جامـــــــــعة وهـــران 2

كلية الحقوق و العلوم السيـــاسية

أطروحـــــــة

لنيل شهـــــادة دكتوراه"ل٠م٠د"

تخصص القـــانون الإجرائي

الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا

مقدمة ومناقشة علنا من طرف

السيد: بشيـــر محمـــد

أمام لجنـــــــة المناقشـــــــة

الأستاذ عدة جلول محمد،	**أستـاذ،**	**جامعة وهران2،**	**رئيـــــسا**
الأستاذ العربي شحط عبد القادر،	**أستـــاذ،**	**جامعة وهران 2،**	**مشرفا مقـــــررا**
الأستاذ بوقرور سعيد،	**أستاذ محاضر (أ)،**	**جامعة وهران 2،**	**عضوا منـــاقشا**
الأستاذ نقادي حفيظ،	**أستاذ،**	**جامعة سعيدة،**	**عضوا منـــاقشا**
الأستاذ ملوى الزين،	**أستاذ،**	**جامعة سيدي بلعباس،**	**عضوا منـــاقشا**
الأستاذ فنينخ عبد القادر،	**أستاذ محاضر (أ)،**	**جامعة مستغانم،**	**عضوا منـــاقشا**

السنة الجامعية : 2017 –2018

قال جل وعلا:

أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم

﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ۞ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾.

سورة النساء/ الآية 10/09

عن معقل بن يسار رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة" أخرجه البخاري ومسلم

قال بن القيم رحمه الله في تحفة المودود: (...فإن كان بالغا عاقلا لم يضمنه، لأنه سقط حقه بالإذن فيه، وإن كان صغيرا ضمنه، لأنه لا يعتبر إذنه شرعا...).

أسأله تعالى أن يلهمني الرشد والصواب، إنه سميع قريب مجيب.

﴿ إهـدا ء ﴾

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وبعد:

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى:

من قال فيهما جل وعلا: ﴿وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ و قُل رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾ سورة الإسراء: الآية 24.

إلى كل أفراد عائلتي دون استثناء.

إلى الأحبة والأصدقاء الذين أسهموا وشجعوا وما تأخروا وأخص بالذكر دادي، بن عبو، بلعيدوني، بغداد، العربي، غنيسة، مصطفى.

إلى من رَوَوْا بدمائهم الزكية ثرى هذا الوطن، أولئك الشهداء الأبرار.

إلى كل من قرأ هذه الأطروحة وبصَّرني بعيب أو نقص فيها.

محمد بشيـــر

﴿شكر وتقدير﴾

يقول المولى تبارك تعالى: أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم

(لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ) الآية 07 من سورة إبراهيم

وعليه فإني أتقدم بشكري وتقديري إلى الله عز وجل قبل أن أشكر المخلوقين على نعمه الظاهرة والباطنة، الذي يسر الأمور، وذلل الصعاب، فالحمد لذي العزة والجلال، والعلو والكمال، لأن وفقني وهداني لهذا وما كنت لأهتدي لولا أن هداني الله، حتى أتممت هذا البحث المتواضع الذي لا أدعي له الكمال ولكني راض عنه كل الرضى، فله المحامد كلها بخواطري وجوارحي ولساني.

كما أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي الفاضل: **فضيلة الدكتور العربي شحط عبد القادر** حفظه الله، على تفضله بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، والذي لم يبخل علي بوقته وعلمه وجهده وتوجيهاته البناءة المثمرة حتى خرج هذا العمل إلى حيز الوجود، رغم ضيق وقته وكثرة أعماله، إلا أن رحابة صدره كانت أكبر من ضيق وقته وكثرة أعماله، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما يسعدني أن أشير بالبنان وأزجي بخالص الإمتنان إلى **فضيلة الدكتور زهدور سهلي** الذي كان صاحب الفضل في استحداث هذا التخصص"القانون الإجرائي" ذاكرا وشاكرا فضله وجهده، وهذا حتى أفي صاحب الحق حقه، والشكر موصول إلى أعضاء لجنة المناقشة بقبولهم مناقشة أطروحتي ولي شرف المثول بين أيديهم لتقييم هذا العمل وتقويمه.

ولا يفوتني أن أسطر كلمات الشكر والعرفان لجميع أساتذتي الكرام بكلية الحقوق – جامعة وهران الذين تتلمذت على أيديهم وأخص بالذكر **الأستاذ الفاضل الدكتور عدة جلول محمد**، وأعرب عن شكري العميق وتقديري الفائق لكل من كان لي معينا من قريب أو من بعيد سواء بيده أو بلسانه أو بأضعف الإيمان.

وأفصح في الأخير أن ما كان في هذه الدراسة من صواب فبتوفيق من الله وحده، وما كان بها **من خطأ فهو** مني وما **توفيقي إلا** بالله، ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير.

محمد بشيـر

قائمة لأهم المختصرات

أولا : بالعربية

ج	جزء
ج.ر	جريدة رسمية
د .ت. ن	دون تاريخ النشر
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
س	سنة
ص	صفحة
ط	طبعة
ع	عدد
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية.
غ.ج	الغرفة الجنائية
غ.ج.م	غرفة الجنح والمخالفات
غ.ع	الغرفة العقارية
غ.م	الغرفة المدنية
ف	فقرة
ق.أ	قانون الأسرة
ق.إ.ج	قانون الإجراءات الجزائية

ق.إ.م	قانون الإجراءات المدنية
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.ت	القانون التجاري
ق.ح.ط	قانون حماية الطفل
ق.ص	قانون حماية الصحة وترقيتها
ق.ع	قانون العقوبات الجزائري
ق.ع.ع	قانون علاقات العمل
ق.م	القانون المدني الجزائري
ق.ن.ع.م.ر.ق	القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين
ق.و	قسم الوثائق
ق.و.م	قانون الولاية على المال المصري
م	مادة
م.ت	مرسوم تنفيذي
م.ع	المحكمة العليا
م.ق	المجلة القضائية

ثانيا : بالفرنسية

Art.	Article
Civ.	Civile
CCA	Code civil algérien
CCF	Code civil français
CF	Code de la famille algérien
CPCA	code de procedure civile et administrative
CPCF	Code de procédure civile français
D.	Dalloz
Ed.	Edition
JORADP	Journal Officiel de la République Algérienne Démocratique et Populaire
Ibid	La même référence
LDPF	Laboratoire de Droit Privé Fondamental
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
NB	Nota bene (observation)
N°	Numéro
OPU	Office des Publications Universitaires
Op.cit	Ouvrage cite
P	Page
Rec	Recueil
REJ	Revue Etudes Juridiques
RIDC	Revue International de Droit Comparé
U	Université

مقدمـــة

لقد أولت القوانين عناية خاصة واهتماما بالغا بالقاصر من حيث تربيته وحمايته ورعاية شؤونه حتى يصبح عنصرا فاعلا في المجتمع، كما حرصت هذه القوانين بحفظ أموال القصر فقررت تبعا لهذا جزاءات تردع كل من سولت له نفسه التعرض لشخص القاصر أو لأمواله بسوء، وكل ذلك للحفاظ على الأولاد من الضياع وعدم سلوكهم منحى الرذيلة ويكونون تبعا لهذا فريسة الإجرام في المجتمع[1]، وإن إهمال القصر وعدم صلاح الولي على النفس أو عدم وجود الرقابة على الصغير يؤدي إلى ظاهرة التشرد وتزايد الأحداث الجانحين الذين يهددون المجتمع ويسلكون طريق الفساد وهكذا يكون منهم الشذاب المجرمون ويتعذر بعد ذلك تقويم سلوكهم بعد أن اشتد عودهم الأعوج فلا يستوي إلا إذا تم كسره أو بتره[2].

كما قرر القانون نظام الولاية على المال لتغطية حالات انعدام الأهلية أو نقصها[3] بحيث يمكن إجراء تصرفات نونية تنصرف آثارها مباشرة للشخص الذي لا تتوافر فيه القدرة على القيام بها[4]، والشخص بالنسبة للتصرفات إما عديم الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه وإما ناقص الأهلية[5] كالصبي المميز والسفيه وذي الغفلة على أن نقصان الأهلية قد يكون حقيقيا كالصبي المميز وقد يكون حكما كالغائب والمصاب بعاهة جسمانية والمحكوم عليه بعقوبة جنائية فهؤلاء جميعا لا يباشرون التصرفات القانونية على أموالهم وإنما ينوب عنهم أو يساعدهم شخص آخر إما ولي أو وصي أو مقدم أو مساعد قضائي[6] وهو ما تضمنته م 44 من ق.م[7].

---

[1] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1994، ص8.

[2] محمد أبو زهرة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، س2004، ص 17.

[4] أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[5] ويقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وقدرته على ممارسة التصرفات القانونية، نميز من خلال هذا التعريف ما بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء. انظر شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري –دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقانون المصري- ، دار الخلدونية، الجزائر، س2009، ص322.

[6] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص17.

[7] تنص م 44 من ق.م على ما يلي: "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

وأحكام الولاية وثيقة الصلة بأحكام الأهلية، والذي يعنينا في مقام هذه الدراسة هو أهلية الأداء التي أجمع فقهاء القانون على أن مناطها هو التمييز أي بلوغ سن معينة والإدراك وهو سلامة العقل وكذا حرية الإرادة ومعناها التصرف دون إكراه مادي أو معنوي[1]، وتبعا لهذا فالعقل القاصر تثبت به أهلية أداء قاصرة فتقصر ملكات الصبي المميز على إدراك وتمييز ما ينفعه وما يضره إزاء الالتزامات التي تقع على عاتقه وكذا التصرفات التي يبرمها مع الغير ويجريها لمصلحته والعقل الكامل تثبت به أهلية أداء كاملة وهي حالة من بلغ رشده وهو 19 سنة كاملة حسب نص م 40 من ق.م ووصل عقله إلى كماله[2].

وأما الصبي غير المميز فمنذ ولادته إلى حين بلوغ سن التمييز لا تثبت له أهلية أداء كاملة ولا قاصرة لأنه فاقد الوعي فيظل في هذا الطور فاقدا لأهلية الأداء[3] ويستحيل عليه تبعا لهذا إبرام التصرفات القانونية، ونظرا لقصور عقله عن فهم الخطاب فإن هذا يستتبع حتما وصف تصرفاته بالبطلان وإلحاقها بالعدم[4]، حتى لو كانت تلك التصرفات نافعة له نفعا محضا ولا تصححها الإجازة[5]، ويقوم مقامه نائب قانوني وليا كان أو وصيا أو مقدما في إبرام التصرفات القانونية التي يجريها لمصلحته[6]، وأما القاصر المميز فتتراوح سنه ما بين بلوغ سن التمييز وهو 13 سنة وفقا للمادة 2/42 معدلة[7] من القانون المدني الجزائري[8] إلى غاية بلوغ سن الرشد المدني المقرر بتسع عشرة سنة كاملة بموجب م 40 من القانون المدني[9].

---

[1] إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر،ط9، 2007، ص 228.

[2] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الاهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دار هومة ، الجزائر، ط 2010، ص5.

[3] محمد سعيد جعفور، نفس المرجع، نفس الصفحة

[4] محمد سعيد جعفور، المرجع نفسه، ص 6.

[5] تنص في هذا الصدد المادة 102 من ق.م على ما يلي:" اذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد.

[6] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009، ص 169-170.

[7] عدلت بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، ج.ر، ع44، 2005.

[8] تنص المادة 2/42 من ق.م المعدلة بموجب ما يلي:" من ق.م على ما يلي : "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

[9] بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط1، سنة 2014، ص52.

بينما قدر فقهاء الشريعة الإسلامية سن التمييز بسبع سنوات[1]، وهكذا يختلف حكم تصرفات الصبي المميز على ثلاثة أضرب فتكون صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا كقبوله تبرعا ماليا وتكون هذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة له ضررا محضا كهبة أمواله ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولا تصححها الإجازة[2].

وأما إذا كانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر فإنها تأخذ حكما مزدوجا[3] في التشريع الجزائري حيث يكون حكمها البطلان النسبي في القانون المدني كمسائل البيع والمقايضة وفقا لما تمليه أحكام المادة 2/101[4] من ق.م، وتكون موقوفة على إجازة الولي وفقا لأحكام قانون الأسرة[5] في م 83 منه[6]، على خلاف القانون المصري الذي يعطيها حكما واحدا وهو القابلية للإبطال وكذا الفقه الإسلامي الذي يجعل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي[7]، إلا أنه في كل الحالات يتعين وجود الولي لمباشرة التصرفات القانونية أو لإجازتها.

وعلى هذا النحو فإن الولاية سلطة يقررها القانون لشخص معين قصد مباشرة تصرفات قانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية[8]، وولاية الأب مقدمة بالنسبة لأولاده حسب نص المادة 87 من ق.أ والعلة في ذلك

---

[1] وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية، دمشق، سوريا، ط2 ، س 1978- 1979، ص 173.

[2] بلقاسم شتوان، نفس المرجع، ص 53-54.

[3] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

[4] تنص المادة 2/101 ، المعدلة بالمادة 30 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج.ر، ع44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو سنة 2005 ص 22) المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري على أنه :" ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ،وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه ، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت إبرام العقد ".

[5] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص 151.

[6] تنص المادة 83 من قانون الأسرة على أنه " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي او الوصي فيما إذ كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

[7] شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 98.

[8] بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الثالثة، منشورات البغدادي، س 2009، ص343.

أن الأب منقاد بعوامل الشفقة والرحمة والعطف على ولده كونه جزء منه[1] ثم تنتقل إلى الأم التي تحل محله قانونا بعد وفاته وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تقوم الأم بدله بمباشرة الأمور المستعجلة لصالح الأولاد وفي حالة الطلاق تمنح الولاية لمن أسندت له حضانتهم[2].

وأحكام الولاية من الناحية الموضوعية واردة في قانون الأسرة في المواد 81 ومن 87 إلى 91، أما من الناحية الإجرائية فقد تعرض لأحكامها القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] من خلال حالتي الولاية على نفس القاصر ثم على أمواله[4]، فأما عن مسألة الولاية على نفس القاصر فقد فقد بين المشرع في هذا الخصوص الإجراءات الواجب إتباعها من خلال المواد 453 وما يليها من ق.إ.م.إ، وذلك عبر مراحل بدءا بإيداع عريضة ثم دور القاضي في تقرير بعض الإجراءات قبل الفصل في الدعوى لينتهي ببيان الأحكام المرتبطة بالأمر الفاصل في الدعوى وكل ذلك خلال آجال معقولة.

كما أجاز المشرع للقاضي إلغاء التدابير المتعلقة بممارسة الولاية، وأما فيما يخص الولاية على مال القاصر فقد بين المشرع أحكامها بموجب المواد 464 من ق إ. م .إ وما يليها وذلك بموجب دعوى استعجالية ترفع إلى المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر، ثم بين المشرع إجراءات تعيين المقدم والوصي والجزاء المترتب على تقصيرهما، ثم تعرض بعدها إلى منازعات الولاية على أموال القاصر ليخلص إلى الترخيص للولي للقيام ببعض التصرفات المنصوص عليها قانونا وكذا ترشيد القاصر بموجب أمر ولائي من قبل قاضي شؤون الأسرة، وسيتم تفصيل كل حكم في موضعه.

وقد وردت النصوص القانونية الإجرائية المتعلقة بالولاية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن القسم الرابع الذي عنوانه "في إجراءات الولاية" من الفصل الأول تحت عنوان "في قسم شؤون الأسرة" من الباب الأول

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 175.

[2] وهو حكم مستحدث بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/25 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، ج.ر، ع 11، 2005/02/09.

[3] ج.ر، ع 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

[4] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 343.

المعنون بـ "في الإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام " من الكتاب الثاني الذي عنوانه "في الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية"، ونحن بصدد تحليل الأحكام الإجرائية للولاية على القاصر في إطار تخصصنا وهو القانون الإجرائي نرى أنه من الأهمية بما كان التعريج على مفهوم الإجراء، وبيان الأهمية العملية لتمييز القواعد الإجرائية عن الموضوعية.

فالإجراء كمصطلح قد استنبط من الكلمة الفرنسية "procéder" المشتقة من الكلمة اللاتينية "procedre" ومعناها أجرى عملا قضائيا[1]، ويقصد به في اللغة الفرنسية الشكل الخارجي للخصومة[2]، ويعرف أيضا بأنه فرع من علم القانون موضوعه تحديد قواعد التنظيم القضائي والصلاحية والتحقيق في الدعاوى وفي تنفيذ قرارات العدالة، ويشمل الإجراء الإداري والمدني والجزائي[3].

وهناك تعريف آخر للإجراء إذ يعرفه الأستاذ عمر زودة بأنه "العمل القانوني الذي يرتب القانون عليه أثرا مباشرا ويكون جزءا من الخصومة القضائية" وهو خلاف الشكل الذي يعرف بأنه وسيلة التعبير عن مضمون العمل القانوني، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يرتب الأثر إلا بتوافر الوسيلة المسماة الشكل وعليه فالتبليغ كإجراء لا يمكن أن يتم إلا وفق ما يقتضيه القانون وذلك بتضمنه مجموعة من البيانات المقررة قانونا وفي حال تخلفها يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع[4]، كما ينبغي التنويه بأنه توجد قواعد إجرائية في قوانين موضوعية غير أن العبرة في التسمية تكون بالغالب كالقانون التجاري والقانون البحري.

من خلال ما سلف من التعاريف يمكن أن نخلص إلى التعريف الآتي:"الإجراء هو مجموعة القواعد العملية التي حصرها المشرع في قانون بهدف تسيير الدعوى القضائية وتنظيمها منذ طرق باب القضاء إلى غاية استيفاء الحق

[1] عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، ج1، ط1، الحمدية، الجزائر، 2012، ص 5.

[2] عمر زودة ، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، موسوعة، الاتصال للنشر، بن عكنون، الجزائر، د.ت.ن، ص8.

[3] بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، كليك للنشر، الحمدية، الجزائر ، طبعة 2012، ص5.

[4] عمر زودة، مرجع سابق، ص 8. بربارة عبد الرحمن، مرجع سايق، ص 315.

المطالب به أو لحماية الحق المراد حمايته متضمنا تنظيم هذه الهيئة وسيرها"[1]، وهذا لا يمنع طبعا وجود قواعد إجرائية ضمن قوانين موضوعية وإنما الهدف هو حصر أكبر وأهم القواعد الإجرائية إذ ليس المقصود من وراء ذلك المسائل ذات الطابع الإجرائي بقدر ما هو منصب على تمكين الهيئة أو الجهة القضائية من أداء الدور المنوط بها[2].

تجدر الإشارة إلى بيان طبيعة قانون الإجراءات المدنية أو ما يسمى بقانون المرافعات، هذا الأخير الذي يعرف بأنه مجموعة القواعد التي تحدد الإجراءات الواجب إتباعها أمام الجهات القضائية المختلفة للفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات الخاصة[3]، فقد اختلفت آراء الفقهاء منذ القدم بخصوص مسألة إدراج هذا القانون ضمن فروع القانون العام أو القانون الخاص، فذهب جانب من الفقه إلى حصر قانون الإجراءات المدنية في خانة القانون الخاص نظرا لأن الخصومة القضائية يحركها الأفراد وغايتها تحقيق المصلحة الخاصة[4]، لكن لم يأخذوا بعين الاعتبار طبيعة القواعد التي تتعلق بتشكيل المحاكم والقضاة وغير ذلك واعتمادها كمعيار للتصنيف ضمن القانون العام[5].

في حين يرى البعض الآخر من الفقه أن هذا القانون من فروع القانون العام نظرا للانتقاد الموجه سلفا في مواجهة الرأي الأول حيث أنه يضم في قواعده طرق استعمال مرفق القضاء[6]، وذهب رأي آخر إلى التوفيق بين الرأيين وجعلها قواعد ذات طبيعة مختلطة[7]، وظاهر من الآراء السابقة أن هذا القانون يدرج ضمن القانون الخاص[8]، هذا الأخير الذي ينظم العلاقة بين أشخاص غايتها بالدرجة الأولى المصلحة الخاصة وإن حققت مصلحة عامة فهو على

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 5.

[2] بوضياف عادل، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3] وقد صدر قانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر 66-154 المؤرخ في 09 يونيو 1966 المعدل والمتمم، وفي سنة 2008 صدر القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، 2008/04/21، ص 3.

[4] عمر زودة، مرجع سابق، ص 16.

[5] إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 73.

[6] وهو الرأي الذي رجحه الأستاذ عمر زودة في المرجع السابق، ص 18.

[7] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 6.

[8] وهو الرأي الذي رجحه إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 73.

سبيل الاستثناء، كمسألة الدعوى والخصومة القضائية إضافة إلى كون الاختصاص الإقليمي متروك للأفراد وكذا مسألة عدم تعلق كل قواعد هذا القانون بالنظام العام يقود إلى القول بتوافر المصلحة الخاصة بكثرة بين طيات قواعده.

وفي ذات الوقت يحمل هذا القانون الإجرائي قواعد تنظم كيفية عمل سلطات الدولة وهذا لا يمنع تصنيفه في خانة القانون الخاص نظرا لقلتها[1]، والسؤال الذي يمكن طرحه هو لماذا اعتبر قانون الإجراءات المدنية فرعا من فروع القانون الخاص خلافا لقانون الإجراءات الجزائية الذي أدرج ضمن فروع القانون العام وهذا رغم اتحادهما في مسألة التنظيم الإجرائي؟ ربما تكون العلة في ذلك إلى أن الخصومة يملكها الأفراد فهم يبادرون برفع الدعاوى كما لهم حق التنازل عنها، بينما تستأثر النيابة العامة بمباشرة الدعوى الجنائية نيابة عن المجتمع ولا يمكن للضحية الصفح عن الجاني ولا توقيع الجزاء في مواجهته[2].

كما يتعين علينا أن ننوه إلى أن الترجمة التي تم اقتباسها من التقنين الفرنسي « code de procédure civile » أي قانون الإجراءات المدنية هي ترجمة غير صحيحة وتعني هذه الأخيرة[3] « droit de procédure civile » والصواب هو تقنين ذلك أن الفارق بين التقنين والقانون كبير، فمصطلح التقنين يضم القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية في حين أن القانون له مدلول واسع فهو يشمل القواعد القانونية الواردة في موضوع ما وكذلك أحكام القضاء وكتابات الفقهاء وغير ذلك، لكن هذا منتقد حيث أنه يجوز أن تترجم على هذا النحو أي "قانون" وهذا من باب إطلاق الكل وإرادة البعض[4]، وعلى هذا نرى أن الصواب هو جواز الوجهين فنسميه قانون أو تقنين أو أو مدونة كما هو جار به العمل في التشريع المغربي أو حتى تشريعنا من خلال م.ت رقم 92-176 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق 06 يونيو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

[1] عادل بوضياف، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[2] عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية-النظرية العامة للقانون -، جسور للتوزيع والنشر، ط3، المحمدية، الجزائر، 2007، ص 111.

[3] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص5.

[4] فالقانون يتضمن التشريع وقواعد العرف، وأما مسألة إطلاق الكل على الجزء مردها أن القواعد التشريعية تكتسي طابعا أهم وهي أكثر عددا من قواعد العرف وأحكام القضاء.

وتبعا لما سلف بيانه أسعى من خلال هذا البحث المعنون بـ:"الأحكام الإجرائية للولاية على القاصر في التشريع الجزائري مقارنا" لتحقيق مجموعة من الأهداف العلمية لا سيما جمع مسائل هذا الموضوع المتناثرة بين مختلف القوانين في بحث واحد، وبيان أحكام هذه المسائل في القانون الوضعي وكذا الفقه المقارن، وذلك بالتركيز على الجانب الإجرائي لهذه المسائل مدعما ذلك بالاجتهادات القضائية في هذا الخصوص.

وتظهر أهمية هذا الموضوع في أنه لم تتناوله الدراسات السابقة بالتحليل حسب ما بلغني نظرا لحداثته من الناحية الإجرائية من جهة، وتعديل القواعد الموضوعية ضمن أحكام القانون المدني وقانون الأسرة من جهة أخرى، حيث تم استحداث الأحكام الإجرائية قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ضف إلى ذلك اهتمام الشريعة الإسلامية بالقصر ومن في حكمهم باعتبارهم الشريحة الضعيفة في المجتمع، كما أن مسائل هذا الموضوع متناثرة في القوانين الجزائرية مما يتعين معه جمعها ضمن دراسة موحدة، وما يزيد الموضوع أهمية هو إثراؤه بالإجراءات العملية وكذا النماذج والطلبات ضمن الملاحق المرفقة بهذا البحث، وإنزال هذه المسائل النظرية على أرض الواقع بغية تقريب الهوة بين ما هو عملي وما هو نظري وإحداث اتساق بين توظيف المصطلحات ضمن القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية.

وكانت أهمية الموضوع هي أحد أسباب اختياره، إضافة إلى الرغبة الجامحة في التعرف على مختلف الأحكام الإجرائية التي تنظم موضوع الولاية على القاصر في التشريع الجزائري وما يكون قد أغفله المشرع الجزائري من أحكام أخرى بعد تحليل هذه النصوص وموازنتها بغيرها من التشريعات الأخرى وذلك للخروج بنتائج واقتراحات وكذا توصيات قصد تدارك النقائص وسد الثغرات القانونية.

ومن أهم الأسباب التي دفعتني للكتابة في هذا الموضوع دون غيره هي كون البحوث العلمية لا تخلو من العقبات التي تحول دون الوصول إلى الأهداف التي يبتغيها الباحث، ومن بين الصعوبات التي تم مواجهتها أثناء إعداد هذا البحث هي قلة الدراسات الوطنية المتخصصة بالناحية الإجرائية للولاية على القاصر إن لم تكن منعدمة، وكذا تطابق المعلومات في جل المراجع التي تتناول هذا الموضوع، كما أنه كانت هناك صعوبة في ترجمة نصوص القانون

الفرنسي لا سيما القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية **وخاصة الألفاظ المتعلقة بالموضوع قيد البحث نظرا للتباعد** في الاصطلاح كما سنبينه في موضعه، ويضاف إلى هذا كله صعوبة جمع قرارات **المحكمة العليا الحديثة** بخصوص هذا **البحث لا سيما** تلك التي تتعلق بالجانب الإجرائي، **إضافة** إلى **تشعب أحكام هذا** الموضوع في كتب الفقهاء من الناحية الموضوعية حيث يصعب استقاؤها من مظانها الأصلية وهذا **يستدعي بالتبعية بذل** جهد كبير، ولم تزدني هذه **الصعوبات والعقبات إلا عزما على** المضي قُدُما **بكل جد وحزم لتحقيق أهداف** هذه الدراسة راجيا أن أوفق بإذن الله في إعطاء **ولو فكرة بسيطة عن هذا الموضوع** ومن ثم رسم معالم النظام القانوني للولاية موضوعيا وإجرائيا اعتمادا على **المقارنة بين التشريعات فيما بينها وكذا بينها وبين الفقه الإسلامي عند الاقتضاء.**

أما عن طبيعة الموضوع فإن الدراسة التي نحن بصددها **تتمحور حول الولاية على القاصر** وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري وتطبيقاتها في الجهات القضائية على مختلف درجاتها، ويكون ذلك من زاويتين، **يتعلق الشق الأول** من الدراسة **بالجانب النظري حيث نعرض فيه آراء الفقهاء شرعا وقانونا وسرد أدلتهم وتمحيصها والموازنة بينها اعتمادا على قوة الدليل والاستشهاد بالمؤلفات بغية الخروج بأرجح المواقف**، حيث لا يمكن التطرق للإجراءات **والتطبيقات العملية إلا بعد التعرف** على المسائل في جانبها النظري، ويختص الشق الثاني من الدراسة **بالجانب الإجرائي ونتناول فيه الإجراءات المتبعة لحماية نفس القاصر وماله وما استحدثه المشرع الجزائري من أحكام إجرائية في هذا الشأن وفحصها بدقة، مدعما هذا الجانب بالتطبيقات العملية والنماذج والطلبات ضمن قائمة الملاحق.**

وقد نظم القانون رقم 57-778 الصادر بتاريخ 1957/07/11 أحكام الولاية والحجر والغيبة والفقد ونص على تشكيل مجلس العائلة **عمله واختصاصاته**[1] **وأهم ما ميز هذا القانون هو الإبقاء على التفرقة التقليدية بين** الولاية على النفس والولاية على المال غير أن **نصوصه كانت تتعارض جذريا مع أحكام القانون الصادر بتاريخ**

[1] **وقد صدر أيضا الأمر رقم 274/59 الصادر 1959/02/04** والمتعلق بالزواج المبرم ضمن محافظات الجزائر، الواحات والساورة من قبل أشخاص الحالة المدنية المحلية.انظر محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، **مدخل إلى العلوم القانونية، ج 2، دار هومة ، الجزائر، ط 2011، ص 601.**
Voir RIDC, douzième année, N° 1, Paris, janvier-mars 1960, p 120 et s.

1936/08/12 المتضمن تنظيم الولاية وسلطات الولي **كما كان** يخالف أحكام الفقه المالكي في مسألة القِصَر[1]، **وبعد الاستقلال صدر القانون رقم 63-224** المؤرخ في **29 يونيو 1963** والمتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج[2]، ثم تم إصدار **القانون 84-11 الصادر بتاريخ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة**[3] لينظم أحكام الولاية في **المواد 87 وما يليها على أن يتم تعديله وتتميمه بموجب الأمر 05-02** المؤرخ في 2005/02/27 [4].

من خلال ما سبق بيانه يمكن طرح الإشكالية **التالية**:

هل القواعد القانونية رغم تعديلها[5] **وخاصة الإجرائية منها رغم حداثتها**[6] **الواردة في التشريع الجزائري كافية لتقرير الحماية القانونية المتطلبة للمولى عليه القاصر أم هناك ضرورة لمضاعفة الجهود التشريعية قصد إعادة النظر بخصوصها تعديلاً وإلغاءً واستحداثاً لنصوص جديدة كفيلة بإرساء منظومة متكاملة ومنسجمة تضفي حماية أوفر ورعاية أكثر ينعم في ظلها القاصر بعناية لائقة؟**

كإشكالية عامة تتفرع منها عدة تساؤلات:

هل القواعد الإجرائية بوضعها الحالي الواردة في **القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية** تحقق توازن المصالح بين الولي والمولى عليه القاصر مقارنة بالتشريعات الأخرى أم أن الأمر يحتاج إلى استحداث **نصوص جديدة** تحقق هذه الغاية؟ وما هو نطاق إجراءات التقاضي الاستعجالية في هذا **الخصوص؟ هل هناك ضرورة لجمع** الأحكام الموضوعية والإجرائية ضمن نظام قانوني **موحد ييسر لرجال** القانون المهمة في بلوغ المرام بتحقيق حماية

---

[1] « un bouleversement profond du fiqh mâlikite au triple plan de la notion de la minorité, de l'organisation et du fonctionnement des tutelles, y compris celle du père. Et l'on ne saurait lui reprocher d'être d'un laconisme excessif, puisqu'elle ne contient pas moins de 129 articles pour la seule protection des mineurs». Voir RIDC, op.cit , p 120.

[2] JORADP,N° 44, Mardi 2 juillet 1963, p 678.

[3] ج.ر، ع24، 1984/06/12.

[4] **عدل هذا الأمر** الفقرة الأولى من المادة 87 من قانون الأسرة وأدرج فقرتين تتعلق الثانية بحلول الأم محل الأب في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد حال غيابه أو حصول مانع له، وأما الفقرة الثانية فخول للقاضي في حالة الطلاق منح الولاية لمن أسندت له حضانة **الأولاد.**

[5] المقصود هنا القواعد الواردة في القانون المدني وقانون الأسرة المعدلة، نذكر القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو المعدل والمتمم للقانون المدني، وكذا **القانون 05-02** المؤرخ في 27 فبراير 2005 **المعدل والمتمم لقانون الأسرة.**

[6] **القانون 08-09** المؤرخ في 25 فبراير 2005 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.**

أفضل للمولى عليه القاصر؟ وهنا نتساءل أيضا عن ضرورة إيجاد آليات مناسبة من شأنها تفعيل الإجراءات الخاصة بالولاية على القصر وتبعا لهذا تحقيق **أكثر** حماية لهم من جهة، ومن جهة أخرى الإسهام في تخفيف الضغط على الجهات القضائية بالنظر إلى **الحجم المتزايد للقضايا** في مجال شؤون الأسرة، وهذا يسهم حتما في **إرساء القواعد الإجرائية بشأن الولاية على القاصر نفسا ومالا.**

إن قلة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع إن لم نقل منعدمة تجعل الإجابة على هذه الإشكالات غاية في الصعوبة تقتضي دراسة تحليلية معمقة **والاستفادة من التشريعات المقارنة الحديثة عن طريق الموازنة بينها وبين** التشريع الجزائري، وهذا يقودنا إلى العمل بجدية وحزم **للقيام بتحليل الأحكام الإجرائية بغية** الوصول إلى رؤية المشرع وأبعاده بخصوص مسائل **الولاية على نفس القاصر وماله سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية ومدى استجابتها لما يبتغيه المشرع، وما إذا كانت القواعد** القانونية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية معقدة وتنافي السرعة لإنهاء إجراءات الولاية في آجال معقولة ويتعين تبعا لهذا تبسيطها لبلوغ المرام وتحقيق المطلوب بتقرير الحماية القانونية المرجوة للقاصر المولى عليه.

وتستمد هذه الإشكالية أهميتها من كون القاصر مميزا كان أو غير مميز يحتاج إلى نائب قانوني يدافع عن مصالحه ويقوم بتدبير شؤونه الشخصية والمالية نظرا لقصور عقله عن فهم الخطاب، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية إلا باتباع إجراءات محددة سنها المشرع تكملة لتلك القواعد الموضوعية الواردة في القانون المدني وقانون **الأسرة.**

إن سعي المشرع إلى سن هذه الإجراءات وثيق الصلة بإبرام الجزائر لعدة اتفاقيات دولية تولي أهمية بالغة **للقاصر ضمن** بنودها وتلزم الدول برعاية مصالحه وحماية أمواله وبالتالي وضع نظام قانوني موحد يحقق هذه الغاية، **وأن** الإجراءات التي استحدثها المشرع بخصوص الولاية على القاصر تدعم الحماية المقررة للمولى عليه القاصر في القوانين **الموضوعية من جهة، وتسهل من جهة أخرى على الممثلين الشرعيين للقصر تحقيق المطلوب وبالموازاة عدم الإجحاف** بحق القاصر واستغلال ضعفه، كما أن الإجابة على هذه الإشكالية تقودنا إلى البحث عن الآليات القانونية التي

وضعها المشرع وكيفية معالجته لمسائل الولاية على القاصر من الناحية الإجرائية ومدى كفايتها لتغطية عجزه وهذا يستتبع حتما تعديل وتتميم هذه الإجراءات بما يخدم مصلحة القاصر المولى عليه.

للإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على منهج دراسة اتُبِعَ فيه أسلوب المقارنة حيث يتم التركيز على التشريع الجزائري وإعمال الموازنة بينه وبين التشريع المصري والتشريع الفرنسي وكذا التشريع المغربي دون إهمال التشريعات الأخرى عندما تقتضي إليها الحاجة كالتشريع الأردني والتشريع القطري وغيرها نظرا لحداثة أحكامها دون أن ننس نصيب الشريعة الإسلامية الغراء التي تمتاز بالغنية والثراء إذا كنا بصدد القواعد الموضوعية، وهذا كله لتحديد نقاط الضعف والقوة بالنسبة لصياغة النصوص القانونية، وتقديم الاقتراحات متى أمكن ذلك.

وإذا كان صلب الموضوع يتضمن أحكام الولاية على القاصر نفسا ومالا في جانبيه الموضوعي والإجرائي فإن البحث فيه يقتضي معرفة القواعد العامة لنظام الولاية وكذا الأحكام المرتبطة بالقاصر سواء في التشريعات الوضعية المقارنة أو الفقه الإسلامي اعتمادا على المنهج الوصفي وذلك بعرض كل الحالات المقررة للمسؤولية الملقاة على عاتق النائب القانوني للقاصر وليا كان أو وصيا أو مقدما وإعطاء لكل صورة وصف مفصل لها، وهذا يتطلب حتما رسم الأطر العامة لكل منهما وذلك عن طريق بيان المقصود بالمصطلحات وتحديد الأحكام العامة وبيان تقسيماتها والموازنة بينها وبين الألفاظ ذات الصلة، ثم الانتقال إلى فحص مسائل الولاية موضوعيا وإجرائيا بدقة وضرورة إيجاد توافق واتساق بينها يسهم في إقرار الحماية المتطلبة، وغني عن البيان أن الأحكام الواردة في التشريع الجزائري مقدمة على غيرها ليس كونها تتسم بالدقة وإنما باعتبارها مناط الدراسة وفرضتها طبيعة البحث، ولن نصل إلى الثمرة المبتغاة ما لم نعتمد على تحليل أحكام الموضوع في كل جوانبه، سواء من الجانب الفقهي الذي يضبط المسائل ويقود إلى الراجح من الأقوال فيها اعتمادا على قوة الأسانيد، أو من الجانب القانوني وذلك بإسقاط القواعد القانونية على الموضوع قيد الدراسة، أو من الجانب القضائي الذي يضفي أكثر حركية على الإجراءات من خلال التطبيق والممارسة العملية.

كما راعيت خلال مراحل إعداد هذه الأطروحة الضوابط والأسس التي يرتكز عليها البحث العلمي كنسبة الأفكار والتحاليل وكذا الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية إلى مصادرها الأصلية معتمدا في ذلك على عدة مراجع للحفاظ على الأمانة العلمية انتهالا من الكتب والأطروحات والمجلات القانونية مهما كانت اللغة المحررة بها، وأما ما تعلق بتوثيق المعلومات في الهامش فقد درجت فيه على سلوك أسلوب ذكر لقب المؤلف ثم اسمه وإن تعذر التمييز بينهما نقلته وفقا للصورة التي وجدته عليها: اسم المؤلِف، عنوان المؤلَف، رقم الجزء إن أمكن، عدد الطبعة، دار النشر، بلد النشر، عام النشر ثم رقم الصفحة، وأكتفي بذكر لقب واسم المؤلِف وكذا عنوان المؤلَف تليه عبارة مرجع سابق أو المرجع نفسه إذا استعمل المؤلف بصورة متكررة، وفي حالة ذكر لقب واسم المؤلّف أو مؤلّفه في المتن فلا مجال لإعادة تكراره في الهامش.

وفي ختام هذه الدراسة اعتمدت فهرسا يسهل العودة إلى المسائل التي يراد التطلع إلى أحكامها بصورة غاية في اليسر، ويظهر هذا في قائمة المصادر والمراجع أو فهرس العناوين مع مراعاة إثراء هذا البحث بملاحق متنوعة، وقد اعتمدت على الترتيب الهجائي وفقا للقب المؤلف، أما المصادر الأجنبية فقد خصصت لها ترتيبا خاصا وفقا لذلك المعتمد في لغتها، تجدر الإشارة إلى أنه متى ذكر لفظ مشرع في هذه الأطروحة على إطلاقه يقصد به المشرع الجزائري.

وتماشيا مع منهج الدراسة والقواعد العلمية السابق بيانها في هذا البحث وتحقيقا للأهداف المرجوة فقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى بابين بدءا بمقدمة تَقَدَّمَ تفصيل مضمونها وانتهاء بخاتمة على النحو الآتي بيانه:

الباب الأول: الولاية على نفس القاصر وإجراءات حمايته

الباب الثاني: الولاية على مال القاصر وإجراءات حمايته

وفي خاتمة هذا البحث تم عرض نتائج المقارنة وكذا المقترحات التي تُوجَت بها دراسة موضوع الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا.

الباب الأول

الولاية على نفس القاصر

وإجراءات حمايته

إن المسائل المتعلقة بالولاية على النفس الواردة في التشريع الجزائري من أكثر القضايا عرضا في مجال القضاء لما لها من أهمية بالغة في حياة البشر ومدى الخطورة التي تنطوي عليها نظرا لتعلقها بحقوق لصيقة بشخصهم منذ الميلاد إلى غاية الوفاة وخاصة إذا تعلق الأمر بالقاصر مميزا كان أو غير مميز. والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري[1] يتميز بمجموعة من الأحكام مطعمة بمختلف آراء المذاهب لا تخرج في مجملها عن تلك الواردة في الشريعة الإسلامية الغراء، هذه الأخيرة التي تهتم بأدق التفاصيل وبما يخدم مصالح الأفراد في المجتمع، حتى أن هذا القانون استمد أحكامه من آراء بعض الفقهاء وإن كانت أقوالهم شاذة مراعاة لأحوال المجتمع ولرفع الحرج عن المسلمين.

وهناك أحكام تنظم علاقة الرجل بالمرأة على وجه شرعي من زواج وطلاق ونفقة ونسب، وأحكام أخرى تتصل بحقوق الأولاد من حضانة وتربية إضافة إلى حقوق أخرى تنبثق عن الولاية على النفس التي سوف نعرض لبيان أحكامها في هذا الباب، إلا أن هذه المبادئ والقواعد التي قررتها القواعد الموضوعية تمثل وضعا ساكنا يتعين على رجل القانون أن يخرجها من هذا الوضع النظري الجامد وأن ينزلها إلى أرض الواقع وفق دينامكية حدد المشرع إجراءاتها بدقة واستحدثها بجلاء في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

وبناء على ما سبق ستنصب دراستنا في هذا الباب على فصلين :

الفصل الأول ونتطرق فيه إلى النظرية العامة للولاية على نفس القاصر.

الفصل الثاني ونعرض فيه إلى إجراءات التقاضي في مسائل الولاية على نفس القاصر.

[1] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،ج.ر عدد 15 بتاريخ 12 رمضان 1404 هـ الموافق 12 يونيو 1984.

[2] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 17 المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق لـ 23 أبريل 2008 م.

الفصل الأول: النظرية العامة للولاية على نفس القاصر

من المعلوم أن الضعف يلازم الإنسان منذ ولادته إلى أن يبلغ أشده وفي هذا السياق جاء قوله تعالى: "وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا"[1]، **وقال أيضا** : " وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"[2]، **وقد نظم** ديننا الحنيف حماية هذا الضعف حتى يستوي ذلك الضعيف شابا قويا مستغنيا عن غيره في قضاء مآربه، وأمارة ذلك هو بلوغ سن معينة تختلف باختلاف الزمان والمكان وكذا باختلاف جنس **الإنسان من ذكورة وأنوثة**[3].

وترجع أسباب ثبوت الولاية على النفس إلى الصغر بالدرجة الأولى على اعتبار أن هذه المسألة هي محور **دراستنا** إضافة إلى أسباب أخرى من جنون أو عته **أو أنوثة**[4]، **كما تشمل الولاية** في مدلولها العام **عدة مفاهيم من وصاية وقوامة ومساعدة قضائية ووكالة عن** الغائب[5]، على أن هذه المفاهيم لها نظامها الخاص بها وفي حال وجود فراغ يعتري أحكامها نرجع إلى أحكام الولاية **بمعناها الواسع**[6]، هذه الأخيرة التي هي سلطة مستمدة إما مباشرة من **القانون** أو من حكم القاضي أو من الغير.

وقد أورد المشرع الجزائري كل هذه الأحكام في الكتاب الثاني من قانون الأسرة الذي عنوانه **النيابة الشرعية** وقسمه إلى سبعة فصول، فخص الفصل الأول بأحكام عامة(**من م 81 إلى م 86**) والفصل الثاني تطرق فيه إلى **نظام الولاية**(**من المادة 87** إلى المادة **91**) وعَنْوَن الفصل الثالث بالوصاية(**من المادة 92** إلى المادة **98**)، **ليعتمد** أسلوب الإحالة في الفصل الرابع ويختصره في مادتين(**99 و100**)، وتعرض في الفصل الخامس إلى أحكام الحجر(**المواد من 101** إلى **108**)، وأما الفصل السادس فنظم فيه الأحكام الخاصة بالمفقود والغائب، لِيُدْرِج نظام الكفالة

---

[1] الآية 28 من سورة النساء

[2] الآية 34 من سورة الإسراء

[3] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 5.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 15.

[5] نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون ، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، س2001، ص 183.

[6] نجد المواد الخاصة بالوصاية تحيل إلى أحكام الولاية كالمادة 92 من ق.أ المتعلقة بالوصي مثلا تحيل إلى المادة 86 الواردة ضمن أحكام الولاية، وكذا المادة 95 من ق.أ تحيل إلى المواد 88، 89، 90 من ق.أ. كما اعتمد المشرع الجزائري أسلوب الإحالة في نص المادة 100 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي :"يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

في الفصل السابع ضمن أحكام النيابة الشرعية، **وقد سار القضاء على هذا المبدأ واعتبر** الكافل وليا **قانونيا على الطفل المكفول**[1].

وقبل أن نعالج **موضوع** الولاية على نفس القاصر والأحكام المرتبطة بها من الجانب الإجرائي يتعين علينا أن **نقف عند مفاهيم لمصطلحات متعددة، يتعلق الأمر بمفهوم الولاية بوجه عام وبيان مفهوم القاصر ضمن المبحث** الأول ثم نبين في المبحث الثاني المقصود بالولاية على نفس القاصر والأحكام المرتبطة بها **من الناحية الموضوعية.**

المبحث الأول: المقصود بالولاية على نفس القاصر

إن الحديث عن أحكام الولاية مستفيض يتطلب بذل جهد للإحاطة بمسائله دراسة وشرحا وبيانا، ومن **هنا كان حرصنا على عرضها كاملة ما أمكن ذلك** أن الغاية في هذا المبحث هي **الإحاطة بمفهوم الولاية وبيان** أقسامها وشروطها وتحديد من تثبت عليه الولاية ثم الخوض بعد ذلك في الأحكام المتعلقة بموضوع بحثنا بما ييسر للقارئ القدرة على الاستيعاب، فنعرض في المطلب الأول مفهوم الولاية بوجه عام ثم نعمد في المطلب الثاني إلى بيان مفهوم القاصر سواء في الشريعة **الإسلامية** أو في القانون الوضعي.

المطلب الأول: مفهوم الولاية بوجه عام

اختلف الفقهاء في المقصود بالولاية إلى عدة تعاريف إلا أنها في مجملها لا تخرج عن الغاية التي قررها المشرع

كونها تهدف إلى رعاية القاصر وحمايته وتربيته وتعليمه بما يخدم مصالحه، غير أنه يتعين الاستفادة من الانتقادات الموجهة إلى هذه التعاريف للوصول إلى التعريف المختار، وعليه سوف نعرف الولاية ونبين أقسامها وأهميتها ثم نحدد **شروطها وكذا تمييزها عن الألفاظ ذات الصلة.**

[1] جاء في قرار للمحكمة العليا ما مفاده:" يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه باعتباره وليا قانونيا ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة". م.ع.، غ.أ.ش، ملف رقم 369032، قرار بتاريخ 2006/12/13، م.م.ع، ع2، 2007، ص 443 وما بعدها.

الفرع الأول: المقصود بالولاية وبيان أنواعها وأهميتها

نتطرق في هذا الفرع لمعنى الولاية لغة ونحدد مقصودها من الناحية الإصطلاحية ثم **نعرض لأقسامها** لنخلص إلى بيان أهميتها.

أولا: المقصود بالولاية

للولاية مدلولان أحدهما عام **حيث يتسع نطاقها ليعبر** عن النيابة الشرعية التي يندرج ضمنها نظام الوصاية **والقوامة** وغيرها من الأنظمة **والدليل على ذلك وجود بعض التشريعات تفرد لنظام الولاية قانونا مستقلا مثل قانون** الولاية على المال المصري ومع ذلك نجد ضمنه أحكام الوصاية والقوامة **والغيبة والفقد والمساعدة القضائية ونفس الشأن بالنسبة لقانون الولاية على أموال القاصرين القطري**، كما يكون لها مدلول خاص يستقل به عن مضمون هذه الأنظمة، ونتناول فيما يلي معنى الولاية لغة ثم بيان مقصودها من الناحية الإصطلاحية.

1. المقصود بالولاية من الناحية اللغوية

الولاية مصدر ولي وجمعه أولياء وتكون بفتح **الواو وكسرها** نقول ولِيَ الرجل **إذا أعانه أو قام بأمره** وتولى **شؤونه وهي أيضا من** ولِيَ **الشيء** وولِيَ عليه إذا ملك أمره[1]، **قال بن عرفة:**"الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصب أو إيصاء أوكفالة أو سلطنة أو ذو إسلام[2]. **والولاية بكسر الواو هي السلطان وبالفتح والكسر هي النصرة**

[1] محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د.ت.ن، ج 15، ص405. مصطفى أحمد الزرقاء،الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني- المدخل الفقهي العام- ، مطبعة طربين، الطبعة العاشرة، دمشق، سوريا، سنة 1968، ص817. محمد علي داوود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 296. (http://waqfeya.com).

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج3، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص 502. (http://shamela.ws).

وتحمل معنى النسب قال سيبويه "**الولاية بالفتح المصدر وبالكسر الاسم**"[1]، والوَلْي **بسكون** اللام معناه **القرب والدنو يقال تباعد بعد** ولْي **أي دنو**[2].

والولاية لا تخرج عن أحد المعاني الثلاث[3]:

- **النصرة** : قال تعالى " وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ"[4].
- **السلطة** : **لأن كون الشخص ذا ولاية** معناه أن تكون له سلطة عليه.
- **تولي الأمر والتصرف فيه**: لأن من ولاه الشرع أو القانون على قاصر أو مجنون أو معتوه معناه أنه ولاه التصرف في شؤونه.

والوَلِي **أيضا اسم** من أسماء الله الحسنى بمعنى **الناصر** المتولي بأمور العالم و**الخلائق** القائم بها[5]، ويعني لفظ الوَلِيَ **كذلك المحب** والنصير ووَلِيَ **المرأة هو من يعقد النكاح عليها** وولي **اليتيم الذي** يكفي أمره[6]، **ومنه قوله عليه الصلاة والسلام** :"لا نكاح إلا بولي"[7].

2. المقصود بالولاية من الناحية الاصطلاحية

اختلف الفقهاء في المقصود بالولاية إلى عدة تعاريف[8]:

فعرفها بعضهم بأنها "القدرة على إنشاء العقد نافذا"[1].

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ج15، ص 407.

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، **المرجع السابق**، ص 500 .

[3] الاكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج في الفقه الاسلامي والقوانين العربية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1982، ص 14.

[4] الآية 22 من سورة العنكبوت.

[5] ابن منظور، مرجع سابق، ص ج15، ص 406.

[6] ابن منظور، نفس المرجع، نفس الجزء، ص 407.

[7] أخرجه بن حبان.

[8] La tutelle d'après Ghaouti BENMELHA est une prérogative attachée en principe à la qualité de chef de la famille ; mais il ne faut pas confondre entre ce terme et la puissance paternelle, de ce qui précède la tutelle a une nature de droit privé. Mais, l'état entend exercer un contrôle sur le fonctionnement de la tutelle sous le couvert de l'ordre public, en outre, l'Etat s'arroge le droit de protéger les mineurs ce qui donne une nuance de droit public à l'institution, enfin, la tutelle a une nature double donc elle se lie au droit privé comme elle possède un caractère de droit publics. Voir Ghaouti BENMELHA, Le droit algérien de la famille, OPU, Ben Aknoun, Alger, Edition 1993, p337-338.

وعرفها آخرون بأنها : "قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"[2].

فكلا التعريفين منتقدين على أساس أنهما لم يتضمنا معنى النسب في الولاية[3].

وذهب رأي آخر إلى تعريفها بالقول: **هي : تنفيذ القول على** الغير **سواء رضي أو** لم يرض"[4] **"أو تنفيذ** القول على الغير شاء أو أبى"[5] أو هي حق شرعي، ينفذ بمقتضاه القول على الغير جبرا عنه[6].

لكن هذا منتقد من الناحية القانونية على أساس أن التعريف تضمن الأقوال دون الأفعال[7]، إذ أن هذه الأخيرة في نظر أصحاب هذا الرأي لا تنفذ تبعا لعدم تنفيذ الأقوال، **إلا أن الالتزام** بحرفية النص أمر محتم **لذا** يستوجب النص على الأفعال صراحة في التعريف.

فكل هذه التعاريف قاصرة لذا يتعين إيجاد تعريف جامع مانع بحيث يكون **جامعا** لكل عناصر المعَرف مانعا لدخول عناصر أخرى تخل بهذا التعريف فتصرفه إلى معنى آخر أو تجعل منه مصطلحا غا**مضا.**

ولعل التعريف الذي نراه راجحا للولاية يكون على النحو الآتي بيانه:

الولاية هي اختصاص(مزية) يقر به الشرع (القانون) سلطة لشخص كامل الأهلية في تدبير الشؤون الشخصية والمالية في حق نفسه وغيره.

يظهر أن هذا التعريف هو أفضل التعريفات حيث أنه تلافى جميع العيوب السابق بيانها وتميز بمزايا أهمها:

---

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 17. **رمضان علي السيد الشرنباصي** – جابر عبد الهادي سالم **الشافعي**، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص303.

[2] مصطفى أحمد الزرقاء،المرجع السابق، ص816.

[3] **الاكحل بن حواء،مرجع سابق، ص 15.**

[4] وهو قول الحنفية، انظر عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.ت.ن، ص28-29.

[5] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 296.

[6] السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني- **نظام الأسرة – الحدود والجنايات، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط 3**، بيروت، لبنان، س 1981، ص111.

[7] **الاكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 14.**

- فالقول بأنه "**اختصاص أو مزية**" فهذا يميز بين الولاية وغايتها، فالولاية ليست مصلحة كما يعرفها البعض بل هي وسيلة إليها، وهي ليست سلطة لأن القول بهذا يكون قاصرا على الولي دون المولى عليه كما أنها ليست حق لأن المعنى ينصرف إلى المولى عليه دون الولي.
- والقول "يقر به الشرع" خرج بهذا ما كان غير مشروع.
- والقول "**سلطة لشخص**" على إطلاق اللفظ يفيد عموم المعنى على كل من الولاية العامة والولاية الخاصة.
- والقول "**كامل الأهلية**" يدخل ضمنه البلوغ والعقل وهذه هي **الشروط** الواجب توافرها في الولي، كما خرج بهذا من لم يبلغ الحلم ومن لم يعقل من صبي مميز غير مميز ومن في حكمهما.
- والقول "في تدبير الشؤون الشخصية والمالية" فهذا يعم الولاية على النفس والمال.
- والقول "في حق نفسه وغيره"[1] يدخل ضمنها الولاية القاصرة(أي على نفسه) والمتعدية(أي على غيره كثبوت الولاية على ناقصي الأهلية أو فاقديها)[2].

وأما الولاية في معناها الضيق يخرج من نطاقها الوصاية والقوامة باعتبارهما نظامان احتياطيان أي أن المقصود هو الولاية الأصلية التي تثبت تلقائيا على الصغير بسبب الأبوة كولاية الأب والجد، وتجد مصدرها في القانون حيث أن الولي لا يمكنه أن يستمدها من غيره بخلاف الولاية النيابية –وصاية أو قوامة- فإنها تستمد من شخص آخر بطريق النيابة كولاية الوصي أو القيم اللذان يستمدان ولايتهما من عينهما.

---

[1] حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الأول: الولاية على المال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، طبعة 1997، ص 12. الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 15.

[2] فالولاية بمفهومها العام أي النيابة الشرعية قد تثبت على شخص كامل الأهلية كالغائب أو حالة المفقود مثلا، تنص المادة 84 من قانون الولاية على المال المصري على ما يلي :"تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه، ويترتب على ذلك تعطيل مصالحه...".

فالغيبة كمانع مادي تحول بين الشخص والإشراف على ماله وتدبير شؤونه، ولهذا نصت المادة 111 من قانون الأسرة على ما يلي:"على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون".

وأما الولاية على القاصر فهي إشراف الراشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية[1]، لأن الولاية تحمل في الأصل معنى المحبة والقرب وهما ضابطان يقودان الشخص الكبير العاقل إلى تدبير شؤون القاصر الذي لا تتوافر لديه أهلية الأداء ونصرته وإعانته"، والمقصود بشؤونه الشخصية حفظ نفس القاصر وصونها من كل مكروه، وأما الشؤون المالية فتكون بحفظ ماله من الضياع واستثماره وغيرها من التصرفات كما سنتناوله لاحقا.

ثانيا: أقسام الولاية

تنقسم الولاية إلى ولاية عامة وولاية خاصة[3]، وتنقسم هذه الأخيرة إلى ولاية قاصرة وولاية متعدية، وتنقسم هذه الأخير بدورها إلى ولاية أصلية وولاية نيابية، كما تنقسم الولاية المتعدية إلى ولاية على المال وولاية على النفس وولاية على النفس والمال معا، وسوف نفصل في هذا كما سيأتي بيانه:

1. الولاية العامة

وتعرف الولاية العامة بأنها سلطة تدبير المصالح العامة للأمة وتصريف شؤون الناس والأمر والنهي فيهم[4]، وتثبت للإمام أو الرئيس أصالة وللقاضي نيابة عنه[5]، وبناء عليه فإن هذا النوع من الولاية يعنى بأمور الناس عامة

[1] أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد-الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2012، ص 14.

[2] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، س 2013، ص 275.

[3] السيد سابق، المرجع السابق، ص 111.

[4] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج3، ص 500.

[5] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، حسين داي، الجزائر، 2010، ص 105.

لتحقيق النفع للمجتمع، كما أنها تكون لكل المسلمين على أن يقوم بها واحد منهم كفرض كفاية[1]، والولاية العامة كأصل عام تكون للسلطان بدليل قوله عليه الصلاة والسلام:"السلطان ولي من لا ولي له" ويوكِل القضاة بدلا عنه لكثرة مشاغله[2].

2. الولاية الخاصة

وهي سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون توقف على رضا الغير ولا تعلق لها بتدبير الأمور العامة[3]، والولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة إذا تعلقتا بمسألة واحدة[4]، فمثلا إذا كان هناك ناقص أهلية فإن وليه يكون من أشخاص أقاربه فإذا لم يكن له أقارب كانت الولاية لأصحاب الولاية العامة وفي النكاح يكون ولي الزوجة من الأقارب بحسب درجتهم فإن لم يوجد تكون ولاية التزويج للقاضي[5].

كما يزوج السلطان البالغة عند عدم الولي أو عضله أو غيبته ولا يجوز له إنكاح الصغيرة إلا بإذنها ورضاها

ويُعْرَف رضا البكر بسكوتها عند استئذانها وأما الثيب فلابد من التصريح برضاها بالزوج أو المهر وهذا قول

الشافعي[6]، وقال أبو حنيفة يزوجها سائر الأولياء ولها الخيار إذا بلغت على أن الولاية العامة يكون حكمها الجواز في المذهب المالكي إذا تعذرت الولاية الخاصة ومع وجود هذه الأخيرة فإن الولاية العامة لا تجوز أصلا[7].

وتنقسم الولاية الخاصة إلى قسمين وهما ولاية قاصرة وولاية متعدية[8].

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص 26.

[2] محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان،2003، ص87.

[3] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج3، ص 501.

[4] عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 105.

[5] حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني، الولاية على النفس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 1997، ص 12.

[6] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص36.

[7] أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا- تونس، 1982، ص203.

[8] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 9.

أ. الولاية القاصرة

وتسمى أيضا ولاية ذاتية، وهي التي تثبت للشخص الكامل الأهلية أي البالغ الرشيد فله الولاية التامة على جميع شؤونه وأمواله والأصل فيها أن تنفذ جميع تصرفاته الصحيحة في مسائل النفس أو المال[1]، وبالتالي فإن أثر هذه الولاية لا يتعدى من يتمتع بها[2].

ب. الولاية المتعدية

وهي التي تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع علة وسببا لثبوتها وقد تكون ولاية على النفس كولاية الحضانة وولاية ضم الصغير وولاية التزويج وقد تكون ولاية على المال[3]، وتنقسم الولاية المتعدية إلى قسمين وذلك بالنظر إلى من تثبت له الولاية[4] وهما ولاية أصلية وولاية نيابية.

النوع الأول: الولاية الأصلية

تثبت تلقائيا على الصغير بسبب الأبوة كولاية الأب والجد وهي ولاية قانونية تستمد إلزاميتها من القانون فلا يمكن للولي أن يستمدها من غيره وسببها أمر عارض وهو الصغر[5].

النوع الثاني: الولاية النيابية

وتستمد هذه الولاية من شخص آخر بطريق النيابة كولاية الوصي الذي يستمد ولايته من عينه وتكون إما إجبارية حيث تثبت بتفويض من الشرع أو قصد التصرف لمصلحة القاصر[6]، فإذا صدرت من صاحب الولاية

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 9.
[2] الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 16.
[3] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 174.
[4] أحمد على جرادات، المرجع السابق، ص 16.
[5] عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 105.
[6] أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 16.

الأصلية وهو الأب مثلا فهي ولاية قانونية وأما إذا قامت المحكمة بتعيين الوصي فهنا نكون بصدد ولاية قضائية كما قد تكون الولاية النيابية اختيارية وهي حالة الوكالة حيث يستمدها الوكيل من الموكل وهذه هي الولاية الاتفاقية[1].

ويطلق الفقهاء على ولاية الأبوة الولاية الطبيعية أو الشرعية[2] وتكون إجبارية حيث يقدم فيها الأب على غيره ثم يليه الجد الصحيح في حالة ما إذا لم يعين الأب وصيا مختارا[3] **على خلاف** بين الفقهاء يأتي بيانه في مقامه، **وتقديم** ولاية الأب على غيره يعود سببه إلى أمور منها:

- أن الصغير جزء من أبيه، فمحافظة الأب على الصغير نفسا ومالا هي محافظة الأب على نفسه وماله.
- أن الأب أدرى بمصالح ولده من غيره يدفعه إلى الحفاظ عليها دافع الرحمة والشفقة المنبثقين عن الأبوة ذاتها.
- **درجة القرابة** واعتلاء الريادة في الترتيب فالأب أقرب الناس إلى ولده[4].

كما تقسم الولاية المتعدية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أنواع **ولاية على النفس وولاية على المال وكذا ولاية على النفس والمال معا**[5]:

النوع الأول: الولاية على النفس

وهي قيام الولي بشؤون المولى **عليه الشخصية من تعليم وتأديب وتطبيب وتزويج**[6]، وتكون بهذا الولاية على النفس متعلقة بشخص المولى عليه لا بماله. فولاية الحفظ والصيانة هي التي يقع فيها على عاتق الولي على

[1] أحمد نصر الجندي، **المرجع السابق، ص 10.**

[2] **رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء الدنيا، ط1، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 613.**

[3] **عبد** الله سيد أحمد سرور، قانون الولاية على المال، دار الألفى، الطبعة الأولى، سنة **2001، مينا، مصر، ص 7.**

[4] أحمد نصر الجندي، **نفس المرجع ، ص 11.**

[5] **حسن حسن منصور، المرجع السابق ص 11.**

[6] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 296.

النفس المحافظة على جسم الصغير ونفسه والمطالبة بحقوقه والدفاع عنه أمام القضاء[1]وسيأتي تفصيل هذا في الجزء المتعلق بسلطات الولي على النفس. وأما ولاية التزويج فهي سلطة ثابتة شرعا لشخص تخوله حق مباشرة إجراء عقد زواج لنفسه أو لغيره إذا كان غير كامل الأهلية[2].

وتنقسم الولاية في النكاح إلى ولاية الإجبار وولاية الاختيار[3]، فولاية الإجبار هي التي يستبد فيها الولي بالزواج بغير رأي المولى عليها سواء في إنشاء الصيغة أو المهر وتثبت على الصغار وعلى غير العقلاء بسبب قصور عقولهم[4]. وأما ولاية الاختيار أو المشاركة وهي تلك التي تثبت للمرأة البالغة العاقلة والأساس في ثبوتها هو عدم صلاحية عبارة المرأة لإنشاء عقد الزواج، وجواز استقلالها بعقد الزواج بنفسها دون رضا وليها[5].

النوع الثاني: الولاية على المال

وتخص هذه الولاية التصرفات المتعلقة بمال من تثبت عليه هذه الولاية[6]، وذلك بأن يتولى الولي شؤون المولى عليه المالية وذلك بحفظها والتصرف فيها واستثمارها فتشمل الإيجار والإتجار والتصرف بأمواله لمصلحته[7].

النوع الثالث: الولاية على النفس والمال معا

ويكون هذا النوع من الولاية في المسائل المرتبطة بالمولى عليه سواء على نفسه أو ماله كولاية الآباء على القصر ومن في حكمهم كالمجانين والمعاتيه[8]، وتكتسي الولاية مجملا أهمية بالغة في تقرير الحماية للقاصر، وباعتبارها نظاما مستقلا عن أنظمة ذات صلة بها تستدعي المسألة الوقوف عند تجلية هذه الفروقات، وهي مسائل نتناولها ضمن الفرع الموالي.

---

[1] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 23 وما بعدها.
[2] الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 19 – بتصرف-.
[3] الأكحل بن حواء، نفس المرجع، ص19 –بتصرف-.
[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 155.
[5] محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 120.
[6] أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 175.
[7] الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 16.
[8] حسن حسن منصور، الولاية على النفس، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 12.

الفرع الثاني: بيان أهمية الولاية وتمييزها عن المصطلحات ذات الصلة

تكتسي الولاية أهمية بالغة في حماية القاصر سواء كان مميزا أو غير مميز حيث يختلف دور الولي فيتخلف في زمن ويتقدم في آخر، ولا شك أن هناك مصطلحات تقارب في مقصودها معنى الولاية لذا يتعين كشف اللبس وإزالة الغموض بشأنها، وعليه نتعرض إلى أهمية الولاية ثم نوضح الفرق بين الولاية وما يشابهها من مصطلحات في معرض هذا الفرع.

أولا: أهمية الولاية

إن جل أحكام الولاية في التشريع الجزائري واردة في قانون الأسرة، هذا الأخير الذي يستمد أحكامه من أحكام الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وكل ما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى أحكام م 222 من ق.أ[1]. ولما كان الأمر كذلك فمن دون شك أن مقاصد الشريعة الإسلامية تتسم بالمثالية فتصان فيها الحقوق ويتحقق بمقتضاها الاستقرار في المعاملات بين أفراد المجتمع لذا سنقتصر على بيان أهمية الولاية من خلال النقاط التالية:

يمر الطفل بمرحلتين حيث يكون في الأولى فاقد التمييز ويتحمل التبعة خلالها بالتضامن كل من الولي والحاضنة إلى غاية سن التمييز[2] وقد يمتد إلى أكثر من ذلك على خلاف بين أهل الفقه حسب قدرة الصغير

[1] تنص المادة 222 من ق.أ على ما يلي:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وغني عن البيان أن مصطلح الشريعة الإسلامية واسع جدا يتضمن مذاهب متعددة، وإذا التزمنا بحرفية النص فإن هذا الحل يصبح غير مجد، لذا نأمل أن يتم النص صراحة على الإحالة إلى المشهور في المذهب المالكي، كما هو عليه العمل في جل التشريعات العربية التي تحيل صراحة إلى المذهب الحنفي، وكذا المشرع المغربي الذي ينص في المادة 400 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي:"كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والإجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، وكذلك نص المشرع المصري في المادة 1/3 من قرار مجلس الشعب من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على ما يلي:" تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها, ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة"، تنص أيضا المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي:"الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة".

[2] "La définition que reçoit le discernement ; lorsqu'on demande au mineur, non plus seulement de donner un avis ; mais de donner un consentement à titre d'exemple dans le domaine des recherches biomédicales l'enfant est seul à

واستعداده للاستغناء عن خدمة الحاضنة التي يكون دورها **أكثر جلاء على نفس القاصر** من دور الولي في هذه المرحلة وإن كانت الحاجة إلى كليهما ضرورية لمعالجة الضعف وحتى ينشأ نشأة حسنة[1]، **أما المرحلة الثانية فيكون** فيها القاصر مميزا وهكذا يكون دور الولي على خلاف المرحلة الأولى أكثر تقدما، ومادام القاصر طيلة هذه الفترة ناقص الأهلية فإنه يتعين على الولي حفظ نفسه وإدارة أمواله حتى لا يبقى عرضة للضياع **والسفه**[2]، **يتضح مما سبق** بيانه أن دور الولاية يكمن في حماية حقوق القاصر من الضياع **سواء كان فاقدا أو ناقصا لأهلية الأداء. كما أن** الإنسان ينشأ في هذا الوجود ضعيفاً، لا يقوى على مجابهة العقبات والصعاب في الحياة وهذا منذ ولادته إلى أن يبلغ أشده **ويتمكن من الاستقلال** بذاته وتلبية رغباته لذلك قُرِرَت أحكام الولاية لعلاج هذا الضعف وتوفير **الرعاية** للصغير طيلة هذه المرحلة، فوضع ضوابط للولاية خاصة ما تعلق منها بشروط الولي من بلوغ وعقل وأمانة وأخلاق إلى غير ذلك **من شأنه** أن يخدم مصالح القاصر حتى ينشأ نشأة صالحة وحتى تكون حقوقه الشخصية والمالية في صون لا عرضة إلى الضياع والتقصير، فإذا تخلفت هذه الشروط فإن هذا **يضر حتما بأخلاق القاصر وماله وسوف** نعرض لهذه الشروط في موضعها تبعا لنوع الولاية.

ثانيا: تمييز الولاية عن الأنظمة المشابهة

يلتبس الأمر بشأن بعض المصطلحات ذات الصلة بنظام الولاية كالوصاية والقوامة، فنبين المقصود بهذه المصطلحات لنحدد بعدها أوجه الاختلاف كما سيأتي تفصيله:

1. تمييز الولاية عن الوصاية

قبل أن نحدد أوجه الاختلاف بين الولاية والوصاية نعرف هذه الأخيرة من الناحية اللغوية ثم الاصطلاحية:

أ. الوِصاية لغة

pouvoir décider sans négliger son consentement". Voir l'article de Jean Marie PLAZY Maitre de conférences à l'Université Bordeaux 4, Les cahiers LADREN, Année 2008,N°1, p.105.

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 7.

[2] محمد أبو زهرة، **نفس المرجع، نفس الصفحة.**

تضبط الوصاية بفتح الواو وكسرها أو الإيصاء، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[1]، وتطلق الوصاية على معان عدة منها أن يعهد شخص لآخر بشيء قبل موته،كما تعني الرفق واللين ومنه قوله عليه الصلاة والسلام "استوصوا بالنساء خيرا"وتأتي بمعنى الفريضة مصداقا لقوله تعالى:" وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ"[2]، أي فريضة منه عز وجل[3].

ب. الوصاية اصطلاحاً

الوصاية هي تعيين الولي أو القاضي لشخص للقيام بحفظ ورعاية مال القاصر[4]، غير أن هذا التعريف لا ينطبق مع مضمون المادة 92 من ق.أ التي تخول للأب أو الجد تعيين الوصي دون القاضي، بل يقع على هذا الأخير تثبيتها أو رفضها(م 94 من ق.أ).

تقضي المادة 92 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق الشرعية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة المادة 86 من هذا القانون".

يستفاد من هذا النص أن كل شخص عدا الأب أو الأم أو الجد حسب قانون الأسرة تسند إليه مهمة الإشراف على مال القاصر سواء بطريق الوصاية الاختيارية أو التعيين من طرف القاضي[5]-التقديم في التشريع الجزائري-، من خلال ما تقدم نلاحظ أن الولاية والوصاية تتفقان في كونهما سلطة تمنح للغير على شخص غير كامل الأهلية(قد يكون فاقدها أو ناقصها).

أما أوجه الاختلاف فنوضحها كما سيأتي بيانه:

---

[1] محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، نفس الجزء، ص394.

[2] الآية 12 من سورة النساء.

[3] لأنها حلالة إجبارية تتعلق بالشؤون، وما كان من الله فهو أمر يفيد الفرض والوجوب.

[4] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 32. -بتصرف-

[5] محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، ج 2، مرجع سابق، ص 609.

- أن الولاية تقوم بقوة القانون ولا شأن للمحكمة في تعيين الولي أو تثبيته وهذا بخلاف الوصاية التي تكون بتدخل من القاضي سواء بتعيين الوصي على القاصر أو تثبيته إذا تم اختياره[1].
- تعدد الأوصياء من نفس الدرجة وارد في الوصاية على خلاف الولاية فإن الأقرب يحجب **الأبعد** هذا في التشريع المصري(م 30 من ق.و.م)، وأما في التشريع الجزائري تقضي المادة 92 من ق.أ بأنه إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم.
- سلطات الولي أوسع نطاقا من سلطات الوصي لأن الولاية أعم من الوصاية[2].
- أن الولاية تكون للأب أو الأم أو للجد الصحيح دون سواهم في حين أن الوصاية تكون لأي شخص تتوافر فيه الشروط القانونية للوصي[3].
- بإمكان من عرضت عليه الوصاية أن يرفضها حال حياة الموصي، وإن قبلها ثم هلك الموصي فلا يجوز للموصى له التخلي عنها بعد قبولها، أما الولاية فهي تكليف فلا يجوز رفضها[4].
- يجوز إقالة الوصي من قبل الموصي غير أنه لا يجوز التنحي للولي إلا بسبب جدي تقدره المحكمة واتخاذ من التدابير ما يكفل مصالح المشمول بالولاية[5].

2. تمييز الولاية عن القوامة

نعرف القوامة لغة واصطلاحا ثم نميز بينها وبين الولاية.

أ. القوامة لغة

القوامة لغة مشتقة من الفعل قام ومنه القيِّم وهو السيد وسائس الأمر وقيم القوم هو الذي يقوّمهم ويسوس أمورهم وقيم المرأة هو زوجها[1]، وقوام العيش عماده الذي يقوم به كما أن قوام كل شيء ما استقام به[2]،

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 13.
[2] محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية،**المرجع نفسه، نفس الصفحة.**
[3] محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، **مرجع سابق، ص 610.**
[4] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 13.
[5] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، **نفس المرجع، نفس الصفحة.**

ب. القوامة اصطلاحا

ويسمى أيضا التقديم وهو نظام قرر لحماية الأشخاص البالغين سن الرشد وطرأ على أهليتهم عارض فأفقدها بسبب خلل عقلي(كالجنون والعته) أو أنقص منها بسبب سوء التدبير(كالسفه والغفلة) [3].

كما يعرف القيم بأنه النائب عن المحجور عليه تنصبه المحكمة لرعاية أمواله وإدارتها وذلك تحت إشرافها ووفقا لأحكام القانون[4]، ومصطلح القوامة أكثر شيوعا عند فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية في الدول العربية، على خلاف مصطلح التقديم، والملاحظ أن المشرع الجزائري يستخدم تارة مصطلح القوامة كما هو الشأن في المادة 44 من ق.م[5] وتارة أخرى يستعمل مصطلح التقديم مثلما هو وارد في عنوان المادة 99 من قانون الأسرة[6]، ولم يحدد قانون الأسرة درجة قرابة الأشخاص الذين تثبت لهم القوامة وأشار إلى أن تعيين المقدم يكون بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو من النيابة العامة[7].

كما أن المادة 1/469 من ق.إ.م.إ لم تحدد درجة القرابة بين القيم والشخص الخاضع للقوامة ونصت على أن القاضي يعين طبقا لأحكام قانون الأسرة مقدما من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا

[1] ابن منظور، مرجع سابق، ص 502.

[2] ابن منظور،نفس المرجع، 504.

[3] ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية،قصر الكتاب، البليدة، الجزائر طبعة 1998، ص 75- بتصرف- .

[4] كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 221 -بتصرف- .

[5] تنص المادة 44 من ق م : "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون" يقابل هذه المادة في مدونة الأسرة المغربية المادة 211.

[6] تنص المادة 99 من ق أ: "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 من له مصلحة أو من النيابة العامة".

[7] محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص619.

آخر يختاره، **بينما حدد المشرع المصري درجة القرابة بمقتضى المادة 68 من** قانون الولاية على المال في مصر والتي **تقضي بأن القوامة تثبت للابن** البالغ ثم[1] **تكون للأب وبعدها** للجد ثم **لمن الذي تعينه المحكمة**[2].

من خلال ما تقدم يتبين أن الولاية والقوامة كلاهما نيابة شرعية وتتفقان في كونهما سلطة تمنح للغير على شخص غير كامل الأهلية، ولكن أوجه الاختلاف تتعدد وهي نفسها التي ذكرناها بخصوص التمييز بين الولاية **والوصاية يضاف إليها:**

- **تثبت ولاية الأب بقوة القانون دون حاجة** إلى **صدور حكم بالتعيين من قبل المحكمة، على خلاف القوامة** – التقديم- فإنه يجب صدور **مقرر قضائي لتعيين المقدم.(م 99 من ق.أ).**
- لا يمكن تصور **ولاية الابن** في شأن الولاية على القاصر حسب ما ذكرنا في التشريع المصري **حيث أن الابن** يكون قيما مقدما في المرتبة على الأب.**(م 68 من ق.و.م)**

3. تمييز الولاية عن الأهلية وصلة كل منهما بالعقد

عرفنا أن الولاية هي سلطة شرعية لشخص كامل الأهلية على شخص آخر غير كامل الأهلية في تدبير **شؤونه الشخصية والمالية**، ويحدث في حالات معينة أن يعجز الشخص **عن مباشرة التصرفات القانونية بسبب حالة** القِصَر **وكذا للحفاظ على مصالحه من الضياع** فيعمل القانون على تغطية هذا العجز بأن يتولى شخص آخر شؤون **القاصر ويقوم بإبرام التصرفات القانونية باسم** المولى عليه ولحسابه[3]. وتبعا لهذا فإن الولاية **هي صلاحية الشخص لتنفيذ العقود** على الغير شاء أو أبى[4]، **وأما الأهلية فهي صلاحية الشخص لمباشرة العقود وتنعقد بعبارته صحيحة**

---

[1] ما يلاحظ على المادة 68 من ق.و.م أنها تضمنت ترتيب أصحاب الحق في القوامة ترتيبا لا يقبل التقديم أو التأخير على اعتبار أن المشرع المصري استعمل حرف العطف "ثم" الذي يفيد الترتيب والتراخي، وهذا يتعين على المحكمة أن تراعي هذا الترتيب وعند التعدد في الدرجة تختار الأصلح منهم.انظر احمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، **مرجع سابق، ص 198.**

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، **مرجع سابق، ص619.**

[3] **شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 329.**

[4] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 296.

منتجة لآثارها المترتبة عليها[1]، **وعليه يتطلب العقد** لوجوده ونفاذه وترتيب آثاره الشرعية أن يكون **العاقد كامل** الأهلية وصاحب ولاية على العقد وذلك متى كان أصيلا عن نفسه أو نائبا شرعيا عن غيره[2]، والغير المولى عليه قد يكون قاصرا وقد يكون شخصا في حكمه كما سنبينه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: ثبوت الولاية على القصر ومن في حكمهم

تثبت الولاية ابتداء على كل شخص لا تتوافر فيه أهلية الأداء ويدخل ضمن هذا المفهوم الجنين وناقصي الأهلية وفاقديها من صبي مميز وغير مميز ومجنون ومعتوه وسفيه وذي غفلة كل هؤلاء تثبت في حقهم الولاية كما سنبينه لاحقا، والذي يهمنا في هذا **المقام هو القاصر بمفهوم القانون الوضعي، وتجدر** الإشارة إلى **أن المشرع الجزائري** لم يعرف الأهلية ولم **يبين أقسامها وإنما ترك ذلك للفقه.** بخلاف **ما** ورد في مدونة الأسرة المغربية أين قسم المشرع ضمنها الأهلية إلى نوعين وهما أهلية الوجوب وكذا أهلية الأداء[3] ثم عرفهما[4] وفصل في أحكامهما.

وما يلاحظ أن المشرع المغربي تطرق إلى أحكام الأهلية في مدونة الأسرة على خلاف **المشرع الجزائري الذي** جعل أحكامها متناثرة بين القانون المدني وقانون الأسرة. **وعليه** نبحث في هذا المطلب الأشخاص الذين تثبت عليهم الولاية بوجه عام في الفرع الأول، ثم نركز في الفرع الثاني على أحكام القاصر في الفقه الإسلامي و**القانون** الوضعي باعتباره **حجر الزاوية** في هذه الأطروحة.

الفرع الأول: من تثبت عليه الولاية

[1] محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، مصر، س 1998، ص 80.

[2] أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 14- 15.

[3] تنص المادة 206 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:"الأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء"

[4] تنص المادة 207 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:"أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها" **كما تنص المادة 208 من نفس القانون:"أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه** الشخصية بمالية ونفاذ تصرفاته، وحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها".

سبَق القول أن الولاية تثبت على الجنين وكذا ناقصي الأهلية وكذا فاقديها، نركز في هذا الفرع على **الحمل المستكن ومن أصاب أهليته عارض من عوارض الأهلية سواء تعلق الأمر العوارض المعدمة للأهلية من جنون وعته أو العوارض المنقصة للأهلية من سفه وغفلة.** على أن نرجئ الحديث عن القاصر في فرع مستقل.

أولا: مرحلة الحمل المستكن

وهي مرحلة الجنين حيث تبدأ هذه المرحلة منذ بدء الحمل إلى الولادة وهنا تكون له أهلية وجوب ناقصة، **وتثبت له الحقوق دون** التزامات من ميراث ونسب[1]، **والجنين**[2] **أو الحمل من الناحية الإصطلاحية هو اسم لما في** بطن الحبلى[3] **ذكرا كان أو أنثى، ويطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح الحمل المستكن أي الجنين**[4] في بطن أمه قال تعالى :" يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ"[5]، وقد ورد تعريف الجنين في **ق.ن.ع. م.ر.**ق على النحو التالي:" **الجنين :هو من في بطن أمه".**

وقد اعترف المشرع الجزائري بالشخصية القانونية للجنين في صريح المادة **25 من ق.**م التي **تقضي بأن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، وقرر** أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها له **القانون مع** اشتراط ولادته حيا، نجد مثل هذا الحكم في **المادة 31** من القانون المدني المصري وقرر له حماية في نصوص الولاية

---

[1] الآية 06 **من سورة الناس.**

[2] **يقصد بالجنين** لغةً الحمل في بطن المرأة وسمي **بذلك** لأنه مستتر ولهذا سميت **الجن جنا لاستتارها عن** الأنظار وجمع جني جِنَّة بكسر الجيم قال تعالى:" مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ"، أما جمع جنين أَجِنَّة قال تعالى :" وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ" الآية 32 **من سورة النجم.وقيل كل مستور جنين. انظر ابن منظور، مرجع سابق، ج13، ص 97-98.**

[3] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، الرجع السابق، ج1، **ص 597.**

[4] En ce qui concerne le statut juridique de l'embryon les recherches ont bouleversé les données scientifiques ainsi que les notions juridiques en matière de savoir si l'embryon est une personne ou pas, on distingue :
Quelques-uns considèrent que l'enfant à naitre n'a aucune autonomie ; qu'il est le prolongement du corps de la mère et ne peut être le sujet de droit ;
D'autres confirment que l'être humain doit être considéré comme une personne dès sa conception.
Une troisième doctrine distingue plusieurs étapes dans la gestation de l'enfant et admettent qu'on ne peut appréhender de la même façon l'embryon de quelques jours et le fœtus. Voir Brigitte Hess Fallon, Droit de la famille, Edition D, 6ème Ed, Paris, France, 2006, p178.

[5] الآية 06 **من سورة الزمر.**

على المال بموجب المادة 29 من ق.و.م فقررت أنه إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تقوم المحكمة بتعيين وصي ويبقى هذا الأخير على الحمل المستكن بعد ولادته ما لم تنصب المحكمة شخصا آخر.

إن المشرع الجزائري قد استمد هذه الأحكام الواردة في المادة 25 من ق.م المتعلقة بأحكام الجنين من الشريعة الإسلامية إذ الأصل في بدء الشخصية القانونية هو الولادة أي انفصال المولود عن أمه انفصالا تاما وهكذا تكون له الصلاحية لاكتساب الحقوق، واستثناء من هذا الأصل اعترف المشرع للجنين بأهلية وجوب قاصرة (ناقصة أو محدودة) فتثبت له بعض الحقوق دون الالتزامات كحقه في النسب أو الميراث فإذا ولد الجنين ميتا ألغيت

[redacted]

هذه الأهلية[1]، وتبعا لذلك تزول الحقوق بأثر رجعي وكأنها لم تثبت له إطلاقا، فإن أوقف له من التركة يوزع على باقي الورثة الذين كانوا يستحقونها بعد وفاة المورث[2].

وقد خص قانون العقوبات الجنين[3] بحماية خاصة في المواد من 304 إلى 313 منه المتعلقة بجريمة الإجهاض سواء بالنسبة للمرأة المرتكبة للفعل المجرم أو الأطباء أو مساعدوهم أو الصيادلة إلا إذا استوجبته ضرورة حماية الأم من الخطر وبعد إخطار السلطة المختصة من طرف الطبيب، وأكد القضاء حظر هذه الجريمة بقيود تحمي المتهم وذلك بإقامة الدليل على أن الإجهاض تم بواسطة خبرة طبية أو شهادة طبية[4].

ثانيا: المحجور عليهم

---

[1] العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، س 2013، ص 36.

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 297.

[3] تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي حظر تخليق الأجنة بغرض إجراء التجارب العلمية عليها إلى الترخيص باستيراد وتصدير المكونات الآدمية بشرط أن تكون على سبيل التبرع، كما جرم المشرع الفرنسي إجراء التجارب العلمية على الأجنة مهما كان نوعها وكان حرصه أكثر على وضع ضوابط صارمة بخصوص تراخيص إجراء التجارب على الأجنة وضرورة الحصول على رضا الزوجين أو أحدهما في حال وفاة الآخر عراب ثاني نجية، مقال بعنوان دور القوانين البيو أخلاقية في حماية حق الجنين في الحياة، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد11، س 2014، ص 125 وما يليها.

[4] مفاد هذا القرار كما يلي:"من المقرر قانونا أن الإجهاض هو قتل الجنين في بطن أمه ووضعه ميتا قبل الأجل القانوني لميلاده، لكن في قضية الحال فإن المجلس لم يتأكد من حصول هذا الإجهاض سواء عن طريق الخبرة أو بواسطة شهادة طبية تثبت ذلك.

[redacted]

تهمة الإجهاض طبقا للمادة 304 من ق.ع ها يستوجب نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون" ، قرار رقم 252408 بتاريخ 2002/02/12، غ.ج.م ، م.ق، ع 2، س 2002، ص 550 وما يليها.

تنص المادة 101 من ق.أ على أن الشخص الذي بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه، وقد تضمن هذا النص حكم الأشخاص المصابين بعارض من عوارض الأهلية[1]، حيث قسمها فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عوارض سماوية وعوارض مكتسبة[2]، في حين أن جل القوانين الوضعية قسمتها إلى عوارض معدمة للأهلية من جنون وعته وعوارض منقصة للأهلية من سفه وغفلة.

1. البالغين معدومي الأهلية

نميز بين المجنون والمعتوه ونعرض لهما على النحو التالي:

أ. المجنون

المجنون لغة من الجنون نقول جَنَّ الشيء بمعنى ستره ومنه قوله تعالى:" فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا قَالَ هَذَا رَبِّي"[3]، جُنَّ الرجلُ جُنوناً أي ستر عقله، لذا سمي الجن لاختفائهم عن الأبصار[4]، والمجنون أيضا هو الذاهب العقل أو فاسده والجمع مجانين، أو هو من لم يستقم كلامه وأفعاله[5]. وأما الجنون اصطلاحا فقد اختلفت التعريفات في مقصوده، قال الدردير هو من لا يفهم الخطاب ولا يحسن الجواب وإن ميز بين الفرس والإنسان مثلا أو هو من لم يستقم كلامه وأفعاله، وينافي الجنون أهلية الأداء لأن مناطها التمييز والإدراك[6]، ويعرف الجنون أيضا بأنه زوال العقل أو اختلاله بحيث يمنع جريان الأقوال والأفعال على نهج العقل إلا نادرا[7].

---

[1] والعوارض جمع عارض وهو لغة السحاب قال تعالى:" قَالُوا هَذَا عَارِضٌ مُمْطِرُنَا بَلْ هُوَ مَا اسْتَعْجَلْتُمْ بِهِ رِيحٌ فِيهَا عَذَابٌ أَلِيمٌ"-الآية 24 من سورة الأحقاف-، أما في الاصطلاح فالعوارض هي أحوال تطرأ على الإنسان بعد اكتمال أهلية الأداء فتؤثر فيها وإما أن تعدمها.

[2] فالعوارض السماوية هي تلك التي تطرأ على الإنسان بدون اختياره فهي تنزل عليه بغير تدخل إرادته وهي الجنون والعته والنسيان والنوم والإغماء والمرض والرق والحيض والنفاس والموت، أما العوارض المكتسبة فهي تلك التي تطرأ على الإنسان بتدخل إرادته أو باختياره، وقد تكون منه أو من غيره، فالتي منه هي الجهل والسكر والسفه والهزل والإفلاس والسفر والخطأ وأما التي من غيره فهي الإكراه، انظر في هذا الصدد لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور، ج2، ص 554-555.

[4] ابن منظور، مرجع سابق، ج13، ص98.

[5] والمطبق من الجنون شهر عند حنيفة لأنه يسقط به الصوم ويوم عند أبي يوسف لأنه يسقط به الصلوات الخمس وعند محمد حول كامل لأنه تسقط به جميع العبادات من صلاة وصوم وزكاة، انظر لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج2، ص222.

[6] إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص228.

[7] محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ج1، ص542.

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف حالة الجنون فاسحا المجال للفقه ولم يميز المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة بين نوعي الجنون المعروفين في الفقه الإسلامي أي **الجنون المطبق والجنون المتقطع حيث يعتد** بتصرفات الشخص أثناء إفاقته، غير أنه **ميز بين الحالتين** في القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/02/27 **المتعلق بالأوقاف** المعدل والمتمم حيث تنص المادة 31 منه على ما يلي:"لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير. **أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية"**[1].

وقد تم التمييز بين **نوعين من** الجنون في **بعض التشريعات العربية تأسيا بالفقه الإسلامي، حيث ميز** جمهور **الفقهاء ما عدا الحنابلة بين قسمين من الجنون يتعلق القسم الأول بالجنون المطبق وصورته أن يكون ممتدا لا تتخلله الإفاقة** ويختص القسم الثاني بالجنون **المتقطع وهو الذي** تتخلله الإفاقة مثل بعض الأمراض النفسية التي تعتري الشخص المريض كالخيالات الفاسدة فتؤثر على اختلال قصده لأفعاله فيعتد بتصرفاته حال إفاقته[2]. **نذكر من بين** هذه التشريعات **التشريع التونسي**[3] **والتشريع** المغربي[4] وكذا المشروع العربي في نص **المادة الثانية من ق.ن.ع.م.ر.ق**[5]، وقد فرض المشرع الجزائري واجب الرقابة على المجنون في صريح نص المادة **134 من ق.م حيث رتب المسؤولية على** متولي الرقابة عما يلحقه المريض **الخاضع لرقابته** بالغير بسبب حالته العقلية من ضرر، وغني عن البيان أن **مسؤولية** متولي الرقابة تقوم على أساس قرينة الخطأ المفترض[6]، ونفس الحكم بالنسبة للقاصر الذي لم يحدد المشرع الجزائري

---

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانوني، مرجع **سابق، ص** 538.

[2] **انظر** محمد سراج،**مرجع سابق، ص**88.

[3] ينص الفصل 1/160 من مجلة الأحوال الشخصية على ما يلي:" المجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها".

[4] ميز المشرع المغربي بين حالة الجنون وفقدان العقل في المادة 217 من مدونة الأسرة المغربية واعتبرت هذه المادة الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها. **كما تنص** المادة 2/279 من ذات المدونة **على ما يلي:" تصح الوصية من** المجنون حال إفاقته ومن السفيه والمعتوه".

[5] نصت هذه المادة على ما يلي:"المجنون : **فاقد العقل بصورة مطبقة أو متقطعة**".

[6] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج2، د.ت.ن، د.ب.ن، ص 852.

سنه إذا تعلق الأمر بمسألة الخضوع للرقابة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المصري وهكذا فإن حكم المادة يمتد إلى كل شخص لم يبلغ سن الرشد المدني المقدر بتسع عشرة سنة كاملة[1].

ولقيام مسؤولية متولي الرقابة يتعين توافر شرطين يتمثل الأول في تولي شخص الرقابة على شخص آخر، فالأول هو الملتزم بواجب الرقابة وأما الثاني فهو الخاضع للرقابة كأن يكون الأب بصفته وليا ملتزم برقابة القاصر وطالما أن هذا الأخير في حاجة إلى الرقابة بسبب قصور عقله عن فهم الخطاب فإن مسؤولية المكلف بالرقابة القائمة على أساس الخطأ المفترض تنتهي ببلوغ الخاضع للرقابة سن الرشد.

وأما الشرط الثاني لقيام مسؤولية متولي الرقابة فهو صدور عمل غير مشروع ممن تشمله الرقابة وهو القاصر في موضوعنا فيترتب عن هذا العمل ضرر للغير ولا يشترط في الخاضع للرقابة أن يكون مميزا فقد يكون غير مميز وعلى هذا فإن العمل الضار الصادر من القاصر غير المميز يكفي فيه توافر العنصر المادي وهو التعدي دون العنصر المعنوي وهو الإدراك وتنعقد المسؤولية أصلية إذ بإمكان المضرور رفع الدعوى ضد المكلف بالرقابة ولا يمكنه ذلك في مواجهة القاصر غير المميز[2]، وعلى العكس من ذلك إذا صدر العمل غير المشروع من قاصر مميز فإن مسؤولية متولي الرقابة تنعقد بالتبعية وللمضرور أن يرفع دعواه ضد أحدهما أو يرجع عليهما معا فيكون دفع التعويض بالتضامن بينهما[3]، نشير إلى أن بعض التشريعات أضافت شرط المساكنة كما هو الشأن في المادة 105 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني وهو شرط هجرته التشريعات الحديثة بالنظر إلى الوضعية الخاصة للمشمولين بالرقابة والتي تستوجب ملازمتهم بصفة مستمرة[4].

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1،مصادر الإلتزام، د.م.ج، ط4، الجزائر، س 2010، ص 270.

[2] تنص المادة 125 من ق.م المعدلة بموجب القانون 05-10 على ما يلي:"لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا". وبهذا يكون مناط المسؤولية المدنية على غرار المسؤولية الجنائية هو بلوغ سن التمييز. انظر بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014/2013، ص140.(http://bu.umc.edu.dz).

[3] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج2 ، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، ط4 ، س2007، ص303 وما يليها.

[4] الشيخ ولد محمد، مسؤولية الآباء عن أبنائهم القصر في القانون الجزائري والموريتاني –دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2007، ص 256.

ب. المعتوه

العته لغة هو نقصان العقل من غير جنون أو دهش، والمعتوه ناقص العقل[1]. **وأما اصطلاحا فهو آفة** توجب الاختلال بالعقل بحيث يصير المصاب بها مختلط الكلام فاسد التدبير[2]، وقريب من هذا المعنى يعرف العته بأنه آفة توجب اختلال العقل فيختلط كلام صاحبه حتى يشبه كلام العقلاء أحيانا وكلام المجانين أحيانا أخرى[3]. والفرق بين المعتوه والمجنون هو أن الجنون تصاحبه حالة هيجان بخلاف العته أي أن العته هو جنون هادئ[4]، **ويفرق بعض الكاتبين بين نوعين من العته نوع لا يكون معه إدراك وتمييز وحكمه كالجنون، ونوع آخر يكون معه إدراك وتمييز ولكن لا يصل غالبا** إلى درجة الراشدين وحكمه كالصبي المميز، ويعتبره الدكتور **وهبة الزحيلي نوعا واحدا**[5]. ولم يفرق المشرع الجزائري بين المجنون والمعتوه واعتبر حكم تصرفاتهما كالصبي غير المميز وحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقا للإجراءات التي يبينها القانون في هذا الصدد كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته[6]، **وعرفه ق.ن.ع.م.ر.ق كما يلي:"المعتوه : قليل الفهم مختلط الكلام** سئ التدبير".

2. البالغين ناقصي الأهلية

نميز بين السفيه وذي الغفلة ونفصل في مفهومهما كما يلي:.

أ. السفيه

من السفه **وهو نقيض الرشد،** ضعف العقل وسوء التصرف وأصله الخفة والطيش يقال سَفِه **فلان** سَفَاهةً **فهو** سَفِيه[7]، **والجمع سفهاء قال تعالى:**" قَالُوا أَنُؤْمِنُ كَمَا آمَنَ السُّفَهَاءُ أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ السُّفَهَاءُ وَلَكِنْ لَا يَعْلَمُونَ"،

---

[1] محمد بن مكرم بن منظور، المرجع نفسه، ج2 ، ص473.

[2] أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 66.

[3] علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، طبعة 2011، ص 220.

[4] علي فيلالي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص178.

[6] نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 169.

[7] ابن منظور، المرجع السابق، ج3، ص2032.

أي الجهلة والمؤنث منه سفيهة وجمعها **سفيهات**[1]، ويكون بمعنى خفة العقل لدى النساء والصبيان[2] قال تعالى:" وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ"[3]. **وأما السفه اصطلاحا فهو** تبذير في المال **والإسراف** فيه ولا أثر للفسق والعدالة فيه وضده **الرشد الذي يعرف بأنه إصلاح المال وتنميته وعدم** تبذيره وهذا قول الجمهور[4]، بخلاف **الشافعية الذين يعرفونه بأنه** التبذير في المال وفي الدين معا[5].

فالسفيه هو الذي ينفق ماله على غير مقتضى العقل والشرع والحكمة[6] أي بغير ضابط من العقل، ويعرف **السفه بأنه** خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل بخلاف موجب العقل وعلى التعامل في المال بالتبذير المجاوز للحد، ويكون السفيه خلافا للمجنون كامل العقل ولكنه فاسد التدبير مغلوب بهواه يعمل على تبذير المال من[7]

غير رؤية في العواقب[8]، **وعرفت المادة الثانية من ق.ن.ع.م.ر.ق السفيه بأنه المبذر الذي يصرف ماله على** غير **مقتضى العقل.**

ب. ذو الغفلة

من غفل يغفل غفولا أي تركه عمدا أو عن غير عمد وأغفله تركه عن عمد[9]، وأغفل غيره عن الأمر أي جعله يغفل ومنه قوله تعالى:" وَلَا تُطِعْ مَنْ أَغْفَلْنَا قَلْبَهُ عَنْ ذِكْرِنَا وَاتَّبَعَ هَوَاهُ وَكَانَ أَمْرُهُ فُرُطًا"[10]، **والغفلة صفة**

---

[1] الآية 13 من سورة البقرة.

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج ص 274

[3] الآية 05 من سورة النساء.

[4] محمد بن مكرم بن منظور، **المرجع نفسه، ج2، ص275.**

[5] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص 352 وما بعدها.

[6] **محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 51.**

[7] محمد سراج، مرجع سابق، ص 92

[8] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 224.

[9] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ص 18.

[10] الآية 28 من سورة الكهف. أي لا تطع كلام الذين سألوك طرد المؤمنين فقلوبهم غافلة عن ذكر الله وقد شغلوا عن الدين وعبادة ربهم بالدنيا.**انظر** محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، **ج2، شركة الشهاب، البليدة، الجزائر، الجزء الاول، دون تاريخ النشر، ص 190.**

كأصل عام يرد عليه استثناء في قوله تعالى:" إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لعِنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ "[1]، فهنا الغفلة محمودة أي غير منتبهات لما يرميهن به الحاسدون الكاذبون من سوء[2].

وأما اصطلاحا فالغفلة معناها أن يقع الشخص بسهولة في غبن إذا تعامل مع الغير والعلة في ذلك سلامة نيته وطيب قلبه[3]، وذو الغفلة أيضا هو الذي لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة كما يهتدي غيره فيخدع بسهولة

[redacted]

نظرا لسلامته وسلامة قلبه، وعرفت محكمة النقض المصرية الغفلة بأنها ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد

على حسن الإدارة والتقدير[4]، والعلة لا تكمن في عقله وإنما في سذاجته ولهذا يعامل معاملة السفيه[5]، نصت المادة 2 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين على تعريف ذي الغفلة بقولها :" من يغبن في معاملاته المالية لسهولة خداعه".

وما يميز حالة السفه عن الغفلة هو أن السفيه حين يتصرف في أمواله يكون في الغالب مدركا بالنتائج التي سوف تترتب عن تدبيره الفاسد إذ أنه ينفق ماله من غير ضابط وعلى غير مقتضى العقل والشرع والحكمة وأما ذو الغفلة فإن تصرفه يكون بسذاجة فهو حسن النية لا يحسن التعامل في الصفقة ربحا أو خسارة[6]، وبقول الدكتور وهبة الزحيلي في هذا القبيل أن السفيه كامل الإدراك ويرجع سوء تصرفه إلى سوء اختياره، وأما ذو الغفلة ضعيف الإدراك ويرجع سوء تصرفه إلى ضعف عقله وإدراكه للخير والشر[7].

[redacted]

وسوف نتطرق إلى حكم تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة عند معالجتنا لموضوع الولاية على

مال القاصر، هذا الأخير الذي نعرض إلى مفهومه في الفرع الموالي قبل التطرق إلى بيان أحكامه في الباب الثاني.

---

[1] الآية 23 من سورة النور.

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ص 19.

[3] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 224 –بتصرف-.

[4] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 203.

[5] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 567.

[6] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص55.

[7] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص192.

الفرع الثاني: مفهوم القاصر شرعا وقانونا

ذكرنا سابقا أن القاصر بمفهوم القانون الوضعي (أي الصبي المميز وغير المميز) تثبت عليه الولاية، وأرجأنا التفصيل في أحكامه في هذا الفرع المستقل، على أساس أن هذا المصطلح ورد ضمن عنوان الأطروحة بل هو حجر الزاوية في هذه الدراسة، تجدر الإشارة بادئ ذي بدء أن مصطلح القاصر في مفهوم الفقه الإسلامي هو غير مفهومه في عرف القانون الوضعي، وهذا ما سوف نوضحه في هذا الفرع.

نشير إلى أن القاصر من الناحية اللغوية مشتق من القِصَر بكسر القاف نقول قصرت عن الشيء إذا عجزت عنه ولم أبلغه[1]، والمقصود بالقصر الحبس ومنه مقصور بمعنى محبوس وفي هذا المعنى جاء قوله جل وعلا: "حُورٌ مَقْصُورَاتٌ فِي الْخِيَامِ"[2] كما جاء عند اللغويين تخصيص شيء بشيء وحصره فيه[3]. وأما اصطلاحا فالقاصر هو من قصر عقله عن معرفة حقائق الأشياء[4]، وبهذا المعنى يكون إما فاقد أهلية الأداء كالصغير غير المميز أو المجنون أو المعتوه، وإما ناقصها كالصغير المميز أو ذي الغفلة أو السفيه، وسنتناول مفهوم القاصر في الفقه الإسلامي وكذا في القانون الوضعي على النحو التالي:

أولا: مفهوم القاصر في الفقه الإسلامي

إن الضعف يلازم الإنسان في صغره بحيث لا تتوافر لديه ملكة الإدراك فلا يمكنه تبعا لهذا تقدير الأمور بميزانها والسبب في ذلك عدم اكتمال قوى ووجوده في سن مبكرة يتعذر عليه التمييز بين ما ينفعه وما يضره ونتطرق إلى مفهومه كما يلي:

1. تعريف القاصر

[1] ابن منظور ، المرجع السابق،الجزء5، ص 97 .

[2] الآية 72 من سورة الرحمن.

[3] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج2، ص 95 وما يليها.

[4] جمال مهدى محمود الأكشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س2006، ص 110.

يعرف وهبة الزحيلي القاصر[1] كما يلي: "هو من لم يستكمل أهلية الأداء، سواء كان فاقداً لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز"[2]، وتبعا لهذا فإن لفظ القاصر يطلق على الجنين والصغير سواء كان مميزا أو غير مميز والمجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة ومهما كان جنسه.

يمر الإنسان بعدة مراحل في حياته نقتصر على مرحلتي عدم التمييز والتمييز كونهما محل الدراسة في هذه

الأطروحة لنفصل فيهما بمنظور الفقه الإسلامي.

2. مرحلة عدم التمييز عند فقهاء الشريعة الإسلامية

يبدأ الإنسان حياته جنينا يعيش في بطن أمه ويتكون حتى يخرج إلى الحياة مولودا صغيرا، وانطلاقا من هذه المرحلة لا يمكن لهذا الصغير إدراك شيء من الأمور وهو ما يطلق عليه الفقهاء الصبي غير المميز، ولا إشكال بين الفقهاء بأن طور عدم التمييز يبدأ بولادة الإنسان حيا ولكن يثور الإشكال في الوقت الذي ينتهي فيه هذا الطور وانقسموا في ذلك إلى ثلاثة أقوال نسوقها على النحو التالي:

القول الأول: وهو رأي الحنفية والمالكية والمشهور عند الحنابلة ورجحه بعض الفقهاء المتأخرين حيث يذهب هؤلاء إلى أن فترة عدم التمييز هي الفترة التي لا يمكن للإنسان التمييز بين ما ينفعه وما يضره لعدم قدرته على فهم الخطاب وبالتالي تبدأ هذه الفترة منذ الميلاد إلى غاية بلوغ سن السابعة[3]، وسندهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام:" **مروا صبيانكم بالصلاة سبعا واضربوهم** عليها عشرا وفرقوا بينهم في المضاجع"[4].

[1] On peut définir le mineur, comme suit : « personne n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité légale et qui ne peut donc accomplir seule les actes nécessaires à l'exercice de ces droits civils » voir Ibtissem GARRAM, Terminologie Juridique، Palais du livre, Blida, Algérie, 1998, p189.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ج7، 1989، ص746.

[3] أحمد علي جرادات ، المرجع السابق، ص 50.

[4] رواه أبو داود.

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الشافعية والبعض من الحنابلة والأحناف حيث رجّحوا أن التمييز **ليس له ارتباط بسن معينة نظرا للفوارق بين البشر من حيث المواهب وحسب استعداد الشخص** ومن هنا لا يمكن وضع ضابط للتمييز[1]، **إلا أن هذا منتقد حيث أن المواهب نادرون بين الناس ولا حكم للنادر إذ أننا لا نقصد الفطنة ولكن** التمييز هو المعتبر في هذه المسالة[2].

القول الثالث: وهو رأي عند الحنابلة[3] **ومفاد هذا الرأي أن الشخص الذي تقل سنه عن عشر سنين** غير بالغ وهو ما ورد في **كتاب** المغني أن الشخص إذا ارتكب جريمة القذف وسنه أقل من **العشر فلا** يمكن إقامة **الحد عليه لأنه لا بد من تمييز حتى** يتم إدراك الأمور على حقيقتها **ذلك أنه شرط** يتعين توافره ليترتب **الحد على القاذف، وعليه يصبح** الذي بلغ هذه السن **مكلفا بالخطاب، وقد قال جل وعلا** "فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ"[4]، فإن زوج الولي القاصر دون العشر فإن **نكاحه صحيح وإن وقع القاصر الطلاق فليس على المطلقة من عدة تعتدها وتبين منه فورا**[5]، **وتصبح حلالا على** غيره لأن **الرجعة مناطها العدة، والأمر بالضرب لمن كان ابن العشر دلالة على البلوغ وما دون** هذه السن لا يثبت البلوغ، **واستدل أصحاب هذا الرأي بأن عمرو بن العاص رضي** الله تعالى **عنه كان قد بلغ** العشر من عمره **وولد له** عبد الله **والفارق بينهما إحدى عشرة سنة عشرة** منها تعنى بسن زواجه وسنة واحدة تتعلق بفترة الحمل[6].

---

[1] جمال مهدى محمود الأكشة، **مرجع سابق، ص 119.**

[2] جمال مهدى محمود الأكشة، **نفس المرجع، ص121.**

[3] عبد الرحمن بن عبد الله النجدي، أحكام الصبي المميز في النكاح، رسالة في **شكل** مخطوط على الفقه **الحنبلي، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار، ص88 وما يليها.**(http://www.alukah.net).

[4] الآية **03 من سورة النساء.**

[5] عبد الرحمن بن عبد الله النجدي، **مرجع سابق، ص 88-89.**

[6] عبد الرحمن بن عبد الله النجدي، **نفس المرجع، ص 89.**

ولعل الراجح بين هذه الأقوال ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث وهو **حكم سديد للحديث المتقدم إذ أن أمر** الصبي بالعبادة كان لسبع ولم يرتب عليه النبي صلى الله وسلم جزاء عند تخلفه، ونجد أن التشريع الجزائري قد **قرر ثلاث عشرة سنة كسن** التمييز بعد التخفيض الذي أجراه سنة **2005، وقررها المشرع المصري بسبع سنوات، وعشر سنين هي السن الوسطى بينهما.**

ففي ظل الواقع المعيش نجد أن **ابن سبع سنوات لا يدرك الأشياء على حقيقتها، ومن بلغ ثلاث عشرة سنة** قد تجاوز حد الإدراك، ويتعين هنا **الاعتدال** والوسطية في الحكم والأخذ –في تقديرنا - **بما هو أسلم وهو عشر سنين كمظنة للبلوغ للأدلة المتقدمة** التي ساقها أنصار هذا القول، **وهو ما جاء** في المادة **2/40 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الصادر بتاريخ 1991/07/24.** والذي يأخذ بالراجح من الفقه الحنفي حيث حدده بعشر **سنوات، ويكون** للصبي غير المميز في هذه المرحلة **الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ولا تثبت له** أهلية الأداء التي تسمح له بمباشرة التصرفات القانونية [1].

3. مرحلة التمييز عند فقهاء الشريعة الإسلامية

سبق وأن بينا بأن مرحلة عدم التمييز اختلف بشأن نهايتها الفقهاء إلى قولين، وهذا يستدعي أن يكون

نفس الخلاف بخصوص بدء مرحلة التمييز، **فنطبق عليها نفس الفكرة وبذات الأدلة** التي سيقت في مرحلة عدم **التمييز**، ومن هذا المنطلق عرف الفقهاء الصبي المميز كما يلي:

يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن الصبي **المميز هو الذي يفهم الخطاب ويحسن رد الجواب، ولا يضبط** بسن بل يختلف باختلاف الأفهام[2]. **ويعرف أيضا** بأنه غير البالغ[1]، **ويذهب الحنفية** إلى أن الصبي هو من يعرف أن

[1] **انظر** عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، س **2002، ص 97.**

[2] الطاهر عامر، التسهيل لمعاني مختصر خليل، ج7، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط1، **2009، ص 143.** أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع، ج7، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، 1982، ص29. سعيد عبد القادر باشنفر، المغني في فقه الحج والعمرة، مكتبة

البيع سالب للمبيع والشراء جالب للثمن[2] ويعلم الغبن الفاحش من اليسير[3]، وفي جميع الأحوال يتفق أصحاب هذا الرأي على عدم وضع ضابط للتمييز لأنه يتفاوت من إنسان إلى آخر كما بينا.

أما عن نهاية مرحلة التمييز فحددها الفقهاء بسن البلوغ[4]، هذا الأخير الذي اختلفوا بشأنه فذهبوا إلى أن البلوغ يتحدد بخمسة أمور ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة وهي السن والإنبات والإنزال وأمران يخصان المرأة وهما الحمل والحيض[5]، ونوضح هذه الأمارات كما يلي:

أ. السـن

أي أن الشخص متى بلغ سنا معينة فهو بالغ حتى ولو لم تظهر عليه أمارات البلوغ من احتلام أو حيض أو حمل أو إنبات، واختلف الفقهاء في تحديد سن البلوغ على عدة أقوال كما سيأتي بيانه:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا المذهب بتوحيد السن بين الذكر والأنثى بخمس عشرة سنة وهو قول الجمهور[6]، ودليلهم في ذلك ما روي عن عبد الله بن عمر-رضي الله عنهما-أنه قال:" عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة

العلم، ط2، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1993، ص 33. أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، التنبيه في فقه الإمام الشافعي، شركة الأرقم بن أبي الأرقم، ط1، بيروت، لبنان، 1997 ، ص 119.

[1] بن جزي، الرجع السابق، ص 325.

[2] محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج9، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 2003، ص 202. محمد علاء الدنين أفندي، تكملة رد المحتار على الدر المختار، ج 11، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص 367. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985، ص 124.

[3] ابن عابدين، المرجع السابق، ص 254.

[4] المقصود بالبلوغ لغة هو مصدر للفعل بلغ نقول بلغ المكان بلوغا أي وصل إليه ويعني أيضا الإدراك كما جاء في القاموس المحيط بلغ الغلام إذا أدرك، انظر مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، لبنان، س2005، ص780.(http://waqfeya.com).

[5] جمال مهدي محمود الأكشة، مرجع سابق، ص 140.

[6] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص 350، 352.

فأجازني"[1]، ووجه الدلالة في هذا هو أن سن البلوغ خمس عشرة سنة، وهو سن يحصل فيه البلوغ عادة عند الفتى والأنثى والمعتاد أيضا أن الاحتلام لا يجاوز هذا السن إلا لعلة تصيب الإنسان.

ويرد على هذا أن عدم إجازة الرسول صلى الله عليه وسلم له لأنه لا يقوى على القتال فرب صبي أقوى من بالغ ويكون نفس الشأن لمن جاءه بالغا وهو هزيل إذ العبرة هنا ليس بالسن وإنما القدرة على القتال فالسن مجرد احتمال، هذا الأخير الذي لا يرقى إلى درجة الدليل، مع احتمال أن الصحابي ربما كان محتلما حين لم يجزه النبي صلى الله عليه وسلم وهو في سن الرابع عشرة سنة، وأجيب على هذا الرد بالإضافة التي وردت في رواية ذكرها ابن **حجر** "ولم يرني بلغت"**وهذا فيه دليل على أن الإجازة كانت مرتبطة بالبلوغ**[2].

الرأي الثاني: يذهب أصحاب هذا التيار إلى القول بأن سن **البلوغ بالنسبة للذكر والأنثى على حد سواء** هو ثماني عشرة سنة وهو القول الراجح عند المالكية[3]، واستدلوا على ذلك بالمعقول على أن الفتى ييأس من عدم حصول الاحتلام في هذه السن ومن هنا لا يمكن انتظار الحلم وترك الفتى دون تكليف[4].

الرأي الثالث: **أصحاب هذا القول** يفرقون بين الجنسين فيجعلونه ثماني عشرة سنة بالنسبة للفتى وسبع **عشرة سنة للأنثى**[5] وهذا القول رواية عن أبي حنيفة[6]، ويستدلون على ذلك بكون الأنثى أسبق في البلوغ من الذكر فهي في الغالب تحيض في **سن مبكرة أما الذكر فيتأخر عنها** وقد وافقوا بهذا أبا حنيفة[7].

الرأي الرابع: يذهب إلى أن الفتى يصبح بالغا إذا بلغ تسع عشرة سنة وهذا قول ابن حزم الظاهري في كتابه المحلى، واستدل على ذلك بالمعقول حيث أن الفتى متى كان دون هذه السن فإن الكبار لا يقبلونه في

---

[1] أبو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، المرجع السابق، ص 681.

[2] جمال مهدى محمود الأكشة، المرجع السابق، ص 149.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص351.

[4] جمال مهدى محمود الأكشة، المرجع السابق، ص 147.

[5] فهم يتفقون مع أصحاب الرأي الثاني في أن سن البلوغ بالنسبة للذكر هو ثماني عشرة سنة ويختلفون في تحديد سن البلوغ بالنسبة للأنثى.

[6] عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ج2، ص 350.

[7] أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 48.

مجلسهم ويتحرجون منه إذا كان بينهم أما إذا بلغ التاسع عشرة سنة فإن تفكيره يكون سليما لأنه بلغ أُوجه في النضج وخرج من دائرة الصغر والتحق بالكبار وإن لم تصاحبه أمارات البلوغ[1].

بعد سرد أقوال المذاهب الأربع ومناقشتها والتعقيب عليها يظهر أن القول المختار في المسألة ما ذهب إليه أصحابُ الرأيِ الأول (الجمهور) إذ أن الغالب في أمارات البلوغ أنها لا تتأخر إلى ما بعد 15 سنة[2].

ب. الأمارات الطبيعية للبلوغ

هناك من العلامات ما هو متفق عليه حيث ورد الدليل بشأنها في الكتاب والسنة وهي الاحتلام بالنسبة

للفتى والحيض والحمل بالنسبة للأنثى، فمتى ظهرت إحدى هذه الأمارات فإن الشخص يصير مكلفا حتى ولو كان صغير السن ويصبح مسؤولا عن تصرفاته[3]، وتحدد غالبا باثنتي عشرة سنة[4] بالنسبة للفتى وتسع سنوات بالنسبة للفتاة وقيل عشر سنوات[5] وهو ما يعرف بسن المراهقة[6].

كما أن هناك أمارات طبيعية أخرى للبلوغ اختلف بشأنها الفقهاء وهي إنبات شعر العانة، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبارها من أمارات البلوغ وخالفهم في ذلك أبو حنيفة[7] ، ودليلهم في ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة عندما نقضوا العهد مع النبي صلى الله عليه وسلم فحكم

[1] أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 2003، ص 103.

[2] جمال مهدى محمود الأكشة، المرجع السابق، ص 151.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص 350 وما بعدها.

[4] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص49.

[5] محمد أبو زهرة، نفس المرجع، نفس الصفحة. عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق،ص51-52.

[6] تعني المراهقة لغة مقاربة البلوغ ، انظر محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق،ج3، ص257.

[7] السيد سابق، المرجع السابق، ج3، ص410، عيد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص351 وما يليها.

سعد بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم فقال عطية القرضي :" عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة، فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلى سبيله، فكنت في من لم ينبت فخلى سبيلي"[1].

يتضح مما تقدم أن القاصر يمر بمرحلتين عدم التمييز والتمييز إلى أن تظهر عليه علامات البلوغ التي أوردناها سلفا فيصير بالغا، وإن لم تظهر عليه هذه الأمارات فيظل قاصرا إلى غاية بلوغه سن معينة اختلف بشأنها الفقهاء، إلا أن المتفق عليه هو أن الإنسان يصبح مكلفا بجميع التكاليف الشرعية، وتكون أهلية الأداء لديه كاملة إذا بلغ رشده استنادا إلى قوله تعالى " وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا "[2]، ولا يزول عن الإنسان وصف القاصر حتى يبلغ رشده[3]، وأمارة هذا الأخير حسن التصرف في المال[4]، وذلك بأن يختبر في تصرفاته المالية بأن يسلم إليه هذا المال ويغلب على الظن أنه صار رشيدا وإلا يثبت عليه الحجر ويمنع من التصرف[5]، وما يميز سن البلوغ عن سن الرشد هو كون هذه الأخيرة ضابط في الولاية على المال وأما سن البلوغ فهي تتعلق بالولاية على النفس[6].

ثانيا: مفهوم القاصر في القانون الوضعي

إن مفهوم القاصر في القانون الوضعي يختلف عنه في الفقه الإسلامي، ذلك أن فقهاء الشريعة الإسلامية كما سلف بيانه عرفوا القاصر بأنه من قصر عقله عن فهم كنه الأشياء، وهكذا دخل ضمن هذا المقصود كل من

[1] وجه الدلالة في هذا الحديث أن العانة كانت معيارا لتحديد سن البلوغ لأن نبت العانة يزامن الاحتلام على خلاف نبات شعر سائر البدن(شعر اللحية والشارب والإبط) فإنه قد يتأخر عن البلوغ كثيرا أو يتقدم عليه، ولهذا كان الراجح عند فقهاء الشريعة الإسلامية وحتى المتأخرين منهم اعتبار الإنبات من أمارات البلوغ، تفسير بن كثير، المرجع السابق، ص 681.

[2] الآية 06 من سورة النساء، والمعنى المراد هو اختبار اليتيم الصبي حين بلوغه الحلم فإن كان فيه صلاحا في دينه وحفظا لأمواله ينفك الحجر عنه وبسلم إليه المال الذي تحت يد وليه. انظر تفسير القرآن العظيم للشيخ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، المجلد الأول، دار بن حزم، ط1، بيروت، لبنان، س2002، ص 681 وكذا كتاب صفوة التفاسير للشيخ محمد علي الصابوني، مرجع سابق ص 259.

[3] الرشد نقيض الغي وهو الاستقامة على طريق الحق مع تصلب فيه، من الفعل رشد أي بمعنى اهتدى. القاموس المحيط، المرجع السابق، ص282.

[4] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص 302.

[5] عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ج2، ص 352-353.

[6] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 25.

الصغير[1] المميز وغير المميز والمجنون والمعتوه والسفيه **وذي الغفلة، إلا أن القانون الوضعي ذهب** إلى خلاف ذلك حيث جعل القاصر ما دون سن معينة واختلفت التشريعات في تحديد هذه السن وفقا لاستعداد الشخص وكذا لعوامل منها بيئية واجتماعية إلى غير ذلك، وتبعا لهذا يعرف القاصر بأنه الشخص الذي لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني إذ لا يستطيع القيام بالتصرفات اللازمة **لمباشرة حقوقه المدنية** بمفرده[2]، فالقانون الوضعي يعتبر **الإنسان** قاصرا من تاريخ ميلاده إلى غاية بلوغه سن الرشد وهو **19 سنة كاملة حسب المادة 40 من ق.م**[3] التي تقابلها **المادة 414** من القانون المدني الفرنسي التي حددت سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة **وكذا المادة 44 من القانون** المدني المصري، هذه الأخيرة التي حددته بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة.

وأما في التشريع المغربي فقد حددت **مدونة الأسرة المغربية**[4] في صيغتها المحينة بتاريخ **25 يناير 2016**[5] سن الرشد بثماني عشرة سنة لكلا الجنسين وفقا لنص المادة **19 من مدونة الأسرة المغربية من الباب الأول المعنون** بالأهلية والولاية في الزواج، وهي موافقة للمادة **209** من ذات القانون المتواجدة في القسم الأول المعنون بالأهلية وأسباب الحجر وتصرفات المحجور ضمن الكتاب الرابع الذي عنوانه الأهلية والنيابة الشرعية، تنص هذه المادة على ما يلي:"**سن الرشد القانوني 18** سنة شمسية كاملة "، **وكذلك الشأن** بالنسبة للمشرع التونسي في التعديل الذي أجراه سنة **2010 لقانون الأحوال الشخصية وبالضبط تعديل الفصل 153 (الفصل 2 من القانون 2010-39**

---

[1] **والصغير** في **اللغة** هو الصبي، والمصدر صِغَر مأخوذ من صغر صغرا أي قل حجمه أو سنه فهو صغير وجمعه صغار ولا يجمع صغائر إلا في الذنوب أو الآثام، والصغر ضد الكِبَر، أما اصطلاحا فالصغر هو وصف يلحق بالإنسان منذ ميلاده إلى غاية بلوغه الحلم. **انظر** محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع **نفسه، ص370**. المقصود في هذا البحث هو القاصر سنا أي الصغير وليس القاصر عقلا. **انظر** أحمد بن عبد الكريم المطوع، أحكام الولاية المالية على القصر، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه والقانون، **العام الجامعي 1431 – 1432 هـ، ص 5.** (http://libback.uqu.edu.sa).

[2] ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية،قصر الكتاب، **البليدة، الجزائر طبعة 1998، ص 189.**

[3] **تنص المادة 40 من ق.م على ما يلي:"كل شخص بلغ** سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. **وسن الرشد تسعة عشر(19)** سنة كاملة". وقد نص المشرع الجزائري في المادة **3 من ق.م** على أن الآجال تحسب بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، في حين نص المشرع المصري في المادة 44 من القانون المدني المصري على أن سن الرشد **هي** إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

[4] للعلم أن المشرع المغربي اعتمد عدة مصطلحات تحمل معنى الصبي مثل الفتى والفتاة دون سن الأهلية في نص المادة 20 من مدونة الأسرة، والقاصر في نفس المادة، والطفل في نص المادة 54 متأثرا بالاتفاقيات الدولية، والأولاد في نص المادة 198.

[5] **القانون 03-70** بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد **5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424** (5 فبراير 2004)، ص418.

المؤرخ في 2010/07/26 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني) **حيث** تم تقريره بثماني عشرة سنة[1]، **ونفس السن مقررة** في القانون المدني الأردني **طبقا للمادة 43 منه.**

ألحقت القوانين الوضعية حكم من طرأ على أهليته عارض من عوارض الأهلية فأعدمها أو أنقص منها وكذا الجنين والمفقود والغائب بحكم القاصر رغم أن المفاهيم المتعلقة بهذه المصطلحات **لكل منها مدلول خاص، وهو ما نصت عليه المادة 1** من القانون النموذجي العربي **الموحد لرعاية القاصرين**[2] التي قضت بأنه **تسرى أحكام هذا القانون على القاصر وعرفته بأنه** الصغير **الذي** لم **يبلغ سن الرشد** القانوني، **ووضعت ضابطا لتحديد سن الرشد** القانوني **وهو أن يتم حسب قانون الدولة** التي **ينتمي إليها القاصر** بجنسيته. واعتبرت هذه المادة في **حكم القاصر كل من الجنين،** والمجنون والمعتوه **وذي الغفلة والسفيه، وكذا المحجور عليهم قانونا والمفقود والغائب.**

ونظرا لاختلاف العوامل المؤثرة في **الإنسان** فإن الأحكام بخصوص القصر تتغير من قانون لآخر وهذا ما سنتناوله في التشريع الجزائري من خلال تبيان وضعية القاصر في بعض القوانين على النحو التالي:

1. القاصر في القانون المدني

إن الإنسان منذ ميلاده إلى غاية بلوغه سن الرشد مرورا بمرحلتي عدم التمييز والتمييز يعتبر قاصرا، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو كيف تحدد مرحلة عدم التمييز والتمييز في القانون الوضعي؟

أما عن مرحلة عدم التمييز فهي تبدأ وفقا للتشريع المصري من تاريخ الميلاد إلى سن السابعة **متأسيا بذلك بأحكام الفقه الإسلامي،** بينما حدد المشرع الجزائري سن التمييز بثلاث عشرة سنة استنادا إلى نص م 2/42 **المعدلة من ق.م بنصها** : "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"**بعدما كانت 16 سنة قبل تعديل 2005**[3]

[1] De cette façon le législateur tunisien a unifié l'âge de majorité civil à 18 ans révolus au lieu de 21 ans. Voir Les cahiers LADREN, université oran, laboratoire des droit de l'enfant, N° 2, 2011, p 36.

[2] اعتمده **المكتب التنفيذي** لمجلس **وزراء العدل العرب كقانون نموذجي** استرشادي **بالقرار رقم 323-ج 24-2002/3/4.**

[3] **القانون 05-10** المؤرخ في **20 يونيو 2005** المعدل والمتمم للقانون المدني.

موافقا بذلك التشريعين التونسي والمغربي[1]، ومع هذا التخفيض في السن الذي أجراه المشرع إلا أنه يظل بعيدا عن ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية[2] ومن حذا حذوها من التشريعات العربية كالتشريع المصري والتشريع الأردني[3].

ويكون الصبي في هذه المرحلة فاقد التمييز أي تنعدم عنده أهلية الأداء وبالتالي تكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو أدت إلى اغتناء ذمته المالية بحيث يكون لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[4] ولا تصححها الإجازة اللاحقة من الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد أو من النائب عنه قانونا، وهكذا إذا لم يبلغ الصبي سن السابعة من عمره وكان لديه تمييز فإنه يعتبر فاقد التمييز في نظر القانون حماية له من الآثار التي ترتبها تصرفاته.

وأما مرحلة التمييز فإنها تبدأ من سن السابعة إلى غاية بلوغه سن الرشد المدني بالنسبة للقانون المصري، وأما في التشريع الجزائري فإن هذه المرحلة تبدأ من سن 13 سنة وفقا للمادة 42 من ق.م في فقرتها الثانية التي تنص على ما يلي"يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" أي بمفهوم المخالفة أن الصبي الذي بلغ 13 سنة فصاعدا إلى غاية سن الرشد يعتبر مميزا في نظر المشرع الجزائري، وتثبت له تبعا لهذا أهلية أداء ناقصة يباشر من خلالها بعض التصرفات دون الأخرى.

وتبعا لهذا تأخذ تصرفاته ثلاث أحكام حيث تكون صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا لأنها ترتب اغتناءه دون مقابل وباطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة له ضررا محضا وتكون هذه التصرفات باطلة بطلانا نسبيا لمصلحة القاصر إذا كانت دائرة بين النفع والضرر[5]، وبزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 334.

[2] وعليه يصبح الصبي الرشيد بمنظور الفقه الإسلامي (أي من بلغ خمس عشرة سنة) عديم التمييز في التشريع الجزائري قبل تعديل 2005 وعليه قام المشرع بتعديلها لتتماشى مع السن المحددة للمسؤولية الجنائية ولو كانت هذه الأخيرة بصورة مخففة. انظر بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014/2013، ص 256.

[3] شوقي بناسي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

[4] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 52-53.

[5] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 47.

بلوغه سن الرشد أو إذا أجازها وليه[1]، كل هذا في أحكام القانون المدني لأن المشرع أعطاها حكما آخر في قانون الأسرة كما سيأتي بيانه في موضعه.

2. القاصر في قانون العمل

من أهم الشروط الضرورية لإبرام عقد العمل أن تكون أهلية التعاقد كاملة وخلو الرضا من العيوب التي تحول دون مباشرة التصرف القانوني وأن يكون المحل والسبب ممكنين ومشروعين وفقا لما هو ساري المفعول في إطار علاقات العمل، والأهلية المعتبرة في هذا المقام هي أهلية الأداء التي يتعين أن تتوفر في كل من طرفي العلاقة سواء المستخدِم(رب العمل) أو المستخدَم(العامل)، وسوف نقتصر على توضيح المركز القانوني للعامل الطرف الضعيف في العلاقة الذي يتعين أن تتوفر فيه أهلية الأداء الكاملة التي يحددها المشرع الجزائري بتسع عشرة سنة كاملة كما هو مقرر في نص المادة 40 من ق.م.

ونظرا لخصوصية عقد العمل ولاعتبارات اجتماعية واقتصادية[2] فقد اكتفى المشرع بتحديد سن التوظيف بست عشرة سنة[3] طبقا لمقتضيات المادة 15 من القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل والتي تنص على ما يلي :"لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة[4]

---

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 336.

[2] أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج2، د.م.ج، ط2، بن عكنون، الجزائر، س 2002، ص38.

[3] أما بالنسبة لمشاركة العمال القصر في انتخاب ممثلي العمال داخل الهيئة المستخدمة فنتساءل عن إمكانية العمال القصر في الترشح والانتخاب كممثلين للعمال داخل الهيئة المستخدمة، الملاحظ أن المشرع لم يحدد في القانون 90 -14 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي السن القانوني الواجب توافره بالنسبة للأعضاء المؤسسين للمنظمة النقابية مكتفيا بعبارة "أن يكونوا راشدين"، ومن ثم فلا يجوز لفئة القصر ممارسة هذا الحق قبل بلوغهم 21 سنة يوم الاقتراع وهو السن الذي يشترطه المشرع للترشح للانتخابات الخاصة بتأسيس المنظمة النقابية للعمال وليس سن الرشد الوارد في القانون المدني وهو 19 سنة كاملة إعمالا لمبدأ الخاص يقيد العام، أما عن تسجيل القصر في القوائم الانتخابية من قبل المستخدم فقد حدد المشرع سن انتخاب ممثلي العمال في لجنة المشاركة بما يزيد عن 16 سنة، وهذه السن تتماشى مع الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي اعتمدتها الأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989 وقد صادقت عليها الجزائر. انظر بن عزوز بن صابر، مداخلة بعنوان مشاركة العمال القصر في انتخاب ممثلي العمال داخل الهيئة المستخدمة، يوم دراسي حول تشغيل القصر، نظم بكلية الحقوق – جامعة وهران بتاريخ 29 نوفمبر 2011.

[4] استثناء من هذا قد تخرج بعض الهيئات المستخدمة عن هذه القاعدة مثل المادة 19 من النظام الداخلي للشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية التي تقرره بست عشرة سنة كسن أدنى غير أنه في أماكن العمل الخطرة والمضرة بصحة العمال فإن السن الأدنى لا يمكن أن يقل عن 19 سنة.

إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين[1] التي تعد وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"[2]، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير غالبية التشريعات المقارنة، إلا أن المادة الثانية من الاتفاقية الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية رقم 138 المؤرخة سنة 1973 والمتعلقة بالسن الأدنى للعمل[3] حددت السن الأدنى للعمل بخمس عشرة سنة[4] ويجوز أن ينزل هذا السن إلى 14 سنة في الدول المتخلفة اقتصاديا وتعليميا[5]، وفي كل الأحوال لا يمكن أن يوظف القاصر إلا بناء على رخصة محررة مسبقا من قبل وليه القانوني وهكذا تصبح أهلية أداء الشخص القاصر مقيدة[6].

ونظرا لكون السن المحددة في عقود العمل دون سن الرشد المدني فإن أهلية الأداء تعتبر ناقصة وبالتالي فإن هذا يؤثر على تصرفات القاصر أثناء إبرام عقد العمل، لذا جاءت الفقرة الثانية من المادة 15 من ق.ع.ع صارمة في حكمها حيث نصت على ما يلي :" لا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي"، وأضافت المادة 28 من ق.ع.ع أنه يمنع تشغيل العمال من كلا الجنسين الذين يقل عمرهم عن تسع عشرة سنة كاملة في أي عمل ليلي على أنه يجوز ذلك في حالة منح رخصة خاصة من مفتش العمل المختص إقليميا عندما تبرر ذلك طبيعة النشاط وخصوصيات منصب العمل، وبناء على ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري قد خص القاصر بحماية قانونية فائقة.

---

[1] نص المشرع العربي في هذا القبيل وبالضبط في صريح المادة 1/35 من ق.ن.ع.م.ر.ق على ما يلي:" تضع الدولة ضوابط وقواعد عدم تشغيل القاصر إلا ما كان منه لغرض تعليم حرفة أو تأهيل مهني ".

[2] أجاز المشرع في إطار علاقات العمل قبول الترشح للتمهين للأشخاص الذين بلغوا من العمر 15 سنة طبقا لأحكام المادة 12 من القانون 81-07 المؤرخ في 27 يوني 1981 يتعلق بعقد التمهين ومن ثم إبرام عقد التمهين أو ما يسميه المشرع المصري بعقد التدرج المهني، إذا نظرنا إلى نص المادة 4 من نفس القانون نجدها تقرر مدة التمهين من سنة على الأقل إلى ثلاث سنوات على الأكثر.

[3] صادقت عليها الجزائر بتاريخ 30 أبريل 1984.

[4] وقد ساير المشرع العربي هذه الاتفاقية حيث نص في المادة 36 من ق.ن.ع.م.ر.ق على ما يلي:" لا يجوز تشغيل القاصر دون سن الخامسة عشرة سنة كاملة".

[5] وبديهي أن هذا الشرط يقتصر على الشخص الطبيعي دون المعنوي، والتكوين إلزامي لكل المؤسسات مهما كان طابعها اقتصادي أو إداري. انظر مكي خالدية، رسالة دكتوراه، الحماية القانونية للقاصر في إطار القوانين المتعلقة بالتمهين، كلية الحقوق جامعة وهران، 2011/2010، ص 136.

[6] بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، جسور للنشر والتوزيع، ط2، المحمدية، الجزائر، 2009، ص182.

أما فيما يخص الحماية الصحية للعامل القاصر فازدواجية الصفة تفرض حماية خاصة أي حمايته بصفته عاملا وتقرير حماية أخرى بصفته قاصرا، فحق العمل مكرس لجميع المواطنين بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 69 من الدستور حتى **ولو كان الشخص قاصرا بشرط ألا تقل سنه عن 16 سنة وإلا عاقب عليه القانون، على أن العامل القاصر** يجب أن يخضع لفحص طبي إلزامي ينتهي بتحرير شهادة طبية تثبت قابليته الصحية للعمل **حيث تنص المادة 17 من القانون رقم 88-07** المؤرخ في **1988/01/26 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل:"** يخضع وجوبا كل عامل أو ممتهن للفحوص الطبية الخاصة بالتوظيف وكذا **الفحوص الدورية والمتعلقة** باستئناف العمل"، فإذا رأى الطبيب أن طبيعة العمل لا تتناسب ومضمون البطاقة التقنية التي تبين الأخطار الخاصة بكل مهنة فإن قراره حتما يتوج برفض مزاولة المترشح للمهنة التي يسعى إلى بلوغها[1].

كما يتعين على مفتش العمل التأكد من أن الأعمال **الموكلة للقاصر تتلاءم وقدراتهم البدنية مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالوقاية الصحية وأمن العمل طبقا للمادة 2 من القانون 90-03 المتعلق بمفتشية العمل وكذا المادة 1/24 من المرسوم التنفيذي رقم 91-44 المتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على مفتشي العمل**[2] ويوجه في هذا الصدد الملاحظات للهيئة المستخدمة في سجل يمسكه رب العمل إذا رأى أن هناك إجحاف بحق القاصر كما يوجه الإنذار لرب العمل ويمهله وقتا لتصحيح الأخطاء وإلا كان الأمر بيد القضاء في حال عدم امتثال **المستخدم حيث يتم** تحرير محضر من قبل مفتش العمل يوجهه إلى المحكمة **لتبت في المسألة، ويكون حكمها قابلا** للتنفيذ رغم الاستئناف أو المعارضة[3].

[1] انظر المادة 13 من م.ت 93-120 المؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج.ر، ع 33 بتاريخ 1993/05/19، ص 9.
[2] ج.ر رقم 8 المؤرخة في 1991/02/20، ص297.
[3] مكي خالدية، مقال بعنوان الحماية الصحية للعامل القاصر في القانون الجزائري، دفاتر حقوق الطفل ، العدد 4، س2013، ص 69-70.

تجب الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية[1] شددت الحظر بشأن العمل الليلي للقصر المشتغلين في الصناعة أو تشغيلهم أثناء الليل كأصل عام يرد عليه استثناء وهو ترخيص السلطة المختصة إذا كان ذلك ضروريا وقد بلغ الحدث من العمر 16 سنة ودون 18 سنة وهناك الاتفاقية رقم 79 لسنة 1946 التي تحظر العمل الليلي بالنسبة للأحداث الذين يقل عمرهم عن 14 سنة، ونفس الحكم بالنسبة للأحداث الذين يزيد عمرهم عن 14 سنة ولا زالوا ملزمين بالتعليم النظامي[2]. وقد اشترط المشرع الفرنسي الرخصة على سبيل الاستثناء بالنسبة للعمال الذين تتراوح أعمارهم بين 14 و16 سنة حيث أن المبدأ العام هو منع تشغيلهم قبل انتهاء التمدرس النظامي وهو ما يوافق سن 16 سنة[3].أما المشرع الجزائري فقد نص في الفقرة الثالثة من المادة 15 الواردة في ق.ع.ع على ما يلي: "كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضر بصحته أو تمس أخلاقياته"، ورتبت المادة 135 من ق.ع.ع جزاء على الإخلال بأحكام التشريع الساري المفعول وهو البطلان وانعدام الأثر إلا ما تعلق بالأجر عن العمل المؤدى[4].

---

[1] Egalement les Déclarations telles que **la déclaration de Genève** sur les droits de l'enfant en 1924, **la Déclaration universelle** des droits de l'homme de 1948 consacre à l'enfant deux articles, l'article 25 qui lui reconnait le droit à une aide et à une protection spéciale avant et après sa naissance et qui affirme le principe de l'égalité entre les enfants, mettant fin à l'exclusion des enfants nés hors mariage ; ainsi que l'article 26 qui prévoit le droit à l'éducation ; l'enseignement gratuit et obligatoire et qui accorde aux parents la priorité en matière de choix de l'éducation. **La Déclaration des droit de l'enfant** adoptée le 29 novembre 1959 par l'assemblée générale de l'O.N.U réaffirme le principe de la protection de l'enfant en proclamant « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux ; notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après sa naissance » sachant que les déclarations ne sont pas elles-mêmes obligatoire mais elles ont servi de base à l'élaboration de conventions. SAI Fatima-Zohra, le statut de l'enfant dans la convention relative aux droits de l'enfant de 1989. les cahiers du LADREN, Université d'Oran, Faculté de droit, année 2008, N° 1, page 157.

