الولاية و تتمثل في انتهاء مهام الولي أو استقالته.

د- انتهاء مهام الولي أو استقالته:

-
- 4- الأم و الأب و الزوج أو الزوجة و الأرملة أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهِ ،
 - 5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب و فروع الزوج الآخر ،
 - 6- من أشخاص يكون أحدهم زوجاً لأخ أو لأخت.
- تكون العقوبة بالسجن من عشر إلى عشرين سنة في الحالتين 1 و 2 و بالحبس من خمس إلى عشر سنوات في الحالات رقم 3 و 4 و 5 و بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة رقم 6.
- و في جميع الأحوال إذا ارتكبت الفاحشة من شخص راشد على شخص قاصر يبلغ من العمر 18 عاماً فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوباً العقوبة المفروضة على الشخص القاصر.
- و يتضمن الحكم المقضي به ضد الأب و الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية".
- ⁵⁷⁵ - محمد بوعمرّة ، المرجع السابق ، ص.110.

الانتهاء بصفة عامة هو زوال السبب الذي من أجله أقيم الولي، كما لو استرد الأب ولايته على ولده القاصر، أو حكم بترشيده القاصر، لكن ليس هذا هو المقصود بالانتهاء في المادة 3/96 ق.أ: " تنتهي مهمة الوصي: 3) بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها "، و إنما المقصود به انتهاء المهمة التي خصص من أجلها، و ذلك إما بانتهاء المدة أو بتحقيق الهدف كما هو الحال بالنسبة للوصي الخاص.⁵⁷⁶

أما بالنسبة للاستقالة، فالوصي له الحق في طلبها من قاضي شؤون الأسرة الذي أمر بتعيينه ، و إذا رأى القاضي ما يبررها بأن لا تضر بمصلحة القاصر، أجاز القاضي للوصي التخلي عن الولاية⁵⁷⁷، و هو ما تنص عليه المادة 4/96 ق.أ حيث جاء فيها: " تنتهي مهمة الوصي: 4) بقبول عذره في التخلي عن مهمته "، ومثلها أن يسافر الوصي لمدة طويلة فيخشى على أموال القاصر، أو أن ينشغل بتجارة أو عمل لا يترك له مجالاً للاهتمام بأموال القاصر التي تحتاج إلى متابعة و رعاية دورية مستمرة .

و هذا أخذاً بالمذهب المالكي، الذي لم يجز الاستقالة إلا لعذر يمنعه من القيام بمهامه، و ذلك وفق شروط و هي أن يثبت بأن العذر يمنعه كلياً من القيام بمهامه، و أن يكون هذا العذر طارئاً بعد قبول الوصاية.⁵⁷⁸

هكذا و بعد أن تطرقنا إلى الحماية المقررة من وراء انتهاء الولاية ، فإننا سنعالج في الفرع الموالي الحماية المقررة للقاصر من وراء وقف الولاية على المال.

الفرع الثاني

وقف الولاية على المال

⁵⁷⁶ - أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.101.

⁵⁷⁷ - أحمد عيسى ، نفس المرجع.

⁵⁷⁸ - أنظر ، الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، ج.3 ، مؤسسة الريان للنشر و التوزيع ، لبنان ، 2002 ، ص.665 ؛

جميلة موسوس، المرجع السابق ، ص.148؛ عبد السلام الرفعي ، المرجع السابق ، ص.467.

وقف الولاية لا يعني انتهائها و إنما تبقى، غير أن الولي يوقف عن إدارة أموال القاصر لفترة معينة تكون إما لتعارض في المصالح بين الولي و القاصر (أولا) ، و إما أن هذا الولي غائب أو حكم عليه بعقوبة تمنعه من ممارسة الولاية (ثانيا) .

أولاً: وقف الولاية لتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر

تنص المادة 90 ق.أ: " إذا تعارضت مصالح الولي و مصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة"⁵⁷⁹، و المادة 95 ق.أ: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88، 89 و 90) من هذا القانون".

و بناء على هاتين المادتين، يكون المشرع قد حرص على تحقيق حماية أكبر للقاصر حتى في مواجهة وليه ، ذلك أن بعض التصرفات قد تفقد الثقة في الولي و تجعله مشكوك فيه مما يستلزم تدخل القاضي ، غير أنه يجب أولاً تحديد هذا التعارض (أ) الذي يدفع بالقاضي إلى وقف الولاية في هذا التصرف و تعيين متصرف خاص (ب) .

أ- بيان حالة التعارض

إن من أبرز الصور التي تتعارض فيها مصلحة الولي مع مصلحة القاصر هي حالة ما إذا رغب هذا الولي بشراء مال مملوك للقاصر، و في هذا المجال منع القانون المدني هذا النوع من المعاملات في المادة 410 ق.م و التي تنص: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى"، و المادة 77 ق.م: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز

⁵⁷⁹ - Art 389-3 /2 c.v.f : " Quand ses intérêts sont en opposition avec ceux du mineur il doit faire nommer un administrateur ad hoc par le juge des tutelles."

للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون و قواعد التجارة".

فليس للولي في القانون الجزائري أن يتعاقد مع نفسه بصفته وليا على ولديه القاصرين، كأن يكون أحدهما بائعا و الآخر مشتريا، و لا بصفته وليا عن ولده القاصر و أصيلا عن نفسه، لتعارض مصالح القاصر و الولي أو خشية تفضيل أحد ولديه على الآخر.⁵⁸⁰

و هذا على عكس المشرع المصري الذي استثنى الأب من التعاقد مع نفسه في المادة 14 من قانون الولاية على المال المصري التي تنص: " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك " ، و هو استثناء من المادة 108 ق.م.م التي تمنع تعاقد الشخص مع نفسه.⁵⁸¹

و تعتبر المحكمة التي جعلت المشرع الجزائري يمنع هذا التعاقد، هو دفع لشبهة المحاباة و السعي لرعاية مصلحة القاصر و مصلحة الولي، و تظهر مصلحة القاصر في أن المحكمة هي التي تصدر الإذن و تتحقق من عدالة المقابل.

كما أن من مصلحة الولي اطمئنان القاصر إلى أن التصرف لا ينطوي و لو عن غير قصد على الإخلال بحقوقه ، ذلك أن القاعدة المعروفة في عقود المعاوضات هي تعارض مصلحة طرفي العقد، ففي عقد البيع مثلا من مصلحة المشتري الشراء بأقل ثمن ، في حين تتمثل مصلحة البائع في إتمام البيع بأعلى سعر ممكن.⁵⁸²

⁵⁸⁰ - أنظر ، محمد جلال الدين مباركي ، الأهلية القانونية دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، 2001-2002 ، ص.129.

⁵⁸¹ - 108ق.م.م: " لا يجوز للشخص 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 هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة".

⁵⁸² - أنظر ، عبد الحكيم المهيري، حماية أموال القاصر طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 18 ، الجزائر ، 2007-2010، ص.36.

و من ثمّ، بمجرد اكتشاف هذا التعارض بين المصلحتين و وصول ذلك إلى علم القضاء أو طلب منه ذلك فإنه و حماية لأموال القاصر يتم تعيين متصرف خاص.

ب- تعيين المتصرف الخاص

يعين المتصرف الخاص من طرف القاضي، و إن كان المشرع لم يحدد من هو القاضي لكن على الأغلب يكون قاضي شؤون الأسرة طبقا للمادة 424 ق.إ.م.إ و التي تنص: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر " ، و يكون هذا التعيين إما تلقائيا و إما بناء على طلب كل من له مصلحة.

و يقابل المتصرف الخاص في القانون المصري، الوصي الخاص طبقا للمادة 31 من قانون الولاية على المال المصري: "تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته و ذلك في الأحوال الآتية: (أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته. (ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعته أو مع من يمثله الوصي....".

أما بالنسبة لطريقة تعيين المتصرف الخاص فلم ينص عليها المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة و لا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لكن يمكن تعيينه بنفس الطريقة التي يعين بها المقدم و تطبق المواد 470⁵⁸³ و 471⁵⁸⁴ ق.إ.م.إ .

هذا بالنسبة لوقف الولاية لتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر ، لكن هل يمكن وقف الولاية لغياب الولي أو الحكم عليه قضائيا؟

ثانيا: وقف الولاية لغياب الولي أو الحكم عليه قضائيا

⁵⁸³ - المادة 470 ق.إ.م.إ: " يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة ، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة ، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة. "

⁵⁸⁴ - المادة 471 ق.إ.م.إ: " يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه.

يجب على المقدم أن يقدم دوريا و طبقا لما يحدده القاضي ، عرضا عن إدارة أموال القاصر و عن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة. "

هذا الوقف يكون نتيجة لظروف معينة تمنع الولي من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، إذ أن قيام تلك الظروف يحول دون تمتع الولي بأهلية الأداء التي توافرت لديه ، و ذلك إما لغيابه (أ) ، أو الحكم عليه بعقوبة تجعله غير قادر لمباشرة الولاية (ب) ، أو شهر إفلاسه (ج).

أ- وقف الولاية لغياب الولي:

الغائب هو شخصا كامل الأهلية له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الوطن، لكن استحاله عليه تولي شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينييه في إدارتها⁵⁸⁵، و قد عرفته المادة 110 ق.أ: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة و تسبب في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"⁵⁸⁶، و على المحكمة أن تعين في حالة غيابه مقدما لتسيير أمواله من الأقارب أو من غيرهم⁵⁸⁷، وفق للمادة 111 ق.أ التي تنص: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحرص أموال المفقود و أن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود و يتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون."

أما أموال القاصر فيعود تسييرها للأُم، التي تقوم بالأمر المستعجلة وفقا للمادة 2/87 من قانون الأسرة، لكن حتى يعتبر الولي غائبا و يتم وقف ولايته يجب توفر الشروط التالية:

- أن تنقضي مدة سنة أو أكثر على غيابه.

- أن يترتب على غيابه ضرر بمال القاصر.

- أن تثبت غيبته بحكم صادر من المحكمة⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ - أنظر ، محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ، ص.288.

⁵⁸⁶ - و قد اعتبر المشرع الجزائري في هذه المادة الغائب كالمفقود رغم الفرق الكبير بينهما.

⁵⁸⁷ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.85.

⁵⁸⁸ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.85.

و بالإضافة إلى وقف الولاية لغياب الولي عن إدارة أموال القاصر ، يمكن وقفها كذلك بسبب الحكم على الولي قضائيا.

ب- وقف الولاية للحكم على الولي قضائيا:

فالحكم على الولي و معاقبته قد يترتب عنه وقف الولاية إلى غاية انتهاء العقوبة، حيث تنص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات: " في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي"⁵⁸⁹.

فهذه العقوبة التكميلية طبقا للمادة 9 و 9 مكرر ق.ع، قد وضعت المحكوم عليه بعقوبة جنائية و هي مانع قانوني يحرمه من ممارسة حقوقه المالية، و تحرمه من الولاية على غيره، و يعين له في هذه الفترة ولي أو وصي أو مقدم يتولى إدارة أمواله⁵⁹⁰، بالإضافة إلى حرمانه من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية التي حددتها المادة 9 مكرر⁵⁹¹، و تشمل خاصة عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو مقديما، و سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

⁵⁸⁹ - و قد نص القانون الفرنسي على تعيين المتصرف الخاص في حالة ما إذا منحت هبة أو وصية للقاصر على شرط أن يدير تلك الأموال شخص من الغير المادة 389-3/3 من القانون المدني الفرنسي :

" Ne sont pas soumis à l'administration légale, les biens qui auraient été donnés ou légués au mineur sous la condition qu'ils seraient administrés par un tiers. Ce tiers administrateur aura les pouvoirs qui lui auront été conférés par la donation ou le testament ; à défaut, ceux d'un administrateur légal sous contrôle judiciaire."

⁵⁹⁰ - أنظر ، النظام القانوني في العقوبة في التشريع الجزائري ، www.droit_dzcom/forum/showthead.php?t=9913

⁵⁹¹ - المادة 9 مكرر1: " يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية، و المدنية و العائلية في :

- 1) العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف و المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة؛
 - 2) الحرمان من حق الانتخاب و الترشح و من حمل أي وسام؛
 - 3) عدم الأهلية لأن يكون مساعدا مخلفا ، أو خبيرا ، أو شاهدا على أي عقد ، أو شاهدا لأمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال؛
 - 4) الحرمان من الحق في حمل الأسلحة ، و في التدريس ، و في إدارة مدرسة أو خدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا ، أو مدرسا أو مراقبا؛
 - 5) عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو مقديما ؛
 - 6) سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها؛
- في حالة الحكم بعقوبة جنائية ، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها أعلاه ، لمدة أقصاها عشر (10) سنوات ، تسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه."

و فقط في العقوبة الجنائية يتم الحكم بالحرمان من الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية لمدة أقصاها 10 سنوات و بصفة إجبارية ، لكن في العقوبات غير الجنائية فالأمر اختياري للقاضي و تكون مدة أقل⁵⁹² .

كما هو الحال بالنسبة للحكم بشهر الإفلاس، فهذا الأخير يفرض كجزاء على التاجر لتوقفه عن دفع ديونه⁵⁹³ ، و يترتب على الحكم غل يد التاجر عن إدارة جميع أمواله و التصرف فيها مهما يكن سبب ملكيتها، و تعين المحكمة وكيل التفليسة ليتولى إدارة أموال المفلس طيلة مدة التفليسة وفقا للمادة 244 ق.ت.⁵⁹⁴ .

غير أن الحكم بالإفلاس لا يعتبر حجر على الولي بل مجرد حجز شامل على ذمته المالية ، لهذا يكون له الحق في التصرف بجميع الحقوق الأخرى التي لا دخل لها بهذه الذمة ، و منها المتعلقة بسلطته الأبوية فيحق له أن يدير أموال أولاده القصر ، إلا إذا كان حكم الإفلاس قد أوقفه عن الولاية،⁵⁹⁵ خشية أن يتصرف تصرفا ضارا بأموال القصر نتيجة الضغوط المادية المحيطة به⁵⁹⁶ ، و هو ما تنص عليه المادة 4/383 ق.ع: " يجوز علاوة على ذلك أن يقضى على المفلس بالتدليس بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 9 مكرر 1 من هذا القانون سنة على الأقل، و خمس سنوات على الأكثر".⁵⁹⁷ .

⁵⁹² - النظام القانوني في العقوبة في التشريع الجزائري ، www.droit_dzcom/forum/showthread.php?t=9913 ،

⁵⁹³ - أنظر ، وفاء شيعاوي ، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2012 ، ص.13.

⁵⁹⁴ - المادة 244 ق.ت: " يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، و من تاريخه ، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان ، و ما دام في حالة الإفلاس.

و يمارس وكيل التفليسة جميع حقوق و دعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة.

على أنه يجوز للمفلس القيام بجميع الأعمال الاحتياطية لصيانة حقوقه و التدخل في الدعاوى التي يخاصم فيها وكيل التفليسة.

و يترتب على الحكم الصادر بالتسوية القضائية اعتبار من تاريخ أداء المساعدة الجزرية للمدين من طرف وكيل التفليسة في كافة الأعمال الخاصة بالتصرف في أمواله طبقا للأوضاع المنصوص عليها في المواد من 273 إلى 279.

⁵⁹⁵ - أنظر ، صبحي عرب ، محاضرات في القانون التجاري ، الإفلاس و التسوية القضائية ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2000 ، ص.78.

⁵⁹⁶ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.87.

⁵⁹⁷ - المادة 383 ق.ع: " كل من ثبتت مسؤوليته لارتكابه جريمة التفليس في الحالات المنصوص عليها في القانون التجاري يعاقب:

و أخيراً ، إذا كان المشرع حاول حماية أموال القاصر بالولاية بنوعيتها الأصلية و المكتسبة ، فهل حاول حماية أموال القاصر من خلال السلطات التي أعطاها للولي، خاصة و أن المشرع لم يفرق في السلطات بين الولاية الأصلية و الولاية المكتسبة؟ ، و هذا ما سيتم التطرق إليه في المبحث الموالي.

- عن التفليس بالتقصير بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) و بغرامة من 25.00 دج إلى 200.000 دج.
- عن التفليس بالتدليس بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات و بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج.
و يجوز علاوة على ذلك أن ينقضي على المفلس بالتدليس بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 9 مكرر 1 من هذا القانون سنة (1) على الأقل ، و خمس (5) سنوات على الأكثر."

المبحث الثاني

حماية القاصر من خلال سلطات الولي على المال

لم يقسم المشرع الجزائري سلطات الولي كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية، إلى حق التصرف و الاستعمال و الاستغلال، بل اقتصر على تقسيم واحد و هو التصرف في المادة 88 ق.أ. لكن عند الرجوع إلى النص الفرنسي لنفس المادة، نجد أن المشرع قد قسم التصرفات إلى أعمال التصرف و أعمال الإدارة.⁵⁹⁸

مع ذلك، و رغم أن المشرع لم ينص على هذا التقسيم إلا أنه قام حماية للقاصر بتحديد التصرفات التي يجب على الولي أن يأخذ فيها إذن القاضي، بحيث جعل للولي نوعين من السلطات، سلطات له الحرية بالتصرف فيها دون الحاجة إلى إذن القاضي (المطلب الأول) ، و سلطات مقيدة بإذن القاضي (المطلب الثاني)، و لتحقيق حماية أكبر لا بد أن يخضع الولي الذي تجاوز سلطاته للجزاء و هذا ما سنراه في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

سلطات الولي غير المقيدة بإذن القاضي

⁵⁹⁸ -Art.88 c.f.a : "Le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci.

Il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants:..."

لم يقيم المشرع الجزائري بتحديد الأعمال التي يقوم بها الولي دون حصوله على إذن القاضي، و ذلك لكونها لا تلحق ضرر بمال القاصر ، غير أن الفقه قسمها إلى أعمال الحفظ و الصيانة (الفرع الأول) ، و أعمال الإدارة و الانتفاع (الفرع الثاني) ، بالإضافة إلى أعمال إجازة التصرفات التي يقوم بها القاصر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

أعمال الحفظ و الصيانة

تعتبر هذه الأعمال ضرورية و عاجلة باعتبارها تهدف إلى تجنب إتلاف المال⁵⁹⁹، وهو ما تنص عليه المادة 718 ق.م في هذا المجال: " لكل شريك في الشيوخ الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء و لو كان بغير موافقة باقي الشركاء".

