

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique

Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira -

Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett -

Faculté de droit et des sciences politiques



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أكلي محمد أولحاج

- البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في الولاية والوصاية

مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الثانية ماستر

تخصص: قانون الأسرة

السداسي الأول

إعداد الدكتور: الصادق ضريفي

السنة الجامعية 2021/2020

مقدمة

كفلت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على حد سواء قدرا من الحماية لبعض الفئات من المجتمع، اعتبارا لما يعتريها من عجز مرده صغر في السن أو نقص في الملكات العقلية أو الحالة النفسية، على غرار فاقدى الأهلية وناقصيها كالمجنون والمعتوه والسفيه والقاصر سواء كان مميزا أو غير مميز، وعلة ذلك أن مثل هؤلاء لا يستطيعون القيام بشؤونهم وتدبير أمورهم الشخصية أو المالية بأنفسهم، وعليه يقوم أشخاص بالغون عاقلون تتوفر فيهم شروط محددة يقررها الشرع والقانون بالقيام بهذه التصرفات بالنيابة عنهم، فكان بذلك نظام النيابة الشرعية (La représentation légale)، وقد نص قانون الأسرة على ذلك في الكتاب الثاني منه ابتداء من المادة 81 إلى المادة 125 منه¹.

ونصت في هذا الصدد المادة 81 من قانون الأسرة على أنه: ((من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون، أو عته، أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون))، كما قضت المادة 44 من التقنين المدني بأنه: ((يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذا القانون))².

وما يهمننا في محاضراتنا هذه الفصلان الثاني والثالث من هذا الباب المتعلقين بالولاية (La tutelle) - المواد من 87 إلى 91 منه - والوصاية (La tutelle testamentaire) - المواد من 92 إلى 98 منه - وهذه تتعلق بالولاية على المال، فضلا عن ذلك سنتناول بشيء من التفصيل الأحكام المتعلقة بالولاية على النفس؛ كولاية التزويج (المواد 11 و 13 من ذات التقنين)، وولاية الحضانة (المواد من 62 إلى 72 منه)، وما تجدر الإشارة إليه بشأن تنظيم المشرع الجزائري للولاية أنه لم يميز بين الولاية على المال والولاية على النفس في المواد 87 وما يليها المشار إليها آنفا، حيث جاءت عامة دون

¹ - قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09/06/1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

² - أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 78 صادرة بتاريخ 26 سبتمبر 1975..

تخصيص، ولم ينتبه المشرع لهذا الأمر رغم تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ويرى البعض -بحق- أن قانون الأسرة يتميز بضعف كمي وكيفي بشأن تنظيم المشرع لأحكام الولاية¹.

مبحث تمهيدي **أحكام الأهلية في التشريع الجزائري**

قبل تفصيل أحكام كل من الولاية والوصاية ببيان مفهوم كل منهما، والأحكام المنظمة لهما، وحدود صلاحيات كل من الولي والوصي، وصولا إلى انتهاء الولاية والوصاية في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي، لا بأس من التعرض لأحكام الأهلية بصفة عامة نظرا للصلة الوثيقة لهذه الأخيرة بالنيابة الشرعية التي لا تكون إلا على ناقصي أو عديمي الأهلية كما ذكرنا آنفا.

المطلب الأول **مفهوم الأهلية**

لتحديد مفهوم الأهلية تحديدا واضحا لا بد من تعريفه (فرع أول)، مع بيان أقسامها (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الأهلية

تعرف الأهلية بصفة عامة بأنها: ((صلاحية الشخص في أن تتعلق حقوق له أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق))²، أو هي: ((صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك))³.

¹ - جيلالي تشوار: الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، العدد 1، الجزائر، 2006، ص 42.

² - عبد الودود يحي و نعمان جمعة: دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، 2002، ص 273.

³ - عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق، ص 86؛ محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 466؛ محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني

الفرع الثاني: أقسام الأهلية

من خلال التعريفين المتقدمين يتبين أنّ الأهلية تنقسم إلى نوعين اثنين: أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

أولاً: أهلية الوجوب

تعرف أهلية الوجوب بتعاريف متعددة وإن كانت في مجموعها متقاربة من حيث المعنى، حيث يقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق وتترتب عليه الالتزامات¹، وهي تثبت لكلّ شخص له شخصية قانونية بغض النظر عن سنه أو حالته العقلية، حيث يتمتع بها الإنسان بمجرد ميلاده حياً، بل أنّ الجنين وهو في بطن أمه تكون له أهلية وجوب ناقصة.

ثانياً: أهلية الأداء

تعرف أهلية الأداء بأنها: ((صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، أو هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به قانوناً))، من خلال هذين التعريفين يتبين أن أهلية الأداء قاصرة على التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية. وترتبط أهلية الأداء بالتمييز، هذا الأخير الذي يرتبط بعامل السن من جهة وعدم قيام عارض من العوارض التي تؤثر فيه كالجنون مثلاً.

أ/ تدرج أهلية الأداء حسب السن

ربط المشرع قدرة الإنسان على إبرام التصرفات القانونية بقدرته على التمييز، وبالتالي على إمكانية القيام بالتصرفات القانونية بمراحل سنه، حيث يمرّ بثلاثة مراحل هي على التوالي:

1/ المرحلة الأولى: قبل بلوغ سن الثالثة عشر (13 سنة) ويكون فيها الإنسان قاصراً غير مميز، وتكون تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، بغضّ النظر عن كونها نافعة له أو ضارة به، وينوب عنه وليّه أو وصيّّه أو القيمّ عليه في إبرام هذه التصرفات (المادة 81 وما يليها من قانون الأسرة)، وقد نص المشرع الجزائري على حكم تصرفات القاصر غير المميز في المادة

الجزائري، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء 1، ط2، 2004، ص157.

¹ - عبد الودود يحيى و نعمان جمعة: المرجع نفس، ص273؛ محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص467.

42 من التقنين المدني، وهذا نصّها: ((لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون)).

2/ المرحلة الثانية: تبدأ من بلوغ الإنسان سن الثالثة عشر (13 سنة) حتى بلوغه سن الرشد (19 سنة كاملة وفقا للقانون الجزائري)، وفيها يصبح القاصر مميزا ويكون ناقص الأهلية لا عديمها، ومن ثمة يكون له القدرة على القيام بالتصرفات القانونية، غير أنّ هذه القدرة غير كاملة.

أما عن حكم تصرفات القاصر المميز فنلاحظ أنّ ثمة تناقضا بين التقنين المدني وقانون الأسرة فيما يتعلق بحكم تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر، ففي حين تكون هذه التصرفات صحيحة قابلة للإبطال لمصلحته وفقا للقانون المدني، ويزول الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به القاصر في مدة خمس (5) سنوات من بلوغه سن الرشد (المادة 101 ق.م.ج)، بينما أخذ تقنين الأسرة بنظرية العقد الموقوف المأخوذة من الفقه الإسلامي¹، ونص عليها بالمادة 83 من تقنين الأسرة التي جاء فيها: ((من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 83 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصيّ فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة الضرر يرفع الأمر إلى القضاء)).

من خلال هذا النص يتبين أنّ المشرع ميّز بين ثلاثة أنواع من التصرفات:

- تصرفات نافعة نفعا محضا: ومثال ذلك قبوله للهبة المقدمة له من أحد الأشخاص، وحكمها أنّها نافذة، لأنّها تزيد في ذمته الماليّة.

- تصرفات ضارة ضررا محضا: مثل أن يهب هو هبة للغير أو يرتب حقا عينيا على أمواله بغير مقابل، وحكمها أنّها باطلة بطلانا مطلقا لأنّ من شأنها أن تنقص من ذمته

¹ - للتفصيل أكثر في نظرية العقد الموقوف انظر عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1383هـ/1968م، ص1 وما يليها؛ اسعد فاطمة: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص1 وما يليها؛ بخالد عجالي: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005، ص1 وما يليها.

- أمّا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع أو الإيجار أو المقايضة فتتوقف على إجازة الولي أو الوصي أو القيم، فإن رأى في تصرفه المصلحة والسداد أجازته، وإن رأى فيه المضرة والخطأ رده، وهنا أخذ المشرع بنظرية العقد الموقوف التي تعني أن العقد لا ينتج آثاره إلا إذا أجازته الصبي بعد بلوغه أو أقره وليه أو وصيه أو القيم عليه قبل ذلك.

ويرى الاتجاه المؤيد لفكرة العقد الموقوف أن العقد إنما يمرّ بمرحلتين خلال تكوينه: مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة، فإن اجتاز المرحلة الأولى فهو منعقد، وإن لم يجتزها كان باطلا، فإن استكمل مرحلة الانعقاد مرّ للمرحلة التالية (مرحلة الصحة)، فإذا اجتازها كان صحيحا، وإلا كان باطلا، ففكرة العقد الموقوف تقوم على الاعتراف بوجود العقد قبل إجازته لأنّه انعقد صحيحا، بيد أن ترتيبه لآثاره إنما يكون متوقفا على صدور الإجازة ممن خول له القانون ذلك (الولي أو الوصي أو المقدم)، ومثال ذلك أنه لو أبرم قاصر مميز عقد بيع (وهو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر) فيكون العقد صحيحا غير أن إنتاجه لآثاره يكون متوقفا على إجازة الولي أو الوصي، فإن لم تتم إجازته يكون متوقفا على إجازة القاصر بعد بلوغه سنّ الرشد، فإن أجاز صار نافذا منتجا لآثاره القانونية من حقوق والتزامات¹.

وعلى المشرع الجزائري أن يستدرك ما وقع فيه من تناقض بالنسبة لحكم تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر، وذلك بالنص على وقف نفاذ هذا التصرف على إجازة الولي أو الوصي، أو اعتباره صحيحا قابلا للإبطال، والمهم في كل هذا الخروج من حالة التناقض، والذي نراه هو الأخذ بنظرية العقد الموقوف، لأنّ هذا الحلّ يستجيب نظريا لمتطلبات حماية القاصر من التصرفات التي تضر بزمته المالية، لأنّ العقد الموقوف لا يترتب أي أثر قانوني، فهو لا يمس بزمته المالية إلى غاية صدور الإجازة من نائبه الشرعي، كما أن القانون المدني نفسه أحال إلى قانون الأسرة فيما يتعلق بأحكام الأهلية فيكون الثاني أولى بالتطبيق من الأول في حالة التناقض، فضلا عن أن قانون الأسرة جاء لاحقا في صدره على القانون المدني

¹ - موني بودريالة: تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر بين أحكام القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، العدد 10، جوان 2020، ص 167.

واللاحق ينسخ السابق¹.

3/ **المرحلة الثالثة:** تبدأ من بلوغ الإنسان تسعة عشر (19) سنة كاملة إلى غاية وفاته، أي منذ بلوغه سنّ الرّشد الذي حدده المشرع الجزائري في نص المادة 40 من التقنين المدني التي نصت على ما يلي: ((كلّ شخص بلغ سنّ الرّشد متمتعا بقواه العقليّة ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهليّة لمباشرة حقوقه المدنيّة.

وسنّ الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة)).

من خلال هذا النص يتضح أنّ الإنسان إذا بلغ سنّ الرشد (19 سنة) ولم يعتز أهليته عارض من العوارض (الجنون، العته، السفه، والغفلة)، فإنّه يكون أهلا لمباشرة كافة التصرفات القانونية بلا استثناء، ويكون متمتعا بأهلية أداء كاملة.

المطلب الثاني **عوارض الأهلية**

عوارض الأهلية في القانون المدني عبارة عن أمور تعتري الشخص المتمتع بأهلية الأداء، فتقضي إما إلى إعدامها أو الإنقاص منها، حيث أن الأولى تصيب المرء في عقله فتعدمه الإدراك والتمييز، ويلحق بالصبي غير المميّز (عديم الأهلية)/وتتمثل في كلّ من الجنون والعته، بينما تصيب الثانية الإنسان في تدبيره فتفسده، فيأخذ حكم الصبي المميّز (ناقص الأهلية) وتتمثل في كلّ من السفه والغفلة.

الفرع الأول: العوارض المعدمة للأهلية

اعتبر المشرع أنّ الجنون والعته يعدمان الأهلية (م42 ق.م.ج، حيث تصبح تصرفات الشخص باطلة بطلانا مطلقا، بينما يجعل كل من السفه والغفلة الشخص ناقص أهلية.

أولا: الجنون (La démence)

أ/ تعريفه: آفة تصيب عقل الإنسان فيفقد صاحبه القدرة على التمييز والإدراك، حيث يصبح غير قادر على تمييز الصحيح من الخطأ والخير من الشر وما ينفع وما يضر،

¹ - أحمد رباحي: حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، دراسة مقارنة في القوانين الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، العدد5، ديسمبر 2015، ص31،

وبالتالي لا يكون بوسعه إبرام التصرفات القانونية، والمجنون يحجر عليه، ويمنع من التصرف في أمواله بنفسه، ويعين له قيم يتولى شؤونه.

ب/ أنواعه: والجنون أنواع: فإما أن يكون أصليا أو طارئا، مطبقا أو متقطعا.

حيث يكون أصليا متى بلغ الإنسان سنّ الرّشد مجنونا، ويكون طارئا إذا بلغ سنّ الرّشد عاقلا، وطراً عليه الجنون إثر ذلك، وكل من الجنون الأصلي والطارئ يزيل الإدراك والتمييز، ويفقد الإنسان أهليته فيأخذ حكم الصبي غير المميّز.

والجنون المطبق هو الجنون المستمرّ الذي لا يفيق المصاب به منه، بمعنى أنّه لا تتخلله فترات إفاقة أو تعقّل (Intervalles lucides)، بل يستغرق كل الوقت بلا انقطاع، فتكون تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا.

أمّا الجنون المتقطّع فيراد به أن المصاب به تمرّ عليه فترات يعود فيها لوعيه ويكون مدركا ومميزا، بمعنى أنّ الجنون لا يستغرق كل الأوقات بل تكون هناك أوقات جنون وأوقات إفاقة أو تعقّل¹.

وفي هذا الصدد يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين التصرفات التي يباشرها المجنون في فترات جنونه فيعتبرونها باطلة ولا أثر لها، بحيث تعدّ كأن لم تكن، وبين التصرفات التي يقوم بها في فترات إفاقته حيث يعدّونها صحيحة منتجة لآثارها، ويعامل معاملة الإنسان العاقل سواء بسواء، جاء في المادة 944 من مجلة الأحكام العدلية²: ((الجنون على قسمين أحدهما المجنون المطبق، وهو الذي جنونه يستوعب جميع أوقاته، والثاني هو الجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنونا ويفيق في بعضها))، وبينت المادة 979 من المجلة حكم الجنون المطبق حيث ورد فيها: ((المجنون المطبق هو في حكم الصبي غير المميّز))، بينما نصت المادة 980 على حكم الجنون المتقطع: ((تصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل)).

¹ - د/ محمد سعيد جعفر: المرجع السابق، ص 529.

² - هو تجميع لقواعد المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية وفقا للمذهب الحنفي، قام به (قدري باشا) في مصر وصاغه في مواد، على غرار مجلة الأحكام العدلية، ليحلّ محلّ القانون المدني المصري القديم، انظر محمّد قدري باشا: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، مصر، 1891.

ولم يميّز المشرّع الجزائري بين نوعي الجنون¹ بخلاف المشرع العراقي (المادة 108 من التقنين المدني) ، والمشرع الأردني (المادة 2/128 من التقنين المدني)²، كما أنه لم يميز بين التصرفات التي يباشرها المجنون وقت جنونه ووقت إفاقته - إذا كان جنونه متقطعاً - بل يعتبر الجنون واحداً، كما اعتبر كل تصرفات المجنون باطلة بطلاناً مطلقاً، بشرط أن تكون قد صدرت عنه بعد تسجيل قرار الحجر عليه، أما قبل ذلك فتعدّ تصرفاته صحيحة إلا إذا كانت أسباب الحجر فاشية وظاهرة وقت صدورها، وهو الحكم الوارد في نص المادة 107 من تقنين الأسرة: ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحكم ظاهرة وفاشية وقت صدورها)).

ويرى البعض أنّ موقف المشرع من عدم التمييز بين نوعي الجنون يرجع بالأساس لصعوبة تعيين فترات الإفاقة وفترات الجنون بشكل دقيق، فهو محق فيما ذهب إليه لصعوبة الإثبات في مثل هذه الأحوال من جهة، وحتى لا يفتح المجال للنزاعات التي قد تنشور في هذا الشأن من جهة أخرى³.

ثانياً: العته

آفة تصيب العقل وإن كانت لا تعدمه تماماً إلاّ أنّها تجعله في حكم المجنون، وقد عرفه جانب من الفقه بأنّه: ((اضطراب يعتري العقل دون أن يبلغ درجة الجنون، يجعل المريض مختلط الكلام، قليل الفهم، فاسد التدبير، أو هو فقدان العقل من غير جنون))⁴؛ يقول الدكتور أنور سلطان أنّ الشخص المعتوه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام، فاسد التدبير، إلاّ أنّه لا يضرب ولا يشتم، والعته مرض عقلي يصيب الشخص عادة بسبب التقدّم في السنّ أو

¹ - غير أنّه ميّز في القانون 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، حيث نصّت المادة 31 منه على ما يلي: ((لا يصحّ وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفاً يتوقّف على أهلية التمييز، أما (وقف) صاحب الجنون المتقطع فيصحّ أثناء إفاقته وتماّم عقله، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعيّة))، ويلاحظ أنّه قد سقطت من النص لفظة (وقف) قبل كلمة صاحب، فينبغي إضافتها لتصبح العبارة كالآتي: ((أمّا وقف صاحب الجنون المتقطع...)).

² - نص المادة 108 مدني عراقي مطابق لنص المادة 2/128 مدني أردني حيث ورد فيهما: ((المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميّز، أمّا المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرفات العاقل)).

³ - د/ محمد سعيد جعفر: المرجع السابق، ص 528 وما يليها.

⁴ - د/ عبد الودود يحي، ود/ نعمان جمعة: المرجع السابق، ص 284.

المرض كتصلّب شرايين المخ، وإذا كانت الشيخوخة وحدها وهي أولى مراحل الانحطاط العقلي لا تكفي بمفردها للقول بانعدام الإرادة إلا أنّها قد تكون سببا في إصابة الشخص بالعتة¹.

وقد ساوى القانون بين العته والجنون، غير أنّه لا بدّ أن يصدر حكم قضائي بالحجر عليهما، والمراد بالحجر: عدم إجازة تصرف الشخص في أموالهما وينوب عنهما وليّهما أو وصيّهما أو القيم عليهما.

الفرع الثاني: العوارض المنقصة للأهلية

تتمثل عوارض الأهلية المنقصة للأهلية في كل من السفه والغفلة، وهما ليستا آفتان عقليتان، بل هما حالتان تعتريان نفسية الإنسان لا عقله.

أولا: تعريف السفه

السفه حالة نفسية تحمل المصاب بها على تبذير ماله في غير ما يقض به العقل والشرع، وعرفت المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية السفه بآث: ((هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبذّر في مصارفه، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضا من السفهاء)). وعلى ذلك تعتبر المجلة ذي الغفلة سفها².

ثانيا: تعريف الغفلة

لا تعد الغفلة آفة تصيب العقل، بل هي نقص في الملكات النفسية تجعل الشخص يسيء التقدير فيجري تصرفات دون أن يهتدي إلى ما يعود عليه بالربح مما يعود عليه بالخسارة، فيغبن في تصرفاته غبنا فاحشا³.

¹ د/ أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2005، ص39.

² - مجلة الأحكام العدلية، ص185.

³ - د/ علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص55.

ثالثاً: حكم تصرفات السفیه وذو الغفلة

نص المشرع على حكم تصرفات السفیه وذو الغفلة في المادة 43 من التقنين المدني حيث جاء فيه: ((كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بل سن الرشد وكان سفیهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون)).

من خلال هذا النص يتبين أن السفیه وذو الغفلة ناقصا الأهلية وبالتالي يكون حكم تصرفهما هو ذات حكم تصرفات القاصر المميز.

بينما نص في المادة 85 من قانون الأسرة على أنه: ((تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفیه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه))، كما قضت المادة 101 من ذات التقنين بأنه: ((من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفیه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه))، وأضافت المادة 107 ق.أ أنه: ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحجر باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)).

من خلال هذه النصوص نلاحظ أن المشرع اعتبر كلا من السفیه والمعتوه ناقصي أهلية في القانون المدني، بينما ألحق السفیه في قانون الأسرة بالمجنون والمعتوه ولم يذكر حكم تصرف ذي الغفلة¹.

¹ - د/ علي علي سليمان: المرجع نفسه، ص 55.

الفصل الأول

الولاية في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي

نص المشرع الجزائري على أحكام الولاية والوصاية على المال في الفصلين الثاني والثالث من الكتاب الثاني من تقنين الأسرة، فضلا عن نصوص أخرى متفرقة تتعلق بالولاية على النفس، وقبل الخوض في أحكام الوصاية باعتبارها نيابة مكتسبة لا بد من تفصيل النيابة الأصلية المتمثلة في الولاية من خلال تحديد مفهومها (مبحث أول)، وبيان أحكامها (مبحث ثان)، وكيفية انتهائها (مبحث ثالث).

المبحث الأول

مفهوم الولاية

يقتضي تحديد مفهوم الولاية التعرض لتعريفها (مطلب أول)، والتعرض لمشروعيتها (مطلب ثان) وبيان أقسامها (مطلب ثالث) مع تمييزها عما يشبه بها من نظم قانونية (مطلب رابع)، وأخيرا بيان الشروط الواجب توافرها في الولي (مطلب خامس).

المطلب الأول

تعريف الولاية

قبل التعرض للتعريف الاصطلاحي للولاية من الناحيتين الشرعية والقانونية يجب علينا الوقوف عند تعريف أهل اللغة لها.

الفرع الأول: تعريف الولاية لغة

الولاية بكسر الواو وفتحها مصدر، ولي الرجل إذا أعانه، ونصره أو قام بأمره وتولى شؤونه، وهي مأخوذة من الفعل الثلاثي (وَلَّى) يقال وَلَّى الشيءَ وَوَلَّى عليه ولاية - بكسر الواو وفتحها، ووليه وَلِيًّا: دنا منه، والوَلِيُّ: القرب والدنو، وفي هذا المعنى ورد حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لَيْلَنِي مِنْكُمْ أُولُو الْأَحْلَامِ وَالنَّهْيُ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ))¹، قال بن فارس في هذا المعنى: ((الواو واللام والياء: أصل صحيح يدلّ على قرب، من ذلك: الوَلِيُّ: القرب، يقال: تباعد بعد وَلِي، أي: قرب، وجلس مما يليني: أي يقاريني))².

¹ - رواه مسلم: الجامع الصحيح، المطبعة العامرة، الطبعة الأولى، دار الخلافة العلية، 1331هـ، ج2، ص30.

² - أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط2، دار الفكر، 1979، الجزء6،

قال ابن الأثير: ((وكان الولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل ومن لم يجتمع له ذلك لم يطلق عليه اسم الوالي))، والولاية بالكسر السلطان، والولاية النصر، قال الله عز وجل: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾¹، وقال جل وعلا: ﴿إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَنَّهُدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوُوا وَنَصَرُوا أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يَهَاجَرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيَّتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يَهَاجَرُوا﴾²، قال سيبويه: ((الولاية بالفتح: المصدر، والولاية بالكسر: الاسم مثل: الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به))³.

والولي ولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته، وولي المرأة: الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه.

من خلال هذه التعاريف يتبين أن معنى الولاية يراد به عدة معان كالقدرة والنصرة والإعانة، والتدبير، والولي عندما يتولى أمر من هو في حاجة إلى ولايته ينصره ويعاونه ويشفق عليه في التصرف معه بالتي هي أحسن⁴.

الفرع الثاني تعريف الولاية اصطلاحاً

قبل التعرض لتعريف الولاية في الاصطلاح القانوني (ثانياً) نشير إلى تعريفها في الفقه الإسلامي (أولاً).

أولاً: تعريف الولاية في الاصطلاح الشرعي

عرف بعض الفقهاء المسلمين المعاصرين الولاية بتعاريف عدة، حيث عرفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنها: ((سلطة شرعية تجعل لصاحبها التصرف في شؤون غيره جبراً

ص141، مادة (وَلِيّ).

¹ - سورة التوبة: من الآية 71.

² - سورة الأنفال: من الآية 72.

³ - ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري) : قاموس العرب المحيط، المجلد 15، دار صادر، بيروت، لبنان، ص407.

⁴ - جميلة موسوس: الولاية عل مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكر ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجاري، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006، ص11.

عليه))، ويعرفها صاحب تنوير الأبصار بأنها: ((تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى))¹، بينما عرفها الشيخ مصطفى الزرقا بأنها: ((الولاية عبار عن قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية))².

ومما يأخذ على التعريفين الأول والثاني هو أنهما غير جامعين لأنواع الولاية حيث ركزا فقط على ولاية الإجماع دون ولاية الاختيار، التي تثبت للشخص عند تزويج الثيب الكبيرة، حيث اتفق الفقهاء على أنه لا جبر عليها، عملاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: ((الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأن في نفسها، وإذنها صماتها))³، كما أن التعريف الأول عرف الولاية ببيان حكمها لا ببيان معناها، والحكم من مباحث التصديقات⁴.

أما تعريف الشيخ مصطفى الزرقا فقد ركز فيه على الولاية على القصر مع أنها تثبت على غيرهم كالثيب الكبيرة، والبكر العاقلة في عقد الزواج، إذ لا يصح نكاحها إلا بولي عند الجمهور خلافاً لأبي حنيفة كما سنرى لاحقاً، كما أن عبارة (قيام شخص كبير راشد) أثر من آثار الولاية وليس هو معنى الولاية⁵، فضلاً عن ذلك فإنه تناول الولاية المتعدية إلى الغير دون الولاية القاصرة.

وعرفها بعضهم تعريفاً عاماً بأنها: ((قدرة الإنسان على التصرف الصحيح النافذ لنفسه أو لغيره، جبراً أو اختياراً))⁶، وقد انتقد هذا التعريف بأن الجبر والاختيار يكونان على

¹ - تنوير الأبصار المطبوع مع حاشية ابن عابدين، (55/3)، مشار إليه لدى محمد عبد العزيز النمي: الولاية على المال، مكتبة الملك فهد، ط1، الرياض، المملكة السعودية، 2012، ص45.

² - الشيخ مصطفى محمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1998، ص843.

³ - أخرجه مسلم (1421)، وأحمد في المسند (242/1)، وأبو داود (2098)، والترمذي (1108)، والنسائي (3260)، وابن ماجه (1870)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

⁴ - آمنة محمد اسويب و عدنان محمود العساف: ولاية المرأة ووصايتها على أموال أولادها القصر (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وقانون تنظيم أحوال القاصرين الليبي لسنة 1992 واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، الجامعة الإسلامية، غزة، العدد3، 2019، ص140.

⁵ - محمد عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص 46.

⁶ - صالح جمعة حسن الجبوري: الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، مؤسسة الرسالة، 1976 ص35.

الغير ولا يعقل أن يتعلقا بالنفس¹.

وقد اقترح الدكتور محمد بن عبد العزيز النمي تعريفا جامعاً مانعاً للولاية حاول فيه تلافي الانتقادات السابقة حيث عرفها بأنها: ((الولاية سلطة شرعية تجعل لمن يثبت له حق النظر فيما فيه حظ للمولى عليه، سواء كان ذلك في نفسه أو ماله أو فيهما معا))، كما عرفت الولاية بأنها: ((قدرة الشخص شرعاً على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه وماله، أو على نفس الغير وماله))² ، وقريباً من ذلك قال الدكتور نصر فريد واصل: ((وأما تعريف الولاية عند الفقهاء شرعاً فهي: سلطة شرعية يكون بموجبها للولي على المولى عليه ولاية المال والنفس معا، أو النفس فقط، أو المال فقط، بغرض الحفظ والصيانة المشروعة، وهي إما عامة وإما خاصة، والولاية على النفس والمال معا تسمى ولاية تامة أو كاملة، والعامة هي ولاية السلطة العامة، والولاية المنبثقة عنها، والخاصة هي المتعلقة بآحاد الناس وأفرادهم أصلاً، والكلام هنا عن الولاية الخاصة، والولاية على النفس فقط أو المال فقط تسمى ولاية قاصرة، أو ولاية ذاتية))³.

ثانياً: تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني

عند البحث في التشريعات المقارنة التي تعرضت للولاية بالتنظيم نلاحظ أنها لم تعرف الولاية أو الولي، وليس في هذا إشكال باعتبار أن التعاريف ليست من مهام المشرع بل هي من المسائل التي يضطلع بها الفقه بحسب الأصل، فضلاً عن أن المشرع كثيراً ما يقع في الأخطاء عند إيراد تعريفات لمصطلحات معينة.

لذا سنكتفي ببعض التعاريف التي قال بها رجال القانون وشرّاحه والتي اعتمدوا فيها على معناها اللغوي والشرعي، وفي هذا الصدد يعرف البعض الولاية بأنها: ((قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر، وبما ينتج آثارها في حق

¹ - سمير شيهاني: شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص36.

² - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والأسرة المسلمة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993، ص339.

³ - نصر فريد واصل: الولايات الخاصة- الولاية على النفس والولاية على المال، ط1، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص9.

هذا الأخير، وقد تكون ولاية على النفس أو على المال¹، ويعرفها آخرون بأنها: ((سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود والتصرفات وترتيب آثارها عليها دون توقف على رضا الغير))²، كما عرفت بأنها: ((السلطة التي يقرها القانون لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية، باسم ولحساب شخص غير كامل الأهلية))³.

المطلب الثاني **مشروعية الولاية**

دلّ على مشروعية الولاية أدلة كثيرة في الشريعة الإسلامية من أهمها:

الفرع الأول: من الكتاب

وردت عدة آيات قرآنية تدلّ على مشروعية الولاية منها:

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ٥﴾ وَأَبْنُوا إِلَيْكُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ٦ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ٧ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللهِ حَسِيبًا ٨﴾⁴

ثانياً: قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ٥﴾⁵.

ثالثاً: وجه الدلالة من الآيات: وجه الدلالة من الآية الأولى: أنها تحدثت عن عدم

¹ حسن كيرة: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص596.

² - مصطفى السباعي: الأحوال الشخصية (في الأهلية والهبات والوصية)، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1977، ص40، أشارت إليه جميلة موسوس: المرجع السابق، ص14.

³ - لبيب محمد شنب: مبادئ القانون، المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص95، أشارت إليه غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص118.

⁴ - سورة النساء الآيتان 5 و6.

⁵ - سورة البقرة: من الآية 282.

إعطاء المال للسفيه منعاً له من تبذيره وهدره، وهذا دليل على أن الذي يقوم بالتصرف فيه هو الولي، كما تحدثت عن اليتامى وأنه لا يعطون أموالهم حتى يبلغوا الرشد، فيصيروا قادرين على إدارتها.

أما الآية الثانية فقررت أنه من كان سفيهاً أو ضعيفاً لا يكون بمقدوره ولاية أمور نفسه فيكون في حاجة إلى ولي.

ومن خلال الآيتين يتبين أنهما تقصدان بالضعيف القاصر الذي يعجز عن إدارة شؤونه بنفسه فيكون في حاجة إلى ولي يتولى ذلك، ونفس الأمر بالنسبة للسفيه واليتيم القاصر¹.

الفرع الثاني: من السنة

حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: ((رفع القلم عن ثلاثة: عن الصغير حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق))².

وجه الدلالة: أن الحديث أفاد أن الصبي والمجنون ليس لديهما القدرة على التمييز وإدراك عواقب الأمور، لذا رفع عنهما التكليف، فهما لا يعقلان وبالتالي لا يصح توليتهما أمور الآخرين من باب أولى.

المطلب الثالث

أقسام الولاية

يقسم الفقه الولاية إلى عدة أقسام بالنظر إلى جملة من الاعتبارات، فمن حيث العموم والخصوص تقسم إلى ولاية عامة وولاية خاصة، ومن حيث مصدرها تنقسم إلى ولاية ذاتية وولاية جعلية، أما من حيث المولى عليه فتتقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال، ومن حيث سلطتها إلى ولاية قاصرة وولاية متعديّة.

¹ - هشام عبد الجواد العجلة: الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013/2014، ص 13.

² - حديث صحيح أخرجه أحمد في المسند (144/6)؛ وأبو داود في السنن (43998)؛ والنسائي (3432)؛ وابن ماجه (2041).

الفرع الأول: تقسيم الولاية من حيث العموم والخصوص

تنقسم الولاية من حيث العموم والخصوص إلى ولاية عام وولاية خاصة.

أولاً: الولاية العامة

يراد بها الولاية التي تكون للحاكم أو السلطان ومن يليه من القضاة، إذ تثبت له الولاية على كل من يقوم به المعنى المقترض للولاية، ولم يكن له ولي خاص، سواء كان ذلك في الأمور المالية أو غيرها، فله حق النظر في أموال اليتامى والمجانين، والسفهاء، وله أن يزوج من لم يكن لها ولي¹، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((السلطان ولي من لا ولي له))²، وقد عرفت الموسوعة الفقهية الإسلامية بدولة الكويت بأنها: ((سلطة على إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه بدون تفويض منه، تتعلق بأمور الدين والدنيا والنفس والمال، وتهيمن على مرافق الحياة العامة وشؤونها، من أجل جلب المصالح للأمة ودرء المفساد عنها))³.

ثانياً: الولاية الخاصة

هي التي يملك من خلالها الولي التصرف في أمر من أمور الأشخاص المعينين، ومصدرها إما صاحب الشرع أو القانون، مثل ولاية الأب على أبنائه القصر، أو الأصيل مثل نيابة الوكيل له، أو الوصي والقيم ومتولي الوقف⁴.

وهي على أربعة أضرب:

الأول: قوية في النفس والمال: وهي ولاية الأب والجد من جهة الأب وإن علا.

الثاني: ضعيفة في النفس والمال: وهي ولاية من كان الصغير في حجره من الأجانب أو الأقارب، وكان هناك من هو أقرب منه له.

¹ - محمد عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص 47.

² - حيث صحیح أخرجه أحمد في المسند (47/6)، وأبو داود (2083)، والترمذي (1102)، والنسائي في الكبرى (5394)، وابن ماجه (1879).

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 45، ص 139.

⁴ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص 101؛ جميلة موسوس: المرجع السابق، ص 15.

الثالث: قوية في النفس ضعيفة في المال: ولاية غير الأب أو الجد من العصابات وذوي الأرحام.