[2] مقال للأستاذة بن قو أمال بعنوان السن الأدنى للعمل كمعيار لحماية الطفل في القانون الجزائري دراسة مقارنة على ضوء الاتفاقيات الدولية ، يوم دراسي حول تشغيل القصر نظم يوم 29 نوفمبر 2011 بكلية الحقوق، جامعة وهران.

[3] مقال للأستاذة علاق نوال بعنوان السن الأدنى للعمل كمعيار لحماية الطفل في القانون الجزائري دراسة مقارنة على ضوء الاتفاقيات الدولية ، دفاتر حقوق الطفل، جامعة وهران، كلية الحقوق، س 2011، العدد 02، ص 81.

[4] وقد حرص المشرع على تقرير عقوبة مالية من خلال المادة 140 من ق.ع.ع تتراوح قيمتها من 1000 إلى 2000 دج على توظيف كل عامل قاصر [redacted] 15 يوما إلى شهرين دون المساس بالغرامة المحددة بضعف القيمة المحددة سلفا في حالة العود، بحدر الإشارة إلى ان قيمة الغرامة ضئيلة بالنظر إلى حجم المخالفة وكذا إذا ما قارناها بمختلف القوانين الأخرى الصادرة أو المعدلة وبالأخص قانون العقوبات، لذا نناشد المشرع الجزائري بإعادة النظر في هذه القيمة وتقرير الجزاء الذي يتناسب وهذه المخالفة.

كما أنه يتعين على المشرع أن يضع آليات أكثر صرامة لحماية العمال القصر إضافة إلى تحديد قائمة

الأعمال الخطرة التي ركزت عليها لجنة حقوق الطفل بعد الملاحظات التي أبدتها منظمة العمل الدولية للجزائر وفقا

لما نصت عليه اتفاقيتي منظمة العمل الدولية رقم 138 لسنة 1973 ورقم 182 لسنة 1999 اللتان صادقت عليهما الجزائر بتاريخ 2012/06/15 أين أعربت عن قلقها إزاء الحد الأدنى لسن العمل المحدد بست عشرة سنة وكررت اللجنة توصيتها بشأن وضع حد للاستغلال الاقتصادي للأطفال لا سيما في القطاعات غير الرسمية[1].

وتبعا لهذا يتعين على السلطات المعنية **بالطفولة**[2] **أن تمنع تشغيل الأطفال قبل بلوغهم سن إتمام التعليم** المتوسطي وحمايتهم من التشغيل في أعمال تضر بصحتهم[3]، كما ينبغي أن تحارب من يتعرض لهم بالاعتداء أو استغلالهم جسديا بشكل يسيء إلى كرامتهم[4]، وعليه خرج المؤتمر الدولي السادس المنعقد بلبنان بجملة من التوصيات أهمها اعتماد تشريعات وطنية واضحة وشاملة تضمن حقوق الطفل وحمايته من كل أشكال الاستغلال[5].

3. القاصر في القانون الجنائي

يطلق لفظ الحدث على الصغير الذي لم يبلغ الثماني عشرة سنة وهي **سن الرشد الجنائي وهذا ما قررته** المادة 02 من قانون حماية الطفل[6]، **وهو نفس الحكم الذي كانت تقضي به** المادة 442 ق.إ.ج[7] **الملغاة بموجب** القانون رقم 15-12، **وما** يهمنا في هذا المقام هو مسألة صغر السن ومدى ارتباطها بفكرة المسؤولية التي **تتدرج**

---

[1] كيرواني ضاوية، التنظيم الدولي للعمل في مواجهة عمل الأطفال، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، **جامعة تيزي وزو، دون تاريخ المناقشة.**

[2] [Les autorités publiques quant à elles adoptent des stratégies de prévention et de lutte contre le travail des enfants, ainsi en est-il de l'installation en 2003 de la commission intersectorielle de prévention et de lutte contre le travail des enfants composée de plusieurs départements ministériels et de l'organisation syndicale. Grâce à l'obligation scolaire jusqu'à 16 ans, l'Algérie a réussi pendant longtemps l'exploit de figurer parmi les pays où le phénomène su travail de l'enfant n'a pas d'ancrage.] Malika BOULENOUAR Azzemou, Journée d'étude du 29 novembre 2011organisée à l'Université d'Oran, Faculté de droits, N° 4, 2013, p 30.

[3] **تنص** المادة 37 من ق.ن.ع.م.ر.ق على ما يأتي:" **لا** يجوز **تشغيل القاصر** في **الأعمال الخطرة** التي **قد تعرضه** إلى **أضرار جسدية أو نفسية أو** غيرها".

[4] العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة والاتفاقيات الدولية،المرجع السابق، ص109.

[5] المؤتمر الدولي السادس، المنعقد بطرابلس، لبنان، بتاريخ 20-22 نوفمبر 2014، **تاريخ التحيين** 2014/11/22. (www.jilrc.com).

[6] **القانون** 15-12 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل، واعتبر معنى الحدث هو نفسه المعنى المراد بالطفل في المادة الثانية منه كما سيأتي بيانه في موضعه.

[7] كانت تقضي هذه المادة بما يلي: "**يكون بلوغ سن** الرشد الجنائي في تمام الثامنة عشرة".

وفقا لعمر الحدث حيث تنعدم مسؤوليته في المرحلة الأولى من عمره ثم يكون مسؤولا مسؤولية مخففة في مرحلة لاحقة تستوجب بعض التدابير الخاصة في مواجهتها لا تنطوي على الإيلام كما هو الشأن بالنسبة للعقوبة التي توقع على البالغين.

ومناط كل هذا هو الإدراك إذ أنه يجعل الشخص يميز بين النفع والضرر وكذا بين الخطأ والصواب فهو يلازم المسؤولية وجودا وعدما فإذا انعدم الإدراك فلا مجال للمساءلة أما إذا كان ناقصا فإن المسؤولية تكون مخففة، وتكون المسؤولية كاملة باكتمال الإدراك أي أن الإدراك يؤثر على الركن المعنوي للجريمة (القصد الجنائي) كما أن هنالك عوامل خارجية لها دور فعال في التأثير على سلوك الحدث كالوسط الأسري والمحيط والعواطف وغيرها التي تقوده إلى الجنوح[1].

فالتشريع الفرنسي يعفي الحدث من المسؤولية الجنائية ما لم يبلغ سن الثماني عشرة سنة على أنها قرينة لا

تقبل إثبات العكس إلى غاية 13 سنة وخلال هذه المرحلة مهما كانت جسامة الفعل الذي يقترفه الحدث فإنه لا يجوز الحكم عليه بعقوبة جنائية، وتبعا لهذا هناك تدابير احترازية يمكن إعمالها في مواجهة جنوح الحدث وتتمثل أساسا في الملاحظة أو المساعدة أو التهذيب[2]، أما بعد هذه السن فإن قرينة عدم المسؤولية تكون قابلة لإثبات العكس وللقاضي سلطة تقديرية في توقيع العقوبة على الحدث إذا تبين من ظروف الجريمة ما يبرر هذا الحكم على أن تدابير التهذيب أيضا يمكن إعمالها في مواجهته[3]. بينما يتجلى موقف المشرع الجزائري من استقراء المواد 49، 50، 51 من قانون العقوبات تحت عنوان المسؤولية الجزائية حيث نجد أن المشرع بعد التعديل الذي أجراه على قانون العقوبات سنة 2014[4] قد أورد أربع مراحل وهي:

[1] منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006، ص213.

[2] منصور رحماني، نفس المرجع، ص 214.

[3] منصور رحماني، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[4] عدل قانون العقوبات بموجب القانون 14-01 المؤرخ في 04 ربيع الثاني 1435 هـ الموافق لـ 04 فبراير 2014.

المرحلة الأولى: وهي فترة **ما قبل** 10 سنوات فلا يكون القاصر محلا للمتابعة الجزائية وهذا الحكم من **مستجدات قانون العقوبات**[1]**، وهذا** ينسجم مع ما ورد في نص المادة **56 من القانون 15-12 المتعلق** بحماية **الطفل الذي ألغى الأحكام المتعلقة بالحدث الواردة** في قانون الإجراءات الجزائية والذي سوف نتعرض له بشيء من التفصيل في الجزء الخاص بجنوح الأحداث.

المرحلة الثانية: وهي المرحلة الممتدة من 10 إلى أقل من **13 سنة من عمر القاصر وحكمها ألا يوقع** عليه إلا تدابير الحماية أو التهذيب، أما في مواد المخالفات فلا يكون محلا **إلا للتوبيخ**[2]**، ويتحمل المسؤولية بدلا عنه ممثله الشرعي إذا ما ألحق ضررا** بالغير حسب مقتضيات المادة **56 من القانون 15-12** المؤرخ في **2015/07/15 المتضمن** حماية الطفل.

وحدد المشرع الجزائري سن القاصر في هذه المرحلة بالنظر إلى وقت اقتراف الجريمة ولا يجوز وضع القاصر في هذه المرحلة في المؤسسات العقابية ولو على سبيل التأقيت على أنه يخضع لتدابير التهذيب والحماية، أما بشأن المخالفات في حق الحدث فلا مجال إلا للتوبيخ حسب مقتضيات المادة **49 من قانون العقوبات المعدلة بموجب القانون 14-01.**

المرحلة الثالثة: وهي الفترة الممتدة ما بين **13** إلى **18** سنة حيث يكون الشخص في هذه المرحلة ناقص الأهلية وتتدرج المسؤولية بالموازاة مع تدرج السن فيتعرض إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة لأنه لم

---

[1] **تنص المادة 1/49 معدلة من قانون العقوبات على ما يلي:**"لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر(10) **سنوات**".
ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة".
وحررت في ظل الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 **يونيو** 1966 **كما يلي:** "لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالث عشرة سنة إلا تدابير الحماية أو التربية.

[2] **تنص المادة** 49 من ق.ع **المعدلة ف2 وف3 على ما يلي:**" لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب.
ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ".

يبلغ رشدا[1]، تجدر الإشارة إلى أن العقوبات قد خفضت في هذه المرحلة بمقتضى المادة 50 من ق.ع إلا أن الغرامة لم يذكرها المشرع في هذه المادة مما يفهم معه أنها تبقى على حالها كما هو مقرر للبالغين[2]، وأما في في مواد المخالفات فإنه يقضى على القاصر في هذه المرحلة إما بالتوبيخ أو بعقوبة الغرامة طبقا للمادة 51 من ق.ع.

المرحلة الرابعة: وهي بلوغ الشخص ثماني عشرة سنة وهو سن الرشد الجزائي بمقتضى المادة 02 من قانون حماية الطفل[3] ويحدد من وقت اقتراف الجريمة، وفي هذه المرحلة يكون الشخص كامل الأهلية وتبعا لهذا فإنه يسأل مسؤولية تامة.

وقد أورد المشرع عدة جرائم تتعلق بالحدث ولا يمكن حصرها في هذا المقام ونكتفي بجريمة إبعاد قاصرة على سبيل المثال الوارد في نص المادة 326 من ق.ع[4]، فالشرط الذي يهمنا في هذه الجريمة هو أن الضحية القاصرة لم تكمل الثامنة عشرة ثم بعد ذلك الشروط الأخرى كتحديد أن الإبعاد تم دون عنف أو تهديد أو تحايل وقد بينت المحكمة العليا هذه الشروط في قرار لها بتاريخ 2010/09/23[5].

---

[1] تنص المادة 4/49 من ق.ع المعدلة على ما يلي" ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة".

[2] تنص المادة 50 من ق.ع على ما يلي: "إذا قضي بأن يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالآتي:

إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس مدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغا".

[3] ألغى هذا القانون جميع الأحكام المخالفة له لا سيما المواد من 442 إلى 494 من قانون الإجراءات الجزائية(انظر المادة 149 من ق.ح.ط الواردة في الأحكام الانتقالية).

[4] تنص المادة 326 من ق.ع (المعدلة بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006) على ما يلي:"كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة ستة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار.

وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

[5] ملف رقم 609584 قرار بتاريخ 2010/09/23 نصه كالآتي:"يجب في جريمة إبعاد قاصرة إبراز سؤال محكمة الجنايات وقوع الإبعاد بغير عنف أو تهديد أو تحايل وعدم إكمال الضحية سن الثامنة عشرة" انظر م.م.ع، ق.و، 2010، ع 02، غ.ج، ص 308.

4. القاصر في قانون الصحة

تشترط جل التشريعات ضرورة توافر أهلية المريض ورضائه وإذنه حتى يتمكن الطبيب من مباشرة علاج القاصر وإذا تعذر ذلك على المريض ينصرف الرضا والإذن إلى أقاربه[1]، وقد أولت التشريعات الصحية الجزائرية للقاصر مكانة خاصة ضمن أحكامها وفي مقدمتها القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها[2] وكذا مدونة أخلاقيات الطب الجزائري الصادرة بموجب م.ت 92-276 المؤرخ في 1992/07/06.

ويتجلى اهتمام المشرع بالقاصر في المجال الطبي عن طريق احترام إرادته من طرف الطبيب إزاء الأعمال الطبية التي يخضع لها القاصر، ويثار التساؤل في هذا الصدد عن مدى حق الطبيب في مباشرة التدخل الطبي دون الحصول على رضاء القاصر أو وليه الشرعي؟

أما عن المشرع الفرنسي فإن موقفه يبرز بمقتضى قانون 459 الصادر سنة 1970 حيث ميز بين الحماية القانونية للذمة المالية للقاصر وبين حماية شخص القاصر[3]، على أن هذه الأخيرة تتم عن طريق سلطة الوالدين، فلا يثور الإشكال حال اتفاقهما على قبول التدخل الطبي للقاصر أو رفضه وإنما يطرح التساؤل إذا قبل أحدهما التدخل الطبي في مواجهة رفض الآخر؟

للإجابة على هذا الإشكال ميز القانون بين طبيعة التدخل الطبي وخطورته، فإذا كان بسيطا لا ينطوي على جانب من الخطورة فهنا يكتفي الطبيب برضا أحدهما أما إذا كان التدخل الطبي غاية في الخطورة فإنه يتعين على الطبيب الحصول على رضا الوالدين معا وعند الاستعجال يرفع الأمر إلى قاضي شؤون الأسرة ليكون دوره

---

[1] بن صغير مراد، مقال بعنوان الوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد4، 2007، ص 290.

[2] المعدل بموجب القانون 17/90 الصادر بتاريخ 1990/07/31 وكذا القانون 07/06 المؤرخ في 2006/07/15 ثم القانون 13/08 المؤرخ في 2008/07/20.

[3] زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، س 2011، ص273.

تحكيميا ويسعى إلى الإصلاح بينهما وإن تعذر ذلك يعين خبيرا ليبين لهما المزايا والعيوب بخصوص المسألة ويتوصل هكذا إلى التوفيق بينهما بشأن أمر القاصر[1].

ولكن هل بإمكان القاصر رفض علاج وافق عليه الوالدين ؟ تنص في هذا الصدد المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي على ما يلي:"إذا كان عديم الأهلية قادرا على التعبير عن رأيه فإن الطبيب يجب أن يعتد بهذا الرأي في أقصى الحدود الممكنة" فبناء على هذا النص يعتد برأي القاصر كأصل عام إلى أبعد الحدود واستثناء من ذلك يمكن للطبيب أن يستبعد إرادة القاصر إذا كان رفضه يعرض حالته الصحية للخطر[2].

وقد قضت في هذا القبيل محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 03 يونيو 1997 مضمونه إعطاء الحق لقاضي الأحداث في الأمر بإجراء الفحوصات الطبية التي يحتاج إليها بصورة مباشرة، والمستقر عليه قضاء وفقا لمحكمة النقض الفرنسية أن الطبيب يكون بمثابة المدعى عليه ويتعين تبعا لهذا على المريض أومن يمثله قانونا في حال قصره إقامة الدليل أمام القضاء بأن تدخل الطبيب كان دون رضائه، وهي مسألة صعبة الإثبات تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وله الاستعانة بخبير عند الاقتضاء[3].

أما المشرع الجزائري فإن موقفه يتجلى من خلال نص المادة 54 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على ما يلي:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر أو شخص معوق إذا لاحظ معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة"، والفرق جلي وواضح باستقراء النصين سواء الوارد في التشريع الفرنسي أو ذلك الوارد في التشريع الجزائري حيث منح المشرع الفرنسي الحق للقاصر نفسه باللجوء إلى القاضي بيد أن المشرع الجزائري منح هذا الحق للطبيب القائم في حق المريض[4].

---

[1] زينة غانم يونس العبيدي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[2] زينة غانم يونس العبيدي، المرجع نفسه، ص 274-275.

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، س1999، ص 40-41.

[4] زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص274.

وغني عن البيان أن رضاء المريض القاصر سواء كان مميزا أو غير مميز[1] لا يتعين احترامه بسبب قصر الشخص لأنه لا يقدر على استظهار وجه المصلحة لتخلف التمييز لديه ولهذا جعل المشرع له نائبا قانونيا يوافق بدلا عنه على العلاج حيث تنص المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها: "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك"، يحيلنا هذا النص إلى المادة 81 من ق.أ التي تفيد أن من ينوب قانونا على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها هو الولي أو الوصي أو المقدم.

تجدر الإشارة إلى أنه قد يتقدم إلى الطبيب قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء فهنا يتعين على الطبيب أن يقدم العلاج للقاصر وبالموازاة يسعى جاهدا لإخطار أولياء القاصر[2] أو لإبلاغ ممثله الشرعي ويحصل على موافقتهم وفق ما أشارت إليه المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب، وهنا يجب على الطبيب طبقا للمادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب أن يحمي المريض القاصر عندما يرى أن حالته الصحية في خطر ويتحلى بواجب النصح وإقناع القاصر بضرورة موافقته على تلقي العلاج وأمام كل هذه المساعي بإمكان الطبيب أن يستغني عن موافقة القاصر وتحت ضمان مسؤوليته إذا رأى في ذلك مصلحة للقاصر[3].

ويطرح إشكال آخر وهو حالة الوالدين المطلقين فما الحكم إذا رفض أحدهما العلاج؟ هنا يجب مراعاة مصلحة المحضون بخصوص هذه المسألة وفي حال التنازع يرفع الأمر إلى القاضي[4]، تجب الإشارة إلى مسألة مهمة

---

[1] على خلاف ما تقضي به الأحكام العامة والتي تفرق في الحكم بين الصبي المميز وغير المميز حيث يكون التصرف قابلا للإبطال بالنسبة للعقود التي يبرمها القاصر المميز وفقا لقواعد القانون المدني(م2/101)، وتكون موقوفة على إجازة الولي وفقا لأحكام المادة 83 من ق.أ أما الصبي غير المميز فيبطل تصرفه بطلانا مطلقا لكن هذا الحكم يختلف عما قرره المشرع في قانون الصحة حيث أنه لا يأبه هذه القوانين وتبعه هذا لا يمكن للقاصر الموافقة على الأعمال الطبية لقصر نظره وعجزه عن فهم الخطاب من جهة ولان الامر يتعلق بسلامته البدنية من جهة أخرى.

[2] في حالة الاستعجال يكون التدخل الطبي واجب حتى ولو رفض الوالدان لأن الطبيب أدرى بمصلحة القاصر إلا إذا كان هذا التدخل من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا يحمد عقباها فيكون تدخلهما جدي ويعتد به في مواجهة قرار الطبيب، وفي حال رفض أحدهما فإن الحكم يختلف عما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي كما سبق بيانه وإنما في اعتقادنا نرجع إلى أحكام قانون الأسرة وبالضبط إلى فحوى نص المادة 87 من ق.أ التي تقرر بأن يكون الأب وليا على أولاده القصر فيؤخذ بموافقته وفي حال غيابه أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة فقط أما إن كان الأمر غير مستعجل فيبقى الحكم على أصله وهو انتظار قدوم الأب وتقرير ما يراه مناسبا بشأن القاصر.

[3] عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر ، س2007، ص 26.

[4] حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة الجزائر، س 2008، ص 72.

أغفلها المشرع في قانون الصحة رقم 85-05[1] يتعلق الأمر بحالة المريض القاصر يتيم الأبوين أو مجهول الأبوين **فيؤخذ هنا برضا الكافل مع إعطاء** الطبيب المعالج سلطته التقديرية والعلة في هذا مراعاة مصلحة المريض القاصر[2]، ونظرا لأن الشخص القاصر لا يمكنه مباشرة **حقوقه بنفسه وجب أن يعين له شخص ينوب عنه قانونا في ممارستها** فيدلي بموافقته بدلا منه بشأن إجراء العلاج ليرتب هذا **العمل** آثاره القانونية بالنسبة للمريض **عن طريق ما يسمى** بالولاية، هذه الأخيرة التي أسندها القانون للأب ثم الأم التي تحل محله بعد وفاته دون حاجة لاستصدار حكم **باعتبارها ولاية أصلية**[3].

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الصبي لا قصد له ولا فهم ومن ثم لا يعتد بإذنه قال ابن القيم -رحمه الله-:"...**فإن كا**ن بالغا عاقلا لم يضمنه لأنه أسقط حقه بالإذن فيه، وإن كان صغيرا ضمنه لأنه لا يعتبر إذنه **شرعا...**"، يتضح من هذا القول أن أهلية الإذن يشترط فيها **البلوغ والعقل**، كما بين رحمه الله سقوط إذن الصبي وعدم اعتباره شرعا وهنا ينتقل حق الإذن إلى الولي وتبعا لهذا إذا قام الطبيب بعملية جراحية للصغير سواء بإذنه أو **بدون إذن من وليه فأصابه ضرر بسبب الجراحة فهو ضامن**[4].

وهنا نشير إلى مسألة هامة تتعلق بحالة رفض الولي لعلاج القاصر بسبب غير جدي مؤسسا عزوفه على معتقدات فاسدة أو لاعتبارات مالية فإن مثل هذا الرفض لا يعتد به وهو مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية التي لا **تبيح للمسلم رفض العلاج**، بل إن السعي للعلاج واجب ديني الغرض منه المحافظة على الأبدان إلا إذا ثبت **خلاف ذلك**[5].

---

[1] على اعتبار أنه جاء مختصرا إذا ما قارناه بالقانون السابق الملغى رقم 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 **والمتضمن قانون الصحة العمومية**.

[2] **حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص**73.

[3] رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2007، ص128.

[4] أسامة عبد العليم الشيخ، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة **الوفاء القانونية**، الإسكندرية، مصر، ط1 ، س 2013، ص63.

[5] **مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة- ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، س 2009، ص208 وما يليها.**

أما فيما يتعلق بمسألة نقل وزرع الأعضاء البشرية فلم يحدد المشرع الجزائري سنا معينة تحكم أهلية المتنازل وكذا أهلية المتلقي، لذا يتعين الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد هذه السن والواردة أساسا في المادة 40 من ق.م والتي تحدد سن الرشد بتسع عشرة سنة كاملة وعلى هذا إذا بلغ الشخص المتنازل هذه السن متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه يعتبر راشدا ويمكنه تبعا لهذا التصرف في عضو من أعضائه وفق شروط محددة قانونا[1].

وأما بخصوص أهلية المتلقي فقد نص المشرع الجزائري في المادة 166 من ق.ص على ما يلي:"...وإذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهلية القانونية أمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الولي الشرعي حسب الحالة..."، وتضيف نفس المادة في فقرتها الرابعة أن القصر يعطي الموافقة بدلهم الأب وإن تعذر ذلك فالولي الشرعي، فإذا تبين للجراح أن المتلقي القاصر لا يمكنه التعبير عن إرادته فيتعين عليه أن يحصل على موافقة ممثله القانوني، أما إذا كان القاصر مدركا لمصلحته وخطورة حالته بقدر كاف وأمكنه التعبير عن إرادته فلا يمكن للممثل القانوني أن يفرض رأيه على القاصر باعتبار القرار الصادر بخصوص عملية زرع الأعضاء البشرية شخصي يتعين صدوره من المتلقي نفسه وفيما يتعلق بموافقة ممثله الشرعي فهو احتياطي يكون حال تعذر الحصول الرضاء من المتلقي شخصيا[2].

كما حظر المشرع الجزائري على الأطباء القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من القدرة على التمييز وفقا لما نصت عليه المادة 1/163 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[3] وكذلك يدخل ضمن دائرة الحظر وفقا للنص الأشخاص الراشدين المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحتهم حال

[1] في حين ذهب المشرع الفرنسي إلى أن سن الرشد الخاص بزراعة الأعضاء البشرية هو 18 سنة كاملة كما أجاز للقاصر التنازل عن عضو من أعضائه بشرط موافقة ممثله الشرعي المعززة بموافقة لجنة من الخبراء وأن يكون المتنازل له أخ أو أخت فقط دون سواهما. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، ج1، بوزريعة، الجزائر، 2013، ص231.

[2] مروك نصر الدين، نفس المرجع، ص 242.

[3] تنص المادة 1/163 من قانون الصحة على ما يلي:"يمنع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز، كما يمنع انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل"

التبرع[1]، والقاصر كما سلف بيانه هو الصبي المميز أو غير المميز ونفس الحكم يطبق بالنسبة لمن كان في حكم هؤلاء من سفيه وذي غفلة ومجنون ومعتوه، وقد استند بعض الفقهاء إلى أحكام المادة **44 من ق.م** التي **تفيد بأنه** يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب **الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة وأثاروا إشكالية مؤداها مدى إمكانية الاعتداد** برضا الولي في هذه المسألة والأخذ بموافقته على انتزاع هذه الأعضاء من القاصر المولى عليه، إلا أن المشرع لم ينص صراحة على هذا الحكم ولهذا لا يمكن اعتماد القياس لأن الأمر غاية في الخطورة ويتعلق بالأبدان التي تقدم على الأديان حال التعارض بينهما ولهذا يحتاج مثل هذا التصرف إلى نص صريح **حفاظا على صحة الأشخاص من الأضرار.**

وذهبت بعض التشريعات وعلى رأسها التشريع الفرنسي إلى جواز **الاعتداد** بموافقة الولي لاقتطاع الأعضاء **والأنسجة البشرية** من القاصر وأوردت قيدا على هذه الموافقة وهو تعزيزها بموافقة لجنة من الخبراء بعد الاستماع للقاصر متى كان مدركا ولديه المكِنّة على التعبير مع تحديد هوية المستفيد من التبرع[2]، وإذا حدث ولم تبلغ هذه اللجنة فإن التبرع يصبح غير مشروع ولو وافق عليه القاصر بمعية ممثله القانوني[3]. **و**يذهب الفقه الإسلامي إلى أنه لا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا برضاه وفي حالات الإسعاف التي يكون المصاب فيها فاقد الوعي وعلى هذا يشترط ألا يكون نقل العضو إلا برضا المنقول منه ولا يكون كذلك إلا إذا كان كامل الأهلية وعلى هذا لا يعتد بإذن الصغير ومن في حكمه[4].

نشير في الأخير إلى أن القانون الطبي الجزائري يثير إشكالا فيما يتعلق بالأهلية، ذلك أنه في كثير من التدخلات الطبية التي تنطوي على خطورة جدية اشترط فيها التشريع موافقة الممثل الشرعي لهذا المريض كالمادة

---

[1] بمفهوم المخالفة لنص هذه المادة لم يبق إلا الأشخاص الكاملي الأهلية الذين يمكنهم التبرع بأعضائهم وأنسجتهم كصورة للتصرف أجازها **المشرع سواء** كان هبة أو تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت كالوصية.

[2] **جاري بسمة** –الدهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، كوكب العلوم للنشر والتوزيع، ط2، **الجزائر**، 2012، ص 95.

[3] **مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 258 وما يليها.**

[4] بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، **د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، س** 2011، ص124.

السالفة الذكر (م 154 من القانون 85-05) وفي نصوص أخرى منها مدونة أخلاقيات الطب ويشترط التشريع أهلية المريض في كل تدخل طبي، مما يجعل الأطباء عرضة للمساءلة عن تقديم العلاج لمن لم تكتمل أهليته بعد سواء أكان ناقصها أم فاقدها، بل أن التشريع أعطى لناقصي الأهلية الحق في إبرام التصرفات القانونية ولم يمكن المريض القاصر من هذا الأمر مع أن الأمر يتعلق بصحته أي المحافظة على الأبدان فقدم المال على جانب الصحة مخالفا بذلك توجه الفقه الإسلامي.

لذا نأمل أن يتدارك المشرع النقص الذي يعتري النصوص القانونية في المجال الطبي بإرساء منظومة صحية منسجمة تجمع النصوص المتفرقة في هذا الخصوص ويُمكّن القاصر من إبداء رأيه والاعتداد برضاه[1] في التدخلات الطبية التي تجرى لمصلحته على اعتبار أنها مسألة تعنيه هو بالدرجة الأولى، كما يتعين على المشرع أن يتدخل بنصوص في إطار الولاية على القاصر غير المميز ويقيد النيابة القانونية بمصلحة الطفل الصحية ويلزم إشراكه في القرارات التي تعني سلامته الجسدية متى كان قادرا على ذلك[2] توازيا مع الاتفاقيات الدولية التي تكرس هذه الحماية، ويندرج هذا بطبيعة الحال ضمن الولاية على نفس القاصر التي نتطرق إلى مفهومها بيان الأحكام المتعلقة بها في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: الولاية على نفس القاصر وبيان أحكامها

قسم الفقهاء الولاية إلى عدة أقسام استنادا إلى معايير عدة سواء بحسب أطرافها أو موضوعها وقد سبق التفصيل في هذه المسألة، ورأينا أن الولاية المتعدية تنقسم من حيث موضوعها إلى ثلاثة أنواع، ولاية على النفس وولاية على المال وولاية على النفس والمال معا، والنوع الذي يهمنا في هذا المقام هو الولاية على النفس وسوف نقوم بتعريفها وتمييزها عما يشابهها من مصطلحات ثم نحدد شروطها وبين ترتيب أصحاب الحق فيها (المطلب

[1] تجب الإشارة إلى أن الرضا يتطلب توافر شروط معينة بخصوص العمل الطبي وذلك بأن يكون هذا الرضا متبصرا (مستنيرا) وأن يكون حرا وكذلك أن يكون مشروعا.

[2] زعنون ميصابيحي، مقال بعنوان النيابة القانونية ومصلحة الطفل الصحية، دفاتر حقوق الطفل،ع1، جامعة وهران، سنة 2008، ص28.

الأول)، ثم نعرض إلى أحكام الولاية على نفس القاصر من سلطات الولي على نفس القاصر لنخلص إلى بيان مسقطات الولاية على نفس القاصر(المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الولاية على نفس القاصر

إن الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتطبيب وتزويج ونحو ذلك تقع على عاتق الولي، وذلك إذا خيف على القاصر من الضياع وإذا لم يكن مأمونا على نفسه، وقد عني الفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي ببيان ترتيب أصحاب الحق في الولاية على نفس القاصر مراعيا في ذلك الأفضل لمصلحته حيث نجد جل التشريعات العربية تتمسك بما ذهب إليه الفقه الإسلامي في حين نجد البعض منها يخالف أحكامه، فما هو موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة؟ وعلى هذا الأساس نعرض مفهوم الولاية على نفس القاصر في الفرع الأول ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى بيان أصحاب الحق في الولاية على نفس القاصر وفق ترتيب فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا الترتيب الوارد في التشريعات الوضعية.

الفرع الأول: مفهوم الولاية على نفس القاصر

لقد اختلف الفقهاء في مفهوم الولاية على نفس القاصر إلى عدة تعاريف وميزوا بينها وبين ألفاظ ذات صلة بالمعنى، فنعرف الولاية على نفس القاصر ثم نقوم بتحديد الشروط الواجب توافرها فيمن لهم حق الولاية على نفس القاصر اعتمادا على النصوص القانونية الواردة في التشريع الجزائري-قانون الأسرة- والتشريعات المقارنة وموازنتها بأحكام الفقه الإسلامي.

أولا: المقصود بالولاية على نفس القاصر وتمييزها عن الألفاظ ذات الصلة

كنا قد عرفنا الولاية بوجه عام في المبحث الأول من هذا الفصل وبينا أقسامها، نأتي في هذا المقام لنعرف الولاية على نفس القاصر، ثم نعمد بعدها لتمييزها عن المصطلحات المشابهة.

1. تعريف الولاية على نفس القاصر

يقصد بالولاية على نفس القاصر سلطة الولي التي تتعلق بشخص القاصر وذلك بحفظه وصيانته وتأديبه وتعليمه وتزويجه وتطبيبه[1]، وقد عرفتها م 1/6 من ق.ن.ع.م.ر.ق كما يلي:" الولاية على النفس هي العناية بكل ما له علاقة بشخص القاصر المولى عليه كولاية التعليم والتربية والتوجيه في الحرفة والتزويج".

2. تمييز الولاية على النفس عن المصطلحات المشابهة

هناك بعض المصطلحات التي يلتبس مقصودها مع معنى الولاية على النفس كالحضانة والولاية على المال، ونبين الفرق بينها كما يلي:

أ. تمييز الولاية على النفس عن الحضانة

إن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع يديرها الأبوان فتصلح بصلاحهما وتفسد بفسادهما وذلك بقيامهما بشؤون الصغار، ويلتبس الأمر بولاية الوالدين على الصغار مع ما يسمى بالحضانة وإذا أردنا أن نميز بين المصطلحين فلنفترض انفصال الوالدين أو موت أحدهما فإن الحضانة في هذه الحال تكون للأم أو لغيرها من النساء وتكون الولاية للنفس للأب أو لغيره من أقربائه[2]، وتبعا لهذا يكون توزيع الاختصاص بحكم النفقة فتلتزم الحاضنة بالرعاية والقيام بشؤون القاصر من ملبس ومأكل وإيواء ويلتزم الولي على النفس بالإنفاق والتهذيب والحماية وكذا تمكين الحاضنة من المال لتقوم بالدور المنوط بها وهكذا تستمر الحضانة مشارِكة للولاية على النفس ومجرد انتهاء مدة الحضانة التي اختلف الفقهاء بشأنها ليصبح الولي على النفس هو المنفرد بشؤون القاصر من تربية وحماية وتهذيب التدريب على الأخلاق الفاضلة والمثل العليا في المجتمع[3].

ويظهر الفرق بين الولاية عن النفس والحضانة في كون الأولى لها مدلول واسع في حين أن الحضانة تؤدي وظيفة بيولوجية غذائية وتبعا لهذا فهي ولاية معنوية ومن هنا نميز بين التنشئة "Elevage"التي تتعلق بالحضانة

[1] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 296.- بتصرف-

[2] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق ، ص 7.

[3] محمد أبو زهرة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

والتربية"Education" التي لها صلة بالولاية على النفس[1]، كما أن اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه شرط لثبوت الولاية ولا يشترط ذلك في الحضانة ضف إلى ذلك أن الولاية على النفس تنتهي ببلوغ الصغير أو زواج الصغيرة بينما تنتهي الحضانة ببلوغ سن معينة تحدد بعشر سنوات بالنسبة للذكر ويمكن للقاضي أن يمددها إلى ست عشرة سنة **وببلوغ سن الزواج بالنسبة للأنثى- أي ببلوغ تسع عشرة سنة حسب المادة 7 معدلة من قانون الأسرة. - طبقا للمادة 65 من ق.أ**[2].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري **بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أضاف الفقرة الثالثة للمادة 87 من ق.أ** التي تنص على ما يلي:" وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، **وبموجب نفس القانون عدلت المادة 64 من ق.أ** على النحو التالي:"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم **الأب،.....**"واضح من النصين أن المشرع الجزائري منح الولاية في حالة الطلاق للأم بالدرجة الأولى وهذا منعرج خطير في أحكام الولاية يخالف أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. وأما بخصوص البنت مجهولة الأب المتكفل بها من طرف الغير **فالمستقر عليه قضاء أن الأم** هي الأولى بحضانتها [3].

ب. تمييز الولاية على النفس عن الولاية عن المال

تعرف الولاية على المال على أنها نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبرا لعجزه عن النظر فيها[4]، وبناء على هذا التعريف فإن هذا النوع من الولاية ينصب على مال المولى عليه

---

[1] حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004، **ص 90 وما بعدها.**

[2] حميدو زكية، **نفس المرجع، ص 94-95** –بتصرف- .

[3] **هذا وفقا لقرار المحكمة العليا ملف رقم 582813 قرار بتاريخ 2010/11/11 والذي مضمونه:**" من المستقر عليه قضاء أن أم البنت مجهولة الأب المتكفل بها من طرف الغير هي الأولى بحضانتها. **ولما كان ثابتا** – في قضية الحال – أنه بمراجعة القرار المطعون فيه وخلافا لما تنعاه الطاعنة أن النيابة العامة قدمت التماسها وهذا بيد أنها كانت على اطلاع على القضية بحيث أن المطعون ضده متكفل بالبنت محل النزاع بالطاعنة أنها من أب مجهول.

وعليه فإن قضاة الموضوع أساءوا تقدير الوقائع ولم يعطوا لقضائهم الاساس القانوني مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه".انظر مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق، السنة 2011، العدد 01، غرفة الأحوال الشخصية، ص 262 وما بعدها.

[4] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص220.

إدارة وصيانة تحقيقا لمصلحة معينة إلى غاية بلوغ الصبي سن الرشد، أما الولاية على النفس كما بينا فتتعلق بشخص المولى عليه من حفظ وتربية وتعليم وتطبيب[1].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها فيمن لهم حق الولاية على نفس القاصر

يشترط في الولي على نفس القاصر عدة شروط منها ما هو متفق عليه كالبلوغ والعقل والإسلام ومنها ما هو مختلف فيه كالذكورة والعدالة، وكل هذا للحفاظ على القاصر والقيام بمصالحة على أكمل وجه، لأنه من فقد وصفا من هذه الأوصاف كان فاقد الأهلية أو ناقصها فلا يكون أهلا للولاية على نفسه(الولاية القاصرة) ومن باب أولى لا يكون أهلا للولاية على غيره(الولاية المتعدية)، وسوف نفصل في هذه الشروط على النحو التالي:

1. كمال أهلية الأداء بالبلوغ والعقل

لا يسوغ لمن لم يبلغ الحلم أن يكون وليا لأن هذا إجحاف بحق المولى عليه ويهدد مصالحه لتخلف عنصر الإدراك لديه من جهة، ومن جهة أخرى فإن القاصر لا ولاية له على نفسه فمن باب أولى لا يمكنه أن يَلِيَ غيره[2]، وفي ذات السياق يستدل الفقهاء بقوله عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم:" رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل"[3] ووجه الدلالة في هذا الحديث هو أن الصبي والمجنون غير مكلفين لأنهما لا يعقلان ولهذا لا ولاية لهما لأن هذا فيه إجحاف بحق المولى عليه[4]، وأما اشتراط الحرية عند

[redacted]

الفقهاء المتقدمين فإن مثل هذا الشرط أصبح مسألة تاريخية لا يعتد بها في الوقت الراهن.

إن وجوب توافر شرط العقل يقود إلى القول بأن المجنون فاقد التمييز وتبعا لهذا فإنه لا يملك القدرة على مباشرة التصرفات الشرعية وهذا يتعارض مع تقرير الولاية في حقه على من يليه[5]، فلا يجوز لولي البكر مثلا أن

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية ، المرجع السابق، ص599.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 312.

[3] أخرجه أبو داود في سننه.

[4] لكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 43.

[5] رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 321.

يكون مجنونا لأن هذا يتعارض مع مصلحتها وفي هذا المعنى جاء قوله تعالى:" وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا"[1]، **والخطاب موجه لعامة المسلمين**[2] **سواء تعلق الأمر بالولاية العامة أو الخاصة**، ولهذا يجب إذن الولي **لصحة النكاح**.

2. الاسلام

يجمع **عامة أهل العلم على أن الإسلام من** الشروط التي يتعين توافرها في الولي[3]، **فلا ولاية للكافر على المسلم وذلك درءا** للذل الذي يمس بكرامته ويؤيد **صحة هذا** القول ما ورد في قوله تعالى:" وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا" [4]، ومن جهة أخرى لأن الولاية تتبع الميراث الذي يعتبر اتحاد الدين شرط لثبوته[5]، ويعبر عن **هذا الشرط عند** الحنفية باتحاد الدين بين الولي والمولى عليه لأن **المسيحية لا يليها إلا المسيحي**[6].

3. الذكورة

يشترط جمهور الفقهاء **من المالكية والشافعية** والحنابلة أن يكون الولي ذكرا إذ أنهم لا يجيزون الولاية **للمرأة**[7]، هذه الأخيرة التي يقر بولايتها **أبو حنيفة** فهو لا يشترط **الذكورة حيث أثبت الولاية للنساء ومنها ولاية الإجبار للأم والبنت وبنت الابن والأخت** وغيرهن من النساء في حالة **عدم وجود العصبة من الرجال وهكذا** حسب مذهب أبي حنيفة فإن الولاية تثبت لكافة الأقارب سواء كانوا ذكورا أو إناثا[8].

4. القدرة

وذلك بأن يكون الولي **على القاصر قادرا على رعاية شؤونه فإذا كان** من أسندت إليه الولايةً ضعيفاً **لا** يستطيع المحافظة على نفسه كالشيخ الهرم مثلا فهو بهذه الحال في حاجة إلى من **يرعى شؤونه** وبالتالي **فلا ولاية له**

---

[1] الآية 282 من سورة البقرة.

[2] صفوة التفاسير، مرجع سابق، ج1، ص 141. أحمد الصاوي المالكي، مرجع سابق، ج1، ص 102.

[3] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 111.

[4] الآية 141 من سورة النساء.

[5] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 111.

[6] رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 321.

[7] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 53.

[8] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 111.

على الصغير وهذا الشرط ينطبق على الولي في الحضانة وكذلك الولي في الزواج[1]. تجدر الإشارة إلى أن الشافعية وجماعة من المالكية اشترطوا في الولي عدم اختلال النظر لكبر في السن أو خبل جِبِلّي **أو عارض وسلامته من** الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ودراية المصلحة وفي حال ثبوت خلاف هذا الشرط تنتقل الولاية إلى الأبعد ولم **يثبت هذا الشرط عند الحنفية وهو المشهور عند المالكية**[2].

5. العدالة

وهي الاستقامة على الطريق الحق بالاختيار عما هو محظور دينا[3]، بمعنى أن يكون الولي عدلا في دينه **ومروءته وذلك بأن يأتمر** بما أمر به وأن ينتهي عما نهي عنه، ويرى جمهور الفقهاء باستبعاد العدالة من ضمن شروط الولاية وخالفهم في ذلك الحنابلة[4]**مستدلين بقوله عليه الصلاة والسلام: "لا نكاح إلا بولي** مرشد وشاهدي عدل"[5]، وكما هو ظاهر في الحديث فإن الولي يتعين أن يكون موصوفا بالرشد ولا يكون كذلك إلا إذا كان عدلا أمينا في **ذاته كما أن** مناط الولاية مصلحة المولى عليه وغير العادل لا يراعي ذلك فلا ولاية له على الصغير[6]، **وأما الذين** يرون بعدم اشتراط العدالة-جمهور **الفقهاء- فيقررون أن الفسق لا يسلب الولاية** من الولي **إلا إذا خرج به الفسق** إلى حد التهتك فيصبح غير مؤتمن على ما تحت يده ويترتب على هذا سلب حقه في الولاية[7].

ومن وجهة نظرنا فإننا نميل إلى الرأي الذي يشترط العدالة في الولي خاصة في زمن عم فيه الفساد والانحلال **الخلقي وتفشت فيه** الرذيلة، مما يستوجب حفظ الصغير المولى عليه من الآثام التي تلحق به إذا كان الولي

---

[1] **الأكحل بن حواء، مرجع سابق ص 43.**

[2] محمود علي السرطاوي، شرح قانون **الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان ، الأردن، 2010، ص 54.**

[3] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ص480.

[4] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص 53.

[5] أخرجه الترمذي.

[6] **الأكحل بن حواء، مرجع سابق ص 44.**

[7] **السيد سابق، مرجع سابق، ص111.**

فاسقا هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تعارض المصالح بين الولي والمولى عليه يستلزم حتما تغليب الولي لمصلحته لأنه لا يتصف بالاستقامة.

6. انتفاء الحجر

وقال بهذا الشرط **الحنفية**[1]، واعتبره المالكية شرط كمال لا شرط صحة[2]، فإشراك الولي السفيه في اختيار الزوج مسألة في غاية الخطورة خاصة أنها تتعلق بميثاق غليظ، **فالسفيه كما مر معنا هو الشخص الذي ينفق ماله** على غير مقتضى العقل والشرع والحكمة أي بدون ضابط من العقل فهو سيئ التدبير **بشؤونه، فكيف الحال إذا** تعلق الأمر بغيره نفسا ومالا، **ذلك** أن الهدف من هذه الولاية حفظ القاصر وحسن اختيار الزوج ولا يتمتع بهذا الوصف إلا من كان رشيدا يحسن التصرف[3].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري بخصوص شروط الولاية على النفس

جعل المشرع الجزائري أحكام الولاية بوجه عام في فصل مستقل في الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية ضمن أحكام قانون الأسرة ولم يفصل في **المسائل المتعلقة بالولاية على النفس والولاية على المال كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري، حيث** أنه لم يعرف **الولايتين وذكر شروطا** في الولاية النيابية**(الوصاية) وأغفل ذكرها** في الولاية الأصلية، ما يجعلنا نهتدي إلى أحكام الشريعة **الإسلامية بمقتضى المادة 222 من ق.أ وبالضبط أحكام الفقه المالكي** مع الفرض بإحالة هذه المادة إليه ذلك أن النص غير صريح في ذلك[4]، **وبعد عرض شروط الولاية على** النفس السابق بيانها يتضح أن **الإسلام والعقل** شرطان متفق عليهما فقها وبالتالي فهما معتبران في التشريع الجزائري مادام أن الفقه المالكي قد أخذ بهما.

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 111.

[2] **الأكحل بن حواء، المرجع السابق، ص 46.**

[3] العربي بختي، نظام الأسرة والشرائع والنظم القانونية القديمة، كنوز الحكمة، سنة 2015، ص291.

[4] وهذا ما نرجوه في التعديلات اللاحقة لقانون الأسرة لأنه كلما اتسع النطاق في الفتوى كانت الحلول التي يتخذها القاضي **عرضة للأهواء والأخذ** بالرخص ومن ثم تباعد الرؤى وتبعا لهذا يصبح توحيد الاجتهاد القضائي غير ذي جدوى.

أما شرطي العدالة والذكورة فقد اختلف الفقه بشأنهما ولهذا نرجع في أحكامهما إلى الفقه المالكي، فشرط

العدالة كما سبق بيانه لم يشترطه المالكية في الولي[1] ولهذا يستبعد من ضمن هذه الشروط، أما شرط الذكورة الذي اتفق بشأنه الشافعية والمالكية والحنابلة على أن الولاية في النكاح يشترط لها الذكورة فلا تصح ولاية المرأة على أي حال بخلاف الحنفية الذين يرون أن المرأة تلي أمر نكاح الصغيرة والصغير ومن في حكمهما من الكبار عند عدم وجود الأولياء من الرجال[2]، إلا أن المشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية في هذه المسألة فجعل الولاية للمرأة وخالفهم في القيد الوارد لثبوت ولاية المرأة وهو في حال عدم وجود الرجال فقرر الولاية للأم بشرط بعد وفاة الأب طبقا لأحكام المادة 1/87 من ق.أ، وأما بالنسبة لعنصر الأمانة فما دام أنه مشهور عند المالكية ونظرا لأهميته وإحالة المادة 222 من ق.أ إلى أحكام الشريعة الإسلامية فهو من ضمن شروط الولاية على نفس القاصر خاصة إذا تعلق الأمر بولاية التزويج، وبديهي أن شرط انتفاء الحجر يتعين توافره حتى تصح الولاية على القاصر.

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الولاية على نفس القاصر

نعرض في هذا الفرع درجات أصحاب الحق في الولاية على نفس القاصر في الشريعة الإسلامية ثم نبين توجه القوانين الوضعية في هذا الخصوص لنخلص إلى موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة ومدى استفادته من أحكام الشريعة الإسلامية.

أولا: ترتيب الأولياء على النفس في الفقه الإسلامي

تكون أحقية الولاية على نفس القاصر بداهة للأب لأنه هو المسؤول عنه في جميع تصرفاته وهو القائم على شؤونه إلى أن يبلغ أشده، ومراتب الأولياء على النفس تختلف باختلاف المذاهب ووفقا لنوع الولاية، وتقسم الولاية على النفس إلى ولاية الحفظ والصيانة وولاية النكاح، هذه الأخيرة التي تشمل نوعين يتعلق الأول بولاية

[1] انظر كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لابن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص 53.

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص53.

الاختيار وهي سلطة ثابتة شرعا للولي تخوله تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصريح[1]، **أما النوع** الثاني **فيختص بولاية الإجبار وهي الولاية** التي يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة المولى عليه **بالنيابة** عنه إلى شخص آخر[2]، وبناء عليه فهي تثبت للقصر ومن في حكمهم **ومادام أن الشرع أو القانون قد خول** التصرف لمصلحة القاصر فمعناه أن هذا الأخير لا يعتد بموافقته في هذا النوع من الولاية، **وعليه سوف نسوق رأي** الفقهاء في مسالة **ترتيب الأولياء على نفس القاصر كما يلي:**

1. رأي الحنفية

تجب الإشارة إلى أن الأحناف لا فرق عندهم بين ولاية إجبار أو ولاية اختيار وكذلك ولاية الحفظ **والصيانة**[3]، **وبهذا تثبت الولاية على** نفس القاصر للعصبات بحسب ترتيب الإرث **وهو الابن ثم الأب ثم الجد من جهة الأب** ثم الأخ ثم **العم**[4]، وقال أبو حنيفة مخالفا تلاميذه إن الولاية على النفس تثبت لبقية الأقارب إذا لم تكن عصبات بأنفسهم من غير تمييز بين الذكر والأنثى لأن هذه الأخيرة بإمكانها **إنشاء عقد الزواج** وتبعا لهذا تؤول **الولاية للأم بعد العصبات من الرجال** ثم **الجدة لأب** ثم **الجدة لأم** ثم للبنت ثم بنت الابن وإن نزلت ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخ **أو الأخت لأم** ثم الأعمام والعمات ثم الأخوال والخالات **وهكذا**[5]، **على أن معيار** التفرقة بين رأي أبي حنيفة وتلامذته هو أن سبب الولاية عند الإمام هو القرابة وقوة الشفقة في **حين أن تلامذته يرون أن سبب الولاية هو التعصيب لأن العصبات**[6] هم عاقلة المولى عليه وهم الذين يجب عليهم الحفظ والصيانة ويتعاونون معه في دفع الأذى [7].

---

[1] **الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 48.**

[2] **مصطفى** أحمد الزرقاء، المرجع السابق ، ص816.

[3] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 80.

[4] محمد أبو زهرة، **نفس المرجع، ص 85.**

[5] **رمضان علي السيد الشرنباصي** – جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 316.

[6] العصبات مفردها عاصب وهو كل من لم يقدر له **سهم** في الإرث فيكون له باقي التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم ويستأثر بكل المال إذا **انفرد**. انظر محمود عبد الرحمن عبد المنعم، ج2، ص 506.

[7] **الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 101.**

2. رأي المالكية

الترتيب المعتمد عندهم في ولاية الحفظ والصيانة[1] هو ذلك المعتمد في الميراث **ويكون على النحو** التالي :

تكون للابن ولو كان ابن زنى[2] لأنه العصبة فيقدم على الأب فإن لم يوجد ابن فالولاية تكون للأب ثم للإخوة الأشقاء أو لأب على الترتيب بينهم والجد دونهم وإن كان معهم في الميراث على سواء عند المالكية ثم تأتي جهة العمومة على الترتيب السابق بيانه ثم لمولى العتاقة ولو أنها عصبة سببية وليست نسبية يأتي بعدها كافل اليتيم ولو كان أجنبيا عنه ثم يليه في المرتبة السلطان لأنه ولي من لا ولي له فإن كانوا في مكان ناء يكون عامة من يحضر من المسلمين يختارون من بينهم من يرعى شؤون القاصرين[3].

وأما بالنسبة لولاية الإجبار فإنها **لا تثبت** في المذهب المالكي **إلا للأب ووصي الأب دون** غيرهما إذ أنه لا ولاية لكل العصبات بل أنه ليس للحاكم ولاية إجبار على الصغير[4]، غير أنه إذا غاب عن البكر أبوها وهي مجبرة زوجها سائر الأولياء أو السلطان إن لم يكن لها ولي[5].

3. رأي الشافعية

بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة[6] **تقدم** العصبات في الولاية ولكن ابتداء بالأصول وأولهم الأب ثم الجد **الصحيح** لأنه أولى من الأخ[7] ثم يليهم بعد ذلك الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ثم أولاد الإخوة الأشقاء ثم لأب تأتي بعد ذلك جهة العمومة حسب ترتيبهم في الإرث ثم الحاكم باعتباره ولي من لا ولي له أو حال **عضل أحد** الأولياء[8]. وللملاحظ أن الشافعية لم يذكروا الفروع لأنهم لا يكونون أولياء إلا بالنسبة للمجنون والمعتوه وهم لا

---

[1] وهو الترتيب المعتمد أيضا في ولاية الإختيار. **انظر** محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، **ص 88**.

[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 52.

[3] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، **ص 26**. محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 88-89.

[4] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 164، **الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 67**. عبد الرحمن بن الجزري، مرجع سابق، ج4، ص 51 (على أن الولي الجبر ولقا لهذا المؤلف يثبت عند المالكية للأب فقط).

[5] **ابن جزي، مرجع سابق، ص 205**.

[6] وهو نفس الترتيب المعتمد بالنسبة لولاية الإختيار. انظر محمد ابو زهرة، الولاية على النفس، المرجع السابق، ص 91.

[7] أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، **المرجع السابق، ص205**.

[8] **الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 50-51**.

يجيزون زواج هذين إلا بإذن من القاضي[1] **من جهة، ولأن طبع الابن ينفر من تزويج أمه**[2] **من جهة أخرى، ولكن** ولاية الحفظ والصيانة من دون شك تكون للفروع **كما تكون للأصول**[3].

وأما بالنسبة لولاية الإجبار فالترتيب المعتمد عند الشافعية للأولياء يتقارب مع ذلك الوارد في المذهب المالكي حيث تثبت الولاية للأب والجد الصحيح على الصغير دون غيرهما والعلة في ثبوتها للجد عند الشافعية **قاعدة مفادها "والجد كالأب عند عدمه"**[4].

4. رأي الحنابلة

بالنسبة لولاية الحفظ والصيانة[5] **فإن ترتيب المذهب الحنبلي كالمذهب الشافعي حيث يقدم الأب على الابن لقوله عليه الصلاة والسلام:"أنت ومالك لأبيك"**[6] ولأن الأب أكثر شفقة فتقديمه واجب[7]، وترتيب الميراث مستمد لأن العبرة في الميراث بالقرابة وقوفا على اعتبار أنها خلافة إجبارية، أما الولاية فلا اعتبار لقوة القرابة فيها[8].

وبالنسبة لولاية الإجبار في المذهب الحنبلي هو ذاته المعتمد في المذهب المالكي **حيث أثبتوا ولاية الإجبار للأب ووصيه مع** اشتراط تعيين الزوج للوصي من قبل الأب كما تثبت هذه الولاية للجد والشاهد ما ورد في مؤلف **الفتاوى لابن تيمية** "والجد كالأب في الإجبار فهي رواية عن الإمام أحمد"[9]، **والبكر عند الحنابلة من كانت دون** تسع سنين حيث يكون للأب أن يزوجها دون رضاها لمن يشاء إلا لمن كان به عيب فيحق لها خيار الفسخ[10].

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 90.

[2] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 53.

[3] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، **مرجع سابق، ص 90.**

[4] الأكحل بن حواء، مرجع سابقّ، ص **87 وما بعدها.**

[5] وهو الترتيب المعتمد **بالنسبة لولاية الإختيار** وهناك روايات عن الإمام أحمد تقدم الابن على الجد لذات العلة التي أوردها الشافعية أي أن **طبع الابن** ينفر من تزويج أمه غير أنهم استثنوا من ذلك ولاية الحفظ والصيانة إذ يلتزم الابن لحفظ كرامة أمه . انظر **محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 93.**

[6] **أخرجه ابن ماجة.**

[7] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 53.

[8] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، **مرجع سابق، ص 91.**

[9] **الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 90.**

[10] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج**4، ص 26.**

ويتبادر الأذهان سؤال حيث تقضي القاعدة بأنه إذا تعدد الأولياء فالأقرب درجة هو الأولى بتزويج من في ولايته فإذا استويا في الدرجة كالإخوة مثلا قدم الأقوى كتقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب وإن استويا في الدرجة والجهة جاز لأحدهما تزويجها ولو اعترض الآخر[1]، لكن ما الحكم إذا زوج الولي الأبعد مع وجود الأقرب؟

اختلف الأئمة الأربعة بشأن هذه المسألة إلى قولين:

القول الأول: اتفق جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة على أنه لا يصلح للولي الأبعد أو للحاكم أن يباشر عقد الزواج مع وجود الولي الأقرب المستكمل للشروط[2].

القول الثاني : خالف المالكية رأي الجمهور وقالوا بأن الترتيب بين الأولياء مندوب وليس بواجب حتى وإن زوجها الحاكم فإنه يصح لأنه من الأولياء، أما إذا أوكلت واحدا من أفراد المسلمين بحكم الولاية العامة صح إلا إذا كانت دنيئة فلا يجوز هذا الزواج كل هذا في الولي غير المجبر، أما الولي المجبر فوجوده ضروري[3].

ثانيا : ترتيب الأولياء على النفس في القانون الوضعي

نبين موقف التشريعات المقارنة في مسألة ترتيب الأولياء على النفس ثم موقف المشرع الجزائري.

1. ترتيب الأولياء في التشريعات المقارنة

يختلف الترتيب في التشريعات المقارنة باختلاف المذهب الذي يعتنقه ذلك البلد، فنجد مثلا المشرع المصري يثبت الولاية للعصبات جميعا بأنفسهم ولا تثبت لغيرهم، فجعل المشرع المصري ولاية تزويج الفتاة فيما بين البلوغ وسن الرشد المالي تكون للعصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث ويقدم الجد الصحيح في هذه الولاية فإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي ولا ولاية على البالغ العاقل.

[1] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 55.
[2] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 52.
[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص52-53.

أما في التشريع الأردني فأخذ بمذهب الحنفية، وقد جاء في المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم 36 لعام 2010: "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون". والملاحظ أن التشريع الأردني أضاف عبارة" فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون" إذا ما قارنا هذه المادة بالمادة 9 من قانون الأحوال الشخصية القديم التي تنص على ما يأتي: "الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة"، ويثور الإشكال إذا تساوى الأولياء في الدرجة فينص المشرع الأردني في المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:"رضاء أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة..."[1].

كما تنص المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية اليمني على أن ولي عقد الزواج هو الأقرب فالأقرب على الترتيب :الأب وإن علا ثم الابن وإن سفل، ثم الإخوة ثم أبناؤهم ثم الأعمام، ثم أبناؤهم ثم أعمام الأب ثم أبناؤهم كذلك ويقوم من تكون قرابته لأب وأم وإذا تعدد من هم في درجة واحدة كانت الولاية لكل منهم، على أنه يصح عقد من سبق منهم مع رضاها به ويبطل عقد من تأخروا إذا عقدوا لأكثر من شخص في وقت واحد وإذا أشكل ذلك بطل العقد إلا إذا ارتضت أحد هذه العقود صح وبطل غيره. وتنص المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أن الولاية على النفس للأب، ثم للعاصب بنفسه على ترتيب الإرث، وعند تعدد المستحقين للولاية في درجة واحدة وقوة قرابة واحدة واستوائهم في الرشد فالولاية لأكبرهم، وإن اختلفوا في الرشد اختارت المحكمة أصلحهم للولاية، وإذا لم يوجد مستحق عينت المحكمة وليا على النفس من أقارب القاصر إن وجد فيهم صالح للولاية وإلا فمن غيرهم.

[1] أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص296. وهو حكم مستمد من الفقه الإسلامي كما مر معنا حيث أنه إذا تساوى الأولياء في الدرجة والجهة جاز لأحدهما تزويجها ولو اعترض الآخر.

وأما المشرع المغربي فقد قضى في المادة 24 من مدونة الأسرة بأن الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها، وأضافت المادة 25 من نفس المدونة بأنه للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها. كما ينص الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن الولي هو العاصب بالنسب ويجب أن يكون عاقلا ذكرا رشيدا والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليه وجوبا أبوه أو من ينيبه، والحاكم ولي من لا ولي له.

2. موقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة ترتيب الأولياء على نفس القاصر

يدخل ضمن الولاية على النفس أمران : أولهما القيام على شؤون القصر وهو ما يسمى بولاية الحفظ والصيانة والثاني تزويج القاصر وهو **ما يطلق عليه ولاية النكاح**[1]، فترتيب الأولياء في التشريع الجزائري يختلف تبعا لطبيعة الولاية على النحو الأتي بيانه:

أ. بخصوص الولاية في النكاح

تقضي المادة 02/11 من ق.أ المعدلة بموجب الأمر 02/05 بأنه يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له[2]، وعليه فإن المشرع استعمل حرف "الفاء" الذي يدل على الترتيب والتعقيب على خلاف الفقرة الأولى التي استخدم فيها حرف العطف "أو" الذي يفيد الاختيار،ة فقدم

[1] أبو زهرة، نفس المرجع، ص18.

[2] الجدير الذكر أن المادة 1/11 من ق.أ بعد تعديلها سنة 2005 غيرت من مفهوم الولاية الاختيارية في النكاح وقضت بأن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره في حين أن المادة السابقة للتعديل كانت تقضي بأنه يتولى زواج المرأة وليها وقررت بأنه أبوها ثم أحد أقاربها الأولين ثم أسندت الولاية للقاضي عند عدم وجود الولي، وهذا كان النص القديم يسند الولاية إلى أب المرأة الراشدة وبعده إلى أحد أقاربها الأولين، ولم يحدد المشرع من هم الأقربون ليهتدي القاضي إلى احكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من ق.أ ومراعاة الترتيب في الفقه الإسلامي اي ذلك المعتمد في الفقه المالكي فيكون لوصي الأب في حالة عدم وجود الأب أو حال غيبته.

نشير إلى أن نص المادة 11 بعد تعديله بموجب الأمر 02/05 أصبح غاية في الغرابة من حيث صياغته الجديدة، حيث أن صيغة النص قبل التعديل كانت أفضل مما هي عليه الآن ذلك أن استعمال حرف العطف "أو" في النص الجديد يكون للاختيار في حين أن النص القديم استعمل فيه المشرع حرف "الفاء" الذي يفيد الترتيب والتعقيب، بمعنى أن الأب وفقا للتعديل في مقام الشخص الغريب الذي تختاره المرأة فلماذا أهمل المشرع الترتيب مخالفا المذاهب الإسلامية؟ وما الفائدة من تشريع الولي إذا كانت هي تختاره؟ ولماذا تخلف انتقال الولاية الخاصة إلى العامة في الفقرة الأولى حيث حذف المشرع عبارة " والقاضي ولي من لا ولي له"؟ راجع سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص 59 وما بعدها.

الأب ومن بعده أحد الأقارب كما رتب **حكم** الانتقال في حالة غياب الأقارب إلى القاضي الذي لم يرد في الفقرة الأولى فلماذا هذه التفرقة في الأحكام؟[1].

مع العلم أن المشرع الجزائري بهذه الكيفية عكس الصورة بخصوص الولاية العامة **حيث مر معنا عند** المالكية في ولاية الإختيار عبارة (ثم بعدها السلطان لأنه ولي من لا ولي له) أما في ولاية الإجبار فكانت العبارة(**بل أنه ليس** للحاكم ولاية إجبار على الصغير) ويتدخل القاضي حال غياب الولي، **ونشير** إلى أن مناط ولاية النكاح **هو البكارة إذا تعلق الأمر بالأنثى والصغر بالنسبة للغلام والجنون لكلا الجنسين**[2].

ب. بخصوص ولاية الحفظ والصيانة

يتضح موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة من خلال فحوى المادة **1/87 من ق أ المعدلة بموجب الأمر** الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والتي نصها كما يلي :" **يكون الأب وليا على أولاده** القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، استنادا إلى هذا النص قرر المشرع الولاية للأب على أولاده القصر ثم بعد وفاته تحل الأم مقامه، وهذا لا يتوافق مع ما ذكرناه سلفا في المذاهب **الإسلامية**، حيث اتفق جمهور الفقهاء من شافعية ومالكية وحنابلة على أن الولاية في النكاح يشترط لها الذكورة فلا تصح ولاية المرأة على أي حال بخلاف الحنفية الذين يرون أن المرأة تَلِي أمر نكاح الصغيرة والصغير ومن في حكمهما عند عدم وجود الأولياء من الرجال[3].

غير **أن المشرع الجزائري** أخذ برأي الحنفية في هذه المسألة فجعل الولاية للمرأة وخالفهم في القيد الوارد لثبوت ولاية المرأة وهو في حال عدم وجود العصبات بحسب ترتيب الإرث **فقرر الولاية للأم بشرط بعد وفاة الأب طبقا لأحكام المادة 1/87 من قانون الأسرة.**

[1] سليمان ولد خسال، المرجع نفسه، ص 83.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة الطبعة الثانية، 2006، **بوزريعة، الجزائر**، ص 618.

[3] عبد الرحمن الجزيري، **المرجع السابق**، ص53.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في عدة قرارات لها كما يلي:

- من المقرر قانونا أنه " في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له المصلحة.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون.

[redacted] إثبات التعارض بين

مصالح القاصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"[1].

- من المقرر قانونا أنه " إذا طلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما، خير الولد [redacted] المكفول". ومن المقرر أيضا أنه " في حالة وفاة الأب، تحل الأم محله قانونا "، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالتناقض والقصور في الأسباب ليس في محله.

[redacted]

أمهما بناء على رغبتهما ومراعاة لمصلحتهما، فإن القرار يكون عندئذ خاليا من أي قصور أو تناقض في الأسباب.

ومتى كان كذلك ، استوجب رفض الطعن[2].

- [redacted] الدخول فوليها هو الذي يطالب إلزامها بالدخول وإن بقيت مصرة على ذلك ولم يتم الزواج فالولي يتحمل نتيجة عدم الدخول ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بقلة التسبيب ومخالفة القانون و فقدان الأساس الشرعي ليس محله.

[1] م.ع، غ.أ.ش، 1997/12/23، ملف رقم 187692، م.ق، ع1، 1997 ، ص 53.
[2] م.ع، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 184712/ م.ق، ع2 ، 1998، ص 89.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الأب لم يستعمل ولايته كما هو **مطلوب منه شرعا بل هو الذي** رفض إتمام الزواج فإن المجلس بقضائه برد ما قبضته من الصداق الذي ثبتت مسؤوليته فيه طبق القانون الصحيح .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" [1].

- **من المقرر قانونا " يكون الأب وليا على** أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا".

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده لازال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوف بعد لكي تنوب عنه **الأم.** ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا، قد خرقوا **الأشكال الجوهرية** في **الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار**[2].

المطلب الثاني: أحكام الولاية على نفس القاصر

ندرس في هذا المطلب سلطات الولي على نفس القاصر من صيانة وحفظ، وتعليم وتأديب، وتزويج القاصر لنخلص إلى جناية الأحداث، ثم نبين بعدها **حالات انقضاء الولاية على نفس القاصر.**

الفرع الأول: سلطات الولي على نفس القاصر

يتعين على الولي القيام بشؤون القاصر في أول مرحلة من حياته باعتباره مخلوق ضعيف لا يقوى على مجابهة **الصعاب** وذلك بحفظه وصيانته، ثم بعد فترة لاحقة تأتي ولاية التأديب والتعليم والتهذيب **لِيَليها من بعد ولاية تزويج القاصر**، وهناك أيضا سلطة للولي بأن يمنع المولى عليه القاصر من الاعتداء على الآخرين لأنه يترتب على هذا

[1] ملف رقم 51612 قرار بتاريخ 1988/11/21. مقتبس من قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، 2009-2010، ص 45.

[2] م.ع،غ.ا.ش، 1998/05/17، ملف رقم 167835، م.ق ، ع2 ، 1997 ، ص77.

الأمر مساس بذمته المالية، وسوف نعالج في هذا الفرع السلطات المخولة للولي على نفس القاصر ونفصل في أحكامها شرعا وقانونا.

أولا : حفظ نفس القاصر

سبق القول بأن الإنسان يولد ضعيفا وتبعا لهذا فهو يحتاج إلى من يحميه ويبعد عنه الأذى وهذا بطبيعة الحال يثبت للحاضنة ويعاونها في ذلك الولي على النفس لتتولى الحاضنة القيام بكل ما يتعلق بأمور حفظ الصبي وصيانته من تغذية وتطبيب وإجلاء الخطر عنه على أنه بعد مضي فترة الحضانة ينتقل حق الحفظ والصيانة إلى الولي على النفس وذلك بإسكانه والإشراف على غذائه لكي يقوى ويصبح قادرا على الدفاع عن نفسه[1].

كما يتولى الولي تهذيب الصغير بأن يمنعه من الاعتداء على الغير وإن لزم الأمر يعزره القاضي على أن الجزاء الذي يتعرض له يكون مجردا من الإيلام وغرضه إصلاحه وتقويم سلوكه[2]، كما يقع على عاتق الولي المحافظة على جسم القاصر بعدم تعريضه للتهلكة وذلك بمنعه تناول ما يلحق به الأذى ويبعده عن الشر وصحبه ويعوده على الأخلاق الفاضلة[3]، ويقوم الولي على النفس بكل هذا نيابة عن القاصر إلى غاية بلوغه[4].

كما تجب الإشارة إلى أن الولي على النفس لا يتعدى اختصاصه إلى المحافظة على المال إذا لم يكن هو الولي المالي، وللتوضيح أكثر فإن الذي يتولى زواج القاصرة هو الولي على النفس أما الذي يتولى قبض المهر فهو الوصي المالي ومن ثم فإن الولي على النفس هو المسؤول عن كل شيء يتعلق بنفس القاصر جسما وروحا وعقلا[5].

ثانيا : تعليم وتأديب القاصر

---

[1] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 7.

[2] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 301.

[3] بلقاسم شتوان، نفس المرجع، ص 298-299.

[4] غير أن القانون قد يحدد سنا يمكن للقاصر بموجبها التقاضي دون حاجة إلى من يمثله وقد قضت في هذا المضمون المادة 2 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري بأنه تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم خمس عشرة سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلية.

[5] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 25.

تبدأ مرحلة تعليم القاصر بالتلقين بعد إدراك الأمور فيتعلم حقوقه وواجباته اتجاه الغير وللوالدين دور كبير في ذلك **وخاصة الأم، يذهب المالكية** والشافعية والحنفية إلى أن الأب أو الأم إذا ضرب أحدهما ولده بغرض **التأديب وأفضى** الضرب إلى الموت فلا **قصاص عليه، ونفس الحكم بالنسبة للمعلم إذا كان حسن النية، وهذا** استنادا إلى **قاعد مفادها أن الواجبات لا تتقيد بالسلامة**[1]، ولكنهم اختلفوا في حكم الدية فقرر المالكية والحنفية أنه **لا ضمان لأن الأب أو المعلم كان غرضهما الإصلاح، بينما أوجب الحنفية والشافعية الضمان من باب الاحتياط** والتحفظ من قبل الولي في الضرب[2]. **فإذا بلغ القاصر مرحلة التمييز** يتوسع تفكيره لاستيعاب **حقيقة دينه فيُضرَب لأجل الصلاة** ويلزم بحفظ **ما تيسر من القرآن ومعرفة الشمائل المحمدية** وهذا كله يدخل في باب **التعليم والتوجيه**[3] مصداقا لقوله تعالى: "وَكَانَ يَأْمُرُ أَهْلَهُ بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ وَكَانَ عِندَ رَبِّهِ مَرْضِيًّا"[4].

وغني عن البيان أن الضرب في هذه الحال الغرض منه التوجيه وليس إلحاق الأذى بالصغير وهذا خير من هجره والإكثار من اللوم بل على العكس من ذلك التقرب منه وتقديم **النصح له بالموعظة الحسنة، ويتعين على** الولي أن يعلم القاصر أمور دنياه أيضا حتى يمكنه من مخالطة الناس والصبر على أذاهم وأن يعلمه حرفة في حال إخفاقه الدراسي حتى لا يبقى عرضة لسفلة الناس بعيدا عن الرذيلة ومجالسة أهل السوء، فالولي مسؤول عنه عملا بقوله عليه الصلاة والسلام: **"كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"**[5]**، كما يلتزم** الولي على النفس **بتدريب القاصر على الأخلاق الحميدة** وإرشاده إلى **ما فيه صلاح البلاد والعباد.**

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج5، ص 292-293.

[2] عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 398.

[3] العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة والاتفاقيات الدولية،المرجع السابق، ص106.

[4] الآية 55 من سورة مريم.

[5] رواه البخاري.

غير أن استعمال حق التأديب ليس على إطلاقه ذلك أن الضرب الذي يتخذه الولي كوسيلة لتأديب القاصر له شروطه وضوابطه وليس صحيح ما يقال بأن العقوبة تعقد الصغير وإنما إذا جاءت في وقتها المناسب أي أثناء ارتكاب الخطأ فبالتأكيد سوف تكون مجدية[1].

كما لا يجوز أن يلحق الضرب الأذى بالصغير ولا يتعدى الحدود التي رسمها النبي صلى الله عليه وسلم فإن ابتغى الولي وراء ذلك فهو من العادين ويخرج من دائرة التأديب إلى باب العنف والتعذيب وهذا فعل محظور شرعا[2] وقانونا وكل منوع يوجب الضمان ويستوجب العقاب الجنائي[3]، فالضرب لابد أن يكون بين الإفراط والتفريط فلا نكثر منه حتى يصبح تعذيبا ويؤدي إلى بتر عضو أو حدوث تشوهات، ولا يمكن الاستغناءّ عنه حتى لا ينفلت الصبي من السيطرة الأبوية ويتحول إلى عائق متمرد يهدد كيان المجتمع وهذا بغية تهذيبه وتقويم سلوكه.

يجد حق التأديب للقاصر أساس إباحته في التشريع المصري ضمن المبادئ العامة للنظام القانوني حيث نجد المادة 60 من قانون العقوبات المصري تنص على ما يلي :" لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية"، يستفاد من هذا النص أن المشرع المصري يحيلنا إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون. وإذا بحثنا في القانون الفرنسي وجدناه يعتبر حق تأديب القاصر أحد عناصر السلطة الأبوية التي تمكن من تقويم سلوك القاصر وتربيته تربية صالحة ويجد هذا الحق أساسه في التشريع الفرنسي ضمن القواعد العامة واستندوا في هذا إلى مقتضى المادة 327 من قانون العقوبات وكذا أعراف المجتمع

[1] شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 288.

[2] يقول الشيخ أبو بكر جابر الجزائري:"تسقط الدية عن والد أدب ولده فمات، أو سلطان أدب رعيته، أو معلم أدب تلميذه فمات، وذلك إذا لم يسرفوا في الضرب ولم يتجاوزوا الحد المعروف في التأديب". منهاج المسلم مرجع سابق، ص 518.

[3] بن عودة حسكر مراد، مقال تحت عنوان المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة، دراسات قانونية، مجلة سداسية محكمة تصدر بجامعة تلمسان، نشر بن خلدون، تلمسان، الجزائر، ص 9.

حيث اعتبر القضاء الفرنسي التأديب رخصة عرفية في حكم مشهور **صادر بمحكمة بوردو بتاريخ** 1981/03/18.[1]

وأمام هذه النصوص القانونية وبالنظر إلى أحكام الفقه الإسلامي **نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من** حق التأديب؟ وفيما يجد أساسه؟ إجابة على هذا التساؤل وبالتمعن في أحكام قانون العقوبات الجزائري نجد المادة 39 منه **تنص على ما يلي:**" لا جريمة: **إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون،...**"وهذا الحكم الوارد في هذه المادة **موافق لأحكام** الشريعة الإسلامية التي تحث على تأديب الصبي وهذا من قبيل ما **أذن به القانون**[2]**، يقول عليه الصلاة والسلام:" مروا صبيانكم بالصلاة سبعا واضربوهم** عليها عشرا وفرقوا بينهم في المضاجع"[3]، بَيَّنَ **هذا** الحديث كيفيات تأديب الصغير ولخصها في أمرين اثنين بدءا بالوعظ ثم الضرب غير المبرح وفي غير المواضع المنهي عنها التي تؤدي بالصغير إلى الخطر[4] **وكل ما خالف هذا المبدأ** يعتبر اعتداء صارخا للوالدين على أبنائهم **يوجب المسؤولية الجزائية**[5] **وهذا ما يستفاد من فحوى المادة 269**[6] **وكذا المادة 272 من ق.ع**[7].

نخلص إلى القول بأن ضرب القاصر يدخل في دائرة التجريم كأصل عام ويخرج من الحظر إلى دائرة الإباحة

إذا كان الغرض منه التأديب وتحت الشروط السالف بيانها بأن يكون غير مبرح وفي غير المو**اضع المنهي عنها وبدون**

استعمال وسائل من شأنها أن تؤدي إلى هلاك الصغير.

ثالثا : تزويج القاصر

---

[1] بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 15.

[2] منصور رحماني، مرجع سابق، ص 218.

[3] رواه أحمد وأبو داوود والحاكم والبيهقي والدار قطني.

[4] شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 293.

[5] بن عودة حسكر مراد، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

[6] تنص المادة 269 من ق.ع المعدلة بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 على ما يلي:"كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشرة أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو ارتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى100.000 دج ....."

[7] تنص المادة 272 من ق.ع على ما يأتي :"إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فيكون عقابهم كما يلي:....."

تعتبر الولاية في الزواج بوجه عام من الموضوعات الوثيقة الصلة بحياة الأفراد والتي وصفها المولى تبارك وتعالى في كتابه بالميثاق الغليظ، فغلّبت بعض المذاهب رأي الولي وأهدرت حق المرأة في اختيار شريك حياتها **ورجحت مذاهب أخرى رأي المرأة مستبعدة** الولي من دائرة هذا العقد، على أن الأمر يستدعي اتخاذ موقف وسط وذلك بضرورة مشاركة وموافقة كل من الولي والمولى عليها بخصوص عقد نكاحها، **إلا أن الثابت لدى كل المذاهب جواز** تزويج الصغار ومن في **حكمهم بشرط مراعاة مصلحتهم** في ذلك.

وتعرف الولاية في النكاح بأنها سلطة ثابتة شرعا لشخص تخوله حق مباشرة إجراء عقد زواج لنفسه أو لغيره لسبب من أسباب ولاية التزويج من صغر وبكارة وجنون وغيرها...[1]، **وهي نوعان ولاية اختيار وولاية إجبار**[2]، واتفق جمهور الفقهاء **على أن** هذه الأخيرة **تثبت على الصغار ذكورا كانوا أو إناثا**[3].

وأما عن حكم الولي في عقد الزواج فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة حيث **قال الحنفية بأنه** لا ولي إلا المجبر مادام أن الولاية هي تنفيذ العقد على الغير سواء رضي أو لم يرض[4] في حين يرى المالكية بأنه ركن في العقد وعلى هذا إذا تخلف في العقد فإن حكمه البطلان[5]، وقال الشافعي فإن زوجت نفسها بإذن الولي أو بغير إذنه بطل الزواج ولم يتوقف[6]، وفي رواية عن أحمد **"والبكر يستأمرها أبوها" أي يطلب أمرها قبل إبرام عقد زواجها**[7]، **وزواجها** من غير استئذان وفقا للإمام أحمد يجانب السنة و**يكون العقد موقوف على رضاها**[8].

يقتضي الأمر أولا البحث في مسألة ضرورة اشتراط الولي في النكاح ثم إلى الشروط الواجب توافرها بخصوص ولاية النكاح لنخلص إلى دور الولي في تزويج القاصر وموقف المشرع الجزائري منه.

---

[1] الأكحل بن حواء، نظرية لولاية في الزواج، مرجع سابق، ص 19.

[2] **رمضان علي السيد الشرنباصي** – جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص **310 وما بعدها**.

[3] **الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 109.**

[4] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص 28-29.

[5] علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد، ج2، **دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.ت.ن، ص 34.**

[6] **السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 118.**

[7] **السيد سابق، نفس المرجع، ص 115.**

[8] محمد علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 48.

1. ضرورة اشتراط الولي في النكاح

سبق القول بأن الولاية القاصرة هي القدرة على إنشاء العقد نافذا من غير إجازة أحد أي أنها سلطة قيام

شخص بشؤون نفسه فيكون له بموجبها تزويج نفسه، فهي وثيقة الصلة بأهلية الأداء فإذا ثبتت هذه الأخيرة كانت للشخص ولاية قاصرة على نفسه، فبالنسبة للرجل اتفق الفقهاء على أنه يجوز له إذا كان كامل الأهلية أن يزوج نفسه ويكون حكم العقد صحيحا نافذا ولازما في حقه ولا يتوقف على إجازة الغير ولا يمكن الإعتراض عليه[1]، أما بشأن مسألة ضرورة اشتراط الولي في النكاح بالنسبة للمرأة فقد اختلف الفقهاء بشأنها إلى رأيين، حيث يذهب الجمهور إلى ضرورة الولي في العقد بخلاف الحنفية الذين يفصلون في المسألة، ونسوق أدلتهم بإيجاز كما يلي:

الرأي الأول : جمهور الفقهاء

فهم يرون بضرورة اشتراط الولي في النكاح وهو قول الفقهاء المتقدمين والمتأخرين[2]، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:" وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ"[3]، وقال أيضا :" وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا "[4]، وقال أيضا:" فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ"[5]، وقوله عليه الصلاة والسلام:" لا نكاح إلا بولي" وسواء كانت المولى عليها بكرا أم ثيبا فيكون زواجها بدون ولي باطلا بطلانا مطلقا[6]،

وقوله:"أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل وإن دخل بها فلها المهر بما استحل من

فرجها لا وكس ولا شطط[7]، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

الرأي الثاني: جمهور الأحناف

---

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص303-304.

[2] انظر التفصيل أكثر في كتاب فقه السنة للسيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 112 وما بعدها.

[3] الآية 232 من سورة البقرة.

[4] الآية 221 من سورة البقرة.

[5] الآية 25 من سورة النساء

[6] رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، نفس المرجع، ص 304-305.

[7] وَكْس من الفعل وَكَسَ نقول وكس الشيء أي نقص، والشطط معناه الظلم والجَوْر، والمعنى المراد من " لا وكس ولا شطط" أي لا زيادة ولا نقصان، محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ج3، ص 499.

يذهب الحنفية إلى عدم اشتراط الولي في النكاح، فالكبيرة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا أحق بنفسها في الزواج من تشاء بخلاف الصغيرة والكبيرة المجنونة إذ هناك ضرورة لوجود الولي[1]، ودليلهم في ذلك[2] قوله تعالى:"وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ" **ووجه الدلالة أن العقد** أضيف إلى المرأة **"ينكحن" من جهة، ومن جهة أخرى أن العضل**[3] **هو منع بالقهر** كما كان عليه الشأن في **الجاهلية، وقال أيضا:**" فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا"[4]. ووجه الدلالة هنا إضافة النكاح إلى المرأة وكذا نسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي[5]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم:"الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها" - رواه الجماعة إلا البخاري[6].

الرأي المختار

هناك ضرورة للجمع بين الرأيين في المسألة **مراعاة للاعتدال والوسطية ومن دون إفراط أو تفريط كما سبق** بيانه فلا ننتصر للقول الأول ونأخذ برأي الولي ومن ثم نهدر حق المرأة في اختيار شريك حياتها، ولا نرجح الرأي الثاني فنمكن المرأة من الاستئثار بهذا الحق لنفسها ونحرمن حق الولي وتخرجه من دائرة هذا العقد الذي وصفه المولى تبارك وتعالى بالميثاق الغليظ، ولعل الصحيح ما ذهب إليه أبو ثور وجماعة من الشافعية اعتمادا **على مبدأ المشاركة** والتشاور ذلك أن الولي يشارك المرأة العاقلة البالغة في اختيار وليها ثم للمرأة أن تعقد زواجها بنفسها[7].

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص 51.

[2] السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 114.

[3] أي منع الولي من تزويج من له حق ولاية تزويجه **رغم توافر شرطي** الكفاءة ومهر المثل، فإذا تخلف هذان **الشرطان** فلا يسمى الولي عاضلا، **(انظر كتاب** الأحوال الشخصية لمحمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 79).

[4] الآية 230 من سورة البقرة.

[5] **الأكحل بن حواء**، مرجع سابق، ص 29.

[6] السيد سابق، مرجع سابق، مرجع سابق، ج2، ص 115.

[7] **الأكحل بن حواء**، مرجع سابق، ص 41-42.

ففي هذه الحال تلافينا جميع العيوب السابقة المقررة في رأي الفريقين لأن هذا الرأي يتماشى مع ما ذهب إليه **الفريق الأول أي مذهب الجمهور من ناحية** مشاركة الولي للمرأة في اختيار زوجها، كما يوافق مذهب أبي حنيفة في صلاحية **صيغة المرأة لإنشاء عقد زواجها**، ولكن الأكيد أن نكاح الصغيرة لا ينعقد إلا بولي وهذا ما يجمع عليه الأئمة الأربعة.

2. شروط الولي في ولاية التزويج

لقد هجرت التشريعات الحديثة فكرة عدم الاعتداد بقول المرأة في إنشاء عقد زواجها لما فيه من إجحاف بحقها تحت لواء قاعدة "**لا ضرر ولا ضرار**"ذلك أن أغلب الحالات أدت إلى الطلاق خاصة إذا تعلق الأمر

[redacted]

ويضيف الفقهاء شروطا أخرى على سبيل الاستثناء إلا أنها تبقى مرجوحة وشاذة والعبرة في الحكم بالغالب[2]،

ونلخص الشروط المقررة للولي على النكاح في ما يلي:

- أن يكون الولي ذكرا عند الجمهور خلافا لأبي حنيفة[3].
- أن الولي كامل الأهلية أي بالغا وعاقلا وحرا[4]، وأما اشتراط الحرية **فإن مثل هذا الشرط** أصبح مسألة تاريخية لا يعتد بها في الوقت الراهن.

---

[1] ونشير أنه إذا كان الزوج ناقص الأهلية فإن طلب الطلاق يقدمه وليه أو مقدمه بحسب الحالة طبقا للمادة 437 من ق.إ.م.إ فهل ينصرف هذا الحكم إلى الزوجة إذا كانت ناقصة الأهلية لممارسة حقها في فك الرابطة الزوجية بالطرق المخولة لها **شرعا**، وأمام غياب نص يحكم الحالة خاصة وأن النص الوارد في النسخة الفرنسية مطابق للنص العربي"l'époux incapable" ؟ لعل ذلك يكون من باب أولى.

[2] **مثل شرط سلامة الحواس وليس المقصود هنا** العمى لأن نبي الله شعيب عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى وإنما ينصرف المعنى إلى عدم قدرته **على** التعبير [redacted] **مقصدها** وهو عقد نكاحها، فلا يشترط النطق مثلا كحالة الابكم الذي تقوم الإشارة عنده مقام اللفظ فتجوز ولايته وينعقد العقد بحالته هذه وكذلك الشأن بالنسبة لسائر العقود، وهو المنحى الذي سلكه المشرع الجزائري في م 60 من ق.م(انظر بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 128).

[3] **رمضان علي السيد الشرنباصي**- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق ص 322.

[4] السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 111.

- أن يكون قادرا[1].
- وأن يكون مسلما وهذا الشرط كما مر معنا يعبر عنه الحنفية باتحاد الدين مع المولى عليها لأن الكافرة لا يليها إلا كافر عملا بقوله تعالى:" وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"[2].
- أن يكون عدلا على مذهب أحمد والشافعي وغيرهما، وهو شرط كمال [3]، **وهو شرط** مختلف فيه إذ الفسق لا يسلب أهلية التزويج إلا إذا خرج بالولي إلى حد التهتك حيث لا يؤتمن على ما تحت يده فلا يثبت له حق الولاية[4].
- أن يكون الولي غير محجور عليه وهو شرط يضيفه الحنفية ويعتبره المالكية شرط كمال لا شرط صحة[5].

3. دور الولي في تزويج القاصر وموقف المشرع الجزائري منه

أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على جواز تزويج الولي لأولاده الصغار وبناته الأبكار ومن في حكمهم كالمجنون والمجنونة، فللأب سلطة[6] **على تزويج** أولاده مع من يراه مناسبا لهم إلا أن هذه السلطة ليست على إطلاقها بل تقيدها مصلحة المولى عليه درءا للتعسف في استعمال السلطة مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام:" **لا ضرر ولا ضرار**"، واتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز للولي تزويج الصغيرة ما دون تسع سنين بأي حال من الأحوال أما بعد هذه السن فيرون بولاية إجبارها على الزواج بعد استئذانها وطلب رضاها في ذلك[7]،

[1] محمد أبو زهرة، **الولاية على النفس**، مرجع سابق، ص 112.
[2] الآية 73 من سورة الأنفال.
[3] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 119.
[4] السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 111.
[5] الأكحل بن حواء، مرجع سابق، ص 45-46.
[6] Tout enfant moins de 19 ans quels que soient son sexe et sa situation sociale soumis à l'autorité de son wali sera en principe tenu d'obtenir le consentement de celui-ci pour son mariage, ils sont astreints à cette obligation. Voir Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU, Ben Aknoun, Alger, Edition 2004, p60.
[7] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص 51.

وخالفهم في ذلك الحنفية فهم يجعلونها حق تزويج نفسها متى تشاء وتتولى إنشاء عقدها بصيغتها إلا إذا تزوجت من

غير كفء أو بدون مهر المثل[1].

نشير إلى أن القاصر في القانون هو من لم **يبلغ سن الرشد**، وقد حدده **قانون الأسرة الجزائري بتسع عشرة سنة حسب المادة 01/07 المعدلة بموجب القانون 02/05** التي **تقضي بأن** أهلية الرجل والمرأة في الزواج **تكتمل بتمام 19 سنة**[2]، **وتضيف** الفقرة الثانية أنه يمكن **للقاضي أن يرخص قبل** هذه السن **بالزواج لمصلحة أو ضرورة، وهذا** متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج **على أنه** يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار **عقد الزواج من حقوق والتزامات.**

الجدير بالذكر في هذا النص بعد تعديله أن المشرع الجزائري جعل أهلية الزواج موحدة بالنسبة الجنسين **فقررها بتسع عشرة سنة حيث كانت قبل التعديل 21 سنة بالنسبة للرجل و 18 سنة بالنسبة للمرأة، وما يؤخذ**

على هذه المادة أنها جمعت بين المصلحة والضرورة مع أن الأولى أعم فلا حاجة للذكر الثانية لأنه متى كانت ضرورة

فثمة مصلحة وللقاضي السلطة التقديرية في اعتبارها، أما مسألة القدرة فتخرج عن اختصاص القاضي وتدخل في دائرة اختصاص الخبير أين يستوجب الأمر إجراء خبرة طبية.

وأما المشرع المغربي فقد نص في المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية على المصلحة دون الضرورة، هذه الأخيرة التي عبر عنها بالأسباب المبررة للزواج، ولم يستعمل مصطلح القدرة أي قدرة الطرفين على الزواج كما **هو** الشأن في قانون الأسرة الجزائري وإنما ذكر عبارة الإستعانة بخبرة طبية وأضاف إجراء بحث اجتماعي، على أن مقرر الإستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن.

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد ماذا لو قبلت الفتاة إبرام العقد ورفض الولي ذلك؟ الجوب هو أنه **لاشك** أن هذا الزواج لا يتم على أساس أن الولي شرط من شروط عقد الزواج حسب مقتضيات المادة **09 مكرر**

[1] عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 53

[2] وحسنا فعل المشرع إذ أن هذا ينسجم مع القواعد العامة الواردة في المادة 40 من القانون المدني.

وكذا المادة 11 من الأمر 02/05[1] وينطبق هذا الحكم أيضا على القاصرة حيث نص المشرع في المادة 13 من ق.أ بعد تعديلها سنة 2005 أنه لا يسوغ للولي أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج وأكد هذا الحكم بأن لا يجوز له تزويجها دون موافقتها، وإذا تعسف الولي في استعمال حقه دون مبرر بأن منعها وهي ترغب في الزواج به فإن الفقه الإسلامي يورد حلا في هذا القبيل إعمالا لقاعدة الظلم يزال وتنتقل الولاية الخاصة إلى الولاية العامة[2]، وإلا كنا بصدد حالة الإفتيات على المرأة[3]، فيكون حكم العقد الفساد إلا إذا أجازته صراحة[4].

نشير إلى أن التكييف القانوني للولي[5] يبدو غامضا في التشريع الجزائري، ففي ظل قانون الأسرة لسنة 1984 وقع خلل في صياغة المواد حيث اعتبرته م 09 ركنا أمّا م. 33 فكيفته بأنه شرط، إلا أن الأمر 05-02 فصل في المسألة واعتبره من الشروط بمقتضى م 9 مكرر، والولاية التي يأخذ بها المشرع هي ولاية الاختيار فيشارك الولي المولى عليها في اختيار من ترغب الزواج به حتى وإن تعلق الأمر بقاصرة، وما يعاب على المشرع أنه وضع الشروط الواردة في م 9 مكرر تحت عنوان أركان الزواج مع العلم أن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج[6].

إن المشرع الجزائري لا يعترف بولاية الإجبار وفقا لما نصت عليه المادة 01/11 من الأمر 02/05 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها" وأكدت ذلك المادة 13 من نفس الأمر بنصها "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره

---

[1] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 60.

[2] سليمان ولد خسال، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3] الإفتيات هو حالة المرأة التي اعتدى عليها وليها غير المجبر لزواجها بغير إذنها وبدعي موافقتها أو تزكيله إياها في إنكاحها.

[4] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 121.

[5] تجدر الإشارة إلى أن نص المادة 02/33 من ق.أ يبدو غامضا من حيث الصياغة، حيث تنص هذه المادة على ما يلي:"إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، ما يعاب على هذا النص عبارة " ولي في حالة وجوبه" ما معنى هذا وقد أعطاه المشرع حكم الوجوب بمقتضى المادة 09 مكرر من قانون الأسرة؟ ثم إن المشرع طرح إشكالات في هذه المادة فأجاب عن واحد منها وترك الأمر معلقا بالنسبة للباقي أي أنه أجاب عن مسألة الصداق في حال تخلفه وترك مسألة الشاهدين والولي غامضة في حال انعقاد الزواج بدونهما؟ انظر سليمان ولد خسال مرجع سابق، ص 68.

[6] والفرق جلي وواضح بين الركن والشرط عند الأصوليين حيث أن الركن هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم وكان من ماهية الشيء أما الشرط فهو ما يتوقف الشيء على وجوده بحيث لا يلزم من وجوده الوجود ولكن يلزم من عدمه العدم وكان خارجا عن ماهية الشيء(انظر كتاب المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، رابح بن غريب، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، س 2007، ص 64).

أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"[1]، وبناء على هذا نلاحظ تخلف دور الولي في تزويج وليته[2] وذلك رغم كونها قاصرة لا تدرك مصلحتها، في اعتقادنا أنه بإمكان الولي أن يجبر القاصرة في بعض الحالات التي تترجح فيها **المصلحة بعد أخذ موافقة القاضي، وعليه كان النص القديم** سديدا في **حكمه** ويحقق مصلحة القاصر بخلاف **ما هو عليه الحال بعد التعديل.**

والأصل أن القاصر ليست لديه أهلية التقاضي[3] وينوب عنه في هذا ممثل قانوني للدفاع عن مصالحه، **واستثناء من ذلك منح المشرع للزوج القاصر بمقتضى الأمر 05-02** وبالضبط في فحوى نص المادة **02/07 من ق.أ** أهلية التقاضي إذا تعلق الأمر بآثار عقد الزواج أي فيما يترتب عنه من حقوق والتزامات، يقابل هذا النص في مدونة الأسرة المغربية المادة 22 والتي أضافت في فقرتها الثانية **أنه بإمكان المحكمة أن تحدد التكاليف المالية للزوج** المعني وطريقة أدائها **وهذا بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي،** تجدر الإشارة إلى أن ولاية الأب تعم النفس **والمال معا وهو مبدأ استقر عليه القضاء المصري**[4].

4. جناية القصر في الشريعة والقانون

سوف ندرس الأحكام المتعلقة بجناية القصر في **الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي ونبين مركز القاصر فيهما** باعتباره غير مكتمل الإدراك **مما** يجعل موقفه غير عسير في حال اقترافه لأفعال مجرمة

---

[1] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 59-60.

[2] Selon la modification de l'article 11 du code algérien de la famille le législateur a maintenu la tutelle, cette disposition qui correspond à celle de l'article 12 de la Moudawana, mais après l'amendement de cette dernière en 2004 le tuteur devient d'après l'article 25 facultatif afin de pouvoir conclure un contrat de mariage. DENNOUNI Hadjira, REJ, U Tlemcen, Faculté de droit, LDPF, E. Ibn khaldoun, Tlemcen, N° 10, 2013, p.32.

[3] **وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري إذ كرست** المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار لها مضمونه كالآتي:" متى كان من المقرر قانونا أن القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، لا يمكن أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا أمام القضاء لمباشرة حقوقه المدنية دون إدخال وليه في الدعوى ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك مخالف للقانون، وإذا كان من الثابت – في قضية الحال - أن قاصرة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء وطالبت الحكم بتعويض لها، فإن قضاة الاستئناف بإشارتهم لذلك يدل على أنهم فيما ادعاها مدنيا، رغم كونها لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني لمباشرة حقوقها المدنية، فإنهم بهذا القضاء وبدون إدخال ولي القاصرة في الدعوى خالفوا القانون. م.ع، ع.م، 1984/01/10، ملف رقم 28432، م.ق.ع4، 1989 ، ص323.
ومتى كان كذلك ، استوجب نقض قرارهم"

[4] الحكم الصادر بتاريخ 1966/06/22.انظر حسن حسن منصور، مرجع سابق،ج2، ص17 وما بعدها.

بخلاف الولي الذي يتحمل مسؤولية هذه الأفعال كما سيأتي تفصيله، وعليه نتناول حكم هذه المسألة في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي– التشريع الجزائري نموذجا من خلال استحداث القانون 15-12[1] المؤرخ 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل -.

أ. **جناية القصر في الفقه الإسلامي**

لا يكون القصر من الناحية الشرعية محلاً للمسؤولية الجنائية وتبعا لهذا فإن الحدود مستبعدة في مواجهتهم حال اقترافهم الجرائم نظرا لتخلف أسباب التكليف[2]، غير أن هذا الحكم ليس على إطلاقه ذلك أنه ينطبق على الجرائم التي تكون عقوبتها بدنية باستثناء اللجوء إلى التعزير[3] عند الاقتضاء وأما تلك التي تتعلق بالمال فتجب في ماله وكذلك الشأن في جرائم القصاص التي تستوجب الدية في ماله إن وجد وإلا فإنها تكون على العاقلة[4]، والعقوبة كما هو معلوم مقررة في مواجهة الجنايات وفعل الصبي لا يمكن تكييفه جناية حتى نواجهه بالعقوبة لذا يتعين على الولي معاقبة الصبي الجاني تأديبياً له بالتوبيخ أو الهجر وما إلى ذلك من الوسائل التي تؤدي إلى التأديب[5].

وإذا أمر مكلف غير مكلف(كالصبي مثلا) بقتل غيره فيطبق القصاص على الآمر ولا يجب القصاص على المباشر وإنما يقع على المتسبب وأما من دفع إلى غير مكلف آلة قتل دون أن يأمره به فقتل فلا شيء على الدافع[6]، وقد اختلف الفقهاء في القتل الذي يجري بين الأصول والفروع حيث أنه إذا قتل الوالد ولده فلا قصاص عليه لأنه

[1] ج.ر ع 39 بتاريخ 19 يوليو 2015م الموافق لـ 03 شوال 1436 هـ

[2] ووجه الدلالة في ذلك ما روته عائشة – رضي الله عنها - عن النبي – صلى الله عليه وسلم - أنه قال" :رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل". رواه أحمد وأبو داود والترمذي. انظر السيد سابق، مرجع سابق،ج2، ص 435. أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق،ص 514.

[3] شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 290.

[4] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 27.

[5] شتوان بلقاسم، المرجع السابق، ص 291.

[6] السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 443-444.

سبب في حياته ودليل ذلك ما أخرجه الترمذي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"**لا يقتل الوالد بالولد**" بخلاف قتل الولد لوالده فإنه يقتل اتفاقا[1].

وقد اختلف الفقهاء بشأن الدِية الواجبة إذا اقترف الصبي الجناية إلى رأيين أولهما اتفق جمهور **الفقهاء على أن الدية واجبة** إذا كانت الجناية من الصغير **بيد أن أبا حنيفة ومالك** ذهبا إلى القول بأنها تجب على العاقلة **ورأى** الشافعي بأن عمد الصغير في ماله[2] **وخالفهم ابن حزم الظاهري فقرر بأنه لا دية** بجناية **الصبيان** والمجانين ودليله في **ذلك أن الدية واجبة بنص القرآن** وذلك في قوله تعالى" وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلا أَنْ يَصَّدَّقُوا"[3] فالخطاب في هذه الآية الكريمة موجه إلى من كانت الكفارة واجبة في حقه، **وليس الصبيان واستدل أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام:" رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن** الصبي حتى يحتلم، **وعن** المجنون حتى **يعقل**"[4] وبقول النبي صلى **الله عليه وسلم":إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**" والقول بخلاف ذلك يستوجب **نص ولا نص في وجوب الدية على القاصر**[5].

ولا شك أن قول الجمهور هو الأسلم على اعتبار أن جناية الصبي **خطأ**، وهذا الأخير يستوجب الدية[6]، والمجمع عليه هو أنه لا قَوَد[7] بين الصبيان وأن قتلهم خطأ ما لم تجب الحدود ويبلغوا الحلم وإن قتل الصبي لا يكون **إلا خطأ**[8]. **وأما الرد على قول ابن حزم أن الدية تجب على من خوطب بالكفارة والصبيان ليسوا ممن خوطب** بها

---

[1] السيد سابق، نفس المرجع، ص 444.

[2] السيد سابق، نفس المرجع، ص 467 –في الهامش-.

[3] الآية 92 من سورة النساء.

[4] أخرجه أبو داود.

[5] ابن حزم، المحلى، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر، ج 10، ص 345.

[6] ويذهب المالكية والحنابلة إلى أن قتل شريك الصبي دون هذا الأخير لعدم التكليف، وعلى عائلة الصبي نصف الدية لأن عمده كخطئه.... انظر عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج5، ص 291.

[7] القَوَد بتحريك الوسط معناه القصاص وقتل القاتل بدل القتيل.

[8] السيد سابق، مرجع سابق، ص443.

فيكون على النحو التالي: **أن عدم وجوب الكفارة على الصبيان** سببه أنها تنطوي على معنى **العقوبة ولا عقوبة** لهؤلاء وبخصوص **الدية فتكون على العاقلة**[1] **ولا يتحملها الصبيان**[2].

وأما بخصوص السرقة فقد جاء في **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة**[3] **ما** يعتبر في السارق خمسة أوصاف:

- **البلوغ**: فلا يقطع الصبي إذا سرق لأنه غير مكلف في نظر الشريعة.
- العقل: فلا يقطع المجنون لأن القلم مرفوع عنه حتى يفيق.
- أن يكون غير مالك للمسروق منه فلا يقطع الأب إذا سرق من مال ولده **ولا الولد إذا سرق** من مال والده.
- **وأن لا يكون عليه ولاية فلا يقطع** العبد إذا سرق من مال سيده والعكس صحيح.
- وأن لا يكون محاربا في دار الحرب وأن يكون مختارا غير مكره كالمجاهد إن سرق من مال الغنيمة.

ب. موقف المشرع الجزائري بشأن جناية القصر

يتضح موقف المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المتعلقة بحماية الطفل خاصة المستحدثة منها **وبالضبط الوقوف على أحكام القانون 15-12**[4] **المؤرخ 15 يوليو 2015 المتعلق** بحماية **الطفل حيث قرر هذا القانون قواعد وآليات لحماية الطفل، على أن الأحكام المتعلقة بالحدث قبل هذا القانون كانت ضمن نصوص** متفرقة فبخصوص الحدث في حالة خطر معنوي كانت تطبق عليهم أحكام الأمر 72-03 المؤرخ في 10 فبراير

[1] **المراد بالعاقلة هنا العصبة**، وهم الأقارب من جهة الأب الذين يشتركون في دفع دية القاتل.

[2] **قال مالك:**"المجمع عليه عندنا: أن لا قود بين الصبيان، وأن قتلهم خطأ ما لم تجب الحدود، ويبلغوا الحلم، وإن قتل الصبي لا يكون إلا خطأ". **انظر السيد سابق، مرجع سابق، ج4، ص 443.**

[3] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج5- **كتاب الحدود**-، ص154.

[4] ج.ر ع 39 بتاريخ 19 يوليو 2015م الموافق لـ 03 شوال 1436 هـ

1972 يتعلق بحماية الطفولة[1]، أما الأحداث الجانحين فيطبق عليهم أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

وكان المشرع الجزائري قد خص الحدث بقانون لاحق يتعلق الأمر بالأمر 75-64[2] المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة وهذا كله يدخل في إطار الولاية العامة على الأطفال. وقد تم إلغاء المواد من 442 إلى 494 من ق.إ.ج بموجب المادة 149 من قانون حماية الطفل، هذا الأخير الذي استحدثه المشرع ليجمع هذه النصوص المتفرقة ضمن منظومة موحدة ومنسجمة ويدخل عليها أحكاما جديدة تواكب المستجدات الدولية من خلال الاتفاقيات المتلاحقة التي صدرت بشأن الطفل[3].

والجديد في هذا القانون أن المشرع عَمِد إلى التعريف بالمصطلحات الشيء الذي أغفله في القوانين السابقة إلا القليل منها، بدءا بمصطلح الطفل[4] الذي يقصد به حسب المادة 02 من قانون حماية الطفل كل شخص لم يبلغ ثماني عشرة سنة وهو المعنى ذاته الذي يفيده مصطلح الحدث[5] الوارد في القانون الجنائي، غير أن المشرع لم يدقق في الصياغة وذلك بالنص صراحة على أن الشخص من كلا الجنسين.

ولم يقتصر المشرع في هذا القانون على الخطر المعنوي فحسب كما كان عليه الحال في القانون 72-03 بل حتى الخطر البدني أين تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه عرضة للخطر وسواء كان حالا أو مستقبلا إذا

---

[1] ج.ر ع 15 بتاريخ 22 فبراير 1972م الموافق لـ 07 محرم عام 1392 هـ.

[2] ج.ر ع 81 بتاريخ 10 أكتوبر 1975 الموافق لـ 05 شوال عام 1395 هـ.

[3] خاصة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي كفلت للطفل حماية لائقة وحظرت اعتقاله وفرضت احترامه وحسن معاملته وحقه في الحصول على المساعدة القانونية وغيرها من الضمانات التي أحاطت بها الطفل لينعم في ظلها بكفالة حقوقه وفق نظام قانوني وقضائي يحقق له الرفاه. انظر العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية، مرلاجع سابق، ص 188.

[4] Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de 18 ans accomplis (art.388 C.civ., loi du 5luillet 1974). Voir Brigitte Hess Fallon, Droit de la famille, Edition DALLOZ, 6ème Ed, Paris, France, 2006, p187. Il faut noter que le législateur algérien n'a pas indiquer que cet âge concerne les deux sexes tel qu'il est prévu à cet article.

[5] للإشارة فإن المشرع قد استعمل مصطلحي الطفل والحدث في قانون العقوبات من خلال المواد 259، 272، 314،315،317، .....، وكذا في قانون الإجراءات الجزائية في المادة 337 مكرر، والمادة 483 الملغاة بموجب القانون 15-12 وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع استعمل في صياغتها مصطلح الحدث والطفل في آن واحد، ونص المادة 493 الملغاة بموجب نفس القانون أين نوَّع المشرع بين مصطلح القاصر وكذا الحدث وحمل العنوان المخصص لهذه المادة مصطلح الأطفال.

أخذنا بالعامل الزمني، أما إذا أخذنا بالعامل المكاني فالمقصود أن يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية[1] أو التربوية للخطر كحالة تعرض الطفل للتشرد أو التسول أو التقصير الظاهر والمستمر في الرعاية أو فقدانه لوالديه، كما تشكل سوء معاملته كالاعتداء أو التعذيب أيضا حالة تعرض الطفل لخطر على خلاف ما كان سائدا قبل صدور هذا القانون[2]، كما ركز هذا الأخير أيضا على مسألة غاية في الأهمية ألا وهي قضية الاستغلال الجنسي[3] للطفل وكذا الاستغلال الاقتصادي[4].

تجدر الإشارة إلى أن المادة الأولى من الأمر رقم 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة وكذا المادة الأولى أيضا من الأمر 75-64 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة جعلتا السن المقررة لحماية القصر هو أقل من 21 سنة، وسعى المشرع من خلال القانون 15-12 إلى توحيد السن الجزائي، كما

[1] وقد عدد المشرع الحالات التي تعرض الطفل للخطر على سبيل المثال في نص المادة 2 من ق.ح.ط ويقابلها المادة 44 من ق.ن.ع.م.ر.ق والتي تنص على ما يلي:" تعتبر بوجه خاص من الحالات التي تهدد القاصر في سلامته الجسدية أو النفسية:

أ - فقدان القاصر لوالديه وبقاؤه دون سند عائلي.

ب - تعريض القاصر للإهمال والتشرد.

ج - التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية.

د - اعتياد سوء معاملة القاصر.

ه - استغلال القاصر ذكراً أو أنثى جنسياً.

و - استغلال القاصر في الإجرام المنظم.

ز - تعريض القاصر للتسول أو استغلاله اقتصادياً.

ح - عجز الأبوين أو من يقوم على رعاية القاصر أو الإشراف علي تربيته".

[2] Le législateur algérien n'a prévu aucune disposition obligeant le médecin à condamner la maltraitance de l'enfant par de sanctions, cette lacune que doit être palliée dans les prochaines modifications du code pénal ou de code de santé. Voir HAMMADI Nasrine, Le médecin face à l'enfant maltraité, REJ, U Tlemcen, Faculté de droit, LDPF, E. Ibn khaldoun, Tlemcen, N°11, 2014, p 16.

[3] تنص في هذا الصدد المادة 42 من ق.ن.ع.م.ر.ق على ما يلي:" تتخذ الدولة جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتعليمية الملائمة لحماية القاصر من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو النفسية أو التخلي عنه أو إهماله أو إساءة معاملته بما في ذلك الاستغلال الجنسي".

[4] تأسى المشرع الجزائري بالقوانين الدولية وكذا القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين حيث ينص في المادة 38 على ما يلي:" للقاصر الحق في حمايته من الاستغلال الاقتصادي، ولا يفرض عليه أي عمل يعرضه للمخاطر، أو من شأنه المساس بتعليمه أو الإضرار بنموه الجسمي والنفسي والأخلاقي والاجتماعي".

مددت المادة 2/42 من هذا القانون السن إلى 21 سنة حيث يمكن لقاضي الأحداث عند الضرورة أن يمدد الحماية إلى غاية 21 سنة بناء على طلب من سلم إليه الطفل أو من قبل المعني أو من تلقاء نفسه.

أما بخصوص الطفل الجانح فهو الذي يرتكب فعلا مجرما قانونا والذي يزيد عمره عن عشر سنوات اعتبارا من يوم اقتراف الجريمة، وأضاف المشرع مصطلحا آخر حيث عرف الطفل اللاجئ بأنه الذي أجبر على الهروب من بلده عبر الحدود الدولية طالبا حق اللجوء أو الحماية الدولية مهما كان شكلها.

وحسنا فعل المشرع حين عرف هذه المصطلحات وهذا حتى يزيل اللبس الذي قد يعتري القضايا الشائكة التي تتعلق بحقوق الطفل باعتباره الأَوْلَى بالحماية سواء من قبل الدولة أو من أسرته وخاصة مثله الشرعي، هذا الأخير الذي عرفه قانون حماية الطفل بأنه وليه أو وصيه أو كافله أو المقدم أو حاضنته. والجدير بالذكر آلية الوساطة[1] التي يهدف من خلالها المشرع إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح ومثله الشرعي من جهة وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى وذلك من أجل وضع حد للمتابعات وإصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة التي ارتكبها الطفل ليوضع حد لآثارها وبالتالي إعادة إدماج الطفل الجانح.

إن المشرع يعمل دائما على توحيد سن الرشد سواء في المجال العادي(19سنة في القانون المدني أو قانون الأسرة ...) أو في المجال الجزائي أين حدده المشرع بثماني عشرة سنة وفقا للمادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية(الملغاة)[2]، على أن تكون العبرة في تحديد هذه السن بيوم اقتراف الجريمة وهو المنحى ذاته الذي سلكه المشرع الجزائري في قانون حماية الطفل وبالضبط في المادة الثانية منه، إلا أن السؤال المطروح في هذا الخصوص لماذا ألغى المشرع الجزائري المادة 442 من ق.إ.ج رغم أنها تنسجم مع ما حدده قانون حماية الطفل؟ خاصة أن صياغة المادة 149 الواردة في الأحكام الانتقالية والنهائية من القانون 15-12 تناقض مقصودها حيث نصت على ما

[1] عرفتها المادة 02 من القانون 15-12 على أنها آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح ومثله الشرعي من جهة، وبين الضحية أو ذوي حقوقها من جهة أخرى، وتهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية بوضع حد لآثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل.

[2] ملغاة بموجب القانون 15-12 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل(انظر المادة 149 منه).

يلي:"تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون لا سيما: ... المواد...442 إلى 494 " فهل حكم المادة 442 مخالف لهذا القانون حتى يتم إلغاؤه؟ وهكذا إذا التزمنا بحرفية النص الوارد في المادة 149 من قانون حماية الطفل فإن سن الرشد الجزائي يبقى حكمه غير ملغى في المادة 442 ق.إ.ج، أما إذا ألغينا هذه الأخيرة فسن الرشد الجزائي يرجع في تحديده إلى نص المادة 02 من ق .ح. ط في فقرتيها الأخيرتين، والملاحظ أن المشرع دائما يثير مثل هذه الإشكاليات ويترك الفقهاء في جدل كما هو الشأن بالنسبة للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في المادة 223 التي تنص على ما يلي:"تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون" فهل يمكن العمل بالأحكام السابقة والتي لا تخالف هذا القانون ويثور الإشكال أكثر إذا تضمنت المادة القانونية في صياغتها أحكاما موافقة وأخرى مخالفة؟ وهل عند إغفال المشرع لبعض الأحكام في القانون الجديد يمكن الرجوع إلى الأحكام الواردة في القانون القديم لسد هذا الفراغ على أساس أنها لا تعارض النصوص الجديدة أم أننا نرجع إلى الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من ق.أ والبحث عن حكم لحل المسألة محل البحث؟

إن الأحكام المتعلقة بالطفل والواردة في القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل قد تأسى المشرع لاستحداثها بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر[1]، حيث يتمتع الطفل دون تمييز بسبب أي عامل بجملة من الحقوق كرستها هذه الاتفاقيات والمنصوص عليها في المادة 3 من هذا القانون كالحق في الرعاية الصحية والمساواة والتعليم والترقية وكذا الحق في الحياة، وإذا كان معوقا فله إضافة إلى هذه الحقوق الحق في العلاج والتأهيل الذي يؤهل استقلاليته بما يسهم في مشاركته الفعلية في الحياة الاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

[1] لا سيما اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20 والتي صادق عليها مع تصريحات تفسيرية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 1992/12/29، وكذا الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته الذي اعتمد بأديس أبابا في جويلية عام 1990 والذي صادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-242 المؤرخ في يوليو سنة 2003، وأيضا البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلال الأطفال في البغاء وفي المواد الإباحية المعتمد بنيويورك في 2000/05/25 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-299 المؤرخ في 2006/09/02، إضافة إلى البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة المعتمدة بنيويورك في 2000/05/25 المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-300 المؤرخ في 2000/12/02 ، ونذكر أيضا اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2006/12/13 والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 09-188 المؤرخ في 2009/05/12.

وقد أسند هذا القانون وفقا للمادة 5 منه مسؤولية حماية الطفل إلى والديه حيث تعد الأسرة الوسط الأسري الطبيعي لنمو الطفل فهو متصل بها إلا إذا دعت مصلحته خلاف ذلك ولا يكون هذا إلا بموجب مقرر قضائي صادر عن الجهات القضائية، كما ألزم القانون الوالدين بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل في حدود قدرتهما وإمكانياتهما المالية على أن الدولة تقدم المساعدة للطفل في الحماية والرعاية و بإمكان الجماعات المحلية تقديم هذه المساعدة أيضا.

أما إذا تعلق الأمر بالحماية الجنائية فإن هذا يقع على عاتق الدولة وفقا المادة 5 من ق.ح.ط حيث تتخذ كل التدابير الملائمة لرعايته وحماية حقه في الحياة والحرص على نشأته نشأة صالحة وفي بيئة صحية حال النزاع أو الحرب أو الكوارث، وغني عن البيان أن حرية التعبير هي حق من حقوقه بشرط احترام القانون وهو مضمون المادة 8 من ق.ح.ط على أنه يحظر بموجب المادة 10 من نفس القانون استعمال الطفل في الومضات الإشهارية إلا بترخيص من وليه الشرعي وخارج فترات التمدرس.

الفرع الثاني: انقضاء الولاية على نفس القاصر

الملاحظ أن جل التشريعات تستعمل مصطلحين وهما انتهاء الولاية وإسقاط الولاية ولا نرى فرقا بينهما فكلاهما تنقضي به الولاية وإن كان مصطلح إسقاط أو سقوط يحمل معنى الجزاء[1]، غير أن المشرع الجزائري ذكر في المادة 91 من ق.أ حالات انقضاء الولاية التي ترتبط بالولي ناقصة وأغفل الحالات المتعلقة بالقاصر، ونفصل في جميع الحالات على النحو التالي:

أولا : حالات انتهاء الولاية المنصوص عليها في قانون الأسرة

عددت المادة91 من ق.أ أربع حالات لانتهاء وظيفة الولي وهي عجزه، موته، الحجر عليه وإسقاط الولاية عنه، وكنا قد تطرقنا إلى شروط الولي على نفس القاصر وذكرنا أنه إذا تخلف شرط من هذه الشروط فلا

[1] كمال حمدي، الولاية على المال ، مرجع سابق، ص57.

تثبت الولاية أصلا، وفي حال توافرها تنعقد الولاية على **نفس القاصر صحيحة مرتبة لآثارها، كما يتعين أن تكون** هذه الشروط متوافرة أيضا **أثناء ممارسة الولاية.**

غير أنه أثناء ممارسة الولاية **قد** يطرأ على الولي عارض يحول بينه وبين تولي شؤون القاصر كعجز الولي وهنا تتأثر قدرة الولي باعتبارها شرط في الولاية، كما قد يفاجأ الولي بالوفاة فتنقضي شخصيته وتنتهي تبعا لهذا الولاية **على القاصر،** وعرفنا أن الشخص المحجور عليه يجب **أن يُعيَن** مقدم في الحكم القاضي بالحجر عليه إذا لم يكن **له** ولي أو وصي وتبعا لهذا لا يمكنه من باب أولى أن يلي غيره، وأما بشأن إسقاط الولاية عن ولي القاصر ففيه تفصيل، وعليه نتناول هذه الحالات كما يلي:

1. عجز الولي

مَرّ معنا في شرط القدرة **لثبوت الولاية على نفس القاصر أنه إذا أسندت الولاية** إلى **ضعيفً يتعذر عليه** حفظ مصالح القاصر كتقدمه في السن بحيث لا يقوى على رعاية **شؤونه أي عدم إمكان ممارسة الولاية القاصرة** فيكون من باب أولى **عدم قدرته على مباشرة الولاية المتعدية، فالخَرف والعِلل** التي تصيب كبار السن تفقدهم القدرة على إدراك مصلحة القاصر المولى عليه، وتخلف هذا الشرط في الشخص الذي يريد أن **يلِي قاصرا كما بينا عند المالكية لا تثبت له الولاية، ويكون من المنطقي إذا ثبت هذا العجز أثناء ممارسة الولاية فوجب إسقاط الولاية عنه** رعاية لمصالح القاصر، وهي **الصورة** التي أوردها المشرع **ضمن حالات** انقضاء الولاية في المادة **91 من ق.أ.**

كما أن المشرع لم يفصح عن طبيعة العجز الذي يصيب الولي فقد يكون جسمانيا وقد يكون ماديا وقد يكون معنويا، ومهما يكن فإن عجز الولي يشكل عائقا في ممارسة الولاية على نفس القاصر، ولم يبين المشرع أيضا **كيفية إثبات هذا** العجز حتى يتم **إنهاء الولاية أو سحبها مؤقتا، فقد يعمل القاضي سلطته التقديرية عندما يكون**

العجز ماديا كضعف القدرة المالية للولي **أو كان مدينا بدين مستغرق فهذا حتما من شأنه أن يؤثر على حالة الطفل ومن ثم يقدم من له مصلحة لإنهاء ممارسة الولاية كليا أو جزئيا.**

كما يمكن للقاضي اللجوء إلى خبرة طبية إذا تعلق الأمر بالعجز الجسماني **تتوج بتقرير يكشف عن نسبة العجز ليصدر القاضي بناء عليها حكمه بإنهاء الولاية أو سحبها مؤقتا أو باستمرارها، كما قد تتطلب المسألة تحقيقا اجتماعيا إذا كانت حالة الطفل تستدعي ذلك**[1].

2. وفاة الولي

إن الوفاة أمر طبيعي يؤدي إلى **زوال الشخصية القانونية**[2] **للإنسان وانتهاء أهليته سواء أهلية الوجوب أو أهلية الأداء**[3] **طبقا للمادة** 25 من القانون المدني التي تقضي بأن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، وبهذا يصبح غير مكلف وتنتهي ولايته على نفس القاصر وتنتقل إلى من يليه رتبة وقد بينا مراتب الأولياء في المذاهب، بينما تحل الأم محل الأب المتوفى في التشريع الجزائري طبقا للمادة 87 **من ق.أ. ولذلك هناك ضرورة لإبلاغ النيابة العامة.**

3. الحجر على الولي

---

[1] **وعليه نصت المادة** 454 **من ق.إ.م.إ على ما يلي:** "يجوز للقاضي تلقائيا أو بطلب من الوالدين أو ممثل النيابة العامة:

1- سماع الأب والأم وسماع كل شخص آخر يرى فائدة في سماعه،

2- سماع القاصر ما لم تكن سنه أو حالته لا تسمح بذلك،

3- **الأمر** بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي".

ففي الصورة الأخيرة لم يبين المشرع من هو المعني بالفحص الطبي أو النفساني أو العقلي مما يستتبع إمكانية إجرائه على القاصر أو وليه **الشرعي المرفوع** ضده الطلب بإنهاء ولايته أو سحبها مؤقتا، وهذا ما سنعالجه في الفصل الثاني من هذا الباب.

[2] **إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص** 218.

[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 312.

ذكرنا ضمن شروط الولاية ألا يكون الولي محجورا عليه وقال بهذا الشرط **الحنفية** واعتبره المالكية شرط كمال لا شرط صحة، فإشراك الولي السفيه في اختيار الزوج مسألة غاية في الخطورة خاصة **إذا تعلق الأمر بعقد** وصفه البارئ بالميثاق الغليظ، والمحجور عليه يحتاج إلى من يلي شؤونه فمن باب أولى لا تثبت له الولاية على غيره[1].

فإذا حدث وأن شاءت حالة السفه في شخص وكان صاحب ولاية على قاصرة فلا يجوز له بأي حال من الأحوال أن يزوجها درءا للمفسدة التي قد تنجر عن إبرام هذا العقد لأن السفيه لا يتطلع إلى العواقب خاصة وأن المسألة تتعلق بقاصر مولى عليه، ونفس الحكم ينطبق على المجنون والمعتوه وذي الغفلة **مادام أن الحجر يوقع عليهم،** والحكمة من انتهاء الولاية في حق هؤلاء، أنهم يصبحون بزوال أهليتهم غير قادرين على مباشرة شؤون الولاية، ولا **يثبت فقد أهليه** الولي إلا إذا صدر حكم من المحكمة يقضي بذلك[2].

4. إسقاط الولي

ذكرنا فيما سبق أن مصطلح إسقاط أو سقوط يحمل معنى الجزاء **ويقابلهما مصطلح سلب**[3]**، ويقصد** بسلب الولاية إنهاؤها في جملتها، غير أن الحد من الولاية هو إنهاء لشق منها، وأما وقف الولاية فهو إبطالها أو إيقاف سريانها فترة من الزمن تستمر باستمرار سبب الوقف، وللقاضي السلطة التقديرية في قيام موجب سلب **الولاية أو الحد منها أو وقفها**[4].

حيث تنص المادة 22 من قانون الولاية على المال المصري على ما يلي:" يترتب على الحكم **بسلب** الولاية على نفس الصغير أو وقفها **سقوطها** أو وقفها بالنسبة إلى المال"**، وعليه يقضى بسقوط الولاية إذا ارتكب** الولي ما يوجب الجزاء في حقه، **وقد بين المشرع المصري حالات سلب** الولاية على النفس في **المادة 3 من القانون**

[1] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 112.

[2] محمد أبو زهرة ، الولاية على نفس القاصر، المرجع نفسه، ص 71 **وما يليها.**

[3] **كانت تنص المادة 78 من ق.م. قبل تعديل 2005 على ما يلي:**" كل شخص أهلا للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"

[4] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 66.

رقم 118 لسنة 1952 المتضمن تقرير حالات لسلب الولاية على النفس، ولا يوجد مقابل لهذا النص في التشريع الجزائري[1].

ثانيا: حالات انتهاء الولاية على نفس القاصر الأخرى

يمكن تقسيم هذه الحالات وفق عدة معايير كتلك المتفق عليها والمختلف بشأنها أ و الحالات التي تتعلق بالقاصر والأخرى التي تختص بالولي، وسوف نعمد إلى التقسيم الأخير كما يلي:

1. انتهاء الولاية على النفس لأسباب مرتبطة بالقاصر

هناك حالتان تنقضي بموجبهما الولاية على نفس القاصر لم يذكرهما المشرع، وإنما سوف نتعرض لهما بشيء من التفصيل على النحو الآتي بيانه:

أ. رفع الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد

وهو الطريق الطبيعي لانتهاء الولاية على القاصر إذ تنتهي بالبلوغ الطبيعي ويتحدد هذا ببلوغ النكاح، وهكذا يزول السبب الذي أوجب ضعفه عن حماية نفسه، ويختلف الأمر بالنسبة للأنثى حيث تنتهي الولاية على النفس من حيث الحفظ والصيانة بشرطين البلوغ الطبيعي وأمن البنت على نفسها فإن كانت عاملة مثلا فلا ولاية عليها[1]، وأما بخصوص ولاية التزويج فتبقى مستمرة عند جمهور الفقهاء بالنسبة لولاية الاختيار وأما ولاية الإجبار

[1] تنص المادة 3 من القانون رقم 118 لسنة 1952 على ما يلي:" يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية الأحوال الآتية:
1. إذا حكم على الولي بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.
2. إذا حكم على الولي لجريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم 68 لسنة 1951 بشان مكافحة الدعارة.
3. إذا حكم على الولي أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير حق أو لاعتداء جسيم متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية
4. إذا حكم بإيداع احد المشمولين بالولاية دارا من دور الإصلاح وفقا للمادة 67 من قانون العقوبات أو طبقا لنصوص قانون الأحداث المتشردين.
5. إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقة أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدوة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان علي الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر ضد الولي حكم بسبب تلك الأفعال.

[1] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 78.

فتنتهي بالبلوغ الطبيعي، ويرى الشافعي أن ولاية الإجبار مناطها البكارة إذ لا تثبت لها هذه الولاية قبل البلوغ إذا كانت ثيبا بخلاف المذهب المالكي الذي يرى انقضاءها بالنسبة إلى الثيب إذا بلغت وأما البكر فتستمر حتى تبلغ الثلاثين أو الثالثة والثلاثين[1].

واستند الفقهاء كما تقدم معنا بخصوص مسألة انتهاء الولاية ببلوغ القاصر إلى عدة أدلة، حيث ذهب الحنفية إلى أن الولاية تنتهي بانتهاء السبب الذي شرعت من أجله وهو الصغر وهكذا يصبح بعدها بالغا قادرا على رعاية شؤونه ويتحدد ذلك ببلوغه سن النكاح واستدلوا على ذلك بقوله تعالى:" وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا"[2]، ويشترط الجمهور لانتهاء الولاية بلوغ سن الرشد الذي يتحدد بحسن التصرف في المال وليس بالنكاح كما يرى الحنفية، وذلك بأن يختبر القاصر الذي قارب سن الرشد بأن يدفع له جزء من المال ليُمتحَن فيه، فإن أثبت هذا القاصر أنه ينفق المال الذي تم تسليمه إليه بتدبير فهنا يتبين رشده من سفهه وتبعا لهذا يدفع له كل المال مع الإشهاد تطبيقا لنص الآية الكريمة، أما إن ثبت ما يخالف هذا بأن بذر القاصر هذا المال وعمل على تبديده فإن الحجر يستمر عليه حتى ولو تقدم في السن، ويظل وليه نائبا عنه في تصرفاته عملا بقوله تعالى:" فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ"[3].

ولعل الراجح من القولين ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنه الأقرب إلى الصواب ويحقق الغاية على أساس أن الرشد من الناحية العملية يفي بالغرض وهو امتحان القاصر في تدبير شؤونه بنفسه دون الاعتماد على غيره، أما ما ذهب إليه الحنفية من الأخذ بالنكاح كمعيار فإن هذا يجانب الصواب كون الشخص قد يتقدم أو يتأخر عن

---

[1] محمد أبو زهرة، نفس المرجع ، ص 78-79.

[2] الآية 06 من سورة النساء.

[3] الآية 82 من سورة البقرة، وتفسير هذه الآية هو أن المدين إذا كان مبذرا أو يضعف عن الإملاء لكبر أو صغر أو لخرس أو جهل باللغة أو غير ذلك فليملل نائبه الشرعي ويشهد على ذلك رجلين عدلين أو رجل وامرأتان فتكون إحداهما ذاكرة والأخرى ناسية لأن النقص يعتري عقولهن .(انظر حاشية العلامة الصابوني على تفسير الجلالين للشيخ أحمد الصابوني المالكي، المجلد الأول، دار الفكر، س 1977، ص133 و كتاب صفوة التفاسير للشيخ محمد على الصابوني، مرجع سابق، ص 178).

السن المعتاد للنكاح ذلك أن الاحتلام مسألة نسبية تتأثر بعامل المكان أي أن الشخص المقيم في المناطق الحارة يكون البلوغ عنده في سن مبكرة على العكس من ذلك فإن الأشخاص المقيمين في المناطق الباردة يتأخر البلوغ عندهم وتبعا لهذا فإن قول الجمهور هو الأسلم والله تعالى أعلم[1].

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد حدد سن الرشد بتسع عشرة سنة حسب م 40 من ق.م وكذا م07 من ق.أ، وهي نفس السن التي اعتمدها المشرع في قانون الأسرة بموجب المادة 1/7 من ق.أ المعدلة بمقتضى الأمر 02/05 الصادر في 2005/02/27، بخلاف مدونة الأسرة المغربية في صيغتها المحينة بتاريخ 25 يناير 2016[2] التي حددت سن الرشد بثماني عشرة سنة لكلا الجنسين وفقا لنص المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية من الباب الأول المعنون بالأهلية والولاية في الزواج. وعليه تنتهي الولاية على القاصر ببلوغ هذا الأخير سن الرشد.

ب. وفاة القاصر قبل بلوغه سن الرشد

إن الهدف من الولاية هي رعاية شؤون القاصر وقضاء حوائجه بما يخدم مصالحه، فإذا مات القاصر فحتما ينتهي الغرض الذي قررت من أجله الولاية وتنتهي هكذا الولاية بحكم القانون[3]، فانتهاء الشخصية القانونية عن طريق الوفاة يؤدي إلى انقضاء حقوقه الشخصية التي تتقرر له بصفته إنسانا ولا تنتقل بالميراث[4] -كحقه في الولاية على النفس- ذلك أنها ملازمة للشخصية وجودا وعدما[1]. تجدر الإشارة إلى أنه قد تقْضِي المحكمة باستمرار الولاية على القاصر قبل بلوغه سن الرشد حسب م 18 من ق.و.م ولم يتم النص على هذا الحكم في قانون الأسرة[2].

2. انتهاء الولاية على نفس القاصر لأسباب مرتبطة بالولي

[1] أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 48.

[2] القانون 03-70 المتضمن مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص418.

[3] محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص 49.

[4] محمد سعيد جعفور، نفس المرجع، ص 312.

1 شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 102.

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 607.

إن شرط الإسلام في الولاية غاية في الأهمية حتى ينشأ الصبي على دين أبيه وتخلف مثل هذا الشرط في الشخص لا يمكن أن تثبت له الولاية ونفس الحكم إذا ثبتت ردة الولي **عن الإسلام فتعين إسقاط الولاية عنه،** كما أن منع الولي من تزويج المولى عليها إجحافا بحقها من قبيل الجَوْر والقاعدة تقضي بأن **الظلم يزال لذا وجب سلب ولايته، كما** قد يغيب الولي وتتعطل مصالح الأولاد لشغور الولاية فلابد من حلول **نائب بدل** الغائب ليرعى هذه المصالح، **وبعد** سلب الولاية من الأب تنتقل إلى من يليه ك**الجد** في حالة عدم وجود الأم أو ثبوت عدم أهليتها لتولي شؤون القاصر ثم قضت **المحكمة** بردها إلى الأب **لزوال** الأسباب التي أدت إلى سلبها **فإن ولاية الجد تنتهي وقتئذ** بحكم القانون. وسوف نعالج هذه الحالات كما يلي:

أ. انتهاء الولاية بفعل ردة الولي

نشير إلى أن بعض التشريعات العربية توظف عبارة "اختلاف الدين بين الولي والمولى عليه" **وذلك بالنظر** إلى النظام الطائفي السائد في تلك البلدان والذي يفرض هذه الصياغة، غير أن **الشعب الجزائري مسلم وهذا هو الأصل والدليل على ذلك ما ورد بالدستور**[1] حيث جاء في ديباجته (**إن الجزائر أرض الإسلام ...**)، وجاء في المادة الثانية (**الإسلام دين الدولة**)، **والمادة** 10 (لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي: ....**السلوك المخالف للخلق** الإسلامي وقيم ثورة نوفمبر)، **والمادة** 87 (لا يحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشح الذي: ...**يدين بالإسلام**)، **والمادة** 90 **المتضمنة القسم الذي يؤديه رئيس الجمهورية**(...أن أحترم الدين الإسلامي وأن أمجده)، **والمادة** 212 (**لا يمكن التعديل الدستوري أن يمس**: ...الإسلام باعتباره دين الدولة).

إن الهدف من تشريع الولاية هو القيام بشؤون القاصر وتربيته على دين أبيه حتى ينشأ نشأة صالحة ولا يكون ذلك إلا إذا كان الولي متمسكا **بدين الإسلام،** ولا نتصور مسألة اختلاف الدين ذلك أن الولي يفترض فيه

[1] القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع14 بتاريخ 2016/03/07، ص 3 وما بعدها. وقد حثت التعديلات السابقة لدستور 1996(ج.ر رقم 76 لسنة 1996/12/8) على التمسك بعرى الإسلام سواء من خلال القانون 02-03 المؤرخ في 2002/04/10 (ج.ر رقم 25 بتاريخ 2002/04/14) أو القانون رقم 08-19 (ج.ر رقم 63 بتاريخ 2008/11/16).

الإسلام والولاية ثابتة له ابتداء والمولود المولى عليه يولد مسلما على الفطرة لقوله عليه الصلاة والسلام:" **كل مولود يولد على الفطرة** فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه "[1]، فلو حدث وأن ارتد الولي واعتنق دينا غير **الإسلام فإن هذا حتما يؤثر سلبا على** القاصر، ولهذا يتعين **إسقاط** الولاية عن الولي في جملتها وإسنادها إلى من يليه مرتبة حتى يتأسى بهذا الأخير **دينا وخلقا.**

ب. عضل الولي

العضل هو منع الولي **من تزويج** من له حق ولاية تزويجه **بشرط توافر شرطي الكفاءة**[2] **ومهر المثل**[3]، ويجمع **عامة أهل العلم** على أنه لا يجوز للولي أن يعضل المولى عليها إذا أراد زواجها كفء بمهر المثل[4]، واختلف الفقهاء في ما إذا أرادت أن تتزوج بكفء بأقل من مهر مثلها حيث ذهب أبو حنيفة إلى منعها ولا يعتبر الولي عاضلا بخلاف **الجمهور الذين يرون بأن** المهر حق خالص لها وأن النبي صلى الله عليه وسلم يقول"**التمس ولو خاتما من حديد**"[5].

وإذا امتنع الولي من تزويج موليته وكان الخاطب كفؤا لها وتحقق شرط مهر المثل فإن الولي يعد عاضلا ويترتب على هذا سلب ولايته وتنتقل إلى من يليه قرابة وهو رأي الحنابلة[1] **أما قول الجمهور فيختلف عن سابقه وذهبوا** إلى **أن الولاية** تنتقل إلى القاضي على اعتبار أن العضل ظلم ولا يرفع المظالم إلا القاضي[2]، وإذا وجد ولي أقرب وآخر أبعد صح النكاح بالولي الأبعد مع وجود الأقرب وأما حالة الولي المجبر **فإنه لا يصح أن يباشر العقد**

---

[1] رواه البخاري.

[2] تعني الكفاءة لغة المساواة ويقصد بها في المعنى الاصطلاحي أن يكون الزوج والزوجة متساويين في أمور معينة يترتب على الإخلال بها فساد الحياة الزوجية، انظر السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 126.

[3] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 56.

[4] السيد سابق، مرجع سابق، ج2، ص 121.

[5] محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 56.

[1] محمود علي السرطاوي، نفس المرجع، ص 57.

[2] انظر تفصيل المسألة في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للشيخ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 37 وما يليها. السيد سابق، مرجع سابق، ص 121.محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 158.

غيره[1]، وأما إذا كان منع الولي تزويج من في ولايته لسبب جدي ورأى في ذلك مصلحة للمولى عليه فلا يعد عاضلا في هذه الحالة **وهو قول المالكية**[2]. **وقد** قرر قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني في المادة **41 منه بأنه إذا عضل الأقرب** وامتنع من تزويج القاصرة لسبب غير مقبول وكان الزوج كفؤا[3] لها وقيمة المهر كمثيلاتها من النساء فلا يجوز للأبعد تزويجها وتنتقل الولاية إلى القاضي بطريق النيابة عن العاضل، أما إذا كان الزوج غير كفء لها أو كانت قيمة المهر دون مهر المثل فلا يعتبر الولي عاضلا وتبعا لهذا لا يجوز **للقاضي تزويج القاصرة**[4].

أما المشرع الجزائري فقد ألغى نص المادة 12 من ق.أ[5] التي كانت تنص على ما يلي:" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة **أحكام المادة 9 من هذا القانون.** غير أن **للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج** إذا كانت في المنع مصلحة للبنت"، **إن إلغاء مثل هذا النص الذي يوافق رأي المالكية كما سبق بيانه حسب** ما يراه الباحث غير سديد ذلك أن الأب في بعض الحالات يكون أدرى بمصلحة البنت التي تدفع بمولها الجامح وطيشها البين إلى إ**نشاء علاقة** زواج بوجه غير مشروع يخالف ما هو مقرر في المادة **12 من قانون الأسرة**، وهذا كله مراعاة لمصلحة المولى عليها خاصة إذا كانت قاصرة.