ففي هذه الحالة، ينوب الولي عن الشريك القاصر و ذلك بالقيام بكل أعمال الصيانة و حفظ المال الشائع، تطبيقاً لأحكام المادة 719 ق.م و التي تنص: " يتحمل جميع الشركاء ، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع ، و حفظه ، و الضرائب المفروضة عليه ، و سائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال ، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ".

لذلك على الولي أن يدفع كل النفقات اللازمة لحفظ مال القاصر بقدر حصته ، و كذا دفع الضرائب و كل ما يحتاجه المال⁶⁰⁰، كما يقع عليه واجب القيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة القاصر ، و واجب شهر التصرفات الخاضعة للشهر العقاري كانتقال الملكية لفائدته ، و واجب القيام

⁵⁹⁹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.106.

⁶⁰⁰ - أنظر ، عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، دار الثقافة ، د.م.ن ، 2006 ، ص.185؛

أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.89.

بالتزميمات الضرورية للحفاظ على العقار المملوك له ، زيادة على عقد التأمينات العادية الرامية إلى تغطية خطر ضياع أمواله.⁶⁰¹

و بالإضافة إلى أعمال الحفظ و الصيانة ، للولي سلطات مطلقة غير مقيدة بإذن القاضي في أعمال الإدارة و الانتفاع و هذا ما سنراه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

أعمال الإدارة و الانتفاع

سنتكلم بداية عن أعمال الإدارة (أولا) ، ثم سوف نتطرق إلى الانتفاع بأموال القاصر من طرف الولي (ثانيا).

أولا: أعمال الإدارة :

و هي تلك الأعمال التي تقع في منطقة وسطى بين أعمال الحفظ و أعمال التصرف⁶⁰² ، بمعنى أنها أخطر من الأولى لكونها لا تتصف بضالة التكاليف، و أقل خطورة من أعمال التصرف لكونها لا يترتب عنها تعديل في المركز القانوني و المالي للشخص تعديلا جوهريا، كالتصرف في العقار أو رهنه... إلخ⁶⁰³.

و يدخل ضمن أعمال الإدارة على سبيل المثال دون الحصر :

⁶⁰¹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.106 ؛ عبد العزيز مقفولجي ، المرجع السابق ، ص.76.

⁶⁰² - عبد العزيز مقفولجي ، المرجع السابق ، ص.76.

⁶⁰³ - أنظر ، رمضان أبو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، عالم الكتب ، مصر ، 1980 ، ص.485 ؛ رلي صغير ، الملكية الشائعة ، استغلالها و إدارتها و التصرف بها و قسمتها ، أوت 2002 ، ع.206 ، ص.1-3 ، مقتبس عن: أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.89.

1- إيجار العقار لمدة لا تتجاوز 3 سنوات من خلال المادة 468⁶⁰⁴ و المادة 573 ق.م⁶⁰⁵ ، حيث صنفها المشرع ضمن أعمال الإدارة الحسنة التي لا تضر بأموال القاصر و لا تحتاج لإذن من القاضي⁶⁰⁶ طبقا للمادة 4/88 ق.أ و التي تنص: " ... و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: 4)- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات...".

و المشرع الجزائري في هذا الأمر لم يفرق بين الأب و الأم و الجد في إيجار العقار ، على عكس المشرع المصري الذي فرق بين الأب و الجد ، أين أطلق يد الأب في تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد⁶⁰⁷ طبقا للمادة 10 من قانون الولاية على المال المصري⁶⁰⁸ ، أما الجد فقيد تصرفاته طبقا لأحكام المادة 559 ق.م.م⁶⁰⁹ و التي لا تجيز للجد تأجير أموال القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات.⁶¹⁰

2- بيع المنقولات العادية، و المقصود بالمنقول العادي هو الذي ليست له قيمة مالية كبيرة.⁶¹¹

3- جني و بيع الثمار خوفا من تلفها أو فسادها بعد نضجها ، فمثلا لو كان للقاصر بساتين من البرتقال، فعلى الولي في هذه الحالة جني الثمار في الموسم المحدد، و القيام ببيعها و تسويقها لأنها

⁶⁰⁴ - تنص المادة 468 ق.م : " 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."

⁶⁰⁵ - تنص المادة 573 ق.م : " إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة و التي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية.

و يعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات و أعمال الحفظ و الصيانة و استيفاء الحقوق و وفاء و جميع أعمال التصرف كبيع المحصول ، و بيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف و شراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه و لاستغلاله."

⁶⁰⁶ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.107.

⁶⁰⁷ - كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص.51 ؛ أحمد نصر الجندي ، التعليق على قانون ... ، المرجع السابق ، ص.37.

⁶⁰⁸ - تنص المادة 10 من ق.و.م.م : " لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة."

⁶⁰⁹ - تنص المادة 559 ق.م.م : " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، انقضت المدة إلى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره."

⁶¹⁰ - أنظر ، رمضان أبو السعود ، العقود المسماة عقد الإيجار ، الأحكام العامة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1999 ، ص.80.

⁶¹¹ - أحمد عيسى ، المرجع السابق، ص.88.

ستعود على القاصر بالمنفعة و الربح . أما الإبقاء عليها فإن ذلك سيؤدي حتما إلى تلفها مما يتسبب في خسارته و تفويت الربح عليه ، فهذا النوع من الحقوق يقتضي التعامل معها في الوقت المناسب، و عدم التأخير بإتباع إجراءات الحصول على إذن من المحكمة الذي قد يتم بعد فوات الأوان⁶¹².

4- دفع ديون القاصر و تسلم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير لأن عدم تسديد الديون يلحق أضرارا بالقاصر تتمثل في الفوائد التأخيرية.⁶¹³

5- تمثيل القاصر في جميع المعاملات المدنية كتلك الخاصة بتسيير الشركة أو حصص منها آلت إلى القاصر عن طريق الميراث.⁶¹⁴

6- تمثيل القاصر في مختلف الدعاوى القضائية⁶¹⁵ ، و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 10 جانفي 1984⁶¹⁶ لما قضت برفض ادعاء فتاة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء و طالبت الحكم لها بالتعويض ، حيث جاء في القرار بأنه: " لا يمكن للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا دون إدخال وليه في الدعوى ...".

بحيث يجوز للولي أن يكون طرفا في الدعاوى القضائية لحساب القاصر المولى عليه⁶¹⁷ ، فله أن يطالب بحقوقه أمام القضاء خاصة إذا كان القاصر ضحية لتصرف ضار، غير أنه بخصوص هذا

⁶¹² - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.91.

⁶¹³ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.107.

⁶¹⁴ - خاصة و أن الشريك لا يكتسب صفة التاجر في الشركة ذات المسؤولية المحدودة حتى و لو تولى منصب المدير ، فهو يشبه الشريك الموصي في شركة التوصية و الشريك المساهم في شركة المساهمة لذلك لا يشترط أن تتوفر لديه أهلية الاتجار ، غير أن عقد الشركة عقد تجاري و الشريك الذي يوقع على هذا العقد يكون قد مارس عملا تجاريا لذلك يستوجب أن تتوفر لديه الأهلية القانونية ؛ نادية فوضيل ، شركات الأموال في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003 ، ص.35.

⁶¹⁵ - عبد العزيز مقفولجي ، المرجع السابق ، ص.76 ؛ أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.90.

⁶¹⁶ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، 1984/01/10 ، ملف رقم 28432 ، م.ق ، 1989 ، ع.4 ، ص.323-324.

⁶¹⁷ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.107.

الموضوع طرح إشكال نتج عنه تناقض في القرارات القضائية للمحكمة العليا، حول ما إذا كان يجوز للولي التنازل عن التعويض في دعوى قضائية كان القاصر ضحية فيها بدون إذن من القاضي أم لا؟.

فبالنسبة للاجتهاد الأول كان بتاريخ 23 جانفي 1985⁶¹⁸ و الذي اشترط فيه القضاء إذن القاضي حيث جاء فيه: " متى نصت المادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية على أن ترك المدعي ادعاءه لا يحول دون مباشرة الدعوى المدنية أمام الجهات المختصة ، فإن تنازل الولي عن حقوق القاصرين ، لا يكون مقبولا إلا إذا اتبعت بشأنه إجراءات خاصة منها مصادقة المحكمة عليه، و عدم ذكر المقابل يجعله تنازلا عن الدعوى لا عن التعويض ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون ".⁶¹⁹

و من خلال هذا القرار يتضح أن القضاء قد وسع في شرح مفهوم الحماية ، لما اعتبر تنازل الولي عن حقوق القاصرين لا يكون مقبولا إلا بإتباع إجراءات خاصة أهمها مصادقة المحكمة عليه.

أما الاجتهاد الثاني فكان بتاريخ 08 نوفمبر 2000⁶¹⁹ و الذي جاء فيه: " ... الولي الشرعي للابن المتضرر قد تنازل نهائيا عن طلب التعويض ، و يجوز له ذلك بما أنه هو المسؤول عن ابنه و له حق إدارة حقوقه ... و أن المادة 88 من ق.أ قد نصت على تصرفات لا يقوم بها الولي إلا بعد استئذان القاضي ، و تنازل الولي المطعون ضده عن التعويض لا يدخل ضمنها مما يجعله صحيحا لا سيما و أنه وقع أمام القضاء و أن حكما نهائيا يشهد بذلك ".⁶¹⁸

⁶¹⁸ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، 1985/01/23 ، ملف رقم 39539 ، م.ق ، 1985 ، ع.4 ، ص.25.

⁶¹⁹ - و تتمثل حيثيات القضية في أن الطبيب (ح.ع) كان قد أجرى عملية ختان للطفل (ع.ع) ، فأصيب هذا الطفل بمرض استوجب إجراء عملية جراحية له من أجل بتر العضو التناسلي ، فتم متابعة الطبيب جزائيا أين تمت إدانته بجرمة الجرح الخطأ بموجب حكم صدر في 1998/10/05 ، أما في الدعوى المدنية تنازل والد القاصر عن حقوق ابنه ، و بعد أن تبين للولي أن ابنه تعرض لعاهة مستديمة ، لجأ إلى القضاء المدني مطالبا بحقوق ابنه طبقا للمادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية و التي تنص : " إن ترك المدعي المدني إدعائه لا يحول دون مباشرة الدعوى المدنية أمام الجهة القضائية المختصة " .

فأصدرت المحكمة حكمها الذي منح للقاصر التعويض عن الأضرار اللاحقة به ، و تم تأييد هذا الحكم من طرف المجلس بعد الاستئناف ، مما أدى إلى الطعن فيه أمام المحكمة العليا و التي أصدرت قرارها بنقض قرار المجلس ؛ أنظر ، المحكمة العليا ، غ.م ، 2000/11/08 ، ملف رقم 863235 ، م.ق ، 2000 ، ص.75.

و من خلال هذا القرار يتضح بأن القضاء قد استبعد تنازل الولي عن طلب التعويضات المستحقة للقاصر من مجال تطبيق المادة 88 ق.أ ، و هذا الأمر مبدئياً يعد صائباً ما دام هذا التصرف لا يدخل في إطار المادة 88 ق.أ ، إلا أنه و حسب اعتقادنا يعتبر الاجتهاد الأول أكثر حماية للقاصر باعتبار التعويض حق من حقوق القاصر المالية و منفعة سوف يخسرها ، على عكس الإجتهد الثاني الذي يؤدي إلى إهدار حقوق القاصر نتيجة تصرف قد لا يكون واع من طرف الولي، خاصة إذا كان الضرر الذي أصيب به القاصر كبيراً و لا يمكن إصلاحه .

فالتنازل عن حق القاصر في التعويض يمكن اعتباره من التصرفات الضارة ضرراً محضاً به و ليس من تصرفات الإدارة خاصة أن المادة 88 ق.أ في فقرتها الأولى قد نصت على أنه: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ، و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام ...".

فتنازل الولي يعتبر تصرفاً غير حريص بالنظر إلى جسامته الضرر على الطفل القاصر جسدياً و معنوياً و الذي لا يمكن تداركه ، كما أن نص المادة 247 ق.إ.ج لا يمنع من اللجوء إلى الجهة المختصة لطلب التعويض⁶²⁰.

7- إدارة تجارة القاصر ، فإذا ورث القاصر تجارة قائمة و مزدهرة يتولى الولي إدارتها دون الحاجة إلى إذن من القاضي ، و هذا في الحقيقة أمر خطير يضر بالمصلحة المالية للقاصر لكون التجارة لها أهمية كبيرة و تحتاج لخبرة أكبر⁶²¹ قد يفقرها الولي .

و لو أخضع هذا الأمر لإذن القاضي لكان أفضل ، لكون هذا الأخير لن يمنح الإذن إلا بعد البحث في ظروف هذه التجارة و نوعيتها، و يعطي ما يراه مناسباً من تعليمات في صالح القاصر.⁶²²

⁶²⁰ - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.89.

⁶²¹ - كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص.51.

⁶²² - أحمد نصر الجندي ، التعليق على قانون الولاية ...، المرجع السابق ، ص.39.

و تجدر الإشارة في هذا المجال، أن هناك إشكالا فيما يخص من يكتسب صفة التاجر هل الولي أم القاصر، فلو قلنا الولي فهذا الأخير لا يقوم بممارسة الأعمال التجارية باسمه و لحسابه، و إنما باسم و لحساب القاصر و لا يكتسب بذلك صفة التاجر، و لو قلنا القاصر فهو الآخر لا يكتسب صفة التاجر لنقص أهليته التي هي من النظام العام.⁶²³

كذلك في حالة شهر الإفلاس هل يوجه للولي أم يوجه للقاصر⁶²⁴، لذلك من المستحسن لو يدرج المشرع الجزائري الاستمرار في التجارة ضمن التصرفات التي تخضع لإذن القاضي طبقا للمادة 88ق.أ.

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية، فقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز للولي الاتجار بمال القاصر و هم كل من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة⁶²⁵، و استدلووا في ذلك بالكتاب و السنة و الأثر و المعقول.

فمن الكتاب قوله تعالى: "وَ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَ إِن تَخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ"⁶²⁶، و هذه الآية دليل على جواز التصرف في أموال اليتامى و دفع ماله للتجارة فيه ، بل و أجاز القرآن الكريم حتى خلط مال القاصر بمال الولي⁶²⁷.

أما السنة، فقد روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة و السلام قال: " من ولي يتيما فليتجر له و لا يتركه حتى تأكله الصدقة "⁶²⁸.

ومن الأثر، فقد استدلووا بالسيدة عائشة زوج النبي رضي الله عنها، حيث كانت تعطي أموال اليتامى الذين في حجرها، لمن يتجر لهم فيها، و قد تاجرت بمال محمد بن أبي بكر رضي الله عنه.

⁶²³ - معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص.39.

⁶²⁴ - أحمد نصر الجندي ، التعليق على الولاية ... ، المرجع السابق ، ص.40.

⁶²⁵ - باسم حمدي حرارة ، المرجع السابق ، ص.53.

⁶²⁶ - الآية 220 من سورة البقرة.

⁶²⁷ - عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي ، المرجع السابق ، ص.449.

⁶²⁸ - أنظر ، الحديث رقم 641 ، كتاب الزكاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم؛ أبي عيسى محمد بن عيسى بن

سورة الترمذي ، جامع الترمذي ، بيت الأفكار الدولية للنشر و التوزيع ، السعودية ، د.س.ن ، ص.126.

بالإضافة إلى ذلك، جاء أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "اتجروا في أموال اليتامى حتى لا تأكلها الزكاة"⁶²⁹.

أما بالنسبة للمعقول، فقالوا بأن الولي له التصرف في مال القاصر بكل ما فيه مصلحة له، و الاتجار بماله فيه مصلحة للقاصر لأنه يؤدي إلى ازدهار ماله، لكي لا تأكله الصدقة المتمثلة في الزكاة⁶³⁰.

ثانيا: الانتفاع:

و يقصد به إنفاق و صرف الولي على نفسه و على من تلزمه نفقتهم بالمعروف من أموال القاصر، و قد نصت على ذلك المادة 17 من قانون الولاية على المال المصري⁶³¹، فأجازت للولي سواء كان أبا أو جدا أن ينفق على نفسه و على من تجب عليه نفقته دون الحصول على إذن من المحكمة⁶³²، لكن كل هذا متوقف على ضوابط، و هو أن لا يأخذ إلا بالمعروف، و بأن يتناسب أخذ المال للحاجة مع حالة القاصر المادية و مقدار ثرائه.⁶³³

أما بخصوص المشرع الجزائري فلم ينص على هذا الأمر رغم ما فيه من أهميه⁶³⁴، لذلك يتحتم علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ، و التي اتفق فقهاؤها على أن

⁶²⁹ - أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الزكاة، ج.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985، ص.251.

⁶³⁰ - باسم حمدي حرارة، المرجع السابق، ص.54.

⁶³¹ - المادة 17 من قانون الولاية على المال: "للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه، و له كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته".

⁶³² - كمال حمدي، المرجع السابق، ص.48؛ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون...، المرجع السابق، ص.59.

⁶³³ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص.60.

⁶³⁴ - على عكس المشرع الجزائري، المشرع الفرنسي قد تكلم على هذا الانتفاع لكن بمثابة عبء على أموال القاصر لمكافحة الوالدين عن الجهد و التعب الذي يعانونه في تربية الأولاد و العناية بهم و تعليمهم و هذا مقتبس من القانون الروماني؛ أنور الخطيب، الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي و القوانين اللبنانية، المكتب التجاري للطباعة و التوزيع و النشر، لبنان، 1965، ص.250.

الولي الغني لا يجوز له أن يأكل من مال القاصر⁶³⁵، و دليلهم في ذلك قوله تعالى: " وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ " ⁶³⁶.

و اختلفوا في الولي الفقير، هل يجوز له أكل مال القاصر أم لا ؟، حيث انقسموا إلى فريقين، الفريق الأول و المتمثل في مذهب الحنفية و الظاهرية و الذين لم يجيزوا للولي الفقير الانتفاع⁶³⁷، و اعتبروا أن الولي الفقير كالولي الغني لا يجوز له أن يأكل من مال اليتيم . و قد استدل هذا الرأي بقوله تعالى في الآية 152 من سورة الأنعام: " وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ "، و كذلك الآية 10 من سورة النساء: " إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصْلُونَ سَعِيرًا " ، و قد فسر الجصاص هذه الآية بأنها دليل حظر على الولي في حال الغنى و الفقر⁶³⁸.

