

جامعة سعد دحلب بالبليلة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: العقود و المسؤولية

النيابة القانونية عن القاصر في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

من طرف:

قديري محمد توفيق

أمام اللجنة المشكلة من:

سنيي محمد	أستاذ محاضر أ،	جامعة سعد دحلب بالبليلة	رئيسا
سريير ميلود	أستاذ التعليم العالي،	جامعة سعد دحلب بالبليلة	مشرفا و مقرا
عمرو خليل	أستاذ محاضر أ،	جامعة سعد دحلب بالبليلة	عضوا مناقشا
براف دليلة	أستاذ محاضر أ،	جامعة سعد دحلب بالبليلة	عضوا مناقشا

البليلة، ديسمبر 2012

ملخص

القاصر طبقا للقانون الجزائري هو الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد، و يكون بذلك غير قادر على التصرف في ما يخص شؤونه الشخصية و المالية و يسمى بعديم الأهلية أو بناقصها تبعا للمرحلة العمرية التي يكون فيها قبل بلوغ سن الرشد. حيث يكون في مرحلة أولى عديم أهلية الأداء في مرحلة أخرى يصبح له أهلية ناقصة.

و قد قدر المشرع الجزائري عدم قدرة القاصر على القيام بشؤونه فأخضعه لنظام قانوني أطلق عليه تسمية النيابة القانونية و كلف مجموعة من الأشخاص المحددين للقيام بهذه المهمة و وضع لذلك قواعد و أسس عديدة الهدف منها هو حماية القاصر في نفسه و ماله حتى لا يكون عرضة للاعتداء على شخصه و ماله.

و قد وضع المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالقاصر و النيابة عنه في شؤونه متفرقة بين القانون المدني و قانون الأسرة بالإضافة إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و استمدت معظم النصوص المتعلقة بالقاصر من أحكام الشريعة الإسلامية و فقهاها، و هو ما يظهر بالخصوص من خلال نصوص قانون الأسرة، كما أنه أحال على مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة 222 من قانون الأسرة. و منه يمكن اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا لفهم نصوص قانون الأسرة و أساسا لأي دراسة تتعلق به.

و تكمن أهمية دراسة موضوع النيابة القانونية في كونها نظاما وضعه المشرع الجزائري لحماية القاصر، و من خلال هذا البحث نحاول تتبع مظاهر و وسائل هذه الحماية التي قررها المشرع الجزائري لهته الفئة المهمة من المجتمع و ذلك من خلال عرض الأحكام المتعلقة بنظام النيابة القانونية عن القاصر انطلاقا من نصوص القانون الجزائري مع الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية على اعتبارها المصدر المادي المباشر للقواعد القانونية المتعلقة بالنيابة القانونية قصد المقارنة و الموازنة بين الأحكام التي قننها المشرع الجزائري و ما يقابلها من أحكام في فقه الشريعة الإسلامية.

و قد عالجتنا ذلك من خلال التطرق أولا لماهية النيابة القانونية عن القاصر من خلال مفهومها بتعريفها و تبيين شروطها و خصائصها و ما يميزها عن غيرها من نظم مقاربة، و تفصيل العناصر التي تتكون منها و تقوم عليها، و هي القاصر و النائب القانوني بالأخص ما تعلق بتحديدده و شروطه و كذا موضوع النيابة القانونية، و تطرقنا ثانيا لأحكام النيابة القانونية بدءا بالآثار المترتبة على قيامها من سلطات للنائب القانوني و مسؤولياته، و انتهاء بانقضاء النيابة القانونية و ما يترتب على ذلك من آثار.

تقدير و عرفان

إنه لمن الواجب علي أن أتوجه بتحيةة تقدير و عرفان لكل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذه المذكرة، بدءاً بأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور سرير ميلود الذي ساعدني بكل ما أوتي من جهد على كثرة أعبائه فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بالتقدير إلى كافة أساتذة و موظفي كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب البلدية، دون أن أنسى عمال و موظفي الجامعة و بالأخص عمال و موظفي المكتبة المركزية و مكتبة كلية الحقوق.

و في هذا المقام أتوجه بتحيةة الشكر و التقدير لعمال و موظفي مكاتب كليات الحقوق بجامعتي عمار ثليجي بالأغواط و جامعة المسيلة لقاء معاملتهم الطيبة.
بالإضافة إلى كل من دعمني مادياً و معنوياً من أصحاب و أحباب و جيران و زملاء دراسة و أصدقاء و أقرباء.

إهداء

إلى أصل وجودي في هذه الدنيا أبي و أمي، اللذين لن أكافنهما صنيعهما ما حييت، و إلى عضدي في الحياة أخي حسام الدين، و إلى كل من أحبني و أحببتهم و فرحوا لنجاحي من أقرباء، أخوالا و خالات، و أعمام و عمات، و زملاء و أصدقاء جزاهم الله كل خير.

الفهرس

ملخص

تقدير و عرفان

إهداء

الفهرس

08.....	مقدمة
14.....	1. ماهية النيابة القانونية عن القاصر
14.....	1.1. مفهوم النيابة القانونية عن القاصر
14.....	1.1.1. تعريف النيابة القانونية عن القاصر، مشروعيةها و أقسامها
14.....	1.1.1.1. تعريف النيابة القانونية عن القاصر
16.....	2.1.1.1. مشروعية النيابة القانونية عن القاصر و الحكمة من تشريعها
16.....	1.2.1.1.1. مصدر النيابة القانونية عن القاصر
17.....	2.2.1.1.1. الطبيعة القانونية للنيابة القانونية عن القاصر و طبيعة الحق المتعلق بها
18.....	3.2.1.1.1. الحكمة من تشريع النيابة القانونية عن القاصر
20.....	3.1.1.1. تقسيمات النيابة القانونية عن القاصر
20.....	1.3.1.1.1. تقسيم النيابة القانونية عن القاصر من حيث موضوعها
22.....	2.3.1.1.1. تقسيم النيابة القانونية عن القاصر من حيث الذاتية و الاكتساب
22.....	2.1.1. خصائص النيابة القانونية عن القاصر و شروط تحققها
22.....	1.2.1.1. خصائص النيابة القانونية عن القاصر
23.....	1.1.2.1.1. النيابة القانونية ذات طبيعة شرعية و من النظام العام
23.....	2.1.2.1.1. النيابة القانونية ذات طبيعة متكاملة
24.....	3.1.2.1.1. النيابة القانونية عن القاصر إلزامية
25.....	2.2.1.1. شروط تحقق النيابة القانونية عن القاصر
25.....	1.2.2.1.1. حلول إرادة النائب القانوني محل إرادة القاصر
27.....	2.2.2.1.1. تعامل النائب القانوني باسم القاصر و لحسابه
28.....	3.2.2.1.1. عدم تجاوز النائب القانوني لحدود نيابته
29.....	3.1.1. تمييز النيابة القانونية عن القاصر عن النظم المقاربة لها
29.....	1.3.1.1. تمييزها عن الوكالة

30.....	2.3.1.1 . تمييزها عن الفضالة.
31.....	3.3.1.1. تمييزها عن كفالة القاصر.
32.....	4.3.1.1. تمييزها عن الحضانة.
33.....	5.3.1.1. تمييزها عن الحجر.
34.....	6.3.1.1. تمييزها عن المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة.
35.....	2. عناصر النيابة القانونية عن القاصر.
35.....	1.2.1. القاصر.
36.....	1.1.2.1. الصبي غير المميز.
38.....	2.1.2.1. الصبي المميز.
40.....	2.2.1. النائب القانوني.
40.....	1.2.2.1. النائب القانوني وفق أحكام الشريعة الإسلامية.
40.....	1.1.2.2.1. أصحاب الحق في النيابة عن القاصر.
42.....	2.1.2.2.1. الشروط المطلوبة في من يتولى النيابة عن القاصر.
43.....	3.1.2.2.1. الأحكام المتعلقة بكل نائب قانوني في الشريعة الإسلامية.
51.....	2.2.2.1. النائب القانوني عن القاصر في القانون الجزائري.
51.....	1.2.2.2.1. أصحاب الحق في النيابة القانونية عن القاصر في القانون الجزائري.
52.....	2.2.2.2.1. الأحكام الخاصة بكل نائب قانوني وفقا للقانون الجزائري.
57.....	3.2.1. موضوع النيابة القانونية عن القاصر.
58.....	1.3.2.1. موضوع النيابة القانونية في الشريعة الإسلامية.
59.....	2.3.2.1. موضوع النيابة القانونية في القانون الجزائري.
61.....	2. أحكام النيابة القانونية على القاصر.
61.....	1.2. آثار النيابة القانونية عن القاصر.
61.....	1.1.2. سلطة النائب القانوني في مجال الأحوال الشخصية.
61.....	1.1.1.2. سلطة النائب القانوني في إنشاء الرابطة الزوجية.
62.....	1.1.1.1.2. حكم زواج القاصر.
65.....	2.1.1.1.2. أحكام المسائل المتعلقة بتزويج النائب القانوني للقاصر.
69.....	2.1.1.2. سلطة النائب القانوني في فك الرابطة الزوجية.
69.....	1.2.1.1.2. في الطلاق.
71.....	2.2.1.1.2. في الخلع.

72	سلطة النائب القانوني في مجال المعاملات المالية
72	1.2.1.2 سلطة النائب القانوني على أموال القاصر
73	1.1.2.1.2 تصرفات النائب القانوني في الشريعة الإسلامية
78	2.1.2.1.2 تصرفات النائب القانوني في القانون الجزائري
82	2.2.1.2 سلطة النائب القانوني في مواجهة تصرفات القاصر
82	1.2.2.1.2 حكم تصرفات القاصر ناقص الأهلية
84	2.2.2.1.2 الإجازة الواردة على التصرف الموقوف، و رده
86	3.2.2.1.2 موقف القانون الجزائري
88	3.1.2 مسؤولية النائب القانوني عن الفعل الضار للقاصر
88	1.3.1.2 في أحكام الشريعة الإسلامية
89	2.3.1.2 في القانون الجزائري
91	2.2 انقضاء النيابة القانونية
91	1.2.1 أسباب انقضاء النيابة القانونية
92	1.1.2.2 أسباب الانقضاء المتعلقة بالقاصر
92	1.1.1.2.2 البلوغ و الرشد
97	2.1.1.2.2 الترشيح
101	2.1.2.2 أسباب الانقضاء المتعلقة بالنائب القانوني
101	1.2.1.2.2 الاستقالة أو التنحي
101	2.2.1.2.2 العزل أو التنحية
103	2.2.2 آثار انقضاء النيابة القانونية
103	1.2.2.2 تسليم المهام و محاسبة النائب القانوني
104	1.1.2.2.2 في الشريعة الإسلامية
105	2.1.2.2.2 في القانون الجزائري
106	2.2.2.2 مسؤولية النائب القانوني عن تقصيره في أعمال النيابة
107	1.2.2.2.2 في الشريعة الإسلامية
108	2.2.2.2.2 في القانون الجزائري
111	الخاتمة
116	قائمة المراجع

مقدمة

إن أهم ما يملكه الإنسان هو نفسه و ماله، لذلك فهو يسعى للحفاظ عليهما ما وسعه ذلك، بكل ما يقدر عليه من وسائل و ما أتيح له من إمكانيات. و قد حرصت الشريعة الإسلامية على نفس الإنسان و ماله حينما جعلتها على رأس الضروريات الخمس إلى جانب الدين و العقل و النسل، و ذلك لأن المال و النفس هما قوام الحياة، و من دونهما لا يستقيم الدين و تطيش العقول و تضيع الأنسال.

و في سبيل حفظ النفس حفظت الشريعة الإسلامية للإنسان حقه في سلامة جسمه و شرفه و اعتباره و مكنته من حق الدفاع عن النفس و اللجوء إلى القضاء إن اقتضى الأمر، و لأجل حفظ النفس و المال معا شرعت المعاملات بين الناس لأجل استمرار الحياة و التكامل في قضاء الحاجيات، و جعلت قوام هذه المعاملات الحقوق المتبادلة بينهم، و هي حقوق تحتمل التعميم و التخصيص، فهي تكون عامة حين يلتزم الفرد تجاه الجماعة، و تكون خاصة حين تكون بين الأشخاص فيما بينهم، و قد يكون حق الشخص على الشيء و على الكل احترامه، فيقال أن له حقا على الشيء، في حين يقال في الحالة الأولى أن له حقا في ذمة شخص آخر، و هو ما يعرف في القوانين الحديثة بالحق العيني و الحق الشخصي.

و تنشأ الحقوق كما قد تنقضي أساسا بموجب التصرف القانوني أو ما يسمى في الشريعة الإسلامية بالتصرفات القولية، و التي يقصد بها سواء في القانون أو الشريعة الإسلامية اتجاه إرادة الإنسان نحو إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر إنشاء الحق أو إنهاءه أو التعديل فيه، فإن كانت إرادة واحدة سمي بتصرف انفرادي مثل الوصية أو الطلاق و إن كان بالتقاء إرادتين سمي عقدا مثل البيع و الإيجار و الزواج.. الخ.

و موضوع العقود و التصرفات، يختلف و يتنوع فمنها ما يتعلق بحياة الفرد الشخصية كالزواج و الطلاق و الإنفاق على الزوجة و الأبناء و الأقارب، و إما أن يتعلق بالجانب المالي البحت يهدف الشخص من خلالها إلى حفظ أمواله و إدارتها و التصرف فيها عن طريق البيع و الرهن و الإيجار و الهبة و الوصية .. الخ، و غيرها من التصرفات.

و لكي يقوم الشخص بهذه العقود و التصرفات لزم أن يتمتع بأهلية التصرف، و تعني القدرة على إنشاء التصرفات و العقود فيما يخص شؤونه الشخصية و المالية و تحمل آثارها و ما يترتب عنها من حقوق و التزامات. و هذه الأهلية ارتبطت عند الفقهاء بالسن حيث لا يملك الصغير أهلية التصرف في نفسه و ماله حتى يبلغ السن الذي تكتمل فيه قدراته العقلية، و قد سمي الفقهاء أهلية

التصرف بالولاية و تعني القدرة على إنشاء التصرفات، فلا يكون للصغير ولاية على شؤونه حتى يبلغ سن الرشد.

و الفترة التي يعتبر فيها الشخص قاصرا تمتد منذ الولادة حتى سن الرشد تمر عبر مراحل تتراوح فيها أهلية التصرف للقاصر بين الانعدام و النقص فلا يعتد بشيء من تصرفاته في الحالة الأولى و يعتد ببعض تصرفاته و يرد الآخر في الحالة الأخرى.

و لأن الإنسان قد يملك المال حتى قبل مولده، و حتى قبل اكتمال أهليته للتصرف، لما قرره الشريعة الإسلامية و من بعدها القوانين الحديثة من صلاحية الإنسان جنينا كان أم طفلا صغيرا قاصرا على اكتساب الحقوق و هو ما يعرف بأهلية الاغتناء، كما لو ورث من أبيه أو أمه أو وهب له مال، فإنه لا شك سيكون في حاجة لمن يحفظ له هذه الأموال و يديرها باسمه و يستثمرها له حتى لا تضيع.

و بالإضافة إلى رعاية أمواله فإن نفس القاصر تحتاج للرعاية من حيث التربية و التعليم و التأديب، و حمايته و الدفاع عنه من اعتداء الغير عليه و منعه من الاعتداء على الغير، و القيام بشؤون القاصر يصل لحد تزويجه ذكرا كان أم أنثى لما قد تلجئ إليه الحاجة أو تدعو إليه الضرورة، فيكون القاصر بحاجة إلى من يتولى عنه إبرام هذا العقد المهم و الخطير.

لأجل ذلك راعت الشريعة الإسلامية هذا الجانب و جعلت للقاصر من ينوب عنه في تولي أموره سواء ما تعلق منها بشؤونه الشخصية أو المالية، عبر كافة مراحل السن التي يمر بها منذ الولادة و حتى يبلغ السن التي يكون له فيها كامل السلطة على نفسه و ماله. و قد أطلق الفقهاء على هذا الشخص اسم الولي أو النائب الشرعي إشارة منهم إلى توليه أمر القاصر و إلى أن نيابته عن القاصر في تصرفاته نيابة مقررة من قبل الشارع الحكيم، كما أسموا هذه النيابة بالنيابة الجبرية أو الحكمية تمييزا لها عن النيابة الاتفاقية التي تكون عن طريق عقد الوكالة و بإرادة الأصيل الموكل، و أخضعوا لهذه النيابة الجبرية بالإضافة إلى القاصر فئات أخرى ممن أصابهم عارض أفقدهم أهليتهم أو أنقصها، أي المجنون و المعتوه و السفیه و ذي الغفلة.

و في القانون الجزائري تفرقت الأحكام القانونية المتعلقة بالأهلية و قصورها بين القانون المدني و قانون الأسرة، ففي القانون المدني نجد المادة 44 منه تنص على أن يخضع فاقدو الأهلية و ناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية و الوصاية و القوامة ضمن الشروط المقررة في القانون، و هذه المادة جاءت بعد المواد 40 و 42 و 43 التي حدد المقصود بالأهلية الكاملة اللازمة لمباشرة الحقوق المدنية، و حددت متى يكون الشخص عديم الأهلية و متى يكون فقط ناقص الأهلية.

وبعد ذلك و حين تطرقه لمسألة أهلية المتعاقدين في نظرية العقد، وضع المشرع الجزائري نص المادة 79 مدني و التي جاء فيها أنه تسري على القصر و على المحجور عليهم و على غيرهم من عديمي الأهلية و ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة. و هذا الأخير تطرق لهذه الأحكام في الكتاب الثاني منه تحت عنوان النيابة الشرعية، و ذلك في سبعة فصول بدءا بفصل خصصه للأحكام العامة و التي بدأها بالمادة 81 التي جاء فيها: "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"، و هي الأحكام التي نظمها المشرع في الفصول الثلاثة الموالية، ثم أضاف مسألة الحجر و أحكام المفقود و الغائب و الكفالة.

و بذلك فإن القانون الجزائري من خلال هذه الأحكام وضع إطارا عاما لما أسماه النيابة الشرعية و ضمّنه أنواع النيابة عن الغير دون رضاه، مميزا بين فئة القصر بمعنى صغار السن، و فئة المحجور عليهم انسجاما مع نص المادة 79 من القانون المدني، و كلهم أخضعهم للنيابة القانونية، و أوجد صفة الكافل الذي يتولى النيابة الشرعية دون إلزام من أحد و ذلك بالتزامه بإرادته المنفردة أمام القاضي أو باتفاق مع أهل الولد القاصر فنيابته لا تكون بحكم القانون، كما أوجد فكرة النيابة عن المفقود و الغائب و التي يسمى القائم بها بالقيم أو الوكيل الشرعي في حين سماه المشرع الجزائري بالمقدم.

و نحن من خلال هذا البحث سوف نتطرق إلى أحكام النيابة القانونية عن القاصر بمفهوم المادتين 79 من القانون المدني و 81 من قانون الأسرة، أي فاقد الأهلية و ناقصها بسبب صغر السن، فيخرج بذلك من نطاق البحث فئة المحجور عليهم من الراشدين الذين أصابهم عارض أفقدهم أهليتهم أو أنقص منها، كما يخرج من نطاق البحث نيابة الكافل.

و ستتم دراسة الموضوع وفقا للقانون الجزائري و أحكام الشريعة الإسلامية على اعتبار أن المشرع الجزائري وضع النصوص المتعلقة بالنيابة القانونية ضمن قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية و أحال عليها في كل ما لم يرد فيه نص طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة.

- أهمية الموضوع و دوافع اختياره:

تكمن أهمية الموضوع في أن مسألة النيابة القانونية عن القاصر مسألة حساسة و خطيرة لتعلقها بفئة من المجتمع معرضة للأذى، و بحاجة لحماية قانونية تتجسد في أن ينوب عنه من يتصرف عنه و يصونه عن الوقوع في الأخطاء أو أن يكون عرضة للاستغلال لسلب أمواله.

كما أن هذا الموضوع يتناول أحكام النيابة القانونية من الناحيتين القانونية و الشرعية مما من شأنه يشكل إضافة في مجال الدراسات القانونية من خلال تناوله لعدد المسائل القانونية الهامة كتصرفات القاصر و تصرفات النائب القانوني و مسؤوليته و صلاحياته و غيرها من المسائل. و أهمية الموضوع تعتبر دافعا نحو دراسته و البحث فيه لأن مسألة النيابة القانونية تستدعي الإمعان في الدراسة من عدة نواحي قانونية و شرعية تغري الباحث بالبحث قصد الاستزادة و الاستفادة.

- إشكالية البحث:

من خلال هذا البحث نحاول أن نعرف كيف عالج المشرع الجزائري مسألة النيابة القانونية عن القاصر و ما مدى توافقه في ذلك مع الأحكام المقررة للموضوع في الشريعة و نرى هل وفق المشرع الجزائري من خلال هذه المعالجة في توفير حماية كافية للشخص للقاصر؟ و هذه الإشكالية تطرح عدة تساؤلات تعالجها أفكار عديدة، حول مفهوم النيابة القانونية و كيف تقوم أو ما هي العناصر التي تكونها، و ماذا يترتب على نشوئها من آثار و كيف تنقضي..الخ.

- خطة الدراسة:

و لمعالجة الإشكالية المطروحة و الإجابة عن التساؤلات التي تثيرها، فقد تم الاعتماد على خطة مكونة من فصلين، نتناول في الفصل الأول ماهية النيابة القانونية عن القاصر من خلال مبحثين، في المبحث الأول نتطرق لمفهوم النيابة القانونية عن القاصر من خلال تعريفها و بيان مشروعيتها ثم أقسامها في المطلب الأول، و كذا من خلال توضيح خصائصها و شروط تحققها في المطلب الثاني، لنكمل مفهوم النيابة القانونية بتمييزها عن ما يقاربها من نظم في المطلب الثالث. و في المبحث الثاني بينا عناصر النيابة القانونية عن القاصر عبر ثلاثة مطالب أيضا، الأول تحدثنا فيه عن القاصر الخاضع لنظام النيابة القانونية، و في الثاني تكلمنا عن شخص القائم بالنيابة أي النائب القانوني بتحديد من يتولى هذه المهمة و الأحكام الخاصة بذلك، في حين بينا في المطلب الثالث محل عمل النائب القانوني أي موضوع النيابة القانونية عن القاصر من أعمال.

أما في الفصل الثاني فقد خصصناه للحديث عن أحكام النيابة القانونية عن القاصر، بمعنى ما يترتب عن نشوئها من آثار و كيف تتم و كيف تنقضي، و هو ما تطرقنا إليه في مبحثين، في المبحث الأول تحدثنا عن آثار النيابة القانونية عن القاصر في ثلاثة مطالب، المطلب الأول حول سلطة النائب القانوني في مجال الأحوال الشخصية و المطلب الثاني حول سلطة النائب القانوني في مجال المعاملات المالية، و الثالث حول مسؤولية النائب القانوني عن الفعل الضار للقاصر، في حين خصصنا المبحث الثاني للتكلم عن انقضاء النيابة القانونية و ذلك من خلال مطلبين، الأول

يتناول أسباب انتهاء النيابة القانونية عن القاصر و الثاني يتناول الآثار المترتبة عن هذا الانقضاء من محاسبة للنائب القانوني و مساءلة له.

- منهجية دراسة موضوع البحث:

و قد كانت هذه الدراسة في ضوء القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية بإتباع أسلوب الوصف و التحليل، بحيث نقوم بعرض موقف الشريعة الإسلامية حول كل نقطة مع التقيد بالمذاهب الأربعة الرئيسية (الحنفي، المالكي، الشافعي و الحنبلي) و ذلك بالاعتماد على مراجع خاصة بكل مذهب من المذاهب الأربعة بالإضافة إلى ما تناولته المراجع الأخرى من آراء لهذه المذاهب، و بعد عرض موقف الشريعة الإسلامية نعرض موقف القانون الجزائري من تلك النقطة مع محاولة المقارنة بين حكم القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية.

و قد توخينا في ذلك محاولة التفصيل الكافي حيث يحتاج الأمر، و الابتعاد قدر الإمكان عن الحشو على الأخص في المسائل التي لا تحتاج إلى تفصيل كثير، أو عندما يكون الأمر محل تفصيل في موضع آخر من البحث. و قد اقتصرنا على القانون الجزائري دون عرض القوانين الأخرى كالقانون المصري أو المغربي بغية إفراد القانون الجزائري بالدراسة و التحليل، مع محاولة تقريب ألفاظ الشريعة الإسلامية باستخدام ألفاظ بديلة تكون أقرب للمعنى القانوني على الرغم من صعوبة ذلك.

- الدراسات السابقة لموضوع البحث:

كما لا ندعي السبق في تناول هذا الموضوع، فقد وجدنا عددا من المراجع تناول جوانب متنوعة من هذا البحث، و بالأخص من الناحية الشرعية، مثل كتاب الولاية على المال و تطبيقاتها في المذهب المالكي لعبد السلام الرفعي و الولاية على النفس للشيخ محمد أبو زهرة، و غيرها، لكنها تطرقت للموضوع في جانب من جوانبه و تناولت الأحكام التفصيلية و لم تتطرق لماهية النيابة القانونية و أحكامها العامة و لم تتطرق لها تحت هذا المسمى (أي النيابة القانونية) ما عدا ماجدة مصطفى شبانة في كتابها (النيابة القانونية) و التي شرحت قانون الولاية على المال المصري و تطرقت لأحكام المجنون و المعتوه و السفیه و ذي الغفلة و هي خارج نطاق بحثنا الذي قررنا أنه محدد بالقاصر، أما في القانون الجزائري فوجدنا بعض الكتب على قلتها مثل كتاب قانون الأسرة في ضوء الفقه و القضاء لبن ملح العوئي، و كتاب النظريات العامة في الفقه الإسلامي لبالحاج العربي و التي تعتبر مراجع عامة تطرقت لنواحي متفرقة من الموضوع.

و في ما يخص الدراسات الأكاديمية ووجدنا بعض رسائل التخرج تتحدث عن بعض أجزاء الموضوع مثل رسالة ماجستير فراس وائل طلب أبو شلخ(الولاية على المال في الفقه الإسلامي)

و رسالة ماجستير نادي محمد تيسير سمور أبو خلف (الأهلية أقسامها، أطوارها، عوارضها وعلاقتها بقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 م)، من كلية كلية الدراسات العليا في جامعة الخليل بفلسطين، بالإضافة إلى رسالتي دكتوراه الأولى لعبد الرزاق حسن فرج (نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي) من كلية الحقوق بجامعة القاهرة، و الثانية لعقيل بن أحمد بن دخيل العقيلي(النيابة في الفقه الإسلامي) من جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية. و التي تناول فيها الباحث كل ما تعلق بالنيابة سواء في العبادات أو المعاملات و تطرق في جزء منها لموضوع البحث تحت تسمية النيابة الحكيمة.

أما في بحثنا هذا فقد حاولنا لم شمل الأحكام المتعلقة بالنيابة القانونية عن القاصر بدءا بالأحكام العامة المتعلقة بماهيتها و تكوين عناصرها وصولا لآثارها ثم انقضائها، بغرض الإجابة على الإشكالية التي عرضناها أعلاه و المتعلقة أساسا بكيفية معالجة القانون الجزائري للنيابة القانونية باعتبارها نظاما قانونيا يحمي القاصر و مدى توفيقه في ذلك و ما مدى مراعاته لقواعد و أحكام الشريعة الإسلامية. و نرجو أن نكون قد وفقنا في ذلك قدر الإمكان.

الفصل 1 :

ماهية النيابة القانونية عن القاصر

حتى نستطيع أن ندرك ماهية النيابة القانونية عن القاصر فإنه يتعين علينا أن ندرك أولاً مفهومها ثم نرى العناصر التي تكونها، و ذلك من خلال مبحثين نخصص الأول لمفهوم النيابة القانونية عن القاصر و الثاني نخصصه للعناصر التي تقوم عليها النيابة القانونية عن القاصر.

1.1: مفهوم النيابة القانونية عن القاصر

الأصل في الشخص الذي يريد أن يتعاقد أو ينشئ أي تصرف آخر أن يقوم بذلك بنفسه، فتترتب آثار تلك العقود في ذمته، غير أنه و في حالات خاصة يلجأ إلى إنابة غيره عنه في القيام بهذه التصرفات، سواء كان بإرادته كما هو الحال في الوكالة، أو كان جبراً عنه كما هو الحال لدى الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد و هو القاصر.[1]ص13

و النيابة عن القاصر التي لا تكون باتفاق بينه و بين النائب عنه و إنما تكون بإرادة المشرع بنص القانون لذلك سميت بالنيابة القانونية، و لا بد من أجل إدراك مفهومها أن نعرفها من خلال الفقه و القانون، و ننظر إلى مشروعيتها ببيان مصدرها الذي تستمد منه وجودها و طبيعتها القانونية و كذا الحكمة من تشريعها، و نعرف أقسامها، و من ثم نبين خصائصها و شروط تحققها، و لا بد لنا بعد ذلك لتمام بيان مفهوم النيابة القانونية عن القاصر أن نميزها عن ما يقاربها من نظم قانونية.[2]ص25

1.1.1: تعريف النيابة القانونية عن القاصر، مشروعيتها و أقسامها

نتطرق أولاً لتعريف النيابة القانونية عن القاصر انطلاقاً من تعريف الفقه في القانون و الشريعة ثم نرى موقعها في القانون الجزائري، لنتناول بعد ذلك مشروعية النيابة القانونية عن القاصر من خلال معرفة مصدرها و طبيعتها و الحكمة منها، لنرى في الأخير التقسيمات الممكنة للنيابة القانونية عن القاصر.

1.1.1.1: تعريف النيابة القانونية عن القاصر

لقد تم تعريف النيابة عن الغير بوجه عام، من طرف شراح القانون و فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث تعني النيابة عن الغير عند شراح القانون ذلك النظام القانوني الذي بمقتضاه تحل إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إنشاء العقود و التصرفات القانونية، مع انصراف آثار العقود و التصرفات إلى الأصيل كما لو صدرت منه لا من

نائبه.[3]ص217[4]ص10

و في الشريعة الإسلامية نجد الفقهاء يعرفون النيابة عن الغير بأنها قيام شخص مقام آخر لسبب من الأسباب بغرض التصرف عنه، فيقوم بمباشرة إبرام العقود و التصرفات و يقوم بتنفيذها، و لكن ما يترتب على هذه التصرفات و العقود من آثار ينصرف إلى الأصل لا إلى النائب، ما دام النائب مستوفيا للشروط المطلوبة فيه و ما بقيت تصرفاته موافقة للشرع.[5]ص159

و بذلك فإن النيابة تعني بدقة التصرف عن الغير، و هو ما يتطلب لصحته أن تكون للنائب سلطة التصرف نيابة عن الغير و هو ما يسمى في اصطلاح الفقهاء بولاية التصرف عن الغير، و هذه السلطة أو الولاية، إما أن تمنح له من الأصل اختيارا فتكون نيابة اتفاقية كما هو الحال في الوكالة، و إما تمنح له بغض النظر عن إرادة الأصل فتكون نيابة جبرية تقوم بحكم الشرع و القانون، و ذلك لعجز الأصل عن القيام بشؤونه بنفسه لقصور في أهليته، فيكون النائب في هذه الحالة ممثلا شرعيا أو نائبا قانونيا عن هذا الشخص القاصر في كافة المسائل التي تقبل النيابة من عقود و تصرفات و خصومات قضائية، و تشمل كل ما تعلق بشؤونه الشخصية أو المالية، فتكون له بذلك ولاية على نفس القاصر و ماله.[2]ص27

و الولاية بهذا المعنى تعني في اصطلاح الفقهاء الحق الثابت شرعا بتنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، أي أن ولاية النائب هنا ثابتة بحكم الشرع و تكون على الغير الذي قصرت أهليته فعجز عن التصرف لنفسه بنفسه.[6]ص266و267

و من خلال ما سبق نستطيع القول أن النيابة القانونية عن القاصر هي ولاية شرعية على نفس القاصر و ماله تمنح للنائب بحكم القانون، و بموجبها تحل إرادته محل إرادة القاصر في التصرف عنه و ترتيب الآثار القانونية في ذمة القاصر. أو هي السلطة التي تمنح للولي الشرعي يتولى بموجبها القيام على شؤون القاصر في تدبير شؤونه الشخصية و المالية.[5]ص159[7]ص96

- موقع النيابة القانونية عن القاصر في القانون الجزائري: جاء في المادة 44 من القانون المدني الجزائري أنه يخضع فاقدوا الأهلية و ناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية و الوصاية و القوامة ضمن الشروط المقررة في القانون، في حين جاء في المادة 79 من القانون نفسه أنه تسري على القصر (و يقصد بهم صغار السن)، و المحجور عليهم) و يقصد بهم الراشدين ممن أصابهم عارض أهلية فحجر عليهم)، قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة، و هذا الأخير تطرق لهذه المسائل في الكتاب الثاني منه تحت عنوان النيابة الشرعية، و جاء نصها العام في المادة 81 من قانون الأسرة و التي جاء فيها أنه من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في

السن (و هو القاصر) أو جنون أو عته أو سفه (و هم المحجور عليهم) ينوب عنهم قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

و بذلك نجد أن المشرع الجزائري اعتبر الولي و الوصي و المقدم حسب ترتيب استحقاقهم نوابا عن القاصر بقوة القانون، يقومون بمهمة تمثيله تمثيلا شرعيا و قانونيا، و اعتبرت نيابتهم قانونية لأن القانون هو من أوجبها عليهم و حدد صلاحياتهم و سلطاتهم و القيود الواردة على ذلك، و حتى المقدم الذي يعين من القاضي اعتبره المشرع نائبا قانونيا لأن القانون هو من أوجب على القاضي تعيينه و اعتبره بمثابة الولي و الوصي، و منه نستطيع القول أن النيابة القانونية عن القاصر في القانون الجزائري تعني التمثيل الشرعي و القانوني الذي يتولاه الولي أو الوصي أو المقدم حسب أولويتهم، بحكم القانون، فيحل محل القاصر في التصرف في شؤونه الشخصية و المالية. [8]ص249

2.1.1.1: مشروعية النيابة القانونية عن القاصر و الحكمة من تشريعها

نناقش في هذا العنصر مسألة مشروعية النيابة القانونية عن القاصر بمعنى مصدرها و طبيعتها القانونية و كذا طبيعة الحق المتعلقة به، كما نتحدث عن الحكمة أو الهدف من وراء تشريع النيابة القانونية عن القاصر.

1.2.1.1.1: مصدر النيابة القانونية عن القاصر:

تستمد النيابة القانونية عن القاصر مبادئها من قواعد الشريعة الإسلامية، و قد استدل الفقهاء على مشروعيتها - و سموها بالنيابة الإجبارية أو الحكمية- من خلال ورودها في مواضع من القرآن الكريم [9]ص652، حيث جاء في آخر سورة البقرة في الآية 280 قوله تعالى: {... فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو، فليمل وليه بالعدل..}، كما جاء في سورة النساء في الآيتين 5 و6 قوله تعالى: { (4) و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قوما و ارزقوهم فيها و اكسوهم و قولوا لهم قولا معروفا(5) و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم..}.

فمن خلال هذه الآيات بين الله سبحانه و تعالى أن المال لا يدفع للصبي قبل البلوغ و يتصرف بدلا عنه وليه، كما أنه هو من يتولى العقد عنه فينوب عنه في ما له و ما عليه. [10]ص4

و أقوى دليل على هذا أن الله سبحانه و تعالى ألحق أموال القاصر بأموال النائب عنه حين قال تعالى: { .. و لا تؤتوا السفهاء أموالكم..} مع أنها نفس الأموال التي تدفع إلى القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فهي في الأصل أمواله و إنما ألحقها الله بأموال من يتولى أمره ليدل على حلول

إرادة النائب محل إرادة القاصر و كذا لبيان أهمية هذه النيابة و حتى يحث كل من تولى شؤون القاصر على رعايته و أمواله و كأنها جزء من ماله هو. [11]ص310 و عليه فإن مصدر النيابة القانونية عن القاصر إنما هو الشرع مباشرة، دون أي سبب آخر، اللهم ما عدا تدخل القاضي في تعيين الوصي و المقدم، و هو ما يظهر من خلال أن الشرع هو من حدد من ينوبون عن القاصر و بيّن مراتبهم، و حدد لكل منهم سلطاته و القيود الواردة عليها، و هو من أوجب عليهم رعاية القاصر في نفسه و ماله. [2]ص33 و في القانون الجزائري نجد النيابة القانونية عن القاصر تستمد وجودها من القانون مباشرة، و دور القاضي يظهر فيما بعد نشوئها لا سيما في حالة الولاية، و يقتصر على تثبيت النائب القانوني في حالة الوصاية و التقديم، كما يسهر على احترام تطبيق النائب القانوني للقواعد القانونية المتعلقة بالنيابة عن القاصر، كما أن القانون هو من حدد من يتولى النيابة عن القاصر و بين حدود سلطاته و القيود الواردة عليها. [12]المادة 81 و ما يليها

2.2.1.1.1: الطبيعة القانونية للنيابة القانونية عن القاصر وطبيعة الحق المتعلق

بها:

نقصد بالطبيعة القانونية أن نعرف هل النيابة القانونية عن القاصر هي حق للقائم بها أم التزام يقع على عاتقه؟ فنجد هنا أن النيابة القانونية عن القاصر تحمل كلا الأمرين، فهي التزام أو واجب فرضه القانون على أشخاص معينين منحهم صفة النائب القانوني، و يظهر ذلك من أنه متى ثبتت للنائب القانوني السلطة و الولاية على شؤون القاصر فلا يجوز له التنحي دون سبب، فهي صفة لازمة له. كما تكون النيابة القانونية من زاوية أخرى حقا للنائب القانوني لا يجوز انتزاعها منه ما دام تتوفر فيه الشروط المطلوبة و ما لم يصدر منه ما يوجب نزع صفة النائب عنه. [13]ص213[7]ص98

أما مسألة طبيعة الحق المتعلق بالنيابة القانونية عن القاصر فنريد به هل النيابة القانونية حق من حقوق الله أم من حقوق العباد أم هي من الحقوق المشتركة؟

ذلك أن الحقوق من حيث المصلحة المتعلقة بها تنقسم إلى حقوق لله و يقصد بها تلك الحقوق التي يتعلق بها النفع العام للمجتمع و حمايته دون مراعاة فرد أو أفراد معينين، فهي تشمل تلك الطائفة من الحقوق التي يقصد بها التقرب إلى الله تعالى بصفة مباشرة، أو بصفة غير مباشرة عن طريق حماية المجتمع دون اختصاص بشخص معين، و هي حقوق لا يجوز إسقاطها و لا تغييرها، و هي بذلك تشبه لحد كبير ما يسمى بمسائل النظام العام في القانون. [14]ص24

و نجد كذلك حقوق العباد و هي الحقوق المتعلقة بالأفراد و ليس للنظام العام فيها أي دخل، فهي حقوق تتعلق بخالص المصلحة الخاصة للفرد، و تشمل كل ما شرّع من أجل الفرد وحده دون

الجماعة، و هو ما يدخل اليوم في نطاق القانون الخاص.[15]ص429 و عليه فإن هذه الحقوق يجوز التنازل عنها و التصرف فيها و إسقاطها.

و هناك نوع ثالث من الحقوق يسمى الحقوق المشتركة بين الله و العباد، و هو ما اجتمع فيه الحقان معاً، و مثاله صون المال عن التلف، و لكن أبرز مثال لها هو الحق في القصاص، فهو حق لله لما يؤدي إليه من صيانة لحق الجماعة، و هو أيضاً حق للعبد من حيث أنه يحقق مصلحة خاصة و لصاحبه أن يعفو عن الجاني. و حكم هذا النوع من الحقوق هو حكم الحق الغالب، فإن غلب حق الله لم يكن للإنسان التصرف فيه بحرية، أما إن غلب حق العبد فإن له إسقاط هذا الحق و التصرف فيه.[14]ص27

و النيابة القانونية عن القاصر، و بالنظر إليها كسلطة يمنحها الشرع و القانون لأشخاص معينين وفق ترتيب محدد يصبح لهم بموجبها ولاية التصرف في شؤون القاصر الشخصية و المالية، فإنها تدخل في صميم الأحكام الفقهية المتعلقة بالأسرة و التي صنفها الفقهاء في باب المعاملات، مما يوحي بأنها تدخل تحت نطاق حقوق العباد باعتبارها حقاً للقاصر و للنائب عنه، و لكن مع ذلك فإن أحكامها لها مساس و اتصال بحقوق الله سبحانه و تعالى، و ذلك من خلال أنها تهدف إلى صيانة القاصر في نفسه و ماله في الوقت الذي يوجد فيها في حالة لا تسمح له بالقيام بشؤونه بنفسه و الدفاع عن مصالحه، و أيضاً يظهر حق الله فيها من خلال حرص الشريعة الإسلامية على النفس و المال، و اعتبارتهما من الكليات الخمس التي لا غنى عنها، و سعت للحفاظ عليها من التلف و الضياع لما في ذلك من مفسدة كبيرة و إضرار بالمصلحة العامة التي تعد أهم مميز لحقوق الله تعالى.[2]ص40

و عليه نصل إلى أن النيابة القانونية عن القاصر هي من الحقوق المشتركة، و لكن حق الله فيها غالب، و هو ما يظهر بجلاء في كونها مستمدة من الشرع و القانون، و لا يجوز تعديل أحكامها باتفاق خاص، و ليس لأحد التهاون فيها أو يسقطها، كما أنها لا تورث لأنها من الحقوق التي راعى فيها الشرع و القانون صفة القائم بها من خلال قرابته للقاصر و توافره على صفات الرحمة و الشفقة تجاه القاصر المنوب عنه.