الرابع: قوية في المال ضعيفة في النفس: وهي ولاية وصي الأب أو وصي الجد، أو وصي القاضي على الصغار، فإنه يتصرف في مالهم تصرفاً قوياً، ولكن تصرفهم في أنفسهم ضعيف، فهو لا يتعدى تصرف من كان الصغير في حجره من الأجانب أو الأقارب¹.

ويقسم الفقه الإسلامي عموماً الولاية الخاصة إلى ثلاثة أنواع من السلطة هي: الولاية الجبرية، وولاية متولي الوقف؛ وهي ولاية مالية محضة لا علاقة لها بالنفس وغير ناشئة عن نقص في الأهلية، وولاية القصاص وهي السلطة التي جعلها الشرع لأهل القتل في استيفاء حقهم في القصاص².

الفرع الثاني تقسيم الولاية من حيث مصدرها

تقسم الولاية من حيث مصدرها إلى ولاية ذاتية (أصلية) وولاية جعلية (مكتسبة).

أولاً: الولاية الذاتية (الأصلية): وهي التي تثبت للشخص لمعنى فيه دون أن يستفيد منها أحد، كولاية الأب والجد، والأم فهذه لازمة في حق الولي، وليس له أن يتنازل عنها لأنها شرعية لأن الشارع الحكيم هو الذي فوض للأب أو الأم أو الجد التصرف في نفس أو مال المولى عليه لكمال شفقتهم عليه³، نقل ابن نجيم عن السبكي أنه حكى الإجماع على أن الأب والجد لو عزلوا أنفسهم عن ولاية الصغير والمجنون لم ينزلوا⁴، وهي ثابتة بسبب الولادة، وهذه الأخيرة أمر ذاتي لا ينفصل عن صاحبه، وهي تستمر حتى يزول سببها وهو الصغر وضعف العقل⁵.

¹ - عبد الله محمد سعيد رابعه: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005 ص22.

² - هشام عبد الجواد العجلة: المرجع السابق، ص15.

³ - نصر فريد واصل: المرجع السابق، ص10.

⁴ - نقلاً عن محمد بن عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص49.

⁵ - عيسى أحمد: الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية،

ثانيا: الولاية الجعلية(المكتسبة) : وتسمى أيضا بالولاية النيابية وهي لا تثبت للشخص لمعنى فيه، بل يستمدّها من الغير، كولاية الوصي أو الوكيل، وهذه الولاية يكتسبها الولي من الغير نيابة عنه، سواء كان الغير وليا خاصا كالأب أو الجد أو عاما كالقاضي¹، وهي قابلة للإسقاط أو التنازل على عكس الولاية الأصلية كما ذكرنا آنفا.

الفرع الثالث: تقسيم الولاية من حيث المولى عليه

تنقسم الولاية من حيث المولى عليه إلى ولاية على النفس وولاية على المال.

أولا: الولاية على النفس

وتكون في الأمور المتعلقة بنفس المولى عليه، ويراد بها القيام والاشراف على شؤون هذا الأخير فيما يختص بنفسه، من لحظة ميلاده إلى غاية بلوغه بالنسبة للذكور والزواج بالنسبة للإناث، وتندرج تحتها ثلاثة أقسام: ولاية الحفظ والرعاية(الحضانة)، ولاية التأديب والتربية، وولاية التزويج، وهي تثبت للأب وسائر الأولياء.

فبالنسبة لولاية الحفظ والرعاية وهي ما تسمى بالحضانة فتبدأ من ولادة المولى عليه حتى بلوغه سن العاشرة بالنسبة للذكور وبلوغ سن الزواج بالنسبة للإناث، ويمكن للقاضي أن يمدد الحضانة للذكور لغاية 16 سنة في حالة ما إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية (المادة 65 من تقنين الأسرة).

أما ولاية التربية والتهديب والتأديب فتبدأ من نهاية ولاية الحفظ والاستغناء عن خدمة النساء إلى غاية البلوغ وهي ما تعرف بولاية الضم والصيانة والكفالة.

وأخيرا ولاية التزويج: حيث تثبت للولي في تزويج المولى عليها على تفصيل سنتكلم عنه لاحقا.

ثانيا: الولاية على المال

وهي سلطة شرعية تجعل لمن يثبت له حق النظر فيما حظ للمولى عليه، في ماله

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيبي علي، البليدة2، ص79.

¹ - جميلة موسوس: المرجع السابق، ص16.

بإنشاء العقود وتنفيذها¹، وهي تشمل كل ما يتعلق بأموال المولى عليه، حيث يضطلع الولي بالإشراف عليها وتسييرها والاتجار فيها وتنميتها واستثمارها بالأوجه المشروعة، وعليه أن يحرص على حفظها وصيانتها من التلف والضياع، مع الإشارة إلى أن الولي يقوم بهذه التصرفات لحساب المولى عليه لا لحسابه هو².

المطلب الرابع **تمييز الولاية عن المفاهيم المشابهة لها**

ثمة الكثير من المفاهيم التي تقترب في معناها مع الولاية لذا وجب تمييزها عنها ومن أهم هذه المفاهيم: الوصاية، النيابة، الكفالة، والوكالة.

الفرع الأول: الولاية والوصاية

الوصاية بفتح الواو وكسرهما مصدر مشتق من الفعل الرباعي أوصى فيقال: أوصى عليه بشيء أي جعله وصيه، وأوصاه ووصّاه توصية بمعنى واحد، وتوصى القوم أي: أوصى بعضهم بعضا، وفي الحديث: ((استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوان))³.

قال ابن منظور: أوصى الرجل ووصّاه: عهد إليه، وقول أحدهم: أوصيت إليه؛ أي جعلته وصيا له، وأوصيته ووصّيته إيصاء وتوصية بمعنى واحد.

وتوصى البعض أي: أوصى بعضهم بعضا، والاسم الوصاءة والوصاية والوصاية.

أما اصطلاحاً فقد عرفها البعض بأنّها: ((تفويض ممن له التصرف شرعا لمكّلف؛ بالقيام بتصريف ما بعد وفاته، لمن لا يستقل بأمر نفسه))⁴. وهذا التعريف يفيد العهد إلى الغير بالقيام بأمر ما، وهو في الوصاية شؤون القاصر سواء كانت مالية أو غير مالية.

من خلال تعريف الوصاية والولاية كما تقدم يظهر لنا أنّ موضوع كل منهما هو سلطة

¹ - محمد بن عبد العزيز المنى: المرجع السابق، ص 50.

² - موسوس جميلة: المرجع السابق، ص 15.

³ - رواه الترمذي في السنن: كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، حديث رقم 1163، ص 467.

⁴ - عبد الله محمد سعيد ربايع: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية

الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2005، ص 20.

تمنح للغير على فاقد الأهلية أو ناقصها في النفس أو المال أو كليهما، وهذا وجه الاتفاق، غير أن الاختلاف يكمن في ثبوت كل منهما حيث تثبت الولاية بالشرع أو القانون، بينما تثبت الوصاية ممن له حق التصرف شرعا، ومنه تكون الولاية أقوى تبعا لقوة مصدرها.

كما أنّ الوصاية تكون بعد وفاة الموصي، ولا تكون الولاية كذلك، كما أنها أعم من الوصاية لأنها تحمل عند إطلاقها على النفس والمال معا، أما الوصاية فغالبا تكون على المال دون النفس، فضلا عن أنه قد يتعدد الأوصياء من نفس الدرجة ولذا التصرف أما بالنسبة للأولياء فإن الأقرب يحجب الأبعد حيث لا يكون ثمة مجال لتعدد الأولياء.

الفرع الثاني: الولاية والنيابة

النيابة في اللغة: جعل الإنسان غيره نائبا في الأمر، يقال: ناب عنه في الأمر إذا قام مقامه.

أما اصطلاحا فعرفت بتعاريف كثيرة منها: ((قيام شخص بتصرف شرعي مكان غيره بتكليف من الشارع أو القضاء أو بالاتفاق، على أن ينتج التصرف آثاره في ذمة الأصيل...))، أو: ((قيام شخص مقام غيره بأمر الشارع أو بإقراره أو بإرادة شخص آخر أو بإجازته اللاحقة في تصرف قابل للنيابة، بحيث تعود آثار التصرف إلى شخص الأصيل لا النائب))¹، أو هي: ((حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع انصراف آثار هذا التصرف مباشرة إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب، كما لو كانت الإرادة صدرت من الأصيل))².

من خلال هذه التعاريف يتبين لنا أنّ النيابة تنقسم إلى أقسام ثلاثة: نيابة قانونية أو شرعية تثبت على أشخاص يتعذر عليهم مباشرة التصرفات القانونية بأنفسهم لقصرهم أو لجنون أو عته أو ما شابه ذلك، ونيابة قضائية تتقرر بموجب حكم قضائي لمصلحة بعض الأشخاص كتعيين مقدم أو وصي، وأخيرا نيابة اتفاقية وهي التي يقررها المنوب عنه أو

¹ - مشار إلى هذه التعاريف لدى سمير شيهاني: المرجع السابق، ص41.

² - نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص148؛ احمد شرف الدين: نظرية الالتزام، الجزء1- مصادر الالتزام- النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2003، ص123.

وليه لمباشرة بعض التصرفات القانونية، فإن قررها المنوب عنه نكون أمام وكالة، وإن قررها ولية نكون أمام وصاية.

أما عن نقاط الائتلاف بين الولاية والنيابة فتتمثل في أن كلا النظامين يمنحان للغير-الولي والنائب- حق مباشرة التصرف عن الغير (المولى عليه والمنوب عنه)، أما عن الاختلاف فيمكن في كون النيابة أعم من الولاية؛ لأنها قد تكون اتفاقية وهي الوكالة غالباً، كما أنها قد تكون شرعية أو قانونية يفرضها التشريع النافذ وتتمثل في نيابة الولي، كما قد تكون بحكم قضائي وهي نيابة القيم أو الوصي، وعليه يمكن القول: أن كل ولاية نيابة والعكس غير صحيح، أي أنه ليست كل نيابة ولاية¹.

وبالرجوع لقانون الأسرة نجد أنه أفرد كتاباً منه للنيابة الشرعية في المواد من 81 إلى 125 منه وجعل الولاية في فصل من هذا الكتاب وهو الفصل الثاني.

الفرع الثالث: الولاية والكفالة

عرف المشرع الجزائري الكفالة² في نص المادة 116 من تقنين الأسرة بأنها: ((الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيم الأب بابه وتتم بعقد شرعي))، واشترطت المادة 117 أن تتم أمام القاضي أو الموثق كما اشترط موافقة من كان له أبوان: ((يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق، وأن تتم برضا من له أبوان))، كما وضع شروطاً يجب مراعاتها في شخص الكافل حيث نص في المادة 118 على أنه: ((يشترط أن يكون الكافل مسلماً، عاقلاً أهلاً للقيام بشؤون المكفول وقادراً على رعايته)).

والكفالة بهذا المفهوم تلتقي مع الولاية في كون كل منهما يتم بدون مقابل، كما يشترط في كل من الولي والكافل جملة من الشروط منها الإسلام، البلوغ، العقل، الأمانة، والقدرة على القيام بالمهام المنوطة بهما، فضلاً عن أن الولاية على النفس تشترك مع الكفالة في

¹ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص42.

² - ننبه هنا أن الكفالة المقصودة في هذا المقام هي الكفالة المنصوص عليها في الفصل السابع من الكتاب الثاني من تقنين الأسرة وليست الكفالة المنصوص عليها في التقنين المدني باعتبارها من التأمينات الشخصية.

النفقة والتربية والرعاية عموما خاصة إذا كان المكفول قاصرا. كما أنّ القانون منح الكافل ذات السلطات الممنوحة للولي.

أما أوجه الخلاف فتتمثل في عدة نواح:

- أن الكفالة لا تكون إلّا على القاصر أو من هو في حكمه بخلاف الولاية التي قد تكون على الراشد كما في ولاية التزويج.

- أن الولاية تثبت للولي دون اللجوء إلى المحكمة أو الموثق بخلاف الكفالة التي يشترط أن تتم أمام المحكمة أو الموثق طبقا للمادة 117 المذكورة آنفا.

- قد يختص بالكفالة شخص أجنبي عن المكفول أي قد لا تربطه به أي قرابة، ولا تصح إلا برضا الوالدين إن كان له أبوان، بينما يختص بالولاية القريب، ولا تنتقل إلى من هو أنزل منه درجة إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي، كأن يكون محجورا عليه، أو وجد نص يقضي بخلاف ذلك على غرار ما ورد في المادة 11 من تقنين الأسرة¹.

الفرع الرابع: الولاية والوكالة

عرّف الوكالة المشرع الجزائري عقد الوكالة في نص المادة 571 من التقنين المدني، حيث جاء فيها: ((الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه)).

من خلال تعريف الوكالة يتبين أنها تشبه الولاية من حيث أن كل من الولي والوكيل يقومان بالتصرف بدلا عن المولى عليه والموكل بسبب عجزه عن القيام به حقيقة أو حكما. ويختلفان من عدة أوجه منها: أن الوكالة عقد رضائي بين الموكل والوكيل بينما الولاية ليست عقدا بل تعدّ سلطة أو حقا أو مسؤولية.

كما أن الولي يعين كما رأينا بمقتضى الشرع والقانون وليس له أن يتنازل عن الولاية ولا يمكن عزله إلا بحكم من القاضي بخلاف الوكيل الذي يعينه الموكل، كما يمكن عزله متى شاء خاصة وأن عقد الوكالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي لشخصية الوكيل،

¹ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص 53.

وللوكيل أن يتنازل عن الوكالة، وأخيرا يشترط في الولي كمال الأهلية بخلاف الوكيل الذي يكفي أن يكون مميزا.

المطلب الخامس

الولي وشروطه

قبل تفصيل الحديث عن الشروط الواجب توافرها في الولي في الفقه الإسلامي والتشريع المقارن يجدر بنا تحديد المقصود بالولي.

الفرع الأول: المقصود بالولي

الولي هو: الشخص الذي يخوله القانون سلطة الولاية على نفس أو أموال القاصر أو كليهما، وقد حدد المشرع في نص المادة 87 من تقنين الأسرة الأولياء ومراتبهم حيث جاء فيها: ((يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا...))، غير أنه يلاحظ أن النص لم يذكر لنا ترتيب الأولياء بعد الأب والأم مما يستوجب الرجوع لنص المادة 222 من ذات التقنين التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يوجد فيه نص في هذا القانون، ولعل المشرع يقصد هنا الفقه الإسلامي وليس الشريعة الإسلامية ذلك أن ثمة farkا بين المفهومين.

وبناء على النص السابق يتبين لنا أن الولاية تكون للأب بشرط أن يكون حيا، غير غائب، ولم يحصل له مانع يحول دون ممارسته للولاية، وتأتي بعده الأم في حالة وفاته، أو حتى وهو على قيد الحياة متى كان غير قادر على مباشرة أمور الولاية بنفسه بسبب غيابه أو حصول مانع له، وهو بذلك خالف المذاهب الفقهية الأربعة حيث قدم الأم على الجد ووصي الجد بل قدم عليهم الأم دون الحاجة لاستصدار حكم قضائي¹، وهو ما نصت عليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 154 منها حيث جاء

¹ - وقد اختلف الفقهاء المسلمون في حكم ولاية الأم فمنعها الحنفية والمالكية والشافعية في قول عند وجود الأب أو الجد أو وصييهما، وكذا الحنابلة في قول، وقال الشافعية في قول يجوز أن تكون الأم وليا عند فقد الأب والجد وتقدم على وصييهما لكمال شفقتها، وفي قول آخر للحنابلة يجوز أن تكون وليا إذا لم يكن هناك أب أو وصي. انظر في تفصيل هذه الآراء فراس وائل طلب أبو شرح: الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007/2008، ص96.

فيها: ((القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته، مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلق بالزواج...))، كما نص في الفصل 156 منه على أنه: ((للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية))، كما نص المشرع المغربي على نفس الحكم في المادة 230 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية حيث ورد فيها: ((يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب:

- الولي وهو: الأب والأم والقاضي.
- الوصي: وهو وصي الأب أو وصي الأم.
- المقدم: وهو الذي يعينه القضاء.

كما نصت المادة 231 من نفس القانون على أنه: ((صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد.
- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقده الأهلية.
- وصي الأب.
- وصي الأم.
- القاضي.
- مقدم القاضي.

وقد أكدت المحكمة العليا على ثبوت الولاية للأب قبل الأم في قرارها المؤرخ بتاريخ 1998/05/17 حيث عاب قضاة القانون على قضاة المجلس مخالفته للقانون والإجراءات لما قبلوا طعن أم لم تكن طرفا في خصومة كان ابنها القاصر طرفا فيها، رغم أنها لم تكن وليته، لأن والده الولي الشرعي - الأب - كان لا يزال حيا، فهو من يحق له تمثيل ولده القاصر لأن المادة 87 من قانون الأسرة نصت صراحة على أن الأب هو من يتقدم في الولاية على أولاده القصر)¹.

وعملا بنص المادة 87 في فقرتها الثانية التي تنص على أن الأم تحل محل الأب في حالة غيبته أو حصول مانع له في القيام بالأمور المستعجلة التي تخص القاصر فإن

¹ - ملف رقم 167835 قرار ببتاريخ 1998/05/17، المجلة القضائية العدد 2، 1998، ص.ص 77-79.

ولايتها في هذا الفرض لا تكون ولاية كاملة على أبنائها القصر، ذلك أن الأب لا يفقد في هذه الحالة ولايته على أولاده، ويمكن اعتبار الحق الممنوح للأم ولاية مؤقتة أو محددة، حتى لا تضيع مصالح القاصر بسبب غيبة أبيه أو حصول مانع له، ونفس الحكم ذهب إليه المشرع المغربي في نص المادة 336 من مدونة الأحوال الشخصية حيث جاء فيها: ((الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، ولأنه أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حال حصول مانع للأب)).

وقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها على انتقال الولاية إلى الأم بعد وفاة الأم، حيث جاء فيه: ((ولاية الأم ولاية منحها إياها القانون بموجب المادة 87 من قانون الأسرة، وأنها لا تنتقل لغيرها إلا في حالة ثبوت تعارض مصالحها مع مصالح أولادها القصر طبقا لما نصت عليه المادة 90 من هذا القانون، ولما لم يثبت في الدعوى تعارض مصالح الأم مع مصالح أولادها فإن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغيرها أو تعيين متصرف خاص تلقائيا قد خالفوا القانون))¹.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد عملا بالفقرة 3 من المادة 87 المذكورة أعلاه، حيث جاء فيها: ((... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد))، وطبقا للمادة 64 من ذات التقنين المعدلة بموجب الأمر 02/05 يكون ترتيب الحاضنين على النحو الآتي: الأم، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، جاء في النص: ((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))، مع الإشارة إلى أن النص قبل تعديله كان الترتيب على النحو الآتي: الأم، ثم أمها، ثم الخالة ثم الأب، ثم الأقربون درجة.

وتثبت ولاية الأب والأم والجد بقوة القانون؛ بمعنى أن هؤلاء الأولياء يستمدون الولاية من الشرع والقانون مباشرة من غير أن يطلب منهم استصدار حكم من المحكمة بتعيينهم أو تثبيتهم، وهذا وجه الخلاف بين الولي والوصي، حيث يتعين صدور حكم بتعيين أو

¹ - ملف رقم 92 1876 قرار بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية العدد 1، سنة 1997، ص.ص 53-55.

تثبت هذا الأخير متى كان الأب قد اختار وصيا على ابنه القاصر قبل وفاته، وهذا ما أشارت إليه المادة 94 من تقنين الأسرة صراحة حيث جاء فيها: ((يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها)).

وباعتبار أنّ ولاية الأب مفروضة عليه بقوة القانون فيجب عليه القيام بها، ولا يمكنه التّحى عنها إلاّ بحكم قضائي، وترجع علة ثبوت هذه الولاية بقوة القانون مع عدم جواز التّحى عنها لسببين اثنين:

- ثبوت هذه الولاية بقوة القانون باعتبارها ولاية طبيعية بحكم رابطة الدم المستمدة من القرابة المباشرة.

- هذه الولاية تعدّ حقا للولي وواجبا عليه في الوقت نفسه، ذلك أنّها لا تثبت له من أجل تحقيق مصالحه الخاصة بل تهدف لحماية مصالح المولى عليه، وعلى ذلك يبقى وليا رغما عنه¹.

وهذه العلة هي التي جعلت المشرع ينص في المادة 330 من تقنين العقوبات² على معاقبة الولي الذي يتخلّى عن واجباته ويرتكب جريمة الإهمال العائلي، حيث نصت على أنّه: ((يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبالغرامة من 50.000 د.ج إلى 200.000 د.ج أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلّى عن كفالة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب جدي...)).

وهذا ما حدا بالمشرع أن ينص في المادة 75 من تقنين الأسرة المتعلقة بالنفقة على أنّه: ((تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا بآفة عقلية أو بدنية أو

¹ - محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 603.

² - قانون رقم (19/15) مؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2015م يعدل ويتمم الأمر 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 71 صادر بتاريخ 18 ربيع الأول 1437 هـ الموافق لـ 30 ديسمبر 2015م، ص 4.

مزاوولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب)).

وتستمر الولاية على القاصر حتى بلوغه سن الرشد، غير أنه يمكن أن تمدد بحكم قضائي متى اقتضت مصلحة المولى عليه ذلك كأن يبلغ سن الرشد مصابا بآفة عقلية كالجنون أو العته، وبالمقابل يمكن كما سنرى لاحقا أن تنتهي الولاية على القاصر قبل بلوغه سن الرشد في الفرض الذي تسلب فيه الولاية من الولي بحكم قضائي لسبب من الأسباب المحددة قانونا كأن يسيء الولي التصرف في أموال القاصر، أو يغيب أو يتوفى أو يحجر عليه أو يحكم عليه بعقوبة جنائية إلى غير ذلك من الأسباب.

وبالرجوع لنص المادة 87 من تقنين الأسرة المشار إليها سابقا يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

- يعاب على المشرع أنه لما قرر انتقال الولاية للأم بعد وفاة الأب أنه لم يحدد نوع الولاية هل هي الولاية على النفس أم الولاية على المال أم هما معا، والنص كما جاء عاما مما يوحي بأنه تنتقل لها الولاية على النفس والمال معا، وإذا علمنا أن الولاية على النفس تشمل ولاية التزويج فهذا يعني أنه يمكنها أن تكون ولية على بنتها في عقد الزواج وهذا مخالف للشرع والقانون (المادة 11 من تقنين الأسرة) لذا يجدر بالمشرع النص على تحديد نوع الولاية لتفادي كل لبس.

- كما أن المشرع نص على انتقال الولاية للأم بعد وفاة الأب ولم ينص على حالة فقدانه للأهلية، رغم أن الولاية تسقط عنه في هذه الحال، الأمر الذي يوجب تعديل النص المذكور بإضافة حالة فقدان الأب للأهلية.

- فضلا عن أن المادة في فقرتها الثالثة لما منحت الأم الولاية بعد وفاة الأب لم تشر إلى ضرورة أن تكون الأم مسلمة، فقد تكون غير مسلمة وتؤول إليها الولاية على القاصر، مع العلم أن الفقهاء المسلمون يشترطون اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه¹، استنادا لقوله

¹ - بوعمره محمد: أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2013، ص 82.

تعالى: ((وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا))¹ كما سيأتي بيانه لا حقا، وقد أكدت المحكمة العليا على حق الأم في الولاية إذا تم الانفصال بينها وبين زوجها بالطلاق مع إسناد الحضانة لها، حيث جاء في أحد قراراتها: ((حيث لمّا قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطّفل للأم دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار))².

وبالرجوع للتشريعات العربية نذكر على سبيل المثال ما ورد في نصّ المادة 102 من التقنين المدني العراقي: ((ولي الصّغير هو أبوه، ثمّ وصيّ أبيه، ثمّ الجدّ الصّحيح، ثمّ وصيّ الجدّ، ثمّ المحكمة، أو الوصيّ الذي نصّبه المحكمة))، وهذا النصّ مستمدّ من المادة 974 من مجلّة الأحكام العدليّة التي جاء فيها: ((وليّ الصّغير في هذا الباب، أولا: أبوه، ثانيا: الوصيّ الذي اختاره أبوه...، ثالثا: الوصيّ الذي نصّبه الوصيّ المختار، رابعا: جدّه الصّحيح...، خامسا: الوصيّ الذي اختاره الجدّ...، سادسا: الوصيّ الذي نصّبه وصيّ الجدّ...، سابعا: القاضي أو الوصيّ الذي نصّبه القاضي...)).

يفهم من النّصين المتقدّمين أنّ ثمة ترتيبا للأولياء والأوصياء، فلا ولاية للجدّ بوجود الأب وهكذا، أمّا فيما يتعلّق بالقاضي ووصيّه فمنزلهما واحدة، فلو تصرف أحدهما فتصرفه يكون صحيحا حتى مع وجود الآخر، وإذا تعدّد الأولياء حجب الأقرب منهما الأبعد.

غير أنّ المشرّع العراقي أصدر عام 1980 قانون حماية القاصرين رقم 78 ونصّ في المادة 27 منه على أنّه: ((ولي الصّغير هو أبوه ثمّ المحكمة))، وبناء عليه لم يعد للترتيب الوارد في التقنين المدني أهميّة تذكر، فالترتيب بموجب القانون هو: الأب ثمّ المحكمة، وعادة ما تعيّن هذه الأخيرة وصيّاً على الصّغير لكثرة أعمالها وعدم إمكانها القيام بها بنفسها³.

¹ - سورة النساء: من الآية 141.

² - المجلة القضائية : المحكمة العليا، العدد 1، 2009، ملف رقم 476515، قرار بتاريخ 2009/01/14، ص 267.

³ - اكرم زادة الكردي: أحكام الولاية على أموال القاصر في القانون العراقي والمصري-دراسة مقارنة- مجلّة الرسالة

أما المشرع المصري فقد نصّ على ترتيب الأولياء في نصّ المادة الأولى من قانون الولاية على المال، حيث جاء فيها: ((للأب ثمّ للجدّ الصّحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيّاً الولاية على مال القاصر، وعليه القيام بها، ولا يجوز له أن يتتحي عنها إلاّ بإذن المحكمة))، كما جاء في المادّة 29 من ذات التّقنين: ((إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصيّ مختار تعيّن المحكمة وصيّاً))، من خلال النصّين السابقين يكون ترتيب الأولياء على النحو الآتي: الأب، ثمّ وصيّ ثمّ الجدّ الصّحيح، ثمّ المحكمة أو من تعيّن وصيّاً على القاصر.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الولي

لم يشر المشرع الجزائري إلى الشروط الواجب توافرها في الولي أبا كان أو غيره في تقنين الأسرة، خلافاً للوصي حيث نصّ على شروطه في المادة 93 منه التي جاء فيها: ((يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف...))، وهنا نشير إلى أنّه كان جديراً به ذكر شروط الولاية من باب أولى، ولا مناص في هذه الحالة من الرجوع لنصّ المادة 222 سالفه الذكر.

بالرجوع للفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة نجد أن الفقهاء أسهبوا في بيان شروط الولي، وقد اتفقوا على الكثير من هذه الشروط ومن أهمّها: الإسلام، الأهلية، الأمانة، العدالة وغيرها.

أولاً: الإسلام

فإذا كان المولى عليه مسلماً فلا تثبت لكافر ولاية عليه، لأن في الولاية علو ورفعة والإسلام يعلو ولا يعلى عليه، قال الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١٤١)، وقال عزّ وجلّ في آية أخرى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾^(٥١)، وجاء في الحديث المروي

للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 5، العدد 2، جوان 2020، ص 15.

¹ - سورة النساء: من الآية 141.

² - سورة المائدة: الآية 51.

عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (الإسلام يعلو ولا يعلى)).

أما إذا كان المولى عليه غير مسلم فلا يشترط أن يكون الولي مسلماً، ذلك أن للكافر ولاية على ولده الكافر، لأنهما متساويان في الكفر وملة الكفر واحدة، ولكن يشترط أن يكون عدلاً في دينه، وقيل: ليس للكافر ولاية على مال ولده ولكن يليه الحاكم، وقيل: إن ترافعوا إلينا لا نقرهم، وننزع الولاية من أيديهم بخلاف ولاية النكاح، لأن القصد في ولاية المال الأمانة، وهي في المسلمين أقوى، وفي ولاية النكاح الموالاة، وهي مع اتحاد الدين أقوى¹.

ولا ولاية لمرتد على أحد أي لا على مسلم ولا على كافر ولا على مرتد مثله، لأن المرتد لا ملة له يقر عليها، وهو مستحق للقتل إن لم يرجع إلى الإسلام بعد أن يمنح مدة للاستتابة².

ثانياً: الأهلية

وهو من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء بلا خلاف، حيث يشترط في الولي كمال الأهلية؛ أي أن يكون بالغاً راشداً عاقلاً، فمن افتقد وصفاً من هذه الأوصاف كان فاقداً الأهلية أو ناقصها، فيكون في حاجة إلى من يتولاه ويدبر أموره ويحفظه ويرعاه، ومن باب أولى لا يمكن أن يكون ولياً على غيره، فلا ولاية لقاصر ولا لمجنون ولا لسفيه، كما أن الولاية المتعدية التي تثبت على الغير فرع من الولاية التي تثبت للشخص على نفسه، فالذي لا يصح أن يكون ولياً على نفسه، لا يصح أن يكون ولياً على غيره، ففاقد الشيء لا يعطيه³.

¹ - محمد بن عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص55.

² - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص349.

³ - رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2005، ص362؛ عبد القادر حمر العين: ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر، مجلة الأستاذ الباحث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد4، العدد2، 2019، ص1141.

كما أن الولاية تقوم على رعاية مصالح المولى عليه ولا يمكن للمجنون أو المعتوه أو القاصر أو من في حكمهم أن يدرك مصلحة نفسه فما بالك بإدراك مصلحة غيره.

ويكون الشخص بالغاً عاقلاً راشداً وفقاً للقانون الجزائري متى بلغ سن التاسعة عشر سنة كاملة، مع تمتعه بقواه العقلية وألا يكون قد وقع الحجر عليه طبقاً للمادة 40 من التقنين المدني حيث تنصّ على أنّه: ((كلّ شخص بلغ سنّ الرّشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهليّة لمباشرة حقوقه المدنيّة، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة)).

وإذا كان الولي أهلاً لمباشرة بعض التصرفات القانونية، ففي هذه الحالة يمكنه مباشرة ما هو أهل لمباشرة، أما ما هو غير أهل للتصرف فيه فتعين المحكمة متصرفاً خاصاً لمباشرة، كأن تتعارض مصلحة الولي مع مصلحة المولى عليه (المادة 90 من قانون الأسرة).

ثالثاً: الأمانة والعدالة

يجب أن يكون الولي أميناً عدلاً بعيداً عن مظاهر التبذير والإسراف، ويراد بالأمانة والعدالة ألا يكون الولي فاسقاً حيث يخشى على القاصر منه، فلا ولاية لفاسق لأنّ فسقه يجعله متهماً في دينه، ولا يوثق في تصرفاته، ولا يؤتمن على المال وعلى رعاية مصالح غيره، وتعرف العدالة أيضاً بأنّها: ((التحلي بالفرائض والفضائل، والتخلي عن المعاصي والردائل وعن كل ما يخل بالمروءة، لا يصر على الصغائر من الذنوب ولا يجاهر بها، وأن يكون صادق اللّهجة، ظاهر الأمانة عفيفاً، بعيداً عن الريب وفوق الشبهات، بل يجب على الإمام أن يحارب الفساد ويؤدب الفسقة ويضرب بيد من حديد على كل من يحاول زرع الفتنة في المجتمع المسلم))¹.

ويصنف بعض الفقه الآباء من حيث الأمانة إلى الأصناف الآتية:

- **الصنف الأول:** أب غير أمين على المال، مسرف مبذر، فيكون محجوراً عليه أو يستحق أن يحجر عليه، فهذا لا تكون له الولاية وإذا منحت له تسلب منه وتمنح لمن يليه

¹ - الماوردي: الأحكام السلطانية، ص62، نقلاً عن هشام عبد الجواد العجلة، المرجع السابق، ص20.

في الدرجة.

- الصنف الثاني: أب أمين غير مبذر غير أنه معروف بفساد الرأي وسوء التدبير، فهذا تثبت له الولاية، غير أنها تكون ناقصة حيث يتم تقييد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

- الصنف الثالث: أب مستور الحال من حيث الرأي والتدبير، لم يعرف عنه فساد رأي ولا تبذير.

الصنف الرابع: أب أمين غير مبذر معروف بحسن الرأي والتدبير، وهذا تثبت له الولاية الكاملة على القاصر¹.

وبالرجوع للفقه الإسلامي يمكن القول أن الفقهاء اختلفوا حول شرط العدالة إلى الأقوال الآتية:

الرأي الأول: ذهب الشافعية والحنابلة إلى اشتراط العدالة في الولي ولو في ظاهر الحال، لأنه يترتب عن إعطاء الولاية لغير العدل تضييع المال، كما اشترطوا في القاضي الذي تثبت له الولاية على المال أن يكون عدلاً، فقد ذكر في كشف القناع: ((ثم إن لم يكن أب أو وصيه تثبت الولاية على الصغير للحاكم بالصفات المعتمدة ومنها العدالة))²، وقال الكاساني: ((... وعند الشافعي شرط، وليس للفاسق ولاية التزويج، واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي مرشد)، والمرشد بمعنى الرشيد، كالمصلح بمعنى الصالح، والفاسق ليس برشيد، ولأن الولاية من باب الكرامة والفسق سبب الإهانة، ولهذا لم أقبل شهادته))³، مع الإشارة إلى أنه ذكر في مذهب الحنابلة روايتان: الأولى لا تشترط العدالة والثانية تشترطها، وفقهاء الحنابلة المتأخرون اختاروا الرواية الثانية (الاشتراط) غير أنهم يكتفون بظاهر العدالة.

¹ - جميلة موسوس: المرجع السابق، ص39؛ عيسى أحمد: المرجع السابق، ص39.

² - البهوتي 1402 هـ 223/2

³ - الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ط2، منشورات محمد علي

بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص349.

الرأي الثاني: ذهب الأحناف والمالكية على المشهور إلى عدم اشتراط العدالة في الولي، ذلك أن فسقه لا يمنع عنه الولاية، كما لا يشترط فيه الرشد إذ تصح ولاية السفیه، وغير العدل يلي النكاح بنفسه فتثبت له الولاية على الغير كالعدل، ولأن سبب الولاية القرابة وشرطها النظر للمولى عليه، والقريب وإن لم يكن عدلاً إلا أنه ينظر في مصلحة المولى عليه، فيستحق الولاية عليه¹.