ت. غيبة الولي

---

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق،ص 37.

[2] **السيد سابق، المرجع السابق، ص121.**

[3] ويرى الحنفية أن المساواة تكون في ستة أمور وهي النسب والإسلام والحرية والمال والتدين والحرفة، ونفى بعض الحنفية مثل هذا الشرط **لأنه ليس له أصل** في الفقه الإسلامي ولا سند في كتاب الله ولا سنة صحيحة بل جاء ما يناقض المساواة في هذه الأمور حيث يقول المولى تبارك وتعالى في محكم تنزيله:"**إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ**"(الآية 13 من **سورة الحجرات**) أي الكفاءة في التدين، ولم يأخذ المالكية بالكفاءة في النسب لأن فيه أخذ بالعصبية الجاهلية، ولم يأخذوا بالكفاءة في المال لأن هذه أمور عارضة، وأما الشافعية لم يأخذوا بالكفاءة في المال وأخذوا بالكفاءة في النسب والتدين وأسموها الكفاءة في الفقه وشددوا في شرط الكفاءة في الحرية، وأما الحنابلة فاتفقوا على الكفاءة في أمرين التقوى والنسب واختلفوا في الأمور الأخرى، **ويرجح الشيخ أبو زهرة ما ذهب إليه المالكية متأسيا** بابن القيم رحمه الله في وقوله **إنه روح الإسلام** .محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، مرجع سابق، ص **129 وما بعدها. عبد** الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، **ص 54 ما يليها.** محمد علي السرطاوي، مرجع سابق، ص **74 وما بعدها.**

[4] هشام عبد الجواد العجلة، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2013-2014، ص 97.

[5] **ألغيت بموجب القانون 05-02** المؤرخ في 27 فبراير 2005.

من المعلوم أن الغيبة مانع مادي من موانع الأهلية[1]، والغائب شرعا هو المفقود[2] الذي انقطعت أخباره ولا يعلم مكانه ولا تعرف حياته من مماته[3]، ونص على الغيبة المشرع المصري في المادة 74 من مرسوم الولاية على المال رقم 119 والتي نصها كما يلي:"تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه..." فوفقا لهذه المادة يتعين لإثبات الغيبة توافر شرطين الأول وهو انقضاء سنة أو أكثر على غيبته والثاني هو تعطيل مصالحه، ولفظ الغائب بهذا المعنى عام يشمل المفقود وغيره[4]، والغائب حياته محققة في حين أن المفقود حياته احتمالية.

وقد أوردت المادة 35 من القانون رقم 1 لسنة 2000[5] حكما جديدا يتعلق بمعيار القيمة المالية حيث لا تتبع الإجراءات الخاصة بتعيين وكيل عن الغائب إذا لم يتجاوز مال هذا الأخير 3000 جنيه ويكتفي بتسليم المال إلى من يقوم على شؤونه إلا إذا دعت الضرورة إلى غير ذلك، فإذا كان الغائب وليا شرعيا تقضي المحكمة بوقف ولايته أما إذا كان وصيا أو قيما أو وكيلا عن الغائب فإن المحكمة تقضي بانتهاء مهمته[1].

وإن عاد الغائب حيا بعد أن حكم عليه بالموت فيسترد ما بقي من أمواله من ورثته وما تصرفوا فيه من مال حال غيبته يعتبر صحيحا لترتبه على حكم قضائي، أما بخصوص زوجته فهي له من غير عقد جديد إن كانت لم تتزوج بعد الحكم بموته، أما إن كانت قد تزوجت بغيره بعد أن حكم بموته فإن كان دخل بها وهو غير عالم بأن المفقود حي فهي للثاني، أما إن كان علما بحياة المفقود أو لم يدخل بها بعد فهي للأول[2].

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 366 وما بعدها. محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص 591 وما بعدها.
[2] عرفت المادة 2 من ق.ن.ع.م.ر.ق المفقود كما يلي:" المفقود : من انقطع خبره دون معرفة أهو حي أو ميت".
[3] كمال حمدى، المرجع السابق، ص 237.
[4] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، 214.
[5] القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية- المصري-.
[1] كمال حمدى، المرجع السابق، ص 237.
[2] كمال حمدي، نفس المرجع، ص 244.

نشير إلى أنه في حالة وجود الولي الأقرب وكان مستوفيا للشروط فلا ولاية للبعيد، فإذا باشر هذا الأخير في تزويج الصغيرة المولى عليها مع حضور الولي فإن حكم العقد يكون موقوفا على إجازة الولي الحاضر[1]، **وأما إذا** تغيب الولي الأقرب بحيث يتعذر على الخاطب استطلاع رأيه حيث لا يمكن الوصول إليه إلا بمشقة فإن الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد ويرى الإمام زفر أن الولاية لا تسقط عن الولي إذا كان غائبا حفاظا على مصلحة المولى **عليه**[2]. على العكس من ذلك يرى جمهور الفقهاء أن الولاية تزول وتنتقل إلى القاضي واختلفوا في تقرير زمن الغيبة، وأما الحنفية فأثبتوا الولاية للقريب الأبعد بعد زوالها عن **الأقرب**[3].

ث. الحكم بعودة الولاية للأب أو ردها إليه

نكون بصدد هذه الحالة إذا قررت المحكمة سلب ولاية الأب وانتقلت بعدها إلى الجد ثم قضت بردها إلى الأب بعد زوال الأسباب التي أدت إلى سلبها فإن ولاية الجد **أو الأم** تنتهي حينئذ دون حاجة إلى صدور حكم **بذلك، ونفس الصورة** تصدق إذا ما أجابت المحكمة الولي الأب إلى طلبه **برد الولاية بعد تنحيه عنها**[1]**، وقد نصت** على هذه الحالة المادة **47 من قانون الولاية على المال المصري.**

كما أضافت المادة 174 من قانون الأحوال الشخصية السوري حالة اعتبار الولي مفقودا[2] **أو إذا اعتقل وتعرضت مصلحة القاصر** للضياع تبعا لهذا الإعتقال[3]، وهذا الحكم لم يرد في المادة **91 من ق.**أ التي تتعلق بانتهاء

---

[1] محمود علي السرطاوي، **مرجع سابق، ص** 55.

[2] محمود علي السرطاوي، **نفس المرجع، نفس الصفحة.**

[3] ويذهب المشرع الأردني إلى أن رضاء الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط حق اعتراض الولي الغائب، ورضاء الولي دلالة كرضائه صراحة، على أنه إذا غاب الولي الأقرب وكان انتظاره من شأنه أن يضر بمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى من يليه، فإن تعذر أخذ رأي هذا الأخير في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي. **انظر** أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، 296.

[1] كمال حمدى، المرجع السابق، ص 65.

[2] **ذكر المشرع الجزائري** أسباب انتهاء الوصاية في مقتضيات المادة **96 من ق.**أ إلا أنه لا يمكن حصر هذه الأسباب في نص هذه المادة ويمكن استخلاص أسباب أخرى ضمن مواد أخرى من هذا القانون كنص المادة 97 منه في فقرتها الأخيرة أنه في حالة وفاة الوصي أو **فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر** واسطة القضاء إلى المعني بالأمر، فأضاف هذا المشرع سببا آخر لحالات انتهاء الوصاية وهو الفقد، ونص الحكم بطبق على الغيبة حيث **تقرر المادة** **110 من ق.**أ ان الغائب يعتبر كالمفقود، وما يقال عن انتهاء الوصاية نقيس عليه في انتهاء مهمة الولي.

[3] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 282.

وظيفة الولي ولكن نستشفه من الأحكام المتعلقة بالغائب المقررة في المواد 109 **وما يليها من ق.أ حيث تنص المادة** 112 منه :" **لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة** 53 **من هذا القانون**"، وتشير المادة 3/87 **من ق.**أ إلى أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد أي أن الولاية تنتقل إلى المطلقة في حالة الفقد كما يمكن أن يكون غير متزوج فتنتقل الولاية إلى الولي البعيد حسب الترتيب الذي قررناه من قبل.

كما تنتهي الولاية أيضا حسب المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بسبب غيبة الولي إذ أنه لا ولاية للولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب الذي تتوافر فيه شروط الأهلية فإذا غاب الأقرب جاز لمن يليه في القرب أن يزوج الصغيرة إذا كان الخاطب كفؤا لها ولا يبطل تزويجه بعودة الأقرب ونفس الحكم ينطبق على الأقرب غير كامل الأهلية فيسوغ للأبعد أن يتولى تزويج القاصرة المولى عليها وهو رأي أبي حنيفة، أما عن موقف المشرع الجزائري بشأن الغيبة فما قررناه سلفا في حكم المفقود ينطبق على الغائب أي أن الولاية تنتقل إلى المطلقة أو إلى **الذي يليه قرابة حسب الحالة.**

نخلص إلى القول أن المشرع الجزائري لم **يميز بين الولاية على النفس والولاية على المال** من حيث الترتيب والتبويب الوارد في قانون الأسرة **بل ذكر حالات انتهاء** مهمة الولي في المادة 91 **من ق.**أ ولم تكن جامعة **للأسباب كلها**[1] **وإنما ذكر بعضها** في هذه المادة ونستنبط بعضا منها من **المادة** 96 **من ق.أ المقررة لحالات انتهاء مهمة الوصي والبعض الآخر نستشفه من** استقراء نصوص قانونية متفرقة لذا يكون من الأفضل حصر هذه **الأسباب ضمن مادة قانونية واحدة بما ييسر للقارئ والباحث الرجوع إليها دون عناء ومشقة.**

[1] نجد الأحكام مبعثرة في عدة أنظمة قانونية مثل موانع الميراث نجد المادة 129 **من ق.**أ تذكر مانعا وهو الشك في أسبقية **الموت، وتقرر المادة** 134 **مانعا آخر وهو** عدم الاستهلال، أيضا المادة 135 من ق.أ **تنص على مانع آخر وهو القتل، تضيف المادة** 138 من ق.أ مانعان آخران وهما اللعان والردة، في حين كان الأجدر أن يجمع المشرع الجزائري هذه الموانع في مادة قانونية مستقلة، ومن باب تعميم الفائدة موانع الميراث في الفقه الإسلامي يجمعها قولك "**عش لك رزق**" **العين: عدم الاستهلال، الشين:** الشك في أسبقية الموت، اللام: **اللعان، الكاف: الكفر، الراء: الرق، الزاي:** ابن الزنى لا يرث إلا من أمه، القاف: القتل(القتل العمد).

وصفوة القول في ختام هذا الفصل **أن الولاية هي مزية يقر بها القانون** سلطة لشخص كامل الأهلية في تدبير الشؤون الشخصية والمالية في حق نفسه وغيره، **وقد كان هذا التعريف جامعا لكل أنواع الولاية من ولاية عامة وولاية خاصة، وكذا الولاية القاصرة والولاية المتعدية، إضافة ولاية على النفس وولاية على المال، كما أن القاصر يتسم بالضعف لذا قرر نظام الولاية لتغطية حالات عدم اكتمال الأهلية**[1]**، كما أن الولاية تثبت بنص القانون** بخلاف الوصاية التي يستمدها الوصي ممن عينه وكذلك الشأن بالنسبة للقوامة، ويكون في حكم القاصر ويستفيد من نظام الولاية كل من الجنين والبالغين غير كاملي الأهلية وكذا المفقود والغائب.

وقد خلصنا أيضا إلى أن القاصر هو من قصر عقله عن إدراك الأمور على حقيقتها، وبينا مركزه في القوانين الجزائرية أين يظهر عدم الانسجام بين أحكامها كتقرير القابلية للإبطال في القانون المدني بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي يجريها القاصر المميز، بينما يكون حكمها وقف نفاذ التصرف حتى يتبين نفعه للصبي في قانون الأسرة، ومنشأ ازدواجية الحكم هو الاختلاف في المصدر ذلك أن القانون المدني يجد مصدره في القانون الفرنسي **بينما يستمد قانون الأسرة جل أحكامه من الشريعة الإسلامية.**

وأما في قانون العمل فلا يمكن توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي. **وبالنسبة للقانون الجنائي فإن تعديل قانون العقوبات سنة 2014 مس أحكام القاصر** التي تختلف **حسب كل مرحلة وفقا لقدرته على الإدراك والتمييز، وأهم جديد فيها أن القاصر لا يكون** محلا للمتابعة الجزائية إذا لم يكمل **10 سنوات ويتحمل المسؤولية بدلا عنه ممثله الشرعي إذا ما ألحق ضررا** بالغير. وأما في قانون الصحة فإن المشرع الجزائري لم يميز في الحكم بين القاصر المميز والقاصر غير المميز وكانت أحكام الولاية تتسم **بالصرامة خاصة فيما يتعلق بنقل وزراعة** الأعضاء ولا يمكن للصبي التعبير عن إرادته إزاءها.

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون **الولاية على المال، مرجع سابق، ص17.**

ولثبوت الولاية على النفس يتعين توافر عدة شروط وهي كمال الأهلية بالبلوغ والعقل والإسلام والذكورة والقدرة والعدالة وانتفاء الحجر، وقد اعتمد المشرع الجزائري في ترتيب الأولياء حكما مفاده أن زواج القصر يتولاه أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، وأما فيما يخص ولاية الحفظ والصيانة فيكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وأما بخصوص سلطات الولي على نفس القاصر فإنه يعمل على حفظه وذلك بتغذيته وتطبيبه ودرء الخطر عنه، كما يلتزم الولي بتعليم القاصر ومنعه من التعرض للغير بالأذى وإلا كان محلا للتأديب وفق ضوابط قانونية وشرعية، والمشرع الجزائري لا يعترف بولاية الإجبار حيث أنه لا يمكن للولي إجبار القاصرة المشمولة بالولاية على الزواج ويتعين عليه أخذ موافقتها وهنا يبرز تخلف دور الولي لإنكاح من في ولايته خاصة بعد إلغاء الحكم المتعلق بصلاحية الأب في منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها.

وفي نطاق الولاية العامة صدر القانون 15-12 الصادر بتاريخ 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل حيث عرف الطفل وقرر حمايته إذا كان في خطر معنوي أو بدني أين تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه عرضة للخطر وسواء كان حالا أو مستقبلا، كما استحدث آلية الوساطة للحد من آثار الجريمة وإعادة إدماج الطفل الجانح وبين دور الأسرة باعتبارها الوسط الطبيعي لنمو الطفل، وقرر أنواعا من الحماية وخصص إجراءات تتسم بالدقة لتكريس هذه الحماية نتطرق إلى أحكامها في الفصل الثاني من هذا الباب.

وختمنا دراسة هذا الفصل ببيان حالات انتهاء الولاية سواء المنصوص عليها في قانون الأسرة من عجز الولي أو وفاته أو الحجر عليه أو إسقاط ولايته أو الحالات الأخرى التي لم يرد النص عليها والمتمثلة في بلوغ القاصر سن الرشد أو وفاته وغيرها، غير أن انتهاء الولاية أو سحبها المؤقت من الولي يكون وفق إجراءات استحدثها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا الأخير الذي لم يتم تعديله منذ صدوره فهل يعني هذا أن الأحكام المستجدة فيه كافية لا تحتاج إلى تعديل أو إضافة؟ وهو الإشكال الذي سوف نعالجه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في مسائل الولاية على نفس القاصر

خول المشرع لقاضي شؤون الأسرة صلاحية الفصل في مسائل معينة تتعلق بالأحوال الشخصية وتنطوي على عنصر الاستعجال، وتتمثل أساسا في الولاية على نفس القاصر وماله وحماية البالغين ناقصي الأهلية وفاقديها إضافة إلى دعاوى النسب والكفالة والتركة[1]، وما يهمنا في هذا المقام هو تلك الأحكام المتعلقة بالولاية على القاصر من الناحية الإجرائية وفقا للقانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وما استقرت عليه مختلف التشريعات المقارنة في هذا الخصوص، والولاية المقصودة في المواد 453 إلى 463 من ق.إ.م.إ يدخل ضمنها الوصاية والقوامة[2] أي الولاية بالمفهوم الواسع وليس بالمفهوم الضيق التي نصت عليها المواد 87 إلى 91 من قانون الأسرة[3].

والولاية حسب مقتضيات المادة 87 من ق.أ المعدلة تكون أصالة للوالدين بحكم القانون مع تقرير المفاضلة بينهما، وهذا تطرق المشرع إلى إجراءات إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من قبل أحد الوالدين الذي يمارس سلطته على نفس القاصر بحكم القانون. وتبعا لهذا قد يحدث طارئ أثناء ممارسة الولاية يتعين معه إنهاءها أو سحبها المؤقت بحسب الأحوال كالحجر على الولي لقيام عارض من عوارض الأهلية أو سوء معاملة القاصر أو حبس حرية الولي[4]، وعلى هذا الأساس يثور الإشكال حول معرفة الشخص الذي يسوغ له تقديم الطلب وكذا الإجراءات التي يتعين مراعاتها للبت في هذا الطلب وبيان كيفية الطعن في الأمر الصادر بشأنه، وهذا ما سيتم التعرف عليه من خلال المبحثين، نعالج في الأول إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من الناحية الإجرائية ثم نتطرق في الثاني لإجراءات اللاحقة لصدور الأمر الاستعجالي.

---

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 342.

[2] ووجه الدلالة في هذا القول هو أن صياغة النصوص جاءت بعموم المعنى حيث تنص م 453 من ق.إ.م.إ على إنهاء ممارسة الولاية على القاصر وليس على نفس القاصر ما يفهم منه أن إنهاء الولاية على نفس القاصر يترتب عليه إنهاؤها على ماله وهو موقف التشريعات المقارنة حيث تنص المادة 22 من ق.و.م على ما يلي:" يترتب علي الحكم بسلبِ الولاية علي نفسّ الصغير او وقفها سقوطها او وقفها بالنسبة إلى المال. ".

[3] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 454.

[4] بوضياف عادل، مرجع سابقّ، ص 454.

المبحث الأول: إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من الناحية الإجرائية

قبل التطرق لإجراءات إنهاء ممارسة الولاية على القاصر نشير إلى أن الولاية على النفس أولى من الولاية على المال لأنها تتعلق بحفظ القاصر خلقا وديانة وكل ما يتعلق بذاته من تعليم وتزويج وتطبيب، كما أنه يمكن تصور قاصر بدون مال وهكذا لا تتقرر له الولاية على المال، غير أن الولاية على النفس تتقرر في جميع الأحوال. وعلى هذا الأساس إذا قام سبب موجب لسحب هذه الولاية مؤقتا أو إنهائها كحبس حرية الولي أو فسوقه إلى حد التهتك[1] بشكل يهدد مصالح القاصر ويلحق به الضرر، تعين المطالبة بإنهاء الولاية أو سحبها مؤقتا، ولكن ما هي الإجراءات الواجب إتباعها لتحقيق هذه الغاية؟ وكيف يتم الطعن في الأمر الفاصل في إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت؟ وهذا ما سنجيب عنه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: كيفية رفع الدعوى والإجراءات المعاصرة لها

إن طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت يتم في شكل عريضة استعجالية تودع بأمانة ضبط المحكمة تتضمن بيانات وشروط عريضة رفع الدعوى العادية المنصوص عليها في المادة 15 من ق.إ.م.إ، إلا أن المشرع المصري قرر أن جميع القضايا الخاصة بالأسرة ويدخل ضمنها تلك المتعلقة بالولاية على النفس يجب أن تعرض على مكتب التسوية الأسرية قبل رفع الدعوى أمام محكمة الأسرة إلا إذا كانت ذات طابع استعجالي[2]، وفي حالة عدم الصلح يتعين على مكتب التسوية أن يرسل الطلب مرفقا بالملف المتضمن جميع التقارير التي تم تحريرها إلى نيابة شؤون الأسرة.

---

[1] يتعين على الولي أن يتحلى بالثقة والأمانة وألا يتصف بالفسق والتهتك وكذا اللامبالاة بعيدا عن المعاصي. حسن عبد الغني أبو غدة، مداخلة في ملتقى بعنوان "الولاية على القاصر هل هي مهمة؟ وما آثارها؟" (https://www.fiqh.islammessage.com)، تاريخ التحيين 2012/04/14، تاريخ الإطلاع 2017/07/17.

[2] تنص المادة 1/6 من القانون رقم 10 لسنة 2004 والمتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة على ما يلي:" في غير دعاوى الأحوال الشخصية التي لا يجوز فيها الصلح، والدعاوى المستعجلة، ومنازعات التنفيذ، والأوامر الوقتية، يجب على من يرغب في إقامة دعوى بشأن إحدى مسائل الأحوال الشخصية التي تختص بها محاكم الأسرة أن يقدم طلبا لتسوية النزاع إلى مكتب تسوية المنازعات الأسرية المختص.".

الفرع الأول: تقديم الطلب حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية

من استقراء نص المادة 453 من ق.إ.م.إ يتضح ن طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت يكون بموجب دعوى استعجالية نظرا لخصوصية المسائل المتعلقة بالولاية على نفس القاصر حيث أنها تتعلق بتدبير شؤونه الشخصية من تطبيب وتعليم وتزويج **ومرجع ذلك** ضعفه المتمثل في القصر، ولهذا الغرض كان عنصر الاستعجال الطابع المميز لقضايا الولاية على نفس القاصر.

سوف نبحث في الإجراءات التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب القانون 09/08 لإنهاء **ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت** ومقارنتها بتلك المقررة في التشريعات المقارنة، ثم **نتعرف على المحكمة المختصة** في مسائل إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت، **سواء الاختصاص الإقليمي أو الاختصاص النوعي.**

أولا: مناط الإستعجال بخصوص تقديم طلب إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت

يقوم القضاء المستعجل على ركنين أساسيين ويتمثلان في ركن الإستعجال **وكذا ركن عدم المساس بأصل الحق**[1]، هذا الأخير الذي **لا يمنع** القاضي الاستعجالي **من أن يفحص مستندات الخصوم المرتبطة بالدعوى والذي يمكنه من اتخاذ أي إجراء مؤقت**[2]. نشير إلى أنه يختلف اختصاص قاضي الإستعجال بنص القانون عن اختصاصه **العام** ذلك أن إثبات ركن الإستعجال غير مشروط ويفترض بنص القانون كلما تحققت وقائع معينة[3].

وأما عن الركن الثاني وهو عدم المساس بأصل الحق فلابد من توافره لأن الاستعجال إذا كان مفترضا بقوة القانون **فلا يوجد نص يعفي القاضي من أن يثبت** الركن الثاني المتمثل في عدم المساس بأصل الحق[4] **وهو الحكم الذي نستشفه من المادة 453 من ق.إ.م.إ، لذا يتعين أن** يخضع نظام الولاية **لأحكام الإستعجال** حتى لا يطول

[1] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، 219.

[2] فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2013، ص114.

[3] عمر زودة، مرجع سابق، ص 188.

[4] عمر زودة، نفس المرجع، ص 190.

أمد النزاع وكذا خشية لفوات الوقت[1]، ويخضع تقدير المسألة لسلطة القاضي التقديرية[2] التي يستخلصها من وقائع الدعوى.

كما تنص المادة 13 من ق.إ.م.إ على الشروط الواجب توافرها قانونا لقبول الدعوى بوجه عام والدعوى الاستعجالية بالتبعية وتتمثل هذه الشروط في الصفة والمصلحة مع استبعاد شرط الأهلية الذي كان منصوص عليه في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية لأن أهلية التقاضي ليست من شروط قبول الدعوى بل تعد شرطا لصحة المطالبة القضائية[3]، وبهذا اعتبر القانون الجديد الأهلية مسألة موضوعية واردة ضمن أحكام الدفع بالبطلان[4] وفقا لما نصت عليه المادة 64 من ق.إ.م.إ [5].

وكون الأهلية شرط لانعقاد الخصومة فإنه يتعين توافرها في المتقاضين وإلا باشر الدعوى نائب قانوني وليا كان أو وصيا أو قيما، وإذا أصاب أحد الخصوم عارض من عوارض الأهلية أثناء سير الدعوى فيترتب على هذا انقطاع الإجراءات دون تقرير البطلان[6]، تقضي في هذا الصدد المادة 210 من ق.إ.م.إ بأنه تنقطع الخصومة في القضايا التي تكون غير مهيأة للفصل فيها وذكرت المادة تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم.

تنص المادة 1/13 من ق.إ.م.إ على ما يلي :" لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "، جاءت هذه المادة معدلة للمادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم،

---

[1] الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ط1، الديوان الوطني للإشغال التربوية، س 2000، ص 316.

[2] يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الطبعة الثالثة، دار هومة، 2011، ص 13.

[3] عمر زودة، المرجع السابق، ص60.

[4] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 39.

[5] تنص في هذا الصدد المادة 64 من ق.إ.م.إ على ما يلي: " حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يلي :

انعدام الأهلية للخصوم

انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي ."

[6] أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية، مصر، طبعة 2015، ص705.

والتي كانت تنص على ما يلي:" لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك"، **الملاحظ من استقراء المادتين وإعمال المقارنة بينهما ما يلي:**

أن النص القديم(ق.إ.م) وظف فيه المشرع مصطلح "أحد" والتزاما بحفية النص يصبح المقصود هنا الشخص الطبيعي دون المعنوي في حين أن الشروط لابد أن تتوافر في كليهما، لذا غير المشرع مصطلح **"أحد" بـ"شخص"** في القانون الجديد((ق.إ.م.إ) **ويدخل ضمنه الشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء، حيث يرد النص على أحكام الشخص الطبيعي** في المواد 40 وما يليها من القانون المدني، **وتتضمن المواد 49 وما يليها من ذات القانون الأحكام المرتبطة بالأشخاص الاعتبارية.**

كانت عبارة النص في قانون الإجراءات المدنية كما يلي"أن يرفع دعوى" وبهذا تنحصر الشروط وفقا لهذا النص في رافع الدعوى دون الطرف الآخر فيها إذا تقيدنا بالنص القانوني في حين أن هذه الشروط لابد أن تتوافر في كليهما[1]، **لذا عدل** المشرع هذه العبارة واستبدلها بـ**"التقاضي"** فأصبح المقصود ينصرف إلى المتقاضين أي رافع **الدعوى والطرف الآخر فيها. كما** حسم المشرع الجدل الذي كان قائما في النص القديم بشأن المصلحة أين كان المصطلح على إطلاقه، وبهذا ثار جدل فقهي هل هي المصلحة الآنية أم أن الحكم يشمل **المصلحة الآنية والمستقبلية** المحتملة على حد سواء فنص المشرع في المادة **13 من ق.إ.م.إ** على أنها المصلحة القائمة أو المحتملة.

غير أن المشرع المغربي يدرج الأهلية ضمن شروط قبول الدعوى وذلك في قانون المسطرة المدنية بصيغتها **المعينة بتاريخ 20 مارس 2014** وبالضبط في **الفصل الأول من الباب الأول المعنون بمقتضيات تمهيدية المتفرع عن القسم الأول حيث ينص على أنه لا يصح التقاضي إلا ممن له صفة، وأهلية، ومصلحة لإثبات حقوقه، وهذا يتوافق** في التشريع الجزائري **مع المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 الذي عدل بموجب القانون**

[1] نشير إلى أن المشرع استبعد أيضا شرط الكفالة الذي كانت تنص عليه المادة **460 من ق.إ.م وهذا إذا كان رافع الدعوى شخصا أجنبيا فيقع على** عاتقه تقديم كفالة لدفع التعويضات والمصاريف ولعل السبب في ذلك مبدأ التعامل بالمثل بناء على الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر والخاصة **بالتعاون القضائي.** انظر عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 39-40.

09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ونفس الشروط مقررة في التشريع التونسي ضمن الفصل 19 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي تنص في فقرتها الأولى على أن حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق وأن تكون للقائم مصلحة، غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة تقرر أنه يمكن في المادة الاستعجالية قبول القيام من طرف القاصر المميز إذا كان هناك خطر ملمّ.

كما أن حرص المشرع الجزائري على تقرير الحماية القانونية للمولى عليه القاصر يتجلى في استحداث القواعد الإجرائية المنظمة للولاية على نفسه وإضفاء عنصر الاستعجال عليها، مع العلم أن القضاء المستعجل فرضه مبدأ مهم للغاية وهو حسن سير العدالة[1]، وفي حال عدم استيفاء المتقاضين لحقهم المعتدى عليه يمكنهم أن يسلكوا إجراءات القضاء العادي، ومرجع هذا نص المادة 87 من قانون الأسرة حيث يمارس الوالدين سلطتهما الأبوية على القاصر مثلما هو مقرر قانونا فتكون في المقام الأول للأب وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة.

الملاحظ أن المشرع ينص في المادة 458 ق.إ.م.إ على أن الطلبات المشار إليها في المادة 453 من نفس القانون ترفع طبقا لرفع الدعوى الاستعجالية، إلا أن هذه المادة جاءت لاحقة للمادة 457 التي تنص على النظر والفصل في الإستئناف، ويعاب على المشرع الإخلال في ترتيب الإجراءات، كما أن الفقرة الثانية من المادة 458 تنص على أنه ينظر ويفصل في الطلبات في غرفة المشورة حماية للقاصر وكذا حفاظا على سمعة العائلة، وهذا بعد سماع ممثل النيابة ومحامي الخصوم في الإدلاء بملاحظاتهم عند الاقتضاء.

وقد أغفل المشرع تحديد الجهة القضائية التي تتبعها غرفة المشورة أهي المحكمة أم المجلس القضائي، ولو أننا نستشف هذا بإعمال المقارنة بالمادة 457 التي ذكرت غرفة المشورة حال النظر في الاستئناف أي أمام الجهة القضائية درجة ثانية، فبالضرورة لا حاجة للتكرار في المادة 458 وذكر غرفة المشورة وإن كان كذلك فلا يخلو الأمر

[1] ذلك أن الصغير تقصر ملكاته الذهنية عن إدراك الأمور على حقيقتها ولهذا قد يفوت فرصة علاج مسائل الولاية التي تتطلب السرعة والحذر لأن الأمر يتعلق بمصلحة قاصر ولا سبيل إلى ذلك إلا عن طريق اللجوء إلى الدعوى الاستعجالية.

من ترجيح تبعية هذه الغرفة للمحكمة، وبهذا جاء إجراء النظر والفصل في الطلبات أمام المحكمة **ماثلا لنفس الإجراء المقرر** أمام المجلس.

ونشير في الأخير إلى ملاحظتين هامتين تتعلق الأولى بأنه **لا حاجة لاستصدار حكم قضائي يسند ممارسة الولاية** إلى **الوالدين** كما أنه لا ضرورة لنص ينظم إجراءات تعيين الولي **كما هو معمول** به في بعض التشريعات[1]، **وأما الملاحظة الثانية فنسجلها على صياغة نص المادة 453 من ق.إ.م.إ** إذا ما قارناه بصياغة العنوان المخصص لها، هذا الأخير **جاء بصياغة**"في الولاية على **نفس القاصر**" **بينما استهل المشرع صياغة المادة بما يلي**"يقدم إنهاء ممارسة الولاية على القاصر..." وبهذه الصياغة فإن إنهاء ممارسة الولاية يعم النفس والمال معا وهذا لا ينسجم مع العنوان، **فهل أغفل المشرع مصطلح "نفس"** في صياغتها أم أن ذلك جاء بقصد منه؟

نقول إجابة على هذا الطرح أن هذا ربما كان مقصودا وهنا تبرز أهمية دراسة الأحكام الموضوعية للولاية **على القاصر**، ذلك أنه مر معنا في حالات انقضاء الولاية **أنه** يترتب **على الحكم بسلب الولاية على** نفس الصغير **أو وقفِها سقوطُها أو وقفها بالنسبة** إلى **المال وهو مضمون المادة 22 من ق.و.م، وندعم قولنا هذا بما** ذكره الدكتور أحمد نصر الجندي أن ما ورد في المادة **22 من ق.و.م هو أمر منطقي حيث أن الشخص الذي تسلب** ولايته على نفس القاصر لا يعقل أن تبقى له الولاية على المال لأن مناط سلب الولاية هو تخلف وصف الأمانة وغير الأمين على النفس من باب أولى لا يكون أمينا على المال[2].

ثانيا: أصحاب الحق في تقديم الطلب

تقضي المادة 453 من ق.إ.م.إ بأن تقديم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت يكون من قبل الوالدين أو النيابة العامة أو من قبل من له مصلحة، والعلة في كون هؤلاء هم أصحاب الشأن في هذه

[1] انظر رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 613 وما بعدها.

[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 81-82.

المسألة هو ما يتمتع به الوالدان من سلطة أبوية قِبَلَ أولادهم وأما النيابة العامة فالقانون[1] هو الذي خول لها صلاحية حماية القصر ومن في حكمهم وبالنسبة لمن يهمه الأمر فالمصلحة هي مناط الدعوى، غير أن المشرع الجزائري لم يعرف السلطة الأبوية[2].

بينما عرفها المشرع الفرنسي في المادة 371-1 من القانون المدني بأنها مجموع الحقوق والواجبات التي يكون الغرض منها مصلحة الطفل، وتكون للوالدين إلى غاية بلوغ القاصر سن الرشد أو ترشيده بغية حمايته في أمنه وصحته وأخلاقه، وذلك من أجل ضمان تربيته ونشأته في احترام نابع من شخصه، كما يشرك الوالدان الطفل في القرارات التي تعنيه وذلك تبعا لسنه ونضجه.

ويتعين على الوالدين وفقا للتشريع الفرنسي[3] أن يسهم كل منهما في حفظ وتربية الأطفال كل بقدر موارده وبالنظر إلى احتياجات الطفل، كما أنه لا يمكن للطفل مغادرة المنزل العائلي إلا بإذن منهما، وتتم ممارسة السلطة الأبوية بالمشاركة بين الوالدين، كما ينص المشرع الفرنسي على أنه يمنع من ممارسة السلطة الأبوية المبنية على مبدأ المشاركة[4] أحد الوالدين الذي لا يمكنه أن يعبر عن إرادته بسبب نقص أهليته أو انعدامها أو غيبته أو لأي سبب آخر، وفي حالة وفاة أحد الوالدين أو حرمانه من ممارسة السلطة الأبوية يمارسها الآخر منهما وحده.

---

[1] هناك نصوص متعددة تقضي باختصاص النيابة العامة في حماية القصر سواء كان ذلك بنص صريح كنص المادة 260 من ق.إ.م.إ أو بنص غير صريح وإنما نستشفه من مقتضياته كنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المدرجة بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

[2] تم ترجمة مصطلح " autorité parentale" بالسلطة الوالدية في مؤلَف القانون المدني الفرنسي بالعربية، فايز الحاج شاهين، طبعة DALLOZ، بيروت، لبنان، 2012، ص 522، المادة 389 وما بعدها. ونجد الترجمة في التشريع الجزائري السلطة الأبوية، ففي التشريع الفرنسي تكون ممارسة هذه السلطة على الأولاد بالتساوي بين الأب والأم ولهذا استعمل مصطلح الوالداية ليشمل الأب والأم معا دون تغليب أحدهما على الآخر، في حين أن مصطلح الأبوة يطلق على الجنسين على اعتبار أن الرجل هو من يقوم ويَعُول من هم تحت ولايته قال تعالى " الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ " الآية 34 من سورة النساء، ثم إن لفظ الأبوين يطلق على الأب والأم على حد سواء قال تعالى:" فَإِنْ لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ " الآية 11 من سورة النساء، وقال أيضا:" وَأَمَّا الْغُلاَمُ فَكَانَ أَبَوَاهُ مُؤْمِنَيْنِ فَخَشِينَا أَن يُرْهِقَهُمَا طُغْيَانًا وَكُفْرًا " الآية 80 من سورة الكهف، إلا أن هذا لا يقدح في شخصية المرأة ذلك أن الإسلام يوازن في هذه المسائل ولا يدع ثغرة للمستشرقين فقد ورد في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "يا رسول الله من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال: أمك، قال ثم من؟ قال أبوك" متفق عليه.

[3] انظر المواد 372-2 وما يليها من القانون المدني الفرنسي.

[4] Art. 172 du CCF : « Les père et mère exerce en commun l'autorité parentale »

وبالتمعن في التعديل الذي أجراه المشرع **الجزائري** في قانون الأسرة بموجب القانون 05-02 نجد أنه ألغى المادة 39 التي كانت **تقضي بأنه** يجب على الزوجة **طاعة الزوج ومراعاته** باعتباره رئيس العائلة[1]، **فاستبعد المشرع** بهذا رئاسة الأب للعائلة كمبدأ، واستبدله بمبدأ آخر نص عليه في المادة 36 **من ق.أ المعدلة بمقتضى نفس القانون ألا وهو مبدأ التشاور** حيث تنص هذه المادة على ما يلي:" يجب على الزوجين: ..... **التشاور** في تسيير شؤون الأسرة **وتباعد الولادات**، ..."، **ومثل هذا الحكم يتعارض مع المادة** 87 من قانون الأسرة التي تمنح الولاية للأب على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، فهذا النص لا يقر بمبدأ التشاور حيث أن التشاور في تسيير شؤون الأسرة جاء عاما في مدلوله فهو يعم القيام بشؤون الأولاد **نفسا ومالا.**

نتساءل في هذا الخصوص هل هذا توجه نحو إقرار مشاركة الزوجة للزوج في مسألة الولاية؟ أم التشاور لا يعني المشاركة **وإنما هو أخذ الرأي** من الزوجة ويعود الحسم في تسيير شؤون الأسرة للأب **أي أن رأيها استشاري** وليس تداولي؟ **وإلا لماذا ألغى المشرع المادة** 36 **من قانون الأسرة** المتعلقة برئاسة الأب للأسرة؟ الحقيقة لا يمكن تبين **موقف المشرع الجزائري من خلال** هذه النصوص المتعارضة آملين أن يزيل هذا التعارض مستقبلا بما يخدم مصالح **الأسرة لا سيما مسائل الولاية على القصر مع مراعاة** استرشاد المشرع في تقريره لأحكام الولاية بوجه عام بأحكام **الفقه الإسلامي**[2].

لم يَحِدْ المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في تعريفه للسلطة الأبوية ونص عليها في قانون وأغفلها في **قوانين أخرى**، فلا نجد مصطلح **"السلطة الأبوية"** في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلما هو **عليه** الشأن في التشريع الفرنسي ولا نجده أيضا في قانون الأسرة، غير أنه تم النص عليه في قانون العقوبات، ليتراجع المشرع عن استعمال هذا المصطلح في التعديل الأخير بمقتضى القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 **سعيا**

[1] Il n'y a pas de famille sans chef, Cette conception est carrément exprimée dans le coran. DENNOUNI Hdjira, les conventions entre Epoux en droit algérien, pourquoi des conventions et pas des contrat ? REJ, U Tlemcen, Faculté de droit, LDPF, E. Ibn khaldoun, Tlemcen, N°4, 2007, p 29.

[2] الحقيقة لا يمكن للمشرع الجزائري أن يساير **أحكام التشريع الفرنسي** في مسائل الأحوال الشخصية ذلك أن هذه الأخيرة تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية وخير دليل على ذلك نص **م** 222 **من ق.أ** التي تقرر بأنه في حالة عدم وجود **نص** في هذا **القانون يتم الرجوع** إلى **أحكام الشريعة الإسلامية.**

منه للتنسيق بين نصوص مختلف القوانين، كنص المادة 19 من ق.ع التي قلصت من تدابير الأمن ومن بينها "سقوط حقوق السلطة الأبوية كلها أو بعضها" وأدرجها المشرع ضمن المادة 9 مكرر1 المدرجة بموجب نفس القانون حيث استبدلت بعبارة "سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها" ضمن حالات الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية.

مع العلم أن المادة 9 مكرر1 تحيل إليها بعض مواد قانون العقوبات كنص م 53 مكرر 1 من ق.ع والمادة 383 من ذات القانون. نذكر أيضا أن م 24 الملغاة بموجب القانون 06-23 كانت تنص على السلطة الأبوية، ونجد النص على هذا المصطلح في م 328 من ق.ع التي لم يشملها التعديل وكذا م 330 رغم تعديلها حيث لم يستبدله بمصطلح الولاية، وربما كان هذا سهوا من المشرع كما حصل مع مصطلح العقوبات التبعية[1].

إن النظام القانوني للولاية في التشريع الفرنسي سواء من الناحية الموضوعية(القانون المدني) أو من الناحية الإجرائية(قانون الإجراءات المدنية) متباعد بشكل واضح عن ذلك الوارد في التشريع الجزائري، حيث أن مصطلح الولاية المعتمد عندنا في قانون الأسرة الجزائري يقابله في النسخة الفرنسية من حيث الترجمة مصطلح"tutelle"، في حين أن هذا الأخير يقصد به الوصاية حسب المفهوم الوارد في المواد 390[2] وما يليها من القانون المدني الفرنسي.

والتعريف الذي أوردناه سلفا الخاص بالسلطة الوالدية في المادة 371-1 من القانون المدني الفرنسي يأخذ مفهوما مقاربا للولاية[1]، وأما في الأحكام الإجرائية فنلاحظ أن المشرع الفرنسي قد استعمل عبارة تفويض السلطة

[1] الجدير بالذكر أن المشرع ألغى العقوبات التبعية التي كانت تنص عليها المواد 6، 7، 8 بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20، إلا أنه أحال إليها في مواد أخرى رغم إلغائها كالمادة 37 وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 166 من ق.ع، والغريب في الأمر أن المشرع نص عليها في المادة 87 مكرر 9 رغم أنها مدرجة بنفس القانون(06-23).

[2] تنص المادة 390 من القانون المدني الفرنسي على أنه يتم افتتاح الولاية بعد وفاة الوالدين أو بعد تجريدهما من ممارسة السلطة الأبوية..."، وهذا المفهوم ينطبق على الوصاية وهو ما نجده في القانون المدني الفرنسي بالعربية، المرجع السابق، 521، المواد 388-3 وما بعدها. ونجد أيضا هذه الترجمة في التشريع الجزائري من ذلك مثلا نص المادة 2/15 من قانون علاقات العمل التي تنص على ما يلي:"ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي" ورد هذا النص في النسخة الفرنسية كما يلي:

"Le travailleur mineur ne peut être recruté que sur presentation d'une autorisation établie par son tuteur legal"

[1] En droit français; lorsque le mineur a ses deux parents il est assujetti au régime de l'administration légale mais pas au régime de la tutelle, ce dernier est appliqué au mineur qui n'a plus ses parents (père et mère).voir Louis MILLIOT , Introduction à l'étude du droit musulman, Librairie du Rec. SIREY, Paris, France, 1953, p.413-414.

الوالدية كلها أو بعضها (المادة 371-1 من القانون المدني الفرنسي) والإجراءات الخاصة بها الواردة في المواد شبيهة بتلك المتعلقة بإنهاء الولاية أو سحبها المؤقت الواردة في المواد 453 وما بعدها من ق.إ.م.إ ، أما عن السحب الجزئي أو الكلي للسلطة الوالدية ضمن نفس المواد من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فتحكمه إجراءات أخرى، غير أن المشرع الفرنسي في جميع الأحوال لم يشر إلى أنها تتم عن طريق دعوى استعجالية، ونص المشرع المصري في المادة 16 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بأنه ترفع الدعوي في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وأشار المشرع الفرنسي في المادة 376 من القانون المدني إلى أنه لا يمكن التنازل أو التخلي عن السلطة الوالدية إلا بحكم من القضاء، أما عن الطلبات المتعلقة بالسحب الكلي أو الجزئي فترفع أمام المحكمة الإبتدائية لمكان إقامة الأصل(الأب)، فطبقا للمادة 1202 من قانون الإجراءات المدنية والتي تعنى بالطلبات المتضمنة تفويض السلطة الأبوية تكون أمام قاضي شؤون الأسرة لمكان إقامة القاصر، يتم إبلاغ المحكمة أو القاضي عن طريق عريضة وتعفى الأطراف من التمثيل بمحامي، كما يمكن أن توجه إلى وكيل الجمهورية والذي يحيلها بدوره إلى المحكمة أو القاضي، وإذا كان الطلب الذي يرمي إلى السحب الكلي أو الجزئي للسلطة الأبوية صادرا من النيابة العامة أو أحد أعضاء العائلة أو وصي الطفل فتبلغ هذه العريضة عن طريق كاتب الضبط إلى الوالد الذي تم مباشرة الدعوى في مواجهته ليتم إجراء التحقيقات اللازمة من قبل المحكمة أو القاضي، وإذا كان إجراء المساعدة التربوية يتطلب السرعة بخصوص عدة أطفال يتم إرسال الملف إلى المحكمة أو القاضي.

وقد نصت م1206 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن وكيل الجمهورية يتلقى المعلومات التي تفيد في وضعية عائلة القاصر وكذا سلوك الوالدين، كما يمكن أن يأمر القاضي[1] أو المحكمة[2] حسب الحالة بكل تدبير مؤقت يتعلق بممارسة السلطة الأبوية، وبعدها يتم الاستماع إلى الأبوين، والوصي، وممثل المصلحة التي عهد

[1] فيما يتعلق بطلب تفويض السلطة الأبوية.

[2] فيما يخص طلب السحب الكلي أو الجزئي.

إليها كفالة الطفل أو أي شخص آخر يكون سماعه مفيدا، يتم التحقيق في القضية ويفصل فيها في غرفة المشورة، كما تتم المناقشات بحضور النيابة العامة، وقد عالجت المادة 1210 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي طلب استرداد الحقوق التي تم تفويضها أو سحبها الذي يتم عن طريق عريضة ترفع أمام المحكمة أو القاضي بمحل إقامة الشخص الذي عهدت إليه ممارسة هذه الحقوق، ويتم تبليغه عن طريق كاتب الضبط، كما يخضع الطلب إلى القواعد التي تحكم الطلبات الخاصة بتفويض السلطة الوالدية[1].

ثالثا : المحكمة صاحبة الاختصاص في مسألة إسقاط ممارسة الولاية على نفس القاصر

نشير أولا إلى أن الاختصاص النوعي من النظام العام وتقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى طبقا للمادة 36 من ق.إ.م.إ ، وأما الاختصاص الإقليمي فيتعين إثارة الدفع بشأنه قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول وهو مضمون م 39 من نفس القانون، وقد حددت م 458 من ق.إ.م.إ المحكمة صاحبة الاختصاص الإقليمي في مسألة إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت، غير أنها لم تنص على مسألة الاختصاص النوعي، وسوف نوضح بجلاء هاتين النقطتين مع إعمال الموازنة بالتشريعات المقارنة على النحو التالي:

1. الاختصاص النوعي لإنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت

لم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة الاختصاص النوعي لإنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت ضمن المواد 453 إلى 463 من ق.إ.م.إ، غير أنه بتفحص الأحكام المتعلقة بصلاحيات قسم شؤون الأسرة وبالضبط المادة 423[1] من نفس القانون نجد أن قسم شؤون الأسرة هو الذي ينظر في مسألة سقوط الولاية، وقد استعمل المشرع في هذه المادة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مصطلح سقوط المرادف لمصطلح إنهاء غير أن لفظ

[1] نشير إلى أن مبدأ المشاركة في ممارسة السلطة الأبوية الذي اعتمده المشرع الفرنسي يمتد حتى في الإدارة القانونية عملا بمقتضيات المادة 389 وما يليها من القانون المدني الفرنسي، حيث تقضي هذه النصوص بأنه إذا كانت السلطة الأبوية تمارس من قبل الوالدين بالإشتراك فهما مديران قانونيان، وفي غير هذه الحالات تعود الإدارة القانونية لمن له حق ممارسة السلطة الأبوية.

[1] تقضي المادة 423 من ق.إ.م.إ بأن قسم شؤون الأسرة ينظر على الخصوص في جملة من الدعاوى ومن ضمنها تلك المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.

"سقوط" قلنا أنه يحمل معنى الجزاء[1]، وبناء على هذا النص يمكن القول أنه يعقد الاختصاص في مسائل إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت لقسم شؤون الأسرة.

أما في التشريع المصري فقد أنشئت محاكم الأسرة بموجب المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 2004 المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة التي تنص على أنه تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة يكون تعيين مقرها بقرار من وزير العدل، وهكذا يكون هناك تساو في عدد محاكم الأسرة والمحاكم الجزئية وكان غرض المشرع من إنشائها تقريب العدالة من المواطن بما ييسر له سبل التقاضي وتقليل النفقات، وشكلت بوزارة العدل لجنة لتفعيل أحكام قانون محاكم الأسرة وإنشاء صندوق نظام تأمين الأسرة، حتى أن المشرع المصري أجاز انعقاد محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية خارج نطاق الاختصاص لمعالجة حالات الضرورة التي لابد وأن تقدر بقدرها[2]، وعمد المشرع بهذا القانون إلى جمع شتات الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها قضايا الولاية على النفس وكذا الولاية على المال مهما كانت قيمتها كما جعل الاختصاص المحلي للدعاوى الخاصة بهذه القضايا أمام محكمة الأسرة المختصة محليا[1].

واستثناء من هذا يختص رئيس محكمة الأسرة وفقا للمادة 2/3 من قانون إنشاء محاكم الأسرة لسنة 2004 بإصدار شهادات الوفاة والوراثة ويجوز له أن يحيلها إلى المحكمة عند قيام نزاع جدي يتعلق بها، كما يختص دون غيره بإصدار الأوامر على العرائض في المسائل المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون رقم 1 لسنة 2000 وذلك بصفته قاضيا للأمور الوقتية، وطبقا لمقتضيات هذه المادة أصبح الاختصاص عاما وشاملا، حيث تنص على ما يلي:"تختص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص

[1] لا وجد فرق بين إسقاط الولاية أو إنهائها من حيث الشكل إلا أن مصطلح سقوط أو إسقاط له معنى الجزاء، مثلما هو منصوص عليه في قانون العقوبات كنص المادة 328 من قانون العقوبات :".....إذا كانت اسقطت سلطته الأبوية"، والمادة 330 من نفس القانون :".....وذلك سواء كان قد قضي بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها"، وغيرها من المواد التي كانت قد عدلت أو ألغيت بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 12/20/ المعدل والمتمم لقانون العقوبات 2006 كالمادة 19 و24. انظر في هذا المعنى كتاب الولاية على المال لكمال حمدي، مرجع سابق، ص57.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 66 .

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 67 وما بعدها.

بها للمحاكم الجزئية **والابتدائية** طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل **الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000**".

وحسب المادة 9 من القانون رقم 1 لسنة 2000 ينعقد الاختصاص النوعي والقيمي للمحاكم الجزئية في **مسائل الأحوال الشخصية**[1] ويدخل ضمنها الولاية على النفس سواء المتعلقة بالمصريين المسلمين وغير المسلمين أو **تلك الخاصة** بالأجانب التي كانت منظمة بالمواد **5، 6، 347، 28، 355 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بموجب القانون رقم 78 لسنة 1931 وكذا المواد 894، 919، 930، 1/934 من قانون المرافعات** المدنية التجارية، وجاء النص مطلقا في تحديد الإختصاص بالنسبة لمواد الولاية على النفس وهذا يعني أن المحكمة الإبتدائية تختص بنظرها مهما بلغت قيمة الطلب[2] **ولو جاوز قيمة الإختصاص الجزئي،** وقد جمع القانون رقم **1 لسنة 2000** مقتضيات هذه المواد ضمن نص واحد لتسهيل المهمة على القاضي وتيسير سبل التقاضي بالنسبة **للمتقاضي وحصر نص المادة 9** الحالات التي يكون فيها الحكم نهائيا وما سواها يكون قابلا للطعن فيه حسب القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات[1].

ويؤخذ على المشرع المصري وهو بصدد تيسير الإجراءات على المتقاضي أنه زاد الأمر تعقيدا باعتماده أسلوب الإحالة من قانون إلى آخر مما يصعب المهمة أكثر، ذلك أن المادة الأولى من القانون رقم **10 لسنة 2004** نصت على إلغاء كل حكم يخالف أحكام القانون المرفق، وإن لم يرد نص في هذا القانون تتبع الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم **1 لسنة 2000** وإذا لم يوجد نص في هذا القانون تطبق الأحكام الواردة في قانون **المرافعات المدنية والتجارية** وكذا قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ويتم الرجوع أيضا إلى أحكام القانون

---

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 103.

[2] تنص المادة 42 من قانون المرافعات معدلة على ما يلي:"تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم ابتدائيا في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها عشرة آلاف (10.000) جنيه ويكون حكمها انتهائيا إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز ألفي (2000) جنيه".

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 383.

المدني فيما يتعلق بتصفية التركات[1]، وكل هذه الإحالات من شأنها أن تجعل المتقاضين في حيرة من أمرهم إذ يتعين عليهم دراسة عدة قوانين بدلا من قانون واحد ينظم المسألة المراد تقديم طلب بشأنها.

وللإشارة إذا تعلق الأمر بمسألة إجرائية كما هو عليه الحال في القانون رقم 1 لسنة 2000 فالإحالة تتم إلى القانون الذي تم الإحالة إليه أو الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات أو القانون المدني، أما إذا تعلق الأمر بمسألة موضوعية فإن البحث عن حكمها يرجع فيه إلى المذهب الحنفي وفقا لما نص عليه المشرع المصري في المادة 1/3 من قرار مجلس الشعب من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والتي تنص على ما يلي:" تصدر الأحكام طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة."

وقد حدد التشريع المصري اختصاص المحاكم المدنية في مواد الولاية على النفس وهو الاختصاص الذي كان معهودا إلى المحاكم الشرعية والملية قبل إلغائها والوارد حكمها في قانون المرافعات ضمن الكتاب الرابع منه أو القانون 118 لسنة 1952 المتعلق بتقرير حالات سلب الولاية على النفس، حيث تنص المادة 922 من قانون المرافعات المصري[1] على أن المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها موطن الولي أو سكنه إذا لم يكن له موطن معروف تختص بالحكم بسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها[2].

وقد ألغى المشرع المصري الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم 77 لسنة 1949 بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 14.

[1] أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 418 وما بعدها.

[2] سلب الولاية هو إيقافها في حقيقتها غير أن الحد من الولاية هو إنقاصها دون إنهائها وأما وقف الولاية فهو إيقافها أو إيقاف سريانها لفترة من الزمن تستمر باستمرار سبب الوقف، وللقاضي السلطة التقديرية في قيام موجب سلب الولاية او الحد منها او وقفها. انظر كمال حمدي، مرجع سابق، ص 66.

الشخصية[1]، غير أن هذا الأخير لم يتطرق للأحكام المتعلقة بالولاية على النفس التي كان ينص عليها قانون المرافعات وكذا الفقرة الرابعة من المادة 973 من نفس القانون والتي تعنى بالولاية على المال وينعقد الاختصاص بنظرها للمحكمة الابتدائية وحدها[2].

وعلى هذا الأساس فإن عدم إيراد المشرع لحالات سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها سواء تلك المتعلقة بالنفس أو المال ضمن اختصاصات المحكمة الجزئية التي ورد النص عليها في المادة 9 من القانون رقم 1 لسنة 2000 فهذا يعني أنه يعقد الاختصاص بشأنها للمحكمة الابتدائية وفقا للمادة 10 في فقرتها الأولى من ذات القانون ويكون لهذه المحكمة اتخاذ الإجراءات القانونية التي نصت عليها المادة 12 من نفس القانون إذا قضت بسلب الولاية أو وقفها[3].

وجدير بالذكر أن الدعاوى المنصوص عليها في المادة 423 من ق.إ.م.إ والتي ينظر فيها قسم شؤون الأسرة قد ورد ذكرها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، ذلك أن الدعاوى التي يختص قسم الأسرة بنظرها كثيرة جدا وهي واردة في قانون الأسرة كتلك المتعلقة بالميراث والهبة والوصية وغيرها[1].

2. الإختصاص الإقليمي لإنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت

خروجا عن القواعد العامة للاختصاص الإقليمي التي أوردتها المواد 37 وما يليها من قانون الإجراءات

[redacted]

لمقتضيات المادة 458 من ق.إ.م.إ، والملاحظ أن المشرع تارة يستعمل مصطلح "مقر" وأحيانا أخرى يستعمل

[1] تنص المادة الرابعة من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ما يلي:" تلغي لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم78 لسنة1931، ويلغي الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلي القانون رقم77 لسنة1949, والقوانين أرقام462 لسنة1955 و628 لسنة 1955، و62 لسنة 1976 المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب إتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة1907، كما يلغي كل نص يخالف أحكام القانون المرافق".

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 475 وما بعدها.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع ، ص 476.

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 328.

مصطلح "موطن"، هذا الأخير الذي يحمل مدلولا واسعا حيث يوظفه المشرع في النصوص القانونية إذا تعلق الأمر بالشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء[1]، على أن لفظ "مقر" يستعمل إذا تعلق الأمر بالشخص المعنوي[2]، ويتنوع الاستعمال بين المصطلحين فيما سوى هاتين الحالتين كما هو الشأن بالنسبة للمادة 458 من ق.إ.م.إ[3] وغيرها من المواد، كما يستعمل المشرع أيضا مصطلح "مكان"[4].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري عقد الاختصاص في مسائل إسقاط الولاية على نفس القاصر بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن الولي أو سكنه إذا لم يكن له موطن معروف حيث تختص بالحكم بسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها وهو نص المادة 922 من قانون المرافعات المصري[1].

الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتباعها منذ رفع الدعوى إلى غاية إقفال باب المرافعة

تنص المادة 453 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت، من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر بدعوى استعجالية".

وترفع الدعوى الاستعجالية طبقا لما هو مقرر بوجه عام في رفع الدعاوى أمام الجهات القضائية مثلما هو منصوص عليه في المواد 14 و15 و16 و17 من ق.إ. م.إ ، وبناء على هذه المواد فإن طلب إنهاء ممارسة الولاية على نفس القاصر أو سحبها المؤقت يتم في شكل عريضة استعجالية مكتوبة، مؤرخة وموقع عليها من المدعي أو وكيله وتودع لدى كتابة ضبط المحكمة، ويجب أن تتضمن العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات التي نصت

---

[1] هناك أمثلة متعددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كنص المادة 15(موطن المدعى عليه)، المادة 39 (موطن المرسل أو موطن المرسل إليه)، المادة 40 (موطن المتوفى، موطن الدائن بالنفقة، موطن المدعى عليه)، المادة 160(موطن الشاهد)، المادة 306(موطن المدين)، المادة 407 (موطن الشخص الذي تلقى التبليغ)، المادة 540 (موطن المستأنف)، المادة 562(موطن الطاعن)، المادة 607 (موطن المنفذ عليه)، ...

[2] انظر في هذا الصدد المادة 40 من ق.إ.م.إ (المقر الإجتماعي للشركة)، المادة 302(مقر الجهة القضائية)، المادة 412(مقر البلدية)، المادة 607 (مقر المجلس)، المادة 753(مقر المحكمة).

[3] تنص المادة 458 من ق.إ.م.إ "...وذلك أمام محكمة مقر ممارسة الولاية"، وكذا المادتين 39 و649 من ق.إ.م.إ(مقر الأموال).

[4] استعمل المشرع مصطلح مكان في حالات أخرى، انظر المواد 39، 40، 680، 691،706، 804 من ق.إ.م.إ...

[1] تنص المادة 922 من قانون المرافعات المصري على ما يلي:" تختص المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها موطن الولي أو سكنه إذا لم يكن له موطن معروف بالحكم بسلب الولاية او وقفها أو الحد منها".

عليها المادة 15، ويتم تكليف المدعى عليه بالحضور وفقا لمقتضيات المادة 301 من ق.إ.م.إ وذلك بتقليص الآجال تبعا لظروف كل قضية إذ يجوز تخفيضها إلى أربع وعشرين ساعة، وفي حالة الإستعجال القصوى يمكن أن يكون أجل الحضور من ساعة إلى ساعة كما يشترط القانون أن يتم التبليغ الرسمي للخصم شخصيا أو لممثله القانوني أو الإتفاقي.

[redacted]

حيث يكون هذا على سبيل الاستثناء خروجا على المبدأ العام الذي يقضي بأن اختصاصها الأصيل يكمن في مباشرة الدعوى العمومية في المجال الجزائي[1].

أما بالنسبة للمشرع المصري وبعد عرض القضية على مكتب التسوية وإرسال ملف الدعوى من قبل هذا المكتب إلى النيابة العامة، يتقدم صاحب الشأن برفع دعوى ودفع الرسوم إن اقتضى الأمر ذلك، ويسلم العريضة إلى رئيس القلم لتحديد رقم القضية وتاريخ الجلسة وبعدها يؤشر على صفيحة الدعوى ليتم قيدها بالجدول، ثم تؤخذ صورة عن ملف الدعوى تسلم نسخة منه إلى سكرتير الجلسة أما أصل العريضة والمستندات المرفقة فترسل إلى المحضرين لتبليغها[2].

أولا: تدخل النيابة العامة في مسائل الولاية

إن تدخل النيابة العامة ضروري لحماية القصر رغم أن تدخلها في المجال المدني ضيق ويكون على سبيل

[redacted]

وتطالب بتطبيق القانون، فهي توجد في كل جهة قضائية حيث يحضر ممثلها المرافعات ويجب أن تنطق الأحكام في

---

[1] المجال الجزائي إذ أصبحت طرفا اصليا في القضايا الرامية إلى تطبيق احكام قانون الأسرة بموجب المادة 3 مكرر منه المدرجة بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، كما أصبح دورها إيجابيا في المسائل المدنية فقرر المشرع في المادة 260 من ق.إ.م.إ إبلاغ النيابة العامة في جملة من القضايا ذات الطابع المدني ، وخولت الفقرة ما قبل الأخيرة من هذه المادة لممثل النيابة العامة الإطلاع على كل القضايا التي يرى تدخله فيها ضروريا.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 590 وما بعدها.

حضوره كما أنها تسعى إلى تنفيذ أحكام القضاء مستعينة بالقوة العمومية عند الاقتضاء طبقا للمادة 29 من ق.إ.ج ، وللنيابة العامة دور في حماية القصر في جميع القضايا ولها أيضا دور في رعايتهم فيما يتعلق بمسائل الولاية على وجه الخصوص، فتتولى النيابة العامة رعاية مصالح القاصر الشخصية والحرص على حمايته كما هو مقرر قانونا، كما يمكن لها أن تندب لإجراء ذلك من ترى ندبه من الشرطة القضائية وذلك لاتخاذه التدابير اللازمة لحماية القاصر، ولها في سبيل ذلك أن تستعين بمعاونين يخضعون لسلطتها كما خولت هؤلاء صفة الضبط القضائي في المهام التي تناط بهم من خلال تأديتهم لوظائفهم.

ومباشرة النيابة العامة للدعوى المدنية يكون على سبيل الاستثناء إذ الأصل أنها صاحبة الاختصاص في الدعوى العمومية، ويكون تدخلها إما كطرف أصلي وهذا يستند إلى نص خاص يخول لها هذه الصلاحية وإلا تعين رفض الدعوى كنص المادة 3 مكرر من ق.أ المضافة بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة التي تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، ونفس الحكم نصت عليه المادة 2/37 من قانون الجنسية[1]، وإما تتدخل النيابة العامة كطرف منضم فتبدي رأيها بشأن القضايا التي يكون القاصر طرفا فيها، وهذا التدخل قد يكون على سبيل الوجوب كما هو وارد في نص المادة 260 من ق.إ.م.إ والتي تنص على وجوب إبلاغ النيابة العامة عشر (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بمجموعة من القضايا وذكرت بينها حماية ناقصي الأهلية.

كما قد يكون تدخل النيابة العامة بصفة جوازية طبقا لما نصت عليه المادة 2/260 من ق.إ.م.إ وذلك من أجل الإطلاع على جميع القضايا الأخرى التي ترى تدخلها فيها ضروري[2]، كما يمكن للقاضي تلقائيا أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى.

[1] الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر ع15، ص17.

[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 386.

بينما نجد المشرع المغربي ينص في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية على أنه يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة مجموعة من القضايا وذكر بينها القضايا المتعلقة بالأسرة وكذا القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا أو مؤازرا لأحد الأطراف، وتبلغ هذه القضايا إلى النيابة العامة قبل الجلسة بثلاثة أيام على الأقل بواسطة كتابة الضبط وهو أجل ضيق بالنظر إلى القضايا التي يبت بها القضاء على

خلاف ما هو معمول به في التشريع الجزائري أي تقرير عشرة أيام على الأقل قبل الجلسة، غير أنه **يمكن أن يتم هذا** التبليغ في الجلسة التي تم إدراج القضية فيها، كما يسوغ للنيابة العامة أن تطلب تأخير القضية إلى أقرب جلسة لتقديم مستنتجاتها كتابة أو شفويا حيث يجب على المحكمة تأخيرها، وهو الحكم الذي لم ينص عليه المشرع

الجزائري على اعتبار أن هذا يكون بداهة ولا حاجة للنص عليه.

كما حرص المشرع المغربي على منح النيابة العامة دورا متقدما بخصوص مراقبة حقوق الأطفال[1] **إزاء** أوليائهم ويتجلى ذلك في المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية التي **أقرت بمجموعة من الحقوق للأطفال قبل آبائهم وهي كما يلي:**

1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد.

2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية.

3- النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.

4- **إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة.**

[1] يلاحظ أن المشرع المغربي أيضا يستعمل مصطلح الطفل أحيانا تأسيا بالاتفاقيات الدولية **وهو ما جاء** في ديباجة مدونة الأسرة "...**الحفاظ على حقوق** الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية، التي صادق عليها المغرب في صلب المدونة. وهذا مع اعتبار مصلحة الطفل في الحضانة من خلال تخويلها للأم ثم للأب ثم لأم الأم. **فإن تعذر ذلك، فان للقاضي أن يقرر إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية.** كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجبا مستقلا عن بقية عناصر النفقة، مع الإسراع بالبت في القضايا المتعلقة بالنفقة، في أجل أقصاه شهر واحد..."، **كما يستعمل أحيانا أخرى مصطلح القاصر** كما هو عليه الحال في المواد 201 **وما بعدها من قانون** المسطرة المدنية، ومصطلح الصغير في المادة 226 من نفس المدونة، ومصطلح الفتى في المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية.

5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجا.

6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.

7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا

لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني.

وفي حال انفصال الزوجين تتوزع هذه الواجبات بينهما كما هو مبين في أحكام الحضانة، وإذا توفى أحدهما أو كلاهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما، كما يتمتع الطفل المصاب بإعاقة بالإضافة إلى الحقوق السالفة الذكر بالحق في الرعاية الخاصة بحالته لا سيما التعليم والتأهيل المناسبان لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع. وتعتبر مسؤولية الدولة قائمة بشأن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقا للقانون، كما تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة البيان.

أما في التشريع المصري فإن تدخل النيابة العامة وفقا للقانون رقم 1 لسنة 2000 مسألة جوازية إذا تعلق الأمر بقضايا الأحوال الشخصية التي تدخل في اختصاص المحاكم الجزئية[1]، غير أن المشرع المصري قرر بموجب القانون رقم 10 لسنة 2004 إنشاء نيابة متخصصة لا يسند إليها سوى القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة وأطلق عليها نيابة شؤون الأسرة[2] سواء أمام محاكم الأسرة أو الدوائر الاستئنافية مما يعطي أعضاءها الكفاءة في قضايا شؤون الأسرة.

[1] تنص المادة 6 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ما يلي:"... كما يجوز لها أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية. وعلى النيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلا كان الحكم باطلا".

[2] صدر قرار وزير العدل رقم 4844 لسنة 2004 المتضمن تشكيل نيابة شؤون الاسرة .

وبصدور قانون إنشاء المحاكم أصبح تدخل النيابة العامة وجوبيا بموجب المادة الرابعة منه وذلك في الدعاوى والطعون وإلا كان الحكم باطلا، كما تشرف هذه النيابة على أقلام كتاب محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية عند قيد الدعاوى والطعون واستيفاء مستنداتها ومذكراتها وبهذا أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا في مسائل الأحوال الشخصية ويدخل ضمنها مواد الولاية على نفس القاصر، فعدم استطلاع رأي النيابة في قضايا القصر يجعل القضاء في منأى عن العدالة، لذا يتعين إخبار النيابة بكل دعوى أمام محكمة الأسرة والدوائر الاستئنافية باعتباره إجراء جوهري يترتب على إغفاله بطلان الحكم، لأن عدم إخبار النيابة يحرمها من استعمال حقها في التدخل بما يغير منحى القضية ويصرفها إلى الحقيقة بعدما كانت مجانبة للصواب كما يفوت فرصة علمها بالنزاع وبالتالي الإجحاف بحق القاصر من مزايا تخدم مصلحته[1].

ثانيا : دور قاضي شؤون الأسرة أثناء سير الخصومة وقبل الفصل في الموضوع

بإمكان قاضي شؤون الأسرة حسب نص المادة 454 من ق.إ.م.إ أن يطلب بصفة تلقائية من أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة سماع الأب و[2] الأم أو أي شخص يرى في سماعه فائدة، كما يجوز سماع القاصر إلا إذا كانت سنه أو حالته لا تسمحان بذلك، لأن استجواب القاصر من شأنه أن يفسر كل مبهم في القضية المعروضة على القاضي ذلك أن أقوال الوالدين لا تعتبر حجة على القاصر إلا في نطاق سلطته، كما أن الغرض من سماع القاصر المميز هو الاستئناس بأقواله وتجلية الغموض الذي يعتري وقائع القضية المعروضة على المحكمة، على أنه يمكن للقاضي أن يستبعد أقواله بناء على سلطته التقديرية.

كما يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي يكشف عن أحوال الوالدين كتقصيرهما مثلا في حق القاصر أو فحص نفساني يوضح الحالة النفسية للقاصر إن كان ثمة ضغوطات نفسية تؤثر على رغباته الحقيقية

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص197-198.

[2] الملاحظ أن المشرع استعمل حرف العطف "الواو" الذي يفيد الجمع والضم في حين أن الطلب قد يعني أحدها أو كلاهما لذا كان الأجدر أن تكون الصياغة على النحو التالي حتى يستوي المعنى:"سماع الأب و/أو الأم..." أو بعبارة أخرى"سماع الوالدين أو أحدهما".

وحسن اختياره واهتدائه للولي الذي يرغب في تمثيله قانونيا أو يكشف عن أخلاق الولي ومدى تأثيرها على الحالة النفسية والعقلية للقاصر[1]، وعليه يتعين القيام بتحقيق عقلي يبين وضع القاصر إن كان سليم العقل أو مصابا بعاهة عقلية مزمنة أو يُرجَى شفاؤها، وفي جميع الأحوال لابد من انتداب طبيب شرعي لأداء هذه المهمة بأمر من القاضي

[redacted] حيث لا تملك النيابة العامة القيام بهذا الإجراء إذ لها بعد إجراء التحقيقات الضرورية أن ترفع الأمر إلى قاضي شؤون الأسرة مشفوعا برأيها، وقد أكدت المادة 1/425 من ق.إ.م.إ هذا الإجراء بنصها:"يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له فوق هذا أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب أو خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة[1].

وحال انتهاء الطبيب الشرعي من أداء المهمة الموكلة إليه يرفع تقريره إلى القاضي وهو مضمون المادة 2/425 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي:"ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة" كما تقضي الفقرة الثالثة من ذات المادة بأن يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد ومن ثم يمكن اللجوء إلى الاستشارة حسب الفقرة الأخيرة من نفس المادة وذلك في أي وقت ولو أثناء إجراءات الصلح، على أن رأي الطبيب غير ملزم للقاضي باعتباره خبيرا حسب مقتضيات المادة 2/144 من ق.إ.م.إ بشرط تعليل أسباب استبعاد نتائج الخبرة[2]، وإذا تبين للقاضي أن العناصر التي أسس عليها الطبيب تقريره غير كافية فله أن يأمر باستكمال التحقيق أو بحضور الخبير أمامه ليتلقى المعلومات الضرورية والإيضاحات بشأن وضعية القاصر، وبإمكان الطبيب أن يتخذ أي تدبير يراه مناسبا إذ بإمكانه أن يرفع تقريرا عن الإشكالات التي تعترض تنفيذ مهمته، كما يسوغ له عند الضرورة طلب تمديد المهمة، وإذا تعذر على الطبيب

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 455.

[redacted] هذا ضروري لضمان حقوق الطفل في حالات الطوارئ وبيع الحقة المناسبة لتطبيقها، وكانت هذه التوصية من أهم النتائج التي خرجت بها ندوة متدى المجتمع المدني العربي للطفولة بعنوان :"وضع الأطفال في ظل الظروف والمتغيرات الجارية في المنطقة العربية " المنعقد بالمنامة – مملكة البحرين، تاريخ النشر: 2016/01/13 عن موقع جامعة الدول العربية، تاريخ الإطلاع : 2017/07/17. (www.megdaf.org).

[2] تنص المادة 2/144 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

الخبير أداء المهمة المسندة إليه أو رفضها استبدل بغيره **بموجب أمر على عريضة صادر عن القاضي الذي عينه**، وعلى العكس من ذلك إذا قبلها ولم يودعها في الأجل المحدد يمكن الحكم عليه بالمصاريف التي تسبب فيها مع **إمكانية الحكم عليه بالتعويضات المدنية**[1].

يقوم القاضي بجمع المعلومات التي تفيد في مسألة إسقاط الولاية على القاصر **وذلك بدراسة أحوال عائلة** القاصر ومعاملة الوالدين له، ويمكن له فضلا عن ذلك الأمر باتخاذ أي تدبير يتعلق بممارسة الولاية ويكون للقاصر مصلحة فيه، على أنه يمكن للقاضي مراجعة هذا الإجراء بتعديله متى تغيرت الظروف، ويكون هذا بتقديم طلب من الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو أي شخص آخر أجدر بحماية القاصر، ويظهر مثل هذا الإجراء في الحالات التي تشكل خطرا محدقا بالقاصر يخشى عليه من الضياع وتردي الأخلاق والإنحراف إلى **طريق الرذيلة، ومن** ثم يفصل القاضي في طلب التعديل بأمر استعجالي لم يحدد المشرع طرق الطعن بشأنه، إلا أنه يرجع في هذا إلى القواعد العامة التي سوف نعالجها لاحقا.

إن تخويل المشرع للقاضي جمع المعلومات التي يراها مفيدة حول أحوال عائلة القاصر أمر في غاية الصعوبة بالنظر إلى طبيعة الإجراء وكذلك بالنظر إلى كثرة مهام قاضي شؤون الأسرة، فمثل هذا الإجراء والمتمثل في التحقيق **الإجتماعي لابد وأن تسند المهمة** في شأنه إلى **أخصائي اجتماعي والذي كان يتعين النص عليه واعتماد الإحالة** بشأنه إلى تنظيم خاص سواء من حيث مهامه أو الإجراءات التي يتبعها في التحقيق أو حتى أنواع **المسؤوليات الناشئة عن أخطائه**، وكذا الجزاءات المقررة لها.

والأخصائي الإجتماعي هو ذلك الشخص الحاصل على شهادة تؤهله للقيام بكافة الخدمات الاجتماعية فهو غير متخصص في طريقة معينة، ويقع على عاتقه القيام بالخدمات الاجتماعية التي تقتضيها مصلحة المجتمع

[1] راجع المواد 125 إلى 145 من ق.إ.م.إ. المتعلقة بأحكام الخبرة.

سواء بتقديم العلاج المناسب للمرض أو العمل على الوقاية منه[1]، وبناء على ما سبق يتميز الأخصائي الإجتماعي وكذا الخبير النفسي بجملة من الخصائص المتمثلة في تحليه بالخلق القويم والصدق والأمانة والصبر والتواضع وغيرها من الشمائل الحميدة حتى يتجاوز العقبات[2].

والحاصل أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أولى عناية بالغة للقاصر المميز، ذلك أن تقديم الطلب من قبله لتعديل الإجراء إذا تطلبت مصلحته له أهمية كبيرة حيث أنها لا تتعارض مع المنطق، خاصة وأن القاصر المميز أدرى بمصلحته والطلب مجرد مبادرة يصادق عليها القاضي إما بالقبول إن رأى أن ثمة مصلحة راجحة للقاصر أو بالرفض إذا كان الطلب يتعارض مع مصلحة القاصر، إلا أن المشرع الجزائري لم يعط الحق للقاصر المميز للطعن في الأوامر الخاصة بممارسة الولاية خلافا لما هو منصوص عليه في قانون المرافعات المصري[1].

على أن المشرع المصري يثبت في المادة 2 من القانون رقم 1 لسنة 2000 أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس لمن أتم 15 سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية، وينوب عن عديم الأهلية أو ناقصها ممثله القانوني، فإذا لم يكن له من يمثله أو كان هناك وجه لمباشرة إجراءات التقاضي بالمخالفة لرأي ممثله أو في مواجهته عينت المحكمة له وصي خصومة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الغير[2].

ويؤكد هذا التوجه المشرع الفرنسي في المادة 388-1 إذ أنه أجاز للقاصر المميز أن يتدخل في كل إجراء يتعلق بمصلحته ولا يتم إلا عن طريق موافقته وللقاصر في سبيل ذلك أن يبدي برأيه منفردا أو مع محام أو أي

---

[1] وقد عرفه جلاسر"Glasser" بأنه ذلك الشخص المهني المحترف الذي تمكن بفعل التدريب واكتساب الأطر المعرفية والنظرية من مساعدة أغلب المجتمع على التصدي لعقبات الحياة والمشاكل الطارئة التي يتعرضون لها وكذا وضع البرامج لمواجهتها. رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 300.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 301 وما يليها

[1] تقضي المادة 933 من قانون المرافعات المصري بأنه للمشمول بالولاية متى كان مميزا وللنيابة العامة حق الطعن في الأحكام الصادرة في مواد إسقاط الولاية أو الحد منها أو وقفها أو ردها.

[2] وقد جاءت هذه الأحكام الإجرائية دعما للأحكام الموضوعية الواردة في قانون الولاية على المال المصري لا سيما المادة 34 منه التي تفيد بأنه تسرى علي الوصي الخاص والوصي المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة في هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية أن سريان وصي الخصومة تقتضيها طبيعة المهمة المعين من أجلها حتى لا يكون هناك فراغ أو تراخ في أداء واجبه. انظر عبد الله سيد احمد سرور، مرجع سابق، ص 41.

شخص آخر يختاره إلا إذا كان هذا الأخير لا يحقق مصلحة القاصر فيمكن للقاضي استبداله بشخص آخر، لذلك يتعين على القاضي الاستماع إليه وله أن يرفض طلب القاصر إذا كان غير مشروع، على أن هذا الاستماع لا يجعل من القاصر طرفا في الدعوى، ويضيف المشرع الفرنسي حكما يوفر أكثر حماية للقاصر ويقوي مركزه القانوني يتعلق الأمر هنا بضرورة تحقق القاضي من إحاطة القاصر علما بحقه في أن يستمع إليه وأن يستفيد من المساعدة القضائية بتعيين محام له، على أن المشرع الفرنسي يجعل مصلحة الطفل فوق كل اعتبار وتم تكريس هذا المبدأ في عدة اتفاقيات[1].

غير أنه إذا طرأ عارض من عوارض الأهلية أثناء الولاية على الوالدين أو أحدهما[1] يتعين معه إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت فمن هو الشخص الذي يمكنه تقديم طلب الإنهاء أو السحب المؤقت؟ أجابت عن هذا التساؤل المادة 453 من ق.إ.م.إ أنه يقدم هذا الطلب من قبل أحد الوالدين أو ممثل النيابة العامة أو من قبل كل من يهمه الأمر عن طريق دعوى استعجالية أمام قسم شؤون الأسرة التابع للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية، وعلى هذا فإن استعمال المشرع لحرف العطف "أو" الذي يفيد الاختيار وهذا يعني أن النيابة العامة أو أي شخص يهمه الأمر بإمكانه أن يرفع دعوى حال حصول مانع لأحد الوالدين أو لكليهما، وهذا حفاظا على حياة الأولاد من الضياع، وننوه إلى أن نص هذه المادة كان دقيقا في صياغته " يقدم طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر" ولم يقصر المشرع إنهاء ممارسة الولاية على نفس القاصر، وهذا يستتبع إنهاءها بالتبعية على مال

[1] فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز(DALLOZ)، بيروت، لبنان 2012، ص518-519.

[1] كأن يصاب الولي بعارض من عوارض الأهلية من جنون أو عته أو سفه، أو حالة من أصيب بعاهتين من العاهات الثلاث التي ورد النص عليها في المادة 80 من القانون المدني أي الصم والبكم والعمى وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته وهذا يعني أنه إذا كان الشخص مصابا بعاهة واحدة فإن المساعدة القضائية لا تتقرر له وكذلك الشأن إذا كان مصابا بعاهات أخرى غير المحددة في نص المادة، وبتوافر هذين الشرطين تعين المحكمة له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي يجريها لمصلحته، فمن لا يمكنه إنشاء التصرفات لمصلحته من باب أولى يتعذر عليه إبرامها لغيره وهكذا يتعين إسقاط ولايته وصرفها لمن هو أجدر بمصلحة القاصر. كما تفيد الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة .

القاصر، وهو نفس المنحى الذي سلكه المشرع المصري حيث تنص المادة 22 من ق.و.م على ما يلي:" يترتب علي الحكم بسلب الولاية علي النفس الصغير أو وقفها سقوطُها أو وقفها بالنسبة إلى المال.".

ويذهب المشرع الفرنسي إلى أن دعوى المحافظة على الحياة الخاصة للأولاد القاصرين تمثل طابعا غير مالي حتى ولو رمت إلى الحصول على التعويض عن الضرر، وعليه تطبيقا للمادتين 389-4 [1] و364[2] من القانون المدني يتعيْن أن تمارس من قبل الوالدين معا وفي حالة غياب موافقة أحدهما ينبغي الترخيص بها من قبل القاضي[1].

أما بخصوص تسليم الصغير في التشريع المصري فإن النيابة العامة تصدر قرارا بعد التحقيق الذي يقوم به عضو النيابة، حيث يعرض الملف المقدم من صاحب الشأن على المحامي العام[2]، ليحدد هذا الأخير عضو نيابة التحقيق ويستلم ملف القضية ويحدد تاريخ الجلسة الخاصة بالتحقيق، وبعدها يقوم عضو النيابة باعتماد التحقيق من المحامي العام الذي يصدر قرارا مسببا استنادا إلى إجراء التحقيق ليسلم صاحب الشأن صورة منه[3].

كما قام المشرع المصري بمقتضى المادة 15 من قانون محكمة الأسرة بإنشاء إدارة خاصة بكل محكمة لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عنها رغم أنها تابعة للمحكمة الابتدائية، أو تلك الصادرة عن الدوائر الاستئنافية رغم تبعيتها لمحاكم الاستئناف وذلك لتركيز العمل في جهة واحدة تتحدد فيه مسؤوليتها، ويقوم بإجراء التنفيذ محضرو التنفيذ الذين يعينون بقرار من رئيس المحكمة ويشرف على إدارتهم قاض للتنفيذ يتم اختياره من طرف

[1] تقضي هذه المادة باعتبار أحد الوالدين أثناء الإدارة القانونية المحضة والبسيطة بالنسبة للغير قد تلقى من الآخر سلطة القيام بالأعمال بصفة انفرادية دون حاجة إلى ترخيص.

[2] مضمون هذه المادة يتعلق بجواز تخفيض الالتزامات الناشئة عن الأعمال التي صدرت من قبل الشخص محل الحماية وذلك قبل سنتين على الأقل من [redacted] مشهورا أو معروفا أثناء الفترة التي ابرمت فيها التصرفات، ويمكن إبطال هذه الاخيرة ضمن نفس الشروط إذا ثبت ان الضرر لحق بالشخص محل الحماية. على أنه يتعين رفع الدعوى خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم القاضي بافتتاح التدبير.

[1] فايز الحاج شاهين،، المرجع السابق، ص525.

[2] رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 210.

[3] رشدي شحاتة، نفس المرجع ، ص 211.

الجمعية العمومية للمحكمة الابتدائية من بين قضاة محكمة الأسرة التابعة لدائرة تلك المحكمة[1]، نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد المسائل المتعلقة بممارسة الولاية على النفس، ذلك أن هذه الأخيرة في حد ذاتها لها مجال رحب في أنواع الدعاوى التي يمكن عرضها على القضاء، وقد عدد المشرع المصري المسائل المتعلقة بالولاية على النفس في المادة 9 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية التي يتضح من خلالها أن كفالة القاصر غير مذكورة ضمن مسائل الولاية على النفس في التشريع المصري.

وأما في التشريع الجزائري فقد ورد نظام الكفالة ضمن أحكام النيابة الشرعية وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية في المواد 116 إلى 125 من ق.أ، وخصها المشرع بإجراءات خاصة بموجب القانون 09/08 المؤرخ في 2008/05/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن المواد 492 إلى 497، حيث عرفت المادة 116 من ق.أ الكفالة كما يلي:"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، مفاد هذا النص أن الالتزام بالكفالة يكون على وجه التبرع ولا ينتج أثره إلا إذا كان المكفول[1] تحت حضانته ورعاية الكافل وقد أكد هذا الحكم المحكمة العليا في العديد من

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع ص 94 وما يليها.

[1] ذكر المشرع العربي في المادة 17 من ق.ن.ع.م.ر.ق أن القاصر إما أن يكون مهملا أو غير مهمل، وعرفت المادة 18 الأول بأنه الذي لم يتم الثامنة عشرة من عمره ووجد في إحدى الحالات الآتية:

أ - إذا ولد من أبوين مجهولين وعثر عليه في أي مكان.

ب - إذا كان يتيماً وليست له وسائل مشروعة للعيش.

ج- إذا عجز أبواه عن رعايته وتربيته لأمر قاهر خارج عن إرادتهما.

د - إذا كان أبواه منحرفين ولا يقومان بواجبهما في رعايته وتوجيهه من أجل اكتساب سلوك حسن.

أما القاصر غير المهمل حسب نص المادة 32 من نفس القانون فهو كل قاصر يوجد في غير حالات القاصر المهمل المشار إليها في المادة 18 من هذا القانون، كما يجوز للنيابة العامة بمقتضى المادة 22 وضع القاصر المهمل مؤقتاً بإحدى المؤسسات الصحية أو بأحد مراكز أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية المهتمة بالطفولة سواء منها التابعة للدولة أو لمؤسسات عمومية أخرى أو للهيئات والمنظمات المعترف لها بصفة المنفعة العامة إلى أن يصدر قرار بشأن كفالة هذا القاصر من اللجنة المختصة المبينة في المواد التالية، وتضيف المادة 23 أن الجهة المختصة بشؤون القاصرين تمارس الولاية على القاصر المهمل.

قراراتها كالقرار رقم 613481 بتاريخ 2011/03/10 مضمونه كالآتي:"من المقرر قانونا أنه لا تسري آثار الطلاق من حضانة ونفقة على الطفل المكفول الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل.

ومن المقرر قانونا أن الكافل إذا كان ملزما بنفقة البنت المكفولة التي منحها لقبه فإن ذلك مقيد بأن تكون تحت حضانته ورعايته.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن البنت تعيش مع مطلقة الكافل الطاعنة فإن واجب الرعاية والنفقة يسقط عن الكافل ويؤول إلى المطلقة باعتبار أن الالتزام بالكفالة على وجه التبرع ولا ينتج أثره إلا إذا كان المكفول تحت حضانته ورعاية الكافل مما يستوجب رفض الطعن"[1].

والولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهوله وفقا لما نصت عليه المادة 118 من ق.أ، ونحن بصدد دراسة أحكام الولاية فإن الكفالة تخول الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية الدراسية التي يتمتع بها [redacted] الولد الأصلي[1]، نشير إلى أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية في مسألة إدراج نظام الكفالة ضمن أحكام النيابة الشرعية حيث ورد في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ما مفاده:"المالكية- زادوا الولاية بالكفالة، فمن كفل امرأة فقدت والدها وغاب عنها أهلها فقام بتربيتها مدة خاصة كان له حق الولاية في زواجها..."[2].

ومن المهم جدا أن نتعرف على حكم ولاية الكافل في مسألة تزويج من في ولايته، وهو الحكم ذاته الذي ينطبق على الولي الشرعي فله أن يُنكحها برضاها، والأسباب في هذه الحالة متعددة فقد لا يكون للمكفولة أولياء، أو حالة فقدانهم أو إهمالهم لأولادهم إلى غير ذلك من الحالات فهنا يقوم الكافل مقام الولي في تزويج المكفولة لأنه [redacted] هو من قام بتربيتها ورعايتها قيام الأب بأبنائه[3].

[1] ملف رقم 613481، م.م.ع، قسم الوثائق، غ.أ.ش، س 2012، ع 01، ص 290.

[redacted] نص المادة 121 من ق.أ "تخول الكفالة للكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي"

[2] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص 26.

[3] عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 124.

أما عن مسألة عودة الولد المكفول إلى ولاية الوالدين فإنه يخير في الالتحاق بهما إذا بلغ سن التمييز وإن لم يبلغ هذه السن لا يسلم إلا بإذن من القاضي وتراعى في كل الأحوال مصلحة الولد المكفول طبقا لمقتضيات المادة 124 من ق.أ، وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار لها بتاريخ 1991/05/21 مضمونه كالآتي:" من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها رغم أنها تجاوزت سن التمييز فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحق قرارهم النقض"[1].

وقد نص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه يسوغ لرئيس المحكمة بعد تقديم التماسات النيابة أن يأمر بتسليم المشمول بالولاية بصفة مؤقتة لأمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية، كما يجوز له منع الولي بصفة مؤقتة من مباشرة حقوقه كلا أو بعضا وله في سبيل مصلحة المشمول بالولاية اتخاذ التدابير المؤقتة حسب نص المادة 924 من قانون المرافعات المصري[1]، فوظف المشرع المصري مصطلح تسليم[2] واستعمل المشرع الجزائري عبارة إسناد الحضانة، وكلاهما يصبو إلى نفس الهدف وهو حفظ نفس القاصر.

إلا أن تدبير التسليم نجد النص عليه في التشريع الجزائري بمقتضى القانون 15-12 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل إذ بإمكان قاضي الأحداث أن يأمر بمقتضى أمر بالحراسة المؤقتة ويتخذ بشأن الطفل أحد التدابير الآتي ذكرها:

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 71801، م.ق س 1996، ع 1، ص105.

[1] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 421.

[2] إن استعمال المشرع المصري لمصطلح تسليم ينبئ بأن هناك إشكال في هذا الإجراء يستوجب تدخل القاضي لحله، لذا استحدثت المادة 66 من القانون رقم 1 لسنة 2000 إجراء مهما يتعلق الأمر بتنفيذ أحكام تسليم الصغير، حيث يجوز تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بضم الصغير وحفظه وتسليمه جبرا، ويتبع في تنفيذ هذه الأحكام ما ينص عليه القانون من إجراءات وفقا لما يأمر به قاضي التنفيذ على أنه يجوز إعادة التنفيذ بذات السند كلما اقتضى الحال ذلك.

- إبقاء الطفل في أسرته
- تسليم الطفل لأحد والديه الذين لا يمارسان حق الحضانة عليه ما لم تسقط عنهما بموجب مقرر قضائي.
- تسليم الطفل إلى أحد أقاربه.
- تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة اعتمادا على عامل الثقة.

إن الأحكام الواردة في التدبير الخاص بالحضانة كافية لتحقيق مصلحة المشمول بالولاية سواء تلك التي تتعلق بالترتيب لأصحاب الحق في الحضانة أو عودة الحضانة أو غير ذلك من المزايا التي يوفرها نظام الحضانة للقاصر، ثم إن المشرع المصري خول تسليم المشمول بالولاية مؤقتا لأمين دون أن يشير إلى الأقرباء، ولا أمانة أوفر إلا عند هؤلاء وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 40 من ق.إ.م.إ حين أجاز للقاضي إسناد حضانة القاصر لأحد الأبوين وإذا تعذر ذلك فتسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة[1]، وقد راعى المشرع الجزائري في هذه المسألة احترام درجة القرابة حيث أنه كلما كان الشخص يدلي إلى المشمول بالولاية بدرجة أقرب كانت مصلحة هذا الأخير راجحة، إلا أن المشرع الجزائري استعمل بموجب القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل عبارة "تسليم الطفل إلى شخص أو عائلة اعتمادا على عامل الثقة" وفق ترتيب منطقي كما هو منصوص عليه في التدابير السابقة المتعلقة بالطفل.

أما في ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق في مسائل الولاية على النفس فإن المشرع الجزائري لم يفرد لها نصا خاصا على خلاف الولاية على المال التي بين أحكامها في المادة 15 من القانون المدني الجزائري[2] والتي سوف نتعرض له في مقامه، ذلك أن الولاية على النفس تندرج ضمن آثار الزواج وتبعا لهذا فهي تخضع إلى القانون الذي

[1] تنص المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05-02 على ما يلي:" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

[2] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د.م.ج، بن عكنون ، الجزائر، ط 5، 2008، ص 78.

يحكم آثار الزواج حيث أورد المشرع استثناء على قاعدة الإسناد التي نصت عليها المادة 12 من ق.م.ج[1] والتي تبين القانون الواجب التطبيق على مسألة آثار الزواج وهو القانون الذي يخضع له الزوج، ويكمن هذا الاستثناء في قاعدة الإسناد الواردة في المادة 13 من ذات القانون[2] وهي سريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، مع العلم أنه أضيف الحكم الخاص بالولاية على النفس بموجب التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري على المادة 12 من ق.م.ج وذلك بمقتضى القانون 05-10 االمؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني بإدراج عبارة "الآثار الشخصية" وكانت محررة قبل هذا التعديل كما يلي"...على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال".

بيد أن المشرع المصري قرر في المادة 926 من قانون المرافعات المصري بأنه إذا قضت المحكمة بسلب

الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلي المحكوم فيها وفقا لقانون بلده للشمول بالولاية فإن امتنع ولم تتوافر فيه

أسباب الصلاحية لذلك جاز للمحكمة أن تعهد بها لأي شخص آخر ولو لم يكن قريبا للصغير متى كان معروفا

بحسن السمعة وصالحا للقيام على تربيته أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض وتتبع في الامتناع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 988[1] من نفس القانون.

على أنه إذا قضت المحكمة بالحد من الولاية عهدت بمباشرة الحقوق التي حرمت الولي منها إلى أحد الأقارب أو إلى شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة على حسب الأحوال، وإذا كان من أقيم على المشمول بالولاية ليس من أصحاب الولاية على المال بمقتضى قانون بلده سلم إليه المال بوصفه مديرا مؤقتا ويحرر بذلك

[1] تنص المادة 12 من ق.م.ج على أنه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على آثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج. ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

[2] تنص المادة 13 من ق.م.ج على ما يلي:" يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

[1] تنص المادة 988 من قانون المرافعات المصري على ما يلي:"تبلغ النيابة العامة الأوصياء والقامة والوكلاء والمساعدين القضائيين والمديرين المؤقتين القرار الصادر بتعيينهم إذا صدر في غيبتهم وعلى من يرفض منهم التعيين أن يبدي ذلك بتقرير في قلم كتاب المحكمة الخاصة أو بخطاب بعلم الوصول في خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبلاغه القرار وفي هذه الحالة تعين المحكمة بدلا منه على وجه السرعة".

محضر جرد، كما يتعين على النيابة العامة اتخاذ الإجراءات لإقامة وصي، أما إذا كان للمشمول بالولاية ولي على ماله سلمت أمواله إليه، وما يلاحظ على التشريع المصري أنه أسند هذه الإجراءات لرئيس المحكمة على خلاف التشريع الجزائري الذي يسندها لقاضي شؤون الأسرة.

ثم أن المشرع المصري ذكر أن الأمر بتسليم المشمول بالولاية يمكن أن يتم لإحدى المؤسسات الاجتماعية، ومثل هذا التدبير يكون من اختصاص قاضي الأحداث في التشريع الجزائري بمقتضى القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل، والسؤال المطروح في هذا الصدد ما هو الإجراء الذي يتخذه قاضي شؤون الأسرة في الحالات التي تخرج عن اختصاصه بخصوص حماية القاصر؟

بمعنى آخر إذا أجرى قاضي شؤون الأسرة التحقيق وتبين له أن الطفل في حالة خطر يستدعي حمايته وفقا لإجراءات واردة في قانون حماية الطفل، فهل يحكم بعدم اختصاصه؟ أم يرسل الملف إلى قاضي الأحداث المختص ربحا للوقت لفائدة الطفل من جهة ولصالح القضاء من جهة أخرى، الحقيقة أن المشرع لم يتناول هذه المسألة خاصة وأنها جديرة باستحداث نص خاص بشأنها، كما هو جار به العمل في التشريع الفرنسي في المادة 1205 من قانون الإجراءات المدنية[1].

المطلب الثاني: الأمر الفاصل في الدعوى وكيفية تبليغه

ينظر في دعوى طلب إسقاط الولاية في غرفة المشورة بعد سماع التماسات النيابة العامة وكذا سماع ملاحظات كل الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة 454 من ق.إ.م.إ ولا يمكن أن يتم ذلك في جلسة علنية، ليتوج التحقيق بإصدار أمر من قبل قاضي شؤون الأسرة، إلا أننا نتساءل عن طبيعة الأمر الفاصل في الدعوى وكذا تبليغ هذا الأمر الاستعجالي.

[1] Art. 1205 : Le tribunal ou le juge, même d'office, procède ou fait procéder à toutes les investigations utiles et notamment aux mesures d'information prévues à l'article 1183. Il peut à cet effet commettre le juge des enfants.

الفرع الأول: طبيعة المقرر القضائي الفاصل في الدعوى حجيته ونفاذه

نبين في هذا الفرع الطبيعة القانونية للمقرر القضائي الفاصل في دعوى إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت وكذا حجيته ونفاذه، مع الإشارة إلى إرفاق بعض النماذج العملية ضمن قائمة الملاحق المتعامل بها على مستوى الجهات القضائية لمعرفة الجانب الإجرائي لمسألة إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت.

1. أولا: الطبيعة القانونية للمقرر القضائي الصادر بشأن إسقاط ممارسة الولاية على القاصر

تجدر الإشارة قبل بيان طبيعة الأمر الصادر بشأن إسقاط ممارسة الولاية على القاصر أن نقف عند بعض المفاهيم التي استحدثها قانون الإجراءات المدنية والإدارية بدءا ببيان معنى الحكم الذي نصت عليه م 5/8 من ق.إ.م.إ بقولها:" يقصد بالأحكام القضائية(Décisions) في هذا القانون، الأوامر(Ordonnances) والأحكام (Jugements) والقرارات القضائية (Arrêts)"، ويؤخذ على نص هذه المادة عند مقارنتها بما ورد في النسخة الفرنسية[1] أن المشرع الجزائري أطلق مصطلح الأحكام القضائية كمصطلح جامع ويقابله في النسخة الفرنسية مصطلح (Décisions)، في حين كان الأجدر أن تكون الترجمة "المقررات القضائية" حتى يستوي المعنى ولا يلتبس الأمر في المقصود بالأحكام عند إطلاق المصطلح أهي المقررات القضائية (Décisions) أو هي الأحكام القضائية (jugements)، وهكذا تستوي صياغة م 5/8 من ق.إ.م.إ على النحو التالي:"يقصد بالمقررات القضائية ..."[2].

[1] Art. 8/5 du C.P.C.A. : « Il est entendu par décision, dans le présent code, les ordonnances, jugements et arrêts ».

[2] نشير إلى أن ضبط مثل هذه المصطلحات يساعد في رفع اللبس عن حالات الغموض التي تعتري النصوص القانونية، كنص المادة 314 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي:"لا يكون الحكم الحضوري الفاصل في موضوع النزاع والحكم الفاصل في أحد الدفوع الشكلية أو الدفع بعدم القبول أو أي دفع من الدفوع الأخرى التي تنهي الخصومة، قابلا لأي طعن بعد انقضاء سنتين من تاريخ النطق به، ولو لم يتم تبليغه رسميا" ويقابل هذا النص في النسخة الفرنسية :" La décision contradictoire qui tranche tout l'objet…"، فوفقا لهذا النص لو أخذنا بمصطلح الحكم في هذه المادة فإن هذا لا ينطبق على الأوامر والقرارات القضائية، وبالرجوع إلى النص في النسخة الفرنسية نجد مصطلح"Décision" وهذا يشمل الأحكام والأوامر والقرارات القضائية، ولهذا تستوي الصياغة في النسخة العربية كما يلي:"لا يكون المقرر القضائي الحضوري"décision contradictoire"...، فيكون الأجل المنصوص عليه في هذه المادة أي مدة سنتين يسري على الأحكام والأوامر الإستعجالية والقرارات القضائية كقاعدة عامة يرد عليها بعض الاستثناءات الواردة في نصوص محددة كنص المادة 3/311 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي:"كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال ثلاثة(3) أشهر يسقط ولا يرتب أي أثر" وكل هذا التزاما بحرفية النص، ثم لماذا الرجوع إلى النسخة بالفرنسية لتحديد المعنى المراد فهذا يعتبر إجحاف بحق اللغة العربية لذا يجب ضبط المصطلحات لتفعيل مضمون القانون 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية.

عرفنا أن طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت يقدم في شكل دعوى استعجالية، وتبعا

لهذا يكون حتما المقرر القضائي الفاصل فيها هو أمر استعجالي طبقا للمادة 455 من ق.إ.م.إ[1]. كما أطلق المشرع على الأحكام الصادرة في شأن الولاية على القاصر بـ "الأوامر" على خلاف المشرع المصري في مسائل الولاية على النفس الذي سماها "قرارات" و"أحكام"[2].

والفرق جلي وواضح بين الآثار المترتبة على اختلاف التسمية بين التشريعين الجزائري والمصري، فقرر الأول إطلاق مصطلح الأوامر ونص على أنها قابلة للاستئناف في غضون 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للخصوم، ونفس الأجل مقرر بالنسبة للنيابة العامة ابتداء من تاريخ النطق بالأمر، ويبقى الإشكال مطروح بالنسبة لبقية الطعون الأخرى والذي سوف نعرض له في مقامه، على أن م 453 من ق.إ.م.إ تحيلنا إلى أحكام الدعوى الاستعجالية والأمر الصادر بشأنها، في حين أن الأحكام المتعلقة بالولاية على النفس في التشريع المصري يتبع فيها الطريق العادي لرفع الدعوى وهي قابلة لمختلف طرق الطعن التي تم إلغاء البعض منها كما سنورده لاحقا.

ومادام أن الأمر الاستعجالي الصادر بشأن إسقاط الولاية على القاصر يفصل في طلب قائم بطبيعته على ظروف متغيرة فهذا يستتبع حتما ألا يحوز الأمر حجية الشيء المقضي به حيث يمكن تعديله بتغير الظروف[1]، غير أن هناك جانب من الفقه يرى خلاف ذلك على أن الأمر الاستعجالي له حجية قطعية رغم طبيعته المؤقتة على أن الرأيين يتفقان على كل حال في أن الأمر الاستعجالي لا يسوغ الرجوع فيه إلا إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى الحكم به وفي ذات الوقت لا يقيد هذا الأمر القاضي إذا تغيرت مراكز الخصوم، بتعبير آخر يحوز الأمر الاستعجالي

[1] تنص المادة 455 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"يتم التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي الصادر وفقا للمادة 453 أعلاه، من طرف الخصم الذي يهمه التعجيل خلال ثلاثين(30) يوما من تاريخ النطق به، تحت طائلة سقوط الأمر".

[2] نص المادة 12 من القانون رقم 118 السنة 1952 المتعلق بتقرير حالات سلب الولاية على النفس التي تنص على ما يلي:"يقصد بالولي في تطبيق أحكام هذا القانون الأب والجد والأم والوصي وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص"، وكذا نص المادة 928 من قانون المرافعات المصري التي تنص على أنه يجوز شمول الحكم الصادر بسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها بالنفاذ المعجل بلا كفالة رغم المعارضة أو الاستئناف.

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق،ص 226.- بتصرف-

حجية الأمر المقضي به وقت رفع الدعوى الاستعجالية ويفقد هذه الحجية وقت نظر الدعوى الموضوعية حيث يمكن تعديل هذا الأمر تبعا لتغير الظروف[1].

2. حجية ونفاذ الأمر الفاصل في مسألة إنهاء الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت

كما تثير حجية الأمر الصادر في مسألة إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت جدلا كبيرا ،

حيث أنه ترتب الأحكام "Jugements" أثرا قانونيا يكمن في حيازتها لقوة الشيء المقضي به إذا كانت فاصلة في موضوع النزاع وهذا استنادا إلى نص المادة 2/296 من ق.إ.م.إ [2]، وأما إذا كان الحكم صادرا قبل الفصل في الموضوع فلا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه وفقا لمقتضيات المادة 298 من ق.إ.م.إ[1]، قد نتساءل لماذا نتحدث عن الأحكام والأمر يتعلق بالأوامر حيث ذكر المشرع في نص المادة 455 من ق.إ.م.إ مصطلح الأمر وليس الحكم؟

والجواب على هذا الإشكال يكمن في أن المشرع الجزائري لم يوحد المصطلحات بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص المادة 104 من ق.أ على ما يلي:"إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون"[2] ويخص هذا النص البالغين ناقصي الأهلية وفاقديها مادام أن الحجر لا يخضع له القاصر في التشريع الجزائري وهو لا ينسجم مع مضمون المادة 488 من ق.إ.م.إ التي تنص في فقرتها الأولى على

---

[1] أحمد ابو الوفا، المرجع السابق، 173-474.

[2] تنص المادة 296 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"الحكم الفاصل في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أوفي دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض.

ويكون الحكم بمجرد النطق به، حائزا لقوة الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه".

[1] تنص المادة 298 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت. لا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه.

لا يترتب على هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع".

[2] وكذلك الشأن بالنسبة للمادة 103 من ق.أ التي تنص على أن الحجر يكون بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر.

أنه يتم التبليغ الرسمي للأمر الذي يصرح بافتتاح التقديم أو برفض الطلب بتسخيره من النيابة العامة عن طريق المحضر القضائي بدون رسوم و مصاريف إلى الشخص المعني و إلى من قدم الطلب[1].

كما يثور الإشكال أيضا عن مدى حجية الأوامر-حسب التسمية الواردة في ق.إ.م.إ- التي تصدر في مسائل الولاية حيث أن حجية الأمر المقضي به هي الأثر الذي يلحق الأحكام إذا أخذنا بالتسمية الواردة في قانون الأسرة وهذا حسب تقديرنا أمر مرجوح.

والراجح في المسألة هو ما ورد في القانون 09/08 أي بخصوص الأمر الاستعجالي، هذا الأخير يكون ذو طبيعة مؤقتة كأصل عام ولا يمس بأصل الحق حسب نص المادة 303 من ق.إ.م.إ[2]، ويرد على هذا استثناء حيث خرج المشرع الجزائري بموجب القانون 09/08 على القاعدة التي مفادها الطبيعة المؤقتة للأوامر الاستعجالية وقرر في المادة 300 من هذا القانون أن قاضي الإستعجال يكون مختصا أيضا في المواد التي ينص القانون على أنها من اختصاصه، وفي حالة الفصل في الموضوع يحوز الأمر الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه، فإذا وجد نص يقضي باختصاص القاضي بالفصل في الدعوى الاستعجالية بأمر يحوز حجية الشيء المقضي فيه فللقاضي أن يفصل بذلك وإلا فلا اجتهاد مع النص كمسألة إخلاء المحلات المهنية والطرد بسبب ترك الأمكنة وغيرها من الحالات.

والمقصود بحجية الأمر المقضي أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وكذلك بالنسبة إلى محل الحق وسببه، حيث يتعذر عليهم طرح النزاع بينهم من جديد كما كان عليه الشأن في القانون القديم[1]، ومجرد صدور الحكم ولو ابتدائيا يتعين على الخصوم احترامه، إذ لا يمكنهم تجديد النزاع بدعوى أخرى لنفس المحل والسبب وإلا وجب التمسك بالدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها[2] ولكن هذه الحجية لا تمنع من الطعن في الحكم بالطرق المقررة قانونا، وللإشارة أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون لها حجة فيما فصلت فيه من

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 477.

[2] تنص المادة 303 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق....."

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 425.

[2] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 1040- 1041 .

الحقوق فهي تقوم على قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس إلا إذا طعن فيها بالتزوير[1] وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها لأن الحكم عنوان للحقيقة، هذه الأخيرة التي قد تنحرف أحيانا عن حقيقة الواقعة إلا أنها في الغالب تطابقها، تجب الإشارة إلى أنه رغم أنه يجوز الرجوع في القرارات الصادرة في شأن إسقاط ممارسة الولاية على القاصر إلا إن هذا لا يؤثر على طبيعتها كونها تحوز حجية الشيء المقضي فيه في مواجهة الولي أو المولى عليه.

أما بخصوص نفاذ الأمر الفاصل في إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت فإنه يكون معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن وهذا من مميزات الأمر الاستعجالي[2]، وللقاضي سلطة تقديرية في تقرير الكفالة من عدمها باعتبارها مسألة جوازية[1] بالنظر إلى أهمية القضايا المعروضة على القضاء، وما قد ينجر عن تقريرها من إشكالات تتعلق باستردادها مما يجحف بحقوق الخصوم وهذا ما يجعل القضاة في منأى عن هذا الإجراء، على أن الطعن في الأمر الإستعجالي لا يوقف النفاذ المعجل بكفالة أو بدونها، وهذا ما يميز قضاء الإستعجال[2] عن القضاء العادي وأن النفاذ المعجل لا يكون بطلب من الخصوم بل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي ودون حاجة لتحريره في متن الحكم بل هو بنص القانون[3]، وهو نفس التوجه الذي أقره المشرع المصري في نص المادة 928 من قانون المرافعات المصري التي أجازت شمول الحكم الصادر بسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها بالنفاذ المعجل واختلف المشرع المصري عن نظيره الجزائري بشأن مسألة النفاذ المعجل حيث أنه يتم بدون كفالة رغم المعارضة أو الاستئناف.

نشير إلى أنه بعد ذلك تتداول الدعوى بجلسات محكمة الأسرة –التشريع المصري- ويصدر بشأنها قرار حسب الحالة إما أن تقضي المحكمة بتصحيح شكل الدعوى فيقوم المدعي بتصحيح بيانات العريضة، أو أن يحكم

---

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 207.

[2] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 2009، ص209.

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، 319.

[2] تحيلنا إلى أحكام الإستعجال المادة 453 وما يليها من ق.إ.م.إ وبالضبط المادة 303 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي:" لا يمس الأمر الاستعجالي الفصل الحق وهو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن، كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل".

[3] بوضياف عادل، نفس المرجع، نفس الصفحة.

القاضي بشطب الدعوى لتخلف الأطراف عن الحضور وهكذا يجدد المدعي العريضة خلال 60 يوما وتتبع نفس الخطوات وتسجل في نفس خانة القضية بحيث لا تأخذ رقما جديدا، أو يقرر القاضي وقف الدعوى لحين الفصل في دعوى أخرى وعند انقضاء الأجل يقدم المدعي عريضة تعجيل، كما يمكن أن تقضي المحكمة بانقطاع سير الخصومة حال وفاة المدعي ليقوم أحد الورثة بعدها بتقديم عريضة تعجيل الدعوى وبعد إصدار الحكم من قبل القاضي يسجل في دفتر مخصص لهذا الغرض[1].

أما بشأن القرارات والأحكام التمهيدية وفقا للتشريع المصري التي يمكن أن تقضي بها المحكمة فيما يتعلق بالولاية على نفس القاصر وهي أن يحكم القاضي إما بتأجيل القضية لعدم إيداع تقرير الخبرة أو تقرير الطب الشرعي، كما يحكم القاضي بتأجيل الدعوى لاستطلاع رأي النيابة العامة أو طلب الخصوم بتقديم أوراق مهمة في القضية أو طلبهم للصلح لأنه يمكن إثارته طيلة مراحل الدعوى كما يمكن للقاضي الحكم بالتأجيل لإحضار الشهود أو تأدية اليمين أو إحالة القضية على التحقيق أو بسبب شطب القضية أو وقف الدعوى إلى غير ذلك من الاحتمالات الأخرى[1].

فإذا قرر القاضي التأجيل يكلف أمين السر بالإعلان ليحرر هذا الأخير ورقة الإعلان في نسختين ويسجل تاريخه في دفتر معد لهذا الغرض ثم يرسله إلى قلم المحضرين ويضم ورقة الاستلام لملف الدعوى، فأما إذا أمر القاضي بتحويل القضية للطب الشرعي أو إجراء خبرة طبية[2] أو استطلاع رأي النيابة[3] فيكون ملف فرعي للدعوى مرفقا بصورة للمستندات الخاصة بالملف الأصلي ثم يرسل هذا الملف إلى الطبيب الشرعي لأداء مهمته، وعند تقديم تقرير

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 590 وما بعدها.

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 592.

[2] على أن تقرير الخبرة الطبية وفقا للمادة 138 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتعين أن يكون مفصلا بتضمنه لأقوال وملاحظات الخصوم وكذا تقديم عرض مفصل لما عاينه الطبيب في حدود المهمة المكلف بها وفي غياب لمخالفة بسط نتائج الخبرة وهذا كله درءا للإشكالات العملية حيث أن تقارير الخبراء يعتريها النقص والسطحية في المعلومات والجدية في المضمون. انظر عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 140.

[3] ذلك أن رأيها ضروري في بعض الحالات خاصة في مسائل الولاية على النفس وهذا نظرا لدرايتها وكفاءتها بهذا النوع من القضايا حيث توجه إليها الطلبات شفاهة أو كتابة ويتم إبلاغها بمختلف المعلومات سواء من قبل الأولياء والأوصياء والقامة أو من أصحاب الشأن، وتبعا لهذا يكون من المهم استطلاع رأيها لا سيما أن المسألة تتعلق بقاصر.

الخبرة يضم الملف الفرعي للأصلي[1]، **وأما إذا حكم القاضي بعدم الاختصاص** فإنه يرسل ملف الدعوى إلى المحكمة **المختصة،** على أنه إذا قضت المحكمة بالتأجيل بسبب إجراء الضم لملف أو أكثر فإنه يحيل الملف **على وجه السرعة** إلى المحكمة المختصة وبإمكان القاضي أن يحكم بتغريم محضر المحكمة المختصة فيخطر أمين السر قسم المطالبة للتنفيذ، وفي حال قرار القاضي بأخذ رأي النيابة العامة يعد أمين **السر ملف القضية ويعرضه على المحامي العام لتحديد العضو الذي سوف يقوم بالتحري كما يسلم أمين السر الملف لعضو النيابة، وبعد هذا الأخير** مذكرة **الرأي ويعتمدها المحامي ليستلمها أمين السر من عضو النيابة،** وفي حال حكم القاضي بالحجز للحكم وتقديم مذكرة **للدفاع يستلم أمين** السر مذكرة الدفاع في حال تحريرها **وأما عند الحجز للحكم وتقديم المحامي طلب إعادة الدعوى للمرافعة يتم استلام الطلب وضمه لملف الدعوى على** أن إصدار القاضي لهذه الأحكام يتم وفق إجراءات محددة وذلك بأن يكتب القاضي مسودة الحكم ليحررها أمين السر ويعتمدها من القاضي ثم يقيد الحكم في دفتر إيداع **الأحكام ويضم هذا الحكم للملف مع تحديد الرسوم ويسلم المطالبة للأمين العام ليختمها ويسجل رقم المطالبة على الملف**[1].

إن الإذن بالزواج للقاصر من قبل المحكمة يدخل ضمن أحكام الولاية على النفس، حيث أن الزواج من سنن الله في الخلق قال تعالى:" وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ"[2]، فهو يحقق مصلحة للقاصر تتمثل

[redacted]

إنسانية بشر منها، ولهذا أيضا عنيت التشريعات بتخصيص نصوص تحكم زواج القصر فسنت في سبيل هذا إجراءات خاصة، كما عمد المشرع الجزائري إلى استحداث **أحكام بشأن القاصر بمقتضى القانون 05-02 المعدل**

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 596.
[1] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، 597.
[2] الآية 49 من سورة الذاريات.

والمتمم لقانون الأسرة استلهمها من الراجح في الفقه المقارن ودعمها بإجراءات تحقق الغاية المرجوة وهي درء الخطر عن القاصر والسعي إلى رعاية شؤونه وبلوغ المكانة الفضلى بين التشريعات الأخرى.

ودعم المشرع هذه الأحكام بإجراءات غاية في السرعة وبعيدة عن التعقيد مراعيا في كل هذا تيسير سبل التقاضي بالنسبة للقاضي والمتقاضي، وقد تحقق هذا بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وما سعى إليه المشرع من تنظيم في مواد الولاية على القاصر حال سقوطها واعتماد قضاء الإستعجال لتفعيل هذه الأحكام يعتبر عين الصواب ويَفي بالغرض المطلوب كما يخدم مصالح القصر.

وقد قرر المشرع المصري أن ترفع الدعوى بالطريق العادي وجعل الدعوى الاستعجالية في هذه القضايا على سبيل الاستثناء، ويؤكد هذا الحكم المادة 16 من القانون قم 1 لسنة 2000 التي تنص على ما يلي:"ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية"، والحاصل أن إجراءات القضاء العادي ووجوب تقديم الطلب إلى مكتب تسوية المنازعات من شأنه أن يطيل أمد النزاع ويجعل الأمر عسيرا على هذه الفئة الضعيفة[1].

وقد عهد المشرع المصري هذه الإجراءات لمحكمة الأسرة، فإن قضت هذه الأخيرة بالإيجاب كان ذلك ترخيصا منها بجواز التصرف في أموال القاصر لتحدد بذلك قيمة الصداق حسب ما يجري به العرف وكذا بيان قيمة نفقات الزواج بحيث يكون وسطا بين الإفراط والتفريط فلا إسراف حتى لا يتضرر القاصر ولا تُقتَر حتى لا يتم حرمانه بل عليه أن يسلك طريق الاعتدال والوسطية مصداقا لقوله تعالى:" وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا"[2].

---

[1] وقد أحدث المشرع المصري مكاتب التسوية بموجب المادة 7 من قانون إنشاء المحاكم لسنة 2004 التي تنص على ما يلي :" يصدر وزير العدل قرارا يتضمن تشكيل مكاتب تسوية المنازعات الأسرية وتعيين مقر عملها وإجراءات تقديم طلبات التسوية إليها، وقيدها، والإخطار بها، وبما تحدده من جلسات، وإجراءات العمل في هذه المكاتب، والقواعدّ والإجراءات التي تتخذ في سبيل الصلح، وغير ذلك مما يستلزمه.
ويكون اللجوء إلى تلك المكاتب بدون رسوم".

[2] الآية 67 من سورة الفرقان.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 7 من ق.أ المعدلة بموجب القانون 05-02 على أنه يمكن للقاضي أن

يرخص بالزواج قبل أن تكمل أهلية الرجل والمرأة لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، وتعد

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات.

كما أدرج المشرع الجزائري المادة 7 مكرر بموجب القانون 05-02 وأوجب على طالبي الزواج أن يقدما شهادة طبية تثبت خلوهما من أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج[1]، وأما في التشريع المصري فقد نصت المادة 17 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كان سن الزوجة تقل عن ست عشرة (16) سنة ميلادية، أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة(18) سنة ميلادية وقت رفع الدعوى مع اشتراط الرسمية في عقد الزواج.

الفرع الثاني: التبليغ الرسمي للأمر الإستعجالي

بعد صدور الأمر الفاصل في مسألة إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت يتعين على الطرف

الذي يهمه التعجيل وفقا للمادة 455 من ق.إ.م.إ أن يبادر بتبليغه إلى باقي الخصوم خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ النطق بالأمر وإلا كان المآل سقوط الخصومة، على أن المشرع وصف التبليغ بالرسمية، وبناء على ما سبق ما هو التبليغ الرسمي وما هي مميزاته؟ ما هي البيانات الواجب توافرها في التبليغ الرسمي؟ وماذا يترتب على تخلفها؟ ما هي أهم أنواع التبليغات الرسمية؟

[1] ما يمكن الإشارة إليه أن المادة 7 مكرر في فقرتها الأولى تتعارض مع ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق احكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الاسرة، وبالضبط المادة 2 منه التي تنص على ما يلي:"يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة(3) أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم"، وبما أن هذه الشهادة تثبت خضوع طالبي الزواج للفحوصات الطبية فقط دون إثبات خلو المرض كما ورد في المادة 7 مكرر فهذا يعني أن دورها إخباري ويبقى عقد الزواج على رضائيته، في حين أن عبارة "تثبت خلوهما من أي مرض" بمفهوم المخالفة إذا ثبت وجود المرض فلا مجال لإبرام العقد وبالتالي يكون دور الشهادة في هذه الحالة تقريري ويصبح تبعا لهذا عقد الزواج شكلي وليس رضائي، ولهذا يستحسن تعديل المادة 7 مكرر حتى يتسق نصها مع مضمون المادة 2 من هذا المرسوم، وما يؤكد هذا أيضا الفقرة الثانية من المادة 7 مكرر التي أشارت إلى أنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية وليس لخلو الزوجين من أي مرض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

أولا: المقصود بالتبليغ الرسمي وبيان خصائصه

عرف المشرع الجزائري التبليغ الرسمي في المادة 406 من ق.إ.م.إ بأنه التبليغ الذي يتم بموجب مَحْضَر يعده المحضِر القضائي بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، ويتم ذلك بتسليم نسخة من العقود قضائية كانت أو غير قضائية وكذا السندات التنفيذية إلى المطلوب تبليغه أو تبليغهم عن طريق تحرير محضَر في عدد من النسخ مساوٍ لعدد الأشخاص المراد تبليغهم رسميا، وتبعا لهذا فالتبليغ الرسمي يختلف عن التبليغ العادي لأنه يتم عن طريق المحضر القضائي حيث عرفته المادة الرابعة من القانون 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي بأنه ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، وتضيف المادة السادسة من نفس القانون بأن مكتب المحضر القضائي يوضع تحت رقابة وكيل الجمهورية لمكان تواجد مكتبه[1].

أما عن المهام المنوطة بالمحضر القضائي فقد نصت عليها المواد من 12 إلى 20 من القانون 06-03 ، والذي يهمنا في هذه المهام هو تبليغ العقود والسندات والإعلانات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة أخرى للتبليغ، على أن هذه السندات والعقود يتعين على المحضر القضائي أن يحررها باللغة العربية وأن يوقعها ويدمغها تحت طائلة البطلان، وهذا يتسق مع نص المادة 8 من ق.إ.م.إ الذي يوجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول، وكل هذا تفعيل للقانون 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية[2].

وما يستفاد من المادة 406 من ق.إ.م.إ أن هناك فرق بين التبليغ الرسمي والتبليغ العادي، أما التبليغ الرسمي فهو الذي يتم عن طريق المحضر القضائي، وأما التبليغ العادي فهو الذي يتم بدون المحضر القضائي

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 413.

[2] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 27.

كالإشعار الذي يتم عن طريق البريد أو الهاتف أو الفاكس[1]، ويكون التبليغ الرسمي صحيحا بالنسبة إلى الأشخاص الذين يقيمون في الخارج إذا تم في الموطن الذي تم اختياره في الجزائر وهو مضمون الفقرة الأخيرة من هذه المادة، كما تتنوع السندات المتعلقة بالتبليغ كالمذكرات والإنذارات والأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية، هذه الأخير التي تهمنا في هذه الدراسة، نشير إلى أنه يجب أن يحرر هذا التبليغ في محضر يتضمن بيانات يتعين احترامها.

يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر التبليغ وكذا محضر استلام التبليغ بعد تبليغه للمقررات القضائية، ولا يمكن اعتبار التبليغ الرسمي للأحكام والأوامر والقرارات قبول بها بل هو سوى إجراء لا يتعدى الحدود التي رسمها القانون وهي وظيفة الإعلان التي يتعين على المبلَغ الإحاطة بها حتى لا يفاجأ بما يهدد مصالحه ويفتح أمامه السبل للطعن في صحة هذه السندات[1].

ثانيا: البيانات الواجب توافرها بمحضر التبليغ الرسمي

تنص على هذه البيانات المادة 407 من ق.إ.م.إ إذ يتعين على المحضر القضائي أن يُضَمِّن محضر التبليغ اسمه ولقبه وعنوانه المهني وتوقيعه وختمه حتى يضفي على المحرر الصبغة الرسمية، ثم ذكر اسم ولقب طالب التبليغ وموطنه، ونفس البيانات بالنسبة للشخص المراد تبليغه، على أنه إذا تعلق الأمر بشخص معنوي سواء بالنسبة إلى طالب التبليغ أو الشخص الذي تلقى التبليغ يشار إلى طبيعته وتسميته ومقره الإجتماعي، ويضاف بالنسبة للمُبَلَغ له اسم ولقب وصفة الشخص الذي تلقى التبليغ الرسمي.

والغاية من البيانات السابقة تحديد شخصية المبَلِغ والمبلَغ له تحديدا كافيا مانعا للجهالة وهذا حتى لا يفتح المجال أمام المطلوب تبليغه بإثارة الدفع ببطلان المحضر[2]، على أنه يتعين على الشخص الذي تلقى التبليغ أن يوقع

[1] بربارة عبد الرحمن، نفس المرجع، ص314."
[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 414.
[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 553.

عليه ويشهد على هذا بيان طبيعة الوثيقة التي تثبت هويته ورقمها وتاريخ إصدارها وفي حال عدم إمكان التوقيع يتعين عليه وضع بصمته على أن المشاكل التي يتعرض لها المحضرون في مسألة التبليغ كثيرة كعدم حمل البطاقة التي تثبت الهوية أو التشكيك في صحة البيانات الواردة في محضر التبليغ أو عدم صحة التوقيع مما يدفع إلى إجراء خبرة وبالتالي إطالة أمد النزاع[1].

كما يجب أن يتضمن محضر التبليغ التاريخ أي بيان اليوم والشهر والسنة وكذا الساعة بالأحرف، ولهذا الإجراء أهمية كبيرة تتمثل في التأكد من صحة التبليغ أي أنه تم في وقت يجوز فيه إجراؤه وإلا كان مآله البطلان كأن يتم في يوم عطلة رسمية وأما تحديد الساعة فيفيد في كون التبليغ قد تم في الوقت المحدد قانونا أي من الثامنة صباحا إلى الثامنة مساء(م 416 من ق.إ.م.إ)[1]، كما أنه يعتبر مرجعا في بدء حساب الآجال المتعلقة بالطعن في المقررات القضائية المراد تبليغها وهو طريق أوثق يتقرر به علم الخصوم بمضمون الورقة المبلغ بها[2]، وعند عدم تطابق الكتابة بالأرقام والحروف فالعبرة بما كتب بالأحرف وعند الاختلاف بين التاريخ المدون في الإعلان واليوم الذي يتوافق معه فالعبرة بالتاريخ ما لم يتبين من ظروف الحال خلاف ذلك[3].

فتخلف إجراء ذكر التاريخ ضمن التبليغ الرسمي لا يمكن إيجاد بديل له ولا يمكن إثباته بأي دليل آخر مهما بلغت قوة هذا الدليل ويؤدي إلى بطلان المحرر بطلانا مطلقا[4]. على أن القاعدة العامة في التشريع المصري بخصوص إعلان الحكم هي اعتبار المحكوم عليه عالما بالحكم بمجرد صدوره ولو كان متخلفا وقت النطق به ما لم ينص القانون على غير ذلك[5].

---

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 415.

[1] عمر زودة، المرجع السابق، ص 424.

[2] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 313.

[3] عمر زودة ، المرجع السابق، ص 424.

[4] عمر زودة، ، المرجع نفسه، ص426.

[5] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق ، ص 1016..

لقد اعتمد المشرع في حساب المواعيد عدم الإشارة إلى طبيعة التقويم وتبعا لهذا نرجع إلى القاعدة العامة الواردة في القانون المدني وبالضبط نص المادة الثالثة منه[1]، بحيث لا يدخل في حساب الأجل يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي ولا يوم انقضاء الأجل(م 1/405 من ق.إ.م.إ) ، وعلى العكس من ذلك يعتد بأيام العطل الداخلة ضمن هذه الآجال عند حسابها سواء أيام الأعياد أو أيام الراحة الأسبوعية(م 2/405 نفس القانون) وتقضي الفقرة الأخير من هذه المادة بأنه يمدد الأجل إلى يوم عمل موالي إذا كان اليوم الأخير من الأجل ليس يوم عمل كليا أو جزئيا، ونفس الطريقة في حساب الأجل التي اعتمدها المشرع المصري، مع إضافة طريقة الحساب إذا كان مقدرا بالساعات وهي ذاتها المعتمدة في حساب الأيام، كما أن المشرع المصري نص صراحة في المادة 15 من قانون المرافعات على أن المواعيد تحسب بالشهر أو التقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وأشارت الفقرة الأخيرة من المادة 406 من ق.إ.م.إ إلى أنه إذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات السالف ذكرها فيسوغ للمراد تبليغه الدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع[1]، ويتبين من خلال هذا النص أن تخلف هذه البيانات ليس من النظام العام لأن الدفع ببطلانها يكون من قبل المطلوب تبليغه وليس تلقائيا من الجهة القضائية مع أن المشرع استهل نص هذه المادة بالوجوب، إلا أن هذا الأخير لا يرقى إلى بطلان تخلف الإجراء ما لم يتبين من طبيعة الإجراء كما بينا سلفا في مسألة تخلف تاريخ التبليغ.

ثالثا: حالات التبليغ الرسمي

يبلغ الشخص المعني تبليغا رسميا من قبل المحضر القضائي وهو ما يصطلح عليه بالتبليغ الشخصي، وعند عدم إمكان ذلك يرجع إلى الحلول التي أوردها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي كل هذه الحالات لا يمكن القيام بأي تبليغ رسمي قبل الساعة الثامنة صباحا ولا بعد الساعة الثامنة مساء ولا أيام العطل، إلا في حالة

[1] تنص المادة 3 من القانون المدني على ما يلي:"تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

[1] يبدو أن المشرع استعمل مصطلح دفاع"défense" كتعبير لغوي وإنما المراد هو دفع "exception" فحسب دون حاجة إلى إيراد المشرع لهذا الاختيار (دفاع أو دفع). انظر سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 553.

الضرورة وبعد أخذ إذن من القاضي، وللقاضي السلطة التقديرية في قبول هذا التبليغ أو رفضه عند المخالفة وذلك بعد إثارته من الخصم لأنه لا يتعلق بالنظام العام لعدم النص عليه[1].

1. التبليغ الشخصي

تقضي القاعدة العامة الواردة في المادة 408 من ق.إ.م.إ بأن يتم التبليغ الرسمي شخصيا فيشار إلى تسليم المقرر القضائي المراد تبليغه إلى المبلغ له في المحضر القضائي وهو ما أشارت إليه المادة 407 من نفس القانون، أما إذا تعلق التبليغ بشخص معنوي فيعتبر التبليغ شخصيا إذا سلم محضر التبليغ إلى ممثله القانوني أو الإتفاقي أو لأي شخص تم تعيينه لهذا الغرض.

و أما إذا وجه التبليغ الرسمي إلى الإدارات والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيتم التبليغ الرسمي إلى الممثل المعين لهذا الغرض وبمقرها، وإذا تعلق التبليغ بشخص معنوي في حالة تصفية فيتم التبليغ الرسمي إلى المصفي، وفي حال تعيين أحد الخصوم وكيلا فيتم التبليغ الرسمي للوكيل، على أن هذا الأخير لا يقصد به المحامي وإنما الشخص المعين بمقتضى وكالة خاصة[1].

2. الإجراءات البديلة للتبليغ الشخصي

ينص المشرع في المادة 410 من ق.إ.م.إ على أنه عند استحالة التبليغ الرسمي شخصيا للمطلوب تبليغه فإن التبليغ يعد صحيحا إذا تم في موطنه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار، وحسنا فعل المشرع حينما قيد التبليغ إلى أحد أفراد عائلة الشخص المراد تبليغه بالإقامة معه لأن هذا عين الصواب وما يفرضه المنطق، فقرن المشرع القرابة بموطن الإقامة حتى تتحقق معه مسألة العلم بالحكم المراد تبليغه، على أن المشرع أورد حكما مضمونه أن يكون الشخص الذي تلقى التسليم متمتعا بالأهلية وإلا كان التبليغ قابلا للإبطال.

[1] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 422.

[1] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 316.

وأفادت المادة 412 من ق.إ.م.إ بأنه إذا لم يكن للشخص المراد تبليغه موطن معروف يقوم المحضر القضائي بتحرير محضر يضمنه الإجراءات التي قام بها ويتم تعليق نسخة من التبليغ الرسمي بلوحة الإعلانات بمقر المحكمة ومقر البلدية التي كان بها آخر موطن للمطلوب تبليغه[1].

كما استحدث المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية حكما جديدا يتعلق الأمر بأن ينشر مضمون عقد التبليغ الرسمي في جريدة يومية وطنية، بإذن من رئيس المحكمة التي يقع فيها مكان التبليغ وعلى نفقة طالبه وهذا إذا كانت قيمة الالتزام تتعدى خمسمائة ألف دينار(500.000دج)، ويسري أجل التبليغ الرسمي من تاريخ آخر إجراء.

وإذا كان الشخص المطلوب تبليغه رسميا محبوس فقررت المادة 413 من ق.إ.م.إ أن يتم تبليغه بمكان حبسه، ويكون هذا التبليغ صحيحا بصرف النظر عن طبيعة عقوبة الحبس المقررة ضده سواء كانت حبسا مؤقتا أو لمدة يتعين استنفاذها[1]، ولم يعتبر المشرع التبليغ للمحبوس شخصيا ذلك أنه لا يستلمه من المحضر القضائي، فيسلمه هذا الأخير لكاتب ضبط المؤسسة العقابية الذي يسلمه بدوره إلى المحبوس كما هو الشأن بالنسبة لمقرر التأديب الذي يبلغ إلى المحبوس فور صدوره بواسطة كتابة ضبط المؤسسة العقابية طبقا للفقرة الثانية من المادة 84 من القانون 05-04 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمسجونين.

---

[1] وقد استعمل المشرع حرف "الواو" الذي يفيد الجمع بين الإجراءين في حين أن الفقرة الرابعة من نفس المادة استعمل المشرع فيها حرف"أو" الذي يفيد التخيير لأن الحكم فيها يتعلق بالتعليق والإرسال المضمون، ويكون هذا الأخير في حالة رفض الأشخاص الذين لهم صفة تلقي التبليغ الرسمي استلام محضر التبليغ فيرسل هذا التبليغ الرسمي برسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام إلى آخر موطن له. انظر بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 419.

[1] تنص المادة 7 من القانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين على ما يلي:" يقصد بكلمة محبوس في مفهوم هذا القانون، كل شخص تم إيداعه مؤسسة عقابية، تنفيذا لأمر، أو حكم أو قرار قضائي.

ويصنف المحبوسون إلى :

محبوسين مؤقتا، وهم الأشخاص المتابعون جزائيا، والذين لم يصدر بشأنهم أمر، أو حكم، أو قرار قضائي.

محبوسين محكوم عليهم، وهم الأشخاص الذين صدر في حقهم حكم واضح نهائيا.

محبوسين تنفيذا لإكراه بدني.

وإذا كان الشخص المراد تبليغه له موطن في الخارج تتبع الإجراءات الواردة في **الاتفاقيات القضائية للقيام بتبليغه(م 414 من ق.إ.م.إ)**، وفي حال عدم وجود اتفاقية قضائية يتم إرسال التبليغ بالطرق الدبلوماسية وذلك **بالاستعانة بوزارة الشؤون الخارجية(م 415 من ق.إ.م.إ).**

نشير في الأخير إلى أن المشرع لم **يُشِر** إلى مسألة هامة يتعلق الأمر بكيفية تبليغ عناصر الجيش الوطني **أثناء أداء الخدمة وعلى خلاف** المشرع المصري الذي نص في قانون المرافعات **على** هذه المسألة وذلك عن طريق تسليم **الإعلان** إلى النيابة **العامة** والتي تسلمه **بدورها** إلى الإدارة القانونية المختصة بالقوات المسلحة وتسلمه هي بدورها إلى المعني من أفراد القوات المسلحة[1]، **فهم يتميزون عن الأشخاص العاديين ربما لأن انتقال هؤلاء لظروف تمليها ضرورة** العمل قد لا يسمح بالتبليغ الشخصي في موطن إقامته، **لذا كان التبليغ عن طريق الإدارة القانونية أفضل باعتبارهم الأدرى بمكان الانتقال أو الانتداب** أو غير ذلك من الإجراءات التي يخضع لها أفراد القوات المسلحة.

المبحث الثاني: الإجراءات اللاحقة لصدور الأمر الإستعجالي

متى صدر الأمر الاستعجالي الفاصل في إنهاء **ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت خول المشرع** للأطراف حق الطعن فيه، كما أجاز لقاضي شؤون الأسرة أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية استنادا إلى **طبيعة الظروف**، فمتى تغيرت هذه الأخيرة بإمكان القاضي تعديل هذا الإجراء، كما يمكنه إلغاء تدابير **الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو جزئيا** متى زال السبب الموجب لقيامها.

تثير مسألة الطعن في الأمر الاستعجالي الفاصل في إنهاء **ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت** جدلا كبيرا فيما لم يرد بشأنه نص من الطعون المقررة قانونا، فنص **المشرع على قابلية الأمر** الاستعجالي **للاستئناف الصادر** بخصوص **سقوط الولاية على القاصر مع اختلاف طفيف مع الأحكام المقررة للاستئناف** في قضاء الإستعجال الواردة أحكامه في المواد **299 وما يليها من ق.إ.م.إ**، في حين لم ينص المشرع على طرق الطعن

[1] **بربارة** عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص 319.

الأخرى ما يجعلنا نعتمد على تحليل مضمون النصوص القانونية وقياسها مع بعضها البعض لاستخلاص أحكام طرق الطعن المغفلة في إجراءات الولاية على نفس القاصر من معارضة والطعن بالنقض، واعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر، أما المشرع المصري فقد جعل طرق الطعن الصادرة في مواد الولاية على النفس غير تلك المحددة في التشريع الجزائري حيث قضت المادة 56 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بأن طرق الطعن في الأحكام والقرارات الواردة في هذا القانون هي الاستئناف والتماس إعادة النظر على أنه تتبع فيما لم يرد بشأنه حكم القواعد والإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المطلب الأول: كيفية الطعن في الأمر الاستعجالي

نص المشرع على الطعن بالاستئناف في الأمر الفاصل في إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت وما يتصل به من حكم في المادة 456 من ق.إ.م.إ، وأغفل النص على الطرق الأخرى للطعن مما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى جوازها في هذا الخصوص، وما يؤخذ على المشرع في الأحكام الإجرائية المتعلقة بالولاية على نفس القاصر أنه لم يُراع الترتيب في الإجراءات حيث تطرق لمسألة التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي في المادة 455 من ق.إ.م.إ ثم الاستئناف في المادة 456 من نفس القانون ليقوم في المادة 458 بالنص على الطلبات المتعلقة بالأمر بالإستعجالي ويكرر ما ورد في المادة 453 عن طبيعة الطلب المقدم على أنه يكون في شكل دعوى استعجالية. نتناول في الفرع الأول من هذا المطلب طرق الطعن المنصوص عليها في أحكام الولاية على نفس القاصر ثم نعالج في الفرع الثاني مدى قابلية الأمر لطرق الطعن الأخرى.

الفرع الأول: استئناف الأمر الفاصل في إسقاط ممارسة الولاية على القاصر

يعتبر الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية اعتمده المشرع إعمالا لمبدأ التقاضي على درجتين وهو حق تظلم يرفعه المحكوم عليه على مستوى الجهة القضائية درجة أولى إلى الجهة القضائية درجة ثانية ليطرح النزاع أمامها

من جديد قصد مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة[1]، وقد عمد المشرع الجزائري إلى ذكر الهدف من الاستئناف بيد أنه لم يورد تعريفا لهذا النوع من الطعن **وإنما أفصح عن الغاية من اللجوء إليه حيث تنص المادة** 332 من ق.إ.م.إ بأن الاستئناف يهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة.