3.2.1.1.1: الحكمة من تشريع النيابة القانونية عن القاصر:

لقد راعت الشريعة الإسلامية و القانون صفة الضعف التي يتسم به القاصر و عجزه عن القيام بشؤونه فأوكل هذا الأمر إلى أشخاص معينين ليقوموا مقام القاصر في ما يعجز عنه، و بذلك فإن غاية الشريعة الإسلامية و القانون هي حفظ القاصر في نفسه و ماله.[6]ص217 و عليه تتجلى الحكمة من تشريع النيابة القانونية عن القاصر في حفظ نفس القاصر و رعايته و أيضاً في صيانة ماله من التلف و الضياع، و هو ما نتناوله كالتالي:

أ/ حفظ نفس القاصر و رعايته، فالإنسان ينشأ في الدنيا ضعيفا بحاجة إلى من يرعاه، لأنه لا يقوى على الانفراد بمواجهة الدنيا و همومها و مشاكلها، و هو ما أوجب على وليه القيام بشؤونه حتى يبلغ أشده و يزول عنه ضعفه و يستقل بنفسه، و قد عنت الشريعة الإسلامية بهذا الجانب من النيابة عن القاصر و ربطته بحقه في الحضانة و النفقة، و ذلك سواء كان في كنف أبويه معا أو كانا منفصلين. [16]ص9

و لأجل ذلك حثت الشريعة الإسلامية و رغبت في القيام بمسئوليتها، فروى أبو داود في سننه بإسناد جيد عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم، يقول: (ابغوني في الضعفاء، فإنما تنصرون و ترزقون بضعفائكم) و القاصر ضعيف، كما أنها وعدت بعظيم الأجر و الثواب لمن يقوم بهذه المهمة فقد جاء في الحديث الذي رواه البخاري عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: (أنا و كافل اليتيم في الجنة كهاتين) و أشار بالسبابة و الوسطى و فرج بينهما. [16]ص8

و بمقابل هذا الترغيب حذرت الشريعة الإسلامية من مغبة التهاون في أمر القيام بشؤون القاصر ممن أوكلت إليهم هذه المهمة، حيث جاء في القرآن الكريم آيات عديدة، فنهى الله سبحانه و تعالى عن قهر اليتيم في سورة الضحى في الآية التاسعة في قوله تعالى: {و أما اليتيم فلا تقهر}، كما حذر سبحانه و تعالى من استغلال ضعف القاصر في سورة الماعون في قوله تعالى: {أرأيت الذي يكذب بالدين(01) فذلك الذي يدع اليتيم(02) }، كما عد النبي صلى الله عليه و سلم أكل مال اليتيم من السبع الموبقات. [16]ص9

ب/ حفظ و صيانة مال القاصر، فالمال كالنفس إحدى الكليات الخمس في الشريعة الإسلامية، و المال في أصل ملكه لله سبحانه و تعالى، و الإنسان مستخلف فيه، و عليه حفظه من التلف، و مال اليتيم أولى بالحفظ و الصيانة لأن في ضياعه مفسدة كبيرة، و لأن القاصر و بالنظر لضعفه افترض في الشرع و القانون أنه لا يحسن التصرف، فعمل على صيانة أمواله بتنصيب نائب عنه جبرا لتكون له ولاية التصرف في مال القاصر. هذا و تظهر صيانة مال القاصر من خلال النقطة التالية:

- ترشيد تصرفات القاصر، حيث يشترط لإنشاء الإنسان للتصرفات و تمام صحتها أن تتوافر لديه الأهلية اللازمة لذلك، و ذلك من أجل تحقيق العدالة في التعاقد، و بما أن القاصر لا تتوافر فيه أهلية التصرف لانعدامها أو نقصها، جعل له من ينوب عنه حتى يوجه تصرفاته الوجهة الصحيحة، فيمنعه مما يضر به و يجيز ما يراه في صالحه. [2]ص43

- استثمار أموال القاصر: ذلك أنه لو تركت أموال القاصر دون استثمار لأكلتها مصاريف القاصر و نفقاته و كذا الزكاة، و هو ما يسبب ضررا فادحا للقاصر من جهة و ضررا للمجتمع من جهة أخرى.

- إزالة الضرر و دفعه عن مال القاصر: فمن أهم مقاصد الشريعة الإسلامية دفع الضرر عن الإنسان في جميع شؤونه، و لما كان ضياع المال يؤدي إلى الإخلال بهذا المقصد فإن الشريعة الإسلامية حرمت ذلك، و مال القاصر أولى، لأنه مال شخص غير قادر على التصرف، فيحتاج إلى مزيد من الحرص على حفظه و دفع الضرر عنه. [18]ص50

3.1.1.1: تقسيمات النيابة القانونية عن القاصر

توجد عدة معايير تقسم على أساسها النيابة القانونية عن القاصر، فمن حيث موضوع النيابة أو محلها نجد نيابة عن القاصر في شؤونه الشخصية و تسمى بالولاية على النفس، و نيابة عن القاصر في شؤونه المالية و تسمى بالولاية على المال، و من حيث قوتها أو ذاتيتها، نجد النيابة القانونية الأصلية أو الذاتية ، و نيابة قانونية فرعية أو مكتسبة من الأصلية و هو ما سنتناوله كالتالي:

1.3.1.1.1: تقسيم النيابة القانونية عن القاصر من حيث موضوعها:

تنقسم النيابة عن القاصر حسب موضوعها إلى نيابة تتعلق بالشؤون الشخصية للقاصر من تربية و رعاية و زواج و طلاق، و تسمى لدى الفقهاء بالولاية على النفس، و نيابة في المعاملات المالية للقاصر من خلال إدارة أمواله و تنميتها و استثمارها و حفظها و إنشاء العقود و التصرفات الخاصة بذلك و تسمى لدى الفقهاء بالولاية على المال. [19]ص746

أ/ النيابة القانونية في الشؤون الشخصية (الولاية على النفس): يولد الطفل ضعيفا غير قادر على رعاية نفسه، فأوجب الشرع على وليه أن يرعاه و يحافظ عليه، و كلفه أن ينشئه التنشئة السليمة، و التي تشمل تعليمه و تثقيفه و رعايته صحيا و نفسيا. [20]ص173

كما تمتد مع تطور سن الصبي إلى التكفل بشؤون زواجه و ما يترتب عنه من آثار. و لأجل ذلك عرفت الولاية على النفس بأنها سلطة على شؤون القاصر المتعلقة بشخصه، كالتعليم و التطبيب و التشغيل و التزويج و الطلاق، و البعد به عن كل ما يضر به أو يؤثر على سلوكه في المستقبل، وهي نافذة عليه شاء أم أبى. [21]ص245[22]ص845

و تثبت الولاية على نفس القاصر منذ ولادته حتى بلوغه سن الرشد عاقلا، و يقسمها الفقهاء إلى مرحلتين، مرحلة الحضانة و مرحلة الضم، و لكن هاتين المرحلتين لا تظهران بجلاء إلا حينما يقع الطلاق بين الزوجين. [23]ص401

و في القانون الجزائري لا نجد نصوصا خاصة بالولاية على النفس، و لكن يتبين لنا بعض جوانبها من خلال نصوص وردت في قانون الأسرة، كنص المادة 11 فقرة 2 التي أوردت بأنه يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، ففي هذا النص مسألة من أهم مسائل الولاية على النفس و هو تزويج القاصر، و قد أورد هذا النص ترتيبا خاصا للأولياء يختلف عن الترتيب المذكور في نصوص النيابة الشرعية، كما نجد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ينص في المادة 437 منه، في معرض تناوله لرفع دعوى الطلاق من طرف أحد الزوجين، بأنه عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة.[24]ص334[25]المادة437

ب/ النيابة القانونية في المعاملات المالية(الولاية على المال): تعرف الولاية على المال أنها القدرة على إنشاء العقود و التصرفات الخاصة بأموال القاصر و تنفيذها، و التي يتولاها نيابة عن القاصر وليه أو وصيه أو المقدم، فهي سلطة يملكها الولي أو الوصي أو المقدم تتيح له إبرام التصرفات و العقود التي تتعلق بأموال القاصر من بيع و شراء و إيجار و رهن و غيرها.[15]ص474[26]ص779

و الشرع هو من يمنح هذه السلطة للنائب عن القاصر و يجعل تصرفاته نافذة في حق هذا الأخير، و أعطاه الحق في إدارة أموال القاصر و التصرف فيها وفق الحدود التي يسطرها له مسبقا، و ذلك كله من أجل حفظ أموال القاصر و تنميتها.[2]ص30

و تشمل سلطات النائب القانوني على أموال القاصر سلطة التصرف و الإدارة، و أيضا له الحق في إجازة التصرفات التي يقوم بها القاصر المميز و تدور بين النفع و الضرر و له ردها إن رأى ذلك، و قبول الهبات و الوصايا عنه، و التقاضي باسمه و الإذن له بالتجارة. كما تمتد هذه السلطة لتشمل كافة أموال القاصر ما كان منها موجودا قبل بدء النيابة أم بعدها، على فقهاء الشريعة كانوا يفرقون في هذا تبعا لعدالة الأب و اتصافه بحسن الرأي و التدبير من عدم اتصافه بذلك كأن يكون فاسد الرأي مبذرا.[27]ص61

و عند النظر في القانون الجزائري نجده ركز بالأساس على النيابة القانونية عن القاصر في شؤونه المالية، و أوجب على النائب القانوني أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، و اعتبره مسؤولا وفق مقتضيات القانون العام عن ما يلحق أموال القاصر من ضرر.[12]المادة88

و فيما يخص سلطات النائب القانوني في إدارة أموال القاصر فإن القانون أعطى له سلطة التسيير المباشر لأموال القاصر لأموال القاصر ما دام يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص، إلا

أنه أخضعه إلى رقابة القاضي في عدة تصرفات يخشى معها الإضرار بالذمة المالية للقاصر لا سيما ما تعلق منها بالعقار، و أخضعها لوجوب استئذان القاضي.[28]ص208

2.3.1.1.1: تقسيم النيابة القانونية من حيث الذاتية و الاكتساب

تنقسم النيابة القانونية من حيث ذاتيتها و اكتسابها إلى نيابة قانونية ذاتية أو أصلية و هي نيابة الولي الشرعي و هو الأب ثم الجد عند من يرى الجد كالأب، و إلى نيابة قانونية مكتسبة أو فرعية لا تقوم إلا حين تغيب نيابة الولي الشرعي، و تلك هي إذن نيابة الوصي و المقدم.

فسلطة الولي الشرعي أصلية لا يقوم بوجودها في مقامه أحد، أما سلطة الوصي فهي مشتقة من سلطة الولي الشرعي فهو من يسندها إليه و هو من يختاره في الغالب الأعم، فهي سلطة تستمد وجودها من الشرع و القانون أيضا إلا أن ذلك بصفة غير مباشرة بواسطة النائب القانوني الأصلي أي الولي الشرعي فهي بذلك امتداد لنيابة الولي الشرعي و فرع منها.[29]ص59[2]ص73

و ما قيل عن الوصي يصدق على المقدم، كل ما في الأمر أن واسطة المقدم هي القاضي، و هو أمر يظهر بالخصوص في قانون الأسرة الجزائري الذي أوجد هذا المعنى في نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالنيابة الشرعية، حيث وبعد أن تطرق لما يخص بالولي الشرعي من أحكام و من يكون لهم صفة الولي الشرعي، تطرق إلى موضوع الوصاية و من بعدها التقديم، مبينا أن كليهما لا تقوم إلا في حالة عدم وجود ولي شرعي فتكون وصاية و في حالة وجود وصي يكون التقديم، مثبتا بذلك الصفة الفرعية للوصاية و التقديم، الأولى من حيث أنها امتداد لنيابة الولي الشرعي و الثانية من حيث أنها لا تقوم إلا حيث تغيب نيابة الولي الشرعي و الوصي.[12]المواد 87 إلى 92 و هكذا بعد أن بينا تعريف النيابة القانونية عن القاصر و عرفنا مصدرها و الحكمة من تشريعها و طبيعتها و طبيعة الحق المتعلق بها، و أخيرا أقسامها الرئيسية، ننتقل لنتطرق في المطلب التالي لخصائص النيابة القانونية عن القاصر و شروط تحقق فكرة النيابة القانونية.

2.1.1: خصائص النيابة القانونية عن القاصر و شروط تحققها

نعرض في هذا العنصر إلى خصائص النيابة القانونية عن القاصر ، ثم نتناول شروط تحقق فكرة النيابة القانونية.

1.2.1.1: خصائص النيابة القانونية عن القاصر

لقد سبق لنا القول أن النيابة القانونية عن القاصر هي سلطة ممنوحة من الشرع و القانون للنائب القانوني، تسمح له بالحلول محل القاصر و التصرف عنه في شؤونه الشخصية و المالية، و ليس له متى أسندت إليه المهمة أن يتملص منها إلا بعذر مشروع، و بذلك فإن أهم خصائص

النيابة القانونية عن القاصر تتجلى في كونها ذات طبيعة شرعية و من النظام العام، كما أنها توصف بأنها ذات طبيعة متكاملة لا تقبل التجزئة، و في أنها إلزامية.

1.1.2.1.1: النيابة القانونية ذات طبيعة شرعية و من النظام العام

يقصد بالطبيعة الشرعية للنيابة القانونية عن القاصر حضور قواعد الشريعة الإسلامية فيها من حيث منشئها و آثارها، و ذلك حتى لا تتلاعب بها النفوس، حيث أصبغت الشريعة الإسلامية بصبغتها و لم تتركها لمحض مشيئة الأفراد، فحددت الأشخاص الذين ينوبون عن القاصر وفق ترتيب معين على خلاف بين المذاهب، و كلهم يستمد سلطته من الشرع، بعضهم بصفة مباشرة و البعض الآخر بواسطة الأول أو بواسطة القاضي.[2]ص104

و قد كرس القانون الجزائري هذا المفهوم من خلال إيراد أحكام النيابة القانونية عن القاصر ضمن قانون الأسرة الذي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدره الأساسي و هي مرجعه في كل ما لم يرد فيه من مسائل، كما أنه أدرج أحكام النيابة القانونية عن القاصر تحت عنوان أعم هو النيابة الشرعية.[12] المادة 81

و ارتباط النيابة القانونية بالشريعة الإسلامية، و كذا بحالة الأشخاص و أهليتهم، جعلها تعتبر من مسائل النظام العام، و يترتب على هذا أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها و لا التعديل منها، و على القاضي أن يثير من تلقاء نفسه كل مسألة تتعلق بها إن لاحظ مخالفة لأحكامها على أية درجة من درجات التقاضي حتى أمام المحكمة العليا، و هو أمر أثبتته النصوص القانونية في التشريع الجزائري، و من بينها المادة 45 من القانون المدني التي بينت أنه ليس لحد التنازل عن أهليته و لا تغيير أحكامها، كما أن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم لا يجوز التحكيم فيها وفق ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[25]المادة 1006

2.1.2.1.1: النيابة القانونية ذات طبيعة متكاملة

إن النيابة القانونية من حيث موضوعها تنصب على نفس القاصر و ماله معاً، و النائب القانوني عن القاصر ، يفترض فيه أن يتولى شؤون القاصر في نفسه و ماله معاً، فلا تتجزأ سلطته، كأن يكون نائباً عن القاصر في شؤون نفسه فقط أو ماله فقط. و ذلك راجع إلى أن النائب عن القانوني يكون شخصاً واحداً، و هو الأمر الأكيد في حالة الولي الشرعي، و لكنه غير أكيد في حالة الوصي، حيث قد يتعدد الأوصياء، فهل يتعارض هذا مع مبدأ تكامل النيابة القانونية عن القاصر؟ أي هل يجوز تجزئة النيابة عن القاصر في حالة تعدد الأوصياء؟

لقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية مسألة تجزئة سلطة الوصي على القاصر في حالة تعدد الأوصياء، و ميزوا بين حالتين، الحالة التي يكون فيها التعدد مع تخصيص كل وصي بمهام محددة، و بين الحالة التي يكون فيها مطلقاً دون تخصيص.[2]ص108

فأما الحنفية فيرون أنه في حالة التعدد مع التخصيص فإنه يؤخذ بهذا التخصيص، و يكون لكل وصي التصرف فيما وكل إليه به، و لم يخالف في هذا غير أبي يوسف الذي قال أن لكل وصي أن يتصرف في كل شيء منفرداً.[30]ص149

أما في التعدد مع الإطلاق فقد قال أبو يوسف أن لكل من الأوصياء الانفراد بالتصرف مطلقاً دون الرجوع إلى صاحبه، لأن النيابة عن القاصر سلطة شرعية و هي وحدة لا تتجزأ، أما أبو حنيفة و محمد فيريان أنه حين إطلاق الوصاية دون تخصيص فليس لكل وصي الانفراد بالتصرف، بل لا بد من اجتماع رأيهما، اللهم إلا في حالات خاصة، و هي التي لا تحتاج إلى تشاور في الرأي، كقبض الهبة، و كذلك حالات الاستعجال و الضرورة كبيع أموال قابلة للتلف، أو الترافع أمام القضاء، و أي تصرف خارج التصرفات يكون من أحد الأوصياء وحده ينعقد موقوفاً على إجازة الوصي الآخر.[31]ص309

أما الحنابلة و الشافعية فالأصل عندهم أنه إذا تم تخصيص كل وصي بعمل معين، فكل منهم يعمل وفق ما خصص له، أما في حالة التعدد مع الإطلاق فإنه لا يجوز لأحدهما الانفراد بالرأي وحده، و في هذا وافق الحنابلة و الشافعية ما ذهب إليه أبو حنيفة و محمد من الحنفية.[18]ص81 أما المذهب المالكي، فقد اتفق فقهاؤه على مبدأ أنه لا يكون لكل وصي الانفراد بالتصرف، و لكنهم اختلفوا هل تقسم المهام بينهم أم توكل للأعدل بينهما دون الآخر، فقال بالتقسيم علي بن زياد، و قال بمنع التقسيم و منح المهمة للأعدل بينهما مالك و أبو القاسم و أشهب، و في حالة التساوي في العدالة قال أشهب أن يتولى القاضي مهمة اختيار الأحق بالوصاية من بين الأوصياء.[2]ص111

أما المشرع الجزائري، و بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 92 من قانون الأسرة نجدها تنص: (و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون). و منه يتضح بجلاء أخذ القانون الجزائري برأي مالك الذي يقول بعدم تقسيم المهام بين الأوصياء و إنما اختيار أكثرهم عدالة، و أسندت هذه المهمة مباشرة إلى القاضي.

3.1.2.1.1: النيابة القانونية عن القاصر الزامية

لقد سبق و أن قررنا أن النيابة القانونية عن القاصر تعتبر من الحقوق المشتركة بين الله و العباد إلا أن حق الله فيها غالب، فهي إذ تهدف إلى حماية القاصر العاجز عن الدفاع عن نفسه، تعتبر مصلحة عامة يجب أن يحرص المجتمع على رعايتها، و بذلك فهي وظيفة إزامية وجوبية

في حق من كلفتهم الشريعة الإسلامية بالقيام بها، فهي لا تنشأ باتفاق بينهم و بين القاصر، و لا تكون بتبرع أحدهم كما هو الحال مع الكافل، و إنما بموجب الشرع الذي تولى تنظيمها و تحديد الآثار المترتبة عليها. و على ذلك فإن النائب القانوني ليس له رفض هذه المهمة التي أوكلت إليه و لا يجوز له التنازل أو التخلي عنها ما دامت الشروط متوفرة فيهم.[28]ص205

2.2.1.1: شروط تحقق النيابة القانونية عن القاصر

إن النيابة القانونية عن القاصر و هي تعني التمثيل الشرعي للقاصر من طرف نائبه الذي عينه الشرع و القانون، لا بد لتحقيق فكرتها من أن تحل إرادة النائب القانوني محل إرادة القاصر في التصرفات المختلفة، و ذلك بأن يتعامل النائب باسم القاصر و لحسابه، كل ذلك في حدود النيابة التي رسمها له الشرع و القانون[2]ص103و120 و هو ما سنتناوله كالتالي:

1.2.2.1.1: حلول إرادة النائب القانوني محل إرادة القاصر

تقتضي فكرة النيابة أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، بحيث يعبر النائب عن إرادته هو لا إرادة الأصيل. فالذي ينشئ التصرف هو النائب و إرادته هي التي تتجه نحو إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عن التصرف، إلا أن هذا الأثر لا ينصرف إلى النائب و إنما ينصرف إلى الأصيل و يترتب في ذمته، و هو ما يتحقق بصورة واضحة في النيابة القانونية حيث أن النائب القانوني يمثل القاصر و يتصرف عنه في حين آثار هذه التصرفات إلى القاصر.[3]ص222[32]ص439

هذا و يجب أن تتوافر في النائب أهلية الأداء، و لا بد في النيابة القانونية من أن تكون أهلية أداء النائب كاملة، بحيث تكون له أهلية التصرف كما لو كان يتصرف لنفسه، فهو ينوب عن قاصر فاقد لأهلية الأداء أو ناقصها، فلا بد أن يكون هو كامل الأهلية، و هذا على خلاف النيابة الاتفاقية أين لا يشترط في النائب سوى أهلية التمييز بينما يشترط في الأصيل الأهلية الكاملة في التصرف.[4]ص14

و يترتب على هذا أنه حين النظر في سلامة الرضاء و مسألة حسن أو سوء النية و العلم ببعض الظروف الخاصة بالتعاقد فإن العبرة تكون بإرادة النائب و نيته دون إرادة الأصيل، فإرادة القاصر لا أثر لها و إرادة النائب القانوني وحدها من تكون محل اعتبار، و هذا من صميم ما تنص عليه أحكام النيابة في التعاقد.[33]ص203

و في النيابة القانونية عن القاصر لا يمكن تخيل الاستثناءات التي يتم فيها النظر إلى إرادة الأصيل، ذلك أنه لا يمكن تصور أن النائب القانوني يتصرف وفق توجيهات أو تعليمات من القاصر.

و إن حلول إرادة النائب القانوني محل إرادة القاصر في إنشاء التصرف يترتب عليه كما سبق القول انصراف أثر هذا التصرف إلى ذمة القاصر فهو الأصيل، و لا خلاف في أن من يصرف هذه الآثار إلى ذمة القاصر هو الشرع و القانون بغض النظر عن إرادة النائب الذي تقتصر مهمته على إنشاء التصرف، على خلاف النيابة الاتفاقية التي تلعب فيها إرادة الأصيل دورا هاما و تشترك فيه مع إرادة النائب في صرف هذه الآثار إلى ذمة الأصيل.[34]ص170

- التفريق بين حكم العقد و حقوقه: يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة انصراف الآثار المترتبة عن التصرفات التي يبرمها النائب القانوني باسم القاصر بين نوعين من الآثار، فهم يميزون بين حكم العقد و حقوقه، فحكم العقد هو أثره المباشر و مقصد المتعاقدين من إنشاء العقد كنقل الملكية في البيع و حلية الاستمتاع في الزواج، و أما حقوق العقد فهي الالتزامات المترتبة على حكمه و المطالبات المترتبة على هذه الالتزامات كمطالبة المشتري باستلام الشيء المبيع، أو مطالبة الزوجة بالنفقة الواجبة لها على الزوج..الخ.[15]ص631[35]ص306

ففي النيابة الاتفاقية ينصرف حكم العقد ينصرف إلى الموكل باتفاق الفقهاء، أما حقوق العقد فإن كان العقد المبرم من العقود من التي يجب إضافتها إلى الموكل كالزواج و الخلع (عند من يراه عقدا) فإن الحقوق ترجع إلى الموكل و لا بد من أن يطالب هو بها، و لا يتدخل الوكيل إلا إذا اعتبر ضامنا للوفاء بهذه الحقوق. أما العقود التي لا تلزم إضافتها إلى الموكل كما في البيع و الشراء فإن الوكيل هو من يباشر حقوق العقد إلا إذا تخلص من ذلك بإضافة الحقوق إلى الموكل منذ بادئ الأمر.[36]ص287

و لكن في النيابة القانونية عن القاصر تظهر هذه التفرقة بين حكم العقد و حقوقه غير مجدية، ذلك أن القاصر و هو الأصيل لن يتمكن من مباشرة حقوق العقد نظرا لقصور أهليته، و ما أقيم النائب القانوني إلا لهذا القصور، أما حكم العقد فهو ينتقل مباشرة بحكم الشرع و قوة القانون إلى ذمة القاصر.[2]ص127[7]ص319

- موقف القانون الجزائري: في القانون الجزائري لا نجد أحكاما تفصيلية بهذا الخصوص، مما يجعلنا نعود إلى الأحكام العامة في النيابة في التعاقد، و التي ورد النص عليها في القانون المدني، فنجدها تتحدث عن حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في المادة 73 مدني حيث جاء فيها أنه إذا تم التعاقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما.[37]ص146

و هذا الحكم يمكن لنا تطبيقه على النيابة القانونية عن القاصر كما سبق ذكره، في حين تضمنت الفقرة الثانية في نفس المادة الاستثناء الذي قلنا بعدم إمكانية تطبيقه في حالة النيابة

القانونية عن القاصر و المتعلق بالحالة التي يكون فيها النائب يتصرف وفقا لتعليمات الأصيل فتصبح العبرة بشخص هذا الأخير لا بشخص النائب فيما تعلق بعيوب الرضاء و العلم بالظروف الخاصة بالتعاقد.

أما مسألة حكم العقد و حكمه، فإن المشرع الجزائري لا يظهر أنه فرق بينهما، فالمادة 74 كانت صريحة حينما نصت على أنه إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل، فالنائب ينتهي دوره بمجرد إنهاء عملية التعاقد. إلا أن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه على النيابة القانونية لعدم قدرة القاصر على أن يطالب بحقوقه المترتبة عن العقد المبرم عنه من طرف نائبه.

و رغم هذا نجد استثناء بهذا الخصوص ساير فيه المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في التفرقة بين حكم العقد و حقوقه، حينما نص في الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون الأسرة على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، فترخيص القاضي للقاصر بالزواج يجعل منه راشدا فيما تعلق بآثار نشوء الرابطة الزوجية فيتقاضى فيها و يمثل نفسه دونما حاجة إلى نائب عنه.[38]ص14

و مع هذا فإن المشرع لم يمنح للقاصر أهلية التقاضي في شأن فك الرابطة الزوجية بالطلاق، حيث جاء في المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه إذا كان أحد الزوج قاصرا يرفع طلب الطلاق باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة، و هذا الحكم و إن كان في ظاهره انسجام مع المادة 81 من قانون الأسرة[24]ص334، إلا أنه انسجام منقوص فمن جهة لم يرد النص على الوصي في نص المادة 437 سابقة الذكر، كما أنه لا ينسجم مع أحكام المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة، فكيف يكون الشخص القاصر مؤهلا للتقاضي في آثار الرابطة الزوجية و لا يكون أهلا لفك هذه الرابطة؟ و مع ذلك كان الأولى أن لا يكون أهلا للتقاضي في كلتا الحالتين، بحث ينوب عن القاصر وليه أو وصيه أو المقدم في إنشاء الزواج و في آثاره و في فك رباطه إن اقتضى الأمر.

2.2.2.1.1: تعامل النائب القانوني باسم القاصر و لحسابه

من أسس النيابة أيضا أن النائب حينما يتعامل بصفته نائبا فإنما هو يتعامل باسم الأصيل و لحسابه، مما يفترض معه أن يعلن النائب دائما حين يتعاقد مع الغير أنه يتعاقد بهذه الصفة، فيجب أن يكون الغير المتعامل معه على علم و دراية أنه يتعامل مع شخص نائب لا مع أصيل، فالأصل إذن هو أن يعلن النائب من يتعامل معه أنه يتعاقد باسم الأصيل و لحسابه و نيابة عنه.[34]ص176[32]ص447

و إن كان هذا هو الحال في النيابة بصفة عامة، فهو في النيابة القانونية عن القاصر أولى بالتحقق.

هذا و يرد على الأصل الذي يوجب على النائب أن يعلن صفته حين التعاقد مع الغير كشرط لتحقيق النيابة استثناءان، أولهما أن يكون الشخص المتعاقد معه عالما بأنه يتعاقد مع النائب لا مع الأصل أو يفترض فيه علمه بذلك، و الثاني هو أن يستوي عند الغير أن يتعامل مع شخص النائب أو مع شخص الأصل.

و خارج هذين الاستثناءين إذا لم يعلن النائب صفته أو أخفاها وقت التعاقد مع الغير ثم أعلنها بعد ذلك، فإن المتعاقد معه على الخيار بين أمرين، فإما أن يرضى بإتمام العقد و إما أن يصر على أنه تعاقد مع النائب على أنه أصيل، و في هذه الحالة الأخيرة تثور مسألة بطلان العقد من أساسه، لأن إرادة النائب و المتعاقد معه لم تلتقيا من حيث الأصل، و إن كان إخفاء النائب لصفته قد يعتبر خطأ تقصيريا يكون خير تعويض عنه هو إتمام العقد كما ظنه الغير بادئ الأمر. [3]ص229و232

- موقف القانون الجزائري: تطرق المشرع الجزائري لهذا الأمر ضمن الأحكام العامة للنيابة في التعاقد في المادة 75 من القانون المدني حيث جاء فيها: (إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائما أو مدينا إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد مع النائب يعلم بودود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب)، و هذه الأحكام تسري كذلك بشأن النيابة القانونية عن القاصر.

و الشريعة الإسلامية في ميدان النيابة لم تخرج عن هذا، و لكنها ميزت بين حكم العقد و حقوقه، فهي أقرت أن التعاقد بالنيابة يثبت حكمه الأصلي مباشرة في ذمة الأصل سواء صرح النائب أنه بنيابته أم لا. أم حقوق العقد و هي المطالبات المتعلقة بالالتزامات الناشئة عن حكم العقد، فتتصرف إلى الأصل أيضا إذا صرح النائب بنيابته، أما إذا لم يصرح بنيابته أو تعهد هو بها فتتصرف إلى النائب شخصيا. أما في حالة القاصر ففي كلتا الحالتين تتعلق حقوق العقد بالنائب القانوني سواء صرح بنيابته أم لم يصرح بها. [2]ص135

3.2.2.1.1: عدم تجاوز النائب القانوني لحدود نيابته

من اللازم حتى يعتبر التعاقد قد حصل بطريق النيابة و من ثم انصراف أثره إلى الأصل، أن يكون النائب قد أجرى التصرف في حدود سلطته الممنوحة له، و في حالة النائب القانوني عن القاصر لا بد أن يلتزم النائب القانوني الحدود التي وضعها الشرع و القانون لسلطاته، و القيود التي أوردها على تصرفاتهم كنواب عن القاصر، فلا يمكن للأب مثلا بيع عقار ابنه دون إذن من

القاضي بذلك، و ليس له تذيير أمواله لأنه ملزم بالتصرف فيها تصرف الرجل الحريص، و هذا هو موقف القانون الجزائري.[12]المادة88

أما جزاء مخالفة النائب لهذا الشرط و تجاوزه لحدود نيابته فهو في النيابة القانونية عن القاصر بطلان التصرفات و عدم اعتبارها من أصلها، فشان النائب القانوني الذي يتجاوز حدود نيابته شأن من لم تثبت له النيابة أصلا، فيعتبر أجنبيا عن صاحب الشأن و لا يسري تصرفه في مواجهته.[3]ص234

- موقف القانون الجزائري: نص المشرع الجزائري في المادة 74 من القانون المدني على أنه إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل، و بمفهوم المخالفة إذا خرج النائب عن حدود نيابته لا ينتقل من آثار تصرفاته شيء إلى ذمة الأصيل، و إن أمكن في النيابة الاتفاقية حصول إجازة للتصرف من قبل الأصيل إلا أن هذا الأمر مستبعد في حالة النيابة القانونية عن القاصر و عليه فإن تصرف النائب القانوني خارج حدود نيابته لا أثر له في مواجهه القاصر.

و بهذا نكون قد تطرقنا لخصائص النيابة القانونية عن القاصر و الشروط اللازمة لتحقيق فكرة النيابة، فلم يتبقى لنا لتمام مفهوم النيابة القانونية عن القاصر سوى أن نميزها عن ما يقاربها من نظم قانونية و ذلك من خلال المطلب الموالي.

3.1.1: تمييز النيابة القانونية عن القاصر عن النظم المقاربة لها

يقتضي معرفة و تحديد مفهوم النيابة القانونية عن القاصر تمييزها عن ما يقاربها و يتداخل معها من نظم قانونية، و التي أبرزها الوكالة، الفضالة، كفالة القاصر، الحضانة، الحجر، و المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة.

1.3.1.1: تمييزها عن الوكالة

للكالة في اللغة عدم معان، منها القيام بأمر الغير أو إقامة الغير في التصرف، كما قد تعني الاعتماد و الكفالة و الحفظ و التفويض.[14]ص67 أما في الاصطلاح فقد عرفها الفقهاء بأنها تفويض الغير بإجراء تصرف معلوم قابل للنيابة ممن يملكه غير مشروط بموته. فقولهم (تفويض للغير) يعني أنها تنجم عن اتفاق أي عقد تم بإيجاب من الموكل و قبول الوكيل، و قولهم (بإجراء تصرف معلوم قابل للنيابة) يعني وجوب معلومية الموكل فيه فلا وكالة في مجهول و أن يكون تصرفا لا فعلا ماديا، و أن يكون من الأمور التي تقبل للنيابة، وقولهم (ممن يملكه) يعني وجوب أن يكون الموكل أهلا لأن يقوم بالتصرف بنفسه فيما وكل فيه، و قولهم (غير مشروط بموته) فيعني أن الوكالة تنفذ حال حياة الموكل و إلا صارت وصاية.[1]ص44

أما القانون الجزائري فقد نظم أحكام الوكالة في القانون المدني، فعرفها في المادة 571 مدني بأنها عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه. فيتضح من هذا التعريف أن المشرع الجزائري اعتبر الوكالة نوعا من النيابة تنتج عن عقد بين شخصين، الموكل و الوكيل، يترتب عليه أثر قانوني يتمثل في قيام الوكيل بعمل قانوني باسم الموكل و لحسابه. و منه فهي نيابة عقدية أو اتفاقية يحدد مداها و سلطات الوكيل فيها بنود العقد المبرم بين الطرفين.[3]ص218

أما النيابة القانونية عن القاصر فكما سبق و أن بينا، هي سلطة تمنح بموجب الشرع و القانون للنائب القانوني، بموجبها يحل محل القاصر في التصرف عنه في شؤونه الشخصية و المالية، فهي نوع من النيابة، و لكنها جبرية على الأصيل و هو القاصر و لا يملك فيها شيئا، و القانون هو من فرض عليه شخص النائب و حدد بدقة سلطاته و بين مداها و القيود الواردة عليها.[33]ص207

فنخلص من هذا أن الوكالة و النيابة القانونية تلتقيان في كونهما نيابة عن الغير في التصرف، إلا أنه و بالنظر إلى أحكامهما نجد بينهما فروقا عديدة يكمن أهمها في ما يلي:

- فمن حيث المصدر الذي يحدد شخص النائب و نطاق كل نيابته و موضوعها، نجد أن القانون هو المصدر المباشر للنيابة القانونية و هو من يحدد شخص النائب و يبين حدود نيابته و مداها، كما أنها تتم بغير رضا من الأصيل الذي هو القاصر، أما في الوكالة فإن العقد هو من يحدد هذه الأمور، كما أنها تتم برضا الأصيل الذي هو الوكيل و هو من يحدد موضوع النيابة و سلطات الوكيل و مدى نيابته.[2]ص91

- فيما يخص الأهلية المتطلبية في النائب و الأصيل، فإن النيابة القانونية تقوم أصلا لانعدام أهلية الأصيل أو نقصها و على كمال أهلية النائب، فمتى كملت أهلية الأصيل في النيابة القانونية لم يعد قاصرا و لا حاجة له لمن ينوب عنه، و النائب القانوني لا بد أن يكون شخصا كامل الأهلية قادرا على القيام بالتصرفات القانونية، أما في الوكالة فإنه لا بد أن يكون الأصيل كامل الأهلية قادرا على القيام بالتصرف الموكل فيه بنفسه، أما الوكيل فلا تشترط في الأهلية الكاملة و يكفي فيه التمييز.[4]ص14

2.3.1.1: تمييزها عن الفضالة

الفضالة في اللغة تعني الفضل و الزيادة، و الفضولي في اللغة هو من يشتغل بما لا يعنيه و ما لا يخصه، أما في الاصطلاح الفقهي فتعني الفضالة تصرف الشخص في شؤون غيره دون أن تكون له في الأصل سلطة القيام بهذا التصرف.[14]ص75، و الفضالة هي صورة أو تطبيق من

تطبيقات الفعل النافع و الذي يشكل مصدرا من مصادر الالتزام في الشريعة الإسلامية. و تطبيقا من تطبيقات ما يسمى في القانون بالإثراء بلا سبب.

و حكم التصرفات التي يبرمها الفضولي في الشريعة الإسلامية هو انعقادها موقوفة على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازها نفذت في حقه و إن ردها بطل التصرف، و هو قول أبي حنيفة و صاحبيه و رواية عن الإمام أحمد بن حنبل و مالك بن أنس الذي يروى عنه اشتراطه أن يكون تصرف الفضولي من المعاوضات، فلو كان تبرعا بطل. أما الشافعي فقد أبطل تصرفات الفضولي و هو رأي في رواية أخرى عن الإمام أحمد. و لكن يظهر أن القول بصحة تصرفات الفضولي مع انعقادها موقوفة على إجازة صاحب الشأن فيه مصلحة ظاهرة.[35]ص317

هذا و يترتب على قبول صاحب الشأن و إجازته تصرف الفضولي تطبيق أحكام الوكالة بينهما، و التي أهمها أن يلتزم الفضولي بإتمام ما بدأ فيه إن لم يكن قد تم بعد، و يلتزم صاحب الشأن في المقابل بتنفيذ ما أبرمه الفضولي من عقود و تصرفات و تعويضه عن ما خسره. و هذا هو نفس الموقف الذي اتبعته القوانين المدنية، و من بينها القانون المدني الجزائري الذي نص على أحكام الفضالة في المواد من 150 إلى 159 مدني.[14]ص78

و يتضح من هذا أن النيابة القانونية عن القاصر تشترك مع الفضالة في أنهما تصرف عن الغير دون إرادته، غير أنهما تفترقان بعد ذلك في نقاط عديدة أهمها أن النائب القانوني عن القاصر يملك ولاية التصرف في شؤون القاصر الشخصية و المالية أما الفضولي فليست له هذه الولاية، كما أن تصرف النائب القانوني نافذ في حق القاصر ما دام ضمن الحدود المقررة قانونا دونما توقف على إجازة القاصر و الذي ليس له رد التصرف بعد رشده، أما تصرف الفضولي فهو موقوف على إجازة صاحب الشأن، و أخيرا فإن النيابة مصدرها القانون و تكون سابقة على تصرف النائب في شؤون القاصر أما الفضالة فتقوم على إجازة بعدية من قبل صاحب الشأن.[2]ص93

3.3.1: تمييزها عن كفالة القاصر

لا نقصد بالكفالة هنا ذلك العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يفي بالالتزام معين إذا لم يف به المدين نفسه حين حلول أجله[38]المادة644، و إنما نعني بها قيام شخص ما بمحض إرادته بالتكفل بشؤون قاصر و رعايته، و لا تكون له عند الفقهاء ولاية على مال القاصر إلا استثناء، فالكافل هو الشخص الذي يتولى تربية أولاد صغار لا أهل لهم، فيشترك مع الحاضن في رعاية شؤون القاصر الشخصية، و لكن صلاحيات الكافل أكبر و أعم، كما أن الكافل متبرع و الحاضن ملزم من الشرع.[2]ص272

و في القانون الجزائري عرّف الكفالة في المادة 116 من قانون الأسرة بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي، و هي تتم أمام المحكمة أو الموثق حسب نص المادة 117 من نفس القانون.

هذا و تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية و جميع المنح العائلية و الدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي طبقا للمادة 121 من قانون الأسرة. و بذلك تشترك الكفالة مع النيابة القانونية عن القاصر في أن كليهما في القانون الجزائري رعاية للقاصر في شؤونه الشخصية و المالية، إلا أنهما تختلفان في عدة أمور أهمها المصدر، فمصدر النيابة القانونية هو نص القانون و حكم الشرع، أما الكفالة فهي التزام بإرادة منفردة من جانب الكافل، أي تصرف انفرادي تبرعي.

4.3.1.1: تمييزها عن الحضانة

الحضانة في اللغة تعني الضم إلى الصدر، و في اصطلاح الفقهاء تعني تربية الطفل و رعايته و القيام بشؤونه من إطعام و ملابس و نظافة من طرف من له الحق في ذلك من الأقارب المحارم، و هو تعريف الحنفية و المالكية، أما تعريف الشافعية و الحنابلة فهو أنها تربية كل من لا يستقل بأموره، فيضيفون بذلك إلى الطفل الصغير كلا من المجنون و المعتوه. [40]ص97 و لكن الرأي الغالب حاليا هو تعريف الحنفية و المالكية و هو الموقف الذي تبناه القانون الجزائري حيث عرف الحضانة بأنها رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا. [12]المادة62

و الحضانة لدى الفقهاء فرع من الولاية على النفس و تعد من حقوق الأولاد، و لا تثور مسألة الأحقية بالحضانة طالما كانت العلاقة الزوجية بين أبوي الطفل قائمة، فإن افترقا تثور مسألة الأحقية بالحضانة، وهي بإجماع الفقهاء تكون للأم أولا و هي أولى بابنها، و هو ما نصت عليه السنة النبوية حيث أن الرسول صلى الله عليه و سلم جاءته امرأة تشكو زوجها الذي طلقا و يريد انتزاع ابنها منها فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم: (أنت أحق به ما لم تتزوجي). [23]ص401

و هو ذات الموقف الذي سلكه المشرع الجزائري حين تطرق لأحكام الحضانة ضمن آثار الطلاق في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة.

و يتضح من خلال ما سبق أن الحضانة تعتبر جزءا من النيابة القانونية عن القاصر و مرحلة من مراحلها لا تنفك عنها، و لا تظهر الحضانة متميزة بذاتها إلا حين ينفصل الأبوان فيكون الحاضن غير النائب عن القاصر، كما أن الحضانة تنتهي قبل انتهاء النيابة القانونية عن القاصر ذلك أن الحضانة تنتهي حسب الفقهاء ببلوغ الذكر سنا يستغني فيه عن خدمة النساء قدره المشرع الجزائري بأنه عشر (10) سنوات قد تمتد إلى ستة عشر (16) سنة إذا لم تتزوج

الحاضنة و رأى القاضي لزوم ذلك، و تنهي عن الفتاة إذا بلغت مبلغ النساء و هو ما قدره المشرع الجزائري ببلوغ سن الزواج أي 19 سنة. [41]ص[252]42[ص257

و لكن المشرع الجزائري ربط بين الحضانة و النيابة القانونية عن القاصر و لم يفك الرباط الذي بينهما حتى في حالة انفصال الزوجين حيث أن النيابة القانونية عن القاصر تنتقل مع الحضانة بموجب حكم القاضي للشخص الذي أسندت إليه الحضانة و هو ما جاء في نص المادة 87 فقرة 2 من قانون الأسرة بقولها: (و في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد).