في حين الفريق الثاني المتمثل في جمهور الفقهاء من الشافعية و الحنابلة و جانب من المالكية⁶³⁹، قد أجازوا للولي إذا كان محتاجا أن يأخذ من مال القاصر، لكن أقل من أجرة مثله أو بقدر كفايته⁶⁴⁰.

واستدل هذا الرأي بقوله تعالى في الآية 6 من سورة النساء: " وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ " ، و كذلك حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رجلا أتى النبي

⁶³⁵ - أنظر ، مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.129.

⁶³⁶ - الآية 6 من سورة النساء.

⁶³⁷ - أنظر ، أبو بكر الجصاص ، أحكام القرآن ، ج.2 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1405هـ ، ص.360.

⁶³⁸ - أبو بكر الجصاص ، المرجع السابق ، ص.361.

⁶³⁹ - و قد نسب هذا الرأي الإمام ابن عربي إلى الإمام مالك ، بأنه يجوز أن يأكل الولي من ثمر القاصر و من لبنه فقط ، لأن هذا الأمر متعارف عليه بين الناس و متسامح فيه؛ أبو بكر بن عربي المالكي ، أحكام القرآن ، ج.2 ، مطبعة الباي الحلبي ، مصر ، 1376هـ ، ص.178.

⁶⁴⁰ - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج.4 ، المرجع السابق ، ص.380.

عليه الصلاة و السلام فقال: " إني فقير ليس لي شيء و لي يتيم" فرد عليه النبي عليه الصلاة و السلام: " كل من مال يتيمك غير مسرف و لا مبادر و لا متأثل "641.

و زيادة على ذلك، يرى الغوثي بن ملحمة بأنه كون حق الانتفاع القانوني عبارة عن حق انتفاع من طبيعة خاصة نظرا لخصوصيته العائلية ، فإنه يخول للأب و الأم الإنفاق من أموال أولادهم القصر إلى غاية بلوغهم سن الرشد ، و هذا يعني أننا نكون أمام تطبيق أحكام المادة 844 ق.م و ما بعدها المتعلقة بحق الانتفاع، و بما يخوله من حقوق و التزامات⁶⁴² .

لكننا من زاوية أخرى، نرى بأن الانتفاع من طرف الولي يدخل ضمن إنفاق الابن على أصله إذا كان محتاجا طبقا للمادة 77 ق.أ و التي تنص: " تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة و الإرث " .

و مع ذلك ، و حماية للقاصر من المستحسن لو يجعل المشرع الانتفاع تحت رقابة القاضي لكي يقوم هذا الأخير بتقدير الانتفاع الملائم الذي لا يضر بأموال القاصر .

هذا جل ما يمكن أن يقال عن سلطات الولي في أعمال الإدارة و الانتفاع ، لكن ما حكم الإجازة التي يقوم بها الولي على تصرفات القاصر المميز؟

الفرع الثالث

إجازة تصرفات القاصر المميز

عرفت إجازة تصرفات القاصر المميز بأنها: " تصرف قانوني من جانب واحد يترتب عليه إسقاط حق طلب إبطال العقد القابل للإبطال بالنزول عنه ممن خوله القانون ذلك، و صيرورة العقد المجاز

⁶⁴¹ - أنظر ، الحديث رقم 2872، كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم؛ أبي عبد الله بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، كتاب الوصايا ، المجلد 4 ، ط.1 ، دار الجيل ، لبنان ، 1998 ، ص.279.

⁶⁴² - "Cela veut dire qu'il lui sera fait application des dispositions des articles 844 et suivants du code civil, quant à ses droits et obligations. "; GH . BENMELHA . op .cit . opu ..Alger.p.366.

باتا بعد أن كان مهددا بالزوال⁶⁴³ ، أو هو : " تصرف قانوني يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف معين موقوف النفاذ يخوله الخيار بين طلب إبطاله و إجازته ، و يترتب عليها إنتاج آثاره".⁶⁴⁴

و هو ما تنص عليه المادة 83 ق.أ: " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 ق.م تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع و الضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

فالمشروع في قانون الأسرة جعل التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر⁶⁴⁵ ، موقوفة إلى حين إجازتها من طرف الولي، و هذا مستمد من فقه الشريعة الإسلامية، و من بعض القوانين العربية كالقانون

⁶⁴³ - أنظر ، محمد سعيد جعفرور ، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2002 ، ص.88 .

و قد عرفها المشروع الفرنسي في المادة 3/1338 من القانون المدني الفرنسي:

« La confirmation ... emporte la renonciation aux moyens et exceptions l'on pouvait opposer contre cet act... »

⁶⁴⁴ - محمد سعيد جعفرور ، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ...، المرجع السابق ، ص. 130.

⁶⁴⁵ - و تقسم تصرفات الصبي المميز إلى أقسام ثلاثة و هي تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، و تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، و تصرفات دائرة بين النفع و الضرر:

1- التصرفات النافعة نفعاً محضاً: و هي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ذمة القاصر من غير مقابل ، كقبول الوصية و الهبة ... إلخ ؛ محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية ... ، المرجع السابق ، ص.14.

و يجب الإشارة إلى أن المشروع الجزائري في المادة 83 ق.أ لم يوصف لنا التصرف النافع بالخص، بل اكتفى بالقول بأنها نافعة له على عكس ما ورد على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون المدني المصري في نص المادة 111 منه الذين دققوا في وصفها . و هذا يعتبر سهو من طرف المشروع الجزائري و من الأفضل أن يتداركه، لأنه يفتح مجالاً للتفسير الواسع للنص و بالتالي إمكانية إدراج بعض التصرفات التي قد لا تكون نافعة للقاصر نفعاً محضاً ؛ البختي هبالي و محمد العماري ، تصرفات الصبي المميز ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16 ، الجزائر ، 2005-2008 ، ص.20.

2- التصرفات الضارة ضرراً محضاً: و التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك القاصر من غير مقابل، و أهم مثال لها هي التبرعات بجميع أنواعها . و من تمّ التصرفات الضارة هي التي من شأنها أن تنشأ في جانب الصبي المميز التزاماً دون أن تكسبه حقاً ، أي هي التي تخرج من ذمته مالا دون عوض أو تسقط له حقاً في ذمة الغير ؛ محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية ...، المرجع السابق ، ص.21.

3- التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر: و هي تلك التصرفات التي يحتمل أن تكون نافعة للشخص و محققاً مصلحة له ، و يحتمل أن يكون ضاراً به يفوت عليه مصلحة ، بحيث إما يترتب عليه التزاماً بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية للقاصر و من أمثلتها: البيع و الشراء و الاستئجار و الرهن ... إلخ ؛ محمد سعيد جعفرور ، التصرف الدائر بين...، المرجع السابق ، ص.14.

الأردني في المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية⁶⁴⁶ و القانون المغربي في المادة 225 من مدونة الأسرة⁶⁴⁷.

غير أن المشرع الجزائري عند معالجته لهذه النقطة، قد وقع في تناقض بين القانون المدني و قانون الأسرة ، فالتصرف الدائر بين النفع و الضرر يعتبر قابل للإبطال في القانون المدني. و للقاصر الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، طبقا للمواد⁶⁴⁸99 و ⁶⁴⁹100 و 101 ق.م⁶⁵⁰، و موقوف على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة، لكن أيهما يحقق حماية للقاصر؟.

⁶⁴⁶ - تنص المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا و باطلة متى كانت ضارة ضررًا محضًا.

ب- أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد "؛ القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية ، ج.ر ، رقم 5809 ، الصادر في 17 أكتوبر 2010.

⁶⁴⁷ - تنص المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية: " تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعًا محضًا؛

2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به ؛

3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور ، و في الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي".

⁶⁴⁸ - المادة 99 ق.م. : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقًا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق "

⁶⁴⁹ - المادة 100 ق.م. : " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إحلال بحقوق الغير. "

⁶⁵⁰ - المادة 101 ق.م. : " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.

و يبدأ سريان هذه المدة ، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، و في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، و في حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

و تقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة 1304 و التي تنص:

« Dans tous les cas ou l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour ou elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol , du jour ou ils ont été découverts. Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ... »

في الحقيقة كلاهما يحقق حماية للقاصر؛ فبالنسبة للقانون المدني ، يعتبر إعطاء القاصر حق طلب إبطال التصرف المتعدد بين النفع و الضرر الذي أجراه في فترة قصره حماية له⁶⁵¹. و إذا مارس هذا الحق يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها، و لا يلتزم القاصر إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد وفقا للمادة 103 ق.م⁶⁵².

أما بخصوص قانون الأسرة⁶⁵³، فحمايته كانت أكبر من القانون المدني فهي تكون من ناحيتين، الأولى تتمثل في أن وقف التصرف يسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة و تجربة كبيرة لمعرفة أحوال الناس و نتائج المعاملات ، و هذا كله يهيئه بأن يكون شخص رشيد يستطيع الاعتماد على نفسه⁶⁵⁴.

أما الثانية، فتتمثل في أن الوقف يعد سدا لباب الضرر عن القاصر ، لأن هذا الأخير مهما كان يعتبر شخص ضعيف و ناقص في عقله، و لا يستطيع تقدير العواقب مثل الشخص البالغ و الراشد.

لذلك حتى لا يتضرر القاصر، يتم وقف التصرف بحيث لا يصبح نافذا حتى يتم تقديره من طرف شخص راشد و هو الولي أو الوصي، فإذا كان يحقق للقاصر مصلحة يجيزه و يصبح نافذا، أما إذا

651 - محمد سعيد جعفر ، التصرف الدائر بين ... ، المرجع السابق ، ص.45.

652 - المادة 103 ق.م: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فان 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.

يجرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به".

و تقابلها المادة 1312 قانون مدني فرنسي:

« Lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. »

653 - و العقد الموقوف هو عقد نشأ صحيحا و لكنه موقوف النفاذ إلى حين إجازته من طرف من له صفة النائب عن القاصر قبل بلوغه سن الرشد، أو من القاصر بعد اكتمال أهليته ؛ رقية أحمد داود ، التصرفات المالية لعدم و ناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة و القانون ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009 ، ع.8 ، ص.09 ؛ نجيم عامر ، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله ، مجلة الفقه و القانون ، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية ، 2014 ، ع.20 ، ص.261 ؛ الموقع:

www.majalah.new.ma

654 - محمد سعيد جعفر ، التصرف الدائر بين ... ، المرجع السابق ، ص.83.

كان لا يحقق مصلحة له فلا يجيزه ، و هذا على عكس القابلية للإبطال التي جاء بها القانون المدني و التي تعتبر العقد نافذا، إلا أنه مهددا بالإبطال ذلك أن الوقاية خير من العلاج⁶⁵⁵.

لكن القاضي في هذه الحالة سيكون في حيرة، فماذا يطبق على تصرف القاصر؟، هل يطبق القانون المدني أم قانون الأسرة؟.

و في الحقيقة على القاضي حسب رأينا أن يطبق قانون الأسرة لعدة أسباب ، و تتمثل بداية فيما ينص عليه القانون المدني في المادة 79 منه حيث جاء فيها: " تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، و بالتالي كل ما يتعلق بالقاصر يطبق عليه قانون الأسرة ، بالإضافة إلى ما نص عليه المشرع في آخر مادة من قانون الأسرة، بحيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة في المادة 223ق.أ و التي تنص: " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

أضف إلى ذلك، يرى محمد سعيد جعفرور " أننا بصدد تعارض بين نصين قانونيين مختلفين، يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، و طالما أن هذين الحكمين واردان في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة ، فإننا نرى اعتبار النص الأحدث و هو نص المادة 83 ق.أ الصادر في 1984، ناسخا للنص الأقدم و هو نص المادة 101 من القانون المدني الصادر في 1975، فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية إعمالا للمبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة"⁶⁵⁶.

لذلك من المستحسن لو يوحد المشرع بين القانونين بما يتناسب مع المادة 83 ق.أ لتحقيق حماية أكبر للقاصر ، بالإضافة إلى تعديل المادة 83 ق.أ بحيث تصبح كالتالي:

⁶⁵⁵ - أنظر ، محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2000،

ص.95 ؛ محمد سعيد جعفرور ، التصرف الدائر بين ... ، المرجع السابق، ص.85.

⁶⁵⁶ - محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية ... ، المرجع السابق ، ص.32-33.

" من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43ق.م ، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا و باطلة إذا كانت ضارة به ضررا محضا، أما التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر، فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي قبل بلوغ القاصر سن الرشد، و إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

و يجب أن يستعمل خيار الإجازة و الإقرار أو الرد خلال سنة واحدة و إلا أعتبر نافذا ، و يبدأ سريان هذه المدة من وقت علم الولي أو الوصي بصدور العقد أو من وقت بلوغ القاصر سن الرشد".
و هذا التعديل للمادة 83 ق.أ نقتحه بناء على ما جاء به محمد سعيد جعفرور، و وفقا للاعتبارات التالية:

1- أن المشرع جعل الإجازة فقط من الولي أو الوصي دون ذكر إجازة القاصر المميز بعد أن يصبح راشدا، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد له الحق في إجازة التصرف الموقوف لكون الولي أو الوصي لم يسبق له أن بتّ في التصرف بالإجازة أو الرفض في فترة قصور القاصر.

2- أن كلمة إجازة ليست في محلها لأن الولي أو الوصي أجنبيان عن العقد، و هما يقرأ العقد لا يجيزانه.

3- أن المشرع جعل المدة التي يستطيع فيها القاصر المميز بعد اكتمال أهليته، ممارسة حقه في طلب الإبطال طبقا للمادة 101 ق.م طويلة، وهي 5 سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد.⁶⁵⁷

هذا بالنسبة لسلطات الولي غير المقيدة بإذن القاضي و التي للولي فيها سلطات واسعة ، إلا أنه هناك نوع آخر من السلطات و التي اعتبرها القانون مهمة ، و على الولي أن يستأذن القاضي قبل القيام بها و هذا ما سنراه في المطلب الموالي.

⁶⁵⁷ - محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد في القانون ... ، المرجع السابق، ص.84-85؛ جميلة موسوس، المرجع السابق ، ص.63.

المطلب الثاني

سلطات الولي المقيدة بإذن القاضي

نص عليها المشرع الجزائري صراحة في المادة 88 ق.أ و تشمل كل من التصرف في العقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة (الفرع الأول) ، استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو المساهمة في الشركة (الفرع الثاني) ، إيجار العقار لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التصرف في العقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

العقار هو الشيء الثابت الذي لا يمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر⁶⁵⁸ (أولا)، أما المنقول فهو كل ما يمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر⁶⁵⁹ (ثانيا).

أولاً: التصرف في عقار القاصر

تنص المادة 1/88 ق.أ: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام . و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1)- بيع العقار ، و قسمته ، و رهنه ، و إجراء المصالحة."

⁶⁵⁸ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.4 ، المرجع السابق ، ص.46.

⁶⁵⁹ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ... ، ج.4 ، نفس المرجع.

أ - بيع العقار:

فبيع العقار باعتباره تصرف خطير ينجم عنه نقل الملكية، قيده المشرع حماية للقاصر بإذن القاضي، و قد أحسن فعلا عندما جعل الإذن في بيع العقار على إطلاقه ، على عكس المشرع المصري الذي حصر الإذن في بيع العقار على العقار الذي تزيد قيمته عن 300 جنيه⁶⁶⁰ ، و بطبيعة الحال جعل بيعه بإذن القاضي إذا ما كان التصرف للولي أو لزوجه أو لأقاربه حتى الدرجة الرابعة.⁶⁶¹

أضف إلى ذلك، و حماية للقاصر يجب أن يباع العقار بالمزاد العلني لما فيه من ضمانات طبقا للمادة 89 ق.أ و التي تنص: " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة و المصلحة، و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"، و المادة 783 ق.إ.م.إ التي تنص: " يتم بيع العقار و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني ، للمفقود و ناقص الأهلية و المفلس ، حسب قائمة شروط البيع ، تودع بأمانة ضبط المحكمة ، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي ، أو يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة..."، و تتمثل هذه الضمانات على وجه الخصوص في إمكانية الحصول على ثمن أعلى للعقار المملوك للقاصر.

أما بالنسبة للمقايضة فالمشرع لم ينص عليها في المادة 88 ق.أ، لذلك هناك من يرى أن المقايضة المتعلقة بعقار يجب أن تخضع لإذن القاضي قياسا على البيع لاتحادهما في العلة و السبب ، و كذلك طبقا لما جاء به القانون المدني في المادة 415 ق.م و التي تنص: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة "⁶⁶².

⁶⁶⁰ - نصت عليه المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري: " لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاث مئة جنيه إلا بإذن المحكمة.

و لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة." ⁶⁶¹ - المادة 6 من قانون الولاية على المال: " لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة و لا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين نفسه " ، و هذا تفاديا للمحاباة و رعاية لمصلحة القاصر ؛ كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص.52.

⁶⁶² - أنظر ، علاوة بوتغران ، التصرف في أموال القاصر ، مجلة الموثق ، الجزائر ، 1998 ، ع.3 ، ص.13.

لكن مع ذلك، هناك من يرى بأن المشرع الجزائري قد استبعد ضمناً المقايضة من إذن القاضي طبقاً للمادة 89 من قانون الأسرة، و التي توجب أن يكون البيع بالمزاد العلني⁶⁶³.

و بالإضافة إلى بيع العقار ، هناك كذلك قسمة العقار و التي تتطلب من الولي أن يستصدر إذن من القاضي .

ب- قسمة العقار:

لقد حذا المشرع الجزائري في القسمة حذو عقد بيع العقار، بخصوص الإذن القضائي في حالة وجود قاصر بين الشركاء، و هذا ما تنص عليه المادة 723 من ق.م: " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون" .

و عليه لا يمكن للولي أن يجري قسمة عقار كان القاصر طرفاً فيها إلا إذا اتبع الإجراءات التي يفرضها القانون، و المتمثلة خاصة في الحصول على إذن من القاضي في التصرف الذي يتعلق بقسمة العقار ، و هذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19 ديسمبر 1988⁶⁶⁴: " من المقرر قانوناً أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي ، و من المقرر أيضاً أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازماً ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأً في تطبيق القانون.

و لما كان من الثابت في - قضية الحال- أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القاصر و في رفع الدعوى و أن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون ، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه " .

و من ثم ، إذا حصل اتفاق بين الولي و باقي الورثة على قسمة العقار المملوك على الشيوخ فإنه على الولي أن يبادر إلى الحصول على إذن من المحكمة ، فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة

⁶⁶³ - أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.92.