فبناء على النص السابق يوجه الطعن بالاستئناف في الأحكام الصادرة على مستوى الدرجة الأولى وبديهي استبعاد القرارات القضائية الصادرة في الدرجة الثانية، وما يلاحظ أيضا على نص هذه المادة أنها استبعدت الأوامر القضائية ذلك أن المشرع جعل الطعن في الأوامر عن طريق **الاستئناف يكون بموجب نص خاص لأن بعض الأوامر لا يقبل الطعن فيها على وجه الإطلاق**[1].

كما أخذ المشرع بمعيار قيمة الدعوى في المادة 33 من ق.إ.م.إ ولم يُجِز استئناف الأحكام الصادرة بشأنها بالنظر إلى ضآلة القيمة المالية للدعوى فقدر نصابها بمائتي ألف دينار (200.000 دج)، وفي حال لم تتجاوز هذه الدعاوى النصاب المذكور تفصل المحكمة في أول وآخر درجة[2]، وبهذا قرر المشرع الجزائري رفع الاستئناف في الأمر الصادر بشأن إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت في حالة عدم رضى الأطراف بما ورد فيه **وهذا خلال أجل** 15 يوما يبدأ حسابه من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر محل الطعن بالنسبة للأطراف، ونفس الأجل مقرر للنيابة العامة ابتداء من تاريخ النطق به، ونجد مثل هذا الأجل مقرر في **الأوامر الاستعجالية.**

---

[1] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 1143.

[1] مثال عن الأوامر التي تقبل الطعن بالاستئناف الأمر الصادر في إنهاء ممارسة الولاية على نفس القاصر أو سحبها المؤقت الذي نحن بصدد البحث فيه، أما الأوامر التي لا يقبل أي طريق من طرق الطعن فالتعرض القانونية كثيرة ومتنوعة بنصّ عليها المشرع الجزائري كنص المادة 46 / **المتعلقة بالولاية على أموال القاصر التي تقضي بمكنه للقاضي** قبل الفصل في الموضوع ان يامر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القاصر. هذا الأمر غير قابل لأي طعن". **كذلك ما تضمنته المادة** 17 من ق.إ.م.إ التي **تقضي بأن** العريضة لا تقيد إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف **ذلك.**
ثم أضافت أن رئيس الجهة القضائية يفصل في كل نزاع يعرض عليه حول دفع الرسوم، بأمر غير قابل لأي طعن.
وتنص المادة 92 من نفس القانون **على ما يلي:**"يفصل القاضي في الإشكالات التي قد تعترض تنفيذ التحقيق، بأمر غير قابل لأي طعن". **وكذا المواد** 98، 156، 219، 242، 250، 307، 322، 422، 442،445، 585، 633، 722، 742، 751، 761، 765، 825، 852....

[2] وبتدقيق النظر في المادة 33 من ق.إ.م.إ يتبين أن المشرع حدد قيمة النزاع بالنظر إلى قيمة الطلب الأصلي وليس بقيمة الطلب المقابل أو المقاصة القضائية ولو فاقت قيمة كل منهما أو مجموع القيمتين النصاب القيمي لاختصاص المحكمة ابتدائيا أونهائيا ومن ثم لا عبرة بالطلبات اللاحقة. **بوضياف عادل، مرجع سابق، ص** 76. بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 87.

الجدير بالذكر أن المشرع لم يُرَاعِ إمكانية فوات أجل **الاستئناف** بالنسبة للشخص مقارنة بالنيابة التي قرر بدء حساب الأجل بشأنها من تاريخ النطق بالحكم وهذا يعني ضرورة حضور النيابة في هذا التاريخ مع إمكانية غياب الشخص صاحب الطلب في **نفس التاريخ**[1]، وهذا على خلاف ما ورد في المادة **304 من ق.إ.م.إ حيث** كان بدء حساب الأجل في الأوامر **الاستعجالية** موحد بين الطرفين وهو تاريخ التبليغ الرسمي، وهذا يعني أنه لا ضرورة لحضور أطراف النزاع في الجلسة سواء رافع الطلب أو النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في النزاع لأن العبرة بالتبليغ الرسمي للأمر الفاصل في إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت[1].

وقد نص المشرع في المادة **455 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الطرف الذي يهمه** التعجيل يتعين عليه أن يبلغ الحكم في أجل ثلاثين يوما**(30) من تاريخ النطق بالأمر تحت طائلة السقوط، ويؤخذ** على هذا النص أنه ينص على مسألة التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي في حين أن المشرع لم يتعرض لكيفية صدور هذا الأمر، كما أنه لم يبين ما مصير الأمر الاستعجالي إذا صدر غيابيا هل نرجع إلى الأحكام العامة الواردة في **الإستعجال أم أن هذا الأمر** يمكن الطعن فيه بالمعارضة، وهذا ما سوف نعرفه في الأحكام المتعلقة **بالطعن عن طريق المعارضة.**

أما بخصوص أحكام الطعن **بالاستئناف** في الأحكام الصادرة في مسائل الولاية على النفس وفقا للتشريع **المصري فإننا نقتصر على تلك المتعلقة بسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها** والتي ذكرنا أنه يعقد **الاختصاص** بشأنها إلى المحكمة **الابتدائية، وعليه فإن القانون رقم 1 لسنة 2000 حدد ميعاد الاستئناف** في المادة **61 منه بستين(60)** يوما لمن لا موطن له في مصر دون إضافة ميعاد مسافة[2] وبالرجوع إلى المادة **1/227 من قانون**

[1] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 456.

[1] بوضياف عادل، نفس المرجع، ص457.

[2] **حددت ميعاد المسافة المادتين 16 و17 من قانون المرافعات**، فذكرت الأولى أنه لا يتجاوز أربعة أيام في كل الأحوال، ويصل هذا الميعاد إلى **15 يوما** لمن يقع موطنه في مناطق الحدود، على أن المادة 17 حددت ميعاد المسافة بستين يوما لمن يكون موطنه في الخارج، وبإمكان قاضي الأمور الوقتية إعمال سلطته التقديرية وإنقاص هذا الميعاد بالتناسب مع سهولة المواصلات وظروف الإستعجال .

المرافعات فإن ميعاد الاستئناف يحدد بأربعين يوما ما لم ينص القانون على غير ذلك وهذا بالنسبة للمستأنف الذي يكون له موطن بمصر ويضاف إليه ميعاد المسافة المنصوص عليه في المادة 17 من القانون المذكور أعلاه، وفي حالة الإستعجال فإن المادة 2/227 حددته بخمسة عشر يوما[1].

ويبدأ حساب ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وفقا لمقتضيات المادة 213 من قانون المرافعات، وفي حال تخلف المحكوم عليه عن الحضور أو عدم تقديمه مذكرة أمام المحكمة أو أمام الخبير يبدأ حساب الميعاد من تاريخ إعلان الحكم، كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذي توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته، على أن يكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي.

غير أن هذا الميعاد يسري في حق النيابة من تاريخ صدور الحكم، ويحدد بستين يوما بالنسبة للنائب العام أو من يقوم مقامه وفقا للمادة 3/227 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتجدر الإشارة أن دعاوى الولاية على النفس الواردة في نص المادة 9 من القانون رقم 1 لسنة 2000 قابلة للطعن فيها بالاستئناف[1] وهي على النحو التالي:

- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورئيته وضمه والإنتقال به.
- الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.
- الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها، متى كان القانون الواجب التطبيق يقضي بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق.
- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها، يكون الحكم نهائيا إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الإنتهائي للقاضي الجزئي.

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 112.

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص697.

- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية في وثائق الزواج والطلاق.
- **توثيق ما** يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعا.
- الإذن بزواج من لا ولي له[1].

أما بخصوص دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ **أحكام** النفقات فلا يجوز الطعن فيها عن طريق **الاستئناف وفقا للقانون رقم 91 لسنة 2000 على أنه** يجوز **الاستئناف** في الدعاوى الأخرى التي لم تنص عليها المادة 9 من القانون رقم 1 لسنة 2000 **وهذا ما قضت به المادة** 10 من ذات القانون التي نصها كالآتي:" تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوي الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية، **ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه**"[2].

الفرع الثاني: مدى قابلية الأمر لطرق الطعن الأخرى

اكتفى المشرع بالنص على الطعن بالاستئناف فقط بشأن الأمر الفاصل إنهاء ممارسة الولاية على القاصر

أو سحبها المؤقت ونفس طريق الطعن مقرر لإلغاء تدابير إسقاط الحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو جزئيا، في حين نجده ينص على كافة طرق الطعن بشأن المنازعات المتعلقة بتعيين الولي في حق القاصر حسب مقتضيات المادة 4/472 من ق.إ.م.إ[3]، الإشكال المطروح في هذا الصدد لماذا التفرقة في الأحكام مع أن الأمر يتعلق بنفس المقرر القضائي(**الأمر**) من جهة، ولماذا التفرقة في الحكم بين الولاية على نفس القاصر وكذا الولاية على ماله فقرر في

[1] **كانت تنص على هذا الإجراء المادة 28 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بموجب القانون 78 لسنة** 1931 ومضمونها كالآتي:"**الإذن** بالخصومة في غير الأوقاف بجميع مقتضياته الشرعية من اختصاص رؤساء المحاكم والقضاة الجزئيين في دائرة اختصاصهم، وكذا تزويج من لا ولي له من **الأيتام**". وبديهي أن تزويج من لا ولي له يدخل ضمن مسائل الولاية على النفس و**يوجد مقابل** لهذا النص في القا**نون رقم 1 لسنة 2000 مع إجراء** تعديل في الصياغة، وعليه إذا أذنت محكمة الأسرة بزواج القاصر ذكرا كان أو أنثى كان بالتبعية إذنا منها بالتصرف في المال الذي يؤول **إليه بفعل الزواج كتقديم المهر مثلا، على أنه يتعين تحديد قيمة المهر وفقا للعرف من جهة وظروف المقبلين على الزواج من جهة أخرى، وبتحديد قيمة المهر وكذا النفقة** الواجبة جاز لمن صدر الإذن لفائدته لا سيما القاصر التصرف في المهر أو النفقة إلا إذا تبين أنه طرأ ظرف يصرف إلى تقييد الإذن أو **يحد منه كارتفاع** الأسعار في السوق فتعمل المحكمة سلطتها التقديرية لتحقيق المصلحة **الفضلى للقاصر. انظر رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 468 وما بعدها.**

[2] **رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص** 697.

[3] **تنص المادة** 2/472 **من ق.إ.م.إ على ما يلي:**"يفصل في جميع المنازعات الخاصة بتعيين الولي بأمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن".

الحالة الأولى حق الطعن بالاستئناف فقط وقرر في مسألة تعيين الولي على القاصر كافة طرق الطعن أم أن الحكم الأول يتعلق بالتعيين والحكم الثاني يتعلق بمنازعة؟

الشيء الذي يهمنا في هذا المقام هو هل يمكن الطعن بالطرق الأخرى غير الاستئناف في الأمر الصادر بشأن إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت؟

بالرجوع إلى القواعد العامة فإن طرق الطعن تنقسم إلى طرق طعن عادية وتتمثل في **الاستئناف - وقد عرفنا حكمه سلفا-** والمعارضة، وطرق طعن غير عادية وتتمثل في الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج **عن الخصومة والتماس إعادة النظر**، وسوف نقوم بتحليل نصوص الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة حكم طرق الطعن غير المنصوص عليها في مسائل الولاية على نفس القاصر وهذا في النقاط التالية.

1. المعارضة

لم يعرف المشرع الجزائري المعارضة وإنما ذكر الهدف منها في نص المادة 327 **من ق.إ.م.إ**[1] وأجازها المشرع في الأحكام والقرارات الغيابية دون الأوامر لعلاج بطء التقاضي، وعلى هذا فالمعارضة هي طريق من طرق الطعن العادية في المقررات القضائية الصادرة غيابيا يتقدم بمقتضاها من صدر الحكم في غيبته إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرته طالبا منها سحبه وإعادة النظر في الدعوى استنادا إلى دفاعه الذي لم يبده حال صدور الحكم الغيابي **وقد كان المشرع المصري ينص** في المادة 385 **من قانون المرافعات المعدلة بموجب القانون رقم 100 الصادر سنة 1962 على أنه** لا تجوز المعارضة إلا في الحالات التي ينص عليها القانون، كما أنها لا تجوز إلا من الخصم الذي صدر عليه الحكم في غيبته[2].

---

[1] تنص المادة 327 من ق.إ.م.إ على ما يلي: "تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي.
يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم او القرار المعارض فيه كان لم يكن، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولا بالنفاذ المعجل".

[2] أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص1127، 1128.

كما ألغى المشرع المصري الطعن في الحكم بطريق المعارضة كمبدأ عام يرد عليه استثناء وهو النص صراحة على جوازها كما هو مقرر في مسائل الأحوال الشخصية، وقرر إعلان المدعى عليه المتخلف عن حضور الجلسة حتى يعتبر **الحكم بمثابة حضوري**[1]، **نتطرق لحكم المعارضة بشأن المقرر القضائي** الفاصل في إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت - **وهو** أمر استعجالي **من حيث طبيعته-** فنرجع إلى **الأحكام العامة للاستعجال لمعرفة مدى جواز الطعن فيه من عدمه، وقد استحدث المشرع المادة 2/304 من ق.إ.م.إ**[2] التي استبعد بموجبها ضمنيا الطعن بالمعارضة على **مستوى الجهات القضائية أول درجة،** ويتعين في هذا الخصوص **الإشارة** إلى أن **الأمر** الاستعجالي الصادر في أول وآخر درجة طبقا للمادة **33 من ق.إ.م.إ** في الدعاوى التي لا تتعدى قيمتها **200.000 دج قابل للمعارضة**[3].

كما تعتبر عدم قابلية الأمر الاستعجالي للمعارضة من النظام العام يجوز للمحكمة أن تثيرها من **تلقاء نفسها،** وتبعا لهذا لا يجوز الطعن بالمعارضة في **الأوامر الاستعجالية، وطالما كان الحكم كذلك فإن إعطاء الوصف للأمر** الاستعجالي كونه حضوريا أو غيابيا لا يفيد في شيء، **ولعل** الحكمة التي ابتغاها **المشرع من وراء استبعاد المعارضة بالنسبة للأوامر الاستعجالية الصادرة عن الجهات القضائية أول درجة** بينما أجازها بالنسبة للقرارات الاستعجالية الصادرة عن المجالس القضائية هي أن المعارضة بطبيعتها تتنافى **وطابع الإستعجال حيث أن غياب الخصوم يعيق** السرعة في الإجراءات لذا كان هذا الحكم بمثابة جزاء **على التخلف عن الحضور، أما** قابلية هذه الأوامر للمعارضة في آخر درجة تجد أساسها في **ضرورة مراجعة الأحكام** وتبعا لهذا حتى لا يكون هنالك إجحاف بحق المتقاضين بدافع الاستعجال، هذا الأخير الذي يؤدي في الغالب إلى مجانبة **الصواب.**

---

[1] أحمد أبو الوفا، نفس المرجع، ص769، 770.

[2] تنص المادة 2/304 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"**وتكون الأوامر الاستعجالية** الصادرة غيابيا في آخر درجة قابلة للمعارضة".

[3] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 320.

2. الطعن بالنقض

وهو طريق غير عادي للطعن في الأحكام النهائية لإعادة النظر فيها، **أما بشأن مسألة جواز الطعن** بالنقض من عدمه في الأوامر القضائية نجد أن موقف المشرع الجزائري غير مستقر إزاءها، **فالأحكام الخاصة بالطعن بالنقض لا تتضمن نصوصها الأوامر القضائية** مثلما هو منصوص عليه في المادة **349 وما يليها من ق.إ.م.إ** التي تنص على الأحكام والقرارات مستبعدة الأوامر مما يدفعنا إلى القول بأن الأوامر مهما كان نوعها **مستبعدة من إجراء الطعن بالنقض**، وفي المقابل لا يوجد نص يقرر المنع وهكذا يبقى الجواز على أصله حتى يتقرر **الحظر بنص** خاصة وأن المشرع قد خول لقاضي الإستعجال الفصل في موضوع النزاع وبالتالي **حيازة الأمر الصادر** في هذا القبيل **حجية الشيء المقضي فيه (م 300 من ق.إ.م.إ)** وهو المقرر في **المادة 349 أي قابلية** الأحكام الفاصلة في **موضوع النزاع للطعن**، وإعادة النظر في الحكم يكون من **حيث القانون كأصل عام**[1].

وما يؤكد أن الأوامر الاستعجالية تقبل جميع طرق الطعن العادية وغير العادية هو نص المادة **4/472 من ق.إ.م.إ** التي سوف نتعرض لها بالتحليل في معرض إجراءات الولاية على مال القاصر حيث تنص على ما **يلي:**"يفصل القاضي في جميع المنازعات الخاصة بتعيين **الوصي** بأمر استعجالي **قابل لجميع طرق الطعن** "، **فذكر** المشرع في هذه المادة أن المنازعات المتعلقة بتعيين الوصي يتعين على القاضي أن يبت فيها بموجب أمر استعجالي حماية لأموال القاصر التي تكون في حالة شغور **على أن هذا الأمر يمكن الطعن فيه بكافة الطرق المقررة قانونا**[2].

---

[1] يرد على هذه القاعدة العامة استثناء وهو إمكانية فصل المحكمة العليا في موضوع النزاع إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية، **وهو حكم استحدثته المادة 374 من .ق.إ.م.إ** التي تنص على ما يلي:" تفصل جهة الإحالة من جديد في القضية، من حيث الوقائع، ومن **حيث القانون، باستثناء** المسائل غير المشمولة بالنقض.

يجب على جهة الإحالة أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا.

إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية، يجوز لهذه الأخيرة، وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، البت في موضوع النزاع.

يجب على المحكمة العليا، أن تفصل من حيث الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض.

ويكون قراراها هذا قابلا للتنفيذ".

[2] **بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 466.**

أما في التشريع المصري فقد نصت المادة 14 من القانون رقم 10 لسنة 2004 على ما يلي:" مع عدم الإخلال بأحكام المادة (250)[1] من قانون المرافعات المدنية والتجارية، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض"، ولا يرتبط الطعن بالنقض من قبل النائب العام بأجل، على أن الحكمة من إجازة الطعن بالنقض لمصلحة القانون من قبل النائب العام هي وضع حد لتضارب أحكام القضاء ومن ثم توحيد الاجتهاد القضائي، ونلخص شروط الطعن بالنقض لمصلحة القانون في ما يلي:

- انتفاء حق الطعن بالنقض بالنسبة للخصوم
- ضرورة توافر مصلحة للقانون في الطعن
- ضرورة توقيع النائب العام على صحيفة الطعن[2].

3. اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

هو طريق من طرق الطعن غير العادية يقوم به طرف خارج عن الخصومة في مواجهة مقرر قضائي يمس حقوقه كان يتعين أن يكون حاضرا أو ممثلا للدفاع عنها ويهدف إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع[3]، والمقصود بالقرار ما يصدر عن جهة الاستئناف وليس جهة النقض وقد كرس القضاء هذا المبدأ في قرار للمحكمة العليا رقم 331038 المؤرخ في 2006/02/08[4].

---

[1] تنص المادة 250 من قانون المرافعات المصري على ما يلي:"للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية –أيا كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيا على مخالفة للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:
الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.
الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.
ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام، وتنظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم.
ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن".

[2] وفي حال حصول مانع له ينوب عنه المحامي العام الأول. انظر رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 706 وما بعدها.

[3] يجب التمييز بين أصل الحق وأصل النزاع لأن هذا الأخير لا يمس بالضرورة أصل الحق في حين أن أصل الحق يشكل نزاعا في حال عرضه على المحكمة للتقاضي بشأنه. انظر كتاب الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية لعادل بوضياف، مرجع سابق، ص 394.

[4] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 283.

وأما عن حكم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فهو جائز في الأوامر الاستعجالية حسب مضمون المادة 380 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي:" يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع" وكذا نص المادة 386 من نفس القانون التي تنص على ما يلي:"يجوز لقاضي الإستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حسب الأشكال المقررة في مادة الإستعجال".

وتبعا لهذا يمكن القول أنه لا يوجد نص يمنع الطعن عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الأمر الاستعجالي، إلا حالة الاعتراض على النفاذ المعجل فإنه غير جائز ويرد على هذا استثناء وهو حالة إذا ثبت أن الحكم الذي أمِر به طُعِن فيه بالاستئناف أو المعارضة كما قضت بهذا المادة 325 من ق.إ.م.إ[1].

ولم يقر المشرع المصري بهذا الطريق من طرق الطعن في قانون المرافعات المدنية والتجارية وإنما جاء النص عليه بصفة غير مباشرة في الحالات الخاصة بالتماس إعادة النظر، وبالضبط الحالة الثامنة التي نصت على أنه لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم. ولا يوجد الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة في القانون رقم 1 لسنة 2000[2]، ونفس التوجه مكرس بموجب القانون رقم 10 لسنة 2004[3].

أما المشرع الفرنسي فقد أخذ بهذا الطريق من طرق الطعن في المواد 582 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية ونص على أن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يرمي إلى مراجعة أو تعديل الحكم لصالح الغير والذي صدر

---

[1] تنص المادة 325 من ق .إ.م.إ على ما يلي:" لا يقبل الإعتراض على النفاذ المعجل ، إلا إذا ثبت أن الحكم الذي أمر به طعن فيه بالاستئناف أو المعارضة".

وأضافت المادة 326 من نفس القانون ما نصه:"لا يقبل أي طعن في الأحكام الفاصلة في الإعتراض على النفاذ المعجل".

[2] تنص المادة 56 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على ما يلي:" طرق الطعن في الأحكام والقرارات المبينة في هذا القانون هي الاستئناف والتماس إعادة النظر".

[3] تنص م 3/2 من القانون رقم 10 لسنة 2004 المتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة على ما يلي:" ... وتبقى الإحكام الصادرة في هذه الدعاوى خاضعة للقواعد المنظمة لطرق الطعن فيها السارية قبل العمل بهذا القانون".

في مواجهته، ويرفع أمام الجهة التي أصدرت الحكم كما يمكن أن يبت فيه نفس القضاة، ويقتصر في هذا الطعن على النقاط المفصول فيها والتي تم الإعتراض عليها ليتم الفصل فيها من حيث الوقائع والقانون، ويكون الحكم الصادر بشأنه قابلا لمختلف طرق الطعن الصادرة عن الجهات القضائية، أما من حيث الأثر فبإمكان القاضي الذي تم إخطاره بهذا الطعن بصفة أصلية أو عارضة أن يوقف تنفيذ الحكم المعارض فيه.

4. التماس إعادة النظر

الطعن عن طريق التماس إعادة النظر هو طريق من طرق الطعن غير العادية يرفعه الخصم على نفس الجهة القضائية التي أصدرته بصفة نهائية إذا توافر سبب من الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر[1]، ويهدف إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع، والحائز لقوة الشيء المقضي به وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، وهو مضمون المادة 390 من ق.إ.م.إ[2].

الملاحظة التي يمكن تسجيلها من استقراء نص هذه المادة أن الأمر الذي يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر هو ذلك الذي فصل في موضوع النزاع وحاز قوة الشيء المقضي به، وعلى هذا ما خرج عن هذا النطاق لا يجوز الطعن فيه عن طريق التماس إعادة النظر ولعل تبرير ذلك أن الأوامر المستعجلة لها طابع مؤقت ولا تمس بأصل الحق، كما أن المتقاضي حال عدم رضاه بما ورد في الأمر الاستعجالي يمكنه تجديد الطلب عن طريق دعوى استعجالية في حال حصول تغيير في الوقائع أو المراكز القانونية لأطراف الدعوى، كما يكون له الحق في أن يسلك الطريق العادي ورفع دعوى في الموضوع.

---

[1] تنص المادة 392 من ق.إ.م.إ على ما يلي:" يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين الآتيين:
إذا بني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة شهود، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به،
إذا اكتشفت بعد صدور القرار أو الحكم أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم".

[2] تنص المادة 390 من ق.إ.م.إ على ما يلي:" يهدف التماس إعادة النظر إلى مراجعة الأمر الاستعجالي أو الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع والحائز لقوة الشيء المقضي به وذلك للفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون".

وما يمكن الإشارة إليه **هو** أن المشرع قلص من حالات الطعن بالتماس إعادة النظر بعدما كانت ثمان(8) حالات في قانون الإجراءات المدنية وبالضبط نص المادة 194 وحصرها في حالتين، في حين توسع في حالات الطعن بالنقض إلى ثماني عشرة (18) حالة، حيث نقل بعض حالات التماس إعادة النظر إلى حالات الطعن بالنقض مع بعض التعديل في الصياغة[1]، في حين **عدّد المشرع المصري أسباب التماس إعادة النظر وهي** ثمان **حالات مذكورة** على سبيل الحصر لا يجوز القياس عليها.

وجدير بالذكر أن التشريع المصري رغم التعديلات المتلاحقة لم يقلص من حالات التماس إعادة النظر، وقد جاء في المادة 56 **من القانون رقم 1 لسنة 2000 أن** طرق الطعن في الأحكام والقرارات المبينة في هذا **القانون هي الاستئناف والتماس إعادة النظر**، وأحالت إلى الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، وعليه **تنص المادة 241 من قانون المرافعات[2] على ما يلي:**"للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة **انتهائية** في الأحوال الآتية:

- إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.
- **إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق** التي بني **عليها أو قضي بتزويرها.**
- إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة.
- إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال **دون تقديمها.**
- إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

[1] كحالة إذا لم تراع الأشكال الجوهرية قبل أو وقت صدور الحكم أصبحت ضمن حالات الطعن بالنقض، إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات، **وكذا** حالة إذا لم يدافع عن القاصر الأهلية، وحالة إذا وجد تناقض في أحكام قابلة صادرة بين نفس الأطراف وبناء على **ذات الأسانيد من نفس الجهات** القضائية، وحالة إذا حكم بما لم يطلب او باكثر مما طلب، وكذا السّهو عن الفصل في احد الطلبات (اصبحت الطلبات الأصلية في القانون الجديد)، وحالة إذا وجد في **منطوق القرار أو الحكم مقتضيات متناقضة.**

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 719.

- إذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض.
- إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.
- لمن كان يعتبر الحكم الصادر به في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم".

وما يلاحظ أن المشرع المصري ألغى الطعن بالنقض الموجه من قبل الخصوم وأبقى على ذلك الذي يوجهه النائب العام لصالح القانون، كما أنه لم ينص القانون رقم 10 لسنة 2004 على إبقاء طريق الطعن بالتماس إعادة النظر أو على إلغائه وتبعا لهذا يبقى الجواز على أصله حتى يتبين خلاف ذلك على أنه ينطبق هذا الحكم على الأحكام الفاصلة في الدعاوى المتعلقة بالولاية على النفس بصورة انتهائية[1].

ويجوز رفع الطعن بطريق التماس إعادة النظر في الأحكام الانتهائية الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى أو عن محكمة الدرجة الثانية ومن ثم فإن الأحكام الابتدائية لا يمكن الطعن فيها بهذا الطريق ذلك أن الطعن بالطرق الأخرى لا يزال مفتوحا[2]، غير أنه لا يجوز الطعن في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع بطريق التماس إعادة النظر إلا مع الحكم الصادر في الموضوع، وإذا لم تتوافر في هذا الأخير حالة من حالات التماس إعادة النظر وكان الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع مشوبا بإحدى هذه الحالات فيجوز الطعن في هذا الأخير إذا كان إلغاؤه من شأنه أن يؤدي إلى إلغاء الحكم الصادر في الموضوع وإلا استحال الطعن لانعدام المصلحة[3].

---

[1] ورد بتقرير اللجنة المشتركة بمجلس الشورى عن مشروع القانون ما مفاده :"هذا وحظر الطعن بالنقض على الأحكام والقرارات المشار إليها، لا يسقط حق الخصوم في الطعن بطرق التماس إعادة النظر في الأحوال التي يجيزها القانون طبقا للمواد (241 إلى 246) من قانون المرافعات المدنية والتجارية والذي جعله قانون الأسرة قانونا واجب التطبيق في كل ما لم يرد فيه حسبما أشارت إلى ذلك المادة 12 من المشروع".انظر في هذا الصدد رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 703 وما بعدها.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 722.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، نفس الصفحة.

وما يمكن التنويه إليه أن المشرع المغربي أورد ضمن حالات التماس إعادة النظر المنصوص عليها في المادة 402 من قانون المسطرة بخصوص الأحكام التي لا تقبل الطعن بالتعرض والاستيناف ممن كان طرفا في الدعوى أو من استدعى بصفة قانونية للمشاركة حالةُ إذا لم يقع الدفاع بصفة صحيحة على حقوق إدارات عمومية أو حقوق قاصرين، فهل يقصد بالقاصر هنا الصغير أي باعتبار السن كما هو مقرر في التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي أم يقصد به من قصرت ملكاته الذهنية على التمييز بين ما ينفعه وما يضره ليشمل ناقصي الأهلية وفاقديها أي بمنظور الفقه الإسلامي ومن حذا حذوه من التشريعات؟ وقد عبر المشرع الجزائري عن هذه الحالة ضمن أوجه الطعن بالنقض الوارد النص عليها في المادة 358 من ق.إ.م.إ بعبارة"إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية"، وبعض النصوص المتفرقة التي توجب تعيين محام في حال عدم تمثيل ناقص الأهلية كنص المادة 483 من ق.إ.م. المتعلق بالتقديم على البالغين ناقصي الأهلية وفاقديها[1].

المطلب الثاني: الإجراءات المخولة للقاضي بخصوص إسقاط ممارسة الولاية على القاصر

بعد صدور الأمر الفاصل في مسألة إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت يتطلب الوضع عدم

ترك القاصر دون ولي لأن هذا يضر بمصلحته، لذا يتخذ قاضي شؤون الأسرة في مواجهة شغور الولاية التدابير المؤقتة التي يراها مناسبة وقد جاء النص على هذا الحكم في المادة 460 من ق.إ.م.إ، على أن هذه التدابير يمكن أن تكون محل تعديل متى تطلبت دواعي مصلحة القاصر ذلك، أما إذا كان القاصر في حالة خطر مادي أو معنوي فينعقد الاختصاص لقاضي الأحداث وفقا لأحكام القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل.

كما أنه يجوز للقاضي إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية كليا أو

جزئيا متى رأى مصلحة في هذا الإجراء للقاصر، والتي سوف نتعرض لها بشيء من التفصيل في الفرعين التاليين:

[1] تنص المادة 483 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"إذا عاين القاضي أن الشخص المبين في العريضة ليس له محام، عين له القاضي محاميا تلقائيا."

الفرع الأول: سلطات القاضي المرتبطة بممارسة الولاية

بإمكان القاضي الناظر في مسائل الولاية أن يأمر بأي تدبير مؤقت له ارتباط بممارسة الولاية إذا كان ثمة دواعي تفرض اتخاذ هذا الإجراء، على أنه بزوال العلة يزول الحكم فيسوغ للقاضي تعديله وفقا للظروف ومادام في مصلحة القاصر[1]، وإذا كان هذا الأخير في خطر مادي أو معنوي فإن هذا يخرج عن اختصاص قاضي شؤون الأسرة وللنيابة دور هام في هذا الخصوص، إذ يتعين عليها إبلاغ قاضي الأحداث باعتباره صاحب الاختصاص طبقا للقانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل والذي خص الطفل بإجراءات حماية سواء من الناحية الاجتماعية أو القضائية وذلك عن طريق مراكز متخصصة وهيئات ومؤسسات الدولة التي أنشأها لحاكة هذا الخطر .

أولا: الأمر بالتدبير المؤقت المتعلق بممارسة الولاية من قبل القاضي مع إمكانية تعديله

قد تطرأ ظروف تؤثر على مسألة ممارسة الولاية على القاصر فيقوم قاضي شؤون الأسرة بإعمال سلطته التقديرية بشأنها ليأمر بأي تدبير مؤقت في مواجهتها، فقد يحدث نزاع بين الزوجين بطول أمده ويطلب أحدهما حل الرابطة الزوجية إما عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع، مما قد يؤثر سلبا على القصر خاصة مع قدوم الموسم الدراسي، وما ينجر عنه من شراء للأدوات المدرسية ولباس إلى غير ذلك من الالتزامات الأخرى، فلا يمكن تبعا لهذا انتظار حسم النزاع بين الزوجين وديا أو قضائيا لأن هذا يؤثر حتما على حالة الأولاد القصر، لذا يتعين اللجوء إلى القاضي بموجب دعوى استعجالية ليسند حضانة القاصر لأحد الزوجين أو أحد الأقارب بما يحقق مصلحته كقرب المدرسة التي يزاول فيها تعليمه وما إلى ذلك.

إن التدبير المؤقت الخاص بممارسة الولاية والذي يمكن أن يأمر به القاضي يجوز أن يكون موضوع تعديل متى اقتضت مصلحة القاصر ذلك، على أن المشرع وسع من دائرة الأشخاص الذين يسوغ لهم تقديم الطلب إما تلقائيا من قبل قاضي شؤون الأسرة متى تغيرت الظروف أو زال سبب الذي أدى إلى اتخاذ الإجراء، أو بطلب من

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 346.

الولي أو حتى القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو أي شخص آخر بإمكانه أن يحقق حماية للقاصر، ويبت القاضي في الطلب بموجب أمر استعجالي لم يحدد المشرع **مدى قابليته للطعن.**

والجدير بالذكر أن المادة 57 مكرر من قانون الأسرة المدرجة بموجب القانون 05-02 أجازت للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة لا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، هذه التدابير المؤقتة الناتجة عن الطلاق أو التطليق تكون بموجب أمر على عريضة في حين أن التدابير الناتجة عن ممارسة الولاية المشار إليها في المادة **460 من ق.إ.م.إ** تكون بموجب أمر استعجالي وقد **ذكر المشرع ضمنها إسناد حضانة القاصر مؤقتا لأحد الوالدين.**

كما أن الفقرة الثانية من المادة 57 من قانون الأسرة المعدلة بموجب القانون 05-02 تنص على أن الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف، فالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة يسميها المشرع تارة أمرا استعجاليا وتارة أخرى يطلق عليها اسم أمر على عريضة ويسميها أحيانا أخرى حكما فلماذا التفرقة في التسمية؟ وهل يجد القضاة إشكالا من الناحية العملية لاختيار نوع المقرر القضائي والفصل في التدبير المؤقت؟

ما يمكن الإشارة إليه في مسألة الحضانة أن المشرع حدد **الاختصاص** الإقليمي في المادة **40 من ق.إ.م.إ** أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، وهذا يتسق مع ما ورد في المادة **426 من ذات** القانون التي حددت نفس **الاختصاص، وقد نصت المادة 460 من نفس القانون على إمكانية أمر القاضي بإسناد** الحضانة مؤقتا لأحد الأبوين، وإن تعذر ذلك فلأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة، والملاحظ أن مسألة **الحضانة لا يتم طلبها من قبل** الخصوم بل قررها المشرع لأنها نتيجة حتمية **لإسقاط الولاية على القاصر تستدعي** النص على حل بخصوصها فهي تخرج عن القاعدة التي مفادها " لا يحكم القاضي بما لم يطلب منه ولا بأكثر مما **طلب منه"**[1] مادام أن المشرع قد أورد نصا بشأنها.

[1] وهو وجه من أوجه الطعن الوارد عليه النص في المادة 358 من ق.إ.م.إ.

وغني عن البيان أن **طلب** إنهاء **ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت يكون حسب الحالة**، فإذا كان الولي يتصف بالفسق إلى حد التهتك فهذا يؤدي حتما إلى تخلف شرط الأمانة في الولي والذي يترتب **عليه ضياع الأولاد** ومن ثم يتعين على الأم أن تطلب إنهاء ممارسة الولاية، كما قد يفلس الولي ولا يمكنه تبعا لهذا تدبير شؤونه الشخصية فمن باب أولى لا يمكنه القيام بشؤون من تشملهم ولايته، **وعليه يمكن لصاحب الشأن أن يطلب السحب المؤقت للممارسة الولاية على** القصر إلى **غاية** خروج الولي من حالة الإفلاس مراعاة لمصلحتهم.

وقد يمنح **القاضي الولاية لمن** أسندت له حضانة الأولاد، وهو في الغالب الحكم المقرر لصالح الأم فتكون لها الحضانة وبالتبعية **أيضا تسند** لها الولاية على الأولاد القصر، وما يؤكد هذا الفَرَض هو وجود الأب في المرتبة الثانية بعد الأم في أصحاب الأولوية لحضانة الولد طبقا للتعديل الذي أجراه المشرع سنة **2005 لقانون الأسرة**[1].

تجدر **الإشارة** إلى أنه في الفقرة الأخيرة **من المادة 87 من ق.أ وردت حالة الطلاق حيث** يمنح القاضي **الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد وهو حكم جديد أتى به** المشرع ليس له أصل في فقه الشريعة الإسلامية حيث ربط الولاية بالحضانة في حالة الطلاق، فتسقط حضانة الأب لأولاده القصر **لمجرد أنه استعمل حقا مشروعا** وهو إيقاع الطلاق الذي توافرت أسبابه، وما يزيد الأمر غرابة هو عموم لفظ الولاية **الممنوحة لمن أسندت له الحضانة ليعم الولاية على المال والنفس معا**[2].

وقد أصدرت محكمة معسكر بتاريخ **1997/03/10 حكما يقضي بالطلاق على مسؤولية الزوج مع التعويض** والحضانة ودفع بدل الإيجار لممارسة الحضانة، وتم استئناف الحكم أمام مجلس قضاء معسكر بتاريخ

---

[1] **تنص المادة 64 المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي:**"الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". حررت هذه المادة في ظل القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 **كما يلي:**" الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"، فوجود الأب في المرتبة الثانية بعدما كان بعيدا في الترتيب يجعله دائما في استعداد للإستئثار بالحضانة والولاية على حد سواء **وهذا اعتمادا على عبارة**" مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك".

[2] أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص176-177

1997/06/29 وقضى بتأييد الحكم المستأنف، تم الطعن في قرار المجلس أمام المحكمة العليا فأجابت برفضها

للطعن الذي ذكر فيه أن المطعون ضدها قد تنازلت عن حضانة الولدين، ومع ذلك أسندت لها الحضانة[1].

ينتقد الدكتور لحسين بن شيخ آث ملويا قرار المحكمة العليا لأن هذا يتعارض مع نص المادة 66 من ق.أ

لكونها تفيد بأنه لا يعتد بالتنازل إذا أضر بمصلحة المحضون، حيث أن تنازلها قرينة على عدم استعدادها للقيام

بواجباتها تجاه القصر وهذا يضر حتما بمصلحتهم وعليه كان على قضاة المحكمة العليا إسناد الحضانة للأب لأن

مصلحة القاصر تكمن في بقائه عند أبيه باعتباره أقرب الناس إليه بعد أمه[2]، وهو ما نصت عليه المادة 64 المعدلة

من ق.أ التي جعلته في المرتبة الثانية بعد الأم.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع ميز بين حالتين فيما يتعلق بالولاية على القصر، تتعلق الحالة الأولى بقيام

العلاقة الزوجية وهنا تكون الولاية للأب بصفته رئيسا للأسرة، وفي حالة غيابه أو حصول مانع له تحل الأم محله في

القيام بالأمور المستعجلة، وأما الحالة الثانية فتكون عند انتهاء العلاقة الزوجية، هذه الأخيرة التي ميز أيضا بين

صورتين بشأنها صورة تنشأ بسبب الوفاة وقرر المشرع حلول الأم قانونا محل الأب المتوفى لممارسة الولاية على الأولاد

القصر، وصورة أخرى تنشأ بسبب الطلاق قرر المشرع فيها بموجب القانون 05-02 بأن يمنح القاضي الولاية لمن

أسندت له حضانة الأولاد[3].

وما يمكن الإشارة إليه هو أن المادة 87 من قانون الأسرة نصت على حالة وفاة الأب كما نصت على

حالة غياب الأب أو حصول مانع له أي الظروف التي تؤدي إلى إنهاء الولاية أو سحبها المؤقت على نفس القاصر

إلا أنها لم تتطرق لحالة زوال الأهلية بالنسبة للولي الشرعي فهل ينطبق إجراء الإنهاء أو السحب المؤقت للولاية، أم

المسألة تحصيل حاصل استنادا إلى نص المادة 81 من قانون الأسرة التي تنص على أنه من كان فاقد الأهلية أو

[1] م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/04/21، ملف رقم 189234، م.ق، عدد خاص، 2001، ص 175.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية،ج1، مرجع سابق، ص 470 وما بعدها.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 91-92.

ناقصها ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم؟ فإذا كان غير كامل الأهلية لا يلي أمور نفسه فمن باب أولى لا ولاية له على غيره أي القاصر مما يتعين إنهاء ولايته أو سحبها المؤقت حسب الحالة، ثم أن المشرع نص على حصول مانع للأب والمانع (empêchement)عند إطلاق معناه وعدم قصره على الأهلية يعم موانع الأهلية وكذا عوارضها[1]، إضافة إلى حالات أخرى، فزواج الأم باعتبارها الولية القانونية للقاصر بغير قريب محرم وهي الحالة التي نصت عليها المادة 66 من ق.أ يرتب سقوط حقها في الحضانة، ولكن يبقى التساؤل مطروح حول مصير ولايتها للقاصر فهل يسقط تبعا لسقوط الحضانة كما تقررت التبعية في الحكم بالنسبة لحالة الطلاق؟

الواقع أن ليس هنالك نص يحكم هذه المسألة، حتى ولو كانت الإجابة بتقرير سقوط الولاية تبعا لسقوط الحضانة، فهل تعود الولاية بعد عودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري وهو نص المادة 71 من ق.أ. وكذا موقف المشرع المغربي في الفصل 110 من مدونة الأحوال الشخصية وكذا القانون السوري في المادة 141 من قانون الأحوال الشخصية وهو ما قضت الغرفة الشرعية لمحكمة النقض بتاريخ 1982/08/21 حيث قررت أن حق الحضانة من الحقوق المجددة وفق ما استقر عليه الاجتهاد[2]، وهو أيضا موقف القضاء الجزائري في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 جاء فيه ما مفاده :"حيث أن المادة 71 من قانون الأسرة تقضي بعودة الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري لأن سقوط الحضانة المدعى به من طرف المطعون ضده لم يكن اختياريا بل كان بسبب زواج الطاعنة رغم علمه بطلاقها وعليه فالوجهين مؤسسين الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة" [3].

وقد ورد مصطلح التجريد من الولاية في التشريع المغربي، ولم يجعل هذا الأخير الغيبة سبب موجب لقيام الأم بالأمور المستعجلة كما هو منصوص عليه في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري وإنما أدرجها ضمن حالة

[1] سواء العوارض المعدمة للأهلية من جنون وعته أو تلك العوارض المنقصة للأهلية من سفه وغفلة.

[2] لحسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص456-457.

[3] م.ع، غ.أش، قرار بتاريخ 2000/11/21، ملف رقم 252308، م.ق، ع2، 2001، ص 284.

حلول الأم محل الأب ولو أنه لم يشر بصريح العبارة إلى **مصطلح الحلول**[1]، **بينما قيد ولاية الأم بشروط** ذكرتها المادة 238 من مدونة الأحوال الشخصية التي تشترط لولاية الأم على أولادها **أن تكون راشدة، وكذا عدم وجود الأب بسبب وفاته أو غيابه أو فقدان لأهليته، أو لأي سبب آخر.**

ثانيا: إجراءات الحماية المقررة للقاصر بموجب القانون 15-12

لقد كرس دستور 1996 حماية الطفل بموجب المادة 65 منه والتي تنص على ما يلي:" يجازي القانون **الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم**"[2]، ويدخل هذا في إطار الولاية العامة التي تمارسها الدولة ممثلة بمؤسساتها وفق إجراءات نص عليها قانون حماية **الطفل، وعلى هذا وجب على الوالدين العناية بشخص القاصر** وتلبية طلباته من طعام وملبس ومسكن وتطبيب وكذا تربيته على دين أبيه حتى ينشأ صالحا[3]، **كما تنص المادة 424 من ق.إ.م.**إ على أنه يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر، وتتحقق هذه الحالة عند وفاة الوالدين ولم يكن شخص يتولى شؤونهم، فهنا يتدخل قاضي شؤون الأسرة ليكفل حمايتهم،

وهنا يدق الأمر حول مسألة التمييز بين قاضي الأحداث وقاضي شؤون الأسرة، حيث يسعى هذا الأخير لحماية مصالح القصر حال وفاة الوال**دين أو وجود نزاع بينهما.**

بينما ينعقد الاختصاص لقاضي الأحداث حسب القانون 15-12 المؤرخ 15 يوليو2015 والمتعلق بحماية الطفل إذا كان الطفل في حالة خطر مادي أو معنوي يؤدي به إلى الجنوح بصرف النظر عن مسألة وفاة **الوالدين أو وجود نزاع بينهما**[4]، وبناء على ما سبق ما هي أنواع الحماية المقررة للطفل في حالة خطر؟ **وما هي الإجراءات المتبعة بشأن** الأطفال الجانحين؟

---

[1] تنص المادة ة 236 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:" الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لولدها في حالة حصول مانع للأب"

[2] وأكد هذا الحكم المادة 79 من القانون 16-01 المتضمن التعديل الدستوري بنصها:"تحت طائلة المتابعات، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم ..."

[3] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، ط2، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 206.

[4] بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص329.

1. الحماية الاجتماعية للأطفال في حالة خطر

لتجسيد حماية الطفل في المجتمع استحدثت هيئة وطنية لحماية وترقية الطفولة، وقد وضعت الدولة تحت تصرفها كل الوسائل المادية والبشرية لبلوغ هذا المرام، ويرأس هذه الهيئة المفوض الوطني لحماية الطفولة الذي يعين عن طريق مرسوم رئاسي من بين الشخصيات الوطنية ذات الكفاءة والخبرة في مجال الطفولة، على أن توضع برامج وطنية خاصة بترقية حقوق الطفل وذلك بإسهام مختلف الأدوات والمؤسسات والهيئات العمومية إضافة إلى التقييم الدوري لها، كما تناط بها مهام نلخصها في ما يلي:

- المباشرة الميدانية لحقوق الطفل وإضفاء الرقابة عليها وضرورة إحداث التنسيق بين مختلف المتدخلين.
- الحرص على عمليات التحسين والاتصال والإعلام.
- التحفيز على البحث العلمي في مجال حقوق الأطفال بشكل يهدف إلى تطوير سياسات ملائمة لحمايتهم[1].
- متابعة وترقية المشاركة الفعالة لهيئات المجتمع المدني في مجال حقوق الطفل.
- ضرورة التنسيق مع الإدارات والهيئات المعنية لإحداث نظام معلوماتي وطني يسري على الطفل.

تجب الإشارة إلى أنه يقع على عاتق الممثل الشرعي[2] للطفل أو أي شخص آخر إخطار المفوض الوطني لحماية الطفولة عن طريق مصلحة الوسط المفتوح[3] المختصة إقليميا التي تنشأ على مستوى كل ولاية وكل إخلال

[1] Et pour cela l'université de TOULON organise une formation continue basée sur trois axes, dont le premier est d'octroyer aux professionnels une expertise dans ce domaine, ainsi que de perfectionner la prévention vis-à-vis des familles et leurs enfants, et de déterminer en collaboration des partenaires intervenant une cible commune.(http://www.univ-tln.fr) site actualisé le 07/06/2017. Visité le 18/07/2017.

[2] يعرف الممثل الشرعي بموجب هذا القانون بأنه وليه أو وصيه أو كافله أو حاضنه.

[3] عرفت المادة 02 من القانون 15-12 مصالح الوسط المفتوح بأنها مصالح الملاحظة والتربية في الوسط المفتوح.

هذا الالتزام يستدعي تحريك الدعوى العمومية، على أنه لا يجوز الاعتداد بالسر المهني في مواجهة المفوض الوطني لحماية الطفولة، وبعد هذا الأخير تقارير متعلقة بحقوق الطفل لترسلها الدولة إلى الهيئات الدولية والجهوية المختصة.

تعهد إلى مصلحة الوسط المفتوح عدة التزامات من بينها ما تضمنته المادة 24 من قانون حماية الطفل حيث تتأكد من الوجود الفعلي لحالة الخطر الذي يحدق بالطفل عن طريق القيام بالتحقيقات الاجتماعية والانتقال إلى عين المكان وكذا الاستماع إلى الممثل الشرعي للطفل، وتبعا لهذا وجوب اتخاذ التدابير الملائمة لمواجهة هذا الخطر وإذا اقتضى الأمر تدخل النيابة أو قاضي الأحداث، وفي حال وجود خطر تتفق هذه المصلحة مع الممثل الشرعي للطفل قصد إيجاد التدابير المناسبة لدرء هذا الخطر، وإذا كان سن الطفل ثلاث عشرة سنة فما فوق يتعين إشراكه في التدبير المتخذ بشأنه وله الحق في رفض الاتفاق على أن يدون هذا الأخير في محضر يوقعه جميع الأطراف بعد تلاوته عليهم.

ويتجسد دور مصلحة الوسط المفتوح طبقا للمواد 25 وما بعدها من القانون 15-12 سواء في الوسط الأسري أو عن طريق إخطار الولي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، كما يجوز لها تلقائيا أو بناء على طلب الطفل[1] أو ممثله الشرعي مراجعة التدبير المتفق عليه كليا أو جزئيا على أنه يتعين عليها أن ترفع الأمر إلى قاضي الأحداث

[1] للإشارة ما يقال عن مصطلح القاصر يمكن الذكر والأنثى يطبق على مصطلح الطفل حيث يقصد هنا الأخير كلا الجنسين، لعدم تحديد الجنس خلق صعوبة في فهم النصوص القانونية ومن ثم من الناحية العملية من ذلك مثلا إشكالات مطروحة في قانون الاسرة كما هو وارد في المادة 169 منه التي تنص على ما يلي:" من توفى وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم بالشرائط التالية" فالأحفاد جمع لحفيد فهل يقتصر هذا على الذكر دون الأنثى؟ وقد فصلت المحكمة العليا في هذه المسألة وقررت التنزيل لكلا الجنسين في قرار لها بتاريخ 2007/11/14 ملف رقم 403828، كذلك الشأن بالنسبة لمصطلح "مورثهم" بعض الفقهاء يرون أن التنزيل مقصور على أبناء ولد المتوفى الذكر دون أبناء بنت المتوفى (بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزء الثاني، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 186)، والبعض الآخر يرون أن عبارة مورثهم تشمل الذكر والأنثى على اعتبار أنه لا يمكن الرجوع إلى النص في النسخة الفرنسية" Si une personne décédé e, laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle … (سعيد بوزيري، أحكام "الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2007، ص 163)، وقد حسمت المحكمة العليا الخلاف بشأن المسألة في قرار لها بتاريخ 2013/09/12 ملف رقم 0759763 وقضت بأن مصطلح الأحفاد يعني أولاد الابن وأولاد البنت، كذلك نص المادتين 208 و211 من ق.أ في لفظ الولد، هذا الأخير الذي يصدق على الذكر والأنثى دون حاجة لصدور قرار من المحكمة العليا في هذا الشأن أو الاعتماد على النص الوارد في النسخة الفرنسية، بل الاعتماد على النص العربي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون، قال تعالى:" يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ"الآية 11 من سورة النساء، ومهما يكن فإن القول الفصل في المسألة هو أن يعمد المشرع الجزائري إلى تعريف القاصر في القواعد العامة أي القانون المدني حتى يسري على القوانين الأخرى كما هو الشأن في التشريع الفرنسي وبالضبط المادة 388 من القانون المدني الفرنسي.

في حال فشل التدبير أو عدم التوصل إلى أي اتفاق في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ إخطارها حتى ولو تعلق الأمر بفصله عن أسرته لدرء الخطر المحدق به، ويتعين عليها في جميع الأحوال أن تعلم قاضي الأحداث دوريا بالأطفال المتكفل بهم وكذا التدابير المتخذة بشأنهم وبالموازاة ضرورة إعلام المفوض الوطني عن طريق تقرير مفصل كل ثلاثة أشهر عن كل طفل تكفلت به، وتوفر لها الدولة كل التسهيلات والمساعدات المالية والبشرية لممارسة مهامها ولها أن تضع تحت تصرفها كل المعلومات التي تطلبها بشرط وجوب المحافظة على السرية في العمل، ولمبدأ حسن النية دور كبير في الإعفاء من المسؤولية مهما كان نوعها بشأن الأشخاص سواء تعلق الأمر بأشخاص طبيعيين أو معنويين الذين قدموا إخطارات حول المساس بحقوق الطفل حتى ولو لم تؤد هذه الأخيرة إلى نتيجة.

2. الحماية القضائية للأطفال في حالة خطر

نذكر أن قانون حماية الطفل قد فصّل في موضوع الحماية القضائية للطفل في المواد 32 وما يليها سواء من خلال تحديد صلاحيات قاضي الأحداث في هذا الشأن أو في مسألة تحديد بعض الجرائم التي وقع الطفل ضحية فيها وضرورة حمايته مما قد ينجر عنها من آثار، حيث يختص قاضي الأحداث بالنظر في العريضة التي ترفع إليه من الطفل[1] أو ممثله الشرعي أو وكيل الجمهورية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي لمحل إقامة الطفل المعرض للخطر أو ممثله الشرعي أو مصالح الوسط المفتوح أو الجمعيات أو الهيئات العمومية المهتمة بشؤون الطفولة كما يجوز لقاضي الأحداث أن يتدخل تلقائيا، على أنه يجوز أن يكون الإخطار شفاهة من قبل الطفل.

يدرس القاضي حالة الطفل من جميع النواحي بواسطة البحث الاجتماعي ويأمر بالتدابير المناسبة مستعينا بمصالح الوسط المفتوح وله أن يستدعي كل شخص يرى في سماعه فائدة، وبإمكان قاضي الأحداث أن يأمر بمقتضى أمر بالحراسة المؤقتة ويبقي الطفل في أسرته أو يسلمه لأحد والديه الذين لا يمارسان حق الحضانة عليه ما لم تسقط عنهما بموجب مقرر قضائي، أو يتم تسليمه إلى أحد أقاربه أو إلى شخص أو عائلة اعتمادا على عامل

[1] مر معنا أن الطفل هو من لم يبلغ ثماني عشرة سنة وبالتالي يدخل ضمن هذا المفهوم الصبي المميز وغير المميز، فهذا الأخير لا يمكنه أن يرفع عريضة إلى قاضي الأحداث كما هو وارد في المادة 32 من ق.ح.ط وهذا لانعدام الإدراك لديه، لذا كان الأجدر أن يحصر هذا الإجراء في القاصر المميز فحسب.

الثقة، وله أن ينيط المسؤولية بمصالح الوسط المفتوح لمراقبة الطفل في وسطه الأسري و/أو المدرسي و/أو المهني، كما يمكن لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع الطفل في:

- مركز متخصص في حماية الأطفال في حالة خطر.
- مصلحة مكلفة بمساعدة الطفولة
- مركز أو مؤسسة استشفائية إذا كانت صحة الطفل أو حالته النفسية تستدعي ذلك.

تشير المادة 37 من قانون حماية الطفل أن مدة التدابير المؤقتة والقابلة للتجديد لا يمكن أن تتجاوز 06 أشهر إلى غاية بلوغ الطفل سن الرشد الجزائي وأجازت المادة 2/42 تمديدها إلى 21 سنة، ويكون الطفل أو ممثله الشرعي على علم بهذه التدابير خلال 48 ساعة من تاريخ صدورها، على أن يرسل قاضي الأحداث بعد التحقيق ملف القضية إلى وكيل الجمهورية[1] قصد الاطلاع عليه، ويقوم باستدعاء الطفل وممثله الشرعي والمحامي عند الاقتضاء كما تجب الإشارة إلى أن التدابير المؤقتة لا تكون قابلة لأي طريق من طرق الطعن.

نشير في الأخير إلى أن المشرع استحدث ما يسمى بقاضي التحقيق المكلف بالأحداث والذي يعين وفقا للمادة 4/61 من ق.ح.ط من قبل رئيس المجلس القضائي بموجب أمر ومهمته التحقيق في الجنايات المرتكبة من قبل الأطفال، وتنص المادة 2/62 من ق.ح.ط على ما يلي:"إذا كان مع الطفل فاعلون أصليون أو شركاء بالغون، يقوم وكيل الجمهورية بفصل الملفين ورفع ملف الطفل إلى قاضي الأحداث في حال ارتكاب جنحة مع إمكانية تبادل وثائق التحقيق بين قاضي التحقيق وقاضي الأحداث وإلى قاضي التحقيق المكلف بالأحداث في حال ارتكاب جناية"، يثور الإشكال إذا ارتأى قاضي الأحداث المحال إليه القضية من طرف وكيل الجمهورية على أساس

[1] للملاحظ أن المشرع جعل النيابة طرفا في كل القضايا التي يكون القاصر طرفا فيها سواء في المجال الجزائي مثلما هو عليه الشأن في هذا القانون أو في المجال العادي كما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال نص المادة 260 والتي نصت على ما يلي :"يجب إخطار النيابة العامة 10 ايام على الاقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الاتية: وذكر بينها حماية ناقصي الاهلية"، أو نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المدرجة بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والتي تنص على ما يلي:"تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

أن الوقائع تشكل جنحة بأن هذه الوقائع تشكل جناية فإلى من يحيل الملف؟ من زاوية أخرى من هو قاضي التحقيق المكلف بالأحداث من الناحية العملية أهو قاضي الأحداث نفسه أم أنه منصب مستقل؟

3. حماية الطفولة داخل المراكز المتخصصة

وقد خصص المشرع بابا كاملا لحماية الطفولة داخل المراكز المتخصصة وفق آليات تستجيب لحقوق الأطفال ولمتطلبات المراكز والمصالح التي تحمي هذه الحقوق، كما عني المشرع عناية خاصة ببيان هذه الحقوق في المواد 120 إلى 127 ق.ح.ط من تكوين وتعليم وترقية بما يخدم صحة الطفل، ويجوز أن يؤذن للطفل بالخروج لمدة 3 أيام بناء على طلب من ممثله الشرعي أو مدير المركز بعد موافقة قاضي الأحداث، بل قد خول لهم المشرع الاستفادة من عطلة لا تتجاوز 45 يوما لكن بشرط موافقة لجنة العمل التربوي، ويتحمل المركز هذه النفقات، وعند إيداع الطفل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية في مراكز إعادة تربية وإدماج الأحداث توفر لهم حماية داخل هذه المراكز باختيار موظفين أكفاء، وتخضع هذه المراكز لأحكام قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين[1].

و في آخر المطاف شدد المشرع الجزائري جزاءات تردع كل من سولت له نفسه المساس بحقوق الطفل سواء تعلق الأمر بالغير أو العاملين بالمراكز والمصالح الخاصة بهم إذا كان الهدف غير مشروع كالاستغلال الاقتصادي للأطفال أو الإتجار بهم أو استغلالهم جنسيا.

نشير في الأخير إلى أن المشرع أكثر من الإحالة إلى قانون الإجراءات الجزائية وأضفى عليها بعض التعديلات نظرا لخصوصية الإجراءات المتعلقة بالقاصر نذكر على سبيل المثال الإجراءات المتعلقة بالتوقيف للنظر في المادتين 49 و50 من ق.ح.ط، وتحديد صلاحيات قاضي الأحداث في نص المادة 69 من ق.ح.ط، والرقابة القضائية التي يمارسها قاضي الأحداث على الطفل وفقا لمقتضيات المادة 71 من ق.ح.ط، والحبس المؤقت الذي

[1] القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 هـ الموافق 6 فبراير 2005 م ، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

تضمنته المواد 72، 74،75 من ق.ح.ط، والأوامر التي يصدرها قاضي الأحداث المنصوص في عليها المادة 76 من ق.ح.ط، والأمر بألا وجه للمتابعة ضمن نص المادة 78 من ق.ح.ط التي تحيل إلى المادة 163 من ق.إ.ج، وجواز استئناف الحكم الصادر في المخالفات المرتكبة من طرف الطفل في نص المادة 2/90 من ق.ح.ط التي تحيل إلى المادة 416 من ق.إ.ج وكذا المعارضة في المادة 3/90 و4 من ق.ح.ط والتي تحيل بدورها إلى المواد 407-415-417 من ق.ح.ط، إضافة إلى المادة 94 من ق.ح.ط المتعلقة باستئناف أوامر قاضي الأحداث التي تحيل إلى الأحكام المنصوص عليها ضمن المادتين 417-428 من ق.إ.ج ...

4. أحكام خاصة بالأطفال الجانحين

لقد وضع المشرع قواعد خاصة بالأطفال الجانحين أثناء التحري الأولي والتحقيق والحكم وكذا مرحلة التنفيذ، واستحدث أحكاما جديدة في هذا الشأن، أما عن مرحلة التحري الأولي نصت المادة 48 من قانون حماية الطفل على أنه لا يمكن أن يكون محل توقيف للنظر الطفل الذي يقل عمره عن ثلاث عشرة سنة والمشتبه في اقترافه جريمة.

ويستثنى من الحكم السابق الطفل الذي ارتكب جريمة مخلة بالنظام العام والتي تكون العقوبة فيها تفوق خمس سنوات وكذلك الشأن في مادة الجنايات[1]، إذ بإمكان ضابط الشرطة القضائية أن يوقف الطفل في مثل هذه الحالات للنظر بشرط إطلاع وكيل الجمهورية وتقديم تقرير مبرر عن دواعي توقيف النظر ولا يمكن سماع الطفل إلا بحضور ممثله الشرعي إذا كان معروفا.

وكل تمديد للتوقيف للنظر لا يمكن أن يتجاوز 24 ساعة وتتبع الأحكام الواردة في قانون الإجراءات الجزائية بشأن التمديد، وكل إجراء يخالف هذه الأحكام يعرض ضابط الشرطة القضائية للعقوبات المقررة للحبس

[1] مع العلم أن العقوبة المقررة للقاصر تقل عن تلك التي توقع على البالغ، نصت في هذا القبيل المادة 50 من ق.ع على ما يلي:" إذا قضي بأن يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة لحكم جزائي فإن العقوبة التي تصدر عليه تكون كالآتي:
إذا كانت العقوبة التي تفرض عليه هي الإعدام أو السجن المؤبد فإنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة.
وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغا".

التعسفي، كما يجب إجراء فحص طبي للطفل الموقوف للنظر وإخطار ممثله الشرعي وتمكين الأسرة والمحامي من زيارته على أن ترفق شهادات الفحص الطبي بملف الإجراءات تحت طائلة البطلان، ويحرر تبعا لهذا محضر سماع كل طفل موقوف للنظر من قبل ضابط الشرطة القضائية كما هو الشأن في الأحكام العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية وبدون كل هذا في سجل خاص يوقع عليه وكيل الجمهورية.

أما فيما يتعلق بمرحلة التحقيق[1] فلا يكون محلا للمتابعة الجزائية الطفل الذي تقل سنه عن عشر سنوات حسب المادة 56 من قانون حماية الطفل وهو حكم جديد بالنظر إلى الأحكام السابقة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية[2]، ويتحمل المسؤولية بدلا عنه ممثله الشرعي إذا ما ألحق ضررا بالغير، أما عن الطفل الذي تتراوح سنه بين 10سنوات إلى 13 سنة فلا يكون إلا محل تدابير التهذيب والحماية إذا اقترف جريمة ومنع وضعه في مؤسسة عقابية ولو على سبيل التأقيت، يمنع كذلك وضع الطفل الذي تتراوح سنه من 13 إلى 18 سنة في مؤسسة عقابية ولو مؤقتا إلا إذا كان هذا الإجراء ضروريا واستحال اتخاذ إجراء غيره وهنا يوضع الطفل بمركز لإعادة التربية وإدماج الأحداث أو بجناح خاص بالأحداث في المؤسسات العقابية عند الاقتضاء.

تجب الإشارة إلى أنه فيما يتعلق بالاختصاص النوعي فإنه يوجد في كل محكمة قسم خاص بالأحداث يتولى الفصل في القضايا التي تشكل جنحا ومخالفات يرتكبها الأطفال، وأما بخصوص مسائل الجنايات فينظر فيها قسم الأحداث المتواجد بمقر المجلس القضائي، ويحدد الاختصاص الإقليمي لقسم الأحداث بالمحكمة التي ارتكب بدائرة اختصاصها الجريمة أو مكان إقامة الطفل أو ممثله الشرعي أو المكان الذي وضع أو عثر فيه على الطفل.

---

[1] استحدثت في هذه المرحلة وفقا لقانون حماية الطفل أحكاما تتسق مع ما تضمنه القانون 14-01 المؤرخ في 2014/02/04 المعدل والمتمم لقانون العقوبات حيث تنص المادة 49 من ق.ع على ما يلي:"لا يكون محلا للمتابعات الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر(10) سنوات.

لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب.

ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ.

ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة".

[2] خولت المادة 448 من ق.إ.ج الملغاة بموجب القانون 15-12 لوكيل الجمهورية متابعة الجنايات والجنح التي يرتكبها الأحداث دون الثامنة عشرة من عمرهم بما فيهم من تقل سنهم عن عشر سنوات.

يقوم وكيل الجمهورية بفصل الملفات المتعلقة بمحاكمة أشخاص بالغين مع تلك الخاصة بالطفل، وسواء تعلق الأمر بفاعلين أصليين أو شركاء على أن يتبادل قاضي التحقيق مع قاضي الأحداث الوثائق عند الاقتضاء، ويمكن لكل شخص أصابه ضرر ناجم عن جريمة اقترفها طفل أن يدعي مدنيا أمام قاضي الأحداث ويكون التحقيق في هذه الجرائم إجباريا في مواد الجنح والجنايات وجوازيا في مواد المخالفات ونفس الأمر بالنسبة للبحث الاجتماعي، كما حظر المشرع تطبيق إجراءات التلبس على الجرائم التي يرتكبها الطفل، وأما بالنسبة لمسألة حضور المحامي للدفاع عن الطفل فهو وجوبي في جميع مراحل المتابعة والتحقيق والمحاكمة ويعين إما من طرف الممثل الشرعي للطفل أو من قبل قاضي الأحداث يختاره بناء على قائمة تعدها شهريا نقابة المحامين.

كما يمكن لقاضي الأحداث أن يأمر بالرقابة القضائية وتجري عليها الأحكام العامة الواردة في ق.إ.ج إذا كانت الأفعال المنسوبة إلى الطفل تعرضه إلى عقوبة الحبس، ونشير إلى أن المشرع جعل الحبس المؤقت في مواجهة الأطفال إجراءً استثنائياً ومنع هذا الإجراء في مواجهة الطفل الذي لا يتجاوز ثلاث عشرة سنة، كما حرص المشرع على أن تتم المرافعات أمام قسم الأحداث في جلسة سرية على أن حضور الطفل في هذه الجلسة ليس ضروريا إذ يمكن إعفاؤه من ذلك ويحضر نيابة عنه ممثله الشرعي بحضور المحامي ويعتبر الحكم حضوريا، وقد يحكم ببراءة الطفل أو بإدانته، وفي الحالة الأخيرة يقضي قسم الأحداث بتدابير الحماية والتهذيب أو العقوبات السالبة للحرية أو بالغرامة، ويمكن أن يكون الحكم في هذا الشأن مشمولا بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف.

كما يمكن وضع الطفل عند الاقتضاء تحت نظام الحرية المراقبة[1] على أن تكلف مصالح الوسط المفتوح بتطبيق هذا الإجراء ويكون هذا النظام في أي وقت قابلا للإلغاء ويجوز أن يستبدل التدبير بعقوبة الغرامة أو الحبس مع التسبيب، أما فيما يخص المخالفات التي يرتكبها الطفل الذي يتراوح عمره من 10 سنوات إلى أقل من 13 سنة فلا يمكن أن يتخذ في مواجهته سوى التوبيخ ويمكن وضعه تحت نظام الحرية المراقبة عند الاقتضاء.

[1] كان يسمى بنظام الإفراج تحت المراقبة في المادة 478 من ق.إ.ج الملغاة بموجب القانون 15-12 الواردة في الباب الثالث من الكتاب الثالث تحت عنوان القواعد الخاصة بالمجرمين الأحداث.

كما يمكن رفع الدعوى المدنية ضد الطفل بشرط إدخال ممثله الشرعي، وإذا كان متهما مع **بالغين ترفع** الدعوى المدنية أمام الجهة القضائية الجزائية الخاصة بمحاكمة البالغين ويحضر عن الطفل ممثله الشرعي، أما بشأن الحكم الصادر في الجنح والجنايات المقترفة من قبل الطفل فيجوز الطعن فيها بالمعارضة والاستئناف، أما في مادة **المخالفات فيكون الطعن أمام غرفة** أحداث بالمجلس وتتبع الأحكام الواردة في قانون الإجراءات الجزائية **ضمن المواد** 407 إلى 415 **فيما يتعلق بالمعارضة.**

يخول لرئيس غرفة الأحداث كافة السلطات المخولة لقاضي الأحداث في هذا القانون ويساعده **مستشارون**، ويمكن كذلك الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات النهائية ولا يكون لها أثر موقف إلا ما نصت عليه **المادة** 50 من قانون العقوبات، كما يجوز أن تكون الأحكام الصادرة في المسائل العارضة أو طلبات تغيير التدابير المتعلقة بالحرية المراقبة أو بالوضع أو بالتسليم مشمولة بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف، هذا الأخير الذي يوجه إلى غرفة الأحداث بالمجلس القضائي.

ورعاية لمصالح القصر فإنه يوجد بكل مجلس قضائي غرفة للأحداث تتشكل من رئيس ومستشارين **يعينون** بموجب أمر من رئيس المجلس القضائي من بين القضاة الذين لهم دراية كافية بالطفولة، **كما** يعتبر ممثل النيابة طرفا في القضية إذا تعلق **الأمر بطفل على أنه** يحضر إلى جانب ممثل النيابة أمين الضبط وتطبق أحكام المواد **417-428 من ق.إ.ج** بخصوص استئناف أوامر قاضي الأحداث[1]، كما يمكن الطعن بالنقض في الأوامر النهائية الصادرة عن قاضي الأحداث ولا يكون له أثر موقف إلا بالنسبة لأحكام الإدانة الواردة في **المادة 50 من قانون** العقوبات ويمكن لقاضي الأحداث تغيير ومراجعة تدابير حماية ومراقبة الأحداث وفق إجراءات حددها المشرع بدقة.

أما بشأن مرحلة التنفيذ فإنه يتم تنفيذ الحرية المراقبة للطفل بدائرة اختصاص المحكمة التي أصدرت هذا الحكم أو محكمة موطن الطفل من طرف مندوبين **دائمين وآخرين متطوعين يعملون تحت إشرافهم، على أن يقدموا**

[1] مع العلم أن الاستئناف له أثر موقف كأصل عام طبقا للمادة 425 من قانون الإجراءات الجزائية.

تقريرا مفصلا عن مهمتهم لقاضي الأحداث كل 3 ثلاثة أشهر، ويجوز أن يكون تقريرا فوريا إذا ساءت حالة الطفل أو بدنيا، وفيما يتعلق بتنفيذ المقررات القضائية الخاصة بالأحداث فإنها تقيد بسجل خاص وكذلك في صحيفة السوابق العدلية دون أن يشار إليها في القسيمة رقم 2، على أنه يمكن أن تلغى القسيمة رقم 1 بعد انقضاء 3 سنوات اعتبارا من انقضاء مدة التهذيب والحماية، وتلغى بقوة القانون بمجرد بلوغ الطفل سن الرشد الجزائي، وقد أجاز المشرع بموجب المادة 110 من ق.ح.ط إجراء الوساطة كآلية جديدة ولكن قبل تحريك الدعوى العمومية لينتهي بتحرير محضر يوقعه الوسيط وبقية الأطراف ويؤشر عليه وكيل الجمهورية، ويعتبر هذا المحضر سندا تنفيذيا يمهر بالصيغة التنفيذية، نشير إلى أن الدولة تضمن تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بشأن الطفل[1]، وقد تطورت الدراسات في الدول الغربية لتجسيد الأحكام التي تضمنتها الصكوك الدولية بخصوص القاصر[2].

الفرع الثاني: جواز إلغاء التدابير وضرورة استحداث آلية لتفعيل إجراءات الولاية

أجاز المشرع لقاضي شؤون الأسرة في نص المادة 461 من ق.إ.م.إ[1] إلغاء تدابير إنهاء الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت وهذا بالنسبة للحقوق المتعلقة بممارسة الولاية بصفة كلية أو جزئية، ويكون هذا بموجب طلب من قبل والد القاصر المسقطة عنه الولاية.

[1] نصت المادة 39 من ق.ن.ع.م.ر.ق على ما يلي:" تضمن الدولة التي نقل إليها القاصر حرية ممارسة حق الحضانة عليه وحق زيارته وتنفيذ الأحكام الصادرة بشأنه من دولة أخرى مع التقيد بمصلحة القاصر".

[2]cette étude nous informe sur les mineurs migrants qui se trouvent en Europe sans tuteurs ou représentants légaux, et qui sont par la suite privés de leur entourage familial et quelles sont les vrais raisons de ce phénomène, puis il faut chercher les mécanismes pour l'application de la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant et en particulier les mineurs isolés étrangers sans protection. Colloque international dont le thème est comme suit: « les mineurs non accompagnés et sans protection en Europe » — poitiers, 22-24 octobre 2012.(https://migrinter.hypotheses.org), site visité le 18/07/2017.

[1] تنص المادة 460 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"يمكن للقاضي ومراعاة لمصلحة القاصر، أن يأمر بكل تدبير مؤقت له علاقة بممارسة الولاية.

كما يجوز له أن يسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة .

يمكن أن يكون هذا الإجراء موضوع تعديل، إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر".

وما يمكن الإشارة إليه هو أن مسألة الإلغاء تبدو غامضة من خلال صياغة نص المادة 461 من ق.إ.م.إ، فهل هو يتعلق بالتدابير المؤقتة التي نصت عليها المادة 460 من نفس القانون[1]؟ ذلك أن المشرع نص على إمكانية تعديلها ولم يتطرق لمسألة الإلغاء؟ أم أنه ينصرف إلى إجراء إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت المنصوص عليه في المادة 453 من ذات القانون؟[2] بمعنى آخر هل يقصد المشرع بهذا النص استرداد الولاية بعد إنهائها لزوال الداعي أو السبب الذي أدى إسقاطها؟ ولكن مادام أن المشرع قد قرر توازي الإجراءات في طلب الإلغاء مع ما هو مقرر بالنسبة لطلب الإنهاء حيث أحال المشرع إلى نص المادة 456 من ذات القانون أي إلى الأمر الفاصل في طلب الإنهاء المشار إليه في المادة 453 من ق.إ.م.إ، وتبعا لهذا نميل إلى الرأي الذي يرى باسترجاع الولاية بعد إسقاطها على اعتبار أن المشرع لم يتطرق لحالة استرداد الولاية باعتبارها مسألة غاية في الأهمية إذا تغيرت الظروف وزال تبعا لهذا السبب الذي أدى إلى إنهائها أو سحبها المؤقت.

ولتخفيف الضغط على الجهات القضائية بخصوص مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام وقضايا الولاية على وجه الخصوص هناك ضرورة لخلق آلية تساعد في تفعيل إجراءات التقاضي وتتمثل أساسا في إحياء أحكام مجلس العائلة الذي كان منصوص عليه في في القانون الصادر بتاريخ 1957/07/11 والمتعلق بأحكام الولاية والحجر والغيبة والفقد مع ضرورة النص على تشكيله وعمله وتحديد اختصاصاته.

أولا : إيداع الطلب ودور القاضي إجرائيا في سير الجلسة

ما يؤخذ على المشرع في نص المادة 461 من ق.إ.م.إ أنه حصر طلب الإلغاء في والد القاصر وهذا لا يتسق مع مقتضيات المادة 2/460 من نفس القانون مع الفرض أن هذا الإلغاء له علاقة مع التدابير المؤقتة المنصوص عليها في هذه المادة، على أنه يجوز أن تسند مؤقتا حضانة القاصر لأحد الأبوين وإذا تعذر ذلك فلأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة، وعليه إذا أسندت حضانة القاصر إلى الأب بوصفها تدبيرا مؤقتا يمكن إلغاؤه

[1] انظر في هذا الصدد شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للدكتور بربارة عبد الرحمن، ص346.

[2] انظر في هذا القبيل الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأستاذ بوضياف عادل، مرجع سابق، ص460.

فبإمكان أم القاصر أو حتى القاصر حين بلوغه سن الرشد أن يتقدم بهذا الطلب لقاضي شؤون الأسرة، وهكذا

يتسنى للقاضي بعد أن يُرفَع الطلب إليه لاتخاذ الإجراءات اللازمة للفصل فيه.

كما أن حصر طلب الإلغاء في والد القاصر لا ينسجم مع المادة 453 من ق.إ.م.إ، حيث وضحنا في معرض الفصل الأول من هذا الباب أن المشرع الجزائري قرر الولاية للأب اتجاه أولاده القصر، ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 87 من ق.أ بنصها :"يكون الأب وليا على أولاده القصر"، وما يؤيد عدم حصر طلب الإلغاء في والد القاصر هو الفقرة الثالثة من المادة 87 من ق.أ المدرجة بالقانون 05-02 التي تنص على ما يلي:"وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"[1].

وعليه فقد تسند الولاية لأم القاصرة بعد طلاقها، ويثبت بعد ذلك فسوق الولية الشرعية إلى حد التهتك، ويصدر في حقها حكم بسلب حريتها يتقرر معه عقوبة تكميلية بسقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها كما هو منصوص عليه في المادة 9 مكرر 1 المدرجة بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 أي الحرمان من ممارسة الحقوق العائلية وذلك بإسقاط حقوق الولاية كليا أو جزئيا.

كما قد يقوم ولي القاصرة بطلب إنهاء الولاية أو سحبها المؤقت لدرء خطر الأم عن ابنته القاصرة إذا لم

تتقرر العقوبة التكميلية، وعملا بهذا الإحتمال الأخير وبعد استنفاذ العقوبة المقررة للأم تطالب باسترداد الولاية أي

بإلغاء إنهائها أو سحبها المؤقت وكذا الحقوق المرتبطة بها، وهذا خلاف المادة 461 من ق.إ.م.إ بنصها"...بطلب من والد القاصر المسقطة عنه الولاية.".

[1] وهو مبدأ سائغ استقر عليه القضاء – أي إسناد الحضانة للأم، بعد الطلاق، بدون منح الولاية لها، خرق للقانون- حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ملف رقم 476515 قرار بتاريخ 2009/01/14 (قضية س.ي ضد غ.م) ما مفاده:"إن المادة 87 من قانون الأسرة تنص على أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد. وكانت الطاعنة قد التمست أمام المحكمة حضانة ابنها ومنحها الولاية عليه، إلا أن الحكم المستأنف رفض هذا الطلب، وجاء في تسبيبه أن الولاية تمنح للأم فقط عند وفاة الأب أو غيابه، أو حصول مانع، وإن القرار المطعون فيه حذا حذو الحكم المستأنف، وجاء في تسبيبه: أن الولاية تكون للأب ما دام هو على قيد الحياة، ولم يثبت حصول مانع له، وهذا مخالف للمادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة الشيء الذي يجعل القرار المنتقد معرض للنقد والإبطال" . غ.أ.ش، م.م.ع ع1، 2009، ص 265 وما بعدها.

1. الاختصاص الاقليمي

حددت المادة 462 من ق.إ.م.إ **الاختصاص** الإقليمي الذي يتعين على رافع الطلب المتعلق بإلغاء تدابير **إسقاط ممارسة** الولاية على القاصر، وذلك في دائرة اختصاص مقر ممارسة **الولاية، والملاحظ أن المشرع نص على الاختصاص** الإقليمي دون النوعي ذلك أن هذا الأخير منصوص عليه في المادة 423 **من ق.إ.م.إ المتعلقة بصلاحيات قسم شؤون الأسرة، فلا حاجة لإعادة ذكره، ونص** المادة 462 **من ق.إ.م.إ** يتعلق باسترداد الولاية على القاصر بعد إنهائها أو سحبها المؤقت، مع الإشارة إلى أن **الاختصاص** الإقليمي ليس من النظام العام يجوز إثارته من قبل الخصوم أمام القاضي وباختيارهم حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا طبقا لأحكام المادة 46 **من ق.إ.م.إ**[1].

تجدر الإشارة إلى أن مسألة الاختصاص الإقليمي بالنسبة لإلغاء تدابير الإنهاء **المرتبطة بممارسة الولاية** المنصوص عليها في المادة 462 من ق.إ.م.إ كان بإمكان المشرع أن يتلافى الوقوع في التكرار على اعتبار أنها **تحصيل حاصل فلا حاجة للنص عليها، ويؤول الاختصاص** الإقليمي بداهة إلى مكان ممارسة الولاية، ويؤيد هذا أن المشرع لم ينص على **الاختصاص الإقليمي** لتقديم الطلب المتعلق بالتدابير المؤقتة المرتبطة بممارسة الولاية الوارد النص عليها في المادة 460 **من ق.إ.م.إ.**

وقد تطرق المشرع المصري لمسألة استرداد الولاية في المواد 930 إلى 932 **من قانون المرافعات المصري** حيث يوجه الطلب إلى المحكمة **الابتدائية** التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الولي أو سكنه أو سكن المشمول بالولاية إذا كان بلغ سن الرشد غير رشيد، على أنه تختص المحكمة التي تقضي بسلب الولاية أو ردها بحسب الأحوال بالفصل في الأجر والمصاريف لمن تولى شؤون المشمول بالولاية، ولا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق **رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي.**

[1] تنص المادة 46 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، ولو لم يكن مختصا إقليميا"

2. إجراءات سير الجلسة

أول ملاحظة تجدر الإشارة إليها هي أن الإجراءات الخاصة بإلغاء تدابير إنهاء أو السحب للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية جاءت مرتبة ترتيبا منطقيا على خلاف الترتيب الذي انتقدناه سلفا المتعلق بإجراءات إنهاء ممارسة الولاية، وهي نفس الإجراءات التي عالجناها في طلب إسقاط ممارسة الولاية على القاصر خاصة وأن المشرع استعمل الإحالة لتفادي التكرار في الإجراءات، مع بعض الاختلاف الذي قرره المشرع ذلك أن إجراء إنهاء **ممارسة الولاية صاحَبه إمكانية القاضي أن يأمر** بالتدابير المؤقتة التي لها علاقة بممارسة الولاية[1]**، كإسناد حضانة القاصر** مؤقتا لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة، ولهذا يتلقى **القاضي حسب نص المادة 463 من ق.إ.م.إ** تصريحات الحاضن أو الحاضنة بالإضافة إلى تصريحات الوالد والأم أو أي شخص يرى في سماعه فائدة كما هو **مقرر** في المادة 454 من نفس القانون، هذه الأخيرة التي تتضمن الأمر بإجراء تحقيق اجتماعي[2] أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي وهو ما لا نجده في المادة 463 من ق.إ.م.إ على اعتبار أن إلغاء تدابير إنهاء ممارسة الولاية على القاصر كان نتيجة زوال الظروف التي تهدد مصلحة القا**صر**، وتبعا لهذا لا حاجة لهذا الإجراء مادامت حالة القاصر في وضع جيد من الناحية النفسية والعقلية وإلا لماذا قرر القاضي إلغاء تدابير إنهاء ممارسة الولاية على القاصر.

نشير إلى أن طلب الإلغاء يكون بطلب من والد القاصر وليس للنيابة العامة هذه الصلاحية مثلما هو منصوص عليه في المادة 454 من ق.إ.م.إ ولها الحق في تقديم طلباتها قبل الفصل في طلب الإلغاء، كما يقدم محامو الأطراف ملاحظاتهم عند الحاجة، على أن القاصر يمكن إعفاؤه من الحضور وهو إجراء يختلف عن ذلك المقرر في المادة 454 **من ق.إ.م.إ** حينما نصت على أنه يجوز للقاضي سماع القاصر وهذا لا يمنع حضوره.

[1] إن قيام قاضي شؤون الأسرة بالتدابير المؤقتة يرمي إلى حماية القاصر نظرا لشغور الولاية، وبطبيعة الحال من صميم اختصاصاته **حيث تنص المادة 424 من ق.إ.م.إ على ما يلي:**"يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر".

[2] **وقد خولت المادة 425 من ق.إ.م.إ** لقاضي شؤون الأسرة في إطار إجراء تحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض **الاستشارة**.

وأضافت المادة 454 من ق.إ.م.إ أن سبب عدم سماع القاصر يتعلق بحالته أو سنه اللذان لا يسمحان بذلك وهو الحكم الذي لا نجده في المادة 463 من ذات القانون ولا توجد أيضا إحالة تفضي إلى اعتماد نفس المبرر لاستبعاد حضور القاصر إلى الجلسة، وصياغة المشرع لهذا المادة كانت غاية في الدقة لأن عدم النص على إجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي في المادة 463 **من ق.إ.م.إ يدل على استقرار وضعية** القاصر وبالتالي لا حاجة لحضوره، وعلى العكس من ذلك فإن تقرير هذا الإجراء في المادة 454 **من ذات القانون** يستدعي حضور القاصر إلى الجلسة ليطلع القاضي على حالته، ومن ثم يتلقى تصريحاته إن كانت حالته أو سنه **يسمحان بذلك.**

ثانيا: كيفية الفصل في طلب الإلغاء وقابلية الأمر الصادر بشأنه للطعن

إن الفصل في طلب الإلغاء يكون بأمر استعجالي مثلما هو مبين في المادة 463 **من ق.إ.م.إ، واعتمد** المشرع أسلوب الإحالة في مسألة قابلية هذا الأمر للطعن، نعالج هذين الإجراءين **كما يلي:**

1. كيفية الفصل في طلب الإلغاء

بعد تلقي تصريحات الأطراف في الجلسة يُفْصَل في طلب الإلغاء في غرفة المشورة أو في مكتب القاضي وليس في جلسة علنية[1]**، وما يلاحظ على نص المادة 463 من ق.إ.م.** أنها تضمنت معظم الإجراءات المتعلقة بطلب الإلغاء منذ تلقي تصريحات الأطراف من قبل القاضي إلى غاية الفصل فيه والطعن في الأمر الصادر بشأنه إضافة إلى الإجراءات الواردة في **المادتين 461 و462 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،** فقضت الأولى بأن **طلب الإلغاء المقدم من قبل الوالد يفصل فيه القاضي على سبيل الجواز وأضافت المادة الثانية بتحديد الاختصاص** الإقليمي لرفع الطلب.

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 103.

في المقابل كانت الإجراءات المتعلقة بإنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت مقسمة على عدة

مواد، كما أغفل المشرع النص على التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي ولم يعتمد أسلوب الإحالة بشأنه خاصة وأنه أشار في المادة 455 من ق.إ.م.إ على أن التبليغ الرسمي يتم من قبل الطرف الذي يهمه التعجيل إلى باقي الخصوم في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ النطق بالأمر الاستعجالي تحت طائلة سقوطه.

2. قابلية الأمر لمختلف طرق الطعن

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 463 من ق.إ.م. إ على أن الأمر الفاصل في طلب إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف وأحالت إلى المادة 456 من نفس القانون أي خلال خمسة عشر يوما (15) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي بالنسبة للأطراف ونفس الأجل مقرر بالنسبة للنيابة العامة ويحسب الأجل من تاريخ النطق بالأمر.

ومادام أن المشرع قد أحال إلى المادة 456 من ق.إ.م.إ بشأن مسألة الطعن فالاستئناف هو الطريق الوحيد للطعن الذي تم النص عليه في هذه المادة، على أن الإشكال يثور بطرق الطعن الأخرى والمتمثلة في المعارضة، الطعن بالنقض، طعن الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر، وقد تم معالجتها في الجزء الخاص بطرق الطعن في الأمر الاستعجالي الصادر في مسائل الولاية.

ثالثا: ضرورة إحياء أحكام مجلس العائلة كآلية لتفعيل إجراءات التقاضي في مسائل الولاية

ينبغي أن ننوه إلى مسألة هامة يتعلق الأمر بحاجة القاضي إلى إسهام مجلس العائلة في إيجاد الحلول المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة بوجه عام ومسائل الولاية على وجه الخصوص– في غياب نصوص تنظم عمله واختصاصاته- ليساعده في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية على وجه العموم، والمعلومات التي تخدم مصلحة القاصر بصفة خاصة أي ما يتعلق بمسائل الولاية سواء على نفس القاصر أو على ماله.

وقد تم النص على مجلس العائلة في القانون الصادر بتاريخ 1957/07/11، وأما عن تشكيله فإنه يتألف من: عضوين من أقارب الأب وآخرين من جهة الأم يترأسه القاضي، وقد تم الإبقاء على التمييز بين الولاية على نفس القاصر وماله في قانون 1957 إلا أنه لم يتم الاهتمام بمسائل الحضانة، وكان من بين صلاحيات مجلس العائلة[1] ترشيد القاصر حال وفاة الولي أو غيبته، ذلك أن ترشيده وفقا لهذا القانون يكون بتصريح الولي أبا كان أو أما أو الوصي أو المقدم ومصادقة القاضي ليحرر عقدا بحضور شاهدين، وبإمكان القاصر أن يوجه طلبا في هذا الخصوص إذا رأى أن هناك تعسف في مسألة ترشيده أي إجبار الولي على إبقائه خاضعا لنظام الولاية[2].

وقد أصدر المشرع المغربي المرسوم رقم 31/94/2 المؤرخ في 1994/12/26 المتضمن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه واختصاصاته حيث جاء في نص المادة الأولى منه أن مجلس العائلة يتكون من القاضي بصفته رئيسا والأب والأم أو الوصي أو المقدم وأربعة أعضاء يعينهم رئيس مجلس العائلة من بين الأقارب والأصهار مناصفة[3] بين جهتي الأب والأم أو جهة الزوج حسب الأحوال، وفي حال عدم الإمكان يتم تشكيله من جهة واحد، ويشترط أن يكونوا كاملي الأهلية مع مراعاة درجة القرابة ومحل الإقامة ليسهل حضور الاجتماعات كما يراعى في اختيارهم السن والمؤهلات[1]، ويجتمع مجلس العائلة بمبادرة من الرئيس أو بطلب من أحد أعضائه، كما ترك المشرع الأجل دون تحديد لاستدعائهم ويخضع لظروف كل قضية حيث يعين رئيس المجلس تاريخ الاجتماع وكذا

[1] بالرغم من عدم وجود نصوص تنظم مجلس العائلة في التشريع الجزائري إلا أن المادة 5 من القانون التجاري تنص عليه بخصوص ترشيد القاصر لمزاولة الأعمال التجارية. ونشير إلى أن آخر قانون نص على مجلس العائلة وأحال إلى تشريع الأسرة هو الأمر 76-79 المؤرخ في 1976/11/23 المتضمن قانون الصحة العمومي ضمن المواد 251 وما بعدها، وقد ألغي هذا القانون بموجب القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها. حيث كان هذا المجلس يتشكل من 5 أعضاء يعينهم الوالي لمدة 4 سنوات قابلة للتجديد باقتراح من مدير الصحة، على أنه يجب أن يضم عضوا واحد من النساء على الأقل، وقد أحال القانون إلى التشريع المتعلق بالأسرة بشأن اختصاصات مجلس العائلة رغم عدم تضمن هذا الأخير لنصوص تنظمه.

[2] Et c'est la même orientation du législateur français. Voir RIDC, N°1,Société de Législation Comparée, LGDJ, Paris, 1960, p120 et s.

[3] مصطفى بوزغيبة، مقال بعنوان مجلس العائلة على ضوء مدونة الأسرة والمرسوم المنظم له، مركز الإمام الجنيد، المغرب، 2012/01/28. (http://www.marocdroit.com).

[1] مصطفى بوزغيبة، نفس المرجع.

اليوم والساعة ومكان الانعقاد بخلاف ما كان معمول به في القانون القديم الذي راعى فيه المشرع المغربي أجل ثمانية أيام على الأقل قبل التاريخ المقرر للاجتماع[1].

وقد وسع المشرع المغربي من صلاحيات مجلس العائلة بمقتضى المرسوم الجديد حيث ورد في مقتضياته أن مجلس العائلة يقوم بإصلاح ذات البين[2] وإبداء الرأي في كل ما له ارتباط بشؤون الأسرة، مكرسا بذلك ما ورد النص عليه في المادة 2/251 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي تنص على ما يلي:"يحدث مجلس للعائلة، تناط به مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة، ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي"، كما يكون لمجلس العائلة دور استشاري بخصوص المصاريف والتعويضات الناتجة عن تسيير الأموال الخاصة بالمحجور عليهم التي يحددها قاضي شؤون القاصرين[3] حسب نص المادة 268 من مدونة الأسرة[4].

وسنضطلع على مهام مجلس العائلة وتكوينه في التشريع الفرنسي وكذا الاستفادة من مضمون المواد من 398 إلى 402 من القانون المدني الفرنسي[5] حيث أن غاية هذا المجلس تنظيم الولاية وذلك بإعداد الشروط العامة لحفظ القاصر وتربيته بالنظر إلى ما يبتغيه والديه، كما يقدر التعويضات التي يمكن أن تحدد للولي.

ومن صلاحيات مجلس العائلة اتخاذ القرارات ومنح الولي التراخيص اللازمة لتسيير أموال القاصر، كما يرخص للقاصر البالغ من العمر ست عشرة سنة كاملة أداء أعمال الإدارة اللازمة بغرض إنشاء وتسيير مؤسسة

---

[1] وما أضافه هذا المرسوم إمكانية رفع الطلب من قبل المحجور عليه، وعند تعذر حضور أحد الأعضاء يمكنه استخلاف غيره من الأقارب أو الأصهار بعد إذن رئيس مجلس العائلة، وفي نهاية المطاف يتوج اجتماع مجلس العائلة بتدوين محضر يحرره كاتب الضبط تعرض فيه النتائج المتوصل إليها، ليوقع الرئيس والأعضاء عقب انتهاء الاجتماع في سجل خاص وفي حال امتناع أحدهم أو وجود مانع يتم الإشارة إلى ذلك.

[2] تنص المادة 2/82 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على ما يلي:"للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما".

[3] تنص المادة 182 من قانون المسطرة المدنية المغربية على ما يلي:" يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل".

[4] مصطفى بوزغيبة، مرجع سابق.

[5] المعدل بموجب القانون رقم 2007-308 المؤرخ في 5 مارس 2007.

ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة أو الشركة ذات الشخص الوحيد، وتكتسي هذه التصرفات شكلا عرفيا أو رسميا يتضمن قائمة أعمال الإدارة التي يمكن للقاصر أن يؤديها لمصلحته[1].

ويكون حكم القرارات الصادرة عن مجلس العائلة البطلان إذا تم اتخاذها عن طريق التدليس أو الغش أو بمخالفة الأشكال الجوهرية، على أن دعوى البطلان ترفع من قبل النائب القانوني أو من يشرف عليه أو مجلس العائلة وكذا النائب العام وهذا خلال سنتين من تاريخ القرار، كما يمكن للقاصر إذا بلغ سن الرشد أو حصل على ترخيص بالتصرف في أمواله أن يرفع هذه الدعوى، مع الإشارة إلى أن التقادم لا يسري في حالة التدليس أو الغش ما دامت حالة العلم لم تتوافر بخصوص الحالتين.

أما فيما يخص تشكيل مجلس العائلة فقد نصت عليه المادة 399 من القانون المدني الفرنسي والتي أفادت بأن القاضي هو الذي يقوم بتعينه، فهو يتألف من أربعة أعضاء على الأقل بما فيهم الوصي والمشرف[2] دون القاضي، ويجوز أن يكون ضمن المجلس الأقارب سواء بالنسب أو المصاهرة لوالدي القاصر وكذا كل شخص يقيم بفرنسا أو في الخارج الذي يبدي مصلحة اتجاه القاصر.

ويتم اختيار أعضاء مجلس العائلة طبقا لنفس المادة في فقرتها الثانية تبعا لمصلحة القاصر واستنادا إلى كفاءتهم والعلاقات المعتادة التي كانت تربطهم بأبيه وأمه وكذا الروابط العاطفية المتبادلة معه واستعداداتهم المتاحة قِبَله، كما يتعين على القاضي أن يتلافى قدر الإمكان عدم تمثيل أحد الفرعين سواء من جهة الأب أو الأم، وغني عن البيان أن القاضي هو الذي يرأس هذا المجلس وتبقى قراراته عن طريق تصويت الأعضاء إلا أن الوصي أو المشرف على الوصي حال حلوله مكانه لا يمكنه التصويت، وعند تعادل الأصوات يرجح صوت القاضي.

---

[1] تنص المادة 2/573 من ق.م - وهو نفس مضمون المادة 125 من قانون الأحوال الشخصية الأردني- على أن عقود الإدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة ونافذة ولو كانت بغبن يسير، ويعتبر من عقود الإدارة وبوجه خاص الإيجار إذا لم تزد مدته عن ثلاث سنوات، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وإيفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف والنفقة على الصغير".

[2] لم ينص المشرع الجزائري على مسألة الإشراف، ونجد النص عليه في التشريع المصري والتشريع الفرنسي وهو غاية في الأهمية لصون أموال القاصر والحفاظ عليها من الضياع وسوف نفصل في أحكامه عند معالجة موضوع الولاية على المال، وباختصار المشرف هو ذلك الشخص الذي يتم تعيينه لمراقبة الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب عند الإقتضاء لرقابة وتوجيه الأوصياء والقامة في أداء مهمتهم وفق ما ينص عليه القانون.

وأما عن اختصاصات مجلس العائلة في التشريع الفرنسي فهي متعددة نذكر منها ما قررته م 401 من القانون المدني الفرنسي والمتمثلة في حفظ القاصر نفسا ومالا وتربيته وفقا لرغبة والديه كما يمكن لمجلس العائلة اتخاذ القرارات الصادرة في شأن التراخيص الخاصة بإدارة أموال القاصر ويقدر التعويضات التي تمنح للوصي. ويكون حكم القرارات الصادرة عنه البطلان إذا تم اتخاذها عن طريق التدليس أو الغش أو إذا جاءت مخالفة للأشكال الجوهرية.

وبالمقابل بإمكان الوصي رفع دعوى بطلان القرار المتخذ من قبل مجلس العائلة في أجل سنتين من تاريخ إصدار القرار طبقا للمادة 404 من القانون المدني الفرنسي، ونفس المدة مقررة للقاصر في رفع دعوى البطلان بعد بلوغه سن الرشد أو ترشيده للتصرف في أمواله ويبدأ حساب المدة من تاريخ الرشد أو وقت منح الإذن بالترشيد، على أن التقادم لا يسري إذا ثبت قيام حالة تدليس أو غش مادام أن هذه الحالة لم تكتشف بعد. وأما بخصوص الأعمال اللاحقة لصدور القرار الذي تم إبطاله فيمكن إبطالها بذات الكيفية مع الأخذ بعين الاعتبار أن حساب التقادم يكون من وقت قيام العمل لا من وقت صدور القرار عن مجلس العائلة[1].

وما يمكن الإشارة إليه هو أن المشرع الفرنسي قد رتب المسؤولية على كل أعضاء مجلس العائلة بخصوص الأضرار الناشئة عن أي خطأ يرتكبونه في ممارسة مهمتهم وفقا لأحكام المادة 412 من القانون المدني الفرنسي، وذهب أيضا إلى أبعد من ذلك ورتب مسؤولية القاضي إذا ارتكب خطأ في تنظيم وممارسة الولاية، ويرفع رئيس كتاب الضبط في المحكمة الابتدائية أو كاتب الضبط دعوى المسؤولية ضد الدولة، حيث تتمتع هذه الأخيرة بحق الرجوع على القاضي حال ثبوت خطئه، على أن دعوى المسؤولية تسقط بالتقادم وذلك بمرور خمس سنوات من بلوغ المعني سن الرشد حسب م 413 من نفس القانون[1] حتى ولو استمرت الإدارة بعد ذلك أو من وقت انتهاء

[1] Art. 402 du C.C.F : « … La prescription ne court pas s'il y a eu dol ou fraude tant que le fait qui en est à l'origine n'est pas découvert. Les actes accomplis en vertu d'une délibération annulée sont annulables de la même manière. Le délai court toutefois de l'acte et non de la délibération».

[1] وهو نفس الأجل الذي حددته م 53 من ق.و.م أي التقادم الخمسي، بينما قرر المشرع الجزائري بموجب م 316 من القانون المدني حكما مخالفا مفاده أن التقادم لا يسري بشأن الدعاوى الناشئة بين الأصيل والنائب - القاصر ووصيه - . انظر مسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2006، ص155.(http://dlibrary.univ-boumerdes.dz).

التدبير مع فرض انتهائه قبل ذلك، وقد عالج المشرع الفرنسي حالة شغور الولاية **ضمن مقتضيات المادة 411 من** القانون المدني الفرنسي وخول للقاضي إسنادها إلى الهيئة العامة المختصة في مجال المساعدة **الاجتماعية للطفولة ولا** مجال **للاستعانة بمجلس العائلة أو المشرف.**

وتضيف م 713-7 من القانون المدني الفرنسي حكما مفاده **أن القاصر المأذون له لا يعود تحت سلطة الوالدين، وتبعا** لهذا لا تترتب عليهما المسؤولية بفعل الضرر الذي يمكن أن يحدثه للغير بعد الإذن له[1]**، وسوف** يتضح دور مجلس العائلة أكثر في التشريع الفرنسي عندما نعالج مسائل الولاية على المال **ضمن الباب** الثاني من **الأطروحة.**

نخلص إلى القول في ختام هذا الفصل المعنون بإجراءات التقاضي في مسائل الولاية على القاصر **بأن المشرع الجزائري قرر رفع الطلبات** قة بإنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت **طبقا لرفع الدعوى الاستعجالية ويعاب على المشرع الإخلال** في ترتيب الإجراءات في هذا الخصوص، بيد أنه وفق في إقرار قضاء **الاستعجال** في هذا الخصوص **نظرا لعدم اكتمال الإدراك لدى القاصر** ومن ثم يتعذر عليه تدبير شؤونه الشخصية **وهذا يتطلب حتما** تفادي حالات الشغور في ممارسة الولاية **على القاصر** بعد إنهائها أو سحبها مؤقتا **من الولي** حتى لا يصير القاصر عرضة للخطر.

ويكون للنيابة العامة دور بالغ الأهمية في **مسائل الولاية خاصة إذا تعلق الأمر بالقصر رغم أن** تدخلها في المجال المدني يكون على سبيل **الاستثناء** ذلك أن اختصاصها الأصيل هو مباشرة الدعوى العمومية في المجال الجزائي، **وعليه يمكنها رفع** طلب إنهاء ممارسة الولاية **على القاصر أو سحبها المؤقت وكذا توجيه الطلبات لقاضي شؤون** الأسرة من أجل سماع الوالدين أو أي شخص آخر يكون في سماعه فائدة أو سماع القاصر **ذاته أو إجراء تحقيق** اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي.

[1] نقض جنائي بتاريخ 1972/03/09، نشرة جنائية رقم 95، التقرير 1971-1972، ص 183، مقتبس من القانون المدني الفرنسي بالعربية، مرجع سابق، ص532.

كما انه بإمكان النيابة العامة أن تطعن بالاستئناف في الأمر الصادر عن قاضي شؤون الأسرة، ويسوغ لها أيضا تعديل أي إجراء يأمر به قاضي شؤون الأسرة له ارتباط بممارسة الولاية، كما تقدم التماساتها قبل الفصل في الطلبات بغرفة المشورة، وإذا رأت أن حالة الطفل في خطر فلها في أن تحيل القضية إلى قاضي الأحداث إذا استدعت مصلحة الطفل الفضلى ذلك.

ولتفعيل الإجراءات المستحدثة بموجب القانون 09/08 لابد من آلية تفيد في التخفيف من حجم القضايا المتزايد وذلك بإحياء الأحكام المتعلقة مجلس العائلة وتنويع اختصاصاته لا سيما مساعدة القضاء في المسائل الأسرية خاصة ما تعلق منها بالقصر سواء قبل مرحلة التقاضي –طابع وقائي- أو أثناءها –طابع علاجي- مع تحديد تشكيله والمهام المسندة إليه، ويكون له فوق هذا دور استشاري بخصوص رعاية شؤون القصر. على أنه يتم اختيار أعضاء مجلس العائلة كما هو معمول به في التشريع الفرنسي بالنظر إلى المصلحة الفضلى للقاصر مع مراعاة معيار الكفاءة وكذا علاقات الصداقة التي كانت تربطهم بوالدي القاصر، على أنه يجب اختيارهم من جهة الأب و الأم وبرئاسة قاضي شؤون الأسرة، كما تصدر قراراته عن طريق تصويت الأعضاء مع استبعاد صوت الوصي أو المشرف[1] إذا كان محل الوصي، وعند تعادل الأصوات يرجح صوت القاضي.

وفي آخر المطاف وبعد إصدار قاضي شؤون الأسرة الأمر الفاصل في مسألة إنهاء ممارسة الولاية على نفس القاصر أو سحبها المؤقت يجب أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة التي يراها مناسبة في مواجهة شغور الولاية حتى لا تتضرر مصالح القاصر، على أنه يمكن تعديل هذه التدابير كلما كانت ضرورة لذلك، وأما إذا كان القاصر في حالة خطر مادي أو معنوي فينعقد الاختصاص لقاضي الأحداث وفقا لأحكام القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل، ولا تقتصر مهمة الولي في حفظ شؤون القاصر الشخصية فحسب بل تمتد لتشمل حماية أمواله وذلك

[1] La fonction du subrogé tuteur touche également le coté sanitaire du mineur donc, il doit aider le tuteur de le surveiller, peut être même de le relever en cas d'exigence. Abdelhafid HADDOUNE, la protection juridique et le médecin coordonnateur en EHPAD, Université René d'escartes- Paris V, Faculté cochin – Port Royal, Année 2006-2007. (https://search.yahoo.com).

بحفظها واستثمارها والتصرف فيها وفقا لمصلحة القاصر التي تقتضي احترام الولي أو الوصي أو المقدم لشروط النيابة الشرعية **وضرورة مراعاة الإجراءات القانونية** مع التزام الحرص في ذلك وإلا انعقدت مسؤوليته طبقا لمقتضيات القانون العام، وهذا ما سوف نتعرف عليه في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

الباب الثاني

الولاية على مال القاصر

وإجراءات حمايته

إن القواعد المنظمة لمسائل الولاية على المال وثيقة الصلة بأحكام أهلية الأداء، وقد نظم المشرع الجزائري هذه الأخيرة بصورة متناثرة ضمن قواعد القانون المدني وقانون الأسرة، وإن كان هذا الأخير هو المعني بتنظيمها[1]، والذي يهمنا في هذا الخصوص هو معرفة مدى كفاية النصوص القانونية الخاصة بمسائل الولاية على المال لتقرير الحماية القانونية للقاصر وخاصة الإجرائية منها ذلك أنها لم يمسها التعديل منذ صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فقد يباشر النائب القانوني للقاصر وليا كان أو وصيا أو مقدما بعض التصرفات المالية لفائدة القاصر بناء على ترخيص من القاضي نظرا لأهميتها، كما قد تتعارض مصالحه مع مصالح القاصر إزاء هذه التصرفات لذا قيد القانون من سلطات الولي وأوجب توافر جملة من الشروط لممارسة الولاية وغيرها من الأحكام التي تندرج ضمن موضوع الولاية على مال القاصر المنصوص عليها في قانون الأسرة ضمن الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية، غير أن ممارسة الولاية على مال القاصر تعتبر من المسائل الخطيرة والتي تقتضي بسط رقابة على النائب القانوني للقاصر سواء كانت رقابة مباشرة أو غير مباشرة.

وتبعا لما سبق سينصب بحثنا في هذا الباب على أحكام الولاية على مال القاصر سواء من الناحية الموضوعية لضبط المفاهيم والاستفادة من أحكام الفقه الإسلامي والقواعد المقررة في التشريعات الحديثة أو من الناحية الإجرائية التي تخرج هذه القواعد من وضعها النظري إلى حيز التطبيق والممارسة اعتمادا على الأحكام الإجرائية المقررة في القانون 09/08 لا سيما تلك المرتبطة بممارسة الولاية على مال القاصر كتحديد الاختصاص وتعيين الوصي أو المقدم وكذا الإجراءات المتبعة حال قيام المنازعات المتعلقة بالولاية على المال، وهذا كله بغية الوصول إلى الآليات التي تساعد القضاء على إيجاد الحلول للقضايا المرتبطة بمسائل الولاية على مال القاصر ومن ثم تكريس الحماية القانونية المتطلبة في هذا الخصوص، وعليه سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول النظرية العامة للولاية على مال القاصر ثم نعكف في الفصل الثاني على دراسة إجراءات التقاضي في مسائل الولاية على مال القاصر.

[1] إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 227. ويرى الأستاذ محمد سعيد جعفور أن القانون المدني هو المعني بتنظيم أحكام الأهلية.

الفصل الأول: النظرية العامة للولاية على مال القاصر

إن فَصْل المشرع بين الأحكام الموضوعية للولاية على القاصر وتلك المتعلقة بالإجراءات هو عين الصواب ذلك أن الخلط بينهما عيب في التنظيم، ورغم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 وفي نفس السنة تم تعديل القانون المدني بمقتضى القانون 05-10 المؤرخ في 2005/069/20 إلا أن المشرع لم يتدارك كل النقائص حيث تم توحيد بعض الأحكام بين القانونين وإغفال أخرى مما يدل على صعوبة المهمة ذلك أن قواعد القانون المدني تجد أساسها في القانون الفرنسي في حين أن أحكام قانون الأسرة مصدرها الشريعة الإسلامية، ومسائل الولاية والأهلية نموذج بَيِّن في هذا الخصوص.

كما تجد أحكام الولاية على مال القاصر الواردة في التشريعات العربية أساسها في الفقه الإسلامي وذلك بحسب المذهب المتبع لكل دولة، ولهذا سوف نتطرق لهذه الأحكام سواء من حيث المفهوم أو بالنظر إلى الشروط الواجب توافرها في كل نوع وكذا الترتيب المعتمد للأولياء استنادا إلى كل مذهب إضافة إلى السلطات المخولة لمن لهم حق الولاية على مال القاصر والنطاق المحدد لها، و نعالج في الأخير مسألة انقضاء الولاية، ومن ثم نوضح موقف المشرع الجزائري في كل حالة، وهذا تمهيدا للخوض في الإجراءات المتعلقة بالولاية على مال القاصر ضمن الفصل الثاني من هذا الباب.

وقد بينا أن الولاية المتعدية تثبت للشخص على آخر وسببها مسألة عارضة جعلها الشارع علة لثبوتها، وهي نوعان ولاية أصلية تثبت بصفة تلقائية على القاصر ومصدرها القانون كولاية الأب، وولاية نيابية تستمد من شخص آخر كما هو الشأن بالنسبة للوصي والقيم[1]. وعليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في المبحث الأول الولاية الأصلية على مال القاصر، ثم ندرس في المبحث الثاني الولاية النيابية على مال القاصر.

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص10.

المبحث الأول: الولاية الأصلية على مال القاصر

تقضي المادة 44 من ق.م بخضوع فاقدي الأهلية و ناقصيها حسب الحالة لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة[1] وفقا لشروط معينة وطبقا للقواعد الواردة في القانون، يتضح من خلال هذا النص القانوني أن أحكام الولاية لها ارتباط وثيق بأهلية الأداء، وقسمنا الولاية إلى قسمين ولاية على النفس وولاية على المال، هذه الأخيرة التي تعنينا في مقام هذه الدراسة، ويتطلب الأمر بيان المقصود بها والتعرف على طبيعتها ومن ثم معرفة الشروط الواجب توفرها في الولي لمباشرة ولايته على القاصر ونطاق سلطاته على مال القاصر وكذا الأحكام المرتبطة بانقضاء الولاية على مال القاصر وإمكانية استردادها.

سوف نتطرق لكل هذه الأحكام في التشريع والفقه المقارنين، على أن نبين موقف المشرع الجزائري في كل مسألة للخروج بمزايا صياغة المواد من جهة، ومثالبها من جهة أخرى وتبعا لهذا إعطاء مقترحات تفيد في تدقيق صياغة المواد سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة وضرورة اتساقها مع بعضها البعض من الناحية الموضوعية، وضبط بعض المصطلحات لتنسجم مع نظيرتها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه نعالج هذا المبحث ضمن مطلبين، لنتناول في المطلب الأول مفهوم الولاية على مال القاصر وبيان شروطها ثم نبحث ضمن المطلب الثاني في الأحكام المرتبطة بالولاية على مال القاصر من سلطات الولي وحدودها وانقضائها واستردادها.

المطلب الأول: مفهوم الولاية على مال القاصر وتحديد شروطها

نشير أولا إلى أن القاصر هو ذلك الشخص من كلا الجنسين الذي لم يبلغ تسع عشرة سنة وهو ما يستشف من مضمون المادة 2/40 من القانون المدني، وقد مر معنا أن القاصر منذ الميلاد إلى غاية بلوغه سن الرشد يمر بمرحلتين، تمتد المرحلة الأولى من ميلاد الشخص إلى قبل بلوغ ثلاث عشرة سنة ويطلق عليه الصبي غير المميز حيث

[1] On utilise le terme curatelle ou la tutelle dative comme on peut utiliser en arabe le terme qiouama ou taqdim. voir Ghaouti BENMALHA , op.cit., p340.

تكون إرادته معدومة ولا يمكنه تبعا لهذا إبرام التصرفات القانونية وإلا كان مآلها البطلان المطلق ولا يجوز تصحيحها وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وأما المرحلة الثانية فتكون من بلوغ الشخص ثلاث عشرة سنة إلى ما قبل بلوغه سن الرشد ويطلق عليه الصبي المميز حيث تكون إرادته ناقصة ومن ثم تأخذ تصرفاته ثلاثة أضرب فيكون حكمها الصحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا ويكون مصيرها البطلان المطلق إذا كانت ضارة به ضررا محضا وتأخذ حكما مزدوجا في التشريع الجزائري إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفي كل الأحوال يتعين أن يمثله نائب قانوني للمحافظة على ماله نظرا لتخلف شرط حسن التصرف في المال[1]، وعليه نبحث في مفهوم الولاية على مال القاصر(الفرع الأول)، ثم نبين شروط الولاية الأصلية على مال القاصر(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الولاية على مال القاصر

كانت الولاية فيما مضى سلطة قانونية تجعل الولي مالكا لأموال المولى عليه مادام أنه يستولي عليها ثم تغير الوضع بأن حُفّ هذا النظام بقيود أصبحت بمقتضاها سلطة الولي أو الوصي أو القيم تخضع لحدود رسمها القانون مراعاة لمصلحة المشمول بالولاية أو الوصاية أو القوامة -التقديم- وبعدها أصبحت سلطة الولي في العصر الحالي مجرد وظيفة اجتماعية الغاية منها تحقيق مصلحة عامة وليس مصلحة خاصة للأب أو الوصي أو القيم –المقدم - أو عديم الأهلية أو ناقصها[2].

فالمسألة تتعدى هذا المفهوم لتشمل الأسرة بل والمجتمع برمته، وبناء عليه يكون تدخل المشرع ضروريا لتنظيم أحكام الولاية تنظيما دقيقا بل وأن القانون أناط مهمة الحماية للنيابة العامة لرعاية شؤون القصر[3]، وعرفنا الولاية

[1] ومعيار الرشد حسن التصرف في المال وهو خلاف السفه، للإشارة فإن سن الرشد الجزائي هو 18 سنة حسب المادة الثانية من القانون 15-12 التي عرفت الطفل بأنه كل شخص لم يبلغ الثماني عشرة سنة، ويعاب على هذا النص أنه لم يذكر أن الحكم يشمل الجنسين معا، كما يتعين تعريف القاصر في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في القضاء العادي كما هو جار به العمل في القانون المدني الفرنسي(م.388).

[2] رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 601

[3] رشدي شحاتة، نفس المرجع، ص 602.

بوجه عام بأنها **اختصاص يقر به القانون سلطة** لشخص كامل الأهلية في تدبير الشؤون الشخصية والمالية في حق نفسه وغيره، وسوف نبحث في هذا الفرع عن المقصود بالولاية على مال القاصر وبيان أهميتها وكذا طبيعتها القانونية.

أولا: تعريف الولاية على مال القاصر

كنا قد عرفنا مصطلحي الولاية والقاصر وعليه نعرف مصطلح المال ليتضح المقصود بالولاية على مال القاصر، وقد اختلف الفقهاء في بيان المقصود بالمال، فذهب **الحنفية** إلى أن المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة[1]، فخرج بهذا القول كل ما ليس له قيمة تجارية **أي انتفاء صفة التَمَوُّل عنه** وكذا المنافع لأنها غير قابلة للادخار والمسألة المهمة أن يكون المال مباحا ليخرج ما هو داخل في دائرة الحظر من مفهوم **المال وتبعا لهذا لا يمكن التعامل به على أساس أنه مال**[2].

وأما جمهور الفقهاء فيذهبون إلى أن المال هو كل ما **له قيمة مادية بين الناس وأجاز الشارع الانتفاع به وقت السعة والاختيار**[3]، وأما المدلول القانوني للمال فهو الحق ذو القيمة المالية سواء كان حقا عينيا أو شخصيا أو فكريا[4]، ويختلف المال عن **الشيء الذي** يقصد به كل كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن **الإنسان سواء كان ماديا كالنبات والحيوان أو كان معنويا لا يمكن إدراكه إلا بالتصور** كالأفكار والاختراعات[5].

فالأشياء التافهة لا تعد من قبيل الأموال ما دامت لا تحقق نفعا، كما أن الحق الشخصي الذي يعتبر مالا لا يمكن اعتباره شيئا، وقد نصت المادة نصت **المادة 682 من ق.م على ما يلي:**" كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

---

[1] بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 219.
[2] بلقاسم شتوان، المرجع نفسه، ص 220.
[3] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 471.
[4] شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 468.
[5] شوقي بناسي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

وتثبت قوة الولاية وضعفها بالنظر إلى أنواعها فالأولياء الذين يتقيدون بالولاية على النفس لهم سلطة ضعيفة **على مال القاصر**، وكذلك الشأن بالنسبة لأولياء المال يكون لهم سلطة ضعيفة على نفس القاصر، وأما أولياء االنفس والمال معا فلهم سلطة قوية من جهتي النفس والمال[1].

وبعد تعريف المال نتطرق لمقصود الولاية على مال القاصر، وتعرف بأنها هي صلاحية الشخص لإجراء تصرفات قانونية ترتب آثارها في حق القاصر[2]، أو هي سلطة التصرف في مال القاصر[3]، وتعرف أيضا بأنها القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة لصالح القاصر من غير توقف على إجازة أحد[4].

كما عرف القانون النموذجي العربي **الموحد لرعاية القاصرين الولاية على المال** في المادة 47 **وقرر** بأنها حفظ **مال القاصر وكل ما له علاقة** بهذا المال والعناية به **وتنميته**، وأثبتها المشرع العربي للأب ثم لمن تنتقل إليه وفق قانون **كل دولة** حيث يختلف الترتيب حسب المذهب المتبع وأحيانا يكون الترتيب مخالفا للفقه الإسلامي كما سنبينه.

من استقراء التعاريف السابقة يتضح أن الولاية على مال القاصر نوعان، يتعلق النوع الأول بالولاية الأصلية على مال القاصر ويصدق النوع الثاني على الولاية النيابية على مال القاصر، وعليه يمكن تعريف النوعين **كما يلي:**

1. الولاية الأصلية على مال القاصر

وهي الولاية التي تثبت للشخص بموجب القانون دون أن تستند في وجودها إلى حكم القاضي فهي ولاية إجبارية لا دخل لإرادة الشخص في تحصيلها وتثبت للأب على ولده القاصر **كما تثبت للأم بعد وفاة الأب**[5]. ونشير إلى أن ولاية الأب تعم النفس والمال معا، **ومعيار ذلك النظر والمصلحة إذ ليس من النظر أن** يمتنع الأب عن الإنفاق على أولاده أو إساءة معاملتهم أو إهمال مصالحهم وإلا سقطت عنه الولاية بحكم القضاء **وهو توجه القضاء المصري**

---

[1] مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص 823.

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية، ج 2، مرجع سابق، ص598 (التعريف بتصرف).

[3] كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982، ص 7. (التعريف بتصرف).

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص9. (التعريف بتصرف).

[5] أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص 10.

مؤيدا للأحكام الواردة في قانون الولاية المصري[1] **وهو ما نستشفه من المادة 1/87 المعدلة من ق.أ حين ذكر المشرع مصطلح الولاية على إطلاقه** فدخل بهذا المفهوم الولاية على المال والنفس معا.

2. الولاية النيابية على مال القاصر

وهي الولاية التي تستند في وجودها إلى شخص آخر كتلك المقررة للوصي الذي يستمدها ممن ولى أمره لتدبير شؤون القاصر كالقاضي أو الأب[2].

ثانيا: أهمية الولاية على مال القاصر وبيان وطبيعتها

سوف نعالج أهمية الولاية على مال القاصر ومدى تغطيتها لحالات عدم اكتمال الأهلية سواء في حالة القاصر المميز أو غير المميز، ثم نبين الطبيعة القانونية للولاية على مال القاصر.

1. أهمية الولاية على مال القاصر

تكتسي دراسة الولاية على مال القاصر أهمية بالغة في مجال القانون إذ هي نيابة قانونية يتم بمقتضاها جبر الولي لحالة العجز التي تكتنف القاصر وذلك بحفظ ماله من الضياع، إذ يمكن للولي إبرام التصرفات القانونية نيابة عن القاصر التي من شأنها أن تكسبه الحقوق، وإحداث نظام الإشراف في بعض التشريعات وكذا مجلس العائلة أو الهيئة العامة وغيرها من الآليات من شأنه أن يعزز مركز القاصر ويحفظ ماله بصورة جيدة.

وإضافة إلى تغطية حالات ضعف القاصر تبرز أهمية الولاية على المال في مجال الاستثمار حيث يعمل الولي **على تنمية مال القاصر وذلك باستثماره فيما يدر الأرباح ويعود** على الولي والمولى عليه **بالنفع**، ويشترط في كل هذا استصدار إذن من القاضي يراعى فيه حالتي الضرورة والمصلحة، وفي حال تضارب مصالح الولي مع تلك المقررة للمولى **عليه القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا بصفة تلقائية أو بناء على طلب من له مصلحة.**

---

[1] **حسن حسن منصور**، مرجع سابق، المجلد الأول، ص 670.

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 599.

وتظهر أهمية الولاية أكثر **إذا قارب القاصر سن الرشد** فإن الولي يدربه على إدارة ماله أو التصرف فيه أو **المتاجرة فيه** بحسب الأحوال مما يكسبه حسن التصرف في المال وتبعا لهذا يتم ترشيده من قبل المحكمة، **كما أن الولاية** بالمعنى المنصرم - **مع مراعاة درجة القرابة** - ليست على إطلاقها بل ضبطها المشرع بقيود يسعى من خلالها إلى رعاية شؤون القاصر المالية خاصة إذا كانت ذات أهمية خاصة، كما منح المشرع للقاضي اختصاصا مهما يتمثل في **بسط** رقابته بخصوص الولاية على مال **القاصر وفق إجراءات** غاية في الدقة **نعرض لأحكامها لاحقا.**

2. الطبيعة القانونية للولاية على مال القاصر

تعتبر ولاية الأب **والجد على مال القاصر ولاية أصلية مصدرها القانون**[1] وأساس ثبوتها **هو الأبوة**[2]، **وعليه** فالأب نائب قانوني لا يحتاج في نيابته للقاصر إلى صدور حكم من القضاء لتعيينه، لذا نجد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا ينص على تعيين الولي بل خصص المواد 469 إلى 473 **لتعيين المقدم والوصي فيما** يخص الولاية على مال القاصر، كذلك الشأن بالنسبة للولاية على نفس القاصر حين نص على إجراءات إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت دون أن يخصص إجراءات لتعيين الولي ذلك أنه **يستمدها من القانون.**

وتبعا لهذا تأخذ الولاية صفة الإلزام إذ أن الولي لا يجوز له التنحي عنها إلا بإذن من المحكمة فكما أنها حق له تعتبر في ذات الوقت واجب يقع على عاتقه ومن ثم تعتبر الولاية من النظام العام[3]، **وطالما أن ولاية الأب والجد** هي ولاية قانونية فلا يسوغ للولي بأي حال من الأحوال الخروج عن الحدود التي رسمها القانون حتى لا يفقد صفته **كنائب عن القاصر ومن** ثم لا يرتب العمل الذي يقوم به أثره **قِبَل القاصر وعليه لا يمكن الرجوع عليه إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة**[4].

---

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 175، محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 602.

[2] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 105.

[3] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 37.

[4] كمال حمدي، المرجع نفسه، نفس الصفحة..

غير أن القضاء استنبط مبدءا مغايرا لما سلف بيانه من الناحية الفقهية فأقر بالمبدأ التالي:"يصبح الجد، بحكم المادة 92 من قانون الأسرة، وصيا على الولد القاصر، اليتيم الأبوين"[1]، وقد ذكر الدكتور محمد سعيد جعفور أن الولاية تنتقل إلى الجد ذلك أن هذا الأخير يمكنه بمقتضى نص المادة 92 من قانون الأسرة تعيين وصي لحفيده القاصر، وعلى هذا يصبح ترتيب الأولياء على مال القاصر حسب قانون الأسرة الجزائري الأب، ثم الأم عقب وفاة الأب، ثم الجد بعد وفاة الوالدين أو إذا ثبت عدم أهلية الأم لولاية القاصر[2].

ونشير إلى ملاحظة هامة وهي أن المشرع المصري نص في المادة الأولى من قانون الولاية على المال على أنه يمكن للأب ثم الجد الصحيح –إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا – الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة، في حين أن المادة 92 من قانون الأسرة تنص على أنه يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...، والفرق واضح بين المادتين حيث وظف المشرع المصري حرف العطف "ثم" ما يدل على أن اختيار الوصي يكون قاصرا على الأب حال حياته، وأما المشرع الجزائري فاستعمل حرف العطف "أو" ومن ثم فإن اختيار الوصي لا يكون حكرا على الأب بل يمتد إلى الجد أيضا فهو على سبيل الخيار بينهما.

وما يلاحظ أيضا أن المشرع المصري ذكر صراحة ولاية الجد الصحيح وهو أب الأب، في حين أن المشرع الجزائري ترك لفظ الجد على إطلاقه مما يمكن أن يدخل معه الجد الفاسد (أب الأم) الذي ليس له حق الولاية على مال القاصر ويمكن تعيينه وصيا عند عدم وجود الأب أو وصي الأب أو الجد الصحيح[3]، مع أن الأم تحل محل الأب

[1] غ.أ.ش، ملف رقم 363794 قرار بتاريخ 2006/05/17، م.م.ع، ع 2، 2006. "قضية (ف-م) ضد (ط-ق) جاء في القرار ما مفاده: "عن الوجه الثالث المأخوذ من مخالفة القانون: حيث خلافا لمزاعم الطاعنة فمن استقراء القرار المطعون فيه، يتبين منه أن قضاة الموضوع لاحظوا وأن النزاع المعروض عليهم يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 من قانون الأسرة، على اعتبار أن الولد القاصر ليست له أم ولا أب وبحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة".

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 602-603.

[3] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 7.

قانونا حال حياته إذا كان غائبا في القيام بالأمور المستعجلة، **كما خ**ولها القانون الولاية على القصر **بعد وفاة الأب، ومنحها القاضي حق** الولاية عليهم في حالة الطلاق إذا أسندت لها الحضانة وهو الغالب.

الفرع الثاني: شروط الولاية الأصلية على مال القاصر

سبق القول بأن الولاية الأصلية هي ولاية قانونية ذلك أن الأب أو الجد أو الأم كل منهم يستمد ولايته من القانون وفقا للمادة 87 من قانون الأسرة، هذا الأخير الذي لا يتضمن نصا بخصوص شروط الولاية مثلما هو مقرر بالنسبة للوصاية التي نصت على شروطها المادة 93 من ق.أ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تطبق هذه الشروط على الولاية الأصلية، مع إضافة شروط أخرى ذلك أنه من غير المنطقي أن يستدل بالفرع على الأصل.

وقد سبق بيان هذه الشروط في معرض أحكام الولاية على نفس القاصر وهي البلوغ والعقل(**كمال الأهلية**)[1] والإسلام والقدرة والعدالة والذكورة ويضيف الفقهاء شرط الحرية[2] وهو أمر غاية في الأهمية ولا ينظر له من حيث كون مسألة الرق أصبحت مسألة تاريخية وإنما ضرورة انتفاء عنصر الإكراه **مصداقا لقوله جل وعلا:**" لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ "[3].

أولا: أن يكون الولي أهلا لمباشرة الولاية

وهذا الشرط يجمع بين عدة عناصر البلوغ والعقل والرشد، هذا الأخير الذي يعني حسن التصرف في الأمور ذلك أن الرشد ضد السفه وسوء التدبير، وقد أجمع الفقهاء منهم أبو حنيفة ومالك وأحمد ويذهب الشافعي إلى أن الرشد هو الصلاح في الدين والمال معا والمقصود بالصلاح في الدين ألا يقترف محرما يسقط العدالة وفي المال ألا يبذر[4]، على أن الرشد هو حسن التصرف في المال والقدرة على استثماره واستغلاله استغلالا حسنا وهذا يعني أنه

[1] تنص المادة 49 من ق.ن.ع.م.ر.ق على ما يلي:" يشترط في الولي أن يكون بالغا، عاقلا، أمينا، قادرا على القيام بمهام الولاية".
[2] السيد سابق، مرجع سابق، ص 111.
[3] الآية 256 من سورة البقرة.
[4] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 146.

الصلاح في المال **فقط**[1]، **فالسفيه كما مر معنا هو الذي ينفق** ماله بغير ضابط من العقل فيعمل على تبذيره على غير مقتضى الشرع والعقل والحكمة لذا يحجر عليه حفظا لماله بسبب طروء عارض أنقص من أهليته ومن باب أولى لا يمكنه أن يلي أمر غيره لذات العلة[2].

وعليه فلا ولاية للصبي ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه لسقوط التكليف الشرعي عنهم ويصبحون تبعا لهذا

بحاجة إلى من يرعى مصالحهم ومن ثم لا تصح ولايتهم سواء كانت قاصرة **(الولاية على نفسه)** ومن باب أولى إذا **كانت متعدية** (الولاية على غيره)، وقررنا فيما سبق أن علة الولاية هي المصلحة ولا يمكن لهؤلاء إدراكها في تولي **أمورهم فضلا عن** تدبير شؤون غيرهم، وفي هذا المعنى **نصت المادة 2 من قانون الولاية على المال المصري على ما يلي:**"لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق بماله هو ..."

ثانيا: أن يكون الولي مسلما

وقد عبر عنه في **التشريع المصري عن ضرورة اتحاد** الدين بالنظر إلى النظام الطائفي السائد في هذا البلد **ولكنه** لم يورده في شروط الولي وإنما وضع هذا الشرط بالنسبة لوصي القاصر حيث يرى الدكتور كمال حمدي أنه لا **مانع أن** ينصرف هذا الحكم للولي[3]، ذلك أنه لا يجوز لغير المسلم أن يكون وليا على مسلم قال تعالى:" **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**"[4] **وقال أيضا** "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ **بَعْضٍ وَمَنْ** يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ"[5]. **وقوله جل وعلا :"وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"**[6].

---

[1] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع نفسه، **نفس الصفحة**.

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، **ص 605**.

[3] كمال حمدي، المرجع السابق، ص 37.

[4] **الآية 141 من سورة النساء**.

[5] **الآية 51 من سورة المائدة**.

[6] **الآية 73 من سورة الأنفال**.

وأما إن كان المولى عليه غير مسلم فلا ينطبق شرط الإسلام ويليه شخص يعتنق ملته وقد أقر القرآن الكريم الولاية على هذا النحو حيث قال سبحانه وتعالى:" وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ "[1]، وقال أيضا:" لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ"[2].

ثالثا: أن يكون الولي أمينا

الأمانة شرط مستقل عن العدالة، ذلك أن العدالة ضد الجور، وهي الاستقامة على طريق الحق بالاختيار عما هو محظور دينا كما تعتبر صفة تجب مراعاتها والتحرز بما يخل بالمروءة عادة وظاهرا[3]، وأما الأمانة فهي ضد الخيانة[4] والمقصود بها كل ما عهد به إلى الإنسان من التكاليف الشرعية وغيرها وتكون في الأهل والمال[5]، ولهذا يجب على الولي ألا يتصف بالفسق إلى حد التهتك حتى لا يضر بمصالح القاصر المالية قال تعالى:" أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ"[6].

رابعا: إشكالية الذكورة في الفقه الإسلامي وحكمها في التشريع الجزائري

يذهب جمهور الفقهاء كما بينا في الولاية على النفس إلى اشتراط الذكورة في الولي خلافا لأبي حنيفة الذي يثبت الولاية للمرأة عند عدم وجود العصبة من الرجال، ومن ثم تتقرر الولاية لجميع الأقارب بصرف النظر عن مسألة الجنس، غير أن المشرع الجزائري خالف جمهور الفقهاء وأثبت الولاية للأم على أولادها القصر بعد وفاة الأب أو حال حياته وكان غائبا أو حصل له مانع فتحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة، كذلك خالف المشرع مذهب أبي حنيفة عندما أقر الولاية للمرأة عند عدم وجود العصبة وهذا تفرد في حكم مسألة الذكورة مخالفا الفقه الإسلامي.

---

[1] الآية 73 من سورة الأنفال.

[2] الآية 28 من سورة آل عمران.

[3] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 480.

[4] وتعني هنا التفرقة بين الخيانة والمصطلحات المشابهة لها كالسرقة وغيرها، ورد في كتاب فقه السنة :" إذا أخذ المال سرا من حرز مثله كان سرقة، وإن أخذ مكابرة كان محاربة، وإن اخذ استيلاء كان اختلاسا، وإن اخذ ما كان له مؤتمنا عليه كان خيانة" انظر السيد سابق، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 236.

[5] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع نفسه، الجزء الأول، ص 283.

[6] الآية 18 من سورة السجدة.

الفرع الثالث: أصحاب الحق في الولاية على القاصر وتحديد مراتبهم

تقضي القاعدة العامة بأن ولي الصبي هو أبوه إن وجد له أب يتمتع بالأهلية الكاملة لممارسة الولاية على ماله، وما سوى الأب فيه تفصيل سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي نتناوله على النحو التالي:

أولا: ترتيب الأولياء على مال القاصر في الفقه الإسلامي

أخذ الحنفية فيما يتعلق بولاية الصغير على أمواله بالترتيب التالي: تثبت الولاية على القاصر للأب ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ثم للجد **وإن علا** ثم لوصيه ثم لوصي وصيه ثم الوالي ثم القاضي أو **وصيه الذي ينصبه ولا تصح الولاية** العامة مع إمكان الولاية الخاصة ولا ولاية للأم في باب المال ومن باب أولى لا يجوز لوصيها **سوى حفظ تركتها دون** أن يتعدى ذلك لمال الصبي[1].

بينما يأخذ المالكية والحنابلة بالترتيب التالي: تثبت الولاية على القاصر للأب ثم وصيه ثم الحاكم وإلا **لجماعة المسلمين**[2]، وقد تفرد الشافعية في تقديم الجد **الصحيح** على وصي الأب في الولاية على **مال القاصر وهذا هو ترتيبهم:** تثبت الولاية للأب ثم **لأبي أبيه وإن علا** ثم لوصي من تأخر موته من الأب أو الجد ثم القاضي والراجح في المذهب الشافعي أن الأم لا ولاية لها إلا إذا أقامها الأب **أو الجد أو القاضي والحكم** ذاته ينطبق على غيرها من باقي العصبات[3].

ثانيا: ترتيب الأولياء على مال القاصر في القانون الوضعي

لقد أخذت أغلب التشريعات العربية بأحكام الفقه الإسلامي فيما يخص ترتيب الأولياء على مال القاصر **سواء تم ذلك بطريق مباشر**[4] أو غير مباشر[5]**،** والأمثلة متعددة في هذا الخصوص نذكر من **ذلك المادة 223 من**

[1] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص 354-355.

[2] **رمضان علي السيد الشرنباصي**- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، المرجع نفسه، 223.

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 356.

[4] نعني بالطريق المباشر النص صراحة في القانون على الترتيب المعتمد في المذهب المتبع.

[5] يقصد بالطريق غير المباشر عدم النص على ترتيب الأولياء في القانون والإحالة إلى مذهب معين يؤخذ منه هذا الحكم.

قانون الأحوال الشخصية الأردني[1] **وكذا المادة 188 من قانون الأحوال الشخصية** الإماراتي[2] **وكذا التشريع المصري**[3] في حين هناك تشريعات أخذت بالراجح من الفقه الإسلامي ومعيار هذا الرُّجْحَان **هو مراعاة أحوال** المجتمع.

حيث أفصحت المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية أن الولاية للأب على أولاده بحكم الشرع ما لم يتم **تجريده** منها بحكم قضائي وتقوم الأم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب. **على أنه** يجوز **للأب** أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل كما له أن يرجع عن إيصائه على أنه **تُعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها طبقا للمادة 237 من ذات المدونة**[4].

السؤال الذي يتبادر الأذهان هو ما هو المذهب الذي اعتمده المشرع الجزائري في ترتيبه للأولياء؟ **الحقيقة أن المادة 87** من قانون الأسرة قد بدأت بالأب في مقدمة الأولياء وهذا لا خلاف فيه بين المذاهب ثم تأتي الأم في المرتبة **الثانية** وهذا لم يقل به أحد من أصحاب هذه المذاهب **وقد** ميز المشرع بين أمرين، يتعلق أولهما بحالة كون الأب على **قيد الحياة وكان غائبا أو حصل له** مانع فهنا تحل الأم محله في القيام بالأمور **المستعجلة** وتبعا لهذا تنتقل الولاية بقوة القانون إلى الأم، والحالة الثانية مفادها وفاة الأب فتحل الأم محله، ثم منح المشرع الرتبة الثالثة للجد دون أن يفصح عن كونه الجد الصحيح كما سبق بيانه وتثبت له الولاية على الأولاد في حالتين، الحالة الأولى تكون بعد وفاة الأب **والأم** ومقتضى الحالة الثانية حال حياة الأم وثبوت عدم أهليتها لتولي أمور الأولاد.

---

[1] **تنص المادة 223 من** قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يلي:" **مع مراعاة المادة 14** من هذا القانون، ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة".

[2] **القانون رقم 28 لسنة 2005 المتضمن** قانون الأحوال الشخصية الإماراتي **حيث تنص المادة 188 منه على ما يلي:**" الولاية على المال للأب وحده ثم لوصيه إن وجد ثم للجد الصحيح ثم لوصيه إن وجد ثم للقاضي، ولا يجوز لأحد منهم التخلي عن ولايته إلا بإذن من المحكمة".

[3] تنص المادة الأولى من قانون الولاية على المال على ترتيب أصحاب الحق في للولاية على المال بصورة مباشرة، وفي باقي مسائل الأحوال الشخصية التي لم يرد بشأنها نص يرجع فيها إلى الراجح من أقوال مذهب أبي حنيفة حيث **تنص المادة 1/3 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ما يلي:**" **تصدر الأحكام** طبقا لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد في شأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

[4] **وبعيد عن مسالة ترتيب الاولياء اشارت المادة 400** من مدونة الأسرة المغربية إلى أنه كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي **والاجتهاد** الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، وهكذا تركت المجال رحبا حيث أنها لم تشر إلى الأخذ من المذهب المالكي بالدرجة الأولى لأنها استعملت حرف العطف "**الواو**" **من جهة، ومن جهة أخرى معلوم أن الإجتهاد يؤخذ به وفقا للدليل ولكل قاض اقتناعه الخاص** فوسعت بذلك المادة المجال **للاستدلال.**

ثم إن المشرع لم ينص صراحة على ولاية الجد للقصر وإنما نستشف ذلك من المادة 92 من ق.أ التي تنص على أنه يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للقاصر فأنى له هذه المكنة ولم تتقرر له الولاية؟[1]، كما تقضي المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية بأن الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب، ويلاحظ هنا عدم ذكر حالة الغيبة مع المانع وإنما جعلها كشرط لولاية الأم كما هو مقرر في حالة وفاة الأب وكذا حالة فقد أهليته وفي جميع الحالات يتعين أن تكون الأم راشدة وفقا للمادة 238 من مدونة الأسرة المغربية.