5.3.1.1: تمييزها عن الحجر

الحجر في اللغة بفتح الحاء و كسرهما و سكون الجيم المنع و التضيق، فيقال حَجَرَ عَلَيْهِ حَجْرًا أو حَجْرًا أي منعه من أمر ما، و منه سمي الحرام حَجْرًا، حيث جاء في الآية 22 من سورة الفرقان: { و يقولون حَجْرًا محجورًا } أي حراما محرما، و سمي العقل حَجْرًا لمنعه صاحبه من الوقوع في الأخطاء و المفاسد، حيث جاء في الآية الخامسة من سورة الفجر قوله تعالى: { هل في ذلك قسم لذي حجر }، أي لذي عقل. [43]ص[411]31[ص253

و معنى الحجر في الاصطلاح مأخوذ من معناه اللغوي، فالحجر عند الفقهاء هو المنع من العقود و التصرفات القولية، فكل من توافرت فيه أسباب الحجر و دواعيه منع من إبرام العقود و التصرفات المختلفة، و يكون منع المحجور عليه بالتصرف إما باعتبار تصرفاته من حيث الأصل باطلة كما هو في حالة الصبي غير المميز و المجنون و المعتوه (عند من يعتبر المعتوه كالمجنون)، أو بجعل تصرفات غير نافذة كما هو مع الصبي المميز و السفیه و ذي الغفلة و المعتوه (عند من يرون المعتوه كالسفيه)، بالإضافة إلى تصرفات المدين المفلس. [30]ص[200]44[ص241

و يقع الحجر عند الفقهاء على ستة أصناف و هم صغير السن و المجنون و المعتوه و السفیه و ذو الغفلة و المدين، و محل الحجر حسب ما ورد في التعريف هو التصرفات القولية دون الأفعال المادية، فإن تسبب المحجور عليه في ضرر لأحد ما أو ماله ضمن تعويض هذا الضرر من ماله الخاص بغض النظر عن وليه. [45]ص[437]44[ص214

و الحجر على الصغير يكون لأبيه دون حاجة لحكم من القاضي، لأن مناط الحجر هو الضعف و عجز المحجور على تدبير شؤونه مما يتوجب منعه من التصرف، و هذا الضعف مفترض في الصغير دون حاجة للتحقق من طرف القاضي، أما بالنسبة لمن بلغ مجنونا أو معتوها، سفيها أو ذا غفلة، فلا بد لأجل استمرار الحجر عليه من حكم القاضي بذلك بعد تحققه من ثبوت سبب الحجر، و هو ما ينطبق أيضا على من بلغ راشدا ثم طرأ عليه جنون أو عته أو سفه

أو غفلة، و كما لا يكون الحجر على هؤلاء إلا بحكم القاضي فإنه لا يرفع أو لا يفك إلا بموجب حكم القاضي أيضا. [9]ص653

أما القانون الجزائري فقد تناول أحكام الحجر في الفصل الخامس من الكتاب الثاني من قانون الأسرة، في المواد من 101 إلى 108، حيث جاء في المادة 101 أن كل من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه، و نصت المادة 102 أن الحجر يكون بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة.

في حين أكدت المادة 103 أن الحجر يجب أن يكون بموجب حكم، و أن القاضي يستطيع أن يستطيع بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر. هذا و إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي ينوب عنه قانونا عين له القاضي مقدما و هو ما نصت عليه المادة 104.

مما يعني أن الحجر يسمح باستمرار النيابة القانونية للولي أو الوصي عن الشخص الذي كان قاصرا و بلغ و هو مجنون أو معتوه أو سفيه أو ذو غفلة، كما يسمح بعودة النيابة القانونية بعد انتهائها للولي أو الوصي في الحالة التي يبلغ فيها القاصر راشدا ثم تطرأ عليه حالة من الحالات السابقة. و في حالة عدم وجود الولي أو الوصي يعين القاضي مقدما. [28]ص217

و من خلال ما سبق يتضح لنا أن علاقة الحجر بالنيابة القانونية عن القاصر علاقة وثيقة، فالحجر يؤدي إلى استمرار النيابة القانونية عن القاصر بعد بلوغه مجنونا أو معتوها أو سفيها أو ذا غفلة، أو بعودتها إلى الولي أو الوصي إذا طرأ الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة بعد انتهاء النيابة القانونية ببلوغ القاصر سن الرشد عاقلا.

إلا أن للحجر مجالا أوسع من النيابة القانونية عن القاصر، و ذلك حينما جعله القانون عقوبة تكميلية، حيث جاء في المادة التاسعة من قانون العقوبات على رأس العقوبات التكميلية و سمته الحجر القانوني(في مقابل الحجر القضائي الذي نص عليه قانون الأسرة) و يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية على أن تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي، أي أنه يتم تعيين مقدم يتولى إدارة أمواله، و سمي الحجر هاهنا حجرا قانونيا لأنه يطبق بقوة القانون، و تأمر به المحكمة وجوبا في حالة الحكم على المتهم بعقوبة جنائية. [46]المادة9مكرر

6.3.1.1: تمييزها عن المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة

تتقرر هذه المساعدة في حق كل شخص قام به مانع طبيعي من موانع التعبير عن الإرادة، و يقصد به وجود عاهة مزدوجة تجعل الشخص كامل الأهلية غير قادر على التعبير عن إرادته،

لذلك يجوز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه على التصرفات التي تدعو إليها
مصلحته. [47]ص245

و هو ما نصت عليه المادة 80 من القانون المدني الجزائري بقولها أنه إذا كان الشخص
أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز
للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

فالمساعد القضائي يعينه القاضي بسبب العجز الطبيعي الذي يمنع ذا العاهتين من التعبير
عن إرادته، فالمساعدة القضائية تختلف بذلك عن النيابة القانونية عن القاصر في سبب نشوئها،
فهذه الأخيرة تنشأ بسبب قصور أهلية الأصيل و ليس مجرد العجز عن التعبير عن الإرادة، أما
المساعدة القضائية فالشخص الذي تمت مساعدته كامل الأهلية كل ما في الأمر هو بحاجة إلى من
يساعده على التعبير عن إرادته. [13]ص287

كما أن الصلاحيات التي تقررت للمساعد القضائي لا تقارن إطلاقا بسلطات النائب
القانوني، فهذا الأخير التصرف في الشؤون الشخصية و المالية للقاصر دون الرجوع إليه، أما
المساعد القضائي فليس له إلا التدخل لمساعدة الشخص ذي العاهتين على التعبير عن إرادته، كما
أن التصرفات التي يبرمها القاصر تدور بين البطلان و الوقف على إجازة النائب القانوني، أما
التصرفات التي يبرمها الشخص ذو العاهتين بعيدا عن المساعد القضائي فهي تنعقد قابلة
للإبطال. [38]المادة 80

و هكذا بعد أن عرفنا مفهوم النيابة القانونية عن القاصر من خلال المبحث الأول، ننتقل
للمبحث الثاني لنرى فيه العناصر التي تقوم عليها النيابة القانونية عن القاصر و ذلك حتى تتم
معرفة ماهيتها.

2.1: عناصر النيابة القانونية عن القاصر

لقد عرفنا أن النيابة القانونية عن القاصر هي نظام قانوني وضعه المشرع مستمدا أحكامه
من الشريعة الإسلامية، و يهدف من خلاله إلى صون القاصر و حمايته، و أناط هذه المهمة
بأشخاص محددين منحهم صفة النائب القانوني عن القاصر، و ذلك ليقوموا مقامه في الشؤون
الشخصية و المالية التي تقبل النيابة. و على هذا فإن النيابة القانونية عن القاصر تتكون من ثلاثة
عناصر و هي القاصر و النائب القانوني و محل النيابة.

1.2.1: القاصر

يُعرَّفُ القاصر بأنه كل شخص لم يبلغ سن الرشد [17]ص[9] [47]ص23، و سن الرشد هي
السن التي ببلوغها يصبح الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و الأهلية المقصودة في
هذا المقام هي أهلية الأداء و ليس أهلية الوجوب، ذلك أن هذه الأخيرة و التي تعني صلاحية

الإنسان لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات[48]ص183 هي صفة لصيقة بالإنسان و تكون له حتى قبل ولادته أي حين يكون جنينا حيث تكون له أهلية وجوب ناقصة تكتمل بولادته فيصبح له أهلية وجوب كاملة تخوله كسب الحقوق و التحمل بالالتزامات بغض النظر عن إرادته و مدى قدرته على أن يباشر بنفسه التصرفات التي تكسبه هذه الحقوق أو ترتب عليه هذه الالتزام، و هي بذلك صفة لصيقة بالإنسان تلازمه مدى حياته ولا ترتبط بسن معين، و هي بهذا المعنى مرادفة لمعنى الشخصية القانونية. [49]ص345[50]ج1ص743

أما أهلية الأداء و التي تعني قدرة الإنسان على مباشرة التصرفات القانونية، فمناطقها التمييز حيث تبدأ ببدء التمييز و تكتمل باكتماله، كما تنعدم بانعدامه، و هي تتدرج مع تدرج الإنسان في السن، حيث يبدأ الإنسان أول أمره عديم التمييز فاقتدا لأهلية الأداء و يسمى بغير المميز، فإن بلغ سن التمييز صارت له أهلية أداء و لكنها ناقصة فيسمى بناقص الأهلية أو الصبي المميز، فإن بلغ سن الرشد صار كامل التمييز أصبح كامل الأهلية.[51]ص371 و منه فإن القاصر إما أن يكون فاقتدا لأهلية الأداء فيسمى بالصبي غير المميز، و أما أن يكون ناقص أهلية الأداء و يسمى بالصبي المميز.

1.1.2.1: الصبي غير المميز

و يعتبر الإنسان كذلك منذ ولادته و حتى يصبح مميزا، فالإنسان خلال هذه المرحلة لا يكون ذا وعي فيسمى غير مميز، على الرغم من أنه في هذه المرحلة يتمتع بالشخصية القانونية و بأهلية وجوب كاملة، إلا أنه يبقى فاقتدا لأهلية الأداء.[51]ص355

و يرجع سبب ذلك إلى أن الإنسان في هذه المرحلة من العمر لا يملك الوعي الكافي الذي تتطلبه الأعمال التي تؤهله للقيام بها أهلية الأداء، و لأجل هذا يقرر الفقهاء أنه لا يعتد بشيء من أقوال أو أفعال القاصر في هذه المرحلة فلو باشر عقدا فلا أثر له، و لو ارتكب جريمة لا يحاسب عليها، و لكن إذا ما سبب ضررا للغير بفعله كأن أتلّف مالا لم يقدم إليه، فيضمن تعويض ذلك من ماله الخاص.[52]ص119[22]ص795

و بالرغم من أن الصبي غير المميز لا يملك أهلية الأداء مطلقا، إلا أنه يتمتع أهلية وجوب كاملة، مما يعني تملكه منذ ولادته لكل ما يشتري له أو يوهب، و تتصرف لذمته آثار العقود و التصرفات التي يبرمها باسمه و لحسابه النائب القانوني، كما ينوب عنه في أداء الالتزامات المترتبة عن هذه العقود و التصرفات.[2]ص158

و قد عدد الفقهاء أنواع الالتزامات التي تنشغل بها ذمة الصبي غير المميز، و جعلوها في

ثلاثة أنواع:

- المعاوضات المالية، و هي التي تنتج عن العقود و التصرفات التي يبرمها بالنيابة عنه النائب القانوني، أو تلك المبالغ التي تدفع كتعويض عن الأضرار التي يسببها القاصر للغير.

- الضرائب و بقية حقوق الدولة المالية كالرسوم الجمركية و فواتير الكهرباء و الغاز.

- الصلات الاجتماعية المتصلة بالغنى، كنفقة الأقارب و الحواشي و زكاة الفطر، أما زكاة الأموال فمختلف فيها بين من يرى أنها عبادة مالية لا تجب إلا بالبلوغ إلا ما كان في الزروع و الثمار، و هو رأي الحنفية، و بين من يرى وجوب الزكاة في مال الصبي مطلقا لما في الزكاة من نفع و رعاية لمصالح المجتمع، و هو رأي الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة.[53]ص120[54]ص28

و تنتهي هذه المرحلة من عمر الإنسان ببلوغ الصبي سن التمييز، و هو ما انقسم في شأنه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ذهب الحنفية و جمهور الحنابلة إلى القول بأن للتمييز سنا معينة حدوها بسبع سنوات، و هي السن التي يصبح للصبي فيها وعي يسمح له بفهم الخطاب التشريعي، و استندوا في ذلك إلى حديث النبي صلى الله عليه و سلم الذي طلب من الآباء أن يأمرُوا أولادهم بالصلاة لسبع سنوات، فكان ذلك دليل على وعي ذي السبع سنوات و فهمه.[55]ص118

أما المالكية و رأي من الحنابلة فذهبوا للقول بأنه ليس للتمييز سن معين و لا ينبغي أن نضبطه بسن معين، لأن الناس ليسوا سواء في مداركهم و وعيهم، فقالوا بترك الأمر لكل حالة على حدة، و لكن هذا الرأي لا يصمد أمام الرأي الأول ذلك أن الأحكام الشرعية لا بد لها أن تبنى على ضابط محدد، لذلك فإن المعتمد لدى الفقهاء القدامى و المحدثين منهم أن سن التمييز هو بلوغ الصبي سن سبع سنوات.[2]ص164

- موقف القانون الجزائري: و في القانون الجزائري نجد المادة 42 من القانون المدني في فقرتها الثانية تنص على أنه يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة، و بذلك فإن المشرع الجزائري اعتبر كل شخص لم يبلغ هذه السن شخصا غير مميز و بالتالي فاقتدا لأهلية الأداء، و قد كان سن التمييز في القانون المدني حين صدوره سنة 1975 هو ستة عشر سنة، و هو ما كان محل تعديل سنة 2005 بموجب القانون(05-10) المؤرخ في 20 جوان 2005، و الذي جعل سن التمييز ثلاث عشرة سنة، و هي سن مناسبة و أفضل من سن السادسة عشر.[56]ص133

و يعتبر الإنسان في هذه المرحلة و بحسب نص المادة 42 من القانون المدني فاقتدا لأهلية الأداء و لا أثر لتصرفاته و تعتبر كلها تصرفات باطلة حتى و لو كانت نافعة له نفعاً محضاً، و هو ما أكدت عليه المادة 82 من قانون الأسرة حين نصت على أن كل من لم يبلغ سن التمييز طبقاً للمادة 42 من القانون المدني فإن جميع تصرفاته تعد باطلة.[56]ص59

و يترتب على انعدام التمييز لدى الإنسان في هذه المرحلة و حسب القانون الجزائري عدم مسؤوليته مدنيا و جزائيا، فمن حيث المسؤولية المدنية فإنه لا بد من التمييز كشرط لقيامها طبقا للمادة 125 من القانون المدني، و في هذه الحالة لا بد من تحريك دعوى مسؤولية متولي الرقابة طبقا لنص المادة 134 من القانون المدني.[38]المادة125 و المادة 134

أما من الناحية الجزائرية فإن الصغير الذي لم يبلغ سن الثالثة عشر لا يمكن أن توقع عليه عقوبة جزائية، فصغر السن هو إحدى موانع قيام المسؤولية الجزائية حيث يستخدم المشرع عبارة (لا عقوبة)، فلا توقع على القاصر الذي لم يكمل سن الثالثة عشر إلا تدابير الحماية و التربية.[46]المادة49

2.1.2.1: الصبي المميز

يمتد هذا الطور من حياة الإنسان منذ بلوغه سن التمييز حتى بلوغه سن الرشد عاقلا، فالمراد بالتمييز هو أن يصير للإنسان بصر عقلي يستطيع أن يميز به بين الحسن و القبيح و الخير و الشر و النفع و الضرر، حتى و إن كان هذا الإدراك غير بعيد المدى و لا يستوعب كل نتائج الأمور، حيث في هذا الطور يبدأ الإنسان في تكوين وعي صحيح يكتمل شيئا فشيئا، فيبدأ غضا أول التمييز و يعتدل بالبلوغ الجسمي، لئتم ببلوغ سن الرشد عاقلا.[22]ص801

و في هذه المرحلة من العمر منحت الشريعة الإسلامية للصبي أهلية أداء، ولكنها أهلية أداء ناقصة، لا تسمح له بالتصرف في أمواله كيف يشاء، فهي أهلية أداء تتوافق مع سنه، حيث يعتد بإرادته في بعض التصرفات حين تكون نافعة له نفعاً محضاً و جعلت نافذة دون توقف على إجازة أحد، أما التصرفات التي تكون مترددة بين النفع و الضرر فجعلت صحيحة موقوفة على إجازة النائب القانوني، في حين لا يعتد بإرادته إطلاقاً حين تكون التصرفات ضارة به ضرراً محضاً، و تعتبر باطلة.[21]ص214

و على هذا الأساس قرر الفقهاء أن للصبي في هذه المرحلة أهلية الاغتناء فله قبول الهبات لنفعها المحض له، و ليس له أهلية تبرع فليس له أن يهب من ماله شيئاً، أما أهلية الإدارة و أهلية التصرف و هي التي تدور ما بين النفع و الضرر فليس حراً في مباشرتها، و إن فعل كان تصرفه موقوفاً على إجازة النائب القانوني.[27]ص13

و تنتهي مرحلة التمييز ببلوغ الإنسان سن الرشد عاقلا، على أن فقهاء الشريعة ميزوا بين البلوغ الجسمي و بلوغ سن الرشد، فالبلوغ هو مرحلة سابقة عن سن الرشد تعد منتهى الطفولة و بها تزول الولاية على النفس، أما الرشد فهو مرحلة لاحقة عن البلوغ و يرتبط بالولاية على المال. و منه فإن سن البلوغ يختلف لدى فقهاء الشريعة عن سن الرشد.[45]ص441

فالبلوغ فيكون بظهور علاماته و هي أربعة، اثنتان يشترك فيها الذكر و الأنثى و هما الاحتلام و إنبات شعر العانة الخشن، و علامتان تختص بهما الأنثى و هما الحيض و الحمل. فإذا لم تظهر هذه العلامات، فإن البلوغ يحسب بالسن و خمسة عشر لدى الذكر و الأنثى، على قول أبي يوسف و محمد من الحنفية و قول للمالكية و الحنابلة مستدلين في ذلك بذلك بحديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي رواه الترمذي و جاء فيه أن ابن عمر عرض على الرسول صلى الله عليه و سلم في جيش و هو ابن أربع عشرة فلم يقبله فلما عرض عليه في جيش آخر و هو ابن خمسة عشر قبله. [9]ص[657]58[ص198

أما أبو حنيفة فيرى أن البلوغ بالنسبة للذكر هو ثماني عشرة سنة و للأنثى سبعة عشر سنة مستدلا بتفسير ابن عباس لقوله تعالى في سورة الإسراء: { و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده} فأشد الصبي ثماني عشرة سنة، و لأن الأنثى تبلغ عادة قبل الذكر أنقص لها عاما فجعل سن بلوغها سبعة عشر، و هو قول للمالكية أيضا، غير أن المعمول به هو الرأي الأول أي اعتبار سن الخامسة عشر سن بلوغ ما لم تظهر العلامات. [45]ص442

و أما سن الرشد و هي التي ربط بها الفقهاء انتهاء مرحلة التمييز و ربطوها بالولاية على المال، فقد اختلفوا في حد الرشد و في معناه، فأبو حنيفة رأى أن سن الرشد هو بلوغ الإنسان سن الخامسة و العشرين، فمن بلغها دفع إليه ماله ما لم يكن مجنونا، و هو بذلك نظر إلى شخص المولى عليه بغض النظر عن حسن تصرفه. [44]ص[220]45[ص443

أما الحنابلة فيرون أن الرشد هو الصلاح في المال فمن صلح تصرفه في ماله فقد رشد على أن يخضع للاختبار، في حين قال الشافعية أن الرشد هو الصلاح في الدين و الدنيا معا فمن كان مضيعا في دينه كان لماله أضيع، في حين سار المالكية إلى القول أن الرشد هو حفظ المال مع حسن النظر فيه. [59]ص[607]60[ص230

- موقف القانون الجزائري: في القانون الجزائري نجد أن مرحلة الصبي المميز تبدأ منذ بلوغ الإنسان سن التمييز المقدر بثلاثة عشر سنة إلى غاية بلوغه سن الرشد و الذي حددته المادة 40 من القانون المدني بتسعة عشر سنة، و يكون خلال هذه الفترة و طبقا لنص المادة 83 من قانون الأسرة متمتعا بأهلية أداء ناقصة تخوله من إبرام التصرفات النافعة لها نفعا محضا و التي تكون نافذة و أيضا التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر و التي تكون موقوفة على إجازة النائب القانوني، أما التصرفات الضارة به ضررا محضا فليس له إبرامها و تعد باطلة. [57]ص[59]37[ص160

و بعد أن عرفنا القاصر كعنصر أول من عناصر النيابة القانونية ننتقل لنرى في المطلب الموالي العنصر الثاني و هو النائب القانوني.

2.2.1: النائب القانوني

النائب القانوني هو الممثل الشرعي للقاصر و الذي يتصرف باسم القاصر و نيابة عنه في كل ما يخص شؤونه الشخصية و المالية، و سوف نحدد في هذا المطلب من هو الممثل الشرعي للقاصر طبقا لقواعد و أحكام الشريعة الإسلامية ثم نرى موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة.

1.2.2.1: النائب القانوني وفق أحكام الشريعة الإسلامية

ينبغي علينا أن نبين أولا أصحاب الحق في النيابة عن القاصر في أحكام الشريعة الإسلامية ثم نحدد الشروط المتطلبة فيهم بصفة عامة قبل أن نتطرق للأحكام الخاصة بكل منهم.

1.1.2.2.1: أصحاب الحق في النيابة عن القاصر

سبق لنا و أن بينا أن النيابة عن القاصر تنقسم من حيث موضوعها إلى نيابة في شؤونه الشخصية و تسمى لدى الفقهاء بالولاية على النفس و نيابة عنه في إدارة أمواله و تسمى في اصطلاح الفقهاء بالولاية على المال.

و على هذا الأساس ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين من يتولى الولاية على نفس القاصر و بين من يتولى الولاية على مال القاصر و بين من تؤول له كلتا الولايتين معا فينوب عن القاصر في شؤونه الشخصية و المالية معا.

ففيما يتعلق بالولاية على النفس فإن فقهاء الحنفية قالوا بثبوتها للعصبة من الذكور مع استبعاد البنوة لاستحالة وجود الأبناء في حالة الصبي، فتبقى بذلك جهة الأبوة أي الأب و الجد و إن علا، و من بعدهم يأتي الأقارب من عصبية القاصر حسب درجات الإرث، فتأتي جهة الأخوة ثم جهة العمومة، و يقدم من كان شقيقا على من كان لأب، فإن حدث و تعددوا و تساوا في الدرجة و قوة القرابة تثبت لهم جميعا و يختار منهم القاضي أصلحهم. [26]ص770[61]ص423 أما مسألة ثبوت الولاية على النفس في حالة عدم وجود عصابات للقاصر، فقال أبو حنيفة بثبوت الولاية على النفس بعد العصابات لبقية الأقارب و ذوي الأرحام دون فرق بين الرجال و النساء، فتنتقل بذلك الولاية على النفس عند أبي حنيفة في حالة الصبي للأم ثم الجد ثم الأخت الشقيقة فالأخت لأب ثم الإخوة و الأخوات لأم، ثم الأخوال و الخالات ثم بنات الأعمام و العمات و أبناءهم. [16]ص83

في حين خالف محمد و أبو يوسف و قالوا بأن لا تخرج الولاية على النفس من العصابات و أن لا تكون لغير الرجال، مما يعني انتقالها للقاضي حين لا يوجد عصابات للقاصر. و الرأي الراجح لدى فقهاء المذهب الحنفي في هذه المسألة هو قول الإمام أبي حنيفة. [16]ص84

أما فقهاء المالكية فعندهم تكون الولاية على نفس القاصر للأب ثم الوصي المختار ثم الأخ الشقيق و ابنه ثم الأخ لأب و ابنه، ثم الجد لأب ثم العم و ابنه و يقدم الشقيق فيهم على غير الشقيق، ثم يأتي القاضي.[19]ص747

و للإمام أحمد نفس قول المالكية على أنه اشترط أن يكون الأب قد حدد للوصي قبل وفاته من يزوجه من القاصر الذي تحت ولايته، هذا لأنهم يطرحون هذه المسألة حين التعرض للولاية في الزواج على اعتبار أنها أهم مظاهر الولاية على النفس، أما الشافعي فلم يجعل للوصي ولاية على نفس القاصر، و هو ما يجعلنا نقول بأن الولاية على النفس عند الشافعي و أحمد بعد العصابات تكون للقاضي و هم بذلك يوافقان رأي محمد و أبي يوسف من الحنفية.[16]ص85 هذا فيما تعلق بالولاية على نفس القاصر، أما فيما يخص الولاية على مال القاصر، فإن الفقهاء اتفقوا بالإجماع على أنها تكون للأب حفظا و استثمارا، لأنه أقرب الناس صلة بابنه و الأصل فيه أنه الأكثر رعاية لمصالح أولاده و إشفاقا عليهم.[15]ص477

أما بعد الأب فقد اختلف الفقهاء فيمن يتولى الولاية على مال القاصر حيث قدم كل منهم من يراه الأصلح و كان معيارهم في ذلك مدى توفر من أسندت له الولاية على الشفقة و الحرص على مصلحة القاصر، فتكون عند الحنفية بعد الأب لوصيه ثم الجد الصحيح و إن علا، ثم وصيه، ثم القاضي ووصيه، و قد قدم وصي الأب على الجد لأن الأب أدري من غيره بمن يصلح لتولي المهمة بعده.[26]ص784

أما الشافعية فيرون أن تكون الولاية على مال القاصر بعد الأب للجد ثم لمن يوصي إليه الموجود منهما ثم للقاضي و وصيه، فالشافعية قدموا الجد على وصي الأب لاعتبارهم الجد كالأب في جميع الأحكام، في حين ذهب المالكية و الحنابلة إلى القول بأن الولاية على مال القاصر بعد الأب تكون لوصي الأب ثم للقاضي و من يختاره ليقوم مقامه، فالجد لا ولاية له عند المالكية و الحنابلة ما لم يكن وصيا.[62]ص93[63]ص207[60]ص240[58]ص210

و بالنظر إلى ما سبق نجد أن الممثل الشرعي للقاصر في الشريعة الإسلامية و بغض النظر عن موضوع الولاية هو الأب أصلا و هو مقدم على الجميع و يسمى بالولي الشرعي و يضاف إليه تحت هذا المسمى الجد لا سيما عند الشافعية دون المالكية و الحنابلة.[47]ص35

و نجد كذلك الأقارب العصابات حينما لا يوجد أب و لا جد و تكون ولايتهم على النفس فقط، و حين عدمهم تأتي الأم و ذوو الأرحام كأولياء على النفس فقط، كما نجد الوصي المختار من الأب أو من الجد و تكون له الولاية على المال فقط بالنسبة للأحناف و على النفس و المال لدى المالكية و الحنابلة الذين يقدمونه على العصابات في الولاية على النفس بعد الأب.[19]ص747[22]ص864

و بعد هؤلاء نجد القاضي كولي لمن لا ولي له، و الذي يستطيع أن يعين من قبله من يراه مناسباً ليقوم بشؤون القاصر في النفس و المال معا و يسمى وصي القاضي و هو عند المالكية يسمى بالمقدم و هذا الأخير يعينه القاضي بما له من ولاية ليقوم مقامه و يظهر بالخصوص فيما تعلق بالولاية على المال.[29]ص[2]61ص268

و عليه سوف نتطرق للأحكام الخاصة بهؤلاء طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بدءاً بالأب ثم الجد، ثم الأقارب العصابات ثم الأم و ذوو الأرحام، ثم الوصي و أخيراً القاضي و مقدمه. و لكن قبل ذلك يتعين علينا أن نعرف الشروط العامة المطلوبة في من يتولى النيابة عن القاصر قبل التطرق للأحكام الخاصة بكل نائب قانوني على حدة.

2.1.2.2.1: الشروط المطلوبة في من يتولى النيابة عن القاصر

لقد وضع الفقهاء في من يتولى النيابة عن القاصر شروطاً لا بد من توافرها فيه جميعها حين توليه على القاصر، و يمكن أن نجمل هذه الشروط في ما يلي:

- أن يكون كامل الأهلية: حيث يشترط في النائب عن القاصر كمال أهليته، أي أن تكون له أهلية الأداء كاملة، فلا يكون صغيراً أو محجوراً عليه لسبب من الأسباب أو لعارض من عوارض الأهلية. و مقتضى هذا أن يكون بالغاً عاقلاً فتكون له صلاحية كسب الحقوق و تحمل الالتزامات و أيضاً القدرة على مباشرة الأعمال و التصرفات التي تكسبه الحقوق و تحمله الالتزامات[15]ص[476]13ص227

و ذلك لأن النائب عن القاصر إنما وجد لكي يسد النقص الحاصل لدى القاصر في أهليته و الذي منعه من مباشرة التصرفات لنفسه بنفسه، فلا يصح إذن أن يكون النائب بدوره عديم أو ناقص الأهلية، لأنه في هذه الحالة لن يكون له ولاية التصرف على نفسه فلا يعطى له بحال ولاية التصرف عن غيره.[64]ص[18]62ص175

- الإسلام: و بعض الفقهاء يسميه اتحاد الدين، ذلك أنه لا ولاية لكافر على مسلم و لا لمسلم على كافر، فقد قال الله تعالى في سورة النساء في الآية 141: { و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً}، و تولي أمر القاصر سبيل على أنفس المسلمين و أموالهم. و ذلك سواء كان النائب عن القاصر الولي الشرعي أو الوصي ذلك أن الوصي كالوارث لا بد له من اتحاد الدين مع المورث و هو ما ينسحب على المقدم أيضاً.[18]ص[140]20ص175

- القدرة و الكفاءة: و يقصد بها قدرة الشخص الذي يتولى شؤون القاصر على القيام بما تقتضيه مهمته من أعمال بكل ما فيها من مشقات و متاعب، لأن غاية النيابة عن القاصر هي حفظه و صيانته و تحقيق مصلحته لعجزه عن القيام بها بنفسه فلا يعقل أن يقوم عاجز مقام عاجز.[26]ص[772]62ص97

- العدالة: وتعني الأمانة و الثقة، و في اشتراطها في شخص من يتولى النيابة عن القاصر رأيان في الفقه الإسلامي، الأول يرى اشتراطها و وجوب توافرها، و هو قول للشافعي و رأي لأحمد في إحدى روايتين عنه، و رأي عديد من الفقهاء. أما الرأي الثاني و هو لأبي حنيفة و أصحابه و مالك و القول الثاني للشافعي و الرواية الأخرى عن أحمد بن حنبل، فيرون عدم وجوب توافر العدالة في من يتولى شؤون القاصر ما دام مدركا واعيا و فاهما لمقتضيات مهمته، كما أنه لا يوجد تصريح من الرسول صلى الله عليه و سلم باشتراط العدالة [16]ص114[18]ص142[20]ص176

و الآن ننتقل لنرى كل واحد من الأشخاص الذين خولتهم الشريعة الإسلامية النيابة عن القاصر كل على حدة.

3.1.2.2.1: الأحكام المتعلقة بكل نائب قانوني في الشريعة الإسلامية

سبق و أن عددنا إجمالاً الأشخاص الذين منحتهم الشريعة الإسلامية صفة النائب القانوني عن القاصر، سواء من كانت نيابته في الشؤون الشخصية أي الولاية على النفس أو في الأمور المالية أي الولاية على المال أو هما معاً، و سوف نتناولهم بدءاً بالأب ثم الجد ثم الوصي ثم الأقارب العصبات ثم الأم و ذوو الأرحام، و أخيراً القاضي و مقدمه.

أ/ الأب: هو أول نائب قانوني عن القاصر لدى جميع الفقهاء بلا خلاف، و له الولاية على أولاده في النفس و المال و ولايته هي أقوى الولايات على الإطلاق، و قد راعى الفقهاء في هذا مقدار الشفقة و الحنان اللذين للأب نحو أبنائه، فالأب أقرب الناس لأبنائه و أوفرهم شفقة و حناناً و أحرص على مصالحهم من أي أحد غيره. [65]ص99[13]ص215[17]ص16

و نيابة الأب عن ابنه القاصر هي نيابة أصلية و تسمى بالولاية الطبيعية، و هي أقوى أنواع النيابة عن القاصر و تخول الأب ولاية على ولده في النفس و المال معاً، و قد جعل الفقهاء للأب وحده ولاية الإيجار لمن تحت ولايته على الزواج سواء كان القاصر ذكراً أو أنثى، و له الاتجار في مال ولده و المضاربة به و الإذن لولده بالاتجار. [22]ص249[29]ص81

و في الولاية على المال جعل فقهاء الحنفية للأب مراتب و أوصافاً، المرتبة الأولى هي أن يكون الأب معروفاً بالعدالة أو مستور الحال، و في هذه الحالة تكون له الولاية الكاملة على أموال أبنائه القصر و يتولى بنفسه حفظها و تنميتها و له القيام بكافة أنواع التصرفات النافعة للصغير و الدائرة بين النفع و الضرر أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فليس له مباشرتها. [44]ص223[26]ص790

و المرتبة الثانية هي أن يكون الأب سيء التدبير فاسد الرأي دون تمييز، فتكون له الولاية على مال ابنه و لكنها لا تكون مطلقة كما في المرتبة الأولى و إنما تكون مشروطة بالخيرية

الظاهرة، و قد اختلفوا في المقصود بالخيرية، فذهب البعض أنها تكون بأن يبيع بزيادة الثلث في المنقول و بزيادة الضعف في العقار، و ذهب آخرون إلى تفسير الخيرية بأنها مجرد النفع الظاهر دونما تقييد بالضعف أو الثلث.[30]ص122

و المرتبة الثالثة هي أن يكون الأب مبذرا متلفا للمال غير أمين في تصرفاته، و في هذه الحالة ليس له أن يتصرف في أموال القاصر من حيث الأصل حيث ينزع القاضي منه التصرف و يسلم المال إلى من يراه مناسبا.[66]ص309

هذه كانت مراتب الأب عند الحنفية، أما جمهور الفقهاء من المالكية و الحنابلة و الشافعية فلا يفرقون بين الأب المعروف بحسن الرأي و التدبير و بين سيء التدبير أو المبذر المتلف، فعندهم أن كل أب توفرت فيه الشروط المطلوبة من أهلية كاملة و إسلام و أمانة و قدرة و كفاءة منحت له الولاية دون أي اعتبار آخر.[2]ص250

ب/ الجد: المقصود بالجد هنا هو الجد الصحيح أي أب الأب و إن علا، و ولاية الجد على أولاد ابنه القاصرين معتبرة بصفته هذه عند فقهاء الحنفية و الشافعية فقط دون المالكية و الحنابلة، حيث جعله الأحناف في المرتبة الثالثة بعد الأب و وصي الأب، بينما جعله الشافعية في المرتبة الثانية بعد الأب مباشرة باعتباره أبا هو الآخر.[66]ص316[31]ص212

و قد اختلف فقهاء الحنفية في تحديد نطاق تصرفات الجد على قولين، الأول لأبي حنيفة و أبو يوسف و مقتضاه أن الجد لا يملك كل ما يملكه الأب، بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب من تصرفات على أساس أنه متأخر عنه في المرتبة و لو كان أفضل منه لكان بعد الأب مباشرة.[45]ص212

و القول الثاني لمحمد بن الحسن و يرى أن للجد مثل ما للأب من التصرف و لا فرق بينهما في شيء، لأن ولاية الجد ثبتت له من الشارع مباشرة و لم يستمدها من أحد وهو أب حين فقد الأب، و تأخره عن الوصي في المرتبة هو احترام لإرادة الأب ليس إلا، و رغم وجهة هذا الرأي إلا أن المعمول به لدى فقهاء الحنفية هو القول الأول.[26]ص798

و رغم قول أبي حنيفة و أبي يوسف بالمساواة بين الأب و الجد في التصرفات إلا أنهما يفرقان بينهما في أمرين، الأول هو أن الجد يمكن له التعاقد باسم القاصر مع نفسه بشرط عدم الغبن الفاحش و الوصي لا يستطيع ذلك، و الأمر الثاني أن الوصي يستطيع بيع شيء من التركة لسداد ديون الموصي و تنفيذ وصيته، بينما لا يستطيع الجد ذلك و إنما له سداد ديون القصر الذين أصبحوا في ولايته. و هذه التفرقة لا معنى لها مما يؤيد وجهة نظر محمد بن الحسن.[44]ص228[31]ص215

و تجدر بنا الإشارة إلى رأي المالكية و الحنابلة الذين لا يجعلون للجد بصفته هذه سلطة على أولاد ابنه القصر، إلا إذا اختاره الأب وصيا أو جعله القاضي مقدما، و استندوا إلى أن الجد أبعد من الأب و أقل شفقة منه، و لو علم فيه الأب خيرا لأوصى له بالولاية، لذلك و جب احترام إرادة الأب بأن لا يكون الجد وليا على أولاده من بعده و وصيه أولى، و إن لم يوص فالأمر يعود للقاضي و هو من يعين مقدما من قبله على القاصر. [2]ص225

ج/ الوصي: الوصي هو الشخص القائم بالوصاية، و الوصاية في اللغة تعني طلب شخص من غيره أن يفعل له شيئا حال غيابه في حياته أو بعد مماته، و في الاصطلاح الفقهي تعني الوصاية إقامة الشخص غيره مقامه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته و ما يتعلق بها من ديون أو وصايا و كذا شؤون أبنائه القصر. [67]ص205[29]ص13

و منه فإن الوصاية تعني تفويض ممن له التصرف شرعا لمكلف بالقيام بتصرف ما بعد وفاته لمصلحة من لا يستقل بأمر نفسه، و صاحب التفويض هو الولي الشرعي و يسمى بالموصي و أما المفوض له فهو الوصي و أما المفوض بشأنه أو المفوض عنه فهو القاصر أما الأمر المفوض فيه فهو نفس القاصر و ماله. [18]ص24

و بهذا يمكن أن نعرف الوصي بأنه الشخص الذي يقوم مقام الولي الشرعي في رعاية شؤون القاصر، و هم من يختاره الأب أو الجد ليحل محلها و يتولى بعدهما أمر النيابة القانونية عن القاصر، و إن كان هذا غالبا في الأمور المالية أكثر منه في شؤون الأحوال الشخصية. [52]ص191[44]ص224

- تعيين الوصي: ينظر الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى الوصاية على أنها عقد يقوم بإيجاب من الموصي يلزمه قبول من الشخص المختار كوصي، كل ما في الأمر أن قبول الوصي قد يتراخى إلى ما بعد وفاة الموصي و لا تكون نافذة إلا بعد وفاة الموصي فكأنها عقد مضاف إلى أجل. [13]ص243

في حين ينظر البعض إلى الوصاية تصرفا انفراديا من جانب الموصي يقوم بمحض إيجابه قياسا على الوصية بالمال، فتقوم بمجرد تعبير عن الموصي عن إرادته ذلك إلا أن الوصاية لا تنفذ في حق الوصي إلا بقبوله. [18]ص114

و تظهر جدوى التفرقة بين الوصاية هل هي عقد أم تصرف انفرادي حين التطرق لمسألة وقت توافر الشروط في الوصي، فلو اعتبرناها عقدا لا بد من توافر الشروط وقت القبول ليقوم العقد، أما إذا اعتبرناها تصرفا انفراديا فإن الشروط لا يلزم توافرها لانعقاد الوصاية و إنما فقط وقت نفاذها.