⁶⁶⁴ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1988/12/19 ، ملف رقم 51282 ، م.ق ، 1991 ، ع.2 ، ص.63.

القاصر ، تأذن المحكمة مبدئياً للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد . و بعد إنجاز مشروع القسمة يعرض على المحكمة لتصادق على التقرير إذا رأت أنه يراعي مصلحة القاصر ، و تمنح الإذن لهذا الممثل القانوني حتى يتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقاً للقانون⁶⁶⁵ ، أما إذا لم يتفق الولي مع باقي الورثة على إجراء القسمة ، أو أراد الخروج من حالة الشيعوع الاختياري بالقسمة ، فيحق له اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب إجراء القسمة بواسطة خبير عقاري⁶⁶⁶ .

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا ما أمرت المحكمة بالبيع في إطار دعوى القسمة، أثبت الخبير فيها تعذر قسمة العقار بين الورثة طبقاً للمادة 728 ق.م⁶⁶⁷ . فإنه يطرح لدينا مشكل، و هو إذا ما طلب كافة الورثة أن تقتصر المزايدة عليهم فقط حسب المادة السابقة، دون اللجوء إلى البيع عن طريق المزاد العلني⁶⁶⁸ ، فما العمل ؟.

ففي هذه الحالة ، يجب مراعاة حسب اعتقادنا مصلحة القاصر بالدرجة الأولى على أساس أن المادة 89 ق.أ هي نص خاص ، و لذلك يجب ألا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط حتى و لو اتفقوا بالإجماع ، و هذا خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم و بثمن بحس⁶⁶⁹ .

أما بالنسبة لتقسيم التركة فقد أوجب المشرع أن تكون القسمة أمام القضاء طبقاً للمادة 181 ق.أ و التي تنص: " يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون و ما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

و في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

⁶⁶⁵ - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.94.

⁶⁶⁶ - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.95.

⁶⁶⁷ - المادة 728 ق.م: " إذا تعذرت القسمة عينياً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة

المبينة في قانون الإجراءات المدنية ، و تقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع "

⁶⁶⁸ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.110.

⁶⁶⁹ - أنظر ، عادل بوحديش ، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 14 ، الجزائر ، 2003-

و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 ديسمبر 1992⁶⁷⁰ على أنه: " ... غير أنه في حالة وجود قصر كما هو الحال في القضية ، فلا بد على قضاة الموضوع من احترام متطلبات المادة 181 من قانون الأسرة التي تقتضي على أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء ، و ذلك لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر حيث أن القسمة المنوه عنها بالتراضي لم تقع تحت إشراف العدالة و دفاع النيابة ... و لم تحترم المادة 18 من قانون الأسرة و المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية ...".

و بالإضافة إلى قسمة العقار لابد للولي أن يحصل على إذن القاضي من أجل رهن العقار.

ج- الرهن:

يعتبر الرهن حقا عينيا ينشأ بموجب عقد رسمي ، و يتقرر ضمانا للوفاء بدين ، و هذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، و بموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما على باقي الدائنين العاديين⁶⁷¹.

لذلك يعد الرهن من أعقد المعاملات التي تحتاج لحبير و لإذن من القاضي لأنه يعتبر من أعمال التصرف التي إذا قام بها الولي في أموال القاصر قد يؤدي إلى الإضرار بمال القاصر ، لكونه فيه تعطيل لمنفعة المال لبقائه محبوسا إلى أن يسدد الولي الدين بل وقد يطول الحبس إلى أكثر من ذلك إذا عجز الولي عن سداد الدين في ميعاد الوفاء⁶⁷² ، و لهذا وجب على القاضي المختص أن يتأكد من وجود حالة الضرورة و المصلحة ، و كذلك إمكانية سداد الدين لاحقا⁶⁷³.

⁶⁷⁰ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1992/12/22 ، ملف رقم 84559 ، م.ق ، 1995 ، ع.1 ، ص.110.

⁶⁷¹ - أنظر ، شوقي بناسي ، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، داسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية الفرنسي و المصري ، دار هومه للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009 ، ص.65.

⁶⁷² - محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، المرجع السابق ، ص.790.

⁶⁷³ - محمد بوعمرة ، المرجع السابق ، ص.96.

و ما يلاحظ على المادة 88 ق.أ أنها لم توضح ما إذا كان هذا الدين المضمون برهن على الولي أم القاصر و إنما جاءت عامة فبمجرد رهن عقار القاصر يجب أن يستأذن الولي القاضي ، و هذا على عكس المشرع المصري في المادة 2/6⁶⁷⁴ من قانون الولاية على المال الذي كان أكثر توسعا لكونه نص صراحة على منع الرهن الذي يقوم به الولي على عقار القاصر لدين على نفسه⁶⁷⁵.

أما إذا كان الرهن لصالح القاصر بحيث يكون هذا الأخير هو الدائن المرتهن ، فهذه الحالة تخرج من نطاق المادة 88 ق.أ و لا يحتاج بذلك لإذن قضائي لكون الرهن في صالح القاصر⁶⁷⁶.

د- المصالحة:

تتم عملية الصلح عن طريق إبرام عقد طبقا للمادة 459 ق.م التي عرفته بأنه: " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، و ذلك بتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

فإذا نشأ نزاع في ملكية أو إدارة ملكية شائعة بين الورثة ، و كان أحدهم شخص قاصر و اقتضى الأمر إجراء المصالحة ، يجب أن ينوب عن القاصر وليه في إجراء الصلح ، فإذا كان هذا الصلح فيه

⁶⁷⁴ - المادة 2/6 من قانون الولاية على المال المصري : " ... و لا يجوز أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه " ⁶⁷⁵ - و قد اتفقت كل المذاهب على أن للولي رهن مال اليتيم لأمر يتعلق بحاجته أو مصلحته ذلك لأن الرهن من توابع التجارة التي يحتاجها التجار، و الولي يملك التجارة بمال القاصر ، لذلك يملك توابعها أيضا ؛ مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.157.

لكنهم اختلفوا فيما إذا رهن الولي مال القاصر بدين لغير حاجته أو مصلحته سواء كان هذا الرهن للولي أو لغيره ، و لهم في ذلك قولان اثنان هما: القول الأول: و هو قول الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة حيث منعوا على الولي رهن مال القاصر بدين لغير مصلحة القاصر، و حجتهم في ذلك بأن الرهن لا يتعلق بالقاصر و مضر له لأنه يترتب عنه حبس مال القاصر بغير منفعة تعود إليه و هذا يتناقض مع قوله تعالى في الآية 127 من سورة النساء: " وَ أَنْ تَقْرُبُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ " ، و قوله أيضا في الآية 152 من سورة الأنعام: " وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ " ؛ منصور بن يونس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، ج.3 ، دار الفكر ، لبنان ، 1402 هـ ، ص.450 ؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج.2 ، المرجع السابق ، ص.122 ؛ مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.157.

القول الثاني: و هو رأي الحنفية حيث يرى بأن للولي على سبيل الاستحسان أن يرهن مال اليتيم بدين لنفسه و حجته في ذلك بأن كل من الرهن و الوديعة فيهما حبس لمال القاصر و لما كان إيداعه جائزا فكذلك رهنه ؛ محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المختار على در المختار حاشية ابن عابدين ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.479.

⁶⁷⁶ - أنظر ، ماجدة مصطفى شبانة ، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني و قانون الولاية على المال ، دار الفكر العربي ، مصر ، 2004 ، ص.99.

منفعة و صلاح للقاصر بحيث عدم المصالحة قد تؤدي إلى إنقاص من مال القاصر ، يمنح القاضي للولي الإذن في إجرائه⁶⁷⁷.

أما إذا كانت هذه المصالحة تؤدي إلى إسقاط حق ثابت للقاصر كأن يتنازل عنه لفائدة شخص آخر ، فالقاضي في هذه الحالة يرفض إجراء الصلح ، و على الولي أن يمتنع عن إجرائها لكونها تلحق ضرر بمصالح القاصر⁶⁷⁸.

هذا بالنسبة لكل ما يتعلق بال عقار من بيع و قسمة و رهن و مصالحة نظرا لما للعقار من قيمة ، لكن ما حكم بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة؟

ثانيا: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

لم يحدد المشرع في المادة 2/88 من قانون الأسرة معيارا معينا لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة، بسبب اختلاف مستوى الطبقات الاجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند غيره ذو أهمية⁶⁷⁹.

لكن مع ذلك يمكن إعطاء بعض الأمثلة عن المنقولات التي تعتبر ذات قيمة، كأسهم البورصات و الحقوق المعنوية، كحق الملكية الصناعية و التجارية و الأدبية و كذلك المحلات التجارية... إلخ⁶⁸⁰.

لذلك، و تفاديا لكل هذا من الأفضل لو يضع المشرع الجزائري حد أدنى لقيمة المنقول، حتى يعتبر ذي أهمية خاصة يستوجب إذن القاضي بشأن بيعه. كما أن عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة، يجعل الولي مقيدا بإذن القاضي في بيع أي منقول مهما كانت قيمته.⁶⁸¹

⁶⁷⁷ - عبد السلام الرفي ، المرجع السابق ، ص.336 ؛ محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.97.

⁶⁷⁸ - وسام قوادري ، المرجع السابق ، ص.43 ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.53.

⁶⁷⁹ - دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.110-111.

⁶⁸⁰ - عبد العزيز مقفولجي ، المرجع السابق ، ص.77.

كما أن المشرع لم يبين لنا كيف يتم بيع منقول القاصر، خاصة و أن المادة 89 ق.أ متناقضة في محتوياتها بين النص العربي و النص الفرنسي. فالنص العربي بين كيفية بيع عقار القاصر، بأن يتم في المزد العلني دون ذكر المنقول، مما يفهم منه أن المنقول يباع بمجرد الحصول على إذن القاضي ، لكن نجد النص الفرنسي مخالفا للنص العربي حيث يقضي بأن يتم البيع بالمزد العلني ، دون أن يفرق بين العقار و المنقول، بحيث أخضعهما لحكم واحد و هو الحصول على الإذن، و خضوعهما لإجراءات المزد العلني، حيث جاء فيها:

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

و في هذه الحالة يكون القاضي في مشكل حول تطبيق المادة 89 ق.أ هل يطبق النص العربي أم النص الفرنسي ؟ ، خاصة و أن الدستور ينص صراحة في المادة 03 منه على أن: " اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية "، أضف إلى ذلك أن النسخة الأصلية للجريدة الرسمية هي باللغة العربية و ترجمتها هي باللغة الفرنسية ، و من ثم في حالة الخلاف يتم الرجوع إلى النص العربي⁶⁸².

و في الحقيقة، نعتقد أن النص الفرنسي يعد أكثر حماية للقاصر من النص العربي، لأنه من الناحية الواقعية هناك عدة منقولات تفوق قيمتها قيمة العقار، و تحتاج لبيعها في المزد العلني و لعل هذه هي نية المشرع في النص الفرنسي للمادة 89 ق.أ.

و بالإضافة إلى العقار و المنقول ذو الأهمية الخاصة ، اشترط القانون إذن القاضي في استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو المساهمة في شركة و هذا ما سنراه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو المساهمة في شركة

⁶⁸¹ - علاوة بوتغرار ، المرجع السابق ، ص.78.

⁶⁸² - رقية أحمد داود ، الحماية القانونية للطفل ... ، المرجع السابق ، ص.120.

سنتكلم عن استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض (أولا) ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى استثمار أمواله بالمساهمة في الشركة (ثانياً).

أولاً: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض

إن إقراض مال القاصر فيه تعطيل لماله و ذلك لبقائه جامدا دون استثمار⁶⁸³ ، و الحكمة التي جعلت المشرع يخضعه لإذن القاضي في المادة 3/88، هو الاحتياط من ضياع أموال القاصر ، كأن يكون المقترض مفلسا أو معسرا أو مماطلا في أداء ما عليه من ديون⁶⁸⁴ ، لذلك على القاضي عند منح الإذن التأكد من وجود مصلحة القاصر بضمان إمكانية رجوع المال و في الوقت المحدد و أن هذا المال لن يؤثر في القاصر .

⁶⁸³ - أحمد نصر الجندي ، التعليق على قانون الولاية ... ، المرجع السابق ، ص.35-36 ؛ معوض عبد التواب ، المرجع السابق، ص.853 ؛ سيف رجب قزامل ، المرجع السابق ، ص.257 ؛ أنور طلبه ، المطول في شرح القانون المدني ، ج.2 ، د.د.ن ، مصر ، د.س.ن، ص.15.

⁶⁸⁴ - أما بالنسبة للفقهاء الإسلامي فقد اختلفوا في مسألة إقراض الولي مال القاصر إلى رأيين:

الرأي الأول: و هو رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة، و يرون بجواز قرض الولي مال القاصر إذا كان في ذلك مصلحة له كأن يخاف الولي هلاك المال إذا ما بقي عنده مثلا و استدلووا بقوله تعالى في الآية 34 من سورة الإسراء: " وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ " ، و ورد عن ابن عمر رضي الله عنه " أنه كان يستقرض من مال اليتيم و يستودعه و يعطيه مضاربة " ، لكن هذا الرأي وضع عدة شروط تصب في حماية القاصر و هي:

1- اشتراط الرهن عند اقتراض مال القاصر، و ذلك للاحتياط خوفا من أن يتمتع رد المال ، و هذا ما ذهب إليه كل من الشافعية و الحنابلة ؛ ابن المفلح الحنبلي ، المرجع السابق ، ص.219 ؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب المطيعي ، المجموع شرح المهذب ، ج.13 ، دار الفكر ، دمشق، د.س.ن ، ص.354.

2- أن يكون المقترض مليئا ثقة ، ذلك أن غير المليء لا يمكن أخذ البذل منه، مما يؤدي إلى تأخر رد مال القاصر ، و غير الثقة قد يتماطل في أداء مال القاصر ؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، ج.13 ، المرجع السابق ، ص.354 ؛ ابن مفلح الحنبلي ، المرجع السابق ، ص.219.

3- أن يشهد الولي على إقراضه مال القاصر احتياطا ، و هذا ما ذهب إليه الشافعية ؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، المرجع السابق ، ص.354؛ مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.138.

4- أن لا يقترض مال القاصر بقصد مصلحة الغير كنفقهم أو مكافأهم و هو ما نص عليه الإمام أحمد ؛ مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.138؛ ابن المفلح الحنبلي ، المرجع السابق ، ص.220.

الرأي الثاني: و يرى بأنه لا يجوز قرض مال اليتيم مطلقا ، سواء أكان في مصلحة القاصر أم لا ، و هو رأي بعض الشافعية و رواية عن الإمام أحمد ؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرداوي ، الانصاف في معرفة ... ، ج.5 ، المرجع السابق ، ص.243 ؛ مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.143.

كما لا يجوز للولي أن يقتصر مال القاصر لنفسه إلا بإذن من المحكمة و كذلك الاقتراض لمصلحة القاصر نفسه ، فإذا قدر القاضي بأن الاقتراض من مال القاصر أو لمصلحته فيه ضرر له فإنه يمتنع عن منح الإذن بعد التأكد من انعدام عنصري المصلحة و الضرورة⁶⁸⁵ .

هذا بالنسبة لإقراض أو اقتراض أموال القاصر ، لكن ما حكم مساهمة الولي في الشركة؟ وهل كل الشركات صالحة لأن يكون القاصر شريكا فيها؟

ثانيا: المساهمة في الشركة

نصت عليها كذلك المادة 3/88 ق.أ، لكن لم يحدد المشرع لنا نوع الشركة ما إذا كانت شركة أشخاص أم أموال أم مختلطة. فبالنسبة لشركة التضامن و التي تعتبر من أهم أنواع شركة الأشخاص التي لا يستطيع القاصر الانضمام إليها، لأنها تكسب كافة الشركاء صفة التاجر⁶⁸⁶ ، و القاصر لا يمكنه اكتساب صفة التاجر لانعدام أهليته ، كما أن مسؤولية الشركاء في شركة التضامن صارمة و لا تحقق حماية للقاصر⁶⁸⁷ طبقا للمادة 551 ق.ت⁶⁸⁸ .

و في حالة ما إذا ورث حصة من الشركة، فإنها تتحول إلى شركة توصية بسيطة مؤقتا إلى حين بلوغ القصر و يصبحوا شركاء متضامنين، لكن قبل بلوغهم يستمر الشركاء القدماء متضامنون، أما القصر فيصبحون شركاء موصون يتحملون المسؤولية بقدر حصة مورثهم في الشركة⁶⁸⁹ . و لا يعتبرون

⁶⁸⁵ - أنظر ، فتيحة يوسف المولودة عماري ، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة ، ط.2 ، دار الغرب للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007 ، ص.87- 91 ؛ دليلا سلامي ، المرجع السابق ، ص.112.

⁶⁸⁶ - أنظر ، باسم محمد ملحم و باسم حمد الطراونة ، شرح القانون التجاري ، الشركات التجارية ، ط.1 ، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، الأردن ، د.س.ن ، ص.134.

⁶⁸⁷ - عبد العزيز مفلوحي ، المرجع السابق ، ص.77.

⁶⁸⁸ - تنص المادة 551 ق.ت: " الشركاء بالتضامن صفة التاجر و هم مسؤولون من غير تحديد و بالتضامن عن ديون الشركة.

و لا يجوز لدائني الشركة مطالبة أحد الشركاء بوفاء ديون الشركة إلا بعد مرور خمسة عشر يوما من تاريخ إنذار الشركة بعقد غير قضائي".

⁶⁸⁹ - فتيحة يوسف المولودة عماري ، المرجع السابق ، ص.101.

تجارا و لا يشهر إفلاسهم⁶⁹⁰ طبقا للمادة 562 من القانون التجاري و التي تنص: " تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي.

و يعتبر القاصر أو القصر من ورثة الشريك ، في حالة استمرار الشركة ، غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم" ، و هذا في الحقيقة حل يحقق حماية للقاصر و في نفس الوقت يحترم قواعد شركة التضامن.

أما فيما يخص شركات الأموال، فيمكن للقاصر أن ينضم إليها بعد إذن المحكمة، لأنها تقوم على الاعتبار المالي و ليس الشخصي. فمسؤولية الشريك فيها تكون بحدود رأس ماله، و لا يكتسب صفة التاجر، و لا يشهر إفلاسه بمجرد شهر إفلاس الشركة، كما أنه لا تنقضي بوفاة أحد الشركاء و يجوز فيها للشريك الحل محل شريك آخر دون الحاجة إلى رضاء الشركاء الآخرين ، و تعتبر شركة المساهمة أهم نموذج لها⁶⁹¹ طبقا للمادة 592 ق.ت⁶⁹² و ما بعدها.