كما أنه يجوز للأب - دون الجد- وفقا للمادة 237 من مدونة الأسرة المغربية تعيين وصي على ولده المحجور أو الحمل وله حق الرجوع عن إيصائه، تختلف هذه المادة عما هو مقرر في قانون الأسرة الجزائري في نقطتين حيث يتقرر الحجر للقاصر في التشريع المغربي[2] ولا يثبت له ذلك في التشريع الجزائري، الأمر الثاني وهو أن الجد لم يرد ذكره في مسائل الولاية طبقا للمادة 237 من المدونة بخلاف المادة 92 من ق.أ، بل وقد ذهب المشرع المغربي إلى أبعد من هذا وأجاز للأم بموجب المادة 238 من المدونة تعيين وصي لولدها المحجور عليه ولها أن ترجع عن هذا الإيصاء وهو حكم مقرر للجد في التشريع الجزائري، وأما بالنسبة لمسألة ترتيب الأولياء على المال في التشريع المغربي فقررت المادة 231 من مدونة الأسرة المغربية الترتيب التالي: صاحب النيابة الشرعية هو الأب الراشد ثم الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، ثم وصي الأب، ثم وصي الأم، ثم القاضي، ثم مقدم القاضي.

المطلب الثاني: أحكام الولاية الأصلية على مال القاصر

إن التعرف على واجبات الولي قبل المولى عليه القاصر ونطاقها يفيد في معرفة كيفية إنهاء الولاية على مال القاصر أو سحبها المؤقت منه، وما إذا كان المشرع الجزائري قد ساير الفقه الإسلامي في هذا الخصوص وفي ذات

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 602.

[2] تنص المادة 218 /1 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:"ينتهي الحجر عن القاصر إذا بلغ سن الرشد، ما لم يحجر عليه لداع آخر ".

الوقت موقعه في التشريعات العربية خاصة في ظل التعديلات التي أجريت على قوانينها في مجال الأحوال الشخصية، كما أن انتهاء الولاية على مال القاصر لأي سبب من الأسباب تكون الغاية منه حفظ أموال القاصر الذي يكون في الغالب بسبب عدم حرص الولي أثناء التصرف في أموال القاصر وكذلك حالة زوال أهلية الولي، إلا أنه يمكن للولي استرداد هذه الولاية بزوال السبب الذي أدى إلى انقضائها، وبناء على ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين نعرض في الأول سلطات الولي وحدودها ثم نتناول في الفرع الثاني مسقطات الولاية على مال القاصر واستردادها.

الفرع الأول: سلطات وواجبات الأولياء وجزاء الإخلال بها

تجب الإشارة في البداية إلى أن سلطات الولي يحددها القانون ذلك أن طبيعة الولاية على مال القاصر قانونية كما سبق بيانه، فالأب والجد والأم يستمدون ولايتهم من القانون ولا يجتاحون إلى صدور حكم من جهة قضائية تحكم بتعيينهم، فهل يسوغ للولي أن يتصرف في أموال القاصر؟ وإن صح ذلك فإلى أي مدى يمكنه ذلك؟ نجيب عن هذا التساؤل في القانون الوضعي والفقه الإسلامي مع بيان موقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة.

أولا: سلطات الولي على مال القاصر وحدودها

إن سلطات الولي على أموال القاصر ليست على إطلاقها حيث ترد عليها قيود، وتقضي القاعدة العامة بأن الولاية تعم كل أموال القاصر وهو ما يستشف من المادة 88 من ق.أ، ولم يحدد المشرع الجزائري من هو الولي وترك اللفظ على إطلاقه ليعم الأب والأم والجد بخلاف المشرع المصري الذي يعمد تارة إلى استعمال مصطلح الولي في النص وتارة أخرى مصطلح الأب وفي بعض النصوص مصطلح الجد، وعلى هذا الأساس تختلف هذه السلطات ويضيق ويتسع نطاقها في التشريع المصري تبعا للقائم بها، وبناء على ما سبق نتطرق إلى سلطات الأولياء على أموال القصر ثم نبين نطاق هذه السلطات.

نشير إلى أن الفقه يقسم العقود إلى أربعة أقسام، يتعلق الأول بعقود الاغتناء وتعتبر من ضمن الأعمال النافعة نفعا محضا، والنوع الثاني والثالث يضم عقود الإدارة والتصرف وهي من قبيل الأعمال المترددة بين النفع

والضرر، ويتعلق النوع الرابع بعقود التبرع وهي التي تكون فيها الأعمال ضارة بالشخص ضررا محضا، وبديهي أن كامل الأهلية يجيز له القانون مباشرتها جميعا، في حين أن من كانت أهليته ناقصة لا يمكنه مباشر عقود التصرف ومن باب أولى **لا** يجوز له إبرام عقود التبرع، وأما فاقد الأهلية فليس أهلا لمباشرة أي عقد منها مهما كان نوعه[1]**،كما أن إدارة** الولي لأموال القاصر أو التصرف فيها تكون على ثلاثة أضرب:

1. بالنسبة للتصرفات النافعة له نفعا محضا

يكون حكم هذه التصرفات الصحة كقبول الولي التبرعات لفائدة القاصر غير المعلقة على شرط أو المثقلة **بالتزامات، وإذا كانت واقفة على شرط أو مولدة لالتزامات على عاتق** لقاصر تعين استئذان القاضي بشأنها حيث **تنص 3 من ق.و.م على أنه** لا يدخل في **الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق** التبرع **إذا** اشترط المتبرع ذلك**، وهو نفس مضمون المادة 189 من قانون الأحوال الشخصية** الإماراتي**، كما تنص المادة 7 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري لسنة** 2004[2] **على أن** الولي **ملزم بالقيام على رعاية أموال القاصر فيعمل على إدارتها والتصرف فيها مراعيا الأحكام القانونية،** غير أنه لا **تسري أحكام الولاية على ما يؤول للقاصر** من مال بطريق التبرع من غير **وليه** متى اشترط المتبرع ذلك وتكون الهيئة[3] وصياً لإدارة هذا المال[4].

وتفيد المادة 226 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأن كل القيود الواردة على سلطة الولي لا تسري على المال الذي آل منه إلى القاصر على سبيل التبرع ولو كان ذلك بطريق غير مباشر، كما **أنه يمكن للأم ولكل** متبرع اشتراط ما يقيد سلطة الولي أو الوصي في التصرف في المال الذي تم التبرع به وكذا إدارته مع مراعاة مصلحة

---

[1] كمال حمدي، مرجع سابق، ص6-7.

[2] **قانون الولاية على أموال القاصرين رقم (40) لسنة 2004 الذي يلغي القانون رقم (20) لسنة 1996.**

[3] عرفها المشرع القطري في المادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين بأنها الهيئة العامة لشؤون القاصرين، وقد صدر بشأنها قرار أميري رقم **41 لسنة 2014 يتعلق** بتنظيم الهيئة العامة لشؤون **القاصرين مؤلف من 25 مادة.**

[4] ويستثنى من هذا الحكم ما جاء في المادة 11 من نفس القانون التي تقضي بأنه **لا تسري القيود الواردة** في هذا القانون على ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه سواء كان التبرع صريحاً أو مستترا ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا **المال.**

القاصر[1]، وتقضي المادة 239 من مدونة الأسرة المغربية بأنه يمكن للأم وكذا لكل متبرع أن يشترط حال تبرعه بمال على المحجور عليه –قد يكون قاصرا في التشريع المغربي- ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال المتبرع به على أن يكون هذا الشرط نافذ المفعول، ولا يوجد نظير لهذه النصوص في التشريع الجزائري.

2. بالنسبة للتصرفات الضارة به ضررا محضا

إن التصرفات التي يجريها الولي ولا تعود على القاصر بالنفع يكون حكمها البطلان المطلق، فبيع العقار مثلا إذا ترتب عنه غبن فاحش فإن هذا حتما يضر بمصلحة القاصر ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتم هذا التصرف وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لأنه من النظام العام، كما أن مضمون المادة 5 من قانون الولاية على المال المصري[2] يورد استثناء على التصرفات الضارة بالقاصر وعلى ذلك يعتبر التبرع بمال القاصر صحيحا إذا كان لأداء واجب إنساني أو عائلي ولا يتم إلا بعد الحصول على إذن من القاضي وفي هذا ضمانة كافية لحماية مال القاصر[3].

ولا يوجد مقابل لهذا الحكم في التشريع الجزائري، وعلى هذا لا يجوز للنائب القانوني وليا كان أو وصيا أو مقدما أن يقوم بأعمال التبرع من مال القاصر بأي حال من الأحوال[4] وهذا استنادا إلى القواعد العامة مادام أن التبرع بمال القاصر يؤدي إلى انتقاص أو افتقار ذمته المالية، ولهذا السبب حظرت بعض التشريعات صراحة هذا التصرف وهو موقف المشرع السوري من خلال نص المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية بقولها:" لا ينتزع مال القاصر من يد الأب والجد العصبي ما لم تثبت خيانته أو سوء تصرفاته وليس لأحدهما التبرع بمال القاصر أو بمنافعه أصلاً ولا بيع عقاره أو رهنه إلا بإذن القاضي بعد تحقق المسوغ".

[1] أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد - الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج -، مرجع سابق، ص 241.

[2] تنص المادة 5 من ق.و.م على ما يأتي:"لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن من المحكمة"

[3] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 9.

[4] علي فيلالي، مرجع سابق، ص 235.

3. بالنسبة للتصرفات المترددة بين النفع والضرر

قد يُقدم الولي على بعض الأعمال التي تعتبر من صميم سلطاته كأعمال الإدارة أو التصرف في أموال القاصر[1] فهنا وجب على الولي أن يكون حريصا على أموال القاصر وإلا ترتبت مسؤوليته طبقا للقانون العام حسب مضمون المادة 88 من ق.أ ومادام أن المشرع قد استعمل لفظ الولي على إطلاقه فإن هذا ينصرف حتما إلى الأب والأم والجد ، ويتعين على الولي أن يستأذن القاضي في جملة من التصرفات نفصل فيها وفق الترتيب الذي اعتمده المشرع ثم نضيف حالات أخرى وردت في التشريع المقارن.

أ. بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة

نبين حكم هذه التصرفات التي يجريها الولي لمصلحة القاصر حسب كل صورة على أن نبين الحدود التي رسمها القانون على النحو التالي:

الصورة الأولى: بيع العقار

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح بيع[2]، بينما استعمل المشرع المصري لفظ تصرف في المادتين 6 و7 من قانون الولاية على المال، وأما بخصوص المادة 6 فقد قضت بأنه لا يسوغ للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو أقارب زوجته إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن من المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه، ولا يوجد مقابل لهذا النص في التشريع الجزائري غير أنه يستشف هذا الحكم من القواعد العامة الخاصة بالبيع التي نصت عليها المادة 410 من القانون المدني التي تنص على ما يلي:" لا يجوز لمن ينوب عن

---

[1] بالنسبة لأعمال الإدارة والتصرفات البسيطة يتصرف الولي في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص وكأنه يتصرف في ماله وفي حال ارتكابه لغش أو تدليس يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات المسؤولية المدنية والجزائية، بيد أنه يتعين أخذ إذن من القضاء إزاء التصرفات التي نصت عليها المادة 88 من ق.أ حيث يمنح الترخيص بموجب أمر على عريضة من قبل قاضي شؤون الأسرة. انظر لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، مرجع سابق، ص 94.

[2] عرف المشرع الجزائري عقد البيع في المادة 351 من ق.م بأنه عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي. ويعرف شرعا بأنه مبادلة المال بالمال على وجه مخصوص (انظر عبد الرحمن الجزيري، ج3، ص 148، وعرفه السيد سابق بأنه مبادلة مال بمال على سبيل التراضي(انظر فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص 126).

غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة **والواردة** في نصوص قانونية أخرى".

بناء على النصين السابقين يتضح أن سلطة الولي تضيق بخصوص مسألة التصرف في أموال القاصر فليس له مطلق الحرية لإبرام أي تصرف إزاءها وإلا وقع باطلا بطلانا مطلقا، وهذا الحكم ينصرف إلى الأب والجد على حد **سواء، وإذا** تعارضت مصلحة الولي **مع مصلحة القاصر فللقاضي أن يعين متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة وهذا ما أشارت إليه المادة 90 من قانون الأسرة**[1].

وبديهي أن الفقه الإسلامي يعترف بالحجر على الصبي وقد حذت حذوه التشريعات العربية، بينما لا نجد مثل هذا الحكم في التشريع الجزائري **وإنما** اكتفى هذا الأخير بنظام الولاية على القاصر، وغني عن البيان أنه يجب على الولي أن يقوم مقام القاصر في إبرام التصرفات التي تقتضيها مصلحته، وقد تم التفصيل في مسألة جواز بيع الولي لعقار الصبي كنموذج للسلطات المخولة شرعا للولي وذلك في كتاب الفقه على المذاهب **الأربعة ويجب توافر** جملة **من الشروط** طبقا لهذا المؤلَف **لجواز تصرف** الولي في مال القاصر في بعض الأمور على خلاف بين المذاهب **الأربعة** نلخصه في ما يلي:

---

[1] وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار لها ملف رقم 187692 **بتاريخ** 1997/12/23 ورد في مقتضياته ما يلي: **(من المقرر قانونا أنه تكون الأسباب أساس الحكم ". ومن المقرر أيضا أنه** " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي **متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".**

ولما ثبت – في قضية الحال– أن قضاة الموضوع لما حققوا التعويض الذي طالبت به الضحية (الأم) لجبر الضرر الذي أصابها من جراء قتل ابنتها دون أن يبينوا عناصر التعويض بصفة قانونية ولم يميزوا بين التعويض المعنوي **و المادي يكونون قد خالفوا القانون.**

كما أنه يتعين على المحكمة إرجاء الفصل في الدعوى المدنية وصرف الطاعنة أمام المحكمة لاستصدار أمر بتعيين متصرف لصالح الضحيتين **القاصرتين باعتبار** أن مصالحهما متناقضة مع مصالح الولي الشرعي المتهم بقتل ابنته **(غ.و.ل)** ومحاولة قتل ابنته **(ه.و.أ) والمحكوم عليه بالسجن المؤبد وبإسقاط السلطة الأبوية** عنه وتحويلها إلى الأم يكونوا **بذلك قد عرضوا قرارهم للنقض). م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم** 159493 **بتاريخ** 1998/03/24، غير منشور ومقتبس من كتاب قانون الأسرة للأستاذ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 442-443.

يرى الحنفية[1] بجواز بيع الأب لمال ابنه القاصر أو شرائه منه لنفسه على أن هذا العقد لا يتم بإيجاب وقبول ويشترط أن يمثل البيع والشراء قيمته للقول بصحته أو بغبن يسير يجري عليه العرف بين الناس، فإن كان الغبن فاحشا فإن التصرف لا يصح وبإمكان القاضي تعيين وكيل عن الصبي يقبض الثمن من أبيه ثم يرده إليه، كما أن جواز بيع الأب مال الصبي لأجنبي يتوقف على شرطين وهما أن يكون بمثل القيمة فأكثر وأن يكون الأب يتمتع بسيرة حسنة بين عشيرته وفي حالة ميسرة، ونفس الحكم مقرر لوصي الأب عند أبي حنيفة وخالفه صاحباه[2] **بعدم جواز ذلك** واشترطا لجوازه أن يكون فيه خير للصبي وفسرا الخيرية بزيادة قيمة المبيع بثلث القيمة، كما يتعين أن يشتمل العقد على الإيجاب والقبول ويستثنى من هذا الأب كما تقدم. ولصحة بيع الوصي لمال الصبي يكفي أن يتحقق أحد الأمور **الثلاثة وهي** : أن يتم البيع بضعف قيمته، وأن يكون القاصر في حاجة إلى ثمنه، وأن يكون على الميت دين لا يمكن الوفاء به إلا بهذا المبيع.

كما ذهب المالكية[3] إلى جواز بيع الأب لمال ولده الصغير وشرائه منه واشترطوا لصحة ذلك أن تكون مصلحة للصغير وإلا كان مآل العقد الفسخ وفي حال ضياع المبيع يغرم الأب قيمته سواء كان ذا عسرة أو ميسور الحال، والحكم واحد إذا كان محل البيع عقارا أو منقولا، ولا يصح بيع الوصي لمال الصغير إلا بتوافر أحد **الأمور التالية:** أن يكون البيع لسد حاجة كالدين أو النفقة ولا سبيل لذلك سوى ثمن المبيع، **أو أن يكون ريع العين المبيعة** ضئيل أو معدوم، أن يكون بيع الدار أولى من تعميرها وذلك خشية خرابها، **أو** أن يتم البيع بزيادة الثلث على ثمن **المثل فأكثر. وبالنسبة للحاكم يمكنه بيع** مال اليتيم الذي لم يجعل له أبوه وصيا عنه مع توافر عنصر الضرورة وعدة شروط منها أن يثبت يُتْمَ الصبي **أو** أن يكون مهملا لم يعين له وصي، **وأن يثبت ملك اليتيم للعين المراد بيعها، وأن** يتم معاينة العقار من قبل جماعة ينصبهم القاضي لهذا الغرض، **وأن يشهر المبيع وينادى عليه ويعلن عنه،** كما يشترط

[1] ابن الجزيري، مرجع سابق، ص 357- 360.

[2] الصاحبان هما أبو يوسف القاضي ومحمد بن الحسن الشيباني.

[3] ابن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص360-362.

ألا يوجد من مشتر **يرغب الزيادة على الثمن الذي أعطي فيه، وأن يكون الثمن المثل فأكثر، وأن يكون المبيع عينا فلا** تصح عروض التجارة لئلا يطرأ عليها رخص فيجحف بحق الصبي، وأن يكون حالا **لئلا يفلس صاحبه فتتفرق الصفقة** على الصغير، **وأن يُشهد على البيع ويُضَمّن** شهادة الشهود في سجل.

ويجيز أيضا الشافعية[1] للولي بيع عقار الصبي المملوك للمولى عليه القاصر إذا تحقق أحد الأمرين وهما أن تقوم حاجة إلى بيعه كنفقة وغيرها لم يكف غلة العقار لسدها، أو أن يكون في بيعه مصلحة ظاهرة للمولى عليه القاصر **حيث تكون** الصفقة رابحة بقيمة أكثر من ثمن مثله. **وأما الحنابلة**[2] فلم يجيزوا شراء الولي مال الصبي لنفسه ولا رهنه إلا إذا كان أبا فله فعل ذلك لأن الأب أدرى بمصلحة ولده ويسعى لإثراء ذمته المالية بخلاف الغير، غير أنه يجوز للولي سواء كان أبا أو غيره بيع عقار القاصر متى توافرت المصلحة ولو لم تحصل الزيادة على ثمن المثل كحاجة القاصر إلى النفقة أو مخافة هلاك العقار أو كان في بيع العقار صفقة تؤدي إلى إثراء ذمة القاصر إلى حد كبير وغيرها من الحاجات التي تعود على القاصر بالنفع.

وأما في القوانين الوضعية فقد شدد المشرع القطري في شروط **البيع تأسيا بالفقه الإسلامي حيث تنص المادة 41 من قانون الولاية على أموال القاصرين على أن القاضي يأذن للوصي المختار ببيع العقار المملوك للقاصر إذا ثبت لديه أن الضرورة أو المصلحة تقتضي ذلك، وأن العقار محل البيع أولى بهذه العملية** من غيره، إضافة إلى **أن يتم البيع بثمن حال دون وجود** ثمن أعلى منه، ومن ثم **يصدر القاضي الإذن وهذا** بعد أخذ رأي الهيئة.

وقد مددت المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري منع الولي من التصرف في **المحل التجاري والأوراق المالية واعتمدت معيار القيمة المالية لبيان حكم التصرف وقصرت عدم جواز التصرف** على الأب ولم يستعمل المشرع المصري لفظ الولي على إطلاقه كما هو وارد في المادة السادسة من نفس القانون، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة أنه يجوز

[1] ابن الجزيري، نفس المرجع، ص 362.

[2] ابن الجزيري، نفس المرجع، نفس الصفحة.

التصرف في مال القاصر إذا كانت قيمة المال المتصرف فيه لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه إذا لم يتم التصرف لنفس القاصر والأشخاص المبينين في المادة 6 من قانون الولاية على المال، وإذا قدرت المحكمة أنه من شأن التصرف تعريض مال القاصر للخطر أو كان فيه غبن يتجاوز خمس قيمة المال المراد التصرف فيه فبإمكانها رفض طلب الأب المتضمن التصرف في مال القاصر على أن المشرع المصري لم يقصد من هذا الحكم فرض قيد على سلطة الولي بقدر ما قصد تدبير إجراء وقائي لفائدة القاصر يجد أساسه في الشريعة الإسلامية[1].

يتبن مما سبق من أقوال فقهاء الشريعة وما هو وارد في التشريعات الوضعية أن بيع الولي لعقار القاصر يستوجب أمرين:

أولهما: وجود مسوغ لبيع العقار، وقد عدد فقهاء الشريعة هذه المسوغات وهي (1) أن يكون القاصر بحاجة إلى إنفاق، (2) وجود دين في ذمة القاصر، (3) تنفيذ وصية الموصي عند عدم كفاية التركة بشرط ألا يترتب غبن فاحش، (4) حيازة العقار من قبل متغلب ولا يمكن نزعه من يده إلا بدفع ثمن لا غبن فيه، (5) إذا كانت غلات العقار تقل عن نفقاته فيتعين بيعه وشراء بثمنه ما يعود بالنفع على القاصر، (6) إذا خيف على العقار النقصان كأن يكون موقعه عند ضفاف النهر[2].

ثانيهما: أن يترتب على البيع نفع بيِّن للقاصر[3].

الصورة الثانية: قسمة العقار

وأما بشأن قسمة العقار بين الشركاء على الشيوع وكان بينهم قاصر فيتعين إتباع الإجراءات التي ينص عليها القانون، تنص في هذا القبيل المادة 723 من القانون المدني على ما يلي:"يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي ينص

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية نعلى المال، مرجع سابق، ص 29.
[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 479-480.
[3] محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 479.

عليها القانون"، ويحيلنا هذا النص إلى المواد 783 من ق.إ.م.إ وما بعدها المتعلقة بالبيوع العقارية لناقص الأهلية والتي يتم بيعها بالمزاد العلني وهو عين الصواب لما فيه من حماية للقاصر.

تفيد في هذا القبيل المادة 89 من قانون الأسرة بأنه يتعين على الولي أن يستأذن المحكمة بشأن قسمة العقار على أن القاضي يتوجب عليه مراعاة حالتي الضرورة والمصلحة في الإذن وأن يتم البيع بالمزاد العلني، وسيأتي عرض هذه الإجراءات في الموضع المخصص لها، كما يحيلنا نص المادة 723 من القانون المدني إلى نص المادة 2/181 من قانون الأسرة المتعلقة بقسمة التركات المملوكة على الشيوع وذلك في حالة وجود قاصر بين الورثة فيتعين أن تجري القسمة عن طريق القضاء.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها ما مفاده :"من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر وفي رفع الدعوى، وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون.

ومتى كان كذلك، استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"[1].

الصورة الثالثة: رهن العقار

كما أنه لا يجوز للولي رهن[1] العقار المملوك للقاصر لقاء دين في ذمته إلا بعد أخذ موافقة المحكمة وإلا ترتبت مسؤوليته طبقا لمقتضيات القانون العام، وقد نص عليه المشرع في القواعد العامة وبالضبط في المواد 882 وما

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 51282 بتاريخ 1988/12/19، م.ق، ع2، 1991، ص63.

[1] يعرف الرهن شرعا بأنه جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين بحيث يمكن أخذ ذلك الدين أو أخذ بعضه من تلك العين. انظر السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص 187. وعرفه أبو بكر جابر الجزائري بأنه توثيق دين بعين يمكن استيفاؤها منها أو من ثمنها، منهاج المسلم، المرجع السابق، ص 395.

بعدها من القانون المدني فيما يخص الرهن الرسمي[1]، وكذا المواد 948 وما يليها فيما يتعلق بالرهن الحيازي[2]، وما يلاحظ على نص المادة 88 من ق.أ أن مصطلح الرهن جاء على إطلاقه مما يستتبع معه تعلق الحكم بنوعي الرهن، ويعرف الرهن الرسمي بأنه (حق عيني تبعي يكسبه الدائن على عقار بمقتضى عقد رسمي بينه وبين مالك العقار ويكون له بمقتضاه أن يتقدم غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار في أي يد يكون)[3].

ويلاحظ أن هذا التعريف كيف الرهن الرسمي بأنه حق تبعي وليس عقد بخلاف المشرع الجزائري والمشرع المصري، كما أن الدائن وفقا لهذا التعريف بإمكانه ممارسة هذا الحق على كل ما يحل محل العقار المرهون بخلاف التعريف الذي أورده المشرع الذي يفهم من خلاله أن الدائن المرتهن لا يمكنه أن يمارس حقه في التقدم سوى على ثمن العقار المرهون عندما يباع، وهذا يناقض مضمون المادة 907[4] من ق.م التي يقابلها المادة 1056 من القانون المدني المصري[5]، ونفس الملاحظات تسجل على تعريف الرهن الحيازي[6].

وقد قيد المشرع حرية الولي في مجموع الأعمال التي يجريها لمصلحة القاصر وتتسبب في ضياع ماله، وإذا باشر الولي حالات عدم الجواز وقع التصرف باطلا وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال التي أفصحت عن أن مجرد الخروج على هذا النص يترتب عليه البطلان المطلق[1]، كما أن المادة 6 من قانون الولاية والحظر

---

[1] عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي بموجب المادة 882 من ق.م بأنه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان.

[2] عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي بموجب المادة 948 من ق.م. بأنه عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني –التأمينات العينية- ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 19.

[4] تنص المادة 907 من ق.م على ما يلي:"يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار ، بحسب مرتبة كل واحد منهم ولو كانوا اجروا القيد في يوم واحد"

[5] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها.

[6] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 217.

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 20.

الموجود في المادة 6 من ق.و.م هو قيد على سلطة الولي بعموم اللفظ غير أن المادة 13 من نفس القانون أجازت للأب دون غيره بصفته وليا أن يتصرف فيما كان قد تبرع به لابنه القاصر بما في ذلك التبرع لنفسه ودون حاجة لاستصدار إذن من المحكمة[1]، وقد قيد المشرع الجزائري سلطة الولي بالإذن في مسألة الرهن بصورة مطلقة وهو مضمون المادة 88 من قانون الأسرة.

الصورة الرابعة : إجراء المصالحة

كما أنه لا يجوز إجراء المصالحة[2] من قبل الولي بشأن عقار مملوك للقاصر، ومثل هذا الإجراء نصت عليه المادة 15 من قانون الولاية على المال المصري وأضافت أنه لا يجوز أيضا الصلح عليه أو التنازل عن التأمينات أو إضعافها وحصرت هذه المادة حظر التصرف بهذا الشكل على الجد دون الأب، وإذا رأى مصلحة للقاصر في ذلك فعليه أن يستأذن القاضي[3].

ب. بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

أصبحت المنقولات من حيث القيمة المالية تضاهي العقارات بسبب التقدم التكنولوجي الذي كشف عن اختراعات مذهلة كالسيارات الفخمة والطائرات وحتى المنقولات المعنوية كالمحلات التجارية وكذا الأوراق المالية ولهذا إذا كان المنقول ذا أهمية خاصة فنطبق عليه نفس الحكم المقرر للعقار، وتبعا لهذا يجب على الولي أبا كان أو أما أو جدا أن يكون حريصا أثناء التصرف في هذه الأموال وعليه أن يستأذن لمحكمة بشأنها وقد صرحت المادة 7 من ق.و.م بعدم جواز التصرف في هذه الأموال على الأب مع إيراد ضابط مضمونه إذا فاقت قيمتها المالية ثلاثمائة جنيه

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 28.

[2] تنص المادة 459 من القانون المدني على ما يلي:" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". ويعرف شرعا بأنه عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين.(انظر السيد سابق، المرجع السابق، ج3 ، ص 305. والصلح نوعان أولهما إسقاط وإبراء وهو جائز بصفة مطلقة، والنوع الثاني صلح على عوض وحكمه الجواز إلا إذا أدى إلى حرام (انظر بن جزي، المرجع السابق، ص 343).

[3] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 14.

ومن ثم تعين طلب الإذن من المحكمة لمباشرة التصرف، ومن باب الاحتياط اعتبر القضاء الفرنسي مسألة فتح حساب مصرفي من قبل القاصر من الأعمال الممنوعة[1].

غير أن الإجراءات التي تنطبق على العقار لم ينص المشرع ما إذا كانت تسري على المنقول، ذلك أن المادة 89 من قانون الأسرة قضت بأنه يتم البيع العقار بالمزاد العلني بيد أن النص في النسخة الفرنسية لا يقصر هذه الإجراءات على العقار لعدم ذكره[2] مما يفهم معه أنها تنطبق أيضا على المنقول ذي الأهمية الخاصة[3]، حتى أن هذه العبارة تبدو غامضة فهل أن هذه الأهمية الخاصة ذات طابع شخصي أم موضوعي ذلك أن الأشخاص تختلف نظرتهم بالنسبة إلى أهمية المنقول كما أنه لا يوجد ضابط مادي نستهدي به إلى معرفة أهمية المنقول، لذا هناك ضرورة لوضع معيار قيمي تحدد وفقا له القيمة الدنيا لاعتبار المنقول ذو أهمية خاصة[4].

ت. استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة

والمقصود باستثمار مال القاصر هو حفظه باعتباره رأس مال من جهة واستغلاله بالعمل على تنميته والاستفادة من ثماره من جهة أخرى حتى يدُرّ النفع على القاصر ولا تتعطل مصالحه ويحقق له الرفاهية[5] وهو ما تضمنته الآية الكريمة في قوله تعالى:" وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا"[6]، فاستثمار أموال القاصر هو ضرورة يقتضيها العقل[1] حتى لا ينفد من جهة ويحقق النفع للآخرين من جهة أخرى وسواء تم ذلك بطريقة مباشرة أي

---

[1] فايز الحاج شاهين، مرجع سابق، ث 524.

[2] Art. 89 du code de la famille : « …sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques ».

[3] غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2015/2014، ص 198.

[4] غربي صورية، مرجع سابق، ص 197.(http://dspace.univ-tlemcen.dz).

[5] محمد الزحيلي، استثمار أموال القصر في العصر الحالي، مجلة كلية الشريعة الدراسات الإسلامية، ع25، جامعة قطر 2007، ص294.(http://qspace.qu.edu.qa).

[6] الآية 5 من سورة النساء.

[1] وإذا كان الاستثمار لفائدة الأيتام وجب أن يتم وفق ضوابط لا سيما الاحتياط وكذا حسن اختيار المشروع، وأن يتعامل في أموال اليتيم كمعاملته لماله بل أكثر من ذلك، وأن يتم مشروع الاستثمار في منطقة إقامة الولي والمولى عليه اليتيم مع ضرورة توثيق العقود وأن يتم كل هذا في إطار مشروع. ماهر حامد الحولي، بحث بعنوان إدارة أموال الأيتام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008-2009، ص16 وما بعدها. (http://www.mowa.gov.ps).

استثمار الولي نفسه لذلك المال **أو** بطريقة غير مباشرة بأن يسلم المال للغير ليستثمره حتى يَجُرّ **نفعا للقاصر**[1] **وسواء تم** ذلك بمقابل يأخذه الولي بالمعروف لقاء إشرافه أو دون عوض يبتغي في ذلك ثوابا عند الله تعالى[2].

فالأصل أنه لا يجوز للولي إقراض مال القاصر للغير ولا الاقتراض[3] لحساب القاصر حتى لا يتضرر القاصر في **ذمته المالية، والاستثناء** أنه يجوز للولي ذلك إذا هو التزم بالشروط المنصوص عليها قانونا والمتمثلة في مراعاة الحرص أثناء إقراض مال القاصر أو اقتراضه مع إذن المحكمة في ذلك، وهو أيضا مضمون المادة **9 من قانون الولاية على المال** المصري، وقد حظر فقهاء الشريعة إقراض الصبي المحجور عليه وفي حال **المخالفة يضيع المال على صاحبه وإذا كان** الصبي مأذون له فإنه يصح إقراضه لأنه يكون في حكم البالغ[4].

ومساهمة القاصر بماله في الشركات يحقق النفع للاقتصاد بخلاف لو أحجم الولي عن ذلك **فإن هذا** يخالف **الغرض من المتاجرة وهو تحقيق الأرباح** بما يحقق **مصلحة خاصة بالنسبة لقاصر ومصلحة عامة بالنسبة للمجتمع،** ومادام أن هذا العمل فيه مجازفة بأموال القاصر لاحتمال **تفريق** الصفقة فيتعين على الولي أخذ إذن من المحكمة حتى يقدر القاضي رجحان الربح والخسارة في التصرفات التي يجريها الولي لفائدة القاصر وبالتالي لا تتفرق عليه الصفقة **ويدرأ المسؤولية** عن نفسه ذلك أنه استوفى الشروط القانونية.

وبالنسبة لتوجه القضاء الفرنسي في مسألة وجود القاصر كعضو في شركة مدنية عقارية وكون هذه الأخيرة **تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الشركاء وبذمة مالية خاصة فإن حكم المادة 389-5** من القانون المدني

---

[1] **فراس وائل طلب** أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه **الإسلامي**، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا بجامعة **الخليل، فلسطين، سنة 2008/2007، ص 109 وما بعدها.** محمد الزحيلي، استثمار أموال القصر في العصر الحاضر، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 25، **2007، جامعة قطر، ص 306 وما يليها.** (http://www.al-eman.com).

[2] عبد الله سيد أحمد سرور، المرجع السابق، 308.

[3] القرض بفتح القاف وقد تكسر، أصله في اللغة القطع وسمي المال الذي تعطيه لغيرك ثم تتقاضاه منه قرضا لأنه قطعة من **مالك، وأما الاستقراض فهو** طلب القرض وأما المقارضة والقراض فهما لغتان بمعنى واحد ويقصد بهما إعطاء شخص آخر مالا يتجر فيه على أن يكون الربح بينهما على ما شرطا، انظر تفصيل المذاهب بخصوص المقصود بالقرض في كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، مرجع سابق، ج2، ص 338.

[4] **عبد** الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ص 340.

الفرنسي لا يجد تطبيقا له على حالة القرض الذي تطلبه الشركة المدنية العقارية التي يملك القاصر أغلبية الحصص فيها[1]، وتقضي المادة 389-5 السالفة الذكر بأنه في إطار الإدارة القانونية البينة والبسيطة يقوم كلا الوالدين بالأعمال التي لا يستطيع الوصي القيام بها دون ترخيص من مجلس العائلة.

وفي حالة اختلاف الوالدين في المسألة يتعين الرجوع إلى قاضي الوصاية من أجل الترخيص، ولا يمكن لهما القيام ببيع عقار مملوك لقاصر خاص بشركة أو محل تجاري عن طريق التراضي ولا إبرام قرض باسمه ولا التنازل عن حق له دون ترخيص من قاضي الوصاية، ونفس الحكم مقرر للقسمة بالتراضي وكذا في حال التصفية، على أنه يتعرض الوالدان بالتضامن للمساءلة إذا ترتب ضرر للقاصر بسبب عملهما[2].

ث. إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد

يعد عقد الإيجار من التصرفات المترددة بين النفع والضرر، وهو من أعمال الإدارة حيث ينطبق عليه نص المادة 1/468 من ق.م التي تقضي بعدم جواز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يبرم عقد إيجار تفوق مدته 3 سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك وحال المخالفة تخفض المدة لثلاث سنوات، وإذا كان القاصر طرفا في العقد بصفته مؤجرا وقد بلغ سن التمييز[1] فيعتبر إيجاره قابلا للإبطال[2] حيث يجوز لوليه أن يقوم بإبطاله إذا

[1] نقض مدني فرنسي، بتاريخ 2000/06/14، نشرة مدنية1، رقم مقتبس من مرجع لفايز شاهين، مرجع سابق، ص 525.

[2] Art. 389-5 du CCF : « Dans l'administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. A défaut d'accord entre les parents, l'acte doit être autorisé par le juge des tutelles. Même d'un commun accord, les parents ne peuvent ni vendre de gré à gré, ni apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur, ni contracter d'emprunt en son nom, ni renoncer pour lui à un droit, sans l'autorisation du juge des tutelles. La même autorisation est requise pour le partage amiable, et l'état liquidatif doit être approuvé par le juge des tutelles. Si l'acte cause un préjudice au mineur, les parents en sont responsables solidairement ».

[1] حذت أغلب التشريعات العربية حذو الشريعة الإسلامية في تقرير سن التمييز بسبع سنوات كالتشريع القطري في المادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، والقانون المصري في المادة 45 من القانون المدني، والقانون الإماراتي في المادة 164 من قانون الأحوال الشخصية، في حين حدده المشرع الجزائري بثلاث عشرة سنة بموجب المادة 2/42 من ق.م ونفس السن مقررة في التشريع التونسي بموجب المادة 156 من قانون الأحوال الشخصية، وكذا القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين بموجب المادة 52 منه. وحدده قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الصادر بتاريخ 1991/07/24 الذي يأخذ بالراجح من الفقه الحنفي بعشر سنوات.

[2] هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر، الجزائر، ط1، 2010، ص46-47.

كان من شأن عقد الإيجار أن يضر بمصلحته، كما يجب على الولي أن يستأذن القاضي في مسألة إيجار[1] **عقار القاصر لمدة تفوق ثلاث سنوات أو تمتد لأزيد من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد.**

إن تحديد الأجل بثلاث سنوات من قبل المشرع يحقق نفعا كبيرا للقاصر لأن إطالة الأجل في تأجير العقار **المملوك للقاصر من شأنه أن يضر بمصالحه نظرا للتحول السريع للقيمة المالية للعقار وكذا** قيمة النقود في السوق فتجديد عقد الإيجار فيه مصلحة للقاصر، وأما عن مسألة إيجار عقار **القاصر لمدة تفوق السنة بعد بلوغه سن الرشد ففيه درء الخطر** على القاصر نفسه ذلك أنه في المرحلة التي يقارب فيها سن الرشد يتعين عليه أخذ المبادرة والتدرب **على مباشرة** التصرفات القانونية بنفسه وهذا امتحان له من قبل الولي لإعطائه الفرصة على تحمل المسؤولية إزاء **العقود** التي يبرمها ويجريها لمصلحته كما يهيئه لتسلم الأموال **وهكذا لا تتعطل مصالحه**[2]**، وهذا طبعا بعد استئذان القاضي قبل إبرام** عقد الإيجار، وقد صدر في هذا الخصوص قرار عن المحكمة العليا يقضي بما يلي:" **من المقرر قانونا أنه على** الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأملاك القاصر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال- **أن** الطاعن تصرف بمحض إرادته في **ملك قاصرة ليس له عليها صفة** ولي، **فإن قضاة الموضوع بتحميلهم** إياه **المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا طبقوا صحيح القانون.**

ومتى كان كذلك، **استوجب رفض الطعن"**[1].

---

[1] عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في المادة 467 من القانون المدني كما يلي :"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**". وقد عدل المشرع أحكام الإيجار بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ج.ر ع31، ص5.

وتعرف الإجارة شرعا بأنها عقد على المنافع **بعوض** (انظر السيد سابق، **المرجع السابق**، ج3، ص 198). وعرفها الحنفية بأنها عقد يفيد تمليك منفعة **معلومة مقصودة من العين المستأجرة بعوض**، وقال المالكية أن الإجارة والكراء مسميان لمعنى واحد وعرفوها بأنها عقد يفيد تمليك شيء مباح مدة معلومة بعوض غير ناشئ عن المنفعة، وأما الشافعية فقالوا أن الإجارة عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم، وعرفها **الحنابلة** بأنها عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا مدة معلومة بعوض معلوم، انظر عبد الرحمن **الجزيري، المرجع السابق**، ج3، ص 94 **وما بعدها.**

[2] عبد الله سيد أحمد السرور، المرجع السابق، ص 21..

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 72353 بتاريخ 1991/04/10، م.ق، ع3، 1993، ص115.

وما يلاحظ على المادة 88 من ق.أ أنها ذكرت بيع المنقولات الخاصة ولم تتطرق إلى إيجارها كما هو الشأن

بالنسبة للعقار، وهو ما درج عليه القضاء الفرنسي حيث اعتبر أن شراء سيارة ليس من الأعمال العادية ولا يمكن للقاصر إبرام عقد من هذا النوع[1] وأما عقد الإيجار الذي يبرمه القاصر بشأن سيارة فهو لا ينطوي على غبن[2] ، فالحكم يختلف رغم أن البيع والإيجار كلاهما ينصب على منقول[3].

والملاحظ على المادة 88 من ق.أ أنها اقتصرت على مجموعة من التصرفات ورد ذكرها على سبيل الحصر يستأذن الولي بشأنها القاضي، ونفس الحكم ينطبق على الوصي حيث أحالت المادة 95 من ق.أ إلى المادة 88 من ذات القانون، بيد أن المشرع المصري توسع في حالات أخرى يمكن الاستفادة منها في التعديلات اللاحقة لقانون الأسرة وهي:

قبول التبرعات المحملة بالتزامات أو رفضها

قد يدخل في أموال القاصر مال بطريق التبرع فيكون له حكم خاص ذلك أن المتبرع قد يشترط عدم خضوع المال المتبرع به لنظام الولاية ولا مانع من هذا الشرط، تنص في هذا الصدد المادة 3 من القانون رقم 119 المتعلق بالولاية على المال المصري على ما يلي:" لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك" وتبعا لهذا يتم تنصيب وصي مختار من قبل المتبرع لإدارة المال المتبرع به أو يعين القاضي وصيا خاصا يتولى إدارته[1]، كما نصت المادة 12 من ق.و.م على أنه لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة[2].

[1] نقض مدني فرنسي بتاريخ 1970/11/04، نشرة مدنية1 رقم 294، التقرير 1971-1972، ص 13.

[2] نقض مدني فرنسي بتاريخ 1972/05/09، نشرة مدنية1 رقم 122، التقرير 71/1970، ص 15.

[3] فايز الحاج شاهين، مرجع سابق، ص 524.

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 605.

[2] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 11.

وأما المشرع المغربي فنص في المادة 239 من مدونة الأسرة على أنه للأم ولكل متبرع أن يضع شرطا عندما يتبرع بمال على محجور مفاده ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال المتبرع به مع نفاذ هذا الشرط، **ويقابل هذا النص** في التشريع القطري **المادة**7 /2 من قانون الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم، وكذا المادة 189 **من** قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ولا يوجد نظير لهذا الحكم في التشريع الجزائري، وفي كل الأحوال يتعين طلب الإذن من القاضي بشأن قبول التبرعات المقيدة بشرط ونفس الحكم بالنسبة لرفضها من قبل الولي فقد تكون فيها مصلحة للقاصر يقدرها القاصي لذا وجب استئذانه.

وقد أخضع المشرع المغربي إدارة أموال المحجور عليهم **(والقاصر واحد من هؤلاء) للرقابة القبلية وفق معيار** القيمة المالية المحدد بمائتي ألف درهم وأوكل المشرع المغربي **المهمة لقاضي شؤون القاصرين ومنحه السلطة التقديرية** للنزول عن هذه القيمة والأمر بفتح ملف النيابة الشرعية متى تقررت مصلحة القاصر في ذلك، كما يمكن الزيادة في هذه القيمة بمقتضى نص تنظيمي.

الإنفاق على من تجب عليه نفقته

لم يدرج المشرع الجزائري هذه السلطة المخولة للولي- **وبالتبعية للوصي**- على مال القاصر في المادة 88 **من ق.أ**، إلا أننا نستشفها من الأحكام المتعلقة بالنفقة المنصوص عليها في المواد 74 إلى 80 **من ق.أ، وقد أشارت المادة** 75 من ذات القانون إلى قاعدة عامة التي مفادها أن نفقة الولد تجب على الأب[1] ما لم يكن له مال، فبال**نسبة** للذكور إلى غاية سن الرشد وأما الإناث فإلى غاية الدخول وتظل النفقة في حق الولد إذا كان عاجزا بسبب مرض عقلي أو بدني أو كان مزاولا لدراسته كما تسقط عنه بالاستغناء عنها بالكسب، وإذا كان الأب عاجزا فيقع على

[1] ويكون ذلك بقدر الكفاية لحديث امرأة أبي سفيان قالت يا رسول الله : إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا **ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال صلى عليه وسلم :" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" وهذا فيه دليل على** أن النفقة في مال الأب تكون بقدر الكفاية على بنيه **وزوجته.** أحمد بخيت الغزالي – عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، ط1، **الإسكندرية، مصر،** 2009/2008، ص 474.

عاتق الأم إذا كانت قادرة على النفقة، وهكذا يتعين على الولي أبا كان أو أما أو جدا أن ينفق على القاصر الخاضع لولايته لأنه من ضمن واجباته.

والاستثناء الوارد على القاعدة السالفة الذكر هو أنه يجب على الأولاد الإنفاق على أصولهم إذا كانوا عاجزين كما أن المادة 77 من ق.أ فرضت النفقة على الفروع أو الأصول بحسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث، وقد عددت المادة 78 من ق.أ ما تشتمل عليه النفقة وكان ذلك على سبيل المثال كالغذاء واللباس والعلاج والمسكن أو أجرته وكذا ما يعد ضروريا حسب العرف والعادة.

وقد نصت المادة 17 من ق.و.م بأنه يمكن للولي أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه وله كذلك أن ينفق منه على من يجب على الصغير نفقته[1]، وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع المصري لم يشترط للولي استئذان المحكمة بشأن النفقة على نفسه لقوة الرابطة بينه وبين القاصر بخلاف الوصي كما سنراه لاحقا الذي يتعين عليه طلب هذا الإذن من القاضي.

كما أن النفقة تكون بالمعروف حفظا لمال القاصر ولهذا فرض القانون واجب الحرص، وقد جاء في هذا المعنى قوله تعالى:" وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ"[1]، على أن القدرة شرط في وجوب إنفاق الولد على أصله أبا كان أو أما متى كان هذان الأخيران في حاجة لذلك ولو كانا قادرين على الكسب وهذا من باب البر والإحسان إليهما بل هو من أوجب الواجبات لقوله عليه الصلاة والسلام "أنت ومالك لأبيك"[2].

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد القرابة التي تستوجب الإنفاق، فجعل الحنفية السبب الموجب للإنفاق على الأقارب هو القرابة المحرمية فيدخل بهذا المحرمون بالنسب والمصاهرة والرضاع واشترطوا عجز من

[1] وخلافا للمشرع المصري قيد المشرع القطري في المادة 10 من قانون الولاية على أموال القاصرين الولي في حال إنفاقه على نفسه بأن يكون ذلك تحت إشراف القاضي مع إدراج شرطين آخرين وهما أن يكون الولي فقيرا وأن ينفق بالمعروف من مال القاصر، وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على القاصر نفقته، ونفس الحكم مقرر في المادة 197 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

[1] الآية 6 من سورة النساء.

[2] سنن بن ماجة.

يطالب بالنفقة ويسار المنفق[1]، وذهب المالكية إلى تقريرها للأقارب الذين يجمعهم عمود نسب واحد مع اقتصارها على الأبوين المباشرين والأولاد الصلبيين في حين يرى الشافعية أن تكون للأصول وإن علوا وللفروع وإن نزلوا بخلاف الحنابلة الذين يأخذون بمعيار الإرث ومن ثم ضرورة اتحاد الدين حيث أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم[2].

التحكيم

ذكرنا أن إجراء المصالحة نصت على حكمه المادة 15 من ق.و.م ولا نجد له نظير في التشريع الجزائري وأضاف المشرع العربي إجراء التحكيم، كما اشترط المشرع المصري ألا يقل محل التحكيم عن 100 جنيه وكان العمل مرتبطا بأعمال الإدارة حتى يتم استئذان المحكمة في إجراء التحكيم لصالح القاصر[3]، وبديهي أنه إذا قل عن هذه القيمة فلا يشترط الحصول على إذن من المحكمة ونفس الحكم مقرر للصلح، وقد ذكر المشرع المغربي هذا الحكم في المادة 271 من المدونة فمتى تم إجراء التحكيم أو الصلح بشأن دعوى أو التنازل عن حق وجب أخذ إذن من القاضي[1]، هذا الأخير الذي يراعي المصلحة الفضلى للقاصر.

غير أن المشرع العربي ذكر في المادة 66 من ق.ن.ع.م.ر.ق حالات يصح فيها تصرف الولي دون حاجة إلى طلب إذن من المحكمة بخلاف الوصي كما سنعرضه في مقامه، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- تصرف الولي في أموال القاصر والتعاقد باسمه.
- قيام الولي بالعمليات التجارية لحساب القاصر وعدم استمرارها إلا إذا تبين منها نفع ظاهر.
- قبول الولي للتبرعات المشروعة إثراء لذمة القاصر بشرط خلوها من التزامات تضر بمصلحته.
- إنفاق الولي من أموال القاصر على من تجب لهم النفقة عليه.

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 61-70.

[2] أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص 60-61.

[3] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 114.

[1] غير أن المشرع المغربي لم يحدد نصابا ماليا يتم به أخذ إذن من المحكمة بشأن التحكيم كما هو عليه الحال في التشريع المصري.

ثم ذكر بعدها في المادة 67 من ق.ن.ع.م.ر.ق الحالات التي لا يجوز للولي بموجبها التصرف في أموال القاصر إلا إذا ثبت مصلحة لهذا الأخير فيها، ولم يشترط المشرع العربي الإذن في هذه التصرفات إذا قام بها الولي بخلاف الوصي كما سنرى لاحقا، وجملة هذه التصرفات تتمثل فيما يلي:

- شراء ملك القاصر لنفسه.
- بيع ملكه للقاصر.
- بيع ملك القاصر لاستثمار ثمنه بنفسه.
- التصرف في مال القاصر مع كونه فقير.
- التبرع بمال مملوك للقاصر أو إقراضه أو رهنه.

إن عدم النص على هذه الحالات المذكورة سلفا في التشريع الجزائري[1] لا يجعل القاصر في منأى عنها حتى تتقرر له الحماية في أوسع نطاق فما يجري مثلا على الصلح يجري على التحكيم، لذا يجب إعادة النظر في مضمون المادة 88 من ق.أ وتوسيع حالات طلب الإذن من المحكمة لمباشرة التصرف دون مغالاة في ذلك وإنما يتعين مراعاة أحوال المجتمع وطبيعة المعاملات، كما تقترح تحديد قيمة مالية لكل حالة يتجاوزها يتقرر استصدار الإذن، وهو ما نطمح إليه في التعديل اللاحق لقانون الأسرة، وقد عامل المشرع الجزائري الأب والجد معاملة واحدة وهو أمر صائب بخلاف المشرع المصري الذي كان صارما مع الجد حيث نرى أنه لا ضرورة لهذه التفرقة في زمن قل فيه وازع الضمير وعم فيه الفساد لا سيما إذا كانت الولاية تتعلق بالمال.

نخلص إلى القول بأن حكم تصرفات الولي الخارجة عن حدود سلطاته سواء تلك التي أقرها الفقه الإسلامي أو المنصوص عليها في التشريعات الوضعية غايتها واحدة وهي توفير أكبر قدر من الحماية، وإذا لم يقم الولي بواجب

[1] أي من قبول التبرعات المحملة بالتزامات أو رفضها، والإنفاق على من تجب عليه نفقته، والتحكيم.

الحرص وأهمل التزاماته إزاء مال القاصر بحيث عرضه للخطر سوف يتعرض **حتما لجزاء، والسؤال الذي يتبادر الأذهان كيف تعامل المشرع** الجزائري مع هذه الحالة؟ هذا ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانيا: جزاء إخلال الولي بالتزاماته

ما يستفاد من المادة 88 من قانون الأسرة أن المشرع ألقى على عاتق الولي جملة من الالتزامات **يتعين عليه** أن يكون حريصا في أدائها وإلا تعرض **لجزاء حال المخالفة، لقد كان** المشرع الجزائري غاية في الصرامة مع الولي على **مال القاصر** ولم يميز بين الأب أو الجد أو الأم فقرر لهم مسؤولية موحدة في **م 88 من ق.أ** التي أوجبت على الولي[1] **الحرص على أموال القاصر أثناء التصرف فيها،** فإذا أخل الولي **بالتزاماته المالية** ولم يكن حريصا **قِبَلها ترتبت مسؤوليته،** تقضي في **هذا القبيل م 20 من ق.و.م** بأنه إذا أصبح مال القاصر في خطر ناتج عن سوء تصرف الولي أو حتى لأي **سبب آخر** ذلك أنه **لم يلتزم الحرص على ماله فللمحكمة أن تصدر حكما بسلب ولايته أو الحد منها وهذا كقاعدة عامة،** فنفقة الولي الفقير أو العاجز عن الكسب على **نفسه من مال القاصر مثلا مشروعة وهي خروج على الأصل** الذي يقضي بأن الشخص نفقته تكون في ماله هو، فإذا تجاوز الولي القدر المشروع للنفقة **أي الأخذ بالمعروف فإن** هذا يعتبر في حكم تعريض مال القاصر للخطر **ويؤدي حتما** إلى سلب ولاية الولي أو الحد منها[1].

غير أنه من استقراء نصوص قانون الولاية المصري نجد أن مسؤولية الأب غير مسؤولية الجد، **حيث أن الأب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم مراعيا أواصر البنوة وما تستدعيه من الشفقة بسبب دنو القرابة وأما الجد فقد شدد** المشرع المصري في مسؤوليته[2] حيث يخضع لنص المادة **36 من ق.و.م** التي تلزم الوصي **ببذل العناية اللازمة كما هو الحال بالنسبة للوكيل المأجور**[3].

---

[1] جاء لفظ الولي على إطلاقه في المادة 88 **من ق.أ ليشمل الأب والجد والأم** حيث تترتب مسؤوليتهم طبقا لمقتضيات القانون العام حال عدم حرصهم على مال القاصر بخلاف المشرع المصري الذي ميز بين مسؤولية الأب والجد، هذا الأخير الذي عامله معاملة الوصي.

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 16-17.

[2] **تنص المادة 25 من قانون الولاية المصري على ما يلي:"لا يسأل الأب عن خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي".**

[3] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 53.

ورغم أن الولي ملزم برد الأموال إلى القاصر عند بلوغه سن الرشد أو ترشيده وهو حكم بديهي إلا أنه لم يتم التنصيص عليه في التشريع الجزائري كما هو الشأن عليه بالنسبة للوصي(م 97 من ق.أ)، ونص عليه قانون الولاية المصري في المادة 25 منه، كما أن المادة 1/16 من ذات القانون قضت بأنه يتعين على الولي أن يحرر قائمة بما يملكه القاصر من مال أو ما يؤول إليه وكذا أن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في مدة شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير، كما يجوز للمحكمة أن تعتبر عدم تقديم هذه القائمة أو تأخير تقديمها من قبيل تعريض مال القاصر للخطر كجزاء للولي على الإخلال بالتزامه[1].

وأما بالنسبة لحكم التصرفات التي يجريها الولي فإن أدت إلى افتقار الذمة المالية للقاصر فيكون حكمها البطلان المطلق وهذا أمر منطقي تقر به المبادئ العامة، غير أن المشرع الجزائري لم يفصح عن الجزاء المقرر للتصرف في حال عدم إذن المحكمة، وعليه نرجع إلى القواعد العامة التي تقضي بأن تصرف النائب يكون في حدود نيابته وإلا فإن أثر التصرف لا ينصرف إلى الأصيل وهذا ما يستفاد بمفهوم المخالفة للمادة 74 من ق.م، ومن باب أولى لا يجوز للولي التعاقد مع نفسه نظرا لتضارب المصالح مع مولاه إلا إذا رخص له الشخص الأصيل، هذا الأخير الذي لا يمكنه الترخيص باعتباره قاصرا إلا إذا تم ترشيده أو بلغ سن الرشد أو أذنت المحكمة بهذا التصرف.

بيد أن حكم المادة 90 من ق.أ يكتسي طابعا وقائيا بمعنى أن الولي إذا لم يتصرف بعد في مال القاصر وثبت التعارض في المصالح هنا يتدخل القاضي ويعين متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، وأما إن قام الولي بالتصرف دون إذن من القاضي فهنا يكتسي الحكم طابعا علاجيا وهو تقرير البطلان المطلق لهذا التصرف، ويؤيد هذا الحكم اجتهاد قضائي للمحكمة العليا حيث اعتبر التصرف الذي يبرمه الولي دون إذن من المحكمة باطل بطلانا مطلقا جاء في حيثيات هذا القرار ما مفاده:"حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر، وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأملاك القاصر

[1] كمال صالح البنا، المرجع السابق، ص 15.

لابد أن يوافق عليه القاضي المختص بهذا الشأن وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل، ولو ترتب على

هذا العقد أضرار فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون". **كما أن المادة 88 من ق.أ** تخاطب من كانت له صفة ولي على القاصر والذي يتعين عليه استئذان القاضي حيث جاء في نفس القرار ما يأتي:"**من المقرر** قانونا أنه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأملاك القاصر، ومن ثم فإن النعي **على القرار المطعون فيه بالخطأ** في تطبيق القانون غير مؤسس.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك قاصرة ليس له عليها صفة ولي، فإن قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا طبقوا صحيح القانون"[1]. **وتقرير البطلان المطلق** لتصرف الولي **بطبيعة الحال** من باب سد الذرائع وعدم ترك المبادرة للولي في التصرف في مال القاصر ومن ثم إلحاق الأذى بالقاصر ولو كان ذلك بحسن نية.

وأما بالنسبة لموقف المشرع العربي من مسألة عدم التزام الولي بالحرص وثبوت سوء تصرفاته وانتفاء المصلحة

إزاءها للقاصر فقد قررت المادة 68 من ق.ن.ع.م.ر.ق بطلانها ورتبت مسؤولية الولي قِبَل أموال القاصر بسبب

الخطأ الجسيم الذي ألحق الضرر بالقاصر، وتبعا لهذا تسلب ولايته **حال ثبوت خطر على مال القصر بسبب تصرفات** الولي، ومثل هذا الحكم لم يرد في التشريع الجزائري.

ونشيد في الأخير بما قرره الفقه الإسلامي حال كون الأب مبذرا يرى الحنفية في هذه المسألة **أنه يمكن** للقاضي أن يأخذ مال القاصر من هذا الأب ويضعه في جهة مأمونة **كما يمكنه أن يستغله بتحقيق الربح فيه وله أيضا** أن يقرضه لرجل مليء مأمون أو أن يرهنه في دينه[1]، وفي هذه التعاملات المالية قد ينتج ضرر للمتعامل مع القاصر **فيكون** هذا الأخير **مسؤولا عن ذلك ويستوجب الضمان ما عدا أربعة أمور وهي:**

[1] م.ع، قرار بتاريخ 1991/04/10، ملف رقم 72353،غ.أ.ش، م.ق، ع3، 1993، ص 115.

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص 363.

- إذا أقرضه شخص مالا وأكله فلا ضمان عليه.
- إذا أودع عنده شخص شيئا فأتلفه فلا ضمان إلا إذا قام بإيداعه عند وليه أو وصيه وأتلفه القاصر.
- إذا أعار شخص قاصرا شيئا فأضاعه فلا تترتب مسؤولية هذا الأخير.
- إذا أبرم شخص مع القاصر عقد بيع وأتلف هذا الأخير الشيء المبيع فلا يضمن[1].

الفرع الثاني: انتهاء الولاية على مال القاصر واستردادها

ذكرنا من قبل أن المشرع الجزائري لم يفصح بصريح العبارة في المواد 87 **وما بعدها من قانون الأسرة عن نوعي الولاية أهي الولاية على نفس القاصر أو الولاية على ماله أو الولاية على نفس القاصر وماله معا، وهذا يقودنا** حتما إلى الوقوف على النصوص المقررة للولاية بالتحليل حتى نعرف **حكم النص خاصة مع قلة الأحكام المقررة للولاية** بالمقارنة مع تلك التي تضمنها **التشريع المصري وانتهاء الولاية داخل** ضمن هذا الإشكال، وعليه نتناول في هذا الفرع حالات انقضاء الولاية على مال القاصر ثم نعالج مسألة استرداد الولاية بعد وقفها.

أولا: انقضاء الولاية على مال القاصر

نصت على مسألة انتهاء الولاية على مال القاصر في التشريع الجزائري المادة 91 **من ق.أ حيث قررت أن وظيفة** الولي تنتهي بعجزه أو موته[1] أو بالحجر عليه أو بإسقاط الولاية عنه، وما يلاحظ على **هذا النص أنه جعل** لفظ الولي على إطلاقه بينما الولاية على المال تقتضي حالات خاصة لانقضائها، **كما أغفلت المادة أسبابا أخرى** لانتهاء الولاية كان على المشرع أن يذكرها وقد وردت في نص **المادة 96 من ق.أ المتضمنة انتهاء مهمة الوصي وهذا لا يمنع** انصرافها إلى انتهاء وظيفة الولي **وهي** :

[1] عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[1] وفي حالة وفاة الوالدين **تتقرر الولاية العامة وتفرض الرقابة على أموال القاصر نظرا لانتفاء عنصر الشفقة وهو ما قضت به المادة 468 من ق.إ.م.إ** بأن تخضع إدارة أموال القاصر حال وفاة الوالدين إلى رقابة القاضي.

- موت القاصر
- بلوغ القاصر سن الرشد
- موت الولي
- زوال أهلية الولي

وقد عالجنا هذه الحالات في معرض انتهاء الولاية على نفس القاصر، وهناك أسباب أخرى يمكن أن تنتهي بها الولاية على مال القاصر نعدها على النحو التالي:

1. الحجر القانوني

ما يمكن التنبيه إليه هو أنه إذا صدر مقرر قضائي بعقوبة جنائية فإن المحكمة تأمر وجوبا بالحجر القانوني المتمثل في حرمان المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية وقت تنفيذ العقوبة طبقا لأحكام المادة 9 مكرر1 من قانون العقوبات المدرجة بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 ، وقد أحالت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى أحكام الحجر القضائي بشأن إدارة أموال المحكوم عليه[1]، هذا الأخير إذا كان له صفة الولي فإنه يمنع من باب أولى عن إدارة أموال القاصر.

كما أن المادة 9 المعدلة من ق.ع تنص على العقوبات التكميلية ومن ضمنها الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية والعائلية والتي فصلت فيها المادة 9 مكرر من ق.ع وذكرت من بينها سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها، ومن ثم يمكن أن يمتد هذا السقوط إلى مال القاصر، وبديهي أنه لا يجوز فصل الطفل عن الأسرة التي ينتمي إليها إلا إذا دعت إلى ذلك مصلحته الفضلى ذلك أن الأسرة تعتبر الوسط الطبيعي لنموه، ولا يكون ذلك إلا بموجب مقرر قضائي تصدره الجهة القضائية المختصة طبقا للمادة 4 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

[1] وقد جاء في قرار للمحكمة العليا ملف رقم 731298 بتاريخ 2011/10/20 ما يلي" يجب تعيين مقدم لإدارة أموال المحجور عليه قانونا أثناء تنفيذ العقوبة الجنائية "، غ.م، م.م.ع،ع2، 2012، ص 145 وما بعدها.

2. ترشيد القاصر

كما تنتهي الولاية على مال القاصر بترشيد **القاصر** سواء في مسألة النكاح أو لمزاولة **الأعمال التجارية،** ونصت على الحالة الأولى المادة 7 من قانون الأسرة التي تقضي **بأن** أهلية الرجل والمرأة في الزواج **تكتمل بتمام 19 سنة، وبإمكان القاضي** الترخيص **بالزواج قبل ذلك بشرط توافر المصلحة أو الضرورة وكذا ثبوت قدرة الطرفين على الزواج، وأضافت الفقرة الثانية أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بالآثار** التي تترتب على **عقد الزواج سواء تعلق الأمر بالحقوق أو الالتزامات.**

وأما المشرع الفرنسي فقد نص على أن القاصر يتم ترشيده للزواج بقوة القانون **وذلك بموجب المادة 413-1** من القانون المدني[1]، وفي حالة إذا لم يكن متزوجا **قررت المادة 413-2 من ذات القانون أنه يسوغ له الحصول على الإذن إذا بلغ السادس عشرة (16) سنة وهذا بناء على طلب من أحد والديه مع** الاستماع إلى القاصر ومن ثم يصدر القاضي قراره بعد أن يستمع إلى الوالد الآخر ما لم يكن في وضع يتعذر معه التعبير عن إرادته. وإذ لم يكن للقاصر والدان يمنح الإذن للقاصر بناء على طلب مجلس العائلة، إلا أنه قد يتماطل الوصي في مساعدة القاصر **لاستصدار إذن له هنا يسوغ لأي** عضو من مجلس العائلة يرى أن القاصر يمكن ترشيده أن **يطلب من قاضي الوصاية** استدعاء المجلس من أجل المداولة في هذا الموضوع، كما يمكن للقاصر ذاته التقدم بمثل هذا **الاستدعاء.**

وقد نصت على مسألة ترشيد القاصر لمباشرة أعمال التجارة في التشريع الجزائري **المادة 5 من ق.ت** التي **تقضي بأنه لا يسوغ للقاصر** الذي تم ترشيده **مهما كان جنسه والبالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يبتغي مزاولة التجارة أن يباشر العمليات التجارية، كما لا يمكن** أن يكون في حكم الراشد **إزاء التعهدات الناشئة عن أعمال تجارية** إذا لم يحصل مسبقا على إذن من والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده

[1] ما يلاحظ أن المشرع الفرنسي أورد مسألة الإعفاء من شرط السن في النكاح ضمن قواعد القانون المدني بخلاف المشرع الجزائري الذي نص عليها في أحكام قانون الأسرة.

متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب أو الأم، **كما يتعين تقديم** الإذن الكتابي **كوثيقة** تبرر طلب التسجيل في السجل التجاري[1].

ثانيا: استرداد الولاية بعد وقفها

يتعين أولا أن نميز بين بعض المصطلحات الواردة في التشريع الجزائري والبحث عما يقابلها في التشريع المصري **قصد إجراء الموازنة بين الأحكام الخاصة بالتشريعين من جهة، والتمكن من تحليل الأحكام الإجرائية بيسر من** جهة أخرى ذلك أنها تضمنت مصطلحات تقتضي الوقوف عند معانيها، **تقضي المادة 78 من ق.م قبل تعديلها بما يلي: " كل شخص أهل للتعاقد** ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم **القانون" وقد عدلت** هذه المادة بموجب **القانون 05-10** المؤرخ في **25 يونيو 2005** المعدل والمتمم للقانون المدني، **وأدرج قانون العقوبات بمقتضى القانون 06-23** المؤرخ في **2006/12/20 المادة 9** مكرر التي تنص على **ما يلي:**"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".

غير أن المشرع المصري قرر سلب الولاية أو الحد منها إذا كانت أموال القاصر في خطر ناجم عن سوء تصرف الولي أو لأي سبب تقدره المحكمة **حسب المادة 20 من ق.و.م والحكم المقرر هنا له طابع وقائي، وقد كان** مثل هذا الحكم منصوص عليه في المادة **24 من ق.ع الملغاة بموجب القانون 06-23** والتي كانت تقضي بأنه في حال الحكم على أحد الأصول بسبب جناية أو جنحة اقترفها ضد أحد أولاده القصر وتبعا لهذا يصبح السلوك العادي يعرضهم لخطر مادي أو معنوي فإنه يجوز القضاء بسقوط السلطة الأبوية[1] كلها أو بعضها للولي وأن لا يشمل إلا واحدا أو بعضا من أولاده، غير أن وقف الولاية لا يقصد به انقضاءها وإنما إبطالها وإيقافها فترة معينة طالت أو

[1] **قضت المادة 70 من ق.ن.ع.م.ر.**ق بأن الولاية على القاصر تنتهي برشيده أو بلوغه سن الرشد ما لم يصدر حكم بالحجر عليه.

[1] Notons, la notion de la puissance paternelle était remplacée par celle d'autorité parentale, cette dernière qui a été exercée par les père et mère en prenant en compte le caractéristique de l'égalité, et dans le cas de litige le juge est tuteur du mineur, Suzanne DALLIGNY, Essai sue les principes d'un droit civil socialiste, LGDJ, Paris, 1976, p 129.

قصرت مادام سبب الوقف قائما وبزواله يمكن للولي طلب استردادها عن طريق حكم قضائي[1]، وقد عبر المشرع الجزائري عن هذا المصطلح -وقف الولاية- بالسحب المؤقت للولاية المنصوص عليه في المواد 453 وما بعدها من ق.إ.م.إ التي تتعلق بإجراءات الولاية على نفس القاصر.

وفي حالة السحب المؤقت لم يورد المشرع قواعد إجرائية تتعلق بمال القاصر كما هو عليه الحال في قانون الولاية على المال المصري حيث تنص المادة 32 منه على أن المحكمة تنصب وصيا مؤقتا في حال الحكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر وكذلك إذا أوقف الوصي أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته، كما تقضي المادة 23 من ق.و.م بأنه إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلي سلبها أو الحد منها أو وقفها، وبطبيعة الحال فإن وقف الولاية الذي يتم بحكم غني عن البيان أنه يتم استردادها بحكم إعمالا لنظرية توازي الأشكال.

نشير إلى أن المشرع المصري ميز بين وقف الولاية بحكم القانون ووقفها بحكم القضاء، فنص على النوع الأول في المادة 22 من ق.و.م التي تنص على أنه يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفِها سقوطُها أو وقُفها بالنسبة إلى المال[1]، وأما وقف الولاية بحكم القضاء فجاء النص عليه في المادة 21 من نفس القانون التي تقضي بأن تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا كان الولي في حالة غيبة أو تم اعتقاله بسبب حكم يقضي بعقوبة جناية أو بحبس حريته مدة تفوق سنة[2]. وفي الحقيقة نفس الأحكام مقررة في التشريع الجزائري مع بعض الاختلاف.

وتبعا لما سبق تقضي المادة 111 من ق.أ بأنه يتعين على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يقوم بتعيين مقدم في نفس الحكم من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما يستحقه من

[1] كمال حمدي، المرجع السابق، ص 71.

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 17.

[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 68.

ميراث أو تبرع، وحكم الغائب كحكم المفقود طبقا للمادة 110 من ق.أ[1]، **كما تقضي المادة 115 من ق.أ على أن المفقود –والغائب يأخذ نفس الحكم-** بعد رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا **من أمواله أو قيمة ما بيع منها**، وأما مسألة وقف الولاية بحكم القانون فقد ورد النص عليه في المادة 9 **مكرر من ق.ع المتعلقة بوجوب الحجر** القانوني في حال الحكم بعقوبة جنائية.

ونشير في الأخير بأن الولي يمكنه أن يختار وصيا للقيام بشؤون القاصر المالية **ضمن شروط معينة يتأكد** القاضي من ثبوتها ليقوم بتعيينه، وفي حال تخلف واحد منها أثناء ممارسة الولاية تنقضي الولاية على القاصر إضافة إلى حالات أخرى تؤدي إلى زوالها، وهي الأحكام التي نعالجها في المبحث المولي.

المبحث الثاني: الولاية النيابية على مال القاصر

الولاية النيابية هي النوع الثاني **من نوعي الولاية وتثبت بطريق النيابة حيث تستمد من شخص آخر كولاية الوصي والقيم والوكيل، فولاية الوصي قد تصدر ممن له الولاية الأصلية على القاصر كالأب أو الجد الصحيح، وقد تكون الولاية النيابية قضائية كولاية القيم أو الوصي الذي تعينه المحكمة، وقد تكون الولاية اتفاقية وهي الوكالة فيستمدها الوكيل من موكله.**

وسوف نقتصر في دراستنا لهذا المبحث على **الولاية النيابية – الوصاية – وأما الأحكام المتعلقة بالمقدم – القيم- فقد أخضعها المشرع لنفس الأحكام المقررة للوصي،** وبخصوص **نظام الوكالة** فإنه يخرج **عن نطاق دراستنا،** وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في الأول **مفهوم الوصاية** وبيان شروطها، ثم نعكف في المطلب الثاني على **بيان أحكام الوصاية على مال القاصر.**

[1] تنص المادة 110 من ق.أ على ما يلي: "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر **كالمفقود**".

المطلب الأول: مفهوم الوصاية وبيان شروطها

إن عدم وجود ولي **على القاصر** يجعل أمواله في خطر **تقتضي المصلحة** حمايته من الضياع، ولهذا وجد نظام الوصاية **كبديل لصيانة حقوقه، والأصل أن الوصاية تكون بدون أجر إلا إذا طلب الوصي خلاف ذلك ووافقت عليه المحكمة**[1] بخلاف نظام الولاية الذي **يكتسي طابع** الجبرية **بصورة مطلقة، كما أن** الوصاية لا تنصرف إلى الورثة بعد **وفاة الوصي بل يتعين عليهم تسليم أموال القاصر وتقديم حساب عنها بالمستندات**[2].

كما تفيد المادة 407 من القانون المدني الفرنسي بأن الوصاية تكليف شخصي ولا تنتقل إلى ورثة الوصي، **وحتى** تتقرر الوصاية لشخص يتعين توافر جملة من الشروط رسمها القانون حتى يتمكن من إدارة **أموال القاصر وحفظها** واستثمارها، ونتناول هذا المطلب في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: مفهوم الوصاية

نقوم في هذا الفرع بتعريف الوصاية وما يثار من إشكالات في بيان مقصودها **وضرورة ضبط المفاهيم واتساقها** حتى يكون **انسجام** بين الأحكام الموضوعية الواردة في قانون الأسرة والقواعد الإجرائية الواردة في قانون **الإجراءات المدنية والإدارية، كما نميز بين الوصاية والقوامة(التقديم)**، ومن ثم نحدد **أنواع الأوصياء** في التشريع الجزائري **والتشريعات المقارنة.**

أولا: المقصود بالوصاية

نبين معنى الوصاية بإيجاز من الناحية الإصطلاحية ذلك أنه تم التطرق إليها في الباب الأول عند تمييز الولاية عما يشابهها من الأنظمة، ثم نحدد صورها في **التشريع الجزائري بالمقارنة مع تشريعات أخرى.**

---

[1] **تنص المادة 46 من ق.و.م على ما يلي:**" تكون الوصية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء علي طلب الوصي أن تعين له أجرا أو تمنحه مكافأة عن عمل معين".

[2] كمال حمدي ، مرجع سابق ص 79.

1. تعريف الوصاية

هي طريقة لحماية الطفل الفاقد لأوليائه[1] **أو هي** نظام قانوني مقرر لحماية القصر الذين لا ولي لهم **وعلى هذا** فالوصي هو الشخص الذي تكون له الولاية على مال القاصر بعد زوالها عن الأب[2]**، وما يلاحظ من استقراء نصوص** قانون الأسرة المتعلقة بالوصاية أن هذه الأخيرة **مقررة للولد القاصر**[3]. وعرفها المشرع القطري في المادة الأولى من قانون الولاية على أموال القاصرين بأنها نوع من أنواع النيابة الشرعية تحل بها إرادة الوصي محل إرادة القاصر مع **انصراف** الأثر القانوني إلى ذلك الأخير.

وعلى هذا فالوصي هو كل شخص غير الولي الشرعي يعهد إليه المحافظة على حقوق القاصر وإدارة أمواله **نيابة عنه**[1]**، تنص المادة** 1/408 من القانون المدني الفرنسي على أن الوصي يقوم برعاية القاصر نفسا في جميع أعمال الحياة المدينة ما عدا تلك التي يقوم فيها القاصر بالا**عتناء بنفسه حسب القانون والعادة، كما يمثله أمام القضاء وفقا** للفقرة الثانية من نفس المادة، وتضيف الفقرة الثالثة أن الوصي يقوم بإدارة أموال القاصر ويقدم حسابا بشأنها.

2. تمييز الوصاية عن التقديم

يلتبس الأمر بشأن تعريف الوصي والقيم حيث يرى بعض الفقهاء بوحدة المصطلح غير آبهين بالأساس القانوني لنظام الوصاية **بأنها نيابة قانونية رسم القانون حدودها**[2] **هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الوصي نائب**

---

[1] ابتسام القرام، مرجع سابق، ص 264.

[2] كمال حمدي، نفس المرجع، ص 77 وما بعدها.

[3] فقد أن مصطلح القصر في أغلب التشريعات الوضعية ومن بينها التشريع الجزائري مرتبط بالسن أي أنه الشخص ما دون سن الرشد ولا يشمل المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة **كما هو مقرر** في الفقه الإسلامي، كما بينا في مفهوم القاصر **بانه من لم يستكمل اهلية الاداء سواء كان فاقدا** لها كالصبي غير المميز أم ناقصها كالصبي المميز ، **حيث تميز المادة** 38 من ق.م بين **هؤلاء وتقضي بأن موطن القاصر**(دون سن 19 سنة) والمحجور عليه(المجنون والمعتوه **والسفيه وذو الغفلة حسب م** 101 من ق.أ) **والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا.** غير أنه يكون للقاصر المرشد(من بلغ 18 سنة وتوفرت فيه الشروط المذكورة في م 5 من ق.ت) موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها. **وقد نصت المادة** 1 من ق.ن.ع.م.ر.ق **على ما يلي:**"تسري احكام هذا القانون على القاصر وهو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني..."

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 376.

[2] كمال حمدي، المرجع السابق، ص 81.

قانوني عن القاصر، ضف إلى ذلك أن الوصي يعين من قبل الأب أو الجد الصحيح طبقا للمادة 92 من ق.أ وبعد ذلك يتعين عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها وفقا للمادة 94 من ق.أ.

وأما التقديم فمقرر لفاقدي الأهلية وناقصيها أي القاصر المميز وغير المميز ومن في حكمهما من مجنون ومعتوه وسفيه ذي غفلة حيث تنص 99 من ق.أ على أن المقدم هو من يتم تعيينه من قبل المحكمة عند عدم وجود ولي أو وصي على الشخص ناقص الأهلية أو فاقدها، كما تنص المادة 469 من ق.إ.م.إ على ما يلي:" يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره"، لذا المقدم لا يتم تعيينه من قبل الأب أو الجد الصحيح وإنما من قبل القاضي بناء على طلب أحد الأقرباء أو صاحب المصلحة أو النيابة العامة وفقا للمادة 99 من ق.أ وفي حال تعذر ذلك يعين القاضي أي شخص من اختياره، وحتى يطلق على الشخص مقدما يتعين عدم وجود ولي أو وصي على من كانت أهليته غير كاملة.

وإذا عين الأب مقدما على ولده المحجور عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية، وكان لهذا الأخير أولاد فلا يلزم جدهم - وهو المقدم على ابنه – الإنفاق في مكانه ذلك أن المادة 75 من قانون الأسرة تقضي بأن نفقة الولد تكون على الأب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن النيابة الشرعية بصورها الثلاث –الولاية والوصاية والتقديم – يجب ألا تتجاوز حدود تسيير شؤون فاقد الأهلية المحجور عليه، وهو مضمون القرار رقم 754961 بتاريخ 2011/09/15[1] والذي يفيد بأن تعيين الأب مقدما على ولده المحجور عليه، لا يعني الحكم عليه بصفته جد المحضون بدفع نفقة الحضانة، جاء في مضمون القرار ما يلي:" أن القرار المطعون فيه أسس قضاءه بإلزام الطاعن بدفع نفقة حفيده على أنه جدهما وأنه تم تعيينه مقدما على والدهما، مع أن الطاعن ليس بوالد الطفلين المطلوب الإنفاق عليهما، وبالرجوع إلى أحكام المادة 75 من قانون الأسرة نجد أن نفقة الولد تكون على الأب، وأضاف الطاعن أن

[1] غ.أ.ش ملف رقم 754961، قرار بتاريخ 2011/09/15، قضية (ب.ب) ضد (ح.ك) بحضور النيابة العامة، قانون الأسرة: المواد: 64،75،81 و99، م.م.ع، ع2، 2011، ص 308 وما بعدها.

الحكم بالحجر على زوج المطعون ضدها وتعيين والده مقدما عليه لا يلزمه بالإنفاق في مكانه وتسديد ديونه، لأن الحلول في النيابة الشرعية بصورها الثلاث – **الولاية والوصاية والتقديم**- يجب ألا يتجاوز حدود تسيير شؤون فاقد الأهلية لتصل إلى تسديد ديون المحجور عليه وتسيير أمواله **إن كانت له أموال...**".

ويثار التساؤل بشأن نص المادة 481 من ق.إ.م.إ[1] وما بعدها حيث أن العنوان المخصص لهذه النصوص لا يوافق مضمونها ذلك أن حماية البالغين ناقصي الأهلية كعنوان يحمل مقصودا واسعا في **حين أن النصوص المدرجة تحته تنظم إجراءات التقديم هذا من جهة، ومن جهة أخرى وظف المشرع مصطلح "البالغين"** في هذا العنوان ولا نجد له أثر في صياغة **المواد 481 وما بعدها من ق.إ.م.إ.** فإذا قلنا حماية البالغين ناقصي الأهلية فإن هذا ينصرف إلى السفيه وذي الغفلة وأما إطلاق مصطلح ناقصي الأهلية الوارد في المواد فيدخل ضمنه **القاصر المميز والسفيه وذو الغفلة مع** أن تعيين المقدم تم النص عليه في **المواد 469 وما يليها من ذات القانون.**

ثم إن حصر الحكم المتعلق بإجراءات التقديم على البالغين ناقصي الأهلية دون فاقديها من مجنون ومعتوه التزاما بحرفية النص يجعلها حماية قاصرة لا ترقى إلى المطلوب بل إن الحماية لابد أن تمتد إليهما، وهل هذا يعني أن الحكم يشملهما من باب أولى؟ نقول أن هذا من باب المجاز، **بيد أن** هذا الأخير لا يعتد به في التشريع بل لابد من النص صراحة عليهما، كان الأجدر على المشرع أن ينص على جميع الحالات فيصيغ عبارة " **ناقصي الأهلية وفاقديها" أو يوظف مصطلح** "غير كاملي الأهلية" وبهذا يدخل ضمنه من نقصت أهليته أو انعدمت ويتم التنسيق بين نصوص قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأنه بالرجوع إلى النص الوارد في النسخة الفرنسية[1] نجده يوظف **مصطلح** "incapables"ولم يستعمل عبارة"partiellement incapableS"[2] **وهذا يؤكد صحة ما نرجحه.**

---

[1] تنص المادة 481 من ق.إ.م.إ على ما يلي:" يصرح بموجب أمر يصدره قاضي شؤون الأسرة بإفتتاح أو تعديل أو رفع التقديم عن ناقصي الأهلية".

[1] Art. 481 du CPCA - l'ouverture, la modification ou la main-levée de la curatelle des incapables est prononcée par ordonnance rendue par le juge aux affaires familiales". Ce texte juridique réunit tous les incapables d'une façon complète ou partielle(c'est à dire la démence, imbéicillité, la prodigalité et l'insouciance)

[2] Pour mieux illustrer la notion on examine l'article 44 du CCA :"Ceux qui sont complètement ou partiellement incapables sont soumis, selon le cas, au régime de l'administration légale, de la tutelle ou de la curatelle dans les conditions et conformément aux règles prescrites par la loi".

كما جعل المشرع الجزائري الحجر علامة على عدم كمال الأهلية[1] حيث نصت المادة 86 من ق.أ على ما يلي:" من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، فبمفهوم المخالفة أنه من بلغ سن الرشد وأقيم عليه الحجر يعتبر غير كامل الأهلية أي فاقدها أو ناقصها بحسب الأحوال، وأكدت على هذا الحكم المادة 101 من ق.أ بنصها" من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه" .

وفي حال الحجر عليه ولم يكن له ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية مصالحه والقيام بشؤونه حسب ما نصت عليه المادة 104 من ق.أ، على أن هذا المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس والأحكام المقررة للوصي وفقا لأحكام المادة 100 من ذات القانون، ويستعان بأهل الخبرة لإثبات أسباب الحجر حسب ما قررته المادة 103 من ق.أ، وهذا بناء على طلب أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة وفقا لمقتضيات المادة 102 من ق.أ، كما يتعين أن يُمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا[1] متى رأت مصلحة لذلك حسب نص المادة 105 من ق.أ.

نشير إلى أن الحكم بالحجر وفقا لنص المادة 106 من ق.أ يكون قابلا لكل طرق الطعن ويتعين نشره للإعلام، وهكذا تصبح تصرفات المحجور عليه طبقا للمادة 107 من ق.أ بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها[2].

---

[1] وهذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي يقر بالحجر على المدين المفلس – وهو كامل الأهلية- غير أن يده غلت عن إدارة أمواله، وقد أخطأ المشرع الجزائري في ترجمة المادة 243 من القانون التجاري التي تنص على ما يلي:"يخضع المدين الذي أشهر إفلاسه للمحظورات وسقوط الحق المنصوص عليها قانونا. وتستمر هذه المحظورات وسقوط الحق قائمة حتى رد الاعتبار، ما لم توجد أحكام قانونية تخالف ذلك". غير أن النص في النسخة الفرنسية كما يلي:
« Le débiteur dont la faillite a été prononcée, est soumis aux interdictions et déchéances prévues par la loi. Sous réserve des dispositions légales contraires, ces interdictions ou déchéances durent jusqu'à la réhabilitation».
انظر في هذا المعنى الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقانون، مرجع سابق ص 213-214.

[1] جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي:"يجب على القاضي قانونا، تعيين محام، للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه". م.ع، غ.م، ملف رقم 336017 بتاريخ 2005/07/13، م.م.ع، 2005، ع1، ص331.

[2] جاء في قرار للمحكمة العليا ما مضمونه:"لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية الواقعة قبل الحجر على المريض إلا إذا أثبتت الخبرة بأن المرض كان متفشيا و ظاهرا". م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 230962 بتاريخ ، 2002/06/05، م.ق، ع2، 2003، ص 296.

ثانيا: إشكالية الاصطلاح القانوني بشأن النائب الشرعي في التشريعات المقارنة

سوف نعرض من خلال تحليل هذه الإشكالية إلى أنواع الأوصياء في **التشريعات المقارنة ونسقطها على ما** تضمنه التشريع الجزائري في هذا الخصوص، ذلك أن ما نجد تسميته في **التشريعات المقارنة وصيا نجده** في التشريع **الجزائري متصرفا أو مقدما(قيّما** وجمعه قامة)، **ومن استقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد أقر النص على الوصي المختار والمتصرف الخاص**[1] **والمقدم** بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي أضافت أنواعا أخرى، **مع أن التسميات** في الغالب **من صنع الفقهاء وليس المشرعين** هذا من جهة، ومن جهة أخرى نتفق على أنه لا مشاحة في **الاصطلاح حيث أن المشرع المصري ينص على تنصيب** وصي في حالة معينه بينما **ينص المشرع الجزائري** في **نفس الحالة على تعيين مقدم، وسوف نبين** كل هذه الحالات بعرض الأنواع الواردة في التشريعات المقارنة وإسقاطها على النصوص القانونية في التشريع الجزائري على النحو التالي:

1. الوصي المختار

وهو اصطلاح شرعي وقانوني متفق عليه، ويقصد بالوصي المختار **الشخص الذي يتم تعيينه من قبل الأب أو الجد لرعاية أموال القاصر وقد نصت عليه المادة 92 من ق.أ**[1]**، كما** أخذ المشرع بهذا المفهوم **تأسيا بالفقه الإسلامي حيث تم تعريف الوصي المختار بأنه من** يختاره المرء نائبا عنه بعد موته ليتصرف في أمواله ويقوم على مصالح **المستضعفين من ورثته** -غير الراشدين-، ويرى الحنفية بأن الوصي المختار هو الذي يختاره الشخص في حياته

[1] يطلق على المقدم في الفقه الإسلامي الوصي المعين **أو القيم** وهو يتميز عن الولي والوصي، **فالولي** لا يتم تعيينه بل تثبت له الولاية بحكم **الشرع، وأما** الوصي فيعينه الأب أو الجد في حالة عدم وجود الأم أو ثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية ويقوم القاضي بتثبيت الوصاية بعد وفاة الأب، **والمقدم هو من** تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، وما يلاحظ في التشريع الجزائري أن القوامة**(التقديم) جاء مفهومها** موسعا في قانون الأسرة بخلاف القانون المدني ذلك أن فاقدو الأهلية وناقصوها يخضعون لنظام القوامة في القانون المدني بموجب المادة 44 منه، وأما في قانون الأسرة فتضاف حالتين تخضعان لنظام التقديم وهما حالة **الفقد والغيبة. انظر شوقي بناسي –بتصرف- ، مرجع سابق، ص 380 – 381.**

[1] **تنص المادة 92 من ق.أ على ما يلي:**"يجوز للأب تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق الشرعية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة المادة 86 من هذا القانون".

ليتصرف في ماله بعد موته وفق شروط محددة[1]، ولا خلاف من حيث التسمية في التشريعين الجزائري والمصري ولكن الأحكام تختلف كما سنوضحه.

وقد بينت المادة 92 من ق.أ من له الحق في تعيين الوصي وهما الأب **أو الجد**، ويختلف الأمر في **التشريع المصري** حيث يختار الوصي الأب وفقا لنص المادة الأولى من ق.**و.م وكذا المادة 28 من ذات القانون على أنه** يشترط أن يتم **تثبيت الاختيار** بورقة رسمية أو عرفية مصدق عليها بتوقيع من الأب أو المتبرع فيها أو محررة بخط يده **وإمضائه كما** يسوغ للأب والمتبرع بطريق الوصية العدول عن اختيارهما في أي وقت[2].

وقد مدد التشريع المغربي هذا الاختصاص إلى الأم **بموجب المادة 2/238** من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على أنه يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها، **كما أفادت المادة 94 من ق.أ بأنه** يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب وذلك ليثبتها أو يرفضها، **ونفس الحكم مقرر بالنسبة لوصي الأم بموجب المادة 3/238 من مدونة الأسرة** التي تقضي بأن تعرض الوصاية **بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها، وأضافت الفقرة الرابعة من نفس المادة بأنه** في حالة وجود وصي الأب مع الأم فمهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه وعند **الاقتضاء** يرفع الأمر إلى القاضي.

نشير إلى أن **المادة 230** من قانون الأحوال الشخصية الأردني **تقضي بأنه يسوغ للأب تعيين** وصي مختار على ولده القاصر وعلى الحمل **وكذا على القاصرين من أولاد ابنه المحجور عليه، وله الرجوع عن إيصائه ولو كان قد التزم بعدم الرجوع**، وفي حال عدم وجود **وصي** مختار **للقاصر** سواء تم اختياره **من قبل الأب أو الجد لأب أو وصي** مختار من الجد لأب **يقوم القاضي بتعيين وصي لإدارة شؤونه مع مراعاة مصلحة القاصر** في ذلك، وإذا كان القاصر في حاجة إلى من يرعى شؤونه خلال مدة محددة **يعين له القاضي وصيا مؤقتا.**

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج3، ص 350.
[2] **رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 477.**

وقد أوردت المادة 30 من ق.و.م حكما يتعلق بتعيين عدة أوصياء على القاصر إذا دعت الضرورة ذلك، وعليه لا يجوز لأي واحد منهم أن ينفرد باختصاص معين إلا إذا قررت المحكمة ذلك، كمن توفى عن زوجتين وكان له معهما قصرا جاز للمحكمة أن تعين كل زوجة وصية على أولادها القصر[1].

كما قضت المادة 214 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بأن القاضي يعين وصيا خاصا أو مؤقتا متى كانت هناك مصلحة للقاصر، في حين أن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه الحالة وإنما قرر في المادة 92 من ق.أ أنه في حالة تعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلح منهم ونفس الحكم مقرر للمقدم. كما أن القاضي لا يملك تعيين الوصي على القاصر مع وجود أبيه لأن ولايته عامة وولاية الأب خاصة، وهذه الأخيرة أقوى فتقدم على الولاية العامة[1].

وقد خلصت المحكمة العليا إلى مبدأ مفاده :" من المقرر قانونا أن القاضي يراعي عند تعيينه المقدم لرعاية شؤون المحجور عليه الشخص الأصلح" وهذا في قرار لها بتاريخ 10/14/ 2010 جاء فيه:" أن الابن مقدم على الحفيدة وهو أولى بشؤون والده، أما كون الحفيدة تعيش مع جدها فهذا ليس مبررا مقنعا، كما أن كون الحفيدة وكيلة عن جدها، ليس سببا جديا، خصوصا وأن هذه الوكالة محل طعن من قبل الطاعن لما تحمله من بذور طمع كما أن كون الطاعن بعيدا عن والده ليس أمرا محتوما عندما يتعلق الأمر بخدمة المحجور عليه.

[redacted] لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس سببوا قرارهم تسبيبا قانونيا سليما. كما تطرقوا إلى مسألة الولاية على المال وأن المطعون ضدها (ب.ن) حفيدة المطعون ضده الثاني أصلح للقيام بمهمة المقدم [redacted] لكونها تعيش مع جدها المطلوب الحجر عليه وأنها متعودة على القيام بشؤونه خاصة المالية منها كما اعتبروا أن الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه متعود على تسيير شؤون والده وأنه متواجد بعيدا عنه بحكم إقامته وعمله بالعاصمة.

[1] كمال صالح البنا، المرجع السابق، ص 28.

[1] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 321.

وحيث أن هذا التسبيب كاف ولا رقابة للمحكمة العليا على قضاة الموضوع في ذلك ما دام ذلك التسبيب

يوصل إلى النتيجة التي توصلوا إليها"[1].

2. المتصرف الخاص

تنص المادة الثالثة من ق.و.م على أنه لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من أموال عن طريق التبرع في حال اشتراط من تبرع به ذلك، وإذا تم إخراج ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع من نطاق سلطات الولي يتعين في هذه الحالة تعيين وصي خاص ليدير المال المتبرع به لفائدة القاصر، كما تنص المادة 31 من قانون الولاية على المال المصري على أن المحكمة تقيم وصيا خاصا مع ضرورة تحديد مهمته في أحوال ذكرت من بينها أيلولة مال إلى القاصر بطريق التبرع مع اشتراط المتبرع عدم تولي الولي إدارة هذا المال[1]، ولا يوجد مقابل لهذه الحالة في التشريع الجزائري، كما أشارت نفس المادة إلى تعيين وصي خاص عند تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصي.

ويقابل هذه الصورة الأخيرة في التشريع الجزائري ما ورد في المادة 90 من ق.أ التي تنص على ما يأتي :" إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"، ومعلوم أن المادة 95 قد أحالت إلى أحكام هذه المادة وقد أسماه المشرع الجزائري متصرفا خاصا، دون أن يمتد حكم التعارض في المصلحة إلى زوج الولي أو أحد أصوله أو فروعه كما هو وارد في التشريع المصري.

بيد أن المشرع الفرنسي أسماه بالمدير الخاص الذي يعينه قاضي الوصاية عندما تتعارض مصالح القاصر مع مصالح ممثليه القانونيين، ويبدو أن المشرع الفرنسي وسع من دائرة النيابة وجعل الحكم يشمل كل من يمثل القاصر قانونا وليس الوصي فحسب وهو مضمون المادة 388-2 من القانون المدني الفرنسي، وقد حددت م 1210-1

[1] م.ع، غ.أ.ش، قرار تاريخ قرار بتاريخ 2010/10/14 ملف رقم 577743 ، م. ق.و، ع2، س 2010، ص 285 وما بعدها.

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 9.

من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كيفية تعيين المدير الخاص لفائدة القاصر حيث أنه ليس بالإمكان اختياره من أفراد عائلته أو أقربائه وإنما يكون هذا الاختيار من ضمن قائمة حددتها المادة 53 من قانون الإجراءات الجزائية، وعند تقصير الممثل القانوني في العناية بالقاصر يمكن للقاضي أن يعين مديرا خاصا الذي بدوره يمكنه تعيين محام للدفاع عن مصالح القاصر وكذا تمثيله[1].

3. الوصي المؤقت

هو الشخص الذي تعينه المحكمة بناء على حالات عارضة تقتضي حماية شؤون القاصر المالية فتكون وصايته موقوتة بفترة زمنية تنقضي بانقضائها[1]، و يقابل هذا في التشريع الجزائري تعيين المقدم وليس وصي كما سنوضحه، ومعلوم أن وقف الولاية قد يكون بقوة القانون كما هو مقرر في المادة 22 من ق.و.م التي تقضي بأنه يترتب على القضاء بسلب الولاية[2] على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال، وقد يكون وقف الولاية بحكم قضائي في كحال قيام أسباب جدية تقتضي عزل الولي أو طروء عارض من عوارض الأهلية، تفيد في هذا القبيل المادة 21 من ق.و.م بأن تحكم المحكمة بوقف الولاية على المال في حالة كون الولي غائبا أو تم اعتقاله تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو تم حبسه مدة تفوق سنة[3].

ويقابل النص السابق المادة 13 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري التي تقرر بأنه إذا كانت أموال القاصر في خطر ناتج عن سوء تصرف الولي أو غيبته أو حبسه فيمكن للقاضي أن يسلب ولايته أو يحد منها أو يوقفها، وفي هذه الحال يعين القاضي وصياً مؤقتاً تكون مهمته إدارة أموال القاصر، ولا تعود له الولاية إلا بقرار من

---

[1] فايز الحاج شاهين، مرجع سابق، ص 520.

[1] كمال حمدي، مرجع، سابق، ص 94.

[2] المقصود بسلب الولاية إنهاؤها كليا، وأما المقصود بالحد من الولاية هو إنهاء بعضها وقد استعمل المشرع الجزائري في قانون العقوبات مصطلح السقوط. وقضى المشرع العربي في المادة 50 من ق.ن.ع.م.ر.ق بان تسلب المحكمة الولاية إذا فقد الولي احد الشروط الواردة في المادة 49 من هذا القانون، هذه الأخيرة التي تشترط في الولي البلوغ والعقل والأمانة والقدرة على القيام بشؤون الولاية.

[3] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 94.

المحكمة بعد التثبت من انقضاء الأسباب التي اقتضت سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها، ومن ثم لا يقبل طلب استرداد الولاية السابق رفضه إلا بعد مضي سنتين من التاريخ الذي حُكِم فيه نهائيا بالرفض.

ففيما يتعلق بالغيبة نجد نص المادة 110 من ق.أ وما بعدها ينظم أحكامها، إذ حال تعطيل الغائب لمصالح الغير وإلحاق الأذى بهم اعتبر المشرع الجزائري حكمه كالمفقود، حيث يعين له مقدم من بين الأقارب أو من غيرهم لإدارة أمواله، ووفقا للتشريع المغربي إذا لم يترك الغائب وكالة لأحد يعهد إلى المحكمة صاحبة الاختصاص[1] تعيين مسير، وقد أوردت المادة 9 مكرر من ق.ع حالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية حيث يتعين على المحكمة أن تأمر بالحجر القانوني عليه المتمثل في حرمانه من مباشرة حقوقه المالية طلية فترة تنفيذ العقوبة، وقد أحالت الفقرة الثانية من ذات المادة إلى أحكام الحجر القضائي الواردة في قانون الأسرة(م 104 من ق.أ).

وفي كلتا الحالتين –الغيبة والحكم بعقوبة جنائية- نقترح تسميته بالمقدم المؤقت مع العلم أن المشرع لم يشر إلى حكم أموال أولاده القصر، غير أن المادة 87 من ق.أ وضحت المسألة في عبارة "... وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد...".

غير أن المادة 32 من ق.و.م تقضي بأن تقوم المحكمة بتنصيب وصي مؤقت إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للمولى عليه القاصر ولي آخر ونفس الحكم إذا وُقف الوصي وكذلك الشأن عند قيام ظروف مؤقتة حالت دون أداء واجباته، فوفقا لهذا النص يتم تعيين وصي مؤقت على القاصر إذا لم يوجد ولي آخر[1]، غير أن المشرع الجزائري أورد وليا احتياطيا وهو حلول الأم محل الأب-الولي- للقيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وإذا كانت الأم

[1] ينص الفصل 263 من قانون المسطرة المدنية في صيغتها المحينة بتاريخ 20 مارس 2014 على ما يلي:" يمكن لكل شخص يثبت أن له مصلحة مشروعة أو للنيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية تقديم مقال عند وجود ضرورة تسيير كل أو بعض أموال تركها شخص افترضت غيبته بسبب انقطاع أخباره دون أن يترك وكالة لأحد إلى المحكمة الابتدائية لمحل آخر موطن أو آخر محل إقامة من تفترض غيبته وإلا فإلى المحكمة التي توجد الأموال بدائرتها قصد الأمر باتخاذ إجراءات التسيير اللازمة ومعاضة تعيين كاتب ضبط يكلف بهذا التسيير ضمن الشروط التي تحددها المحكمة.

يمنع على هذا المسير ان يفوت اي منقول او عقار دون إذن من القضاء.

يبت القاضي بأمر غير قابل للطعن، ويتعين على النيابة العامة إذا لم تكن هي التي قدمت المقال أن تدلي بمستنتجاتها."

[1] احمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 116.

متوفية قبل الأب وكان هذا الأخير قد توفى لاحقا فإن المشرع الجزائري قرر في المادة 468 من ق.إ.م.إ بأن إدارة أموال القاصر حال وفاة الوالدين تخضع لرقابة القاضي.

وتقضي المادة 4/244 من مدونة الأسرة المغربية بأنه يمكن للمحكمة تعيين مقدم مؤقت عند الاقتضاء، ومادام أن صفة التأقيت هي نقطة الاشتراك بين الوصي المؤقت والوصي الخاص ووصي الخصومة فإن الأحكام التي تسري في حق هؤلاء نصت عليها المادة 34 من ق.و.م التي تحيل إلى أحكام الوصاية العامة مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة كل نوع على حدة[1]، كما تقضي المادة 35 من ذات القانون بأن مهمة الوصي الخاص والوصي المؤقت تنقضي بانقضاء العمل الذي أقيما من أجله أو تبعا للمدة التي عُيّنا من أجلها[2].

وفي كل الأحوال جعل المشرع الجزائري القاصر ومن في حكمه خاضعا لأحكام النيابة الشرعية، فالنائب القانوني وليا كان أو وصيا أو مقدما تكون نيابته للقاصر على إطلاقها سواء من حيث التصرفات القانونية أو التمثيل القانوني أمام الجهات القضائية وهذا بمقتضى المادة 81 من ق.أ التي تنص على ما يلي:" من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون، أو عته، أو سفه ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

4. وصي القاضي

وهو الشخص الذي تعينه المحكمة على مال القاصر إذا لم يكن له وصي مختار ولهذا يطلق عليه الفقهاء الوصي المعين، نصت في هذا الصدد المادة 29 من ق.و.م على أنه إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصيا اختاره الأب تقوم المحكمة بتعيين وصي على المولود الذي انفصل عن أمه حيا ما لم تقم المحكمة بتعيين وصي آخر[3]،

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 118.

[2] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 31.

[3] كمال صالح البنا، نفس المرجع، ص 27. وأضاف الأستاذ أنه في حالة تنحي الولي عن ولايته فهل بإمكانه اختيار الوصي؟ وقد أجاب على ذلك بأنه يتعين الفصل بين الولاية على المال والولاية على النفس وهذا يستتبع حتما أن فقد الولاية للتنحي يفقده حرية التصرف في أموال القاصر إلا أنه لا يفقده حرية التصرف في حقوقه الشخصية وهذا يعني أنه يمكنه اختيار الوصي خاصة وأنه في النهاية يتعين على القاضي التحقق من الوصاية وتثبيتها.

فتعيين شخص من قبل المحكمة عند عدم وجود وصي للولد القاصر هو مفهوم ينطبق على المقدم في التشريع الجزائري وفقا للمادة 99 من ق.أ، وكذا المادة 182 من نفس القانون بخصوص الحمل المستكن [1].

ومن ثم فإن المقدم حسب المادة 99 من ق.أ يُعين على ناقصي الأهلية وفاقديها من صبي مميز وغير مميز وكذا المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة كل هؤلاء يخضعون لنظام التقديم(القوامة) في حين أن القوامة في التشريع المصري يخضع لأحكامها البالغين المحجور عليهم دون القاصر سواء كان مميزا أو غير مميز وفقا للمادة 65 من ق.و.م، هذا من جهة، ومن جهة أخرى قررها المشرع المصري بموجب المادة 68 من ق.و.م للابن البالغ ثم الأب ثم الجد ثم الشخص الذي تختاره المحكمة، وهو ترتيب لا يقبل التقديم أو التأخير كما سبق الإشارة إليه بخلاف أن التقديم(القوامة) في التشريع الجزائري الذي يكون مجاله واسع من حيث أصحاب الحق فيه فقد يكون من الأقرباء وقد يكون من غيرهم دون مراعاة الترتيب ذلك أن المادة 99 من ق.أ استعملت حرف العطف "أو" الذي يفيد الاختيار.

كما استعمل المشرع المصري في المادة 68 من ق.و.م تقريبا نفس الصياغة الموجودة في المادة 1/469 من ق.إ.م.إ في عبارة "تختاره المحكمة" وهذا ينطبق على القيم (المقدم)، غير أن المادة 3/472 من ق.إ.م.إ نصت بصريح العبارة "الوصي المختار" وهي الصياغة التي أخلطت المفاهيم إذ أن المتأمل لهذه الصياغة ينصرف ذهنه إلى عبارة "تختاره المحكمة" الواردة في المادة 1/469 الخاصة بالمقدم وبالتنسيق بينهما يتبين أن الوصي المختار هو من تعينه المحكمة، لكن هذا غير صحيح ذلك أن الوصي المختار هو من اختيار الأب أو الجد(م 92 من ق.أ) ثم تثبته المحكمة طبقا للمادة 94 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه يتعين أن تعرض الوصاية على القاضي عند وفاة الأب ليثبتها أو يرفضها.

[1] تنص المادة 182 من ق.أ على ما يلي:" في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة، وأن يفصل في الطلب".

تنص المادة 3/472 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا"، فالوصي المختار[1] كما سبق بيانه هو الشخص الذي يختاره الأب أو الجد(م 92 من ق.أ) وليس من اختيار القاضي بل هذا الأخير يثبته بعد وفاة الأب، وتأسيسا على هذا يمكن للقاضي– حسب م 3/472 من ق.إ.م.إ- وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار[1] -في تقديرنا - الذي تم رفضه وهذا مؤقتا إلى حين تعيين مقدم.

والدليل على سبق هو استعمال المشرع لعبارة"وضع القاصر تحت وصاية" ولم تكن الصياغة بـ:" تعيين وصي"[2]، كما أن رفض الوصي قد يكون خارجا عن إمكانية توافر الشروط من عدمها، ذلك أن المادة 472 نصت في فقرتها الثانية على ما يلي :"وفي حالة رفض الوصاية..." دون أن تسند ذلك لتخلف شرط من شروط الوصاية فقد يكون الرفض بسببها وقد يكون غير ذلك كأن يرفضه القاضي بسبب بعد المسافة بين محل إقامة الوصي ومحل إقامة القاصر المشمول بالوصاية وهذا ليس من ضمن شروط الوصاية لكنه يحول دون ممارستها بصورة جيدة ومن ثم تعطيل مصالح القاصر، كما قد يكتشف القاضي تخلف عنصر الرضا(قبول الوصاية) عند سماعه للوصي (م 1/471) بحيث

---

[1] انظر كمال حمدي، مرجع سابق، ص 83 في تعريف الوصي المختار و ص86 في تثبيت الوصي المختار. أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 205 وما بعدها. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 180 جاء في مضمونه(والوصي المختار بمعرفة الأب أو الجد يتعين عرض أمره على القاضي بعد وفاة الموصي لتثبيت الوصاية أو رفضها). محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ج2، ص 612. جاء فيه ما مفاده (ولم يرد في تقنين الأسرة نص يشير إلى حالة تعيين وصي من المحكمة).

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 466، جاء في هذا المرجع ما مفاده(وفي حالة رفض الوصاية ليس بالضرورة أن يلجأ القاضي لتعيين مقدم فقد يقدم كل من النيابة العامة أو القاصر أو من يهمه أمر القاصر شخصا مقترحا لتولي الوصاية .....وفي حالة رأت المحكمة أن الشخص مناسب ويتوافر على جملة الشروط المنصوص عليها قانونا لتولي مهمة الوصي فيمكنها بعد ذلك أن تضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار) هذا الشخص الذي اختارته المحكمة ليس هو الوصي المختار وإلا لماذا سماه المشرع أو الفقه الإسلامي الوصي المختار ؟ لأنه من اختيار الأب أو الجد وليس من اختيار المحكمة، هذه الأخيرة التي قد تعينه(تثبته) وقد ترفضه(م 94 من ق.أ) وفي حال الرفض تعين المحكمة مقدما (م 2/472 من ق.إ.م.إ وكذا م 99 و182 من ق.أ.) وهو ما يطلق عليه وصي القاضي في التشريع المصري الذي ينصبه القاضي في حالة عدم وجود الوصي المختار أو الجد (م 92 من ق.و.م) انظر رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 477.

[2] يمكن أن نسميه في هذه الحالة وصيا مؤقتا ذلك أن وضع القاصر تحت وصايته التي تجد مصدرها في القاضي، أو نسميه مقدما مؤقتا لأن مفهوم المقدم الوارد في م 99 من ق.أ ينطبق عليه غير أن مهمته مقرونة بظرف معين، ونتفق على أن هذا الإجراء هو تدبير مؤقت مهما كانت التسمية إذ أنه لا مشاحة في الاصطلاح وهذا إلى غاية تعيين المقدم بصفة نهائية.

أن سكوته وقت اختيار الأب أو الجد كان بدافع الصداقة وقبول المهمة رغم صعوبتها غير أن الوضع اختلف بعد الوفاة بسبب مضايقة أقرباء القاصر أو تغير موقف عائلة الوصي وما إلى ذلك من الموانع.

وما يؤكد صحة ما أوردناه هو النص الوارد في النسخة الفرنسية في المادة 3/472 [1] من ق.إ.م.إ مع العلم أن هناك خلل آخر في الصياغة يتمثل في عبارة "...عندما تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا" لأن الأمر هنا يتعلق بالظرف الزماني معناه متى توفرت الشروط مستقبلا مع أن النص يتعلق بحكم آني يتعين تدبيره في تلك اللحظة لذا كان ينبغي أن تكون الصياغة على النحو التالي"...إذا توفرت" لتحمل معنى الشرط كما هو عليه الشأن في النسخة الفرنسية(انظر م 3/472 من ق.إ.م.إ في الهامش أدناه).

وبالنسبة للتشريع المغربي تنص المادة 232 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:" في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائبا شرعيا للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدما"، وتضيف المادة 234 صورة أخرى لتعيين المقدم وهي أنه بإمكان المحكمة تعيين مقدم إلى جانب الوصي تكون مهمته مساعدته أو القيام بالإدارة المستقلة لبعض المصالح المالية للقاصر.

وأما القوامة في التشريع الفرنسي فتأخذ مفهوما آخر حيث قررتها المادة 440 من القانون المدني الفرنسي

للأشخاص الذين لا يمكنهم بأي وجه تدبير شؤونهم بأنفسهم بسبب خلل في قدراتهم العقلية أو البدنية بتم إثباته

طبيا ويؤدي إلى عذر في التعبير عن إرادتهم، غير أنه لا يتم وضعهم تحت نظام القوامة إلا إذا ثبت أن الوقاية

القضائية[1] لا يمكن أن توفر لهم الحماية الكافية، وإذا لم توفر الحماية القضائية ولا القوامة الحماية الكافية لهؤلاء يمكن وضعهم تحت الوصاية، وهذا بطبيعة الحال مخالف لما هو وارد في التشريع الجزائري حسب المادة 99 من ق.أ حيث

[1] Art 472/3 du CPCA : « Le juge peut placer le mineur sous l'administration du tuteur testamentaire choisi s'il réunit les conditions requises par la loi ».

[1]Art. 425 du CCF: Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre. S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions.

أن القوامة تقرر في حالة عدم وجود ولي **أو وصي، كما يمكن** للشخص المشمول بالقوامة في **التشريع الفرنسي أن يقوم** ببعض الأعمال منفردا أو بمساعدة القاضي، هذا الأخير الذي يقوم بحصرها **وفقا للمادة 471** من القانون المدني **الفرنسي وهذا استثناء من الأصل** المقرر في المادة **467 من ذات القانون والذي يقرر بأن الشخص المشمول بالقوامة لا** يمكنه القيام بأي عمل يحتاج إلى ترخيص من القاضي أو من مجلس العائلة وهذا دون مساعدة القيم[1].

وفي التشريع المصري، **تقرر المادة 65 من ق.و.م بأن الحجر** يحكم به **على البالغين لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ولا يتم رفعه إلا بحكم، وتعين المحكمة على المحجور عليه قيما ليقوم بإدارة أمواله. ويقابل هذا النص المادة 101 من ق.أ**[1] التي تنص على ما يلي:"من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، **والفرق جلي وواضح بين النصين ذلك أن المشرع المصري قرر القوامة للمحجور** عليهم وهم المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة، في حين أن المشرع الجزائري قرر القوامة **(التقديم) لفاقدي الأهلية وناقصيها وليس للمحجور عليهم فحسب وفقا للمادة 99 من ق.أ.**

وتبعا لهذا يخضع القاصر مميزا كان أو غير مميز لنظام التقديم في **التشريع الجزائري**[2]**، على أن المشرع الجزائري** لم يحدد درجة القرابة بين القيم والقاصر بخلاف المشرع المصري الذي حدد درجة القرابة بمقتضى المادة **68 من قانون الولاية.** فالقاصر وفقا للتشريعين لا يخضع لنظام الحجر وهذا هو وجه الشبه بينهما **مخالفين بذلك أحكام الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية كالتشريع** المغربي والتشريع التونسي والتشريع الأردني**، كما** يختلفان في تقرير القوامة للقاصر حيث يخضع هذا الأخير **للتقديم** في التشريع الجزائري بينما لا يخضع **لنظام القوامة وفقا للتشريع المصري.**

---

[1]Art. 471 du CCF: A tout moment, le juge peut, par dérogation à l'article 467, énumérer certains actes que la personne en curatelle a la capacité de faire seule ou, à l'inverse, ajouter d'autres actes à ceux pour lesquels l'assistance du curateur est exigée.

[1] وقد جاء في قرار للمحكمة العليا ملف رقم 731298 بتاريخ 2011/10/20 ما يلي" **لا يعين المحضر القضائي مقدما على المحجور عليه قانونا إلا إذا ثبت انعدام القريب".**

[2] **وما يؤكد هذا الحكم هو نص المادة 469 من ق.إ.م.إ** التي تقضي بأن **القاضي يعين طبقا لأحكام قانون الأسرة** مقدما من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره.

ويذهب المشرع المغربي إلى أنه في حالة عدم وجود **أم أو وصي تقوم المحكمة بتعيين مقدم للمحجور عليهم** بأن تختار الأكفأ من بين العصبة فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم، **وعليه فقد راعى المشرع** المغربي درجة القرابة في تعيين **المقدم**، كما أنه يمكن إشراك شخصين أو أكثر في التقديم إذا كان ثمة مصلحة راجحة للمحجور **عليه مع ضرورة تحديد اختصاص كل منهم.**

5. الوصي المنضم

يعين الوصي المنضم بناء على طلب الوصية(الأم) ويكون في غالب الأحوال العم، على أن العلة في تعيينه هي عدم قدرتها على إدارة أموال القاصر بمفردها كإدارة شركة مثلا أو عدم درايتها بأصول المهنة[1]، **واختلف الفقهاء** في وصاية الأم إلى رأيين، **يتعلق** الأول بقول الجمهور وهو أن الأم لا يسوغ لها أن **تُولّي وصيا على أولادها ذلك أنه لا** يمكنها أن تلي أولادها فمن باب أولى ليس في مقدورها إقامة خليفة عنها بعد وفاتها بخلاف المالكية الذين جعلوا للأم حق الإيصاء على أولادها بتوفر شرطين هما كون مال الأولاد وَرَّثْه **الأم وعدم وجود الأب أو وصيه أو وصي القاضي** وإلا فلا إيصاء لها[2].

وقدأ جاز المشرع المغربي بموجب المادة 238 من مدونة الأسرة هذه الصلاحية مادام أنه اعترف لها بحق **الولاية لكن دون** مراعاة الشرطين المقررين في المذهب المالكي بخلاف المشرع الجزائري الذي اعترف للأم بحق الولاية ولم يمكنها من حق الإيصاء، حيث يشترط لولاية الأم على أولادها **أن تكون راشدة وعدم وجود الأب سواء كان متوفيا أو** غائبا أو فاقدا لأهليته أو غير ذلك، وبهذا خول المشرع المغربي للأم صلاحية **تعيين وصي على أولادها المحجور عليهم ومنحها أيضا صلاحية الرجوع عن هذا الإيصاء**، ومن ثم يتم عرض **الوصية على القاضي بمجرد** وفاتها حتى يتحقق **منها** ويثبتها، وقررت الفقرة الأخيرة من نفس المادة أنه إذا وجد **وصي الأب مع الأم فإن الوصي تقتصر**

[1] **رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 621** في الهامش.
[2] أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 30.

مهمته على متابعة تسيير الأم لأمور الموصى عليه ويرفع الأمر إلى القضاء عند الاقتضاء، وهذا بطبيعة الحال مخالف للشرط الذي أورده المالكية، وهذا يخالف التشريع المغربي المذهب المالكي الذي يقرر أنه لا ولاية للأم في باب المال بحيث إذا أوصت الأم على ولدها الصغير قبل أن تموت ثم توفت بعد ذلك فلا يكون له حق التصرف في تركة الأم مع وجود الأب أو وصيه[1].

6. وصي الخصومة

هو الشخص الذي تنصبه المحكمة ليقوم بتمثيل القاصر أمام الجهات القضائية فينوب عنه في رفع الدعاوى التي تقتضيها مصلحته، وقد نصت على وصي الخصومة المادة 33 من ق.و.م وجعلت تعيينه على سبيل الجواز حتى ولو لم يكن له مال ويكون دوره تمثيل القاصر أمام المحاكم فيحق له رفع الدعاوى والطعن في الأحكام الصادرة لغير مصلحة القاصر[1]، كما قضت المادة 9 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بأن المحكمة الجزئية تختص بنظر جملة من المسائل وذكرت من بينها المأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال، ونصت على تعيين وصي الخصومة لفائدة القاصر المادة 20 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري بقولها:" يجوز للقاضي أن يعين وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال".

كما أنه يمكن لوصي الخصومة أن يطعن في الأحكام الصادرة في مواجهة القاصر بكل طرق الطعن المقررة قانونا[2]، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما مفاده:"وصي الخصومة يكون له ما للوصي العام في رفع الدعوى عن القاصر التي يرى أن له مصلحة في رفعها وأن يطعن في الأحكام الصادرة منها بكافة طرق الطعن العادية وغير العادية ويكون لوصي الخصومة عند وجود مصلحة للقاصر أن يطعن بطريق النقض في الأحكام الصادرة في الدعوى التي أذن له في رفعها من غير حاجة في ذلك إلى إذن خاص كما له أن يطعن بالنقض في كل حكم صدر قبل الإذن

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص 355.

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق ص 117.

[2] أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 118.

له بالخصومة متى كان بين هذا الحكم والحكم الصادر في الدعوى المأذون له في رفعها صلة تجعل نقض الحكم متعينا عند نقض الحكم الصادر في هذه الدعوى"[1].

وأما في التشريع الفرنسي فقد جاء القانون 2000-196 المؤرخ في 2000/03/06 ليعزز مركز الطفل بصورة توفر له رعاية فائقة حيث قضت المادة الأولى منه بأنه يقام مدافع قضائي يتم تعيينه لمدة 6 سنوات بمرسوم صادر عن مجلس الوزراء وله صلاحيات واسعة لحماية حقوق القصر[1].

وفضلا عن عما سبق لا يمكن ملاحقة المدافع القضائي ولا توقيفه ولا الحكم عليه ولا اعتقاله بمناسبة أداء مهامه أو بشأن الآراء التي يفصح عنها بالنسبة للقصر، وتكون له سلطة مستقلة كما يمكنه الدفاع عن حقوقهم وتعزيزها إذ يتلقى طلبات القاصر أو ممثله القانوني سواء كان شخصا عاما أو خاصا في حال عدم احترام حقوقهم، وفي حال تلقي الطلب بصورة مباشرة من القاصر يتعين إعلام ممثله القانوني، وبإمكان المدافع القضائي اقتراح تعديل الأحكام التشريعية والتنظيمية التي من شأنها أن تضمن احتراما أفضل لحقوق القاصر[2].

ودعما لتكريس حقوق القاصر في التشريع الفرنسي صدر القانون رقم 2007-293 المؤرخ في 2007/03/05 وجاء في مادته السابعة(7) أن المدافع عن القصر يمكن أن يتلقى الطلبات من أفراد عائلة القاصر والدوائر الطبية الاجتماعية وكذا الجمعيات المعترف بأنها ذات نفع عام والتي تعمل على الدفاع عن حقوق القصر[3]، كما أن الوصي وفقا للمادة 408 من القانون المدني الفرنسي يمثل القاصر أمام القضاء ولا يمكنه الإدعاء باسم القاصر ليطالب بحقوق غير مالية إلا إذا حصل على إذن أو أمر من مجلس العائلة، كما يمكن لهذا الأخير أن يلزم الوصي بالتنازل عن الخصومة أو الدعوى أو أن يتصالح بشأنهما.

[1] مقتبس من مؤلف شرح قانون الولاية على المال لعبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 40.
[1] فايز الحاج شاهين، مرجع سابق، ص 521.
[2] فايز الحاج شاهين، نفس المرجع، ص 521-522.
[3] فايز الحاج شاهين، المرجع نفسه، ص 522.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري جعل عدم الدفاع عن ناقصي الأهلية وجها من أوجه الطعن في المادة 358 من ق.إ.م.إ إلا أنه لم يخصص نصوصا لهذا الحكم كتعيين شخص يمثل القاصر أمام القضاء كما هو عليه الحال في التشريعات الحديثة.

ثالثا: الإدارة المؤقتة

نصت على هذا الحكم المادة 38 من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث أنه إذا تبين للنيابة العامة أن طلب توقيع الحجر أو سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو حالة إثبات الغيبة يقتضي اتخاذ إجراءات تحقيق تطول مدتها ويخشى أثناءها من ضياع المال يتم رفع القضية للمحكمة لاتخاذ إجراءات تحفظية مناسبة أو أن تأمر بمنع المقدم ضده الطلب من التصرف في الأموال كلها أو بعضها أو تقييد سلطته في إدارتها أو تنصيب مدير مؤقت لإدارة هذه الأموال[1].

ويطبق على المدير المؤقت أحكام الوصي حيث تقضي المادة 46 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بأن يودع المدير المؤقت قلم كتاب المحكمة حسابا عن إدارته مشفوعا بالمستندات التي تؤيده في الميعاد المحدد قانونا وكلما طلبت منه المحكمة ذلك في الميعاد الذي تحدده[2].

رابعا: الإشراف على مال القاصر

يكون من الضروري تعيين مشرف ليراقب الوصي أو المقدم للقيام بواجبهم بكل حرص، وهذه المسألة لم يرد النص عليها في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل إن مراقبة الوصي تكون تحت إشراف القاضي وهذا ليس على سبيل الوجوب حيث تنص المادة 465 من ق.إ.م.إ 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

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 127.

[2] عبد الله سيد أحمد سرور، نفس المرجع، ص 129.

ولايته"، وتبعا لهذا النص فالقاضي له سلطة الإشراف على ممارسة الولاية والوصاية والتقديم إذ يجب عرض الوصاية عليه بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها[1]، غير أن هذه المراقبة من الناحية العملية لا يمكن تجسيدها على أرض الواقع ذلك أن القضاء يعج بملفات كثيرة ولا يمكن له أن يراقب الولاية بل يستوجب الأمر تعيينه لشخص يقوم بهذه المهمة بدلا عنه.

وعلى هذا فالمشرف حسب المادة 80 وما بعدها من ق.و.م هو الشخص الذي يتم تعيينه من قبل المحكمة تكون مهمته مراقبة الوصي والقيم والوكيل عن الغائب، وبديهي حسب النص أن المشرف لا يراقب الولي لعدم النص عليه والعلة في ذلك وفرة الشفقة لدى الولي[1]، وعند شغور مكان النائب أو الوكيل يقوم المشرف بتقديم طلب إلى المحكمة بتنصيب نائب أو وكيل جديد على أن يقوم بالأعمال التي لا تقبل التأجيل بسبب إلحاقها الضرر بالقاصر[2]، كما يتعين على من يقع عليه الإشراف أن يمكن المشرف من المستندات المتعلقة بالأموال لفحصها ويتعين عليه الرد على طلباته وإفادته بالتوضيحات اللازمة، كما يلتزم المشرف بإفادة القاضي بكل مسألة يرى في إبلاغها مصلحة للشخص المشمول بالنيابة الشرعية.

وأما بشأن القواعد التي تحكم مسألة الإشراف فقد أحالت المادة 82 من ق.و.م إلى الأحكام المتعلقة بالوكيل أو النائب فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وكذا أجره مقابل عمله والمسؤولية الناشئة عن تقصيره، ولم يرد ذكر المساعد القضائي المعين بسبب إصابة الحواس أو العجز ضمن من يخضعون لنظام الإشراف وهذا لا يمكن في الحقيقة تصوره ذلك أن المساعد القضائي لا يقوم بإدارة أموال هذا الشخص وإنما يساعده في إبرام التصرفات القانونية خشية انفراده بها والإضرار بمصالحه المالية[3]، كما أن البطلان النسبي إذا نفرد بالتصرف مقرر لمصلحته[4].

---

[1] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 204.

[1] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 98.

[2] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 490.

[3] كمال حمدي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[4] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 207.

وقد نص المشرع المغربي على نظام الإشراف في المادة 248 من مدونة الأسرة وتكمن مهمة المشرف حسب هذه المادة في مراقبة تصرفات الوصي وإرشاده لما فيه مصلحة المحجور كما يبلغ المحكمة عما يراه من تقصير في جانب الوصي أو في حالة ما إذا كان مال المحجور عليه معرض للإتلاف أو الضياع، وقد نص المشرع العربي على مسألة الإشراف في المادة 84 وما بعدها من ق.ن.ع.م.ر.ق وقرر أن تعيين المشرف يكون من قبل الأب أو القاضي بموجب المادة 85 من نفس القانون، وهذا الحكم يؤكد أن الإشراف لا يتقرر للولي بل لهذا الأخير أن يعين مشرفا.

وبالنسبة للتشريع الفرنسي فإن مجلس العائلة يقوم بتعيين المشرف من بين أعضاء العائلة، وقد دققت المادة 409 من القانون المدني الفرنسي في مسألة تعيينه فقررت حكما يحقق مصلحة للقاصر مفاده أن الوصي إذا كان من أقارب القاصر من جهة النسب أو المصاهرة فإن المشرف على أعمال الوصي يتم اختياره قدر الإمكان من غير الجهة التي تم اختيار الوصي منها، ويعتبر تاريخ انتهاء مهمة الوصي هو ذاته تاريخ انتهاء مهمة المشرف على الوصي طبقا للمادة 409 فقرة أخيرة من القانون المدني الفرنسي[1].

وأما عن مهام المشرف فقد حددتها المادة 410 من القانون المدني الفرنسي وتكمن في مراقبة أعمال الوصي بالدرجة الأولى وتمثيل القاصر عند قيام حالة التعارض بين مصالح الوصي ومصالح القاصر، كما أنه همزة وصل بين قاضي الوصاية والوصي على القاصر حيث يطلعه على كل المعلومات المرتبطة بالوصاية ويبلغه عن الأخطاء التي يرتكبها الوصي في ممارسته لمهامه، وتفيد الفقرة الأخيرة من هذه المادة بأن المشرف لا يحل محل الوصي عند انتهاء مهمة هذا الأخير بل يقع على عاتقه تعيين وصي جديد.

كما يقوم مجلس العائلة طبقا للمادة 500 من القانون المدني الفرنسي بتحديد ميزانية الوصاية وذلك بتحديد المبالغ السنوية الضرورية لإعالة الشخص المحمي وكذا دفع النفقات المتعلقة بإدارة أمواله، كما يمكن لمجلس

[1] كما تفيد المادة 83 من ق.و.م على أن المحكمة تقرر انتهاء الإشراف إذا رأت زوال داعيه.

العائلة أو القاضي في حالة عدم انعقاد المجلس **أن يأذن للوصي بضم** الأجر المتعلق بالمدير الخاص إلى **نفقات** التسيير، إضافة إلى مهام أخرى حددتها هذه المادة، كما يبت مجلس العائلة أيضا في التراخيص التي يطلبها الوصي بخصوص الأعمال التي لا يمكنه القيام بها بصورة انفرادية[1].

وتضيف م 501 مدني **فرنسي بأن يتخذ** مجلس العائلة التدابير التي يراها مناسبة فيما يخص توظيف أو إعادة توظيف الأموال مسبقا أو أثناء كل عملية مع مراعاة الأجل المحدد في القرار، وعند انتهاء هذا الأجل **من دون نتيجة يصبح** الوصي مدينا بالفوائد، كما يمكن للمجلس أن يودع الأموال في حساب غير قابل للتصرف.

وإننا نهيب بالمشرع الجزائري أن ينظم مسألة الإشراف نظرا لما تتضمنه من حماية **بالغة على أموال القاصر،** ذلك أن الوصي أو القيم لا تتوافر لديه الشفقة كما هو الشأن بالنسبة للولي أبا **كان أو جدا هذا من جهة، ومن جهة** أخرى فإن القاضي لا يمكنه مراقبة الولاية من الناحية العملية بالنظر إلى حجم الملفات المتزايد في قضايا شؤون **الأسرة،** وهنا تجدر الإشارة إلى أن **المادة** 388-3 من القانون المدني الفرنسي قررت أن مسألة الرقابة على أعمال **الوصاية يشرف عليها قاضي الوصاية والنائب العام.**

والحاصل في هذا الفرع **أن كل أنواع الأوصياء السالف** بيانهم ومهما كانت التسمية التي تطلق عليهم **وردت** الأحكام المتعلقة بهم في التشريع الجزائري ما عدا الوصي المنضم غير أن المشرع **أطلق على** النائب القانوني إما وصيا أو **مقدما دون تفصيل** في التسمية كما أشارت إلى ذلك المادة 81 **من ق.أ،** ثم إن هذه التسميات السابقة **منها ما هو وارد تشريعا ومنها ما هو وارد فقها**[2]**، مع العلم** أن المقدم الذي يعينه القاضي يطلق عليه في الفقه الإسلامي الوصي

[1] **Art. 502 du CCF :** Le conseil de famille ou, à défaut, le juge statue sur les autorisations que le tuteur sollicite pour les actes qu'il ne peut accomplir seul. Toutefois, les autorisations du conseil de famille peuvent être suppléées par elles du juge si les actes portent sur des biens dont la valeur en capital n'excède pas une somme fixée par décret.

[2] يضيف كذلك الدكتور كمال حمدي **نوعا آخر وهو الوصي العام ويقول:**"ويعرفه القانون باسم الوصي وإن كنا قد اضطررنا ونحن في مجال بيان أنواع الأوصياء إلى تسميته بالوصي العام" **ويعرفه بأنه الوصي الذي تعينه المحكمة لرعاية شؤون القاصر** إذا لم يكن له وصي مختار، وهو الوصي المختار بعد تثبيته، والأصل أن يكون الوصي عاما يقصد بذلك أن تشمل سلطته كل أموال القاصر وفي إطار ما حدده القانون بالاستثناء أن يعين معين وصي خاص. **انظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص** 197. كمال حمدي، مرجع سابق، ص 90-91. احمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 29-30.

المعين من قبل القاضي ويختلف عن **الوصي** والولي في أن هذا الأخير **يعين بقوة القانون وأما الوصي فيعينه الأب أو الجد عند عدم وجود الأم أو ثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية**[1].

وإذا أردنا أن نحدد أنواع **الأوصياء** في التشريع الجزائري فإن الأمر يختلف ذلك أن التقديم أوسع نطاقا **إذا** دققنا النظر في مضمون **المادة 99 من ق.أ وقارناها بالمادة 68 من ق.و.م من جهة، ومن جهة أخرى فإن بعض الحالات** التي **يطلق عليها المشرع المصري اسم الوصي أو الوكيل يسميها المشرع الجزائري مقدما كما هو الحال بالنسبة للمادة 182 من ق.أ بالنسبة للحمل المستكن يعين له** مقدم **ويقابل هذا النص م 29 من ق.و.م.**

وكذلك الشأن بالنسبة للمادة 111 من ق.أ بخصوص المفقود والغائب **حيث يعين عند الحكم بالفقد مقدما** وأسماه المشرع المصري وكيلا في م **75 من ق.و.م، والمادة 9 مكرر من ق.**ع التي تحيل إلى قانون الأسرة بشأن **الحجر القضائي على المحكوم عليه بعقوبة جنائية والذي يعين له** مقدم **لإدارة أمواله(م 104 من ق.أ) ويقابل هذا الحكم م 21 من ق.و.م** التي تنص على أن **المحكمة تقضي بوقف الولاية إذا كان** الولي **غائبا أو تم اعتقاله تنفيذا لعقوبة جنائية أو تم حبس حريته مدة تفوق سنة وهنا تعين له وصيا مؤقتا بموجب المادة 32 من ق.و.م**[2]**. والحاصل** أن الحالات التي أطلق فيها **المشرع المصري اسم وصي** على النائب القانوني سماه المشرع الجزائري وفي نفس الحالة **مقدما،** وعليه يكون البحث في أنواع المقدمين أو القامة (جمع قيّم) بدل الأوصياء في التشريع الجزائري.

الفرع الثاني : شروط الوصاية

لتعيين الوصي يتعين توافر جملة من الشروط **ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات المقارنة، نذكر** هذه الشروط في المذاهب الفقهية الإسلامية **وبعض التشريعات الوضعية على أن نقف بعدها عند كل شرط بالتحليل ونبين موقف المشرع الجزائري منه.**

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 380.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 94. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص78.

يذهب الحنفية إلى أن الوصي المختار يتعين أن تتوافر فيه خمسة شروط وهي : أن يكون الوصي بالغا، مسلما، عدلا، أمينا وقادرا؛ ويرى المالكية أنها أربعة شروط وهي التكليف، والإسلام، والعدالة، وحسن التصرف؛ ويقول الشافعية أنه يشترط في الوصي أن يكون عدلا ظاهرا وباطنا- ومعيارها الشهادة-، وأن يكون كفؤا، حرا، مسلما، مكلفا، عاقلا وأن لا تكون عداوة بينه وبين من يتولى أمره، كما يشترط ألا يكون مجهول الحال؛ وعند تخلف أي شرط فلا تصح وصاية الشخص[1].

وأما الحنابلة فاشترطوا في الوصي أن يكون مسلما، مكلفا، رشيدا، عدلا ولم يشترطوا القدرة لصحة الوصاية فإن كان ضعيفا ضم إليه القاضي قويا أمينا، وإذا أوصي إلى اثنين فإنه لا يجوز لأي منهما الإنفراد بالتصرف دون الآخر إلا إذا تم النص على ذلك من قبل الموصي[2].

وقد نصت المادة 93 من ق.أ على الشروط الواجب توافرها في الوصي وهي الإسلام والبلوغ والعقل والأمانة وحسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوافر فيه الشروط القانونية، وقضت المادة 246 من مدونة الأسرة المغربية بأنه يشترط في الوصي والمقدم كمال الأهلية والحزم والضبط والأمانة وللمحكمة اعتبار شرط الملاءة لكل من الوصي والمقدم، كما نصت المادة 27 من ق.و.م على ما يلي:" يجب أن يكون الوصي عدلا كفؤا ذا أهليه كاملة ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا:

- المحكوم علية في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط.
- من حكم عليه بجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته.
- من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص 355-356.

[2] عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع ، ص 356.

- **المحكوم بإفلاسه** إلى **أن** يحكم يرد اعتباره.
- **من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.**
- **من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين** متى بني **هذا الحرمان على أسباب قويه ترى المحكمة بعد تحقيقها** أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية **أو عرفية مسبقا على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة** بخطه **أو موقعة بإمضائه.**
- **من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة** إذا كان يخشى من **ذلك كله على مصلحة القاصر.**

ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه، وإلا فمن أهل **دينه**، وهنا نلاحظ أن النظام الطائفي السائد في مصر يؤثر على أحكام الولاية"[1].

كما تنص المادة 246 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:"يشترط في كل من الوصي والمقدم : **أن يكون ذا أهلية كاملة حازما ضابطا أمينا.**

للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما".

---

[1] تقضي الفقرة الأخيرة من المادة 27 **من قانون الولاية على المال بما يلي:**"وجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر، فإن لم يكن فمن أهل **مذهبه، وإلا فمن أهل دينه**".الحقيقة أن بعض التشريعات صاغت مادتين بدل مادة واحدة فخصصت الأولى للشروط الواجب توافرها في **الوصي وأما المادة** الثانية فنصت فيها على الحالات التي لا يجوز أن يعين فيها الوصي، كما هو معمول به في قانون الولاية على أموال القاصرين القطري في **المادتين 16 و17،** وكذا التشريع المغربي في المادتين **246 و247 من مدونة** الأسرة المغربية. بينما جمعت تشريعات أخرى بين جميع الحالات في مادة واحدة واعتبرتها شروط لثبوت الوصاية كالتشريع المصري والتشريع الأردني، هذا الأخير الذي أحسن صياغتها حين نص صراحة على توافر الشروط أثناء الوصاية، تنص في المادة **231 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:**"يشترط في الوصي وقت تعيينه وأثناء وصايته **ما يلي:**

أ.كمال الأهلية.

ب. القدرة على القيام بشؤون القاصر

ج. ألا يكون محكوما عليه بجريمة مخلة بالآداب أو تمس الشرف أو النزاهة.

د.أن لا يكون قد أشهر إفلاسه.

هـ. ألا يكون قد سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

و. أن لا يكون بينه وبين القاصر نزاع قضائي".

وقد ورد في المادة 247 من مدونة الأسرة المغربية ثلاثة حالات لا يجوز تعيين وصي أو مقدم بقيامها وهي:

- المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة ائتمان أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالحياء،
- المحكوم عليه بالإفلاس أو في تصفية قضائية،
- من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور"[1].

نخلص مما تقدم إلى الشروط الواجب توافرها في تعيين الوصي وهي كما يلي:

أولا: أن يكون الوصي مسلما

وقد عبرت عن هذا الشرط م 93 من ق.أ بخلاف المشرع المصري الذي يشترط اتحاد الدين بالنظر إلى التعدد الطائفي السائد في هذا البلد وهذا حسب الفقرة الأخيرة من المادة 27 من ق.و.م، كما يلاحظ أن المشرع المصري راعى الأوليات في انتقاء الوصي فيكون اختياره وفق التدرج المعتمد في المادة وهي أن يكون الوصي من نفس طائفة القاصر، فإن لم يوجد فمن مذهبه فإن لم يوجد فمن دينه وهي الحالة الأوسع نطاقا، وعليه إذا لم يتيسر انتقاؤه في هذه الحالات يكون للقاضي باعتباره صاحب الولاية العامة اختيار الأكفأ لولاية القاصر خارج نطاق هذه الحالات المذكورة في المادة[2].

ثانيا: أن يكون الوصي عاقلا بالغا

ومؤدى هذا الشرط أن يكون الوصي كامل الأهلية أي بالغا من العمر تسع عشرة سنة كاملة متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه، وعليه لا تصح الوصاية من شخص تخلف فيه هذا الشرط، وقد اشترط المشرع المصري هذا الشرط في المادة 27 من ق.و.م التي تنص على أنه يتعين أن يكون الوصي متمتعا بأهلية كاملة وهي بلوغ الوصي إحدى وعشرين سنة شمسية كاملة، ونفس الشرط صرحت به المادة 246 من مدونة الأسرة المغربية، ويقابل

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 24-25.

[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 102-103.

هذه النصوص المادة 231 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، فوفقا لهذه النصوص لا يمكن لناقصي الأهلية وفاقديها أن يمارسوا الوصاية على غيرهم لأنهم بحاجة إلى من يرعى شؤونهم ويباشر نيابة عنهم التصرفات القانونية.