مهما يكن من أمر فإن مسألة اختيار من يكون الوصي، أسندها الفقهاء للأب مطلقاً، وللجد من بعده عند من يعتبرون الجد نائباً قانونياً عن القاصر بعد الأب. حيث يكون لكل منهما أن يوصي للشخص الذي يراه مناسباً برعاية القصر الذين تحت ولايته، مما جعل الفقهاء يفرقون بين وصي الأب و وصي الجد. و ليس لغير الأب و الجد اختيار وصي ما عدا القاضي الذي له بحكم ولايته العامة.[30]ص135 هذا و يسمى وصي القاضي لدى المالكية بالمقدم.[18]ص119 أما بخصوص قبول الوصي لأمر الوصاية فالأمر حسب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لا يخرج عن ثلاث حالات:

الحالة الأولى: قبول الوصاية حال حياة الموصي: في هذه الحالة يفترض أن الشخص الذي اختاره الموصي كي يكون وصياً قد قبل الوصاية، فإذا علم الموصي بهذا القبول و مات و الحال كذلك، فإن الوصي هنا ملزم بالوصاية و ليس له التنصل منها إلا إذا احتوت الوصاية على شرط يسمح للوصي بالتنصل منها، ذلك أن قبول الوصي الوصاية حال حياة الموصي جعل هذا الأخير يركن إليه و لا يعتمد على غيره حتى مات، فلا يمكن للوصي التراجع و إلا أضر بالقاصر و هو ما لا يجوز شرعاً.[44]ص222

الحالة الثانية: رفض الوصاية حال حياة الموصي: و في هذه الحالة إذا كان الرفض بعد قبول علم به الموصي فإنه لا بد من أن يعلم الموصي مجدداً بالرفض و إلا نفذت الوصاية في حق الوصي، تجنباً للضرر الحاصل بجهل الموصي برفضه، أما إذا علم الموصي بهذا الرفض فلا يلزم الموصي شيئاً، و لا يكون له أن يقبل الوصاية بعد هذا. و إذا كان الرفض ابتداءً و علم به الموصي فلا يلزم الوصي شيء، فإن لم يعلم به سرت عليه أحكام الحالة الثالثة.[18]ص119[66]ص311

الحالة الثالثة: حالة السكوت و اتخاذ موقف سلبي: و تدخل ضمن هذه الحالة حالة الرفض ابتداءً و عدم علم الموصي بذلك، و حكمها أن الشخص المختار للوصاية يكون على الخيار بين الرفض و القبول، فإن قبل لزمته، و إن رفض فله ذلك لانتفاء التبرير بالموصي.[30]ص137 و لم يخالف أحد من الفقهاء في هذه المسألة إلا الشافعية، في قول آخر لهم و هو الأصح عندهم، حيث يرون عدم جواز قبول أو رد الوصاية حال حياة الموصي، و إن حصل فلا يعتد به، لأن الوصاية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت لا يدخل وقته إلا بوفاة الموصي، و حينها فقط يكون للوصي قبولها أو ردها، و لا يجوز له ردها إن قبلها أو قام بعمل يدل على ذلك أو غلب على ظنه أنه لو رفض الوصاية فسيلحق بالقصر الموصى عليهم ضرر كبير بتسلط غير كفاء عليهم.[18]ص121[67]ص206

و بخصوص الصيغة التي تتم بها الوصاية فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا لقيام الوصاية شكلا معينا، حيث تتعدد الوصاية حسبهم بكل ما يدل على إرادة الشخص في الإيضاء سواء باللفظ أو الكتابة، أما بخصوص القبول فهو قد يكون صريحا أو بواسطة الفعل، كمن يقوم بتصرف ما يدل على قبوله كمباشرة إجراءات حصر التركة و تسديد الديون و هكذا. [26]ص[801]30[ص137

- الشروط المطلوبة في الوصي و وقت توافرها: يشترط في الوصي نفس الشروط التي ذكرناها آنفا و هي كمال الأهلية و الإسلام و العدالة و القدرة و الكفاءة [67]ص[210]30[ص143]66[ص313

و قد اختلف العلماء في الوصاية للأعمى، بين من قالوا بصحتها و هو الحنفية و المالكية و الحنابلة و الشافعية في الأصح عندهم، نظرا لأن فقدان البصر لا يخل بشروط الوصاية من حيث الكفاءة و القدرة و فقدان البصر لا يمنع ولاية الأب على أبنائه، كما أن الأعمى يكون شاهدا على عقد النكاح و غيره و تقبل شهادته على ما سمعه، في حين خالف بعض الشافعية هذا و لم يجيزوا الوصاية للأعمى و لكن قولهم هذا متروك. [18]ص146

أما بخصوص الوقت الذي يجب أن تكون فيه هذه الشروط متوفرة، ففيه قولان، الأول لبعض الحنابلة يقول بوجود توفر الوصي على هذه الشروط وقت الإيضاء و إلا كانت الوصاية باطلة لعدم توفر شروطها، أما القول الثاني و هو للجمهور، فيرى أن وقت توفر الشروط هو وقت نفاذ الوصاية أي بعد وفاة الموصي، فمن أوصى لصبي صحت الوصاية، و لكن نفاذها متوقف على وفاة الموصي و أن يكون الموصى إليه قد صار راشدا آنذاك. [18]ص148

أنواع الأوصياء: من حيث مصدر الوصاية نجد الوصي المختار و هو وصي الأب أو الجد، و الوصي المعين و هو وصي القاضي، و من حيث نطاق أعمال الوصاية نجد الوصي العام و الوصي الخاص و وصي الخصومة، و من حيث امتداد الوصاية زمنيا نجد الوصي الدائم و الوصي المؤقت، و من حيث العدد نجد الوصي الواحد و تعدد الأوصياء.

- الوصي المعين و الوصي المختار: الوصي المختار عند الفقهاء هو وصي الأب أو الجد، و هو الشخص الذي يختاره الأب أو الجد ليكون وصيا على القصر الذين تحت ولايته بعد وفاته، أما الوصي المعين فهو وصي القاضي و الذي يختاره القاضي و يعينه حين تعدد الموصى إليهم و اختلافهم أو حين عدم وجود وصي مختار من الأب أو الجد. [68]ص244

و قد بين الفقهاء الحالات التي يكون فيها للقاضي أن يعين وصيا و هي إذا كان على الميت دين و لم يجد الدائن وارثا يخاصمه في شأن هذا الدين، و كذلك حينما يكون للميت دين و لا يجد من يطالب به لصالح الورثة القصر، أو في حالة وجود وصية لا وجود لمن ينفذها، أو كان ضمن

مجموعة من الورثة شخص قاصر بحاجة إلى من يقوم مقامه، أو كان الصغير قد ورث من أمه مالا و أبوه ميذرا، أو حالة غيبة الأب و الحاجة الملحة لمن يقوم بإثبات حق للقاصر أو حفظه. [31]ص314

- الوصي العام و الوصي الخاص و وصي الخصومة: الوصي العام هو الوصي الذي يخول له الموصي التصرف دونما تقييد أو تحديد لتصرفه بموضوع معين أو نوع معين من التصرفات، و الوصي الخاص هو الوصي الذي حدد له الموصي حدود وصايته و خصه بتصرفات معينة دون غيرها كشؤون التجارة مثلا، و التخصيص محل خلاف بين الفقهاء بين من يرى جوازه و هم المالكية و الحنابلة و الشافعية و أبو يوسف من الحنفية، قياسا للوصاية على الوكالة و وجوب احترام إرادة الموصي. [18]ص74

أما الحنفية فيرون عدم جواز تخصيص الوصاية بالنسبة للموصي المختار، على أساس أن الوصاية تعطي للموصي سلطة شرعية و ولاية على القاصر غير قابلة للتجزئة فتكون كاملة و إلا لما أمكن اعتبارها ولاية. [47]ص87

و يتضح لنا أن رأي الجمهور هو الراجح، لأنه الأنسب لمصلحة القاصر، حيث يسمح بوجود عدة أوصياء و كل فيما يتقنه من الأمور، عدا عن أنه احترام لإرادة الموصي و رغبته قبل وفاته.

أما بالنسبة لوصي الخصومة فهو لدى فقهاء الشريعة الإسلامية يعد وصيا خاصا يتم تعيينه أو اختياره لأجل مباشرة خصومة قضائية نيابة عن القاصر حتى في حالة وجود وصي آخر، و تنتهي مهمة هذا الوصي بمجرد انتهاء الدعوى التي عين لأجلها. [68]ص245

- الوصي الدائم و الوصي المؤقت: الأصل في الوصي أن تكون مهمته دائمة ما دام الموصي عليه قاصرا و ما دام هو متوفرا على الشروط المطلوبة فيه، و هو حال الوصي المختار من الأب أو الجد، و لكن يمكن تصور الحاجة إلى وصي مؤقت يعين من قبل القاضي للقيام بأمر معين في حالة غيبة الولي الشرعي أو غيبة الوصي، و يخضع الوصي المؤقت لنفس أحكام الوصي الدائم إلا أن مهمته محدودة زمنيا. [18]ص91

- الوصي الواحد و الوصي المتعدد: الأصل هو أن يكون الوصي شخصا واحدا، و لكن يجوز للأب أن يوصي إلى أكثر من شخص ليقوموا بتولي شؤون أبنائه القصر، و هنا تطرح مسألة انفراد أحدهم بالتصرف دون الرجوع إلى رأي الآخرين، و هنا أجمع الفقهاء على النظر لإرادة الموصي فإن قرر في الوصاية بحق أحدهم في الانفراد أو خصص لكل واحد مجالا ينفرد به أو أوجب عدم انفراد أحدهما بالتصرف و وجوب اتفاقهما، كان ما أراده الموصي. [47]ص88

و لكن المشكلة تظهر حينما يتعدد الأوصياء دون اتضاح إرادة الموصي، و هي ما يسمى بالتعدد مع الإطلاق، هنا ذهب أبو حنيفة و محمد من الحنفية و معهم المالكية و الحنابلة و الشافعية إلى وجوب اجتماع كلمتهما و عدم جواز انفراد أحدهما بالتصرف، ما عدا الأمور التي لا تحتاج إلى تفكير أو تدبر أو ذات طابع مستعجل فرأى أبو حنيفة و محمد جواز التفرد بالرأي فيها، أما أبو يوسف فذهب إلى جواز انفراد كل منهما بالتصرف لأن لكل منهما الوصاية كاملة. [18]ص88

- نطاق سلطة الوصي: إن الوصي إنما يقوم مقام الأب بعد وفاته، لذلك أقر الفقهاء أنه يقوم مقام الأب و يتصرف مثله تماما، و بذلك فإن نطاق سلطة الوصي كنطاق سلطة الأب و لكن وضع الفقهاء حالتين لا يكون فيهما الوصي كالأب، و هي حالة الاستثناءات الواردة على تصرفاته و حالة تخصيص الوصاية من قبل الأب بعمل معين أو وقت محدد. [2]ص277 و قد سبق لنا و أن تطرقنا لمسألة تخصيص الوصاية، أما الاستثناءات التي وضعها الفقهاء حول تصرفات الوصي فيمكن إجمالها في ما يلي:

- أن الوصي لا يملك أن يتعاقد مع نفسه على مال القاصر بيعا و لا شراء إلا في حالة وجود خيرية ظاهرة.

- أن الوصي لا يستطيع أن يبيع شيئا من عقارات القاصر إلا بوجود مبرر شرعي و خيرية ظاهرة على عكس الأب. [66]ص316

د/ الأقارب العصبية: للأقارب العصبية بصفتهن هذه الولاية على نفس القاصر فقط و هناك من قصرها على ولاية الحفظ و الصيانة و هناك من وسعها لتشمل أيضا ولاية التزويج. و قد أقر الفقهاء لهم هذه الولاية حين عدم وجود الأب و الجد عند من يجعل الجد وليا شرعيا، و على اعتبار أن جهة البنوة منعدمة لدى القاصر موضوع الدراسة فإن الأقارب العصبية لدى الفقهاء يكونون كالتالي:

- بالنسبة للحنفية: تثبت الولاية بعد الأب للجد أب الأب و إن علا، و من ثم يأتي الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ثم أبناء الإخوة الأشقاء ثم أبناء الإخوة لأب، و من بعدهم الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب، و من ثم أبناء الأعمام الأشقاء ثم أبناء الأعمام لأب، ثم أعمام الأب الأشقاء و أبناءهم ثم أعمام الأب لأب و أبناءهم. و قد أثبت لهم الحنفية ولاية الرعاية و الحفظ و الصيانة و ولاية التزويج أيضا. [6]ص295 [16]ص82 و85

- بالنسبة للمالكية: للأقارب العصبية عند المالكية ولاية حفظ و صيانة القاصر دون ولاية تزويجه، و يكونون على الترتيب التالي: الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ثم أبناء الإخوة الأشقاء ثم

أبناء الإخوة لأب، ثم الجد أب الأب، ثم الأعمام الأشقاء ثم لأب ثم أبناءهم على الترتيب، ثم أب الجد، ثم عم الأب فابنه، ثم عم الجد فابنه، و يقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة.[19]ص204 - بالنسبة للشافعية: و عندهم كذلك ليس للأقارب العصابات ولاية التزويج على القاصر و ليس لهم إلا ولاية الحفظ و الصيانة، و يكونون على الترتيب التالي، حيث يأتي أب الأب و إن علا ثم يأتي الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب و من بعدهم أبناءهم على الترتيب، ثم الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب ثم أبناءهم على الترتيب و إن نزلوا و يقدم الشقيق على الذي لأب.[63]ص210[6]ص297

الحنابلة: و لم يجعلوا هم أيضا للأقارب العصابات ولاية التزويج على القاصر، ليس لهم إلا ولاية الحفظ و الصيانة، و يكونون عندهم بالترتيب التالي، حيث يكون الجد أبو الأب و إن علا أولا، ثم الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب، ثم أبناءهم على الترتيب و إن نزلوا، ثم الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب ثم أبناءهم و إن نزلوا ثم أعمام الأب و أبناءهم.[19]ص207 هـ/ الأم و وذوو الأرحام: بالنسبة للأم و ذوي الأرحام فلا سلطة لهم و لا ولاية على شؤون القاصر بصفته هذه من حيث الأصل، إلا إن أوصى لهم الأب أو الجد عند من يرى أن للجد أن يوصي، أو إذا عينهم أحدهم القاضي مقداً.

و لم يخالف عن هذا الرأي إلا الإمام أبو حنيفة في ما تعلق بالولاية على النفس حيث قال بانتقال الولاية على النفس بعد الأب و الجد و الأقارب العصابات، إلى الأم و ذوي الأرحام من بعدها، فتكون الأم ثم أم الأب، ثم أم الأم، ثم الجد لأم، ثم الأخت الشقيقة فالأخت للأب، ثم الإخوة و الأخوات لأم، ثم للعمات مطلقا ثم الأعمام لأم، ثم الأخوال و الخالات ثم بنات الأعمام و أولادهم.[16]ص83[26]ص271

و بخصوص الأم، فإن الفقهاء و برغم إقرارهم لها بوفور شفقتها على أولادها و أنها في ذلك تفوق الأب، إلا أنهم لم يجعلوا لها ولاية على أموال أولادها على اعتبار أنها و إن كانت تملك الشفقة و الحرص، إلا أنها لا تملك قدرة الأب في إدارة أموال القاصر المتاجرة بها و ما إلى ذلك على أساس أنه ينقصها كمال العقل و سداد الرأي.[2]ص227

إلا أن هذا الرأي الذي لا يجعل للأم بهذه الصفة سلطة على شؤون أولادها القصر في أموالهم لا بد من إعادة النظر فيه، فالفتوى تتبدل بتبدل الزمان، و العلة التي بنى عليها الفقهاء قديما حرمان الأم من الولاية على مال أولادها قد زالت مع تمكن النساء في هذه الأيام من العلم و المعرفة و الخبرة بالتجارة و الأسواق، كما يعضد ذلك عدم اعتراض الفقهاء قديما على كونها وصيا.[69]ص98

و/ القاضي: للقاضي الولاية العامة على شؤون القاصرين و هو يستمدها من ولاية الحاكم فهو نائب عنه، و تسمى عند الفقهاء بولاية السلطان، و أصلها ما جاء في الحديث عن أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (السلطان ولي من لا ولي له).

و تختلف سلطة القاضي في الولاية على النفس عن سلطته في الولاية على المال، ففي الولاية على النفس تظهر سلطة القاضي أساسا في أن يقوم بتزويج القاصر بإجماع الفقهاء حين عدم وجود ولي مجبر، أو عضله لمن تحت ولايته، و هي ولاية ثابتة له بإجماع الفقهاء. [70]ص203

أما بخصوص الولاية على المال فإن القاضي تكون له مهمتان أساسيتان، أولها مراقبة تصرفات الأشخاص المكلفين بالنيابة عن القاصر وله حق الإشراف و التدخل عند اللزوم، و الثانية هي تعيين مقدم من قبله يقوم بشؤون القاصر حين عدم وجود ولي و لا وصي بحيث يختار شخصا يراه قادرا على تحمل مسؤولية القيام بشؤون القاصر. [2]ص264

ز/ المقدم: المقدم من التقديم و هو من يفوضه القاضي السلطة على القاصر، و يعينه بأمر منه، و ذلك في الحالة التي لا يوجد فيها ولي و لا وصي يقوم بشؤون النيابة عن القاصر و يدعى أيضا بالقيم. [29]ص13[71]ص26[2]ص240

و يشترط في المقدم نفس الشروط المطلوبة في الوصي و تكون له نفس سلطاته، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن المقدم تكون له سلطة على أموال القاصر دون شؤونه الشخصية فلا يتولى أمرا من أموره الشخصية، و اعتبر آخرون أن المقدم لا يكون إلا في حالة الحجر على المجنون أو المعتوه أو السفیه الذين تطرأ عليهم هذه العوارض بعد بلوغهم راشدين، و ذلك حين لا يكون لهم ولي شرعي أو وصي تعود له الولاية. [45]ص464[50]ص788

هؤلاء كانوا هم الأشخاص الذي خولت لهم الشريعة الإسلامية أن يكونوا نوابا عن القاصر في شؤونه الشخصية و المالية كل حسب دوره، و الآن نتطرق في الفرع الموالي لأحكام النائب القانوني عن القاصر في القانون الجزائري.

2.2.2.1: النائب القانوني عن القاصر في القانون الجزائري

لتوضيح الأحكام المتعلقة بالنائب القانوني عن القاصر نبين أولا الأشخاص الذين منح لهم المشرع الجزائري صفة النيابة عن القاصر و ترتيبهم، ثم نرى الأحكام المتعلقة بكل منهم.

1.2.2.2.1: أصحاب الحق في النيابة القانونية عن القاصر في القانون

الجزائري

جاء في المادة 81 من قانون الأسرة: (كل من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو لجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون). و من خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري حدد صفة النائب القانوني عن القاصر بوضوح بأنه إما ولي أو وصي أو مقدم، و الولي حسب المادة 87 من قانون الأسرة هو الأب و من بعده الأم، و الوصي حسب المادة 92 منه هو الشخص الذي يعينه الأب أو الجد حين انعدام الأم أو عجزها، و المقدم هو من يعينه القاضي، حسب المادة 99 من نفس القانون، في حالة عدم وجود ولي أو وصي. [28]ص203

و يتضح من نصوص قانون الأسرة أن هذا فيما تعلق بالولاية على المال، و يظهر فيه أخذ المشرع برأي المذهب المالكي و الحنبلي من حيث عدم إثباته الولاية على مال القاصر للجد، و إن كان قد استحدث حكما غير مسبوق حينما نص على تولي الأم بهذه الصفة الولاية على أولادها القصر معتبرا إياها ولها شرعا. [56]ص147

أما في ما تعلق بشؤون القاصر الشخصية، و التي يعتبر أهم تطبيق لها في القانون الجزائري مسائل الزواج و الطلاق، فإن المشرع الجزائري ميز بين مسألة إنشاء الرابطة الزوجية و بين إنهاؤها، فأما الأولى فجعل فيها الولاية على القاصر للأب و من بعده لأحد الأقرباء الأقرب فالأقرب، و القاضي ولي من لا ولي له. [12]المادة 11

و في المسألة الثانية نص المشرع على أن يتولى النائب القانوني عن القاصر و بالذات الولي أو المقدم رفع دعوى فك الرابطة الزوجية، و ذلك طبقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هذا النص و إن ورد في ما يتعلق بدعوى الطلاق فإنه لا شك ينسحب على بقية صور فك الرابطة الزوجية.

و عليه فإن شخص النائب القانوني وفقا لأحكام القانون الجزائري يتمثل في الولي الشرعي و هو الأب أو الأم ثم الوصي ثم المقدم، و نضيف في مسألة عقد الزواج الأقارب الأقرب فالأقرب ثم القاضي، و هو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

2.2.2.2.1: الأحكام الخاصة بكل نائب قانوني وفقا للقانون الجزائري

إن القانون الجزائري كما ذكر أعلاه حدد شخص النائب القانوني في الولي الشرعي و هو الأب أو الأم و من ثم الوصي و من بعدهم المقدم، كما نص على تولي الأقارب الأقرب فالأقرب أو القاضي عقد زواج القاصر حين عدم وجود الأب على أن يتولى الولي أو المقدم مسألة دعوى فك الرابطة الزوجية. [12]المواد 11 و 81 و 87 و 92 و 99 [25]المادة 437

و عليه نتناولهم بالترتيب كالاتي، الولي الشرعي و يضم الأب و الأم، ثم الوصي ثم المقدم و من ثم الأقارب و أخيرا القاضي.

أ/ الولي الشرعي: حسب نص المادة 87 من قانون الأسرة فإن الولي الشرعي للقاصر هو الأب و من بعد وفاته الأم.

- الأب: يكون الأب وليا على أولاده القصر بقوة القانون دونما حاجة إلى حكم من القاضي، أي أن الأب يتولى إدارة شؤون أبنائه القصر مباشرة، و تظل له الولاية عليهم إلى غاية بلوغهم سن الرشد. و لم يستلزم قانون الأسرة الجزائري توافر شروط معينة في الأب، حيث افترض فيه المشرع الصلاح و الرشد و القابلية للولاية على أولاده ما لم يثبت العكس.[12]المادة87

و بهذا يبدو المشرع الجزائري و كأنه قد أخذ برأي الجمهور حينما لم يميز بين الأب و لم يجعل له مراتب مثلما هو الحال لدى الحنفية، إلا أنه عاد و نص على ما يشير إلى أخذه برأي الحنفية من ضرورة أن يكون الأب محسنا للتصرف أو على الأقل غير معروف بفساد الرأي، و ذلك بقوله في أول المادة 88 من قانون الأسرة أن الولي يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، مما من شأنه أن يعني بمفهوم المخالفة أنه لو تصرف بغير ذلك فلا تكون له الولاية و يمنع من التصرف و لو مؤقتا، و هو ما يعضده نص المادة 90 التي جاء فيها أنه حين تعارض مصالح الولي و القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا.[38]ص[86]72[ص115

- الأم: لقد منح المشرع الجزائري للأم الولاية على أولادها القصر بعد وفاة الأب بقوة القانون، فتصبح هي الولي الشرعي، كما جعل لها سلطة الحلول محله حين غيابه أو حصول مانع له و ذلك في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، و بذلك فإن المشرع الجزائري أعطى للأم حظوة في مجال النيابة القانونية حين اعتبرها وليا شرعيا بقوة القانون بعد الأب مباشرة دونما حاجة إلى تثبيت من القضاء.[65]ص[101]56[ص147

و أكثر من ذلك فإن المشرع الجزائري سمح للأم بهذه الصفة أن تحل محل الأب حتى في حال حياة هذا الأخير، و ذلك عند غيابه أو عدم قدرته على القيام بمهامه لمانع ما، حيث تحل محله في القيام بالأمر المستعجلة كالتوقيع على الوثائق المدرسية للأبناء أو شراء اللوازم الضرورية أو تأدية الديون الحالة، و بوفاة الأب تصبح للأم الولاية الشرعية الكاملة بحيث لا يحل محلها وصي ما دامت موجود قادرة على تولي أمر أولادها القصر.[8]ص[250]72[ص115

- مسألة انتقال الولاية عند الطلاق: وقد أورد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون الأسرة حكما يقضي بأن على القاضي في حالة الطلاق أن يمنح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، بمعنى أن على القاضي حينما ينطق بحكم فك الرابطة الزوجية و بعد أن يفصل في مسألة الحضانة يتعين عليه أن ينص في منطوق حكمه على منح الولاية لمن أسندت له الحضانة، و إن لم يفعل في نفس الحكم يكون ذلك بموجب حكم آخر بناء على دعوى يرفعها صاحب المصلحة.[38]ص84

و لكن ماذا لو أسندت الحضانة لغير الأب أو الأم، بمقتضى السلطة الممنوحة للقاضي المختص بعدم مراعاة الترتيب المذكور في المادة 64 المتعلقة بترتيب الحاضنين، بحيث للقاضي أن يسند الحضانة لأي منهم حتى و لو كان آخرهم في الترتيب إذا رأى أن مصلحة المحضون تكون معه، على اعتبار أن مصلحة المحضون هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضنين.[41]ص247

هل يعني هذا أن الولاية تنتقل مع الحضانة إلى غير الأب و الأم؟ بالرجوع إلى نص المادة 87 من قانون الأسرة نستنتج أن الولاية على القصر في حالة الطلاق تتأثر بالحضانة فقط في حالة إسنادها للأب أو الأم، بمعنى أنه إذا حصل الطلاق فإن الولاية تكون للأب أو الأم تبعاً لمن أسندت له الحضانة، فإن أسقطت الحضانة عن أحدهما صارت الولاية على القاصر للآخر حتى و لو لم تسند إليه الحضانة.

أما بعد انتهاء الحضانة و ذلك ببلوغ الذكر سن عشر (10) سنوات و التي قد تمتد إلى غاية السادسة عشر (16) سنة بحكم من القاضي حينما تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، أما الأنثى فتنتهي حضانتها ببلوغ سن الزواج و هو تسع عشرة (19) سنة، و هي سن الرشد القانوني، في هذه الحالة فإن كان الأب موجوداً فإن النيابة القانونية بالنسبة للذكور تعود إليه ما دام قادراً على ممارستها، أما بالنسبة للإناث فقد انتهت بقوة القانون ببلوغهن سن الرشد، فإن كان الأب غير موجود كانت النيابة القانونية للأم، و إلا تعود للوصي و إما المقدم.[12]المواد65و87و92و99 ب/ الوصي: نرى أولاً كيفية تعيين الوصي ثم شروطه و أنواعه و أخيراً نطاق سلطته.

- تعيين الوصي: نص المشرع الجزائري على المبدأ العام في الوصاية في المادة 92 من قانون الأسرة، و يستشف من هذا أن المشرع يعتبر الوصاية تصرفاً صادراً بإرادة منفردة عن الأب أو الجد اللذين خصهما المشرع بسلطة تعيين الوصي دون غيرهما، لكنه قيد هذه السلطة بشرط موضوعي هو عدم وجود الأم أو ثبوت عدم قدرتها على ممارسة الولاية بالطرق القانونية.[72]ص117

هذا و إن الأسباب التي تحول دون الأم و دون مقدرتها على مباشرة الولاية كثيرة و لا تقتصر على إصابتها بعراض من عوارض الأهلية المعروفة كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، فالمقصود بالأهلية على ممارسة الولاية في المادة 92 من قانون الأسرة هو كل سبب يحول بين الأم و بين ممارسة الولاية، كالهجرة خارج القاصر بعيداً عن القاصر أو زواجها من غير قريب محرم أو الكم عليها بالسجن أو الحبس و دخولها مؤسسة عقابية.[38]ص88

هذا و يعتبر جعل المشرع الجزائري للجد صاحب سلطة في تعيين الوصي بعد الأب، و هو لا يعد ولياً شرعياً، و حرمان الأم من هذا الحق و هي ولية شرعية يعد تناقضاً صارخاً في أحكام

القانون، فكيف تكون الأم وليا شرعيا و الوصاية لا تصح بوجودها و مع ذلك لا حق لها في تعيين وصي بينما الجد الذي لا علاقة له بالولاية تمنح له هذه الصلاحية.

و لكن المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2006/05/17 سلكت مسلكا غريبا في تفسير نص المادة 92 من قانون الأسرة حينما اعتبرت الجد وصيا بقوة القانون بعد الأب و الأم حيث جاء في حيثيات القرار: (... حيث أن قضاة الموضوع لاحظوا و أن النزاع المعروض عليهم يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 من قانون الأسرة على اعتبار أن الولد القاصر ليست له أم و لا أب و بحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة..). [73]ص625

أما بخصوص شكل الوصاية فظاهر نص المادة 92 من قانون الأسرة عدم اشتراط المشرع أن تكون الوصاية مكتوبة، فتصح و يجوز إثباتها بأي طريقة كالكتابة الرسمية أو العرفية أو بشهادة الشهود، غير أن المشرع قيد نفاذ الوصاية بقيد إجرائي و هو وجوب عرضها على القضاء لتثبيت الوصي طبقا لنص المادة 94 من قانون الأسرة، و هو ما يتيح للقاضي التأكد من توفر الشروط المطلوبة و لا سيما عدم وجود الأم أو عدم قدرتها على ممارسة الولاية. [8]ص257

و قد نظم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هذا الأمر في المادة 472 منه، حيث جاء فيها أن على الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمة مصلحة القاصر أن يخطر القاضي لأجل النظر في مسألة تثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب مباشرة، و هو تكريس لنص المادة 94 من قانون الأسرة، و أجاز القانون للقاضي في حالة رفض الوصاية تعيين مقدم مع إمكانية اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية. [74]ص646

فإذا وجد القاضي أن الشروط المطلوبة قانونا متوفرة في الموصى إليه، يضع القاصر تحت وصايته، و عبر عنه المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالوصي المختار، و إن كان سياق النص يوحي بأن الوصي المختار هنا هو غير الوصي الذي عينه الأب أو الجد، حيث ورد النص بعد تناول المشرع لمسألة رفض الوصاية، مما قد يوحي أن القاضي يختار وصيا أو أن صاحب المصلحة يعرض نفسه وصيا فيثبتته القاضي بدلا من الأول الذي رفض الوصاية. [24]ص349

- شروط الوصي: بينت المادة 91 من قانون الأسرة الشروط المطلوبة في الوصي حيث جاء فيها أنه يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا، بالغاً أميناً، و حسن التصرف. و أعطى المشرع للقاضي في نفس المادة الحق في عزل الوصي عند عدم توفر أحد هذه الشروط، و ذلك يكون إما عند نظره في تثبيت الوصاية أو بعد ذلك إن ثبت عنده فقد الوصي لأحد هذه الشروط، و لم يشترط المشرع في الوصي الذكورة فهو بذلك يجيز الوصاية للنساء. [38]ص88

- أنواع الأوصياء: لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة، ولكن يمكن استنتاج بعض الأنواع من خلال استقراء النصوص، حيث نجد وصي الأب و وصي الجد (مادة 92 من قانون الأسرة)، أما بقية أنواع الأوصياء فيحال بشأنها على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، ما عدا ما تعلق بوصي القاضي فهذا الأخير هو المقدم في القانون الجزائري.[18]ص65

أما فيما تعلق بمسألة تعدد الأوصياء و احتمال إثارة مسألة انفراد أحدهم بالتصرف، فإن المشرع الجزائري حسم المسألة حينما نص في المادة 92 من قانون الأسرة أنه في حالة تعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلح بينهم، و هو رأي موافق لرأي المذهب المالكي الذي يرى أنه حين تعدد الأوصياء تمنح السلطة لأحدهم وفق ما يراه القاضي.[2]ص111

- نطاق سلطة الوصي: وضح المشرع الجزائري نطاق سلطة الوصي في ما يخص الولاية على مال القاصر فقط، حينما نص في المادة 95 من قانون الأسرة على أن للوصي نفس سلطات الولي، فيكون بذلك مثله مثل الأب و الأم تماما، و على الرغم من أن النص يقتصر على سلطة الوصي في مال القاصر دون شؤونه الشخصية إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمديده على الشؤون الشخصية أيضا.[38]ص89

ج/ المقدم: عرف المشرع الجزائري المقدم في قانون الأسرة بأنه الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على القاصر يقوم بشؤونه. و يكون ذلك بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة و من النيابة العامة، و أعطى له المشرع نفس صلاحيات الوصي و أخضعه لنفس الأحكام.[12]المادتان 99 و 100 و بذلك فإن المقدم في القانون الجزائري يحمل معنى وصي القاضي.

و المقدم قد يعين أيضا للنظر في شؤون الراشدين ناقصي الأهلية و فاقدتها كالمجانين و المعتوهين و السفهاء و ذوي الغفلة، و الذين يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على من يتولى شؤونهم اسم القيم، و منه فالمقدم في القانون الجزائري ذو معنى أوسع من الذي عند الفقهاء. و بما أن للمقدم نفس سلطات الوصي فإنه له بالضرورة نفس سلطات الولي.[56]ص151[72]ص118

- إجراءات تعيين المقدم: و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إجراءات تعيين المقدم في المواد 469 و 470 و 471، حيث أنه في المادة 469 بين أن القاضي يعين طبقا لأحكام قانون الأسرة مقدما من بين أقارب القاصر، و في حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره، و في هذا تخصيص لعموم نص المادة 99 من قانون الأسرة التي لم تشترط القرابة في المقدم، كما أضاف المشرع في الفقرة الثانية من المادة 469 سابقة الذكر وجوب أن يكون المقدم

أهلا للقيام بشؤون القاصر و قادرا على حماية مصالحه، و هي نفسها شروط الوصي.[74]ص644

و وضحت المادة 470 أن تعيين القاضي للمقدم يكون بناء على طلب في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين قانونا لذلك وفق قانون الأسرة، رغم أن هذا الأخير لم يتضمن هذا، أو على شكل طلب تقدمه النيابة العامة، مما يعكس أهمية النيابة القانونية عن القاصر و اتصالها بالنظام العام و مصالح المجتمع. هذا و يعين المقدم بموجب أمر ولائي من القاضي المختص بعد أن يتأكد هذا الأخير برضاء الشخص المكلف بالمهمة.[24]ص348

- نطاق سلطة المقدم: و نطاق نيابة المقدم عن القاصر في القانون الجزائري لا يقتصر على إدارة أمواله و إنما يمتد ليشمل الأحوال الشخصية، وهو ما يبينه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حين التطرق لإجراءات الطلاق في المادة 437 منه حيث أسند مهمة رفع الدعوى حين كون الزوج ناقص الأهلية كالقاصر إلى الولي أو المقدم حسب الحالة.[74]ص599

د/ القاضي: لم يخالف المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في عمومها بخصوص ولاية القاضي على القاصر حين جعل له الولاية في تزويج القاصر حينما لا يوجد نائب قانوني له، كما جعل له في نطاق الولاية على المال سلطة الإشراف على عمل النائب القانوني ولما كان أو وصيا و كذا تعيين المقدم حسبما ورد أعلاه.[12]المواد11و88و99

هـ/ الأقارب: لم يرد ذكر للأقارب في ما تعلق بالنيابة القانونية عن القاصر إلا في ما ورد في المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة بخصوص تولي عقد زواج القاصر حيث جعلهم المشرع في المرتبة الثانية بعد الأب، معبرا عنهم بلفظ (أحد الأقارب الأولين)، دون مزيد من التوضيح.

و استنادا للإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية الواردة في نص المادة 222 من قانون الأسرة، نستطيع القول أنه يقصد بهم جميع الأقارب، العصابات منهم و ذوو الأرحام، و ذلك لأن المشرع بذكره للأقارب كأولياء على القاصر يكون قد اتبع مذهب الحنفية و المفتى به في هذا المذهب في هذه المسألة هو قول أبي حنيفة و أبي يوسف من أن الولاية على النفس تنتقل بعد العصابات إلى الأقارب ذوي الأرحام.[41]ص40[16]ص83

و بعد أن عرفنا من هو القاصر و في من يتمثل شخص النائب القانوني يبقى علينا التطرق إلى آخر عنصر من عناصر النيابة القانونية عن القاصر و هو موضوع أو محل النيابة القانونية عن القاصر.

3.2.1: موضوع النيابة القانونية عن القاصر

إن موضوع أو محل النيابة القانونية عن القاصر هو مجموعة الأعمال و التصرفات التي يقوم بها النائب القانوني و يحل فيها محل القاصر حيث يتجسد معنى النيابة الذي ذكرناه أول

البحث من حلول إرادة النائب القانوني محل إرادة القاصر في إنشاء العقود و التصرفات و رعاية شؤونه الشخصية و المالية مع انصراف آثار هذه التصرفات إلى ذمة الأصيل أي القاصر.

1.3.2.1: موضوع النيابة القانونية في الشريعة الإسلامية

بالنسبة لموضوع النيابة القانونية فقد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الموضوع حينما تحدثوا عن تقسيم الولاية على القاصر من حيث موضوعها، حين فرقوا بين الولاية على النفس و الولاية على المال، ففي الولاية على النفس جعلها الفقهاء قسامين، ولاية الحاضن التي تختص بها النساء من حيث الأصل و تنتهي ببلوغ القاصر سنا يستغني فيها عن خدمة النساء، و من ثم تأتي ولاية الحفظ و الصيانة و التي تنتهي لدى الفقهاء بالبلوغ. [23]ص[399]36]ص280

و الأعمال و التصرفات المنوطة بالنائب القانوني عن القاصر في هذه المرحلة هي التصرفات و الأعمال التي تتعلق بالنفس كالصيانة و الحفظ و التعليم و التزويج، و عليه بذلك أن يعمل على تحقيق قيامه بأسباب الصيانة و الحفظ للصغير سواء ذكرا أو أنثى بما يناسب النوعين، و ذلك بالتأديب و التهذيب و رعاية صحية نفسية و جسدية، بالإضافة إلى التعليم و التثقيف في المدارس و غيرها. [19]ص[747]61]ص424

وبما أن النائب القانوني ملزم بولاية الحفظ و الصيانة فإنه ملزم بذلك بمنع القاصر الذي تحت ولايته من الاعتداء على الآخرين و كذا حمايته من الاعتداء عليه، و في كلتا صورتين فإن النائب القانوني هو من يتولى التقاضي بدلا عن القاصر مدافعا عنه سواء في طلبه لحقه أو حين الادعاء عليه من الغير حين يخطئ القاصر و يسبب بفعله ضررا يجب جبره بالتعويض. [55]ص215

إلا أن أهم مظهر تتجسد فيه النيابة القانونية عن القاصر في مجال الولاية على النفس حسب معناها المذكور أعلاه، هو ولاية التزويج، على اعتبار أن إرادة النائب القانوني تحل محل إرادة القاصر في إنشاء عقد الزواج، و تكون عبارة النائب القانوني في الإيجاب و القبول هي محل الاعتبار شرعا. [6]ص272

و فيما تعلق بالولاية على المال فإنها تعني إدارة أموال القاصر بكل الطرق و الوسائل التي تؤدي إلى الحصول على المنفعة من خلال إنشاء العقود و التصرفات الخاصة بالمال و السهر على تنفيذها بأحسن وجهن مثل البيع و الشراء و الإيجار و المضاربة و غيرها من التصرفات التي من شأنها تنمية أموال القاصر و زيادة مواردها. [6]ص66

و على هذا فإنه يتوجب على النائب القانوني أن يتاجر بمال القاصر و يضارب به، و عليه أيضا استيفاء الديون الموجودة لدى الغير و سداد الديون التي على القاصر، و ما يتطلب ذلك من مطالبات قضائية، و لا خلاف بين الفقهاء في أنه يقع على النائب القانوني الإنفاق على القاصر و

كل من تجب نفقتهم على القاصر من غير إصراف و لا تقتير حفاظا على أموال القاصر من التبديد.[29]ص66

و هذا الحفظ يتطلب من النائب القانوني أيضا التصدي و مواجهة الأعمال و التصرفات التي تصدر عن القاصر الذي في ولايته، و التي تتنوع أحكامها و تتغير تبعا لنوع التصرف أو العمل الذي قام به القاصر و حسب حالته أثناء القيام به، هل كان فاقدا للأهلية أم صار مميزا، كما يتوجب على النائب القانوني إعداد القاصر لكي يستقل بنفسه من خلال الإذن له بالاتجار و إدارة جزء من أمواله.[2]ص387

2.3.2.1: موضوع النيابة القانونية في القانون الجزائري

القانون الجزائري لم يخرج في عمومته عن أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نجد المشرع الجزائري فيما تعلق بالولاية على النفس وضع بعض أحكامها في قانون الأسرة من حضانة و غيرها، و أهم تلك المسائل و هي الولاية على زواج القاصر في المادة 11 فقرة 2 منه حين عين من يتولى أمر زواج القاصر.[41]ص39[42]ص65

كما قام في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالنص على مسائل الولاية على النفس بشكل أوضح صورة مما هو عليه في قانون الأسرة، و أهم ما نص عليه كان مسألة رفع دعوى الطلاق بالنيابة عن القاصر من طرف وليه أو مقدمه حسب الحالة في المادة 437 منه.[24]ص334

كما أورد القانون المدني أحكاما تتعلق بمسؤولية النائب القانوني عن الأفعال التي يقوم بها القاصر الذي هو ملزم برقابته قانونا، حيث يمكن أن تقام مسؤوليته المدنية نتيجة إخلاله بالتزامه بالرقابة على القاصر و الذي يدخل ضمن ولاية الحفظ و الصيانة كما تم تناوله أعلاه.[38]المادة134 فقرة1

و أما المسائل المتعلقة بالولاية على المال فإن للنائب القانوني وفق أحكام قانون الأسرة، سلطة استغلال مال القاصر وفق أحكام القانون و التي تشمل البيع و الإيجار و الرهن و كذا الاستثمار و الاتجار في مال القاصر بالإقراض و الاقتراض بشرط مراعاة أحكام القانون و التي من أهمها التصرف تصرف الرجل الحريص و استئذان القاضي أينما نص القانون على ذلك.[28]ص207

إن كل هذه المسائل المتعلقة بموضوع النيابة القانونية عن القاصر إنما هي الأثر المباشر لقيام النيابة القانونية و تعتبر مجموعة من السلطات ممنوحة للنائب القانوني و مسؤوليات ملقاة على عاتقه، و هي بالإضافة إلى القواعد التي تتعلق بكيفية نهاية النيابة القانونية و ما يترتب على

ذلك من آثار، تشكل في مجموعها ما يسمى بأحكام النيابة القانونية و هو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني من هذا البحث.

الفصل 2:

أحكام النيابة القانونية عن القاصر

حينما تنشأ النيابة القانونية عن القاصر بتوافر عناصرها بشروطها فإنها تخضع لمجموعة من الأحكام من بدايتها إلى انتهائها، تشمل الآثار المترتبة عن قيامها من سلطات تمنح للنائب القانوني و مسؤوليات تلقى على عاتقه، و كذا متى تنقضي هذه النيابة القانونية سواء بالنسبة للنائب أو للقاصر على حد سواء، و هذا ما سنتناوله في هذا الفصل من خلال مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى آثار النيابة القانونية، و في المبحث الثاني نرى كيف تنقضي النيابة القانونية و ما هي الآثار المترتبة على انقضائها.

1.2: آثار النيابة القانونية عن القاصر

تتمثل آثار النيابة القانونية عن القاصر في مجموع السلطات التي منحها القانون و الشريعة الإسلامية لشخص النائب القانوني، و كذا المسؤوليات التي رتبها على عاتقه من خلال هذه السلطات الممنوحة له.

و بما أنه سبق القول أن النيابة عن القاصر من نائبه إنما تكون في مجال التصرفات القانونية دون الأفعال المادية فإن مجال الدراسة سيقصر عليها، و مجالها إما الأحوال الشخصية و إما المعاملات المالية، إلا أنه أحيانا يكون النائب القانوني مسؤولا عن الأفعال التي يرتكبها القاصر الموضوع تحت ولايته بما له عليه من سلطة، لذلك فإنه سيتم دراسة آثار النيابة القانونية من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول خصصناه لسلطات النائب القانوني في مجال الأحوال الشخصية، أما المطلب الثاني فنخصصه لسلطات النائب القانوني في مجال المعاملات المالية، في حين نتعرض في المطلب الثالث لمسؤولية النائب القانوني عن أفعال القاصر الضارة. كل ذلك في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

1.1.2: سلطة النائب القانوني في مجال الأحوال الشخصية

سلطة النائب القانوني في مجال الأحوال الشخصية تبرز أساسا في إنشاء الزواج و في فك الرابطة الزوجية.

1.1.1.2: سلطة النائب القانوني في إنشاء الرابطة الزوجية

نتطرق في هذا العنصر إلى مسألة زواج القاصر في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري فنتطرق لحكم زواج القاصر من حيث مدى جواز تزويج القاصر و من له الحق في

ذلك، ثم نرى أحكام المسائل المرتبطة بهذا التزويج من حيث غياب الولي و عضله و مدى منح القاصر الخيار بعد البلوغ.