قال الكاساني رحمه الله: ((العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا وللغاسق أن يزوجه ابنه وابنته الصغیرين))².

رابعاً: أن يكون الولي قادراً على حفظ المولى عليه وصيائته

حيث أنه إذا كان الولي ضعيفاً لكبر في السن أو مرض مقعد فليس بإمكانه القيام برعاية وحفظ غيره، بل قد يكون هو بحاجة لمن يتولى شؤونه ويرعى مصالحه، فلا تثبت له إذا الولاية على الأقل فيما يتعلّق بالحفظ والرعاية لضعفه، ولفقدانه لمقومات تلك الولاية³.

المبحث الثاني الولاية على النفس

سبق الإشارة إلى أنه يقصد بالولاية على النفس القيام والإشراف على شؤون المولى عليه فيما يختص بنفسه، من لحظة ميلاده إلى غاية بلوغه بالنسبة للذكور والزواج بالنسبة للإناث، وتندرج تحتها ثلاثة أقسام: ولاية الحفظ والرعاية (الحضانة)، ولاية التأديب والتربية، وولاية التزويج، وسنتعرض من خلال المطالبين الموالين إلى كل من الحضانة، وولاية التزويج.

المطلب الأول ولاية الحفظ والرعاية (الحضانة)

لما كان القاصر غير قادر على تدبير أموره بنفسه كان في حاجة ماسة إلى من يتولى

¹ - عبد الكريم زيدان: المرجع السابق، ص350.

² - الكاساني: المرجع السابق، ص349.

³ - عبد القادر حمر العين: المرجع السابق، ص1142.

شؤونه ويعتني به ويرعاه، حتى يصل إلى السن الذي يسمح له بتدبير أموره بنفسه وهذا حفظاً له من الضياع والتشرد، وتتحدد مدة الحضانة بحسب حاجة المحضون إليها وهي المدة التي تختلف باختلاف جنس المحضون (فالذكر ليس كالأنثى في ذلك)، وفي كل الأحوال تكون مصلحة القاصر المحضون أولى بالرعاية لأن الحضانة إنما شرعت تحقيقاً لها، وقد نص المشرع الجزائري على أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72 من تقنين الأسرة حيث عرفها، وبين ترتيب الحاضنين، وحدد مدتها، وأسباب سقوطها، وأوجب توفير سكن للحاضنة أو أجرته.

الفرع الأول: تعريف الحضانة

قبل التعرض للتعريف الاصطلاحي للحضانة لا بد من التعرض لتعريفها عند أهل اللغة لما بين التعريفين من ترابط.

أولاً: تعريف الحضانة لغة

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما مصدر سماعي من الفعل حضن، يقال حضن الطائر بيضه حضناً؛ أي ضمه تحت جناحه، والحضانة اسم منه، ومنه الاحتضان وهو: احتمال الشيء وجعله في الحضن، كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، والحاضن والحاضنة هما الموكلان بالصبي يحفضانه ويربيانه¹.

والحاضن اسم فاعل، والحاضنة الموكلة بالصبي تحفظه وتربيته، والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة وهي التربية.

ثانياً: تعريف الحضانة اصطلاحاً

يعرف بعض الفقه الحضانة بأنها: ((القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره))²، و قريباً من هذا عرفها الإمام النووي بقوله: ((القيام بأمر من لا يميز ولا يستقل بأمره،

¹ - ابن منظور (أبي الفضل جمال الدين بن مكرم المصري الإفريقي): لسان العرب المحيط، ج13، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003، ص122-123.

² - مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977، ص733.

وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه¹، وقيل هي: ((حفظ صغير ومجنون ومعتوه، وتربيته بعمل مصالحهم))، والمقصود حفظ بدن صغير ومن في حكمه، ولحظ مصالحهم البدنية، من لحظه في المهد صغيراً، وإطعامه، ونظافته في جسده ولباسه، ورعايته فيما يحتاج إليه في ذلك جميعه²، ويرى الإمام ابن قيم الجوزية أنّ الولاية نوعان: نوع يقدم فيه الأب على الأم؛ وهي ولاية المال والنكاح، ونوع تقدّم فيه الأم على الأب؛ وهي ولاية الرضاع والحضانة³.

جاء في المادة 62 من تقنين الأسرة: ((الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته صحة وخلقاً))، وقريب من هذا عرفها المشرع المغربي في المادة 163 من مدونة الأحوال الشخصية بأنها: ((حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصلحه))، كما عرّفها المشرع التونسي في نصّ المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية بأنها: ((حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته)).

من التعريف الوارد في المادة 62 نرى أنّ المشرّع أشار إلى أسباب الحضانة والغاية منها وهي المحافظة على الولد المحضون وكفالة مصالحه من كافة الجوانب.

يلاحظ أن كل التعريفات السابقة تكاد تكون متفقة على أنه يراد بالحضانة القيام بشؤون القاصر غير المميز الذي ليس بوسعه تدبير أموره بنفسه حيث أنه لا يستقلّ بأمره، وهذا من خلال تربيته وتنشئته تنشئة سليمة على الدين الإسلامي والأخلاق السامية ورعايته في مأكله ومشربه وملبسه وصحته، أي من كل الجوانب المتصلة بحياته، حماية ورعاية لمصلحه.

وتتميز الحضانة بكونها من النظام العام من جهة، كما أنّها تعدّ حقاً مشتركاً من جهة أخرى، فهي واجبة لأنّه يترتب على عدم ممارستها من الحاضن هلاك القاصر، لأنّه يكون

¹ - أشار إليه محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010، ص361.

² - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، جامعة أم القرى، 1436هـ، ص7.

³ - ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، ص123.

عاجزا عن تولّي أموره بنفسه، فهو بأمرس الحاجة لمن يتكفّل برعايته وتربيته وحمايته بالشكل الذي يقيه من كافة الاضطرابات العقلية والانفعاليّة، ويحول دون نشأته تنشئة مهزوزة تعود بالسلب عليه وعلى مجتمعه، وعليه فالحضانة إنّما شرعت لحفظ المحضون ولا تسقط إلّا بعذر شرعيّ، كما أنّها حقّ مشترك لكلّ من الحاضن والمحضون، فإذا وقع الطلاق بين الزوجين كانت الأم أولى بحضانة ولدها، فهو حقّ لها، كما أنه حقّ للقاصر لأنّه في حاجة للرعاية، فإذا امتنعت الأم عن الحضانة سقط حقّها، غير أنّها قد تجبر عليها إذا لم يكن للصغير حاضن غيرها مراعاة لمصلحة المحضون¹.

الفرع الثاني: من له الحق في الحضانة

قبل بيان أصحاب الحقّ في الحضانة في بعض التشريعات العربية المقارنة عموما والقانون الجزائري تحديدا، لا بد من التعرّض لهذا الترتيب في الفقه الإسلامي لأنّها المصدر الذي استمدّت منه هذه التشريعات .

أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقهاء المسلمين حول ترتيب المستحقين للحضانة على التفصيل الآتي:

قال الأحناف أنّ الحضانة تثبت للأقارب من النساء والرجال على الترتيب الآتي: الأم سواء كانت متزوجة بالأب أو مطلّقة، ثمّ أمّها، ثمّ أمّ أمّها وهكذا، ولا بد أن تكون أمّ الأمّ ممّن تصلح للحضانة، ولا يثبت الحقّ في الحضانة للأمّ على ابن ابنتها المتزوجة في بيت زوجها، فإذا ماتت أمّ الأمّ أو تزوجت بغير محرم للصغير انتقلت الحضانة للأمّ الأب وإن علت، أمّا إذا كانت متزوجة بمحرمه لم يسقط حقّها في الحضانة، فإن ماتت أو تزوجت انتقلت الحضانة للأخت الشقيقة، فإن ماتت أو تزوجت انتقلت إلى الأخت لأب وهكذا.

والملاحظ أنّ الأحناف يقدّمون جهة الأمّهات على جهة الآباء، أمّا بنات العمّ وبنات الخال، وبنات العمّة وبنات الخالة فلا حقّ لهم في الحضانة.

¹ - بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1987، ص62؛ إيمان معمري: ضوابط السّلطة التقديرية للقاضي الجزائري في إسناد الحضانة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر حمة ، الوادي، 2014/2015، ص23.

وإنما غلبت جهة النساء لأنَّ الطَّفل يكون في هذا الدَّور من حياته أحوج ما يكون إلى رعايتهنَّ، كما أنَّ الآثار قد تواترت على تقديم النِّساء على الرِّجال، من ذلك ما روي من أنَّ امرأة جاءت إلى النِّبيِّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّم فقالت: ((يا رسول الله هذا ابني كان له بطني وعاء، وحجري له حواء، وثدي له سقاء، وإنَّ أباه طَلَّقني وأراد أن ينزعه مِنِّي، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وسلَّم: ((أنت أحقُّ به ما لم تتزوَّجي))، كما روي أنَّ عمر بن الخطاب كان قد طَلَّق امرأته من الأنصار بعد أن أنجبت ابنه عاصما، فرآه في الطَّرِيق فأخذه فذهبت جدَّته (أمُّ أمِّه) خلفه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصِّديق فأعطاهما إِيَّاه، وقال لعمر: ((ريحها ومِسِّها ومسحها وريقها خير له من الشَّهد عندك)).

وإذا لم يكن للصغير قربة من المذكورات آلت الحضانة إلى عصبته من الرِّجال، فيقدِّم الأب، فأب الأب وإن علا، ثم الأخ الشَّقِيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشَّقِيق، ثم ابن الأخ لأب، وكذا أبناء أبائهم وإن نزلوا، ثم العمُّ الشَّقِيق، ثم العمُّ لأب، ثم ابن العمُّ الشَّقِيق، ثم ابن العمُّ لأب، بشرط أن يكون المحضون ذكرا، أمَّا بالنسبة للأنثى فلا تدفع لأبناء الأعمام، باعتبار أنَّها ليست محرما بالنسبة لهم، فإن لم يكن للأنثى إلا أبناء الأعمام فيترك الأمر لتقدير القاضي الذي يمكنه أن يدفعها لهم أو إلى امرأة أمينة¹.

أمَّا المالكية فقالوا أنَّ الحضانة تكون لأقارب الصغيرة من إناث وذكور على الترتيب الآتي: الأم، ثم جدتها لأمِّها وإن علت، ثم الخالة الشَّقِيقة، ثم الخالة لأم، ثم خالة الأم، ثم عمَّة الأم، ثم أمُّ الأب، ثم أمُّ أمِّه، وأمُّ أبيه، وتقدِّم القرى منهنَّ على البعدى، والتي من جهة الأم على التي من جهة الأب.

ثم بعد الجدَّة من جهة الأب تنتقل الحضانة إلى الأب، فالأخت، ثم عمَّة الصغير (أخت أبيه)، ثم عمَّة أبيه - أخت أبيه - ثم عمَّة أبيه - أخت جدِّه - ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشَّقِيق، ثم لأم، ثم لأب، ثم بنت الأخت، غير أنه إذا اجتمع هؤلاء قدِّم الأصلح منهم للحضانة، ورجح بعضهم تقديم بنات الأخ على بنات الأخت، ثم تنتقل الحضانة بعد هؤلاء إلى الوصيِّ ذكرا كان أو أنثى، ثم الأخ الصغير، ثم ابن الأخ، ويقدِّم عليه الجدُّ من جهة

¹ - عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط1، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، 1999، ص573 وما يليها.

الأم، ثم العمّ ثم ابنه¹.

أما الشّافعية فقالوا أنّ للمستحقين للحضانة ثلاثة أحوال: الحالة الأولى: أن يجتمع الأقارب الذكور مع الإناث، الحالة الثانية: أن يجتمع الإناث فقط، أما الثالثة: أن يجتمع الذكور فقط.

ففي الحالة الأولى فتقدّم الأم على الأب، ثم الجدّة (أمّ الأمّ) وإن علت، غير أنّهم يشترطون أن تكون وارثة، فلا تستحقّ الحضانة أم أبي أم الأب لأنّها ليست من الورثة، فإن لم يوجد هؤلاء واجتمع الذكور والإناث قدّم الأقرب من الإناث ثمّ الأقرب من الذكور.

أما الحالة الثانية: أي حينما تجتمع الإناث فقط دون الذكور فتقدّم الأمّ ثمّ أمّهاتها، ثمّ أمّهات الأب، ثمّ الأخت، ثمّ الخالة، ثمّ بنت الأخت، ثمّ بنت الأخ، ثمّ العمّة، ثمّ بنت الخالة، ثمّ بنت العمّة، ثمّ بنت العمّ ثمّ بنت الخال.

وفي الحالة الثالثة وهي التي يجتمع فيها الذكور فيكون التّرتيب على هذا النحو: الأب فالجدّ فالأخ الشقيق، فالأخ لأب فالأخ لأم، فابن الأخ الشقيق فابن الأخ لأب، فالعم الشقيق، فالعم لأب، فابن العم.

وقال الحنابلة أنّ الأمّ أولى بحضانة أولادها ثمّ أمّها ثمّ أمّ أمّها، وهلم جرا، ثمّ الأب ثمّ أمّهاته وإن علون، ثمّ الجدّ ثمّ أمّهاته ثمّ الأخت الشقيقة، ثمّ الأخت لأمّ ثمّ الأخت لأب، ثمّ الخالة لأبوين ثمّ الخالة لأمّ ثمّ الخالة لأب، ثمّ العمّة لأبوين ثمّ العمّة لأمّ ثمّ العمّة لأب، ثمّ خالات أمّه، وتقدّم الشقيقة ثمّ التي لأمّ، ثمّ التي لأب، ثمّ خالات أبيه كذلك، ثمّ عمّات أبيه كذلك، ثمّ بنات أخواته، ثمّ بنات إخوته، ثمّ بنات أعمامه، ثمّ بنات عمّاته، ثمّ بنات أعمام أمّه، وبنات أعمام أبيه كذلك، ولا حضانة عليها لغير محرم كابن العمّ وابن عمّ الأب².

ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في التشريع المقارن

حدد المشرع الجزائري الأشخاص الذين تسند لهم حضانة الأولاد في نص المادة 64 من تقنين الأسرة على الترتيب الآتي: الأم، ثم الأب، ثم الجدّة (أمّ الأم)، ثم الخالة، ثم الجدّة (أمّ الأب)، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل

¹ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري: نفس المرجع والموضع.

² - عبد الرحمان الجزيري: نفس المرجع، ص 575.

ذلك، كما أكدت المادة على أن القاضي إذا حكم بإسناد الحضانة فعليه أن يحكم بحق الزيارة.

أول ملاحظة يمكن إبدائها على هذا النص أنّ المشرع غير من ترتيب الحاضنين الذي كان قبل تعديل القانون 11/84 بموجب القانون 02/05، حيث كان النص السابق يقضي بما يلي: ((الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك))، حيث قدم الأب على أم الأم وعلى الخالة، كما جعل العمة ممن لهم حق الحضانة، مع الاحتفاظ بشرط مراعاة مصلحة المحضون في إسناد الحضانة.

ولا ندري لماذا تقديم الأب إلى المرتبة الثانية مع أن الفقهاء المسلمين يقدمون النساء على الرجال، مستندين إلى عدة أدلة منها أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله هذا ابني كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء، وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((أنت أحق به ما لم تتزوجي)).

كما روي أن عمر بن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقبها منه ولده عاصما، فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر الفاروق: ((ريحها ومسها ومسحها وريحها خير له من الشهد عندك))، وإذا كانت الأم مقدمة على الأب فيقتضي ذلك أن تقدم النساء على الرجال والقريبات من جهتها على القريبات من جهة الأب¹.

ويكون القاضي ملزما في ذلك بمراعاة الترتيب المذكور في النص السابق المعدل، غير أنه تثبت له السلطة التقديرية في تقديم من يراه أحرص على مصلحة المحضون، فله أن يمنح الحضانة للأبعد ترتيبا إذا رأى أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك².

¹ - الشيخ محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة نشر، ص406.

² - وقد أكدت المحكمة العليا في الجزائر على أن الأم أولى بحضانة ابنها حتى وإن كانت غير مسلمة، حيث جاء في أحد قراراتها: ((من المقرر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة أولادها ولو كانت كافرة، إلّا إذا خيف على دينه...ومن ثمة فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا للأحكام الشرعية والقانونية)). أشار إليه جمال سايس: الاجتهاد الجزائري

وبالرجوع للتشريعات العربية المقارنة نجد أن المشرع المصري على سبيل المثال كان أكثر دقة وتفصيلا من المشرع الجزائري حيث نص على ترتيب الأولياء في المادة 5/20 من قانون الأحوال الشخصية الجديد: ((... ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء، مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب، ومعتبرا فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي:

الأم، فأم الأم وان علت، فأم الأب وان علت، فالأخوات الشقيقات، فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المذكور في الأخوات، فبنت الأخت لأب، فبنت الأخ بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور، فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأم بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور.

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء انتقل الحق في الحضانة إلى العصابات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث، مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الإخوة..

فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء، انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصابات على الترتيب الآتي:

الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم ثم الخال ثم الشقيق، فالخال لأب فالخال لأم)).

الفرع الثالث: التنازع السلمي بين الحاضنين وإمكانية إجبارهم على الحضانة

كثيرا ما يكون ثمة تنازع بين المستحقين للحضانة حول من هو الأحق بها وهو ما يعرف بالتنازع الإيجابي، غير أنه في بعض الفروض قد يحكم القاضي بالطلاق ويسند الحضانة للأم غير أنها تتخلى عن حقها في ممارستها، وفي الوقت نفسه لا يكون الأب قادرا على توفير شروط الحضانة، ولا يطلبها أحد ممن لهم الحق في حضانته رجالا كانوا

أو نساء، وهنا يثور التساؤل التالي: هل يجوز للقاضي تبعا للسلطة التقديرية التي منحها له القانون إجبار أحد ممن لهم الحق في حضانة الولد على ممارستها؟

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر في تقنين الأسرة لمثل هذا الإشكال الذي وإن كان يبدو لأول وهلة قليل الحدوث إلا أنه يثار عمليا على مستوى المحاكم، حيث يعاينه قضاة الأحوال الشخصية في الكثير من القضايا،

الفرع الرابع: الشروط الواجب توافرها في الحاضنين

بالرجوع لنص المادة 62 سالفه الذكر لم يتعرض المشرع الجزائري للشروط الواجب توافرها في الحاضن عدا الأهلية للقيام بالحضانة، وهي كما يبدو مصطلح عام ومبهم، في الوقت الذي كان عليه التفصيل في ذلك، وبالرجوع للتشريعات المقارنة نجد أن المشرع التونسي نص صراحة على هذه الشروط في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية، حيث جاء فيها: ((يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أميناً قادراً على القيام بشأن المحضون سالما من الأمراض المعدية، ويزاد إذا كان مستحق الحضانة ذكرا أن يكون عنده من يحضن من النساء وأن يكون محرما من بالنسبة للأنتى، وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها، ما لم يرى الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون، وإذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أمّا ووليّة عليه في آن واحد)).

كما جاء في المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية ((شروط الحاضن:

1- الرشد القانوني لغير الأبوين.

2- الاستقامة والأمانة.

3- القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايته دينيا وصحة وخلقا وعلى مراقبته تدرسا.

4- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المواد 174، 175 أعلاه.

إذا وقع تغيير في وضعية الحاضن خيف منه إلحاق الضرر بالمحضون سقطت حضانته وانتقلت إلى من يليه)).

وأمام غياب النص المحدد للشروط التفصيلية للحاضنين فإنه لا مناص من الرجوع لنص المادة 222 من تقنين الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع للفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء يجعلون الحضانة تسند للنساء والرجال وإن كانوا يقدمون النساء، والعلة في ذلك أن المرأة بحكم الفطرة والتكوين تكون أصلح لممارسة الحضانة من الرجل لأنها تتمتع بالصبر على تحمل متطلبات الأولاد وتلبية مختلف حوائجهم، ومن بين الشروط العامة الواجب توافرها في الحاضن ذكرًا كان أو أنثى:

- الإسلام: لم ينص المشرع على هذا الشرط بشكل صريح غير أنه يمكن استنتاجه ضمنا من خلال نص المادة 62 سالف الذكر حين عرفت الحضانة بأنها: ((رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه...))، حيث يستشف هذا من عبارة (وتربيته على دين أبيه) التي تعني أنه لا يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة، وعلى هذا سارت المحكمة العليا في قراراتها، حيث ورد في القرار المؤرخ في 13 مارس 1989: ((من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إن خيف على دينه، وأن حضانة الذكر إلى البلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة والقانون))¹.

وعلى خلاف ذلك نص المشرع التونسي على هذا الشرط في الفصل 59 من مجلة الأحوال الشخصية ، حيث جاء فيها: ((إذا كانت مستحقة الحضانة من غير دين أب المحضون فلا تصح حضانتها إلا إذا لم يتم المحضون الخامسة من عمره، وأن لا يخشى عليه أن يألف غير دين أبيه. ولا تنطبق أحكام هذا الفصل على الأم إن كانت هي الحاضنة)).

فحسب هذا النص يجب أن تكون مستحقة الحضانة على دين أب المحضون أي أن

¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1989/3/13 ملف رقم 52221، مشار إليه لدى صالح بوغرة: حق الأولاد في النسب والحضانة، على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2007، ص71.

تكون مسلمة، غير أنه تثبت لها الحضانة ولو كانت غير مسلمة بشرط أن يكون سن الولد لا يتعدى خمس سنوات حتى لا تؤثر على دينه، واستثنى من تطبيق هذه الأحكام الأم إن كانت هي الحاضنة فتسند إليها الحضانة ولو كانت غير مسلمة، ونعتقد أن هذا في الغالب لا يعد استثناء بل يصبح بمثابة الأصل طالما أن الأم هي الأولى بحضانة ولدها، فلا يبقى من الناحية العملية أي تأثير لشرط اتحاد الدين.

أما المشرع المغربي فلم يشر إلى هذا الشرط غير أنه تطبيقا لنص المادة 440 من مدونة الأحوال الشخصية التي تحيل إلى أحكام الفقه المالكي فيما لم يرد فيه نص في هذه المدونة، وبالرجوع للفقه المالكي نجده يشترط اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون لما في ذلك من تأثير على العلائق العقائدية والتربية الأخلاقية للمحضون¹.

- العقل: حيث لا يكون المجنون قادرا على تولي شؤون نفسه فلا يتولى شؤون غيره من باب أولى، ولا فرق بين أن يكون الجنون مطبقا أو متقطعا فكلاهما مانع من الحضانة، ذلك أن الجنون مانع من الحضانة ولو كان نادرا أو لوقت قصيرا²، فترك الولد عند هذه الحاضنة يلحق الضرر به، ويأخذ المعتوه في ذلك حكم المجنون فلا يصح أن يكون حاضنا.

واشترط فقهاء المالكية الرشد فلا تسند الحضانة لسفيه مبذر حتى لا يكون ذلك مفضيا لإتلاف مال المحضون.

كما اشترط المالكية والحنبلة ألا يكون الحاضن مريضا مرضا يتنافى مع الحضانة، حيث قالوا لا يصح إسناد الحضانة لمن كان مريضا مرضا منفرا كالجذام، والبرص.

-**البلوغ:** يشترط في الحاضن البلوغ لأن الحضانة من باب الولاية ولا ولاية لصغير، أما استحقاق المراهقة للحضانة فلأنها بالغة حكما، إذا ادعت البلوغ وكانت علاماته ظاهرة، ما

¹ - كمال صمامة: مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر حمة، الوادي، الجزائر، 2014، 2015، ص55.

² - عبد العزيز عامر: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص235.

دام أن الظاهر يشهد بصحة ادّعائها، وشرط البلوغ شرط عند جمهور الفقهاء لأن الطفل محتاج إلى من يتولى أموره فكيف له أن يكون حاضنا لغيره.

- **الأمانة على الأخلاق:** لا يكون الشخص من المستحقين للحاضنة إلا إذا كان أميناً لا يخشى منه على تربية المحضون وأخلاقه، حيث تسقط عنه إذا عرف عنه الانحراف وسوء الأخلاق لأن ذلك سيؤثر سلباً على المحضون حيث ينشأ في بيئة غير صالحة، ولا ينشأ تنشئة سليمة، فالمناط في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الضياع وصونه من الإهمال.

وعليه لا تسند الحضانة لشخص غير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه رجلاً كان أو امرأة، كأن يكون فاسقاً اشتهر بشرب الخمر أو الزنا أو اللهو المحرم، وقال الإمام ابن عابدين أن الفسق المسقط للحضانة هو الفسق الذي يضيع به الولد، إذ يكون لها الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور ما لم يصبح فيه الطفل في سن يعقل فيه فجور أمه، فإن صار يعقل ذلك نزع منها صونا وحفظاً لأخلاقه، أما الرجل الفاسق فلا حضانة له، كما قيل أنها لو كانت تخرج بشكل كبير وتترك الولد فلا تكون أمينة عليه، ولا تكون أهلاً للولاية.

وأكدت المحكمة العليا في الجزائر على هذا الشرط في العديد من الأحكام التي أسقطت فيها الحضانة عن الحاضنة التي رأت فيها المحكمة أنها غير أمينة على أخلاق المحضون أو أن المحيط الذي تعيش فيه غير آمن، حيث جاء في أحد قراراتها: ((أن عدم إِبصار الأم مانع لها من حضانة الأبناء الأربعة لعجزها عن القيام بشؤونهم ومراقبتهم والسهر على تربيتهم وحمايتهم من الوقوع في زلات مشينة كتلك التي قام بها أخ المطلقة الذي هنك عرض أختهم من أبيهم خاصة وأن من بين المحضونين بنتين إن تركت حضانتهم لأمهاتهما فلا يؤمن عليهما))¹.

فضلاً عن هذه الشروط العامة التي يتعين أن تتوافر في الحاضن سواء كان ذكراً أو أنثى، يجب أن تتوافر في النساء الحاضنات شروط أخرى أهمها:

¹ - المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 33921 بتاريخ 1984/7/9 المجلة القضائية العدد 4، لسنة

- ألا تكون متزوجة من غير ذي محرم بالنسبة للمحضون: فإذا تزوجت الحاضنة من شخص غير محرم بالنسبة للصغير المحضون سقط حقها في الحضانة، وهذا الشرط قال به أصحاب المذاهب الأربعة، وهو ما اشترطه المشرع الجزائري بشكل ضمني من خلال المادة 66 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: ((يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون)).

وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية في فقرتها الرابع التي جاء فيها: ((شروط الحاضن...4- عدم زواج طالبة الحضانة إلا في الحالات المنصوص عليها في المواد 174، 175 أعلاه)).

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع التونسي الذي نص على هذا الشرط في الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية المشار إليها آنفا ((...وإذا كان مستحق الحضانة أنثى فيشترط أن تكون خالية من زوج دخل بها، ما لم يرى الحاكم خلاف ذلك اعتبارا لمصلحة المحضون، وإذا كان الزوج محرما للمحضون أو وليا له أو يسكت من له الحضانة مدة عام بعد علمه بالدخول ولم يطلب حقه فيها أو أنها كانت مرضعا للمحضون أو كانت أما ووليّة عليه في آن واحد)).

وكرست المحكمة العليا في الجزائر هذا الشرط في العديد من قراراتها، منها القرار المؤرخ في 1986/5/5 الذي ورد في حيثياته: ((من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ولو كانت أما، فأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون، فإنه يتعين على القضاء تطبيق الحكم الشرعي في مسائل الحضانة لذلك يستوجب نقض القرار الذي خالف أحكام هذا المبدأ، وأسند حضانة البنت لجدها لأم المتزوجة بأجنبي عن المحضونة))¹.

غير أن هذا الشرط يثير تساؤلا يتمثل في أنه إذا كان الزواج بغير قريب محرم يسقط الحضانة فهل يكون ذلك بمجرد العقد أم بالدخول؟

إجابة عن هذا السؤال كان هناك رأيان في الفقه: الأول يرى أصحابه أن الحضانة

¹ - قرار رقم 40438 مؤرخ في 1986/5/5 م.ق 2001، عدد خاص، ص 75.

تسقط بمجرد العقد على الحاضنة، وعلة ذلك أن الزوج يملك حق الدخول بزوجته بمجرد العقد، وهذا رأي جمهور الفقهاء واعتمده الشافعية والحنفية.

أما الرأي الثاني فيرى أصحابه أن الحضانة تسقط بدخول الزوج بزوجته الحاضنة، لأن هذه الأخيرة تصبح منشغلة بزوجها عن محضونها وهذا رأي الإمام مالك.

فإذا سقطت الحضانة لزواج الحاضنة من غير قريب محرم على المحضون ثم طلقت بعدها، فهل لها المطالبة باسترجاع الحضانة هذا في المسألة رأيان، الأول: أن الحضانة لا تعود لها، وهذا رأي أبي حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل وبعض أصحاب مالك، بينما قال مالك بعودة الحضانة سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيًا¹.

- أن تكون ذات رحم محرم على المحضون: يشترط في الحاضنة أن تكون رحماً محرماً على المحضون، كأن تكون أما أو أختاً أو جدة، فلا تثبت الحضانة لبنات العمات أو الخالات على الذكور لانتفاء المحرمية، ويبقى لهن الحق في حضانة الإناث، وبالمقابل لا حق في الحضانة لأبناء العمات أو الخالات على الإناث ويبقى لهن الحق في حضانة الذكور.

- ألا تكون قد امتنعت عن حضانة الولد مجاناً مع إفسار الأب: فإذا كانت الأم قد امتنعت عن حضانة الولد وكان الأب معسراً سقط حقها في الحضانة ذلك عدم الامتناع يعد شرطاً لاستحقاق الحضانة.

- عدم إقامة الحاضنة مع المحضون في بيت يبغضه

هذا الشرط من الشروط المختلف فيها بين الفقهاء فهناك من يشترطه في الحاضن (قول عن المالكية والأحناف) وهناك من لا يشترطه (الشافعية والحنابلة)، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة إلا أنه يمكن أن يستتج ضمناً من المادة 70 التي تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم، لأن هذا قد يلحق به الأذى والضرر.

¹ - صالح بوغرامة: المرجع السابق، ص 73.

الشروط الخاصة بالرجال

إذا كان الحاضن ذكرا يشترط فيه الشروط الآتية:

- أن يكون الحاضن محرما للمحضون إن كان أنثى: فلا يمنح حقّ الحضانة للرجل على ابنة عمه أو عمته أو ابنة خاله أو خالته، لأنه ليس محرما لها، وهذا سدا لذريعة الفساد والفتنة.
- اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون: ذلك أن حق الرجال في الحضانة مبني على قواعد الميراث، ولا توارث بين المسلم وغير المسلم، وعليه لا تمنح حضانة الولد المسلم لكافر.
- أن يكون لدى الحاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء: حيث اشترط المالكية أن يكون لصاحب الحق في الحضانة من يصلح للقيام بأعمال الحضانة كزوجة مثلا¹.

الفرع الخامس: حق الزيارة

بعد أن نص المشرع في المادة 64 من تقنين الأسرة على أصحاب الحق في الحضانة وترتيبهم، قضى في نهاية النص بحق الزيارة حيث جاء فيه: ((... وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة)). ومعنى هذا أنه إذا حكم القاضي بالطلاق وأسند الحضانة مثلا إلى الأم فلا بد أن يحكم في المقابل بحق الزيارة للأب في مرات معينة وفي أوقات وأماكن محددة، وإذا حكم بالحضانة للأب فعليه ألا يبخس الأم حقها في زيارة أولادها، ويكون ذلك في نفس الحكم الذي أسند فيه الحضانة، ويقوم القاضي بذلك من تلقاء نفسه دون أن يطلب الأطراف ذلك وفي هذا خروج عن القاعدة التي تقضي بانه "لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم"، ولم يحدد النص السابق المقصود بالزيارة وحدودها، وهل يجوز لصاحب حق الزيارة نقل المحضون من منزل الحاضن إلى أي مكان شاء؟ وهل يمكن أن يسقط حق الزيارة كما يسقط حق الحضانة؟

وكان يجدر بالمشرع أن يحدد كل ذلك، مع التنويه إلى أن المحكوم له بالحضانة مسؤول مدنيا عن تعويض الأضرار التي يلحقها القاصر بالغير باعتباره متوليا للرقابة)

¹ - الشيخ محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، ص409.

المادة 134 من التقنين المدني)، فإذا ما ارتكبت هذه الأفعال الضارة أثناء ممارسة الطرف الآخر لحق الزيارة انتقلت المسؤولية إلى هذا الأخير، ويرى البعض أن هذا يمكن أن يكون سببا من أسباب سقوط حق الزيارة¹، ولا نوافق هذا الرأي لأن صاحب حق الزيارة قد يكون قد بذل عنايته في رقابة القاصر ورغم ذلك وقع الفعل الضار.

وكثيرا ما يسيء أحد الوالدين استخدام حق الزيارة نتيجة الخلافات الحادة التي وقعت بينهما وأفضت إلى فكّ الرابطة الزوجية، وكثيرا ما يذهب الأطفال ضحية هذه الخلافات، فإذا أسندت الحضانة للأم - وهو الغالب - نجد أنّ هذه الأخيرة كثيرا ما تتعسف في تمكين الأب من زيارة أولاده بصورة اعتيادية، ونفس الأمر في حالة ما إذا أسندت الحضانة للأب، خاصة وأنّ الحاضن في كثير من الأحيان يملأ صدر المحضون حقدا على صاحب حق الزيارة أبا كان أو أما.

وكان يجدر بالمشرع أن يوسّع من حقّ الزيارة ليمتدّ إلى استضافة الأولاد خلال فترة العطل المدرسية الفصلية، حتى يتعوّد المحضون على العيش في كنف والديه كليهما، كما أنّ المشرع لم يحدد على وجه الدقة المقصود بحقّ الزيارة، لذا كثيرا ما يثور النزاع بسببها، فضلا عن أنّ الأب قد يتعذّر عليه ممارسة حقّ الزيارة كلّ أسبوع أو كلّ شهر لظروفه الخاصة كأن ينتقل للعمل في مكان بعيد عن سكن المحضونين².

المطلب الثاني **ولاية التأديب والتعليم**

فضلا عن ولاية الحفظ والصيانة تثبت للولي ولاية تأديب وتعليم المولى عليه، وفي هذا الشأن قال الرسول صلى الله عليه وسلم: ((مروا صبيانكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع))³، فللأب وسائر الأولياء حق تأديب الصغير في الحدود

¹ - عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، دون سنة نشر، ص296، ربيعة إلغات: الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات جامعة الجزائر، العدد27، الجزء1، 2015، ص45.