ومع هذا يطرح التساؤل التالي: هل الذكورة شرط في الوصاية؟ الحقيقة أن الذكورة ليست شرطا في الوصي فالأنثى يمكنها القيام بأعمال الوصاية، فإذا ما توافرت الشروط الواجب أن تكون في الوصي جاز لها أن تكون وصية[1]، وقد نص المشرع الأردني صراحة على حكم هذه المسألة في المادة 232 من قانون الأحوال الشخصية بقولها:"يجوز أن يكون الوصي ذكرا أو أنثى منفردا أو متعددا مستقلا أو معه مشرف"، ولا يوجد نص في التشريع المغربي يمنع أن يكون الوصي أنثى وقد تم النص صراحة على جواز أن تكون الأم مع كونها أنثى ولية على الأولاد القصر وخول لها فوق هذا إمكانية تعيين الأوصياء في المادة 238 من مدونة الأسرة المغربية بنصها:"...يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن إيصائها. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها..." وهذه الصلاحية تقودها لاختيار الأكفأ لرعاية مصالح أولادها ولا شك أنها تختار الأقرب والأعطف عليهم ولا ريب أن هذا يتوفر في أمها أو أخواتها[2]، ونفس الحكم مقرر في القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين بموجب المادة 75 منه، وفي الحقيقة لا يوجد نص يمنع صلاحية المرأة لممارسة الوصاية خاصة أن عنصر العطف أو الرفق أوفر عندها من غيرها على القاصر[3].

ويذهب التشريع الفرنسي إلى إمكانية تعيين عدة أوصياء على القاصر وهو موقف المشرع المصري في المادة 30 من ق.و.م، ويعتبر كل منهم وفقا للمادة 405 من القانون المدني الفرنسي حاصلا على سلطات الآخرين لأداء الأعمال التي لا تحتاج إلى ترخيص بصورة انفرادية بخلاف المشرع الجزائري الذي يقضي باختيار الأصلح منهم في المادة

[1] أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 102.

[2] وما يؤكد هذا القول هو أن الولاية يمنحها القاضي في حالة الطلاق لمن أسندت له حضانة الأولاد وبالرجوع إلى الترتيب الوارد في المادة 64 من ق.أ بشأن الحضانة نجد أن النساء يحضين بالتقدم على الرجال –ما عدا الأب باعتبار الولد من صلبه- .

[3] يستدل القائلين بصحة الإيصاء للمرأة بقصة عمر رضي الله عنه حين أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين، ذلك أن شهادتها وتصرفاتها المالية تأخذ حكم الصحة فكذلك الشأن بالنسبة لإيصائها. انظر رمضان علي السيد الشرنباصي – جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 227.

92من ق.أ، وهو نفس موقف المشرع الأردني في المادة 232 من قانون الأحوال الشخصية، على أنه يمكنه مجلس العائلة في التشريع الفرنسي التدخل لتوزيع مهام الأوصياء فيكون أحدهم وصيا على نفس القاصر والآخر وصي على ماله وعند الحاجة تعهد بعض الأموال لوصي منضم كتلك التي تحتاج إلى خبرة في تسييرها، وأما بخصوص مسؤوليتهم فإن كل واحد منهم مستقل عن الآخر إلا إذا قرر مجلس العائلة أن تكون مسؤولية بالتضامن[1].

كما يثور الإشكال حول إمكانية ممارسة الشخص المعنوي للوصاية على القاصر، توجد الحلول القانونية لهذا الإشكال في البلدان المتقدمة كإنجلترا حيث تعهد إدارة أموال القصر لإدارة عامة يطلق عليها Public trust office[2]، وغني عن البيان أن أهلية الأداء منعدمة لدى الشخص الاعتباري دون الخوض في عدم توافر عنصر الشفقة لديه وقد أكدت هذا الرأي المادة 12 من القانون رقم 1 لسنة 2000 واعتبرت تعيين القاضي للمؤسسات الاجتماعية للتكفل بالقاصر مجرد إجراء وقتي غايته حفظ مال القاصر حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة بأن الأموال تسلم للنائب المعين وذلك بوصفه مديرا مؤقتا[3].

ثالثا: أن يكون الوصي قادرا

تعتبر القدرة شرطا مُهما لثبوت الوصاية على القاصر حتى لا تصبح أمواله في خطر بسبب حاجة الوصي إلى المال، وقد سبق القول أن الحنابلة لم يشترطوا في الوصي أن يكون قادرا حيث يضم إليه القاضي قويا أمينا حال ضعفه، وعليه يقصد بشرط القدرة المكنة من الناحية البدنية والمادية أي أن يكون في حالة كفاف قادرا على التكسب وأما المعسر والمفلس فلا يمكنهما ذلك إلى غاية الميسرة أو حتى يرد اعتبار المفلس[4]. وقد عبرت المادة 231 من قانون

[1] Art. 405/4 du CCF : A moins qu'il en ait été autrement décidé par le conseil de famille, les tuteurs désignés en application du deuxième alinéa sont indépendants et ne sont pas responsables l'un envers l'autre.

[2] كمال حمدي، المرجع السابق، ص 107.

[3] كمال حمدي، نفس المرجع ، نفس الصفحة.

[4] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 614.

الأحوال الشخصية الأردني عن القدرة البدنية **والمالية معا بإطلاق لفظ "القدرة"فنصت على ما يلي: " القدرة على القيام بشؤون القاصر"** .

فمن كانت صحته لا تسمح له بمباشرة التصرفات القانونية في حق نفسه فمن باب أولى لا يجوز له ذلك في حق غيره، **وبديهي أن الشخص المصاب** بعاهتين من العاهات الثلاث المقررة في المادة **80 من ق.م مع عدم قدرته** عن التعبير عن إرادته تتقرر له المساعدة القضائية وتبعا لهذا لا يكون أهلا للوصاية على القاصر، وكذلك الشأن بالنسبة لمن كان مصابا بعجز جسماني شديد - **وهي حالة أضافتها المادة 70 من ق.و.م- فلا تتوافر لديه المكنة** لرعاية شؤونه الشخصية والمالية ومن ثم لا يمكنه الإشراف على القاصر **بطريق الوصاية.**

رابعا: أن يكون الوصي حسن التصرف

وهذا الشرط يعبر عنه بالرشد[1] وهو حسن تصريف الشخص للأمور، وحسن التصرف في المال معناه القدرة على استغلاله واستثماره أي الصلاح في المال وهو المعتمد عند الجمهور وأما الشافعية فقالوا أنه الصلاح في الدين **والمال معا وذلك بألا** يرتكب محرما يسقط العدالة وأما في المال بأن لا يبذره[2]، فبسوء التصرف في المال يتخلف شرط من شروط الوصاية ومن ثم يتعين عزل الشخص الذي **لا يتوافر فيه حسن التصرف ذلك أنه يعرض أموال القاصر للخطر الأمر الذي يستوجب عزله (م49 من ق.و.م) أو سلب ولايته(م 20 من ق.و.م).**

وقد نصت على شرط حسن التصرف في المال المادة **93 من قانون الأسرة والحكمة من ذلك** حتى لا تبقى **أموال القاصر عرضة لخطر داهم من قبل وصي** مشهور بسوء السيرة أو أنه معروف بالكسب غير المشروع **أو حُكِم بإفلاسه أو اشتهر** بإعساره، ويذهب الأحناف إلى جواز جعل الأم أو غيرها مشرفة على الأولاد مع وجود الوصي ومن ثم لا يسوغ للوصي التصرف في أموال القاصر حتى يأذن المشرف بذلك[3].

---

[1] **الرشد نقيض الغي** والضلال قال تعالى "قَد تَّبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ". انظر محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ص **146 وما بعدها.**

[2] عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع نفسه، ص **147.**

[3] أحمد محمد على داود، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص **307.**

ولم يورد المشرع المغربي هذا الشرط في المادة 246 من المدونة وأورد تعبيرا آخر وهو أن يكون الوصي حازما ضابطا أي أنه لا يرجع عن أموره لأنه ضابط لها[1]. نشير في الأخير إلى أنه يتعين تثبيت الوصاية بحكم قضائي.

المطلب الثاني: أحكام الوصاية على مال القاصر

يستمد نظام الوصاية جل أحكامه من أحكام الولاية عدا تلك يستقل بها نظرا لخصوصيته ولهذا اعتمد المشرع أسلوب الإحالة، وعدم اعتماد المشرع ذات الأسلوب –الإحالة- بالنسبة لانتهاء مهمة الوصي خلق تناقضا بين نصوص قانون الأسرة ذلك أن المشرع توسع في حالات انتهاء الوصاية مقارنة مع تلك المقررة للولاية هذا من جهة، ومن جهة أخرى أغفل حالات أخرى تنتهي بها الوصاية، وسوف نوضح هذه الأحكام في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: سلطات الوصي وواجباته

بالنسبة لسلطات الوصي أحالت المادة 95 من ق.أ إلى المواد 88، 89، 90 من ذات القانون، حيث تتعلق المادة 88 من ق.أ بسلطات الولي وقد عالجناها بشيء من التفصيل، كما يقع على عاتق الوصي مجموعة من الواجبات تستدعي واجب الحرص في أدائها وذلك بأن يبذل العناية اللازمة لرعاية أموال القاصر، ونفصل في هذه السلطات والواجبات كما يلي:

أولا: سلطات الوصي

أحالت المادة 95 من ق.أ إلى أحكام المواد 88، 89، 90 من نفس القانون، حيث تتضمن المادة 88 ق.أ سلطات الولي وقد تطرقنا لها سلفا، وعليه تكمن سلطات الوصي - بدل الولي اعتمادا على الإحالة- في مجموعة من الأعمال يتعين عليه أن يستأذن القاضي بشأنها وقد ورد النص عليها في المادة 88 من قانون الأسرة وهي :

[1] ويدخل الضبط في معنى الحزم ذاك أن الشخص الحازم هو من عرف بضبط الأمور، كما يدخل الحزم في معنى الضبط نقول ضبط الشيء أي إذا حفظه بالحزم حفظا بليغا.انظر محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج2، ص406.

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

وقد تعرضنا بالتحليل لكل حالة على حده، غير أن المادة 91 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين وكذا المادة 39 من ق.و.م نصتا على تصرفات أخرى تقع على أموال القاصر لم يرد النص عليها في المادة 88 من ق.أ ويتعين على الوصي أخذ إذن من المحكمة الجهة المختصة بشأنها وهي:

1. شراء عقار أو المقايضة[1] بشأنه:

وأورد المشرع العربي هذه التصرفات الواردة في المادة 91 من ق.ن.ع.م.ر.ق[2] على سبيل المثال وذلك في عبارة "أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني"، وحسنا فعل حينما نص على شراء العقار ذلك أن الشراء غير البيع حيث يعرف بأنه إدخال ذات في الملك بعوض أو هو تملك المال بالمال وقد جرى في اللغة إطلاق كلا من البيع والشراء على معنى الآخر[3].

تنص المادة 415 من القانون المدني على أنه تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه، يبدو من هذا النص أن المقايضة تأخذ حكم البيع إلا أن عبارة "بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة" يجعل شرط البيع بالمزاد العلني متخلفا

[1] تنص المادة 413 من ق.م على ما يلي:"المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود".

[2] تقضي المادة 91 من القانون العربي النموذجي الموحد لرعاية القاصرين بأنه لا يجوز للوصي أو القيم إجراء التصرفات التالية من أموال القاصر إلا بناء على إذن من المحكمة أو الجهة المختصة:
التصرف في العقار بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني...".

[3] عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج2، ص 147، وأضاف رحمه الله أنه يقال لفعل البائع بيع وشراء فهو من الأضداد ومنه قوله تعالى" وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ " الآية 20 من سورة يوسف، وشروه بمعنى باعوه. انظر محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ج2، ص 44. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج2، ص 223.

وهذا لا يوفر حماية للقاصر ولعل هذا هو السبب الذي جعل المشرع لا ينص على المقايضة في نص المادة 89 من قانون الأسرة، وقد ميز أيضا المشرع القطري بين البيع والشراء فأورد نصا مستقلا بشأن شراء العقار لفائدة القاصر حيث قضت المادة 42 من قانون الولاية على أموال القاصرين بأنه يمكن للقاضي أن يأذن للوصي المختار بشراء عقار للقاصر متى ثبت لديه أن شراءه يرتب مصلحة للقاصر ومن ثم يصدر القاضي الإذن[1] بعد أن يأخذ رأي الهيئة العامة، وهنا تظهر أهمية مثل هذه الآليات في إفادة القاضي بما يجلب المصلحة للقاصر ويدرأ عنه المفسدة.

2. حوالة الدين أو الحق وقبولها

حوالة الدين هي عقد يحول بمقتضاه المدين الدين المترتب عليه إلى الغير ليقع على عاتق هذا الأخير الالتزام بدله اتجاه الدائن على أن الحوالة لا تصبح نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها[2]، ونميز في هذا العقد بين المحيل(المدين الأصلي) والمحال له(المدين الجديد) والمحال عليه(الدائن)، ننوه إلى أن المشرع الفرنسي قد أجاز للقاصر بأداء الدين الذي يثقل كاهله كالالتزام بالتعويض عن ضرر ألحقه بالغير ذلك أن تسديد الديون هو من قبيل أعمال الإدارة[3].

وأما حوالة الحق فهي عقد يحول به الدائن حقوقا للغير الذي يصبح بذلك صاحب الحق في الدين، ويسمى الدائن الأصلي محيلا ويطلق على الدائن الجديد محالا له في حين أن المدين يسمى محالا عليه[4]، وتكون حوالة الحق في عقود المعاوضة كالبيع وتترتب الآثار التي تترتب على العقد بشأنها كما تكون حوالة الحق في التبرعات كالهبة وترتب من الآثار ما يترتب على الهبة وبالنظر إلى ما ترتبه الحوالة من آثار قبل المحيل والمحال له، قرر القانون لهذا الأخير ضرورة الحصول على إذن من المحكمة حتى ترتب الحوالة أثرها في ذمة القاصر سواء كان محيلا أو محالا عليه[5].

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن قاعدة "القاضي ولي من لا ولي له" باعتباره وليا عاما لا تخول له ممارسته صلاحيات الولي الخاص ذلك أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة، وعليه في حالة عدم وجود الولي لوفاة أو غيبة تراعى مجموعة من الإجراءات حددها المشرع . انظر مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص827.

[2] ابتسام القرام، مرجع سابق، ص 47.

[3] فايز الحاج شاهين، مرجع سابق، ص 524.

[4] ابتسام القرام، مرجع سابق، ص 47.

[5] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 129.

3. الوفاء بالالتزامات التي تكون على التركة أو القاصر

تقضي المادة 180 من ق.أ بأنه يؤخذ من التركة **المصاريف الخاصة بالتجهيز والدفن وذلك بالقدر الواجب** شرعا وكذا الديون العالقة في ذمة المورث ومقدار الوصية إن وجدت وهذا التزاما بالقاعدة الشرعية التي تقضي بأنه **"لا تركة إلا بعد سداد الديون"**، كذلك الحكم بالنسبة للالتزامات التي تكون على القاصر فوجب أداؤها من قبل **الوصي** على أن لا يجحف بحق القاصر ويتصرف في ماله مراعيا واجب الحرص وإلا ترتبت **مسؤوليته، وبديهي ألا يقوم** القاصر بالوفاء شخصيا بتلك الالتزامات لقصر نظره وتبعا لهذا لا يضار من الغير المتعامل معه.

4. رد الوديعة[1]

يعرف المشرع الجزائري عقد الوديعة في المادة 590 من القانون المدني بأنه عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وأن يرده عينا، وقد أدرج المشرع العربي عقد الوديعة من ضمن العقود التي يتعين على الولي الحرص بشأنها ويستصدر إذنا من المحكمة لتنفيذ هذا العقد، ولم يبين صفة القاصر فيها أي كونه مودعا أو مودعا لديه مما يتعين حمل اللفظ على عمومه أي متى كان القاصر طرفا في العقد توجب على **الوصي** الحرص على مال القاصر واستئذان القاضي في **إبرام عقد الوديعة.**

إن عدم إدراج المشرع لهذا العقد في نص المادة 88 **من ق.**أ لا يعني أن إبرام هذا العقد والقاصر طرف فيه يكون دون إذن من المحكمة وإنما يخضع لأحكام المادة 260 **من ق.إ.م.إ السالفة الذكر من جهة، ومن جهة أخرى** فإن القواعد العامة تتضمن وسائل علاجية لهذا التصرف ببطلانه أو إبطاله، وفوق كل هذا يعاقب قانون العقوبات على جريمة خيانة الأمانة بصرف النظر عن كون القاصر كان طرفا في عقود الائتمان الوارد النص عليها في المادة

[1] تعرف الوديعة شرعا بأنها ما يترك من مال وغيره لدى من يحفظه ليرده إلى مودعه متى تطلّبه. (أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 408 – السيد سابق، مرجع سابق، ص 235). فالوديعة من أسمّاء الاضداد تستعمل في إعطاء المال لحفظه وفي قبوله. (انظر عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج3، ص 248).

376 من ق.ع[1] أو لم يكن طرفا فيها وهذا فيه حماية بالغة لأطراف عقد الوديعة بصرف النظر عن قصره، والمادة 380 المعدلة من نفس القانون التي تركز على القصر ومسألة الولاية والتي تتعرض لمضمونها لاحقا، **كما أن توسع** المشرع العربي في التصرفات فيه مغالاة وإفراط فلماذا عقد الوديعة دون العقود **الأخرى كعقد العارية**[2] **مثلا أو عقد الوكالة**[3] وغيرها؟.

نقول أن الحكمة من حصر بعض الأعمال وإلزام الولي بالحرص إزائها مع أخذ إذن من المحكمة لمباشرتها

وهذا بمقتضى نص المادة 88 من ق.أ هو حماية **للقاصر** بخصوص التصرفات ذات الأهمية الكبيرة والأكثر تداولا **مع مراعاة أحوال المجتمع**، ثم إن عقد الوديعة لا يوفر ضمانا كبيرا للقاصر في حفظ ماله حيث أنه إذا هلك الشيء محل الوديعة في يد المودع دون إهمال منه أو تعَدّ **فلا ضمان، وعلى العكس من ذلك فإن القرض فيه صون للمال من الضياع إذ** لا خشية على المال محل القرض من الضياع[4].

رفع دعوى إذا لم يكن في تأخير رفعها ضرر أو ضياع حق للقاصر

إن رفع الدعاوى أمام المحاكم ليس بالأمر الهين لما فيه من المجازفة خاصة إذا كانت تبعاتها تمس أموال القاصر

لذا يتعين طلب الإذن من المحكمة لتتثبت من قوة المبررات التي تتطلبها هذه الدعوى، واستثناء من ذلك يمكن رفع

---

[1] تنص المادة 1/376 من ق.ع على ما يلي:"**كل من اختلس أو بدد أو بسوء** نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية **الاستعمال أو لأداء** عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكيها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج".

[2] **عرفت المادة 538 من ق.م** العارية بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال. **وعرفه فقهاء الشريعة بأنه تمليك منافع العين بلا عوض**(انظر بن جزي، مرجع سابق، ص 378). **وتعرف العارية أيضا** بأنها إباحة المالك منافع ملكه لغيره **بدون عوض**.(انظر السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 232).

[3] عرفتها المادة 571 من ق.م بأنها عقد يفوض بمقتضاه شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه. وتعرف الوكالة أيضا بأنها استنابة الإنسان غيره فيما يقبل النيابة (**انظر السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 276** – قريب من هذا المعنى انظر ابو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 398).

[4] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الغ سلامي، مرجع سابق، **ص 15، نقلا عن ابن عابدين، رد المحتار**، ج4، 1325 هـ، ص 400. (انظر هامش الصفحة).

الدعاوى التي من شأن تأخيرها إلحاق ضرر بالقاصر أو يخشى ضياع حق كالدعاوى الاستعجالية والدعاوى المرتبطة بأجل ولا يجوز للخصوم التمسك بهذه الحالة لأنها شرعت لمصلحة القاصر[1].

التنازل عن الدعوى وعدم استعماله طرق الطعن عادية كانت أم استثنائية

مادام أن المشرع قد خول للأشخاص طرقا قانونية يتم اللجوء إليها حال فشلهم في حماية حقوقهم على مستوى الدرجة الأولى من التقاضي، فقد فتح المجال أمامهم للتظلم على مستوى الدرجة الثانية ومراجعة الأحكام قصد إعادة النظر بشأن ما ورد فيها، غير أنه إذا كان مال القاصر موضوع الدعوى وناب عنه ولي أو وصي فلا يجوز له بأي حال من الأحوال أن يتنازل عن الدعوى إلا بإذن من الجهة القضائية المختصة .

كما لا يجوز للنائب القانوني التخلي عن اللجوء إلى طرق الطعن العادية وغير العادية دون أخذ إذن من المحكمة، وما يلاحظ أن مثل هذا القيد غير منصوص عليه في المادة 88 من ق.أ إلا أن المادة 260 من ق.إ.م.إ يحظى فيها ناقصو الأهلية بحماية بالغة إذ يتعين أن تبلغ النيابة العامة 10 أيام على الأقل قبل الجلسة التي يكون هؤلاء طرفا فيها، كما يجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا التي يرى تدخله فيها ضروريا، وبإمكان القاضي إصدار أمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة تلقائيا بأية قضية أخرى، كما أن وجود النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة يعزز المركز القانوني للقصر من جهة ويمكنها الطعن في الأحكام الصادرة في غير مصلحتهم من جهة أخرى.

وصفوة القول أنه يمكن للقاضي أن يأمر بإبرام الصفقة ويستبعد منع الولي كما يسوغ له أن يأخذ مال القاصر من الولي المبذر ويضعه في جهة مأمونة أو استغلاله بما يعود عليه بالمنفعة أو إقراضه لرجل مأمون أو رهنه، وإذا وقع ضرر للغير من الصبي فيكون مسؤولا ويقع عليه ضمان ما أتلف، ويستثنى من هذا إذا أقرض شخص ماله للصبي

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 135.

فلا يكون عليه ضمان، كذلك الحكم بالنسبة للوديعة والعارية، وذات الحكم مقرر إذا باع شخص للقاصر شيئا فأضاعه، فهذه العقود الأربعة لا ضمان لقاصر فيها إذا لم يجزها الولي.

ثانيا: واجبات الوصي وجزاء إخلاله بها

يمكن أن نتعرف على واجبات الوصي بالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالوصاية ضمن 7 مواد كلها لم يطرأ عليها تعديل منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984، غير أن بعض التشريعات الحديثة جمعت هذه الواجبات ضمن نص واحد يمكن الاستفادة مما توصلت إليه، وعند الإخلال بما يتعرض المخالف لجزاء فما هي هذه الواجبات؟وما هو الجزاء المقرر عند الإخلال بها ؟ تكون الإجابة على هذين السؤالين ضمن النقطتين التاليتين.

1. واجبات الأوصياء

يقابل مصطلح واجبات في القانون مصطلح حقوق، ولم يرد في التشريع الجزائري ما يقرر حقوقا للوصي بخلاف التشريع المصري وبالضبط المادة 46 من ق.و.م التي تقضي بأن الوصاية تكون بغير أجر وهو الأصل والاستثناء أنه يمكن للمحكمة أن تعين أجرا للوصي أو أن تقوم بمنحه مكافأة عن عمل ما بناء على طلبه، وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع القطري في المادة 31 من قانون الولاية على أموال القاصرين التي تقرر بأن الوصاية تكون بغير أجر إلا إذا تبين للقاضي- بناءً على طلب الوصي- أن يعين له أجرًا أو أن يمنحه مكافأة عن عمل قام به، ونفس الحكم مقرر في المادة 227 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، كما تنص المادة 184 من قانون الأحوال الشخصية العماني على ما يلي:"للوصي أن يطلب أجرة مقابل أعماله، وتحدد بدءًا من يوم الطلب".

وما درجت عليه هذه التشريعات – في تقديرنا - يوافق ما هو سائد في الفقه الإسلامي بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾"[1]، كما قد يفهم من هذا النص القرآني أن الأجر

[1] قال الإمام أحمد : حدثنا حسين، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ليس لي مال ولي يتيم؟ فقال:"كل من مال يتيم كغير مسرف ولا مبذر ولا متأثل مالا، ومن غير أن تقي مالك –أو قال: تفدي مالك- بماله" رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة. بن كثير، مرجع سابق، ج1، ص 682.

هو الأصل والاستثناء أن الوصاية تكون بدون أجر لأن الوصي لا يجبر على العمل بحكم أن الوصاية تكون بطريق التبرع[1]، **وللمحكمة أن تقضي على الوصي بغرامة وحرمانه من الأجر** حال تقصيره[2].

ونفس التوجه يسلكه المشرع الأردني حيث تقضي المادة 234 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأنه **يتعين على** الوصي تسيير أموال القاصر وحفظها ويبذل في ذلك العناية المتطلبة من الوكيل المأجور، والأصل حسب الفقرة الثانية من نفس المادة أن الوصاية مجانية وتكون على سبيل التبرع واستثناء من ذلك **يمكن للمحكمة أن تحدد للوصي أجرا ثابتا أو مكافأة بناء على طلبه، وأضافت المادة 235 من ذات القانون أن نفقات الضمانات اللازمة للوصي حسب الحالة تكون على حساب القاصر.**

وأما فيما يخص واجبات الوصي ووفقا لنظام الإحالة المعتمد بشأنها **فإنه –حسب المادة 88 من ق.أ- يتعين** على الوصي أن يبذل في حفظ أموال **القاصر عناية الرجل المعتاد، وعليه أن يسلم الأموال** التي في عهدته عند انتهاء مهمته وتقديم حساب بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي أصبح رشيدا أو إلى ورثة هذا الأخير وذلك في **مدة لا تتعدى الشهرين من تاريخ** انقضاء المهمة التي أوكلت إليه، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما مفاده:" **من المقرر قانونا أنه** يستوجب على الوصي الذي انتهت مهمته، أن يسلم الأموال التي في عهدته إلى القاصر الذي رشد، ويقدم عنها حسابا بالمستندات في مدة لا تتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ انتهاء مهمته.

ولما تبين – من قضية الحال – أن المطعون ضده كان وصيا على أخته – **الطاعنة- بعد وفاة أبيها، فكان يستوجب عليه –بعد بلوغها سن الرشد-** أن يسلمها حقها في الأرض وبالتالي، فلا مجال لتطبيق أحكام التقادم المكسب، عكس ما ورد في القرار المطعون فيه لأن وضع اليد في هذه الحالة لم يكن بنية الحيازة، و إنما باعتباره **وصيا**

[1] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 110.

[2] **تقضي المادة 84 من ق.و.م بما يلي:**" إذا قصر الوصي في الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون أو وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة جاز لها أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات. ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة **أو جزء منها.**

ويجوز إعفاء الوصي من الجزاء المالي كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذي ترتب **عليه الحكم أو قدم أعذارا تقبلها المحكمة**".

مما يستوجب نقض القرار المذكور"[1]، وعليه تقضي المادة 97 من ق.أ بأنه يتعين على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته.

وأضافت الفقرة الثانية من المادة 97 من ق.أ أن يتم تقديم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء، وأما الفقرة الثالثة من نفس المادة فقد نصت على أثر آخر وهو وجوب تسليم الورثة لأموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر وذلك في حالة وفاة الوصي أو فقده، ويقابل هذه المادة في التشريع المصري المادة 50 من ق.و.م وكذا المادة 259 من مدونة الأسرة المغربية والتي أوردت استثناء على الميعاد المحدد من قبل المحكمة – دون أن يفوق شهرا- وهو إمكانية تجاوز هذا الأجل بسبب عذر قاهر.

ونفس الحكم مقرر في المادة 243 من قانون الأحوال الشخصية الأردني فيما يخص ميعاد التسليم أي بألا يتجاوز ثلاثين يوما، وكذا المادة 231 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، غير أن المشرع الجزائري جعل أجل تسليم الأموال خلال أجل لا يتعدى شهرين ونفس الأجل مقرر في المادة 29 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري التي تقضي بأنه في حالة انقضاء الوصاية بأحد أسباب انتهائها يلتزم الوصي أو ورثته أو نائبه أو مثله بتسليم مال القاصر إليه حال رشده أو إلى الهيئة إذا لم يكن له ولي آخر، وفي كل الأحوال يسلم هذا المال مشفوعا بكشف عن الحساب مؤيد بالمستندات في أجل ثلاثين يوما اللاحقة لانقضاء الوصاية[2].

كما تنص المادة 239 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ضرورة تقديم الوصي تقريرا للمحكمة كل ستة أشهر على الأقل وذلك بالنظر إلى طبيعة العمل الذي يقوم به، ويقابل هذا النص في التشريع المصري المادة 37 من ق.و.م، كما يقع على عاتق الوصي طلب إذن من المحكمة بخصوص التصرفات التي أوردتها المادة 88 من ق.أ.

[1] غ.أ.ش، م.ع، قرار بتاريخ 1996/11/24، ملف رقم 85520، م.ق، ع2، 1996، ص65.

[2] تنص المادة رقم 30 من قانون الولاية على أموال القاصرين لسنة 2004 على ما يلي:"كل تعهد أو إبراء أو مصالحة يحصل عليها الوصي من القاصر الذي رّشُد قبل تصفية الحساب لا تصبح نافذة إلا بعد اعتمادها من القاضي".

ويضيف التشريع المغربي واجبات أخرى ضمن أحكام مدونة الأسرة حيث تنص المادة 253 على أنه يتعين على الوصي أن يسجل في الكناش[1] كل التصرفات التي يقوم بها باسم محجوره مع تاريخها، كما يتعين على الوصي وفقا للمادة 255 من المدونة أن يقدم حسابا سنويا إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مؤيدا بمختلف المستندات على يد محاسِبَيْن يقوم القاضي بتعيينهما، ويقع على عاتق الوصي حسب المادة 256 من المدونة الإستجابة لكل طلب يأمر به القاضي وفي أي وقت للإدلاء بتوضيحات عن تسيير أموال المحجور أو تقديم حساب بشأنها.

وقد توسعت المادة 249 من ذات المدونة في جملة من الواجبات يقوم بها الوصي وهي القيام بعملية الإحصاء لمال المحجور عليه إذا لم يكن قد تم إحصاؤه، وكذا اقتراح مبلغ النفقة السنوية للمحجور واقتراح الإجراءات المستعجلة التي يمكن اتخاذها للحفاظ على أموال القاصر وغيرها، كما يقدم الوصي الملاحظات إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حول تقدير النفقة اللازمة واختيار السبل التي تحقق حسن تكوينه وتوجيهه التربوي وإدارة أمواله ويمكن للنيابة العامة أو مجلس العائلة أو عضو أو أكثر من الأقارب القيام بنفس الواجب طبقا للمادة 251 من مدونة الأسرة.

كما ينص قانون الولاية المصري على واجبات أخرى يلتزم بها الوصي حيث تقضي المادة 42 من ق.و.م بأنه يتعين على الوصي أن يعرض على المحكمة دون تأخير الدعاوى التي ترفع على القاصر وكذا إجراءات التنفيذ التي تتخذ في مواجهته، وقد يظهر للمحكمة أن الصلح في الدعوى يحقق مصلحة للقاصر فتأذن به أو تأمر الوصي بإقراره تجنبا لنفقات التقاضي ودرءا للمخاطر التي قد تنجم عن إطالة أمد الخصومة[2].

وقد جمعت المادة 23 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري واجبات الأوصياء فقررت أن الوصي يقوم بالواجبات التالية:

[1] وقد صدر قرار لوزير العدل المغربي بتاريخ 3 فبراير 2004 يحدد شكل ومضمون كناش التصرف.

[2] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 39.

1- تسلم ما يأمر القاضي بقبضه من مال القاصر ليقوم بإدارتها وكذا رعايتها تحت رقابة الإدارة على أن يبذل الحرص في ذلك.

2- القيام بتحديد نفقة للقاصر وكذا من تجب نفقتهم عليه شرعاً.

3- إيداع المال الذي يتم تحصيله في حساب خاص بالقاصر بأحد بنوك الدولة بعد حسم النفقة المقررة وغيرها من المصروفات، ولا يمكن أن يسحب من الحساب شيء بدون إذن من القاضي.

4- إيداع ما يتوجب أن يودع من المستندات أو الحلي أو المجوهرات أو أمور أخرى لدى الإدارة.

5- تقديم الحساب السنوي مرفق بالمستندات لدى الإدارة قصد التدقيق فيه محاسبيا، ثم تقديمه إلى القاضي من أجل التصديق عليه.

2. جزاء إخلال الأوصياء بواجباتهم

وإذا لم يلتزم الوصي بواجباته أصبح مسؤولا وفقا لمقتضيات النظام العام حيث تنص المادة 98 من قانون الأسرة على أن الوصي يكون مسؤولا في حالة ما إذا أصاب أموال القاصر ضرر ناتج عن تقصيره، وهو مضمون المادة 260 من مدونة الأسرة المغربية وكذا المادة 86 من قانون الولاية المصري[1]، غير أنه يتعين التمييز بين التزام الورثة بتسليم أموال القاصر حال وفاة الوصي بواسطة القضاء إلى المعني وبين التزام الوصي ذاته الذي انتهت مهمته بتسليم أموال القاصر إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته.

فالورثة يسألون مسؤولية شخصية عند إخلالهم بالتزامهم لكنهم لا يسألون عن التقصير أو الخيانة أو الحساب إلا في حدود ما يؤول إليه من أموال المورث وتبعا لهذا لا تنصرف المسؤولية إلى أموالهم الخاصة[2]، كما تقضي المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه في حال تقصير الوصي في أداء المهام التي أنيطت به يقوم

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 73.

2 كمال حمدي، مرجع سابق، ص 161.

القاضي باتخاذ الإجراءات المؤقتة التي يراها ضرورية لحماية مصالح القاصر وذلك بموجب أمر ولائي، والغاية من هذه الإجراءات المؤقتة تصحيح أو تدارك ما تم اتخاذه من قبل النائب القانوني عن القاصر[1].

وعند الإخلال بالواجبات المفروضة على الوصي قررت المادة 270 من مدونة الأسرة المغربية جزاء مضمونه إجراء حجز تحفظي على أمواله أو وضعها تحت الحراسة القضائية أو فرض غرامة تهديدية عليه إذا لم يستجب لطلب المحكمة للإدلاء بتوضيحات عن إدارة مال المحجور عليهم، ونفس الحكم مقرر إذا امتنع الوصي عن تقديم حساب بخصوص أموال القاصر أو إيداع ما كان بحوزته من مال المحجور عليه وهذا بعد أن يوجه إليه إنذار.

وفي حالة إخلال الوصي بالمهمة الموكلة إليه أو عجزه عن أدائها أو قيام مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 247 من مدونة الأسرة والمتمثلة في الحكم عليه في جريمة السرقة أو إساءة الائتمان أو التزوير أو أي جريمة أخرى مخلة بالأخلاق، وكذا المحكوم عليه بالإفلاس أو بشأن تصفية قضائية، إضافة إلى الأشخاص الذين كانت بينهم وبين المحجور عليه نزاعات قضائية أو خلافات عائلية يخشى منها على مصلحة المحجور عليه يمكن للمحكمة بقيام هذه الموانع وبعد أن تستمع إلى الإيضاحات التي يدلي بها الوصي أن تعفيه أو تقوم بعزله إما تلقائيا أو بناء على طلب من النيابة العامة أو من له مصلحة.

وأما في التشريع المصري فقد قررت المادة 46 من القانون رقم 1 لسنة 2000 عقوبة في مواجهته حال تخلفه عن أداء هذا الواجب المتمثل في تقديم قلم كتاب المحكمة حسابا بخصوص إدارته مرفقا بالمستندات المؤيدة له وذلك خلال الأجل المحدد قانونا وفي حالة طلب القاضي ذلك في الأجل الذي يحدده، فإذا انتهى الأجل ولم يودع الحساب أمكن للمحكمة أن توقع عليه بغرامة لا تفوق 500 جنيه وفي حال تكرار ذلك أمكنها أن الحكم عليه بغرامة لا تفوق 1000 جنيه دون الإخلال بجزاءات أخرى منصوص عليها قانونا[2].

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 467.

[2] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 129-30.

وإذا قام النائب بتقديم الحساب وأفصح عن عذر للتأخير قدرت المحكمة قبوله، جاز لهذه الأخيرة إقالته من الغرامة كلها أو بعضها، كما يتعين على المحكمة أن تأمر بصفة مؤقتة إيداع المبالغ غير المتنازع بشأن ثبوتها في ذمته من قبل مُقدِم الحساب، ولا يعتبر ذلك بمثابة تصديق على الحساب، ومن ثم تفصل المحكمة حسب الفقرة الأخيرة من المادة 46 من القانون رقم 1 لسنة 2000 في صحة الحساب مع وجوب أن يتضمن القرار النهائي الذي تقضي به المحكمة بخصوص الحساب أمراً يُلزم من قدمه بأداء المبلغ الذي بقي في ذمته وأن يودعه خزانة المحكمة ضمن أجل تحدده هذه المحكمة[1].

وقد فرض قانون الولاية على المال المصري جزاء على سبيل الجواز في المادة 84 منه والتي تقضي بأنه في حال تقصير الوصي في أداء واجباته القانونية أو أوقف تنفيذ القرارات جاز للمحكمة أن توقع عليه غرامة لا تفوق 100 جنيه وكذا حرمانه من الأجر كله أو بعضه والقيام بعزله أو الحكم بأحد هذه الجزاءات[2]، وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه يسوغ للمحكمة أن تمنح للقاصر هذه الغرامة أو مبلغا منها، كما أجازت الفقرة الأخيرة من نفس المادة إعفاء الوصي من الجزاء المالي كله أو بعضه إذا قام بتنفيذ الأمر الذي نشأ عنه الحكم أو أفصح عن أعذارا قدرت المحكمة قبولها[3].

وأما المشرع القطري فقد قرر جزاء بموجب المادة رقم 48 من قانون الولاية على أموال القاصرين والتي تفيد بأنه دون الإخلال بأي عقوبة أشد يوردها قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تفوق سنة وكذا بغرامة لا تقل عن 10000 ريال ولا تتعدى 50000 ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل ولي أو وصي أو قيم أو وكيل انتهت نيابته وامتنع دون أن يقدم عذرا مقبولا عن تسليم الأموال أو الأوراق المملوكة القاصر خلال 30 يوماً اللاحقة لانتهاء

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، نفس المرجع سابق، ص 130.

[2] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 72.

[3] على أن الجزاءات التي تقضي بها المحكمة على الوصي لا يكون لها تأثير إزاء مسؤوليته المدنية حال قيامها. انظر أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، المرجع السابق، ص 230.

نيابته، كما تسري هذه العقوبة على كل شخص امتنع بصفته موظفا أو عاملا لدى الشخص الاعتباري في حال كونه هو المسؤول عن الإخلال بالتسليم.

وبخصوص مسؤولية الوصي الجزائية في التشريع الجزائري فقد نصت عليها المادة 380[1] (المعدلة) من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة انتهاز احتياج قاصر والتي تنص على ما يلي:"كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرار به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته. وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في م 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج".

كما أن العقوبة المطبقة على الوصي هي التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة السالفة، ويدخل ضمن مضمون هذه المادة القاصر المأذون له جزئيا أو كليا بالتصرف في أمواله مادام لم يكمل التاسع عشرة سنة وكان التصرف الذي يبرمه لغير تجارته وتحسب سنه من يوم اقتراف الجريمة[2].

كما يطبق عليه أيضا نص المادة 376 من قانون العقوبات التي تعاقب على جريمة خيانة الأمانة[3].

الفرع الثاني: انتهاء الوصاية

تنص المادة 96 من قانون الأسرة على ما يلي:

[1] لحسين الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 100.

[2] يحي عبد الحميد، جريمة استغلال حاجة القاصر في القانون الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، ع2، 2011، ص 65- 66.

[3] لحسين الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص 100.

"تنتهي مهمة الوصي:

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

ويستنتج سبب آخر أيضا وارد في المادة 97 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي:"على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته[1]...".

ويقصد بالقاصر الذي رشد طبقا لهذه المادة القاصر الذي تم ترشيده وليس الذي بلغ سن الرشد حسب ما يفهم من النص الوارد في النسخة الفرنسية[2]، وقد فصلنا في جل هذه الحالات عند انتهاء وظيفة الولي طبقا للمادة 91 من ق.أ وسوف نقتصر على شرح حالات أخرى تنتهي بها الوصاية كما يلي:

أولا: الأسباب المتعلقة بالقاصر

نصت المادة 96 من ق.أ على سببين يتعلقان بالقاصر لانتهاء مهمة الوصي وهما موت القاصر أو بلوغه سن الرشد ما لم يحجر عليه أو ترشيده حيث تكون أهليته كاملة بالنسبة للأمور التي تم ترشيده بشأنها.

[1]Même la doctrine algérienne adopte cette opinon c'est-à-dire que la tutelle prend fin par l'accession du mineur à la majoirité ou par son emancipation. Voir Ghaouti BENMELHA, op.cit., p354.

[2] Art. 97 du code de la famille : « Le tuteur testamentaire dont le mandat vient à expiration doit restituer les qui étaient sous sa responsabilité et présenter les comptes avec les pièces justificatives à son successeur, au mineur à son émancipation ou à ses héritiers … ». cette disposition est adoptée dans l'école mâlikite d'une façon où une redoutable incertitude pèse sur la capacité des adolescents parce que les formes du *tarchid* ne garantit pas une assez publicité à l'avènement de la capacité, et ça dans l'absence d'accession automatique à la majorité. Voir revue internationale de droit comparé, op.cit., p 118.

1. موت القاصر

غني عن البيان أنه في حالة وفاة القاصر تنقضي شخصيته القانونية وتبعا لهذا تنقضي الوصاية المقررة عليه سواء كان موته حقيقة أو حكما[1]، وتصبح أمواله تركة يتعين تقسيمها على ورثته وإن كان بينهم قاصر تتبع الإجراءات المقررة في المواد 783 وما بعدها من ق.إ.م.إ، وتثبت وفاة القاصر بالسجلات المعدة لهذا الغرض طبقا للمادة 26 من القانون المدني، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه إذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأية وسيلة وفقا للإجراءات المقررة في قانون الحالة المدنية.

2. ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه

وهو الطريق العادي لانتهاء الوصية ذلك أن المولى عليه أصبح كامل الأهلية فتكون له الولاية الكاملة على نفسه إذا بلغ سن الرشد المقررة بتسع عشرة سنة ولم يحجر عليه طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، وتنقضي الوصاية بحكم القانون دون حاجة لصدور مقرر قضائي بثبوت الأهلية، غير أنه إذا صدر حكم من القضاء بالحجر عليه بسبب قيام أحد عوارض الأهلية تستمر الوصاية عليه إلى غاية زوال الموجب الذي أدى إلى الحجر[2].

واستمرار الوصاية على القاصر يكون حسب ما قرره القضاء المصري[3] بناء على طلب يوجه إلى المحكمة قبل أن يبلغ القاصر سن الرشد، وللمحكمة استدعاء القاصر لسماع أقواله أو تقرير خبرة على حالته حتى تحكم باستمرار الوصاية أو رفضها، وأما استمرار الولاية على القاصر فقد نصت عليه المادة 18 من ق.و.م بقولها: "تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية "[4].

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 617.

[2] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 617.

[3] نقض مصري بتاريخ 1952/04/17. انظر أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 153-154.

[4] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 16.

3. ترشيد القاصر

كما تنتهي الولاية بترشيد القاصر وفقا لشروط معينة نص عليها القانون مع ضرورة طلب **إذن من القاضي،** وتبعا لهذا يكون الشخص المرشد كامل الأهلية فيما أذن له وتقع تصرفاته صحيحة في حدود هذا الإذن وما خرج عن هذا الإذن يعتبر قاصرا بشأنه، وفي حال تخلف شرط حسن التصرف في المال من قبل القاصر الذي أذن له **فيه يتعين** سلب الإذن منه بعد سماع أقواله بناء على **طلب ذوي الشأن أو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها**[1]**، وقد قضت المادة 97 من ق.أ** بأن تسلم الأموال التي في عهدة الوصي إلى القاصر الذي تم ترشيده ومن ثم تنتهي مهمة الوصي بالنسبة لهذه الأموال.

وقد كان هذا مقررا في قانون 1957/07/11[2]**، ونصت عليه بعض التشريعات العربية كالتشريع القطري** في المادة 26 من قانون الولاية على أموال القاصرين التي تنص على حالات انقضاء الوصاية **وذكرت من بينها بلوغ القاصر** سن الرشد أو ترشيده[3] **إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه**[4]**، والمادة 228 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة** المتعلقة التي نصت على حالات **انقضاء الوصاية وذكرت من بينها ترشيد القاصر أو بلوغه رشدا، والمادة 185** من قانون الأحوال الشخصية العماني التي تنص على حالات انتهاء مهمة الوصي ومن بينها **ترشيد القاصر أو بلوغه سن الرشد رشيدا.**

ويختلف سن الترشيد من دولة إلى أخرى حيث قرره **المشرع القطري بسبع عشرة سنة حسب المادة 3 من قانون الولاية على أموال القاصرين،** وجعله المشرع العماني خمس عشرة سنة بموجب المادة **151 من قانون الأحوال**

---

[1] **عمار عمورة**، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار **المعرفة، الجزائر، طبعة** 2009، ص92.

[2] Selon l'article 115 de la loi de 1957 le mineur qui bénéficie de l'émancipation se trouve "relevé de son incapacité et affranchi de la tutelle" comme il n y a pas lieu de substituer la curatelle à la tutelle, on peut interpreter cette disposition relative à la disparition de l'incapacité... Voir Revue international de droit comparé, op.cit., p121.

[3] Même en droit musulman la tutelle prend fin par… la constatation de son aptitude ou *tarshid*. Voir Louis MILLIOT, op.cit., p 414.

[4] وأضاف المشرع القطري حكما يوفر حماية أفضل للقاصر بعد تسلمه الأموال من قبل الوصي بموجب المادة **30 من قانون الولاية على أموال القاصرين** مفاده أن كل إبراء أو مصالحة أو تعهد يتم بين الوصي والقاصر الذي رشُد قبل تصفية الحساب يكون غير نافذ إلا إذا تم اعتماده **من قبل القاضي.**

الشخصية ومعياره حسب المادة حسن التصرف، **وقد حدد** المشرع المغربي هذه السن بست عشرة سنة وفقا للمادة 218 من مدونة الأسرة، **كما قرر** المشرع العربي سن الترشيد **بسبع عشرة سنة مع ثبوت حسن التصرف بموجب** المادة 60 من ق.ن.ع.م.ر.ق، **كما نصت** المادة 112 من نفس القانون **على أن مهمة الوصي أو القيم تنتهي** بترشيد القاصر.

ثانيا: الأسباب المرتبطة بالوصي

وأما بخصوص الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء **الوصاية والمرتبطة بالوصي فقد ذكرت** المادة 96 من ق.أ **البعض منها وأغفلت البعض الآخر، كما** نصت هذه المادة على زوال أهلية الوصي أو موته، وانتهاء المهام التي عين من أجلها الوصي وكذا قبول عذره في التخلي عن وظيفته وفي الأخير عزل الوصي، **وأغفلت** هذه المادة ثبوت غيبة الوصي وعودة الولاية للولي الشرعي، وسوف نتناول هذه الصور كما يلي:

1. زوال أهلية الوصي

وقد عبر **المشرع الجزائري** عن هذه الحالة بالحجر على الولي بخصوص صور انتهاء الولاية **وهو تحصيل حاصل** إذ يتقرر زوالها بصدور حكم يثبت ذلك، **وعبر** عن مصطلح زوال في النسخة الفرنسية ب-" cessation de la capacité" فهل يعني به المشرع حالتي الفقد والنقصان للأهلية أم انعدامها فقط؟ الحقيقة أن **فاقد الأهلية وناقصها لا يمكنه أن يكون وصيا على القاصر حرصا على** مصلحته لأن هذا يخالف شرط القدرة.

وقد نصت بعض التشريعات صراحة على كلتا الحالتين كالتشريع الإماراتي في المادة 228 من **قانون الأحوال الشخصية** وقضت بأن مهمة الوصي تنتهي بوفاته أو فقد أهليته أو نقصانها، **وعليه إذا فقد الوصي أهليته فلا تنتهي الوصاية إلا بصدور مقرر قضائي بالحجر على الوصي وهو مضمون** المادة 103 من ق.أ التي تنص على

وجوب إثبات الحجر بحكم، وقد صرحت بهذا المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة 47 من ق.و.م المتضمنة حالات انتهاء الوصاية[1].

وفي هذا المضمون تقضي المادة 28 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري بأنه متى توافرت أسباب جدية من شأنها أن تدعو للنظر في عزل الوصي المختار أو في قيام عارض من العوارض المفقدة أو المنقصة لأهليته، فيتعين على القاضي أن يأمر بوقف ذلك الوصي ومن ثم يتم تعيين الهيئة وصيا لتقوم بإدارة مال القاصر، وذلك بناء على طلب منها أو طلب الغير من أصحاب الشأن، وهنا تبرز آلية الهيئة في حماية القاصر إذا كان النائب القانوني عنه يشكل خطرا عليه.

وقد أفصحت المادة الثانية من القرار الأميري رقم 41 لسنة 2014 بأن الهيئة العامة لشؤون القاصرين تتمتع بشخصية معنوية[2]، وتلحق بموازنة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وتقضي المادة الرابعة من هذا القرار بأن الهيئة تهدف إلى المحافظة على أموال القاصرين ومن في حكمهم وتعمل على تنميتها، وكذا حماية حقوقهم المالية، بما يضمن للقاصرين حياة كريمة ويعود عليهم بالنفع العام في جميع شؤونهم.

وتضيف نفس المادة أنه لتحقيق ذلك تقوم الهيئة بالوصاية على القاصرين والحمل المستكن الذين ليس لهم ولي أو وصي مختار، وكذا القوامة على فاقدي وناقصي الأهلية، والوكالة عن المفقودين والغائبين الذين لا قيم أو وكيل لهم، كما تشرف كذلك على تصرفات الأولياء والأوصياء والقامة والوكلاء، وتراقبهم في أداء واجباتهم وممارستهم لصلاحيتهم، وتقوم أيضا بحصر أموال التركات التي لها وارث والإشراف على إدارتها، واتخاذ ما يلزم للمحافظة عليها، ومسك السجلات والحسابات الخاصة بها إلى حين قسمتها، وغيرها من المهام التي نص عليها هذا القرار.

[1] كمال صالح البنا، المرجع لسابق، ص 42.

[2] وهو نفس النظام المعمول به في المملكة العربية السعودية حيث تقوم الهيئة العامة للولاية على أموال القصر باستثمار أموال هؤلاء ومن في حكمهم عن طريق البيع بالمرابحة أو الاستثمار العقاري أو الإجارة أو المساقاة أو المضاربة وغيرها. انظر ياسر عبد الله بن محمد المسند، استثمار أوال القصر ومن في حكمهم، ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، 1427هـ، ص 18 وما بعدها.

2. موت الوصي

تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري على أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته ويقابل هذا النص المادة 29 من القانون المدني المصري، ومن ثم تنقضي جميع حقوقه والتزاماته ومن ضمنها الوصاية باعتبارها شخصية[1] إذ لا يمكن أن يحل بدل الوصي غيره كما **لا يمكن توريثها**[2]، **وانتهاء صفته كوصي يكون بقوة القانون**[3]، ونفس الحكم بالنسبة للموت الحكمي طبقا للمادة 3/97 من ق.أ التي تفيد بما يلي:"وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى الورثة تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني"[4].

وقد أوردت المادة 262 من مدونة الأسرة المغربية حكما غاية في الأهمية مفاده أنه في **حالة وفاة الوصي يتخذ القاضي المكلف بشؤون القاصرين الإجراءات الملائمة لحماية وصيانة مال المحجور عليه، وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أن الديون والتعويضات المستحقة للمحجور عليه** تخول له حق امتياز على تركة الوصي المتوفى، **ولا** يوجد نظير لهذا النص في التشريع الجزائري.

3. انتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها

هناك حالات تكون فيها الوصاية بصفة مؤقتة كما هو الشأن بالنسبة لحالة قيام الجد بتعيين وصي للأولاد القصر بعد أن ثبت عدم أهلية الأم لتولي مصالحهم وذلك بالطرق القانونية ثم زال **السبب الموجب لفقد أهليتها أو عاد الأب بعد غيابه فتنتهي الوصاية**، ومثال ذلك كأن تعود رعاية مال القاصر إلى الولي الذي **سبق سلب ولايته أو وقفها لأي سبب كان**[5].

---

[1] كمال حمدي، مرجع سابق، ص158.

[2] **الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 205.**

[3] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 156.

[4] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانوني، مرجع سابق، ص 617.

[5] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانوني، نفس المرجع ، ص 617.

وتضيف المادة 258 من مدونة الأسرة المغربية أنه تنتهي مهمة الوصي بانتهاء المدة التي حدد بها تعيينه ذلك

أن القاضي قد يحدد أجلا كأن يسافر الولي للدراسة في بلد أجنبي لمدة سنة مما يعطل مصالح الأولاد القصر ويلحق بهم الأذى وتبعا لهذا يقوم القاضي بتعيين وصي على القصر مدة غياب الولي، أو كأن ينصب الوصي طيلة مدة حبس حرية الولي الذي سلبت ولايته، وقد نصت المادة 47 من ق.و.م بأن مهمة الوصي تنتهي بعودة الولاية للولي ويكون هذا بقرار من المحكمة وهو مضمون المادة 23 من نفس القانون[1] التي تقضي بأنه إذا تم سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب الداعية إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها[2].

5. عزل الوصي

ويكون هذا بناء على طلب من له مصلحة في حالة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر بأن أساء إدارة أموال القاصر بشكل يهدد مصلحته فيتم عزله من قبل المحكمة[3] اعتبارا من تاريخ صدور القرار ولو لم ينص هذا الأخير على تاريخ الإنهاء[4]، وقد أوردت المادة 242 من قانون الأحوال الشخصية الأردني حالتين يتم بموجبهما عزل الوصي وتتمثل الأولى في حالة اختلال شرط من الشروط التي يتعين أن تتوافر في الوصي ولو كان هذا الموجب قائما في تاريخ تعيينه، وأما الحالة الثانية فهي إساءة الوصي لإدارة أموال القاصر أو إذا أهملها أو كان وجوده من شأنه أن يشكل خطرا على أموال القاصر، وهو نفس الحكم المقرر في التشريع القطري بموجب المادة 27 من قانون الولاية على أموال القاصرين[5].

---

[1] انظر احمد نصر الجندي، التعليق على الولاية على المال، مرجع سابق، ص 154.

[2] تنص المادة 2/23 من قانون الولاية على المال المصري على ما يلي:"ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض".

[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانوني، نفس المرجع ، ص 618

[4] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 155.

[5] ونفس الحكم مقرر في المادة 230 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، وكذا المادة 187 من قانون الأحوال الشخصية العماني.

وقد نصت المادة 2/270 من مدونة الأسرة المغربية أنه في حالة إخلال الوصي بمهمته أو عجزه عن القيام

بما يمكن للمحكمة أن تقوم بعزله أو إعفائه بعد سماع إيضاحاته ويكون هذا بصورة تلقائية من القاضي أو بطلب من

النيابة العامة أو من له مصلحة.

وأما المشرع الفرنسي فقد قرر في المادة 396 عزل الوصي لتخلف شرط القدرة أو لإهماله أو سوء سيرته أو ارتكابه غشا أو حالة تعارض مصالح الوصي مع القاصر، ويرجع الاختصاص في هذه المسألة إلى مجلس العائلة بمقتضى المادة 397 من القانون المدني الفرنسي، ولا يتم **عزل الوصي إلا بعد دعوته والاستماع إليه**، وفي حال عزل الوصي يتخذ القاضي التدابير المؤقتة لحفظ مصالح القاصر.

6. قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته

غني عن البيان أن الوصي يقوم بمهمته على سبيل التبرع وهو المعمول به في التشريع الجزائري، ويمكن للمحكمة إذا رأت بناء على طلب الوصي أن تحدد له أجرا أو أن تمنحه مكافأة لقاء مهمته، وقد عبر المشرع الجزائري ونظيره المغربي عن انقضاء الوصاية في هذه الحالة بـ"قبول عذر الوصي في التخلي ...".

وتضيف المادة 246 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الثانية شرط ملاءة الوصي وبهذا تكون الوصاية مجانية كأصل عام يرد عليه استثناء في المادة 264 من مدونة الأسرة التي تقضي بأن الوصي يمكنه المطالبة بأجر لقاء أعباء النيابة الشرعية تحدده المحكمة ابتداء من تاريخ المطالبة[1]، بينما عبر التشريع المصري والأردني عن انتهاء الوصاية بـ"قبول استقالة ..."، ويكون بصدور قرار من المحكمة يقضي بانتهاء الوصاية بقوة القانون[2].

[1] ويمكن أن تكون الوصاية بأجر في التشريع المغربي حسب مقتضيات المادة 257 من مدونة الأسرة التي تقضي بأن الوصي يسأل عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور عليه وأحالت نفس المادة بخصوص مسؤوليته إلى أحكام الوكالة وتطبق عليه مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مسؤوليته بالمجان، وهذا فيه دليل على إمكانية ممارسة الوصاية بأجر.

[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 155.

7. غيبة الوصي

ذكرت حالة الغيبة كسبب لانتهاء الوصاية في المادة 47 من ق.و.م[1]، وتفيد المادة 110 من ق.أ بأن الغائب هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير، وذكر المشرع المصري حالة الغيبة ولم يستعمل لفظ المفقود لأن حالة الغيبة أوسع نطاقا من حالة الفقد وتثبت بصدور حكم يعين فيه وكيل –مقدم في التشريع الجزائري- حتى لا تتعطل مصالح الغائب وتبعا لهذا لا تصلح مهمته كوصي فيقضى بانتهاء وصايته[2]، والقاصر يعتبر من الغير ولا محالة سوف يتضرر من غيبة الوصي وعليه تنتهي مهمة الوصي الغائب مؤقتا ليقوم من ينوب عنه قانونا بإدارة أموال القاصر طيلة غيبة الوصي.

نشير في الأخير إلى أن قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد قد جمع حالات انتهاء الوصاية ضمن المادة 241 منه والتي تنص على ما يلي:"تنتهي الوصاية في الأحوال التالية:

أ. إتمام القاصر الثامنة عشرة سنة شمسية من عمره إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه.

ب. عودة الولاية للولي الشرعي.

ج. فقد الوصي لأهليته.

د. ثبوت غيبة الوصي

ه. موت الوصي.

و. موت القاصر.

ز. ولادة الحمل ميتا أو ولادته حيا إذا وجد الولي الشرعي عليه.

ح. انتهاء الغاية من الوصاية المؤقتة.

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 42.

[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 155-156.

ط. قبول استقالة الوصي أو عزله[1].

وتضيف المادة 258 من مدونة الأسرة المغربية سببا آخر لانتهاء مهمة الوصي وهو إعفاؤه من المهمة التي أنيطت به، وهذا بطبيعة الحال سبب خارج عن إرادته ولا يحمل معنى الجزاء بخلاف حالة التخلي أو الاستقالة التي تكون بإرادة الموصي وموافقة القاضي وأما العزل فيحمل معنى الجزاء.

وما يمكن التنويه به هو أن المشرع الجزائري تطرق إلى مسألة انقضاء الوصاية دون الخوض في مسألة غاية في الأهمية وهي شغور الوصاية التي قررت حكمها المادة 412 من القانون المدني الفرنسي حيث أسند المشرع المهمة إلى الهيئة الهامة المختصة في مادة المساعدة الاجتماعية وفي هذا الوضع لا حاجة لمجلس العائلة ولا لمشرف على الوصي، ويكون كل من له صلة بالوصاية مسؤول عن الضرر الناشئ عن ممارستها، وقد مدد المشرع الفرنسي المسؤولية حتى إلى قاضي الوصاية إذا تسبب في إحداث ضرر للقاصر بمناسبة ممارسة الوصاية عليه أين يقوم رئيس كتاب الضبط أو الكاتب بتوجيه دعوى المسؤولية ضد الدولة، ولهذه الأخيرة ممارسة دعوى الرجوع.

نخلص مما تقد في هذا الفصل إلى أن المشرع الجزائري لم يفصل بين الأحكام المقررة للولاية على النفس والولاية على المال مما يصعب مهمة رجال القانون في استنباط الأحكام المتعلقة بكل نوع سواء من حيث الشروط المقررة لممارسة الولاية والتي اعتبرها واحدة أو ترتيب الأولياء الذي خالف فيه الفقه الإسلامي سواء في الولاية على النكاح (م11 من ق.أ) أو الولاية على المال وولاية الحفظ والصيانة كما بينا (م 87 من ق.أ) وكذا السلطات الخاصة بالأولياء وواجباتهم وجزاء الإخلال بها ويلتبس الأمر أكثر في حالات انقضاء الولاية.

ولا يجوز للولي التنحي عن الولاية إلا بإذن من المحكمة فكما أنها حق له تعتبر في نفس الوقت واجب يقع على عاتقه وفق شروط حددها القانون تتمثل في البلوغ والعقل والإسلام والقدرة والأمانة وحسن التصرف مع

[1] أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 443.

الاختلاف في شروط أخرى أقرها الفقه الإسلامي كشرط العدالة وشرط الذكورة، ولقد خالف المشرع الجزائري الترتيب الذي اعتمده الفقه الإسلامي للأولياء بما في ذلك المذهب المالكي.

والحاصل أن الأب وفقا للمادة 87 من ق.أ يكون وليا على أولاده القصر مادام **على قيد الحياة فإذا غاب أو** حصل له مانع فهنا تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة ومن ثم **تنتقل الولاية بقوة القانون إليها،** وأما إذا توفى **فإن الأم** تحل محله **قانونا،** ويأتي الجد في المرتبة الثالثة **دون أن يفصح المشرع عن كونه الجد الصحيح،** ثم إن المشرع لم **ينص صراحة على ولاية الجد للقصر وإنما نستشف ذلك من المادة 92 من ق.**أ التي تنص على أنه يجوز للأب أو **الجد** تعيين وصي للقاصر فأنى له هذه المكنة ولم **تتقرر له الولاية؟** واعتبره القضاء وصيا في حالة وفاة الوالدين.

وأما بالنسبة لحكم التصرفات التي يجريها الولي لمصلحة القاصر فإن أدت إلى افتقار الذمة المالية له يتقرر لها البطلان وإن كانت نافعة له نفعا محضا كان حكمها الصحة، وأما التصرفات **الدائرة بين النفع والضرر فتأخذ حكما** مزدوجا في التشريع الجزائري حيث يتقرر لها البطلان النسبي في القانون المدني أو وقف نفاذ التصرف في قانون الأسرة، وقد تضمنت المادة 88 من ق.أ جملة من التصرفات وأوجبت على الولي التزام الحرص بشأنها واستئذان القاضي لمباشرتها، وأما إن خرج عن حدود سلطاته **فيعتبر** في حكم تعريض مال القاصر للخطر **ويؤدي حتما** إلى سلب **ولايته**– إنهاؤها في جملتها- **أو الحد منها- سقوط بعض حقوق الولاية طبقا للمادة 9 مكرر1 من ق.ع- مع بطلان** تصرفات الولي التي يجريها على مال القاصر المولى عليه، ومهما يكن فإن الأحكام التي أقرها الفقه الإسلامي **أو النصوص القانونية** في التشريعات الوضعية غايتها واحدة وهي توفير أكبر قدر من الحماية **للقصر.**

وقد فرض المشرع على الولي جملة من **الواجبات** يتعين عليه بذل العناية اللازمة لأدائها تسعى في جملتها إلى **حفظ مال القاصر سواء ما تعلق بتقديم عرض عن إدارة الأموال بصفة** دورية يحددها القاضي –م.471 ق.إ.م.إ- أو واجبات أخرى ورد النص عليها في التشريعات المقارنة ويمكن استنباطها من القواعد العامة في التشريع الجزائري، وإذا خالف الولي هذه الواجبات تعرض لجزاء حيث تقوم مسؤوليته طبقا لمقتضيات القانون العام، وقد كان **المشرع**

الجزائري صارما اتجاه الولي على **مال القاصر** ولم **يفرق** بين الأب أو الجد أو الأم فقرر لهم مسؤولية موحدة بخلاف **المشرع المصري الذي كان صارما مع الجد وعلى العكس من ذلك فإن القواعد المتعلقة بالأب كانت تتسم بالمرونة لتوافر عنصر الشفقة لديه.**

وخلصنا أيضا إلى أن **الوصاية نظام مستقل** في أحكامه رغم أن سلطات الوصي الخاصة بالتصرف في مال القاصر هي ذاتها المقررة للولي، ونفس الأحكام مقررة لنظام التقدم مع أن هذا الأخير يخضع له ناقصو الأهلية

وفاقدوها في حال عدم وجود ولي أو وصي بخلاف المشرع المصري الذي قصر تقرير القوامة للمحجور عليهم وهم المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة دون الصغير.

ولقد أغفل المشرع الجزائري العديد من الحالات المقررة لانقضاء الولاية والتي ينبغي تداركها في التعديلات **اللاحقة لقانون الأسرة، كما أضاف حالات أخرى لانقضاء الوصاية** باعتبارها نظام مستقل، غير أن هذه الأحكام **برمتها لا** يكون لها دور فاعل في ممارسة الولاية على مال القاصر ما لم تدعم بأحكام إجرائية تعطيها **ديناميكية من الناحية العملية على مستوى الجهات القضائية خاصة إذا تم إحياء الأحكام المتعلقة بمجلس العائلة كآلية ناجعة** للتكفل بالمسائل الأسرية وتخفيف الضغط عن القضاء، **وهذا ما سوف نتطرق إليه** في الفصل الثاني من هذا الباب.

الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في مسائل الولاية على مال القاصر

لقد عرف التشريع الجزائري من الناحية الإجرائية تطورا كبيرا **وهذا بعد صدور القانون** 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ألغى أحكام الأمر رقم** 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية، وقد استحدث المشرع** إجراءات التقاضي بخصوص نظام **الولاية على مال القاصر بمقتضى المواد** 464 إلى غاية 480 **م ق.إ.م.إ**، وغاية المشرع في ذلك إخراج القواعد القانونية الموضوعية **الخاصة بالولاية** إلى حيز الممارسة والتطبيق.

ثم إن مصطلح الولاية الذي أورده المشرع **ضمن المواد السالفة الذكر يعم الوصاية والقوامة أي الولاية بمفهومها العام** كما عرفناها في **بداية هذا البحث، وقد** عالج **قانون الإجراءات المدنية والإدارية السلطات المخولة لقاضي شؤون الأسرة من الناحية الإجرائية** في مسائل **الولاية على مال القاصر سواء من حيث الاختصاص النوعي أو المحلي أو من حيث رقابة** القاضي على مال القاصر، أو سلطته في تعيين الوصي أو المقدم للقيام بشؤون القاصر وأهم التدابير التي **يتخذها** حال تقصيرهما، **وذلك بتحديد الإجراءات** المتبعة منذ رفع الدعوى إلى غاية صدور أمر **بتعيين الوصي أو المقدم** ومن ثم **إمكانية الطعن فيه بالطرق المحددة قانونا.**

كما مدد المشرع اختصاصات قاضي شؤون الأسرة في مسائل الولاية لتشمل منح التراخيص المسبقة للولي **بشأن بعض التصرفات، وغايته في ذلك توسيع الحماية على أموال القاصر وحفظها من للضياع أو الاستغلال من قبل من له الولاية عليه، وبناء على ما سبق تم تقسيم** هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول **سلطات القاضي** في المسائل المتعلقة بالولاية **على مال القاصر من الناحية** الإجرائية، ثم نعالج في المبحث الثاني **الأحكام الخاصة بمنازعات الولاية على أموال القصر وإجراءات البيع** المقررة لها في التشريع الجزائري **مع الاعتماد على أحكام التشريعات المقارنة** لمعرفة مدى كفاية الأحكام الإجرائية الواردة في **قانون الإجراءات المدنية والإدارية أم أنه لابد من استحداث قواعد أخرى سواء عن طريق التعديل** أو الإلغاء أو الإدراج خاصة وأن هذا القانون لم يعدل منذ صدوره.

المبحث الأول: سلطات القاضي في مسائل الولاية على مال القاصر من الناحية الإجرائية

قلنا أن الولاية على مال القاصر هي النيابة عنه في إدارة أمواله والتصرف فيها واستثمارها بما يحفظ حقوق القاصر ويعمل على تنميها، وهي تتميز عن الوكالة ذلك أن الولاية على مال القاصر لا يمكن تنفيذها في حق القاصر إذا كانت تضر بمصالحه المالية، وللإدارة القانونية لمال القاصر مرتبتان مضمون الأولى رعاية مال القاصر وأما المرتبة الثانية فكونها تمكن الولي من الحصول على انتفاع لشخصه.

ذكرنا سلفا أن المادة 573 من ق.م نصت على بعض أعمال الإدارة واعتبرت من عقود الإدارة على وجه الخصوص الإيجار الذي لا تزيد مدته عن ثلاث سنوات، وكذا أعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وإيفاء الديون إضافة إلى بيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع إليه التلف والنفقة على الصغير، كما تنص المادة 468 من القانون المدني[1] على أنه لا يسوغ لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يبرم إيجارا تفوق مدته ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، وقد توسعت المادة 88 من قانون الأسرة في أعمال أخرى وقيدتها بطلب إذن من القاضي لمباشرتها حفظا لمال القاصر من جهة ووضع حد لسلطات الولي من جهة أخرى.

كما أنه تثبت الصفة للولي في جميع الدعاوى التي تمس المصالح الشخصية والمالية للقاصر، وقد أيدت هذا القول المحكمة العليا في قرار لها ملف رقم 863235 بتاريخ 2000/11/08 جاء في مضمونه ما مفاده أن ولي القاصر يمكنه التنازل عن طلب التعويض ما دام يملك الحق في إدارة أموال القاصر ولأن نص المادة 88 من قانون الأسرة قد حدد المسائل التي تتطلب إذنا من القاضي في تنازل الولي عن طلب التعويض نيابة عن القاصر[2]، غير أنه جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أن عدم ذكر مسائل معينة في المادة 88 من قانون الأسرة لا يفيد عدم وجوب استئذان القاضي ووجوب صدور إذن من المحكمة ليتمكن الولي من التصرف، وورد هذا في قضية ترك الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى العمومية وفقا لنص المادة 246 من ق.إ.ج واعتباره تنازل عن الحق المدني وهذا يستتبع ضرورة

[1] المعدلة بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 (ج.ر، ع 31، ص3).

[2] منقول عن عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 461.

الحصول على إذن من المحكمة وعليه تكون العبرة في تقدير ما إذا كان العمل الذي قام به الولي من أعمال الإدارة من اختصاص القاضي حتى يتم الرجوع إلى مقتضيات المادة 88 من ق.أ وما خرج عن هذا النطاق فلا ضرورة لأخذ إذن من القاضي[1]. وتبعا لما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في المطلب الأول رقابة القاضي المختص للولاية على مال القاصر ثم نبين في المطلب الثاني سلطات القاضي المرتبطة بأطراف الولاية من الناحية الإجرائية.

المطلب الأول: رقابة القاضي المختص للولاية على مال القاصر

قد يقوم الولي بأعمال تهدد مصالح القاصر المالية وتلحق به الأذى لذا أفصح المشرع عن أحكام كفيلة بتقرير حماية أوفر للقاصر وتتمثل أساسا في فرض الرقابة على الولي من قبل القاضي، فمن هي الجهة القضائية صاحبة الاختصاص في هذا الشأن؟ ومن هم أصحاب الاختصاص في تقديم طلب الرقابة؟ وكيف يتم إدارة أموال القاصر وحصرها؟ هذا ما سوف نتعرف عليه في مضمون الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الجهة القضائية صاحبة الاختصاص في مسائل الولاية على مال القاصر

لقد بين المشرع الجزائري الاختصاص الإقليمي بخصوص الولاية على أموال القاصر ضمن المواد المتعلقة بإجراءات الولاية على مال القاصر، غير أنه لم ينص ضمن هذه المواد على الاختصاص النوعي مما يقودنا إلى الأحكام المتعلقة بصلاحيات قسم شؤون الأسرة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاستنتاج الجهة القضائية صاحبة الاختصاص في الدعوى المرتبطة بممارسة الولاية على مال القاصر.

أولا: الاختصاص النوعي

إذا تمعنا في أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المادة 423 من هذا القانون تقضي بأن قسم شؤون الأسرة ينظر على الخصوص في بعض الدعاوى وصرحت بخمسة منها على سبيل المثال وهي تلك المرتبطة

[1] عادل بوضياف، نفس المرجع، نفس الصفحة.

بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم، وعلى هذا الأساس يبقى قسم شؤون الأسرة هو المعني بمسائل الولاية على أموال القاصر، وتضيف المادة 424 من ذات القانون أن قاضي شؤون الأسرة يتكفل على وجه الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر، وقد ورد مصطلح " مصالح" على إطلاقه مما يعني أن هذه المصالح تشمل ما يتعلق بشخص القاصر وماله على حد سواء.

بينما نجد التشريع المصري يعهد الاختصاص النوعي بشأن مسائل الأحوال الشخصية إلى محكمة الأسرة طبقا للقانون رقم 10 لسنة 2004 المتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة، حيث تنص المادة الثالثة منه على ما يلي:"على محاكم الدرجة الأولى الجزئية والابتدائية أن تحيل من تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت بمقتضى أحكام القانون المرفق من اختصاص محاكم الأسرة، وذلك بالحالة التي تكون عليها وبدون رسوم، وفى حالة غياب أحد الخصوم يقوم قلم الكتاب بإعلانه بأمر الإحالة مع تكليفه بالحضور في الميعاد أمام محكمة الأسرة التي أحيلت إليها الدعوى".

وتبعا لما سبق يجب الرجوع إلى المادة 9 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن لقانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية حيث تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة، وذكرت أولا المسائل المتعلقة بالولاية على النفس، ثم صرحت بالمسائل المتعلقة بالولاية على المال[1] متى كان مال المطلوب حمايته لا تجاوز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية:

- تثبيت الوصي المختار وكذا تعيين الوصي والمشرف والمدير ومراقبة أعمال كل هؤلاء والفصل في حساباتهم واستبدالهم وعزلهم.
- إثبات حالة الغيبة وإنهاؤها وكذا تعيين الوكيل عن الغائب والقيام بمراقبة أعماله واستبداله وعزله.
- تقرير حق المساعدة القضائية ورفعها وكذا تعيين المساعد القضائي واستبداله.

[1] للعلم أن المواد 930، 938، 939، 942، 950، 972 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري كانت تنظم مسائل الولاية على المال. انظر رشدي شحاتة، مرجع سابق، ص 475.

- استمرار الولاية أو الوصاية إلى **ما بعد 21 سنة، والإذن للقاصر بأن يتسلم أمواله قصد** إدارتها **طبقا لأحكام القانون ومنح إذن بممارسة** التجارة وإجراء التصرفات التي **تتطلب الحصول على إذن، وكذا** سلب هذه **الحقوق أو الحد منها أو وقفها .**
- **تعيين المأذون بالخصومة نيابة عن القاصر أو الغائب** حتى ولو لم يكن له مال.
- **تقدير نفقة لفائدة القاصر من ماله والبت فيما ينشأ** من نزاع بين ولي النفس أو ولي التربية وبين الوصي فيما يخص **الإنفاق على القاصر أو العناية به أو تربيته.**
- إعفاء الولي **ضمن حالات جواز الإعفاء طبقا لأحكام قانون الولاية علي المال.**
- **الطلب الخاص** بتنحي الولي عن ولايته **وكذا** استردادها.
- **الإذن بمصروفات زواج القاصر ضمن** الأحوال التي **تقتضي قانونا طلب استئذان المحكمة.**
- **كل المسائل الأخرى المرتبطة بإدارة الأموال طبقا لأحكام القانون وكذا** اتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة المتعلقة بها **ومهما كانت قيمة المال.**
- **تعيين المصفي** للتركة **واستبداله وعزله والبت** في المنازعات **المرتبطة بالتصفية إذا** كانت قيمة التركة لا **تفوق النصاب المحدد لاختصاص المحكمة الجزئية.**

غير أن سلب الولاية **يعد** من قبيل الحجر بالنسبة للولي حيث أنه يحرمه من أهم حقوقه الطبيعية وهو ممارسة الولاية على أولاده، ولم **يرد سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها ضمن اختصاص المحكمة الجزئية وهذا يستتبع حتما انعقاد الاختصاص للمحكمة الابتدائية وهو ما أكدته المادة 10**[1] **من القانون رقم 1 لسنة 2000** التي تنص على **ما يلي:" تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى** الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص **المحكمة الجزئية، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه."**،إلا أن المادة الثالثة من قانون محكمة الأسرة

[1] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، مرجع سابق، ص104.

السالفة الذكر عقدت اختصاص المسائل التي كانت من اختصاص المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية إلى محكمة الأسرة دون سواها[1]، ويعتبر الاختصاص النوعي هنا من النظام العام[2].

وأما بالنسبة للتشريع المغربي فقد أشار الفصل 184 من قانون المسطرة المدنية في صيغتها المحينة بتاريخ 20 مارس 2014 بأنه يفتتح "بقسم قضاء الأسرة" بالمحكمة الابتدائية ملف لكل نيابة قانونية ويقيد بسجل خاص يمسك لهذه الغاية، على أن الفصل 182 من نفس القانون قرر بأنه يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل.

وقد أورد المشرع المغربي معيارا قيميا لفرض رقابة القاضي على الولي حيث تفيد المادة 240 من مدونة الأسرة المغربية بأن الولي لا يخضع في إدارته لأموال المحجور لرقابة القضاء القبلية، ولا يتم فتح ملف النيابة الشرعية الخاص به إلا إذا تجاوزت قيمة المال المملوك للمحجور 200 ألف درهم، ويمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين أن ينزل عن هذه العتبة ومن ثم الأمر بفتح ملف النيابة الشرعية في حالة ثبوت مصلحة للمحجور عليه في ذلك، على أنه بالإمكان الزيادة في هذه القيمة بمقتضى نص تنظيمي[3].

ثانيا: الاختصاص الإقليمي

تقضي المادة 464 من ق.إ.م.إ بأن الاختصاص الإقليمي فيما يتعلق بالولاية على مال القاصر يؤول إلى المحكمة المتواجد في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر، والنص صريح في عقد الاختصاص بشأن الولاية على أموال القاصر للمحكمة التي يمارس الولي في دائرة اختصاصها الولاية على القاصر، تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن القول بتعدد الأولياء والتي بإقرارها نكون بصدد تنازع الاختصاص ذلك أن المشرع لم ينص عليها كما هو عليه الشأن بالنسبة للأوصياء(م 92 من ق.أ).

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 476 .

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 474 وما بعدها.

[3] وتضيف المادة 241 من نفس المدونة أنه في حالة تجاوز قيمة أموال المحجور 200 ألف درهم وقت إدارتها يتعين على الولي أن يخطر القاضي بذلك وهكذا يتم فتح ملف النيابة الشرعية، كما يسوغ للمحجور عليه أو أمه القيام بذات الإجراء.

كما أن المادة 87 من ق.أ قررت بأن الأب يكون وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وهذا فيه دليل على أن الولاية لا تجتمع في يد شخصين أو أكثر، **وفي** نفس الوقت **يتناقض- كما قررنا سلفا- مع إلغاء المشرع للمادة 39 من ق.أ بموجب القانون 05-02** المؤرخ في **2005/02/27** التي كانت تقر برئاسة الأب **للعائلة وإقرار مبدأ التشاور بموجب المادة 36** المعدلة التي تقضي بأنه يتعين على الزوجين التشاور في تسيير **شؤون الأسرة** وترك المشرع اللفظ على إطلاقه مما يعني الشؤون **الشخصية والمالية على حد سواء.**

وتبعا لهذا **يمكن القول أن الولاية على أموال القاصر يمكن أن تكون مناصفة بين الأب والأم وهو التوجه الذي يسلكه المشرع الفرنسي** ويراه بعض الفقهاء أي أن الولاية يمكن أن تكون بين يدي أكثر من ولي[1]، **ويُرَدّ على هذا القول بأن المشرع** قضى في الفقرة الأخيرة من المادة **87 من ق.أ المدرجة سنة 2005 بمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد**[2] فلو كان التعدد سائغ في الولاية لأبقى المشرع سلطة الوالدين **بعد فك الرابطة الزوجية** على القاصر كما هو الشأن في التشريع الفرنسي[3]، **ومنحها عند الاقتضاء لأحدهما** مراعاة لمصلحة القاصر[4].

ثم إن ممارسة الولاية من قبل الوالدين وهما في حالة طلاق **مع فرض الإقرار بتعدد الأولياء من شأنه أن يؤثر على مسألة الاختصاص** بالقاعدة المنصوص عليها في المادة **464 من ق.إ.م.إ وذلك إذا كان** محل **إقامة ولدي القاصر** يقع ضمن اختصاصين مختلفين **وهذا** يقودنا حتما إلى مسألة تنازع الاختصاص **لذا يتعين معرفة مسائل**

---

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 639.

[2] وقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما مفاده:"حيث متى طالبت الطاعنة أمام محكمة الدرجة الأولى وأمام المجلس بأن تسند لها حضانة طفلها البالغ من العمر 07 أشهرا وكذا مطالبتها وتمسكها بالولاية عليه. وحيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل (ع) دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، **الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بالولاية**" م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 476515، م.م.ع ، ع1، 2009.

[3] Art. 373-2 du CCF: « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. Chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Tout changement de résidence de l'un des parents, dès lors qu'il modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, doit faire l'objet d'une information préalable et en temps utile de l'autre parent. En cas de désaccord, le parent le plus diligent saisit le juge aux affaires familiales qui statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. Le juge répartit les frais de déplacement et ajuste en conséquence le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ».

[4] Art. 373-2-1/1 du CCF : «Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents ».

الاختصاص في هذا الشأن، ويطرح هذا الإشكال في حالة الطلاق فقط، وأما في حالة الزواج فمقر ممارسة الولاية واحد ولو كانت الولاية على أساس المشاركة.

وأما في التشريع المصري فيتقرر الاختصاص المحلي(الإقليمي) بموجب المادة 15[1] من القانون رقم 1 لسنة 2000 التي تقضي في فقرتها الأولى بأن يتحدد الموطن في مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد40 و42 و43 من القانون المدني. وبالرجوع إلى هذه المواد نجد أن المادة 40 تعرف الموطن بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وأجازت إمكانية تعدد الموطن أو انعدامه بالنسبة للشخص، بخلاف المشرع الجزائري الذي غير موقفه في تعديل 2005 حيث كانت المادة 36 من القانون المدني قبل التعديل تنص على ما يلي:"موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي".

وتبعا لما سبق أخذ المشرع الجزائري قبل التعديل بالتصوير الواقعي[2] للموطن[3] ويترتب على هذا إمكانية انعدام الموطن وكذا إمكانية تعدده[4]، وأما بعد التعديل فإن نفس المادة أصبحت تنص على ما يلي:" موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي محل الموطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت"، وقد استبعد المشرع بإدراج الفقرة الثانية نتيجة من النتيجتين المترتبتين على التصوير الواقعي ألا وهي إمكانية تعدد الموطن[5].

---

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 107.

[2] يعتد التصوير الواقعي للموطن بمحل الإقامة الفعلي، وبالتالي فهو يرتكز على أساس مادي، وفي المقابل هناك التصوير الحكمي حيث يعتبر المكان الذي يتخذ الشخص مركزا رئيسيا لأعماله موطنا قانونيا حتى ولو كانت إقامته فيه غير قائمة، فالموطن الحكمي يقوم على أساس الفصل بين محل الإقامة الذي يعيش فيه الشخص بصورة فعلية والموطن الذي يباشر فيه أعماله ومصالحه كالمحل التجاري مثلا ويترتب على هذا ضرورة وجود الموطن فلا يمكن أن ينعدم من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة وحدة الموطن فلا يمكن أن يتعدد، وقد أخذ به المشرع الفرنسي حيث تنص المادة 102 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:"موطن كل فرنسي، فيما يتعلق بممارسة حقوقه المدنية هو المكان الذي يوجد فيه مركز عمله الرئيسي". انظر محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 444 وما بعدها.

[3] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 310.

[4] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 442.

[5] محمد سعيد جعفور، نفس المرجع، ص 443.

كما يقسم الفقهاء الموطن إلى قسمين هامين وهما، الموطن العام والموطن الخاص، **ويقصد بالموطن العام** المكان الذي يباشر فيه الشخص جميع حقوقه وتصرفاته المدنية دون تخصيص[1]، ومن حيث الأصل فإن الشخص يختار موطنه العام بإرادته ووفق شروط قانونية محددة **وهو ما يطلق عليه الموطن العام الاختياري أو الإرادي** ونعني به **الموطن** الذي يترك القانون للأشخاص حرية في اختياره ليتم مخاطبته فيه وفي حالة عدم وجوده يحل بدله محل الإقامة المعتاد، وفي جميع الأحوال يتعين أن يكون **وجوده** فيه على سبيل الاستقرار[2].

واستثناء من القاعدة السابقة قد يحدد القانون لبعض الأ**شخاص موطنا عاما دون أن يكون لإرادة الشخص** دخل في تحديده وهو ما يطلق عليه **بالموطن العام الإجباري أو الإلزامي أو** القانوني حيث يخول القانون **للأشخاص** اختيار موطنهم، فيتدخل القانون في حالات معينة وغايته في **ذلك** حماية بعض الأشخاص **كالقصر** ومن في حكمهم **وحالة المحجور عليه والمفقود والغائب حيث قرر المشرع بأن موطنهم هو موطن من ينوب عنهم قانونا حسب** مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 38 **من القانون** مدني والتي يقابلها المادة 42 من القانون المدني المصري، ومن ثم **فإن الموطن الإلزامي لا يتقرر إلا بنص ويظل قائما بقيام السبب الذي من** أجله حدده القانون[3].

وأما القسم الثاني فيتعلق بالموطن الخاص الذي يرتبط ببعض المعاملات التي يقوم بها الشخص ومن ثم يتعين **أن** يكون له موطن خاص وذلك لتيسير شؤونه ورفع الحرج عن عملائه، **ويتخذ الموطن الخاص ثلاثة أضرب، تتعلق** الصورة الأولى **بالموطن التجاري الذي تنص عليه المادة** 37 من القانون المدني بقولها:"يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة" **ويقابل هذا النص المادة** 41 من القانون المدني المصري، واضح من هذه المادة أن الموطن التجاري يتحدد بالمكان الذي **يباشر فيه الشخص تجارته**

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 313.
[2] شوقي بناسي، نفس المرجع، نفس الصفحة.
[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 454.

أو حرفته أو مهنته وما خرج عن هذا الإطار فلا عبرة به إذ لا يعتد بالمكان الذي **يعمل فيه الموظف العام كموطن** خاص، وأما الصورة الثانية فتتمثل في **موطن القاصر المأذون له** والذي جاء النص عليه في **المادة 2/38 من ق.م.**

وتختص **الصور الثالثة بالموطن المختار حيث** يجوز أن يختار الشخص موطنا له لتنفيذ تصرف قانوني معين **تحقيقا لأغراض يفرضها نشاطه القانوني**، نصت في هذا الصدد المادة **39 المعدلة من ق.م:**" يجوز اختيار موطن **خاص لتنفيذ عمل معين.** يجب إثبات اختيار الموطن كتابة. الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد **موطنا بالنسبة** إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحة **هذا الموطن على تصرفات معينة**"، **وبقابل هذا النص المادة 43** من القانون المدني المصري.

ومراعاة أحكام المادتين10 و11[1] **من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن إجراءات التقاضي** في مسائل **الأحوال الشخصية** فإنه ينعقد الاختصاص في مسائل الولاية على المال للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن **المدعى عليه**، فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي، **وإذا تعدد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة** التي يقع في دائرتها موطن أحدهم، وفي حالة عدم وجود موطن **ينعقد الاختصاص للمحكمة** التابع لها **موطن الطالب أو** التي يوجد في دائرة اختصاصها مال الشخص المطلوب حمايته[2]. وأما في حالة تغيير الموطن فتقضي القاعدة بأنه متى رفعت الدعوى أمام محكمة مختصة محليا بنظرها أي المحكمة التي **يقع بدائرة اختصاصها** موطن المدعى عليه فلا يكون لتغيير الموطن أثر على اختصاص المحكمة التي رفعت الدعوى أمامها ابتداء[3].

وأما التشريع الفرنسي فقد اعتمد فلسفة أخرى في تحديده للاختصاص الإقليمي وأورد أحكاما عامة تشمل القصر والبالغين المراد حمايتهم في المواد **1211 وما** بعدها من قانون الإجراءات المدنية وجعل الاختصاص في مكان **الإقامة** المعتادة للشخص المراد حمايته أو الشخص المحمي أو موطن الولي، وهذا الاختيار في الموطن مرجعه الاشتراك في

[1] **عبد الله سيد سرور، مرجع سابق، ص 104.**
[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 286.
[3] كمال حمجي، نفس المرجع، ص 287.

ممارسة الولاية[1]. وبعد بيان مسائل الاختصاص بالنسبة للولاية على مال القاصر نبين في الفرع الموالي سلطات القاضي المرتبطة بأطراف الولاية من الناحية الإجرائية.

الفرع الثاني: كيفية مراقبة الولاية على أموال القصر

تشير المادة 465 من ق.إ.م.إ إلى إمكانية مراقبة الولاية من قبل قاضي شؤون الأسرة وذلك إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة، وفي هاتين الحالتين يسوغ للقاضي استدعاء أي شخص يرى في سماعه فائدة كأن يستمع إلى أقوال الأب أو أقوال القاصر ذاته إذا كانت حالته أو سنه تسمحان بذلك، كما أن مراقبة الولاية من طرف القاضي تكون بطلب من أي شخص قمه مصلحة القاصر المولى عليه ويكون التكليف بالحضور في

هذه الحالة على عاتق المدعي، وقد يتوفى الوالدان وتكون إدارة أموال القاصر في حالة شغور فما هو الحل الذي أورده المشرع الجزائري لحمايتها؟ وعليه نتناول هذا الفرع في نقطتين تتعلق الأولى برقابة المحكمة على أعمال الولاية في حال وجود الولي ثم نعالج مسألة رقابة القاضي على أموال القاصر بعد وفاة الوالدين.

أولا: رقابة المحكمة على أعمال الولاية في حال وجود الولي

تكون رقابة المحكمة على أعمال الولي إما بمبادرة من قاضي شؤون الأسرة أو بناء على طلب النيابة العامة أو بناء على طلب من الغير ويمكن ذلك للقاصر نفسه، وإذا كان مال القاصر في خطر ولم يتم الفصل في موضوع الدعوى الخاصة بمراقبة الولاية على مال القاصر بإمكان القاضي أن يأمر مؤقتا بالتدابير التي يراها مناسبة بهدف حماية أمواله، وسوف نعرض لهذه المسائل بالتفصيل كما يلي:

1. دور القاضي والنيابة العامة في إجراء الرقابة

تفيد م 465 من ق.إ.م.إ بأنه يمكن للقاضي أن يراقب الولاية بصفة تلقائية أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو من أي شخص يرى مصلحة راجحة لمن وضع تحت ولايته، وحتى لا يجحف بحق القاصر مما قد يُقدم عليه

[1] **Art. 1211 du CPCF :** « Le juge des tutelles territorialement compétent est celui de la résidence habituelle de la personne à protéger ou protégée ou celui du domicile du tuteur.»

الولي من ممارسات تتعارض مع مصلحته خول المشرع للقاضي صلاحية التدخل تلقائيا ومن ثم الإشراف على ما يصدر عن الولي من أعمال، كما منح مثل النيابة العامة إمكانية تقديم طلب للقاضي يتضمن رقابة الولاية على أموال القاصر وذلك بالتحقق من أن تصرف الولي في مصلحة القاصر وأنه لم يستغل ضعفه لخدمة مصالحه[1].

وبإمكان أي شخص آخر له مصلحة خاصة أن يطلب من القاضي مراقبة نطاق السلطات المخولة للولي على أموال القاصر، ومثال ذلك أن يمارس القاصر تجارة وفقا للشروط المقررة في المادة 5 من القانون التجاري[2] ولاحظ الغير المتعامل معه أن الولي يتدخل في إدارة الأعمال التجارية بشكل يعطل مصالح هذا المتعامل ويلحق به الأذى فله أن يطلب من القاضي مراقبة الصفقة التي يبرمها مع القاصر لكي لا تتجاوز سلطات الولي على مال القاصر حدود الأموال التي آلت إليه لمباشرة تجارته، وفي حال كون الرقابة منبثقة عن القاضي بصورة تلقائية أو بمبادرة من النيابة العامة يجوز للقاضي أن يستدعي كل شخص يرى في سماعه فائدة وهذا للاستئناس بأقواله ويتم ذلك عن طريق استدعاء عادي تقوم به النيابة أو المحكمة[3].

وأما في التشريع المصري فقد أنشأت نيابة متخصصة لشؤون الأسرة بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 10 لسنة 2004 المتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة والتي تنص على ما يلي:" تنشا نيابة متخصصة لشؤون الأسرة تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام المحكمة، وتشرف نيابة شؤون الأسرة على أقلام كتاب محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية عند قيد الدعاوى والطعون واستيفاء مستنداتها ومذكراتها، طبقا للمادة 65 من قانون المرافعات المصري[1].

---

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 462.

[2] تقضي المادة 5 من القانون التجاري بأنه لا يجوز للقاصر المرشد سواء كان ذكرا أو أنثى والذي يبلغ 18 سنة كاملة ممارسة التجارة أن يباشر العمليات التجارية إذا لم يحصل مسبقا على إذن من والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب أو الأم، ويتعين تقديم الإذن الكتابي لتبرير طلب التسجيل في السجل التجاري.

[3] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 107.

[1] تلزم المادة 65 من قانون المرافعات المصري بضرورة إرفاق صحيفة الدعوى بوثائق ليتم قيدها والمتمثلة في ما يثبت دفع الرسوم أو إعفاء المدعي منها، ونسخ من الصحيفة بماثل عدد المدعى عليهم مع إضافة نسختين لقلم الكتاب، وكذا أصول المستندات التي تؤيد الدعوى أو صور منها تحت مسؤولية المدعي، ومذكرة مفصلة للدعوى إضافة إلى إجراءات قيد الدعوى.

2. الرقابة على أموال القاصر بناء على طلب الغير والقاصر نفسه

أما إذا كانت الرقابة صادرة بناء على طلب الغير فإن هذا الأخير يتحمل تبعاتها إذ يقع على عاتقه تحمل إجراءات التكليف بالحضور إلى الجلسة الخاصة بالفصل في طلب الرقابة على تسيير الولاية[1]، وهو ما قضت به المادة 2/466 من ق.إ.م.إ بنصها:" وفي الحالات الأخرى، يكون التكليف بالحضور على عاتق المدعي".

وتقدم معنا في مسائل الولاية على النفس أن المشرع الفرنسي أجاز في المادة 388-1 من القانون المدني للقاصر المميز التدخل في كل إجراء يعود عليه بالنفع وهو حكم يمتد إلى الولاية على المال حيث يبدي القاصر برأيه الشخصي وله أن يستعين بمحام أو أي شخص آخر من اختياره بشرط أن يسعى هذا الأخير لمصلحة القاصر وإلا يقوم القاضي باستبداله بشخص من اختياره، كما يسوغ للقاضي رفض طلب القاصر إذا ارتأى أنه لا يعتد به قانونا.

تدابير الحماية المقررة للقاصر من قبل القاضي

وإذا تعرض مال القاصر إلى خطر يمكن للقاضي قبل أن يفصل في موضوع الدعوى المتضمنة مراقبة الولاية على مال القاصر والتي تم رفعها بناء على طلب النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة أو حتى بمبادرة من القاضي نفسه أن يأمر مؤقتا باتخاذ التدابير التي يراها مناسبة لحماية أموال القاصر كأن يحد من ولاية الولي، على أن الأمر الذي يصدره القاضي في هذا الخصوص لا يكون قابلا لأي طعن عملا بمقتضيات المادة 467 من ق.إ.م.إ[1].

وقد راعى المشرع المصري في إنشاء محاكم الأسرة مصلحة القاصر فنص في المادة 10 من القانون رقم 10 لسنة 2004 على ما يلي:" تعقد جلسات محاكم الأسرة والدوائر الاستئنافية في أماكن منفصلة عن أماكن انعقاد جلسات المحاكم الأخرى، وتزود بما يلزم من المسائل التي تتناسب مع طبيعة المنازعات وأطرافها وما قد

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 107.

[1] وقد نصت في هذا القبيل المادة 20 من ق.و.م: على ما يلي:" إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لأي سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو أن تحد منها".

تقتضيه من حضور الصغار تلك الجلسات للاستماع إلى أقوالهم. وتسترشد المحكمة في أحكامها وقراراتها بما تقتضيه مصالح الطفل الفضلى" .

ثانيا: رقابة القاضي على أموال القاصر بعد وفاة الوالدين

في الحقيقة، لم يرد النص على إدارة أموال القاصر بعد وفاة الوالدين في قانون الأسرة وإنما تدارك المشرع هذه الحالة بالنص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالضبط في المادة 468 منه التي تنص على ما يلي:" تخضع إدارة أموال القاصر في حالة وفاة الوالدين، إلى رقابة القاضي".

من استقراء هذا النص نجد أن المشرع قد راعى المصلحة الفضلى للطفل حال وفاة والديه أي الأب والأم، وأورد حلا مضمونه مراقبة القاضي لإدارة أموال القاصر بعد تثبيت أو تعيين وصي أو مقدم لهذا الغرض، ومناط هذه الرقابة القضائية هو عدم وفرة عنصر الشفقة فيمن له حق الوصاية أو القوامة على القاصر بالصورة التي ألِفها هذا الأخير في والديه، ولم يجعل المشرع الجزائري –بخلاف المشرع المصري وغيره من التشريعات العربية- مشرفا على الوصي والقيم وإنما كانت رقابته بصورة مباشرة على من يقوم بتثبيته أو بتعيينه، وإن كان هذا من الناحية العملية فيه صعوبة بالنسبة إلى القاضي.

وقد عهد المشرع المصري مهمة إدارة أموال القاصر حال شغور النيابة القانونية إلى المشرف[1] الذي يتعين عليه طلب تنصيب نائب جديد ومزاولة الأعمال التي من شأن تأخيرها حصول ضرر للقاصر، ولهذا قضت المادة 81 /3 من ق.و.م بأنه يتعين على المشرف عند شغور النيابة أو الوكالة أن يقدم طلبا إلى المحكمة بتنصيب نائب أو وكيل

[1] نظام الإشراف غاية في الأهمية حيث اعتمدته مختلف التشريعات وبالأخص التشريع الفرنسي في المادة 409 وما بعدها من القانون المدني ومن حذا حذوه كالتشريع المصري في المادة 80 وما بعدها من ق.و.م والتشريع المغربي بموجب المادة 248 من مدونة الأسرة ويكمن دور المشرف في إرشاد الوصي أو المقدم لما فيه مصلحة المحجور عليه، وكذا إخطار المحكمة بما يراه من تقصيرهما أو من إتلاف لأموال المحجور عليه، فمن المستحسن أن يستحدث نظام الإشراف ويدرج ضمن نصوص قانون الأسرة في التعديلات المقبلة.

جديد، يقوم المشرف بالأعمال التي يكون في تأخيرها **ضرر** للمولى عليه كبيع المحصول الذي يكون تلفه سريعا[1]، وذهب المشرع المغربي إلى أبعد من هذا **حيث** صرح في المادة 262 **من مدونة الأسرة بأنه** في حالة وفاة الوصي أو المقدم **أو فقدان أهليته يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين** باتخاذ **الإجراءات الملائمة لحماية وصيانة أموال المحجور عليه،** وفوق كل هذا قرر المشرع المغربي حكما غاية في الأهمية بالنسبة إلى القاصر مفاده أن تخول الديون والتعويضات المستحقة للمحجور امتيازا على تركة الوصي أو المقدم المتوفى.

وفصل المشرع المغربي في الإجراءات حال وفاة الوالدين فنظم في **الفصل** 221 **وما** بعده **من قانون المسطرة** مسألة مهمة جدا يتعلق الأمر باتخاذ الإجراءات الاستعجالية واللازمة التي تخص حفظ التركة، ويكون ذلك على **سبيل الوجوب** من قبل القاضي وله بوجه خاص اتخاذ **قرار بوضع الأختام وإيداع كل ما له قيمة لا سيما النقود والأوراق المالية إلا إذا وجد نص** قانوني **يقضي** بغير **ذلك،** على أن هذه **الإجراءات التحفظية تتم من تلقاء نفسه إذا وجد قاصر بين الورثة لا وصي له أو حال غيبة أحدهم، كما يمكن أن تتم بناء على طلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية** في حالة ما إذا كان الهالك أمينا عموميا على أنه في هذه الحالة لا توضع **الأختام سوى للأشياء** التي **تم إيداعها والغرف الخاصة بالمسكن المتواجدة فيها، كما يمكن أن تتم بطلب من القاصر، وبإمكان القاضي فوق هذا الأمر** باتخاذ الإجراءات التحفظية **اللازمة إذا تم طلبها من أحد المعنيين بالأمر** مع وجود مبرر لها.

على أن يتضمن محضر وضع الأختام جملة من **البيانات نص عليها الفصل** 224 **من قانون المسطرة وتتمثل** في **تاريخ وساعة وضع الأختام والإفصاح عن الطالب وكذا الأسباب الداعية، مع حضور الأطراف** وسماع أقوالهم إذا كانت هناك ضرورة لذلك، إضافة إلى **وصف المحلات والأشياء وتعيين حارس، كما أن المفاتيح الخاصة بأقفال** الأبواب التي **تم وضع الأختام** عليها يحتفظ بها **كاتب الضبط تحت مسؤوليته ولا يمكنه الدخول** إلى المنزل **الموضوعة عليه الأختام** حتى يتم **رفعها إلا إذا أصدر القاضي أمرا مسببا بذلك.**

[1] كمال صالح البنا، مرجع نسابق، ص 71.

ويقضي الفصل 226 من قانون المسطرة بأنه في حال العثور على وصية أو وثائق مختومة ألحقت بالإحصاء أثناء وضع الأختام وأثبت كاتب الضبط وصفها الخارجي وكذا الطابع والعنوان عند الحاجة مع التأشير على الغلاف بمعية الأشخاص الحاضرين إذا كان التأشير من قبلهم ممكنا، كما يضبط التاريخ والوقت المحددين لتقديم الطرد إلى القاضي، على أن يضمن كل هذا في محضر يتم توقيعه من طرف الحاضرين وعند عدم الإمكان يشار إلى الرفض أو المانع، بعدها يسلم كاتب الضبط الطرود المختومة التي تم العثور عليها إلى القاضي في التاريخ والوقت المحددين دون اللجوء إلى الاستدعاء.

ومن ثم يأمر القاضي وفقا لنفس المادة السابقة بفتح الطرود ليعاين حالتها ويأمر لاحقا بإيداعها في حال كون محتواها له علاقة بالتركة[1]، غير أنه إذا تبين للقاضي من خلال عنوان الطرود المختومة أو من أي سبب آخر أنها تدخل في ملكية الغير قام باستدعائهم ضمن أجل يحدده حتى يشهدوا فتحها، وإذا تخلفوا عن الحضور في التاريخ المحدد فإنها تفتح رغم ذلك إلا إذا كانت هذه الطرود ليس علاقة بالتركة قام القاضي بتسليمها إليهم بطلب منهم.

يثبت القاضي جميع الحالات التي يفصل فيها أو يأمر بها في محضر يقوم بتحريره كاتب الضبط، وإذا كان الإحصاء منجزا فلا يسوغ وضع الأختام وقت القيام بعمليات الإحصاء[1] ما عدا على الأشياء التي لم يتم إحصاؤها، وفي حال عدم وجود أي منقول يقوم كاتب الضبط بتحرير محضر بذلك، وأما إذا عثر على منقولات ضرورية لاستعمال الأشخاص الذين يمكثون بالمنزل أو تلك التي لا يمكن وضع الأختام عليها دَوَّنَ كاتب الضبط محضرا يتضمن وصفا موجزا لهذه المنقولات.

كما أو ردت المادة 233 من قانون المسطرة أنه يمكن أن يقع اعتراض على وضع الأختام عن طريق تصريح كتابي غاية في الدقة يثبت في محضر وضع الأختام أو يودع في كتابة ضبط المحكمة حيث يختار فيه المعترض موطنا في

[1] للإشارة فإن المشرع المغربي عرف التركة في المادة 321 من مدونة الأسرة بأنها مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية.

[1] يستعمل المشرع المغربي مصطلح إحصاء بينما يوظف المشرعان الجزائري والمصري مصطلح جرد وربما كان هذا الأخير أدق من حيث الصياغة ذلك أن ترجمة كلمة "إحصاء بالفرنسية " هي "recensement" وأما كلمة "جرد" هي "inventaire"، وهذا المصطلح الأخير هو المقصود.

مكان مقر المحكمة إذا لم يكن له موطن في دائرة اختصاصها، على أنه بإمكان كل من له الحق في طلب وضع الأختام له أيضا طلب رفعها ويستثنى من ذلك إذا من قام بطلب وضع الأختام لفائدة غائبين يحملون صفة ورثة.

والإجراءات المتبعة في هذا الخصوص والمفضية إلى رفع الأختام تبدأ بطلب يقدم في هذا الشأن يدون في محضر كاتب الضبط، ثم يصدر القاضي أمرا يحدد فيه تاريخ رفع الأختام بدقة، ويوجه كاتب الضبط إنذارا يتعلق بحضور رفع الأختام لذوي الحقوق والمتعرضين، ومن ثم يعين القاضي ممثلا عن أحد الأطراف إذا كان محل إقامته بعيدا، ويتم استدعاء المتعرضين في موطنهم المختار، ولا يتم رفع الأختام إذا كان أصحاب الحقوق جميعهم أو البعض منهم قصرا ما عدا حالة من تم تعيين ممثل قانوني عنهم أو تم ترشيدهم[1].

وقد أشارت المادة 336 من قانون المسطرة إلى أن محضر رفع الأختام يتضمن التاريخ الذي وقع فيه واسم طالب رفع الأختام ومهنته ومحل سكناه وموطنه المختار، وكذا الإشارة إلى الأمر الصادر برفع الأختام وإلى الإنذارات، مع حضور الأطراف وسماع أقوالهم وتعيين خبير للتقويم عند الاقتضاء، على أنه يتم التحقق من أن الأختام كانت في حالة سليمة وإلا يتم الإشارة إلى ما طرأ عليها من تغيير، كما يرفق بالمحضر طلبات التفتيش ونتائجها إذا تم انجازه.

كما قررت المادة 337 من قانون المسطرة بأنه ترفع الأختام بصورة متعاقبة وتدريجية وفقا لعملية الإحصاء على أنه يعاد وضعها في كل مرحلة، كما يمكن وضع المنقولات من نفس النوع ليتم إحصاؤها بصورة متعاقبة تبعا لترتيبها ليُعاد وضع الأختام عليها في هذه الحالة، وفي حال العثور على أشياء أو أوراق لا صلة لها بالتركة وتم طلبها من قبل الغير فإنها تسلم لأصحابها مع التنويه إلى ذلك بالمحضر، وإذا زال السبب الذي من أجله وضعت الأختام قبل رفعها أو أثناء رفعها فلا مجال لوصف الأشياء، وقد أوردت المادة 340 من نفس القانون حكما مُهمّا يتعلق الأمر بإمكانية الأمر برفع الأختام من قبل القاضي بصورة مؤقتة عند الضرورة القصوى وذلك بناء على طلب من يهمه

[1] تنص الفقرتين 2 و3 من المادة 218 من مدونة الأسرة على ما يلي:" إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده. يمكن للنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيد القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد".

الأمر، مع اشتراط إعادة وضعها بصفة تلقائية عندما يزول قبول طلب الرفع، ومن ثم يتخذ القاضي عند الاقتضاء التدابير اللازمة للمحافظة على حقوق أصحاب الشأن طيلة مدة رفع الأختام.

ونشير في الأخير إلى أن المشرع الفرنسي[1] قد قرر فتح الوصاية في ثلاث حالات وفقا للمادة 390 من القانون المدني تتعلق الأولى بوفاة الوالدين، وأما الحالة الثانية وهي حالة حرمانهما من ممارسة السلطة الوالدية أي حالة انتهاء الولاية أو سحبها المؤقت منهما، وأما الحالة الثالثة فتتمثل في مجهول النسب، وبطبيعة الحال لا نجد الحالتين الأخيرتين في تشريعنا بالنظر إلى اختلاف الظروف الاجتماعية بين المجتمعين الفرنسي والجزائري.

مع العلم أنه يوجد حل قانوني بديل مع افتراض تجريد الوالدين من سلطتهما الأبوية ولو أنه قلما يكون من الناحية الواقعية بصورة متزامنة، حتى وإن كان فإن النيابة القانونية تنتقل إلى الجد، وأما بشأن مجهول النسب فإنه يخضع إلى الولاية العامة المتمثلة في إحداث مؤسسات الطفولة المسعفة بموجب م.ت رقم 12-04[1] المؤرخ في 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة[2].

وبخصوص حماية مصالح الحمل المستكن في التشريع الجزائري قضت المادة 182 من ق.أ بأنه إذا لم يوجد ولي أو وصي جاز لكل شخص له مصلحة وكذا للنيابة العامة التقدم إلى المحكمة المختصة بطلب يتضمن تصفية التركة[3] وتعيين مقدم، وبناء عليه يمكن لرئيس المحكمة أن يصدر قرارا بأن توضع الأختام وتودع النقود والأشياء التي لها قيمة ومن ثم البت في هذا الطلب، وأحالت المادة 183 من نفس القانون إلى الأحكام الإجرائية فأوجبت إتباع الإجراءات المقررة في الاستعجال والخاصة بقسمة التركات حتى يتم الفصل فيها بسرعة ولهذا ربطت الإحالة بالمواعيد

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن المادة 389-7 من القانون المدني الفرنسي تقضي بأن الإدارة القانونية تخضع لأحكام الوصاية ما عدا تلك المتعلقة بخضوع الوصي لقرارات مجلس العائلة أو للتوقف فضلا على أنها لا تشمل الحقوق التي تخضع للسلطة الوالدية وبحالة ما تعلق منها بإدارة القاصر وإنفاقه من ماله.

[1] ج.ر.، ع 5 بتاريخ 2012/01/29.

[2] ألغى هذا المرسوم التنفيذي المرسوم رقم 80-83 بتاريخ 15 مارس 1980 المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها.

[3] تعتبر التركة هي الركن الأساسي في الميراث بل هي موضوعه ولها مدلولان، مدلول واسع يدخل فيه كل ما يخلفه الميت من مال بما في ذلك حقوق الدائنين والموصيين وغيرها، وللتركة كذلك مدلول خاص يقتصر فقط على المال أو الحق المالي الخالص الذي يبقى بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا وهو ما يطلق عليه صافي التركة ويتعلق به حق الورثة. انظر التفصيل أكثر بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ج2، ص 33 وما بعدها.

وأكدت على ضرورة الفصل في الموضوع على وجه السرعة، وإتباع إجراءات الاستعجال بخصوص طرق الطعن في قررات القضائية الصادرة بشأنها، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية استحدث المشرع مادتين إجرائيتين بخصوص حماية التركات حيث تبين المادة 498 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص الإقليمي في الدعاوى الخاصة بالتركات الذي يؤول إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، والحكم الوارد في المادة 498 من ق.إ.م.إ ليس تكرارا لما ورد في المادة 40 من نفس القانون كما يظنه البعض[1]، على أنه يمكن للقاضي إثارة الاختصاص الإقليمي من تلقاء نفسه خلافا لما يذهب إليه غيرنا احتراما لرأيهم[2].

وما يبرر هذا القول هو أن هذا الحكم استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأن الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، حيث تم النص على هذا الاستثناء في المادة م 40 من ق.إ.م.إ التي ورد ضمن مقتضياتها عبارة "دون سواها" التي تضفي على الحكم طابع الإلزام[1] وتميز المسائل الواردة ضمن هذه المادة عن تلك المنصوص عليها في المادة 39 من ق.إ.م.إ وغيرها من النصوص القانونية التي تتضمن مسألة الاختصاص الإقليمي كما هو عليه الشأن بالنسبة للمادة 498 من ق.إ.م.إ وإلا لماذا وزع المشرع هذه المسائل على المادتين39 و40 من ق.إ.م.إ؟

وتطبيقا لعبارة "ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" الواردة في المادة 498 من ق.إ.م.إ بإمكان الدولة مع كونها من أشخاص القانون العام أن تطالب بالأملاك المنقولة الآتية من تركة تعود إلى الخزينة العمومية بسبب انعدام الوارث أمام الجهة القضائية المختصة التي تقع التركة في دائرة اختصاصها طبقا م 14 من قانون الأملاك الوطنية[2]، مع الإشارة إلى أن الأحكام الصادرة في قسمة التركات قابلة لكافة طرق الطعن المقررة للأوامر الإستعجالية[3].

---

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 672.

[2] انظر بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 484.

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 86 و 91.

[2] القانون رقم 08-14 المؤرخ في 2008/07/20 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية. انظر بربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 357.

[3] عمر زودة، مرجع سابق، ص 193.

وما يمكن الإشارة إليه هو أنه في حالة عدم وجود وارث للمفقود فإن المادة 4/180 من قانون الأسرة أوردت حكما مفاده أن التركة تؤول[1] إلى الخزينة العامة، وهو نفس مضمون المادة 3/92 من م.ت رقم 91-454 المؤرخ في 1992/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة التي تنص على ما يلي:"يمكن للدولة عقب انقضاء آجال التحري والانتظار التي يحددها القاضي طبقا للقانون أن تطلب منه إصدار حكم يثبت موت المفقود، وحينئذ تفتح التركة طبقا للتشريع المعمول به. مع مراعاة الأحكام الخاصة المنصوص عليها في القانون في حالة إذا ما رجع المفقود أو ظهر حيا".

على أنه يجوز لقاضي شؤون الأسرة حسب المادة 499 من ق.إ.م.إ[1] وبطريق الإستعجال اتخاذ كل التدابير التحفظية لا سيما وضع الأختام أو الأمر بتعيين حارس قضائي من أجل إدارة أموال المتوفى إلى أن تصفى التركة، حيث يتقدم الخصوم بدعواهم أمام قاضي الاستعجال الذي هو عينه قاضي شؤون الأسرة بدعوى قضائية مضمونها اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المال الموروث فيصدر القاضي بشأنها أمرا استعجاليا[2]، ولم يدقق المشرع الجزائري في الإجراءات الخاصة بوضع الأختام كما هو عليه الشأن في التشريع المغربي.

وغني عن البيان أن القاضي لا يركز اهتمامه على حماية أموال القاصر فحسب بل تنصرف سلطاته إلى الأطراف وما ينشأ عن هؤلاء من نزاعات متعلقة بمال القاصر، كما تمتد إلى القاصر ليمنحه الإذن بالتصرف في ماله أو إدارته أو المتاجرة فيه وغايته في ذلك العمل على تنميته عن طريق استثماره وهو مضمون المطلب الثاني.

---

[1] والسؤال الذي يتبادر الأذهان هو كما يلي: هل أن أيلولة هذه الأموال إلى الدولة في حالة عدم وجود الورثة يكون باعتبار الدولة مالكة لهذه الأموال أم وارثة لها؟ نقول إجابة على هذا الطرح نقول أن أيلولة هذه الأموال تكون إلى الدولة على أساس أنها مالكة لها حسب نص المادة 4/180 باستعمالها لفظ"الت" وما يؤكد هذا صحة القول هو نص المادة 673 من ق.م التي تقضي بانه تعتبر ملكا من املاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذا أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تحل تركتهم.

[*] احالت إليها المادة 183 من ق.ا وهنا نشير إلى ملاحظة سبق تسجيلها على نصوص قانونية أخرى وهي ضرورة ضبط المصطلحات في صياغة المواد في التعديلات اللاحقة حتى تنسجم الأحكام حيث ورد مصطلح "أحكام" في المادة 183 من ق.أ مع أنها تحيل إلى إجراءات الإستعجال الذي يفصل في الدعاوى والطلبات المرفوعة بشأنه عن طريق الأوامر القضائية، ونجده مترجما في النسخة الفرنسية "jugements" وليس "décisions" على الأقل استعمال هذا الأخير الذي يضم كل ما يصدر عن الجهات القضائية لتفادي حالات التناقض ويقابله في اللغة العربية "المقررات القضائية".

[2] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 485.

المطلب الثاني: سلطات القاضي المرتبطة بأطراف الولاية من الناحية الإجرائية

غني عن البيان أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة تعيين الولي ذلك أن الولاية تكون بحكم القانون **مثلما** هو مقرر في المادة 87 **من ق.أ، وذكرنا أنه يتعين عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب وله أن يثبتها أو يرفضها،** وفي حال رفض الوصاية يقوم القاضي بتعيين **مقدم على القاصر،** وقد نظم المشرع الجزائري هذه مسألة في **المواد 469 وما بعدها من ق.إ.م.إ تحت عنوان** "في تعيين المقدم والوصي"، غير أنه من الناحية العملية تكون الوصاية سابقة لنظام القوامة **فكان من الأفضل** تقديمها في العنوان **والمواد المخصصة له مراعاةً** للترتيب الوارد في الأحكام الموضوعية**(قانون الأسرة).**

ويعين القاضي وصيا على القاصر وفي حال تعذر ذلك يعين مقدما[1]**، وقد** يقصر الولي أو **الوصي أو المقدم** في انجاز مهامه وتبعا لهذا تنعقد مسؤوليته غير أن مصالح القاصر تبقى مهددة لذا لم يغفل المشرع عن إيجاد حل لهذه **المسألة ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما وسع المشرع من اختصاص قاضي شؤون الأسرة ليشمل** الإذن للولي بإجراء بعض التصرفات **وهي تلك** المنصوص عليها في المادة 88 **من قانون الأسرة** والتي سبق الإشارة **إليها ضمن الأحكام الموضوعية من هذا الباب، وكذا مسألة ترشيد القاصر لإدارة أمواله أو التصرف فيها** أو حتى المتاجرة بها وهذا في حدود الإذن **الصادر عن** القاضي **بخصوص ترشيد القاصر، كما أفصح المشرع عن طبيعة المقررات** القضائية التي تتوج بها هذه **الإجراءات ومدى قابليتها لطرق الطعن المقررة قانونا.**

وتأسيسا على ما سبق نعالج سلطات القاضي المتعلقة بالنائب القانوني عن القاصر **(الفرع الأول) وسلطات** القاضي المتصلة بتصرفات القاصر المولى عليه (الفرع الثاني).

[1] ننوه إلى أنه **لا يمكن** في التشريع الجزائري تصور وصي ومقدم في آن واحد يتوليان تسيير شؤون القاصر ذلك أن تعيين المقدم يكون في حالة عدم وجود ولي **أو وصي طبقا للمادة 99 من ق.أ لذا كان من الأفضل استعمال حرف العطف"أو" بدلا من "الواو"** في العنوان المخصص **للمواد 469-473 من ق.إ.م.إ،** كما أخل المشرع في ترتيب الإجراءات حيث قدم تلك الخاصة بالمقدم على الإجراءات المتعلقة بالوصي بخلاف ما هو معتمد في قانون الأسرة، وهذا يخلق صعوبات عملية كما سنوضحه، **وعليه يصبح العنوان**- في تقديرنا- على النحو التالي"في تعيين الوصي أو **المقدم**".

الفرع الأول: سلطات القاضي المتعلقة بالنائب القانوني عن القاصر

أفصحت المادة 92 من ق.أ عن أصحاب الحق في تعيين الوصي وهما الأب أو الجد، كما أن القاضي لا يملك تعيين الوصي على القاصر مع وجود أبيه لأن ولايته عامة وولاية الأب خاصة، وهذه الأخيرة أقوى من الولاية العامة فتقدم عليها، والحكمة التي توخاها المشرع في وهذا الترتيب هي مراعاة درجة القرابة في تعيين الوصي وفق جملة من الشروط، وبعد تأكد القاضي من رضاء الشخص المقترح بناء على طلب من أحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة يعينه بموجب أمر ولائي، وتبعا لهذا جاءت المواد من 471 إلى 473 من ق.إ.م.إ لتحدد الإجراءات الواجب إتباعها في تعيين الوصي أو المقدم –محافظة على الترتيب الوارد في ق.أ - وكذا بيان طبيعة المقرر القضائي المقرر بشأنها.

وقد نص المشرع على مسؤولية الولي إذا لم يلتزم بالحرص في المادة 88 من ق.أ، ومسؤوليته إذا ألحق ضررا بالقاصر في المادة 98 من ق.أ، غير أنه لم يورد حلولا في قانون الأسرة بشأن مصالح القاصر حال تقصير الولي أو الوصي أو المقدم، ليتدارك الحكم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن قرر إجراءات مؤقتة حال تقصير النائب القانوني عن القاصر وما يترتب على ذلك من خطر يهدد مصالحه المالية ويتعين مواجهته، كما يقع على الوصي تقديم حساب لتصفية حسابات أموال القاصر فإذا تخلف عن القيام بهذا الإجراء يتعين اتخاذ إجراءات في مواجهته،

وبناء على ما سبق نفصل في جميع هذه الإجراءات ضمن النقاط التالية.

أولا : إجراءات تعيين الوصي أو المقدم

سوف نقوم بتحليل المواد من 469 على 473 المستحدثة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية منذ تقديم الطلبات إلى غاية صدور مقررات قضائية بشأنها، وكذا طرق الطعن المقررة لها، وللعلم أن هذه الأحكام الإجرائية جاءت تطبيقا للأحكام الموضوعية الواردة في شؤون الأسرة بخصوص الوصاية والتقديم[1].

[1] للعلم أن هذه المواد مخصصة للقاصر، وأما افتتاح التقديم بالنسبة للبالغين غير كاملي الأهلية فجاء النص عليه في المواد 481 إلى 489 من ق.إ.م.إ.

1. إجراءات تعيين الوصي

تفيد المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن القاضي يخطر من قبل الوصي الذي عينه الأب أو الجد حسب الحالة[1] أو ممثل النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا حسب المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، كما بإمكان القاصر المميز رغم عدم اكتمال أهليته أن يقوم بإخطار القاضي أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بشأن تثبيت أو رفض الوصاية بعد وفاة الأب.

وقد يكون الوصي الذي عينه الأب أو الجد غير مكترث لهذه المسألة على أساس أنه قبل الوصاية احتراما لرغبة من قام بتعيينه أو أنه تراجع عن موقفه بعد القبول ولهذا جعل المشرع عرض الوصاية على القاضي بعد وفاة الأب على سبيل الوجوب للتأكد من تمسك الوصي بها من جهة، ومن جهة أخرى التحقق من توافر جملة الشروط المقررة للوصاية الواردة في المادة 93 من ق.أ .

كما قد تطرأ منازعات بشأن تعيين الوصي كخشية أقرباء القاصر من استئثار الوصي بمال القاصر لجهل الأب بمثالبه أو تدخل الدائنين أصحاب التأمينات العينية على عقار مملوك للقاصر، فهنا بإمكان من له مصلحة قبل القاصر أن يرفع دعوى استعجالية يطالب فيها برفض الوصاية مادامت مصلحته أو مصلحة القاصر تتطلب ذلك، على أن يبت القاضي في المسالة بقبول أو رفض الوصي بأمر استعجالي قابل لكل طرق الطعن طبقا لمقتضيات المادة 4/472 من ق.إ.م.إ[1]، ومهما يكن فإنه يتعين على القاضي أن يعين مقدما على القاصر حتى لا تبقى أموال القاصر دون مسير. وفي حال تأخر مسألة التعيين يمكن للقاضي أن يتخذ كل الإجراءات التحفظية حماية لأموال القاصر من الخطر إلى غاية تعيين مقدم ويكون ذلك بموجب أمر ولائي[2]، هذا الأخير الذي لا يكون قابلا لأي طريق

[1] تنص المادة 92 من قانون الأسرة على ما يلي:"يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر..."

[1] تفيد 472 من ق.إ.م.إ بأن يتم البت في كل المنازعات المتعلقة بتعيين الوصي بموجب أمر استعجالي يقبل جميع طرق الطعن.

[2] تنص المادة 2/472 من ق.إ.م.إ:" في حالة رفض الوصاية، يعين القاضي مقدما طبقا للمادة 471 أعلاه، أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم."

من طرق الطعن[1]. كما أن البت في مسألة تعيين الوصي يكون بموجب أمر استعجالي وفقا لنص المادة 4/472 من ق.إ.م.إ وهذا النص يجعلنا أمام فرضين، إما أن الأمر الاستعجالي الخاص بالمنازعات المتعلقة بتعيين الولي له حكم خاص ويكون قابلا لكل طرق الطعن ولا يتقرر هذا الحكم للأمر الاستعجالي كأصل عام، أو أن الأوامر الاستعجالية تقبل كافة طرق الطعن تأسيسا على هذا النص وكذا لعدم وجود نص يقرر المنع[2].

تجدر الإشارة إلى أن اختيار الوصي في التشريع الفرنسي يكون من قبل الوالدين دون غيرهما ويكون للباقي منهما بعد وفاة الآخر طبقا للمادة 403 من القانون المدني الفرنسي، ويتم هذا الاختيار أثناء حياتهما إذا كانا يتمتعان بالسلطة الوالدية، وأما عن إجراءات التعيين فإنها تتم في شكل وصية أو عن طريق تصريح خاص لدى الكاتب بالعدل(الموثق)، ويكون هذا التعيين مفروضا على مجلس العائلة إلا إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي استبعاده، على أن الوصي الذي تم تعيينه من قبل الأب أو الأم ليس ملزما بقبول الوصاية، وفي حال عدم وجود وصي معين من قبل الأب أو الأم أو توقّفَ من تم تعيينه عن أداء هذه الوظيفة فإن المادة 404 من القانون المدني الفرنسي قد أوردت حلا مفاده إسناد مهمة تعيين وصي على القاصر إلى مجلس العائلة.

وأما عن إجراءات انعقاد مجلس العائلة فقد نصت عليها المواد 1234 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية وتبدأ بطلب انعقاد المجلس والذي لا يتم بداهة بصورة تلقائية وإنما يتم باستدعاء من قاضي الوصاية للأعضاء المشكلين له، على أن انعقاده يكون صحيحا إذا تم بطلب من عضوين، أو من قبل الوصي أو المشرف، أو بطلب من القاصر البالغ من العمر 16سنة كاملة، أو إذا طلب الشخص المشمول بالحماية ذلك، كما يمكن طلب انعقاد مجلس العائلة من قبل القاصر الذي تقل سنه عن 16 سنة مع قدرته على التمييز إلا إذا ارتأى القاضي خلاف ذلك بقرار مسبب، ويوجه الاستدعاء 8 أيام على الأقل قبل تاريخ انعقاد المجلس، كما يلتزم أعضاء المجلس بالحضور شخصيا إلى الاجتماع، وفي حال تخلف أحدهم دون عذر شرعي يسحب منه التكليف الوصائي.

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 107.

[2] بوضياف عادل، مرجع سابق، ج1، ص 467.- بتصرف-

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري مكن القاصر المميز في نطاق الحماية المقررة لمصلحته من إخطار القاضي بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب، ولم يقرر له هذه الصلاحية في مسائل إنهاء الولاية على نفسه أو سحبها المؤقت ذلك أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد إخطار لشؤون القاصر المالية التي تمكنه من إدراك حاجاته فيها، وتكون تصرفاته في هذه المرحلة نافذة إذا كانت نافعة له، في حين نجد أن المشرع الجزائري يحرص على حماية القاصر في مجال الولاية على النفس ولا يجعل له مبادرة في هذا الخصوص ويكتفي بإخضاعه لنظام الولاية حتى يبلغ سن الرشد، وهذا بطبيعة الحال موقف غير سديد ذلك أن المحافظة على الأبدان أولى من المحافظة على الأموال[1].

وينعقد مجلس العائلة وفقا للمادة 1234-3 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي إذا حضر نصف أعضائه وفي حال عدم اكتمال النصاب القانوني يمكن للقاضي إما تأجيله أو اتخاذ قرار آخر في حالة الاستعجال، وإذا قدر أن المسألة التي سيتم المداولة بشأنها ليست ضرورية يبلغ إلى كل عضو من المجلس نص المداولة مرفق بالتوضيحات المفيدة، ليتم تصويت كل عضو خلال أجل وبكيفية يحددها القاضي على أن يتم التداول بالأغلبية البسيطة للأصوات المعبر عنها، كما أن انعقاد مجلس العائلة لا يكون علنا إذ يلتزم م أعضاؤه بالسرية إزاء الغير، ويمكن للقاصر الإسهام في انعقاد المجلس إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك لمصلحته ويكون دوره استشاريا، وقبل انعقاد المجلس يباشر القاضي سماع القاصر إذا كانت لديه قدرة على التمييز.

غير أن المشرع الفرنسي نص في الفقرة الأخيرة من المادة 408 من القانون المدني الفرنسي على أن الوصي يقوم بإدارة أموال القاصر ويقدم حسابا عنها، كما تقضي المادة 413-5 من نفس القانون بأنه يقدم الحساب بشأن الوصاية إلى القاصر المأذون له وأحالت إلى أحكام المادة 514 من ذات القانون التي تفيد بأن الوصي يعد حسابا بسير العمليات التي أجريت انطلاقا من آخر حساب سنوي ويخضعه لمراقبة وتصديق رئيس كتاب الضبط للمحكمة

[1] ويتجلى ذلك أكثر في المسائل الطبية بخلاف التشريع الفرنسي الذي يولي أهمية بالغة للقاصر ويأخذ برأيه بشأن الأعمال الطبية التي يخضع لها، وقد قرر المشرع سماع القاصر مميزا كان أو غير مميز بخصوص إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت إذا كانت سنه أو حالته تسمحان بذلك (م 454 من ق.إ.م.إ) وهذا على سبيل الاستئناس.

الابتدائية، وإذا تم تعيين مشرف على الوصي فإنه يقوم بمراجعة الحساب وإرساله إلى رئيس كتاب الضبط، وإذا رفض هذا الأخير التصديق على التقرير يحرر تقريرا بشأن الصعوبات التي واجهته ويرسله إلى القاضي، كما يمكن للقاضي أن يتخذ قرارا يقضي بالحكم على المشرف بمراجعة الحسابات التي عهد بها إلى رئيس كتاب الضبط والتصديق عليها، وبإمكان القاضي أيضا أن يعهد هذه العملية إلى مجلس العائلة[1].

2. إجراءات تعيين المقدم

تفيد المادة 469 من ق.إ.م.إ بأن القاضي ينصب مقدما من بين أقرباء القاصر وإذا تعذر ذلك يقوم بتعيين أي شخص من اختياره، وقد أحال هذا النص إلى الأحكام الواردة في ق.أ، وكما هو معلوم فإن التقديم ورد بشأنه مادتان في هذا القانون حيث عرفت المادة 99 من ق.أ المقدم وأحالت المادة 100 من نفس القانون إلى الأحكام التي يخضع لها الوصي، ونص المادة 469 من ق.إ.م.إ في الحقيقة لم يقدم جديدا كما يلاحظ أن المشرع حرص على توافر القدرة في المقدم نظرا لأهميتها كونها الشرط الذي يغطي ضعف القاصر في إدارة أمواله بصورة مباشرة[2].

ويجب تعيين مقدم من قبل المحكمة على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها ذلك أن هذه الصفة تمكنه من التمثيل القانوني للقاصر وللنيابة العامة أن تطلع على الملف باعتبارها طرفا أصليا في هذه المسائل وقد أخذت بهذا المبدأ المحكمة العليا في عدة قرارات لها من بينها قرار مفاده[3]: "...وجوب اطلاع النائب العام على القضايا المتعلقة بعديمي الأهلية وأنه يعاب على القرار المنتقد أنه لم يذكر أن الملف قد بلغ للنائب العام للإطلاع عليه ولا إلى التماس هذا الأخير مما يعد خرقا جوهريا يترتب عليه بطلان ونقض القرار "[4].

---

[1] ويصبح القاصر المرشد طبقا للمادة 413-6 من القانون المدني الفرنسي كالراشد في ممارسة أعمال الحياة المدنية، ومن ثم لا يمكن له العودة تحت سلطة الوالدين اللذين يتحللان من المسؤولية بناء على صفة الوالدية إذا ألحق القاصر المرشد ضررا بالغير طبقا للمادة 514 من نفس القانون.

[2] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 464.

[3] م.ع، غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم 84551، م.ق، 1995، ع1، ص117.

[4] كما نصت المادة 260 من ق.إ.م.إ على وجوب إخطار النيابة العامة 10 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بجملة من القضايا وذكرت من بينها حماية ناقصي الأهلية، على أنه يسوغ لممثل النيابة العامة أن يطلع على كل القضايا الأخرى التي يرى ضرورة لتدخله فيها، كما أنه بإمكان القاضي أن يأمر تلقائيا بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى.

وأما عن الإجراءات الواجب إتباعها لتعيين المقدم فقد نصت عليها المادة 470 من ق.إ.م.إ حيث يقوم الأشخاص الذين نصت عليهم المادة 99 من ق.أ بتقديم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، أو في شكل طلبات تقدمها النيابة العامة، وقد نص المشرع المصري في المادة 68 من ق.و.م على أن القوامة تكون للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة، وهو ترتيب يتعين على القاضي مراعاته ذلك أنه تم استعمال حرف العطف"ثم" في هذه المادة، ويطرح إشكال بشأن هذا النص حول إمكانية انصراف حكم القوامة إلى البنت ذلك أن لفظ الولد يعم الجنسين أما الابن فيقصد به الذكر دون الأنثى التزاما بحرفية النص[1].

ويجب أن تتوفر الصفة فيمن يقوم بتقديم طلب تعيين المقدم طبقا لأحكام المادتين 99 و100 من ق.أ اللتان تتعلقان بأحكام التقديم، على أن الطلب قد يكون أثناء النزاع المتعلق بالتقديم أو منبثق عن نزاع آخر، وتعيين المقدم يكون بعد التأكد من رضائه، ذلك أن عنصر الرضاء له دور مهم في علاقة المقدم بالقاصر الخاضع لنظام التقديم، وتضيف الفقر الثانية من المادة 471 من ق.إ.م.إ أن القاضي يقوم بتعيين مقدم ويتم ذلك بموجب أمر ولائي بعد أن يتأكد من أن رضاءه غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة. وبما أن مصلحة القاصر تستدعي السرعة في الإجراءات وكذا ضرورة الفصل في المسألة في أقرب الآجال قرر المشرع أن يتم الفصل عن طريق أمر ولائي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن، والعلة في تقرير المشرع للأمر الولائي هي عدم تعطيل مصالح القاصر[2].

كما نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 2/471 على أن المقدم ملزم دوريا بتقديم عرض عن إدارة مال القاصر وكذا عن أي طارئ أو إشكال له صلة بهذه الإدارة. وحسنا فعل المشرع حينما اعتبرها مسألة إجرائية بخلاف التشريعات العربية الأخرى.

---

[1] يجيب الدكتور كمال حمدي على الطرح المتعلق بتعيين الأنثى وصية ويبقى الإشكال قائما بخصوص القوامة، يقول الدكتور أن الشريعة الإسلامية منحت المرأة الحق في تعيينها وصية وليس في نصوص القانون ما يقرر الحظر واستقر القضاء على هذا المبدأ فقرر " أن أم القاصر هي أشفق عليه وأرفق به ولديها من الغيرة والعناية به ما لا يتوافر على الوجه الأكمل عند غيرها من ذوي الأرحام، فيجب إذن تعيين الأم وصية على ولدها القاصر دون ذي الرحم عندما يثبت أن الأم أهل للوصاية وعندها من الكفاءة والاقتدار ما تستطيع معه القيام بهذه المأمورية على نحو ما ينبغي أن تكون". انظر الصفحة 106 من هذا المرجع.

[2] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 465.

فالمشرع المصري[1] وكذا المغربي[2] وأيضا القطري[3] عالجوا مسألة تقديم الحسابات من قبل النائب القانوني عن القاصر ضمن الأحكام الموضوعية، غير أنهم اختلفوا في تقرير المدة المخصصة لهذا الإجراء فحددها المشرع المصري بسنة ما لم ير القاضي غير ذلك كما قرر عتبة مالية لا يمكن تقديم الحساب عن أموال القاصر بشأنها وهذا إذا كانت قيمة الحساب لا تجاوز 500 جنيه، ونفس المدة قررها المشرع المغربي– أي سنة واحدة- وجعلها المشرع القطري أيضا سنة واحدة واشترط أن يكون الحساب مشفوعا برأي الهيئة للتصديق عليه، بينما لم يربطها المشرع الجزائري بأجل معين وفقا للفقرة الثانية من المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وجعلها بصفة دورية متروك تقديرها للقاضي وذلك وفق ما تقتضيه طبيعة العمل، وكما أن هذا الإجراء يوفر حماية لمال القاصر فإنه كذلك يجعل القيم في منأى عن المساءلة القانونية[4]، وعلى هذا الأساس يكون الميعاد المحدد لتقديم الحساب ليس ميعادا حتميا بل يمكن للوصي تقديم الحساب بعد فواته إن أفصح عن مبرر للتأخير بشأن تقديم الحساب[5].

كما اعتبر القضاء الجزائري أن دفع نفقة للمحضون عن طريق المقدم من مال أبيه المحجور عليه يعد من صميم أعمال القوامة استنادا إلى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2013/03/14 والذي جاء فيه:" حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس قضاءهم بإلزامه بدفع النفقة الغذائية لابنة أخيه (ي.ا) بالرغم من بأنه غير ملزم بالإنفاق عليها، وبذلك يكونون قد قضوا بما لم يطلب منهم وتجاوزوا سلطتهم.

---

[1] تنص المادة 45 من ق.و.م على ما يلي:" على الوصي أن يقدم حسابا مؤيدا بمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة. ويعفي الوصي عند تقديمه الحساب السنوي إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك ...".
مع العلم أن المادة 87 من ق.و.م تقضي بأن أحكام الأوصياء تسري على القامة.

[2] تنص المادة 255 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:" يجب على الوصي أو المقدم أن يقدم إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين حسابا سنويا مؤيدا بجميع المستندات، على يد محاسبين يعينهما القاضي...".

[3] تنص المادة 23 من قانون الولاية على أموال القاصرين لسنة 2004 على أن الوصي يقوم بجملة من الواجبات وذكرت بينها تقديم حساب سنوي مؤيد بالمستندات إلى الهيئة للتدقيق عليه محاسبياً وتقديمه إلى القاضي مشفوعاً برأي الهيئة للتصديق عليه". وتقضي المادة 40 من نفس القانون بأنه تسري على القوامة الأحكام المقررة للوصاية على القاصر كما تسري على القيم الأحكام المقررة للوصي.

[4] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 465.

[5] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 152.

لكن حيث ثبت من أسباب القرار المطعون فيه بالنقض، أن قضاة المجلس قد ألزموا الطاعن بدفع تلك النفقة لها من أخيه (ي.ر) المحجور عليه، وذلك في الحلول محله استنادا إلى كونه قد عين مقدما عليه وليس من ماله الخاص مثلما يعتقد خطأ، ومن ثم فإن ذلك لا يعد قضاء بما لم يطلب منهم أو تجاوزا لسلطتهم، وإنما يدخل في صميم سلطتهم المخولة لهم قانونا بناء على أحكام التقديم، الأمر الذي يجعل الوجهين المذكورين غير مؤسسين ويتعين عدم الاعتداد بهما، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن"[1].

وهنا تظهر علاقة الولاية - بمفهومها الواسع - بالحضانة من جهة، ومن جهة أخرى أن إلزام الطاعن بدفع النفقة كان على أساس التقديم ومن ثم يلتزم بتخصيص نفقة للمحجور عليه ومن تجب نفقتهم شرعا، وهذا من واجبات النائب القانوني على القاصر أو البالغ المحجور عليه سواء كان وصيا أو مقدما وهو مضمون المادة 38 من ق.و.م وكذا المادة 23 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري المتضمنة واجبات الوصي والمادة 271 من مدونة الأسرة المغربية بالنسبة للأعمال التي يتعين على الوصي أو المقدم الحصول على إذن من القاضي بشأنها.