بالإضافة إلى ذلك، هناك نوع ثالث من الشركات و هي تجمع بين الاعتبار الشخصي و المالي، تسمى بالشركات المختلطة و هي نوعان:

أ- الشركة ذات المسؤولية المحدودة:

⁶⁹⁰ - " و هذا ما قضت محكمة مصر التجارية المختلطة في 1933/11/10 غير أن محكمة الاستئناف المختلطة لم تؤيد هذا الحكم ، و قضت بتاريخ 1934/01/14 بإستمرار شركة التضامن و خضوع القصر لنفس الأحكام التي يخضع لها الشركاء المتضامنون ، و قد انتقد هذا الحكم لترجيحه استمرار الشركة على مصلحة القاصر ، حيث يجعله مسؤولا عن ديون الشركة في أمواله الخاصة التي لم يرثها من مورثه بالرغم من أن القانون فصل ذمته و ذمة مورثه ، كما أن القاعدة الفقهية تقضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون" ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.56.

⁶⁹¹ - تونسي حسين ، تطور رأس مال الشركة و مفهوم الربح في الشركات التجارية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص.21-22 ؛ مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، د.س.ن ، ص.74 ؛ نادية فوضيل ، شركات الأموال ... ، المرجع السابق ، ص.148-149.

⁶⁹² - تنص المادة 592 ق.ت: " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم ، و تتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم...".

و هذا النوع من الشركات لا يكتسب فيها الشريك صفة التاجر، و تكون مسؤوليته فيها محدودة بقدر حصته التي قدمها للشركة⁶⁹³، و بالتالي يجوز للقاضي أن يأذن بها للولي لكن إذا كانت هذه الحصة المقدمة نقدية ، أما إذا كانت عينية فإن هذا الأمر لا يحقق حماية للقاصر، لأنه سوف يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية تضامنية تجاه الغير⁶⁹⁴ طبقاً للمادة 2/568 ق.ت⁶⁹⁵ و التي تنص : "و يكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة".

و بالإضافة إلى الشركة ذات المسؤولية المحدودة هناك نوع آخر من الشركات المختلطة و المتمثلة في شركة التوصية بالأسهم.

ب- شركة التوصية بالأسهم:

و هي تتكون من شركاء متضامنين و شركاء موصين يمكن أن يكون القاصر أحدهم⁶⁹⁶، و لا يمنع الانضمام إليها بإذن القاضي ، لكن المشرع قد أغفل نقطة مهمة تتمثل فيما إذا بلغ القاصر سن الرشد فإنه سوف يجد نفسه مقيد بالتزامات قد تكون لسنوات ، لذلك من المستحسن لو يقيد هذه المعاملات بمدة معينة كما هو الحال بالنسبة للإيجار.

و حماية للقاصر، قضت المحكمة العليا بتاريخ 5 جانفي 1992 بعدم جواز التنازل عن حصص القاصر من طرف الولي بدون إذن القاضي، أو التنازل عن المساهمة في شركة ناجحة ماليا و تحقق مصلحة له⁶⁹⁷، حيث جاء في القرار : " من المقرر قانوناً أنه يجب الإثبات بعقد رسمي و إلا كان باطلاً كل تنازل عن محل تجاري و لو كان معلقاً على شرط، أو صادر بموجب عقد من نوع آخر ،

⁶⁹³ - باسم محمد ملحم و باسم حمد الطراونة ، المرجع السابق ، ص.226.

⁶⁹⁴ - نادية فوضيل ، شركات الأموال ... ، المرجع السابق ، ص.101.

⁶⁹⁵ - المادة 2/568 ق.ت: " و يكون الشركاء مسؤولين بالتضامن مدة خمس سنوات تجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة".

⁶⁹⁶ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.57.

⁶⁹⁷ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 05 / 01 / 1992 ، ملف رقم 80160 ، م.ق. ، 1995 ، ع.1 ، ص.177.

أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة ،
و على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات
القانون العام.

و لما ثبت - في قضية الحال - أن عقد التنازل لم ينجز في شكله الرسمي ، و أن المطعون ضدها ما
هي إلا ولية شرعية بعد وفاة زوجها ، فليس لها إذن سوى سلطة التسيير في أموال الشركة لصالحها
و لصالح كل أولادها القصر ، و لا يمكنها التصرف فيها بالتنازل إلا عن حصتها لذا فإن القرار الذي
فصل عن خطأ في طلب الطاعنين بالرجوع إلى الأمكنة و قضى بالرفض صدر مستوجبا للنقض
و الإبطال".

و لم يكتفي القانون باشتراط إذن القاضي على ما قلناه ، بل اشترطه حتى في الإيجارات التي يمكن
أن يقوم بها الولي على عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات ، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه
سن الرشد.

الفرع الثالث

إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد

بلوغه سن الرشد

للولي حق إيجار عقار القاصر لأية مدة و لو زادت عن 3 سنوات، شريطة حصوله على إذن
مسبق بذلك وفقا للمادة 4/88 ق.أ. و يرجع ذلك أن هذه الفقرة تتلاءم مع القواعد المعمول بها،
بشأن صلاحيات من يملك سوى أعمال الإدارة و هو الولي في هذه الحالة ، و هذا ما تنص عليه
المادة 468 ق.م: " 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 "

لكن رغم ما لهذه الفقرة من أهمية ، إلا أن هناك من يرى⁶⁹⁸ بأنه لا فائدة لها في ظل اعتراف القانون بحق البقاء رغم انتهاء مدة الإيجار ، لأنه قد تتجاوز مدة الإيجار التي يقوم بها الوالي عن ثلاث سنوات بدون إذن القاضي على أساس ما للمستأجر من الحق في البقاء.

و حسب اعتقادنا ، نرى بأن المشرع قد تدارك الأمر عندما ألغى حق البقاء للإيجارات المبرمة بعد تاريخ سنة 1993 بموجب المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-03⁶⁹⁹ ، ثم جاءت المادة 07 من القانون رقم 07-05⁷⁰⁰ و ألغت المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 ، بل أكثر من ذلك عدلت المادة 08 من القانون رقم 07-05 المادة 507 مكرر من الأمر رقم 75-58 ، و وضعت حد لحق البقاء بتحديد تاريخ محدد و هو سنة 2017 ليتم فيه التوقف نهائياً عن العمل بحق البقاء ، سواء بالنسبة للإيجارات المبرمة قبل سنة 1993 أو بعد هذه السنة⁷⁰¹.

⁶⁹⁸ - عبد العزيز مقفولجي ، المرجع السابق ، ص.78 ؛ دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.112.

⁶⁹⁹ - المادة 20: " لا تطبق المواد 471 و 472 و 473 و 474 و 509 و كذا المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، و المذكورة أعلاه ، و المتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي .

يظل تجديد عقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي ، خاضع للتشريع السابق المطبق على هذه العقود" ؛ المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413 هـ الموافق ل أول مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري ، ج.ر. ، ع.14 ، الصادرة في 9 رمضان 1413 الموافق ل 3 مارس 1993.

⁷⁰⁰ - أنظر ، القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق 13 مايو 2007 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج.ر. ، ع.31 ، الصادرة في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007.

⁷⁰¹ - و قد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية للمذاهب الأربعة للوالي أن يؤجر أموال القاصر إذا رأى مصلحة في ذلك و كانت الإجارة بأجر المثل و بقدر ما يتغابن فيه الناس عادة ؛ باسم حمدي حرارة ، المرجع السابق ، ص.65؛ محمود سردون ، حدود تدخل الوالي في أموال ابنه القاصر ، مداخلة ألقيت في ملتقى حول الحماية القانونية بين الثوابت و المتغيرات ، كلية الحقوق ، جامعة خميس مليانة ، ماي 2014 ، ص.83.

غير أن فقهاء الشريعة اختلفوا فيما بينهم حول جواز استمرار الإجازة إلى ما بعد بلوغ القاصر أم لا إلى ثلاث آراء: الرأي الأول: يرى بأن للقاصر بعد بلوغه الخيار بين الفسخ و الإمضاء و هو ما ذهب إليه المالكية و الأحناف؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج.4 ، المرجع السابق ، ص.32.

الرأي الثاني: يرى بأنه لا يجوز فسخ عقد الإيجار لأن الوالي تصرف لمصلحة القاصر، لأن العقد أبرم قبل بلوغ القاصر و هو ما ذهب إليه الشافعية و رواية عند الحنابلة ؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين و عمدة المفتين ، ج.5 ، ط.3 ، المكتب الإسلامي ، لبنان ، 1991 ،

و هكذا حاول المشرع حماية أموال القاصر من خلال اشتراطه إذن القاضي في بعض التصرفات ، لكن في حالة ما إذا تجاوز الوالي حدود السلطات التي منحها له القانون هل يتعرض لجزاء أم لا؟

المطلب الثالث

جزاء تجاوز الوالي حدود سلطاته

ينبغي نظام الولاية على أساس جلب المصلحة و درء المفسدة عن أموال المولى عليه، فإذا تصرف الوالي بما يناهز هذه المصلحة عن عمد أو إهمال، يكون قد أحل بواجبه الشرعي. فيترتب على هذا الإخلال جزاءين يكون للقاضي توقيعهما، أحدهما خاص بتصرفات الوالي (الفرع الأول)، و الثاني خاص بشخص الوالي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

جزاء تصرفات الوالي المجاوزة لسلطاته

لم يتكلم المشرع الجزائري عن الجزاءات المفروضة على قيام الوالي بتصرفات مخالفة لنظام الولاية ، رغم أهمية هذا الموضوع، و من بينها حكم التصرفات الضارة بالقاصر (أولا)، و التصرفات التي تكون بدون إذن القاضي (ثانيا).

أولا: حكم التصرفات التي فيها ضرر محض

ص.250 ؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج.5 ، المرجع السابق ، ص.320.

الرأي الثالث: فقد فرق بين ما إذا كان الوالي يعلم ببلوغ القاصر قبل انتهاء مدة الإيجار أو لا يعلم ، ففي الحالة الأولى يجوز له الفسخ و في الحالة الثانية عدم الجواز و هو مذهب الحنابلة ؛ باسم حمدي حرارة ، المرجع السابق ، ص.66.

إنّ التصرفات الضارة ضررا محضا ، هي التصرفات التي يترتب عليها افتقار الشخص دون أن يحصل على مقابل لذلك ، فيخرج من ذمته مال دون أن يدخل فيها مقابل له، و ذلك مثل الهبة بالنسبة للواهب و الإبراء بالنسبة للدائن⁷⁰².

فالتصرف الضار الذي يقوم به القاصر يعد باطلا حتى و لو أجازته ممثله الشرعي ، ذلك أن إجازته تكون غير صحيحة، فما بالك لو كان التصرف الضار للقاصر صادرا من الممثل الشرعي بحد ذاته ، لهذا لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر المشمول بولايته مهما كان سبب هذا التصرف ؛ و هذا على خلاف المشرع المصري الذي أجاز للولي التبرع من مال القاصر لأداء واجب عائلي أو إنساني⁷⁰³ ، في المادة 5 من قانون الولاية على المال المصري التي تنص على أنه: " لا يجوز لولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي و بإذن المحكمة"⁷⁰⁴.

أما الفقه الإسلامي فقد منع هو الآخر بالإجماع تصرفات الولي الضارة بالقاصر فيما عدا الهبة بعوض ، التي اختلف فيها الفقهاء إلى قولين:

القول الأول: و يرى أنه لا يجوز للولي هبة مال القاصر مطلقا، مهما كانت قيمة العوض عن ذلك، و هو مذهب الحنفية و المالكية⁷⁰⁵.

⁷⁰² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.295.

⁷⁰³ - محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية... ، المرجع السابق ، ص.606.

⁷⁰⁴ - و قد وضع أحمد نصر الجندي مجموعة من الشروط للعمل بهذه المادة و هي:

1- أن يكون التبرع لأداء واجب إنساني ، أي مواجهة ظروف استثنائية طارئة تحل بمواطني القاصر أو أهله.

2- أن يكون لدى القاصر من المال ما يمكن أن يساعد به غيره ، بحيث أن يكون له من المال ما يتبرع بجزء منه لا يؤثر على غناه أو يسره.

3- حصول الولي على إذن المحكمة بالتبرع بمال القاصر ، و يتعين على المحكمة أن تتأكد من قيام الشرطين السابقين ، و أن تخضعهما لرقابتها

و تقديرها ، و أن تبين ذلك في حكمها و تبين بأن ظروف الصغير المالية تسمح لوليّه بالتبرع من المال لأداء واجب إنساني أو عائلي .

⁷⁰⁵ - أنظر ، أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالحطاب الرعيبي ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.6 ، ط.1 ، دار

الكتب العلمية ، د.م.ن ، 1995 ، ص.654؛ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج.3 ، المرجع السابق ،

ص.305.

القول الثاني: يرى بجواز للولي أن يهب مال القاصر بعوض ، لكن بشرط أن يزداد على ثمن المثل ذلك أن تصرف الولي في مال اليتيم منوط بالمصلحة، و لا مصلحة للقاصر إلا إذا كانت الهبة بعوض أكثر من القيمة، و هو ما ذهب إليه كل من الشافعية⁷⁰⁶ و الحنابلة⁷⁰⁷.

غير أن الفقه الإسلامي استثنى الإقراض من المنع، لكون هذا الإقراض فيه صون لمال القاصر من الضياع و هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة⁷⁰⁸.

هذا بالنسبة لحكم تصرفات الولي التي يمكن أن تكون ضارة بالقاصر، لكن ما حكم تصرفات الولي التي تكون دون استئذان القاضي؟

ثانياً: حكم تصرفات الولي دون استئذان القاضي

سنتكلم بداية عن كيفية الحصول على الإذن (أ) ، ثم نتطرق إلى جزاء التصرف الذي يكون بدون هذا الإذن (ب) .

أ- القاضي المختص و إجراءات منح الإذن:

لم يتكلم المشرع عن القاضي المختص بمنح الإذن في القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون الأسرة بحيث جاء المشرع فقط بمصطلح القاضي دون أن يحدده، و هذا ليس فقط في الولاية على المال بل حتى في الولاية على النفس.

على عكس المشرع الفرنسي الذي فصل في مسألة الاختصاص بدقة، حيث أخضع مثل هذه الأمور إلى قاضي الولاية، و هو قاضي بالمحاكم الابتدائية الصغرى ، يعينه الرئيس الأول للمحكمة

⁷⁰⁶ - شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، ج.2 ، المرجع السابق ، ص.175.

⁷⁰⁷ - مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.151.

⁷⁰⁸ - مراد بلعباس ، المرجع السابق ، ص.147.

الإستئنافية من جهة ؛ و قاضي يفصل في المنازعات الناجمة عن ممارسة السلطة الأبوية، و هو قاضي بالمحكمة الابتدائية الكبرى يعينه كذلك الرئيس الأول للمحكمة الإستئنافية من جهة أخرى⁷⁰⁹.

و من هذا المنطلق هل يتم اللجوء في الجزائر إلى قاضي شؤون الأسرة، باعتباره يسهر على حماية أموال القاصر طبقا للمادة 424 ق.إ.م.إ. و هو الأجدر بمنح الإذن من غيره، أم إلى رئيس المحكمة باعتبار الإذن يدخل ضمن الأعمال الولائية التي يختص بها ؟.

و أجابت عن هذا السؤال المادة 479 ق.إ.م.إ. التي تنص: " يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، و المتعلق ببعض تصرفات الولي ، من قبل قاضي شؤون الأسرة ، بموجب أمر على عريضة" ، و بالتالي قاضي شؤون الأسرة هو المختص.

و لكن هناك مسألة أخرى و مهمة وهي التنازع الإيجابي الذي يمكن أن يحصل بين القضاة ، بحيث اعتبر القاضي المختص بمنح الإذن هو قاضي شؤون الأسرة على أساس المادة 424 ق.إ.م.إ.⁷¹⁰.

إلا أن المادة 511 ق.إ.م.إ. نصت على منح الاختصاص في المسائل العقارية للقاضي العقاري ، و عليه فإنه في حالة ما إذا رفعت قضية ما متعلقة بالتركة و كان القاصر أحد ورثتها، فإن ذلك سي طرح إشكالية اختصاص القاضي العقاري أم قاضي شؤون الأسرة.

كما أنه يوجد إشكال آخر من الناحية الإجرائية ، حيث لم يتكلم المشرع عن الإجراءات التي يمنح القاضي من خلالها الإذن للولي بالتصرف المنصوص عليه في المادة 88 ق.أ. ، و اكتفى بالنص

⁷⁰⁹ - عبد الحكيم المهيري ، المرجع السابق، ص.32.

⁷¹⁰ - المادة 424 ق.إ.م.إ.: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر ".

فقط على أن يكون الإذن بموجب أمر على عريضة في المادة 479 من ق.إ.م.إ. ، و أن يراعى في الإذن حالة الضرورة و المصلحة في المادة 89 من ق.الأسرة⁷¹¹.

لكن في الواقع العملي لا يتم منح الإذن بالتصرف إلا بتوفر الوثائق⁷¹² التالية:

- طلب خطي من ولي القاصر .
- شهادة ميلاد القاصر .
- الفريضة إذا كان الولي متوفيا .
- وثيقة تثبت الشيء المراد التصرف فيه .
- دفع رسم قدره 5000 دج .
- طابع جبائي بقيمة 20 دج .

ب- جزاء تصرف الولي دون استئذان القاضي:

يفترض في تصرفات الولي أن تكون في مصلحة القاصر سواء كانت ضمن سلطاته أو خارجها ، و حماية للقاصر يستحسن أن تتخذ هذه التصرفات في حق القاصر إلا بعد إقرارها ممن يملك هذا الحق⁷¹³ ، لكونها كانت خارج عن حدود النيابة القانونية⁷¹⁴ و هذا هو المنطق .

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على جزاء محدد لهذه الحالة بل اكتفى بحصر الحالات المستوجبة لإذن القاضي ، يتبعه في ذلك القانون المدني الجزائري الذي لم يقم بتحديد الجزاء في حالة تجاوز

⁷¹¹ - و هذا على عكس المشرع المصري الذي قرر أنه لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ، أو أن التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر ؛ معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص.850.