² - ربيع إلغات: المرجع نفسه، ص45.

³ - رواه الدارقطني علي بن عمر أبو الحسن، سنن الدارقطني، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلاة والضرب

التي رسمتها الشريعة الإسلامية، فله أن ينصحه ويؤدبه ويرشده إلى ما يضره وينفعه بالتالي هي أحسن، فإذا لم يجد الوعظ والنصح جاز له أن يضربه ضرباً خفيفاً لردّه إلى الطريق الصحيح على ألا يتعد في ذلك بضربه ضرباً مبرحاً قد يلحق به ضرراً جسيماً قد يصل عند بعض الآباء الجهلة إلى حد إصابة الولد بتشوه أو إعاقة دائمة، أو يلحق به ضرراً نفسياً بالغاً فينشأ الولد مضطرباً نفسياً تتملكه المخاوف والعقد النفسية، ويعدّ الولي في هذه الحال غير مأمون على الصغير، وتقوم مسؤوليته عن الأذى الذي يصيب هذا الأخير، وقد تسقط عنه الولاية لأجل ذلك.

ويثبت حق التأديب بالضرب للأب ولسائر الأولياء ومنهم الأم التي يثبت لها هذا الحق عند الأحناف الذين قالوا بجواز انتقال الولاية للنساء، فيثبت لها هذا الحق لأنها غالباً ما تكون أحرص الناس على مصالح الصغير فيثبت لهذا هذا الحق حفظاً له.

كما يثبت للولي حق تعليم الولد وتوجيهه إلى الدراسة النافعة، ولا يكون التعليم مقتصرًا على العبادات فقط، بل يشمل حفظ القرآن الكريم، والعلوم الشرعية، وعلوم الحياة، مع مراعاة قدرة الطفل. ويختلف القدر الواجب من التعليم باختلاف حال الأولياء يسراً أو عسراً، غير أنه يمكن القول أنه الحد الأدنى الذي يدفع عن المولى عليه الأمية والجهل، ويبسر له سبل الفهم والإدراك، فإن لم يكن دفعه الولي إلى تعلّم صنعة مريحة تعود بالنفع عليه وعلى مجتمعه، وتيسر له سبل العيش الكريم.

وجملة القول أنه يتعين على الولي القيام بتربية الطفل تربية صالحة لينشأ عضواً صالحاً في المجتمع، وهو آثم على تقصيره في أداء هذا الواجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((كلّم راع وكلّم مسؤول عن رعيته))، ومعلوم أنّ الراعي إذا كان عليه حفظ من استرعى وحمايته ورعاية مصالحه، فكذلك عليه تعليمه وتأديبه لأنّ ذلك يعدّ من صميم الرعاية¹.

وقد نصّ المشرّع الجزائري على حقّ الطفل في التعليم في معرض حديثه عن الحقّ

عليها، (2) 230/1..

¹ - هشام عبد الجواد العجلة: المرجع السابق، ص70.

في النفقة الوارد في نص المادة 75 من تقنين الأسرة التي جاء فيها: ((تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرشد، والإناث إلى الدّخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب))، كما عدّ في المادة 2 من قانون حماية الطّفل 12/15¹ على اعتبار المساس بحقّ الطفل في التعليم من الحالات التي يكون فيها الطّفل في خطر.

المطلب الثالث

ولاية التزويج

بالإضافة إلى ثبوت ولاية الحفظ والصيانة وولاية التربية والتعليم يثبت للولي أيضا ولاية التزويج، التي تعدّ إحدى أقسام الولاية على النفس وهذا بالنسبة للقصر والمرأة البالغة الراشدة على خلاف في هذه الأخيرة كما سنرى، أما بالنسبة للرجل البالغ الراشد فيزوج نفسه دون حاجة لولي بلا خلاف.

الفرع الأول: تعريف ولاية التزويج

بعد أن عرفنا الولاية سابقا بشكل عام نشير هنا إلى تعريف ولاية التزويج، التي عرفها أحد الباحثين بأنها: ((سلطة شرعية لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده))².

فقوله: (سلطة): جنس يشمل السلطة الشرعي وغيرها.

أما قوله: ((شرعية): قيد لها، حيث تخرج بها السلطة غير الشرعية، كما فيها بيان أن الولي يستمد الولاية من الشرع، لا من المولى عليه، حتى وإن لم كن ليعقد له أحيانا إلاّ بإذنه.

¹ - قانون رقم 12/15 مؤرخ في 19 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفولة، جريدة رسمية رقم 39 صادرة بتاريخ 19 يوليو 2015، مع الإشارة إلى أنّ هذا القانون جمع النصوص المتعلقة بحماية الأطفال وألغى النصوص السابقة المخالفة له لاسيما الأمر 03/72 والأمر 64/75 والمواد 2/249، 442، 494 من أمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات وهذا بموجب المادة 149 من هذا القانون.

² - عوض بن رجاء بن فريج العوفي: الولاية في النكاح، رسالة ماجستير (منشورة)، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ج1، 1423 هـ الموافق 2002م، ، ص29.

أما قوله: (لعصبة نسب أو من يقوم مقامه): يشير إلى صاحب الحق في الولاية والتي تربطه علاقة نسب بالمولى عليه، وبالتالي يخرج من لا تربطه به علاقة نسب.

أما عطفه بـ (أو من يقوم مقامهم): فليبان باقي أسباب الولاية سواء كان متفقا عليها كالولاية بالعنق والسلطنة، أو غير متفق عليها كالولاية بالقرابة من غير العصابات، وبالموالاة، والكفالة والإسلام، والوصية.

وقوله (يتوقف عليها): فيشير إلى أن الولي بيده عقد التزويج سواء كان المولى عليه مما يعتبر إذنه أو لا يعتبر.

وقوله (تزويج): فيخرج به بقية العقود المالية وغيرها.

وقوله أخيرا: (من لم يكن أهلا لعقده): أي لعقد التزويج، وفي هذا إشارة إلى الأشخاص الذين تثبت عليهم هذه الولاية كالنساء والقصر والمجانين، والأرقاء، والمحجور عليهم.

وعرفها آخر بأنها: ((سلطة ومسؤولية شرعية - في الوقت نفسه - للعصبة بالنفس أو من يقوم مقامهم يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقد زواجه دون إجحاف من طرف الولي))¹.

وفي شرح هذا التعريف يضيف أن جمع السلطة مع المسؤولية يضيف نوعا من القداسة على الولاية، حيث لا تعني هذه الأخيرة تسلط الولي على المولى عليه، بل هي مسؤولية بالدرجة الأولى لمقابلة على كاهله، حيث يتعين عليه مراعاة مصلحة المولى عليه.

أما عبارة (العصبة بالنفس) ففيه إشارة إلى المستحقين للولاية، وهم العصبة بالنفس مع إخراج العصبة بالغير ومع الغير - عند جمهور الفقهاء - بخلاف الأحناف.

وعبارة (أو من يقوم مقامهم): فمعناه أنه في حالة عدم وجود من يقوم بتزويج المرأة من عصباتها، يتولى ذلك من يقوم مقامهم كالقاضي وذوي الأرحام.

أما عبارة (يتوقف عليها تزويج): ففيه إشارة إلى أن الولاية تتعدى سلطتها الإشراف على إبرام عقد الزواج بل تشكل عنصرا لصحته، حيث قد يترتب على تخلفها فساد العقد أو

¹ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص 38.

بطلانه.

وبالنسبة لقوله: (من لم يكن أهلاً لعقد زواجه) فيقصد به أن هذه الولاية تثبت على فئات معينة (النساء، فاقدو وناقصو الأهلية، والمحجور عليهم لأحد هذه الأسباب).

وأخيراً يراد بعبارة (دون إجحاف من الولي) أنه ليس للولي أن يعقد زواج المولى عليها دون أخذ رأيها، كما أنه لا يمكن أن يبخصها حقها في الزواج ممن كان كافاً لها.

وولاية التزويج لا تكون دائماً لصاحب الولاية المالية، فقد يكون الولي على المال هو الولي في التزويج، وذلك إذا كانت الولاية للأب والجد، لأنّ لهما الولاية المالية والولاية على النفس، أمّا إذا كان الولي على المال هو الوصي المختار من الأب أو الجد، أو الوصي الذي يعينه القاضي فإنّ الولاية في الزواج لا تكون لهما، بل تكون للعصبات غير الأب والجد، والعلة في ذلك أنّ الولاية المالية أساسها اختيار الشخص المتمتع بالأمانة والذي يمتلك القدرة على إدارة الأموال، أمّا الولاية التزويج فأساسها أنّ عقد الزواج لا تعود مغباته على الزوجين فقط بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار¹.

الفرع الثاني: أقسام ولاية التزويج

يمكن تقسيم ولاية التزويج إلى قسمين:

أولاً: ولاية الإيجاب

ولاية الإيجاب أو كما يطلق عليها البعض ولاية حتم وإيجاب أو ولاية استبداد، وهي ولاية كاملة، وفيها لا يكون ثمة اعتبار لإرادة المولى عليه، حيث يزوجه وليه شاء أو أبى، وقد اتفق الفقهاء على أنّ هذه الولاية لا تثبت إلاّ على عديمي الأهلية وناقصيها؛ كالصغير والمجنون والمعتوه، وأضاف إليهم المالكية البكر البالغة إذا كان الولي أباً، لجهلها بعالم الرجال، جاء في المدونة الكبرى: ((... قلت أرأيت إن ردت الرجال رجلاً بعد رجل أتجبر على النكاح أم لا، قال: " لا تجبر على النكاح عند مالك ولا يجبر أحد أحداً إلا الأب في ابنته البكر وفي ابنه الصغير، وفي أمته وفي عبده والولي في يتيمة"، قال: " ولقد سألت رجل مالكا وأنا عنده فقال له إنّ لي ابنة أخ وهي بكر وهي سفيهة وقد أردت أن أزوجه من

¹ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 153/154.

يحضنها ويكفلها فأبت، قال مالك لا تزوج إلا برضاها، قال إنها سفيهة في حالها، قال مالك: " وإن كانت سفيهة ليس له أن يزوجه إلا برضاها))¹.

أما الأحناف فيرون أن هذه الولاية لا تثبت إلا على فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه، سواء كان المجنون صغيرا أو كبيرا، ولا فرق بين كون الجنون أصليا أو طارئا، كما تثبت على البكر الصغيرة لعلّة الصغر، أما البكر البالغة فلا تثبت في حقها هذه الولاية.

يشار إلى أن الأحناف يقيّدون الولاية بالكفاءة ومهر المثل، لذا فإن العقد وإن ثبتت صحته إلا أنه لا يكون ملزما للصغير أو فاقد الأهلية، حيث يمكنه فسخه بعد زوال سبب نقص أو عدم الأهلية، فإن كانت المرأة صغيرة وزوجه أبوها بغير كفاء بمهر دون مهر المثل، فلها الخيار أن تجيز العقد أو تفسخه بعد بلوغها، وهذا ما يطلق عليه " خيار البلوغ"².

غير أن أبا حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني يريان أن هذا الحكم مشروط بأن يكون الولي غير الأب أو الجد، فإن كان الولي أبا أو جدا فلا خيار لها بعد البلوغ استحسانا، والعلّة في ذلك أن الخيار إنما ثبت لها لنفي الضرر اللاحق بها، ولا ضرر في تزويج الأب أو الجد، لوفور النظر والشفقة فيهما³.

وقد أسس فقهاء الشريعة الإسلامية ولاية الإيجابار على الشفقة ومراعاة مصلحة المولى عليهم، وهذه لا تتوافر إلا في بعض الأشخاص كالأب ووصيه، والجد على اختلاف بينهم، وليس على التسلّط والاستبداد على ما يبدو من مسمى هذه الولاية، فيكون المقصود هنا حمل الولي المولى عليه على فعل شيء لضرورة أو مصلحة شرعية⁴.

أما عمّن تثبت له ولاية الإيجابار فذهب الإمام مالك وأحمد بن حنبل إلى أنها تثبت للأب أو وصيه، غير أن أحمد يشترط في ولاية الوصي بالتزويج أن يكون الأب قد عيّن الزوج، وأثبت الشافعي ولاية الإيجابار للأب والجد، ذلك أن الجد أب عند فقد الأب، وهذا كلّه في الصغير

¹ - مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى (رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمان بن القاسم العتقي)، المجلد 4، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الرياض، ص 5.

² - محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، 1400هـ / 1980م، ص 164.

³ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص 106.

⁴ - سمير شيهاني: المرجع نفسه، ص 103.

والصغيرة، أمّا في المجنون والمجنونة ومن في حكمهما فيضاف إلى المذكورين سابقا الحاكم، وخالف الشافعي في ذلك فقال: تكون له ولاية الإيجابار على المجنون والمجنونة إذا ثبتت الحاجة إلى التّكاح.

وقال الأحناف أنّ ولاية الإيجابار تثبت للعصابات جميعا، وقال أبو حنيفة تثبت للعصبة ولذوي الأرحام ووافقه أبو يوسف في إحدى الروايتين¹.

أمّا بالنسبة لموقف المشرّع الجزائري من ولاية الإيجابار فنجدته قد فصل في الأمر حول مدى جواز إيجابار الولي لمن هي تحت ولايته على الزواج ممن لا تريده أو تبغضه، سواء كان الولي أبا أو غيره، ولا يجوز له أن يزوّجها دون رضاها سواء كانت بالغة أم قاصرا تمّ إعفاؤها من الشرط القانونية للزّواج (19 سنة كاملة)، بكرة أم ثيبا، وقد نصّ على عدم إيجابار القاصر في المادة 13 من تقنين الأسرة: ((لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يزوّجها دون موافقتها))، وهذا النص وإن كان يخص القاصرة إلا أنّه يطبّق على البالغة العاقلة من باب أولى.

والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا المقام: ما حكم الزواج الذي تم فيه إيجابار المولى عليها على إبرامه دون موافقتها ورضاها.

يرى البعض أنّ المشرّع قد أغفل النصّ على هذه المسألة، غير أنّه تناولها ولم يغفلها بشكل كليّ، إذ نصّ في المادة 1/33 من تقنين الأسرة على أنّه: ((يبطل الزّواج إذا اختلّ ركن الرضا))، يفهم من هذا النصّ أنّه يترتّب على إيجابار المرأة على الزّواج البطلان المطلق للعقد، ولا يمكن القول بفسخه، فضلا عن أنّه نصّ على آثار الزّواج في حالة حدوث حمل للزّوجة وإنجابها لأولاد، حيث جاء في نصّ المادة 40 من ذات التقنين على أنّه: ((يثبت النسب... بكلّ زواج تمّ فسخه طبقا للمواد 32، 33، و34...))، حيث أشار المشرّع إلى أنّ العقود الواردة في المواد 32، 33، 34 يثبت فيها النسب².

¹ - محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، مرجع سبق ذكره، ص111؛ باسل محمود الحافي: فقه الطفولة - أحكام النفس - دراسة مقارنة، دار النوادر، ط، دمشق، بيروت، 1، 2008، ص49.

² - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص127.

ثانيا: ولاية الاختيار

وولاية الاختيار أو كما يعبر البعض عنها بولاية ندب واستحباب أو ولاية شركة، وهي الولاية التي يعتبر فيها إذن المولى عليه، فلا يزوجه وليه حتى يستأذنه، وهي تثبت على البالغة العاقلة، لأنّ جمهور الفقهاء - كما سنرى لاحقا- يرون أنّه لا يجوز لها أن تتفرد بعقد زواجها بنفسها، بل يشاركها وليّها في اختيار الزوج، وينفرد هو بتولّي الصّيغة بعد اتّفاقه معها على الزّواج، لهذا أطلق عليها العلماء ولاية الاختيار، كما تسمى ولاية الشركة لأنّه ليس لوليّها أن يجبرها، أمّا أبو حنيفة فيرى أنّ البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن عقد زواجها، ولكن يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزّواج، لهذا يطلق عليها عند الأحناف " ولاية استحباب"¹.

وقد عرّفت ولاية الاختيار بأنّها: ((سلطة ثابتة شرعا للولي، تخوّله تزويج المولى عليها، بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصّحيح)).

كما عرفت بأنّها: ((سلطة أو إذن شرعي للوليّ، يحقّ له من خلالها تزويج من هي تحت ولايته بعد أخذ موافقتها الصّريحة إن كانت ثيبا، أو الضمنيّة إن كانت بكرا))².

ولعلّ التعريف الثاني أكثر دقّة من الأوّل لأنّ المرأة التي تثبت عليها ولاية الاختيار ليست فقط الثيب البالغة بل أيضا البكر، والفرق فقط في أنّه يجب أخذ رأي الثيب صراحة بينما إذن البكر صماتها، فضلا عن أنّ الولاية قد تثبت بسلطة شرعية كما هو الحال بالنسبة لولاية الأب والجد، وقد تثبت بإذن شرعي كما هو الشأن بالنسبة لوصيّ الأب أو الجدّ.

الفرع الثالث: آراء الفقهاء المسلمين في ولاية المرأة العاقلة البالغة وفي تزويج نفسها

اتّفق الفقهاء المسلمون على أنّ المرأة الحرّة العاقلة البالغة إذا عقد وليّها الشرعي نكاحها برضاها وبإذنها كان العقد صحيحا وناظرا، كما اتّفقوا على أنّ الأفضل والأجدر والأشرف للمرأة أن يتولى وليّها عقد نكاحها صونا لكرامتها، وحتى تبتعد عن مواطن الرّيب، غير أنهم اختلفوا حول مسألة ولاية المرأة العاقلة البالغة لنفسها في عقد زواجها بعبارتها وتوكيلها في زواج غيرها.

¹ - محمد أبو زهرة: المرجع نفسه، ص108.

² - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص156.

أولاً: عرض آراء العلماء في المسألة

انقسم الفقهاء حول هذه المسألة إجمالاً إلى سبعة مذاهب:

المذهب الأول: اشتراط الولاية عليها في النكاح.

المذهب الثاني: أنّ الولاية في الزواج مستحبة وليست واجبة.

المذهب الثالث: يميّز بين كون الزوج كفؤاً لزوجته فلا يشترط الولاية أو أن لا يكون كفؤاً لها فلا يصح النكاح دون وليّ.

المذهب الرابع: ينعقد نكاحها دون ولي غير أنّه يكون موقوفاً على إجازته، سواء كان الزوج كفؤاً لها أو غير كفء لها.

المذهب الخامس: يميّز بين من أدّن لها وليّها في نكاحها وبين من لم يأذن لها، فإن أدّن لها قبل العقد قبل إنكاحها نفسها، وإن لم يأذن لها لم يصح.

المذهب السادس: يميّز بين البكر والثيب، فإن كانت بكرًا فلا يصح زواجها بغير وليّ، وإن كانت ثيباً جاز لها أن تولّي أمرها رجلاً من المسلمين ولا تعقده بنفسها.

المذهب السابع: يميّز بين المرأة الشريفة والدنيئة، فإن كانت شريفة لم يصح نكاحها دون وليّ، وإن كانت دنيئة وليس لها وليّ خاص مجبر جاز لها أن تجعل أمر نكاحها إلى رجل من المسلمين يزوّجها بالولاية العامة ولا تباشر نكاحها بنفسها¹.

غير أنّه من خلال هذا العرض المختصر لمذاهب الفقهاء من المسألة يتضح أنّ مردّها إلى ثلاثة مذاهب:

- ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية والإمامية والظاهرية والاباضية ورواية عن أبي يوسف صاحب أبي حنيفة إلى القول بعدم جواز تولي المرأة عقد زواجها أو زواج غيرها دون وليّها، فلا يصح العقد بعبارتها، فإن عقدته كان النكاح باطلاً لبطلان عقده، وتستحق المرأة المهر إن تمّ الدّخول بها لما استحلّ من فرجها، لتقويت البضع

¹ - عوض بن رجاء العوفي: المرجع السابق، ص 65.

عليها¹.

قال ابن المنذر: ((روي هذا القول عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وأبي هريرة، وبه قال سعيد بن المسيّب، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك، والشافعي، وعبيد الله بن الحسن - العنبري، وأحمد، وإسحاق وأبو عبيد))، وقال أيضا: ((أنه لا يعرف عن أحد من الصّحابة خلاف ذلك))².

- بينما ذهب رأي ثانٍ إلى أنّه يكون للمرأة البالغة الرّاشدة بكرا كانت أو ثيبا أن تتفرد بعقد زواجها بغير وليٍّ أو وكيل ويكون زواجها نافذا ولازما وهو مذهب أبي حنيفة وأبو يوسف في ظاهر الرّواية، ومحمد بن الحسن فيما روي عنه في آخر حياته وهي رواية عن الإمام أحمد، وإلى هذا ذهب زفر والحسن بن زياد اللؤلؤي، وهو قول ابن سيرين والشعبي والزّهري ومالك في مفهوم ابن رشد الحفيد، والشيعة الإمامية، وإن كان يستحبّ للمرأة أن تقدّم وليّها لمباشرة العقد عليها بعد تحقق رضاها بإذنها، غير أنّ لزومه بانتفاء حقّ الأولياء في الاعتراض والفسخ برفع الأمر إلى القاضي بشرطين: كفاءة الزوج ومهر المثل، واستثنى الحنفية من هذا الحكم حالة ما إذا ولدت الزوجة من الزوج فلا يكون للأولياء حقّ الفسخ صيانة لحقّ الولد³.

- وأخيرا ذهب الإمام محمد بن الحسن الشيباني إلى أنّ العقد الذي تعقده المرأة لنفسها في زواجها موقوف على إذن وليّها، وكذا لو عقده وليّها بدون إذنها يكون موقوفا صحته على إذنها، فإن أذن كل منهما صحّ العقد وإن لم يكن هناك إذن فالعقد غير صحيح من الأصل، ويحكم بفساده وبطلانه، ويحرّم به الدّخول، ويفرّق بينهما بعد الدّخول، ولها المهر بما استحلّ من فرجها⁴.

¹ - نصر فريد واصل: المرجع السابق، ص 27.

² - أشار إليه عوض بن رجا العوفي: الولاية المرجع السابق، ص 68.

³ - محفوظ بن صغير: ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، العدد 8، ص 39.

⁴ - نصر فريد واصل: المرجع السابق، ص 28.

ثانياً: الأدلة التي استند إليها الفقهاء ومناقشتها

أ/ استدل جمهور الفقهاء الذين يشترطون الولاية بأدلة من المنقول والمعقول:

1- من القرآن الكريم

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾¹.

قال الإمام الشافعي: إنها أبين آية في كتاب الله تعالى على أنه ليس للمرأة أن تتزوج من غير ولي، فقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ﴾ خطاب للأزواج، وقوله: ﴿فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ أي انقضت عدتهن، وقوله: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ خطاب للأولياء بعدم منع من كن تحت ولايتهن من الزواج بأزواجهن إن لم يبتوا طلاقهن، لأنه لا يؤمر بعدم عضل المرأة إلا من كان له سبب إلى العضل بأن يكون لا يتم الزواج إلا به².

والدليل على أن الخطاب في قوله تعالى ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ ينصرف إلى الأولياء ما جاء في سبب نزول هذه الآية الكريمة، قال ابن جرير رحمه الله: ((ذكر أن هذه الآية نزلت في رجل كانت له أخت كان زوجها ابن عم لها فطلقها وتركها فلم يراجعها حتى انقضت عدتها، ثم خطبها فأبى أن يزوجه إياها، ومنعها منه وهي فيه رغبة، ثم اختلف أهل التأويل في الرجل الذي كان فعل ذلك فنزلت فيه هذه الآية...))³.

وقد أضاف الله سبحانه وتعالى في شأن النكاح الزواج إلى الأولياء حيث قال عز وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسِعُ عِلْمِهِ﴾⁴، كما قال جل وعلا: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾⁵، أي لا تتزوجوا المشركات، ولا تزوجوا بناتكم من المشركين.

¹ - سورة البقرة: من الآية 232.

² - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص 339.

³ - مشار إليه لدى عوض بن رجا بن فريج العوفي: المرجع السابق، ص 69.

⁴ - سورة النور: الآية 32.

⁵ - سورة البقرة: من الآية 221.

- كما استدلو بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾¹.

حيث أنّ الخطاب في الآية الكريمة موجه للأولياء بالأّ يزوّجوا من هنّ تحت ولايتهنّ من المشركين، ولو كان يجوز لهنّ تزويج أنفسهنّ لما دلّت الآية على تحريم ذلك، والخطاب الموجه للأولياء دال على أنّه ليس للمرأة ولاية في عقد الزّواج².

- ويقول تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾³، حتى وإن كانت هذه الآية تتعلّق بالإماء إلّا أنّ الإمام الشّافعي استدلّ بها على أنّ المرأة البالغة العاقلة لا يصحّ زواجها إلّا بإذن الولي، وهي دليل على أنّه لو كان للنساء ولاية على أنفسهنّ لكان التّكليف موجهاً إليهنّ، كما هو الشّأن بالنسبة للتّصرفات الخاصة بهنّ⁴، كالتربصّ للعدّة في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁵.

2/ من السنة

- حديث أبي موسى أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلّم قال: ((لا نكاح إلّا بوليّ)).

وفي توجيههم لهذا الدّليل قالوا أنّ النهي إمّا أن يوجّه إلى الذات الشرعيّة، وهذا هو الاستخدام الحقيقيّ، لأنّ الذات الموجودة هي صورة العقد من غير وليّ ليست بشرعية، فلا يكون ثمة عقد شرعيّ، وإن وجد في غير نظر الشارع، وإمّا أن يتوجّه النهي إلى الصّحّة، بمعنى لا نكاح صحيح إلّا بوليّ، وإمّا أن يتوجه النهي إلى الكمال؛ أي لا نكاح كامل إلّا بوليّ، وتقديره على نفي الصّحّة هو الأقرب، فيكون النّكاح بغير وليّ غير صحيح، أي باطل، لأنّ الفاسد والباطل في نظر الشارع سواء، ويشهد لذلك حديث عائشة: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل...))، ويؤيّد ذلك أيضاً عمل الصّحابة والتّابعين كعمر وعلي

¹ - سورة البقرة من الآية 221.

² - سمير شيهاني: المرجع السّابق، ص 341.

³ - من الآية 25 من سورة النساء.

⁴ - سمير شيهاني: المرجع السّابق، ص 342.

⁵ - سورة البقرة: من الآية 228.

وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبي هريرة وعائشة أم المؤمنين رضي الله عنهم حيث أبطلوا النكاح بدون وليٍّ، وقد روي عن الشعبي من التابعين قوله: ((ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم - أشد في النكاح بغير وليٍّ من عليٍّ كان يضرب فيه))، أي يجعله جناية توجب العقوبة التعزيرية¹.

- حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له))².

هذا الحديث صريح في بطلان إنكاح المرأة نفسها دون إذن وليها، وهو حديث عام في كل امرأة بدليل ورود لفظ (أيما) التي تعد من صيغ العموم، فيشمل كل امرأة صغيرة كبيرة، ثيبا كانت أو بكرا، في سلب ولاية النكاح عنها من غير تخصيص لبعضهن على بعض، كما أن في الحديث ما يفيد المبالغة في تأكيد بطلان نكاح المرأة دون وليها حيث تكرر لفظ (باطل) ثلاث مرات³.

- حديث أبي هريرة: ((لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها))⁴.

¹ - نصر فريد واصل: المرجع السابق، ص 30.

² - أخرجه أبو داود، السنن، ص 336، حديث رقم 2032؛ الترمذي، السنن، ص 259، 260، حديث رقم 1102؛ وقال: (هذا حديث حسن)؛ ابن ماجه، السنن، ص 327، حديث رقم 1879؛ قال الألباني: (صحيح)، الشافعي، المسند، مجلد 2، ص 1289، رقم 1099؛ عبد الرزاق، المصنف، ج 6، ص 195؛ حديث رقم 10472؛ ابن أبي شيبة، المصنف، ج 6، ص 10، حديث رقم 16155؛ البيهقي: السنن الصغير، ج 3، ص 16؛ حديث رقم 2366؛ الدارقطني: السنن، ج 4؛ 313، 314، حديث رقم: 3520؛ الحاكم، المستدرک، ج 2، صص 199/201، حديث رقم 2763/2766.

³ - عوض بن رجاء بن فريج العوفي: المرجع السابق، ص 113.

⁴ - أخرجه ابن ماجه في السنن، ص 327، حديث رقم 1882؛ البيهقي: السنن الكبرى، ج 7، ص 110، معرفة السنن والآثار، المجلد 10، ص 38/39، حديث رقم 13550؛ الدارقطني: السنن، ج 4، ص 325/326، حديث رقم 3536/3535، قال: (حديث صحيح)؛ صحيح الألباني: إرواء الغليل، ج 6، ص 248؛ حديث رقم 1841 وقال: (صحيح دون جملة الزانية).

يدلّ الحديث بشكل واضح لا لبس فيه على عدم جواز تولّي المرأة عقد الزواج لا أصالة عن نفسها ولا نيابة عن غيرها، فضلا عن أنّه لا يصحّ أن تبرم الزواج بإذن وموافقة الولي، كما أنّ استعمال لفظ الزانية يفيد استقباح الفعل والتفجير منه، ناهيك عن بطلانه¹.

ب/ واستدل أبو حنيفة ومن وافقه في عدم اشتراط الولي بالأدلة الآتية:

1/ من القرآن الكريم

- قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَأَمْرًا مُّؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾²، فالآية الكريمة نصّت على انعقاد العقد بعبارتها، وانعقاده بلفظ الهبة، فكانت حجة على المخالف في المسألتين³.

- وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾⁴، حيث تعدّ هذه الآية من أهم الأدلة التي اعتمد عليها الأحناف ومن وافقهم، وقالوا في هذا الشأن بأنّ كل شخص يجوز تصرفه في مال نفسه جاز زواجه على نفسه والعكس صحيح، كما أنّ الله عزّ وجلّ أضاف النكاح في الآية للمرأة، ويفهم من ذلك أنّ هي من يعقده، وقد أضافت الآية ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾⁵، حيث أسندت الزواج إلى الزوجين المطلقين ولم تشر إلى الولي، وفي هذا دلالة على عدم لزومه⁶.

قال الألوسي رحمه الله في قوله تعالى: ﴿... حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ...﴾ ((دليل على أنّ الولي ليس شرطاً في النكاح، لأنّه أضاف العقد إليها، فهي متولّية العقد))⁶.

¹ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص346.

² - سورة الأحزاب: من الآية50.

³ - الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 2003، ص373.

⁴ - سورة البقرة من الآية230.

⁵ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص281.

⁶ - محمود شكري الألوسي البغدادي شهاب الدين: روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص141.

- كما استدلووا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَ أَجَلُهُنَّ فَلَا تَعْصِلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹، حيث دلّت الآية على أنّ عقد النكاح ينعقد بعبارة المرأة دون وليّها، وهذا من وجهين: الأوّل أنّه أضافه إليهنّ، والثاني أنّه منع الأولياء من عطلهنّ؛ أيّ منعهن من الزواج ممن ترضينه².

2/ من السنة النبوية الشريفة

- حديث ابن عباس رضي الله عنهما ((أنّ فتاة جاءت إلى النبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقالت: يا نبيّ الله إنّ أبيّ زوجني من ابن أخ له ليرفع بي خسيسته، وأنا له كارهة، فقال لها: أجزبي ما صنع أبوك، فقالت: لا رغبة لي فيما صنع أبيّ، قال: فاذهبي فانكحي من شئت؟ فقالت: لا رغبة لي عما صنع أبيّ يا رسول الله ولكنّي أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهنّ شيء))، ومعنى ذلك أنّه في الواقع لم تكن الفتاة ترغب في مخالفة أبيّها فيما صنع، لأنّ ذلك قد يؤذيه وهي مطالبة بطاعته وعدم عصيانته، بل أردت أن تبين للنساء أنّه ليس للأولياء شيء فيما يتعلّق بأمر نكاحهنّ³.

- حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: ((الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها))⁴.

يستدل من هذا الحديث على صحة تولي المرأة عقد زواجها دون وليّها من وجهين:
الأوّل: أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم شارك الولي مع المرأة ثمّ قدّمها عليه بقوله: (أحقّ

¹ - سورة البقرة: من الآية 232.

² - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص 283.

³ - نصر فريد واصل: المرجع السابق، ص 31.

⁴ - رواه مالك بن أنس في الموطأ ج 3، ص 186، حديث رقم 1201؛ وأحمد بن حنبل في المسند، ج 2، ص 441-442 حديث رقم 1888؛ ومسلم في صحيحه، ج 4، ص 141، حديث رقم، والترمذي في السنن، ص 262، حديث رقم 1108؛ وأبو داود في السنن، ص 363، حديث رقم 2098-2099؛ النسائي في السنن ص 505؛ حديث رقم 3260-3262؛ ابن ماجه في السنن، ص 325، حديث رقم 1870؛ الدارمي في السنن، ج 3، ص 1398-1399، حديث رقم 2234؛ الدارقطني في السنن، ج 4، ص 347-3346 حديث رقم 3576-3575؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 115-122، معرفة السنن والآثار، ج 10، ص 43، حديث رقم 13566-13567.

بنفسها من وليّها)، فلما كان إجراء العقد من الولي صحيحا، صارت صحته منها أولى إذا انفردت بمباشرته.

أمّا الثاني: أن الحديث يدلّ صراحة على أنّ تمام عقد النكاح متوقّف على رضا المرأة التي يراد تزويجها، ولا يمكن أن يعتبر رضا شخص ما لصحة تصرف ثم يحكم عليه بالفساد إذا ما باشره بنفسه، وعلى هذا يكون للمرأة أن تنفرد بعقد زواجها¹.

- كما استدلوا بحديث أم سلمة قالت: ((دخل علي صلى الله عليه وسلم بعد وفاة أبي سلمة، فخطبني إلى نفسي، فقلت: يا رسول الله إنّه ليس أحد من أوليائي شاهدا، فقال: ((إنّه ليس منهم شاهد ولا غائب يكره ذلك))، قالت: قم يا عمر، فزوّج النبيّ صلى الله عليه وسلم، فتزوّجها))².

ووجه الدلالة أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم خطبها لنفسها، وهذا فيه دلالة على أنّ أمر الزواج ليس لأوليائها بل هو لها، لأنّ ابنها عمر المخاطب بتزويج أمه كان لا يزال فتى صغيرا ولم يكن وليا عليها، فكان بتلك الوكالة قد قام مقام من وكله، فتكون أمّ سلمة قد زوّجت نفسها، ولما كان الرسول صلى الله عليه وسلم لم ينتظر حضور أوليائها فهذا معناه أنّها مالكة أمر نفسها، ولو كان ثمة حقّ للأولياء لما أقدم النبي عليه الصلاة والسلام على هذا الحق قبل إباحتهم له³.