1.1.1.1.2: حكم زواج القاصر

نتطرق أولاً لحكم تزويج القاصر لنفسه و من ثم إلى مدى جواز تزويج القاصر ممن لهم الولاية عليه. ثم نرى موقف القانون الجزائري من ذلك.

أ/ حكم تزويج القاصر نفسه: أجمع الفقهاء أنه لا يصح زواج القاصر عديم الأهلية و هو من كان دون سن التمييز، أما المميز فقد فرق الفقهاء بين الصغير و الصغيرة، فأما الصغيرة فالجمهور أبطل تزويجها لنفسها و لو كانت مميزة و لو أذن الولي لها بذلك أو أجازها، في حين خالف الأحناف و قالوا بصحة عقدها إن أذن لها وليها أو أجاز العقد بعد ذلك. [75] ص 371

أما الصغير المميز فإنه إذا تزوج بإذن الولي ينعقد زواجه صحيحاً نافذاً لدى الجمهور من الحنفية و الحنابلة و المالكية، أما إن حصل دون إذن من الولي فإنه ينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي عند الحنفية و المالكية، و الحنابلة لا يرون ذلك بغير إذن مسبق، في حين لا يجيز الشافعية عقد الصغير المميز لزواجه مطلقاً. [70] ص 21

ب/ مدى جواز تزويج النائب القانوني للقاصر: نتطرق هنا لمدى جواز تزويج القاصر من قبل النائب القانوني، و من له الحق من النواب الذين ذكرناهم في أن يزوجه.

انقسم الفقهاء حول هذه النقطة ما بين مجيز و مانع.

- الرأي المجيز: و هو قول الجمهور من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة، و ذهبوا إلى أن للولي أن يزوج القاصر الذي تحت ولايته ذكراً أو أنثى، على أن لا يقع الدخول حتى يكونا قادرين على الوطء حتى لا يحصل لأي كان ضرر. [76] ص 50 [77] ص 163

و قد استدلت أصحاب هذا الرأي على أدلة من القرآن و السنة و آثار الصحابة و القياس و المصلحة.

فمن القرآن الكريم، نجد قوله تعالى في الآية 4 من سورة الطلاق: { و اللائي يئسن المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن }، حيث حدد القرآن عدة الطلاق للتي لم تحض و هي الصغيرة غالباً بثلاثة أشهر، و العدة أثر من آثار الطلاق الذي لا يكون إلا بعد زواج صحيح، و منه فلا بأس في زواج الصغيرة. و قوله تعالى في الآية 32 من سورة النور: { و أنكحوا الأيامى منكم } و الأيم هي الأنثى التي لا زوج لها صغيرة أو كبيرة. [61] ص 51 [19] ص 180

و من السنة النبوية ما أخرجه البخاري و مسلم في صحيحيهما عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بأن النبي صلى الله عليه و سلم تزوجها و هي بنت ست سنين و بنى بها و هي

ابنة تسع سنين، و منه فالرسول صلى الله عليه و سلم تزوجها و هي صغيرة و من زوجها له هو أبوها أبو بكر الصديق رضي الله عنه.[40] ص142[70] ص21

و من عمل الصحابة رضي الله عنهم ما يروى عنهم من تزويجهم أولادهم صغارا ذكورا و إناثا، حيث زوج علي ابن أبي طالب رضي الله عنه ابنته أم كلثوم و هي صغيرة من عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، كما أن عبد الله بن عمر زوج ابنته و هو صغيرة لعروة بن الزبير، و الذي بدوره زوج ابنة أخيه من ابن أخته و هما صغيران، كما روي أن ابن عمر زوج ابنه و هو صغير و أجازة في ذلك زيد بن ثابت.[75] ص430[77] ص164.

كما أن من المعقول أن يكون في تزويج الأولياء للصغار مصلحة ظاهرة، كتنهيت أوامر المحبة بين الأقرباء و خشية ضياع الأكفاء من البنات و الأبناء، فليس من السهل أن يجد الولي زوجا و زوجة مناسبة لمن تحت ولايته، فإن وجد و جب عدم تضييع الفرصة و تقويت المصلحة.[19] ص180[40] ص143

- الرأي الممانع: و من قال به هم مجموعة من فقهاء الحنفية يمثلهم ابن شبرمة و عثمان البتي و أبو بكر الأصبم، و استندوا لأدلة من القرآن و السنة و المعقول.

فمن القرآن قوله تعالى في الآية 6 من سورة النساء: { و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم }، فقالوا أنه لو جاز الزواج قبل البلوغ لما صار لهذه الآية معنى، و لقد رد على هذا بأن هذه الآية لا تدل على ما ذهبوا إليه كما أنها وردت في قضية تسليم المال لليتيم و جعل البلوغ علامة على وجوب اختبار الرشد.[70] ص140[40] ص144

و من السنة قال ابن شبرمة أن زواج الرسول صلى الله عليه و سلم من عائشة إنما هو من خصائص النبوة و لا يجوز لغيره، و لكن رد على هذا بأنه استدلال ضعيف ذلك أن الأصل في أفعال الرسول صلى الله عليه و سلم عدم التخصيص إلا بدليل يدل عليه و هو ما ليس موجودا في أمر زواجه من عائشة رضي الله عنها.[75] ص382[76] ص51

و من المعقول قال أصحاب هذا الاتجاه أن الولاية إنما تثبت للحاجة و لا حاجة للصغار في الزواج لأن الغرض منه هو قضاء الشهوة و التكاثر و الصغر ينافي ذلك، غير أنه يرد على هذا بالقول أن قضاء الشهوة و التكاثر ليسا كل شيء في الزواج، كما أن التزويج لا يعني حصول الوطء، حيث أن العقد إنما يحصل لعدم تقويت الكفاءة.[77] ص167[40] ص144

و من استعراض أدلة كلا الاتجاهين و الرد الحاصل على أدلة الاتجاه الثاني القائل بالمنع، يتضح أن الرأي الأول المجيز أقوى دليلا، يبقى فقط الإشارة إلى أن الإمام ابن حزم الظاهري أجاز تزويج الصغيرة دون الصغير، على أساس عدم وجود نص بشأن الصغير و عدم صحة قياس حكمه على حكم الصغيرة.[75] ص429

- من له الحق في تولي عقد زواج القاصر: اختلف جمهور الفقهاء القائلين بجواز تزويج القاصر في من له أن يباشر عقد الزواج نيابة عن القاصر على التفصيل التالي:

- الحنفية: تثبت ولاية تزويج القاصر عند أبي حنيفة للأب ثم الجد ثم لجميع الأقارب بدءا بالعصبة ثم الأم فمن يأتي من جهتها من ذوي الأرحام، أما أبو يوسف و محمد فإن ولاية التزويج بعد الأب و الجد لا تثبت إلا للعصبة من الأقارب. ذلك أن مناط الولاية عندهما هو العصبة أما مناط الولاية عند أبي حنيفة فهو حسن النظر و مبناه الشفقة و الحنو في أمور الزواج و هي لدى الأم و ذوي الأرحام أوفر، و رأي أبي حنيفة هو المفتى به. [45]ص[159]66]ص62

- المالكية: جعل المالكية ولاية تزويج القاصر و سموها ولاية الإيجار للأب و وصيه و وصي وصيه، و جعلوا للأب جبر من تحت ولايته من الصغار على الزواج، و الوصي ينزل منزلة الأب شريطة أن يكون الأب قد أوصى له بولاية التزويج صراحة أو ضمنا أو تكون الوصاية خاصة بالتزويج فقط، أما إذا لم ينص على ذلك و لم يخصص فلا إيجار لوصي. [78]ص[290]79]ص560

- الحنابلة: و المذهب الحنبلي في هذا الشأن كالمذهب المالكي أثبت ولاية تزويج القاصر للأب و وصيه فقط، إلا أنهم اشترطوا في الوصي أن يكون الأب قد عين له الزوج. و في الحالة التي لا يكون فيها ولي و لا وصي فإن الحنابلة أقرروا بولاية الحاكم و الذي يمثله القاضي في تزويج القاصر إن تبين له وجه المصلحة في ذلك. [16]ص[170]77]ص166

- الشافعية: و يقترب الشافعية من الحنابلة و المالكية من حيث عدم جعل الأقارب أولياء في زواج القاصر، و من الحنفية حينما جعلوا للجد الولاية بعد الأب، و لم يجعلوا للوصي ولاية في ذلك. [19]ص[181]80]ص211.

ج/ موقف القانون الجزائري من زواج القاصر: لقد حدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة السن القانونية للزواج في المادة 7 التي جاء فيها: (تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج).

يكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات). و هذه المادة معدلة بموجب الأمر (02-05) حيث كان سن الزواج قبل التعديل 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة. [38]ص[13]42]ص60

و من خلال الفقرة الأولى من المادة 7 يظهر أن الأصل في القانون الجزائري هو عدم جواز زواج القصر الذين لم يبلغوا سن أهلية الزواج الذي أصبح مطابقا لسن الرشد المدني، و ذلك بالنظر لما يمكن أن ينجم من مضار كثيرة بسبب الزواج قبل سن الرشد، سواء للفتى أم الفتاة، لا

سيما و أنهما لا يكونان على استعداد حقيقي لتكوين أسرة، و هو حكم اقتضاه حسن السياسة الشرعية و هو أمر مستحسن نظرا لظروف المجتمع الحالية.[81]ص96

و لكن المادة 7 تضمنت في فقرتها الثانية استثناء عن الأصل المذكور في الفقرة الأولى، يسمح للنائب القانوني بتزويج القاصر الذي تحت ولايته و لكن أخضعت ذلك لوجوب الحصول على ترخيص من القاضي يأذن فيه للولي بتزويج القاصر، و يتوجب على القاضي بعد أن يتأكد بنفسه رضاء الطرفين أن يتأكد من توفر الشروط الموضوعية و هي وجود مصلحة في هذا الزواج و ضرورته و كذا التحقق من قدرة كلا الطرفين على الزواج و هو حكم أضيف سنة 2005.[82]ص26[83]ص62

و يتولى أمر تزويج القاصر بحسب الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون الأسرة أب القاصر فأحد الأقارب الأولين فإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له. هذا و لم يبين المشرع المقصود بالأقارب فيؤخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية و بالذات المذهب الحنفي لأنه الوحيد الذي أقر للأقارب الولاية على زواج القاصر و حسب المفتي به في المذهب فالأقارب يشملون العصابة و ذوي الأرحام أيضا بعد الأم.

و لكن نص الفقرة الثانية من المادة 11 لا يعني انفراد الولي بالعقد كما يرى بعض الفقهاء على الأخص المالكية، بل لا بد من رضاء القاصر بهذا الزواج و هو ما تؤكد المادة 13 من نفس القانون حيث جاء فيها: (لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها)، و اقتصر المشرع على الفتاة دون الفتى و كان أولى به ذكره.[81]ص127

هذا و لم يرتب المشرع جزاء على من يخالف القواعد المتعلقة بأهلية الزوجين، مما جعل الأولياء يزوجون أبناءهم زواجا شرعيا غير موثق، و بعد بلوغهم سن الرشد يلجؤون لإجراءات تثبيت الزواج المغفل طبقا لقواعد و إجراءات قانون الحالة المدنية، بخلاف الحال قبل قانون الأسرة حيث كان القانون 63-224 الذي يحكم سن الزواج يعاقب كل موثق أو ضابط حالة مدنية أو القاضي و الزوجين و ممثليهما و كل من لم يراع شرط السن بالحبس من 15 يوم إلى 3 أشهر و بغرامة من 400 إلى 1000 فرنك فرنسي جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين.[83]ص62[82]ص61

2.1.1.1.2: أحكام المسائل المتعلقة بتزويج النائب القانوني للقاصر:

نقصد بهذا ما يعتري تزويج القاصر من مسائل هامة كمسألة غياب الولي و عضله و مدى حق القاصر في رد الزواج عند بلوغه. و كل مسألة من هذه المسائل نراها وفق الشريعة الإسلامية ثم نرى موقف القانون الجزائري منها.

أ/ مسألة غياب الولي: إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة يخشى معها فوات الكفاء لو انتظرت عودته كأن مختفيا لا يعلم مكانه، أو كان مسافرا في مكان بعيد، فإن أبا حنيفة وأصحابه يقولون بانتقال الولاية إلى الولي الأبعد لما في ذلك من مصلحة للقاصر. [84]ص129

و سبب ذلك أن الولاية ثابتة للولي الأبعد كما هي للولي الأقرب كل ما في الأمر أنه تم تقديم الولي الأقرب لأنه أولى، فإن حصل له ما يحول بينه وبين أداء مهمته فإن أوليته تزول و تنتقل إلى من يليه في المرتبة، و لا تصبح الولاية للقاضي لعم وجود ظلم حتى يرفع للقضاء. [45]ص116

أما الشافعي فيقول بانتقال الولاية إلى القاضي لا إلى الولي الأبعد، و ذلك أن ولاية الولي الأقرب باقية و لم تزل، إلا أنه غير قادر في هذه الحالة على القيام بمهمته رغم بقاء الولاية قائمة، و إذا احتيج لدفع الضرر عن القاصر فذلك بواسطة القاضي لأنه المفوض من السلطان بذلك. [85]ص90

أما المالكية فيقسمون غيبة الولي إلى غيبة قريبة و غيبة بعيدة، ففي الغيبة القريبة لا يجوز تزويج القاصر حتى يحضر الولي الغائب و لو حصل الزواج كان فاسدا و يفسخ أبدا و لو طالمت المدة، إلا إن ثبت تعدد الولي الغياب إضرارا بالقاصر أو انقطعت به سبل العودة رغم رغبته ذلك، فهنا يزوج القاصر القاضي. [78]ص315

أما في حالة الغيبة البعيدة فإن الحاكم ممثلا في القاضي هو من يتولى عقد الزواج، لأن القاضي هو ولي الغائب و هو مجبر لا كلام لغيره معه. [79]ص566

- موقف القانون الجزائري من هذه المسألة: لا يوجد نص صريح يتناول المسألة و لكن من خلال نص المادة 11 فقرة 2 الذي رتب أولياء القاصر في الزواج يتضح أنه في حالة غياب الأب يتولى الأمر أحد الأقارب فإن لم يوجد يتولى القاضي أمر الزواج.

ب/ مسألة عضل الولي: قد يحصل أن يمتنع ولي القاصر عن تزويجه، و يظهر ذلك بالخصوص مع الفتاة حين تثبت مصلحتها في الزواج و يمتنع الولي دون مبرر عن تزويجها فيسمى لدى الفقهاء بالولي العاضل، فالعضل إذن هو امتناع الولي عن تزويج من تحت ولايته برغم كفاءة الزوج أو الزوجة أو ثبوت الحاجة الملحة و عدم وجود مبرر شرعي لامتناعه. [16]ص161 [85]ص90

و يشترط لتحقيق معنى العضل أن يترتب عنه ضرر للقاصر و ظهور هذا الضرر بالفعل، أما مجرد رد الولي للخطب الكفاء أو صرف النظر عن زوجة معينة فلا يعده الفقهاء عضلا ما لم يعلم من الولي قصد الإضرار. و سبب هذا الاشتراط هو اعتبار الشفقة الموجودة لدى أولياء التزويج و التي تمنعهم من إيذاء القاصر. [19]ص216 [79]ص567

فإن ثبت تعنت الولي و ظلمه و ظهر إضراره بالقاصر الذي تحت ولايته فإن سلطة تزويج القاصر تنتقل إلى القاضي على اعتباره ولي المظالم و القاصر في هذه الحالة تعرض للظلم من وليه. و لم تنتقل الولاية هنا إلى الولي الأبعد لأن الولي العاضل لم يغيب و إنما ظلم، و القاضي هو المخول برفع المظالم و يتولى هو بذلك إبرام عقد الزواج بدل الولي المتعنت. [66]ص[67]86]ص161

- موقف القانون الجزائري من هذه المسألة: لا يوجد في قانون الأسرة الحالي نص يتعلق بالعضل، بينما كان منصوصا عليه قبل 2005 بموجب المادة 12 من قانون الأسرة الملغاة و التي نصها: (لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع ابنته من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لل بنت). [42]ص69

و كانت المادة 13 تنص: (لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها) و قد عدلت هذه المادة و أصبحت تخص القاصرة فقط، في حين أُلغيت المادة 12 لأن الولي لم يعد شرط انعقاد و صارت المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها و للولي الحضور فقط. [12]المادة 11

و عليه فقد ألغي النص المتعلق بالعضل و كأن المشرع يستبعد أن يرغب الفتى أو ترغب الفتاة القاصر بالزواج قبل سن الرشد و يحصل من الولي عضل، لذلك يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و عليه حين العضل لو حصل يتوجب رفع الأمر للقاضي.

ج/ مراتب تزويج الأولياء: يقصد بمراتب تزويج الأولياء مدى صحة عقودهم و نفاذها في مواجهة القاصر، و مدى الحق الممنوح للقاصر بفسخ هذا الزواج عند بلوغه، و لا نكاد نجد تفصيلا بهذا الخصوص إلا عند الحنفية، أما المالكية فيرون أن عقد الأب و وصيه نافذ على القاصر و ليس له الفسخ بعد البلوغ. [78]ص281

أما الشافعية فلهم في المسألة قولان الأول هو بطلان تزويج الولي للقاصر إن كان من غير كفاء، و القول الثاني أن العقد صحيح و يكون للقاصر بعد بلوغه الخيار، في حين ذهب الحنابلة إلى صحة و نفاذ تزويج القاصر من كفاء فإن يكن غير كفؤ ففيه قولان الأول بطلان الزواج و الثاني صحته و ليس للقاصر خيار. [77]ص165

أما الحنفية فقد فصلوا في الأمر حين فرقوا بين الأولياء في قوة عقد الزواج، بين الولي الأب أو الجد و بين غيرهما من الأولياء و لو كان الأخ، و الأب و الجد تم تقسيمهما إلى صنفين، صنف أول غير معروف بسوء الاختيار، فيصح عقده و ينفذ و يلزم القاصر و لا يكون له نقضه بعد البلوغ. [87]ص70

و سبب ذلك أن الأب و الجد هما أكثر الأولياء شفقة و حنانا تجاه القاصر و هما الأحرص على مصلحته، و لا شك أنهما قد أحسنا الاختيار حتى و لو كان الزواج من غير كفاء أو كان المهر كبيرا، لما قد يريانه من مصلحة تعوض عن الكفاءة و المال.[44]ص63

و الصنف الثاني هو الأب أو الجد المعروفان بسوء الاختيار، و هنا إذا كان الزوج كفئا و المهر مهر المثل، أو الزوجة سالحة طيبة و المهر لا غبن فيه، صح الزواج و ثبت بلا خيار فإن اختل شرط الكفاءة أو المهر فلا يصح العقد أصلا.[66]ص67

أما غير الأب و الجد فإن عقده لا يكون صحيحا إلا إذا توافرت الكفاءة و مهر المثل و لا غبن فيه، و رغم صحة العقد بتوافر هذه الشروط إلا أن الحنفية اعتبروه عقدا غير لازم بالنسبة للقاصر بحيث يكون له فسخه بعد البلوغ.[61]ص133

و عليه يكون للقاصر في الحالتين الأخيرتين عند بلوغه خيار بين إمضاء العقد أو فسخه، إلا أن الفسخ لا يقع بمجرد التصريح بالرغبة فيه، و إنما يحتاج الأمر إلى حكم من القاضي بذلك. و قبل صدور الحكم بالفسخ فإن عقد الزواج يبقى صحيحا و حقوقه ثابتة لكل الزوجين قبل الآخر و إن مات أحدهما ورثه الآخر.[44]ص64

و أرجع الفقهاء هذا الحكم إلى أن الفسخ بخيار البلوغ حق ضعيف يحتاج إلى حكم القاضي ليقوى و يثبت، كما أن الزواج قد أوجد حقوقا مادية و معنوية قائمة على أساس شرعي صحيح، و ما ثبت بأصل صحيح لا يزول إلا بتراضي الأطراف أو حكم القاضي.[86]ص167

و عليه فإن من أراد فسخ الزواج الذي أبرمه و ليه نيابة عنه حال قصره، فإن يجب أن يرفع دعوى يطلب بموجبها من القاضي الفسخ، و الوقت المعتبر في ذلك هو وقت البلوغ عالما بالزواج فإن لم يكن يعلم قبل البلوغ فابتداء من تاريخ العلم بعد البلوغ. و يسقط حقه في ذلك بإعلانه قبول الزواج. و يختلف التعبير عن القبول بين البكر التي يكفي سكوتها كقبول لغلبة الحياء عليها، و أما الثيب و الذكر فيشترط التصريح منهما بالقبول. هذا و قد يكون القبول بكل فعل يدل عليه كطلب

الزوجة المهر أو الدخول بالزوجة.[87]ص79[86]ص170[44]ص64

- موقف القانون الجزائري من هذه المسألة: بالنظر إلى أحكام المواد 7 و 11 فقرة 2 المتعلقة بتزويج القاصر، و بالنظر للمواد 32،33،34 و 35 المتعلقة بحالات الزواج الفاسد و الباطل، فإن لا يمكن بحال من الأحوال أن يكون عقد الزواج الذي يبرمه الولي قابلا للفسخ إلا إذا أثبت الأب أو أحد الأقارب وقوع تدليس بحيث تم تزويج القاصر في غيبته من أحد الأقرباء الآخرين و دون رضاه مع إثبات أولويته. فيكون الزواج قابلا للفسخ ما لم يتم الدخول.[12]المادة33 فقرة2. و عليه لا يكون القاصر هو من يطلب الفسخ.

أما إن كان الولي الأولي هو الحاضر فلا يمكن للقاصر أن يطلب الفسخ و إنما يستطيع فقط أن يطلب البطلان إذا أثبت هو أو من له مصلحة انعدام ركن الرضاء طبقا للمادة 31. و يكون ذلك فقط بإثبات الإكراه.

أما لو تم الزواج طبقا لما هو وارد في قانون الأسرة، فلا يمكن بحال من الأحوال تخيل فسخ عقد الزواج أو بطلانه لأن القاصر يكون عالما بالأمر. كما أن الأمر سيكون غير منطقي نظرا للإجراءات التي أحيط بها زواج القاصر من ضمانات أهمها دور القاضي.

2.1.1.2: سلطة النائب القانوني في فك الرابطة الزوجية

إن الرابطة الزوجية إن نشأت صحيحة فإنها تفك بالطلاق لأنه يمثل إحدى آثار الزواج الصحيح، و له لدى الفقهاء عدة صور هي الطلاق بإرادة الزوج و هي الصورة الأساسية، وهناك الطلاق بطلب من الزوجة و يسمى خلعا و قد يكون بطلب من الزوجة و لكن يقوم به القاضي فيسمى طلاق القاضي.[81]

و في قانون الأسرة الجزائري نصت المادة 48 منه على أن الزواج ينفك بالطلاق الذي يكون بإرادة الزوج أو بالتراضي بين الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و تتطرق للتطليق بواسطة القاضي، و 54 و التي تتكلم عن الخلع.[38]ص[52]42[ص175 و عليه سوف نرى مجال تدخل النائب القانوني في فك الرابطة الزوجية من خلال الطلاق و الخلع على أساس أن التطليق يكون بيد القاضي و لا علاقة للزوجين به سوى بدفعه للقضاء و هذه من صميم صلاحيات النائب القانوني أي الترافع عن القاصر الذي في ولايته.

1.2.1.1.2: في الطلاق:

أجمع جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية على أن البلوغ شرط أساسي في المطلق، و بالتالي لا يصح أبدا طلاق الصبي و لو مميزا، استنادا لحديث النبي صلى الله عليه و سلم الذي رواه ابن ماجه:(رفع القلم عن ثلاث، الصبي حتى يحتلم و عن النائم حتى يستيقظ و عن المجنون حتى يعقل أو يفيق)، و لم يخرج عن هذا الرأي إلا الحنابلة في رواية مشهورة عندهم بجواز طلاق الصبي المميز إذا كان يعقل الطلاق و ما يؤدي إليه.[88]ص[345]61[ص231

أما بخصوص ولي القاصر فإن الحنفية و الشافعية و قول لدى الحنابلة قالوا أنه لا يجوز للولي أن يطلق عن ابنه القاصر، أما المالكية و القول الثاني للحنابلة، فقد أقرروا للولي أن يطلق نيابة عن القاصر أبا كان الولي أم وصيا بشرط ثبوت مصلحة القاصر في هذا الطلاق.[87]ص[299]89[ص114

- موقف القانون الجزائري: إن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذا الأمر في قانون الأسرة تاركا الأمر لأحكام الشريعة الإسلامية و التي لا يعتد في الرأي الراجح فيها بطلاق القاصر غير البالغ.

و لكن فيما يخص مدى قدرة النائب القانوني على الطلاق نيابة عن القاصر فقد نص المشرع الجزائري في المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه إن كان أحد الزوج ناقص الأهلية فإن طلب الطلاق يقدم باسمه من طرف وليه أو مقدمه حسب الحالة.[24]ص334

و هذا من شأنه أن يعني أن النائب القانوني و الذي حدده المشرع بالولي و المقدم مستبعدا الوصي، بإمكانه أن يطلق زوجة القاصر إن رأى ذلك، و هو ما يوافق ما ذهب إليه المالكية في هذه النقطة كما تقدم، و لكن الإشكال يطرح في ما يتعلق بإجراءات الدعوى من محاولات صلح و نطق بالحكم و اعتبار الزوجة قد بانت على الرغم من أن القاصر لا يكون في أغلب الأحيان قد طلق. هل يحضر الولي أو المقدم جلسات الصلح أم الزوج المعني أم كلاهما، و ماذا عن بقية الأمور المتعلقة بتوابع لعصمة من نفقة و حضانة؟[74]ص601

و تجدر الإشارة هنا إلى أن الترخيص بزواج القاصر و الذي يسمى كذلك بترشيد القاصر للزواج يمنح حسب المادة 7 من قانون الأسرة للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بالآثار المترتبة على عقد الزواج و أهمها الحقوق الزوجية، و لكن لا يمتد هذا الترشيد لما يتعلق بفك الرابطة الزوجية و ما يترتب عليه من آثار.[38]ص14[82]ص26

هذا فيما تعلق بالطلاق بإرادة الزوج، أما فيما يخص الطلاق بالتراضي فإن المشرع بين كيفية فك الرابطة الزوجية بهذه الطريقة في المواد من 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و جاء في المادة 432 أنه لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إن كان أحد الزوجين في وضع التقديم، و لم يبين ما المقصود بذلك هل هو القاصر الذي لا ولي له و لا وصي أم المحجور عليهم من مجانين و سفهاء و معتوهين و ذوي غفلة؟[74]ص593

الراجح أن المشرع يعني المحجور عليهم و إلا لكان أولى به أن يضع مصطلح ولاية بدل التقديم، و كان هذا أفضل لو فعله. هذا و المنع في نص هذه المادة لا يعني أن يقدم الطلب من طرف المقدم بدلا من المحجور عليه بل يرفض تماما.

و عليه فإن لا مانع من القول بأن النائب القانوني باستطاعته أن يقدم طلبا للطلاق بالتراضي نيابة عن القاصر زوجا كان أم زوجة و هو في حالة الزوجة القاصر أقرب للحدوث.

2.2.1.1.2: في الخلع:

لم يميز الفقهاء في أهلية الزوج بين الطلاق و الخلع، فالخلع لا يصح من الصبي إطلاقاً وهو قو المالكية و الشافعية و الحنفية، أما الحنابلة فلمهم قولان، الأول كالجمهور، و الثاني و هو المفتى به عندهم يقول بجواز خلع الصبي المميز لزوجته إن كان يدرك معنى الخلع و يفهمه. [88]ص547

هذا و ليس للولي خلع زوجة القاصر الذي في ولايته، و لو كان بدل الخلع كبيراً، لأن الخلع لدى الفقهاء طلاق و لا يملك غير الزوج إيقاعه، إلا بإذن منه و القاصر لا يملك الخلع فلا يستطيع أن يأذن فيه لأحد. و منه فلا يقع خلع الصبي و لو أجاز له وليه فيما بعد، لأن الإجازة لا تلحق أمراً باطلاً. و خالف المالكية و أجازوا للولي أن يخالغ زوجة القاصر نيابة عنه قياساً على صحة تزويجه له. [87]ص412[18]ص215

أما بالنسبة للزوجة، فإن الفقهاء أجازوا خلعها إذا كان زوجها أهلاً للطلاق و كانت هي من أهل القبول مميزة تفهم أن الخلع سالب للعض، و أجازوا للولي أن يخالغ عن ابنته الصغيرة، و ميزوا بين الحالة التي تكون فيها المخالعة بين الصغيرة و زوجها أين يصح الطلاق و لا يلزمها دفع العوض لعدم أهليتها للتبرع. [61]ص293

أما حين يكون الخلع بين الولي و الزوج، فإنه إما أن يكون بغير عوض أو يكون بعوض، فإن كان بغير عوض يقع الطلاق و لا يلزم المال، أما إن كان الخلع بعوض فإن كان من مال الولي وقع الطلاق و لزم المال، أما إن كان من مال الزوجة فإن تكفل بدفعه الولي وقع الطلاق و لزم الولي الدفع وليس الزوجة القاصر، أما إن لم يتكفل الولي بدفع المبلغ المتفق عليه فإن الطلاق يقع حسب الرأي الراجح. [87]ص410

- موقف القانون الجزائري: لقد تطرق المشرع الجزائري للخلع في مادة واحدة فقط في قانون الأسرة هي المادة 54 و التي أكد فيها عقب التعديل سنة 2005 على أن الخلع هو مقابل الطلاق بإرادة منفردة للزوج، و يتم الخلع بحكم من القاضي دون النظر إلى موافقة الزوج. و إن لم يتفق الزوجان على مقابل الخلع حكم القاضي بالخلع بما لا يجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم. [81]ص341

و لم يتطرق المشرع للجانب الإجرائي حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ولكن قياساً على دعوى الطلاق التي يرفعها ولي الزوج طبقاً لنص المادة 437 المذكورة أعلاه، لا يوجد ما يمنع من أن يرفع ولي القاصرة التي تطلب الخلع الدعوى بذلك نيابة عنها و باسمها.

و بهذا نكون قد تطرقنا للنيابة القانونية في مجال الأحوال الشخصية في أبرز صورها، و ننتقل الآن إلى مجال المعاملات المالية أين يبرز بشكل أكبر نظام النيابة القانونية عن القاصر.

2.1.2: سلطة النائب القانوني في مجال المعاملات المالية

إن سلطة النائب القانوني عن القاصر في هذا المجال تتجلى من خلال نقطتين رئيسيتين، هما سلطته على أموال القاصر و التصرف فيها، و سلطته في مواجهة التصرفات التي يعقدها القاصر على أمواله. و نعالج هذا الأمر من خلال فرعين نخصص الأول لسلطة النائب القانوني على أموال القاصر من حيث التصرفات التي يقوم بها، و الفرع الثاني نتناول سلطة النائب القانوني على تصرفات القاصر سواء بالإجازة أو الرد.

1.2.1.2: سلطة النائب القانوني على أموال القاصر

تتنوع تصرفات النائب على أموال القاصر فنجد تصرفات حفظ و صيانة و تصرفات إنماء و استثمار، كما قد يتبرع من مال القاصر كما قد يأكل منه و قد يتعاقد باسم القاصر مع نفسه. و تختلف سلطته من تصرف إلى آخر.

و لأجل ذلك فرق فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال سلطة النائب عن القاصر في مجال الولاية على المال، بين ولاية الأب و الجد و ولاية الوصي المختار و ولاية وصي القاضي أي المقدم، حيث لم يجعلوهم على صعيد سواء من حيث قوة الولاية و مدى و مقدار صلاحياتهم تبعا لقرب كل منهم للقاصر و مدى اعتبار الشفقة عليه، كل ذلك في إطار قوله تعالى في الآية 34 من سورة الإسراء: { و لا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده}. [2]ص[90]326ص6

أما القانون الجزائري فقد ساوى بين النواب القانونيين على القاصر حينما جعل الوصي و المقدم تماما مثل الولي الذي هو الأب و الأم، حيث جاء بخصوص الوصي نص المادة 95: (للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88،89،90)، و بخصوص المقدم نجد المادة 100 تقول: (يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام). و بذلك لا فرق بين ولي و وصي و مقدم في القانون الجزائري. [72]ص118

و رغم ذلك فإن المشرع الجزائري وضع قيودا على الولي و الوصي و المقدم في المادة 88 من قانون الأسرة التي تخص تصرفات الولي حينما أوجبت عليه التصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و ليس مجرد الرجل العادي و جعلته مسؤولا عن ذلك وفق مقتضيات القانون العام، و هو ما ينطبق على الوصي و المقدم. [38]ص85

كما بينت هذه المادة مجموعة من التصرفات المقيدة بوجوب الحصول على إذن من القاضي، هذا الأخير يتوجب عليه التحقق من الضرورة و المصلحة من وراء هذه التصرفات و له إن لاحظ تعارضا بين مصلحة الولي و القاصر أن يعين متصرفا خاصا. [12] المادتين 89 و 90 و عليه سنرى سلطات النائب القانوني في الشريعة الإسلامية حسب صفة النائب و في القانون الجزائري وفقا لنوع التصرف هل هو مسموح به أم مقيد لا حسب صفة النائب.

1.1.2.1.2: تصرفات النائب القانوني في الشريعة الإسلامية:

كما قلنا أعلاه يفرق الفقهاء بين تصرفات الأب و الجد و تصرفات الوصي و تصرفات المقدم كالاتي:

أ/ تصرفات الأب: ميز الفقه الحنفي بين الأب العدل أو مستور الحال و بين الأب المعروف بسوء التدبير و بين الأب المبذر المتلف، أما جمهور الفقهاء فلم يميزوا و جعلوا الأب مرتبة واحدة ما توفرت فيه الشروط المطلوبة جميعها، فإن اختلف شرط نزع منه القاضي الولاية. [2] ص 326 و توفيقا بين الآراء نتناول سلطة الأب العدل أو مستور الحال لأنه هو الذي في بيان سلطاته تفصيل، أما الأب المعروف بسوء التدبير فكل تصرفاته مقيدة بشرط النفع الظاهر و قيل أنه يعني بيع العقار بضعف ثمنه و المنقول بزيادة الثلث، قي حين الأب المبذر المتلف فإن تصرفاته في ماله و مال القاصر غير معتبرة و تنزع منه الولاية. [66] ص 309 و تتنوع تصرفات الأب في أموال ابنه القاصر كما سبق ذكره إلى تصرفات تهدف إلى حفظ المال و أخرى لتنميته و استثماره و تصرفات تبرعية كما قد ينتفع بها لصالحه فيأكل منها و قد يتعاقد مع نفسه.

- حفظ مال القاصر: هذا النوع من التصرفات واجب على النائب القانوني أبا كان أم وصيا أو مقدما، لذلك أجاز الفقهاء للأب كل التصرفات التي تحفظ مال ابنه و تصونه، فأجيز له استئجار حارس للأموال و تكون الأجرة من مال القاصر، فإن قصر في واجب الحفظ فتلف المال أو تضرر و جب عليه ضمان التعويض المناسب. [91] ص 86 [13] ص 236 و لأجل ذلك أجاز الفقهاء للأب أن يقوم بتقديم مال القاصر لشخص أمين على أنه وديعة، بأجر أو من غير أجر، و الوديعة و إن كانت تعني تسليط الغير على حفظ المال و لا ضرر فيها إلا أنه لا تجوز حين يخشى من ضياع المال و تلفه عند المودع لديه. [30] ص 127 [66] ص 307 - التصرفات الإنمائية و الاستثمارية: إن للنائب القانوني الأب استثمار و إنماء مال القاصر بما يراه مناسبا من تصرفات، و التي أهمها:

- البيع و الشراء: أعطى المذهب الحنفي للأب سلطة أن يبيع مال ولده القاصر عقارا كان أم منقولاً و يكون عقده صحيحا نافذا على القاصر و لا سبيل لنقضه بعد بلوغه و رشده، و يكون هذا

ما دام البيع بلا غبن فاحش أو بغبن يتعارف عليه الناس، أما لو كان بغبن فاحش فالبيع باطل و ليس للقاصر أن يجيزه بعد رشده لأن الولاية أساسها المصلحة و لا مصلحة له في غبن فاحش. [31]ص304

أما بقية المذاهب، فالشافعية أجازوا للأب بيع المنقول بغبن يسير، أما العقار فقالوا بعدم بيعه إلا في حالات خاصة تعتبر مسوغاً شرعياً، كحاجة القاصر للإنفاق أو الحاجة على وفاء دين ثابت على القاصر و لا سبيل للوفاء به بغير بيع العقار، أو أن يكون في بيع العقار نفع كبير ظاهر، لأن العقار بالنسبة لهم أفضل من المنقول و أنفع و ذلك لديمومته و ثبات قيمته غالباً. [10]ص7

أما الحنابلة و المالكية فقد جعلوا للأب سلطة واسعة في بيع أموال القاصر عقاراً كان أم منقولاً، بمسوغ أو من دون مسوغ، لأن الأب محمول على الشفقة و لا يتوقع منه إضرار بمن تحت ولايته. [2]ص320

و الشراء لدى الفقهاء مثل البيع، حيث للأب أن يشتري للقاصر ما يحتاج إليه من منقولات و حتى عقارات بشرط أن لا يكون في الشراء غبن فاحش و إلا نفذ في حق الأب و لم ينفذ في حق القاصر. [30]ص121

- الإيجار: للأب أن يؤجر أموال ابنه القاصر منقولات و عقارات، ما لم يكن في الإيجار غبن فاحش مما يفسد عقد الإيجار و يلزم الأب بتعويض القدر الناقص عن أجره المثل. و قد منع الفقهاء عقد الإيجار طويل المدة خشية ضياع المال المؤجر مع طول الزمن و قلة بدل الإيجار بالمقارنة مع المدة الطويلة للعقد. [91]ص89

- الإعارة (العارية): للأب أن يعير من أموال القاصر ما يصلح للإعارة، ما دام العرف يجري بذلك. و ما دام يعير فهو يستعير و هو من قبيل تبادل الخدمات. فإن كانت هذه الإعارة تعطل التأجير، كما لو كانت العين المعارة آلة معدة للاستغلال الفلاحي و تؤجر بمبلغ كبير فإن الإعارة هنا تضيع الأجر المرتقب فلا تصح. [45]ص476 [26]ص791

- الرهن: يميز الفقهاء بين رهن مال القاصر لدين على القاصر نفسه، و بين رهن مال القاصر لدين على الأب، فالحالة الأولى أجازها الأحناف بلا شرط لأن رهن مال القاصر في دين عليه مفيد له لأنه نوع من الوفاء. أما الشافعية و الحنابلة و المالكية فيشترطون لجواز الرهن وجود مصلحة ظاهرة تاركين للأب تقديرها. [66]307 [2]ص334

أما عن رهن مال القاصر في دين على الأب ففيه خلاف، فالحنابلة أجازوه بشرط المصلحة الظاهرة و أن يكون المرتهن أميناً ثقة، أما المالكية فمنعوه مطلقاً لما فيه من تفويت لمصلحة القاصر من حيث ذهاب المال المرهون و منافعه للمرتهن و احتمال ضياعه و تلفه بقوة قاهرة مما يحول دون ضمانه. [2]ص335

أما الشافعية فاشتروا عدم إلحاق الضرر بمال القاصر، أما الحنفية فانقسموا بين مجيز و مانع، فأبو حنيفة و محمد سما للأب بذلك لأن الرهن ضمن، لأنه إن هلك المرهون يكون مضمونا على كل حال عندهم، بكل قيمته إن هلك تعديا و تقصيرا، و بأقل القيمتين الدين أو ثمنه، و الأب ضامن على كل حال. [45]ص470[66]ص307

أما أبو يوسف و معه زفر، فقالا بعدم جواز رهن مال القاصر لدين على الأب لما فيه من ضياع لجزء من مال القاصر في سبيل الوفاء بدين لا علاقة له به، فهو بذلك تصرف مضر من التصرفات التي يمنع منها الأب أصلا. [26]ص793

- التبرعات: و يدخل ضمنها القرض و الهبة و الصدقة، و قد أجمع الفقهاء على عدم جوازها من مال القاصر، ذلك لمحض ضررها به و كونها لا تعد من قبيل أعمال التجارة و الاستثمار. و الإقرار على القاصر بمال مثل التبرع فلا يجوز للأب أن يقر على ابنه بدين و إن حصل فهو باطل لأنه ضرر محض و هو ممنوع. [91]ص90

- أكل الأب من مال ابنه: اختلفت آراء الفقهاء حول مدى جواز أكل الأب من مال ابنه الذي في ولايته، وهل يرد ما أكل إن فعل أم لا.