⁷¹² - موقع وزارة العدل : www.arabic.justice.dz/cult_justice

⁷¹³ - حسن كبيرة ، المرجع السابق ، ص.614.

⁷¹⁴ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.64.

النائب حدود نيابته ، بل نص في المادة 74 ق.م على أنه: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل".

و من خلال هذه المادة يتضح أن أي تصرف يقوم به النائب لا بد أن يكون في الحدود التي رسمها الأصيل للنائب و بحسب الاتفاق المبرم بينهما ، بحيث إذا تجاوز النائب حدود نيابته لا ينصرف أثر العقد إلى الأصيل، و لا ينشأ في ذمته حقوق و التزامات.

أما المادة 77 ق.م فإنها تنص على أنه: " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون و قواعد التجارة".

و يفهم من هذه المادة ، أن المشرع رغم رفضه تعاقد الشخص مع نفسه بسبب ما يترتب عنه من تعارض بين المصالح إلا أنه اعترف للأصيل بالإجازة ، و عليه إذا صدر تصرف من شخص له ولاية على مال القاصر، لكنه تجاوز فيه حدود هذه الولاية ، كالولي الذي يبيع مال القاصر دون استئذان المحكمة، أو باع بأقل من الثمن المحدد بقرار المحكمة، فإن هذا التصرف بحسب القواعد العامة لا يعتبر نافذا في حق القاصر؛ لكن في حالة ما إذا تم إقراره من طرف المحكمة أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فإنه يصبح نافذا من يوم الإقرار، و لا يكون لهذا الإقرار أثر رجعي على الماضي⁷¹⁵.

إلا أن القضاء الجزائري اعتبر هذا النوع من التصرفات باطلة، و ذلك من خلال أحد حيثيات قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10 أبريل 1991⁷¹⁶ و الذي جاء فيه: " حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق و أموال القاصر و بالتالي فكل عقد ايجار متعلق بأموال القاصر لا بد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن

⁷¹⁵ - حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص.615.

⁷¹⁶ - أنظر ، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 10/04/1991 ، ملف رقم 72353 ، م.ق ، 1993 ، ع.3 ، ص.115.

و إلا أصبح عقدا مخالفا للقانون و هو عقد باطل و لو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون".

و هذا جل ما يمكن أن يقال عن حكم تصرفات الولي المجاوزة لسلطاته ، لكن هل يعاقب الولي شخصيا عن تجاوز سلطاته؟ و هذا ما سنراه في الفرع التالي.

الفرع الثاني

الجزاء المقرر للولي في حالة تجاوزه لسلطاته

إذا أوكلت مهمة الولاية إلى شخص معين، افترض فيه أنه أحسن و أقرب شخص يقوم بحماية أموال القاصر، و لكن إذا انتفت العلة من الولاية بأن أساء الولي استعمال سلطاته، أو أهملها، اعتبر مخلا بواجبه و تقوم مسؤوليته.

وهذه المسؤولية بالنسبة للولي الأصلي على المال هي مسؤولية تقصيرية، و لم يحاسبه المشرع فيها عن الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الرجل المهمل فقط ، بل حاسبه حتى عن الخطأ اليسير الذي يقع من الرجل العادي و هذا ما تنص عليه المادة 88 ق.أ و التي جاء فيها: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...".

أضف إلى ذلك ، لم يفرق المشرع الجزائري بين الأولياء بخصوص نوع الخطأ الموجب للمسؤولية، على عكس المشرع المصري الذي فرق في المسؤولية بين الأب و الجد، فجعل مسؤولية الأب أخف من مسؤولية الجد طبقا للمادة 24 من قانون الولاية على المال⁷¹⁷، بحيث لا يسأل الأب في أعمال الولاية إلا عن الخطأ الجسيم، كالتصرف بغبن فاحش أو في حالة الغش، أما الجد فيسأل عن خطئه اليسير مثله مثل الوصي، و السبب في ذلك هو أن المشرع المصري حاول رعاية الروابط الخاصة

⁷¹⁷ - المادة 24 ق.و.م.م: " لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي ".

الموجودة بين الأب و ابنه، و التي ستشفع للأب إذا ما ارتكب الخطأ اليسير⁷¹⁸، أخذًا بالمذهب الحنفي⁷¹⁹.

أما بالنسبة للوصي فتتص على مسؤوليته المادة 98 ق.أ و التي جاء فيها: " يكون الوصي مسؤولاً عما يلحق أموال القاصر من ضرر"، لكن لم تبين المادة مقدار العناية المطالب من الوصي ببذلها⁷²⁰، ما إذا كانت وفق معيار الرجل الحريص أم العادي ، لكن ما دام أن الوصي له نفس أحكام الولي و خاصة في سلطات الولي المنصوص عليها في المادة 88 ق.أ ، يكون بذلك الوصي مطالب ببذل عناية الرجل الحريص⁷²¹ و نفس الشيء بالنسبة للمقدم و الذي يخضع لنفس أحكام الوصي طبقاً للمادة 100 ق.أ: " يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام".

لكن المشكل الذي يمكن أن يطرح في هذه الحالة هو حول مسؤولية الوصي و بالتالي مسؤولية المقدم، ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟.

و عليه ، فما دام أن الوصاية تتم بإيجاب من الموصي و قبول من الوصي فهي عقد، فمسؤولية الوصي فيها هي عقدية، و في نفس الوقت مسؤولية الوصي هي مسؤولية تقصيرية و ذلك نتيجة إخلاله بالالتزام الذي فرضه عليه القانون، و هو عدم الإضرار بالغير. و ذلك تطبيقاً للقواعد العامة الواردة في المادة 124 ق.م⁷²² و التي تنص: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " ، و منه يكون للمتضرر الخيرة في تأسيس دعواه⁷²³.

⁷¹⁸ - أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية...، المرجع السابق، ص.93.

⁷¹⁹ - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص.489.

⁷²⁰ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.144.

⁷²¹ - و قد نصت المادة 36 من قانون الولاية على المال المصري: " يستلم الوصي أموال القاصر و يقوم على رعايتها و عليه أن يبذل في ذلك العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقاً لأحكام القانون المدني " ، كما نصت المادة 86 من نفس القانون: " إذا أحل النائب بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون كان مسؤولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب، و على كل حال يسأل مسؤولية الوكيل بأجر ".

⁷²² - عبد الرحمان بن جيلالي، المرجع السابق، ص.55.

⁷²³ - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.144.

و يترتب بذلك عن إخلال النائب الشرعي بواجبه و قيام مسؤوليته جزاء ان يكون للقاضي توقيعهما ، و يتمثلان في العزل و التعويض⁷²⁴ ، فبالنسبة لعزل النائب الشرعي أو سلب ولايته أو إسقاطها عنه أيا كان التعبير فالمعنى واحد ، فيكون جزاء يتخذه القاضي في مواجهة الولي إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع⁷²⁵ ، أما بالنسبة للتعويض فالولي بمجرد قيام مسؤوليته يكون ملزم بتعويض القاصر عن خسارته و لكن لما كان الأصل في النائب الشرعي أنه يفترض فيه الأمانة ، فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها أو بتبديدها أو بإهمال حفظها ، أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه⁷²⁶ .

و يجب الإشارة، أنه حماية للقاصر أراد المشرع التسهيل على القاصر إثبات مسؤولية الوصي و المقدم ، و ذلك من جهة من خلال إلزام الوصي في المادة 97 ق.أ أن يقدم حساب عن كل الإيرادات و المصروفات الفعلية التي قام بها نيابة عن القاصر إلى من يخلفه أو إلى ورثة القاصر ، بحيث يشمل هذا الحساب كل ما أنفقه بالمستندات و ما قام به من تصرفات و ما حصل عليه من نقود، و أدلة إيداعها و مدة الإنفاق، و من ثم على الوصي أن يثبت بأنه لم يتجاوز ما حدده القانون من تصرفات إذا طلب إليه ذلك.

و إضافة إلى ذلك ، على الوصي أن يقدم صورة عن الحساب إلى القضاء، و هذا حتى يتأكد القاضي بواسطة هذا الحساب من صدق ما قدمه الوصي ، فإذا شك أو ارتاب القاضي في أمره جاز له أن يطلب توضيحات من الوصي⁷²⁷ .

و من جهة أخرى نجد أن المشرع قد ألزم المقدم من خلال تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية في الفقرة الثانية من المادة 471 بوجوب تقديمه عرضاً دورياً للقاضي عن إدارة أموال القاصر ، بحيث

⁷²⁴ - وسام قوادي ، المرجع السابق ، ص.51.

⁷²⁵ - لقد تكلمنا بالتفصيل عن هذا الموضوع في الفرع الأول تحت عنوان انتهاء الولاية على المال من المطلب الثالث من المبحث الأول من هذا الفصل، ص.130.

⁷²⁶ - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.143 ؛ وسام قوادي ، المرجع السابق ، ص.51.

⁷²⁷ - عبد الرحمان بن جيلالي ، المرجع السابق ، ص.61.

جاء في نص هذه الفقرة : " يجب على المقدم أن يقدم دوريا و طبقا لما يحدده القاضي ، عرضا عن إدارة أموال القاصر و عن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة" .

الختامة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

في حين أن قانون الأسرة قد جعل سن الترشيح في المعاملات المالية للقاصر تكون في الفترة ما بين سن التمييز 13 سنة و سن الرشد 19 سنة ، و هذا أمر خطير قد يضر بمصلحة القاصر، لأنه لا

يمكن أن نتصور شخص في عمر 13 سنة قد أصبح راشداً و كل تصرفاته صحيحة، لذلك من المستحسن أن يوحد المشرع سن الترشيد بين جميع القوانين و تكون ما بين 16 سنة و 18 سنة .

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

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

و حسب اعتقادنا أن أهم الأسباب التي جعلت قانون الأسرة يقع في مثل هذه التناقضات مع أحكام القانون المدني تارة و الخروج على بعض المسائل المرتبطة بأحكام الفقه الإسلامي تارة أخرى ، قد يعود إلى تأثير المشرع بأحكام التقنين المدني الفرنسي في محاولة منه إلى الجمع بين أحكام الشريعة الإسلامية من جهة و ما ينص عليه القانون المدني الفرنسي من جهة أخرى.

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

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

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

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

- بالإضافة إلى ذلك ، هناك التنزيل الذي جاء به المشرع حسب اعتقادنا حماية للأحفاد القصر بالدرجة الأولى ، الذين يموت أبائهم في حياة جدهم أو جدتهم أو مع أي منهما مما يمنعهم من الميراث، فيجتمع للأحفاد مصيبتان مصيبة وفاة الأب و مصيبة الحرمان من الميراث فجاء المشرع بالتنزيل للتخفيف من معاناتهم.

- كذلك يعتبر اعتراف المشرع للقاصر بالحق في الوصية و الهبة حتى وهو جنين في حد ذاته حماية له، و في نفس الوقت منع القاصر من القيام بالوصية و الهبة و الوقف باعتباره تصرفًا ضارًا بالقاصر ضررًا محضًا.

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

- بالإضافة إلى هذا يعتبر اعتراف المشرع للأمم بالولاية حماية للقاصر لكونها أكثر شخص شفقه على ولدها القاصر، و أكثر شخص يرعى أموال القاصر من غيرها خاصة و أن المرأة اليوم متعلمة و حتى عاملة و قادرة على مصاعب الحياة.

- أن المشرع حماية للقاصر لم يجعل سلطات الولي سواء كان هذا الولي أصلي أو نيابي مطلقة، و إنما تخضع لرقابة القاضي في بعض التصرفات التي تعتبر مهمة و تؤثر في الذمة المالية للقاصر، و هي تشمل كل ما يتعلق بالعقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة بالإضافة إلى استثمار أموال القاصر

في الإقراض و الاقتراض و المساهمة في الشركة ، و إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

- بل أكثر من ذلك حتى لا تضيع أموال القاصر بسبب التعارض الذي يمكن أن يحصل بين مصالح الولي و مصالح القاصر، قد أوجب على القاضي تعيين متصرف خاص يتولى إدارة أموال القاصر حتى يزول التعارض.

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

قائمة الملحق

الملحق رقم 01: القرار رقم 105-د-6-17/8/1408 هـ -4/4/1988 المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة.

الملحق رقم 02: القرار رقم 323-ج-24-4/3/2002 المتضمن القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي.

الملحق رقم 03: ظهير شريف رقم 172.02.1 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 الموافق لـ 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، ج.ر، ع.5031 ، الصادر بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق لـ 19 أغسطس .

الملحق رقم 04: أمر استعجالي يتضمن تسليم الولدين و نفقة غذائية مؤقتة و بدل إيجار، الصادر عن محكمة سيدي بلعباس ، قسم شؤون الأسرة ، 16 جوان 2012 .

قائمة المراجع

أولاً- المراجع العامة.

ثانياً- المراجع الخاصة.

ثالثاً- أطروحات الدكتوراه و المذكرات.

رابعاً- المقالات و التعاليق.

خامساً- النصوص القانونية و القرارات العربية.

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع ، و برواية حفص عن عاصم.

أولاً: المراجع العامة:

* باللغة العربية:

- 1- ابن أبي شيبة ، الأثر في المصنف ، ج.8 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، د.س.ن .
- 2- ابن المفلح الحنبلي ، المبدع في شرح المقنع ، ج.4 ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 1423 هـ- 2003 م .
- 3- أبو بكر الجصاص ، أحكام القرآن ، ج.2 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1405 هـ .
- 4- أبو بكر بن عربي المالكي ، أحكام القرآن ، ج.2 ، مطبعة البابي الحلبي ، مصر ، 1376 هـ .
- 5- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب المطيعي ، المجموع شرح المهذب ، ج.13 ، دار الفكر ، دمشق ، د.س.ن.
- 6- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين و عمدة المفتين ، ج.5 ، ط.3 ، المكتب الإسلامي ، لبنان ، 1991.
- 7- أبو عبد الله محمد بن أحمد عlish ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، ج.9 ، دار الفكر ، بيروت ، 1299 هـ .
- 8- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي ، منهاج الطالبين ، ج.3 ، ط.1 ، دار البشائر الإسلامية ، لبنان ، 2000 .
- 9- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، ج.5 ، دار صادر ، لبنان ، 1988.
- 10- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين بن الخطيب الشربيني ، ج.2 ، ط.1 ، دار المعرفة ، لبنان ، 1997.

11- أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، ط.1 ، دار ابن حزم ، لبنان ، 2002.

12- أبي إسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ج.1 ، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1996.

13- أبي إسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ج.3 ، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1996.

14- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه و هو شرح مختصر المزني ، ج.11 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1994.

15- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.4 ، ط.2 ، دار الفكر ، لبنان ، 1398 هـ الموافق ل 1978م.

16- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.5 ، ط.2 ، دار الفكر ، لبنان ، 1398 هـ الموافق ل 1978م.

17- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.6 ، ط.2 ، دار الفكر ، لبنان ، 1398 هـ الموافق ل 1978م.

18- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالحطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.6 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، د.م.ن ، د.س.ن.

19- أبي عبد الله بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، كتاب الوصايا ، المجلد 4 ، ط.1 ، دار الجيل ، لبنان ، 1998.

- 20- أبي عبد الله محمد الخرشبي المالكي ، حاشية الخرشبي على مختصر سيدي الخليل ، ج.8 ، ط.2 ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، 1317هـ.
- 21- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج.3 ، دار عالم الكتب ، سعودية ، د.س.ن.
- 22- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه ، ج.2 ، ط.1 ، المطبعة السلفية و مكتبتها ، مصر ، 1403 هـ.
- 23- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، بيت الأفكار الدولية ، الرياض ، 1998.
- 24- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، ج.1 ، ط.1 ، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، 1997.
- 25- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي ، جامع الترميذي ، بيت الأفكار الدولية للنشر و التوزيع ، السعودية ، د.س.ن.
- 26- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج.9 ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر ، 1352 هـ.
- 27- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج.10 ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر ، 1352 هـ.
- 28- أحسن أبو سقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ط.4 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008.
- 29- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج.2 ، ط.1 ، مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر ، د.س.ن.

- 30- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج.5 ، ط.1 ، مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر ، د.س.ن.
- 31- أحمد فراج حسين ، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005.
- 32- إسحاق إبراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، ط.9 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007.
- 33- الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، ج.3 ، مؤسسة الريان للنشر و التوزيع ، لبنان ، 2002.
- 34- العربي بلحاج ، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، ج.2 ، ط.3 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996.
- 35- أنور الخطيب ، الأهلية المدنية في الشرع الإسلامي و القوانين اللبنانية ، المكتب التجاري للطباعة و التوزيع و النشر ، لبنان ، 1965.
- 36- أنور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني ، ج.2 ، د.د.ن ، مصر ، د.س.ن.
- 37- تونسي حسين ، تطور رأس مال الشركة و مفهوم الربح في الشركات التجارية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008.
- 38- جمعة سمحان الهلباوي ، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة ، دار الهدى ، الجزائر ، د.س.ن.
- 39- جيلالي تشوار ، طرق التفسير ، محاضرة أقيمت على السنة أولى ماجستير قانون خاص معمق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2012-2013.
- 40- حافظ محمد أنور ، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي ، دار بلنسة للنشر ، السعودية ، 1420هـ.

- 41- حامد أحمد محمد حسن ، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي ، ط.1 ، مكتبة الوفاء القانونية، مصر ، 2011.
- 42- حسن القاسم ، مبادئ القانون ، المدخل إلى العلوم القانونية ، منشأة المعارف ، مصر ، 1995.
- 43- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، مصر ، د.س.ن.
- 44- رمضان أبو السعود ، شرح مقدمة القانون المدني ، عالم الكتب ، مصر ، 1980.
- 45- رمضان أبو السعود ، العقود المسماة ، عقد الإيجار ، الأحكام العامة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1999.
- 46- زكي زكي حسن زيدان ، الحماية الشرعية و القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة ، دار الكتاب القانوني ، مصر ، 2009 .
- 47- زين الدين بن علي بن أحمد العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ج.5 ، دار عالم الإسلامي ، د.م.ن ، د.س.ن .
- 48- سلمان البيجرمي ، حاشية البيجرمي علي الخطيب ، ج.4 ، ط. الأخيرة ، دار الفكر العربي ، لبنان ، 1981.
- 49- سيف رجب قزامل ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2010 .
- 50- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ، المغني ويليهِ الشرح الكبير ، ج.7 ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، د.س.ن.
- 51- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ، المغني ويليهِ الشرح الكبير ، ج.9 ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، د.س.ن.