- ومما استدلوا به قصة المرأة التي وهبت نفسها للرسول صلى الله عليه وسلم، حيث جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: ((يا رسول الله جئت لأهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فصعد النظر إليها وصوّبه، ثم طأطأ رأسه، قلما رأت المرأة أنّه لم يقض فيها شيئا جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: وهل عندك من شيء؟ فقال: لا والله يا رسول

¹ - محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص 41.

² - رواه الطحاوي: شرح معاني الآثار، ج 3، ص 11-12، حديث رقم 4277، واللفظ له؛ أحمد بن حنبل في المسند، ج 18، ص 251، حديث رقم 26409، ص 292-293، حديث رقم 26548؛ الحاكم في المستدرک، ج 2، ص 213-214، حديث رقم 2793؛ وقال صحيح على شرط مسلم؛ النسائي في السنن، ص 504، حديث رقم 3254.

³ - سمير شيهاني: المرجع السابق، ص 287.

الله، قال: اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً؟ فذهب ثم رجع فقال: لا والله يا رسول الله ما وجدت شيئاً... فجلس الرجل حتى طال مجلسه، ثم قام فرآه رسول الله صلى الله عليه وسلم مولياً، فأمر به فدعي، فلما جاء قال: ماذا معك من القرآن؟ قال معي سورة كذا وسورة كذا، عدّها، قال: أتقروهن عن ظهر قلبك؟ قال: نعم، قال: اذهب، فقد ملكتكها بما معك من القرآن¹.

3/ من المعقول

قالوا بأنّه إذا كان للمرأة الحرّية الكاملة في التصرف في مالها، فتكون لها ولاية تزويج نفسها من باب أولى، خاصة وأنّ هذا التصرف لا يلحق أيّ ضرر بغيرها - وهم الأولياء - الذين يكون لهم حق الاعتراض على الزواج إذا زوجت نفسها من غير كفاء أو بأقلّ من مهر المثل، لأنّ ذلك قد يلحق ضرراً بالأولياء، ويزال الضرر بمنح الأولياء حق الاعتراض على هذا الزواج، كما أنّ القواعد العامة منها والخاصة بالعقود الشرعية وأحكامها وآثارها تشهد لذلك، ذلك لأنّ لعقد النكاح مقاصد شرعية يرجع أغلبها للزوجين ولا يشاركهما فيها أحد، والزوجة فيما يخصّ حقّها في هذه المقاصد أولى الناس وأعلم بمصلحتها فيها من وليّها، لذا كان لها أن تتولى عقد نكاحها².

ونوقش هذا الدليل بأن قياس الزواج على التصرفات المالية قياس مع الفارق، لأن الزواج يختلف عن التصرفات المالية من بيع وتأمينات وإيجارات ونحوها من عدة أوجه:

- أنّ خطر الزواج أشدّ وأعظم أمراً من المال، لذا وجب مشاركة الولي للمرأة في اختيار الزوج وهو من يتولى العقد، طبعاً برضا تام من موليته.
- أنّ المرأة غالباً ما تتساق بعاطفتها لما لا يصلح لها في أمر الزواج بخلاف التصرف في المال الذي قد تحتاط له بإمعان النظر والتفكير.
- أنّ الضرر الناتج عن الزواج من غير كفاء أخطر من الضرر الناتج عن التصرفات

¹ - رآه البخاري في صحيحه، باب القراءة عن ظهر قلب، ج6، ص192/193؛ باب النظر إلى المرأة قبل الزواج، ص14-15؛ مسلم في صحيحه، ج4، باب الصداق وكونه تعليم القرآن وخاتم من حديد، ص143.

² - نصر فريد واصل: المرجع السابق، ص33.

المالية، لأن الأول قد يلحق أولياء المرأة، بينما يمسهما الثاني بمفردها¹.

ج/ واستدلّ محمد بن الحسن الشيباني بنفس الأدلة التي استدّل بها الجمهور، إلا أنّه جعل العقد موقوفاً على الإجازة، بالنظر إلى الأحاديث التي استدّل بها أصحاب المذهب الثاني (الأحناف)، والتي تجعل للمرأة أن تزوّج نفسها، ورعاية لأهليتها في العقود المالية، وأهليتها للعقود مطلقاً، ذلك أنّ لها أهلية التعاقد والتصرّف وإبرام كافة العقود، فضلاً عن كونها مكلفة مثلها مثل الرجل، كما أنّ توقف الأمر في زواجها على إجازة وليّها فلأحاديث التي استدّل بها جمهور الفقهاء، التي تجعل تزويج المرأة موكولاً للأولياء، فتكون صحة العقد موقوفة على إجازتهم، ويرتد بردهم، وهنا نلاحظ أن الإمام محمد بن الحسن الشيباني تلميذ أبي حنيفة حاول الجمع والتوفيق بين المذهبين السّابقين (مذهب أبي حنيفة ومذهب الجمهور)².

الفرع الرابع: موقف المشرّع الجزائري والتشريعات العربية المقارنة من اشتراط الولي في زواج البالغة العاقلة

من باب المقارنة سنتعرض لموقف المشرّع الجزائري من المسألة محل البحث مع مقارنتها مع بعض التشريعات العربية المقارنة.

أولاً: موقف المشرّع الجزائري

على الرّغم من أنّ المشرّع الجزائري قد اشترط الولاية في عقد زواج المرأة العاقلة الراشدة في نص المادة 11 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للأمر 11/84 المتضمن قانون الأسرة التي جاءت صياغتها كالآتي: ((تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليّها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص تختاره)) إلا أنّه لم يفرّق بين البكر والثيب كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية، كما أنّه حاول التوفيق بين اتجاهين متناقضين أشدّ التناقض، اتجاه يدعو للتمسك بالشريعة الإسلامية وعدم الخروج عمّا ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة من اشتراط الولي، وكونه ركناً من أركان العقد، وبين اتجاه متشبع بالأفكار العلمانية اللاتينية - تدعمه الجمعيات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان - يدعو إلى الاستغناء عن هذا الركن، بل ذهب إلى أبعد من ذلك بدعوته إلى إلغاء

¹ - محفوظ بن صغير: المرجع السابق، ص 42.

² - نصر فريد واصل: المرجع نفسه، ص 34.

قانون الأسرة الحالي برمته، حيث يرون أنّ فيه إجحافا خطيرا بحقوق المرأة ، وهم دعاة تحرير المرأة ومدعو الحداثة والتطوّر ممن انسلخوا عن قيم مجتمعنا ومبادئه، والمتشبه بأصالته وعراقته المستمدة من ديننا الحنيف، غافلين عمّا وصلت إليه المرأة في المجتمعات التي يتغنون بها ويتخذونها قدوة لهم، حيث أصبحت كسلعة تباع وتشتري..، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدلّ على قصر النظر وعدم تقدير عواقب الأمور.

ولنا أن نتساءل ماذا يمكن أن نفهم من عبارة (بحضور وليّها) المذكورة في النص المذكور آنفا، هل يراد به أنّه شرط لصحة العقد أم هو مجرد حضور شكلي ليس إلّا، وإن كان الأمر كذلك، أليس من الإجحاف في حق الأولياء الذين تعبوا وسهروا وأنفقوا وربوا أن يدعوا لحضور عقد بناتهم وكأنهم مدعوون لحفل زفاف.

ثمّ ما ذا يقصد المشرّع بعبارة (أو أحد أقاربها)، هل هم عصاباتا من الرجال أم كل أقاربها، كما أن استعمال حرف (أو) الذي يفيد التخيير يعني أن الولي قد يكون أحد أقارب المرأة حتى مع وجود أبيها.

أمّا الطامة الكبرى فهي في العبارة الأخيرة (أو أي شخص تختاره)، مما يفهم منه أنّ المرأة البالغة الراشدة قد تختار وليّها من غير أقاربها (زميلها في العمل أو الدراسة أو جارها أو أي شخص تعرفه، وهنا لنا أن نتساءل بأيّ مذهب فقهي أخذ المشرّع في حكمه هذا؟ وهل ينسجم هذا مع أعراف وتقاليده مجتمعنا فضلا عن أحكام الشريعة الإسلامية؟ وهل سيستقبل الأب ابنته بالورود لو انحلت العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها بطريق من طرق انحلالها بعد أن اختارت شخصا آخر بدلا عنه ليكون وليا لها في عقد قرانها؟

يظهر من خلال هذا النصّ التخبّط الواضح للمشرّع الجزائري، الذي اختار أن يمسك العصا من الوسط فلا هو أرضى هؤلاء، ولا هو أرضى أولئك، فلم يبلغ شرط الولي صراحة حينما اعتبره شرطا لصحة الزواج في نص المادة 9 مكرر من تقنين الأسرة، فضلا عن اشتراط حضوره كما ورد في نص المادة 11، غير أنّه في الوقت ذاته لم يبيّن دوره في عقد النكاح، ولا الأثر القانوني المترتب عن عدم حضوره،

ويمكن القول أنّ إصدار القانون عن طريق أمر رئاسي يظهر لنا جليا أن الأمر فيه مغالطة للجميع، خاصة وأنّ واضعي القانون لم يأخذوا بعين الاعتبار توصيات اللجنة التي

شكلت من أجل تعديل القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمنتّم، والتي كانت مؤلفة من أساتذة ذوا كفاءة وخبرة لا يستهان بها في الجانبين الشرعي والقانوني، وبقيت تصويباتهم واقتراحاتهم حبرا على ورق.

ونصّت المادة 13 بعد تعديلها بموجب الأمر 02/05 على ما يلي: ((لا يجوز للوليّ، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوّجها دون موافقتها)).

الملاحظ أنّ المشرّع ذكر في هذا النصّ القاصرة دون البالغة، الأمر الذي قد يفهم منه - بمفهوم المخالفة- أنّه يجوز إجبار المرأة البالغة العاقلة، غير أنّ هذا لا يستقيم مع المنطق للاعتبارات الآتية:

- أنّه إذا كان لا يجوز إجبار القاصرة على الزواج فمن باب أولى لا يجوز إجبار البالغة.
- أنّ المشرّع نصّ في المادة 11 من تقنين الأسرة على أنّ المرأة تعقد زواجها بنفسها فهي مالكة لنفسها تتصرّف فيها كيفما شاءت، وليس للوليّ معها شيء.
- نصّ المادة 1/33 الذي قرّر أنّ عقد الزواج الذي يخنل فيه ركن التراضي يكون باطلا بطلانا مطلقا، لأنّ رضا الزوجة ضروري لانعقاد العقد.

غير أنّه عند التدقيق في موقف المشرّع الجزائري نجد أنّه ظاهريا نصّ على ولاية الاختيار حيث اشترط أخذ إذن المرأة وموافقتها على الزواج، بينما يقوم الوليّ بإتمام صيغة العقد، إلّا أنّه فعليا أخذ بولاية النّدب والاستحباب التي قال بها أبو حنيفة النّعمان ومن وافقه، من أنّ المرأة العاقلة الرّاشدة يكون لها أن تتولّى صيغة العقد بنفسها، وإن كان قيام وليّها بذلك مستحبا، مع الإشارة إلى أنّ المشرّع لم يتوقّف عند الحدّ الذي توقّف فيه أبو حنيفة، حيث أعطى للمرأة الحقّ في اقتحام محافل الرّجال وتولّي صيغة العقد بحضور وليّها، وكأنّه شاهد على ذلك، بيد أنّ أبا حنيفة قيّد ذلك بشرطين اثنين: أن يكون الزوج كفؤا للزوجة وأن يتمّ العقد بمهر المثل وهذا ما أغفله المشرّع الجزائري في النصوص المتقدّمة، بل الأكثر من ذلك أنّه يستنتج من نص الفقرة الثانية من المادة 33 أنّ الولي قد لا يكون واجبا بالنسبة للمرأة الرّاشدة¹.

¹ - سمير شيهاني: المرجع السّابق، ص 172.

وقد اقترح الدكتور سمير شيهاني تعديل نص المادة 11 من تقنين الأسرة نوافقه عليه ليكون متوافقا مع رأي الجمهور ليصبح على النحو الآتي¹: ((الولاية حق مشترك للمرأة ووليها، فلا يستقل أحدهما بالعقد دون الآخر، وإلا كان العقد مفسوخا)).

ثانيا: موقف التشريعات المغربية

بالرجوع إلى القانون التونسي نجد أنه أقرّ في الفصل التاسع من مجلة الأحوال الشخصية لسنة 1956 للمرأة أن تتولى عقد زواجها دون حاجة إلى وليّ، كما أن لها أن توكل من شاءت ليزوّجها لا فرق في ذلك بين أن يكون من ذوي القربى أو أجنبيا، حيث جاء فيها: ((للزوج والزوجة أن يتولّيا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلّا من شاءا وللولي حقّ التوكيل أيضا))².

ويلاحظ أن هذا النصّ قد استعمل مصطلح الزوج والزوجة قبل الزواج، وكان الأجدر به استعمال مصطلحي الرجل والمرأة، كما أنه يفهم منه أنه لم يعتبر الولي لا ركنا ولا شرطا لإبرام عقد النكاح، بل يعتبر الزواج عقدا رضائيا لا فرق بينه وبين بقيّة العقود المدنية والتجارية.. والملاحظ أن المشرّع التونسي لم يأخذ برأي الجمهور، بل برأي أبي حنيفة غير أنه لم يحتط للأولياء بأن يجعل لهم حق الاعتراض على الزواج إذا لم تزوج المرأة نفسها من غير كفاء أو بأقل من مهر المثل³.

وفي نفس الاتجاه ذهب المشرّع المغربي إلى إلغاء شرط الولي في عقد الزواج، وهو ما كرسته المادة 24 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية حيث جاء فيها: ((الولاية حقّ للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها))⁴.

بينما نجد أن المشرّع الليبي قد أخذ بولاية الاختيار التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية والتي تقوم على مشاركة الولي للمرأة في تولي عقد نكاحها، دون أن ينفرد أحدهما بذلك دون

¹ - سمير شيهاني: المرجع نفسه، ص389.

² - الأمر العلي المؤرخ في 13/08/1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي، العدد66، الصادر في 17/08/1956.

³ - سمير شيهاني: المرجع نفسه، ص175.

⁴ - الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 03/02/2004 بتنفيذ القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الجريدة الرسمية عدد5184، الصادرة بتاريخ 05/02/2004.

الآخر، وعدّ ذلك شرطاً لصحة العقد، حيث جاء في نصّ المادة من القانون 10 لسنة 1984: ((يشترط لصحة الزّواج اجتماع رأي الوليّ ورأي المولّى عليه، فإذا منع الولي صاحب الحق المولّى عليه من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجاً، كان للمولى عليه أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن بالزّواج إذا تبيّن لها مناسبة ذلك))¹.

واتخذ المشرّع الموريتاني موقفاً مشابهاً بصريح نص المادة 2/9 من مدونة الأحوال الشخصية، حيث جاء فيها: ((لا يصح تزويج المرأة البالغة بدون رضاها، ولا أن تتزوج بدون وليّها))²، يتبيّن من هذا النص أنّ المشرّع أخذ بولاية الاختيار التي قال بها جمهور الفقهاء، فالمرأة الراشدة (18 سنة في القانون الموريتاني) لا تتزوّج إلا برضاها لا فرق في ذلك بين كونها بكرًا أو ثيبًا، وفي ذات الوقت لا يمكن أن تتزوّج بدون وليّها.

ثالثاً: موقف بعض التشريعات العربية الأخرى

لا يمكننا أن نأتي على بيان كل التشريعات العربية الأخرى لذا سنقتصر على بعضها على سبيل التمثيل.

1/ القانون العراقي

أخذ المشرع العراقي بظاهر مذهب أبي حنيفة النعمان الذي يجيز للمرأة الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها دون وليّها أي أنه أخذ بولاية الذنب والاستحباب، وهذا ما يستفاد من خلال استقراء المادتين الرابعة والتاسعة من قانون الأحوال الشخصية، حيث نصت المادة 4 على أنه: ((ينعقد الزّواج بإيجاب - يفيد لغة أو عرفاً - من أحد العاقلين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه))، بينما جاء في المادة 9 منه: ((لا يحقّ لأيّ من الأقارب أو الأغيار إكراه أيّ شخص ذكرًا كان أو أنثى على الزّواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزّواج بالإكراه باطلاً))، وهذا الرأي الذي اعتنقه المشرّع العراقي يقترب من موقف نظيريه المغربي والتونسي، على أنه لم يشر إلى قيدي الكفاءة ومهر المثل، وهذا لا يعن أن عدم إيراد هذين القيدتين يعدّ مخالفة لمذهب الأحناف، لأن نص المادة 2/1 و3 ورد فيه: ((إذا لم يوجد نصّ تشريعي يمكن

¹ - القانون رقم 10 لسنة 1984 المتضمن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم بليبيا، بتاريخ 19/04/1984.

² - القانون رقم 052/2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.
تسترشد المحاكم في كلّ ذلك بالأحكام التي أقرّها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي
البلاد الإسلامية الأخرى، التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية)).
من هذا النص نستنتج أنه لا بد أن تتوافر الكفاءة وأن يكون الزواج بمهر المثل لأنّ رأي
الإمام أبو حنيفة هو الأكثر ملاءمة للقانون العراقي¹.

2/ القانون الكويتي

أخذ المشرع الكويتي بولاية الاختيار بالنسبة للمرأة الراشدة، لا فرق في ذلك بين البكر
والثيب، وهذا ما يستنتج صراحة من خلال استقراء المادتين 29 فقرة (ب) والمادة 30 من
القانون 51 لسنة 1984، حيث جاء في الأوّل المتعلّق بالبكر التي يتراوح سنّها بين الخامسة
عشر (وهي سن البلوغ بالنسبة للمرأة في القانون الكويتي) والخامسة والعشرين: ((يشترط
اجتماع رأي الولي والمولّى عليها))، وجاء في الثاني و المتعلق بالثيب أو من تجاوزت
الخامسة والعشرين من عمرها: ((الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها الرّأي لها
في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليّها))².
مع الإشارة إلى أن العقد الذي يتم قبل بلوغ المرأة الخامسة عشر لا يقع توثيقه طبقاً لنص
المادة 26 من ذات التقنين، ولا تسمع فيه دعوى الزّوجية طبقاً لنص المادة 92 منه.

¹ - محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، مرجع سبق ذكره، ص 149.

² - القانون 51 لسنة 1984 المتضمن تقنين الأحوال الشخصية الكويتي.

المبحث الثالث

الولاية على المال في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي

بعد تحديد مفهوم الولاية على المال (مطلب أول)، نبين بشيء من التفصيل السلطات التي يتمتع بها الولي على المال في الفقه الإسلامي (مطلب ثان)، وأخيرا سلطات الولي على المال في التشريع الجزائري (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مفهوم الولاية على المال

يقتضي تحديد مفهوم الولاية على المال تعريفها (فرع أول)، ومن ثمة بيان أهم الخصائص المميزة لها (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الولاية على المال

تعرف الولاية على المال بأنها: ((سلطة شرعية تثبت لمن له حق النظر فيما فيه حظ للموّلّى عليه، في ماله بإنشاء العقود وتنفيذها))¹، أو هي: ((القدرة على إنشاء التصرفات الخاصة بالأموال وتنفيذها))²؛ أو هي: ((منح سلطة لشخص معين لأن يجري التصرفات القانونية لا لحساب نفسه، ولكن لحساب المشمول بولايته، ونيابة عنه))³، وعرفها القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين بأنّها: ((الولاية على المال هي حفظ مال

¹ - محمد عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص 50.

² - محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سبق ذكره، ص 153.

³ - محمد حسنين: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص الأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري)،

المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 97.

القاصر، وكل ما له علاقة بهذا المال، ورعايته وتأمينه¹).

من خلال التعاريف المتقدمة نستنتج أنّ الولاية على المال هي سلطة يمنحها الشرع أو القانون لشخص على آخر تجعل تصرفاته نافذة في حقه دون رضاه، ويراد بنفاذ التصرفات ترتيب الأحكام بحكم الشرع سواء في مواجهة الولي أو المولى عليه أو الغير كما لو قام بها المولى عليه عند اكتمال أهليته²، وتشمل الولاية على المال كلّ ما يتعلّق بأموال المولى عليه، حيث توكل للولي مهمة رعايتها والمحافظة عليها وحفظها من الزوال والضياع والتلف، وتتميتها عن طرق استغلالها بالأوجه المشروعة باسم ولحساب المولى عليه.

الفرع الثاني: خصائص الولاية على المال

من خلال ما سبق بيانه يتبيّن أن الولاية على المال تمتاز بجملة من الخصائص:

- الولاية علة المال سلطة، والسلطة تعني الحق في التصرف وترتيب الآثار القانونية التي تنتج عن هذا التصرف.

- أنّها سلطة مشروعة؛ ومعناه أنّ الشرع هو الذي سمح بها، فتخرج بذلك الوكالة التي يكون مصدرها العقد.

- هذه الولاية استوجب أمران اثنان: حفظ أموال المولى عليه وتأمينها بما يخدم مصلحة هذا الأخير، وسبب ذلك عجز المولى عليه عن التصرف فسها بنفسه³.

المطلب الثاني

سلطات الولي على المال في الفقه الإسلامي

قبل بيان نطاق ولاية الولي على المال وسلطاته في التشريع الجزائري نعرّج على ما ورد في الفقه الإسلامي باعتباره المرجع الأساسي الذي يرجع إليه المشرع في تنظيم هذه الأحكام، وبالرجوع إلى أقوال الفقهاء يتبيّن أنّهم متفقون على أنّه يجب على الولي أن يبذل غاية النصح

¹ - جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، المعتمد بالقرار 223، ج24، بتاريخ 2002/3/4، أشار إليه الهادي معيني: سلطة القاضي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص10.

² - موسوس جميلة: المرجع السابق، ص17.

³ - جميلة موسوس: المرجع السابق، ص18.

في حفظ مال المولى عليه عن أسباب التلف والهلاك، فلا يشتتر إلا ما غلب على ظنّه حصول الرّبح فيه، ولا يبيع إلا ما يرى المصلحة في بيعه، وعليه أن يحتاط عند البيع والشراء، فلا يتجر إلا في المواضع الآمنة، ولا يشتتر ما يسرع فسادَه، ولا يغرر بمال المولى عليه، ولا يحابي في تصرفه أحدا بزيادة على ثمن المثل أو ببيع أقل منه.

فإذا تصرف الولي على وجه النظر واحتاط في تصرفه ولم يقصر أو يحدث منه تقريط أو إهمال، كان تصرفه لازما للمولى عليه، فلا يكون له سبيل لردّه أو فسخه بعد رفع الحجر عنه، كما أنّه لا يقع عليه ضمان لما هلك عند التصرف¹.

ويمكن تقسيم تصرفات الولي إلى ثلاثة أقسام:

الفرع الأول: التصرفات الضارة ضررا محضا

ومثال ذلك الهبة من غير عوض، حيث اتفق الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة على أنه لا يجوز للولي أن يهب شيئا من مال المولى عليه، مستدلين بالأدلة الآتية:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾²

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ الولي مأمور بالتصرف الذي يحقق مصلحة المولى عليه، وفي الآية نهى عن قرب مال اليتيم إلاّ بالحسن؛ أي بما فيه مصلحة، وهبة أموال القاصر للغير لا يحقق مصلحته على وجه اليقين، بل يعدّ تصرفا في ماله بما لم يأمر الله عزّ وجلّ به، فيكون ممنوعا ومنهيا عنه، لقول النبي صلى الله عليه وسلّم: ((لا ضرر ولا ضرار)).

- أن في هبة أموال القاصر بلا عوض ضرر محض، وهذا غير جائز بالاتفاق، كما أن هذا المال الذي وهبه الولي غير مملوك له فكان ما قام به غير جائز، وهو مخالف لمقصد الشرع من تشريع الولاية المتمثل في حفظ مال المولى عليه، والتصرف بما فيه نفع للمولى عليه³.

¹ - علي بن عبد الله النمي: المرجع السابق، ص144.

² - سورة الإسراء: من الآية34.

³ - باسم حمدي حرارة: سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية،

واختلف الفقهاء في هبة الولي مال المولى عليه بعوض (هبة الثواب) على مذهبين: حيث منعها المالكية والأحناف، وأجازها بعض الأحناف والحنابلة والشافعية بشرط الغبطة والمالكية- للأب فقط-¹.

وقد احتج أصحاب القول الأول بما يلي:

- أنَّ الهبة من عقود التبرّع وليس للولي ولاية التبرع في مال اليتيم، فباستتراط العوض لا تثبت له هذه الولاية.

- كل من لا يملك التبرع لا يملك الهبة، لا فرق في ذلك أن تكون بعوض أو بغير عوض.

- الهبة بعوض تقع تبرعا ابتداءً بيّعا انتهاءً، بدليل أنّها تفيد الملك قبل القبض، ولو وقعت بيّعا عند انعقادها لما توقّف الملك فيه على القبض لأن البيع يفيد الملك بنفسه، وفي هذا دليل على أنّها وقعت تبرعا ابتداءً، وهؤلاء لا يملكون التبرع فلم تصح الهبة عند وجودها.

واحتج أصحاب الرأي الثاني بما يلي:

- الهبة بعوض مبادلة مال بمال فكان في معنى البيع فملكها كما يملك البيع.

- الهبة تمليك فإذا اشترط فيها العوض كانت تمليكا بعوض، وهذا حال البيع، وإنما اختلفت العبارة، ولا عبرة باختلافها إذا اتحد المعنى.

- ويجوز للأب هبة مال ولده للثواب بخلاف الوصي، لأنّ الهبة للثواب إذا فانت بيد الموهوب تكون عليه قيمتها، والوصي لا يبيع له بالقيمة خلافا للأب².

الفرع الثاني: التصرفات النافعة نفعا محضا

التصرفات النافعة نفعا محضا هي تلك التصرفات التي تزيد في الذمة المالية للمولى عليه، حيث يضمن نفعها ويؤمن ضررها، على غرار قبض الهبات والصدقات والوصايا والإرث،

غزة، 2010، ص69.

¹ - انظر في تفصيل هذه الآراء: باسم حمدي حرارة: المرجع نفسه، ص70.

² - انظر في تفصيل ذلك أحمد بن عبد الكريم المطوع: أحكام الولاية المالية على القصر، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1432هـ، ص78، 79.

ومطالبة المدينين بالديون المستحقة، والصلح على بعض الدين الذي عليه للدائنين¹.

الفرع الثالث: التصرفات المتراوحة بين النفع والضرر

تكون هذه التصرفات محتاجة إلى كمال النظر والاحتياط، وتكون جائزة متى روعيت فيها مصلحة المولى عليهم، فيجوز للولي أن يتصرف في مال محجوره بنفسه بنقد، أو بغرض ونسيئة، إذا كان فيهما مصلحة، ويأخذ له بالشفعة ويترك بحسب المصلحة، وله أن يدفع مال المولى عليه لمن يضارب لمن يضارب له فيه، مقابل جزء من الربح أو يدفعه إلى من يعمل فيه دون أجر على أن تكون الأرباح للمولى عليه، لأنه إن كان دفعه بجزء من الربح جائزا فيكون دفعه لمن يضارب فيه دون أجر جائزا من باب أولى.

وله إقراض مال المولى عليه إن خاف عليه الضياع أو النهب أو يكون مسافرا فيخشى عليه الهلاك فيقرضه لمن كان له مال في تلك البلد حتى يسلم من الخطر من جهة وحتى لا يخسر أموالا في نقله من جهة أخرى، كما له أن يودعه إن لم يجد من يقترضه منه وإن كان القرض أولى.

ويمكن للولي أن يشتري للمولى عليه العقار ويؤجره إذا حصل منه أجرا كافيا، وهو مقدم على التجارة لأنه أقل خطرا على المال، كما له أن يبني له العقارات من بيوت ودكاكين إذا كان البناء أحسن له من الشراء، بأن تكون كلفته أقل منه، فضلا عن ذلك فإن له أن يستقرض له عند الحاجة إلى ذلك، كأن يكون عقار المولى عليه بحاجة إلى مال لتعميره ولا مال لديه.

وله أن يرهن عقاره عند الحاجة، ولا يبيع عقاره إلا إذا كان محققا لمصلحة المولى عليه، كأن يبيعه بأكثر من ثمن المثل بالتثلث مثلا، أو أن يكون في موضع لا ينتفع به، أو أن يخشى عليه من الخراب، أو أن يكون المولى عليه محتاجا إلى النفقة أو لقضاء ديونه.

وعلى كل يجوز للولي أن يجري كافة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر متى كان محققا لمصلحة المولى عليه.

وفي الواقع لا يمكن حصر المصلحة في تصرف معين دون غيره، لأن ذلك يختلف

¹ - فراس وائل طلب أبو شرح: المرجع السابق، ص101؛ علي بن عبد الله النمي: المرجع السابق، ص151.

باختلاف الزمان والمكان والأشخاص، لأنها قد تكون في نوع من التجارة في وقت دون آخر، كما هو الحال بالنسبة للاتجار في العقارات بيعا وشراء في زماننا الحاضر، كما أن الولي قد يكون مختصا في نوع من الأعمال ويملك الخبرة فيها فيتاجر للمولى عليه في ماله في مثل هذه الأعمال¹.

المطلب الثالث

نطاق ولاية الولي على المال وسلطاته في التشريع الجزائري

تعرض المشرع الجزائري لنطاق وسلطات الولي على المال في المواد من 88 إلى غاية المادة 90 من تقنين الأسرة، حيث نصت المادة 88 منه على ما يلي: ((على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

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

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع أعطى الولي الحق في إجراء التصرفات المتعلقة بمال القاصر، مع تقييد بعض التصرفات بضرورة الحصول على إذن قضائي مسبق قبل القيام بها وإلا عدّ الصرف باطلا لا أثر له. يتعين على الولي أن يبذل قصارى جهده في حفظ مال المولى عليه من الضياع، وأن يتوخى المصلحة في كل تصرف يقوم به، فلا يشتر إلا ما يغلب على ظنه تحقق الربح فيه، ولا يبيع إلا ما يغلب على ظنه الربح فيه، حيث استعمل المشرع معيار الرجل الحريص، وألقى على عاتق الولي التزاما ببذل عناية، فلا يكف أن يقوم على شؤون المولى عليه بما يقوم به بالنسبة لأمواله، ذلك أنه مطالب بعناية خاصة،

¹ - علي بن عبد الله النمي: المرجع السابق، ص151.

فإذا كان يقوم على مصالحه الشخصية بعناية الرجل المعتاد، فعليه أن يزيد من هذه العناية حفاظا على مصالح المولى عليه، أما إن كان يرعى مصالحه بعناية الرجل الحريص فعليه ألا ينزل تحت هذه العناية عندما يتعلّق الأمر برعاية أموال المولى عليه¹.

ويمكن تقسيم التصرفات التي يقوم بها الولي في أموال المولى عليه إلى قسمين: تصرفات لا تتطلب الحصول على إذن قضائي من قاضي شؤون الأسرة، وأخرى تتطلب الحصول على هذا الإذن.

الفرع الأول: التصرفات التي لا تتطلب إذنًا من القاضي

من خلال النص المتقدّم نلاحظ أنّ المشرّع لم يحدد لنا ما هي التصرفات التي يجريها الوصي دون أن يتطلب الأمر الحصول على إذن قضائي، بل كل ما في الأمر أنّه أكّد على ضرورة أن يتصرّف في مال القاصر تصرّف الرجل الحريص، مع قيام مسؤوليته الجنائية في حالة التعدي عليها، وهذا ما يستتج من آخر الفقرة الأولى ((... ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام)).

فيتعيّن على الولي أن يتخذ كل ما هو ضروري لحفظ أموال المولى عليه وتسييرها وتتميتها لصالحهم، كالرجل الحريص على أمواله، وهذا النوع من التصرفات لا يحتاج إلى الحصول على إذن من المحكمة، ذلك أن هذه التصرفات تعود على المولى عليه بالمنفعة والفائدة، ومن تلك الأعمال نذكر:

أ/ أعمال حفظ المال

وهي أعمال ضرورية تهدف إلى حفظ أموال المولى عليه من التلف والضياع، ومثالها القيام بالترميمات الضرورية للحفاظ على العقار المملوك للقاصر، كأعمال الصيانة الخارجية للمنزل، وكواجب إجراء التأمينات العادية الرامية إلى تغطية خطر تلف أموال القاصر، أو شهر التصرفات الواردة على العقارات المملوكة للمولى عليه حماية لحقه².

¹ - عقيلة بلقاسم وأحمد رياحي: رقابة القاضي على تصرفات الولي الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، المجلد 8، العدد 2، 2020، ص 198.

² - محمد بوعمر: المرجع السابقي، ص 88.

هذه الأعمال تكون أخطر من أعمال الحفاظ على المال وأقل خطورة من أُمال التصرف نذكر منها:

1/ إيجار العقارات لمدة تقلّ عن ثلاث سنوات: يمكن للولي أن يؤجر عقارات مملوكة للقاصر رغبة منه في تحصيل منافع مالية لمصلحة المولى عليه، دون إذن قضائي بشرط ألا تزيد مدتها عن ثلاث سنوات، أو ألا تزيد مدتها عن سنة بعد بلوغ القاصر سنّ الرشد (19 سنة كاملة)، أما إذا أراد تأجير عقارات القاصر تزيد عن هذه المدد فعليه الحصول أولاً على إذن من قاضي شؤون الأسرة.

2/ دفع ديون القاصر واستلام الديون التي في ذمة الغير: ذلك أن عدم تسديد الديون التي تشغل ذمة القاصر قد يلحق به أضراراً تتمثل في دفع الفوائد التأخيرية، كما أن استلام الديون التي يدينها القاصر للغير تكون في مصلحة القاصر لأنها تزيد في ذمته المالية.

3/ تمثيل القاصر في الدعاوى القضائية: يجوز أن يكون الولي طرفاً في الدعاوى القضائية نيابة عن القاصر، كلما كانت تلك الدعاوى لا تلحق أضراراً به.

4/ التصرفات النافعة نفعا محضاً: إذا كان التصرف الذي يجريه الولي نافعا نفعا محضاً للمولى عليه فلا يشترط الحصول على إذن قضائي كقبول هبة غير مقرونة بشرط أو مقترنة بقيود معينة¹.

5/ بيع المنقولات العادية: وهي المنقولات التي ليست أهمية كبيرة.

6/ بيع الثمار: لأنها قابلة للفساد عند نضجها وبالتالي يمكن للولي بيعها دون اشتراط الحصول على إذن قضائي.