ونورد فيما يلي إجراءات تعيين القيم في التشريع المصري مع العلم أنه -كما سبق بيانه- يخضع للقوامة المحجور عليهم دون القاصر، حيث يقدم الشخص الذي تتوفر فيه شروط القيم عريضة لعضو النيابة العامة ليؤشر عليها ويقيدها في دفتر العرائض وكذا دفتر المعاونين ثم يتم تسليمها للتحقيقات[2].

يتسلم موظف التحقيقات العريضة ويعرضها على عضو النيابة ليتم تحديد الجلسة بعد قيدها في دفتر حصر التحقيقات ومن ثم يتم إنشاء ملف القضية مع إعلان الموظف للقيم بتاريخ الجلسة ثم يسلم الملف لقسم الجدولة[3]، وهنا تبدأ نيابة شؤون الأسرة في التحقيق الذي يتم بعده تحديد تاريخ الجلسة ليسجل القاضي خلالها قرارا بتحويل المحجور عليه إلى المستشفى قصد الكشف عن حالته وتقديم تقرير بذلك ومن ثم يصدر القاضي قرارا بالقبول أو

[1] م.ع، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ 2013/03/14، ملف رقم 0727560، م.م.ع، ع2، 2013، ص 272 وما يليها.
[2] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 630.
[3] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع نفسه، ص231.

الرفض بعد تأجيل الجلسة مرة واحدة في حال عدم ورود التقرير الطبي[1]. يتم بعد قبول القوامة وفقا للتشريع الجزائري إجراءات الجرد، كما يلتزم المقدم بتقديم عرض بشأن إدارة أموال القاصر بشكل دوري وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة حسب م2/471 من ق.إ.م.إ، ولم يحدد المشرع المدة المقررة لتقديم العرض بصفة دورية مثلما هو معمول به في التشريعات الأخرى كما منح للقاضي صلاحية تحديد هذه المدة في عبارة"وطبقا لما يحدده القاضي".

ويقابل النص السابق المادة 46 من القانون رقم 1 لسنة 2000 التي أوجبت على النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب أو المدير المؤقت إيداع قلم كتاب المحكمة حسابا عن إدارته مشفوعا بالمستندات التي تؤيده في الميعاد المحدد قانونا وكلما طلبت منه المحكمة ذلك في الميعاد الذي تحدده، ويحيلنا هذا النص إلى المادة 45 من ق.و.م التي ألزمت الوصي بتقديم حساب مؤيدا بمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة بمعنى حساب سنوي[2]، وأضافت الفقر الثانية من م 45 من ق.و.م أنه يتم إعفاء الوصي من تقديم الحساب السنوي إذا كانت أموال القاصر لا تتعدى 500 جنيه ما لم تر المحكمة خلاف هذا وهو إجراء غاية في الأهمية لو أدرجه المشرع الجزائري في التعديلات اللاحقة، فمن غير المعقول أن يكون مال القاصر ذو قيمة زهيدة وتتخذ إجراءات بهذا الحجم لحمايته، لذلك طالب الفقه بضرورة رفع مبلغ 500 جنيه بالنظر إلى قيمة العملة حاليا من جهة، ومن جهة أخرى حتى يتسق النص مع م 35 من القانون رقم1 لسنة 2000 التي حددته بثلاث آلاف جنيه وخولت للنيابة السلطة التقديرية في إتباع الإجراءات القانونية ما دون هذه القيمة[3].

ثانيا: الآثار المترتبة على تقصير النائب القانوني في ممارسة الولاية

لقد شددت المادة 88 من ق.أ في الحكم على الولي ومساءلته وفقا لمقتضيات القانون العام، فإذا قصر النائب القانوني وليا كان أو وصيا أو مقدما في أداء وظيفته حول المشرع للقاضي إجراءات يتعين الحكم بها في مواجهة

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 232.
[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 150.
[3] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 126-127.

هذا التقصير حماية لمصالح القاصر، والناظر **لأول وهلة لمسائل الولاية على المال** في ق.إ.م.إ يجد **أن المشرع يلزم المقدم بتقديم عرض بصفة دورية عن أموال القاصر (م 2/471) ولا يوجد مثل هذا الحكم ضمن الإجراءات المقررة** للوصي، الحقيقة أن النص موجود وما يعاب على المشرع أنه لم يستعمل الإحالة في هذا الخصوص إلى المواد 590 إلى 599 من ق.إ.م.إ **مع بعض التناقضات نورد**ها عند عرض هذه الأحكام.

1. حماية القاضي لأموال القاصر حال تقصير نائبه القانوني في أداء وظيفته

تقضي المادة 473 من ق.إ.م.إ **بأن القاضي** يقوم باتخاذ كل **الإجراءات المؤقتة والضرورية** حتى يحمي مصالح **القاصر وذلك بموجب أمر ولائي**[1]، **وقد** خول المشرع هذه الصلاحية للقاضي كونه المعني برقابة الولاية على مال **القاصر حال وفاة الوالدين وبالتالي** هو الأدرى بالإجراء الذي يمكن اتخاذه بحسب الحالة فقد يلغي أي إجراء قام به الولي أو يقوم بتعديله والمعيار في ذلك هو تحقيق مصالح القاصر ودرء الخطر عن أمواله، **والحكمة** التي يتوخاها المشرع **من جعل الأمر ولائيا** سواء في هذه المادة أو في مسألة تعيين النائب القانوني عن القاصر مناطها مصلحة القاصر لذا وجب الفصل بسرعة وعدم فتح المجال للطعن في هذه الأوامر حتى لا تتعطل مصالح القاصر[2].

سبق القول بأن المشرف له دور هام في التشريعات الأخرى لمراقبة أعمال الوصي و**القيم حسب مضمون** المادة 80 من ق.و.م **وكذا** المادة 15 من **قانون الولاية على أموال القاصرين القطري** التي أسندت هذه المهمة للهيئة العامة لشؤون القاصرين، غير أن نظام الإشراف في التشريع الجزائري ليس مقرر بالشكل المنصوص عليه في التشريعات **المقارنة وإنما يتكفل القاضي بمراقبته** للولي أو الوصي أو القيم على نحو مباشر، **ومن هنا تبدو المهمة صعبة للغاية من** الناحية العملية بالنظر إلى كثرة القضايا التي تعج بها الجهات القضائية.

[1] ما يلاحظ أن المشرع الجزائري نص على مسؤولية الولي في قانون الأسرة من خلال المادتين 88 و98 دون التطرق إلى حماية أموال **القاصر وقد استحدث هذا الحكم ضمن القواعد الإجرائية، إذ كان بإمكان المشرع أن** ينص عليه في التعديل الذي أجراه **على قانون الأسرة** سنة 2005 **حيث أنه حكم** بديهي ويتعين النص عليه غير أنه كيف هذا التدبير ضمن الإجراءات وهو أمر منطقي.

[2] **بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 465.**

2. محاسبة النائب القانوني عن القاصر

قلنا أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يخصص نصا للإحالة من **أحكام الولاية على المال(م 464 إلى 480 من ق.إ.م.إ)** إلى دعاوى المحاسبة المنصوص عليها في المواد 590 إلى **599 من ق.إ.م.إ** ، كما أنه لم يمدد أحكام دعاوى المحاسبة إلى الأشخاص البالغين ناقصي الأهلية وفاقديها المنصوص عليها في المواد 481 إلى **489 من نفس القانون**، وعليه نقترح إضافة **فقرتين ثانية وثالثة** إلى المادة **473 من نفس القانون المتعلقة** بتقصير الولي، مع استعمال أسلوب الإحالة حيث تحيل الفقرة الثانية إلى مادة أخرى نقترح إدراجها لإبراز دور النيابة في هذه المسألة، وإحالة أخرى في الفقرة الثالثة إلى أحكام دعاوى المحاسبة، وأما بخصوص الإجراءات المقترحة فنكون أمام فرضين:

الفرض الأول: أنه لا حاجة لإحالة الملف إلى قاضي الأحداث وتدرج هذه الحالة ضمن صلاحيات قاضي شؤون الأسرة كما هو معمول به في التشريع المصري **نقصد** القاضي الجزئي قبل إنشاء محاكم الأسرة[1].

الفرض الثاني: أن يتم ندب قاضي الأحداث من قبل قاضي شؤون الأسرة أو المحكمة بحسب الأحوال **لمعالجة الملف مثلما هو معمول به التشريع الفرنسي بمقتضى المادة 1205 من قانون الإجراءات المدنية**[2].

ويتعين في هذا الخصوص إدراج نص يبرز دور النيابة العامة لا سيما وأنها طرف أصلي في هذا النوع من

القضايا، كما نقترح أن يكون تدخلها على سبيل الجواز ذلك أن قاضي شؤون الأسرة كما ذكرنا في المادة المقترحة ملزم بأن يعهد الولاية إلى أحد المراكز الاجتماعية على أن تكون المادة المدرجة تحت رقم **473 مكرر، ونصها** كالآتي: " يجوز **للنيابة العامة وضع** الطفل في خطر **مؤقتا بأحد المراكز المتخصصة** في حماية الأطفال في خطر أو

[1] تنص المادة 12من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ما يلي:" إذا قضت المحكمة بسلب الولاية أو وقفها عهدت بها إلى من يلي من سلبت ولايته أو اوقفت وفقا للقانون الواجب التطبيق ثم إلى من يليه بالتتابع، فإن امتنع من عهد إليه بها بعد إخطاره على النحو المنصوص عليه في المادة(40) من هذا القانون أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية، **فعلى المحكمة أن تعهد بالولاية لأي شخص أمين أو لإحدى المؤسسات الاجتماعية.**"

[2] Art. 1205 du CPCF : « Le tribunal ou le juge, même d'office, procède ou fait procéder à toutes les investigations utiles et notamment aux mesures d'information prévues à l'article 1183. Il peut à cet effet commettre le juge des enfants ».

إحدى المصالح المكلفة بمساعدة الطفولة إلى **غاية صدور مقرر قضائي** بتعيين نائب قانوني عن الطفل[1]"، **وبناء على ما سبق وأخذا بالفرض الأول أي الاستفادة من التشريع المصري تصبح صياغة المادة 473 من ق.إ.م.إ بعد إدراج** الفقرتين المقترحتين **كالآتي** :

"(**ف1**) إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة **الضرورية لحماية** مصالح القاصر بموجب أمر ولائي. (**الصياغة الأصلية للمادة تصبح الفقرة رقم 1**).

(**ف2**) **إذا حكم القاضي** بإنهاء ممارسة النيابة القانونية لواحد من المذكورين في الفقرة أعلاه عهد بها إلى من يخلفه فإن رفضها أو تخلف **أحد الشروط المنصوص عليها قانونا** وجب على القاضي أن يعهد بالولاية إلى **المراكز المتخصصة** في حماية الأطفال في خطر أو المصالح المكلفة بمساعدة الطفولة مع مراعاة أحكام المادة **473 مكرر من هذا القانون.**

(**ف3**) تتبع الإجراءات المحددة في المواد 590 إلى 599 **من هذا القانون فيما يتعلق بمخاصمة** النائب القانوني عن **عديم الأهلية وناقصها** ".

وأما إذا أخذنا بالفرض الثاني أي الاستفادة من التشريع الفرنسي تصبح صياغة الفقرة الثانية كما يأتي:

" (**ف2**) إذا حكم القاضي بإنهاء ممارسة النيابة القانونية لواحد من المذكورين في الفقرة أعلاه عهد بها إلى من يخلفه

فإن رفضها أو تخلف أحد الشروط المنصوص عليها قانونا يمكنه لهذا الغرض ندب قاضي الأحداث **تلقائيا مع مراعاة أحكام المادتين 425 و 473 مكرر من هذا القانون**".

الحاصل من كل هذا أن هناك ضرورة للتنسيق بين الأحكام الواردة في قانون الأسرة لا سيما تلك المتعلقة بالقاصر والأحكام الواردة في قانون حماية الطفل، نشير إلى أن المراكز والمصالح الخاصة بالطفولة منصوص عليها في المادة 41 من القانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل، **ولماذا الإحالة** إلى أحكام هذا القانون؟ **ذلك أن** الطفل يصبح في **حالة خطر.**

[1] **تفيد المادة 41** من قانون حماية الطفل على بأنه يجوز لقاضي الأحداث **أن يأمر بوضع الطفل بمركز** متخصص في حماية الأطفال في خطر أو بمصلحة **مكلفة بمساعدة الطفولة.** ونلاحظ أن الحكم في هذا النص جوازي بالنسبة لقاضي الأحداث.

وقد توسع المشرع في مفهوم الطفل في خطر بخلاف ما كان معمول به سابقا[1]**، خاصة وأن الطفل تتوافر فيه** على الأقل حالتين من الحالات المنصوص عليها في المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الطفل تتعلق الأولى فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي وتتمثل الحالة الثانية في التقصير البين والمتواصل في التربية والرعاية، وفي الأخير يكون هذا الإجراء بصفة مؤقتة إلى غاية تعيين مقدم عليه، وهذه الحالة تختلف عن تلك الواردة في المادة **469 من ق.إ.م.**إ والمتعلقة بحالة تعذر تعيين القاضي لمقدم فيلجأ إلى تعيين شخص آخر من اختياره لأن الحالة التي نحن بصددها ناشئة عن تقصير النائب القانوني عن القاصر.

والمقصود مما سبق أنه إذا لم يؤدِّ الولي الخاص دوره كما ينبغي **يصبح القاصر** في خطر[2] **فتتقرر له الولاية العامة حيث تفيد المادة 23 من القانون النموذجي** العربي الموحد لرعاية القاصرين **بأن الجهة المختصة بشؤون القاصرين تمارس الولاية على القاصر المهمل،** وقد عرضنا لهذا الأخير في معرض **الولاية على النفس من الباب الأول.**

لم يورد قانون الأسرة ولا الأحكام المتعلقة بالولاية على المال في قانون الإجراءات المدنية والإدارية **حالة تقديم الوصي بصفة** دورية لعرض بخصوص إدارة أموال القاصر في أجل يحدده القاضي كما هو الحال بالنسبة للمقدم في المادة 2/471 من ق.إ.م.إ.

وبتفحص نصوص هذا القانون نجد أن المادة 1/590 من ق.إ.م.إ وما بعدها تنص على هذه الأحكام حيث تقضي هذه المادة بما يلي :"**إذا أمرت أية جهة قضائية بتقديم حساب لتصفية حسابات أموال القاصر أو حسابات أموال الشركات المدنية، يمكنها ندب قاض وتحديد أجل لتقديم الحساب**"، يفهم من قراءة هذه المادة لأول **وهلة أن الحكم يتعلق فقط بالمادة 97 من قانون الأسرة المتعلقة بانتهاء مهمة الوصي وتسليم الأموال** إلى من يخلفه

[1] **الأمر** 72-03 المؤرخ في 02/10/ 1972 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة الذي كان يقتصر على حالة الخطر المعنوي.

[2] **عرفت المادة 2 من القانون** 15-12 المتعلق بحماية الطفل كما يلي"**الطفل** الذي تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه في خطر أو عرضة له، أو تكون ظروف معيشته أو سلوكه من شأنها أن يعرضه للخطر المحتمل أو الضرر بمستقبله، أو يكون في بيئة تعرض سلامته البدنية أو النفسية أو التربوية **للخطر، تعتبر** من بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر:..." **حيث ذكرنا ثلاث حالات وهي حالة** التقصير البين في التربية والرعاية وحالة فقدان الطفل لوالديه وبقائه دون سند عائلي وكذا حالة تعريض الطفل للإهمال أو التشرد. فالتقصير في حفظ مال القاصر تعريض له للإهمال.

نظرا لنقص الدقة في صياغتها، **حيث استعمل المشرع لفظ"تصفية" الذي يقابله** في النسخة الفرنسية"apurement"[1] حتى يكون المصطلح واضحا ذلك أن التصفية تطلق على عدة معان[2].

وتبعا لما سبق معنى تصفية الحساب في هذه المادة ينصرف إلى حالة تقديم**(عرض) الحساب بصفة دورية** يحددها القاضي **كما هو وارد ضمن مقتضيات** هذه المادة **2/471 من ق.إ.م.**إ التي تلزم المقدم **بتقديم عرض حول إدارة الوصي لأموال القاصر**، وينصرف أيضا إلى حالة تقديم **الحساب عند انتهاء مهمة الوصي** المنصوص عليه في **المادة 97 من ق.**أ في أجل **لا يتعدى شهرين من وقت انتهاء المهمة** إذ يمكن للقاضي أن يحدد أجلا بشرط ألا يتجاوز هذه المدة المقررة قانونا**، وكلتا الحالتين تصدق عليهما مقتضيات المادة 1/590 من ق.إ.م.**إ التي تركت تحديد **الأجل** بخصوص تقديم الحساب لتقدير **الجهة القضائية.**

وقد استعمل المشرع عبارة "جهة قضائية" ولم يستعمل مصطلح "المحكمة" مما يدل على أن هذا الحكم ينصرف إلى **الجهات القضائية مهما كانت درجتها** وبالتالي يتقرر في جميع مراحل الدعوى **هذا من جهة، ومن جهة** أخرى يحيلنا هذا الحكم **بناء على مصطلح "ندب"** المنصوص عليه في المادة إلى **أحكام الإنابات** القضائية في المواد **108 وما بعدها من ق.إ.م.إ**[3]**، وعليه تقرر الجهة القضائية ندب قاض، وتضيف الفقرة الثانية من م 590 من** ق.إ.م.إ أن القاضي المنتدب يقوم بتحرير محضر عن الأعمال التي قام بها.

ويطرح التساؤل حول عدم إفصاح المشرع في **م 590 من ق.إ.م.إ عن الشخص الملزم بالحساب**[4]**، وتتضح الإجابة على هذا الطرح** في **م 599 من ق.إ.م.**إ التي تنص على ما يلي:"تكون مخاصمة المحاسبين المنتدبين بمعرفة القضاء أمام الجهة القضائية التي انتدبتهم، وتكون مخاصمة الأوصياء أمام الجهة القضائية التي قدم إليها طلب تعيين

---

[1] Art. 590 du CPCA : « toute juridiction ordonnant une reddition de comptes en vue d'apurement des comptes de biens de mineurs ou de biens de sociétés civiles, commet un juge et fixe le délai dans lequel le compte doit être rendu ».

[2] يدل مصطلح تصفية على الإنهاء كتصفية شركة "liquidation" أو تصفية حالة شيوع"licitation".

[3] تنص المادة 108 من ق.إ.م.إ على ما يلي:" إذا تعذر على القاضي الانتقال إلى خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة، أو بسبب المصاريف، جاز له إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة، أو درجة أدنى، للقيام بالإجراءات المأمور بها".

[4] انظر سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2 ص 784.

الوصي، وتكون محاسبة بقية المحاسبين أمام الجهة القضائية التي يوجد في دائرة اختصاصها موطنهم"، وهنا يظهر الخلل في ترتيب المواد فما وجب تقديمه تأخر النص عليه إذ كان على المشرع أن يستهل أحكام دعاوى المحاسبة بهذه بالمادة.

وعليه الملزم بالحساب هم الأوصياء على القصر -نتقيد بموضوع بحثنا[1]- الذين تكون مخاصمتهم أمام الجهة القضائية التي قدم إليها طلب تعيين الوصي ولهذا جاء عنوان محاسبة النائب القانوني عن القاصر تاليا من حيث الترتيب لمسألة تعيين الوصي أو المقدم، وهذا يحيلنا إلى م 464 من ق.إ.م.إ التي تفيد بأن طلب تقديم الحساب يرفع إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القاصر، بينما عقد المشرع المصري الاختصاص في مسائل الولاية بموطن الولي أو القاصر وفي مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى أو للقاصر حسب م 15 من القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

ويطرح أيضا إشكال حول الأوصياء المقصودين في هذه المادة إذ بالرجوع إلى النص الوارد في النسخة الفرنسية نجد مصطلح "tuteurs" ما يعني الولي من خلال الترجمة المعتمدة في التشريع الجزائري سواء في قانون الأسرة في المواد 92 وما بعدها أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 472 منه وما يليها، غير أننا نحبذ مصطلح النائب القانوني ليشمل جميع الحالات ويستعمله المشرع المصري حديثا لا سيما القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن قانون تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وكثيرا ما يقع المشرع في هذا الخطأ[2].

وفي التشريع المصري نجد المادة 13 من القانون رقم 1 لسنة 2000 تنص على ما يلي:" تختص المحكمة التي تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحساب"[1]، فحدد المشرع المصري الاختصاص النوعي لمسألة المصادقة على الحساب المقدم من قبل النائب القانوني عن القاصر، وتضيف المادة 14 من نفس القانون بأن

[1] حيث يتضمن المواد 590 وما بعدها بالموازاة مع أحكام تصفية أموال القاصر كذلك أحكام تصفية حساب أموال الشركات المدنية.

[2] انظر المادة 2/15 من القانون 90-11 المتضمن علاقات العمل التي تنص على ما يلي:"ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي" حيث وردت عبارة "وصيه" يقابلها في النسخة الفرنسية "son tuteur légal".

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 105.

تختص المحكمة التي قضت بانتهاء الولاية على المال بنظر مسألتي الحسابات وتسليم الأموال وهذا إلى غاية الفصل فيهما، كما تضيف الفقرة الثانية بأن اختصاصها يمتد إلى النظر في منازعات التنفيذ المرتبطة بالأحكام وكذا القرارات الصادرة عنها في هذا الخصوص[1].

كما بين المشرع عناصر الحساب وكيفية تقديمه فقضى في المادة 591 من ق.إ.م. بأن الحساب يتضمن الكشف عن الإيرادات والمصروفات التي تمت بصفة فعلية ليختتم بإعداد الميزانية المرتبطة لهذه الإيرادات والمصروفات مع تخصيص باب "chapitre" للأموال المطلوب تحصيلها، على أن يرفق الحساب بكافة المستندات المعدة للإثبات، ويقوم الملزم "le rendant" بالحساب بتقديمه والموافقة عليه إما بصفة شخصية أو بواسطة وكيل خاص خلال الأجل الذي تم تحديده، ويتم تبليغ طالبي الحساب بالحضور في تاريخ يحدده القاضي المنتدب، كما بين المشرع طريقة التبليغ وذلك بأن يتم إما بصورة شخصية أو في الموطن المبلَغ.

وإذا حددت الجهة القضائية ميعادا لتقديم الحساب اعتمادا على سلطتها التقديرية وانقضى هذا الميعاد قررت المادة 592 من ق.إ.م.إ بأن تحجز أموال من ألزمته بتقديم الحساب ويتم بيعها في حدود استيفاء المبلغ الذي حددته المحكمة، وهنا يستعمل المشرع مصطلح "المحكمة" وليس "الجهة القضائية" وهذا يعني أن هذه الأخيرة مقيدة بما حددته المحكمة لاستيفاء المبلغ الخاص بتقديم الحساب، وتخلف الملزم بتقديم الحساب افترض فيه المشرع اختلال التوازن سلبا بشأن أموال القاصر بين قيمة الإيرادات والمصروفات بأن تجاوزت هذه الأخيرة مقدار الإيرادات.

و أما إذا حدث العكس وتجاوزت قيمة الإيرادات مقدار المصروفات وقت تقديم الحساب الذي تمت الموافقة عليه أفادت المادة 593 من ق.إ.م.إ بأنه يسوغ لطالب الحساب استصدار أمر تنفيذي من القاضي المنتدب يطلب فيه استرداد الفائض "excédent" وهذا دون انتظار المصادقة على الحساب، ولكن من هو طالب الحساب في هذه المادة أو طالبو الحساب المنصوص عليهم في المادة 591 من نفس القانون؟

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، نفس المرجع ص 105 وما بعدها. كمال حمدي مرجع سابق، ص 268.

تقودنا الإجابة على هذا التساؤل إلى المادة 97 من ق.أ حين ألزم المشرع الوصي بتقديم الحساب إلى من يخلفه، هذا الأخير قد يكون شخص عينه القاضي ورغبة منه في حماية نفسه من تلاعبات الوصي المحتملة قد يقدم هذا الطلب أثناء عهدته في الوصاية، كذلك يمكن للقاصر الذي بلغ سن الرشد أو القاصر الذي تم ترشيده إذا استغل الوصي تلهف القاصر لاستلام الأموال في هذه الفترة[1] واستأثر بجزء من المال أدى إلى افتقار الذمة المالية لهذا القاصر، بل يمكن لهذا الأخير أن يتابعه بجريمة انتهاز احتياج قاصر المنصوص عليها في المادة 380 من ق.ع[2].

كما يمكن لقاضي شؤون الأسرة التابع للجهة القضائية التي أمرت بتقديم الحساب أن يقوم بطلب تقديم الحساب تلقائيا بناء على نص المادة 465 من ق.إ.م.إ لأن هذا يدخل في اختصاص مراقبة الولاية، كما يمكن لذوي الشأن الذين لهم مصلحة كدين عالق في ذمة القاصر فيحق لـ ئن أن يتقدم بهذا الطلب إذا اطلع على مستندات القضية واكتشف أن الحساب غير كاف لأداء دينه، مع العلم أن الإطلاع على المستندات من قبل ذوي الشأن يتعين النص عليه في مسائل الولاية كما هو جار به العمل في التشريع المصري[3]، ويمكن أيضا لورثة القاصر تقديم هذا الطلب، وبطبيعة الحال يمكن للنيابة العامة تقديم هذا الطلب باعتبارها طرفا أصليا في القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة طبقا للمادة 3 مكرر منه.

ويطرح التساؤل أيضا عن المقصود بالأمر التنفيذي[4] في هذا الخصوص إذ هي تسمية غير مألوفة ولم يجرِ النص عليها في نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهل يعني أن يكون واجب النفاذ؟[1]، ولا شك أن الإجابة تكون بالإثبات إذا رجعنا إلى النسخة الفرنسية نجد "ordonnance exécutoire" وفي المادة 587 من ق.إ.م.إ نجد عبارة "الحكم الواجب النفاذ "في النسخة الفرنسية "jugement …exécutoire" فهما مسميان لمعنى واحد.

---

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 162.

[2] أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 379.

[3] تنص م 49 من ق رقم 1 لسنة 2000 على أنه يجوز لذوي الشأن الاطلاع على الملفات والدفاتر والسجلات والأوراق المنصوص عليها في المواد السابقة، كما يجوز لكل شخص الاطلاع علي السجلات، وفي الحالتين تسلم لأي منهم صور وشهادات بمضمون ما أثبت فيها بإذن من المحكمة أو النيابة.

[4] سائح سنقوقة، مرجع سابق ج2، ص 788.

[1] تنص المادة 2/587 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"الحكم الصادر في المنازعة واجب النفاذ رغم المعارضة أو الاستئناف".

وبعد تبليغ طالبي الحساب بالحضور وكذا الملزم بالحساب في التاريخ المحدد من قبل القاضي (م 591) وكذا النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة، فهؤلاء جميعا يدلون بملاحظاتهم حول المحضر الذي أعده القاضي المنتدب في اليوم والوقت المحددين من قبل هذا الأخير طبقا لمقتضيات المادة 594 من ق.إ.م.إ. وقد يحدث أن يتخلف واحد من الخصوم أو جميعهم عن الحضور أو لم يصلوا إلى نتيجة ترضي الأطراف رغم حضورهم فهنا تتم إحالة القضية إلى الجلسة عملا بالمادة 594 من نفس القانون في فقرتها الثانية.

وحتى يطمئن أطراف النزاع مما يصدره القاضي من حكم في شأن الحساب أوجبت المادة 595 من ق.إ.م.إ أن يتضمن الحكم الذي يبت في الطلب بيان حساب الإيرادات والمصروفات وتحديد مبلغ الرصيد الباقي "reliquat"عند الاقتضاء، كما تمنع المادة 596 من ق.إ.م.إ مراجعة أي حساب بعد صدور حكم فيه، ويستثنى من هذا الحكم الخصوم الذين يمكنهم طلب إعادة النظر في الحساب إذا اكتشفوا حالات ورد ضمنها خطأ أو إغفال أو تكرار، في هذه الحال يحق لهم أن يودعوا طلباتهم المتعلقة بالحساب أمام نفس القاضي الذي فصل في الحساب.

وفي حال تخلف طالب الحساب الذي تم تبليغه يقضى في شأنه بحكم غيابي، وقد ينتقد البعض مسألة صدور الحكم الغيابي في حق طالب الحساب[1] (م 597 من ق.إ.م.إ) حيث أن المدعي حال تخلفه لسبب غير مشروع جاز للمدعى عليه طلب الفصل في الموضوع ويكون الحكم في هذه الحالة حضوريا (م 290 من ق.إ.م.إ).

غير أن طالب الحساب رغم تقديمه للطلب لا يمكن اعتباره في مركز المدعي مادام أنه قد تم تبليغه طبقا للمادة 591 من ق.إ.م.إ فافترض المشرع بتقريره هذا الحكم أن يكون تواطؤ بينه وبين الوصي الملزم بالحساب، فيكون في مركز المدعى عليه ويصدر في شأنه حكم غيابي إذا لم يحضر رغم صحة التكليف (م 292 من ق.إ.م.إ)، وتضيف الفقرة الثانية من م 596 من ق.إ.م.إ بأن المحكمة تصادق على بنود الحساب إذا كانت مبررة، وفي حالة تجاوز قيمة الإيرادات مقدار المصروفات يقوم الملزم "rendant" بإيداع المبلغ الفائض لدى أمانة ضبط المحكمة، بيد أن

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 791.

المشرع استهل المادة 597 من نفس القانون بعبارة "إذا صدر الحكم غيابيا في حق طالب الحساب" ومفهوم المخالفة قد لا يحكم غيابيا في حقه، وهنا نكون أمام ثلاث فروض:

الفرض الأول: ومضمونه أن يكون طالب الحساب حضر ولم يتوصل إلى نتيجة مرضية مع خصومه وهو ما قضت به المادة 2/594 من ق.إ.م.إ في عبارة "أو حضروا ولم يتفقوا فيما بينهم".

الفرض الثاني: يحتمل أن يكون طالب الحساب قد امتنع عن القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها ضمن

الآجال المحددة هنا يبت القاضي بحكم حضوري بناء على عناصر الملف(م 291 من ق.إ.م.إ).

الفرض الثالث: يحتمل تخلف طالب الحساب المكلف بالحضور شخصيا أو تخلف وكيله أو محاميه عن الحضور هنا يبت القاضي في الملف بحكم اعتباري حضوري (م 293 من ق.إ.م.إ) والذي لا يجوز الطعن فيه بالمعارضة(م 295 من نفس القانون).

كما تفيد المادة 598 من ق.إ.م.إ بأنه في حال رفع استئناف[1] في الحكم "décision"[2]القاضي برفض طلب مقدم الحساب فإن القرار الذي يقضي بالإلغاء يحيل إعادة النظر في المحاسبة والحكم "jugement"[3]الفاصل في الحساب إلى الجهة القضائية التي قدم إليها الطلب وهي الجهة القضائية الأصلية التي ندبت القاضي، أو تتم الإحالة إلى الجهة القضائية المحددة ضمن القرار، وفي حالة إلغاء الحكم الفاصل في الحساب المقدم أمام المحكمة فيكون تنفيذ قرار الإلغاء من اختصاص المجلس القضائي الذي أصدره أو يعود إلى الجهة القضائية التي يحددها هذا القرار.

وأما بالنسبة للتشريع المصري فإن المادة 13 من القانون رقم 1 لسنة 2000 قضت بأن تختص المحكمة التي تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو المقدم من المدير المؤقت والفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحساب، ويبدو من خلال هذا النص أن الإنابة القضائية بندب

[1] مع العلم أن الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية وتبعا لهذا فإنه يوقف تنفيذ الحكم خلا أجل الطعن طبقا للمادة 323 من ق.إ.م.إ.

[2] هذا يعني أن المقرر القضائي القاضي برفض الحساب إما أن يكون حكما أو أمرا.

[3] المقرر القضائي الفاصل في الحساب يكون حكما التزاما بالنص الوارد في النسخة الفرنسية، لذا يتعين مراجعة أحكام م 5/8 من ق.إ.م.إ.

قاض لا يمكن إعماله لأن النص يكتسي طابعا إلزاميا في عبارة "دون غيرها"، وأما في حالة انتهاء الولاية على المال فقد قررت المادة 14 من نفس القانون بأن النظر في مسألتي الحساب وتسليم الأموال يكون من اختصاص المحكمة التي قضت بانتهاء الولاية على المال وهذا إلى غاية تمام الفصل فيهما ولم تترك خيارا في المسألة كما هو مقرر في المادة 598 من ق.إ.م.إ، ونفس الأسلوب اعتمده المشرع المصري في مسألة التنفيذ بأن عقد الاختصاص بنظر إشكالات التنفيذ المرتبطة بالأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة يعود لنفس المحكمة[1].

ثالثا: منح القاضي للترخيص المسبق المرتبط ببعض تصرفات الولي

إن الغاية من تقرير الولاية على مال القاصر هي تغطية الضعف الذي يعتريه ومن ثم حمايته مما قد يصيبه من ضرر حال أو محتمل، وقد عزز المشرع هذه الحماية بتقييد تصرفات الولي عن طريق طلب إذن لكي يباشرها طبقا للمادة 88 من ق.أ التي تنص على ما يلي:"...وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: ..."، وما يلاحظ على هذا النص أنه لم يبين من هو القاضي المختص الذي يقدم إليه طلب الإذن وكذلك الشأن بالنسبة للمادة 89 من نفس القانون التي تنص على ما يلي"...على القاضي أن يراعي في الإذن: ...".

وعليه جاءت المادة 479 من ق.إ.م.إ لتفصح عن اختصاص قاضي شؤون الأسرة وتبين طبيعة المقرر القضائي الذي يتم بموجبه منح الإذن بالتصرف فنصت على ما يلي:"يمنح الترخيص المسبق النصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة". وبناء على هذا النص يمنح الإذن بتصرف الولي في مال القاصر بمقتضى أمر على عريضة يصدره قاضي شؤون الأسرة[1]، كما أن عدم جواز الولي-الأب في غالب الأحيان- مباشرة التصرفات التي أوردتها المادة 88 من ق.أ إلا بإذن من القاضي سببه غياب

[1] وتجدر الإشارة إلى لفظ "مخاصمة" استعمله المشرع في عبارة "مخاصمة القضاة "les prises à parties"ضمن أحكام م 141 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، ويأتي ليستعمل هذا اللفظ في القانون 09/08 على المحاسبين والأوصياء ويبدو أن استعماله في غير محله ذلك أن الصياغة في النسخة الفرنسية وردت "poursuivi" ما يعني "متابعة"وليس مخاصمة.

[1] يعتبر كل من الأب أو الجد أو الأم وليا خاصا ومن ثم فإن التصرفات التي تنطوي على جانب من الخطورة على مال القاصر المولى عليه لا تكفي في حمايتها الولاية الخاصة وإنما لابد أن تتم بترخيص من القاضي المختص.

وازع الضمير لدى الأولياء في زمن طغت فيه الماديات من جهة، ومن جهة أخرى عدم إمكان القاصر حماية مصالحه بنفسه، وقد صنف الفقهاء الآباء إلى أربعة أقسام[1]:

القسم الأول: أب معروف بالعدالة وحسن التدبير.

القسم الثاني: أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد رأي ولا تبذير.

القسم الثالث: أب معروف بسوء التدبير.

القسم الرابع: أب معروف بالتبذير وإتلاف المال.

فإن كان الأب من القسم الأول والثاني فله أن يتصرف في مال القاصر وأن يتجر فيه بالمعروف، فيستثمر هذه الأموال ويؤجر المنقول والعقار المملوكين للقاصر ويبيع ما شاء بشرط ألا يكون هناك غبن فاحش في التعاملات التي يجريها لمصلحة القاصر وإلا كان مآلها البطلان، ولا يكون التصرف الذي ينطوي على غبن فاحش موقوف على إجازة القاصر بعد بلوغه، وإن اشترى شيئا للقاصر بغبن فاحش ينفذ العقد على نفسه[2].

وإن باع الأب مال القاصر لنفسه فلا يمكنه قبضه لمجرد إبرام العقد ولو هلك، على أن هلاكه يكون على الأب لا على القاصر كما أنه لا يسوغ للأب إيجار مال القاصر لفترة طويلة حتى لا يتضرر القاصر إذ الغالب أن الأجرة ترتفع من حيث القيمة من جهة، ومن جهة أخرى إذا طالت المدة كان مقابل الإيجار يسيرا، ويمكن للأب أيضا في هذين القسمين أن يرهن مال القاصر بدين تعلق بذمة أحدهما وللأب حق الوديعة والعارية بالنسبة لمال القاصر، وأما العقود التي تؤدي إلى افتقار ذمته المالية أو المجازفة بمال القاصر لمجرد صفقة محتملة فلا يجوز للأب مباشرتها كالقرض والاقتراض ولا إجراء التبرعات مهما كان نوعها[1].

[1] أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 304.

[2] وما يلاحظ أن الفقه الإسلامي عمم أحكام الغبن على البيع والشراء بخلاف القوانين الوضعية التي قصرته على البيع فحسب وهذا فيه إجحاف بحق المشتري الذي قد يغبن في معاملته مع الغير. انظر ابن الجزيري، مرجع سابق، ص 357-360.

[1] أحمد محمد علي داود، نفس المرجع ،304-305.

وإن كان الأب من القسم الثالث بأن عرف بسوء الرأي وفساد التدبير فلا يمكنه التصرف بصورة مطلقة في مال القاصر، بل يجوز له ذلك إذا كان التصرف من شأنه **أن** يدر عليه نفعا ويكون هذا في عقود الاغتناء، ويحظر على الأب إبرام التصرفات التي تضر بمصلحة القاصر وتفقر ذمته المالية ويكون ذلك في عقود التبرعات أو بيع الأشياء **ذات** الأهمية الخاصة كبيعه لعقار إلا إذا كان من شأن **الصفقة أن تدر على القاصر بربح وافرا** على أنه يمكن لهذا الأخير إبطال البيع بعد بلوغه[1].

وأما إن كان الأب من القسم الرابع حيث اشتهر بالتبذير وإتلاف المال فلا يمكنه بأي حال من الأحوال التصرف في مال القاصر بل يتعين الحجر عليه ومن ثم يتخلف شرط من شروط الولي وتنتقل الولاية إلى الولي الأقرب وفي حال عدم وجوده **ينصب القاضي وصيا للقاصر ويأمر الأب بتسليمه المال ليعمل على حفظه والتصرف فيه بما** يحقق نفعا للصغير المشمول بالوصاية[2]. وغني عن البيان أن **يتثبت القاضي من توافر الشروط وقت تعيين الوصي وأثناء ممارسة الوصاية، بل ويعين عليه مشرفا يراقب أعماله** ويقرر القاضي إنهاء الإشراف إذا تبين له زوال موجبه[3].

الفرع الثاني: سلطات القاضي المتصلة بتصرفات القاصر المولى عليه

قبل أن نتطرق لسلطة القاضي في ترشيد القاصر يحسن بنا أن نبحث في **حكم تصرفاته وازدواجية الحكم** التي وقع فيها المشرع في هذا الخصوص نظرا لتناثر أحكام الأهلية في القانون المدني وقانون الأسرة وما ينشأ عن هذا من **منازعات** لها ارتباط **بتصرفات القاصر بعد بلوغه سن التمييز، وإشكالية الاختصاص النوعي المطروحة فقها وكذلك من الناحية العملية، ولمعرفة** بلوغ القاصر وتحسن مداركه وحسن تصرفه في المال يتعين اختباره في التعاملات المالية **ليتم** ترشيده فيدفع **له المال كله أو بعضه،** ونعالج ما سبق في نقطتين.

[1] أحمد محمد علي داود، **نفس المرجع، ص**305.
[2] أحمد محمد علي داود، **نفس المرجع ، نفس الصفحة.**
[3] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 71.

أولا : إشكالية اختلاف حكم تصرفات غير كاملي الأهلية في التشريع الجزائري

يقصد بمصطلح غير كاملي الأهلية الأشخاص الذين لا تتوافر لديهم أهلية الأداء بسبب فقدها أو نقصها، نبادر بالقول ابتداء أن المنازعات الناشئة عن تصرفات هؤلاء تُصَعّب من مهمة رجال القانون من الناحية العملية لا سيما مسائل الاختصاص، ذلك أن تناثر أحكام الأهلية في القانون المدني وقانون الأسرة خلق ازدواجية في الحكم بشأن هذه التصرفات اعتمادا على فكرتي القابلية للإبطال ووقف النفاذ[1].

ومنشأ هذه الازدواجية في الحكم هو الاختلاف في المصدر حيث أن القانون المدني يستمد جل أحكامه من التشريع الفرنسي في حين أن قانون الأسرة يجد مصدره في الشريعة الإسلامية، كما أن المصطلحات الواردة في قانون الأسرة تختلف عن تلك المنصوص عليها في القانون المدني **كما سنوضحه**، لذا يحسُن بنا أن نتعرف على هذه الأحكام لإبراز نقاط الضعف في الصياغة القانونية وتقديم الاقتراحات **ما أمكن**.

1. اختلاف حكم تصرفات فاقدي الأهلية في القانون المدني وقانون الأسرة

يقصد بفاقد الأهلية القاصر غير المميز ومن في حكمه **من** مجنون[1] ومعتوه، ونشير ابتداء إلى أن **نص المادة 82 من ق.أ**[1] يحيلنا إلى المادة **42 من ق.م، ومن استقراء المادتين نجد أن حكم** تصرفات الصبي غير المميز **هو**

[1] **يتعين أن نبين الفرق بين التصرف** الموقوف في **منطق الشرع الإسلامي وكذا التصرف** القابل للإبطال في القانون المدني، فالأول **لا ينفذ** حتى يُرجَح للولي نفع **هذا التصرف** من ضرره للمولى عليه القاصر أو حتى يترجح لهذا الأخير مصلحته فيه إذا بلغ رشيدا، فهو تصرف صحيح غير أنه لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته **الإجازة، أما التصرف القابل للإبطال فينفذ** ويبقى مهددا بالزوال إلى حين طلب الولي أو القاصر المولى عليه **حال بلوغه بإبطاله، ولا ريب أن الحكم الذي أوردته الشريعة الإسلامية أفضل من ذلك الذي صاغه القانون الوضعي حيث أن التصرف الموقوف بناء على ما سبق غايته وقائية، والتصرف القابل للإبطال غايته علاجية**، والقاعدة المشهورة تقضي بأن الوقاية خير **من العلاج. انظر شوقي بناسي –بتصرف -، مرجع سابق،ص 338.** ويرى الأستاذ محمد جعفور أن نص المادة 83 من ق.أ حديث من حيث الصياغة –سنة 1984- فهو ناسخ للنص القديم الوارد في القانون المدني-المادة 101 منه- **وهذا إعمالا** للمبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة، وتطبيقا أيضا للمادة **223 من ق.**أ التي تفيد بأن تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون. **انظر مؤلف تصرفات ناقص** الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 32-33.

[1] ونشير إلى أن قانون الأحوال الشخصية الأردني نص في المادة 213 منه على أن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية عليه وليس لأبيه أو جده أو **وصيهما حق الولاية عليه، والملاحظ** أنه مع وجود الولي قرر المشرع الأردني تعيين وصي ولا يتقرر تعيين القيم إلا في حالة الغيبة أو الفقد طبقا للمادة 247 **من نفس القانون، بينما يقرر المشرع الجزائري وفقا للمادة** 104 من قانون الأسرة بأنه إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين له مقدما في نفس الحكم.

البطلان المطلق[2] في القانون المدني حتى ولو كانت نافعة له نفعا محضا ويمكن لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وتقضي به الجهة القضائية من تلقاء نفسها[3] ولو أن المادة 82 من ق.أ لم تفصح عن طبيعة هذا البطلان.

كما أن الفقرة الأولى من م 42 من ق.م لم تذكر البطلان أيضا صراحة وإنما نستشفه من عبارة"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية"، غير أن القانون المدني المصري كانت الأحكام فيه واضحة حيث تفيد المادة 111 منه بأن الصغير غير المميز لا يكون له حق التصرف في ماله وتقع جميع تصرفاته باطلة.

وقد دقق قانون الأسرة في حكم تصرفات المجنون والمعتوه من خلال المادة 107 من ق.أ التي تميز بين تصرفات الشخص الصادرة قبل الحكم عليه بالحجر وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر، إذ نصت على ما يلي: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"[4]، كما تقضي أيضا المادة 101 من قانون الأسرة بما يلي:"من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه.".

يلاحظ من خلال نص المادة 107 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري استعمل عبارة"بعد الحكم بالحجر" فالعبرة هنا بتاريخ صدور الحكم، وأما المشرع المصري فصاغ عبارة أخرى وهي"بعد تسجيل قرار الحجر" فالمعتبر في هذه الحالة هو تاريخ تسجيل قرار الحجر وليس تاريخ صدور القرار، واعتبر المشرع الجزائري أن تصرفات المحجور عليهم باطلة بعد الحجر حيث يفترض علم المتعاقد مع فاقد الأهلية بعد الحكم بالحجر ولا يعتد بحسن النية، ونفس الحكم قبل صدور الحكم بالحجر إذا كانت حالتي الجنون والعته شائعتين وبمفهوم المخالفة إذا لم تكن شائعتين فلا تعتبر باطلة أي أن هذه التصرفات صحيحة.

---

[1] تنص المادة 82 من ق.أ على ما يلي:"من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

[2] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص334.

[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 526.

[4] جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1982/11/24، ملف رقم 27711، م.ق، ع1، 1983، ،ص133 ما يلي:"إن ضرب الحجر على شخص سفيه لا يتم إلا بثبت إلا حكم يعلن بمكتب التوثيق في كامل التراب الوطني ويشهر في جريدة يومية ذات صدوره قطريا".

غير أنه إذا أمعنا النظر في المادة 85 من ق.أ[1] نجد أن المشرع قد وحد في الحكم بين تصرفات فاقدي الأهلية وناقصيها مع عدم النص على ذي الغفلة في هذه المادة بل في قانون الأسرة على وجه الإطلاق[2]، كما وحد المشرع في الحكم بين نون والمعتوه والسفيه واعتبر تصرفاتهم غير نافذة أي موقوفة على النفاذ فهي صحيحة ولكن لا ترتب آثارها إلا إذا أجازها الولي[3]، بخلاف النص الوارد في النسخة الفرنسية الذي يشير إلى البطلان والفرق واضح وجلي بين الحكمين[4]، لذا كان الأجدر أن يقرر المشرع حكم البطلان لهذه التصرفات في قانون الأسرة حتى يحقق الانسجام مع قواعد القانون المدني من جهة، ومن جهة أخرى حتى يتسق الحكم مع ذلك الوارد في النسخة الفرنسية "nuls"[5].

وقد اقترح الأستاذ محمد سعيد جعفور إعادة صياغة المادة 107 من ق.أ وقصر حكمها على حالتي الجنون والعته وإضافة مادة أخرى - م 107 مكرر - خاصة بحالتي السفه والغفلة كما سنرى ذلك لا حقا، ويكون تعديل المادة 107 من ق.أ على النحو التالي: "تقع باطلة تصرفات المجنون والمعتوه بعد تسجيل[6] قرار[1] الحجر.

أما التصرفات الصادرة منهما قبل ذلك فلا تكون باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها.[2]"[3].

---

[1] نص المشرع في المادة 85 من ق.أ على حكم تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه(ولم ينص على ذي الغفلة) واعتبرها غير نافذة، بيد أنه وظف مصطلح "nuls" في النسخة الفرنسية الذي يترجم باطلة، وشتان بين حالتي البطلان وعدم النفاذ حيث تكتسي الأولى طابعا علاجيا كما بينا من قبل، في حين أن حالة عدم النفاذ تجد مصدرها في الشريعة الإسلامية ولها طابع وقائي، ومن هنا يتبين ضرورة توحيد الأحكام.

[2] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 69.

[3] محمد سعيد جعفور، نفس المرجع، ص 70.

[4] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 353.

[5] شوقي بناسي، نفس المرجع، ص 338.

[6] يستحسن استعمال مصطلح شهر بدل تسجيل وهي الصياغة الحالية للمادة 15 من القانون المدني المصري.

[1] نقترح من وجهة نظرنا استعمال لفظ "المقرر القضائي" لأنه يحمل معنى واسع يدخل ضمنه مفهومه الحكم والأمر والقرار كما بينا سلفا فالقرار لا يصدر عن محاكم القضاء العادي في التشريع الجزائري بخلاف ما هو معمول به في التشريع المصري –انظر م 115 من القانون المدني المصري، وعليه تستوي صياغة العبارة على النحو التالي :"بعد شهر المقرر القضائي القاضي بالحجر".

[2] لا تتضمن الصياغة الجديدة لهذه المادة حالة كون الطرف الآخر على بينة منها، وحسنا فعل المشرع المصري باستبعادها من النص ذلك أنها تصبح مقترضة نتيجة إثبات التواطؤ أو الاستغلال من جهة، ومن جهة أخرى يصعب إثباتها من الناحية العملية إلا إذا أقر بها المتعامل مع السفيه وذي الغفلة.

[3] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 539.

والحجر في التشريع الجزائري مقرر للبالغ الذي أصاب أهليته عارض فأفقدها أو أنقص منها وليس مقرر للصبي مميزا كان أو غير مميز بخلاف التشريعات العربية التي تجيز الحجر عليه كما بينا سابقا، ويذهب التشريع الأردني حسب م 211 من قانون الأحوال الشخصية إلى أن الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم، **بينما** السفيه **وذو** الغفلة **فتحكم المحكمة بالحجر عليهما وترفعه** عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون، **على أن قرار الحجر** يتم تبليغه **للمحجور** عليه **ويعلن للناس** سببه **ويكون حكم تصرفاته قبل ذلك النفاذ**، تجدر الإشارة إلى أن **المشرع** الأردني اعتبر المعتوه في حكم الصغير المميز وهذا له أساس في الفقه الإسلامي[1].

ثانيا: اختلاف حكم تصرفات ناقصي الأهلية في القانون المدني وقانون الأسرة

يقصد بناقص الأهلية القاصر المميز ومن في حكمه من سفيه وذي غفلة، **كما عرفت م 943** من مجلة الأحكام العدلية الطفل غير المميز على النحو الآتي بيانه : " الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء، أي كون البيع سالب للملك والشراء جالب له، ولا يميز الفاحش من اليسير..."[2]، **ولا** اختلاف في الحكم **بين القانون** المدني وقانون الأسرة **بشأن** التصرفات النافعة لناقص الأهلية نفعا محضا حيث يكون حكمها الصحة في كلا القانونين **وكذا الحكم بالنسبة** للتصرفات الضارة به ضررا محضا التي يكون حكمها البطلان المطلق **مع نقص في تدقيق صياغة** المادة ببيان طبيعة البطلان[1].

ويظهر الاختلاف بين القانون المدني وقانون الأسرة في حكم تصرفات **القاصر المميز** المترددة بين النفع **والضرر حيث عدل المشرع الجزائري** المادة 43 من القانون المدني[2] حتى ينسجم مضمونها **مع نص** المادة 83 من

---

[1] حيث قسم فقهاء الشريعة الحنفية إلى نوعين: عته لا يبقى معه إدراك ولا تمييز فتعدم أهلية صاحبه ويصبح كالمجنون ومن ثم تسري عليه أحكامه، ونوع **آخر** يبقى معه الإدراك والتمييز ولكن لا يبلغ من اصابه حد العقلاء فيكون حكمه كالصبي المميز. انظر بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 59.

[2] مجلة الأحكام العدلية هي عبارة عن مدونة رسمية لأحكام الفقه **الإسلامي** تعنى بجانب المعاملات طبقا للمذهب الحنفي يعود تاريخ إصدارها إلى سنة 1876، مؤلفة من 1851 مادة . محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، **المرجع السابق، ص 6.**

[1] تنص المادة 82 من ق.أ على ما يلي:"من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

[2] تنص المادة 43 من ق.م المعدلة على ما يلي :" **كل من بلغ سن الرشد وكان** سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"

قانون الأسرة[1] ومع أن التعديل للقانونين كان متزامنا –سنة 2005- غير أن المشرع الجزائري لم يفلح في إحداث الإنسجام بينهما إلا نسبيا، ومن استقراء النصين تكون موقوفة على النفاذ وهو مضمون المادة 83 من ق.أ، في حين أن القانون المدني لم يتطرق إلى حكم تصرفات الصبي المميز صراحة كما هو مقرر في القانون المدني المصري[2] وإنما استنبطه الفقهاء من المادة 101 من القانون المدني وإسقاط حكمها على م 43 من نفس القانون ومن ثم يكون حكم تصرفات ناقص الأهلية قابلا للإبطال، بيد أن المادة 101 من ق.م لم تفصح عن طبيعة العقد الذي يتقرر لناقص الأهلية إبطاله وبديهي أن يكون ذلك العقد المتردد بين النفع والضرر[3].

غير أن البعض من الفقه يرى أن المشرع لم يعتبر نقص الأهلية سببا موجبا لقابلية التصرفات المترددة بين النفع والضرر بل جعله سببا موجبا لوقفه واعتبر أن المشرع المصري أخذ في تقسيم العقود إلى ثلاثة أنواع بأحكام الفقه الإسلامي وتأسى به في حكم التصرفات النافعة للصبي المميز نفعا محضا وتلك الضارة به ضررا محضا وأخذ بحكم القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بحكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[1].

وتأسيسا على ما سبق نناشد المشرع الجزائري باستدراك هذا الخطأ وتوحيد حكم تصرفات الصبي المميز ومن في حكمه الدائرة بين النفع والضرر إما باعتباره موقوفا في كلا القانونين كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية وهكذا يكون له طابع وقائي أو باعتباره قابلا للإبطال في كلا القانونين وهذا له طابع علاجي والظاهر أن الاقتراح الأول هو الأسلم لأن الوقاية خير من العلاج.

---

[1] تنص المادة 83 من ق.أ:"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء"

[2] تنص المادة 111 من القانون المدني المصري على ما يلي:"إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر. وبزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه، أو من المحكمة، بحسب الأحوال وفقاً للقانون".

[3] شوقي بناسي،مرجع سابق، ص 336.

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 539.

وأما بخصوص تدقيق المشرع في حكم تصرفات ناقص الأهلية المنصوص عليه في المادة 107 من قانون الأسرة والذي كما سبق أن بينا يتعارض مع المادة 85[1] من نفس القانون فإن النص يعتريه الغموض ويتعين إضافة مادة أخرى بشأنه كما مر معنا، وقد اقترح الأستاذ شوقي بناسي إلغاء هذه المادة، كما اقترح إضافة نص آخر تحت رقم 107 مكرر وفق صياغة المادة 115 من القانون المدني المصري تأييدا لاقتراح الدكتور محمد سعيد جعفور وقصر حكمها على السفيه وذي الغفلة فتكون تصرفاته باطلة بعد شهر الحكم عليه بالحجر ويسري عليها حكم تصرفات الصبي غير المميز من أحكام إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ فتكون باطلة أو قابلة للإبطال بحسب الأحوال، وعليه نشيد بالاقتراح الذي بادر به الأستاذ محمد سعيد جعفور بإدراج المادة 107 مكرر ضمن مواد قانون الأسرة ويكون مضمونها كالآتي:" (ف1) إذا صدر تصرف من السفيه أو من ذي الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر[2]، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.(ف2) أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ"[1]. وبناء على هذا النص تصبح تصرفات السفيه وذي الغفلة صحيحة قبل شهر الحكم بالحجر كقاعدة عامة إلا إذا كانت حالة السفه والغفلة شائعة وقت التعاقد[2] وهذا ما نستشفه من مقتضيات المادة 107 من ق.أ. غير أن الاقتراح السالف الذكر يجعل هذه التصرفات صحيحة حتى ولو كانت حالة السفه شائعة أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

يمكن القول مجملا أن المشرع الجزائري لم يفلح في تجلية الغموض الذي كان يعتري أحكام الأهلية رغم تعديل القانون المدني وقانون الأسرة في نفس السنة- 2005-، وعليه لابد من إعادة النظر في هذه الأحكام بما يحقق

---

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 361.

[2] نجد مصطلح "أمر" أو"مقرر قضائي"، حتى لا يقع تناقض في الاصطلاح مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة، ولأن استعمال مصطلح المقرر القضائي يعم الأوامر والأحكام والقرارات القضائية وللتوضيح نورد نصين في هذا الخصوص، تنص المادة 481 من ق.إ.م.إ يصح بموجب أمر يصدره قاضي شؤون الأسرة بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم عن ناقصي الأهلية. كما تنص المادة 104 من ق.أ على ما يلي:"إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة المادة 100 من هذا القانون".

[1] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقصي الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 74.-مع نفس الملاحظات المسجلة في المادة السابقة المقترحة يستحسن استعمال مصطلح مقرر قضائي بدل قرار في المادة المقترحة والاعتداد بتاريخ شهر الحكم –المقرر القضائي- للإعلام .

[2] شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 361.

الانسجام بين النصوص القانونية، توصلنا إلى القاعدة العامة لحكم تصرفات القاصر المميز حيث يكون على ثلاثة أضرب بحسب الأحوال كما سبق بيانه، غير أن الاستثناء الوارد على هذه القاعدة هو حالة ترشيد القاصر وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانيا: سلطة القاضي في ترشيد القاصر

قد استبقنا الحديث عن صورة من صور الترشيد حيث تطرقنا في معرض دراستنا للولاية على نفس القاصر إلى مسألة الترخيص بالزواج للقاصر قبل بلوغ سن الرشد القانونية المقررة بتسع عشرة سنة كاملة وهو صورة من صور الترشيد ورد النص عليها في المادة 7 **من قانون الأسرة، ونتناول فيما يلي** صورتين عن الترشيد جاء النص على الأولى منهما في المادة 84 من قانون الأسرة وتتعلق بإذن القاضي للقاصر المميز في التصرف في أمواله جزئيا أو كليا بطلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن في حال ثبوت ما يبرر ذلك، وصورة **أخرى** للترشيد منصوص عليها في التشريع **الجزائري** وهي إذن القاصر لمزاولة الأعمال التجارية، ونعالج هاتين الصورتين كما يلي:

1. الإذن للقاصر بالتصرف في أمواله

قسمنا فيما سبق الأعمال القانونية إلى أعمال التصرف وأعمال الإدارة حيث تمس الأولى برأس المال كإبرام **عقد بيع أو رهن بينما غاية الثانية صيانة رأس المال أو** استثماره قصد الإنفاق من ريعه، فالإذن للقاصر بإدارة أمواله يختلف من تشريع إلى آخر، وسوف نقوم بتحليل المواد الواردة في بعض التشريعات للتعرف على دور القاضي في منح

الإذن والرجوع فيه بحسب الأحوال للقاصر الذي أنس رشدا وذلك لتسلم أمواله قصد إدارتها أو التصرف فيها، **ومن**

ثم بيان موقف المشرع الجزائري، وهل أن الحكم الوارد في هذه المسألة يعتريه القصور أم أنه **كاف لتحقيق مصلحة راجحة للقاصر؟**

فيما يخص ترشيد القاصر وفقا للأحكام الواردة في الأحوال الشخصية نجد التشريع المغربي يقضي في المادة 218 من مدونة الأسرة في فقرتيها الثانية **والثالثة بأن القاصر إذا بلغ السادس عشرة سنة** من عمره يجوز له **أن يطلب**

من المحكمة ترشيده، كما أنه بإمكان النائب الشرعي طلب إذن من المحكمة أن ترشد القاصر الذي بلغ هذه السن إذا أنس رشدا، وعليه يترتب عن إجراء الترشيد تسلم القاصر المرشد لماله ويكتسب بهذا الأهلية الكاملة بخصوص إدارته و التصرف فيه، ويمكن إثبات رشد القاصر بتقدير من المحكمة بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة.

بخلاف المشرع المصري الذي نص على ترشيد القاصر لإدارة أمواله وليس التصرف فيها وجعل منح الإذن إما من الولي أو المحكمة بموجب المادة 54 من ق.و.م[1] التي تقضي بأنه للولي أن يأذن للقاصر الذي أتم الثماني عشرة سنة بتسليم ماله كله أو بعضه لإدارته ويتم ذلك بإشهاد لدى الموثق وله أيضا سحب هذا الإذن أو الحد منه عن طريق إشهاد آخر، مع مراعاة مقتضيات المادة 1027 من قانون المرافعات، هذه الأخيرة التي ألغيت بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 على أن المادة 32 من هذا القانون[2] تقضي بأن النيابة العامة تقيد طلبات الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية وسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو الحد منه واثبات الغيبة والحد من سلطة الوكيل عن الغائب ومنع المطلوب الحجر عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه، وذلك يوم وساعة تقديم الطلب في سجل خاص، ويحل القيد في السجل محل التسجيل، ويرتب أثره من يوم إجرائه متى حكم بقبول الطلب. وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال في معرض تجلية أحكام المادة 32 حالة الحكم بوقف الولي عن أداء مهام الولاية على القاصر ولم يكن له ولي آخر تقوم المحكمة بتعيين وصي مؤقت لإدراره أموال القاصر، واعتبرها القانون وصاية مؤقتة ذلك أنه يمكن زوال أسباب الوقف ويترتب على هذا عودة الولاية للولي وبناء عليه تنقضي الوصاية[1].

كما تفيد مادة 55 من ق.و.م بأنه يسوغ للمحكمة بعد أن تسمع أقوال الوصي أن تمنح إذنا للقاصر الذي بلغ الثماني عشرة سنة بتسلم ماله كله أو بعضه لإدارته وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يمكن تجديد طلبه قبل

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 47.
[2] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 38.
[1] عبد الله سيد أحمد سرور، نفس المرجع، ص 39.

مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض[1]، وتضيف المادة 56 من نفس القانون بأن القاصر المأذون له يمكنه مباشرة أعمال الإدارة وله أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال، غير أنه لا يسوغ له إيجار الأرض الزراعية والمباني لمدة تفوق سنة ولا أن يفي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الموصي فيما يملكه من ذلك[2].

كما تقضي المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأنه يمكن للمميز الذي أتم 15 سنة ولم يكمل 18 سنة أن يتسلم نفقته المحكوم له بها وله أهلية التصرف فيما سلم له[3]، ويتضح موقف المشرع المغربي من خلال مضمون المادة 226 من مدونة الأسرة التي تقضي بأنه يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءا من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار، ويصدر هذا الإذن من الولي أو بقرار من القاضي المكلف بشؤون القاصرين بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو الصغير المعني بالأمر، كما يمكن بمقتضى الفقرة الثالثة من نفس المادة أن يلغي القاضي المكلف بشؤون القاصرين قرار الإذن بالتسليم تلقائيا أو بناء على طلب من الوصي أو المقدم أو النيابة العامة إذا ثبت سوء التدبير في الإدارة المأذون بها، ويعتبر المحجور عليه طبقا للفقرة الأخيرة من هذه المادة كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي بشأنه.

كما تضيف المادة 227 من مدونة الأسرة المغربية أنه بإمكان الولي سحب الإذن الذي سبق منحه للصغير المميز إذا ثبتت مبررات لذلك، مع الملاحظة أن منح الإذن للقاصر بإدارة أمواله لا تنصرف إلى منح إذن بالاتجار في هذا المال ذلك أن ممارسة التجارة ليست من أعمال الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى نظرا للخطورة التي تنطوي عليها الأعمال التجارية ذلك أنها ترتب مسؤوليات جسيمة قد تؤدي إلى هلاك المال كله[1].

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 47-46.
[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 169.
[3] أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 240.
[1] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 142.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المادة 84 منه تقضي بأنه للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة..."، ومن استقراء هذه المادة وموازنتها بالنصوص السالفة الذكر يتضح أن المشرع الجزائري خول للقاضي منح الإذن للقاصر في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله ولم يصرح المشرع أنه يتسلم أمواله وكذا إدارتها، ولم يحدد التصرفات التي يكون القاصر المرشد أهلا لمباشرتها متأسيا بالقانون المدني الفرنسي ومخالفة أغلب التشريعات المقارنة لا سيما العربية منها[1].

ويلاحظ أن التشريع المصري قد خول للولي بموجب المادة 54 من ق.و.م وكذا للقاضي بمقتضى المادة 55 من ذات القانون منح الإذن للقاصر يتسلم أمواله وإدارتها[2] وأما بخصوص أعمال التصرف فقد قضت الفقرة الثانية من المادة 56 من نفس القانون أنه لا يسوغ للقاصر التصرف في صافي دخلة إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا، فكان التصرف مقيدا بحدود النفقة عليه وعلى من تجب نفقتهم قانونا مع العلم أن التصرف يشمل التصرفات التي تتصل بالإدارة كبيع منتجات الفلاحة ولا يكيف هذا على أنه من أعمال التجارة ذلك أن هذه الأخيرة تتطلب الحصول على إذن خاص[1].

وقد حدد المشرع المغربي السن المقررة لطلب القاصر بترشيده من أجل تسلم أمواله والتصرف فيها بست عشرة سنة بموجب المادة 218 من مدونة الأسرة، وقريب منه التشريع الأردني بخمس عشرة سنة حسب المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية التي تقضي بأنه يمكن للمميز الذي أتم خمس عشرة سنة ولم يتم الثماني عشرة سنة تسلم نفقته المحكوم له بها ويكون له أهلية التصرف فيما سلم له[2]، ونفس السن مقررة للإذن بالاتجار فيسلم له نصيب من

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 341.

[2] كما صالح البنا، مرجع سابق، ص 46-47.

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 169.

[2] أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 240.

المال لاختباره على أن الإذن يكون مطلقا أو مقيدا[1]، في حين حددها القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين بموجب المادة 60 منه بسبع عشرة سنة مع ثبوت حسن التصرف.

بينما نجد أن التشريع الجزائري قررها بثلاث عشرة سنة وهي سن يصبح الشخص فيها متمتعا بالإدراك الذي يقصد به سلامة العقل ومن ثم تصبح التصرفات الصادرة عن الشخص المميز بعد منحه الإذن من قبل القاضي في حكم تصرفات الشخص كامل الأهلية، والغاية من الترشيد هي اختبار القاصر الذي قارب سن الرشد في تعاملاته المالية فإن ثبت حسن تصرفه في المال فهنا يستقر الوضع على ما هو عليه ويستمر في إدارة ماله والتصرف فيه بقدر الحدود التي رسمها القانون، وأما إن ثبت خلاف هذا فللقاضي أن يرجع عن هذا الإذن.

وأما بخصوص مسألة الرجوع في الإذن من قبل القاضي ومسوغاته فنجد المادة 84 من ق.أ على ما يلي:"... وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك."، ويقابل هذا النص المادة 54 من ق.و.م حيث يمكن للولي في التشريع المصري سحب هذا الإذن ويكون ذلك بموجب إشهاد لدى الموثق، ووضحت المادة 59 من نفس القانون مسوغات سحب الإذن من القاصر وقضت بأنه في حال تقصير المأذون له في الإدارة وذلك في مسألة تنفيذ ما تم القضاء به من قبل المحكمة السابقة أو لم يحسن التصرف في إدارة المال وهنا يظهر دور الذي يؤديه الحساب السنوي حيث أنه وسيلة فعالة للرقابة، كما قد تقوم أسباب يخشي معها من بقاء الأموال في يد القاصر ففي الحالات السابقة يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من النيابة العامة أو أحد أصحاب الشأن أن تسلب الإذن من القاصر أو تحد منه بعد سماع أقوالة[1].

ولهذا يتعين على القاصر المأذون له أن يتقيد بحدود الإذن ولا يخرج عن نطاقه، فإذا ثبت خلاف هذا للقاضي أن يرجع في الإذن حسب المادة 84 من ق.أ، وهو مضمون المادة 54 من ق.و.م مع إمكانية الحد من

[1] أحمد علي جرادات، نفس المرجع، ص 239.

[1] كمال صالح البنا، مرجع سابق، ص 50.

الإذن، ويترتب على سحب الإذن من القاصر زوال أهليته لإدارة ذلك المال أو التصرف فيه، كما ينتج عن الحد منه **زوال أهلية القاصر المأذون له بقدر ما حُدّ من الإذن**[1].

وأما بخصوص **مسألة** عودة الولاية بعد انقضائها فهو أمر غير سائغ **نصت عليه المادة 48 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وقضت بأنه لا يتم قبول** طلب استرداد الولاية أو رفع الحجر **أو رفع الوصاية أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو المساعدة القضائية إلا بعد أن تنقضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي القاضي برفض طلب سبق تقديمه**[2].

2. الإذن للقاصر بممارسة أعمال التجارة

يعتبر الإذن للقاصر بمزاولة أعمال التجارة أخطر أنواع التراخيص التي يمنحها القاضي للقاصر ولهذا ضمنها بشروط غاية في الصرامة، غير أنه يجب التمييز بين الإذن بالإدارة والإذن بالاتجار، **فالمرخص له بالإدارة ليس بالضرورة** أن يكون مرخص له بالاتجار ذلك أن ممارسة التجارة ليست من قبيل أعمال الإدارة وفوق هذا ترتب هذه الأخيرة مسؤوليات جسيمة قد تؤدي إلى حالة الإفلاس[1].

إن السن القانونية التي يسمح للشخص بمزاولة الأعمال التجارية غير محددة **ضمن قواعد القانون التجاري لذا** يتعين الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني لسد هذا الفراغ القانوني وبالضبط ضمن مقتضيات المادة 40 من ق.م التي تحدده بتسع عشرة سنة كاملة وسواء تعلق الأمر بشخص جزائري أو أجنبي وبصرف النظر عن كون هذا الأخير كان قاصرا في بلده أو **لا فإننا نطبق عليه حكم هذه** المادة[2]، **ولمعرفة وضعية القاصر**[3] في القانون التجاري

---

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 165.

[2] كمال حمدي ، نفس المرجع، ص 142.

[1] كمال حمدي، **المرجع نفسه، نفس الصفحة.**

[2] **عمار عمورة، مرجع سابق، ص 90.**

[3] Le mineur même émancipé ne peut être associé d'une société et par la suite obtient la qualité de commerçant; il en est ainsi des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple, et pour avoir la qualité du commerçant le mineur doit être âgé de dix-huit ans accomplis et être titulaire d'une autorisation de son père ou de sa mère, et à défaut de ces derniers par une délibération du conseil homologuée par le tribunal. Voir Tayeb BELLOULA, Droit des sociétés, Berti Edition, 2ème Ed ; Alger, 2009, p29.

ينبغي أن نحلل نص المادتين 5 و6 من ق.ت، حيث تُعنَى الأولى بترشيد القاصر لمزاولة الأعمال التجارية وفق شروط محددة وشددت المادة 6 في الحظر بشأن تصرفات القاصر في الأموال العقارية، فالقانون التجاري يتضمن ضمن قواعده أحكاما موضوعية وأخرى إجرائية بخلاف المشرع المصري الذي اعتمد تخصيص إجراءات للأحكام الموضوعية الواردة في القانون التجاري وضمها إلى تلك الخاصة بالقانون المدني ضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية.

والمادة 5 من ق.ت نموذج لما سلف بيانه حيث تقضي بأنه لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا كان أو أنثى البالغ من العمر 18 سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إذا لم يحصل مسبقا على إذن من والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة[1] مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفى أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب أو الأم، كما يتعين أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري.

من استقراء هذا النص نجد أن المشرع الجزائري قد سمح للقاصر بمزاولة الأعمال التجارية وفق شروط محددة وذلك لتدريبه على المتاجرة وكذا لاكتساب صفة التاجر، ولترشيد القاصر التاجر وجب توافر الشروط المقررة في م 5 من ق.ت وذلك بأن يكون القاصر بالغا من العمر ثماني عشرة كاملة، وأن يحصل على إذن من والديه إلا إذا كان والده متوفى أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب أو الأم فهنا وجب الحصول على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، وضرورة قيد الإذن في السجل التجاري[1]، مع العلم أن مجلس العائلة كما بيننا غير منصوص على تشكيله ومهامه في التشريع الجزائري.

---

[1] للاحظ أن المشرع لم يحدد الأحكام الخاصة بهذا المجلس في القانون التجاري، وكان قد نص عليه من قبل في قانون 1959 المتعلق بالأحوال الشخصية الملغى كغيره من القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي، وقد تم النص على مجلس العائلة في المادة 251 وما بعدها من قانون الصحة العمومي رقم 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 وهذا حتى يساعد الوصي على أتمام الدولة في أداء مهامه إزاء هؤلاء، ويتألف هذا المجلس من خمسة أعضاء يعينهم الوالي بناء على اقتراح من مدير الصحة ويمكن تجديده كل اربع سنوات، ويشمل مجلس العائلة فردا على الاقل من بين النساء، كما يحضر الوصي وعند غيابه مندوب الوصي جلسات مجلس العائلة، وقد أحال المشرع بشأن الاختصاصات المتعلقة بمجلس العائلة إلى التشريع الخاص بالأسرة من خلال المادة 252 من ق.ص.ع.، غير أن هذا التشريع لم يكن ينص على تشكيل مجلس العائلة.

[1] الطيب بلولة، قانون الشركات، منشورات بيرتي، الجزائر، طبعة 2008، ص 73.

والملاحظ أن المشرع قد فرض هذه الشروط لتوفير حماية أكثر للقاصر أثناء مباشرته للأعمال التجارية حفاظا على أمواله من الضياع، إلا السؤال المطروح في هذا الصدد هل يكون هذا الإذن الخاص بالقاصر لمزاولة التجارة **على وجه الاطلاق أم يكون مقيدا؟ الحقيقة أن المادة 5 من ق.ت** جعلت الإذن مطلقا دون قيد غير أن المادة **6 من ق.ت أوردت استثناء على هذا الأصل فيما إذا تعلق التصرف بالعقارات المملوكة للقاصر إذ يتعين بيعها وفقا للإجراءات المقررة لبيع أموال القصر**[1].

ومثل الحكم السابق يصرفنا إلى المواد **783 وما بعدها من ق.إ.م.إ المتعلقة بالإجراءات المتبعة لبيع العقارات المملوكة للقاصر** وذلك عن طريق المزاد العلني حيث صرحت المادة **783 من ق.إ.م.إ بأن تتضمن قائمة شروط البيع الإذن الصادر بالبيع وأما المنقولات فبيعها يكون مطلقا.**

كان على المشرع أن يورد قيدا أيضا على المنقولات ذات الأهمية الخاصة المنصوص عليها المادة 88 من قانون الأسرة وهو في الحقيقة مصطلح فضفاض لا يمكن تبينه كما **وضحنا سابقا إذ يستحسن وضع حد قيمي لاعتبارها كذلك،** ضف إلى ذلك أن النص الوارد في النسخة الفرنسية للمادة **89 من ق.أ** لم يقصر **الإذن على العقار**[1]، ومن ثم اقترحنا ضرورة تخصيص إجراءات لبيع المنقول المملوك للقاصر كما هو عليه الحال في التشريع المغربي، واستثناء من منع القصر ببيع العقارات المملوكة لهم أجاز المشرع **للتجار القصر** المأذون لهم بموجب المادة **1/6 من ق.ت أن يرتبوا رهونا أو التزامات على تلك العقارات، والحكمة من تقييد المشرع للإذن هي** حماية أموال القصر **وخشية ضياعها**[2].

وفي كل الأحوال للمحكمة السلطة التقديرية في تقييد الإذن وكذا تحديد المبلغ الذي يمكن للقاصر المتاجرة به، وإذا لم يحسن القاصر المأذون له التصرف في أمواله يسلب الإذن منه بعد سماع أقواله بناء على طلب ذوي الشأن

[1] عمار عمورة، مرجع سابق، ص 93.

[1] Art. 89 du code de la famille : « …sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques ».

[2] عمار عمورة، مرجع سابق، ص 92.

أو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[1]. وهكذا فإن القاصر يصبح كامل الأهلية فيما أذن له فيه مما يكسبه صفة التاجر وتقع على عاتقه التزامات التاجر وترتب كامل آثارها القانونية كما يجوز شهر إفلاسه حال توقفه عن أداء الديون، أما ما خرج عن حدود الإذن فإن الأعمال التجارية تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر التاجر.

وقد أجاز المشرع للقاصر المأذون له وفقا لأحكام المادة 5 من ق.ت أن يرتب التزاما أو رهنا على العقار الذي يملكه واستثناء من ذلك أوجب المشرع اتباع إجراءات وأشكال متعلقة ببيع أموال القاصر أو غير كامل الأهلية وإلا كان تصرفهم على خلاف هذا النحو محظور قانونا[2]، يقابل نص المادة 5 من ق.ت المادة 57 من قانون الولاية على المال المصري والتي تنص على ما يلي:" لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذنا مطلقا أو مقيدا"، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص أن حكم المادة يعتبر مخصصا للمادة الرابعة من القانون التجاري فيما يتعلق بالمصريين وحدهم دون الأجانب الذين تسري عليهم الفقرة الثانية من ذات المادة التي تنص على ما يلي:" وأما من بلغ سنه ثماني عشرة سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضي بأنه قاصر فلا يجوز له أن يتجر إلا بحسب الشروط المقررة فيه، أما إذا كان القانون المذكور يقضي برشده فلا يتجر إلا بإذن من المحكمة الابتدائية"[1].

فمتى احترف القاصر المأذون له القيام بالأعمال التجارية اكتسب صفة التاجر وجاز تبعا لهذا شهر إفلاسه، ولا يمس الإفلاس سوى الأموال التي أذن له بمباشرتها، وأما بخصوص ما خرج عن حدود الإذن فلا يعتبر كامل الأهلية ويظل قاصرا بحكم القانون، وفي حالة الشك يفسر العمل على أنه متعلق بالتجارة حتى يثبت العكس، أما إذا باشر القاصر المرشد عملا تجاريا بدون إذن من المحكمة فإن تصرفاته القانونية تقع باطلة بطلانا نسبيا ويكون للقاصر وحده

[1] عمار عمورة، مرجع سابق، ص92.

[2] والملاحظ هنا أن المشرع ذكر عديمي الأهلية ولم يذكر ناقصيها في حين أنه قصدهم جميعا استنادا إلى النص الفرنسي(incapables)، أي أنه عكس الصورة إذا ما قارنا الأمر بنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 5/153 ،260،358، 481، 636، 783 حيث اعتمد المشرع مصطلح ناقص الأهلية والصواب هو استعمال مصطلح غير كاملي الأهلية حتى يشمل فاقديها وناقصيها على حد سواء.

[1] عمرو عيسى الفقي، الولاية على المال، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بور سعيد، مصر، س 1998، ص 23.

التمسك بالبطلان ولو لم يقع عليه غبن جراء العمل الذي باشره، وتنظر في طلب الإبطال المحكمة المدنية باعتبارها صاحبة الاختصاص وليس المحكمة التجارية لأن القاصر غير المأذون له لا يكتسب صفة التاجر[1].

وأضافت المادة 1006 من قانون المرافعات المصري حكما مفاده أن المحكمة قد ترفض الإذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة بالاتجار وحينها لا يقبل طلب إعادة الإذن له بذلك إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائي بالرفض[2] - مع العلم أن القانون المصري يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة شمسية كاملة-، ولا يوجد نص مقابل لهذا الحكم في التشريع الجزائري ، ويطرح تساؤل عن حكم مسألة ممارسة القاصر للأعمال التجارية حين بلوغه سن ثماني عشرة سنة دون إذن من ولي الأمر ومصادقة المحكمة؟

وتكون الإجابة بأنه لا يكتسب صفة التاجر، وتبعا لهذا لا يجوز شهر إفلاسه وتكون تصرفاته قابلة للإبطال لمصلحته على أنه إذا تمسك هو ببطلانها تعين عليه رد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد حتى لا يثرى على حساب المتعاقد الآخر[1]. كما يثور إشكال آخر بشأن إمكانية كون القاصر شريكا في شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة، فهذا لا يمكن من الناحية القانونية ولو كان القاصر مرشدا "émancipé"[2].

وأما في التشريع القطري فقد قضت المادة 44 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري بأنه يجوز للقاضي بعد أن يسمع إلى أقوال الولي أو الوصي المختار أن يمنح للقاصر الذي بلغ 16 سنة إذناً مطلقاً أو مقيداً يقضي بتسلم جزء من ماله لإدارته أو المتاجرة فيه وهذا بعد أخذ القاضي رأي الهيئة العامة، كما يجوز للقاصر المأذون له بمزاولة التجارة أن يباشرها ويمكنه تبعا لهذا أن يفي الديون المترتبة عن هذه التجارة ويستوفيها في حدود الإذن، على أنه لا يجوز له التصرف في صافي دخله سوى بالقدر الذي يلزم لسد نفقاته ومن تجب نفقتهم عليه شرعاً.

[1] كمال حمدي، مررجع سابق، ص 144.
[2] عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق، ص 30.
[1] عمار عمورة، مرجع سابق، ص 91.
[2] الطيب بلولة، مرجع سابق، ص 73.

كما تفيد المادة 45 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري بأن القاصر المأذون له بالإدارة أو الاتجار يقدم حساباً كل سنة عن إدارة أمواله أو المتاجرة بها إلى الهيئة العامة، إلا إذا حددت له ميعادا آخر يقدم فيها هذا الحساب، وتضيف المادة 46 من نفس القانون أن القاصر المأذون له بالإدارة أو الاتجار إذا حدث تقصير منه في تنفيذ التزاماته بخصوص إدارته وتجارته أو أساء التصرف أو أصبح ماله في خطر لو بقي في يده أو استمر في تجارته يجوز للقاضي أن يحد من الإذن أو يأمر بإلغائه بعد أن يسمع أقوال القاصر بطلب من الهيئة أو من أصحاب الشأن أو من تلقاء نفسه[1].

وبالنسبة للتشريع المغربي تقضي المادة 218 من مدونة الأسرة بأن الحجر عن القاصر ينتهي ببلوغ سن الرشد إلا إذا تم الحجر عليه لموجب آخر من موجبات الحجر، كما يكون من حق المحجور عليه طلب رفع الحجر عنه من المحكمة إذا أنس من نفسه رشدا وهذا بسبب سفه أو إعاقة ذهنية، كما يخول ذلك للنائب الشرعي عنه، و إذا بلغ القاصر ست عشرة سنة جاز له أن يطلب ترشيده من المحكمة ، كما أنه بإمكان النائب الشرعي تقديم نفس الطلب لفائدة القاصر، ويترتب عن ترشيد هذا الأخير تسلم أمواله واكتساب أهلية الإدارة وأهلية التصرف في حدود تلك الأموال، على أن الحقوق غير المالية تخضع في ممارستها للنصوص القانونية المنظمة لها. وإذا لاحظ النائب الشرعي أن القاصر المحجور عليه قبل أن يبلغ سن الرشد أصيب بإعاقة ذهنية أو اعتراه سفه قررت لمادة 219 من مدونة الأسرة المغربية رفع المسألة إلى المحكمة الناظرة في إمكانية استمرار الحجر عليه وللمحكمة أن تستعين بكافة وسائل الإثبات الشرعية.

وقد قرر المشرع الفرنسي أنه بإمكان القاصر الحصول على إذن بالاتجار في حالتين نصت عليهما المادة 413-8 من القانون المدني مفاد الحالة الأولى أن يمنحه قاضي الوصاية هذا الإذن متزامنا مع مقرر الترشيد ومضمون الحالة الثانية أن يكون بناء على طلب يوجه إلى رئيس المحكمة الابتدائية بعد ترشيده.

[1] يصبح القاصر المأذون له بالإدارة أو الاتجار طبقا للمادة 47 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي بشأنه.

تجدر الإشارة إلى أن ممارسة الولاية على أموال القاصر ينشأ عنها منازعات مادام الأمر يتعلق بمال، **وقد جبل الإنسان على حب المال مصداقا لقوله** تعالى :" وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ"[1] **والمقصود** بالخير في هذه الآية **هو المال أي** أن الإنسان حريص على جمعه[2]، **لذا يتعين دراسة** هذه المنازعات ومعرفة الإجراءات المخصصة لبيع مال القاصر وما يكون قد أغفله المشرع من أحكام بالنظر إلى التشريعات المقارنة، وهو ما سنتعرف عليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: منازعات الولاية بشأن أموال القاصر وإجراءات البيع المقررة لها

خص المشرع الجزائري المواد من 474 إلى 478 **من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمنازعات المتعلقة بالولاية على مال القاصر** وعقد الاختصاص بشأنها لقاضي شؤون الأسرة، **كما يكون للنيابة العامة دورا مهما إزاء** حماية القصر و**ضرورة** استحداث المشرع لأحكام إجرائية في هذا الخصوص، والسؤال المطروح في هذا القبيل هل أن دور النيابة العامة متقدم بالنظر إلى التشريعات المقارنة؟

تطرقنا إلى مسألة بيع العقار المملوك للقاصر **من الناحية الموضوعية** وقررنا أن الولي ملزم بالحرص **واستئذان** القاضي في **إبرام التصرف بشأن مال القاصر وإلا كان مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، كما أوجبت المادة** 89 **من ق.أ** مراعاة حالتي الضرورة والمصلحة، وتبعا لهذا تحدث المشرع الإجراءات الخاصة بهذا البيع بمقتضى المواد 783 **وما بعدها من ق.إ.م.إ** .

ويبقى السؤال مطروح حول الإجراءات المطبقة على المنقول المملوك للقاصر لا سيما إذا كان ذا أهمية **خاصة وفقا للمادة** 88 **من ق.أ** وسوف نحاول الإجابة على هذا التساؤل والاستفادة من التشريعات المقارنة بخصوص هذه **المسألة.** وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين لنتناول في المطلب الأول منازعات الولاية على مال القاصر، ثم نعالج في المطلب الثاني **إجراءات بيع المال المملوك للقاصر.**

---

[1] الآية 8 من سورة العاديات.

[2] محمد علي الصابوني، مرجع سابق، ج3، ص 593.

المطلب الأول : منازعات الولاية على مال القاصر

سبق القول في معرض معالجتنا للاختصاص الإقليمي لمسائل الولاية على مال القاصر أنه يعهد الاختصاص فيها إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية على أموال القصر طبقا للمادة 464 من ق.إ.م.إ، وقد نص المشرع على جملة من المنازعات الخاصة بالولاية على أموال القاصر ضمن المواد 474 إلى 478 ومنح الاختصاص بشأنها لقاضي شؤون الأسرة[1].

كما استحدث قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصا قانونية تبرز مركز النيابة العامة في مسائل الولاية على مال القاصر وسوف نوازن بينها وبين ما ورد في التشريعات المقارنة في هذا الخصوص وغايتنا في ذلك معرفة مدى كفاية هذه النصوص لتقرير الحماية المبتغاة، ولبلوغ هذه الغاية نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبين في الفرع الأول اختصاص قاضي شؤون الأسرة بمنازعات الولاية على مال القاصر، ثم نعكف في الفرع الثاني على البحث في الأحكام المتضمنة دور النيابة العامة في حماية القصر.

الفرع الأول: اختصاص قاضي شؤون الأسرة بمنازعات الولاية على مال القاصر

غني عن البيان أن مسائل الولاية على مال القاصر تندرج ضمن الأحوال الشخصية وتبعا لهذا فإن قانون الأسرة هو الذي ينص على أحكامها من الناحية الموضوعية، وقد عرّفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية في حكمها المؤرخ في 1984/12/27[1]، كما خصص المشرع للمنازعات الناشئة عن ممارسة الولاية على مال القاصر من الناحية الإجرائية إجراءات ضمن القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية من بيان الجهة

[1] يظهر أن جملة المنازعات المنصوص عليها في المواد 474 إلى 478 من ق.إ.م.إ قد منح المشرع الاختصاص بشأنها لقاضي شؤون الأسرة، فكان الأجدر أن يجمعها ضمن نص واحد.

[1] وقد عرّفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية في حكمها المؤرخ في 1984/12/27 كما يلي:"مسائل الأحوال الشخصية هي مجموعة متميزة من الصفات الطبيعية أو العائلية لشخص، والتي رتب القانون عليها أثرا في حياته الاجتماعية ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا، وكونه أبا أو ا وكونه كامل الأهلية أو ناقصها لصغر أو سفه أو عته أو جنون، باعتبار أنها تقوم على تقرير مراكز قانونية، أو حالات أو صفات دينية يرتب القانون عليها أثرا في حياة الأشخاص الاجتماعية"كمال حمدي، مرجع سابق، ص 266.

القضائية صاحبة الاختصاص والإجراءات المتبعة منذ رفع الدعوى إلى غاية صدور حكم بشأنها وكذا طرق الطعن المقررة لها قانونا.

وبينت المادة 423 من ق.إ.م.إ الدعاوى التي ينظر فيها قسم شؤون الأسرة وذكرت بينها الدعاوى المتعلقة بالولاية سواء كانت ولاية على النفس أو ولاية على المال[1]، ويتعين في هذا الخصوص تحديد القاعدة العامة لاختصاص هذه المنازعات وكذا الاستثناء الوارد عليها، بمعنى آخر هل ترفع الدعوى بخصوص المنازعات بإتباع إجراءات التقاضي العادية أم بتقرير الاستعجال بشأنها؟

وتبعا لهذا سوف نعرض لتحليل المواد 474 إلى 478 من ق.إ.م.إ التي تناولت الإجراءات المتعلقة بالمنازعات الناشئة عن ممارسة الولاية على مال القاصر، وهذا ليبلغ جملة الاختصاصات التي يتمتع بها قاضي شؤون الأسرة في مسائل الولاية ورفع اللبس عن إشكالية اختصاصه في المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر بعد بلوغه سن التمييز وهذا للكشف عن مثالب التشريع في سن هذه الأحكام ومن ثم تدارك النقائص وسد الثغرات.

أولا: منازعات الولاية على مال القاصر بوجه عام

قبل أن نتناول الأحكام الإجرائية المتعلقة بمنازعات الولاية على مال القاصر نشير إلى أن المشرع قد قصد في المادة 474 من ق.إ.م.إ جميع المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر وهي متعددة لا يمكن حصرها سواء تلك المتعلقة بإدارة الولاية وكذا مسألة الجرد أو المسائل المرتبطة بالتصرفات التي يجريها الولي على أموال القاصر، أو المنازعات الناشئة عن التصرفات التي يبرمها القاصر نفسه، أو تلك المتعلقة بتعارض مصالح الولي والقاصر، إلا أنه ذكر على وجه الخصوص المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية والتي يتم رفعها من قبل القاصر المرشد أو بعد بلوغه سن الرشد، وكذا المنازعات التي يرفعها القاصر بعد بلوغه سن التمييز بشأن تصرفاته، وقد يبدو للبعض أنه لا ضرورة لاستحداث مثل هذه الأحكام غير أن ما قام به المشرع هو عين الصواب كما سنوضحه.

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 328-329.

إن استحداث المشرع للأحكام المتعلقة بمنازعات الولاية على مال القاصر بموجب المادة 474 من ق.إ.م.إ يهدف إلى رفع اللبس عن مسألة الاختصاص النوعي[1] ذلك أن الاختصاص الإقليمي حدده المشرع في المادة 464 من نفس القانون، فقد يعتقد القاصر المرشد أن القاضي المدني هو صاحب الاختصاص[2] بالنظر في دعواه استنادا إلى أحكام الأهلية الواردة في القانون المدني، كذلك الشأن بالنسبة للقاصر المرشد لمزاولة أعمال التجارة إذا حصل له ضرر أثناء ممارسة التجارة قد ينصرف ذهنه إلى أن القاضي المدني هو المختص على أساس أن أحكام الأهلية واردة في القانون المدني دون أن يعلم بأنه قد اكتسب صفة التاجر.

ويطرح الإشكال خاصة إذا خرج القاصر المرشد عن حدود الإذن هل يزول عنه وصف التاجر؟ وإذا كان كذلك لمن ينعقد الاختصاص؟ لذا خصصنا عنوانا لهذه المسألة مضمونه إشكالية الاختصاص بشأن تصرفات القاصر المولى عليه نعرض له لاحقا ذلك أنه تم التقيد بالترتيب الوارد في ق.إ.م.إ.

وغاية المشرع أيضا من استحداث م474 من ق.إ.م.إ هي الإفصاح عن طبيعة الإجراءات الواجب إتباعها [redacted] وقد فصل المشرع المصري بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 في بعض المسائل من الناحية الإجرائية كنص م46 منه التي دققت في إجراءات تقديم الحساب عن إدارة الأموال من قبل النائب القانوني مشفوعا بالمستندات التي تؤيده في الميعاد المحدد قانونا أو الذي تحدده المحكمة بطلب منها[1].

لا نتوسع في الأحكام المتعلقة بمنازعات الولاية على مال القاصر ونتقيد بما أورده المشرع الجزائري في المادة 474 ق.إ.م.إ وإعمال المقارنة مع تشريعات أخرى متى أمكن ذلك، قضت هذه المادة بأن المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر يتم رفعها أمام قاضي شؤون الأسرة، وأنه في حالة الاستعجال يتم الفصل في الدعوى تبعا

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 468.

[2] تجدر الإشارة إلى القانون المدني ورد فيه مصطلح الولاية مرتين، الأولى في المادة 15 من ق.م والتي تجد مجال تطبيقها في القانون الدولي الخاص وكذا المادة 44 من ق.م التي تحيل إلى قانون الأسرة.

[1] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 129-130.

للإجراءات المقررة في الدعوى الاستعجالية، وقد فصلنا في هذه الإجراءات في معرض إنهاء الولاية على نفس القاصر أو سحبها المؤقت من الناحية الإجرائية.

ومفهوم المخالفة للفقرة الثانية من المادة 474 من ق.إ.م.إ يكون الأصل أن ترفع هذه المنازعات وفقا لإجراءات التقاضي العادية[1] وهي الحالات التي لا تنطوي على خطر محدق بمال القاصر، إلا أن الغالب في هذه المسائل هو الاستعجال مادام أن المسألة تتعلق بالمال فلا سبيل للخصوم سوى اللجوء إلى قاضي الاستعجال[2].

حتى وإن كان المشرع قد قرر إجراءات التقاضي العادية للمنازعات المرتبطة بمال القاصر كان من الأجدر أن ينص على ضرورة البت في هذه القضايا على وجه السرعة[1]، وفي كل الأحوال يكون قاضي شؤون الأسرة هو المختص سواء تم رفع الدعوى وفقا لإجراءات التقاضي العادية أو طبقا للإجراءات الاستعجالية[2]، وهذا تأكيدا لما ورد في المادة 425 من ق.إ.م.إ التي تفيد بأن قاضي شؤون الأسرة يمارس الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال.

ذكرنا أن قسم شؤون الأسرة هو المختص نوعيا في هذه المسائل وأما عن الاختصاص الإقليمي فينعقد بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية وفقا للمادة 464 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتخضع الدعوى إلى الإجراءات المتبعة في سائر الدعاوى[3] إلا إذا كانت المسألة تنطوي على عنصر الاستعجال ولا تمس بأصل الحق فترفع الدعوى طبقا للقواعد المقررة في الاستعجال، على أن الأحكام التي تصدر في هذه المسائل تكون قابلة لجميع طرق الطعن.

---

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 649.

[2] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 468.

[1] وهنا تظهر أهمية التفرقة بين الاستعجال والسرعة ذلك أن قضاء الاستعجال يقوم على ركنين ويرمي إلى حماية المراكز القانونية والحقوق من الخطر المحدق الذي يهددها بتفادي وقوعه قبل الفصل في الموضوع، بينما يتعين أن يتم البت في بعض القضايا على وجع السرعة دون أن تكيف هذه المسائل ضمن قضايا الاستعجال بل هي تندرج ضمن القضاء العادي وتكون من اختصاص قاضي الموضوع ، وتتضح المسألة أكثر في المسائل التجارية و القضايا العمالية. عمر زودة، مرجع سابق، ص 208.

[2] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 468.

[3] بوضياف عادل، نفس المرجع، ص نفس الصفحة.

ثم إن حصر المشرع لطرق الطعن بالنسبة للمنازعات الواردة في المادة 474 في عبارة "طبقا لمقتضيات المادة 474 أعلاه" فيه دليل أيضا على أن المنازعات الواردة في المواد اللاحقة لهذه المادة هي امتداد للأحكام التي تخضع لها من حيث إجراءات سير الدعوى كونها عادية أو استعجالية عند الاقتضاء وكذا قابليتها لجميع طرق الطعن، ونتناول المنازعات التي خصها المشرع بالنص في النقطة الموالية حسب ترتيب ورودها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: المنازعات الخاصة بحسابات الولاية

تقدم معنا أنه يجب على المقدم أن يقدم عرضا عن إدارة مال القاصر طبقا للمادة 2/471 من ق.إ.م.إ، كما أن الوصي ملزم بمقتضى المادة 97 من ق.أ بتسليم الأموال التي كانت في عهدته عند انتهاء مهمته وتقديم حساب بشأنها إلى الشخص الذي خلفه، وهذا الإجراء ليس بالسهل نظرا لما يترتب عليه من فوارق في الحسابات أثناء القيام بعملية الجرد، كما أن هذا الإجراء مرتبط بأجل – مدة شهرين من تاريخ انتهاء المهمة- .

ولم يفصح المشرع الجزائري عن الجزاء المترتب على تخلف الوصي عن تقديم الحساب خلال هذه المدة، وما يسجل على هذه العبارة -"...القاصر، بعد بلوغه[1] أو ترشيده"- أن البلوغ في القانون الوضعي يتعين أن يقترن بعبارة "سن الرشد" حتى تستقيم الصياغة، ولم يربط المشرع الجزائري حق القاصر في اللجوء إلى القضاء بمدة تقادم أو سقوط حقه في رفعها وهذا أيضا إجحاف بحق الولي الذي يظل مهددا بهذا الأجل المفتوح[2].

بينما نص عليه المشرع المصري في المادة 2/46 من القانون رقم 1 لسنة 2000 وقضى بأنه في حالة انتهاء الميعاد ولم يقدم الحساب يجوز للمحكمة توقيع غرامة على النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها لا تتجاوز 500 جنيه وإن تكرر الفعل يجوز الحكم عليه بغرامة لا تفوق 1000 جنيه وذلك دون الإخلال بالجزاءات الأخرى المنصوص

[1] "بعد بلوغه سن الرشد" هذا تصحيح لما ورد في المادة 477 في عبارة "بعد بلوغه" على إطلاقها ذلك أن البلوغ مدلوله واسع في الفقه الإسلامي من جهة، ولا نجد له معنى في القانون الوضعي ما لم يقترن بعبارة"سن الرشد".

[2] عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 470.

عليها قانونا، وأشارت الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه إذا قام النائب بتقديم الحساب وتبرير تأخيره بعذر قبلته المحكمة فإنه يجوز لها إقالته من الغرامة كلها أو بعضها[1]-[2].

كما يتعين فحص الحسابات قبل الفصل فيها إما بالتصديق أو مساءلة النائب القانوني، وبطبيعة الحال تسند هذه المهمة إلى قاضي شؤون الأسرة بموجب المادة 476 من ق.إ.م.إ التي قضت بأن المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وإدارتها ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة، وإذا كانت هذه المسألة عسيرة بأن كان طابعها فنيا فللقاضي أن يستعين بالخبرة ثم اعتماد الحساب.

وما سلف يحيلنا إلى أحكام الخبرة ضمن المواد 125 وما بعدها من ق.إ.م.إ على أن تقرير الخبرة ليس ملزم للقاضي بموجب المادة 2/144 من ق.إ.م.إ بشرط أن يسبب استبعاد نتائج الخبرة[1]، هذه الأخير التي قد تستدعي ندب خبير محاسب إن وقع شك في نتائج الحسابات أو زراعي إن تعلق الحساب بأراضي زراعية أو مهندس معماري إن تعلقت المسألة ببنايات، وهذا كله حسب الطابع الذي يغلب على إجراء الحساب.

1. المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية المرفوعة من قبل القاصر ومدى ارتباطها بالرشد

نتفق على أن مصطلح الرشد يقصد به حسن التصرف في المال والقدرة على استعماله واستغلاله استغلالا حسنا أي الصلاح في المال[2] ومن ثم الترشيد يكون بمعنى التدريب على هذه الأعمال، ويعرف الترشيد بأنه إسناد القاضي إلى قاصر مميز الحرية في إدارة شؤونه الخاصة بأن يأذن له بالتصرف كليا أو جزئيا في أمواله كالشخص البالغ تماما[3] فيصبح كامل الأهلية فيما أذن له.

---

[1] وهو مضمون المادة 45 من ق.و.م. مع الإشارة إلى أن القانون 1 لسنة 2000 يتعلق بتقديم الحساب كلما طلبت المحكمة ذلك ولم تقيده بميعاد معين بل للمحكمة السلطة التقديرية في تحديده، كما أن إعفاء الوصي من تقديم الحساب عن إدارة أموال القاصر لا يغني عن تقديم الحساب عند انقضاء الوصاية. انظر أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 152.

[2] عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق، ص 130.

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 143.

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج2، ص 147.

[3] ابتسام القرام، مرجع سابق، ص 115.

وبالتالي يختلف سن الترشيد بحسب نوع العمل فإن كان عبارة عن تصرف في المال[1] **فقد قضت المادة 84 من ق.أ بأن القاضي له أن يأذن** لمن بلغ سن التمييز أن يتصرف في أمواله جزئيا أو كليا بطلب صاحب **المصلحة وله أن يرجع** في الإذن في حالة ثبوت مبرر لذلك.

وهذا دون استبعاد مسألة ترشيد القاصر لإبرام عقد الزواج[2] **كما يذهب إليه البعض**[3] احتراما لرأيهم لأنها تتعلق بالحسابات **رغم أن مسألة ترشيد القاصر من أجل إبرام عقد الزواج مناطها الولاية على النفس وليس على المال، حيث تنص المادة 2/7 المعدلة من ق.أ** التي **تفيد بأن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي** بخصوص **آثار الزواج من حقوق والتزامات**، وما يعنينا في هذه الأخيرة هو الحقوق والالتزامات المالية التي تترتب على **العقد كما درجت عليه التشريعات المقارنة** ويظهر ذلك خاصة في تلك التي أفردت قانونا خاصا بالولاية على المال[1]، **كما تقضي م 60 من ق.و.م** بأنه في حال **إذن** المحكمة في **زواج القاصر الذي يملك مالا كان ذلك بمثابة إذن له** في التصرف في المهر **والنفقة إلا إذا أمرت المحكمة** بخلاف **ذلك عند الإذن** أو في قرار لا حق[2].

وقد يكتشف القاصر المأذون له فيما بعد أن إدارة ماله أو مزاولة التجارة من قبل الولي تنطوي على إجحاف بحقه **على اعتبار أن العمل التجاري الذي يمارسه القاصر -المأذون له- في نفس الظروف** التي كان يعتمدها الولي أصبح يدر ربحا أوفر، **وهنا** ينشأ النزاع بين الولي والقاصر، إذ بإمكان هذا الأخير أن يرفع دعواه

---

[1] تنص المادة 2/56 من **ق.و.م على ما يلي:**" ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخلة **إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا". وقد** ابتغى المشرع المصري بهذه الأحكام تحقيق الانسجام بين القواعد العامة التي تقضي بالبطلان النسبي لتصرفات ناقصي الأهلية وبين الواقع الذي يفرض ضرورة تعامل الناس معه بمال في صورة محدودة وتكون له أهلية كاملة بالنسبة للمال الذي يدفع إليه بخصوص أغراض نفقته.كمال حمدي، مرجع سابق ص148.

[2] **عبد** الرحمن بربارة ، مرجع سابق، ص 351.

[3] **عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 469.**

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص **176 وما بعدها.** كمال حمدي، مرجع سابق، ص **146 وما يليها.**

كما تنص المادة 10 من قانون الولاية على المال القطري على ما يلي:" الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم ، إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ. ويصدر القاضي الإذن في الحالات السابقة بعد أخذ رأي الهيئة"، بل وتعتبر النفقة على من تجب نفقتهم من واجبات الوصي قِبل القاصر في المادة 23 **من نفس القانون.**

[2] **كمال صالح** البنا، مرجع سابق، ص 51.

على الولي لطلب التعويض، وقد نصت في هذا القبيل المادة 477 من ق.إ.م.إ على ما يلي" ترفع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية من قبل القاصر، بعد بلوغه أو ترشيده، أمام قاضي شؤون الأسرة".

2. المنازعات المرتبطة بتصرفات القاصر بعد بلوغه سن التمييز

إن تناثر أحكام الأهلية بين القانون المدني وقانون الأسرة خلق ازدواجية في الحكم بشأن تصرفات القاصر المميز فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر طبقا للمادة 83 من ق.أ ويكون حكمها القابلية للإبطال في نفس الحالة وفقا لأحكام القانون المدني[1]، وقد أوضحنا الفرق بين الحكمين فيما سبقّ.

وبطبيعة الحال منشأ هذا الاختلاف في الحكم هو الاختلاف في المصدر ذلك أن قانون الأسرة يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي في حين أن القانون المدني يجد مصدره في التشريع الفرنسي، كما أنه يصعب تحديد الاختصاص النوعي بشأن التصرفات التي يبرمها القاصر مميزا كان أو غير مميز خاصة وأن م478 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية توضح بأن المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر ترفع بعد بلوغه سن التمييز أمام قاضي شؤون الأسرة مع العلم أنه يمكن للقاصر الحصول على إذن بالتصرف كليا أو جزئيا في ماله، وهذا يجعلنا أمام فرضين:

الفرض الأول: ركاكة صياغة المادة تقود إليه مع أنه مستبعد تماما لأنه لا يحمي الطرف المتعامل مع القاصر، وصورة هذا الفرض أن التصرفات التي يبرمها القاصر غير المميز ينتظر بشأنها صاحب المصلحة إلى أن يبلغ سن التمييز ثم يباشر دعواه أمام قاضي شؤون الأسرة[1] ولكن للأسف صياغة النص هي التي تقود إلى هذا الفرض وبطبيعة الحال هذا غير ممكن لأنه يضر بمصلحة القاصر غير المميز، ومع احتمال هذا الفرض فإن الدعوى لا يمكن رفعها أمام قاضي شؤون الأسرة ولكن بالإمكان رفعها أمام قاضي القسم أو قاضي القسم العقاري بحسب الأحوال.

الفرض الثاني: وهو الذي نرجحه حيث أن المشرع توسع في الضمانات لصالح القاصر وذلك بفرض قيود على تصرفات الولي والوصي وحتى القاصر نفسه في نطاق معين ذلك أن النائب القانوني عن القاصر قد يستغل

[1] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص32 وما بعدها.

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص653.

حاجة القاصر في هذه السن وتلهفه لتسلم الأموال وقلة خبرته فيستأثر بامتيازات تؤدي إلى افتقار الذمة المالية **للقاصر، فالحكمة** التي توخاها المشرع في رفع الدعوى من قبل القاصر الذي بلغ سن **التمييز** هي الهوى والتلهف المفترضين وليس مرجعه نقص أهليته[1]، **وهنا تقوم** جريمة انتهاز احتياج قاصر المنصوص عليها في م **380 من ق.ع.**

وقريب من مفهوم هذا النص في التشريع المصري المادة **52 من ق.و.م** التي تنص على ما يلي:" **يكون قابلا للإبطال** كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصي ممن كان في وصايته **وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد** خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إلية في المادة 45" ، **فقرر المشرع المصري بموجب هذا النص ثلاثة** شروط أولها أن يكون التعهد **-أو المخالصة- صادرا لمصلحة الوصي**، والثاني أن يكون التعهد **-أو المخالصة- صادرا** خلال سنة من تاريخ تقديم الوصي للحساب المثار إليه في م **45، وأما الشرط الثالث وهو الأساس أن يكون القاصر الذي بلغ هو المتمسك بالإبطال**[1].

حاول المشرع التنسيق بين هذا النص الإجرائي وكذا نص المادة 84 من ق.أ إلا أنه لم يفلح في ذلك حيث تقضي هذه المادة **بأنه يمكن للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز - ثلاث عشرة سنة (م 42 من ق.م) -** في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك إلا أن صياغة النص في النسخة العربية كانت تخالف مقتضاها في النسخة الفرنسية[2]، **وبإعمال المقارنة مع نص المادة 478 من ق.إ.م.إ** في النسخة الفرنسية[3] **يتضح أن استعمال المشرع للفظ "بعد"[4] هو الذي** يخل بالمعنى ويصرفنا إلى تصرفات القاصر غير المميز كما قررنا في الفرض الأول، ونفس الانتقاد موجه إلى المادة **477 من نفس القانون.**

---

[1] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص **161 وما بعدها.**

[1] أحمد نصر الجندي، **نفس المرجع، ص 162-163.**

[2] Art. 84 du CF: "Le juge peut autoriser la personne ayant attaint l'âge de discernement à disposer de tout ou partie de ses biens, à la demande de toute personne y ayant intérêt. Toutefois, le juge peut revenir sur sa decision s'il en admet le bien-fondé".

[3] Art. 478 du CPCA:"les contestations relatives aux actes du mineur ayant atteint l'âge de discernement sont portées devant le juge aux affaires familiales".

[4] **وهو مضمون المادة 478 من ق.إ.م.إ في عبارة "...بعد بلوغه سن التمييز"**، ولماذا لم ترِد الصياغة **"... القاصر المميز"** ؟

وإذا رفع القاصر الذي بلغ سن التمييز- بدل بعد بلوغه...- الدعوى المرتبطة بتصرفه وتبين للقاضي أن تصرفه غير قانوني فيقضي ببطلانه، وأما إن اتضح أن تصرفه صحيح فيقضي بصحته ويمكن للقاضي فوق هذا أن يمنحه الإذن بالتصرف في أمواله كلها أو جزء منها، وبهذه الصورة يكون المشرع قد وفق بين النصين الموضوعي (م84 من ق.أ) والإجرائي(م 478 من ق.إ.م.إ). ومن ثم فإن الإذن الممنوح للقاصر المميز في التصرف في أمواله يجعله كامل الأهلية بالنسبة لما أذن له فيه[1]، وإذا لم يؤذن له في ذلك فيبقى ناقص الأهلية وتأخذ تصرفاته ثلاثة أضرب كما بينا حيث تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا ثبت أن هناك جَوْر في العقد الذي أبرمه، وتأخذ حكم الصحة إذا كانت نافعة له على أنها تأخذ حكما مزدوجا في التشريع الجزائري إذا كانت دائرة بين النفع والضرر كما بينا سلفا، وأما الفترة السابقة لسن التمييز حيث أن القاصر لا يدرك في ظلها كيف يبرم التصرفات ولا يتبصر العواقب ومن ثم لا يمكنه التقاضي بأمور لا يفقه كُنهَها فيكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا وينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم.

وفي الأخير نشير إلى أن المشرع ذكر جملة من المنازعات في المواد 474، 476، 477، 478 وكلها من اختصاص قاضي شؤون الأسرة فكان من الأجدر أن يجمعها في مادة واحدة وتستوي صياغتها كما يلي:

" يختص قاضي شؤون الأسرة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر لاسيما:

- المنازعات التي يرفعها القاصر المرشد أو الشخص الذي بلغ سن الرشد[1] بشأن حسابات الولاية وإدارتها،
- المنازعات التي يرفعها القاصر الذي بلغ[2] سن التمييز بشأن تصرفاته.

وفي حالة الاستعجال، يفصل القاضي في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية.

تكون الأحكام الصادرة في هذا الشأن قابلة لكل طرق الطعن".

---

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 470.

[1] تم اقتراحها بدل عبارة "القاصر بعد بلوغه أو ترشيده"، لأن القاصر بعد ترشيده تظل صفة القصر تلازمه وأما ببلوغه سن الرشد ينتفي عنه هذا الوصف.

[2] تم اقتراحها بدل عبارة "القاصر بعد بلوغه سن التمييز"، هنا يمكن الاحتفاظ بلفظ القاصر لأنه لا يزال قاصرا ببلوغه سن التمييز.

ثالثا: إشكالية الاختصاص بشأن تصرفات القاصر المولى عليه

تقضي القاعدة العامة في القانون المدني بأن القاصر لا يتمتع بأهلية أداء كاملة نظرا لقصور عقله عن فهم الخطاب، فإما يكون فاقد لأهلية الأداء ويترتب على هذا أنه إذا أبرم تصرفا قانونيا كان حكمه البطلان المطلق لانعدام التمييز لديه[1]، وقد يكون ناقص الأهلية فيكون حكم تصرفاته البطلان النسبي إذا كانت تصرفاته دائرة بين النفع والضرر وتأخذ حكم الصحة إذا كانت نافعة له ويترتب عليها البطلان المطلق إذا كانت ضارة به[2]، وتجب الإشارة إلى أن حكم تصرفات الصبي المميز لم يرد في القانون المدني حيث اكتفى باعتباره ناقص الأهلية بموجب م 43 من ق.م بخلاف المشرع المصري الذي أورد هذا الحكم[1] في م 111 من القانون المدني[2] وينعقد الاختصاص بالنظر في صحة هذه التصرفات للقاضي المدني كأصل عام.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 2/38 قبل التعديل كانت تحدد سن ترشيد القاصر بثماني عشرة سنة لمباشرة التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها وهو منقول حرفيا من المادة 2/42 من القانون المدني المصري وتضيف المادة 112 من نفس القانون أن الصبي إذا بلغ 18 سنة وأذن له في تسلم أمواله لأدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون. وهذه السن بطبيعة الحال بعيدة جدا عن المعقول ثم إن المشرع المصري يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة، وعليه تكون مدة الترشيد بثلاث سنوات في التشريع المصري وسنة واحدة في التشريع الجزائري الذي يحدد سن الرشد بتسع عشرة سنة[3].

---

[1] محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 6-7.

[2] محمد سعيد جعفور، نفس المرجع، ص 14-15.

[1] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 336.

[2] تنص المادة 111 من القانون المدني المصري على ما يلي: "إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا.

أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للأبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالأبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون".

[3] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 340 وما بعدها.

غير أنه بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 **حذف المشرع الفقرة الثانية من المادة 38 أي أنه ألغى سن** الترشيد المحدد بثماني عشرة سنة وعليه لمعرفة سن الترشيد يتعين الرجوع إلى م **84 من ق.**أ التي تقررها بسن التمييز أي 13 سنة حسب م 2/42 من ق.م وبهذا تساوى سن التمييز مع سن الترشيد وهو أمر منتقد[1]، **ولعل السن** المناسبة للترشيد كما يرى الأستاذ شوقي بناسي هي **16 سنة باعتبارها سن وسطى بين سن الرشد وسن التمييز** ويقترح **ضرورة قصرها على أعمال الإدارة دون منحه أهلية التصرف.** وإشارتنا إلى المادة **38 من ق.**يفيد في تحديد الاختصاص الإقليمي ذلك أن موطن القاصر هو موطن من ينوب عنه قانونا ويستثنى من ذلك القاصر المرشد الذي يكون له موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها.

غير أنه **يمكن ترشيد القاصر الذي بلغ 18 سنة لمزاولة أعمال التجارة وفق شروط معينة** حددتها المادة **5 من القانون ق.ت،** ويكون للقاضي السلطة التقديرية في تقييد الإذن مع تحديد المبلغ الذي يسوغ للقاصر الإتجار به **على** أن هذا الأخير يكون كامل الأهلية فيما أذن له **ويكتسب صفة التاجر بشأنه ومنع شهر إفلاسه ومن** ثم ينعقد **الاختصاص للقسم التجاري**[1].

وأما بخصوص ما خرج عن حدود الإذن فيكون قاصرا بشأنه وتحكمه قواعد القانون المدني ونفس الحكم مقرر للقاصر الذي باشر الأعمال التجارية دون إذن من المحكمة ويتقرر البطلان النسبي لتصرفاته **القانونية ويتمسك** به القاصر لوحده ولو لم يقع عليه غبن بسببها ويكون ذلك أمام القسم المدني وليس القسم التجاري لعدم اكتساب القاصر صفة التاجر فيما خرج عن حدود الإذن أو في حالة انعدام الإذن[2].

ونفس الحكم يجري بالنسبة لزواج القاصر رغم أنه من مسائل الولاية على النفس إلا أنه تترتب عليه آثار **مالية كما سنبينه، حيث تنص المادة 7 معدلة من قانون الأسرة على أن أهلية الزواج بالنسبة للرجل والمرأة تكتمل**

[1] شوقي بناسي، نفس المرجع ، ص 342.

[1] **عمار عمورة، مرجع سابق، ص 93.** كمال حمدي، مرجع سابق، ص 144.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 144. – **بتصرف-** .

بتمام 19 سنة، ومكن للقاضي أن يمنح ترخيصا بالزواج قبل هذه السن إذا رأى مصلحة أو ضرورة لذلك ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يترتب من حقوق والتزامات ناشئة عن عقد الزواج، والذي يعنينا في هذا المقام الحقوق والالتزامات المالية وليس الشخصية.

وتبعا لما سبق ينعقد الاختصاص لقاضي شؤون الأسرة بشأنها، وأما ما خرج عن حدود الآثار المترتبة على عقد الزواج يعتبر الزوج قاصرا فيه وتخضع تصرفاته لأحكام القانون المدني، وتبعا لهذا يؤول الاختصاص للقسم المدني بشأنها، تقضي في هذا الخصوص المادة 60 من ق.و.م على أن المحكمة إذا أذنت بتزويج قاصر يملك مالا فإن الإذن ينصرف إلى تصرفه في المهر وكذا النفقة إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك في الإذن أو ضمن قرار لاحق.

وحتى لا يخرج الزوج عن حدود المعقول في هذه النفقة يتعين على المحكمة أن تحدد في الإذن قيمة المهر الذي يدفع للزجة والنفقة[1] مستهدية في ذلك بظروف القاصر وظروف المتعاقد معه في الزواج على أن يكون القاصر في تصرفه خاضعا لرقابة المحكمة، فإذا تبين لها أن تقيد الإذن في التصرف يمكنها إصدار قرار لاحق يمنعه من التصرف أو يحد منه[2].

وقد انتقد الدكتور بربارة عبد الرحمن استحداث المواد 474 إلى 476 لسببين، أولهما أن مضمون هذه المواد له صلة بأحكام الولاية التي تدخل ضمن اختصاص قاضي شؤون الأسرة، والسبب الثاني أن مسائل الولاية ذات طابع استعجالي كونها تحمي مراكز وحقوق أشخاص لا تتوافر لديهم الأهلية[3]، ونحن نختلف مع أستاذنا احتراما له في هذين الانتقادين، ونبدأ من حيث انتهى حيث أن الأصل هو إجراءات التقاضي العادية في مسائل الولاية على المال وذلك بمفهوم المخالفة للمادة 2/474 من ق.إ.م.إ بنصها :" وفي حالة الاستعجال ...".

---

[1] يقصد بالنفقة ما يؤديه الزوج لزوجته بالتراضي. انظر كمال حمدي مرجع سابق ص 147.

[2] أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 177.

[3] عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 350

ونفس الحكم يقال بالنسبة للولاية على النفس ذلك أن المواد 453 وما بعدها تتعلق بإنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت وقد قرر لها المشرع إجراءات التقاضي الاستعجالية، غير أن هذا الحكم لا يمتد إلى كامل مسائل الولاية على النفس، وهو نفس موقف التشريعات الحديثة حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم 1 لسنة 2000 –مصر– على جملة المسائل التي يختص بها قاضي الأمور الوقتية ولم يرد ضمنها مسائل الولاية ولا حتى ناقصي الأهلية وفاقديها اللهم حالة واحدة مذكورة في المادة، بل نص في المادة 16 من هذا القانون على ما يلي:"ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد....".

وأما بخصوص السبب الأول فقد أفردنا له عنوانا في هذه الأطروحة مضمونه"إشكالية الاختصاص بشأن تصرفات القاصر المولى عليه"والمادة 478 من ق.إ.م.إ خير دليل حيث تعقد الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر بعد بلوغه سن التمييز لقاضي شؤون الأسرة وهي مسألة جديرة بالنص عليها لأن الاختصاص فيها غامض بالنظر إلى عدم وجود لفظ "ولاية" ضمن هذا النص من جهة، ومن جهة أخرى يرجح الدكتور محمد سعيد جعفور أن تصرفات الصبي المميز تدخل في نطاق الأحوال العينية لأننا بصدد المعاملات المالية[1] بينما يذهب الدكتور إسحاق إبراهيم منصور إلى أن أحكام الأهلية ينظمها في الحقيقة قانون الأحوال الشخصية[2].

هناك مسألة مهمة يتعين الإشارة إليها حيث تنص المادة 62 من ق.و.م بأنه يمكن للقاصر إبرام عقد العمل الفردي وفقا للأحكام السارية في القانون، وللمحكمة بطلب من الوصي أو ذوي الشأن أن تقضي بإنهاء هذا العقد تبغي في ذلك رعاية مصالح القاصر أو حفاظا على مستقبله أو لمصلحة أخرى بيّنة، بينما لم ينص المشرع الجزائري على إبرام القاصر لعقد العمل في أحكام الولاية وإنما جاء النص عليه في القوانين المتعلقة بالعمل كما بينا في

[1] محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص 575 .

[2] إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص227.

الفصل الأول من الباب الأول لهذه الأطروحة بخصوص **وضع** القاصر في قانون العمل[1]، **وبتفحص أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد** أن الاختصاص في منازعات العمل التي يكون القاصر طرفا فيها يعقد للقسم الاجتماعي **وليس لقسم شؤون الأسرة حيث تنص المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:"** يختص القسم الإجتماعي اختصاصا مانعا في المواد التالية : **1- إثبات عقود العمل والتكوين والتمهين، ..." نلاحظ** عبارة اختصاصا مانعا التي تضفي على مضمون المادة طابعا إلزاميا بضرورة التقيد باختصاص القسم الاجتماعي في المسائل المتعلقة بالتكوين والتمهين والتي يكون القاصر طرفا فيها ولم يعقد الاختصاص فيها لقاضي شؤون الأسرة مع أن الولي طرف في العقود المرتبطة **بالعمل.**

الفرع الثاني: دور النيابة العامة في حماية أموال القصر

تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في **قضايا شؤون الأسرة طبقا للمادة 3 مكرر من ق.**أ ويتعين إبلاغها في مسائل حماية ناقصي الأهلية وفقا للمادة **260 من ق.إ.م.إ**، ومن ثم تتقرر لها **صلاحية** حماية **الأشخاص الذين لا تتوافر لديهم الأهلية، بل** وتطورت هذه الحماية إلى أن أصبحت من اختصاصات نيابة متخصصة في بعض التشريعات كالتشريع المصري الذي أسند المهمة لنيابة شؤون الأسرة التي يمكنها أن تندب مأموري الضبط القضائي لاتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال من تجب حمايتهم[1].

وبناء على ما سبق ندرس المهام المسندة إلى النيابة العامة في التشريع الجزائري ومقارنتها بالتشريعات الأخرى للوصول إلى نتائج ومقترحات في هذا الخصوص.

---

[1] **تنص المادة 2/15 من القانون 90-11 المؤرخ في 1979/04/21 على ما يلي:**"ولا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من **وصيه الشرعي**". **كما تنص المادة 1/5 من القانون 81-07** المؤرخ في **1981/06/27** المتعلق بالتمهين على ما يأتي:"يخضع التمهين لعقد يربط المستخدم بالمتمهن ممثلا **بوليه الشرعي**". ويلاحظ من خلال قراءة المادتين أن الأولى استعمل فيها المشرع لفظ الوصي يقابله في النسخة الفرنسية "tuteur" واستعمل في النص الثاني لفظ "ولي" ويقابله في النسخة الفرنسية أيضا "tuteur " لذا نقترح استبدال عبارة "**وصيه**" في م **15 من ق.ع.ع بعبارة "وليه"** حتى تستقيم صياغة النص.

[1] **رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 602. تنص المادة 4 من القانون رقم 10 لسنة 2004 المتعلق بقانون إنشاء محاكم الأسرة على ما يلي:**" **تنشأ** نيابة متخصصة لشؤون الأسرة تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام المحكمة. **وتشرف نيابة شؤون الأسرة** على أقلام كتاب محاكم **الأسرة ودوائرها الاستئنافية، عند قيد الدعاوى** والطعون المشار إليها واستيفاء مستنداتها ومذكراتها، طبقا للمادة (65) من قانون المرافعات المدنية والتجارية".

أولا: اختصاصات النيابة العامة في مسائل الولاية على مال القاصر

إذا حدث وأن كانت الولاية الخاصة تتسم بالقصور في أداء واجبها لحماية القصر المولى عليهم أو كان ليس في مقدور الولي الخاص توفير هذه الحماية، فهناك ضرورة لتدخل الولاية العامة ممثلة في قاضي شؤون الأسرة والنيابة العامة، وقد تطرقنا سلفا إلى اختصاصات قاضي شؤون الأسرة وتوسيع اختصاصاته في مسائل الولاية على القصر، وبنفس الطريقة ندرس اختصاصات النيابة العامة في التشريع الجزائري وضرورة الاستفادة من التشريعات المقارنة، وتتجلى جملة هذه الاختصاصات في ما يلي:

1. ضرورة إبلاغ النيابة العامة بخصوص حماية ناقصي الأهلية

تفيد المادة 260 من ق.إ.م.إ بأنه يتعين إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام على الأقل قبل الجلسة بجملة من القضايا صرحت بها هذه المادة ومن بينها حماية ناقصي الأهلية، ولم يجعل المشرع هذه الحماية قاصرة على شخص القاصر أو على ماله وإنما تركها على إطلاقها لتعم النفس والمال معا، ويتعين على الخصوم إبلاغ النيابة العامة بالقضايا التي يكون القاصر طرفا فيها وإلا أمرت المحكمة من تلقاء نفسها باستكمال الإجراءات[1].

بينما دقق المشرع المصري في هذه المسائل ضمن المادة 26 من القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث تقضي بأن النيابة العامة تتولى رعاية المصالح المتعلقة بعديمي الأهلية وناقصيها وكذا الغائبين وإجراء التحفظ على أموالهم ولها أن تشرف على إدارتها طبقا للقانون، كما يمكن لها أن تندب أحد مأموري الضبط القضائي بشأن ما تتخذه من تدابير، ويمكنها الاستعانة بمعاونين تابعين لها بموجب قرار يصدر عن وزير العدل، ويعتبر المعاونون من مأموري الضبط القضائي بالنسبة للأعمال التي توكل إليهم وقت تأدية وظيفتهم، ويمكنها أيضا أن تقدر نفقة وقتية تقتطعها من مال من تجب النفقة عليه إلى غاية صدور الحكم بتقديرها[2].

[1] بوضياف عادل، مرجع سابق، ج1، ص 284.

[2] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، مرجع سابق، ص 124.

2. حضور النيابة العامة لجلسات المحكمة

ينصب مضمون المادة 260 من ق.إ.م.إ على ضرورة إبلاغ النيابة 10 أيام قبل أن تعقد الجلسة بمجموعة من القضايا من بينها تلك التي تتعلق بحماية ناقصي الأهلية للإطلاع عليها وإبداء الرأي بشأنها[1]، كما تفيد المادة 266 من ق.إ.م.إ بأنه عندما تكون النيابة العامة طرفا منضما في القضية فلها الحق في إبداء ملاحظاتها.

وتضيف المادة 261 من ق.إ.م.إ بأن رئيس القسم أو التشكيلة يعطي صلاحية تحديد جدول القضايا لكل جلسة ويتم إبلاغ عضو النيابة العامة ليطلع على الملف ويبدي رأيه ومن ثم يعلق الجدول في اللوح المخصص لهذا الغرض[1]، وتقضي المادة 3 مكرر من ق.أ بأن النيابة العامة تعتبر طرفا أصليا في القضايا التي ترمي إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة فيمكنها الإطلاع على القضايا وإبداء طلباتها، ومسائل الولاية من ضمن هذه القضايا.

3. تقديم الطعون بشأن المقررات القضائية الصادرة في مسائل الولاية على المال

تقوم النيابة العامة بالطعن في المقررات القضائية الصادرة في مسائل الولاية على مال القاصر وهذا تطبيقا لمضمون المادة 4/472 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه يفصل في المنازعات الخاصة بتعيين الوصي بأمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن، وكذا الشأن بالنسبة م 474 من نفس القانون التي تنص على منازعات الولاية على أموال القاصر وقضت في فقرتها الثانية بأنه يُفصل في الدعوى المرفوعة بشأنها وفقا للإجراءات الاستعجالية، وتضيف م 475 من نفس القانون أن الأحكام الصادرة في هذا شأن قابلة لكل طرق الطعن. نشير في هذا الخصوص إلى أن لفظ أحكام المستعمل في م 475 من ق.إ..م.إ يقصد به المقرر القضائي حيث أن م 474 من نفس القانون ذكرت أنه يفصل في الدعوى الاستعجالية وفقا للإجراءات الاستعجالية، هذه الأخيرة التي يفصل فيها بموجب أمر هذا من جهة، ومن جهة أخرى ورد المصطلح في النسخة الفرنسية "décision" (راجع م 475 من ق.إ.م.إ).

---

[1] بمقارنة نص م 260 من ق.إ.م.إ مع ما ورد في المادة 141 من ق.إ.م لسنة 1966 نجدها استحدثت ثلاث حالات وهي حماية ناقصي الأهلية، والإفلاس والتسوية القضائية، وضبط الجلسة وسيرها. انظر بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 196.

[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 386.

كما عددت المادة 358 من ق.إ.م.إ أوجه الطعن بالنقض وأفادت بأن الطعن بالنقض لا ينبني إلا على وجه واحد من الأوجه التي صرحت بها وذكرت من بينها حالة إذا لم يدافع عن عديمي الأهلية، وهي حالة إذا لم تبادر الجهة القضائية بتطبيق أحكام المادة 260 من نفس القانون بوجوب إطلاع النيابة العامة بالقضايا التي يكون هؤلاء أطرافا فيها[1]، وذكرنا أيضا أنه يفصل في المنازعات المتعلقة بتعيين النائب القانوني عن طريق أمر استعجالي يقبل كافة طرق الطعن طبقا للمادة 1/472 من ق.إ.م.إ، وهذا يصرفنا إلى أحكام الإستعجال.

وبخصوص الطعن بالنقض فإن المشرع سكت عن مدى قبول هذا الأمر للطعن بالنقض والحاصل أنه ممكن مادام الحظر غير وارد بنص، مع ضرورة تبليغ المقرر القضائي إلى النائب القانوني عنه وليا كان أو وصيا أو مقدما إلا إذا كان هناك تضارب في المصالح فيبلغ إلى المتصرف الخاص وفقا لنص المادة 317 من ق.إ.م.إ التي تقضي بأنه لا يسري الأجل على شخص موضوع تحت نظام الولاية إلا من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى النائب عنه قانونا، وفي حالة وجود تضارب بين مصلحته ومصلحة أحدهم، يتم التبليغ الرسمي إلى المتصرف الخاص.

وبالرجوع إلى نص المادة السابقة الوارد في النسخة الفرنسية نجد أن مصطلح "حكم" تمت ترجمته "décision"، هذا الأخير الذي يقابله في اللغة العربية "مقرر قضائي" ويضم كل من الحكم "jugement" ، والأمر "ordonnance" والقرار "arrêt"[1]، مع الملاحظة بأنه إذا تم للشخص ناقص الأهلية فإنه يعتبر عديم الأثر[2]، والسؤال الذي يتبادر الأذهان من هي الأطراف المعنية بتقديم الطعن ؟ وبالأخص هل يمكن للنيابة العامة ذلك ؟ نجد الإجابة على هذا السؤال في م 3 مكرر من قانون الأسرة التي تقضي بأن النيابة العامة تعتبر طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون، وعليه يخول لها ما يخول للخصوم من حقوق وعلى وجه الخصوص حق الطعن مهما كان نوعه إذا كان جائزا.

---

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 507.

[1] انظر المادة 5/8 من ق.إ.م.إ في النسختين العربية والفرنسية، وكنا قد اقترحنا مصطلح "مقرر قضائي" لتفادي اللبس في فهم النصوص القانونية إذ لا يمكن فهمها وفق هذه الصياغة إلا بالرجوع إلى النص الوارد في النسخة الفرنسية ولا نرى هذا إلا إجحافا بحق اللغة العربية.

[2] بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 340.

وبناء عليه لا نتفق مع الرأي القائل بأن النيابة العامة تكون طرفا أصليا إذا باشرت رفع الدعوى كما هو الحال بالنسبة لمسألة الحجر طبقا للمادة 102 من ق.أ وما خرج عن هذه الحالات تكون النيابة العامة طرفا منضما ذلك أن القانون أوجب إبلاغها بها[1]، إن هذا القول يحتاج إلى نص صريح من جهة، ومن جهة أخرى فهو يخالف منطوق المادة 3 مكرر من قانون الأسرة في عبارة "جميع القضايا" ثم إن هذا لا يتعارض مع وجوب إبلاغ النيابة العامة لأن الإبلاغ يكون من قبل الخصوم وإن تخلفوا عن القيام بهذا الإجراء فعلى المحكمة من تلقاء نفسها أن تأمرهم باستكمال الإجراءات[2].

وقد دقق المشرع المصري في مسألة الطعن بالاستئناف في المقررات القضائية الصادرة في مسائل الولاية على المال بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000 حيث نصت المادة 60 منه على ما يلي:" مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية يعد استئناف الحكم أو القرار الصادر في مادة الولاية على المال، استئنافا للمواد الأخرى التي لم يسبق استئنافها وترتبط بالحكم أو القرار المستأنف ارتباطا يتعذر معه الفصل في الاستئناف دون إعادة الفصل فيها".

كما يمكن استئناف كل الأحكام الصادرة في حدود النصاب الإنتهائي إذا كان الحكم قد صدر مخالفا لحكم سابق لم يكن حائزا للأمر المقضي به ومن هنا يصبح الحكم السابق مستأنفا بقوة القانون إذا لم يصبح انتهائيا[1]، وبمفهوم المخالفة فإن الأحكام غير الانتهائية لا يجوز الطعن فيها إعمالا للمادة 212 من قانون المرافعات وتبعا لهذا لا تعتبر هذه الأحكام مستأنفة مع الحكم المنهي للخصومة[2].

والجدير بالذكر أن المشرع المصري قد أجاز للنائب العام الطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الصادرة عن الدوائر الاستئنافية لمحاكم الأسرة- ومن ضمنها مسائل الولاية على المال- تأييدا لمضمون

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 195.
[2] بوضياف عادل، مرجع سابق، ج1، ص 284.
[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 702.
[2] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، نفس الصفحة.

المادة 250 من قانون المرافعات المدنية والتجارية ذلك أن الطعن بالنقض غير ممكن من قبل الأطراف، قضت في هذا القبيل المادة 14 من القانون رقم 10 لسنة 2004 بما يلي:" مع عدم الإخلال بأحكام المادة (250)[1] من قانون المرافعات المدنية والتجارية، تكون الأحكام والقرارات الصادرة من الدوائر الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض"[1]، ويكون ميعاد الاستئناف المنصوص عليه في المادة 61 من نفس القانون خاص بالأشخاص الذين ليس لهم موطن في مصر[2]، ويتضمن نص المادة 62 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الإجراءات الواردة في المواد 248 إلى 273 من قانون المرافعات حيث يجيز للخصوم وكذا للنيابة العامة أن يطعنوا بطريق النقض في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف، ونفس الإجراء ضد القرارات الصادرة عن هذه المحاكم في مواد الحجر والغيبة والمساعدة القضائية وعزل الوصي وسلب الولاية أو وقفها أو الحد منها أو ردها واستمرار الولاية أو الوصاية والحساب[3].

وأما بخصوص الطعن عن طريق التماس إعادة النظر في الأحكام الصادرة في مسائل الولاية على المال فقد أجازها القانون رقم 1 لسنة 2000 في بعض المسائل المذكورة على سبيل الحصر والمنصوص عليها في المادة 64 من هذا القانون حيث قضت بعدم جواز التماس إعادة النظر بالنسبة لمسائل الولاية على المال عدا القرارات الانتهائية التي تصدر في القضايا التالية:

---

[1] تنص المادة 250 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي:"للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية – أيًا كانت المحكمة التي أصدرتها – إذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

1. الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن فيها.
2. الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد فيها أو نزلوا فيها عن الطعن .

ويرفع هذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العام .

وتنظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة الخصوم.

ولا يفيد الخصوم من هذا الطعن".

[1] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، مرجع سابق، ص 115.

[2] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، نفس المرجع، ص 112.

[3] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، نفس المرجع، ص 117-118.

- توقيع الحجر أو تقرير المساعدة القضائية أو إثبات الغيبة
- تثبيت الوصي المختار أو الوكيل عن الغائب.
- عزل الوصي والقيم والوكيل أو الحد من سلطته.
- استمرار الولاية أو الوصاية على القاصر
- سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها
- الفصل في الحساب

وقد ذكرنا في أحكام الولاية على النفس الحالات التي يتعين توافرها ليتم الطعن بطريق **التماس إعادة النظر وهي واردة على سبيل الحصر، والجدير بالذكر أن القانون رقم 10 لسنة 2004** الخاص بإنشاء محاكم الأسرة لم **ينص على الطعن بطريق التماس إعادة النظر إثباتا** أو نفيا مما يجعله خاضعا دائما لأحكام القانون رقم **1 لسنة 2000 وكذا قانون المرافعات(المواد 241-247)**[1] أي وفقا للأحكام التي أوردناها سلفا في الأحكام الإجرائية الخاصة بالولاية على نفس القاصر السابق دراستها في الفصل الثاني من الباب الأول.

4. تقديم الطلبات الخاصة بتعيين المقدم

نصت على هذا الحكم المادة 99 من قانون الأسرة حيث عرفت المقدم بأنه الشخص الذي تنصبه المحكمة إذا لم يوجد ولي أو وصي على فاقدي الأهلية أو ناقصيها ويكون هذا بطلب من أحد أقربائه أو من قبل شخص له **مصلحة وللنيابة العامة أيضا تقديم هذا الطلب**[2]**، وأكدت على هذا الحكم المادة 470 من ق.إ.م.إ** التي تفيد بأن **طلب تعيين المقدم يرفع** في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض وأحالت إلى قانون الأسرة كما يكون طلب تعيينه في شكل عدة طلبات تقدمها النيابة العامة باعتبارها الحريصة على الصالح العام[3].

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 717-718.
[2] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 348
[3] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج1، ص 645.

5. ضرورة تبليغ النيابة العامة في البيوع العقارية

نصت على هذه المسألة م 785 من ق.إ.م.إ وأفادت بأن المحضر القضائي يقوم بالتبليغ الرسمي لإيداع قائمة شروط البيع إلى جميع الدائنين أصحاب التأمينات العينية الذين لهم حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع عن طريق الإعتراض عليها عند الاقتضاء وفقا لأحكام هذا القانون، كما يتعين إخطار النيابة العامة التي يمكنها أيضا أن تعترض على إجراء هذا البيع متى رأت مسوغا لذلك فتقدم طلب إلغاء هذه القائمة[1] حماية للقاصر.

6. تقديم طلب بتصفية التركة في حالة عدم وجود ولي أو وصي

وردت هذه الصورة في المادة 182 من قانون الأسرة التي تقضي بأنه إذا لم يوجد ولي أو وصي للشخص المراد حمايته فيجوز للأشخاص الذين لهم مصلحة أو للنيابة العامة تقديم طلب إلى المحكمة يقضي بتصفية التركة وكذا بتعيين مقدم لفائدة هذا الشخص، ولرئيس المحكمة إصدار قرار بوضع الأختام وكذا إيداع النقود وكل الأشياء المحددة بقيمة ومن ثم البت في الطلب[1].

ثانيا: ضرورة توسيع اختصاصات النيابة العامة

بالرغم من الاختصاصات المذكورة سلفا يبقى دور النيابة العامة في التشريع الجزائري قاصرا بالنظر إلى التشريعات الأخرى حيث أن دورها في التشريع المصري أكثر تقدما ذلك أن لها مهام أخرى حيث تفيد المادة1/27 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بأنه يتعين على الأقارب الذين كانوا يقيمون مع المتوفى في معيشة واحدة أو أكبر الراشدين من الورثة إبلاغ النيابة العامة بواقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن، أو وفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة[2]، وعليه تترتب على هذا الإجراء مهام أخرى تقوم بها النيابة العامة وتتمثل فيما يلي:

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 1008.

[1] بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 357-358.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 272.