52- شمس الدين أحمد بن قودر ، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار تكملة شرح فتح القدير للإمام ابن همام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي ، ج.9 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، د.س.ن.

53- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.5 ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن .

54- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.8 ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن .

55- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.12 ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن .

56- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.24 ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن .

57- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.28 ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن .

58- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج.30 ، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن .

59- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج.2 ، دار إحياء الكتب العلمية ، د.م.ن ، د.س.ن .

60- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج.3 ، دار إحياء الكتب العلمية ، د.م.ن ، د.س.ن .

61- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج.4 ، دار إحياء الكتب العلمية ، د.م.ن ، د.س.ن .

62- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي ، ج.4 ، ط.3 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.

63- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي ، ج.5 ، ط.3 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.

- 64- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي ، ج.7 ، ط.3 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.
- 65- شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ج.3 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية، لبنان ، 1987.
- 66- شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ج.2 ، ط.1 ، دار المعرفة ، لبنان، 1997.
- 67- شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ج.3 ، ط.1 ، دار المعرفة ، لبنان، 1997.
- 68- شوقي بناسي ، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، داسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية الفرنسي و المصري ، دار هومه للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2009.
- 69- صبحي صالح ، منهل الواردين بشرح رياض الصالحين للإمام النووي ، ط.1 ، دار العلم للملايين ، لبنان ، 1970.
- 70- صبحي عرب ، محاضرات في القانون التجاري ، الإفلاس و التسوية القضائية ، مطبعة الكاهنة، الجزائر ، 2000.
- 71- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، المجلد الرابع ، دار المكتبة العلمية ، لبنان ، 1999.

- 72- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ج.1 ، ط.3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000.
- 73- عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2009.
- 74- عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، دار الثقافة ، د.م.ن ، 2006.
- 75- عبد الكريم زيدان ، المفصل قي أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، ج.11 ، ط.3 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، 1997.
- 76- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006 .
- 77- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج.5 ، ط.1 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، د.س.ن.
- 78- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج.7 ، ط.1 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، د.س.ن.
- 79- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.5 ، ط.2 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.
- 80- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.6 ، ط.2 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.
- 81- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.7 ، ط.2 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.

82- علي بن غانم ، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2005.

83- فؤاد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ، ط.25 ، دار المشرق ، لبنان ، 1986.

84- فتيحة يوسف المولودة عماري ، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة ، ط.2 ، دار الغرب للنشر و التوزيع ، الجزائر.

85- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج.6 ، ط.1 ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، 1375 هـ.

86- فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة ، السجل التجاري ، ط.2 ، النشر و التوزيع ابن خلدون ، الجزائر، 2003 .

87- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيراسي ثم السركري المعروف بابن همام الحنفي ، شرح فتح القدير ، ج.4 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.

88- لبنى مختار ، وجود الإرادة و تأثير الغلط فيها ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، د.م.ن ، 1984.

89- لبيب محمد شنب ، مبادئ القانون ، مدخل للدراسات القانونية و النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، د.م.ن ، 1970.

90- ماجدة مصطفى شبانة ، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني و قانون الولاية على المال ، دار الفكر العربي ، مصر ، 2004.

91- مالك بن أنس ، الموطأ ، كتاب الزكاة ، ج.1 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1985.

92- مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة الكبرى ، ج.2 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1994 .

93- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، ط.6 ، مؤسسة الرسالة ، لبنان، 1998.

94- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، دار الفكر ، لبنان ، 2008.

95- محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، ج.3 ، ط.2، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1987.

96- محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، ج.5 ، ط.2، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1987.

97- محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، ج.6 ، ط.2، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1987.

98- محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج.5 ، دار عالم الكتب ، السعودية ، 2003.

99- محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 .

100- محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2000.

101- محمد سعيد جعفرور ، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2002.

102- محمد صبري الجندي ، النيابة في التصرفات القانونية ، دراسة في التشريعات و الفقه الإسلامي من منظور موازن ، ط.1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2012.

103- محمد صغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006.

- 104- مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، ج.3 ، مطبعة طربين ، دمشق ، د.س.ن.
- 105- مصطفى كمال طه ، الشركات التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، د.س.ن.
- 106- مصطفى محمد الجمال و عبد الحميد محمد الجمال ، النظرية العامة للقانون ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1986.
- 107- منصور بن يونس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، ج.3 ، دار الفكر ، لبنان ، 1402 هـ .
- 108- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج.6 ، ط.3 ، دار عالم للكتب ، السعودية ، 1997.
- 109- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ج.8 ، ط.3 ، دار عالم للكتب ، السعودية ، 1997.
- 110- نادية فوزيل ، القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، التاجر ، المحل التجاري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001.
- 111- نادية فوزيل ، شركة الأموال في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2003.
- 112- نبيل إبراهيم سعد ، المدخل إلى القانون ، نظرية الحق ، منشأة المعارف ، مصر ، 2001.
- 113- وفاء الشيعاوي ، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2012.
- 114- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج.7 ، ط.2 ، دار الفكر ، سوريا ، 1985.

115- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج.8 ، ط.2 ، دار الفكر ، سوريا ، 1985.

116- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج.10 ، ط.2 ، دار الفكر ، سوريا ، 1985.

* باللغة الفرنسية:

1- G.CORNU, Droit civil, La famille, 7 éme édition, Montchrestien , Paris , 2007 .

2- J .P . BROUILLAUD, Droit civil, les biens, les personnes, la famille , édit . Hachette, France, 2000.

ثانيا: المراجع الخاصة:

أ- المراجع الخاصة بالأحوال الشخصية:

* باللغة العربية:

1- إبراهيم عبد اللطيف إبراهيم العبيدي ، استبدال الوقف رؤية شرعية اقتصادية قانونية ، ط.1 ، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري ، دبي ، 2003.

2- أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، تفسير البغوي معالم التنزيل ، ج.1 ، دار طيبة ، السعودية ، 1409هـ.

3- أحمد بجيت الغزالي و عبد الحلیم محمد منصور علي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ، ط.1، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2008-2009.

4- أحمد بن عبد العزيز الحداد ، من فقه الوقف ، ط.1 ، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري بإدارة البحوث ، دبي ، 2009.

5- أحمد دغيش ، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2009.

- 6- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، الطلاق و حقوق الأولاد ونفقات الأقارب ،
الدار الجامعية ، لبنان ، 1991.
- 7- أحمد فراج حسين ، أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة
للنشر ، مصر ، 2003.
- 8- أحمد نصر الجندي ، النفقات في الشرع و القانون ، نفقة الزوجة و نفقة الصغير و نفقة الأقارب،
دار الكتب القانونية ، مصر ، 1995.
- 9- أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية ، دار الكتاب القانونية ،
مصر ، 2007.
- 10- أحمد نصر الجندي ، الأحوال الشخصية في القانون السوري ، دار الكتب القانونية و دار
شحات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 1999.
- 11- أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2014.
- 12- أحمد محمود الشافعي ، الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي ، دار الهدى للمطبوعات ، مصر،
1994.
- 13- الرشيد بن شويخ ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بين التشريعات
العربية ، ط.1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008.
- 14- العربي بختي ، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات
الجامعية ، الجزائر ، 2013.
- 15- العربي بلحاج ، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، ديوان
المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000.

- 16- العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، ط.2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.
- 17- الغوثي بن ملحّة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 .
- 18- أكرم ياغي ، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية تشريعا فقها و قضاء ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2013.
- 19- باديس ذيابي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012.
- 20- باديس ذيابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2012.
- 21- بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون ، ج.1 ، دار النهضة العربية ، لبنان ، 1967.
- 22- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، الهبة الوصية الوقف ، ط.2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2009.
- 23- رفيق يونس المصري ، علم الفرائض و الموارث ، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1994.
- 24- رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ، لبنان ، 2001 .
- 25- زكريا البري ، الأحكام الإسلامية للأسرة الإسلامية ، منشأة المعارف ، مصر ، 1985.
- 26- سعيد بوزيري ، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007.

- 27- سليم هاني منصور، الوقف و دوره في المجتمع الإسلامي المعاصر ، ط.1 ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، د.م.ن ، 2004.
- 28- صالح جيحك ، الميراث في القانون الجزائري ، ط.1 ، ديوان الخدمات الجامعية ، الجزائر ، 2002 .
- 29- طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة ، ط.1 ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2009 .
- 30- عبد الجليل أحمد علي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا ، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية ، مصر ، 2001 .
- 31- عبد السلام الرفعي ، الولاية على المال في الشريعة تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة ، مطابع إفريقيا الشرق ، د.م.ن ، 1996.
- 32- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط.3 ، دار هومه ، الجزائر ، 1996.
- 33- عبد الفتاح إبراهيم البهنسي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها و قانونا ، مكتبة و مطبعة الإشعاع الفنية ، مصر ، د.س.ن .
- 34- عبد المجيد محمود مطلوب ، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، ط.1 ، مؤسسة المختار ، مصر ، 2004 .
- 35- عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم ، ط.2 ، دار القلم ، الكويت ، 1990 .
- 36- عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط.1 ، دار الثقافة ، الأردن، 1998 .
- 37- عطاء الله فشار ، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، ط.2 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 .

- 38- علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1992 .
- 39- فضيل العيش ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب ، الجزائر ، 2007-2008.
- 40- كمال حمدي ، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية - الوصاية - الحجر - الغيبة - المساعدة القضائية) ، الاختصاص و الإجراءات و القرارات ، منشأة المعارف ، مصر ، 2003.
- 41- مامون محمد أبو يوسف ، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات ، ط.2 ، دار الثقافة ، الأردن ، 2009 .
- 42- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط.1، دار الفكر العربي ، لبنان ، 1957 .
- 43- محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، د.م.ن ، 1988.
- 44- محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، مطبعة علي مخيمر ، مصر ، 1959.
- 45- محمد أحمد سلاج و محمد كمال إمام ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 1999.
- 46- محمد الحسيني الحنفي ، الأحوال الشخصية ، ط.3 ، دار النهضة العربية ، د.م.ن ، 1964.
- 47- محمد بن أحمد تقية ، دراسة الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، ط . 1 ، ديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003.
- 48- محمد بن عبد العزيز النمي ، الولاية على المال ، ط.1 ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، السعودية، 2012.

- 49- محمد قدري باشا ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ط.1 ، دار ابن حزم ، لبنان ، 2007.
- 50- محمد كمال الدين إمام ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين ، ج.2 ، منشأة المعارف ، مصر ، 2001.
- 51- محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة ، لبنان، 1983.
- 52- محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، لبنان ، 2007.
- 53- محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ، ط.4 ، دار الجامعية ، مصر ، 1983.
- 54- محمد مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و لمذهب الجعفري و القانون ، ط.2 ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان ، 1977 .
- 55- محمد يوسف عمرو ، ، الميراث و الهبة دراسة مقارنة ، دار الحامد ، الأردن ، 2008.
- 56- محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف ، فقه الأحوال الشخصية ، مؤسسة الوراق ، الأردن، د.س.ن.
- 57- مصطفى أحمد الزرقا ، أحكام الأوقاف ، ط.2 ، دار عمار ، الأردن ، 1998.
- 58- مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، الزواج و انحلاله ، ج.1 ، ط.7 ، المكتب الإسلامي ، سوريا ، 1417هـ-1997.
- 59- معوض عبد التواب ، موسوعة الأحوال الشخصية ، ج.2 ، ط.5 ، دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع ، المنصورة ، 1990.

- 60- نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006.
- 61- نزيه نعيم شلال ، المرتكز في دعاوى النفقة لدى جميع الطوائف ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2007.
- 62- نسيمه شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة الوصية الوقف ، دار هومه ، الجزائر ، 2012.
- 63- وليد خالد الربيع ، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة ، ط.1 ، دار النفائس ، الأردن ، 2007.

* باللغة الفرنسية:

1- GH .Benmelha , Droit algérien de la famille , édit . O.P.U., Alger,1993.

ب- المراجع الخاصة بالقاصر:

- 1- أحمد إبراهيم عطية ، نفقة و حضانة الصغار أمام محكمة الأسرة ، ط.2 ، دار الراضي ، مصر ، 2009-2010.
- 2- بدران أبو العينين ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، مصر ، 1987.
- 3- جمال مهدي محمود الأكشنة ، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة مقارنة ، ط.1 ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2009.
- 4- حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013.
- 5- عادل قورة و محمد جمال الدين ، تشريعات الطفولة في مصر ، مطبعة الشروق ، مصر ، د.س.ن.

- 6- عبد الحق منصوري ، حقوق الطفل الأساسية في ظل الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، ط.1 ، دار قرطبة ، الجزائر ، 2005.
- 7- علي محمد بن رمضان ، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال ، ط.1 ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، 2012.
- 8- غالية رياض النبشة ، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2010.
- 9- فاطمة شحاتة أحمد زيدان ، مركز الطفل في القانون الدولي العام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2007.
- 10- محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني ، الجزائري و الفقه الإسلامي ، دار هومو ، الجزائر ، 2002.
- 11- نور الدين أبو لحية ، الزواج و الطلاق و حقوق الأولاد الصغار ، دار الكتاب الحديث ، مصر، 2009.

ثالثا: أطروحات الدكتوراه و المذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه:

- 1- خيرة العرابي ، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2012-2013.
- 2- ربيحة إغاث ، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، 2011.

- 3- رشيد مسعودي ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2005-2006.
- 4- زكية تشوار حميدو ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2004-2005.
- 5- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي ، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، دراسة فقهية و تشريعية مقارنة ، رسالة دكتوراه ، قسم الشريعة الإسلامية ، كلية دار العلوم ، جامعة القاهرة، مصر ، 1421هـ-2000م.
- 6- عبد الله محمد سعيد ربابعة ، الوصاية في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الأردني ، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، 2005.
- 7- محمد حبار ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، معهد الحقوق ، جامعة بن عكنون ، 1982.

ب- مذكرات الماجستير:

- 1- أحمد بن عبد الكريم المطوع ، أحكام الولاية المالية على القُصّر و تطبيقاتها الفقهية و القضائية ، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، المعهد العالي للقضاء ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، 1431 هـ - 1432 هـ .
- 2- آسيا بوخاتم ، الحقوق المالية ، الحقوق المالية للمطلقة بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2006-2007.
- 3- أوريدة بوترفة ، وجوب النفقة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، د.س.ن .

4- باسم حمدي حرارة ، سلطة الولي على أموال القاصرين ، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2010.

5- بلقاسم سويقات ، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2010-2011.

6- جميلة موسوس ، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، جامعة أحمد بوقرة ، بومرداس ، 2006.

7- جهاد سالم جريد الشرفات ، أحكام الرجوع في التبرعات المالية في الفقه الإسلامي و القانون الأردني ، مذكرة ماجستير في الفقه و أصوله ، كلية الدراسات الفقهية و القانونية ، جامعة آل البيت، الأردن ، 1990 .

8- خير الدين فنطازي ، نظام الوقف في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2006-2007.

9- خير الدين مشرنن ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقيد ، تلمسان ، 2011-2012.

10- دليلة سلامي ، حماية الطفل في قانون الأسرة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2007-2008.

11- زهية رابطي ، الحماية القانونية للطفل عند الطلاق في اتفاقية حقوق الطفل و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الدبلوماسي ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2007-2008.

12- سمية بوكايس ، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري و في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013-2014.

13- شفيقة حابت ، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون ، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، 2009-2010.

14- صورية زردوم بن عمار ، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2009-2010.

15- عبد الحكيم بوجاني ، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013-2014.

16- عبد العزيز مقفولجي ، الرشداة عديمي الأهلية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2003.

17- عواطف تحسين عبد الله البوقري ، أحكام الجنين و الطفل في الفقه الإسلامي ، مذكرة ماجستير في الفقه الإسلامي ، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه و الأصول ، جامعة أم القرى ، السعودية ، 1990.

18- عيسى أمعيزة ، الحمل إرثه أحكامه و صورته المعاصرة بين الشريعة و القانون ، مذكرة ماجستير ، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، 2005-2006.

19- عيسى طعيبة ، سكن المحضون في تشريع الأسرة الجزائري و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2010-2011.

- 20- كمال بقداد ، الوصية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 1999.
- 21- مبروكة غضبان ، النفقة بين التشريع و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2009-2010.
- 22- محمد بوعمره ، أموال القصر في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن عكنون ، 2012-2013 .
- 23- محمد جلال الدين مباركي ، الأهلية القانونية دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، 2001-2002
- 24- مراد بلعباس ، استثمار أموال الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة ، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، 2009-2010.
- 25- نادية براهيمية ، الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1995.
- 26- نسرين إيناس بن عصمان ، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008-2009.
- 27- نسيمة شيخ ، الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، 2010-2011.
- 28- هجيرة نشيدة مداني ، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2011-2012.

29- وسام قوادري ، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني و تقنين الأسرة ، دراسة نقدية تحليلية مقارنة ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أكلي محند اولحاج ، البويرة ، 2013.

30- يمينة بن حليلة ، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في القانون الإجرائي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بن خلدون ، تيارت ، 2011-2012.

ج- مذكرات إجازة القضاء:

1- البختي هبالي و محمد العماري ، تصرفات الصبي المميز ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 16 ، الجزائر ، 2005-2008.

2- جهيدة مهدي ، مسؤولية متولي الرقابة دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري و على ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2003-2006.

3- خديجة بوشيبان ، صلاحية قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09 ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 18 ، 2007-2010.

4- دلال قندوز ، التطبيقات القضائية للحضانة و إشكالاتها القانونية على ضوء الأمر 05-02 ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 18 ، 2007-2010.

5- عادل بوحديش ، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 14 ، 2003-2006

6- عبد الحكيم بالهبري ، حماية أموال القاصر طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 18 ، 2007-2010.