الفرع الثاني: التصرفات المقيدة بالحصول على إذن قضائي

نصت على هذه الأعمال والتصرفات المادة 2/88 من تقنين الأسرة، ويمكن تقسيمها إلى أعمال التصرف وأعمال التبرع:

¹ - دليلة سلامي: حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2008،

أ/ أعمال التصرف

تتمثل هذه التصرفات المقيدة بالحصول على إذن من المحكمة في التصرف في عقار القاصر عن طريق بيعه أو رهنه أو قسمته، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، ويلاحظ أنّ هذه التصرفات جميعها من التصرفات الدائرة بين النفع والضّرر، ومن ثمة لزم الحصول على إذن قضائي للقيام بها بالنظر لأهميتها وخطورتها.

1/ التصرف في عقار القاصر

قيّدت المادة السابقة الولي عندما يريد التصرف في عقار القاصر سواء لنفسه أو لغيره بالحصول على إذن من المحكمة، حيث جاء فيها: ((وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات الآتية:

بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة عليها...)).

- **بيع العقار:** عمليات البيع والشراء من الأعمال الخطيرة التي قد تقوّت بها الأموال بالبخس عند البيع والغلو فيه عند الشراء، كأن يقوم الولي ببيع عقار ابنه القاصر بغبن فاحش، فهذا البيع يقع باطلاً، لأن البيع بغبن فاحش يعدّ تبرّعا، ولا يجوز التبرّع بمال القاصر. وهذا ما يبرر اشتراط الحصول على إذن من المحكمة إذا تعلق الأمر ببيع عقار مملوك للقاصر، حيث تتأكد المحكمة من تحقق الضرورة والمصلحة، ويتم البيع بالمزاد العلني، وفقا لما تقضي به المادة 89 من تقنين الأسرة: ((على القاضي أن يراعي في الإذن حال الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني))، كما نصت المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: ((يتم بيع العقارات والحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني للمفقود وناقص الأهلية والمفلس حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب الولي أو الوصي أو يعدها وكيل النقليسة حسب الحالة))¹.

¹ - قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد 21، صادرة بتاريخ 24 أبريل 2008.

للتفصيل أكثر في هذه الإجراءات انظر عقيلة بلقاسم وأحمد رياحي: المرجع السابق، ص 201 وما يليها.

- **قسمة العقار:** العقارات التي تؤول إلى الورثة غالبا ما يتم قسمتها بينهم، حتى يخرجوا من حالة الشيوخ، والأصل في القسمة أن تكون رضائية، أما إن وقع خلاف أو كان بين الورثة شخص قاصر فيجب أن تكون القسمة قضائية، وقد نصت المادة 2/181 من تقنين الأسرة على أنه: ((... وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء))، كما أوجبت المادة 723 من التقنين المدني إتباع الإجراءات القانونية في حالة وجود قاصر بين مجموع الورثة الذين اتفقوا على تقسيم العقار المملوك على الشيوخ، وهذه الإجراءات التي يفرضها القانون على الولي أو الوصي أو المقدم هو ضرورة الحصول على إذن قضائي في التصرف المتعلق بالعقار، الخاص بالقاصر، ويكون قاضي شؤون الأسرة مختصا بمنح هذا الإذن¹.

- **رهن العقار:** الرهن من أعمال التصرف التي إذا أجراها الولي في المال المملوك للمولى عليه، قد تؤدي إلى تفويت رأس المال أو إنتقاله بحق الغير، لذا قيّد المشرع في نص المادة 88 سالف الذكر إجراء الولي لرهن على عقار القاصر بضرورة الحصول على إذن من قاضي شؤون الأسرة، الذي لا يمكنه منح الإذن إلا إذا تأكد من وجود الضرورة المصلحة.

مع الإشارة إلى أنّ الرهن الذي يشترط إذن المحكمة للقيام به، هو الرهن الذي يكون لصالح المولى عليه نفسه، حيث يكون من أجل ضمان دين في ذمته، أمّا الرهن الذي يكون لصالح النائب الشرعي فيكون باطلا بطلانا مطلقا سواء بالإذن القضائي أو بدونه، وبالمقابل يمكن للنائب الشرعي أبا كان أو جدا أو وصيًا أن يرتهن لصالح القاصر لأنّه يعد تصرفا نافعا نفعا محضا، فيجوز لكافة الأولياء القيام به دون حاجة إلى الحصول على إذن من قاضي شؤون الأسرة².

2/ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

لا يجوز للولي أن يقوم ببيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة المملوكة للقاصر، ومن أمثلتها: القيم المنقولة كالأسهم في البورصة، والحقوق المعنوية كحقوق الملكية الأدبية والفكرية والصناعية.

¹ - محمد بوعمره: المرجع السابق، ص 93/94.

² - هشام عليواش: المرجع السابق، ص 58.

غير أنّه يؤخذ على المشرّع الجزائري أنّه لم يحدّد معياراً أو ضابطاً لتمييز المنقولات ذات الأهميّة الخاصّة عن غير ذات الأهميّة، لا سيما مع اختلاف المستويات الاجتماعية، وهل المقصود منقولات ذات أهمية بالنسبة للقاصر أم أنّ تقدير ذلك يبقى للقاضي¹.

3/ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة

من التصرّفات التي يقوم بها الوليّ والتي تستلزم الحصول على إذن من المحكمة استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض، والعلة في ذلك أنّ الولي يقع عليه التزام بتتمة أموال المولى عليه وحفظها واستثمارها، فلا يجوز له إقراض مال القاصر لأنّ ذلك يلحق به ضرراً محضاً، فهو يخرج مالا من ذمّة القاصر، ولا يفيدّه غالباً، خاصة إذا كان المقترض شخصاً معسراً وقد لا يردّ القرض في الميعاد المتفق عليه، لذا قيد ذلك بوجوب الحصول على إذن من المحكمة التي لا تمنحه إلا بعد التأكد من أنّ ذلك يحقق مصلحة القاصر.

ولا يجوز أيضاً للولي أن يقترض مال القاصر لنفسه إلاّ بإذن من المحكمة، وكذلك الاقتراض لصالح القاصر.

ونفس الأمر إذا رغب الولي في استثمار أموال القاصر من خلال المساهمة في شركة، فلا يجوز له ذلك إلا بعد الحصول على إذن من قاضي شؤون الأسرة، الذي يبحث عن الفوائد التي قد تعود على القاصر من هذا التصرّف، وقدرة الولي على التّجارة والاستمرار فيها، وله أن يستعين في ذلك بأهل الخبرة حتى يتخذ القرار الملائم الذي يخدم مصالح القاصر التي تكون أولى بالرّعاية، غير أنّ هذه المساهمة ينبغي أن تقتصر على شركات الأموال، حيث تكون مسؤولية الشّريك محدّدة بنصيبه من الحصص في رأسمال الشركة، كما أنّه لا يخضع للمسؤولية التضامنية عن ديون الشركة، ولا لإجراء الإفلاس، وبالتالي لا يمكن للولي أن يساهم بأموال المولى عليه في شركات الأشخاص، على غرار شركة التضامن، حتى وإن كانت المادة 88 سالفه الذكر لم تحدد لنا نوع الشركة التي يمكن للولي المساهمة فيها بأموال القاصر والتي لا يمكنه المساهمة فيها².

¹ - دليّة سلامي: المرجع السّابق، ص108.

² - محمد بوعمرّة: المرجع السّابق، ص98، دليّة سلامي: المرجع السّابق، ص112.

4/ التبرع بأموال القاصر

ما من شك في أنّ التبرع بمال القاصر عن طريق الهبة أو الوصية أو الوقف أو الكفالة يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا بالمولى عليه، لأنّه يؤثّر سلبا على الذمة المالية لهذا الأخير وينقصها، ولم ينصّ المشرّع في الحالات التي يشترط فيها الإذن القضائي على حالة التبرع بأموال القاصر، مما يوجب إعمال نص المادة 222 من ذات التقنين التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع للمذهب المالكي نجد أنّ فقهاء المالكية لا يجيزون التبرع بأموال المولى عليهم¹، يقول ابن رشد الحفيد رحمه الله: ((أن الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء، لا يجوز لهم في مالهم معروف، لا هبة ولا صدقة ولا عطية، ولا عتق، وإن أذن الأب أو الوصي))²، كما يفهم من نص المادة 88 من تقنين الأسرة بأن على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وبالتالي تكون هذه التصرفات التبرعية في غير مصلحة المولى عليه، وبالتالي تكون غير جائزة سواء بالإذن أو بدونه³.

وقد أقر قانون الولاية على المال المصري عدم جواز تبرّع الولي من مال القاصر، واستنتى من ذلك التبرّع لأداء واجب إنساني أو عائلي، على أن يكون ذلك بإذن من المحكمة، ومنع المشرّع المغربي الولي من التبرّع من أموال القاصر، ونفس الحكم نجده في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، غير أنّ عبارة واجب إنساني أو عائلي الواردة في النص المصري فضفاضة وواسعة جدا، لأنها تشمل الكثير من التصرفات والأعمال التي قد تلحق ضررا بأموال القاصر، على الرغم من تقييدها بإذن قضائي.

¹ - هشام عليواش: اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة2، لونيبي علي، العدد9، 2019، ص54.

² - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2003، ص673.

³ - الهادي معيفي: تصرفات الولي الضارة بأموال القاصر - في قانون الأسرة الجزائري والعربي المقارن - مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد3، العدد2، سبتمبر 2018، ص23.

المطلب الثالث

انتهاء الولاية على المال في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قبل التعرّض لأسباب انتهاء الولاية في التشريع الجزائري (فرع ثان)، نتعرض لانتهاء الولاية في الفقه الإسلامي (فرع أول).

الفرع الأول: إنتهاء الولاية في الفقه الإسلامي

تنتهي الولاية في الفقه الإسلامي بأحد الأسباب الآتية:

أولاً: موت الولي

إذا مات الولي زالت ولايته على المولى عليه، لأن الولاية إنّما شرعت للنظر في مصالح المولى عليه، ولا نظر للإنسان بعد وفاته، ولا تنتقل الولاية إلى ورثته كما يرثون منه الأموال والحقوق.

ويترتب على موت الولي بطلان إذنه للمولى عليه في التصرف إذا كان الولي أباً أو جداً أو وصياً أو قيماً من قبل القاضي، أما القاضي فلا يبطل إذنه بموته، ذلك أنه لا يتصرف بولاية نفسه، بل يتصرف بولاية السلطان، وهي لا تزال قائمة رغم موته، فضلاً عن أنّ إذنه بمثابة حكمه وهو لا يبطل بموته¹.

ثانياً: زوال أهلية الولي

تنتهي الولاية بزوال أهلية الولي بالردة أو الجنون أو السفه، إلى غير ذلك مما يزيل أهليته، فالمرتد عن الإسلام كافر والكافر لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾²، والمجنون والسفيه يحتاجان إلى من يتولّى أمورهما فلا تكون لهما ولاية.

ثالثاً: موت المولى عليه

إذا مات المولى عليه انتهت الولاية على ماله، لأنّه حينئذ ينتقل إلى الورثة ليقسم بينهم طبقاً لأحكام الميراث التي تقرها الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا يبقى للولي الولاية على ماله.

¹ - محمد عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص 201.

² - سورة النساء: من الآية 141.

رابعاً: كمال أهلية المولى عليه

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين في أنَّ الولاية تنتهي إذا بلغ المولى عليه عاقلاً راشداً بشكل تلقائي، فإذا اكتملت أهليته لم يعد هناك ما يوجب الولاية على ماله، إذ لا ولاية على رشيد، بشرط أن لا يكون قد وقع الحجر عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، أما إذا كان قد سبق الحجر عليه فلا تزول الولاية عنه حتى يخرج به أبوه أو القاضي منها¹، استناداً لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَزْنُونَ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾

خامساً: عزل الولي

يقصد بعزل الولي سلب ولايته وإخراجه منها، ولعزل الولي أسباب ترجع إلى عدم صلاحيته للولاية منها:

أ/ **الفسق**: ومعناه أن يرتكب الولي فعلاً محرماً يسقط عدالته، كالزنا، أو شرب الخمر، أو انتهاك حرمة رمضان متعمداً، ويترتب على ذلك فقدان الولي أهليته للولاية لأنه يصبح غير مأمون على المولى عليهم، وقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كانت الولاية تزول في هذه الحالة بمجرد الفسق أم لا بد أن يعزله الحاكم أو السلطان، فقال الشافعية والحنابلة بأنه يعزل بمجرد بدو فسقه، وقال المالكية والأحناف بأنه لا يعزل إلا من قبل الحاكم.

ب/ **العجز عن القيام بالعمل**: إذا عجز الولي عن ممارسة الولاية بسبب مرض مقعد مثلاً زالت ولايته، وتؤول الولاية إلى غيره، أو يصل إلى أرذل العمر، أو يصبح سفيهاً أو ذا غفلة أو يصاب بالزهايمر أو نحو ذلك.

ج/ **الخيانة**: لأن من شروط الولي الأمانة فإن كان خائناً كان غير مأمون على المولى عليهم، وبالتالي تزول ولايته ويعزل عنها، ويخلفه ولي آخر².

الفرع الثاني: انتهاء مهمة الولي في التشريع الجزائري

تنتهي الولاية بعدة أسباب حددها القانون، أو بحكم صادر عن القضاء، كما أنها قد توقف

¹ - صورية غربي: المرجع السابق، ص 156.

² - للتفصيل في آراء الفقه في مسألة عزل الولي انظر محمد عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص 189.

لمدّة معيّنة لتعود بعدها.

أولاً: انتهاء الولاية الأصلية بقوة القانون

حدد القانون حالات تنتهي فيها الولاية بقوة القانون، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائيّ بذلك، وهذه الأسباب تتمثّل في:

أ/ بلوغ القاصر سنّ الرشد

إذا بلغ القاصر سنّ الرشد، وهي تسعة عشر سنة كاملة طبقاً للمادة 40 من التّقنين المدني، لأنّه يصبح بذلك راشداً كامل الأهلية، ويمكنه القيام بكافة التصرّفات القانونية، إلّا إذا بلغ واعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته وصدر حكم قضائيّ بالحجر عليه فتستمرّ الولاية عليه.

مع الإشارة إلى أنّ المشرّع لم يشر إلى بلوغ القاصر كسبب لانتهاء الولاية في نص المادة 91 من تقنين الأسرة، وإن كان قد أشار إليها كسبب لانتهاء الوصاية في نص المادة 96 من ذات التّقنين، بخلاف المشرع المصري الذي نصّ عليها في المادة 18 من قانون الولاية على المال، حيث جاء فيها: ((تنتهي الولاية ببلوغ القاصر سنّ الرشد، ما لم تحكم المحكمة قبل هذه السنّ باستمرار الولاية عليه لقيام سبب من أسباب الحجر قبل بلوغ سنّ الرشد)).

كما قضت المادة 19 منه بأنّه إذا بلغ القاصر هذه السنّ ولم تحكم المحكمة باستمرار الولاية انقضت الولاية بقوة القانون حتى لو كان به سبب من أسباب الحجر، ولا مجال لعودتها بعد ذلك، ويجب عندئذ رفع طلب الحجر إلى المحكمة المختصة لتعيين قيمّ عليه، ويمكن أ، يكون هو الوليّ الشرعي.

ب/ ترشيد القاصر

الترشيد نظام يقوم على الإذن للقاصر بالتصرّف جزئياً أو كلياً في أمواله عند بلوغه سنّاً معيّنة، والهدف منه تعويد القاصر على إبرام التصرّفات القانونية قبل بلوغه سنّ الرشد، جاء في المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية: ((للولي أن يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله ويأذن له في ماله، ويأذن له بالتجارة لأجل التّجربة، فإذا تحقق رشده دفع إليه باقي أمواله)).

ولم يتعرّض المشرّع الجزائري للترشيد في القانون المدني، عدا ما ورد من إشارة ضمنية

في الفقرة الثانية من المادة 38 منه عند تطرقه لموطن القاصر المرشد، والتي جاءت على النحو الآتي: ((...غير أنّه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها)).

غير أنّ المشرّع نص في المادتين 5 و6 من القانون التجاري على أحكام الترشيده، وحدد سن الترشيده بثمانية عشر سنة، حيث جاء في المادة 5: ((لا يجوز للقاصر المرشد ذكرًا كان أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن من والده أو أمّه، أو على قرار من مجلس العائلة، مصادق عليه من قبل المحكمة فيما إذا كان والده متوفى أو غائبا، أو سقطت عنه سلطته الأبوية، أو استحال عليه مباشرتها في حال انعدام الأب أو الأم ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري)).

كما نصت المادة 84 من تقنين الأسرة على أنّه: ((للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك)).

وما يمكن ملاحظته في هذا الصدد التعارض بين النصين السابقين، حيث حدد القانون التجاري سن الترشيده بثمانية عشر سنة بينما حددها قانون الأسرة بثلاثة عشر سنة وهي سن التمييز، وقد انتقد مسلك المشرع في النص الأخير بحيث إذا ما تمّ ترشيده القاصر في سن الثالثة عشر ينقلب بين عشية وضحاها من عديم التمييز إلى راشد في بعض التصرفات أو حتى كلّها، وتصبح التصرفات التي كانت بالأمس باطلة بطلانا مطلقا لانعدام التمييز صحيحة حتى وإن كانت من التصرفات الضارة ضررا محضا، وهذا ما لا ينسجم مع المنطق السليم¹.

وقد جاء في نصّ المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّ قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا يقوم بترشيده القاصر بأمر ولائي وفق الشّروط المنصوص عليها

¹ - علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص267.

قانونا، وبناء على طلب من له مصلحة مدعما بالحجج والأدلة اللازمة، وقد يكون صاحب المصلحة هي الأم إذا كانت الولاية عند الأب بعد طلاقهما، أو أحد أقارب القاصر لنزع الولاية عن أمه، أو النيابة العامة إذا انتهى إلى علمها تقصير الولي وقدرة القاصر المميز على التصرف جزئيا أو كليا في أمواله¹.

وعليه تنتهي الولاية بالنسبة للقاصر المرشد بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها، ويبقى خاضعا للولاية في باقي التصرفات.

ج/ موت القاصر

إذا مات القاصر فمن البديهي أن تنتهي الولاية لانعدام مبرر وجودها، وأعتقد أن هذا هو السبب في عدم نص المشرع على ذلك في المادة 91 من تقنين الأسرة كسبب لانتهاء الولاية، ولا فرق في ذلك أن يكون الموت حقيقيا أو حكما (بحكم من القضاء كما في حالة الحكم بموت المفقود).

د/ موت الولي أو فقده للأهلية

وهذه الحالة من الحالات التي نصّ عليها المشرع في المادة 91 من تقنين الأسرة تحت رقم 2، سواء كان الموت طبيعيا أو حكما، وبموت الولي تنتقل الولاية إلى من يليه، فإذا مات الأب تنتقل الولاية إلى الأم بصريح نص المادة 87 من ذات التقنين.

غير أن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة هو ما الحل في حالة ما إذا انتقلت الولاية نتيجة الحكم بفقدان الولي، ثم عاد الولي المفقود فهل تعود إليه الولاية من جديد، وهل يكون رجوعها من مصلحة المولى عليه؟

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة في نص المادة 115 من تقنين الأسرة، وفي هذا الصدد يرى البعض أن الولي لو عاد قبل الحكم عادت له الولاية، أما إن عاد بعد الحكم فلا تعود إليه، لأن هذا الحكم ينهيها نهائية مؤبدة².

¹ - محمد توفيق قديري: حماية الذمة المالي للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيذر، العدد 14، 2019، ص 487.

² - عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا الشرق، 1996، ص 467.

وباعتبار أن كمال الأهلية شرط لممارسة الولاية فإن فقد الولي لأهليته كأن يصاب بالجنون أو العته سبب لانتهاء الولاية، حيث أنه لا يصبح قادرا على رعاية مصالحه ومن باب أولى لا يمكنه رعاية مصالح غيره، لأن فاقد الشيء لا يعطيه، وكانت المادة 3/91 نصت على أن مهمة الولي تنتهي بالحجر عليه، والحجر لا يكون إلاّ بحكم قضائي (المادتان 101 و 103 من ذات التقنين).

ثانيا: انتهاء الولاية الأصلية بحكم قضائي

تنتهي الولاية الأصلية بحكم القاضي بأحد سببين:

أ/ قبول المحكمة تنحي الولي عن الولاية

على الرغم من أن الولاية إلزامية ولا يمكن للولي التنصل منها كأصل عام، إلاّ أنه بإمكانه أن يقدم طلبا لإعفائه منها متى رأى نفسه عاجزا عن الوفاء بمتطلباتها، كأن يكون مريضا أو كبيرا، وللمحكمة سلطة البت في هذا الطلب، فتقبله أو ترفضه بناء بعد التحقق من دواعيه، فإن قبلته، آلت الولاية إلى من يليه من الأولياء، فإن لم يوجد عيّنت المحكمة وصيا على القاصر، وقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب في المادة 1/91 من تقنين الأسرة، على أنه يمكن للولي طلب استعادة الولاية بعد زوال سبب طلب التنحي كأن يكون مريضا مرضا يعجزه عن تولي شؤون المولى عليه وشفى من مرضه.

ب/ سلب الولاية عن الولي والحد منها

وهذا ما قضت به المادة 4/91 من تقنين الأسرة، والسلب معناه إسقاط الولاية كلياً، أما الحد منها فمعناه إسقاطها جزئياً، كأن يمنع الولي من إجراء تصرفات معينة، أو أن يتصرف في مال معين، ويكون ذلك إذا تعرضت مصلحة القاصر للخطر¹، أو إذا تعارضت مصلحة الولي مع مصلحة المولى عليه، وفي هذه الحالة الأخيرة يعين قاضي الموضوع متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة² (المادة 90 ق.أ.ج).

¹ - موسوس جميلة: المرجع السابق، ص 82.

² - يكون لكل ذي مصلحة أن يقدم طلب سلب الولاية عن الولي ولو كان شخصا غريباً عن هذا الأخير، إذا كانت له أسباب توجب ذلك، لتعلق حماية أموال القاصر بالمجتمع ككل، ويقدم الطلب إلى النيابة العامة التي لا تعرضه على المحكمة إلا بعد التحقيق فيه، ولا يجوز التنازل عن دعوى سلب الولاية أو الحد منها لأنها تتعلق بالنظام العام. موسوس

الفصل الثاني

الوصاية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على أحكام الوصاية في المواد من 92 إلى 98 من تقنين الأسرة، وإن كان قد أحال - كما سنرى لاحقا - إلى أحكام الولاية فيما يتعلق بالسلطات والصلاحيات التي منحها القانون للوصي، وبعد أن نحدد مفهوم الوصاية (مبحث أول)، نخرج على سلطات الوصي وانقضاء الوصاية (مبحث ثان).

المبحث الأول

مفهوم الوصاية

قبل تفصيل الأحكام النازمة للوصاية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري يتعين عليها بداية تحديد مفهومها، من خلال تعريفها (مطلب أول)، مع التعرض لمشروعيتها (مطلب ثان)، وتحديد شرو الوصي (مطلب ثالث) وبيان أقسامها (مطلب رابع)، وتمييزها عن المفاهيم القريبة منها (مطلب خامس).

المطلب الأول

تعريف الوصاية

قبل تعريف الوصاية في الاصطلاح الشرعي والقانوني يجدر بنا الإشارة إلى تعريفها عند أهل اللغة بداية.

الفرع الأول: تعريف الوصاية لغة

الوصاية بفتح الواو وكسرها، مصدر مشتق من الفعل الرباعي أوصى، يقال: أوصى إليه بشيء أي جعله وصيه، وأوصاه ووصاه توصية بمعنى واحد، وتوآصى القوم: أي أوصى بعضهم بعضا، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هنّ

عوان عندكم...))¹.

قال ابن منظور: أوصى الرجل وصّاه، عهد إليه، وقول أحدهم: أوصيت إليه: أي جعله وصيًا له، وأوصيته ووصيته إيصال وتوصية بمعنى واحد، وتواصى القوم أي أوصى بعضهم بعضا، والاسم الوصاة، والوصاية، والوصاية.

والوصية ما أوصيت به، والوصي الذي يُوصى، والذي يوصى له، وهو من الأضداد، والأنتى وصي، وجمعها جميعا أوصياء².

الفرع الثاني: تعريف الوصاية في الاصطلاح الشرعي

عرفها الدكتور عبد الكريم زيدان بأنها: ((جعل الشخص غيره وصيًا بعد موته ليقوم بما يعهده إليه، من أمر النظر في شؤون أولاده، أو أمواله، أو تنفيذ وصاياه أو غير ذلك))³، كما عرفها البعض بأنها: ((تفويض ممن له التصرف شرعا لمكلف، بالقيام بتصريف ما بعد وفاته، لمصلحة من لا يستقلّ بأمر نفسه))⁴، ففي قوله (تفويض) إشارة إلى منح الحق للموصى له في تنصيب وصي على من هو تحت ولايته، أما قوله (ممن له التصرف شرعا) ففيه دلالة على أنّ الوصاية لا تثبت إلا من الموصي أو القاضي، كما أنّ الغاية من الوصاية حفظ نفس الموصى عليه وماله، وتنميته فيما يصلح له ي دينه ودنياه، بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وأخيرا تنتهي الوصاية عندما يصبح الموصى عليه قادرا على القيام بشؤون نفسه استقلالاً عن غيره⁵.

¹ - أخرجه الترمذي (محمد بن عيسى): الجامع الكبير (تحقيق بشار عواد معروف)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1163، المجلد2، ص455؛ وابن ماجه (محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء1، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، حديث رقم 1851، ص594.

² - ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم): لسان العرب المحيط، ط1، دار صادر، بيروت، ج15، ص394.

³ - عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص403.

⁴ - عبد الله محمد سعيد ربايعه: مرجع سابق، ص20.

⁵ - نفس المرجع والموضع.

كما عرفت الموسوعة الفقهية الكويتية بتعريف مشابه حيث جاء فيها: ((... إقامة الشخص غيره مقامه بعد وفاته في تصرف من التصرفات، أو في تدبير شؤون أولاده الصغار ورعايتهم، وذلك الشخص المقام يسمى الوصي، أما إقامة غيره مقامه في القيام بأمر في حال حياته فلا يقال له في الاصطلاح إيصاء عندهم، وإنما يقال له وكالة¹)).

ننوه إلى أن الفقهاء سلكوا في تعريفهم للوصية مسلكين اثنين:

الأول: أن الوصاية أخص من الوصية، فهي لا تصدق على التملك المضاف إلى ما بعد الموت الذي يتضمنه تعريف الوصية، وهو رأي الأحناف والشافعية وأكثر الحنابلة، والإباضية والزيدية والشيعة الإمامية.

الثاني: أنه لا فرق بين الإيصاء والوصية، بمعنى أنها تشمل عقداً يوجب نيابة عن عاقده بعد موته، أو عقداً يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزمه بموته، أو التبرع بماله بعد موته، وقد قال بذلك المالكية وبعض الحنابلة².

الفرع الثالث: تعريف الوصاية في الاصطلاح القانوني

إذا لم يكن للقاصر أو عديم الأهلية ولي تثبت الولاية على أمواله للقاصر، وقد نصت المادة 92 من تقنين الأسرة على ما يلي: ((يجوز للأب أو الجد تعيي 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 أحكام المادة 86 من هذا القانون)).

على الرغم من أن هذا النص الذي لم يعرف الوصي بشكل مباشر إلا أنه يتبين منه أن الوصي هو كل شخص غير الأب (أو الأم في تقنين الأسرة) أو الجد الصحيح، تمنح له الولاية على مال القاصر، وقد يكون ذلك عن طريق اختياره من قبل الأب أو الجد، أو بتعيينه من طرف المحكمة³.

¹ - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ج7، ط2، 1986، ص205.

² - عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع السابق، ص19.

³ - محمد سعيد جعفر: مدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص609.

المطلب الثاني مشروعية الوصاية ومقاصد الشريعة من تشريعها

دلّت على مشروعية الوصاية الكثير من الأدلة من المنقول والمعقول (فرع أول)، كما أنّ في تشريعها تحقيق لمقاصد عدّة (فرع ثان).

الفرع الأول: مشروعية الوصاية

اتّفق الفقهاء على مشروعيّة الوصاية واستحبابها وأنّه مندوب إليها من باب الحفاظ على القاصر الموصى عليه وعلى ماله، والذي لا يمكنه الاستقلال بالتصرف في شؤونه بما يكفل تحقيق مصالحه، بل قد تكون واجبة إذا خشي على الأولاد وأموالهم من الضياع، وقد استدلوا على ذلك بأدلة من المنقول والمعقول.

أولاً: الأدلة من الكتاب

أ- قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾¹، فالآية الكريمة دلّت على عدم جواز دفع المال للسفيه والقاصر، مما يستوجب وجود وليّ أو وصيّ يتصرف في أموالهما برشد وحكمة مراعاة لمصلحتهما.

ب- قوله عزّ وجلّ: ﴿وَابْنُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا﴾²، ووجه الدلالة من الآية أنّه لا بدّ من وجود وليّ أو وصيّ توكل إليه مهمّة التصرف في مال اليتيم حتى يبلغ ويصير بوسعه رعاية مصالحه الشخصية، وحينئذ فقط تدفع إليهم أموالهم، وقد ورد عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: ((أنزل قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾³ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾ في والي اليتيم أن يصيب من ماله إذا كان محتاجاً بقدر ماله بالمعروف))³.

¹ - سورة النساء: الآية 5.

² - سورة النساء: من الآية 6.

³ - أخرجه البخاري في الصحيح: كتاب الوصايا، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، ج3، ص 1017، حديث رقم 2614، ومسلم في صحيحه، كتاب التفسير، ج4، ص 2316، حديث رقم 3019.

ج- قوله جلّ وعلا: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِن أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾¹.

جاء مصطلح (شهد) بمعنى وصّى، وقيل معناها الحضور للوصية، وذهب الطبري إلى أنّ الشهادة بمعنى اليمين، أمّا وجه الدلالة من الآية أنّ المولى عزّ وجلّ حثّ المؤمنين على الإشهاد على الوصية، وهذا دليل على مشروعيتها، والوصاية طريق حصولها الوصية، فكان طلب الإشهاد على الوصية دليل على جواز ما يترتب عليها من أمور ومنها الوصية².

د- قال الله عزّ وجلّ: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾³.

وجه الدلالة من الآية هو جواز التصرف في مال اليتيم بما يصلحه، إذ الإصلاح الوارد في الآية يشمل جوانب عدّة منها الجانب المالي وهو جانب مهم جدا بالنسبة لليتيم، والوصاية متضمنة لتلك التصرفات، إذ الوصي يتصرف بمال القاصر بما يصلحه⁴.

ثانيا: الأدلة من سنة

أ- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((ما حقّ امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلاّ ووصيته مكتوبة عنده))⁵.

في هذا الحديث هو وعيد شديد لمن ترك الوصية، والمقصود من ذلك أن يحتاط المسلم فيكتب وصيته قبل وفاته، وتكون واجبة في حقّ الموصي، إذا كان موضوعها واجبا، فهي تأخذ حكم موضوعها⁶.

¹ - سورة المائدة: الآية 106.

² - عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع السابق، ص 29.

³ - سورة البقرة: من الآية 220.

⁴ - عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع السابق، ص 30.

⁵ - أخرجه البخاري في الصحيح: كتاب الوصايا، باب: الوصايا، حديث رقم 2587، ج 3، ص 1005؛ مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، حديث رقم 1627، ج 3، ص 1249.

⁶ - عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع السابق، ص 33.

قال النووي: قال الشافعي رحمه الله، معنى الحديث: فالحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده، ثم قال: ويستحبّ تعجيلها وأن يكتبها في صحته، ويشهد عليه، ويكتب فيها ما يحتاج إليه¹.

ب- وعن عائشة رضي الله عنها قالت: ((كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن وليدة بن زمعة مني، فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي كان عهد إليه فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر))².

وجه الدلالة من الحديث أن صدره دلّ على أن عتبة بن أبي وقاص رضي الله عنه قد أوصى أخاه قبل موته سعد بن أبي وقاص أن يأخذ ابنه ليقوم بشؤونه وينوب عنه، فلما حل وقت الوصاية نفذ الوصي (سعد) هذه الوصاية، فخاصم في دعوى أخيه، وحكم النبي صلى الله عليه وسلم أن الولد للفراش، وحكم النبي استناد لخصومة سعد التي تعدّ دليلاً على قبول الوصاية، وفي هذا دليل على مشروعية الإيصاء³.

ثالثاً: الأدلة من آثار الصحابة

أ- قال الإمام الشيرازي: ((روى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال: "أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم منهم: عثمان، والمقداد وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود رضي الله عنهم، فكان يحفظ أموالهم، وينفق على أبنائهم من ماله")). وهذا العمل من الصحابة فيه دلالة على مشروعية الوصاية في عهد الصحابة، ولم يكن ثمة مخالف فيكون هذا بمثابة إجماع سكوتي⁴.

¹ - محمود عبد الله بخيت: مفهوم الوصاية وأركانها- في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة العلوم القانونية والإنسانية، العدد3، 2012، ص151.

² - أخرجه البخاري في الصحيح: كتاب الوصايا، باب: قول الموصي لوصيه: تعاود ولدي، 843/2، حديث رقم 2745.

³ - أشرف حنظل الشاعر: أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية، ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006، ص14.

⁴ - فراس وائل طلب أبو شرح: المرجع السابق، ص131.

ب- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: ((لَمَّا حَضَرَ قَتَالَ أَحَدَ، دَعَانِي أَبِي مِنَ اللَّيْلِ فَقَالَ: لَا أَرَانِي إِلَّا مَقْتُولًا، فِي أَوَّلِ مَنْ يَقْتُلُ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِنِّي لَا أَدْعُ أَحَدًا بَعْدِي، أَعَزَّ عَلَيَّ مِنْكَ مِنْ بَعْدِ نَفْسِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِنَّ عَلَيَّ دِينًا، فَاقْضِ عَنِّي دِينِي، وَاسْتَوْصُ بِأَخَوَاتِكَ خَيْرًا، قَالَ: فَأَصْبَحْنَا، فَكَانَ أَوَّلَ قَتِيلٍ، فَدَفَنْتَهُ مَعَ آخَرٍ فِي قَبْرِ، ثُمَّ لَمْ تَطْبُ نَفْسِي أَنْ أَتْرَكَهُ فِي قَبْرِ، فَاسْتَخْرَجْتَهُ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِذَا هُوَ كَمَا وَضَعْتَهُ إِلَّا أُذُنَهُ)).

ووجه الدلالة أنه لم ينكر على أحد وصية عبد الله بن حرام (والد جابر) رضي الله عنهما، وفي هذا ما يدل على جواز الوصية، وأنه يجوز الوصاية بقضاء الدين، ورعاية الأولاد¹.