1. اتخاذ الإجراءات التحفظية لحفظ أموال القاصر بوضع الأختام

مر معنا أن هذا الدور من اختصاصات قاضي شؤون الأسرة بموجب المادة 499 من ق.إ.م.إ، بينما يدخل إجراء اتخاذ التدابير التحفظية لحفظ أموال القاصر بوضع الأختام عليها أو نقلها إلى مكان أمين في اختصاصات النيابة العامة في التشريع المصري[1].

وما يؤكد ما سبق المادة 2/33 من القانون رقم 1 لسنة 2000 التي تنص على ما يلي:" وللنيابة العامة أن تتخذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية اللازمة للمحافظة على هذه الأموال وأن تأمر بوضع الأختام عليها، ولها بناء علي أمر صادر من قاضي الأمور الوقتية أن تنقل النقود والأوراق المالية والمستندات والمصوغات وغيرها مما يخشي عليه إلى خزانة أحد المصارف أو إلى مكان أمين".

2. دور النيابة العامة في الإذن بالصرف على جنازة المتوفى

وهو مضمون المادة 3/33 من القانون رقم 1 لسنة 2000[1] بنصها:" وللنيابة العامة عند الاقتضاء أن تأذن لوصي التركة أو منفذ الوصية أو مديرها إن وجد أو لأي شخص أمين آخر بالصرف على جنازة المتوفى والإنفاق على من تلزمه نفقتهم وإدارة الأعمال التي يخشي عليها من فوات الوقت".

3. واجب النيابة العامة بالصرف من الأموال السائلة لفائدة القاصر

يمكن النيابة العامة التصريح للنائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب بالصرف من الأموال السائلة المملوكة لهم دون أن تطلب ذلك من المحكمة على أن لا تتعدى القيمة مبلغ 1000 جنيه يمكن رفعه إلى 3000 جنيه بناء على قرار يصدره المحامي العام المختص وذلك مرة واحدة كل 6 أشهر وهو حكم مستحدث بموجب المادة 47 من القانون رقم 1 لسنة 2000[2].

---

[1] كمال حمدي، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[1] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، مرجع سابق، ص126.

[2] كمال حمدي، نفس المرجع، ص 272 .

4. ترشيح النيابة العامة للنائب القانوني عن عديم الأهلية أو ناقصها

وهو مضمون م 1/39 من القانون رقم 1 لسنة 2000 التي تقضي بأنه يتعين على النيابة العامة تقديم مذكرة مسببة للمحكمة ترشح بموجبها شخصا للنيابة عن عديم الأهلية أو ناقصها أو عن الغائب وذلك في أجل لا يزيد على 8 أيام من تاريخ إبلاغ النيابة العامة بالسبب الموجب لتنصيب هذا الشخص على أن يتم تعيين هذا الأخير بعد أخذ رأي ذوي الشأن[1].

5. دور النيابة العامة في حصر أموال الحمل المستكن

يعتبر حصر أموال الحمل المستكن[1] وعديم الأهلية أو ناقصها من واجبات النيابة العامة حيث تقضي م1/33 من القانون رقم 1 لسنة 2000[2] بأنه يتعين على النيابة العامة بمجرد تبليغها أن تقوم باتخاذ الإجراءات اللازمة قصد المحافظة على حقوق عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب أو الحمل المستكن،كما تقوم بحصر ما لهؤلاء من أموال أو حقوق وكذا ما عليهم من التزامات وهذا مؤقتا ضمن محضر يتم التوقيع عليه من قبل ذوي الشأن.

6. واجب النيابة العامة في إخطار بعض القرارات إلى ذوي الشأن

حيث تلتزم النيابة العامة طبقا للمادة 40 من القانون رقم 1 لسنة 2000 بتبليغ الأوصياء والقامة والمديرين المؤقتين بالقرار الصادر بتعيينهم حال غيابهم، وإذا رفضوا التعيين عليهم إبلاغ النيابة العامة كتابة برفضهم في أجل 8 أيام من تاريخ العلم بالقرار وإلا كانوا مسئولين عن المهام الموكلة إليهم من تاريخ العلم[3]، ولعل الحكمة من تقرير هذا الإجراء تكمن في تفادي حالات شغور النيابة الشرعية، هذه الأخيرة التي تشكل خطرا على القاصر سواء على نفسه أو ماله ولهذا ضبطها المشرع المصري بالأجل وكذا النص على الجزاء في مواجهة النائب القانوني عن القاصر.

---

[1] كمال حمدي، نفس المرجع، نفس الصفحة .

[1] يلتزم الأقارب الذين كانوا يقيمون مع الشخص المتوفى في معيشة واحدة أو أكبر الراشدين من الورثة بإبلاغ النيابة العامة عن واقعة وفاة شخص غائب أو عديم أهلية أو ناقصها أو حمل مستكن، أو وفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصول الوفاة طبقا للمادة 27 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

[2] كمال حمدي، مرجع سابق، ص 272.

[3] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، نفس المرجع، 127.

7. إطلاع النيابة العامة أصحاب الشأن على المحررات وإفادتهم بنسخ منها عند الاقتضاء

للنيابة العامة الحق في الإذن لذوي الشأن وغيرهم بالاطلاع على الملفات والمستندات والسجلات مع إمكانية تسليم صور وشهادات بمضمون ما أثبت فيها طبقا لمقتضيات المادة 49 من القانون رقم 1 لسنة 2000[1].

8. واجب النيابة العامة في جرد أموال عديم الأهلية وناقصها

وقد جاء القانون رقم 1 لسنة 2000 ليسند مهمة جرد أمول الشخص الذي لا تتوافر لديه الأهلية إلى النيابة العامة حيث تقضي المادة 41 منه بأن النيابة العامة تقوم بجرد أموال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب بمحضر يتم تحريره في نسختين وهذا بعد صدور قرار المحكمة بتعيين النائب[1]، حيث يدعي لحضور الجرد جميع ذوي الشأن والقاصر الذي أتم خمس عشرة سنة ميلادية إذا رأت النيابة العامة ضرورة لحضوره، و يمكن للنيابة العامة أن تستعين بأهل الخبرة في جرد الأموال وتقييمها وتقدير قيمة الديون على أن تسلم الأموال بعد انتهاء عملية الجرد إلى النائب المعين من المحكمة، كما يكون لنفقات حصر الأموال ووضع الأختام والجرد والإدارة حق امتياز في مرتبة المصروفات القضائية طبقا للمادة 50 من نفس القانون.

وترفع النيابة العامة طبقا للمادة 42 من القانون رقم 1 لسنة 2000 محضر الجرد إلى المحكمة للتصديق عليه بعد التحقق من صحة البيانات الواردة فيه[2]، كما أوجبت المادة 43 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على النيابة العامة حال عرض محضر الجرد على المحكمة بغرض التصديق عليه إرفاق مذكرة برأيها في جملة من المسائل وهي:

1 . الاستمرار في حالة الشيوع أو الخروج منه وكذلك الشأن بالنسبة لاستغلال المحل التجاري والصناعي أو المكاتب المهنية أو تصفيتها ووسائل الوفاء بالديون والقرارات المنفذة لذلك.

2 . تقدير النفقة الدائمة الضرورية للقاصر أو المحجور عليه.

---

[1] كمال حمدي مرجع سابق، ص 272.

[1] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، **نفس المرجع، ص** 131.

[2] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، **نفس المرجع، ص** 128.

3 . اتخاذ أفضل الطرق لإدارة الأموال وصيانتها.

كما يتعين على المحكمة أن تصدق على محضر الجرد وكذا الفصل في المسائل السابق ذكرها في أسرع وقت ممكن[1]. وأما من الناحية العملية فإن عملية الجرد تكون على النحو الآتي بيانه:

يقوم موظف المعاونة بفتح محضر إداري ويعمل على ملئ قائمة الجرد بحضور القيم بعد إعلانه عن طريق المحضر المختص على أنه يتم تغريمه حال تخلفه بعد إعلانين عن عملية الجرد كما يمكن ندب خبير عند الاقتضاء، وفي الأخير تعرض قائمة الجرد على المراجعة ويسلم المحضر الإداري لعضو النيابة قصد التأشير عليه[1]، يتم بعدها تسليم قائمة الجرد لسكرتير الجلسة ويحدد رئيس النيابة تاريخ جلسة لاعتماد قائمة الجرد وعند الحاجة لخبرة، على أن تقرير الخبير يضم إلى الملف ليصدر القاضي حكمه باعتماد قائمة الجرد من عدمه[2].

وقد استعمل المشرع المغربي مصطلح الإحصاء بدلا عن الجرد المألوف استخدامه في التشريعات المقارنة كما هو عليه الحال في التشريع المصري[3]، حيث يفيد الفصل 241 من قانون المسطرة المدنية في صيغتها المعينة بتاريخ 2014/03/20 بأنه يتم الإحصاء إذا وجد ما يبرره وفقا لإجراءات محددة، بدءا بتعيين القاضي بصورة تلقائية أو بناء على طلب من له مصلحة شخصين عدلين لإجراء عملية الإحصاء وهذا بحضور الأطراف أو من يمثلهم، وإذا تعذر استدعاء أحد الأطراف لسبب ما كبعد المسافة أو عامل الغيبة وما إلى ذلك قام القاضي بتعيين من يمثله.

ويتضمن الإحصاء التاريخ الذي تم فيه، وتحديد من قام به والمكان الذي تم فيه وذكر الأطراف أصحاب الطلب، ومن ثم تعيين وكذا تقويم الأموال العقارية في حال وجودها وبيان السندات والمنقولات والنقود والقيم، وإذا طرأت صعوبات وقت القيام بالإحصاء أو قام أحد الأطراف بادعاء استحقاق أموال كان ينبغي إدراجها في الإحصاء

[1] عبد الله سيد أحمد سيد سرور، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[1] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص 635-636.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، نفس المرجع، ص 636.

[3] تنص المادة 41 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على ما يلي:"تقوم النيابة العامة بعد صدور قرار المحكمة بتعيين النائب، بجرد أموال عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب بمحضر يحرر من نسختين.". وتنص المادة 708 من ق.إ.م.إ على ما يلي:"لا يجري البيع بالمزاد العلني، إلا بعد جرد الأموال المحجوزة وتحرير محضر بذلك، يبين فيه المحضر القضائي أو محافظ البيع ما يكون قد نقص منها".

ورفض الأطراف الباقون تَعيّنَ الإشارة إلى ذلك في المحضر، على أن يقوم من يهمه التعجيل برفع الأمر إلى قاضي الاستعجال أو قاضي الموضوع.

في حين أن التشريع الجزائري وبموجب المادة 97 من ق.أ أسند مهمة الجرد للوصي الذي يتعين عليه حال انتهاء مهمته تسليم الأموال التي كانت في عهدته إلى من يخلفه ويقدم له حساب بالمستندات أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى الورثة خلال أجل لا يتعدى الشهرين من تاريخ انتهاء وظيفته، وحتى لا تترتب مسؤولية الخلف أوجب المشرع على الوصي في الفقرة الثانية من هذه المادة تقديم صورة عن الحساب الخاص بالجرد إلى المحكمة، على أن الفقرة الثالثة من نفس المادة جعلت مهمة تسليم أموال القاصر إلى المعني بالأمر على عاتق ورثته بواسطة القضاء[1].

وأما عن مسألة الجرد الذي يتم بصفة دورية يحدد مدتها القاضي فقد نصت عليها المادة 2/471 من ق.إ.م.إ وأسندت المهمة للمقدم، وكان من المستحسن أن تسندها أيضا إلى الوصي بنص صريح لأنه معني بالمسألة من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن إحالة الحكم إلى الوصي دون نص صريح ذلك أن المقدم يخضع لأحكام الوصي وليس العكس. وبالرغم من عدم وجود نص يخول النيابة العامة مهمة جرد أموال القاصر إلا أن وجودها كطرف أصلي في القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة بموجب المادة 3 مكرر من ق.أ وكذا وجوب إبلاغها 10 أيام على الأقل قبل الجلسة بالقضايا المتعلقة بحماية ناقصي الأهلية وفقا م 260 من ق.إ.م.إ فهذا يجعل حضورها في عملية الجرد قائما بطريق مباشر أو غير مباشر(ندب من ترى ندبه من ضباط الشرطة القضائية).

غير أن التشريع الفرنسي يقضي في م 388-3 من القانون المدني بأن الرقابة على أموال القاصر يمارسها قاضي الوصاية بالتعاون مع النائب العام وجعلها رقابة شاملة على الإدارات القانونية والوصايات مع مراعاة اختصاص كل منها، وتبعا لهذا يتعين على المديرين القانونيين والأوصياء والهيئات المعنية بالوصاية المثول أمامهما حال توجيه الاستدعاء وتقديم كل المعلومات المطلوبة، كما يمكن للقاضي توجيه الأوامر وتوقيع غرامة لمن يمتنع عن الحضور.

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص111.

وفي كل الأحوال يلاحظ أن التشريع الجزائري قد منح دورا مهما لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الولاية على مال القاصر سواء في مسألة مراقبة الولاية **أو** اتخاذ الإجراءات التحفظية لحماية مصالح القاصر أو تعيين الوصي أو المقدم أو البت في المنازعات الناشئة عن الولاية على أموال القاصر أو منح التراخيص أو الترشيد، ووجود النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأسرة لا يمكن أن يجعلها في مركز قوي ما لم يدقق المشرع في الأحكام ويمنحها دورا متقدما باستحداث نصوص قانونية توسع من مهامها في مجال الولاية على مال القاصر كما هو عليه الشأن في التشريع **المصري**، غير أن هذا الأخير منح صلاحيات **واسعة** للنيابة العامة بالنظر إلى تلك الممنوحة للقاضي، وعليه يفضل أن يتأسى المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي الذي سلك طريقا وسطا في المسألة وأسند مهمة رقابة الولاية على أموال **القاصرين** للقاضي والنيابة العامة على حد سواء وهو التوجه الذي يحقق لا محالة مصلحة راجحة للقصر في حماية أموالهم من تعسف النائبين عنهم قانونا.

المطلب الثاني: إجراءات بيع مال القاصر

وردت الأحكام الإجرائية لبيع العقار المملوك للقصر في المواد **783 وما بعدها من ق.إ.م.إ ضمن الفصل الثامن تحت عنوان**"في بعض البيوع العقارية الخاصة "**ضمن الباب الخامس المعنون بـ**"في الحجوز " **من الكتاب الثالث الذي عنوانه** "في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية"، وعليه فإن مضمون هذه النصوص ينصرف إلى نوع خاص من **المحجور عليهم وهم المفقود**[1] **والمفلس وناقص الأهلية**[2].

و تطبق هذه الإجراءات على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المملوكة للقصر والتي يتم بيعها عن طريق المزاد العلني متى ثبت الترخيص ببيعها على هذا النحو وفق إجراءات محددة قانونا، **سواء تلك المتعلقة بإعداد قائمة** شروط البيع والاعتراض عليها **أو ما تعلق بإجراءات الإعلان** عن البيع بالمزايدة ومجريات الجلسة، **كما أن البيع بالمزاد**

[1] مع العلم أن تصرف المقدم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على حكم قضائي بموته، وهو مبدأ أفصحت عنه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2008/12/24، ملف رقم 435190، م.م.ع، ع2، 2009، ص 127 وما بعدها.

[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 1007.

العلني لا يمكن أن يطعن بالغبن فيه[1] **إذا تم طبقا للقانون وهو مضمون نص المادة 360** من القانون المدني التي تنص **على ما يلي:**"لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم وفقا للقانون بطريق المزاد العلني"، وأما بخصوص بيع المنقول المملوك للقاصر فلم يخصه المشرع بإجراءات محددة، **وهذا ما سوف نوضحه من خلال الفرعين التاليين:**

الفرع الأول: إجراءات بيع المنقولات المملوكة للقاصر

تضمنت المادة 88 من قانون الأسرة بيع العقار المملوك للقاصر وكذا بيع المنقولات ذات الأهمية **الخاصة** وفرضت على الولي استصدار إذن من القاضي بشأن هذه التصرفات، غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تطرق إلى الإجراءات الخاصة ببيع العقار المملوك للقاصر في المواد **783 وما يليها من ق.إ.م.إ دون أن** يخصص إجراءات **لبيع المنقولات المملوكة للقاصر ذلك أن المواد 704 وما بعدها من نفس القانون عالجت إجراءات بيع المنقولات** المحجوزة والتي يتم بيعها بالمزاد العلني دون أن تورد أحكاما خاصة بالقاصر كما هو عليه الشأن في التشريعات المقارنة كالتشريع المغربي الذي خصص الفصول من 201 إلى 206 من قانون المسطرة المدنية في صيغته المحينة **بتاريخ** 2014/03/20، وما يزيد الأمر تعقيدا في المسألة هو أن المادة 89 من قانون الأسرة قصرت العقار وحده على **إجراء البيع بالمزايدة، وأما المنقول فلم يتم النص عليه.**

أولا: ضرورة تخصيص إجراءات لبيع المنقولات المملوكة للقاصر

لم يخصص المشرع الجزائري إجراءات خاصة **لبيع المنقول المملوك للقاصر كما هو عليه الشأن بالنسبة للعقار**[1] **من جهة،** ومن جهة أخرى كما هو مقرر في التشريعات المقارنة **ك**التشريع المغربي، ويثار التساؤل عن القاعدة المتبعة في **هذا الخصوص فهل يُعمل بالأحكام المقررة لبيع العقار بناء على نص المادة 89 من ق.أ** المعتمد في النسخة الفرنسية[2] والتي صرحت بالبيع على إطلاقه دون تخصيص العقار مع الإحالة إلى البيع بالمزاد العلني وهو مضمون النص في

[1] سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 93.

[1] خصص المشرع المواد 783 وما بعدها من ق.إ.م.إ تحت عنوان البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية والمفلس.

[2] Art. 89 du code de la famille : « …sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques ».

النسخة العربية[1] ومن ثم نعامل المنقول والعقار بنفس الإجراءات المعتمدة في المواد 783 وما بعدها من ق.إ.م.إ؟ أم نرجع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني ويتم بيع المنقول المملوك للقاصر بالتراضي دون اللجوء إلى إجراءات البيع بالمزاد العلني وهذا بمفهوم المخالفة لمضمون المادة 89 من ق.أ؟ أو نتبع الإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن المواد 704 وما بعدها المتعلقة بإجراءات بيع المنقولات المحجوزة؟ الحقيقة أن الفرض الأول لا يمكن العمل به لأن العبرة بالنص الوارد في النسخة العربية[1]، وتبعا لهذا نرجع إلى الإجراءات المطبقة على بيع المنقول بوجه عام ونطبق حكمها على بيع المنقولات المملوكة للقاصر.

ثم إن سبب بيع عقار القاصر ليس بالضرورة أن يكون سببه دين عالق في ذمته فتطبق عليه أحكام التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية من عرضِ وفاءٍ وإيداعٍ كفالةٍ وتكليف بالوفاء وحجز على الأموال ذلك أن المادة 89 أوردت أن القاضي يتعين عليه مراعاة الضرورة والمصلحة، وهما حالتان مدلولهما واسع فقد يكون البيع من أجل سداد دين وقد يكون غير ذلك كإجراء عملية جراحية تتطلب تكاليف باهظة أو بيع المسكن من أجل تغيير مكان الإقامة لسبب يتعلق بالقاصر، لذا كان يتعين أن تخصص إجراءات لبيع مال القاصر.

وبناء على ما سبق هناك ضرورة للاستفادة من التشريعات المقارنة بشأن إجراءات بيع المنقول، فيكون من الأهمية البحث في التشريعات التي استحدثت أحكاما جديدة في قوانينها كقانون المسطرة المدنية المغربي في صيغته المعينة بتاريخ 2014/03/20 ضمن الفصول من 201 إلى 206 حيث خصص المشرع المغربي إجراءات لبيع المنقولات المملوكة للقاصر.

تبدأ هذه الإجراءات بمنح إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم لبيع الأموال المنقولة المملوكة للقاصر المشمول بالوصاية وذلك عن طريق التراضي إذا لم تتجاوز قيمتها 2000 درهم، ومن ثم يقوم القاضي بالتحقق قبل أن يمنح الإذن من أن الثمن الذي تم عرضه يتوافق مع قيمة المنقولات، هذه الأخيرة التي يقوم

[1] تنص المادة 89 من ق.أ على ما يلي:"...وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

[1] عملا بمقتضيات القانون 91-05 المؤرخ في 16 يناير 1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية.

الخبير بتقويمها بعد أن يتم تعيينه لهذا الغرض وعند الاقتضاء، وحتى يتثبت أن الثمن الذي تم عرضه لا ينطوي على غبن ولا يسبب ضررا للمحجور[1].

وإذا لم يتم البيع عن طريق التراضي أو كانت هذه المنقولات بعد تقويمها تتعدى 2000 درهم[1] فإن البيع يتم بطريق المزاد العلني وبواسطة كتابة الضبط، ويجري هذا البيع في أقرب سوق عمومي أو أي مكان آخر من المتوقع أن يحقق أفضل نتيجة، وبعدها يتم الإعلان عن المزاد تاريخه ومكان إجرائه عن طريق كل وسائل الإشعار، وأما عن مباشرة البيع بالمزاد العلني فيكون بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين وتحت إشراف هذا الأخير، وبالنسبة لرسو المزاد يكون لمن تقدم بأفضل عطاء في التاريخ والمكان المحددين.

بعد انقضاء أجل 8 أيام من يوم الإشهار الخاص بإعلان البيع يتم البيع بالمزاد العلني ما عدا حالة كون المنقول معرض للتلف أو حالة تقلب الأسعار التي يمكن للقاضي على إثرهما تقصير هذا الأجل من يوم إلى آخر ومن ساعة إلى أخرى، ويقوم الخبير الذي يعينه القاضي لهذا الغرض بتحديد الثمن الأساسي للبيع، ومن ثم يقوم المشتري بتسديد هذا الثمن في الحال ولا يتم تسليم المنقول له إلا بعد دفع ثمنه نقدا. وإذا تأخر عن هذا الأداء يتم إنذاره دون تحديد أجل، وفي حال عدم الاستجابة للإنذار الذي وجه إليه يعاد البيع على نفقته ومسؤوليته، وعليه فإن المشتري المتخلف يتحمل الفرق بين الثمن الذي رسا عليه المزاد والثمن الذي تمت به المزايدة الجديدة إذا بيع بثمن أقل من الثمن الراسي به المزاد، ولا يحق له هذا الفرق إذا تم البيع بثمن أعلى.

كما قد يدعي الغير ملكية المنقولات التي يراد بيعها بالمزايدة فله أن يؤجل البيع بالمزاد العلني إلى غاية بت القاضي المكلف بشؤون القاصرين في القضية وذلك في أقرب أجل في حال كون طلب إخراج تلك الأشياء من المزايدة مصحوبا بمبررات كافية، واستثناء من هذا تستمر إجراءات بيع المنقولات التي يسرع إليها التلف ولا يتم تسليم ثمنها

[1] مع العلم أن التشريع المغربي يعترف بالحجر على القاصر تأسيا بالفقه الإسلامي بخلاف التشريع الجزائري الذي يقرره للبالغين ناقصي الأهلية وفاقديها.

[1] إن وضع قيمة مخصصة للمنقول يتم بموجبها اللجوء إلى إجراء البيع بالمزاد العلني تكون الحكمة منه تمييز المنقولات ذات الأهمية الخاصة عن الأخرى ذات القيمة العادية، هذه الأخيرة التي يتعين بيعها عن طريق التراضي وقد تطرقنا لها في معرض التصرفات التي تتطلب أخذ إذن من القاضي حتى يباشرها الولي أو الوصي والمنصوص عليها في المادة 88 من ق.أ.

حتى يفصل في ملكيتها من قبل قاضي الموضوع، ويقضي الفصل 204 من قانون المسطرة المدنية أن وثيقة البيع لا يطعن فيها إلا بالزور.

ويضيف الفصل 205 من قانون المسطرة المدنية أنه إذا تعلق البيع بأصل تجاري فإنه ينصب على كل عناصره بعد أن يقوم الوصي أو المقدم بتبليغ البائعين السابقين، ثم يقوم القاضي المكلف بشؤون القاصرين المتواجد بدائرته المركز الرئيسي للأصل التجاري بتعيين خبير لتحديد الثمن الأساسي بناء على طلب من الوصي أو المقدم، ولا يرسو المزاد على من قدم أفضل عطاء إذا كان الثمن أقل من ثمن التقويم المحدد من قبل الخبير لكل العناصر المادية التي يتكون منها الأصل التجاري، وفي هذه الحالة يتم البيع بالتقسيط لمختلف العناصر المكونة للأصل التجاري.

كما أن المشرع الجزائري لم يشر إلى بيع السندات التجارية والقيم المنقولة بصورة مباشرة في المادة 88 من قانون الأسرة، ومادام أن هذه الأخيرة هي عبارة عن منقول من حيث الطبيعة القانونية فهي ذات أهمية خاصة بالنظر إلى حجم قيمتها المالية، وقد تم التطرق إلى حجز وبيع السندات التجارية والقيم المنقولة ضمن أحكام المادتين 719 و720 من ق.إ.م.إ حيث يتبين من خلالها أن عملية البيع تتم بناء على طلب الدائن الحاجز، وقد بينا سلفا أن بيع مال القاصر مناطه المصلحة والضرورة ولا يشترط ارتباطه بدين ليتم الحجز عليه، ثم لابد من استعمال أسلوب الإحالة على الأقل في المادة 88 من ق.أ إلى الإجراءات الواردة في المادتين 719 و720 من ق.إ.م.إ، أو استحداث إجراءات خاصة بعيدة عن التعقيد تساعد على بيع المال المملوك للقاصر على وجه السرعة ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما هو معمول به في التشريع المغربي.

وقد نص المشرع المغربي على هذه المسألة في الفصل 206 من قانون المسطرة المدنية التي تقضي بأن القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها يتم بيعها في البورصة بموجب أمر صادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وتفيد المادة 103 من مدونة التجارة بأنه إذا تم طلب بيع الأصل التجاري بالمزاد العلني من قبل سنديك التسوية أو التصفية القضائية أو مسير قضائي أو من أي مُصَفٍ أو كان قضائيا بناء على طلب أي ذي حق، تعين

على الطالب تبليغ ذلك للبائعين السابقين في الموطن المختار ضمن تقييداتهم على أن يصرح لهم بسقوط حقهم بشأن دعوى الفسخ قِبَلَ من رسا عليهم المزاد في حال عدم رفعها مدة ثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ التبليغ.

ثانيا: ضرورة مراجعة أحكام الغبن وتعميم أحكامه على المنقول

تقضي المادة 358 من القانون المدني الجزائري بأنه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، على أنه يتعين لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع[1]، وقد استقر القضاء على أن مسائل الغبن لا تثار بصفة تلقائية وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2007/07/11[2].

كما تفيد المادة 393 من القانون المدني المصري بأنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد عن الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، وأضافت الفقرة الثانية من هذه المادة أنه يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع، وتبعا لهذا فإن الغبن في بيع العقارات مقصور على ناقصي الأهلية وفاقديها في التشريع المصري بخلاف التشريع الجزائري الذي يستفيد من أحكام الغبن فيه من كانت أهليتهم كاملة[3].

وينص الفصل 56 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يلي:" الغبن يخول الإبطال، إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي، وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء"، وبناء على ما سبق نعرف الغبن ثم نعقد المقارنة بين هذه النصوص:

[1] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 69-70.

[2] م.ع.، غ.ع، ملف رقم 410107، قرار بتاريخ 2007/07/11، م.م.ع، ع2، 2008، ص 249 وما بعدها.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص 70.

1. المقصود بالغبن

يقصد بالغبن لغة من الفعل غبن- **بفتح الباء- يغبنه –بكسر الباء-** إذا نقصته، وعند الفقهاء هو النقص في أحد العوضين وهو نوعان يسير وفاحش[1]، فأما اليسير هو ما يتغابن **الناس فيه عادة أي ما** يجري بينهم من الزيادة **والنقصان ولا يتحرزون منه وأما الفاحش فهو ما لا يتغابن الناس فيه عادة** أي ما يتحرزون عنه من التفاوت في **المعاملات**[2]**، هذا** في تعريف الغبن من الجانب اللغوي.

وأما تعريف الغبن **اصطلاحا فيقصد به** الضرر المادي الذي يتكبده أحد الأطراف في عقد ملزم أو قسمة ناتج عن انعدام التعادل بين الأداءات المفروضة أو عن اختلاف في القيمة بين حصص ممنوحة للمستفيدين[3]**، ويؤخذ** على هذا التعريف أنه أدرج القسمة في أحكام الغبن**،** ويعرف أيضا بأنه اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة **نتيجة عدم التعادل** بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه ومن ثم فهو الخسارة التي تلحق بأحد المتعاقدين في ذلك العقد[4]**. يتضح من التعريفات السابقة أن** الغبن فيه خسارة مالية يتكبدها أحد العاقدين نتيجة عدم التعادل **بين الالتزامات الناشئة عن العقد.**

وأما الاستغلال فهو أمر نفسي يستغل بموجبه أحد العاقدين حالة ضعف تعتري المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير[5]**،** ويمكن استنباط تعريف الاستغلال من خلال المادة **90 من ق.م**[6] **بأنه** طيش بين أو هوى جامح ينتاب أحد المتعاقدين فيدفعه إلى إبرام عقد يتحمل بموجبه التزامات متفاوتة بالنظر إلى **ما**

---

[1] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، مرجع سابق، ج3، ص 6.

[2] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع نفسه، ص 7.

[3] ابتسام القرام، **مرجع سابق، ص 172.**

[4] بلحاج العربي، **مرجع سابق، ص 126.**

[5] بلحاج العربي، **المرجع نفسه، ص 127.**

[6] **تنص المادة 90 من ق.م على ما يلي:" إذا كانت التزامات أحد** المتعاقدين متفاوتة كثيرا في **النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد** أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل طيشا بينا أو هوى جامحا**، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد.**

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

يحصل من عوض. وعليه للاستغلال عنصران أحدهما مادي ويتمثل في التفاوت في الالتزامات والعوض المقابل والعنصر الثاني معنوي مضمونه الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد المغبون وفي المقابل استغلال المتعاقد الغابن لهذا الضعف النفسي[1]. **وعلى هذا الأساس** فالغبن لا يتصور في التبرعات وأما الاستغلال فيقع في جميع **التصرفات**[2]، كما أن الغبن يكتسي طابعا ماديا بخلاف الاستغلال الذي ينظر القاضي في تقديره لاعتبارات شخصية وعليه فإن الغبن عيب يلحق العقد في حين أن الاستغلال عيب في إرادة المتعاقد[3]. **وبالنسبة لميعاد رفع الدعوى تقضي المادة 90 من ق.م بما يلي:**"... ويجب أن ترفع دعوى الغبن[4] خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة". ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

2. الاستفادة من أحكام الغبن الواردة في التشريعات المقارنة

ما يلاحظ على النصوص السابقة أن كلا من التشريعات الثلاث الجزائري والمصري والمغربي اتفقت على أن الحماية بشأن الغبن مقررة للبائع دون المشتري بل لا يحق لهذا الأخير طلب إبطال العقد بسبب الغبن فضلا عن الاستفادة من تكملة الثمن إلى أربعة أخماس **وهو ما يفهم من هذه النصوص،** في حين أن المشرع الفرنسي **أورد هذا** الحكم بنص صريح في م1683 من القانون المدني التي تقضي بأن المشتري لا يستفيد من إبطال العقد بسبب الغبن.

ثم إن المشرع الجزائري قصر الغبن على بيع العقار بينما المشرع المغربي توسع في حكمه وجعله يمتد إلى **المنقول، وما يؤكد هذا القول ما** مرَّ معنا في الإجراءات الخاصة ببيع المنقول المملوك للقاصر في التشريع المغربي حيث **تقضي المادة 201 من قانون المسطرة بأن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بأنه** يأذن للوصي أو المقدم في بيع أموال **القاصر** المنقولة بطريق المراضاة لمصلحة هذا الأخير إذا لم تتجاوز قيمتها **2000 درهم.**

---

[1] بلحاج العربي، **مرجع سابق، ص 129 وما بعدها.**

[2] بلحاج العربي، **المرجع نفسه، ص 127.**

[3] خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص **64 ومات بعدها.**

[4] نشير إلى أن دعوى الغبن تنتقل إلى الخلف العام باعتبارها دعوى مالية وهذا بمجرد وفاة البائع، وهو مبدأ أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 584684، غ.م، م.م.ع، ع1، 2011، ص 105 وما يليها.

وتضيف الفقرة الثانية من المادة 201 من قانون المسطرة بأنه على القاضي في هذه الحالة أن يتحقق قبل منح الإذن من أن الثمن المقترح يوافق قيمة المنقولات التي يقوّمها خبير **يقوم بتعيينه** لهذه الغاية عند الاقتضاء وليثبت أيضا أن الثمن المعروض لا غبن فيه ولا ضرر على المحجور. وقد أورد هذا النص حكما لا نجده في جل التشريعات يتعلق الأمر بإعمال أحكام الغبن على المنقول والعقار على حد سواء ذلك أن التفرقة بينهما قديمة وتحتاج إلى إعادة النظر بشأنها كون المنقول أصبح ذا أهمية كبيرة بل أصبح يضاهي العقار من حيث القيمة المالية، وإننا نهيب بالمشرع الجزائري أن يمدد أحكام الغبن إلى المنقول على أن يضع حدا قيميا حتى يتفادى المنقولات ضئيلة القيمة وتبعا لهذا رفع الغموض عن مصطلح "المنقولات ذات الأهمية الخاصة".

كما أن المشرع الجزائري ونظيره المصري جعلا بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس(5/1) في حين أن المشرع المغربي اعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث(3/1) بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء[1]، وفي الحقيقة أن مثل هذه التقديرات يرجع فيها إلى أحوال المجتمع والظروف الاقتصادية لكل بلد، حيث نجد المشرع الفرنسي يعطيها تقديرا آخر في المادة 1675 /1 من القانون المدني التي تقضي بأنه لمعرفة أن الغبن يجاوز حصة 12/7 يجب تقدير حالة العقار وقيمته في وقت البيع. وعليه يجوز الطعن بالغبن في بيع العقارات المملوكة لشخص كامل الأهلية إذا زاد الغبن على 12/7 من قيمة العقار وقت البيع ويجبر المشتري إما برد العين المبيعة واسترداد الثمن وإما تكملة الثمن إلى 10/9 قيمة العقار وقت البيع[2].

ويلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري لم يقصر الغبن على من لا تتوافر فيه الأهلية كما هو عليه الحال في التشريع المصري بل جعله عاما تسري أحكامه على الراشدين والقصر على حد سواء، وقرره أيضا المشرع المغربي للأشخاص الراشدين وهو ما يستشف بمفهوم المخالفة من الفقرة الأولى من الفصل 56 من ظهير الالتزامات والعقود

[1] ينص الفصل 56 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي على ما يأتي:" الغبن يخول الإبطال، إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي، وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر . ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء."

[2] سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 93.

المغربيّ، **وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي طبقا للمادة 1313** من القانون المدني الفرنسي، ثم إن الغبن لا يخول إبطال العقد في التشريع الجزائري وإنما يخول لمن وقع فيه تكملة الثمن إلى أربعة أخماس **وأما القاصر فيمكنه** إبطال العقد بسبب نقص أهليته لا بسبب الغبن كما يمكن فسخ العقد إذا لم يوف المشتري التزامه بتكملة الثمن إلى أربع أخماس.

فالغبن **كأصل عام حسب الفصل 55** من ظهير الالتزامات والعقود المغربي **لا** يخول **المتعاقد المغبون إبطال العقد** إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من **أجله، ولكنه** يخول **المتعاقد طلب إبطال العقد إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو** ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده **القضائي. كما قرر** المشرع الفرنسي في المادة 1305 من القانون المدني أنه **القاصر المرشد له** صلاحية إبطال العقد بسبب الغبن اليسير **مهما كان شكل الاتفاق.**

وتضيف المادة 359 من ق.م على أن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن تسقط بالتقادم إذا انقضت ثلاث **سنوات من يوم انعقاد البيع، وبالنسبة** لعديمي الأهلية فمن يوم سبب انقطاع العجز، ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع[1]، **وبقابل هذا النص المادة 426** من القانون المدني المصري[2] وهي مدة تقادم وليست مدة سقوط ومن ثم يسري عليها الانقطاع[3].

كما تقضي المادة 360 من القانون المدني بأنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بالمزاد العلني بمقتضى **القانون، وهو نفس الحكم الذي تناولته المادة 395** من القانون المدني المصري، كما نص الفصل **204 من قانون المسطرة المدنية على أنه** لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور.

---

[1] ما يعاب على هذا النص أن طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل قاصر على البائع وحده وهذا فيه إجحاف بحق المشتري فقد تنقلب الصورة ويصبح المشتري هو الطرف المغبون كأن يكون ثمن العقار أقل بكثير مما دفعه المشتري وهنا من المنطقي أن تكون الحماية شاملة لأطراف **العقد.**

[2] **تنص المادة 426** من القانون المدني المصري على ما يلي:"**تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب** الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من اليوم الذي **يموت فيه صاحب العقار المبيع**".

[3] **سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص** 96.

الفرع الثاني: إجراءات بيع العقارات المملوكة للقصر

جاء في المادة 89 من ق.أ أن بيع العقار يتم بالمزاد العلني، ويحيلنا هذا النص إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالضبط المادة 783 وما بعدها من ق.إ.م.إ، حيث قررت هذه المادة حكما مفاده أن بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المملوكة للقصر والمرخص ببيعها قضائيا عن طريق المزاد العلني يتم وفقا لقائمة شروط البيع، وهو ما قضى به المشرع المغربي في الفصل 207 من قانون المسطرة المدنية المغربي بأنه يتم بإذن القاضي بيع عقار معين للمحجور عليهم- ومن ضمنهم القاصر وفقا للتشريع المغربي- بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره.

ثم يبلغ المحضر القضائي[1] طبقا للمادة 785 من ق.إ.م.إ قائمة شروط البيع للمعنيين حتى يتمكنوا من الإعتراض عليها، ليشرع بعدها المحضر القضائي في الإعلان عن البيع بالمزايدة ثم تتبع إجراءات بشأن جلسة المزايدة، وعليه نتناول هذه المسائل في نقطتين.

أولا: إعداد قائمة شروط البيع ومرفقاتها وكيفية الاعتراض عليها

للقيام ببيع العقار و/أو الحقوق العينية العقارية المملوكة للقاصر يتعين إعداد قائمة شروط البيع من قبل المحضر القضائي ليبلغها إلى المعنيين حتى يتسنى لهم الإعتراض عليها وفق شروط محددة.

1. إعداد قائمة شروط البيع

يقوم المحضر القضائي حسب المادة 783 من ق.إ.م.إ بإعداد قائمة شروط البيع - كما يمكن أن يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة[2] - ويودعها بأمانة ضبط المحكمة، ولم يحدد المشرع من يقوم بإجراء الطلب لتعيين المحضر القضائي الذي يعد هذه القائمة، إلا أنه يكون بداهة بناء على طلب الولي أو الوصي أو المقدم، وقد بين المشرع المغربي ذلك في الفصل 208 من قانون المسطرة المدنية بأنه ينبغي على الحاجر الذي يريد الحصول على الإذن أن

[1] تجدر الملاحظة إلى أن المحضر القضائي ومحافظ البيع بالمزايدة ضابطان عموميان يتوليان قانونا حسب الحالة التنفيذ والبيع مقابل أتعاب بطلب من المستفيد من السند التنفيذي، كما أنه لا مصلحة لهما في حصول البيع أو عدم حصوله، ولا يعدان خصمين ولا صفة لهما تبعا لهذا في الطعن في الأحكام القضائية ذات الصلة، وهي مبادئ مقررة في الاجتهاد القضائي. الملف رقم 741357 المؤرخ في 2012/04/19، غ.م، م.م.ع، ع1، 2013، ص 134.

[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 1007.

يقوم برفع مقال إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مصحوب بالوثائق اللازمة وأضاف أنه يتم إثبات جميع البيانات في المقال لا سيما الموقع والحدود الخاصة بالعقار وكذا أوصافه والحقوق المثقل بها والعقود المتعلقة بالكراء الناشئة عنه ووضعيته اتجاه التحفيظ العقاري إن أمكن، وبعد تقديم هذا المقال يتم إعداد محضر تدون فيه هذه البيانات والمستندات المدلى بها ومن ثم يقيد الأمر الذي يصدره القاضي بأسفله، على أن القاضي قد يأذن ببيع العقار كما أنه قد يرفضه، وفي الحالة الأخيرة يتم تبليغ الأمر للحاجر بصورة تلقائية طبقا للطرق العادية، وللحاجر أن يستأنف الأمر الصادر بالرفض في أجل عشرة أيام.

كما نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 783 ق.إ.م.إ على أن قائمة شروط البيع تتضمن البيانات التالية:

1- الإذن الصادر بالبيع،

2- تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المراد بيعه تعيينا دقيقا لاسيما ما تعلق بموقعه وحدوده ونوعه وكذا مشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الحاجة سواء كان العقار مفرزا أو مملوكا على الشيوع بالإضافة إلى من بيانات أخرى تفيد في تعيينه، وإن كان العقار عبارة عن بناية يفصح عن الشارع، رقمه وكذا أجزاء العقارات،

3- تحديد شروط البيع والثمن الأساسي،

4- تقسيم العقار إلى أجزاء إذا دعت الضرورة إلى ذلك مع الإفصاح عن الثمن الأساسي لكل جزء،

5 - تقديم سندات الملكية.

وبالنسبة لتحديد الثمن الأساسي للعقار أو الحق العيني العقاري المحجوز الذي يبدأ به المزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق قضت المادة 739 من ق.إ.م.إ أنه يتم على كامل العقار أو على أجزاء منه ويقوم به خبير عقاري، هذا الأخير الذي يتم تعيينه بأمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز.

وبعدها يقوم المحضر القضائي بتحديد القيمة التقريبية للعقار بالمقارنة مع سعر السوق سواء تحديدا كليا أو عن طريق تقسيمه إلى أجزاء[1]، وهذا بعد أن يثبت إيداع أتعاب الخبرة بأمانة ضبط المحكمة والتي يتم تحديدها بصورة مسبقة من قبل رئيس المحكمة، وأشارت الفقرة الثانية من هذه المادة أن الخبير ملزم بإيداع تقرير التقييم بأمانة ضبط المحكمة وذلك في أجل يحدده رئيس المحكمة دون أن يتجاوز عشرة أيام اعتبارا من تاريخ تعيينه وإلا يتم استبدال هذا الخبير بآخر.

كما أضافت المادة 784 من ق.إ.م.إ أن قائمة شروط البيع تكون مصحوبة بجملة من المستندات ورد ذكرها على سبيل الحصر إذ يجب على طالب الحجز أن يقيد بها وعلى المحضر القضائي أن يرفقها بقائمة شروط البيع[2] وتَعُدُّ هذه المستندات على النحو التالي:

1- مستخرج جدول الضريبة العقارية،

2- مستخرج من عقد الملكية وكذا الإذن بالبيع عند لحاجة،

3- الشهادة العقارية.

كما قد يتضرر الدائنون أصحاب التأمينات العينية من بيع العقار و/أو الحقوق العينية العقارية، جراء هذه العملية فقرر المشرع في المادة 785 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حلا مضمونه وجوب تبليغ هؤلاء الدائنين وكذا النيابة العامة حتى تتم الإجراءات دون علمهم ويتمكنوا تبعا لهذا من طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الإعتراض عليها متى كانت ضرورة لذلك، وقد أحالنا هذا النص إلى الإجراءات المقررة للاعتراض على البيع من خلال عبارة "طبقا لأحكام هذا القانون".

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص957.

[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 1008.

ويعاب على المشرع أنه وضع المادة 789 من ق.إ.م.إ ضمن القسم الثالث المعنون بـ"في بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني" مع أن حكمها يشمل المواد 783، 786، و 788 أي الأقسام الثلاثة لذا كان من الأفضل – في تقديرنا- أن يكون موقعها في طليعة المواد الواردة في الفصل الثامن المعنون بـ "في بعض البيوع العقارية الخاصة" ومن ثم يسري نصها على الأقسام الثلاثة، ونشير إلى أنه ليس بالضرورة أن يكون كل بيع بالمزاد العلني لعقار مترتب على حجز تنفيذي لعقار، فالعقار المملوك للقاصر وإن لم يكن محجوزا عليه فإنه يمكن بيعه بالمزاد العلني بشرط مراعاة القاضي لحالتي المصلحة والضرورة في الإذن، مع العلم أن المشرع المغربي أغفل إجراء التبليغ إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية ربما اكتفاء بإجراء الإشهار .

ما يلاحظ أن المواد 783 وما يليها وردت ضمن الكتاب الثالث بعنوان "في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية"، غير أن الفصل الثامن الذي عنوانه "في بعض البيوع العقارية الخاصة" يوجد ضمن الباب الخامس المعنون بـ"في الحجوز" وهذا لا يعني بالضرورة أن الحجز لابد أن يكون واردا حتى يكون البيع بالمزاد العلني بل يتم البيع بهذه الطريقة[1] نظر لخصوصيته مع العلم أن القانون هو الذي فرضه مع اشتراط توافر حالتي الضرورة والمصلحة.

ولعل الحكمة المتوخاة من إقرار بيع العقار المملوك للقاصر بطريق المزاد العلني هي عدم الإجحاف بحقه مادام البيع بالعلن حيث يزيد ثمن العقار بالمنافسة من جهة، ومن جهة أخرى حتى لا يكون تفضيل لأطراف معينة وهذا يستتبع حتما الاستئثار بالعقار بثمن بخس.

وما يؤكد هذا القول- عدم ضرورة الحجز للبيع بالمزاد العلني- هو نص المادة 788 من ق.إ.م.إ المتعلقة ببيع العقارات المثقلة بتأمين عيني والتي تفيد بأنه يجوز لمالك العقار و/أو الحق العيني العقاري المثقل بتأمين عيني والذي يرغب في الوفاء بديونه إذا لم يسع الدائنون إلى طلب ديونهم ولم يباشروا إجراءات التنفيذ عليه، أن يطلب بيعه بالمزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع يعدها محضر قضائي تودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، فالحجز هنا

[1] يثور التساؤل بشأن الإيجاب والقبول فهل عرض العقار في بيع المزاد يعتبر بمثابة إيجاب في العقد؟ الإجابة تكون بالنفي بل إن عرض العقار ليس إلا دعوة إلى التعاقد وإنما التقدم بعطاء هو الإيجاب ويعتبر رسو المزاد هو القبول.

غير واردٍ **إلا** أن هذا النمط من البيوع يوفر حماية للدائنين أصحاب التأمينات العينية وذلك بوجوب تبليغهم رسميا من **قبل المحضر القضائي بقائمة** شروط البيع حتى يتمكنوا من إلغائها بطريق الإعتراض عليها.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد أورد **حدا** قيميا في المادة 209 من قانون المسطرة المدنية مفاده **إذا كانت قيمة العقار لا تتجاوز 2000 درهم يقدرها** خبير عند الاقتضاء **فإن البيع يتم بالمراضاة، وأما إذا تعدت** هذه القيمة **فإن البيع** يجري عن طريق المزاد العلني **بطلب من القاضي وبواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين أين فتحت النيابة بدائرته أو الذي يوجد بدائرة اختصاصه العقار، وما** يلاحظ أن التشريع المغربي **جاء مرتبة وسطى بين التشريع الجزائري والتشريع المصري حيث أن التشريع الجزائري يقرر بيع العقارات المملوكة للقاصر** بطريق المزايدة، بينما يجري بيعها في التشريع المصري عن طريق التراضي وينص المشرع **على البيع بالطريقين المراضاة** والمزاد العلني، **بل مدد** فكرة الحد القيمي إلى **المنقولات ليوحد الأحكام بشأن المنقول والعقار** في الحدود التي تفرضها **طبيعة كل منهما** وهي في الحقيقة مبادرة تشريعية **تستحق الثناء.**

وأما في **التشريع الفرنسي فيتم بيع العقارات والمحلات التجارية المملوكة للقاصر وكذا للبالغين الخاضعين لنظام** الوصاية بأمر من مجلس العائلة الذي ينعقد ويفصح عن طبيعة الأموال والقيمة التقريبية لها وفقا للمادة **1271 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وقد بينت المادة 1272 من نفس القانون أنه** يتم البيع بطريق المزاد العلني **بواسطة الكاتب بالعدل(الموثق)** يعين لهذا الغرض من طرف المحكمة الابتدائية أو أثناء جلسة المزايدات من قبل قاضي تعينه **المحكمة وهذا بناء على طلب الوصي أو المشرف على الوصي.**

وتشير المادة **السابقة** إلى أن **المحكمة المختصة** هي التي يقيم **بدائرة اختصاصها الشخص الخاضع لنظام الوصاية،** وإذا كانت الأموال متواجدة في عدة دوائر بإمكان المحكمة أن تعين كاتب عدل في إحدى هذه الدوائر وتندب إحدى المحاكم بخصوص وضعية هذه الأموال، **ومن ثم تقوم المحكمة** وفقا للمادة **1273 من ذات القانون بتحديد الثمن** الأساسي لكل من هذه الأموال المراد **بيعها وكذا بيان الشروط الأساسية، كما تقوم المحكمة** بمباشرة

التقدير الكلي أو الجزئي للأموال إذا كانت قيمتها أو وضعيتها تبرر ذلك، وتحدد المحكمة طبقا للمادة 1274 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كيفيات الإشهار اعتمادا على قيمة وطبيعة الأموال وكذا وضعيتها.

ويقوم الكاتب بالعدل أو المحامي وفقا للمادة 1275 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بإعداد دفتر الشروط، وإذا تقرر أن البيع يجري بجلسة المزايدات يتم إيداع هذا الدفتر في كتابة ضبط المحكمة[1]، وعندما يكون محل البيع عبارة عن محل تجاري يُفَصَّل في دفتر الشروط طبيعة ووضعية المحل والعناصر المكونة له وكذا الالتزامات التي سوف تقع على عاتق المقتني، لا سيما البضائع المؤثث بها المحل، وتقضي المادة 1276 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأنه يتم استدعاء المشرف شهرا واحدا على الأقل قبل إجراء البيع بطلب ممن أعد دفتر الشروط وإعلامه بأن البيع سوف يباشر ولو في حالة غيابه.

وقررت المادة 1277 من نفس القانون أنه في حالة كون العرض أقل من الثمن الأساسي يمكن للقاضي أو الكاتب بالعدل حسب الحالة أن يعاين أعلى عرض ومنح المال بصفة مؤقتة مقابل المبلغ الخاص بهذا العرض، ومن ثم يمكن للمحكمة التي حددت الثمن الأساسي والتي تم إخطارها من قبل الكاتب بالعدل والمحامي وكل من له مصلحة أن تعلن رسو المزاد نهائيا ومن ثم ينعقد البيع، كما أنه بإمكان المحكمة أن تأمر بإجراء بيع جديد، وفي الحالة الأخيرة تحدد أجلا للبيع الجديد على أن لا يقل عن خمسة عشر يوما وتحدد الثمن الأساسي وكيفيات الإشهار.

كما أفادت المادة 1278 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بأنه إذا وقع البيع أمام الكاتب بالعدل وتم إعادته بطريق المزاد العلني تُتَبَع الإجراءات أمام المحكمة، ويتم إصدار إشهاد من قبل الكاتب بالعدل بأن المزايد لم ينفذ الشروط، ويتم إيداع محضر المزايدة بأمانة ضبط المحكمة، كما يمكن لأي شخص حسب المادة 1279 من نفس القانون أن يعرض مزايدة جديدة بعد عشر أيام التالية للمزايدة النهائية مع مراعاة الإجراءات والآجال المبينة في الأحكام القانونية، وفي حالة إجراء المزايدة أمام الكاتب بالعدل، تحيل المحكمة عن طريق الحكم الذي يقضي بالمزايدة

[1] على أن دفتر الشروط يتضمن الحكم القاضي بالبيع وكذا الأموال المراد بيعها ويبين الثمن الأساسي وشروط البيع.

الجديدة رسو المزاد الجديد أمام نفس الكاتب بالعدل، وبرسو المزاد الثاني بعد إعادة البيع بالمزاد العلني، ولا يمكن أن تعاد مزايدة أخرى لنفس الأموال.

2. الاعتراض على قائمة شروط البيع

نصت على هذا الإجراء المادة 742 من ق.إ.م.إ حيث تقدم الاعتراضات[1] بموجب عريضة إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل تحت طائلة سقوط حقهم بالتمسك بهذه الصلاحية، ثم يتم تسجيل العريضة في سجل خاص بعد أن يتم دفع الرسوم تبعا لتاريخ ورودها، ليتم عقد جلسة الاعتراضات في غرفة المشورة وهذا بحضور المعترض والحاجز وكذا المحضر القضائي.

يتم بعدها البت في الاعتراضات من قبل رئيس المحكمة بموجب أمر لا يقبل الطعن في غضون ثمانية أيام على الأكثر، وفي حالة عدم تقديم أي اعتراض بالجلسة يتم التأشير بذلك في السجل الخاص لهذا الغرض من قبل أمين الضبط، ليتم الإعلان عن البيع بالمزاد العلني من طرف المحضر القضائي.

ثانيا: الإعلان عن البيع بالمزايدة ومجريات الجلسة

نشير إلى أن م789 من ق.إ.م.إ هي التي أحالتنا إلى الأحكام المتعلقة بإجراءات التعليق والنشر الخاصة ببيع العقارات الخاصة بناقصي الأهلية، وعليه ندرس خطوات البيع بالمزايدة وفق الإجراءات المحددة في المواد المحال إليها.

1. الإجراءات المتبعة لإعلان البيع بالمزايدة

تقضي المادة 747 من ق.إ.م.إ بأنه يتم تحديد تاريخ الجلسة للبيع بعد أن يبت رئيس المحكمة في مسألة الاعتراضات، وفي حال عدم تحديد تاريخ ومكان الجلسة مسبقا يتم ذلك بمقتضى أمر على عريضة بطلب من أي دائن معتبر طرفا في الحجز أو المحضر القضائي، هذا الأخير الذي يحدد تاريخ وساعة ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني

[1] أحالنا نص المادة 742 من ق.إ.م.إ إلى المادة 740 من ذات القانون المتضمنة الأشخاص الواجب تبليغهم من قبل المحضر القضائي والذين لهم الحق في تقديم الإعتراض - وفقا للمادة 742 من نفس القانون - وهو نص عام، غير أن المادة 785 من نفس القانون حددت الأشخاص الواجب تبليغهم وهم الدائنون أصحاب التأمينات العينية والنيابة العامة، وهذا النص الأخير نص خاص وعليه يقدم الخاص على العام ويعمل بمضمون المادة 785 من ق.إ.م.إ.

ثمانية أيام على الأقل قبل الجلسة[1]، **كما نصت المادة 748 من نفس القانون على أنه بعد إيداع قائمة شروط البيع** من قبل المحضر القضائي يقوم هذا الأخير بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة **الإعلانات** بالمحكمة خلال ثمانية أيام اللاحقة لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة، على أن ترفق صورة من الإعلان المنشور في **الجريدة ونسخة** من محضر التعليق ضمن ملف التنفيذ، **ويمكن** لكل شخص أن يطلع على قائمة شروط البيع سواء في أمانة ضبط المحكمة أو في مكتب المحضر القضائي.

يتم تحرير مستخرج من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع يوقع عليه المحضر القضائي وهو إجراء نصت عليه المادة 749 من ق.إ.م.إ على أن يتم قبل جلسة البيع بالمزاد العلني **بثلاثين يوما على الأكثر وعشرين يوما على الأقل، كما يقوم المحضر القضائي بنشر الإعلان عن البيع با لمزاد** العلني **على نفقة طالب** التنفيذ؛ **وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أن المستخرج يتضمن جملة من البيانات تتضمن كل ما له ارتباط بالعقار و/**أو الحق العيني العقاري موضوع البيع بالمزاد العلني وكذا هوية الأطراف[2] **لا سيما تعيين المحكمة أو أي مكان آخر لإجراء البيع بالمزايدة، كما وأشارت المادة 750 من ق.إ.م.إ** إلى الأماكن التي **يتم فيها تعليق ونشر الإعلان** عن البيع بالمزاد العلني **وهي** على النحو التالي:

1. في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضا أو مباني،
2. في جريدة يومية أو وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز،
3. في لوحة **الإعلانات** بالمحكمة التي يتم فيها البيع،
4. في لوحة **الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية** التي يوجد فيها العقار،
5. في الساحات والأماكن العمومية،

[1] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 967.
[2] سائح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 969.

6. وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد ممكن من المزايدين.

ويتم إثبات نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة أو تأشيرة **صادرة عن** الموظف المؤهل على هامش **الإعلان المنشور وتضم** إلى **ملف التنفيذ، وطبقا للمادة 751 من ق.إ.م.إ يمكن طلب إلغاء إجراءات النشر والتعليق عن طريق تقديم عريضة** إلى **رئيس المحكمة قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل تحت طائلة سقوط حقهم في ذلك، على أن يقوم رئيس المحكمة بالبت في طلب الإلغاء في اليوم المحدد للبيع وقبل افتتاح البيع بالمزاد** العلني **بموجب بأمر** غير **قابل لأي طعن.**

وإذا قرر رئيس المحكمة إلغاء إجراءات النشر والتعليق يتم تأجيل البيع إلى **جلسة لاحقة والأمر بإعادة الإجراءات من جديد على نفقة المحضر القضائي حسب الفقرة الثالثة من المادة 751 من ق.إ.م.إ، وأما إذا تم رفض طلب الإلغاء يتم إصدار أمر فورا بافتتاح البيع بالمزاد** العلني**، يقوم المحضر القضائي أو أي دائن بتقديم عريضة بشأن مصاريف إجراءات التنفيذ وكذا الأتعاب الخاصة بالمحضر القضائي** التي **يقدرها رئيس المحكمة، ويتم الإعلان عن هذا التقدير قبل افتتاح** المزاد العلني كما يتم التنويه عنه في حكم رسو المزاد، هذا الأخير الذي لا يقبل الطعن بجميع الطرق طبقا للمادة **765 من ق.إ.م.إ**[1].

2. الإجراءات المتعلقة بجلسة المزايدة

يرأس جلسة البيع بالمزاد العلني رئيس المحكمة أو القاضي الذي يتم تعيينه لهذا الغرض بمقر المحكمة التي تم **إيداع قائمة** الشروط فيها في اليوم والساعة المحددين لذلك، على أن يكون **حاضرا أمين الضبط والمحضر القضائي ومن تم تبليغهم أي أصحاب التأمينات وكذا النيابة العامة**[2]**، ولرئيس المحكمة وفقا للمادة 453 من ق.إ.م.إ** اتخاذ ما يراه

[1] وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2011/04/14، غ.ع، ملف رقم 653261 بتاريخ 2011/04/14، م.م.ع، ع1، 2012، ص 171 وما بعدها.

[2] **تنص م 260 من ق.إ.م.إ** بأنه يتعين إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة في مجموعة من القضايا وذكرت بينها حماية **ناقصي** الأهلية، ولم يفلح المشرع الجزائري في الترجمة حيث أن النص ورد في النسخة الفرنسية كما **يلي**:"la protection des incapables"، وهذا يعني ناقصي الأهلية بالقابهما على حد سواء وهذا يدخل ضمن هذا المعنى القاصر المميز وغير المميز ولو أن هذا الأخير يقرر البطلان المطلق لتصرفاته حماية له. **كما**

مناسبا لمقتضيات البيع بالمزاد العلني، على أنه يجوز تأجيل **جلسة البيع** بالمزايدة متى ثبت وجود **أسباب جدية خاصة ما تعلق منها بقلة المزايدين عن النصاب المحدد قانونا أو ضعف العروض، على أن إجراءات النشر والتعليق تكون على نفقة طالب التأجيل.**

وقد أشارت المادة 1/754 من ق.إ.م.إ إلى أنه بعد افتتاح جلسة البيع يتحقق الرئيس **من حضور أطراف الحجز وإتمام إجراءات** التبليغ الرسمي والنشر وكذا التعليق، فإذا تأكد الرئيس من صحة الإجراءات **يأمر بافتتاح المزاد مفصحا عن شروط البيع ومواصفات العقار و/أو الحق** العيني **العقاري** محل البيع، **وكذا الثمن الأساسي والرسوم والمصاريف** ومن ثم يحدد **بعدها مبلغ التدرج** في المزايدة وفقا لأهمية **العقار و/ أو الحق** العيني **العقاري على أن لا يقل عن 10.000 دينار في كل عرض**(م 2/754 من ق.إ.م.إ).

وأضافت الفقرة الثالثة من المادة 754 من ق.إ.م.إ بأنه عند عدم توافر النصاب القانوني للمزايدين **أو كان المبلغ المعروض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة** أو لم يتم تقديم **أي عرض طيلة** خمس **عشرة دقيقة قام الرئيس بإثبات** ذلك في **سجل الجلسة ليقرر تأجيل البيع** إلى **جلسة لاحقة بنفس الثمن الأساسي، وأما إذا تقدم** أكثر من مزايد في جلسة البيع يعتمد القاضي العطاء في الجلسة فورا لمن قام بتقديم أفضل عرض باعتباره العرض الذي لا يمكن المزايدة عليه بعد أن ينادى به ثلاث مرات متعاقبة **يفصل بين كل نداء وآخر دقيقة واحدة**[1].

ويتعين على من يرسو عليه المزاد أن يدفع أثناء انعقاد الجلسة خمس الثمن وكذا المصاريف والرسوم **المستحقة، على أن يدفع المبلغ المتبقي خلال مدة أقصاها 8 أيام لدى أمانة ضبط المحكمة**(م 3/757 من ق.إ.م.إ)، وفي حال عدم الدفع خلال الأجل المحدد يتم إعذاره بالدفع خلال أجل **5 أيام وإلا تم إعادة البيع بالمزاد على حسابه**(م 4/757 من ق.إ.م.إ).

تقضي م261 من نفس القانون بأن يحدد رئيس القسم أو التشكيلة بحسب الحالة جدول القضايا لكل جلسة ويتم إبلاغه لممثل النيابة العامة ويعلق في المكان المخصص لذلك، والحكم المهم هو ذلك الوارد في م 259 من نفس القانون حيث يكون ممثل النيابة العامة طرفا في القضايا الواجب إبلاغه بها.

[1] العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، مرجاجو للنشر، وهران، الجزائر، 2008، ص 161.

وأوردت المادة 758 من ق.إ.م.إ جزاء للمتخلف عن الدفع خلال مدة 8 أيام وهو إلزامه بدفع فرق الثمن إذا أعيد بيع العقار بثمن يقل عن ذلك الذي رسا به المزاد على أنه إذا تم بيعه بثمن أزيد لا يكون له الحق في هذه الزيادة، وقد بينت المادة 762 من ق.إ.م.إ أن حكم رسو المزاد يعتبر سند ملكية، مما يستتبع قيده بالمحافظة العقارية من قبل المحضر القضائي بهدف إشهاره وهذا في أجل شهرين من تاريخ صدوره.

وأما من حيث طبيعة الحكم برسو المزاد بالنظر إلى مضمونه فإنه لا يمكن اعتباره مقرر قضائي ذلك أنه لا يبت في نزاع ولا يصدر في شأن خصومة ومن ثم لا يتعين تسبيبه ولا يمكن الطعن فيه وهذا بخلاف الشكل إذ أنه يصدر عن جهة قضائية وليس للقاضي إلا مراقبة إجراءات البيع بالمزايدة التي تنتهي في آخر المطاف بصدور هذا الحكم ليتم بعدها توزيع حصيلة التنفيذ[1].

وأما في التشريع المصري فقد نصت المادة 7 من ق.و.م على أنه لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار إذا زادت قيمته على 300 ألف جنيه إلا بإذن من المحكمة[2] ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة[3]. ومادام أن أحكام الغبن تسري على بيع العقار فهذا يعني أن بيع عقار القاصر يكون عن طريق التراضي في التشريع المصري وليس عن طريق المزاد العلني كما

---

[1] العربي شحط عبد القادر، نفس المرجع، ص 162.

[2] لقد كان المشرع الجزائري حازما وصارما في تقييد تصرفات الولي أو الوصي حيث عاملهما معاملة واحدة من جهة، ومن جهة أخرى لم يضع حدا قيميا بشأن الأموال المراد إجراء التصرف فيها، ويضاف إلى هذا أنه لم يرد نص بخصوص تبرع الولي بمال القاصر ولو كان لأداء واجب إنساني كما هو مقرر في التشريع المصري بموجب م 5 من ق.و.م.

[3] نص المادة 7 من ق.و.م يعالج مسألة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية فإذا توافرت شروط الطعن بالغبن وهي كون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية- خلاف المشرع الجزائري سواء كان كامل الأهلية أو ناقصها- ، والشرط الثاني أن ينصب البيع على عقار، وأما الشرط الثالث مفاده ألا يكون البيع بالمزاد العلني، ويتمثل الشرط الرابع في أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس، والشرط الخامس والأخير هو أن يقع الغبن على البائع لا على المشتري، فإذا توافرت هذه الشروط يكون لصاحب العقار المبيع أن يرفع دعوى تكملة الثمن إلى أربع أخماس ثمن المثل لأن الغبن ليس سببا من أسباب إبطال البيع، وإذا لم يدفع المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها يكون لصاحب العقار رفع دعوى يطالب فيها بفسخ البيع وهو مضمون المذكرة الإيضاحية حيث أنه إذا حكم بالتكملة ولم يدفع البائع جاز فسخ البيع –لا إبطاله- تطبيقا للقواعد العامة، مع العلم أن القيمة المقصودة هي قيمة كل العقار وليس قيمة الجزء المراد التصرف فيه. انظر أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مرجع سابق، ص 30. سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

هو عليه الحال في التشريع الجزائري، حيث **تورد المادة** 360 من القانون المدني حكما خاصا على البيع الذي يتم عن طريق المزاد العلني بمقتضى القانون **وتقضي بأنه** لا يجوز الطعن فيه بالغبن[1].

وأما الإجراءات التي اعتمدها المشرع المغربي في الفصل 209 **من قانون المسطرة المغربية فهي بسيطة وبعيدة عن التعقيد، حيث تبدأ بتحديد الثمن الأساسي للعقار المراد بيعه عن طريق** خبير **يقوم بتعيينه القاضي المكلف بشؤون القاصرين،** ثم يليه إجراء الإشهار القانوني **من قبل عون كتابة الضبط** والذي يحدد شروطه **القاضي** استنادا إلى قيمة العقار **على أن الإشهار يستمر** إلى **مدة شهرين، ويتضمن الإعلان الخاص** بالمزاد العلني تاريخ ومكان **الافتتاح،** ومن ثم يتم تعليقه بباب العقار وكذا بالأسواق المجاورة واللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها العقار، **ويعلق أيضا بمكاتب السلطة الإدارية المحلية،** ويلجأ إلى إجراء النشر عند الاقتضاء في صحيفة يومية كثيرة الرواج وفي الجريدة الرسمية،كما يبلغ عون كتابة الضبط إجراءات الإشهار التي تم القيام بها للحاجر ومخطره بضرورة الحضور في **الوقت المحدد** بخصوص **إجراء السمسرة.**

وفي آخر **المطاف، يرسو المزاد على من تقدم بأفضل عطاء طبقا للمادة** 210 **من قانون المسطرة المدنية على أن يتم أداء الثمن** في أجل **ثلاثة أيام من إجراء السمسرة، وإلا لا يتم تسليم** العقار، وفي حال عدم **تنفيذ شروط السمسرة من طرف الراسي عليه المزاد فيتم إنذاره بالتنفيذ، وعند عدم الاستجابة لمضمون الإنذار** في **أجل** 8 **أيام يباع العقار وفق الشروط** السابق بيانها، **ومن ثم** لا يمكن للمشتري الذي تخلف عن الأداء استرجاع **العربون حال دفعه، وعليه تقتصر الإجراءات المرتبطة بالسمسرة الجديدة على إشهار يتم** في مدة **شهرين متضمنا تحديد الثمن الذي رسا به المزاد الأول وكذا تاريخ السمسرة الجديدة،** ومن ثم يقع على عاتق المشتري المتخلف **الالتزام بأداء الفرق الحاصل بين الثمن الذي رست عليه المزايدة** وثمن البيع **الجديد، ولا** يكون له الحق في **الاستفادة من الزيادة إذا بيع بثمن أفضل.**

[1] نشير إلى أن المادة 69 من القانون المدني قررت حكما مفاده أنه **لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا.**

وما يمكن إجماله في هذا الفصل هو أن المشرع الجزائري قد خول سلطات هامة لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الولاية على مال القاصر ويظهر ذلك في مراقبة القاضي لأعمال النائب القانوني حماية لمصالح القصر، غير أن هذه الرقابة لا تكون ناجعة إلا إذا تم دعمها بآلية تخرجها إلى الممارسة الفعلية، فالقاضي لوحده لا يمكنه الإشراف على أعمال من ينوب عن القصر من أولياء وأوصياء وقامة بل لابد من استحداث سلطة الإشراف كما هو معمول به التشريعات المقارنة يكمن دورها في مراقبة أعمال الوصي والمقدم وكذا إفادة القاضي بجملة المسائل التي يكون في إبلاغها مصلحة راجحة للقاصر، و المشرف لا يحل محل الوصي عند انتهاء مهمة هذا الأخير بل يلتزم بتعيين وصي جديد، ولهذا إذا اقتضى الأمر إجراء تحقيق تطول مدته ويخشى خلالها ضياع أموال القاصر يرفع الأمر إلى المحكمة كحالة الغيبة أو سلب الولاية لتعيين مدير مؤقت يتولى تسييرها وهو ما نحبذ التنصيص عليه في أحكام الولاية.

كما منح المشرع للقاضي صلاحية تعيين الوصي أو المقدم والفصل في المنازعات الناشئة عن الولاية على أموال القاصر وكذا منح التراخيص وترشيد القاصر، والأمر بالتدابير الوقتية لحماية مصالح القصر حال تقصير النائب القانوني وكذا الإشراف على إدارة أموال القاصر بعد وفاة والديه. وبديهي أن ممارسة الولاية من قبل الولي والوصي أو المقدم تنشأ عنها منازعات متعلقة بمال القاصر لذا يناط بقاضي شؤون الأسرة البت فيها حتى لا يُضار القاصر، كما يستحب جمع النصوص القانونية[1] المتعلقة بها ضمن مادة واحدة نقترح صياغتها كما يلي:

" يختص قاضي شؤون الأسرة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر لاسيما:

- المنازعات التي يرفعها القاصر المرشد أو الشخص الذي بلغ سن الرشد[2] بشأن حسابات الولاية وإدارتها،
- المنازعات التي يرفعها القاصر الذي بلغ[3] سن التمييز بشأن تصرفاته.

[1] المواد 474، 476، 477، 478 وكلها من اختصاص قاضي شؤون الأسرة.

[2] اقترحت بدل عبارة "القاصر بعد بلوغه أو ترشيده"، لأن القاصر بعد ترشيده تظل صفة القصر تلازمه وأما ببلوغه سن الرشد ينتفي عنه هذا الوصف.

[3] اقترحت بدل عبارة "القاصر بعد بلوغه سن التمييز"، هنا يمكن الاحتفاظ بلفظ القاصر لأنه لا يزال قاصرا ببلوغه سن التمييز، لكن لماذا عبارة "الذي بلغ سن التمييز" وليس عبارة"بعد بلوغه سن التمييز"؟ لأن هذه الأخيرة يحتمل منها انتظار القاصر غير المميز بشأن رفع الدعوى إلى غاية بلوغه سن التمييز، ونفس التعليل بالنسبة لعبارة "القاصر بعد ترشيده أو بلوغه سن الرشد". قريب من هذا المعنى عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 464.

وفي حالة الاستعجال، يفصل القاضي في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية.

تكون الأحكام الصادرة في هذا الشأن قابلة لكل طرق الطعن".

ورغم وجود النيابة العامة كطرف أصلي في المسائل الأسرية إلا أن مركزها **ضعيف بالمقارنة مع الدور الذي** تؤديه النيابة في التشريعات الأخرى كما بيّنا، **والتشريع** المصري نموذج في هذا الخصوص، لذا يستحسن منح المشرع **دورا متقدما ومتميزا** للنيابة وذلك بتوسيع مهامها في نطاق الولاية على مال القاصر **وإدراج نص** في هذا الخصوص، **وما يؤخذ على التشريع المصري أنه غلب دور النيابة العامة على الدور الذي يؤديه القاضي بينما سلك المشرع** الفرنسي نهج الاعتدال في منح الصلاحيات فكانت الرقابة بخصوص **الولاية على أموال القاصرين للقاضي والنيابة العامة مناصفة بينهما مما يستتبع معه ممارستها على أكمل وجه** خاصة وأن القاصر له الحق في إخطار القاضي متى توافرت حالة الخطر [1].

ما يمكن قوله أن الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كثيرة ومتنوعة غير أنه ينقصها تقنية **الربط بين النصوص القانونية اعتمادا على أسلوب الإحالة سواء** إلى الإجراءات المتعلقة ببيع المنقول أو بيع السندات **التجارية والقيم المنقولة، وكل هذا يستدعي تعديل المادة 88 من ق.**أ والتوسع في قائمة الأعمال التي يتعين على [redacted] بحسب الإجراء الذي يقابله في القواعد الإجرائية.

كما يتعين اللجوء إلى أسلوب الإحالة بشأن دعاوى المحاسبة، **وكل هذا لتتسق الأحكام ببعضها البعض** وتبعا لهذا تسهيل المهمة وإضفاء المرونة في التعامل مع **النصوص القانونية**، وقد حاولنا في الإجراءات المخصصة للعقار الاختصار قدر المستطاع ذلك أنها تتسم نوعا ما بالتعقيد آملين أن يعاد النظر بشأنها وتبسيطها ما أمكن.

[1] **NB :** Il faut savoir que l'enfant en danger a la possibilité de saisir lui-même le juge des enfants ou son équivalent, cette procédure est appliquée dans la majorité des législations européennes. Et en matière d'assistance éducative et exactement dans le coté procédural l'enfant a le droit de défendre ses intérêts, voire de s'informer de son dossier dans certaines circonstances et c'est le cas en France. Voir Daniel GADBIN, Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, BRUYLANT, Bruxelles, Belgique, 2004. p325.

الخاتمــة

تعتبر مسائل الولاية على القاصر من الموضوعات الشيقة التي حظيت بالدراسات والأبحاث الفقهية في مجالي الشريعة والقانون، غير أن دراستها تتطلب التعمق في البحث خاصة إذا تضمنت أحكاما إجرائية وكان المنهج المتبع يعتمد على المقارنة، فهذا يتطلب حتما بذل جهد كبير لتأصيل المسائل وعرض الأفكار على التشريعات المقارنة ومن ثم موازنتها ببعضها البعض للخروج بالنتائج المرجوة، غير أنه ليس من السهل بلوغ مرام هذه الدراسة ما لم يتم الانطلاق في البحث من المبادئ القانونية والفقهية العامة حتى تتحدد المعالم ومن ثم تدعيم هذا الجهد بما استقر عليه القضاء لإخراج الموضوع محل الدراسة في ثوب جديد يتمسك بوضعه التقليدي في جانبه الموضوعي محينا بما توصلت إليه التشريعات الحديثة، وتُضفَى عليه ديناميكية في جانبه الإجرائي عن طريق إيجاد نسق بين القواعد الموضوعية لمسائل الولاية على القاصر والإجراءات المخصصة لها ضمن قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا معرفة مدى كفاية هذه القواعد لتقرير الحماية المتطلبة للقاصر المولى عليه وما إذا كانت تتسم بالتعقيد وتحتاج تبعا لهذا إلى إضفاء نوع من المرونة عليها، ومن ثم إخراجها إلى الواقع العملي والممارسة الفعلية بعرض بعض النماذج العملية.

وبعد دراسة نظام الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري بما تضمنه من أحكام موضوعية واردة في قانون الأسرة المعدل والمتمم وأخرى إجرائية تم استحداثها بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد موازنة كل هذه الأحكام بتلك الواردة في التشريعات المقارنة وكذا في الفقه الإسلامي إذا كنا بصدد الأحكام الموضوعية، وبعد التمحيص في أدلة الفقه القانوني والمبادئ التي استقر عليها القضاء الجزائري، يمكن استخلاص نتائج المقارنة التي توصلت إليها الدراسة ومن ثم الخروج بجملة من المقترحات، ونورد كل هذا على النحو الآتي بيانه:

بادرنا في بداية هذه الدراسة بمحاولة لتعريف المصطلحات التي يتضمنها عنوان الأطروحة وعقد موازنة بينها وبين الألفاظ ذات الصلة باعتبارها مناط الدراسة، وتوصلنا إلى أن الغاية من نظام الولاية هي الإشراف على شؤون المولى عليه الشخصية والمالية لا سيما حفظ نفسه وإدارة أمواله بشكل يوفر له الحماية اللائقة نظرا لِقصَر عقله عن

فهم الخطاب وضعفه أو عجزه عن تولي مصالحه، وتطرقا لأنواع الولاية وشروط ثبوتها وترتيب أصحاب الحق فيها

وكذا سلطات الأولياء والأوصياء وواجباتهم انتهاء بدراسة حالات انقضاء الولاية أو الوصاية، هذه الأخيرة التي قد أفلح المشرع الأردني في جمعها ضمن مادة واحدة(م 241 من قانون الأحوال الشخصية)، مع العلم أنه تم اعتماد نفس الخطوات في خطة العمل بالنسبة للولاية على النفس أو الولاية على المال أصلية كانت أو نيابية.

ولا تقتصر سلطة الولي على المجال الأسري فحسب بل تتعدى ذلك بناء على نصوص قانونية حيث قرر قانون علاقات العمل مثلا أنه لا يمكن توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي، وأما في المجال الجنائي فقد تم تعديل قانون العقوبات سنة 2014 وكان من أهم المستجدات أن القاصر لا يكون محلا للمتابعة الجزائية إذا لم يُتم 10 سنوات ويتحمل المسؤولية بدلا عنه ممثله الشرعي إذا ألحق ضررا بالغير، وأما في قانون الصحة فإن المشرع الجزائري لم يميز في الحكم بين القاصر المميز وغير المميز وكانت أحكام الولاية تتسم بالصرامة خاصة في مسائل نقل وزرع الأعضاء إذ لا يمكن للصبي التعبير عن إرادته إزاءها.

وأما في قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري لم يعترف بولاية الإجبار حيث أنه لا يمكن للولي إجبار القاصرة التي في ولايته على الزواج ويتعين عليه أخذ موافقتها، وهنا يبرز تخلف دور الولي لتزويج من في ولايته خاصة بعد إلغاء الحكم المتعلق بصلاحية الأب في منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لها، وقد أغفل المشرع بعض حالات انتهاء الولاية لا سيما حالة بلوغ القاصر سن الرشد أو وفاته.

وفي نطاق الولاية العامة صدر القانون 15-12 الصادر بتاريخ 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل، حيث عرف الطفل وقرر حمايته إذا كان في خطر معنوي أو بدني أين تكون صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه عرضة للخطر وسواء كان حالا أو مستقبلا، كما استحدث آلية الوساطة للحد من آثار الجريمة وإعادة إدماج الطفل الجانح وبيَّن دور الأسرة باعتبارها الوسط الطبيعي لنمو الطفل، كما قرر أنواعا من الحماية وخصص إجراءات تتسم بالدقة لتكريس هذه الحماية.

وأما بخصوص إجراءات التقاضي في مسائل الولاية على نفس القاصر فقد قرر المشرع رفع الطلبات المتعلقة إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت طبقا لقواعد الاستعجال، وهذا لا يعني أن هذه الأخير هو الأصل بل يعتبر استثناء على القاعدة العامة التي تقضي بأن مسائل الولاية تخضع لإجراءات التقاضي العادية(م 2/474 من ق.إ.م.إ) وهو موقف التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري، كما يعاب على المشرع الإخلال في ترتيب الإجراءات في هذا الخصوص، بيد أنه وفق بإقراره لقضاء الاستعجال في مسألة إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت نظرا للنتائج الوخيمة قد تترتب على هذا الإجراء بسبب عدم اكتمال الإدراك لدى القاصر، ومن ثم يتعذر عليه تدبير شؤونه الشخصية وهذا يتطلب حتما تفادي حالات الشغور في ممارسة الولاية على القاصر بعد إنهائها أو سحبها مؤقتا من الولي حتى لا يضير القاصر عرضة للخطر.

ويكون للنيابة العامة دور بالغ الأهمية في مسائل الولاية خاصة إذا تعلق الأمر بالقصر رغم أن تدخلها في المجال المدني يكون على سبيل الاستثناء ذلك أن اختصاصها الأصيل هو مباشرة الدعوى العمومية في المجال الجزائي، وعليه يمكنها رفع طلب إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت وكذا توجيه الطلبات لقاضي شؤون الأسرة من أجل سماع الوالدين أو أي شخص آخر يكون في سماعه فائدة أو سماع القاصر ذاته أو إجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو نفساني أو عقلي، ولها أن تطعن بالاستئناف في الأمر الصادر عن قاضي شؤون الأسرة، ويسوغ لها أيضا تعديل أي إجراء يأمر به قاضي شؤون الأسرة له ارتباط بممارسة الولاية، كما تقدم طلباتها قبل الفصل في الموضوع بغرفة المشورة.

وبعد إنهاء ممارسة الولاية على نفس القاصر أو سحبها المؤقت يجب أن يأمر القاضي باتخاذ التدابير المؤقتة التي يراها مناسبة في مواجهة شغور الولاية حتى لا تتضرر مصالح القاصر، على أنه يمكن تعديل هذه التدابير كلما كانت ضرورة لذلك، وأما إذا كان القاصر في حالة خطر مادي أو معنوي فينعقد الاختصاص لقاضي الأحداث وفقا لأحكام القانون 15-12 المتضمن حماية الطفل ومن هنا يتعين استحداث نص في أحكام الولاية يحيل إلى

اختصاص قاضي الأحداث وضرورة ندبه عند الإقتضاء، ولا تقتصر مهمة الولي على حفظ شؤون القاصر الشخصية فحسب بل تمتد لتشمل حماية أمواله وذلك بحفظها واستثمارها والتصرف فيها **وفقا لمصلحة القاصر** التي تقتضي احترام الولي أو الوصي أو المقدم لشروط النيابة الشرعية وضرورة مراعاة الإجراءات القانونية مع التزام الحرص في ذلك **وإلا انعقدت مسؤوليته طبقا لمقتضيات القانون العام.**

ولا يجوز للولي التنحي عن الولاية إلا بإذن من المحكمة فكما أنها حق له تعتبر في **نفس الوقت واجب يقع على عاتقه** وفق شروط حددها القانون تتمثل في **البلوغ والعقل والإسلام والقدرة والأمانة وحسن التصرف مع** الاختلاف في شروط أخرى أقرها الفقه الإسلامي كشرط العدالة وشرط الذكورة، ولقد خالف المشرع الجزائري الترتيب الذي اعتمده الفقه الإسلامي للأولياء بما في ذ**لك المذهب المالكي.**

والحاصل أن الأب وفقا للمادة 87 من ق.أ يكون وليا على أولاده القصر مادام **على قيد الحياة فإذا غاب أو** حصل له مانع فهنا تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة ومن ثم **تنتقل الولاية بقوة القانون إليها**، وأما إذا توفي **فإن الأم** تحل محله **قانونا**، ويأتي الجد في المرتبة الثالثة **دون أن يفصح المشرع عن كونه الجد الصحيح أي الجد لأب**، ثم إن المشرع لم ينص صراحة على ولاية الجد للقصر وإنما نستشف ذلك من **مضمون المادة 92 من ق.**أ التي تنص على أنه يجوز للأب أو **الجد تعيين وصي للقاصر**، فأنى له هذه المكنة ولم تتقرر له الولاية؟ ثم إن المادة **222 من ق.أ** تصرفنا إلى هذا الحكم، **وبخلاف** هذا اعتبره القضاء وصيا في حالة وفاة الوالدين.

وأما بالنسبة لحكم التصرفات التي يجريها الولي لمصلحة القاصر فإن أدت إلى افتقار الذمة المالية لهذا الأخير يتقرر لها البطلان وإن كانت نافعة له نفعا محضا كان حكمها الصحة، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيتقرر لها البطلان النسبي كأصل عام-وقف نفاذ التصرف في ق.أ- ، **يرد عليه استثناء قررته المادة 88 من ق.**أ وهو جملة من التصرفات حصرتها هذه المادة وأوجبت على الولي التزام الحرص بشأنها وضرورة **الحصول على إذن من قبل القاضي** لمباشرتها، وأما إن خرج عن حدود سلطاته فيعتبر في حكم تعريض مال القاصر للخطر **ويؤدي حتما** إلى سلب ولايته

بإنهائها في جملتها، **أو الحد منها بإسقاط بعض حقوقها**، مع تقرير بطلان تصرفات الولي التي يجريها على مال القاصر المولى عليه، ومهما **يكن فإن الأحكام** التي أقرها الفقه الإسلامي أو النصوص **القانونية** في التشريعات الوضعية التي **تستلهم جل أحكامها منه غايتها واحدة** وهي توفير أكبر قدر من الحماية **للقصر.**

وقد فرض المشرع على الولي جملة من **الواجبات يتعين عليه بذل العناية اللازمة لأدائها تسعى** في جملتها إلى **حفظ مال القاصر** وقد جمعها التشريع القطري في مادة واحدة **(م 23 من قانون الولاية على أموال القاصرين)، وإذا** خالف الولي هذه الواجبات تعرض لجزاء حيث تقوم مسؤوليته طبقا لمقتضيات القانون العام، وقد كان **المشرع الجزائري** صارما اتجاه الولي على **مال القاصر** ولم **يفرق بين ولاية الأب أو الجد أو** الأم فقرر لهم مسؤولية موحدة بخلاف المشرع المصري الذي كان غاية في الصرامة مع الجد خلافا للأب لتوافر عنصر الشفقة لديه اتجاه أولاده.

وخلصنا أيضا إلى أن الوصاية نظام مستقل في أحكامه رغم أن سلطات الوصي الخاصة بالتصرف في مال القاصر هي ذاتها المقررة للولي، ونفس الأحكام مقررة لنظام التقدم مع أن هذا الأخير يخضع له ناقصو الأهلية

[redacted]

وفاقدوها في حال عدم وجود ولي أو وصي بخلاف المشرع المصري الذي قصر تقرير القوامة للمحجور عليهم وهم المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة دون الصغير. **وقد خول المشرع** الجزائري سلطات هامة لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الولاية على مال القاصر ويظهر ذلك في مراقبته لأعمال النائب القانوني حماية لمصالح القصر، غير أن هذه **الرقابة لا تكون ناجعة إلا إذا تم دعمها بآليات** تخرجها إلى الممارسة الفعلية وإلا اختل توازن المصالح بين الولي والمولى **عليه**، فالقاضي لوحده لا يمكنه الإشراف على أعمال من ينوب عن القصر من أولياء وأوصياء وقامة.

وقد منح المشرع للقاضي صلاحية تعيين الوصي أو المقدم والفصل في المنازعات الناشئة عن الولاية على أموال القاصر وكذا منح التراخيص وترشيد القاصر، والأمر بالتدابير الوقتية لحماية مصالح القصر حال تقصير النائب القانوني عنهم، والإشراف على إدارة أموال القاصر بعد وفاة والديه. **كما أنه من البديهي أن تنشأ عنها منازعات** متعلقة بمال القاصر أثناء ممارسة الولاية من قبل الولي والوصي أو المقدم لذا يناط بقاضي شؤون الأسرة البت في هذه

المنازعات. ورغم وجود النيابة العامة كطرف أصلي في المسائل الأسرية إلا أن مركزها لا يزال ضعيفا بالمقارنة مع الدور الذي تؤديه النيابة في التشريعات الأخرى والتشريع المصري نموذج في هذا الخصوص.

إن فترة شغور الولاية وعدم تمكن قاضي شؤون الأسرة من تعيين مقدم تؤدي بالقاصر إلى وضع خطير يهدد نفسه وماله في آن واحد، ولهذا نستاء لعدم وجود نص في ق.أ ضمن أحكام الولاية يعالج هذه الحالة بضرورة اللجوء إلى الولاية العامة باستحداث نص يحيل إليها كما هو سار به العمل في التشريع المقارن ومن ثم وضع الطفل في إحدى المؤسسات أو المراكز الخاصة بحماية الطفولة وتلك المخصصة لمساعدة الأطفال.

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يخصص نصا للإحالة من أحكام الولاية على المال(م 464 إلى 480 من ق.إ.م.إ) إلى دعاوى المحاسبة المنصوص عليها في المواد 590 إلى 599 من ق.إ.م.إ ، كما أنه لم يمدد أحكام دعاوى المحاسبة إلى الأشخاص البالغين ناقصي الأهلية وفاقديها المنصوص عليها في المواد 481 إلى 489 من نفس القانون، وهو نقص في التشريع يجب تداركه.

على ضوء نتائج هذه الدراسة التي توصلت إلى محاسن ومثالب التشريع في مسائل الولاية على القاصر نفسا ومالا يكون من الضروري أن نجيب على التساؤلات المطروحة في مقدمة هذا البحث إجابة في شكل مقترحات تفصح عن عرض حلول وآليات كفيلة بتقرير الحماية المتطلبة للقاصر المولى من جهة، وتفعيل الإجراءات الخاصة بالولاية على القصر من جهة أخرى وهذا من شأنه أن يخفف الضغط على الجهات القضائية بالنظر إلى الحجم المتزايد لقضايا شؤون الأسرة لا سيما ما تعلق بمسائل الولاية.

أولا: ضرورة اعتماد تقسيم لأحكام الولاية إلى ولاية على النفس وولاية على المال بخصوص الأحكام الموضوعية تماشيا مع التقسيم الذي اعتمده المشرع في قانون الإجراءات المدنية الإدارية وهذا لدرء الغموض ورفع اللبس الذي يعتري أحكام قانون الأسرة في هذا الخصوص.

ثانيا: لتفعيل الإجراءات المستحدثة بموجب القانون 09/08 لابد من آليات تفيد في التخفيف من حجم القضايا المتزايد **وذلك بإحياء آلية** مجلس **العائلة وتنويع اختصاصاته لا سيما** مساعدة القضاء في **المسائل الأسرية** خاصة ما تعلق منها بمسائل الولاية على القصر سواء قبل مرحلة التقاضي –طابع وقائي- أو طيلة مراحلها –طابع علاجي- مع تحديد تشكيله والمهام المسندة إليه، **ويكون له فوق هذا** دور استشاري بخصوص **رعاية شؤون القصر، على أنه** يتم اختيار أعضاء مجلس العائلة بالنظر إلى **المصلحة الفضلى للقاصر** كما هو معمول به في التشريع الفرنسي **مع مراعاة معيار الكفاءة وكذا علاقات الصداقة** التي كانت تربطهم **بوالدي القاصر،** وعليه يجب اختيارهم من **جهة الأب و الأم وبرئاسة قاضي شؤون الأسرة، كما تصدر قراراته عن طريق تصويت الأعضاء مع استبعاد صوت الوصي أو المشرف** إذا كان القاصر محلا للتصويت، **وعند تعادل الأصوات يرجح صوت القاضي. ولتسهيل المهمة أكثر لابد** من إضافة **آليات أخرى كاستحداث سلطة الإشراف والإدارة المؤقتة كما هو معمول به التشريعات المقارنة حيث يكون دور المشرف مراقبة أعمال الوصي والمقدم وكذا إفادة القاضي بالمسائل** التي يكون في **إبلاغها مصلحة راجحة** للقاصر، ولا يحل المشرف محل الوصي عند انتهاء مهمة هذا الأخير بل يلتزم بتعيين وصي جديد، **وإذا اقتضى الأمر إجراء تحقيق تطول مدته ويخشى** خلالها على **أموال القاصر** يرفع الأمر إلى **المحكمة كحالة الغيبة أو سلب الولاية لتعيين مدير مؤقت** يتولى تسييرها وهو ما نحبذ التنصيص عليه في أحكام الولاية حتى تكون مصلحة القاصر فوق كل اعتبار.

ثالثا: يستحسن منح المشرع دورا متقدما للنيابة وذلك بتوسيع مهامها في نطاق الولاية على مال القاصر نظرا لتخلف دورها في هذا الخصوص، وما يؤخذ على التشريع المصري أنه غلّب **دور النيابة بالمقارنة مع الدور الذي يؤديه** القاضي، بينما سلك المشرع الفرنسي نهج الاعتدال في منح الصلاحيات فكانت الرقابة **بالنسبة للولاية على أموال** القاصرين للقاضي والنيابة العامة مناصفة بينهما مما يستتبع معه ممارستها على أكمل وجه وبالتالي توفير أكبر قدر من الحماية للقصر المولى عليهم.

رابعا: ضرورة استحداث أحكام إجرائية خاصة ببيع المنقولات المملوكة للقاصر كما هو مقرر بالنسبة للبيوع العقارية الخاصة بناقصي الأهلية المنصوص عليها في المواد **783 وما بعدها من ق.إ.م.إ، وأن تكون بعيدة عن التعقيد كما هو جار به العمل** في التشريع المغربي، ويستحسن في هذا الخصوص تحديد **وضع حد قيمي للمنقول يفصل بين** اللجوء إلى إجراء البيع بالتراضي والبيع بالمزاد العلني وهذا حتى ينجلي الغموض الذي يعتري عبارة " **المنقولات ذات** الأهمية الخاصة" الواردة في المادة **88 من ق.أ،كما يستحب تمديد فكرة المعيار** القيمي إلى بيع العقارات.

وأما بخصوص الأحكام الإجرائية في جملتها هناك ضرورة لإعادة النظر فيها ذلك أن **قانون الإجراءات المدنية والإدارية** لم يمسه التعديل وعلى وجه الخصوص الأحكام موضوع الدراسة مع مراعاة إحداث الانسجام بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي وأستعمال أسلوب الإحالة، وذلك لرفع الحرج على رجال القانون في أداء المهام المنوطة بهم **على أكمل وجه.**

خامسا: نقترح إضافة فقرتين ثانية وثالثة إلى المادة **473 من ق.إ.م.إ** المتعلقة بتقصير الولي، مع استعمال **أسلوب الإحالة حيث تحيل الفقرة الثانية** المقترحة إلى مادة أخرى نقترح إدراجها لإبراز دور النيابة العامة في هذه المسألة، وإحالة أخرى في الفقرة الثالثة إلى أحكام دعاوى المحاسبة، **لتصبح صياغة المادة 473 من ق.إ.م.إ بعد إدراج** الفقرتين المقترحتين كالآتي :

"(**ف1**) إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات **المؤقتة الضرورية** لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي. (**الصياغة الأصلية للمادة تصبح الفقرة رقم 1**).

(**ف2**) إذا حكم القاضي بإنهاء ممارسة النيابة القانونية لواحد من المذكورين في الفقرة أعلاه عهد بها إلى من يخلفه فإن رفضها أو تخلف أحد الشروط المنصوص عليها قانونا وجب على القاضي أن يعهد بالولاية إلى المراكز المتخصصة في حماية الأطفال في خطر أو المصالح المكلفة بمساعدة الطفولة مع مراعاة أحكام المادة **473 مكرر من هذا القانون.**

(**ف3**) تتبع الإجراءات المحددة في المواد 590 إلى 599 **من هذا القانون فيما يتعلق بمخاصمة النائب** القانوني عن عديم الأهلية وناقصها ".

وأما إذا أخذنا بالفرض الثاني أي الاستفادة من التشريع الفرنسي تصبح صياغة الفقرة الثانية كما يأتي:

" (**ف2**) إذا حكم القاضي بإنهاء ممارسة النيابة القانونية لواحد من المذكورين في الفقرة أعلاه عهد بها إلى

من يخلفه فإن رفضها أو تخلف أحد الشروط المنصوص عليها قانونا يمكنه لهذا الغرض ندب قاضي الأحداث تلقائيا **مع مراعاة أحكام المادتين 425 و 473 مكرر من هذا القانون**".

وتبعا للإحالة الواردة في الفقرة الثانية المقترح **إضافتها** نقترح أيضا **إدراج مادة أخرى تحت رقم 473 مكرر، ويكون نصها كالآتي**: " يجوز **للنيابة العامة وضع** الطفل في خطر **مؤقتا بأحد** المراكز المتخصصة في حماية الأطفال في خطر أو إحدى المصالح المكلفة بمساعدة الطفولة إلى **غاية صدور مقرر قضائي** بتعيين نائب قانوني عن الطفل[1]".

سادسا: جمع المواد المتعلقة بمنازعات الولاية على مال القاصر ضمن نص موحد لاتحادها في مسألة **الاختصاص وهي المواد 474، 475، 476، 477، 478 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه** نقترح صياغة النص على النحو التالي:

" يختص قاضي شؤون الأسرة بالفصل في المنازعات المتعلقة بالولاية على أموال القاصر لاسيما:

- المنازعات التي يرفعها **القاصر المرشد أو الشخص الذي بلغ سن الرشد**[2] بشأن حسابات الولاية وإدارتها،
- المنازعات التي يرفعها **القاصر الذي بلغ**[3] **سن التمييز بشأن تصرفاته.**

---

[1] **تفيد المادة 41** من قانون حماية الطفل على بأنه يجوز لقاضي الأحداث أن يأمر بوضع **الطفل بمركز** متخصص في حماية الأطفال في خطر أو بمصلحة **مكلفة بمساعدة الطفولة**. ونلاحظ أن الحكم في هذا النص جوازي بالنسبة لقاضي الأحداث.

[2] تم اقتراحها بدل **عبارة** "القاصر بعد بلوغه أو ترشيده"، لأن القاصر بعد ترشيده تظل صفة القصر تلازمه وأما ببلوغه سن الرشد ينتفي عنه هذا الوصف.

[3] تم اقتراحها بدل **عبارة "القاصر بعد بلوغه سن التمييز"**، هنا يمكن الاحتفاظ بلفظ القاصر لأنه لا يزال قاصرا ببلوغه سن التمييز، لماذا عبارة **"الذي بلغ سن التمييز" وليس عبارة"بعد بلوغه سن التمييز"**؟ لأن هذه الأخيرة يحتمل منها انتظار القاصر غير المميز بشأن رفع الدعوى إلى غاية بلوغه سن التمييز، **ونفس التعليل بالنسبة لعبارة** "القاصر بعد ترشيده أو بلوغه سن الرشد". **قريب** من هذا المعنى عادل بوضياف، مرجع سابق، ص 464.

وفي حالة الاستعجال، يفصل القاضي في الدعوى وفقا للإجراءات الاستعجالية.

تكون الأحكام الصادرة في هذا الشأن قابلة لكل طرق الطعن".

سابعا: ضرورة استحداث أحكام خاصة بجرد أموال القاصر **واستعمال الإحالة** بشأنها إلى الأحكام المرتبطة بناقصي الأهلية وفاقديها (المواد 481 إلى 489 من ق.إ.م.إ) **وكذا الإحالة** إلى الأحكام المتعلقة بالحمل المستكن أي جرد التركة (المادتين 498 و499 من ق.إ.م.إ) وأما حالة الغيبة فقد ورد النص بشأنها (م 698 من ق.إ.م.إ).

ثامنا: عدم قصر القواعد الإجرائية على بيع مال القاصر حيث أن المادة 88 من قانون الأسرة نصت على فكرة استثمارها لذا وجب العمل على تنمية هذه الأموال عن طريق **المشاريع الاستثمارية** بما يعود على القاصر والولي **وكذا المجتمع** بالنفع، ومن هذا المنطلق ينبغي التفكير في تبني نظام قانوني لاستثمار أموال القصر **سواء العقارات أو** المنقولات المملوكة لهم وفي كل المجالات، **وكل هذا وفق ضوابط صارمة تفرض على** النائب القانوني عن القاصر لأن مثل هذه المشاريع تنطوي على **عنصر الخطر الذي يتطلب** الزيادة في الحرص ومن ثم وجوب الضمان في حالة **الخسارة.**

وأخيرا نقول أن بعض التشريعات جمعت أحكام الولاية في **قانون مستقل وأخرى نظمت أحكامها ضمن قانون** الأحوال الشخصية وثالثة في نطاق الأحوال العينية أي القانون المدني **مع القول بضرورة فصل الأحكام الإجرائية** التي لها طبيعتها الخاصة لا سيما إذا كان التقاضي بموجبها في نطاق الإستعجال، وفي **آخر المطاف** يظهر أن العبرة في تقرير الحماية للقصر ليست بكيفية تصنيف هذه الأحكام وفقا للطبيعة القانونية التي تبناها ذلك التشريع وإنما **تُكرس** هذه الحماية بمضمون القواعد القانونية ودقة صياغتها **وانسجام الأحكام الموضوعية مع الأحكام الإجرائية مع مراعاة** اتساقها في مجملها مع الصكوك الدولية ذات الصلة **بموضوع حماية الطفل، ومهما يكن فإن القاصر** لابد أن يحاط علما بحقوقه المتمثلة في الاستماع إليه وإفادته **من المساعدة القضائية عن طريق** تعيين محام **للدفاع عن حقوقه ولا يسوغ** حرمانه من حق الولاية الخاصة إلا لمبرر قوي وبحكم من القضاء باعتبار الأسرة الوسط الطبيعي لنموه.

ومع كل الانتقادات الموجهة إلى المشرع الجزائري في هذه الأطروحة والتي كانت الغاية منها تقديم الاقتراحات ما أمكن لتعديل النصوص القانونية استجابة لمصلحة الطفل الفضلى إلا أن هذا لا ينقص من قيمة المبادرة التشريعية التي قام بها والمتمثلة في تحديث القواعد الإجرائية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي تعتبره الأهم ويبقى تعديل هذه القواعد أمر حتمي وفقا لتطور المجتمع ذلك أنه لم يتم تعديله منذ صدوره هذا من جهة، ومن جهة أخرى تدارك النقائص وتصليح العيوب والاستفادة من المستجدات بالنظر إلى ما توصلت إليه التشريعات الحديثة وما استقر عليه القضاء وكذا الاجتهادات الفقهية في مسائل الولاية على القاصر لا سيما في جانبها الإجرائي، لذا أملنا كبير في المزيد من الدراسات والبحوث في موضوع الولاية بوجه عام ذلك أنه يمس شريحة كبيرة من المستضعفين وتركيز الدراسات أكثر في هذا المجال على القصر باعتبارهم أكثر نسبة في هذه الشريحة، وما نرجوه هو القيام بمبادرة تشريعية ترفع اللبس عن العبارات الغامضة وتحدث الانسجام بين نصوص قانون الأسرة في مسائل الولاية على مال القاصر والأحكام الإجرائية المخصصة لها مع ضرورة تبسيطها.

ومسك الختام نقول أن الشريعة الإسلامية كان لها السبق بل دور الريادة في إرساء قواعد الأحوال الشخصية على وجه العموم وأحكام الولاية بوجه خاص، وما تضمنته أغلب التشريعات الوضعية في هذا الخصوص هو غيض من فيض مما ورد في كتب الفقه الإسلامي، والتشريع الجزائري كغيره من التشريعات ضمَّن هذه القواعد في قانون الأسرة، هذا الأخير الذي يجد مصدره في الشريعة الإسلامية الغراء بمقتضى أحكام م 222 من ق.أ، ولما كان الأمر كذلك فمن دون شك أن مقاصد الشريعة الإسلامية تتسم بالمثالية فتصان فيها الحقوق ويتحقق بمقتضاها الاستقرار في المعاملات ويعم في كنفها الرخاء والازدهار.

نرجو أن نرقى هذه النتائج والمقترحات إلى إضافة لبنة للمنظومة القانونية وتفتح المجال أمام الباحثين لطرح المزيد من الإشكالات مع إيجاد حلول لها تشجّع على المبادرات التشريعية مستقبلا إن شاء الله.

تَمَّ بِعَوْنِ اللهِ إِعْدَادُ هَذِهِ الأُطْرُوحَةِ، وَالْحَمْدُ للهِ أَوَّلًا وَآخِرًا.

قائمــة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أولا: باللغة العربية

1- الكتب (المؤلفات)

أ. الكتب المتخصصة

1. **أحمد على جرادات**، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد-**الولاية والوصاية وشؤون القاصرين والإرث والتخارج**-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

2. **أحمد نصر الجندي**، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، س2004.

3. **الاكحل بن حواء**، نظرية الولاية في الزواج في الفقه **الإسلامي والقوانين العربية**، **الشركة الوطنية للنشر والتوزيع**، الجزائر، س 1982.

4. **العربي بختي**، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، س 2013.

5. **العربي بختي**، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 2013.

6. **العربي شحط عبد القادر**، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، مرجاجو للنشر، وهران، الجزائر، 2008.

7. **بربارة عبد الرحمن**، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الطبعة الثالثة، منشورات البغدادي، 2009.

8. **بلقاسم شتوان**، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2014.

9. **بوضياف عادل**، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية **والإدارية، الجزء الأول، كليك للنشر، المحمدية، الجزائر** ، طبعة 2012.

10. **جمال مهدى محمود الأكشة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر**، س2006.

11. **حسن حسن منصور**، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، المجلد **الأول، الولاية على المال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر**، 1997.

12. **حسن حسن منصور**، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الثاني، الولاية على النفس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1997.

13. **رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء الدنيا الطباعة والنشر**، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2009.

14. **عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر**، 2009.

15. **عمر زودة**، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، موسوعة، الاتصال للنشر، **بن عكنون، الجزائر**، د.ت.ن.

16. **عمرو عيسى الفقي**، الولاية على المال المكتب الفني للموسوعات القانونية، بور سعيد، مصر، س 1998.

17. **فريجة حسين**، المبادئ الأساسية في **قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر**، 2013.

18. **كمال حمدى، الولاية على المال، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر**، س 2003.

19. **كمال صالح البنا**، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982.

20. **محمد أبو زهرة**، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1994.

21. **محمد سعيد جعفور**، **تصرفات ناقص** الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه **الإسلامي، دار هومة** للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

ب – الكتب العامة

1. **ابن رشد**، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، س 2000.

2. **أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي**، التنبيه في فقه الإمام الشافعي، شركة الأرقم بن أبي الأرقم، ط1، بيروت، لبنان، 1997 .

3. **أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي**، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا-تونس، 1982.

4. **أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي**، كتاب المجموع، ج7، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، 1982.

5. **أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي**، المحلى بالآثار، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 2003.

6. **أحمد محمد علي داود**، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.

7. **أحمد نصر الجندي**، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2009.

8. **أحمية سليمان**، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج2، د.م.ج، ط2، بن عكنون، الجزائر، س 2002.

9. **أسامة عبد العليم الشيخ**، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط1 ، س 2013.

10. إسحاق ابراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

11. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الأول، العبادات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1981.

12. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، نظام الأسرة- الحدود والجنايات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1981.

13. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، السلم والحرب- المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1981.

14. الطاهر عامر، التسهيل لمعاني مختصر خليل، ج7، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2009.

15. الطيب بلولة، قانون الشركات، منشورات بيرتي، الجزائر، طبعة 2008.

16. العربي بختي، نظام الأسرة والشرائع والنظم القانونية القديمة، كنوز الحكمة، سنة 2015.

17. الغوثي بن ملحة، القضاء المستعجل و تطبيقاته في النظام القضائي الجزائري ط1، الديوان الوطني للإشغال التربوية، س 2000.

18. الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، ط2، بن عكنون، الجزائر، 2008.

19. بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، جسور للنشر والتوزيع، ط2، المحمدية، الجزائر، 2009.

20. بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، س 2011.

21. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج2 ، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، ط4، س2007.

22. **بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزء الثاني، بن عكنون، الجزائر، 2007.

23. **جاري بسمة –الدهبي ثورية**، التصرف في الأعضاء البشرية (**بين الشرع والقانون-دراسة مقارنة**)، **كوكب العلوم للنشر والتوزيع، ط2، الجزائر**، 2012.

24. **حروزي عز الدين**، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة **للتوزيع والنشر، الجزائر**، 2008.

25. **حسين بن شيخ آث ملويا**، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.

26. **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1،**مصادر الإلتزام، د.م.ج، ط4، الجزائر**، س 2010.

27. **رابح بن غريب**، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2007.

28. **رايس محمد**، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.

29. **رمضان علي السيد الشرنباصي–جابر عبد الهادي سالم الشافعي**، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

30. **زينة غانم يونس العبيدي**، إرادة المريض في العقد الطبي، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، س 2011.

31. **سعيد بوزيري، أحكام** "الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر **والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر**، 2007.

32. **سعيد عبد القادر باشنفر**، المغني في فقه الحج والعمرة، مكتبة العلم، ط2، **الرياض، المملكة العربية** السعودية، 1993.

33. **سليمان ولد خسال**، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الطبعة الأولى، سنة 2010.

34. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2008.

35. **شوقي بناسي**، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري – **دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقانون المصري-**، دار الخلدونية، الجزائر، س2009.

36. **عبد الرحمن الجزيري**، ناب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع **والخامس، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع**، د.ب.ن، د.ت.ن.

37. **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج2، د.ت.ن، د.ب.ن.

38. **عبد القادر داودي**، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، حسين داي، الجزائر**، 2010.

39. **عبد الكريم زيدان**، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، س 2002.

40. **عبد الله أوهايبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، موفم للنشر، الجزائر**، س 2009.

41. **عشوش كريم**، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر ، س2007.

42. **علي الصعيدي العدوي**، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد، ج2، **دار إحياء الكتب العربية، مصر**، د.ت.ن.

43. **علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر**، 2011.

44. **عمار بوضياف**، المدخل إلى العلوم القانونية-النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، **جسور للتوزيع والنشر، ط3، المحمدية، الجزائر**، 2007.

45. **عمار عمورة**، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.

46. **فايز الحاج شاهين**، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز(DALLOZ)، بيروت، لبنان 2012.

47. **لحسين بن شيخ آث ملويا**، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، **الطبعة الثانية**، 2006، بوزريعة، الجزائر.

48. **مأمون عبد الكريم**، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية – دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، س 2009.

49. **محمد أبو زهرة**، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د.ب.ن، د.ت.ن.

50. **محمد الصغير بعلي**، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم النشر والتوزيع، عنابة، 2006.

51. **محمد أمين الشهير بابن عابدين**، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج9، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، 2003.

52. **محمد حسين منصور**، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، س1999.

53. **محمد سراج**، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، مصر، س 1998.

54. **محمد سعيد جعفور**، مدخل الى العلوم القانونية، ج 2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، س 2011.

55. **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني –التأمينات العينية-، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، س 2010.

56. **محمد علاء الدنين أفندي**، تكملة رد المحتار على الدر المختار، ج 11، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003.

57. **محمد محي الدين عبد الحميد**، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

58. **محمود علي السرطاوي**، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان ، الأردن، 2010.

59. **مروك نصر الدين**، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دار هومة، ج1، بوزريعة، الجزائر، 2013.

60. **مصطفى أحمد الزرقاء**،الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني-**المدخل الفقهي العام**-، **مطبعة طربين**، الطبعة العاشرة، دمشق، سوريا، سنة 1968.

61. **منصور رحماني**، الوجيز في القانون الجنائي العام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006.

62. **نبيل إبراهيم سعد**، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر، س2001.

63. **هلال شعوة**، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور **للنشر، الجزائر، ط1**، 2010.

64. **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985.

65. **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، ج7، 1989.

66. **وهبة الزحيلي**، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، المطبعة العلمية، دمشق، سوريا، ط2 ، س 1978-1979.

2- النصوص التشريعية

أ. التشريع الاساس(الدستور)

1. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع14 بتاريخ 2016/03/07.

2. المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، ع.76 بتاريخ 1996/12/08.

ب. النصوص القانونية

أ- الأوامر

1. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم (ج.ر، ع 48 بتاريخ 1966/06/10) بموجب مجموعة من القوانين آخرها الأمر رقم 15-02 بتاريخ 2015/07/23، ج.ر، ع 40 المؤرخة في 2015/07/23.
2. الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بمجموعة من القوانين آخرها القانون 14-01 المؤرخ في 2014/02/04. ج.ر، ع7، المؤرخة في 2014/02/16.
3. الأمر 66-154 المؤرخ في 09 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم .
4. الأمر 72-03 المؤرخ في 10 فبراير 1972 يتعلق بحماية الطفولة ج.ر ع 15 بتاريخ 22 فبراير 1972.
5. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري (ج.ر العدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو سنة 2005 ص 22).المعدل بموجب القانون 05-10 الصادر بتاريخ في 20 يونيو 2005.
6. الأمر بالأمر 75-64 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة، ج.ر ع 81 المؤرخة في 10 أكتوبر 1975.
7. الأمر رقم 70-86 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق 15 ديسمبر سنة 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع15.

ب- القوانين

1. القانون رقم 63-224 المؤرخ في 29 يونيو 1963 والمتعلق بتعيين الحد الأدنى لسن الزواج، ج.ر. عدد 47، س 1963.

2. القانون رقم 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 والمتضمن قانون الصحة العمومية،ج.ر المؤرخة في 1976/12/16.

3. القانون رقم 81-07 المؤرخ في 27 يونيو 1981 يتعلق بعقد التمهين ومن ثم إبرام عقد التمهين، ج.ر، ع 26 المؤرخة في 1981/06/30.

4. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 ه الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005،ج.ر، عدد 15 المؤرخة في 12 يونيو 1984.

5. القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها (ج.ر، ع 8 المؤرخة في 1985/02/17) المعدل بموجب القانون 17/90 الصادر بتاريخ 1990/07/31 والقانون 07/06 المؤرخ في 2006/07/15 ثم القانون 13/08 المؤرخ في 2008/07/20.

6. القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج.ر، ع4 المؤرخة في 1988/01/27.

7. القانون رقم 90-03 المؤرخ في 1990/02/06 المتعلق بمفتشية العمل، ج.ر، ع6 المؤرخة في 1990/21/07.

8. القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990المتضمن علاقات العمل، ج.ر، ع17 المؤرخة في 1991/04/25.

9. القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 ه الموافق 6 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

10. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21 المؤرخة في 2008/04/23.

11. القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15يوليو 2015 المتضمن حماية الطفل، 2015 ج.ر ع 39 بتاريخ 19 يوليو 2015.

3- النصوص التنظيمية

1. المرسوم التنفيذي رقم 80-83 بتاريخ 15 مارس 1980 يتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، ج.ر بتاريخ أول جمادى الأولى 1400 هـ.

2. المرسوم التنفيذي رقم 91-44 المتضمن القانون الأساسي الخاص المطبق على مفتشي العمل، ج.ر رقم 8 المؤرخة في 1991/02/20.

3. المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج.ر رقم 33 بتاريخ 1993/05/19، ص 9.

4. 1993/05/19، ج.ر رقم 33 المؤرخة في 1993/05/19.

5. المرسوم التنفيذي رقم 12-04 المؤرخ في 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة،ج.ر، ع5 المؤرخة في 2012/01/29.

4- المواثيق الدولية والتشريعات الأجنبية

1. القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب بالقرار رقم 323-ج 24-2002/3/4. (https://www.carjj.org).

2. قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الصادر بتاريخ 1991/07/24. (http://site.eastlaws.com).

3. الاتفاقية الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية رقم 138 المؤرخة سنة 1973 والمتعلقة بالسن الأدنى للعمل، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 83-518 بالمؤرخ في 1983/09/03، ج.ر، ع37 المؤرخة في 1983/09/06. (http://www.ohchr.org).
4. القانون 03-70 المتضمن مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004). (http://www.sgg.gov.ma).
5. قانون المسطرة المدنية المغربية. (http://droitprevemaroc.blogspot.com). مدونة القانون الخاص المغربي.
6. القانون المدني المصري. (http://www.arablegalportal.org). وزارة العدل المصرية قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.
7. قانون المرافعات المصري. (http://www.arablegalportal.org).
8. المرسوم رقم 119 لسنة 1952. (كمال صالح البنا، مرجع سابق. حسن حسن البنا، مرجع سابق).
9. القانون رقم 1 لسنة 2000 المتضمن تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري. (عبد الله سيد أحمد سرور، مرجع سابق. كمل حمدي، مرجع سابق).
10. قانون إنشاء المحاكم لسنة 2004 المصري.(http://www.wluml.org).منتدى المحامين العرب.
11. القانون المدني الفرنسي.(http://www.legifrance.gouv.fr).
12. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. (http://www.legifrance.gouv.fr).
13. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. (http://www.law-arab.com) شبكة القانونيين العرب.
14. قانون الأحوال الشخصية العماني.(http://www.omanlegal.net). منتديات القانون العماني.
15. قانون الأحوال الشخصية اليمني.(https://www.yemen-nic.info). المركز الوطني للمعلومات.
16. قانون الأحوال الشخصية الأردني، علي أحمد جرادات، مرجع سابق.

17. قانون الأحوال الشخصية السوري.(https://elawpedia.com). الموسوعة القانونية.
18. الاتفاقية رقم 79 لسنة 1946 التي تحظر العمل الليلي بالنسبة للأحداث الذين يقل عمرهم عن 14 سنة.(http://hrlibrary.umn.edu). جامعة مينيسوتا – مكتبة حقوق الإنسان.
19. اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 138 لسنة 1973 صادقت عليها الجزائر بتاريخ 2012/06/15. (http://hrlibrary.umn.edu). جامعة مينيسوتا – مكتبة حقوق الإنسان.
20. اتفاقية 182 لسنة 1999 صادقت عليها الجزائر بتاريخ 2012/06/15. (http://hrlibrary.umn.edu). جامعة مينيسوتا – مكتبة حقوق الإنسان.
21. مجلة الأحوال الشخصية التونسية. (http://www.legislation.tn). بوابة التشريع تونس.
22. قانون الولاية على أموال القاصرين القطري. (http://www.almeezan.qa). الميزان البوابة القانونية القطرية.
23. القرار الأميري رقم 41 لسنة 2014. (http://www.almeezan.qa). الميزان البوابة القانونية القطرية.

5- الاجتهادات القضائية

1. م.ع، غ.أ.ش ، قرار بتاريخ 10 أبريل ، 1991ملف رقم 72353 ، م.ق، ع3، 1993.
2. م.ع،غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1982/11/24، ملف رقم 27711، م.ق، ع1، 1983.
3. م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 1984/01/10، ملف رقم 28432، م.ق، ع4، 1989.
4. نقض المصري، الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/12/27.
5. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 51612 قرار بتاريخ 1988/11/21، مقتبس من قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، 2009-2010.
6. م.ع، غ.أ.ش،قرار بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51282، م.ق، ع 2، 1991.
7. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1988/12/19، ملف رقم 51282 ، م.ق، ع2، 1991.

8. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1991/04/10ملف رقم 72353 ، م.ق، ع3، 1993.

9. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1991/05/21، ملف رقم 71801، م.ق، ع1، 1996.

10. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1992/12/22، ملف رقم 84551، م.ق، ع1، 1995.

11. م.ع،غ.أ.ش، ملف رقم 85520 بتاريخ 1996/11/24، م.ق، ع2، 1996.

12. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 051998/17، ملف رقم 167835، م.ق، ع2، 1997.

13. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 187692، م.ق، ع1، 1997.

14. م.ع،غ.أ.ش، قرار رقم 187692 بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 159493 بتاريخ 1998/03/24، غير منشور ومقتبس من كتاب قانون الأسرة للأستاذ بلحاج العربي، **مرجع سابق**، ص442-443.

15. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 184712، م.ق، ع2، 1998.

16. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/04/21 ملف رقم 189234،م.ق، عدد خاص، 2001.

17. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/11/21، ملف رقم 252308،مقتبس من لحسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال **الشخصية**.

18. م.ع، .ج.م، قرار بتاريخ 2002/02/12، ملف رقم 252408، م.ق، ع2، 2002.

19. م.ع ، م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2002/06/05، ملف رقم 230962 م.ق، ع2، 2003.

20. م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2005/07/13، ملف رقم 336017، م.ق، ع1، 2005.

21. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/05/17، ملف رقم 363794 ، م.م.ع، ع 2، 2006.

22. غ.أ.ش، ، قرار اريخ 2006/07/21، ملف رقم 365226،م.ق، ع2، 2006.

23. م.ع.، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/12/13، ملف رقم 369032، م.م.ع، ع2، 2007.

24. م.ع.، غ.ع، قرار بتاريخ 2007/07/11، ملف رقم 410107، م.م.ع، ع2، 2008.

25. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2008/12/24، ملف رقم 435190، م.م.ع، ع2، 2009.

26. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 476515، م.م.ع ، ع1، 2009.

27. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 476515 ، م.م.ع، ع1، 2009.

28. م.ع ، غ.م، قرار بتاريخ 2010/07/22، ملف رقم 584684، م.م.ع، ع1، 2011.

29. م.ع، غ.ج، قرار بتاريخ 2010/09/23، ملف رقم 609584، م.ق، ع2، 2010.

30. م.ع ، م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2010/10/14، ملف رقم 577743 ، م.ق، ع2، 2010.

31. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2010/11/11، ملف رقم 582813، ق.و، ع1، 2011.

32. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2011/03/10، ملف رقم 613481، ق.و، ع1، 2012.

33. م.ع،غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2011/09/15، ملف رقم 754961، م.ق، ع2، 2011.

34. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2011/10/20، ملف رقم 731298، م.ق، ع2، 2012.

35. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2013/03/14، ملف رقم 0727560، م.ق، ع2، 2013.

6- المعاجم والقواميس والتفاسير

1. **ابتسام القرام**، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، **قصر الكتاب**،

2. **أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الديمشقي**، تفسير القرآن العظيم، المجلد الأول، دار بن حزم، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، 2002.

3. **أحمد الصاوي المالكي**، الصاوي على تفسير الجلالين ، المجلد الأول، 5أجزاء، دار الفكر، 1977.

4. **مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي**، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، لبنان، س2005.

5. **محمد بن مكرم بن منظور**، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د.ت.ن.ج1-ج2-ج5-ج15.

6. **محمد علي الصابوني**، صفوة التفاسير، **شركة الشهاب، البليدة، الجزائر، ثلاث أجزاء، د.ت.ن.**

7. **محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج2، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د.ت.ن.**

7- البحوث والمقالات

1. **أحمد بن عبد الكريم المطوع**، أحكام الولاية المالية على القصر، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه والقانون، **العام الجامعي** 1431 – 1432 **هـ.**

2. **بن صغير مراد**، مقال بعنوان الوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد4، 2007.

3. **بن عزوز بن صابر**، مداخلة بعنوان مشاركة العمال القصر في انتخاب ممثلي العمال داخل الهيئة المستخدمة نظم يوم 29 نوفمبر 2011.

4. **بن عودة حسكر مراد، مقال تحت عنوان المسؤولية الجزائية عن ممارسة حق التأديب داخل الأسرة،** دراسات قانونية، مجلة سداسية محكمة تصدر بجامعة تلمسان، **نشر بن خلدون، تلمسان، الجزائر.**

5. **بوزغيبة مصطفى**، مقال بعنوان مجلس العائلة على ضوء مدونة الأسرة والمرسوم المنظم له، مركز الإمام الجنيد، المغرب، 2012/01/28.

6. **بوكرزازة أحمد**، **المسؤولية المدنية للقاصر-دراسة مقارنة-**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014/2013.

7. **حميدو زكية**، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005/2004.

8. **زعنون ميصابيحي**، مقال بعنوان النيابة القانونية ومصلحة الطفل الصحية، دفاتر حقوق الطفل، جامعة وهران، ع1، سنة 2008.

9. **كيرواني ضاوية**، التنظيم الدولي للعمل في مواجهة عمل الأطفال، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جمعة تيزي وزو، دون تاريخ المناقشة.

8- الرسائل العلمية

1. **الشيخ ولد محمد**، مسؤولية الآباء عن أبنائهم القصر في القانون الجزائري والموريتاني –**دراسة مقارنة**-، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة **يوسف بن خدة، الجزائر**، 2008/2007.

2. **عبد الرحمن بن عبد الله النجدي**، رسالة في أحكام الصبي المميز في النكاح في شكل مخطوط على الفقه الحنبلي قام بتحقيقه د.مجاهد محمود إسماعيل الهيتي وكذا د.فراس مجيد، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الأنبار.

3. **عراب ثاني نجية**، مقال بعنوان دور القوانين البيو أخلاقية في حماية حق الجنين في الحياة، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد11، س 2014.

4. **علاق نوال**، مقال بعنوان السن الأدنى للعمل كمعيار لحماية الطفل في القانون الجزائري دراسة مقارنة على ضوء الاتفاقيات الدولية ، دفاتر حقوق الطفل، جامعة وهران، كلية الحقوق، ع2، س 2011.

5. **غربي صورية**، مذكرة ماجستير، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015/2014.

6. **فراس وائل طلب أبو شرخ**، الولاية على المال في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا بجامعة الخليل، فلسطين، سنة 2008/2007.

7. **ماهر حامد الحولي**، بحث بعنوان إدارة أموال الأيتام، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008-2009.

8. محمد الزحيلي، استثمار أموال القصر في العصر الحاضر، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 25، 2007، جامعة قطر.

9. **مسوس جميلة**، الولاية على مال القاصر في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2006.

10. **مكي خالدية**، رسالة دكتوراه، الحماية القانونية للقاصر في إطار القوانين المتعلقة بالتمهين، كلية الحقوق جامعة وهران، 2011/2010.

11. **مكي خالدية**، مقال بعنوان الحماية الصحية للعامل القاصر في القانون الجزائري، دفاتر حقوق الطفل ، العدد 4، س2013، ص 69-70.

12. **هشام عبد الجواد العجلة**، الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2013-2014.

13. **ياسر عبد الله بن محمد المسند**، استثمار أموال القصر ومن في حكمهم دراسة مقارنة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير، سنة 1427 هـ.

14. **يحيى عبد الحميد**، جريمة استغلال حاجة القاصر في القانون الجزائري، دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، ع2، 2011.

9- الملتقيات والأيام الدراسية

1. **بن قو أمال، مداخلة** بعنوان السن الأدنى للعمل كمعيار لحماية الطفل في القانون الجزائري دراسة مقارنة على ضوء الاتفاقيات الدولية ، يوم دراسي حول تشغيل القصر نظم يوم 29 نوفمبر 2011 بكلية الحقوق، جامعة وهران.
2. المؤتمر الدولي السادس، المنعقد بطرابلس، لبنان، بتاريخ 20-22 نوفمبر 2014، تاريخ التحيين 2014/11/22، تاريخ الإطلاع 2017/07/17.
3. مداخلة في ملتقى بعنوان "الولاية على القاصر هل هي مهمة؟ وما آثارها. (https://www.fiqh.islammessage.com)، تاريخ التحيين 2012/04/14، تاريخ الإطلاع 2017/07/17.
4. ندوة منتدى المجتمع المدني العربي للطفولة بعنوان :"وضع الأطفال في ظل الظروف والمتغيرات الجارية في المنطقة العربية " المنعقد بالمنامة – البحرين، تاريخ النشر: 2016/01/13 عن موقع جامعة الدول العربية، تاريخ الإطلاع : 2017/07/17. (www.megdaf.org).

ثانيا: باللغة الأجنبية

a. Ouvrages (المؤلفات)

1. Brigitte Hess Fallon, Droit de la famille, Edition DALLOZ, 6ème édition, Paris, France, 2006.
2. Daniel GADBIN, Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, BRUYLANT, Bruxelles, Belgique, 2004.
3. Djilali TCHOUAR, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, OPU, Ben Aknoun, Alger, Edition 2004.

4. Ghaouti BENMELHA, Le droit algérien de la famille, OPU, Ben Aknoun, Alger, Edition 1993.
5. Ibtissem GARRAM, Terminologie Juridique، Palais du livre, Blida, Algérie, 1998.
6. Jean Marie PLAZY Maitre de conférences à l'Université Bordeaux 4, Les cahiers LADREN, N°1, Année 2008.
7. Louis MILLIOT , Introduction à l'étude du droit musulman, Librairie du Recueil SIREY, Paris ; France, 1953.
8. Suzanne DALLIGNY, Essai sue les principes d'un droit civil socialiste, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1976, p 129.
9. Tayeb BELLOULA, Droit des sociétés, Berti Edition, 2ème édition ; Alger, 2009.

b. Thèses et mémoires (الأطروحات والمذكرات)

- Abdelhafid HADDOUNE, la protection juridique et le médecin coordonnateur en EHPAD, Université René d'escartes- Paris V, Faculté cochin – Port Royal, Année 2006-2007. (https://search.yahoo.com).

c. Revues (المجلات)

1. Les cahiers du LADREN, Université d'Oran, Faculté de droit, année 2008.
2. DENNOUNI Hadjira, REJ, U Tlemcen, Faculté de droit, LDPF, E. Ibn khaldoun, Tlemcen, N° 10, 2013.
3. DENNOUNI Hdjira, les conventions entre Epoux en droit algérien, pourquoi des conventions et pas des contrat ? REJ, U Tlemcen, Faculté de droit, LDPF, E. Ibn khaldoun, Tlemcen, N°4, 2007.
4. HAMMADI Nasrine, Le médecin face à l'enfant maltraité, REJ, U Tlemcen, Faculté de droit, LDPF, E. Ibn khaldoun, Tlemcen, N°11, 2014.

d. Dictionnaires (القواميس)

1. LAROUSSE, dictionnaire de français, OMEGA international S.A.R.L, ALGER, ALGERIE, sans date d'édition.
2. Zad El Tollab, Français – Arabe Dar El Rateb, Edition 2004.

e. Séminaires, colloques et journées d'étude (الملتقيات، الندوات والأيام الدراسية)

1. BOULENOUAR Azzemou, Journée d'étude du 29 novembre 2011organisée à l'Université d'Oran, Faculté de droits.
2. colloque international les mineurs non accompagnés et sans protection en europe — poitiers, 22-24 octobre 2012.(https://migrinter.hypotheses.org), site visité le 18/07/2017.
3. Formation continue au niveau de l'université de TOULON en matière de protection de l'enfance. (http://www.univ-tln.fr), site actualisé le 07/06/2017, visité le 18/07/2017.

f. Sites Internet (أهم المواقع الإليكترونية)

1. http://www.alukah.net
2. http://www.marocdroit.com
3. http://www.mowa.gov.ps
4. https://search.yahoo.com
5. https://www.fiqh.islammessage.com
6. https://www.jilrc.com
7. https://www.megdaf.org

الفهـرس

مقدمـــة _____ – 1 –

الباب الأول الولايـة على نـفس القاصـر وإجـراءات حـمـايـتـه _____ 14

الفصل الأول: النظرية العامة للولاية على نفس القاصر _____ – 16 –

المبحث الأول: المقصود بالولاية على نفس القاصر _____ – 17 –

المطلب الأول: مفهوم الولاية بوجه عام _____ - 17 -

الفرع الأول: المقصود بالولاية وبيان أنواعها وأهميتها _____ - 18 -

الفرع الثاني: بيان أهمية الولاية وتمييزها عن المصطلحات ذات الصلة _____ - 27 -

المطلب الثاني: ثبوت الولاية على القصر ومن في حكمهم _____ - 33 -

الفرع الأول: من تثبت عليه الولاية _____ - 33 -

الفرع الثاني: مفهوم القاصر شرعا وقانونا _____ - 42 -

المبحث الثاني: الولاية على نفس القاصر وبيان أحكامها _____ – 68 –

المطلب الأول: ماهية الولاية على نفس القاصر _____ - 68 -

الفرع الأول: مفهوم الولاية على نفس القاصر _____ - 69 -

الفرع الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الولاية على نفس القاصر _____ - 76 -

المطلب الثاني: أحكام الولاية على نفس القاصر _____ - 85 -

الفرع الأول: سلطات الولي على نفس القاصر _____ - 85 -

الفرع الثاني: انقضاء الولاية على نفس القاصر _____ - 105 -

الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في مسائل الولاية على نفس القاصر _____ – 121 –

المبحث الأول: إنهاء ممارسة الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت من الناحية الإجرائية _____ – 122 –

المطلب الأول: كيفية رفع الدعوى والإجراءات المعاصرة لها _____ - 122 -

الفرع الأول: تقديم الطلب حسب القواعد المقررة لرفع الدعوى الاستعجالية _____ - 123 -

الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتباعها منذ رفع الدعوى إلى غاية إقفال باب المرافعة - 138 -

المطلب الثاني: الأمر الفاصل في الدعوى وكيفية تبليغه _____ - 154 -

الفرع الأول: طبيعة المقرر القضائي الفاصل في الدعوى حجيته ونفاذه _____ - 154 -

الفرع الثاني: التبليغ الرسمي للأمر الإستعجالي _____ - 163 -

المبحث الثاني: الإجراءات اللاحقة لصدور الأمر الإستعجالي_____ – 170 –

المطلب الأول: كيفية الطعن في الأمر الاستعجالي _____ - 170 -

الفرع الأول: استئناف الأمر الفاصل في إسقاط ممارسة الولاية على القاصر _____ - 171 -

الفرع الثاني: مدى قابلية الأمر لطرق الطعن الأخرى _____ - 175 -

المطلب الثاني: الإجراءات المخولة للقاضي بخصوص إسقاط ممارسة الولاية على القاصر - 184 -

الفرع الأول: سلطات القاضي المرتبطة بممارسة الولاية _____ - 185 -

الفرع الثاني: جواز إلغاء التدابير وضرورة استحداث آلية لتفعيل إجراءات الولاية ___ - 200 -

الباب الثاني الولاية على مال القاصر وإجراءات حمايته _____ – 214 –

الفصل الأول: النظرية العامة للولاية على مال القاصر _____ – 216 –

المبحث الأول: الولاية الأصلية على مال القاصر _____ – 217 –

المطلب الأول: مفهوم الولاية على مال القاصر وتحديد شروطها _____ - 217 -

الفرع الأول: مفهوم الولاية على مال القاصر _____ - 218 -

الفرع الثاني: شروط الولاية الأصلية على مال القاصر _____ - 224 -

الفرع الثالث: أصحاب الحق في الولاية على القاصر وتحديد مراتبهم _____ - 227 -

المطلب الثاني: أحكام الولاية الأصلية على مال القاصر _____ - 229 -

الفرع الأول: سلطات وواجبات الأولياء وجزاء الإخلال بها _____ - 230 -

الفرع الثاني: انتهاء الولاية على مال القاصر واستردادها _____ - 253 -

المبحث الثاني: الولاية النيابية على مال القاصر _____ – 259 –

المطلب الأول: مفهوم الوصاية وبيان شروطها _____ - 259 -

الفرع الأول: مفهوم الوصاية _____ - 260 -

الفرع الثاني : شروط الوصاية _____ - 283 -

المطلب الثاني: أحكام الوصاية على مال القاصر _____ - 290 -

الفرع الأول: سلطات الوصي وواجباته _____ - 290 -

الفرع الثاني: انتهاء الوصاية _____ - 303 -

الفصل الثاني: إجراءات التقاضي في مسائل الولاية على مال القاصر _____ – 316 –

المبحث الأول: سلطات القاضي في مسائل الولاية على مال القاصر من الناحية الإجرائية _____ – 317 –

المطلب الأول: رقابة القاضي المختص للولاية على مال القاصر _____ - 318 -

الفرع الأول: الجهة القضائية صاحبة الاختصاص في مسائل الولاية على مال القاصر - 318 -

الفرع الثاني: كيفية مراقبة الولاية على أموال القصر _____ - 326 -

المطلب الثاني: سلطات القاضي المرتبطة بأطراف الولاية من الناحية الإجرائية _____ - 336 -

الفرع الأول: سلطات القاضي المتعلقة بالنائب القانوني عن القاصر _____ - 337 -

الفرع الثاني: سلطات القاضي المتصلة بتصرفات القاصر المولى عليه _____ - 359 -

المبحث الثاني: منازعات الولاية بشأن أموال القاصر وإجراءات البيع المقررة لها _____ – 377 –

المطلب الأول : منازعات الولاية على مال القاصر _____ - 378 -

الفرع الأول: اختصاص قاضي شؤون الأسرة بمنازعات الولاية على مال القاصر ___ - 379 -

الفرع الثاني: دور النيابة العامة في حماية أموال القصر _____ - 392 -

المطلب الثاني: إجراءات بيع مال القاصر _____ - 406 -

الفرع الأول: إجراءات بيع المنقولات المملوكة للقاصر _____ - 406 -

الفرع الثاني: إجراءات بيع العقارات المملوكة للقصر _____ - 416 -

الخاتمــة _____ – 430 –

قائمـة المصادر والمراجع_____ – 441 –

الملاحق_____ – 455 –

الفهرس _____ – 500 –

الولاية على القاصر وإجراءات حمايته في التشريع الجزائري مقارنا

الملخص:

يكتسي نظام الولاية سواء على نفس القاصر أو على ماله أهمية بالغة، حيث يكمن دوره في تغطية النقص الذي يعتري القاصر وذلك لقصور ملكاته الذهنية على إدراك الأشياء على حقيقتها، ومعلوم أن الجانب النظري وحده لا يكفي لتحقيق هذه الغاية ما لم يدعم بإجراءات تخرجه إلى حيز التطبيق، وهو ما تم استحداثه بموجب الإجراءات المدنية والإدارية ضمن المواد 453 إلى 480 الخاصة بإجراءات الولاية القاصر، وتهدف هذه الأطروحة بالدرجة الأولى إلى بيان مدى فاعلية هذه الإجراءات في تقرير الحماية المتطلبة وكذا إبراز نقاط الضعف والقوة بخصوصها اعتمادا على منهج المقارنة مع التشريعات الأجنبية بغية الإستفادة من أحدث الأحكام التي توصلت إليها. وخلصنا إلى أنه لتفعيل هذه الإجراءات يتعين تخصيص نصوص قانونية تتعلق بمجلس العائلة، هذا الأخير الذي يخفف العبء على الجهات القضائية بشأن قضايا شؤون الأسرة لا سيما تلك المتعلقة بالولاية نظرا للاختصاصات التي يتمتع بها، لذا يجب إعادة هذه الآلية التي تناولتها النصوص القديمة وضرورة تحديث قواعدها بما يحقق حماية أكثر فعالية للقاصر ضمن منظومة منسجمة وموحدة.

الكلمات المفتاحية:

الولاية على المال، الولاية على النفس، القاصر، إجراءات، تشريع، حماية، مجلس العائلة.

La tutelle du mineur et les procedures de sa protection dans la legislation algérienne comparée

Résumé : Le régime de la tutelle sur la personne du mineur ainsi que sur ses biens revêt une importance capitale puisque son rôle consiste primordialement à combler l'incapacité qui atteint le mineur, et ceci à cause de son insuffisance mentale pour concevoir la réalité des choses, sachant que le coté théorique seul ne peut pas réaliser cet objectif s'il ne soit pas consolidé par des procédures qui le mènent directement à la pratique, ce qui a été édictées par le code de la procédure civile et administrative dans les articles 453 à 480 concernant les procédures de la tutelle**.** Et pour mettre en évidence ces procédures il faut réserver des textes juridiques relatifs au conseil de la famille, ce dernier qui atténue la charge exercée sur les juridictions concernant les affaires de la famille surtout celles relatives à la tutelle vu les attributions dont il jouit. A cet effet, il faut faire reparaitre ce mécanisme adopté par les anciens textes, et la nécessité de moderniser ses règles afin de réaliser une protection convenable pour le mineur dans un processus harmonieux et unifié.

Mots clés :

La tutelle sur les biens, la tutelle sur la personne, mineur, procédures, législation, protection, conseil de la famille.

The guardianship of the minor and procedures of his protection in the compared Algerian legislation

Summary: The system of the guardianship on the person of the minor as on his goods cover a cardinal importance since its role primordially consists in filling the incapacity which reaches the minor, and this because of its mental insufficiency to conceive the reality of the things, knowing that only the theoretical sides cannot carry out this objective if it is not consolidated by procedures which lead it directly to the practice, and this was enacted by the code of the civil procedure and administrative in articles 453 to 480 concerning the procedures of the guardianship**.** And to highlight these procedures it is necessary to hold legal texts relating to the family council, this last which attenuates the load exerted on the jurisdictions concerning the family's businesses especially those relating to the guardianship considering attributions which it enjoys. In fact, it is necessary to make reappear this mechanism adopted by the old texts, and the need for modernizing its rules in order to carry out a suitable protection for the minor in a harmonious and unified process.

Key words:

The guardianship on the goods, the guardianship on the person, minor, procedures, legislation, protection, family council.