فالحنفية عندهم أن الولي لا يأكل من مال اليتيم إن كان غنيا، أما إن كان فقيرا فإن له أن يأخذ أجرا إذا كان محتاجا، لأن الله أمر الغني بالاستعفاف و الفقير بالأكل بالمعروف، و بذلك فالفقير مسموح له بالأخذ من مال ابنه و هو يعد أجرا له على رعايته لهذا المال و بالتالي لا يرد شيئا مما أكله. [2]ص446

أما الشافعية، فهم أيضا لم يسمحوا للأب الغني بالأكل من مال ابنه، و أجازوا للفقير أن يأخذ من مال ابنه بالمعروف على قدر حاجته، أما في ما تعلق برد ما أخذه فيما بعد فللشافعية قولان، الأول هو أن لا يرد لأنه أخذ المال بحق الولاية و الثاني هو أن يرد إذا ما اغتنى لأن ما أخذه من مال ابنه دين عليه و الرأي الثاني هو المشهور لدى الشافعية. [10]ص17

أما الحنابلة فقد أجازوا للأب أن يأخذ من مال ابنه القاصر إذا ما عمل فيه سواء كان غنيا أم فقيرا إذا احتاج إلى ذلك، و لكن لا يجوز له إلا بقدر الحاجة أو بأجرة المثل بأقل القيمة بينهما، و لا يلزمه رد ما أخذه من مال حتى و لو صار غنيا. [58]ص201

أما المالكية فإن العبرة عندهم هي في عمل الأب في مال ابنه، فإن كان عاملا في مال ابنه فله أن يأخذ منه، بقدر الحاجة إن كان فقيرا و لا يرد مما أخذ شيئا، أما إن كان غنيا فله أن يأخذ إن كان مال كثيرا بما لا يجاوز مقدار أجر يقابل عمله، و الأجرة لا ترد. [2]ص448

و منه يتضح أن الفقهاء متفقون على أن الأب الفقير أن يأكل من مال ابنه الصغير، و لا يرد مما أكله للقاصر، و ذلك لأن الأب لا بد و أن يكون قد عمل في مال ابنه لسنوات طوال فيعد ما أخذه من مال أجرا. [69]ص127

- تعاقد الأب مع نفسه: من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأصل عدم جواز تولي شخص طرفي العقد أصيلا عن نفسه و نائبا عن الطرف الآخر أو نائبا عن طرفي العقد، لما في ذلك من تغليب مصلحة أحد المتعاقدين على الأخرى، لا سيما حينما يكون هو المتعاقد فلا بد أن يغلب مصلحته الشخصية، إلا أنه استثنى من هذا الأصل الأب في تعاقده مع ابنه القاصر بحيث يكون له أن يتولى طرفي العقد و تقوم عبارته مقام الإيجاب و القبول. [19]ص752

و سبب تقرير هذا الاستثناء فيما يخص الأب في علاقته مع ابنه القاصر هو كمال شفقة الأب على ابنه و انتفاء التهمة عنه، فلا يشك في حرص الأب على ابنه فتنتفي محاباته لنفسه. و لا يكون للقاصر أن ينقض هذا العقد، و لم يخالف في هذا غير المالكية الذين جعلوا للقاصر بعد رشده نقض العقد إذا أثبت أن الأب راعى مصلحته الشخصية على حساب مصلحة الابن. [69]ص107[58]ص201[9]ص681

و اتفق فقهاء الشافعية و المالكية و الحنابلة أن الأب غير مجبر على أن يذكر سبب تعاقده مع نفسه، حتى أن بعض الشافعية أجازوا له أن لا يذكر أمر التعاقد مطلقا، و وافقهم في ذلك المالكية. أما الحنفية فقد فصلوا في الأمر قليلا حينما استوجبوا أن يقوم الأب برفع الأمر القاضي ليعين هذا الأخير متصرفا خاصا من عنده يقبض مقابل العقد من الأب ثم يسلمه له مرة أخرى ليدخل ضمن الأموال المشمولة بالولاية و ذلك حتى يتحقق دفع التهمة عن الأب. [69]ص107[10]ص16[66]ص308[30]ص124

- ولاية الجد: ما سبق من أحكام يخص الأب باعتباره أول من يتولى النيابة عن القاصر لدى جميع المذاهب، أما الجد فلا نجده إلا عند الحنفية و الشافعية على خلاف بينهما في ما تعلق بترتيب أحقيته في الولاية، فالحنفية جعلوه بعد وصي الأب، و الشافعية جعلوه بعد الأب مباشرة. [31]ص312

و على ذلك اختلفوا أيضا في مدى قوة ولاية الجد و التصرفات المتاحة له، فالشافعية حسب الظاهر من نصوصهم أن الأب كالجد تماما، أما الحنفية فهما على قولين الأول لأبي حنيفة و أبي يوسف و هو أن الجد ليس كالأب و إنما أقل درجة، و تصرفاته كتصرفات وصي الأب ما عدا في قدرته على التعاقد مع نفسه باسم القاصر و هو ما لا يملكه الوصي المختار من الأب. [45]ص479[10]ص5

أما محمد بن الحسن فذهب إلى أن الجد كالأب في تصرفاته في أموال القاصر، فهو أب في غياب الأب، و ما تأخره عن الوصي إلا احترام لرغبة الأب، كما أن الجد ولي طبيعي أعطي الولاية لهذه الصفة و ليس بتوصية من أحد، كما أن الجد أكثر حنانا و عطا و أوفر شفقة على القاصر من الوصي. [66]ص314 [31]ص312

ب/ تصرفات الوصي: المقصود من الوصي هنا هو الوصي المختار من قبل الأب، و الذي اتفق الفقهاء على أنه إذا ما قبل الوصاية و توفرت فيه الشروط المطلوبة كانت له نفس صلاحيات الأب على مال القاصر في مجال التصرفات إلا في مسائل معينة جعله الفقهاء فيها مختلفا عن الأب. [69]ص152. و هي كالتالي:

- في بيع العقار: حيث لا يستطيع الوصي باتفاق الفقهاء أن يبيع عقار القاصر إلا في حالات استثنائية محددة حصرا، و التي تضم في حالتين أساسيتين الأولى أن يكون هناك مسوغ شرعي و الثانية أن يكون في بيع الوصي للعقار نفع ظاهر جدا للقاصر. [45]ص485
فأما المسوغات الشرعية فقد حصرها الفقهاء في الحالات التالية: [26]ص807 [30]ص160

- حاجة القاصر للإنفاق و لا مال لديه غير العقار فيتم البيع على قدر الحاجة.
- وجود دين على الموصي أو القاصر الموصى عليه و لا مال إلا العقار.
- إذا وجدت وصية بمبلغ من النقود و لا يوجد في التركة سيولة نقدية كافية و لا سبيل إلا بيع العقار.
- إذا كان مشتري العقار هو شخص تسلط عليه و لا سبيل لأخذه منه إلا ببيع العقار له بشرط عدم وجود غبن فاحش.

- إذا أصبحت نفقات العقار تزيد على دخله و كان يرجى بيعه شراء عقار آخر أفضل.
- إذا كان العقار خربا و لا فائدة منه فلا بأس من بيعه بشرط أن لا يكون هناك غبن فاحش.
أما الحالة الثانية و هي الخيرية الظاهرة فتعني لدى الفقهاء أن يتم بيع العقار بضعف قيمته، فإن لم تتوافر الخيرية الظاهرة و لم يوجد مبرر من المبررات السابقة فبيع الوصي لعقار القاصر باطل. [45]ص486

- في التعاقد مع نفسه: لا يملك الوصي أن يتعاقد باسم القاصر مع نفسه، فلا يبيع له و لا يشتري منه إلا إذا توافرت الخيرية الظاهرة و التي صورها الفقهاء بأن يبيع للقاصر بنصف القيمة و يشتري منه بالضعف في العقار، و في المنقولات فعلى الوصي أن يشتري من القاصر بإضافة نصف القيمة و يبيعه بإنقاص نصف القيمة. [31]ص311 [19]ص757

- في التعاقد مع من لا تقبل شهادتهم للقاصر من أقرباء كالأصول و الفروع و الزوج أو الزوجة، و يشترط لكي يستطيع الوصي التعاقد معهم توافر نفع ظاهر كذلك المشروط في تعاقد مع نفسه، و هو قول الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء الذي يرون عدم جوازه. و نفس الأمر بالنسبة للرهن حيث خالف الأحناف الجمهور في المنع المطلق و أجازوا ذلك في حالة واحدة و هي حالة رهن الوصي مال القاصر في تجارة باسرها هو. [45]ص[486]90[ص21و22 ج/ تصرفات المقدم: المقدم كما سبق القول هو من يعينه القاضي حينما لا يوجد ولي و لا وصي و يسميه الفقهاء غير المالكية بوصي القاضي.

و قد تباينت آراء الفقهاء حول الصلاحيات التي يملكها المقدم مقارنة بالأب أو الوصي، فالحنفية اعتبروه مثل الوصي الذي يختاره الأب إلا في مسائل معينة رأوا أنه لا يستطيع المقدم القيام بها و أهمها أنه لا يتعاقد مع نفسه أبدا حتى و لو وجدت الخيرية الظاهرة، و نفس الشيء في التعاقد مع من لا تجوز شهادتهم في القاصر. [26]ص[809

أما الشافعية و الحنابلة فقد جعلوا المقدم مثل وصي الأب في كل شيء، له ما له و عليه ما عليه، في حين انقسم المالكية بين من يرى المقدم له نفس صلاحيات الوصي المختار من الأب و بين من يرى أن مقدم القاضي يتقيد ببعض الاستثناءات نظرا لأن وصي الأب أكثر سدادا لأنه نائب عن الأب مختار من قبله و الأب خير من يعرف مصلحة أبنائه. [2]ص[348 و واضح من آراء الفقهاء أن الراجح لديهم هو أن تصرفات المقدم هي كتصرفات وصي الأب، إلا أنه و لعدم اختياره من قبل الأب اعتبر أقل شفقة منه و أقل نظرا لأن الولاية على القاصر أساسها حسن النظر.

2.1.2.1.2: تصرفات النائب القانوني في القانون الجزائري:

بالرجوع إلى نص المادة 88 من قانون الأسرة نجدها قد نصت على القيود الواردة على سلطة الولي في أموال القاصر و ذلك حينما أوجبت عليه أن يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص و ليس مجرد الرجل العادي و جعلته مسؤولا عن ذلك وفقا لمقتضيات القانون العام. [38]ص[85

و أضافت في فقرتها الثانية التصرفات التي لا يستطيع القيام بها إلا بإذن القاضي و هي بيع العقار و قسمته و رهنه و المصالحة، و بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة و استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض و المساهمة في شركة، و إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد، و إيراد المشرع لهذه الحالات جاء على سبيل الحصر مما يعني أن الولي خارج هذه التصرفات له مطلق الحرية في حدود تصرفات الرجل الحريص. [72]ص[116

كما أن المشرع حين اشترط إذن القاضي في تلك المجموعة من التصرفات فإنه لم يجعل القاضي مجرد موقع على طلبات الولي، وإنما ألزمه المشرع بمراعاة المصلحة و الضرورة حين منح الإذن، و ألزمه بالحرص على إتباع إجراءات محددة حين بيع عقار القاصر بأن يكون ذلك بالمزاد العلني، و إن كان النزاع حول قسمة عقار ضمن تركة فلا بد من القسمة القضائية و للقاضي في حالة وجود تعارض بين مصالح الولي و القاصر أن يعين متصرفا خاصا من عنده. [12] المواد 89 و 90 و 181

و عليه فإن النائب القانوني إما أن يتصرف دونما قيد أو إذن فتكون تصرفاته مطلقة، و إما أن تكون تصرفاته مقيدة بإذن القاضي و إجراءاته، و إما أن يحال بينه و بين التصرف فيمنع منه. و سنبين أحكام كل من هذه التصرفات كالتالي:

أ/ التصرفات المطلقة: يقصد بالتصرفات المطلقة تلك التصرفات غير المقيدة و غير الممنوعة، و التي يستطيع النائب القانوني القيام بها دون حاجة لإذن من القاضي أو إتباع إجراء معين. و لا يوجد نص قانوني حدد هذه التصرفات، فالمشرع اكتفى بالنص على التصرفات المقيدة فقط، و لكن يمكن القول أنها تلك الطائفة من التصرفات التي لا تلحق ضررا بأصل أموال القاصر و ظاهرها السداد و الصلاح. [2] ص 327

و تدخل أغلب هذه التصرفات المطلقة في نطاق ما يسمى بأعمال الإدارة، و هي النوع الأول من أنواع التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر و التي تقوم على استغلال الشيء و منفعه دون المساس بأصل ملكيته، كما تدخل بعض التصرفات المطلقة أعمال التصرف التي قد ينجم عنها إخراج المال من ملك الشخص و هي النوع الثاني من التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر. [52] ص 484

و انطلاقا من تحديد المشرع لقائمة التصرفات المقيدة بإذن القاضي، و استنادا للفقرة 1 من المادة 88 قانون أسرة التي تنص على معيار الرجل الحريص، و بالإضافة إلى الإحالة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من نفس القانون، فإننا نستطيع القول أن للنائب القانوني أن يتصرف كما يشاء ما دام لا يتعدى التصرفات المقيدة و لا يفرط في مصلحة القاصر، في إطار معيار الرجل الحريص. [28] ص 207

و عليه فللنائب القانوني أن يبيع المنقولات غير ذات الأهمية و يرهنها و يؤجر المنقول مطلقا و العقار لأقل من ثلاث سنوات و تسديد الديون و قبول حوالة الحق إن كانت نحو مليء و حوالة الدين كذلك لنفعها المحض... الخ.

ب/ التصرفات المقيدة: هي تلك التصرفات التي أوجب المشرع فيها على النائب القانوني أن يحصل على إذن من القاضي و إتباع إجراءات خاصة بصدد بعضها، و القاضي في كل ذلك يسهر على احترام هذه الإجراءات و توفر الشروط القانونية لمنح الإذن.[8]ص252
و كان القاضي الذي يمنح الإذن هو رئيس المحكمة بموجب أمر على عريضة، إلا أن هذا الاختصاص أصبح لرئيس قسم شؤون الأسرة الذي تم منحه صلاحيات رئيس المحكمة فيما تعلق بشؤون الأسرة، و من أهم هذه المتعلقات منح الإذن المسبق للولي (و مثله الوصي و المقدم) للتصرف في الحالات المنصوص عليها قانونا بموجب أمر على ذيل عريضة.[25]المادة479
و التصرفات المقيدة هي كالتالي:

- بيع العقار و رهنه و إجراء المصالحة: بالنسبة للبيع، فإن على النائب القانوني التقدم إلى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا الموجود في دائرة اختصاصه موقع العقار، و يطلب منه الإذن له ببيع العقار على أن يثبت أمامه حالة الضرورة و المصلحة المرجوة من وراء هذا البيع، و للقاضي أن يقبل أو أن يرفض.[8]ص251

فإن صرح القاضي المختص بقبوله لطلب الأب و أصدر الإذن بالتصرف فإن النائب القانوني لا يستطيع أن يبيع العقار بصفة عادية و إنما يجب أن يتم البيع وفق إجراءات المزداد العلني و يحرص القاضي على ذلك بنفسه.[12]المادة89

و قد بين قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إجراءات هذا البيع، حيث ينبغي على الولي أو الوصي أو المقدم حسب الحالة التقدم إلى المحضر القضائي و طلب تحرير قائمة بشروط بيع العقار ليتم إيداعها على مستوى أمانة ضبط المحكمة المختصة إقليميا.[25] المادة783

و تتضمن قائمة شروط البيع، الإذن الصادر من القاضي بالبيع و تعيين العقار أو الحق العيني العقاري تعيينا دقيقا لا سيما موقعه و حدوده و نوعه و مشتملاته و مساحته و رقم القطعة الأرضية و اسمها عند الاقتضاء، مفرزا أو مشاعا و غيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، و إذا كان العقار عبارة عن بناية يبين الشارع و رقمه و أجزاء العقارات و كذا شروط البيع و الثمن الأساسي، و إن كان العقار مجزئا يحدد كل جزء و يبين سعره الأساسي، مع بيان سندات الملكية.[25]المادة784

و ترفق مع قائمة شروط البيع مجموعة من الوثائق أهمها مستخرج جدول الضريبة العقارية و مستخرج من عقد الملكية و الإذن بالبيع عند الاقتضاء و الشهادة العقارية. و زيادة في الحماية أوجب القانون التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية و النيابة العامة و الذين لهم حق الاعتراض على قائمة شروط البيع.[25]المادة785

و يتم بيع عقار القاصر في جلسة خاصة بذلك على مستوى المحكمة، و القاضي المختص هو قاضي شؤون الأسرة و هو القاضي الذي منح الإذن بالتصرف.

أما قسمة العقار فهي و إن كانت من حيث الأصل كالبيع من حيث وجوب الحصول على إذن من القاضي لأجل القيام بها، إلا أن المشرع الجزائري نص على قيد آخر في الحالة التي يكون فيها العقار الذي يملك فيه القاصر حصة مشاعة جزءا من تركة لم تقسم (و هذا هو الغالب الأعم)، هنا لا بد أن يتم الأمر بواسطة القضاء.[12]المادة 181 و إن حدثت قسمة دون ذلك فإن مصيرها البطلان و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 84551 الصادر بتاريخ 1992/12/22 حيث جاء في حيثيات القرار: (.. و حيث أن القسمة المنوه عنها بالتراضي لم تقع تحت إشراف العدالة و دفاع النيابة العامة فإن المادة 181 من قانون الأسرة لم تحترم ... و بالتالي يتعين نقض القرار المطعون فيه).[92]ص117

و عليه فإن على القاضي قبل الإذن للنائب القانوني بقسمة العقار أن يتأكد من أن العقار ليس جزءا من تركة.

أما المصالحة، فقد قصرها المشرع الجزائري على المصالحة على العقار و كان ينبغي أن يتم تعميم الإذن ليشمل أيضا الصلح المنصوص عليه في القانون المدني.

- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة: لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالمنقولات ذات الأهمية الخاصة، و لكن يمكن القول أنها تشمل كل تلك المنقولات ذات القيمة المادية الكبيرة و/أو تلك المنقولات التي يتطلب بيعها القيام بإجراءات خاصة مثل المحل التجاري و السفن.. الخ.

- استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض و المساهمة في شركة: القرض هو أحد العقود الناقلة للملكية[38]المادة 450 و هو من التصرفات المفقرة للذمة المالية و يعتبر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من عقود التبرع الضارة ضررا محضا بالقاصر لخشية أن ينكل المدين، و حتى و إن كان القاصر هو المقترض فهو إئثارا لكاهل القاصر بدين هو في غنى عنه.

كما أن الدخول في شركة لا يخلو من مخاطر عديدة، لا سيما في شركات الأشخاص التي يكتسب فيها الشريك صفة التاجر و يكون مسؤولا عن التزامات الشركة في ذمته المالية الخاصة و ليس فقط بنسبة مساهمته في رأس مال الشركة. مما قد يؤدي إلى استنزاف أموال القاصر.

- إيجار العقار لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة من بلوغ القاصر سن الرشد: و لا ندري سبب اقتصار المشرع على العقارات دون المنقولات على الرغم من أحكام عقد الإيجار تشملهما على حد سواء، هذا الحكم يعني أن النائب القانوني لا يملك غير حق الإدارة بمفهوم المادة 468 مدني، و عليه فإذا قام النائب القانوني بإيجار عقار القاصر لمدة تفوق ثلاث سنوات دون إذن القاضي يتم تخفيض المدة إلى ثلاث سنوات.[38]المادة 468

و سبب هذا القيد يكمن في رغبة المشرع في عدم إثقال كاهل القاصر بالتزامات لم يرد لها لا سيما إذا كانت هذه الالتزامات منسوبة على عقار، لما للعقار من أهمية خاصة في القانون الجزائري. كذلك كان هذا الحكم احتياطا متعلقا بمسألتي التنبيه بالإخلاء و الحق في البقاء التي يكتسبها المستأجر، إلا أن هذا لم يعد له معنى بعد تعديلات 2007 فيما يخص الإيجار المدني.

ج/ التصرفات الممنوعة: و أبرز صورة تظهر فيها التصرفات الممنوعة هي التعاقد مع النفس، و التي نص المشرع الجزائري في القانون المدني على تطبيق من تطبيقاتها و هو بيع النائب لنفسه، حيث منع من ينوب عن غيره قانونا أو اتفاقا أو بأمر من القضاء أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ما كلف ببيعه بمقتضى النيابة ما لم يأذن له القضاء أو نص قانوني آخر. [38] المادة 410

كما قد يمنع النائب القانوني من التصرف في أموال القاصر بنفسه ، بحيث لا يتصرف فيها هو و إنما متصرف خاص يعينه القاضي و ذلك طبقا لنص المادة 90 من قانون الأسرة و يكون ذلك بصفة تلقائية إذا استنتج ذلك من طلب النائب القانوني، و إما بطلب من له مصلحة في ذلك من أقارب القاصر. [38] ص 83

2.2.1.2: سلطة النائب القانوني في مواجهة تصرفات القاصر

لقد سبق و أن قررنا أن القاصر يمر بمرحلتين هما مرحلة انعدام أهلية الأداء و المرحلة الثانية هي نقص أهلية الأداء، و هو في المرحلة الأولى لا يعتد بشيء من تصرفاته و تقع باطله و لو كان فيها نفع له، أما المرحلة الثانية فهو مميز للتصرفات مما يسمح له بالتعامل في حدود معينة فتصح منه تصرفات و تبطل أخرى و تبقى أخرى معلقة و متوقفة على رأي النائب عنه شرعا إما أجازها و إما ردها. [67] ص 157 [93] ص 180

و عليه فإن سلطة النائب القانوني إنما تكون في مواجهة تصرفات ناقص الأهلية، و تكمن أساسا في الإجازة أو الرد. إلا أن هذا لا يكون حال كل تصرفات ناقص الأهلية كما تقدم و إنما حال طائفة من العقود، لذلك يتعين علينا أن نعرف أولا حكم تصرفات القاصر ناقص الأهلية المختلفة لنحدد ما هو التصرف محل الرد أو الإجازة لنرى ثانيا ما هي هذه الأخيرة و ما آثارها، كل ذلك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لنقف بعد ذلك ثالثا على موقف القانون الجزائري من هذه المسائل.

1.2.2.1.2: حكم تصرفات القاصر ناقص الأهلية:

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات القاصر إلى ثلاثة أقسام:
أ/ تصرفات نافعة نفعاً محضاً: و هي تلك التصرفات التي يترتب عنها اغتناء ناقص الأهلية بدخول شيء في ملكه من غير أن يلتزم بمقابل يؤديه، كقبول الهبة أو الانتفاع بالعارية، و حكم

هذه التصرفات أنها تكون صحيحة نافذة لا تحتاج إجازة من أحد و لا يردها أحد. [5]ص[142]94]ص14

ب/ تصرفات ضارة ضررا محضا: و هي تلك التصرفات التي تؤدي إلى إفقار الذمة المالية لناقص الأهلية دون مقابل أو نفع ظاهر كقيامه بالهبة و الوقف و التصدق من ماله و الإقرار على نفسه بالدين. و حكم هذه التصرفات هو بطلانها بحيث لا يصح من ناقص الأهلية أي من هذه التصرفات، فيعتبر فيها معدوم الأهلية، و هذه التصرفات لا تنفعها إجازة فالإجازة لا تلحق التصرفات الباطلة. [2]ص[393]67]ص159

بقي أن نشير هنا إلى مسألة وصية الصبي المميز، فعلى الرغم أن الوصية تبرع، إلا أنها محل خلاف بين الفقهاء حيث أجازها الشافعية إن كانت في وجه من وجوه الخير، لأن الوصية لا تجرد الموصي من ملكه حال حياته، أما الحنفية فقالوا ببطلانها لما فيها من ضرر محض بالورثة. [94]ص40

ج/ التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر: و هي تلك التصرفات التي لا تحقق اغتناء محضا و لا افتقارا محضا، و إنما تحتل الكسب و الخسارة، كالبيع و الشراء و الإيجار و غيرها من عقود المعاوضات المالية، و العبرة في تحديد نوع التصرف إنما في طبيعة العقد دون النظر في نتيجته الواقعية. [52]ص[121]94]ص16

فالبيع المبرم من ناقص الأهلية يعتبر دائرا بين النفع و الضرر سواء وفق فيه فربح ربحا كبيرا أو غبن فيه فخرس خسارة كبيرة، لأن طبيعة العقد تحتل هذا و تحتل ذلك.

و حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر محل خلاف بين الفقهاء، فقد قال الحنفية و المالكية و الحنابلة في قول لهم بصحة هذه التصرفات مع بقائها موقوفة النفاذ حتى يجيزها من له الولاية على القاصر ناقص الأهلية، أما الحنابلة ففي قول ثان لهم يصحون التصرفات فقط في حالة الإذن السابق و إلا بطلت، أما الشافعية و رأي آخر للحنابلة فيرى عدم صحة أي تصرف صادر عن ناقص الأهلية. [30]ص[209]5]ص144

و بما أن في اعتبار التصرف صحيحا مع عدم نفاذه حفاظا على أموال القاصر و يحميه من احتمال الخسارة من جهة، و من جهة أخرى يحفظ له فرصة الإبقاء على تصرفه و نفاذه فيما بعد مما يكسبه في نفسه للثقة ليعيد التجربة و يدفعه للاجتهاد أكثر، لأجل ذلك يظهر رجحان كفة الرأي الأول القائل بصحة التصرفات و وقفها. [95]ص298

و منه فإن التصرف الدائر بين النفع و الضرر يكون موقوفا على إجازة النائب القانوني عن القاصر، فله أن يجيزه فينتج آثاره و له أن يرده.

و التصرف الموقوف هو ذلك التصرف الصحيح الذي يتوقف ترتيب أثره على إجازة من صاحب الحق فيها و هو في حالة القاصر ناقص الأهلية ممثله الشرعية من ولي أو وصي أو مقدم. و سبب جعل التصرف موقوفاً أنه و على الرغم من توافر التصرف على أركانه إلا أنه افتقد إحدى عناصر النفاذ و هو أهلية إبرام التصرف التي تنقص القاصر في هذه الطائفة من العقود. [93]ص[128]96[ص65

و منه فإن التصرف الموقوف لا ينتج أثره و لا يسمح لأحد من طرفيه أن يطالب الآخر بالتنفيذ، فلو كان بيعاً لم تنتقل الملكية و ليس على المشتري دفع الثمن، و رغم ذلك فهو غير قابل للفسخ لا من القاصر و لا من المتعاقد معه، فإما أن يجاز و ينفذ و إما أن يرد و يبطل، فالتصرف الموقوف له وجود شرعي إلا أنه لا يظهر إلا بإجازته فإن لم يجز زال تماماً. [97]ص259

2.2.2.1.2: الإجازة الواردة على التصرف الموقوف، و رده

تبين لنا مما سبق أن التصرفات محل الإجازة هي التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر حيث تعتبر تصرفات صحيحة موقوفة النفاذ حتى يقرر النائب القانوني عن القاصر إجازتها أو ردها.

و لذلك نتطرق أولاً لتعريف الإجازة و نرى صاحب الحق فيها ثم شروطها و الأثر المترتب عليها لنرى بعد ذلك كيف يرد التصرف و ما هو الأثر المترتب على رده. / تعريف إجازة التصرف الموقوف: تم تعريف الإجازة بأنها تصرف شرعي صادر من صاحب الحق فيه ينصب على التصرف الموقوف يقضي بعدم تمسكه بحق إلغائه، و يترتب عليها نفاذ التصرف و ترتيب حكمه عليه. [95]ص201[98]ص25

و باعتبار الإجازة تصرفاً فإن للمجيز أن يعبر عنها بكافة الطرق التي يعبر بها عن الإيجاب و القبول في العقود، أي باللفظ الصريح أو الضمني أو الكتابة أو الإشارة المتعارف عليها أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في اتجاه صاحبه نحو إجازة العقد كما لو تصرف الولي في المنقول الذي اشتراه ابنه. [97]ص274

ب/ صاحب الحق في الإجازة: يظل التصرف الموقوف عديم الفعالية حتى تلحقه إجازة من صاحب الحق فيها، و أعطى فقهاء الشريعة الإسلامية حق الإجازة هنا لكل من ولي القاصر ناقص الأهلية و من بعده الوصي و يشمل وصي القاضي الذي هو المقدم، كما أن للقاصر بعد أن يرشد أن يجيز التصرف الذي أبرمه ما لم يكن الولي أو الوصي قد رده قبل ذلك. [97]ص274

و لكن ماذا لو توفي القاصر أو النائب القانوني قبل أن يجاز العقد أو يرد؟ بالنسبة لوفاء النائب القانوني فإن الحق ينتقل إلى من يليه في النيابة القانونية عن القاصر فإن مات الولي يكون

الوصي و إن مات الوصي كان المقدم و إن مات هذا الأخير يعين القاضي مقدما آخر. كذلك لا تنور أية مشكلة حينما يموت القاصر قبل رشده لأنه ليس صاحب حق في الإجازة إلا بعد رشده.

الإشكال يظهر حينما يرشد القاصر و يموت قبل أن يجيز العقد أو يرده، هنا اختلف الفقهاء بين قولين، الأول للجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة في الرأي المشهور عندهم و يرى هذا الفريق انتقال الحق في الإجازة إلى الورثة على اعتبار أنه حق يتعلق بمال و ليس هناك ما يمنع من تورثه، عدا عن أنه أمر تقتضيه مصلحة الورثة.[95]ص194

أما الفريق الثاني وهو الحنفية و معهم رأي للحنابلة فيرون عدم انتقال هذا الحق إلى الورثة، على اعتبار أن الإجازة ليست من الحقوق المالية لأنها حق لصيق بشخص الإنسان و مشيئته و هو أمر لا يورث.[98]ص40 و الرأي الأول هو أقوم و أقسط.

ج/ شروط صحة الإجازة: حتى يستطيع النائب القانوني إجازة التصرف الدائر بين النفع و الضرر الذي أبرمه القاصر فإنه لا بد من توافر شرطين هما:

- أن لا يكون النائب القانوني سبق له و أن رد التصرف، ذلك أنه مخير بين رد التصرف و إجازته فإن سبق و رد التصرف لم يكن له أن يجيزه.

- أن تصدر الإجازة قبل أن يبلغ الصبي و يرشد، ذلك لأنه حين بلوغ الصبي و رشده يصبح له وحده الحق في الإجازة أو الرد لزوال الولاية عنه.[98]ص118

د/ الأثر المترتب عن الإجازة: إذا أجاز النائب القانوني التصرف الموقوف، فإنه ينفذ أيا كان نوعه و يفيد حكمه و يرتب آثاره، فلو كان بيعا انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري و يصبح للبائع لاحق في طلب الثمن، و تترتب بالنتيجة كامل الآثار الأخرى من وجوب تسليم المبيع و ضمان العيب الخفي و التعرض و الاستحقاق.[97]ص292

هـ/ رد التصرف من قبل الولي أو الوصي أو المقدم و أثر ذلك:

إن الرد مثل الإجازة حق للنائب القانوني عن القاصر إن رأى عدم نفع التصرف الموقوف أو ضرره بالقاصر، فله بذلك أن يرد التصرف و يعتبر كأن لم يكن. و الرد مثل الإجازة تصرف يجب أن يصدر من صاحب الحق فيه بطرق التعبير عن الإرادة المعروفة شريطة أن لا يكون قد سبق له أن أجاز التصرف و أن لا يكون القاصر قد بلغ رشيدا. فيعتبر التصرف كأن لم يكن، و لا يترتب عنه أي تعويض للطرف الآخر اللهم إلا ما نص عليه الفقهاء في حالة إخفاء القاصر لنقص أهليته.[97]ص299

على أنه حتى و لو أقررنا بالتعويض فإنه لا يكون أثرا لرد التصرف، و إنما تعويضا عن عمل ضار هو غش القاصر و تدليسه.

3.2.2.1.2: موقف القانون الجزائري

تطرق المشرع الجزائري لحكم تصرفات ناقص الأهلية في موضعين، الأول بصفة غير مباشرة في القانون المدني في المادة 101 حين بين أجل تمسك ناقص الأهلية بحقه في إبطال العقد بعد بلوغه سن الرشد، و الموضوع الثاني في قانون الأسرة في المادة 84 منه حينما سار على نهج الفقه الإسلامي و قسّم تصرفات ناقص الأهلية إلى تصرفات ضارة ضررا محضا و اعتبرها باطلة و تصرفات نافعة نفعاً محضاً و اعتبرها صحيحة و تصرفات دائرة بين النفع و الضرر جعلها موقوفة على إجازة النائب القانوني. [38]ص[80]98[ص83

و بذلك نجد المشرع الجزائري قد وضع نظامين قانونيين فيما يتعلق بتصرفات ناقص الأهلية و سلطة النائب القانوني في مواجتهما، فهي بالنسبة للقانون المدني تعتبر جميعها قابلة للإبطال أي تعتبر صحيحة نافذة إلى أن يطلب القاصر بعد رشده خلال الأجل المحدد قانوناً إبطال هذه التصرفات أو إجازتها نهائياً فتزول القابلية للإبطال. [37]ص160

حيث قضت المادة 101 من القانون المدني المعدلة بالقانون (05-10) سابق الذكر، أنه يسقط الحق في طلب إبطال العقد في ما تعلق بناقص الأهلية إذا لم يطالب به خلال خمسة (5) سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد.

و حصرت المادة 101 مدني الحق في الإجازة في القاصر بعد رشده فقط و لم يرد ذكر للنائب القانوني إطلاقاً.

أما النظام الثاني فقد اتبع فيه القانون الجزائري خطى الشريعة الإسلامية حينما جعل تصرفات القاصر عديم التمييز باطلة و قسم تصرفات ناقص الأهلية في المادة 83 إلى ثلاثة أقسام ضار ضرراً محضاً و هو باطل و نافع نفعاً محضاً و هو صحيح و دائر ما بين النفع و الضرر و هو موقوف على إجازة الولي أو الوصي مع إمكانية اللجوء إلى القاضي حين المنازعة في تصرفات القاصر. [28]ص[199]38[ص80

إن هذه الوضعية دفعت بالبعض من شراح القانون المدني الجزائري إلى القول بوجود تطبيق أحكام قانون الأسرة على أساس أن قانون الأسرة لاحق للقانون المدني و اللاحق يلغي السابق، و نص المادة 223 من قانون الأسرة التي تنص على إلغاء الأحكام المخالفة له، و الحكم الوارد في المادة 101 من القانون المدني مخالف للمادة 83 من قانون الأسرة. [99]ص42

إلا أن تطبيق هذا الحل غير منطقي من عدة نواح، من ناحية أولى فإن القانون المدني هو الشريعة العامة أو النص العام و قانون الأسرة نص خاص نظم جزءاً من قواعد أحيل إليه فيها من القانون المدني لذلك فالأولى أن نطبق قاعدة الخاص يقيد العام فلا نقول اللاحق يلغي السابق.

و من ناحية ثانية أن نص المادة 101 قانون مدني لا تخالف أحكام المادة 83 قانون أسرة، ذلك أن المادة 101 قانون مدني تتحدث عن حق الشخص في إبطال العقد الذي أبرمه و هو قاصر

بعد رشده و لم تتطرق للنائب القانوني لأن دوره قد انتهى برشد القاصر، تاركة للمادة 83 قانون أسرة أن تتحدث عن ناقص الأهلية و سلطة النائب القانوني على تصرفاته.

و من ناحية ثالثة فإن المادة 83 من قانون الأسرة أشارت إلى إجازة الولي و الوصي و لكنها لم تذكر حق القاصر في إجازة التصرف بعد بلوغه سن الرشد، مما يجعلنا نتساءل عن مصير العقد الموقوف الذي لم يردده و لم يجزه الولي أو الوصي أو المقدم حتى بلغ القاصر سن الرشد و صار كامل أهلية الأداء، هل يبقى العقد موقوفا أم يجيزه الولي أو الوصي أو المقدم حتى بعد بلوغ القاصر سن الرشد؟

هذه الوضعية تؤكد وجوب تطبيق نص المادة 101 من القانون المدني، و عدم القول بتطبيق أحكام المادة 83 قانون أسرة لوحدها لعدم كفايتها.

و إلى غاية تدخل المشرع بنصوص واضحة تلغي الالتباس بين القانونين، فإن الحل الأمثل هو القول بتكامل النصوص، أي القول أن تصرف ناقص الأهلية و إلى غاية بلوغه سن الرشد يكون موقوفا على إجازة الولي أو الوصي أو المقدم فإن لم يجيزوه و لم يردوه حتى بلغ القاصر سن الرشد، نفذ بعد بلوغ القاصر سن الرشد ولكنه يكون قابلا للإبطال لصالح الشخص الذي كان قاصرا.

و تنطبق على الإجازة في القانون الجزائري نفس القواعد التي ذكرناها فيما يخص الإجازة في الشريعة الإسلامية، تبقى فقط مسألة الأثر المرتب على طلب الشخص بعد رشده إبطال التصرف الذي أبرمه و هو ناقص للأهلية، و هو اعتبار التصرف كأن لم يكن بعد أن كان نافذا مما يترتب عن أن يرد كل طرف للآخر ما أخذه، فهنا المشرع حمى الطرف الذي كان قاصرا فلا يرجع إلا ما عاد عليه بالنفع طبقا للمادة 103 من القانون المدني، كما أنه لا يوجد نص يجعله مسؤولا عن إخفاء نقص أهليته، و عليه على المتضرر أن يقيم دعوى مسؤولية مستقلة تماما. [37]ص272

و بهذا بعد أن رأينا سلطات النائب القانوني في المعاملات المالية ننقل لنرى مدى إمكانية مساءلة النائب القانوني عن الأفعال التي يرتكبها القاصر الذي الخاضع لنظام النيابة القانونية.

3.1.2: مسؤولية النائب القانوني عن الفعل الضار للقاصر

إن السؤال الذي نطرحه هنا هو هل يمكن أن يضمن النائب القانوني أفعال القاصر الذي في ولايته، بما عليه من واجب حفظه و صيانتته و رعايته و منعه من الاعتداء على غيره؟ و سوف نتطرق لهذا الأمر بدءا بأحكام الشريعة الإسلامية ثم القانون الجزائري.

1.3.1.2: في أحكام الشريعة الإسلامية

من المتفق عليه لدى جمهور الفقهاء أنه لا يسأل الإنسان عن فعل غيره عملاً بقوله تعالى في الآية 25 من سورة سبأ: {ولا تزر وازرة وزر أخرى} وقولته تعالى في الآية 21 من سورة الطور: {كل امرئ بما كسب رهين} و من السنة النبوية ما رواه أحمد و ابن ماجه و الترمذي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (لا يجني جان إلا على نفسه، لا يجني والد على ولده و لا مولود على والده). [55]ص247

و أساس هذا أن الفقهاء جعلوا للقاصر أهلية وجوب منذ ولادته، و هذه الأهلية تسمح له بضمان الضرر الذي ينجم عن أفعاله بتعويض المتضررين و جبر ضررهم، فذمته المالية تصبح مدينة بالتعويض دون حاجة لإرادته في ذلك، ففعله هو من سبب الضرر لا إرادته، و لا يقال بأنه محجور عليه لنفسه فلا يسأل، لأن الحجر إنما ينصب على التصرفات القولية أما الأفعال فلا يتصور الحجر عليها. [30]ص202[66]ص289

و رغم هذا، فقد أقر الفقهاء بوجود استثناءات يسأل فيها من يتحمل شؤون القاصر المسؤولية و يضمن الضرر الذي أصاب الغير جراء فعل القاصر، و ذلك حينما يكون الأب هو المتسبب في مباشرة القاصر لذلك الفعل الضار. [55]ص252

هذا هو الأصل العام في قواعد الشريعة الإسلامية، إلا أن الفقهاء المحدثين الذين اهتموا بإحياء الدراسات الشرعية المقارنة بالفقه القانوني الغربي أقرروا باحتمال أن تقوم مسؤولية النائب القانوني عن أفعال القاصر، على أساس إخلاله بالتزامه برقابة القاصر الذي تفرضه عليه الولاية على النفس، إلا أنهم أقرروا هذه القاعدة كاستثناء، و ذلك بجعل الأمر قاعدة اختيارية للقاضي حين عرض الدعوى عليه لا سيما إن كان ذلك في صالح المتضرر. [16]ص31[100]ص161

و مع ذلك فقد مكنوا النائب القانوني من التخلص من عبء المسؤولية و ذلك بأن يثبت للقاضي أنه قام بواجب الرقابة كما ينبغي أو أن يثبت أن الضرر كان حاصلًا لا محالة و لو قام بواجبه كما يلزم. [100]ص161

2.3.1.2: في القانون الجزائري

أورد المشرع الجزائري بهذا الخصوص المادة 134 من القانون المدني و التي جاء فيها: " كل من يتوجب عليه قانونًا أو اتفاقًا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزمًا بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار.

و يستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه و لو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية." و يتضح لنا من خلال نص المادة أن النائب القانوني في القانون الجزائري يكون مسؤولاً و ملزماً بتعويض الضرر الذي يصيب الآخرين نتيجة أفعال القاصر، و في هذا لا فرق بين قاصر مميز و غير مميز لأن النص جاء عاماً و لم يتضمن تفريقاً بين الرقابة على عديم الأهلية و الرقابة على ناقصها. [101]ص114

و إنما تظهر فائدة التفرقة بين المميز و غير المميز بالنسبة للمتضرر، حيث إذا كان القاصر مميزاً جاز له رفع دعوى التعويض ضده مباشرة لأن المميز مسؤول عن أفعاله كل ما في الأمر يتولى النائب القانوني الإجراءات القضائية و ينوب عن القاصر في دفع التعويض. و هو ما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

كما له أن يحرك دعوى ضد النائب القانوني على أساس الإخلال بالالتزام بواجب الرقابة على القاصر، دون أن يحتاج أن يثبت الخطأ الشخصي للقاصر المميز حيث أن مسؤولية النائب القانوني قائمة على خطئه في الرقابة و لا علاقة لها بمدى مسؤولية القاصر، فليست تابعة لها و إنما تقوم بجانبها حينما يكون القاصر مميزاً و المتضرر يختار. [101]ص119

فإن كان القاصر غير مميز فليس للمتضرر غير تحريك مسؤولية النائب القانوني لأن التمييز شرط لقيام المسؤولية عن الفعل الشخصي في القانون الجزائري.

و منه يتضح أن أساس مسؤولية النائب القانوني هو خطؤه الشخصي المتمثل في إخلاله بواجب الرقابة اللازم تجاه القاصر الذي يتولى شؤون رعايته و حفظه و صونه، إلا أن الخطأ مفترض في جانبه، أي أنه بمجرد وقوع ضرر بسبب فعل القاصر فإنه يفترض أن النائب القانوني قد قصر في أداء مهمته و أخل بواجبه. [102]ص195

و بعبارة أخرى فإن النائب القانوني يفترض فيه مع القاصر الخاضع لرقابته من الإضرار بالغير، فلو لم يقصر في واجبه أي لو لم يخطئ في رقابته للقاصر لما استطاع هذا الأخير أن يسبب للآخرين ضرراً، فكلما أوقع القاصر ضرراً افترض أن النائب القانوني أخل بالتزامه بالرقابة و عليه أن يضمن خطأه هذا. [102]ص123

و لكن النائب القانوني يستطيع أن يدفع عنه المسؤولية و ذلك بطريقتين، نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 134 قانون مدني و هما إما بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة كما يلزم، و إما أن يثبت أن الضرر كان لا بد أن يحدث حتى و لو قام بواجب الرقابة كما ينبغي.