الفرع الثاني: مقاصد الشريعة من تشريعها للوصاية

ما من شك في أن الحرص على حفظ نفس ومال القاصر هو امتداد لحفظ مصالح الأمة ودرء المفساد عنها، ويمكن حصر أهم مقاصد الشريعة من تشريع الوصاية في النقاط الآتية:

أ/ **جلب المصلحة:** من مقاصد الشريعة الإسلامية من تشريعها للوصاية حفظ الموصى عليه وماله، ومن مصلحة هذا الأخير أن يحفظ ماله ويستغل على نحو صحيح ممن تتوفر فيه الأهلية لذلك، والذي تقيّد تصرفاته في مال الموصى عليه بالمصلحة، فإن انتفت المصلحة كان تصرفه غير صحيح ولا يعتدّ به، لأنه إما أن يلحق ضرراً بالقاصر الموصى عليه وإما أن يكون تصرفاً عبثياً، وكلا الأمرين غير مقبولين لا شرعاً ولا عقلاً.

ب/ **استثمار المال:** من جوانب حثّ الشريعة الإسلامية على استثمار المال تشريعها للوصاية، التي يقوم من خلالها الوصي باستثمار أموال القاصر، فلو لم تشرع الوصية لما أمكن استثمار مال القاصر.

ج/ **إزالة الضرر ودفعه عن مال القاصر:** حرصت الشريعة الإسلامية على دفع الضرر مهما كان، وتشهد لذلك الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِنَعْنَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾²، وقول النبي صلى الله عليه

¹ - محمود عبد الله بخيت: المرجع السابق، ص153.

² - سورة البقرة: من الآية 231.

وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار))¹، ولما كانت الشريعة حريصة على حفظ مال القاصر وعدم إلحاق الضرر به، لأنه غير قادر على حفظه بنفسه، فقد شرعت الوصاية دفعا للضرر عن هذا المال.

د/ مساعدة العاجز: مما تحققه الوصاية قضاء حوائج القصر وعديمي الأهلية لأنهم أشخاص عاجزون عن التصرف في أموالهم بأنفسهم.

هـ/ حفظ حقوق الموصى عليه: حيث تتناول الوصاية حفظ المصالح الشخصية والمالية للموصى عليه، التي بها قيامه وصلاحه في الدنيا والآخرة².

المطلب الثالث **شروط الوصي**

اشتراط الفقهاء المسلمون في الوصي جملة من الشروط وإن كانوا قد اختلفوا في بعضها:

أولاً: أن يكون الوصي مكلفاً؛ والمكلف هو من كان بالغاً عاقلاً، ولا يصح الإيصاء لصبي أو مجنون بالإجماع لفقدانهما للأهلية، ولا يمكنهما أن يتوليا لا شؤون أنفسهما ولا شؤون غيرهما، أما الصبي العاقل فقال أغلب الفقهاء لا يصح الإيصاء إليه، لأنه مولى عليه كالطفل والمجنون.

ثانياً: أن يكون مسلماً متى كان المولى عليه مسلماً، ذلك لأن الوصاية ولاية، ولا تصح ولاية غير المسلم على المسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾³، ولأن الكافر غير مأمون على المسلم لقوله تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُعْتَدُونَ﴾⁴.

ثالثاً: أن يكون الوصي عدلاً، فلا يصح أن يكون فاسقاً، لأن الوصاية ولاية واثتمان،

¹ - أخرجه مالك في الموطأ: كتاب الأفضية، باب: القضاء في المرفق، حديث رقم 1429، ج2، ص745؛ ابن ماجه: السنن، باب: من بنى في حقه ما يضر جاره، حديث رقم 2340، ج2، ص784.

² - انظر في تفصيل مقاصد الشريعة الإسلامية من تشريع الوصاية: عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع السابق، ص39 وما يليها.

³ - سورة النساء: من الآية141.

⁴ - سورة التوبة: الآية10.

والفاسق ليس من أهل الأمانة، ولا يؤتمن على غيره.

رابعاً: أن يهتدي إلى التصرف في الموصى به، فلا يصح الإيحاء إلى مغفل أو سفيه، لأن ذلك قد يلحق ضرراً بالموصى عليه.

هذه الشروط متفق عليها بين الفقهاء وثمة خلاف في شروط أخرى بينهم منها أن يكون الوصي ذكراً، بصيراً غير أعمى، متكلماً غير أخرص، وحرّاً¹.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أغفل النصّ على شروط الولي في نص المادة 87 من تقنين الأسرة فإنه نص على الشروط الواجب توافرها في الوصي في نص المادة 93 منه: ((يشترط في الوصي أن يكون مسلماً، عاقلاً ، بالغاً، قادراً، أميناً، حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوافر في الشروط المذكورة)).

وبعد تعرضنا لشروط الإسلام والبلوغ آنفاً نتعرض لشروطي القدرة وحسن التصرف، فبالنسبة لشروط القدرة معناه أن يكون الوصي على درجة من اليسار بحيث يكون ذا وسيلة مشروعة للتعيش، فلا يمكن اختيار أو تعيين شخص ما وصياً إذا كان مفلساً إلا إذا ردّ إليه الاعتبار. ويقصد بشرط حسن التصرف أن يكون الشخص حسن السيرة، ولم تسلب أهليته بأحد أسباب سلب الولاية، كما لا يمكن تعيين وصي كان قد عزل سابقاً من وصاية قاصر آخر، بالنظر لسوء تصرفه وتقديره بالشكل الذي عرض أموال القاصر للخطر².

المطلب الرابع أنواع الأوصياء

من خلال نص المادة 92 من تقنين الأسرة قا يتبين أنّ الوصي إمّا أن يكون مختاراً أو معيّناً.

الفرع الأول: الوصي المختار

تنص المادة 92 من تقنين الأسرة على ما يلي: ((يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو تثبت عدم أهليتها (...)).

¹ - انظر في تفصيل هذه الشروط: لدى محمد عبد العزيز النمي: المرجع السابق، ص124.

² - محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص614.

من خلال هذا النص يتبيّن أنّ الوصي المختار هو ذلك الشخص الذي يقوم الأب أو الجد باختياره ليتولى أمور أولاده القصر أو من في حكمهم¹. والأصل أن الأب هو من يختار الوصي حال حياته ليعهد إليه رعاية أموال ولده القاصر بعد وفاته، غير أنّه يشترط أن تكون أمهم قد توفيت قبل ذلك، أو أنّه ليس بمقدورها القيام بالالتزامات التي تفرضها الولاية، كأن تكون مريضة، أو عديمة الأهلية (مجنونة مثلاً)، باعتبار أن الأم تحل محلّ الأب بعد وفاته (المادة 87 من تقنين الأسرة).

فإذا اختار الأب وصياً قدّم هذا الأخير على الجدّ الصحيح، وهذا ما يفهم من نصّ المادة 92 سالفه الذكر.

وبالرجوع لنص المادة 94 من ذات التقنين يتعيّن عرض الوصاية على المحكمة بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها، فإذا تأكدت من توافر الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي ثبتتها وإلا رفضتها، ويمكن للأب أن يتراجع عن الوصية قبل وفاته.

ويمكن أن يختار الوصي من قبل الجد وفي هذا الفرض يفترض أنّ هذا الأخير هو الولي على مال القاصر، ويكون هذا غالباً في حالة ما إذا كان الوالدان متوفيان، أو كان الأب متوفى والأم غير قادرة على الوفاء بالتزامات الولاية كأن تكون فاقدة للأهلية.

وفي حالة تعدد الأوصياء المختارين يختار القاضي الأصلح منهم، وهو ما قضت به المادة 92 سالفه الذكر: ((....وإذا تعدّد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون)).

وبالرجوع للفقه الإسلامي يتبيّن أنّ الوصي المختار مقدّم على الجدّ عند الأحناف، وبليّه في الفقه الشافعي، ويكون بعد الأب في الفقه المالكي والحنبلي لعد إقرارهما لولاية الجدّ².

الفرع الثاني: الوصي المعيّن

وهو شخص يتم تعيينه للقاصر من قبل المحكمة في حالة ما إذا لم يكن له وصيّ مختار، ويطلق عليه (وصي القاضي) لأنّ هذا الأخير لا يمكنه أن يشرف بنفسه على أموال القاصر

¹ - أحمد عيسى: المرجع السابق، ص 96.

² - جميلة موسوس: المرجع السابق، ص 105.

لكثرة مهامه فيقوم بتعيين وصي ينوب عنه، والأصل أن المحكمة لا تعين للقاصر إلا وصيًا واحدًا، غير أنه قد تقتضي الضرورة أن تعين أكثر من وصي، وفي هذه الحالة لا يمكن لأحد الأوصياء أن ينفرد بإجراء تصرف ما إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصًا معينًا لكل واحد منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق، ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الحكم، في حين نص عليه المشرع المصري في المادة 30 من قانون الولاية على المال.

وغالبًا يتم تعيين الوصي من بين أقارب القاصر إن وجدوا، وإن لم يكن ذلك أمرًا لازماً، فيجوز بالتالي أن تعين المحكمة وصيًا من غيرهم¹، وفي هذا تنص المادة 467 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: ((يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة مقدماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره))، وقد استعمل المشرع مصطلح المقدم للدلالة على وصي القاضي أسوة بالفقه المالكي.

الفرع الثالث: الوصي الخاص

في حالة تعارض مصالح الوصي مع مصالح القاصر كأن يرغب الأول في شراء منقول أو عقار مملوك للثاني لنفسه أو لزوجته أو أولاده، فيكون من مصلحته شراؤه بأقل ثمن ممكن، ويكون من مصلحة القاصر بيعه بأعلى ثمن ممكن، فيحدث تصادم وتعارض بين المصالح، هنا تقضي المادة 90 من التقنين المدني بأنه: ((إذا تعارضت مصلحة القاصر ومصلحة الولي يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناءً على طلب من له مصلحة))، وهذا النص وإن كان متعلقاً بالولاية إلا أنه تمت الإحالة إليه بالنسبة لتصرفات الوصي بموجب نص المادة 95 من ذات التقنين، فتأخذ مسألة تعارض مصالح الوصي مع مصالح القاصر نفس حكم تعارض مصالح هذا الأخير مع مصالح الولي، وفي رأينا أن هذه الحالة تشبه إلى حد ما حالة تعاقد الشخص مع نفسه، المنصوص عليها في نص المادة 77 من التقنين المدني، على أنه في الحالة الأخيرة تتوقف صحة العقد على إجازة الأصيل - السابقة أو اللاحقة - بينما في الحالة الأولى يتولى قاضي شؤون الأسرة تعيين متصرف خاص من باب الحرص على مصالح القاصر.

¹ - محمد سعيد جعفرور: المرجع السابق، ص 612.

المطلب الخامس تمييز الوصاية عن المفاهيم القريبة منها

بعد أن ميزنا سابقا بين الوصاية والولاية عند تحديدنا لمفهوم هذه الأخيرة نكتفي بتمييز الوصاية عن بعض المفاهيم الأخرى القريبة منها مثل: الوصية، الحضانة، والوكالة.

الفرع الأول: الوصاية والوصية

تطلق الوصية في اللغة على فعل الموصي، وعلى ما يوصى به من فعل وتصرف، قال ابن منظور: وصيت الشيء بالشيء أوصيه: وصلته، وصى له بشيء: جعله له، وأوصى الرجل ووصاه: إذا عهد إليه، والوصية ما يوصى به، وسميت وصية لارتباطها بأمر الميت، ذلك لأن الموصي يصل ما بعد موته بما قبله، في نفاذ التصرف¹.

أما اصطلاحاً فقد عرفها المالكية بأنها: "تمليك للغير مضاف إلى ما يعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة" أو هي: "عقداً يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده"، وعرفها الأحناف بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"²، وقالوا: "هي تمليك مضاف لما بعد الموت"، وعرفها الأحناف بأنها: "التصرف بالمال بعد الموت".

من هذه التعاريف يتبين أن اللغة لا تفرق بين الوصية والإيصاء، وأن مادة وصى تدلّ على الوصل والإيصال، لا فرق بين الفعل المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى، غير أن الفقهاء يفرّقون بينهما، فيقولون أن الوصية تعني التصرف في المال المضاف إلى ما بعد الموت، أما الإيصاء فيراد به جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته، وهذا قول جمهور الفقهاء، من الشافعية والحنفية، وأكثر الحنابلة، والإباضية، والزيدية، والإمامية، ولم يفرق البعض بين الوصية والإيصاء فجعل الأولى شاملة للثانية وهذا قول المالكية وبعض الحنابلة، ومن ثمة جاءت تعريفاتهم للوصية مختلفة، فمن يرى عمومها عرفها بما يشمل الإيصاء، ومن يرى

¹ - ابن منظور: لسان العرب، (394/15).

² - علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكاساني): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مجلد 10، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص468.

خصوصها عرفها بما يجعلها قاصرة على التصرف في المال¹.

وعليه نقول أن أوجه الائتلاف بين الوصية والوصاية تتمثل في أن كلاهما فيه اتصال بأمر الميت على وجه الاستثناء، ذلك أن الأصل أن تصرف الإنسان في ما يملكه ينتهي بوفاة وحلول أجله، فهما يحملان معنى الاستدراك لأمر فيه خير، كما أن الوصية هي التي تثبت الوصاية لأنها تؤدي إليها، وذلك في حالة وصاية الاختيار، سواء كان الاختيار من الوصي أو من وصي لوصي آخر².

والفرق بينهما كما يقول الفقيه الشريبي رحمه الله: ((أن الإيصاء يعم الوصية، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء: وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، وتخصيص الوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده))³.

الفرع الثاني: الوصاية والحضانة

سبق أن تعرضنا للحضانة وقلنا أنها تعني رعاية الولد وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا (المادة 62 ق.أ.ج).

وبالمقارنة بين الوصاية والحضانة يظهر أن وجه الائتلاف بينهما يتمثل في أن في كل منهما معنى الحفظ والرعاية والتنمية، غير أن مقتضى الوصاية حفظ مال الموصى عليه وتنميته بما يصلح له في الغالب، وإن كانت تشتمل بعض التصرفات التي تتعلق بنفس القاصر، بينما مقتضى الحضانة حفظ المحضون ووقايتهم مما يؤذيهم، وتربيته وتهذيبه، والاهتمام بطعامه وشرابه، كما أن الوصاية تثبت بتقويض من الموصي للوصي، في حين تثبت الحضانة بالشرع، وقد يكون الوصي حاضنا⁴.

الفرع الثالث: الوصاية والوكالة

الوكالة لغة بفتح الواو وكسرهما يراد بها الحفظ والتقويض والتسليم، وحقيقتها الاستقلال

¹ - محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف المعمول بها في الجمهورية العربية المتحدة، مطبعة دار التأليف، الإسكندرية، 1381هـ/1962م، ص18.

² - عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع السابق، ص23.

³ - أشار إليه أحمد بن عبد الكريم المطوع: المرجع السابق، ص24.

⁴ - عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع نفسه، ص24.

بالأمر الموكل إليه¹.

أما في الاصطلاح فقد عرفت بتعاريف كثيرة منها: تفويض شخص ما له فعله، مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته، وعرفتها المادة 41 من قانون المعاملات المدنية السوداني بأنها: ((عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم))، وعرفها المشرع الجزائري في المادة 571 من التقنين المدني بأنها: ((الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه)).

من خلال هذه التعاريف يتبين أنّ الوكالة عبارة عن عقد رضائي بين شخصين يسمى أحدهما موكلا ويسمى الآخر وكيلًا، وبموجبه ينوب الأول الثاني في القيام بأعمال باسمه مع انصراف الآثار المترتبة عنها لشخص الأصيل لا لشخص الموكل، وقد تكون الوكالة خاصة أو عامة.

وبعد أن عرفنا سابقا الوصاية يتبين أنّ ثمة الكثير من وجوه الائتلاف والاختلاف بينها وبين الوكالة.

أولاً: أوجه الائتلاف

تتفق الوصاية مع الوكالة في النقاط الآتية:

أ/ كلاهما من العقود الجائزة.

ب/ كل من هما تعدّ ولاية متعدّية.

ج/ كل منهما يعقد بلفظ الآخر.

د/ في كل منهما نيابة الغير عن النفس.

هـ/ كل منهما إذن في التصرف دون الملك.

و/ يد كل من الوكيل والوصي على المال يد أمانة.

ثانياً: أوجه الاختلاف

رغم ما سبق بيانه من أوجه الاتفاق بين الوكالة والوصاية، إلا أنّ ثمة العديد من أوجه

¹ - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، (مادة وكل، 387/15).

الاختلاف بينهما:

- الوصاية إنابة في حال موت الموصي، بنما الوكالة إنابة حال حياة الموكل.
- من الشروط الواجب توافرها في الوصي الإسلام، البلوغ، الحرية، العقل، بخلاف الوكيل الذي لا يشترط فيه إلا العقل.
- القاضي هو من يشرف على تصرفات الوصي ويكون مقيدا في بعض التصرفات بضرورة الحصول على إذن قضائي بخلاف الوكالة حيث يشرف الموكل شخصا على تصرفات الوكيل¹.

المبحث الثاني

سلطات الوصي وانتهاء مهمته بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قبل التطرق لانتهاء مهمة الوصي (مطلب ثان) لا بد أن نعرض أولا على السلطات الممنوحة له (مطلب أول).

المطلب الأول

سلطات الوصي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

قبل التطرق لسلطات الوصي في التشريع الجزائري (فرع ثان)، يحسن بنا التطرق لنطاق وسلطات الوصي في الفقه الإسلامي (مطلب أول).

الفرع الأول: سلطات الوصي في الفقه الإسلامي

سنقتصر في هذا الصدد على التصرفات المالية للوصي في أموال القاصر، ولكن قبل ذلك لا بد من تحديد نطاق هذه التصرفات، مع الإشارة إلى أن الأصل في تصرفات الوصي أنها منوطة بإيجاب الموصي، حيث لا يملك منها إلا ما أوصي إليه فيه، أما ما لم يوص إليه فيه فلا يمكنه القيام به، لأنه كالوكيل مقصور على ما أذن له فيه.

أولا: نطاق تصرفات الوصي

يقتضي تحديد نطاق الوصاية الوقوف عند التكييف الفقهي لها، مع تحديد ضوابط تصرفات الوصي في أموال الموصى عليه.

¹ - أشرف حنظل الشاعر: المرجع السابق، ص 10.

أ/ التكليف الفقهي لتصرفات الوصي

من الأهمية بمكان الوقوف على التكليف الفقهي لتصرفات الوصي، لما يترتب على ذلك من آثار هامة كالضمان ونطاق التصرف، وفي هذا الصدد يمكن الحديث عن مسألتين اثنتين: الأولى: لأي فرع من فروع الفقه ترجع الوصاية، أمّا الثانية فتتمثل في تحديد: الوصف الفقهي للوصاية.

1/ الفرع الذي ترجع إليه الوصاية: ترتبط الوصاية بأحكام الأسرة، إذ تعد من مسائل الأحوال الشخصية، ومما يبرر ذلك: أن الوصاية تكون للأب إلا إذا فقد، أن الوصي عادة يكون من أقارب الموصى عليه، وأنها تقوم على أساس الشفقة والرأفة على الموصى عليه.

2/ الوصف الفقهي للوصاية: ينظر إلى الوصاية من هذه الزاوية باعتبارين:

- الأول: أن الوصي يكون أميناً على ما تحت يده من أموال الموصى عليه، فلا يكون ضامناً لما يتلف إلا بالتعدي أو التقصير، فالوصي مثل ناظر الوقف من حيث الضمان، كما أ، وصي القاضي تكون يده يد أمانة لأنّه مثل الوكيل، ومن ثمة يقبل قوله مع اليمين، وقد أكدت قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية على ذلك¹.

- الثاني: أن الوصاية إنابة بعد الموت، إذ الوصي يكون نائباً عن الموصي فيما أوصاه فيه، سواء كانت الوصاية مطلقة أم مقيدة، وهذا يكون بالنسبة للوصي المختار، أمّا بالنسبة لوصي القاضي فيكون وكيلاً عنه².

ب / ضوابط تصرفات الوصي

وضع الفقهاء المسلمون ضوابط يتعين على الوصي مراعاتها عند التصرف في أموال القاصر، وتكاد تكون هذه الضوابط محصورة في تحقيق مصلحة القاصر ودفع المفسدة عنه، وعليه يكون كل تصرف محقق للمصلحة - وفق ضوابط الشريعة الإسلامية⁹ - جائزاً،

¹ - انظر على سبيل المثال تقنين الأسرة الجزائري (المادة 98)، قانون الأحوال الشخصية المصري (المادة 59)، قانون الأحوال الشخصية السوري (المادة 193)، قانون الأحوال الشخصية العراقي (المادة 80)، مدونة الأحوال الشخصية المغربية (المادة 169).

² - عبد الله محمد سعيد ربايع: المرجع السابق، ص 134 وما يليها.

وبالعكس يكون كل تصرف مخالف لها ممنوعاً¹.

ثانياً: تصرفات الوصي في المعاملات المالية

نظراً لكثرة التصرفات التي يمكن التطرق إليها في هذا المقام سنتناول بعض منها كالبيع والتصرفات التبرعية والإجارة.

أ/ تصرفات الوصي في البيع

أجاز الفقهاء في الجملة تصرف الوصي في أموال الموصى عليه بالبيع، حيث قال الأحناف أنّ سلطة الوصي تختلف في بيع شيء من تركة الموصي باختلاف حال التركة بالنسبة لخلوها من الديون ومن الوصية، أو شغلها بهما أو بأحدهما، وباختلاف سنّ الموصى عليهم (صغاراً كانوا أو كباراً)، كما يؤخذ بعين الاعتبار حضورهم أو غيابهم، فإذا كانت التركة غير مشغولة بدين أو وصية وكان الورثة صغاراً، فللوصي أن يبيع منقول الموصى عليه بثمن القيمة، أو بغبن يسير، أما إن كان المبيع عقاراً فللوصي بيعه حسب رأي المتقدمين من الحنفية، متى كانت التركة غير مشغولة بدين وكان الورثة كلهم صغاراً، ويمسك ثمنه ويتصرف فيه، بينما قال متأخرو الحنفية بأنه لا يجوز بيع العقار إلا عند الحاجة.

أما إذا كان الورثة كباراً ولم يكونوا حضوراً فليس للوصي ولاية بيع شيء، أما إن كانوا كباراً وكانوا غائبين للوصي بيع المنقول، أما إن كان الورثة بعضهم صغاراً وبعضهم كباراً فقال أبو حنيفة يجوز للوصي بيع العقار أو المنقول.

وفي حالة ما إذا كانت هناك ديون على التركة فيفترق بين استغراق الديون للتركة أو عدم استغراقها لها، ففي الحالة الأولى للوصي بيع التركة كلها عقاراً أو منقولاً لسداد الديون، وفي الحالة الثانية فللوصي أن يبيع ما يكفي لسداد الديون.

واعتبر المالكية الوصي كالأب في بيع المنقول دون بيان السبب، لأنه نائب عنه ما لم يحاب في ذلك، بخلاف بيع العقار، ولا يجوز للوصي شراء شيء من التركة لنفسه².

¹ - عبد الله محمد سعيد ربايعه: المرجع نفسه، ص 137.

² - انظر بالتفصيل: عبد الله محمد سعيد ربايعه: المرجع نفسه، ص 175 وما يليها، أشرف حنظل الشاعر: المرجع السابق، ص 78.

ب/ تصرفات الوصي في التبرعات

اتَّفَق الفقهاء على أنه لا يجوز للوصي أن يتبرّع من أموال الموصى عليه، كأن يهبها أو يوصي بها، مستدلين بأدلة من المنقول والمعقول.

1/ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾¹.

وجه الدلالة من الآية أن الله عزّ وجل يأمر فيها بعدم أخذ شيء من مال الأيتام الذين يتم الإشراف عليهم والقيام بشؤونهم، بما يصلح شؤونهم، والتبرعات من مالهم كالهبة لا نفع فيها بالنسبة للموصى عليه، فهي غير جائزة بالنسبة للوصي.

2/ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار))².

وجه الدلالة من الحديث أنه دلّ على تحريم الضرر، وما من شك في أن التبرّع بمال الموصى عليه فيه إلحاق ضرر بهذا الأخير³.

ج/ تصرفات الوصي في الإجارة

اتَّفَق الفقهاء على أنه يجوز للوصي أن يقوم باستغلال أموال الموصى عليه بالإجارة، سواء كان لنفسه أو لغيره، بشرط أن يكون ذلك محققاً لمصلحة الموصى عليه، بأن تكون الإجارة بثمن المثل أو بأكثر من ذلك، أو بأقل مما يتغابن فيه الناس عادة، أما إن كانت الإجارة بأقل من ثمن المثل بكثير فلا تصحّ الإجارة، كما يكون للوصي أن يستأجر للموصى عليه شيئاً بمثل ثمن المثل أو بأقل منه أو بأكثر منه بقدر ما يتغابن الناس فيه عادة⁴.

الفرع الثاني: سلطات الوصي في التشريع الجزائي

أحال المشرّع الجزائري بشأن السلطات الممنوحة للوصي على المادة 87 المتعلق بالولي، حيث أنه ساوى بينهما وأعطى للأول نفس السلطات التي يتمتع بها الثاني، حيث جاء في نص المادة 95 من تقنين الأسرة: ((للوّصي نفس سلطة الوليّ في التصرف وفقاً لأحكام المواد 88، 89 و90 من هذا القانون))، وقد خالف في ذلك كلا من الفقه الإسلامي والقوانين

¹ - سورة الأنعام: من الآية 152.

² - سبق تخريجه ص 86 هامش 2.

³ - أشرف حنظل الشاعر: المرجع السابق، ص 86.

⁴ - عبد الله محمد سعيد رياينة: المرجع السابق، ص 184.

العربية الأخرى.

حيث قيد المشرع المصري سلطات الوصي بالمقارنة بتلك الممنوحة للولي، سواء كان الولي مختارا أو معينا، وهذا في نص المادة 39 من قانون الولاية على المال، ونفس الأمر بالنسبة للمشرع السوري (المادة 182 من تقنين الأحوال الشخصية).

ويبدأ الوصي في ممارسة صلاحياته في التصرف في أموال الموصى عليه منذ حصوله على الإذن من قبل قاضي شؤون الأسرة، الذي يقوم بالمصادقة على اتفاق الوصاية بتثبيتها حينما تعرض عليه، متى تحقق من توافر كافة الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي، عملا بأحكام المادة 94 من تقنين الأسرة التي تقضي بضرورة عرض الوصاية على القاضي لتثبيتها أو رفضها حيث جاء فيها: ((يجب عرض الوصية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها))، أما بالنسبة للجانب الإجرائي فقد حددته المادة 1/472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها: ((يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها...)).

وسنحاول بيان حدود سلطات الوصي بحسب نوع التصرفات التي قد تكون نافعة نفعاً محضاً، أو ضارة ضرراً محضاً، أو مترددة بين النفع والضرر.

أولاً: التصرفات النافعة نفعاً محضاً

يمكن للوصي القيام بمثل هذه التصرفات دون الحصول على إذن من المحكمة، ومثل ذلك قبول الهبات الغير مقترنة بشروط (الهبة الخالصة) وقبضها، وكذلك الأمر بالنسبة لقبول الوصايا غير المقترنة بشروط أو بقيود معينة، فهذا النوع من التصرفات فيه تحقيق لمصالح الموصى عليه، لأنها تزيد في ذمته المالية ولا تحمله أية أعباء أو التزامات، ويمكن للوصي أيضاً أن يستعير لمصلحة الموصى عليه وأن يبرم عقد كفالة إذا كان الموصى عليه دائناً لا مديناً.

ويمكن للوصي أن ينفق على القاصر من ماله الخاص في حدود ما يحتاج إليه، من غير إسراف ولا تقتير، وعليه أن يراعي وضع الحال الذي يختلف باختلاف مال القاصر قلة أو

كثرة، فينفق منها بقدر ما يليق بالقاصر ولا يضرّ بماله¹.

ثانياً: التصرفات الضارة ضرراً محضاً

إذا كانت التصرفات ضارة ضرراً محضاً فلا يجوز للوصي القيام بها ولو كان بإذن من المحكمة، ومثال هذه التصرفات أن يهب شيئاً من مال الموصى عليه أو يقفه أو يوصي به، ولا يجوز له أن يعقد كفالة تبرعية باسم القاصر إلاّ بعد الحصول على إذن من قبل قاضي شؤون الأسرة، واستثنى المشرع المصري الهبة لأداء واجب إنساني أو عائلي (المادة 38 من قانون الولاية على المال).

مع الملاحظة أن الوصي يشترك مع الولي في حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً والضرارة ضرراً محضاً فهما يملكان القيام بالأولى ولا يملكان القيام بالثانية².

ثالثاً: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

نفق في هذا الصدد بين أُمال الإدارة وأعمال التصرف

أ/ أعمال الإدارة

القاعدة العامة أنّ الوصي بإمكانه القيام بكافة أعمال الإدارة دونما حاجة إلى استصدار إذن من قاضي شؤون الأسرة ، إلاّ أنه تطبيقاً لأحكام المادة 2/88 من تقنين الأسرة التي تتعلق بسلطات الولي، والتي أحالت إليها المادة 95 من ذات القانون، يتعيّن على الوصي الحصول على إذن مسبق من القاضي قبل القيام ببعض أعمال الإدارة لأموال الموصى عليه، نذكر منها على سبيل المثال: إيجار أموال القاصر لمدة تفوق ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سنّ الرّشد، يشترط في الإيجارات التي يبرمها الوصي لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لسنة بعد بلوغ القاصر سنّ الرّشد أن يحصل الوصي على إذن مسبق من قبل قاضي شؤون الأسرة مثله مثل الولي، حيث قيدت المادة 2/88 بضرورة الحصول عليه، باعتبار أن هذا الإيجار يحتمل أن يلحق ضرراً بالقاصر لأنه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فهي تقيد إرادة القاصر بعد بلوغه سنّ الرّشد، ولنفرض أن الولي أبرم عقد إيجار

¹ - محمد بوعمره: المرجع السابق، ص128.

² - جميلة موسوس: المرجع السابق، ص126.

لعقار مملوك للقاصر الذي بلغ سبعة عشر سنة مثلاً لمدة عشر سنوات، ففي هذه الحالة يجد القاصر نفسه ملزماً بالعقد لثمان سنوات بعد بلوغه لذا اشترط المشرع ضرورة الحصول على إذن مسبق من القاضي.

ب/ أعمال التصرف

تشمل أعمال التصرف التصرف في منقولات وعقارات القاصر، استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة بها في شركة، وهذا ما سنفصل فيه على النحو الآتي:

1/ التصرف في منقولات أو عقارات القاصر

على الوصي الحصول على إذن من القاضي عند التصرف في عقار مملوك للقاصر بالبيع أو الرهن أو القسمة، أو المبادلة، أو المصالحة، ونميز بصدد بيع عقار القاصر بين فرضين: الأول: عدم قيام ما يسوّع البيع، وهنا لا يمكن بيع العقار أصلاً، لأن ذلك لا يحقق مصلحة للقاصر، ونحن نعلم أنّ الإذن يكون مقيداً بأمرين اثنين: المصلحة والضرورة، الثاني: وجود مسوّغ للبيع: وهنا يجوز بيع العقار بعد الحصول على إذن، ومن المسوغات مثلاً بيع العقار لقضاء دين، أو أن تتعلق بالتركة حقوق لا يمكن استيفاؤها إلا ببيع العقار، أو أن يكون في بيع العقار تحقيق لمصلحة الموصى عليه وخير له من بقاءه، أو أن تكون ثمة حاجة ملزمة لبيع لعقار كأن لا يجد الوصي ما ينفق منه على الموصى عليه فيضطر لبيع العقار في سبيل الإنفاق عليه، علماً أن الوصي غير ملزم بالإنفاق على الموصى عليه من ماله الخاص ب من مال القاصر.

ولا يمكن للوصي التصرف في المنقولات ذات الأهمية الخاصة إلا بعد الحصول على الإذن من قبل قاضي شؤون الأسرة، ومثالها بيع الأسهم في البورصات، وبيع الحقوق المعنوية كبيع حقوق الملكية الأدبية والفنية¹.

2/ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة بها في شركة

فالإقراض المال غالباً ما ينطوي على مخاطرة برأس المال، وبالتالي فهو ينطوي على خطورة بالغة مما يستدعي الحصول على إذن قضائي من قبل قاضي شؤون الأسرة، ولا يمنح هذا

¹ - محمد بوعمره: المرجع السابق، ص 128.

الأخير الإذن إلا إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك، كما لا يجوز للوصي أن يقترض من مال القاصر لنفسه، إلا بعد الحصول على الإذن، والسلطة التقديرية في منحه أو رفض ذلك منوطة بالقاضي.

ونفس الأمر ينطبق في حالة ما إذا رغب الوصي في المساهمة بأموال القاصر في شركة، مع الإشارة أن المشرع الجزائري ضيق نوعا ما من سلطات الولي حينما حصر الأمر في المساهمة في شركة والتي تعد من أعمال التجارة وكان عليه أن يوسع في الأمر ليشمل كافة أعمال التجارة¹.

المطلب الثاني

انتهاء مهمة الوصي ومحاسبته بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

قبل التعرض لحالات انتهاء الوصاية باعتبارها ولاية نيابية في قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة (مطلب ثان)، نبين هذه الحالات عند الفقهاء المسلمين (فرع أول).

الفرع الأول: انتهاء مهمة الوصي في الفقه الإسلامي

ثمة حالات عديدة تنتهي فيها مهمة الوصي، منها ما يرجع إليه، ومنها ما يرجع للموصى عليه، ومنها ما يرجع للعمل الموكل إلى الوصي، لعل من أهمها:

أولا: عزل الوصي

اتفق الفقهاء المسلمون على أنه يجوز للموصي أن يعزل وصيه، باعتبار أن الوصية عقد جائز غير لازم، مثله مثل الوكالة، فكما يجوز للموكل عزل وكيله، يجوز للموصي عزل الوصي، حتى وإن لم تظهر منه خيانة أو فسق².

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأنه يمكن للقاضي أن يعزل الوصي متى حدثت له حالة تخرجه عن الوصاية، كأن يصبح غير قادر على ممارسة

¹ - محمد بوعمره: المرجع السابق، ص132.

² - عبد الله محمد الربابعة، أحكام انتهاء الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد36، العدد2، 2009، ص550.

الوصاية، ولا يعود إلى الأهلية إلاّ بعدد جديد¹.

ثانيا: موت الوصي

اتّفق الفقهاء على أنّ الوصاية تنتهي بوفاة الوصي، ولأنّ الوصاية ترتبط بشخصيّة هذا الأخير فلا يكون ثمة محل لانتقالها إلى الورثة، جاء في الروض المربع: ((وإن غاب أحدهما أو مات أقام الحاكم مقامه أمينا))²، والمقصود غياب أحد الوصيين أو موته في حالة تعدد الأوصياء)).