رابعا: المقالات و التعليقات

* باللغة العربية:

- 1- إبراهيم داودي ، الشخصية القانونية للحمل المستكن ، الشخصية القانونية للحمل المستكن ، مجلة الراشدية ، 2010 ، ع. 2.
- 2- أحمد عيسى ، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب، بليدة ، 2009 ، ع.1.
- 3- آسية بونحاتم ، حق القاصر في التنزيل ، مداخلة أقيمت في ملتقى بعنوان أموال القاصر في قانون الأسرة الجزائري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013.
- 4- الصادق فريوي ، الوصية الواجبة و التنزيل دراسة مقارنة ، م.ع.ق ، جامعة عنابة ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، الجزائر ، د.س.ن.
- 5- بندر بن فهد السويلم ، البصمة الوراثية و أثرها في النسب ، بحث محكم ، مجلة العدل ، كلية الشريعة ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، السعودية ، محرم 1429 هـ ، ع.37.
- 6- جمال الدين طه العاقل ، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي و بين القانون المدني المصري و قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، مجلة الأمن و القانون ، كلية شرطة دبي ، 1998 ، ع.1.
- 7- جمال ليشاني ، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة ، الموارث ، مجلة الموثق ، جويلية 1999 ، ع.7.
- 8- جيلالي تشوار ، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني، مجلة علوم ، تكنولوجيا و تنمية ، الجزائر ، 2007 ، ع. 1 .
- 9- رقية أحمد داود ، التصرفات المالية لعديم و ناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة و القانون ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009 ، ع.8.

- 10- سامية حساين ، تأرجح حماية القاصر بين قواعد القانون التجاري وقانون الأسرة الجزائري ، ملتقى دولي بعنوان الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة ، ماي 2014.
- 11- شهر زاد بوسطلة ، الحقوق المعنوية و المالية للجنين في الشريعة الإسلامية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بسكرة ، د.س.ن ، ع. 7.
- 12- عبد الرحمان بن جيلالي ، أحكام الوصي في قانون الأسرة الجزائري ، ملتقى دولي بعنوان الحماية القانونية للأسرة بين الثوابت و المتغيرات، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة، ماي 2014.
- 13- عبد القادر بن مرزوق ، أحكام التنزيل كوسيلة لحماية الأسرة ، مجلة الحجّة ، منظمة المحامين ، تلمسان ، الجزائر ، 2005 .
- 14- عبد القادر بن مرزوق ، العدل في تطبيق أحكام التنزيل ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان ، 2011 ، رقم 12.
- 15- علاوة بوتغرار ، التصرف في أموال القاصر ، مجلة الموثق ، الجزائر ، 1998 ، ع. 3.
- 16- عمر كركوكلي ، رجوع الأب في هبته ، مجلة الحق ، دبي ، د.س.ن.
- 17- فايز ظفيري ، الطفل و القانون معاملة و حمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي ، مجلة الحقوق، 2001، ع. 1.
- 18- فريد علواش ، حقوق الطفل في المواثيق و الاتفاقيات الدولية ، مجلة المنتدى القانوني ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، د.س.ن ، ع. 6.

- 19- كمال لدرع ، مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية ، جامعة بن عكنون ، كلية الحقوق ، 2001 ، ع. 1.
- 20- كمال لدرع ، مسؤولية الآباء في كفالة الحقوق المادية و المعنوية للطفل في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي ، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، قسنطينة ، 2002 ، ع. 2.
- 21- لحسن بن شويخ آيث ملويا ، تنازل الأم الحاضنة عن الحضانة ، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية ، الجزائر ، رمضان 1429 هـ - سبتمبر 2008 م ، ع. 2.
- 22- مازن إسماعيل هنية ، إثبات النسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية ، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد 17 ، سلسلة الدراسات الإسلامية ، يناير 2009 ، ع. 1.
- 23- محمد أحمد صالح الصالح ، إثبات نسب أولاد الزنا ، الحكم - الضوابط - الشروط - عناية الإسلام باللقطاء ، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي ، مكة المكرمة ، السعودية ، من 19 إلى 23 محرم 1432 هـ - 25 إلى 29 ديسمبر 2010.
- 24- محمد حسنين ، عقد الهبة في التشريع الجزائري ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة بن عكنون ، كلية الحقوق ، 1987 ، ع. 1.
- 25- محمد مومن ، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، 2004 ، ع. 3.
- 26- محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام ، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، جامعة العلوم الإسلامية العالمية ، كلية أصول الدين ، الأردن ، 2010 ، ع. 1.
- 27- محمود سردون ، حدود تدخل الولي في أموال ابنه القاصر ، مداخلة ألقيت في ملتقى حول الحماية القانونية بين الثوابت و المتغيرات ، كلية الحقوق ، جامعة خميس مليانة ، ماي 2014.

- 28- مخلد الطراونة ، حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي و الشريعة الإسلامية و التشريعات الأردنية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، كلية الحقوق ، 2003 ، ع.2.
- 29- مصطفى معوان ، أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ، مجلة المعيار ، جامعة قسنطينة ، كلية الحقوق ، الجزائر ، ع.9.
- 30- ناصر الدين ماروك ، القانون الجزائري بين النظرية و التطبيق ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، دورية في الثقافة الإسلامية ، الجزائر ، 2000 ، ع.3.

* باللغة الفرنسية:

1- Christophe VIGNEAU , Les rapports entre solidarité familiale et sociale en droit comparé , N°01 ,R.I.D.C , 1999 .

2- YAKOUT. A , La protection de l'enfant en droit algérien , R.A.S.J.E.P., 2003 , n°2 .

مقالات من مواقع الأنترنت:

1- أبي الحواري محمد بن الحواري العماني ، تفسير آيات حفظ أموال اليتامى و الوصية بهم ، مقال منشور في موقع يعني بعلوم القرآن و الفكر الإسلامي :

www.alkabs.net/quran-_explanations

2- اختصاصات رئيس المحكمة ، مقال منشور بموقع وزارة العدل الجزائرية:

www.arabic.justice.dz/cult_justice

3- الأعمال القضائية ، مقال منشور بموقع وزارة العدل الجزائرية:

www.arabic.justice.dz/cult_justice

4- الخلع و الطلاق بالاتفاق ، مقال منشور بتاريخ 16 ديسمبر 2010 بالموقع :

www.startimes.com=26479086

5- النظام القانوني في العقوبة في الجزائر ، مقال على شكل ملخص لمذكرة ماجستير منشور في الموقع:

www.droit_dzcom/forum/showthead.php?t=9913

6- شفيق حادي ، حكم الهبة للجنين ، مجلة الفقه و القانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية ، 2013 ، ع. 4، مقال منشور بالموقع:

www.majalah.new.ma

7- فتيحة الطلحاي ، نفقة الابن و المكفول أوجه الشبه وأوجه الاختلاف ، مجلة الفقه و القانون ، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية ، 2013 ، ع. 9، مقال منشور بالموقع:

www.majalah.new.ma

8- نجيم عامر ، الإجازة كشرط لنفذ تصرفات القاصر في أمواله ، مجلة الفقه و القانون ، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية ، 2014 ، ع. 20، مقال منشور بالموقع:

www.majalah.new.ma

خامسا: النصوص القانونية و القرارات العربية

أ - النصوص القانونية الجزائرية:

1- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني ، ج.ر ، ع. 78 ، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج.ر ، ع. 44 ، الصادرة في 26/06/2005.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، ج.ر ، ع. 24 ، الصادر في 12 يونيو 1984.

3- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج.ر ، ع.17 ، الصادر في 25 أبريل 1990.

4- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، ج.ر ، ع.21 ، الصادرة في 8 ماي 1991.

5- القانون رقم 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423 الموافق ل 14 ديسمبر 2002 ، يعدل و يتم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف ، ج.ر ، ع.83 ، الصادر في 15 ديسمبر 2002.

6- القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق ل 13 ماي 2007 ، يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج.ر ، ع.31 ، الصادر في 13 ماي 2007.

7- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر ، ع.21 ، الصادر في 23 أبريل 2008.

8- المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413 هـ الموافق ل 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، ج.ر ، ع.14 ، الصادر في 9 رمضان 1413 الموافق ل 3 مارس 1993.

9- المرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 10 جمادى الأولى 1384 الموافق ل 17 سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة ، ج.ر ، ع.35 ، الصادر في 25 سبتمبر 1964.

10- المرسوم الرئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 11 شوال 1409 هـ الموافق ل 16 ماي 1989، المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية و البروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966 ، ج.ر ، ع.20 ، الصادر في 17 ماي 1989.

11- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ، ج.ر ، ع.6 ، الصادر في 24 يناير 1996.

12- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور ، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، ج.ر ، ع.76 ، الصادر في 8 ماي 1991.

ب - النصوص القانونية الأجنبية:

1- قانون رقم 71 لسنة 1946 الصادر في 24 رجب سنة 1365 الموافق لـ 24 يونيو 1946 المتضمن قانون الوصية المصري.

2- قانون رقم 119 لسنة 1952 الصادر في 8 ذي القعدة 1371 الموافق لـ يوليو 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال.

3- الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 م المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

4- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

5- ظهير شريف رقم 172.02.1 بتاريخ 13 يونيو 2002 المتضمن تنفيذ القانون رقم 01.15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين ، ج.ر ، ع.5031 ، الصادر بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق لـ 19 أغسطس .

6- ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 المتضمن تنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة ، ج.ر ، رقم 5184 ، الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

سادسا : القرارات العربية:

1- القرار رقم 105-د 6-17/8/1408 هـ -4/4/1988 المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة.

2- القرار رقم 323-ج 24-4/3/2002 المتضمن القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي.

فهرس المحتويات

07.....مقدمة

الفصل الأول

18..... حماية حق القاصر في اكتساب الأموال

20..... المبحث الأول : حماية حق القاصر في النفقة

22..... المطلب الأول : حماية القاصر من خلال شروط النفقة و عناصرها

22..... الفرع الأول : حماية القاصر من خلال شروط النفقة

22..... أولا : الشروط الخاصة بالقاصر

23..... أ - ثبوت نسب القاصر لأبيه

25..... ب - أن يكون القاصر فقيرا لا مال له

27..... ج - عجز القاصر عن الكسب

29..... ثانيا : الشرط الخاص بالمنفق

31..... الفرع الثاني : حماية القاصر من خلال عناصر النفقة

32..... أولا: مدى حماية القاصر من خلال أهم أنواع النفقة

33..... أ - مدى حماية القاصر من خلال الغذاء و الكسوة

35..... ب - مدى حماية القاصر من خلال العلاج و السكن

40..... ثانيا : مدى حماية القاصر من خلال أجرة الحضانة و الرضاع

41..... أ - مدى حماية القاصر من خلال أجرة الحضانة

- 44..... ب - مدى حماية القاصر من خلال أجرة الرضاع
- 47..... المطلب الثاني : حماية القاصر من خلال ترتيب من تجب عليهم النفقة
- 48..... الفرع الأول : الأبوين
- 48..... أولا : الأب
- 53..... ثانيا: الأم
- 57..... الفرع الثاني :الأقارب
- 61..... المطلب الثالث : حماية القاصر من خلال تقدير و سقوط النفقة
- 61..... الفرع الأول : حماية القاصر من خلال تقدير النفقة
- 61..... أولا : كيفية تقدير النفقة
- 62..... ثانيا : أساس تقدير النفقة
- 65..... ثالثا: تاريخ استحقاق النفقة
- 66..... الفرع الثاني : حماية القاصر من خلال سقوط النفقة
- 68..... أولا : ضياع النفقة
- 69..... ثانيا : الإبراء من نفقة القاصر
- 69..... أ - أن يكون الإبراء نظير الطلاق
- 69..... ب - أن يكون الإبراء من النفقة محدد بوقت
- 71..... المبحث الثاني: حماية حق القاصر في التملك

71.....	المطلب الأول : حماية حق القاصر في الميراث
73.....	الفرع الأول : الميراث عند وجود الأصل
73.....	أولا : حق القاصر في الميراث
77.....	ثانيا : حق الحمل في الميراث
78.....	أ - ثبوت وجود الحمل
78.....	ب - ولادة الحمل حيا
82.....	الفرع الثاني: الميراث عند انعدام الأصل المباشر
83.....	أولا : الحكمة من مشروعية التنزيل
86.....	ثانيا : شروط التنزيل
87.....	أ - رابطة القرابة بين المستفيد و المالك و ترتيب واقعة الوفاة
87.....	1- رابطة القرابة بين المستفيد و المالك
89.....	2- ترتيب واقعة الوفاة
91.....	ب - حرمان الحفيد من تركة أصوله ميراثا أو تبرعا
91.....	1- حرمان الحفيد من تركة أصوله ميراثا
94.....	2- حرمان الحفيد الموصى له أو الموهوب له من التنزيل
95.....	المطلب الثاني : حماية حق القاصر في الوصية و الهبة
96.....	الفرع الأول : حماية حق القاصر في الوصية

96.....	أولا : مدى حماية الوصية للقاصر الموجود
102.....	ثانيا : مدى حماية الوصية للحمل
106.....	الفرع الثاني : حماية حق القاصر في الهبة
107.....	أولا : مدى حماية الهبة للقاصر
110.....	ثانيا : مدى حماية القاصر في الرجوع عن الهبة
112.....	المطلب الثالث : حماية حق القاصر في الوقف
113.....	الفرع الأول : الوقف على الولد شرعا
113.....	أولا : ماهية الوقف للولد
117.....	ثانيا : الصيغ الدالة على الولد الموقوف عليه
118.....	أ - وقفت على أولادي أو على ولدي أو على ولد فلان
119.....	ب - وقفت على أولادي و أولادهم و نسلهم
119.....	ج - وقفت على ولدي و ولد ولدي
119.....	د - وقفت على ذريتي أو نسلي أو عقبي أو أهل بيتي
120.....	هـ - وقفت على أقاربي و ذوي الرحم
120.....	الفرع الثاني :الوقف في القانون الجزائري
121.....	أولا : صحة الوقف
122.....	ثانيا: صحة الوقف الذري

الفصل الثاني

- 126..... حماية القاصر من خلال إدارة أمواله
- 129..... المبحث الأول : حماية أموال القاصر بالولاية
- 129..... المطلب الأول : حماية أموال القاصر بالولاية الأصلية
- 130..... الفرع الأول : شروط الولي الأصلي على المال
- 130..... أولا : أن يكون الولي أهلا للولاية
- 133..... ثانيا : أن يكون الولي عادلا
- 134..... ثالثا : أن يكون الولي متحدا في الدين مع القاصر
- 136..... الفرع الثاني : مراتب الأولياء الأصليين على المال
- 136 أولا : الأب
- 138..... ثانيا : الأم
- 146..... ثالثا : الجد
- 149..... المطلب الثاني : حماية أموال القاصر بالولاية المكتسبة
- 149..... الفرع الأول : شروط الولاية المكتسبة
- 149..... أولا : شروط الولاية المكتسبة المتعلقة بالتعيين
- 150..... أ- عدم وجود الأم
- 150..... ب- عدم أهلية الأم لتولي الولاية

- 150..... ثانيا: شروط الولاية المكتسبة المتعلقة بذات الولي
- 151..... أ- أن يكون الولي مسلما
- 151..... ب- أن يكون الولي عاقلا بالغاً قادراً
- 152..... ج- أن يكون أميناً حسن التصرف
- 152..... ثالثا : الشروط المتعلقة ببدء الوصي لوصايته
- 152..... أ- وفاة الأب
- 153..... ب- تثبيت الوصاية من طرف القاضي
- 154..... الفرع الثاني: أنواع الولاية المكتسبة
- 154..... أولا: الوصي المختار و الوصي المعين
- 155..... أ- الوصي المختار
- 158..... ب- الوصي المعين
- 159..... ثانيا: الوصي العام و الوصي الخاص
- 160..... أ- الوصي العام
- 160..... ب- الوصي الخاص
- 161..... ثالثا : الوصي المؤقت و الوصي الدائم
- 163..... رابعا : الوصي الواحد و تعدد الأوصياء
- 164..... المطلب الثالث : حماية القاصر من خلال انتهاء و وقف الولاية على المال

- 165..... الفرع الأول : انتهاء الولاية على المال
- 165..... أولا : انتهاء الولاية الخاص بالقاصر
- 165..... أ- بلوغ القاصر سن الرشد
- 166..... ب- ترشيد القاصر
- 166..... 1- ترشيد القاصر في قانون الأسرة
- 168..... 2- ترشيد القاصر في القانون التجاري
- 170..... ج- موت القاصر أو هلاك أمواله
- 171..... ثانيا : انتهاء الولاية الخاص بالولي
- 171..... أ- موت الولي أو فقد أهليته
- 172..... ب- عجز الولي
- 173..... ج- عزل الولي
- 176..... د- انتهاء مهام الولي أو استقالته
- 177..... الفرع الثاني: وقف الولاية على المال
- 177..... أولا: وقف الولاية لتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر
- 178..... أ- بيان حالة التعارض
- 179..... ب- تعيين المتصرف الخاص
- 180..... ثانيا: وقف الولاية لغياب الولي أو الحكم عليه قضائيا

180.....	أ- وقف الولاية لغياب الولي
181.....	ب- وقف الولاية للحكم على الولي قضائيا
185.....	المبحث الثاني : حماية القاصر من خلال سلطات الولي على المال
185.....	المطلب الأول : سلطات الولي غير المقيدة بإذن القاضي
186.....	الفرع الأول : أعمال الحفظ و الصيانة
187.....	الفرع الثاني : أعمال الإدارة و الانتفاع
187.....	أولا : أعمال الإدارة
193.....	ثانيا : الانتفاع
195.....	الفرع الثالث : إجازة تصرفات القاصر المميز
201.....	المطلب الثاني : سلطات الولي المقيدة بإذن القاضي
201.....	الفرع الأول : التصرف في العقار و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة
201.....	أولا : التصرف في عقار القاصر
202.....	أ - بيع العقار
203.....	ب- قسمة العقار
205.....	ج- الرهن
206.....	د- المصالحة
207.....	ثانيا : بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

209.....	الفرع الثاني : استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو المساهمة في شركة
209.....	أولا : استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض
210.....	ثانيا : المساهمة في الشركة
212.....	أ- الشركة ذات المسؤولية المحدودة
212.....	ب- شركة التوصية بالأسهم
الفرع الثالث : إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن	
213.....	الرشد
215.....	المطلب الثالث : جزاء تجاوز الولي حدود سلطاته
216.....	الفرع الأول : جزاء تصرفات الولي المجاوزة لسلطاته
216.....	أولا : حكم التصرفات التي فيها ضرر محض
217.....	ثانيا : حكم تصرفات الولي دون استئذان القاضي
218.....	أ- القاضي المختص و إجراءات منح الإذن
219.....	ب- جزاء تصرف الولي دون استئذان القاضي
221.....	الفرع الثاني : الجزاء المقرر للولي في حالة تجاوزه لسلطاته
225.....	خاتمة
231.....	قائمة الملاحق
344.....	قائمة المراجع
378.....	فهرس المحتويات