أ/ إثبات أداء واجب الرقابة: إن إثبات واجب الرقابة المفروض على النائب القانوني يتطلب أن يثبت قيامه بما يجب عليه من عمل بمنتهى العناية، بحيث يكون قد اتخذ كافة الاحتياطات و

التدابير اللازمة لمنع القاصر من الإضرار بالغير، المعيار في ذلك هو سلوك الرجل العادي لو وضع في نفس الظروف التي كان فيها النائب القانوني وقت وقوع الفعل الضار. [55]ص430 و يتولى القاضي تقدير مدى قيام النائب القانوني بواجبه من عدم قيامه به، و ينصب نظر القاضي على الأخص على التدابير التي يدعي النائب القانوني أنه قام بها في سبيل منع القاصر من الإضرار بالآخرين، و ذلك في ضوء الظروف و الملابسات التي حصل فيها الضرر. [102]ص125

ب/ إثبات أن الضرر كان واقعا لا محالة: و هو ما يعرف كذلك بنفي العلاقة السببية، فعلى النائب القانوني أن يثبت أن الضرر الذي أوقعه القاصر بالغير كان لا بد واقعا و لو قام بواجب الرقابة كما ينبغي من عناية و حرص، فيثبت انقطاع الصلة بين تقصيره المفترض في واجب الرقابة و بين الضرر الحاصل من القاصر، كما يمكن أن يتحقق ذلك له بأن يثبت وجود سبب أجنبي عنه كالقوة القاهرة و الحادث المفاجئ أو خطأ المتضرر أو خطأ الغير. [102]ص189[55]ص443

و هنا يطرح السؤال، ماذا لو استطاع النائب القانوني أن ينفى عنه المسؤولية بإحدى هاتين الوسيلتين، ما يستطيع المتضرر فعله؟

إذا كان القاصر مميزا، فبالإمكان رفع دعوى أخرى ضد القاصر ممثلا من قبل النائب القانوني، و تقام مسؤولية القاصر الشخصية على أساس المادة 124 من القانون المدني. أما إذا كان القاصر عديم التمييز و تمكن النائب القانوني من دفع المسؤولية عنه فإنه لا يمكن تحريك دعوى ضد القاصر غير المميز لأنه غير مسؤول مدنيا طبقا للمادة 125 من القانون المدني.

هنا يطرح السؤال عن مدى إمكانية تطبيق المادة 140 مكرر 1 التي تتحدث عن تعويض الدولة للضرر الجسماني الذي ينعلم المسؤول عنه بشرط أن لا يكون للمتضرر يد فيه. يبقى السؤال مطروحا.

و بهذا نكون قد أنهينا المبحث المتعلق بآثار النيابة القانونية عن القاصر، فلم يبق لنا إلا أن نرى كيف تنقضي هذا النيابة بعد نشوئها و تحقق آثارها، و ذلك في المبحث الموالي.

2.2: انقضاء النيابة القانونية

إن النيابة القانونية عن القاصر لا بد لها أن تنقضي حينما تؤدي مهمتها، بحيث لا يعود للنائب القانوني عن القاصر هذه الصفة، و يخرج القاصر من حكمها. غير أن انقضاء النيابة القانونية شأنه شأن نشوئها و قيامها يرتب آثارا عديدة لا سيما فيما تعلق بأموال القاصر محل

النيابة و مدى قيام النائب القانوني بمهمته على أكمل وجه حيث تتم المحاسبة بينه و بين القاصر الذي كان تحت ولايته و خرج منها.[2]ص452

و لمعالجة هذا الأمر تعين علينا أن ندرس أولاً أسباب انقضاء النيابة القانونية و من ثم نتطرق للآثار المترتبة على انقضائها من حيث المحاسبة و المسؤولية.

1.2.2: أسباب انقضاء النيابة القانونية

حين الحديث عن انتهاء النيابة عن القاصر فإن الفقهاء يتحدثون عن التنحي و العزل و عن بلوغ القاصر و رشده و يميزون بين انقضاء الولاية على النفس و بين انقضاء الولاية على المال، كما يستخدمون ألفاظ السلب و الوقف و الحد من الولاية و هي كلها تفيد معنى انتهاء مهمة النائب القانوني.[65]ص107

و المشرع الجزائري حدد بوضوح في قانون الأسرة أسباب انتهاء وظيفة الولي أي الأب و الأم و أسباب انتهاء مهام الوصي و الذي يخضع المقدم لنفس أحكامه، حيث نصت المادة 91 من قانون الأسرة أنه تنتهي وظيفة الولي بموته، أو عجزه أو الحجر عليه أو إسقاط الولاية عنه. في حين نصت المادة 96 على أنه تنتهي مهام الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته، و ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يحجر عليه، بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، بقبول عذره بالتخلي عن مهمته، أو بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

و من خلال ما سبق و بالنظر في مختلف الأسباب نجد أنها إما أن تكون أسباب متصلة بالقاصر و إما بالنائب القانوني، أو بأمر مشترك بينهما، فالقاصر يبلغ و يرشد أو يتم ترشيده، و النائب القانوني يستقيل أو يعزل عن مهامه لدواعي مختلفة، و كلاهما قد يموت، فتتقضي النيابة القانونية بذلك كله.

و سنتناول الموضوع بدءاً بالأسباب المتصلة بالقاصر ثم الأسباب المتعلقة بالنائب القانوني، بدءاً بأحكام الشريعة الإسلامية ثم النظر في موقف القانون الجزائري. دون التطرق للسبب المشترك الذي هو الوفاة لعدم جدوى التفصيل فيه.

1.1.2.2: أسباب الانقضاء المتعلقة بالقاصر

إن القاصر عند الفقهاء لا يخرج من الولاية إلا بأمرين متتاليين الأول هو البلوغ الطبيعي و يخرج من الولاية على النفس، و الثاني هو الرشد الذي يخرج من الولاية على المال، كما قد يتم ترشيده القاصر للقيام ببعض الأعمال فتزول عنه الولاية بذلك فيما أذن له فيه، و عليه سنتناول في

النقطة الأولى البلوغ و الرشد و في نقطة ثانية الترشيديكل ذلك بدءا بالشرعية الإسلامية ثم القانون الجزائري.

1.1.1.2.2: البلوغ و الرشد:

أ/ البلوغ: البلوغ هو مرحلة طبيعية يمر بها الإنسان ينتقل فيها من الصبا إلى مرحلة تظهر فيها علامات الرجولة لدى الصبي و علامات الأنوثة لدى الفتاة، لذلك عرف البلوغ بأنه انتهاء الصغر بصيرورة الإنسان بحال لو جامع أنزل، فالبلوغ إذن عبارة عن قوة تحدث في الشخص تخرجه من حد الطفولة و تعده لأداء وظيفته النوعية في التناسل. [40]ص[136]2[ص172 و ينقسم البلوغ إلى بلوغ حقيقي أو بلوغ بالعلامات بحيث تتحقق في الصبي أو الفتاة علامات تدل على البلوغ، كما نجد البلوغ الحتمي أو البلوغ بالسن حين يبلغ الصبي أو الفتاة سنا يحكم فيها ببلوغهما حتى لو لم تظهر عليهما علامات البلوغ، فالبلوغ قوة خفية لا بد لها أن تظهر في شكل علامات تدل عليها فإن لم يكن فبلوغ السن المحددة. [69]ص[165]16[ص53 - البلوغ بالعلامات: و هي تلك التي اتفق الفقهاء عليها، منها اثنتان مشتركتان بين الصبي و الفتاة و علامات تستقل بها الفتاة، فالعلامات المشتركة هي الاحتلام أو الاستمناء، أي بخروج المني من رجل أو امرأة في يقظة أو منام بجماع أو غيره لوقتته و إمكانه، و الإنبات و هو نبات الشعر الخشن الذي يحتاج إلى الحلق على الفرج في إمكان وقت الاحتلام، في حين تستقل الفتاة بالحيض و الحمل. [40]ص[136]59[ص597]9[ص657

- البلوغ بالسن: حيث إذا لم تظهر علامة من العلامات السابقة، قال الفقهاء أن لا يحكم ببلوغ القاصر إلا ببلوغه سنا معينة جرت العادة على أنه لا يتجاوزها أحد إلا و قد بلغ. و تحديد هذه السن محل خلاف بين الفقهاء، حيث أن الشافعية و الحنابلة و قول للمالكية و قول محمد بن الحسن و أبي يوسف من الحنفية، ذهبوا إلى أن السن هي 15 سنة، أم المالكية في قولهم الآخر فهي 18 سنة، أما أبو حنيفة فجعلها 18 سنة للصبي و 17 سنة للفتاة. [30]ص[225]69[ص169

و استند الجمهور القائلون بسن 15 سنة إلى ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما من أنه عرض على النبي صلى الله عليه و سلم يوم أحد و هو ابن أربعة عشر فلم يجزه و عرض عليه يوم الخندق و هو ابن خمسة عشر فأجازه، فدل ذلك على أنه قد بلغ مبلغ الرجال في سن 15 سنة. [16]ص54

أما أبو حنيفة فاستدل بتفسير ابن عباس رضي الله عنهما لقوله تعالى في الآية 34 من سورة الإسراء { و لا تقربوا مال اليتيم حتى يبلغ أشده..} حيث قال ابن عباس أن الأشد يكون

ببلوغ القاصر سن 18 سنة، و أنقص أبو حنيفة بالنسبة للفتاة سنة فصارت تبلغ عنده ببلوغها سن 17 سنة على أساس أن الفتاة تبلغ عادة قبل الفتى. [30]ص226

ب/ الرشد: جعل الفقهاء الرشد أساسا لزوال الولاية على المال، حيث لا يكفي لزوالها مجرد البلوغ الطبيعي، إذ لا بد من اجتماع البلوغ الطبيعي مع الرشد فالأول مقدمة الثاني و مؤشر على قربته و وجوب تربيته، و هو مصداق قوله تعالى في سورة النساء: { و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منه رشدا فادفعوا إليهم أموالهم } . [45]ص443

و اختلف الفقهاء في معنى الرشد، و المعيار الذي يعد على أساسه الشخص راشدا، هل هو الصلاح في المال فقط أم لا بد من الصلاح في الدين أيضا؟ فلا يعد الفاسق بذلك راشدا بالنسبة لأمواله؟

جمهور الفقهاء يرون أن الصلاح في الدين ليس شرطا لاعتبار الشخص راشدا، فأبو حنيفة يرى أن الشخص متى بلغ 25 سنة دفع إليه ماله و لو سفيها، و الحنابلة قالوا أن الرشد هو الصلاح في المال بصيانتته عن ما لا فائدة فيه، و لا يعبر الفسق سببا لعدم الرشد لأنه لا يحجر على الكافر و الفسق فيه مفترض، أما المالكية فلم يشترطوا بدورهم الصلاح في الدين و إنما قالوا أن الرشد مناطه حفظ المال و حسن النظر فيه. [60]ص231[58]ص166

أما الشافعية فالرشد عندهم هو إصلاح الدين و المال معا، وإصلاح الدين بأن يكون عدلا و شهادته جائزة، و لم يرتكب ما تسقط به العدالة من معاص. و إصلاح المال يكون بحفظ المال عن التبذير، حيث يقولون أن الرشد هو الحلم و العقل و الوقار، و الحلم و الوقار لا يكونان إلا لمن كان مصلحا لدينه و ماله معا. [10]ص28[69]ص172

و الرأي الراجح هو ما قال به الجمهور لا سيما المالكية، لأن القول الذي أخذ به الشافعية يؤدي إلى حرج شديد و إلى احتمال الحجر على العديد من الناس و هو ما لا يستقيم معه بحال الحفاظ على الأموال و نشاط تداولها.

و لكن هل يحتاج الرشد إلى حكم من القاضي لإثباته؟

أما المالكية فقد فرقوا بين إن كان الولي هو الأب فهنا الحجر ينفك تلقائيا و لا يحتاج إلى أي إجراء أو إشهاد بفك الحجر، لأنه حجر أصلي لم يقع بتنصيب أو إشهاد من أحد، فلا يحتاج في انتهائه ما لم يحتج في ابتدائه، أما في حالة الوصي أو المقدم فلا بد من إشهاد بفكهما الحجر عن الصبي و إلا تولى القاضي المسألة. [9]ص661

في حين أن الحنفية و الحنابلة في المشهور عندهم أن الصبي إذا رشد زال عنه سبب الحجر و هو الصغر فيزول الحجر بزوال سببه دون حاجة إلى حكم القاضي بذلك، أما الشافعية فلهم

قولان الأول موافق للمالكية، و الثاني يميز بين إن كان الولي هو الأب و الجد فلا حاجة لحكم من القاضي أما غيرهما فهو محتاج لذلك. [2]ص[479]63[ص228]59[ص594

هذا و قد يبلغ القاصر سفيها أو ذا غفلة أو مجنونا أو معتوها أو يصاب بإحدى هذه العوارض بعد الرشد، و هؤلاء جميعا محجور عليهم و تمنع عنهم أموالهم و تستمر الولاية عليهم أو تعود بعد زوالها لدى الفقهاء جميعا إلا أبو حنيفة الذي يرى أن السفيه لو بلغ 25 سنة سلمت له أمواله لأنه احتمال أن يكون جدا، و في الحجر عليه إهدار لآدميته و هو أشد ضررا من صيانة المال. [66]ص[301]30[ص211

و نفس الأمر يحدث لو بلغ رشيدا ثم أصابه جنون أو عته أو سفه أو غفلة، بحيث تعود الولاية في هذه الحال حين يحجر عليه بعد رشده، ولكن من تصبح له الولاية في هذه الحالة، هل تعود لمن كانت له قبل الرشد، أم تصبح للقاضي و هو من يعين من قبله مقما؟

أما المالكية فقالوا أنها تعود للقاضي و هو يختار من تسند له المهمة، ممن كانت لهم الولاية عليه من ولي شرعي أو وصي أو مقدم، حسبما تمليه مصلحة القاصر. أما الأحناف و الشافعية و الحنابلة فقد رأوا أن الولاية في هذه الحالة تكون للقاضي و هو الذي يختار من قبله من يتولى شؤون القاصر. [9]ص[663]45[ص464]58[ص198]10[ص40

ج/ موقف القانون الجزائري من البلوغ و الرشد: لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة البلوغ و لم يرتب عليه أثرا، و إنما ركز على الرشد و حدده ببلوغ الشخص سن التاسعة عشر و ذلك في المادة 40 من القانون المدني، مفترضا فيمن بلغ هذه السن أنه قد أصبح راشدا لا مجال لبقائه خاضعا لنظام الولاية أو الوصاية أو التقديم. [57]ص60

و قد وضع المشرع شرطين لينتج الرشد أثره الكامل المتمثل في أهلية الشخص لممارسة حقوقه المدنية، و هما أن يبلغ الشخص هذه السن متمتعا بقواه العقلية و أن لا يكون محجورا عليه، إلا أن توفر هذين الشرطين مفترض في كل شخص حتى يثبت العكس، بمعنى أن الشخص غير ملزم إلا بإثبات بلوغه سن 19 سنة و يفترض فيه بذلك أنه أهل للتعاقد، و على من يدعي عكس ذلك أن يثبته، و هو ما تؤكد المادة 78 من القانون المدني بقولها أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته ما يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها. [56]ص127

و القاصر قد يبلغ سن الرشد مجنونا أو معتوها أو سفيها أو ذا غفلة، و قد تطرأ عليه إحدى هذه العوارض بعد بلوغه سن الرشد عاقلا، و هذه العوارض تستوجب أن يحجر على من أصيب بها. و نلاحظ هنا أن المادة 101 من قانون الأسرة حين عدت أسباب الحجر لم تتطرق إلى ذي الغفلة على الرغم من أن المادة 43 من القانون المدني تساوي بين السفيه و ذي الغفلة. [12] المادة101[38]المادة43

و بهذا فإن النائب القانوني الذي يجد القاصر الذي ولايته مصابا بإحدى العوارض السابقة أن يقدم طلبا لقاضي شؤون الأسرة ليحجر على القاصر و يستمر النائب القانوني في القيام بمهمته، و لكن إذا بلغ القاصر سن الرشد عاقلا ثم أصيب بالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، فإن الطلب يقدم من أحد الأقارب أو كل ذي مصلحة، أو من النيابة العامة.[12]المادة102[57]ص63 و الحجر سواء كان يهدف إلى استمرار النيابة القانونية أو إلى إعادة فرضها بعد رشد القاصر فإنه لا يتم إلا بحكم قضائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة المختص، و للقاضي في هذا الشأن عرض الشخص المطلوب الحجر عليه على خبرة طبية، بحيث يصدر القاضي حكما بتعيين خبير و بعد أن ينجز الخبير خبرته و يودعها بأمانة ضبط المحكمة يعاد السير في الدعوى، و على ضوء ذلك إذا رأى القاضي صحة أسباب الحجر يصدر حكما بالحجر.[12]المادة 103[28]ص216

و يترتب على الحجر أن تستمر النيابة القانونية عن القاصر لصالح من بلغ القاصر في ولايته و هو مصاب بعارض من العوارض الموجبة للحجر، أو أن تعود إلى النائب القانوني الذي كانت له النيابة القانونية قبل بلوغ القاصر سن الرشد، سواء كان أبا أو أما أو وصيا و ذلك بقوة القانون، و في حالة عدم وجود ولي أو وصي تعود الولاية إليهما يعين القاضي مقدا في نفس الحكم المعلن للحجر.[12]المادة104

و لأن الحجر مقرر لحماية الشخص المصاب بعارض أفقده أهليته أو أنقصها و كذلك حماية من يتعامل معه، فإن المشرع أوجب على القاضي تمكين الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن نفسه و له أن يعين له مساعدا إن اقتضى الأمر، و ذلك لضمان أن لا يكون هناك تدليس أو غش يؤدي إلى الحجر على شخص كامل الأهلية.[12]المادة 105

و لمزيد من الضمان جعل المشرع الحكم بالحجر قابلا للطعن بكافة طرق الطعن العادية و غير العادية، كما مكن المحجور عليه من أن يطلب فك الحجر عنه حين تزول عنه أسباب الحجر و هو أمر في غاية الأهمية و يشكل ضمانا كبيرة للشخص الذي يشفى أو يتخلص من العارض الموجب للحجر و يبقى النائب القانوني مستبدا به.[12]المادتين106و108

كما استوجب المشرع أن يكون الحكم الصادر بالحجر محل إشهار عبر الجرائد لأجل إعلام الغير حماية لهم من احتمال التعاقد مع المحجور عليه، و لمزيد من الحماية فإن المشرع اعتبر كل التصرفات الصادرة عن المحجور عليه بعد الحكم باطلة أما التي قبل الحكم فلا تكون باطلة إلا إن أبرمت و سبب الحجر ظاهر على المحجور عليه.[12]المادة107[57]ص63

و هو الأمر الذي يشكل نوعا من التناقض بين أحكام قانون الأسرة نفسه من جهة و بين القانون المدني و قانون الأسرة من جهة أخرى، فقانون الأسرة اعتبر التصرفات الصادرة عن

المجنون و المعتوه و السفية في المادة 85 غير نافذة ليعود في المادة 108 و يبطلها، كما أن قانون الأسرة يسوي بين السفية و المجنون و المعتوه و يعتبرهم فاقدى أهلية رغم أن القانون المدني يعتبر السفية ناقص أهلية فقط. [56]ص141

و قد نظم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الأحكام المتعلقة بالحجر على من بلغ سن الرشد عاقلا ثم أصيب بعراض من العوارض سابقة الذكر، و ذلك ضمن فرع خاص ضمن القسم المخصص للولاية، تحت عنوان: (في حماية البالغين ناقصي الأهلية) و لكنه ضمنه أحكاما بعيدة عن الأحكام المتعلقة بالحجر الوارد ذكرها في قانون الأسرة و ذلك من عدة جوانب كالآتي:

- الأحكام المتعلقة بالحجر في قانون الأسرة تخص كل شخص بلغ و هو مصاب بأسباب الحجر أو أصيب بها بعد رشده، سواء أفقدته أهليته كالجنون و العته أو أنقصتها كالسفه، أما الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فهي تتعلق بالبالغ ناقص الأهلية أي السفية و ذو الغفلة، و صراحة النص لا تحتل أن يضم إليه فاقد الأهلية. [74]ص655

- الحجر في قانون الأسرة يكون للولي أو الوصي إن وجدا و لا يكون للمقدم إلا في حالة فقدهما، أما القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فتخص التقديم فقط، و سياق النص يوحي أن المقدم يمكن أن يكون الأب أو الأم أو من كان وصيا بحيث لم يمنع النص أي شخص من التقدم لأجل التقديم. [24]ص338

و بذلك فإن المشرع في هذه المسألة يكون قد اتبع رأي الجمهور في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حين جعل النيابة عن المحجور عليه للمقدم، في حين اتبع في قانون الأسرة رأي المذهب المالكي الذي يقضي بعودة الولاية لآخر شخص كانت له قبل رشد الشخص المحجور عليه.

- قانون الأسرة ألزم القاضي بالاستماع للشخص موضوع طلب الحجر و تمكينه من شخص يساعده عند الضرورة، في حين سمح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للقاضي بالاستغناء عن سماع هذا الشخص. [74]ص657 [12]المادة 105

- الحجر في قانون الأسرة يكون بموجب حكم قضائي يعيد النيابة القانونية للولي أو الوصي بقوة القانون أو يعين فيه القاضي مقدما حين عدم وجود أحد منهما، أما ما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فيتعلق بأمر ولائي يخضع الشخص بموجبه لنظام التقديم و يعين به مقدم على المحجور عليه. [25]المواد 481 و ما يليها [24]ص330

و بذلك فإن هذه الأحكام تؤدي إلى القول بوجود تناقض أو على الأقل عدم تكامل واضح بين القواعد الموضوعية في قانون الأسرة و القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي خالف حتى بعض الأمور الإجرائية الواردة في قانون الأسرة.

2.1.1.2.2: الترشيح

مثلما تنتهي النيابة القانونية بالرشد فإنها تنتهي بالترشيح، على أن نميز بين الترشيح في الشريعة الإسلامية و الذي يأخذ صورة الإذن بالتجارة، و بين الترشيح في القانون الذي له صور عديدة منها ما ينصب على جميع شؤون القاصر و منها ما تعلق بأمر معينة.

أ/ الترشيح في الشريعة الإسلامية (الإذن للقاصر بالتجارة): حرصت الشريعة الإسلامية على حماية القاصر و لذلك سمحت للنائب القانوني برد التصرفات الصادرة من القاصر التي يتبين له إضرارها به، و لأن القاصر لا بد أن يكبر و تنتهي سلطة النائب القانوني عليه فكان لا بد من إعداده للخروج من حالة نقص الأهلية إلى كمالها حتى لا يضيع ما ظل أبوه أو وصيه أو المقدم عليه يحفظه طيلة ما مضى من عمره، فقرر الفقهاء مفهوم الإذن بالتجارة قصد تمكين القاصر من الخبرة في إدارة أمواله و الاتجار بها. [45]ص440

و قد تم تعريف الإذن بالتجارة بأنه: " نظام يهدف إلى امتحان القاصر و تمرينه و التوسيع عليه في موارد رزقه و ذلك بإمضاء تصرفاته المأذون له فيها من غير توقف على إجازة أحد بعد ذلك" و يسمى الإذن بالاتجار في كتب الفقهاء باختبار الرشد، مصداقا لقوله تعالى في الآية 6 من سورة النساء: { و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم}، و الغاية و الهدف منه هو معرفة مدى قدرة القاصر على التصرف في أمواله، فإن وجده قد رشد أعطاه بقية ماله و إلا استمرت الولاية ما لم يظهر الرشد. [103]ص50[104]ص193

و لم يختلف الفقهاء في المذاهب على وجوب اختبار القاصر ففي المذهب الشافعي نص فقهاءه على اختبار الولي للقاصر إلا أنهم اختلفوا حول وقت الاختبار هل يكون قبل البلوغ حتى إذا بلغ و قد عرف منه حسن التصرف عد راشدا إن أصلح في دينه، أم يكون الاختبار بعد البلوغ لغلبة الظن بأن القاصر قبل البلوغ لا يعقل التصرفات. [63]ص225

أما المالكية فإن لهم رأيين في المسألة الأول يقول بعدم تسليم المال للقاصر ليتجر به و لو على سبيل الاختبار لما في ذلك من إضرار به، و هو رأي مالك في المدونة، أما الرأي الثاني للمتأخرين من المالكية فيرى جواز دفع ماله له للاتجار به لما في ذلك من مصلحة. [60]ص236 و الأحناف و الحنابلة أيضا أجازوا لمن يتولى أمر القاصر دفع المال له للاختبار لا سيما في البيع و الشراء، لأن الولي مأمور باختبار الصغير بأن يأذن له في ممارسة بعض شؤون التجارة فتصبح تصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر نافذة غير موقوفة على إجازة الولي لأن الإذن السابق كإجازة اللاحقة في تصحيح التصرف. [103]ص65

هذا و يمنح الإذن للصبي بممارسة التجارة الولي على المال، و لكن إذا تعسف الولي على مال القاصر و لم يمنح للصغير الإذن بممارسة التجارة فإن الأمر يصح من صلاحيات القاضي و

يترتب على الإذن للقاصر بالتجارة أن يصبح له الولاية الكاملة على أمواله في كل ما تعلق بالتجارة و شؤونها فيكون له أن يبيع و يرهن أو يؤجر أو يستأجر و أن يعير و يستعير و حتى الإقرار بالدين، لأن كل هذه التصرفات من مستلزمات التجارة.[30]ص205و207

و الإذن للقاصر بالتجارة لا يعني انتهاء سلطة الولي على أموال القاصر تماما و إنما تبقى له سلطة الحفظ و الصيانة، و كذا القاضي تبقى له سلطة الرقابة على تصرفات القاصر ما لم يثبت رشده تماما، و لأجل ذلك مكن فقهاء الشريعة الإسلامية الولي أو القاضي من سحب الإذن الذي منحه للقاصر إذا ثبت له عدم رشد القاصر و عجزه عن القيام بأمر التجارة في أمواله.[2]ص432[30]ص206

ب/ الترشيح في القانون الجزائري: يأخذ الترشيح في القانون الجزائري صورا عديدة، بدءا من ترشيح القاصر وفقا لأحكام قانون الأسرة للتصرف في أمواله و ترشيحه للقاضي في ما يتعلق بآثار عقد الزواج، مروراً بترشيحه لممارسة الأعمال التجارية و صولا إلى ترشيحه لإبرام عقد عمل فردي.

- ترشيح القاصر للتصرف في أمواله: نصت المادة 84 من قانون الأسرة: (للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة و له الرجوع في الإذن إذا ثبت ما يبرر ذلك).

و مقتضى هذه المادة أن كل قاصر صار مميزا طبقا لأحكام القانون المدني ببلوغ 13 سنة يجوز أن يؤذن له بتسلم أمواله كلها أو جزء منها، بحيث يتصرف فيها كما يشاء، و يتم ذلك بناء على طلب من له مصلحة في أن يتولى القاصر إدارة أمواله، كالولي أو الوصي أو المقدم أو النيابة العامة أو أي من أقارب القاصر، و إذا اقتنع القاضي بطلب الترشيح يصدر أمرا و لائيا بذلك يبين فيه حدود الترشيح، هو ما نصت عليه المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[28]ص200[74]ص654

فإذا تم الترشيح فإنه يترتب عليه اعتبار القاصر راشدا في جميع التصرفات التي يبرمها في الأموال المسموح له بالتصرف فيها فلا يرد تصرفه من قبل الولي أو الوصي أو المقدم و لو كان ضارا ضررا محضا، و رغم أن الأمر منطقي من الناحية القانونية إلا أنه لا يخلو من خطورة على القاصر و حمايته التي أولاها المشرع أهمية كبيرة، لأن القاصر يكون في سن حرجة قد تؤدي به إلى تصرفات طائشة تضر بأمواله ضررا كبيرا.[99]ص39

و على الرغم من أن المشرع لم يبين هل تبقى للنائب القانوني سلطة على أموال القاصر بالموازاة مع سلطة القاصر المرشد، إلا أن التحليل السليم لنص المادة 84 من قانون الأسرة يظهر

بجلاء أنه إذا كان الإذن يخص جميع الأموال فلا يبقى للنائب القانوني سلطة، أما إن كان الإذن جزئياً فيبقى له سلطة في غير المأذون فيه.

و قد جعل المشرع للقاضي سحب الإذن بالتصرف فيعود القاصر إلى نظام النيابة القانونية، و ترك الأمر لتقدير القاضي إذا تبين له ما يبرر ذلك لا سيما إن اكتشف أو تبين له من تصرفات القاصر المرشد تواطؤ من طرف خفي، و لكن المشرع لم يبين كيف يتم إخطار القاضي بذلك حتى يرجع في الإذن، و الغالب أن الأمر يتم بطلب ممن له مصلحة أو النيابة العامة.

- الترشيد لأجل التقاضي فيما يتعلق بحقوق عقد الزواج: تطرقنا في المبحث السابق إلى مسألة تزويج القاصر من قبل الولي بعد الحصول على رخصة من القاضي بذلك، و ذلك طبقاً للفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة، و طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة يصبح للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بحقوق الزوجية من آثار و التزامات. [42]ص61

و بموجب هذا النص فإن القاصر الذي رخص له القاضي بالزواج أصبحت له أهلية التقاضي و هي أهلية خاصة تسمح له أن صفة المتقاضي في الدعاوى المرفوعة منه أو عليه، و لكن ما هو المقصود بآثار عقد الزواج؟ هل هي فقط تلك الآثار المباشرة للزواج من نزاع حول الصداق أو النفقة كما يرى البعض أم يمتد إلى ما عداها من آثار أخرى كالطلاق و توابعه باعتباره مرتباً بوجود عقد زواج صحيح كما يرى البعض الآخر؟. [38]ص14 [82]ص26

إن الأمر يحتاج إلى تفرقة بين كل مسألة على حدة، فالآثار المباشرة يشملها النص دون مناقشة، أما الأخرى، فبالنسبة لفك الرابطة الزوجية فالمشرع حسم المسألة من خلال المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي استوجب رفع دعوى الطلاق من قبل الولي أو المقدم نيابة عن الزوج ناقص الأهلية.

أما فيما يخص الحضانة و النفقة المترتبة عنها و ما على ذلك فهي حقوق مترتبة عن الطلاق و بالتالي يسري عليها ما يسري على الطلاق، كما أن الأهلية الممنوحة للزوج القاصر بسبب الزوج تنتهي بانتهائه.

- الترشيد لإبرام عقد العمل: هذا النوع من الترشيد جاء بموجب نص قانوني و يسري بقوة القانون دونما حاجة على إذن من القاضي، حيث أن المشرع نص على أن القاصر يكون أهلاً لإبرام عقد العمل بمجرد بلوغه سن 16 سنة كاملة، و ذلك وفقاً للمادة 15 من قانون العمل الجزائري. [105] المادة 15

- الترشيد لممارسة الأعمال التجارية: هذا الإذن المنصوص عليه في المادة 5 من القانون التجاري الجزائري يسمح للقاصر باكتساب صفة التاجر، و ذلك بأن يأذن القاضي له بممارسة الأعمال التجارية، و لكن ليس أي قاصر يستفيد من هذا الإذن و إنما لا بد له أن يستوفي شروطاً

و هي أن يكون قد بلغ من العمر 18 سنة و أن يكون قد سبق ترشيده من قبل قاضي شؤون الأسرة، و أخيرا أن يحصل على إذن من أبيه أو مجلس العائلة، ليعرض بعد ذلك الأمر على القاضي و هو من يصدق على الإذن بعد التأكد من الشروط.[106] المادة 105

و بذلك ليس صحيحا ما يظنه الكثيرون من أن كل من بلغ 18 سنة يجوز الإذن له بالتجارة، و إنما لا بد من أن يكون قد سبق ترشيده من قبل قاضي شؤون الأسرة في التصرف بأمواله، و ذلك لصراحة مستهل نص المادة 5 من القانون التجاري في قولها: (لا يجوز للقاصر المرشد...).

و هو ما ينجم عنه تكامل بين نصوص القانونين التجاري و الأسرة، فالقاصر حين بلوغ 13 سنة يرشد للتصرف في أمواله و لكن لا يُمَكَّن من اكتساب صفة التاجر حتى إذا بلغ 18 سنة أذن له بذلك من قبل القاضي بناء على إذن أبيه أو أمه أو مجلس العائلة حال وفاة الأب أو غيابه أو إسقاط السلطة الأبوية عنه، و لكن مجلس العائلة قد ألغي مع إلغاء القانون 57-778 الذي كان ينظم أحكام الأهلية و الولاية إبان العهد الاستعماري.[56]ص144

حيث و الحال كذلك فإن من يمنح الإذن للقاصر المرشد البالغ من العمر 18 سنة لممارسة الأعمال التجارية و اكتساب صفة التاجر هو الأب فإن لم يوجد فالأم، و من بعدهما الوصي و المقدم.

و يترتب على حصول القاصر المرشد على الإذن بممارسة التجارة اكتسابه صفة التاجر إذا ما احترف الأعمال التجارية، و بالتالي التمتع بكافة الحقوق و تحمل كافة الالتزامات المرتبطة باكتساب صفة التاجر و التي من أهمها الالتزام بالتسجيل في السجل التجاري و الالتزام بمسك الدفاتر التجارية و الامتناع عن المنافسة عن المنافسة غير المشروعة و دفع الضرائب... الخ.

و قد أوردت المادة 6 من القانون التجاري أنه يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للمادة 5 أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم و ذلك في إطار ممارساتهم التجارية و هو ما يسميه الفقهاء (ما يدخل في أمور التجارة). إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة نصت على أن التصرف في هذه العقارات سواء كان اختيارا أو جبريا لا يمكن أن يكون إلا بإتباع إجراءات بيع عقارات القصر و عديمي الأهلية.

2.1.2.2: أسباب الانقضاء المتعلقة بالنائب القانوني

و تتمثل هذه الأسباب في تنحي النائب القانوني عن مهامه بالاستقالة، و قد يكون هذا الانتهاء رغم إرادة النائب و ذلك بتنحيته من قبل القاضي بعزله عن مهام نيابته.

1.2.1.2.2: الاستقالة أو التنحي:

تعني الاستقالة أن يطلب النائب القانوني إعفاءه من مهامه بطلب يوجه إلى القاضي، غير أن هذا الأمر ليس متاحا بسهولة لكل من ينيبه الشارع و القانون عن القاصر، فالأب من حيث الأصل

لا يمكنه التنحي عن مهامه، لأن النيابة عن ابنه القاصر صفة لازمة له و هي حق له و واجب عليه، فلا يقبل منه عذر للتنحي و لا يسمح له بذلك ما لم يثبت عجزه عن القيام بمهام النيابة. [47]ص38

أما بخصوص الوصي و المقدم فإن الفقهاء أجمعوا على مبدأ إمكانية تنحيهم عن مهامهم، إلا أنهم اختلفوا فيما بعد حول القيود الواردة على ذلك، فالحنفية و رأي من الحنابلة أطلق الحق في الاستقالة، أما الشافعية فاشتراطوا وجود من يخلفهما في النيابة و أن لا يغلب الظن بضياح بمال القاصر، في حين كان المالكية أكثر تشددا حين اشتراطوا وجود عذر يحول بين الوصي و المقدم و بين أداء مهامهما حتى يقبل تنحيهما. [2]ص454[31]ص321

- موقف القانون الجزائري من استقالة النائب القانوني: فيما يخص الولي أي الأب و الأم فلم يتطرق المشرع لمسألة استقالتهما إلا أنه ذكر في أسباب انتهاء وظيفة الولي عجزه عن أداء مهامه، مما يجعلنا نقول بأن المشرع قد تبنى الرأي الفقهي القائل بأن الولي الأب و الأم لا تقبل استقالته من أداء مهامه إلا أن يصبح عاجزا عن القيام بها. أما بالنسبة للوصي و مثله المقدم فإن المشرع نص صراحة على أن مهامه تنتهي بقبول عذره في التنحي عنها و يخضع الأمر لسلطة القاضي. [12]المواد 91 و 96 و 101

2.2.1.2.2: العزل أو التنحية

العزل هو إنهاء وظيفة النائب القانوني و ذلك بإسقاط هذه الصفة عنه بموجب حكم من القاضي إذا ما رأى هذا الأخير ما يوجب ذلك. و العزل على خلاف الاستقالة يطال كل من يتولى أمر النيابة عن القاصر سواء كان أبا أو وصيا أو مقدما، إلا أن تنحية الأب و عزله يتميز بطابعه الوقائي و المؤقت، حيث تعود النيابة للأب حين زوال أسباب العزل و ذلك بإجماع الفقهاء. [2]ص458

أما الوصي و المقدم فإن فقهاء الحنابلة و الشافعية و المالكية يرون أن عزلهما نهائي لا رجوع لهما بعده إلا في حالة ضرورة قصوى، أما الحنفية فتميزوا بتشديدهم على تقييد حرية القاضي في عزل الأوصياء و المقدمين فلا يعزلهم ما لم يكن في بقائهم ضرر محقق بالقاصر، و بالمقابل أجازوا له بإعادتهم إلى مهامهم إذا زال سبب العزل. [30]ص145

- موقف القانون الجزائري من عزل النائب القانوني: فيما يخص الولي الأب أو الأم، فقد أورد المشرع من بين أسباب انتهاء وظيفة الولاية المنوطة بهما في المادة 91 من قانون الأسرة عبارات (بعجزه، بالحجر عليه، بإسقاط الولاية عنه)، و العجز يثبت بحكم قضائي، و الحجر يكون وفق أحكام قانون الأسرة، أو في صورة عقوبة تكميلية حاله كحال سقوط صفة الولاية عن

الأب (و مثله الأم) نتيجة الحرمان من الحقوق المدنية و السياسية و العائلية. [46] المادة 9 و ما يليها

و العقوبات التكميلية هي تلك التي يحكم بها وجوبا في حالة الحكم على شخص بعقوبة جنائية أو جوازيا في بعض الجنح، حيث يكون مضمون العقوبة التكميلية بالحجر القانوني حرمان المحكوم عليه من التصرف في ماله فلا يكون له التصرف في مال ابنه، و في حالة إسقاط صفة الولاية عنه حرمانه من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية و من بينها الولاية. [46] المواد 5 و 9 و 9 مكرر 1

إلا أنه يمكن أن يتم إسقاط الولاية عن الأب بطلب من الأم أو من له مصلحة في ذلك إذا ما أثبت عدم صلاحية الأب للقيام بمهامه، و يكون ذلك أمام قسم شؤون الأسرة، كأن تثبت الأم عدم صلاحية الأب بصدور حكم جزائي ضده نتيجة الإهمال الأسري.

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه يفترض في حالة سقوط الولاية عن الأب كعقوبة تكميلية أن تنتقل إلى الأم دون حاجة لحكم جديد.

أما فيما يخص الوصي و في حكمه المقدم، فإن المشرع ذكر من ضمن أسباب نهاية مهامه في المادة 96 من قانون الأسرة (بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر)، و يتبين من هذه العبارة تبني المشرع الجزائي لموقف المذهب الحنفي من حيث اشتراط إضرار الوصي و المقدم بالقاصر حتى يمكن عزلهما عن أداء مهامهما. [18] ص 290 [30] ص 145

و بالإضافة هذا فقد أورد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصوصا إجرائية تتعلق بمسألة إنهاء وظيفة الولي، حينما نص في المادة 453 أن طلب إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت يقدم من طرف أحد الوالدين أو النيابة العامة أو كل من يهمه الأمر بموجب دعوى استعجالية أمام محكمة مقر ممارسة الولاية يتم النظر فيها في غرفة المشورة بعد سماع النيابة و محامي الخصوم. [24] ص 343

و للقاضي أن يلجأ إلى الاستماع للأب و الأم و كل من يرى فائدة في سماعه و أيضا القاصر ما لم يكن في سماعه ضرر عليه، و للقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو عقلي يخضع له القاصر إذا ما رأى ضرورة تدعوا لذلك. [25] المادة 454

و قد أوجب المشرع أن يتم تبليغ الأمر المتعلق بإنهاء الولاية من طرف الخصم الذي يهمه التعجيل تبليغا رسميا خلال أجل 30 يوما من الأمر به تحت طائلة السقوط، مع إمكانية استصداره مرة أخرى. و يكون هذا الأمر قابلا للاستئناف في أجل 15 يوما، تسري ابتداء من تاريخ التبليغ

الرسمي بالنسبة للخصوم، و من تاريخ صدور الأمر بالنسبة للنيابة، و يفصل في الاستئناف في غرفة المشورة على مستوى المجلس القضائي و ذلك في آجال معقولة. [25]المادتان 456 و 457 و جميع هذه الإجراءات تكون قابلة للإلغاء من قبل القاضي الذي أمر بها و ذلك بصفة كلية أو جزئية بناء على طلب والد القاصر المسقط عنه الولاية. و تكون هذه الإجراءات من حيث السرية و إمكانية الطعن فيها تماما مثل الإجراءات المتخذة حين سلب الولاية أو الحد منها. [24]ص346

و هكذا بعد أن تناولنا أسباب انقضاء النيابة القانونية عن القاصر لم يبق لنا إلا ندرس الآثار المترتبة عن هذا الانقضاء.

2.2.2: آثار انقضاء النيابة القانونية

إن النيابة القانونية حين تنقضي فإنه لا بد من أن تصفى كافة الحسابات بين النائب الذي انتهت نيابته و بين القاصر الذي رشد أو النائب الذي يليه إن لم يكن القاصر قد خرج من نظام النيابة، بحيث تسلم المهام و يحاسب النائب، ليرى بعد ذلك مدى احتمال قيام مسؤوليته بالنظر فيما إذا كان قد قصر في مهمته أم لا.

1.2.2.2: تسليم المهام و محاسبة النائب القانوني

أيا كان السبب الذي انتهت به النيابة القانونية فإنه يتعين على من انتهت سلطته على القاصر و لا سيما في الجانب المادي أن يقدم حسابا وافية لمن يستلم عنه المهمة أو إلى القاصر نفسه حين رشده. و إذا كانت النيابة القانونية قد انقضت بوفاء النائب القانوني انتقل الالتزام بالمحاسبة إلى ورثته، و لو توفي القاصر فإن المحاسبة تكون مع ورثته أيضا. [2]ص482 و هو ما سنراه في أحكام الشريعة الإسلامية ثم القانون الجزائري.