ثالثا: موت الموصى عليه

باعتبار أنّ الوصاية شرعت رعاية لمصلحة الموصى عليه، فإن وفاة هذا الأخير يترتب عنه زوالها، فلا يبق لها محل، وتؤول أمواله إلى ورثته.

رابعا: فقد الوصي لشروط المعتبرة شرعا

كأن يفقد الوصي عقله بجنون مثلا، فهنا تزول الوصاية، ويعزل الوصي باتّفاق الفقهاء لأنّ المجنون لا ولاية له على نفسه، فلا تثبت له الوصاية على غيره من باب أولى، واتّفق الفقهاء على أنّ تغيير حال الوصي من القوة إلى الضعف، ومن التدبير إلى العجز لا تزول معه الوصاية غير أنّ للقاضي أن يضمّ إليه وصيا أمينا أو معينا يساعده رعاية لحق الموصي والورثة، واشترط الحنفية ألاّ يكون العجز تاما وإلاّ عزله القاضي، أمّا إن صار الوصي سفيها فيعزل عن الوصاية، إذ السفيه لا ولاية له على نفسه فلا يصح أن يكون وصيا على غيره³.

خامسا: انتهاء مدة الوصاية

اتفق الفقهاء على أنّ الوصاية تنتهي بانتهاء المدة التي حددت لها، كأن تكون محددة بسنة أو سنتين أو بعودة زيد أو عمر، مستدلين بالقياس، حيث قاسوا الوصاية على الوكالة، فكما أن الوكيل استفاد التصرف بالإذن من الموكل فكان مقصورا على ما أذن له فيه، فكذلك

¹ - عبد الله محمد الربايعة: نفس المرجع والموضع.

² - مشروع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي (ص90/91). نقلا عن عبد الله محمد الربايعة: أحكام انتهاء الوصاية، مرجع سابق، ص553.

³ - انظر في تفصيل تغيير حال الوصي فراس وائل طلب أبو شرح: المرجع السابق، ص157 وما يليها.

الوصي يتصرف حسب ما أذن له الموصي، والعلة الجامعة تتمثل في الإذن المقيّد¹.

سادساً: إنتهاء العمل الذي عهد إلى الوصي القيام به

إذا كانت الوصاية مقيدة بعمل معين عهد إلى الوصي فإنها تنتهي بمجرد فراغه من القيام به، فإن كان هذا العمل هو بيع عقار للموصى عليه انتهت الوصاية متى بيع هذا العقار، وإذا كان استيفاء دين معين انتهت الوصاية بمجرد أن يستوفيه وهكذا.

سابعاً: بلوغ الصبي عاقلاً رشيداً أو ترشيده من قبل القاضي قبل ذلك

إذا بلغ الصبي وصار رشيداً انتهت الولاية النيابة (الوصاية) عليه، إذ لا وصاية على راشد، لقدرة هذا الأخير على التصرف في أمواله، إلا إذا كان قد بلغ فاقدا للأهلية كأن يكون مجنوناً، لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ﴾²، فعلى الوصي أن يسلم للصبي الذي بلغ الرشد أمواله بعد أن يختبر قدرته على التصرف، ويشهد على ذلك من باب تبرئة الذمة، ولا يحل للأوصياء أن يأكلوا أموال الموصى عليهم بغير بحق كما جاء في الآية السابقة³.

كما تنتهي الوصاية بالترشيد، وهو أن يأنس الوصي الرشد في الموصى عليه، فيرفع عنه الوصاية بإذن من القاضي، أو أن يأنس القاصر من نفسه رشداً فيطلب من القاضي ترشيده⁴.

ثامناً: عودة الولاية إلى الأب أو الجد

قد يكون سبب الوصاية فقد الولي لأهليته بحيث لا تصبح له أهلية تولي شؤون المولى عليه كأن يفقد أهليته بجنون أو عته ونحوها، فإذا عادت للولي أهليته ارتفعت الوصاية، وحلت محلّها ولاية الولي الشرعي، واتفق الفقهاء على أن الولاية هي الأصل فإن عاد الأصل ارتفع البديل (الوصاية)، وقد مر بنا أن الأب يقدم في الولاية على غيره من الأقارب⁵.

¹ - أشرف حنظل الشاعر: المرجع السابق، ص115.

² - سورة النساء: من الآية6.

³ - عبد المنعم الهاشمي: التفسير الميسر للقرآن العظيم، ط1، دار اليقين للنشر، المنصورة، 2009، ص165.

⁴ - جميلة موسوس: المرجع السابق، ص147.

⁵ - عبد الله محمد الربايعة: المرجع السابق، ص554.

تاسعا: عزل الوصي نفسه عن الوصاية (الاستقالة)

اتفق الفقهاء على أنّ ردّ الوصي للوصاية حال حياة الموصي - بحضوره أو غيبته مع علمه بذلك - يجعلها غير لازمة في حقه، وخالف الشافعية في ذلك، حيث قالوا أنّه لا عبرة للردّ حال حياة الموصي، أمّا بعد وفاة الموصي فذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى أنّه يمكن للوصي رد الوصية بعد قبولها، وقال الحنفية والمالكية وأكثر الحنابلة أنّه لا يمكنه ردّها إلا بعذر مقبول¹.

وفي تفصيل هذه الآراء نقول أنّ هناك خلافا فقهيا حول ما إذا كان يشترط لقبول الاستقالة مبرر، أم أنّها تقبل لمجرد طلبها من الوصي مراعاة لمصلحة القاصر، حيث قال الأحناف أنّه يمكن للوصي تقديم استقالته متى شاء، لأنّ الوصاية تبرّع، والتبرّع لا يلزم صاحبه، واشترط الشافعية لقبول الاستقالة شرطين اثنين: وجود من يخلفه، وألا يغلب على الظنّ ضيع أموال القاصر، وقال الحنابلة يمكن للوصي الاستقالة قبل وفاة الموصي، وميّز المالكية بين الاستقالة بعذر وبغير عذر، فإن كانت بغير عذر لا تقبل استقالته، أما في حالة ما إذا كانت بعذر فللقاضي أن يخلفه بشرطين: أن يثبت الوصي أن العذر يمنعه من القيام بمهامه، وأن يكون العذر طرأ بعد قبوله للوصية، أما إذا كانت الاستقالة قبل قبولها فلا تقبل استقالته إلا لأحد أمرين: إذا ثبت أنّه لم يقدر على الوفاء بما تعهّد به، أو أن الحياء حال بينه وبين رفض الوصية².

الفرع الثاني: إنتهاء مهمة الوصي في التشريع الجزائري

تنص المادة 96 من تقنين الأسرة على ما يلي: ((تنتهي مهمة الوصي:

- 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.
- 2- ببلوغ القاصر سنّ الرشد، ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.
- 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.
- 4- بقبول عذره في التخلّي عن مهمّته.

¹ - عبد الله محمد الربايعة: المرجع نفسه، ص552.

² - انظر في عرض هذه الآراء جميلة موسوس: المرجع السابق، ص148.

5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدّد مصلحة القاصر)).

باستقراء هذا النصّ يمكن ردّ أسباب انتهاء مهمّة الولي إلى ثلاثة أقسام: أسباب ترجع إلى القاصر (الموصّى عليه)، وأسباب تعود إلى الوصي، وأسباب تتعلق بالمهام التي من أجلها قامت الوصاية.

أولا/ انتهاء مهمّة الوصي بسبب يتعلّق بالقاصر

تنتهي مهمّة الوصي لهذا السبب في فرضين اثنين:

أ/ حالة موت القاصر

في حالة وفاة القاصر المشمول بالوصاية لا يبق مبرر لاستمرار هذه الأخيرة، ولا يهمننا في هذا الصدد إن كان الموت حقيقيا أو بحكم القاضي كما في حالة المفقود.

ب/ حالة بلوغ القاصر سنّ الرّشد وكان غير محجور عليه

متى بلغ القاصر التاسعة عشر سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية ولم يتم الحجر عليه لعارض من عوارض الأهلية كالعتة أو الجنون صار راشدا، كامل الأهلية، ولا يكون بحاجة إلى وصاية، طبقا لما تنص عليه المادة 40 من التقنين المدني، والتي جاء فيها: ((كل شخص بلغ سنّ الرّشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرّشد تسعة عشر (19) سنة كاملة)).

وإذا بلغ الصبي هذه السن غير أنه صدر حكم من القضاء بالحجر عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة استمرت الوصاية عليه بقرار من المحكمة.

ثانيا: انتهاء مهمّة الوصي بسبب يرجع للوصي

تنتهي مهمّة الوصي بسبب يرجع للوصي ذاته في الحالات الآتية:

أ/ موت الوصي

في حالة وفاة الوصي تنتهي الوصاية بقوة القانون، ولا يبق مبرر لاستمرارها، ومثلما رأينا بالنسبة لوفاة القاصر ليس ثمة فرق بين الموت الحقيقي والموت الحكمي، وبالرجوع لنص المادة 97 من تقنين الأسرة يتعيّن على ورثة الوصي تسليم أموال القاصر عن طريق القضاء

للمعني بالأمر.

و تأخذ حالة عجز الوصي حكم الوفاة لتحقيق موانع الأهلية فيه.

ب/ زوال أهلية الوصي

تنتهي الوصاية أيضا إذا أصيب الوصي بعارض من عوارض الأهلية المنقصة أو المعدمة لها، كالجنون والعتة والغفلة والسفه، لأنّ في هذا الفرض ينعدم أحد الشروط الواجب توافرها في الوصي والتي أوردتها المادة 93 من تقنين الأسرة والمتمثلة في وجوب كونه عاقلا قادرا، ولأنّه يكون هو نفسه في حاجة إلى من يرعى شؤونه، وليس من المستساغ أن يتولى شؤون غيره لأن فاقده الشيء لا يعطيه.

ج/ استقالة الوصي

يمكن للوصي أن يقدم طلب استقالة إلى المحكمة فإذا قبلته هذه الأخيرة انتهت الوصاية، وتحكم المحكمة بقبول الطلب متى قدّم الوصيّ عذرا مقبولا يسوّغ الاستقالة، وقد نصت على ذلك المادة 4/96 من تقنين الأسرة: ((تنتهي مهمة الوصي...4/ بقبول عذره في التخلي عن مهمته))، ومثال ذلك أن يسافر الوصي لمدة طويلة فيخشى على أموال القاصر من الضياع، أو أن ينشغل بعمل أو تجارة لا تترك له مجالا للاهتمام بأموال القاصر التي تحتاج إلى رعاية دورية مستمرة¹.

د/ عزل الوصي

تنتهي الوصاية أيضا بعزل الوصيّ من لدن المحكمة، بعد تقديم طلب بذلك ممّن له مصلحة، إذا قام به سبب يجعله غير صالح للوصاية، أو إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، ويكون ذلك إذا ما أساء الوصي التصرف في مال القاصر أو أهمل فيها.

وبالرجوع لقوانين الأحوال الشخصية العربية المقارنة نجد أنّ نظام التركات وأموال الأيتام الأردني نص في الفقرة الأولى من المادة 46 منه على أنّه يمكن للمحكمة إذا شكت في سلوك أحد الأوصياء أن تكف يده، وتعين مدير دار الأيتام أو غيره في الإشراف على شؤون القصر، ريثما تقام الدعوى ويثبت لديها خيانتة أو براءته مما رمي به، فإذا ما ثبتت إدانته تم

¹ - أحمد عيسى: المرجع السابق، ص 101.

عزله، وإلا ضمت إليه غيره، أو أعادت إليه شؤون الوصاية ليقوم بها منفردا، كما نص قانون الولاية على المال المصري في المادة 48 منه على أنّ للمحكمة عزل الوصي إذا توافرت أسباب جديدة تدعو للنظر في عزله، أو في قيام عارض من العوارض التي تزيل أهليته، كما نصت المادة 49 منه على الحالات التي يتم فيها عزل الوصي وهي:

1- إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية، وفقا للمادة 27 التي تتحدث عن شروط الوصي، ولو كان هذا السبب قائما عند تعيينه.

2- إذا أساء الإدارة، أو أهمل فيها، أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر.

ثالثا: انتهاء الوصاية بسبب يتعلق بالمهام التي قامت الوصاية من أجلها

تنتهي الوصاية متى انتهت الأعمال أو المهام التي من أجلها تم اختيار الوصي أو تعيينه، كأن تعود رعاية أموال القاصر إلى الولي الذي سلبت منه الولاية، لأحد أسباب سلب الولاية، كما تنتهي مهمة الوصي المؤقت بانتهاء المدة التي حددت له¹.

رابعا: آثار انتهاء الوصاية (تصفية العلاقة بين الوصي والقاصر)

قضت المادة 97 من تقنين الأسرة بوجوب اتخاذ عدة إجراءات من أجل تصفية العلاقة بين الوصي والقاصر في حال انتهاء الوصاية ، ولعل الغرض من ذلك هو حماية أموال القاصر من الزوال والتلف.

ويتعين على الوصي الذي انتهت ولايته بأحد الأسباب المشار إليها سابقا أن يقوم بتسليم كل ما في حوزته من أموال مملوكة للقاصر، وأن يقدم عنها حسابا بالمستندات إلى الشخص الذي سيخلفه في الوصاية، أو إلى القاصر عندما يبلغ سن الرشد، أو إلى ورثته في حالة وفاته، وهو مقيد بأجل قدره شهرا تحسب من تاريخ انتهاء مهمته، حيث جاء في المادة 97 من تقنين الأسرة: ((على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا لمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشح أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته))، وهذه المدة محددة في القانون المصري والسوري

¹ - محمد سعيد جعفر: المرجع السابق، ص618؛ عبد الله محمد الربايعة: المرجع نفسه، ص553؛ أحمد عيسى:

المرجع السابق، ص100.

والمغربي بشهر واحد من تاريخ انتهاء الوصاية¹.

ونص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يسمى دعاوى المحاسبة، وهي تتعلق بالحالات التي تأمر فيها المحكمة بتقديم حسابات، لتصفية حساب أموال القصر، ويتضح من خلال نصوص القانون أنّ الأمر يخص حالة التنازع بين القاصر المرشد أو النائب الشرعي الجديد والوصي الذي انتهت مهامه، حيث ذكر المشرع الأوصياء دون غيرهم، على الرغم من أنّ المادة 590 من هذا القانون قررت مبدأ عاما إلا أنّ المادة 599 منه حين تكلمت عن الاختصاص المحلي لدعاوى المحاسبة، لم تشر إلا إلى الأوصياء، بينما أشارت بقية المواد كيفية تقديم الحساب، والفصل في الخصومة، والطعن في الحكم.

ويمكن للقاضي المختص إقليميا اتخاذ كافة الإجراءات الاستعجالية المناسبة في حالة ثبوت تقصير من النائب الشرعي عموما سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما بمقتضى أوامر ولائية مؤقتة، ولعل ما يبرر الطابع المؤقت لهذه الأوامر أنّ القاضي عليه أن يقرّر في أقرب وقت ممكن إمّا إنهاء مهام النائب الشرعي وتعيين نائب جديد، أو إلغاء أمره الولائي متى رأى أنّه لم يعد له داع².

¹ - المواد: 51 من قانون الولاية على المال المصري، 191 من تقنين الأحوال الشخصية السوري، 168 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

² - محمد توفيق قديري: المرجع السابق، ص490.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

أ/ القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

ب/ كتب التفسير وعلومه

01/ عبد المنعم الهاشمي: التفسير الميسر للقرآن العظيم، ط1، دار اليقين للنشر، المنصورة، 2009.

02/ محمود شكري الألوسي البغدادي شهاب الدين: روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.

ج/ كتب السنّة وشروحها

01- أحمد بن الحسين بن علي البيهقي: السنن الكبرى (وفي ذيله الجوهر النقي)، مطبعة مجلس دائرة العثمانية، ط1، حيدر آباد، الهند، 1353هـ.

02- أحمد بن شعيب بن علي النسائي: سنن النسائي، مكتبة المعارف، ط1، القاهرة، 1416هـ/ 1995م.

03- أحمد بن محمد بن حنبل: المسند، دار الحديث، القاهرة، 1416هـ/ 1995م.

04- محمد بن عيسى الترمذي: الجامع الكبير (تحقيق بشار عواد معروف)، المجلد2، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1996.

05- سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، دمشق، 1430هـ/ 2009م.

06- علي بن عمر الدارقطني: سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1424هـ / 2004م.

07- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي: الجامع المختصر من السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، مكتبة المعارف، ط1، الرياض، د.ت.

08- محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة: سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت.

09- محمد بن اسماعيل البخاري: الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، دار طوق النجاة، ط1، بيروت، 1422هـ.

10- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: الجامع الصحيح، المطبعة العامرة، ط1، دار الخلافة العلية، 1331هـ.

د/ كتب اللغة

01/- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ابن منظور : قاموس العرب المحيط، المجلد 15، دار صادر، بيروت، لبنان

02/ أحمد بن فارس بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ط2، دار الفكر، 1979.

ثانيا: المراجع

أ/ الكتب

01/ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2003.

02/ أحمد شرف الدين: نظرية الالتزام، الجزء 1- مصادر الالتزام- النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2003.

03/ د/ أنور سلطان: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، عمان، 2005.

- 04/ باسل محمود الحافي: فقه الطفولة - أحكام النفس - دراسة مقارنة، دار النوادر، ط، دمشق، بيروت، 1، 2008.
- 05/ بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1987.
- 06/ جمال سايس: الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ط1، مطبوعات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013.
- 07/ رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2005.
- 08/ علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكاساني): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، 2003..
- 09/ علاء الدين أبي بكر بن مسعود (الكاساني): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مجلد10، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- 10/ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط1، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، 1999.
- 11/ عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا الشرق، 1996.
- 12/ عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- 13/ عبد الله محمد سعيد ربايع: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.
- 14/ عبد الودود يحي و نعمان جمعة: دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة

للتعليم المفتوح، القاهرة، 2002.

15/ **علي علي سليمان**: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

16/ **د/ علي علي سليمان**: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

17/ **عوض بن رجاء العوفي**: الولاية في النكاح، الجزء الأول، الجامعة الإسلامية، ط1، المدينة المنورة، 1423هـ.

18/ **مالك بن أنس الأصبحي**: المدونة الكبرى (رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمان بن القاسم العتقي)، المجلد4، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الرياض.

19/ **محمد أبو زهرة**: الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، 1400هـ/ 1980م.

20/ **محمد أبو زهرة**: الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر.

21/ **محمد حسنين**: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص الأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

22/ **محمد سعيد جعفرور**: مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011.

23/ **محمد صبري السعدي**: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات- مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء1، ط2، 2004.

24/ **محمد قذري باشا**: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، مصر، 1891.

25/ **محمد مصطفى شلبي**: أحكام الوصايا والأوقاف المعمول بها في الجمهورية العربية المتحدة، مطبعة دار التأليف، الإسكندرية، 1381هـ/ 1962م.

26/ **محمود علي السرطاوي**، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان،

الأردن، 2010.

27/ مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1977.

28/ نبيل إبراهيم سعد: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص148.

ب/ الرسائل والمذكرات الجامعية

01/ أحمد بن عبد الكريم المطوع: أحكام الولاية المالية على القصر، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1432هـ.

02/ اسعد فاطمة: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

03/ أشرف حنظل الشاعر: أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية، ومدى تطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2006.

04/ باسم حمدي حرارة: سلطة الولي على أموال القاصرين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010.

05/ بخالد عجالي: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005.

06/ جميلة موسوس: الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكر ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006.

07/ دليلة سلامي: حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2008.

08/ سمير شيهاني: شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014.

09/ صالح بوغرة: حق الأولاد في النسب والحضانة، على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2007.

10/ عبد الرزاق حسن فرج: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1383هـ/1968م.

11/ عبد الله محمد سعيد ربيعة: الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 2005.

12/ عوض بن رجاء بن فريج العوفي: الولاية في النكاح، رسالة ماجستير (منشورة)، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ج1، 1423هـ الموافق 2002م.

13/ فراس وائل طلب أبو شرح: الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007/2008.

14/ كمال صمامة: مسقطات الحضانة في التشريعات المغاربية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر حمة، الوادي، الجزائر، 2014، 2015.

15/ محمد بوعمره: أموال القصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2012/2013.

16/ الهادي معفي: سلطة القاضي على أموال القصر في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2013/2014.

17/ هشام عبد الجواد العجلة: الولاية على نفس القاصر في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، رسالة ماجستير، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2013/2014.

ج/ المقالات العلمية

01/ أحمد رباحي: حكم التصرفات القانونية لناقص الأهلية، دراسة مقارنة في القوانين الجزائري والقوانين المقارنة والفقہ الإسلامي، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، العدد5، ديسمبر 2015.

02/ أكرم زادة الكردي: أحكام الولاية على أموال القاصر في القانون العراقي والمصري- دراسة مقارنة- مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد5، العدد2، جوان 2020.

03/ آمنة محمد اسويب وعدنان محمود العساف: ولاية المرأة ووصايتها على أموال أولادها القصر) دراسة مقارنة بالفقہ الإسلامي وقانون تنظيم أحوال القاصرين الليبي لسنة 1992 واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، الجامعة الإسلامية، غزة، العدد3، 2019.

04/ جيلالي تشوار: الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، العدد1 ، الجزائر، 2006.

05/ ربيعة إغاث: الحضانة بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مجلة حوليات جامعة الجزائر، العدد27، الجزء1، 2015.

06/ عبد القادر حمر العين: ولاية الأم أساس مسؤوليتها عن الأفعال الضارة لأبنائها القصر، مجلة الأستاذ الباحث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد4، العدد2، 2019.

07/ عبد الله محمد الربايعة: أحكام انتهاء الوصاية في الفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد36، العدد2، 2009، ص550.

08/ عقيلة بلقاسم وأحمد رباحي: رقابة القاضي على تصرفات الولي الشرعي في أموال القاصر في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، المجلد8،

العدد2، 2020.

09/ عيسى أحمد: الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيبي علي، البليلة2.

10/ محمد توفيق قديري: حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيذر، العدد14، 2019.

11/ محفوظ بن صغير: ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، العدد8.

12/ محمود عبد الله بخيت: مفهوم الوصاية وأركانها- في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة العلوم القانونية والإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد3، 2012.

13/ موني بودريالة: تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضّرر بين أحكام القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، العدد10، جوان 2020.

14/ الهادي معيفي: تصرفات الولي الضارة بأموال القصر - في قانون الأسرة الجزائري والعربي المقارن - مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي التبسي، تبسة، المجلد3، العدد2، سبتمبر 2018.

15/ هشام عليواش: اشتراط الإذن القضائي في تصرفات الولي على المال في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليلة2، لونيبي علي، العدد9، 2019.

د/ المؤتمرات والملتقيات والندوات العلمية

01/ عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين: تنفيذ أحكام الحضانة والزيارة، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي،

جامعة أم القرى، 1436هـ.

هـ/ المجلات القضائية

المحكمة العليا المجلة القضائية العدد4، لسنة 1989.

المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد1، سنة 1997، ص.ص 53-55..

المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد2، 1998، ص.ص 77-79.

المحكمة العليا، المجلة القضائية : المحكمة العليا، العدد1، 2009، ص267.

و/ النصوص القانونية

01/ قانون رقم (12/15) مؤرخ في 19 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفولة، جريدة رسمية رقم 39 صادرة بتاريخ 19 يوليو 2015.

02/ قانون رقم (19/15) مؤرخ في 18 ربيع الأول 1437هـ الموافق ل30 ديسمبر 2015م يعدل ويتمم الأمر 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل8 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 71 صادر بتاريخ 18 ربيع الأول 1437هـ الموافق ل30 ديسمبر 2015م.

03/ قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد21، صادرة بتاريخ 24 أبريل 2008.

04/الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 2004/02/03 بتنفيذ القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الجريدة الرسمية عدد5184، الصادرة بتاريخ 2004/02/05.

05/ القانون رقم 052/2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

06/ أمر 58/75 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

07/ القانون رقم 10 لسنة 1984 المتضمن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم بليبيا، بتاريخ 19/04/1984.

08/ قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09/06/1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتّم.

09/ أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتّم، ج.ر عدد 78 صادرة بتاريخ 26 سبتمبر 1975.

10/ القانون رقم 188 لسنة 1959 المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي.

11/ الأمر العلي المؤرخ في 13/08/1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي، العدد 66، الصادر في 17/08/1956..

12/ المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ 17/09/1953 المتضمن تقنين الأحوال الشخصية السوري، الجريدة الرسمية، عدد 63 صادر بتاريخ 8/10/1953.

و/الموسوعات

01/ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ج7، ط2، 1986.

الفهرس

1 مقدمة
2 مبحث تمهيدي: أحكام الأهلية في التشريع الجزائري
2 المطلب الأول: مفهوم الأهلية
2 الفرع الأول: تعريف الأهلية
3 الفرع الثاني: أقسام الأهلية
3 أولا: أهلية الوجوب
3 ثانيا: أهلية الأداء
6 المطلب الثاني: عوارض الأهلية
6 الفرع الأول: العوارض المعدمة للأهلية
6 أولا: الجنون (La démence)
8 ثانيا: العته
9 الفرع الثاني: العوارض المنقصة للأهلية
9 أولا: تعريف السفه
9 ثانيا: تعريف الغفلة
10 ثالثا: حكم تصرفات السفه وذي الغفلة
11 الفصل الأول: الولاية في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي
11 المبحث الأول: مفهوم الولاية

المطلب الأول: تعريف الولاية	11
الفرع الأول: تعريف الولاية لغة	11
الفرع الثاني تعريف الولاية اصطلاحا	12
أولا: تعريف الولاية في الاصطلاح الشرعي	12
ثانيا: تعريف الولاية في الاصطلاح القانوني	14
المطلب الثاني: مشروعية الولاية	15
الفرع الأول: من الكتاب	15
الفرع الثاني: من السنة	16
المطلب الثالث: أقسام الولاية	16
الفرع الأول: تقسيم الولاية من حيث العموم والخصوص	17
أولا: الولاية العامة	17
ثانيا: الولاية الخاصة	17
الفرع الثاني تقسيم الولاية من حيث مصدرها	18
الفرع الثالث: تقسيم الولاية من حيث المولى عليه	19
أولا: الولاية على النفس	19
ثانيا: الولاية على المال	19
المطلب الرابع: تمييز الولاية عن المفاهيم المشابهة لها	20
الفرع الأول:الولاية والوصاية	20
الفرع الثاني: الولاية والنيابة	21
الفرع الثالث: الولاية والكفالة	22
الفرع الرابع: الولاية والوكالة	23
المطلب الخامس: الولي وشروطه	24
الفرع الأول: المقصود بالولي	24
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الولي	30
أولا: الاسلام	30
ثانيا: الأهلية	31

32	ثالثا: الأمانة والعدالة
34	رابعا: أن يكون الولي قادرا على حفظ المولى عليه وصيانيته
34	المبحث الثاني: الولاية على النفس
34	المطلب الأول: ولاية الحفظ والرعاية (الحضانة)
35	الفرع الأول: تعريف الحضانة
35	أولا: تعريف الحضانة لغة
35	ثانيا: تعريف الحضانة اصطلاحا
37	الفرع الثاني: من له الحق في الحضانة
37	أولا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في الفقه الإسلامي
39	ثانيا: ترتيب أصحاب الحق في الحضانة في التشريع المقارن
41	الفرع الثالث: التنازع السليبي بين الحاضنين وإمكانية إجبارهم علي الحضانة
42	الفرع الرابع: الشروط الواجب توافرها في الحاضنين
48	الفرع الخامس: حق الزيارة
49	المطلب الثاني: ولاية التأديب والتعليم
51	المطلب الثالث: ولاية التزويج
51	الفرع الأول: تعريف ولاية التزويج
53	الفرع الثاني: أقسام ولاية التزويج
53	أولا: ولاية الإجبار
56	ثانيا: ولاية الاختيار
56	الفرع الثالث: آراء الفقهاء المسلمين في ولاية المرأة العاقلة البالغة وفي تزويج نفسها
57	أولا: عرض آراء العلماء في المسألة
59	ثانيا: الأدلة التي استند إليها الفقهاء ومناقشتها
		الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية المقارنة من اشتراط الولي في زواج
66	البالغة العاقلة
66	أولا: موقف المشرع الجزائري
69	ثانيا: موقف التشريعات المغاربية

70	ثالثا: موقف بعض التشريعات العربية الأخرى
70	1/ القانون العراقي
71	2/ القانون الكويتي
72	المبحث الثالث: الولاية على المال في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي..
72	المطلب الأول: مفهوم الولاية على المال
72	الفرع الأول: تعريف الولاية على المال
73	الفرع الثاني: خصائص الولاية على المال
74	المطلب الثاني: سلطات الولي على المال في الفقه الإسلامي
74	الفرع الأول: التصرفات الضارة ضررا محضا
76	الفرع الثاني: التصرفات النافعة نفعا محضا
76	الفرع الثالث: التصرفات المتراوحة بين النفع والضرر
77	المطلب الثالث: نطاق ولاية الولي على المال وسلطاته في التشريع الجزائري
78	الفرع الأول: التصرفات التي لا تتطلب إذنا من القاضي
79	أ/ أعمال حفظ المال
79	ب/ أعمال الإدارة
80	الفرع الثاني: التصرفات المقيدة بالحصول على إذن قضائي
80	أ/ أعمال التصرف
80	1/ التصرف في عقار القاصر
82	2/ بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة
82	3/ استثمار أموال القاصر بالاقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة
83	4/ التبرع بأموال القاصر
84	المطلب الثالث: انتهاء الولاية على المال في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
84	الفرع الأول: إنتهاء الولاية في الفقه الإسلامي
84	أولا: موت الولي
84	ثانيا: زوال أهلية الولي
85	ثالثا: موت المولى عليه

85	رابعاً: كمال أهلية المولى عليه
85	خامساً: عزل الولي.....
86	الفرع الثاني: انتهاء مهمة الولي في التشريع الجزائري
86	أولاً: انتهاء الولاية الأصلية بقوة القانون
86	أ/ بلوغ القاصر سنّ الرّشد
87	ب/ ترشيد القاصر
88	ج/ موت القاصر
88	د/ موت الولي أو فقدته للأهلية
89	ثانياً: انتهاء الولاية الأصلية بحكم قضائي
89	أ/ قبول المحكمة تنحي الولي عن الولاية
89	ب/ سلب الولاية عن الولي والحد منها
90	الفصل الثاني: الوصاية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
90	المبحث الأول: مفهوم الوصاية
91	المطلب الأوّل: تعريف الوصاية
91	الفرع الأول: تعريف الوصاية لغة
91	الفرع الثاني: تعريف الوصاية في الاصطلاح الشرعي
92	الفرع الثالث: تعريف الوصاية في الاصطلاح القانوني
93	المطلب الثاني: مشروعية الوصاية ومقاصد الشريعة من تشريعها
93	الفرع الأول: مشروعية الوصاية
93	أولاً: الأدلة من الكتاب
94	ثانياً: الأدلة من لسنة
96	ثالثاً: الأدلة من آثار الصحابة
96	الفرع الثاني: مقاصد الشريعة من تشريعها للوصاية
97	المطلب الثالث: شروط الوصي
99	المطلب الرابع: أنواع الأوصياء
99	الفرع الأوّل: الوصي المختار

100.....	الفرع الثاني: الوصي المعيّن
100.....	الفرع الثالث: الوصي الخاص
101.....	المطلب الخامس: تمييز الوصاية عن المفاهيم القريبة منها
101.....	الفرع الأول: الوصاية والوصيّة
102.....	الفرع الثاني: الوصاية والحضانة
103.....	الفرع الثالث: الوصاية والوكالة
103.....	أولا: أوجه الائتلاف
104.....	ثانيا: أوجه الاختلاف
104.....	المبحث الثاني: سلطات الوصي وانتهاء مهمته بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
104.....	المطلب الأول: سلطات الوصي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري
105.....	الفرع الأول: سلطات الوصي في الفقه الإسلامي
105.....	أولا: نطاق تصرفات الوصي
105.....	أ/ التكييف الفقهي لتصرفات الوصي
106.....	ب / ضوابط تصرفات الوصي
106.....	ثانيا: تصرفات الوصي في المعاملات المالية
106.....	أ/ تصرفات الوصي في البيع
107.....	ب/ تصرفات الوصي في التبرعات
107.....	ج/ تصرفات الوصي في الإجارة
108.....	الفرع الثاني: سلطات الوصي في التشريع الجزائري
109.....	أولا: التصرفات النافعة نفعا محضا
109.....	ثانيا: التصرفات الضارة ضررا محضا
109.....	ثالثا: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر
109.....	أ/ أعمال الإدارة
110.....	ب/ أعمال التصرف
110.....	1/ التصرف في منقولات أو عقارات القاصر

2/ استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة بها في شركة.....	111
المطلب الثاني: انتهاء مهمة الوصي ومحاسبته بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	
.....	111
الفرع الأول: انتهاء مهمة الوصي في الفقه الإسلامي.....	111
أولاً: عزل الوصي.....	112
ثانياً: موت الوصي.....	112
ثالثاً: موت الموصى عليه.....	112
رابعاً: فقد الوصي لشرط من الشروط المعتبرة شرعاً.....	112
خامساً: إنتهاء مدة الوصاية.....	113
سادساً: إنتهاء العمل الذي عهد إلى الوصي القيام به.....	113
سابعاً: بلوغ الصبي عاقلاً رشيداً أو ترشيده من قبل القاضي قبل ذلك.....	113
ثامناً: عودة الولاية إلى الأب أو الجد.....	114
تاسعاً: عزل الوصي نفسه عن الوصاية(الاستقالة).....	114
الفرع الثاني: إنتهاء مهمة الوصي في التشريع الجزائري.....	115
أولاً/ انتهاء مهمّة الوصيّ بسبب يتعلّق بالقاصر.....	115
أ/ حالة موت القاصر.....	115
ب/ حالة بلوغ القاصر سنّ الرّشد وكان غير محجور عليه.....	115
ثانياً: انتهاء مهمّة الوصيّ ببب يرجع للوصيّ.....	116
أ/ موت الوصي.....	116
ب/ زوال أهلية الوصي.....	116
ج/ استقالة الوصي.....	116
د/ عزل الوصيّ.....	117
ثالثاً: انتهاء الوصاية بسبب يتعلّق بالمهام التي قامت الوصاية من أجلها.....	117
رابعاً: آثار انتهاء الوصاية(تصفية العلاقة بين الوصي والقاصر).....	118