1.1.2.2.2: في الشريعة الإسلامية

و يتم تسليم المهام أساسا بما يسميه الفقهاء (دفع المال)، بحيث أن من انتهت نيابته عن القاصر يتوجب عليه دفع المال الذي في يده إلى من يليه في النيابة عن القاصر أو إلى هذا الأخير حين رشده. و قد اختلف الفقهاء حول وجوب الإشهاد حين دفع المال، فذهب الحنفية إلى أنه ليس واجبا بل مستحب، أما الجمهور من المالكية و الحنابلة و الشافعية فيقولون بوجوب الإشهاد لنفي التهمة و طمأنة القاصر و زيادة في الحرص على حفظ ماله. [58]ص202

فإن كان انقضاء النيابة القانونية ناجما عن وفاة النائب القانوني، فينظر إن كان قد بين قبل وفاته ما للقاصر عنده من مال و هل هذا المال موجود أم لا.

فإن كان النائب القانوني قبل وفاته قد بين مال القاصر الذي عنده و ميزه عن ماله الخاص و كان هذا المال موجودا استلمه مستحقه سواء كان نائبا آخر أم القاصر نفسه، فإن كان المال ميبنا لكن غير موجود فإنه يؤخذ قدره من التركة قبل تقسيمها فهو في ذلك مثل الدين.[30]ص131
 أما إذا لم يبين النائب القانوني قبل وفاته مال القاصر، فإن وجد بين أمواله ما هو معروف بأنه للقاصر استحقه هذا الأخير أو من ينوب عنه، أما عن لم يوجد فلا يضمن المال من تركة النائب المتوفى لأنه كانت له ولاية التصرف و قد يكون قد تصرف في المال تصرفا مشروعاً و ذهب المال نتيجةه.[66]ص302

ذلك أن الأب و الوصي و المقدم أمناء على ما تحت أيديهم من أموال، فلا يضمنون هلاكها بغير تعد منهم أو تقصير، لأن تجهيلهم لأموال القاصر التي تحت أيديهم لا يمكن اعتباره استهلاكاً كما هو الحال لدى بقية الأمناء كالمودع لديه أو المستعير الذين يعتبر استهلاكهم لما تحت أيديهم تقصيراً يوجب الضمان، حيث أن الأب و الوصي و المقدم لهم ولاية التصرف عكس المودع لديه أو المستعير.[45]ص488

و إذا بلغ القاصر سن الرشد و تحاسب مع من كانت له الولاية عليه من النواب، فإن الفقهاء فرقوا بين محاسبة النائب الأب و محاسبة النائب الوصي أو المقدم، حيث أن الأب مصدق في كل ما ادعى إنفاقه على ولده من مال فتحسب النفقة من مال القاصر بشرط أن يصدقه القاصر في قوله، فإن كذبه أو نازع في الأمر و كان ظاهر الحال لا يكذب الأب فإنه يصدق بيمينه.[66]ص308

و إن كذب ظاهر الحال الأب و لكنه قدم سبباً معقولاً فيصدق بيمينه ما لم تقم دلائل على كذبه، فإن لم يكن له سبب معقول و ظاهر الحال يكذبه فتحسب على القاصر نفقة المثل و يضمن الأب الفارق. فإن قال الأب أنه قد ضيع مال ولده فيصدق بيمينه، على أنه يجب على القاضي أن يتحرى جيداً قبل ذلك.[30]ص131

أما الوصي، فقد فرق الفقهاء في حالته بين الوصي المعروف بالأمانة و غير المعروف بها، فالوصي الذي عرف بالأمانة يكتفى منه بالإجمال في ذكر ما أنفقه طيلة مدة الوصاية، فإن كان ظاهر الحال لا يكذبه صدق بيمينه، أما إن كان ظاهر الحال يكذبه لا بد له أن يقدم سبباً معقولاً، فإن لم يفعل، أو فعل و لكن قامت ضده دلائل على كذبه فلا يصدق بيمينه و لا بد له أن يأتي ببينة.[18]ص309

أما الوصي الذي لم يعرف بالأمانة فإنه لا يكتفى منه بالإجمال و إنما ينبغي عليه أن يقدم حساباً مفصلاً عن كل ما أنفقه و ما تصرف فيه و ما قام به من أعمال و يصدق بيمينه فيما لا يكذبه ظاهر الحال، و فيما عدا ذلك لا يصدق إلا بالبينة.[30]ص190[66]ص321

2.1.2.2.2: في القانون الجزائري

ميز المشرع الجزائري بين الولي الشرعي أي الأب و الأم، و بين الوصي و المقدم، حيث أورد بخصوص الوصي (و الذي يخضع المقدم لنفس أحكامه) ما يجب عليه حين انتهاء مهامه أو على وراثته حين وفاته، من التزامات تجاه القاصر أو وراثته، في حين لم يبين بخصوص الأب و الأم شيئاً. [8]ص259

حيث ألزم المشرع الوصي أن يسلم الأموال التي في عهده و يقدم حسابا عنها بالمستندات إلى من يخلفه (في حالة عزله أو عودة الولاية للأب أو الأم) أو على القاصر أو وراثته خلال شهرين على الأكثر من انتهاء مهامه مع تقديم صورة عن هذا الحساب إلى القضاء، أما في حالة وفاة الوصي أو المقدم فإن على وراثتهما تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر. [38]ص91

و بالإضافة إلى هذه الأحكام الموضوعية فقد خصص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بابا خاصا ضمن الكتاب الثالث المخصص للتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية تحت رقم الباب الثالث بعنوان (في دعاوى المحاسبة) في المواد 590 إلى 599، و نظم فيها المشرع إجراءات محاسبة الوصي و كل شخص يجعله القضاء محلا للمحاسبة. حيث يتم تقديم الحساب بموجب أمر قضائي بتصفية حسابات أموال القاصر و ينتدب لأجل ذلك قاض، و يتم تحديد أجل معين لتقديم الحساب و يقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر عن أعماله. [25]المادة590

و بشأن الوصي فإن مهمة القاضي المنتدب هي تلقي الحسابات التي يقدمها الوصي و التي يجب أن تتضمن بيان الإيرادات و المصروفات و الموازنة بينهما مع تخصيص باب خاص بالأموال المطلوب تحصيلها، و يرفق كل ذلك بالمستندات المثبتة، و يقوم بذلك الوصي نفسه أو بواسطة و كليل خاص. فإذا انقضى الأجل و لم يتم الوصي بتقديم الحساب فإنه يجوز للمحكمة الحجز على أمواله و بيعها حتى تستوفي المبلغ الذي تقدره المحكمة نفسها. [25]المادتان591و592

و إذا تبين للقاضي المنتدب من خلال الحسابات أن الإيرادات تتجاوز المصروفات جاز له بناء على طلب القاصر الذي أصبح راشدا أو وراثته أن يصدر أمرا تنفيذيا يسترد به الفائض دون انتظار المصادقة على الحساب. [25]المادة593

و يحدد القاضي المنتدب تاريخا لاجتماع الخصوم و يعرض عليهم المحضر النهائي ليقدموا ملاحظاتهم عليه، فإن تخلف أحد الخصوم عن الحضور أو حضروا و لم يتفقوا بخصوص

المحضر تحال القضية إلى الجلسة و يكون الحكم الفاصل فيها متضمنا بيان حساب الإيرادات و المصروفات و تحديد مبلغ الرصيد الباقي عند الاقتضاء.[25]المادتان594و595

و هذا الحكم قابل للاستئناف سواء قبل الحسابات أو رفضها، فإن أيد المجلس الحكم فلا مشكلة، أما إن ألغى المجلس الحكم المستأنف فإن كان الاستئناف ضد الحكم برفض الحسابات فإن المجلس لا يتصدى للفصل في الحساب من جديد و إنما يرجع الملف لجهة الحكم أو لمحكمة أخرى، أما إذا ألغى الحكم بقبول الحسابات فإن المجلس يمكنه الفصل بنفسه أو إحالة الملف لجهة أخرى غير الجهة التي فصلت في الحساب أول مرة.[25]المادة 596

و بطبيعة الحال فإن هذه الأحكام تطبق فقط حينما تقع مخاصمة في الحسابات التي يقدمها الوصي أو عندما لا يقدمها طبقا لأحكام قانون الأسرة. و لكن السؤال المطروح هو هل يخضع الولي الأب أو الأم لنفس الأحكام؟

نستطيع أن نجيب بنعم، لأن المادة 88 من قانون الأسرة نصت على أن الولي يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، بمعنى القواعد العامة، و بذلك يمكن إخضاع الولي الأب أو الأم لهذه القواعد المتعلقة بالمحاسبة.[38]ص85

و مع ذلك فقد كان أولى بالمشرع أن ينظم أحكام محاسبة الولي الأب و الولي الأم ثم يخضع الوصي و المقدم لنفس الأحكام مع تخصيصهما بأحكام أخرى إن أراد التشديد عليهما، ذلك أن نيابة الأب و الأم عن القاصر هي الأصل و نيابة الوصي و المقدم هي الاستثناء.

2.2.2.2: مسؤولية النائب القانوني عن تقصيره في أعمال النيابة

بعد أن رأينا فيما سبق محاسبة النائب القانوني كأثر لانقضاء النيابة فإنه قد تقوم مسؤوليته إن قصر في أعمال النيابة و هو أثر من آثار الانقضاء أيضا حيث قلما يكتشف التقصير إلا حين المحاسبة. و سنرى ذلك وفقا أحكام الشريعة الإسلامية ثم القانون الجزائري.

1.2.2.2.2: في الشريعة الإسلامية

يتولى النائب القانوني في الشريعة الإسلامية أبا أو جدا، وصيا أو مقدم قاض، رعاية أموال القاصر، و لكل منهم بقدر السلطات الممنوحة له تنمية و استثمار هذه الأموال لمصلحة القاصر على شرط الحفاظ عليها. و قد جعلت الشريعة الإسلامية و فقهاء للقاضي سلطة محاسبة من يتولى شؤون القاصر عند إهماله أو إساءته إلى القاصر أو إلى أمواله التي التزم بأن يصونها.[20]ص206[2]ص486

و قد بين الفقهاء أن مساءلة النائب القانوني عن مال القاصر تقوم على الجمع بين قاعدتين مجمع عليهما عندهم، الأولى أن النظر في أموال القاصر إنما يكون وفق ما يحقق له الربح و الفائدة و أساس الولاية على المال هو المصلحة فكل ما خالفها تقصير يسأل النائب القانوني عنه، و القاعدة الثانية هي أن النائب القانوني يعتبر أميناً على ما في يده من أموال القاصر فلا يسأل إلا في حدود معينة. [45]ص488

و قد أسس الفقهاء مسؤولية النائب القانوني على أدلة من الكتاب و السنة و جعلوا لها إطاراً و نطاقاً محدداً تقوم فيه هذه المسؤولية و بينوا الأثر المترتب على ذلك من جزاء.

أ/ أساس المسؤولية: لقد ورد في سورة النساء في الآية الخامسة قوله تعالى: { و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيماً و ارزقوهم فيها }، و جاء في الآية العاشرة من نفس السورة قوله تعالى: { إن الذين يأكلون أموال اليتامى إنما يأكلون في بطونهم ناراً و سيصلون سعيراً }.

و قد استدل الفقهاء من هذه الآيات على عظم مسؤولية الأولياء من خلال أمر الله تعالى لهم بالحفاظ على أموال القاصر فلا يسلموها له ما دام لم يرشد، و شدد على ذلك بحيث جعل أموال القاصر كأموالهم، و حذرهم في المقابل من التعدي على هذه الأموال و توعدهم بالعذاب الأليم. [11]ص309 [20]ص188

و قد ورد في السنة النبوية أحاديث عديدة تقيم مسؤولية من يتولى شؤون القاصر في حالة ما إذا أكل أمواله بغير حق، و تعتبره من الجرائم الكبيرة، و لا أدل على ذلك من الحديث الذي قال فيه الرسول صلى الله عليه و سلم: (اجتنبوا السبع الموبقات..) و عد من بينها أكل مال اليتيم. [17]ص9

ب/ نطاق المسؤولية: إن تصرفات النائب القانوني مبنية على أساس جلب المصلحة و درء المفسدة و الحفاظ على أموال القاصر، لذلك فإن الشريعة الإسلامية مكنت النائب القانوني من صلاحيات واسعة ليقوم بذلك و اعتبرته أميناً لا يسأل إلا في نطاق محدود و ذلك حتى يطمئن في عمله و لا يخشى من مغبة الخطأ، و مع ذلك تتم مساءلته إذا أضر بأموال القاصر بخروجه عن الحدود المسموح له بها أو بنهبها. [32]ص36

و منه فإن نطاق مسؤولية النائب القانوني في فقه الشريعة الإسلامية إنما ينصب على الإضرار بأموال القاصر، إما بصفة غير مباشرة بتجاوزه لحدود نيابته عن القاصر أو بالفعل الضار. و لكن تم التمييز في مجال الفعل الضار بين أفعال الأب و بين أفعال الوصي و المقدم، فالأب لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم و بذلك فمسؤوليته مخففة مقارنة مع الوصي و المقدم اللذين تقوم مسؤوليتهما لمجرد الخطأ البسيط. [2]ص489

ج/ الجزء المترتب عن قيام المسؤولية: إذا قصر النائب القانوني في أعمال نيابته بالشكل الذي أدى إلى الإضرار بالقاصر، فقد قررت له أحكام الشريعة الإسلامية عدة صور للجزاء المترتب على هذا التقصير، فأيا كان نوع التقصير فإن الجزء الأول هو عزل النائب القانوني عن مهامه، حيث للقاضي أن ينهي مهام الولاية أو الوصاية أو التقديم إن تبين له خروج الولي أو الوصي أو المقدم عن حدود النيابة أو إضراره بالقاصر. [7]ص307

و الجزء الثاني المتصور هو الضمان أو التعويض، حيث يعرض النائب القانوني للقاصر الضرر اللاحق به أو بأمواله جراء تقصيره في أداء مهام النيابة، سواء بتجاوز حدود نيابته أو بالإضرار المباشر، و قد تنأثرت أمثلة هذا النوع من الجزء في كتب الفقه حين التطرق لمختلف تصرفات الأب و الوصي و المقدم.

فمثلا في حالة تأجير عقار القاصر بأقل من أجره المثل فإن النائب القانوني يضمن الفرق للقاصر من ماله، و كذلك حالة رهن مال القاصر من قبل الأب لدين على الأب، فإن هلك المال المرهون فإن الضامن هو الأب لا المرتهن ما لم يكن المرتهن متعديا، و أيضا في الحالة التي يسلم فيها النائب القانوني المال للقاصر قبل سن الرشد في غير الإذن له بالتجارة، فإنه يضمن هذا المال و ليس القاصر لأن هذا الأخير مسلط على المال من قبل وليه. [66]ص307[91]ص89

2.2.2.2: في القانون الجزائري

إن النائب القانوني ملزم وفق أحكام القانون أن يتصرف بحرص في أموال القاصر، و استئذان القاضي في جملة من التصرفات، و لا شك أن مخالفته لهذه الأحكام يترتب عنه جزاءات متعددة، منها ما هو متعلق بالتصرفات التي أبرمها خارج حدود نيابته، و منها ما هو متعلق بإضراره المباشر بأموال القاصر مما يترتب قيام مسؤوليته المدنية و الجزائية.

أ/ الجزء المتعلق بالتصرفات المخالفة لأحكام النيابة القانونية: إن النائب القانوني تصرفاته منوطة بالمصلحة، و ملزم بسلوك الرجل الحريص طبقا للمادة 88 التي تسري في حق الوصي و المقدم طبقا للمادتين 96 و 100 من قانون الأسرة، كما ألزمه القانون باستئذان القاضي في مجموعة من التصرفات.

و لم يحدد القانون الجزء المترتب على مخالفة النائب القانوني لسلوك الرجل الحريص كما لو باع منقولا بغبن فاحش أو وهبه، كما لم يتطرق الجزء المترتب على مخالفة الإذن المطلوب في التصرفات المحددة في المادة 88، و في غياب النص و بتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية فإن الجزء سيكون هو اعتبار التصرف النائب القانوني باطلا كأن لم يكن. [28]ص211

و هو ما يؤيده قرار المحكمة العليا رقم 51282 بتاريخ 19/12/1988 و الذي قضى بنقض و إبطال قرار المجلس القضائي الذي أيد صحة قيام الأم بقسمة عقار ابنها دون استئذان

القاضي، حيث جاء في حيثيات القرار: (.. كما أنها (أي الأم) قامت بقسمة العقار دون أن تأخذ إذنا من المحكمة و بالتالي فإن الإجراءات التي قامت بها كلها باطلة). [107]ص63 و بالإضافة إلى هذا الجزاء الطبيعي، قد يترتب جزاء آخر يمس بوظيفة النائب القانوني و ذلك بموجب الصلاحية الممنوحة للقاضي بموجب المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث يمكن له أن يتخذ جميع الإجراءات المؤقتة لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولأئي، و ذلك في الحالة التي يقصر فيها الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه الموكلة إليه، و هذه الإجراءات ما سبق أن تناولناه في العنصر الخاص بانقضاء النيابة القانونية و هي إجراءات السحب و الإنهاء. [24]ص350

ب/ الجزاء المتعلق بقيام المسؤولين المدنية و الجزائية للنائب القانوني: جاء في قانون الأسرة الجزائي بعض النصوص التي تجعل النائب القانوني مسؤولا عن الإضرار بمال القاصر، ففيما يخص الولي أي الأب و الأم، نجد المادة 88 منه و بعد أن أُلزمتها بالتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص جعلته مسؤولا وفقا لمقتضيات القانون العام، أي وفق الشريعة العامة المرتبة للمسؤولية، مما يعني إمكانية قيام مسؤولية الأب و الأم المدنية و حتى الجزائية. [38]ص85

أما الوصي و في حكمه المقدم طبقا للمادة 100، و بالإضافة إلى شموله بنص المادة 88 طبقا للمادة 95، فإن المادة 98 صرحت بقيام مسؤوليته عن ما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره.

و لكن و إن كان مفهوما أن تقوم المسؤولية المدنية طبقا للأحكام العامة في المادة 124 من القانون المدني، فهل يمكن القول بقيام المسؤولية الجزائية للنائب القانوني بخصوص مخالفة أحكام النيابة من حيث حسن التصرف أو الإضرار بالمصالح المالية للقاصر؟

إن القول بهذا يجب أن يكون وفق مبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات، فلا جريمة و لا عقوبة أو تدبير أمن إلا بقانون، و لا نص في ما نعلم ينص صراحة على معاقبة النائب القانوني ولما كان أو وصيا أو مقدا في حالة مخالفة أحكام النيابة أو إضراره بأموال القاصر ما عدا نص المادة 380 من قانون العقوبات الذي يتحدث عن جريمة استغلال حاجة القاصر أو ميلا فيه أو هوى أو عدم خبرة القيام باختلاس التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات تشغل ذمة القاصر المالية بنية الإضرار به، و تغلظ العقوبة إذا كان القاصر موضوعا تحت رعاية الجاني أو ورقابته أو سلطته و هو ما ينطبق على النائب القانوني. [46]المادة 380

إلا أنه لا يمكن بحال من الأحوال أن نقيس ولاية الأب و الأم أو الوصي و المقدم، و نعتبرها حراسة أو وكالة يترتب عن مخالفة أحكامها قيام جريمة خيانة الأمانة.[46]المادة 376 لأن القول بهذا يؤدي إلى خرق مبدأ التفسير الضيق للقاعدة الجزائية و مبدأ حظر القياس في المواد الجزائية. و هما من أهم المبادئ الناتجة عن تطبيق مبدأ قرينة البراءة التي يعد احترامها مبدأ دستوريا.

الخاتمة

لقد عرفنا أن النيابة القانونية عن القاصر تعني قيام النائب القانوني مقام القاصر في كافة شؤونه الشخصية و المالية بحيث تحل إرادته محل إرادة القاصر في إنشاء التصرفات و في تنفيذها و هو ما كان محل اتفاق بين الشريعة الإسلامية و القانون. وأن مصدر هذا النوع من النيابة هو نص القانون و حكم الشرع و لا يمس بذلك تدخل القاضي في تثبيت الوصي أو تعيين المقدم ما دام نطاق النيابة و مداها و شروط من يتولى مهامها محدد من قبل النص الشرعي أو القانوني. و هو الأمر الذي سمح لنا بتمييز النيابة القانونية عن القاصر عن غيرها من صور النيابة عن الغير.

كما بينا من خلال البحث مدى أهمية نظام النيابة القانونية و مقدار الحكمة البالغة من وراء تشريعه، و التي تتمثل أساسا في حرص الشريعة الإسلامية و القانون على حفظ القاصر في نفسه و ماله. و هو ما جعلها تتصف بخاصية الإلزام و الوجوب في حق المكلف بها بالإضافة إلى خاصية الشرعية و ارتباطها بالنظام العام. و وضحنا حتى نتحقق عملية النيابة لا بد من أن تتجسد في حلول إرادة النائب القانوني باعتباره نائبا محل إرادة القاصر باعتباره أصيلا، و أن يتعامل باسمه في نطاق الحدود المرسومة له من قبل الشرع و القانون في كل شؤونه الشخصية و المالية. و منه وجدنا أن عناصر النيابة القانونية عن القاصر تتمثل في القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد عاقلا فيكون إما عديم التمييز فاقدا للأهلية أو مميزا ناقص الأهلية و أكدنا أن الأهلية المقصودة هي أهلية الأداء، و النائب القانوني الذي يتمثل في كل شخص منحه الشريعة الإسلامية أو القانون هذه الصفة، على خلاف بين المذاهب في صفتهم و ترتيبهم فالولي الشرعي هو الأب دون خلاف و يضاف له الجد عن الشافعية و الأحناف، و الوصي بعد الأب عند الجميع إلا الشافعية فيقدمون الجد، و من ثم مقدم القاضي، و لا مكان للأب و الأقارب العصبات أو ذوي الأرحام إلا في نطاق محدود يقتصر على ولاية الحفظ و الصيانة عند الجميع ما عدا أبو حنيفة الذي أقر لهم ولاية تزويج القاصر. و في القانون الجزائري وجدنا النائب القانوني الأب و الأم كولي شرعي ثم الوصي ثم المقدم كأصل عام مع تدخل الجد و الأقارب في نطاق النيابة عن القاصر في الزواج. و العنصر الثالث هو محل النيابة و هو التصرفات المتعلقة بالشؤون الشخصية و المالية.

و رأينا بعد ذلك كيف تتجسد آثار هذه النيابة من خلال سلطة النائب القانوني في إنشاء عقد زواج القاصر و في فك الرابطة الزوجية، و كذلك في نطاق المعاملات المالية من حيث سلطاته في إدارة و استثمار أموال القاصر و أيضا في مواجهته لتصرفات القاصر ناقص الأهلية في

أمواله من خلال ردها أو إجازتها، كما رأينا الحالات التي يمكن أن يتحمل فيها النائب القانوني مسؤولية التعويض عن الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة أفعال القاصر.

و تطرقنا بعد ذلك إلى أسباب انقضاء النيابة القانونية سواء ما تعلق منها بالنائب القانوني من استقالة أو عزل أو ما تعلق بالقاصر من بلوغه سن الرشد عاقلا أو ترشيده من قبل القاضي أو بنص القانون، و أشرنا إلى حالات استمرار النيابة القانونية و عودتها، كما بينا بعد ذلك الآثار المرتبة عن هذا الانقضاء من محاسبة بين النائب القانوني و القاصر و مساءلة النائب القانوني إلى درجة تحميله ضمان ما لحق القاصر من ضرر و إمكانية متابعته مدنيا و جزائيا.

و كل ذلك كان من خلال أحكام الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري.

- النتائج المتوصل إليها:

توصلنا من خلال دراسة الموضوع على النحو سابق الذكر إلى عدة نتائج نبسطها كالآتي:

- أن النيابة القانونية عن القاصر هي جزء من نظام النيابة الشرعية عن الغير، و التي تمتد لتشمل فئات أخرى من فاقد الأهلية و ناقصيها مثل المجنون و المعتوه و السفیه و ذي الغفلة، و كذا من لحق بهم مانع أهلية كالغائب و المفقود.

- أن النيابة القانونية عن القاصر مرتبطة أساسا بقواعد الأهلية و بنظام الأسرة لأجل ذلك فقد ربطها القانون الجزائري بمسائل النظام العام و جعلها حقا للقاصر و واجبا يقع على عاتق المكلف بها فلا يستطيع التخلص منها إلا لعذر مقبول و بعلم القاضي.

- أن المشرع الجزائري اهتم من حيث القواعد الموضوعية فقط بما تعلق بمسائل الولاية على المال في حين لم يتطرق إلا لبعض المسائل المتعلقة بالولاية على النفس، و في كليهما اكتفى المشرع بالإجمال و لم يقدم تفصيلات الأحكام، مما يجعل القاضي يعتمد كثيرا على مبادئ الشريعة الإسلامية طبقا للإحالة الواردة إليها من المادة 222 من قانون الأسرة، وهو ما يجعل الباب مفتوحا لسلطة القاضي التقديرية.

- لقد حاول المشرع تدارك النقص الحاصل من الناحية الإجرائية بوضع قواعد خاصة بالنيابة القانونية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لكنه لم يكن موفقا كثيرا، لأن النصوص مقتضبة و تطرقت لبعض المسائل الموضوعية.

- بخصوص تحديد شخص النائب القانوني فقد أعطى القانون الجزائري للأُم صفة الولي الشرعي بعد الأب، و هو أمر اقتضاه التطور الحاصل في المجتمع، و لكنه وقع في خلط بخصوص الجد فهو لم يعطه صفة النائب القانوني و بالمقابل منحه الحق في اختيار الوصي و حرمت الأُم من ذلك.

- لقد أحسن القانون الجزائري حينما نص على انتقال النيابة القانونية عند وقوع الطلاق إلى من أسندت إليه الحضانة من الأب أو الأم لما في ذلك من رعاية لمصالح القاصر و تجنبا له من مغبة فصل الأمرين مما يؤدي إلى تعطل مصالحه.

- القانون الجزائري كان موقفا لحد بعيد فيما تعلق بسلطات النائب القانوني في الأحوال الشخصية حينما ضبط مسائل تزويج القاصر و قيدها برخصة القاضي الذي أعطاه السلطة التقديرية في ذلك، و مع ذلك فإن المشرع الجزائري قصر حين لم يتطرق لمسائل هامة مثل غياب الولي و عضله و خيار البلوغ و حكم طلاق القاصر، و كذا الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بزواج القاصر عكس ما كان منصوصا عليه في التشريع ساري المفعول قبل قانون الأسرة.

- لقد منح القانون الجزائري للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار عقد الزواج ثم عاد و لم يمكنه من التقاضي فيما تعلق بفك الرابطة الزوجية و هو أمر مستغرب جدا.

- إن سلطات النائب القانوني في مجال المعاملات المالية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية أوسع منها في إطار القانون، كما أنها تتميز بالتدرج تبعا لصفة النائب القانوني هل هو أب أم جد أم وصي أم مقدم، و حتى الأب قسمه الأحناف إلى مراتب، فالشريعة الإسلامية لا تضع من لهم النائب في مرتبة واحدة فالأب أقواهم و مقدم القاضي أدناهم، على خلاف القانون الجزائري الذي سوى بين الولي الشرعي و الوصي و المقدم من حيث سلطاتهم و هو أمر غريب فمن غير المعقول المساواة بين الأب و غيره فيما له على مال ولده القاصر.

- القانون الجزائري لم يتخذ موقفا واضحا بخصوص حكم تصرفات ناقص الأهلية، مما أفسح المجال للخلاف الفقهي و القول بعدم وجود انسجام تشريعي، على خلاف الشريعة الإسلامية التي بنت حكمها على أساس سليم و جعلت تصرفات ناقص الأهلية تبعا لطبيعتها إما باطللة أو صحيحة تماما أو موقوفة على إجازة النائب القانوني.

- لقد أبت الشريعة الإسلامية أن يتحمل النائب القانوني مسؤولية العمل الضار للقاصر، إلا إن كان مسلطا من قبله على نفس الغير أو ماله أو تسبب في ذلك، بحيث جعلت القاصر مسؤولا عن جبر الضرر من ماله، كل ما في الأمر أن النائب القانوني ينوب عنه في دفع التعويض، أما القانون الجزائري فخالف ذلك و رأى عدم مسؤولية القاصر عديم التمييز و إمكانية مساءلة الصبي المميز، و لكنه جعل النائب القانوني مسؤولا في كلتا الصورتين على أساس أنه متولي الرقابة.

- لقد ربط القانون الجزائري انتهاء النيابة القانونية عن القاصر بالرشد، معتبرا بلوغ الشخص سن 19 سنة قرينة على رشده ما لم يثبت اختلال قدراته العقلية قبل ذلك أو بعده، و تنتهي النيابة حين بلوغ سن الرشد بقوة القانون دون حاجة لحكم من القاضي تماما كما هو الحال

في قواعد الشريعة الإسلامية. و في حالة بلوغه مصابا بعارض أهلية يبقى خاضعا للنيابة القانونية بشرط الحصول على حكم قضائي بذلك، فيبقى تحت الولاية أو الوصاية أو التقديم، و إذا بلغ راشدا ثم أصيب بعارض من عوارض الأهلية يمكن إعادته لنظام النيابة القانونية لمن كانت له النيابة حين الرشد حسب قانون الأسرة و لمن يختاره القاضي حسب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

- لقد حدد المشرع الجزائري أسباب انقضاء النيابة القانونية المتعلقة بالنائب القانوني بصورة مقتضية تاركا الأمر لسلطة القاضي في تقدير توفر الحالات المنصوص عليها. و على الأخص حالة قبول تنحي النائب.

- لقد ضبطت الشريعة الإسلامية قواعد محاسبة النائب القانوني وفق أصول محكمة فرقت بموجبها بين محاسبة الولي الشرعي الأب و الجد و بين الوصي و المقدم، و بلغت أوج الرقي حينما اعتبرتهم أمناء لا يسألون إلا في حدود معينة، و بينت الجزاء المترتب على إخلالهم بوظيفتهم و إضرارهم بالقاصر، على خلاف القانون الجزائري الذي أغفل الأمر لا سيما ما تعلق بالأب و الأم اللذين أخضعهما للقواعد العامة فقط، في حين نجد الوصي و المقدم يخضعان للقواعد العامة و كذا لنص خاص بالمحاسبة.

- إن دعاوى المحاسبة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تشكل ضمانا كبيرا لحماية القاصر بتنظيمها لكيفية محاسبة الوصي، و لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هل يمكن إخضاع الولي الأب أو الأم لنفس الآلية؟.

- من الناحية الجزائية فإنه لا توجد نصوص واضحة و صريحة تحمي أموال القاصر من الاعتداء عليها من قبل النائب القانوني بحكم وظيفته أو بسببها، و من الصعب بمكان أن تطبق عليها قواعد جرائم أخرى لمخافة انتهاك مبدأ الشرعية و هو ما يشكل ثغرة لا بد من تداركها. و بذلك فإن المشرع الجزائري من خلال أحكام النيابة القانونية عن القاصر قدم ضمانات كثيرة للقاصر و أفلح في عديد من الجوانب مستهديا بذلك بقواعد الشريعة الإسلامية و مقاصدها مستغلا اتساع أفق الآراء في المذاهب الأربعة.

- التوصيات:

من خلال دراستنا للموضوع لاحظنا مجموعة من الأمور أدرجنا بشأنها التوصيات التالية أملين أن تجد طريقها للتحقق و هي:

- تعديل المادة 7 من قانون الأسرة بحيث تجعل للزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بفك الرابطة الزوجية أيضا.

- إضافة نص مادة لقانون الأسرة أو فقرة للمادة 7 منه، يتضمن عقوبة جزائية لمن يخالف أحكام تزويج القاصر حتى ولو اكتشف الأمر لاحقاً.
- تعديل المادتين 11 و 13 من قانون الأسرة، بحيث يحدد بوضوح من يتولى عقد زواج القاصر بالأب ثم القاضي مباشرة ضماناً لحماية أفضل للقاصر. و أيضاً تبين أحكام غياب الولي و عضله، و كذا إضافة الفتى للفتاة فيما يتعلق بعدم الإيجاب لتساويهما في علة صغر السن.
- تعديل المادة 92 من قانون الأسرة بحيث يصبح للأم الحق في اختيار الوصي و إلغاء دور الجد في ذلك.
- تعديل المواد 88 و 95 و 100 من قانون الأسرة بحيث يعاد تنظيم ما يتعلق بسلطات الولي و الوصي و المقدم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بحيث يكون للأب ثم الأم سلطة أوسع من الوصي و هذا الأخير أكثر سلطة من المقدم. مع إضافة نصوص مواد تبين كيفية محاسبة كل منهم و إخضاعهم جميعاً لدعوى المحاسبة بنص صريح.
- استحداث جريمة الاعتداء على أموال القاصر من طرف وليه أو الوصي أو المقدم و تغليظ العقوبة في حالة ما إذا كانت الجريمة مرتكبة من الأب أو الأم.

قائمة المراجع:

1. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة و القانون، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 2007.
2. عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية و تطبيقاتها في المذهب المالكي، مطابع أفريقيا الشرق، الدار البيضاء- المغرب، دون طبعة، 1996.
3. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، بدون دار نشر، القاهرة- مصر، دون طبعة، 1986.
4. ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، دون طبعة، 2004.
5. محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق- سوريا و الدار الشامية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 1999.
6. عقيل بن أحمد بن دخيل العقيلي، النيابة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1423 هجرية.
7. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، الطبعة الأولى، 2008.
8. تقية عبد الفتاح، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالثة، دون طبعة، 2007.
9. الصادق عبد الرحمان الغرياني(الصادق الغرياني)، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الثالث(ج3).
10. محي الدين النووي، المجموع، شرح المهذب للشيرازي، مكتب الإرشاد، جدة- المملكة العربية السعودية، بدون طبعة أو سنة نشر، الجزء الثالث عشر(ج13).
11. محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، دار الصابوني للطباعة و النشر و التوزيع، مدينة نصر- القاهرة- مصر، الطبعة الأولى، 2007، الجزء الأول(ج1).
12. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.
13. أحمد نصر الجندي، النفقات و الحضانة و الولاية في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى- مصر، دون طبعة، 2006.

14. بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 2001.
15. محمد سلام مدكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه و مصادره و نظرياته و نظرياته الفقهية، دار الكتاب الحديث، القاهرة- مصر، الطبعة الثانية، 1996.
16. محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت- لبنان، دون طبعة، 1980.
17. محمد رأفت سعيد، مسؤولية الولي و الوصي نحو القاصر، دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع، المنصورة- مصر، الطبعة الأولى، 2002.
18. عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار النفائس للنشر و التوزيع، عمان- الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
19. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، دمشق-سوريا، الطبعة الثانية، 1985، الجزء السابع (ج7).
20. عبلة محمد الكحلوي، البنية و الأبوة في ضوء القرآن الكريم و السنة، دار المعرفة، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
21. أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي الملكية و نظرية العقد، الدار الجامعية، الإسكندرية- مصر، بدون طبعة، 2001.
22. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم للنشر و التوزيع، دمشق- سوريا، الطبعة الثانية، 2004، الجزء الثاني (ج2).
23. حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها و قضاء، دار الأفاق العربية، القاهرة- مصر، الطبعة الأولى، 2001.
24. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغداددي، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
25. القانون (09-08) المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 23 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
26. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة الإسلامية دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، 1977.
27. عمرو عيسى الفقي، الولاية على المال، المكتب الفني للموسوعات القانونية، بور سعيد، القاهرة- مصر، دون طبعة، 1998.
28. بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.

29. نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة دار القلم للنشر و التوزيع، دمشق- سوريا، الطبعة الأولى، 1994.
30. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات مكتبة النهضة، بيروت- لبنان و بغداد- العراق، بدون طبعة أو سنة نشر، الجزء الثاني(ج2).
31. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان- الأردن، الطبعة الأولى، 2009، الجزء الثالث(ج3).
32. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، بدون طبعة، 2004، الجزء الثاني(ج2).
33. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، 2000، الجزء الأول(ج1) مصادر الالتزام، المجلد الأول(م1).
34. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية 1998، الجزء الخامس(ج5).
35. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، الطبعة الأولى 1996.
36. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة السادسة عشر، 1996.
37. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة- الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، الجزء الأول (ج1) التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة.
38. أيث ملويا لحسين بن الشيخ ، قانون الأسرة مفسرا مادة مادة للمبتدئين و الممارسين، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
39. الأمر 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.
40. أيمن ابراهيم ملص، أحكام اليتيم في الإسلام، دار الرسالة العالمية، دمشق-سوريا، الطبعة الأولى، 2010.
41. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة- الجزائر، دون طبعة أو سنة نشر.

42. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
43. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، دمشق-سوريا، الطبعة الثانية، 1985، الجزء الخامس(ج5).
44. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الصفاة- الكويت، الطبعة الثانية، 1990.
45. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، بدون طبعة، 1994.
46. الأمر 66- 156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
47. كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، دون طبعة، 2003.
48. محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، بدون طبعة أو سنة نشر.
49. محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف الإسكندرية-مصر، دون طبعة، 1986.
50. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية، شتات، القاهرة-مصر، و المنشورات الحقوقية صادر، بيروت-لبنان، الطبعة السادسة، 1987، الجزء الأول(ج1)، المدخل للعلوم القانونية و شرح الباب التمهيدي للتقنين المدني.
51. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، الجزء الثاني نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، بدون طبعة أو سنة نشر.
52. رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر، دون طبعة، 2006.
53. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، دمشق-سوريا، الطبعة الثانية، 1985، الجزء الرابع(ج4).
54. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفاة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1992، الجزء السابع و العشرون(ج27).
55. جمال محمود الأكشنة، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، الطبعة الأولى، 2009.
56. زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دون دار نشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.

57. بوضيف عمار، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، دار جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.
58. محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق-سوريا، الطبعة الأولى، 1998، الجزء الثاني(ج2).
59. موفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي (موفق الدين بن قدامة)، المغني، دار عالم الكتب للنشر و التوزيع، الرياض-السعودية، الطبعة الثالثة، 1997، الجزء السادس(ج6).
60. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي(شهاب الدين القرافي) ، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثامن(ج8).
61. عبد المجيد محمود مطلوب،الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة- مصر، الطبعة الثانية، 2004.
62. رمضان علي الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، بدون طبعة، 2003.
63. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، دار المنهاج للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2000، المجلد السادس(م6).
64. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى-مصر، بدون طبعة، 2004.
65. عبد الحميد الأحرش، الولاية على المال بين الثبات و التجديد، مقال منشور بالمجلة الجامعة الصادرة عن كلية القانون بالزاوية، جامعة السابع من أبريل- ليبيا، العدد العاشر، 2008.
66. حسن خالد و عدنان نجا، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، 1972.
67. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفوة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1992، الجزء السابع(ج7).
68. عصام أنور سليم، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، بدون طبعة، 2007.
69. فراس وائل طلب أبو شلخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا في جامعة الخليل- فلسطين، 2008.
70. نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، الأهلية أقسامها، أطوارها، عوارضها وعلاقتها بقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا بجامعة الخليل- فلسطين، 2008.

71. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفوة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1992، الجزء الثالث و الأربعون(ج43).
72. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون طبعة، 1985.
73. المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2006، العدد الثاني.
74. سنقوقة سائح، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد بنصه و شرح و التعليق عليه، و تطبيقه و ما إليه، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة- الجزائر، بدون طبعة، 2011.
75. عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مطابع الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة- المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2002.
76. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ناشرون، عمان- الأردن، الطبعة الثالثة، 2010.
77. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان- الأردن، الطبعة الأولى 2009، الجزء الأول(ج1).
78. محمد بشير الشفقة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم للنشر و التوزيع، دمشق- سوريا، الطبعة الثالثة، 2007، الجزء الثالث (ج3)، فقه الأحوال الشخصية- كتاب النكاح.
79. الصادق عبد الرحمان الغرياني(الصادق الغرياني)، مدونة الفقه المالكي و أدلته، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الثاني(ج2).
80. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، دار المنهاج للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2000، المجلد التاسع(م9).
81. داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
82. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2007.
83. محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الجزء الأول الخطبة و الزواج، دار الشهاب للطباعة و النشر و التوزيع، باتنة- الجزائر، دون طبعة أو سنة نشر.

84. بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، القاهرة- مصر الطبعة الثانية، 1961.
85. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، الزواج، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، الطبعة الأولى، 1984.
86. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، بدون طبعة أو سنة نشر.
87. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات مكتبة النهضة، بيروت- لبنان و بغداد- العراق، بدون طبعة أو سنة نشر، الجزء الأول(ج1).
88. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق- سوريا، الطبعة الثانية، 1968.
89. محمد بشير الشفقة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم للنشر و التوزيع، دمشق- سوريا، الطبعة الثالثة، 2007، الجزء الرابع (ج4)، فقه الأحوال الشخصية- كتاب الطلاق.
90. ساري عطية سالم شايب، سلطة الولي و الوصي في التصرف في أموال القاصر و محاسبتهما، بحث مقدم إلى المؤتمر القضائي الشرعي الأول، المنعقد من 3 إلى 5 سبتمبر 2007 بدائرة قاضي القضاة بالمملكة الأردنية.
91. أحمد الحجى الكردي، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية (الأهلية و الوصية و التركات) لطلاب السنة الثالثة لكليتي الشريعة و القانون، جامعة دمشق- سوريا، 1982.
92. المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1995، العدد الأول.
93. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، 1998، الجزء الرابع (ج4).
94. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2010.
95. عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة- مصر، 1968.
96. محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بدون طبعة، 2002.
97. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان- الأردن، الطبعة الأولى، 2002، الجزء الأول(ج1) مصادر الالتزام، المجلد الأول(م1) نظرية العقد، القسم الثاني مراتب العقد.

98. محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.
99. محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني و تقنين الأسرة، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد رقم 3 لسنة 2001.
100. مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار و الضمان فيه في الفقه الإسلامي، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، دمشق- سوريا، الطبعة الأولى، 1988.
101. علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، موقم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010.
102. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة- الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، الجزء الثاني (ج2) الواقعة القانونية.
103. ليث عبد الأمير محمد رضا صباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
104. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفوة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى 1992، الجزء الحادي عشر(ج11).
105. القانون 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم.
106. الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم.
107. المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1991، العدد الثاني.