

مقدمة

النيابة الشرعية جاءت متضمنة في الكتاب الثاني من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، وسمي قانون الأسرة بذلك لاهتمامه بالأسرة، وفي نطاق عام يتوسع لتشمل أحكامه أفراد الأسرة، ويسمى أيضا بالأحوال الشخصية في قوانين أخرى.

وجاءت النيابة الشرعية باللغة الفرنسية *la représentation légale* بمعنى النيابة القانونية. ويرجع الفقه القانوني المغربي تسمية النيابة الشرعية بذلك إلى المشرع باعتباره من فرضها ونظمها.

والنيابة الشرعية معناها أن ينوب أحد عن الآخر، فإن كان لابد من النيابة فمعناه أن الشخص الذي يناب عنه منعه مانع من أن يقوم بعمله والتصرف. والأصل في النيابة ألا ينوب أحد عن آخر إلا إذا كان أوكله للقيام بعمل لحسابه. فالنيابة القانونية معناه أن يحل الشخص محله آخر بصفة شرعية أو بصفة قانونية.

والاختلاف بين النيابة (الشرعية) في قانون الأسرة والنيابة في القانون المدني أن النائب في القانون المدني لا يستطيع أن ينوب عن الأصل إلا بوكالة منه، ويوكله بإرادته الحرة وحتى دون وجود سبب، لكن النيابة الشرعية في قانون الأسرة لا تحتاج إلى وكالة لأن أساسها القانون، لكن لابد من وجود سبب لهذه النيابة.

المبحث الأول: أسباب النيابة الشرعية

نص المشرع الأسري في المادة 81 على أن من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنونا أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

ويستفاد من هذا النص أن النيابة القانونية تكون متى كان الشخص فاقدا للأهلية (المطلب الأول)، أو ناقصها (المطلب الثاني) إما بسبب صغر السن وإما بسبب عوارض الأهلية.

المطلب الأول: فقدان الأهلية

قد يكون الشخص عديم الأهلية بسبب صغر سنه (الفرع الأول)، وقد يكون عديم الأهلية بسبب عارض من عوارض الأهلية (الفرع الثاني)، وفي الحالتين وضع المشرع لعديم الأهلية أحكاما (الفرع الثالث).

الفرع الأول: انعدام الأهلية بسبب صغر السن

إن السن لا يدخل في معنى العوارض، لأن مشيئة الخالق سبحانه وتعالى اقتضت أن يولد الإنسان صغيرا ثم يكبر، فأمر طبيعي أن يكون الإنسان صغير السن فهذه سنة الحياة، وأما العوارض فسميت عوارض لأنها تطرأ على الإنسان وتعرض له، وهي ليست بالضرورة ملازمة له على الدوام.

المعروف عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن السن التي يستطيع فيها الشخص القيام بالتصرفات هي سن البلوغ، واختلف فقهاء الشريعة حول تحديد سن البلوغ ولكنهم اتفقوا على علامات البلوغ، فإن ظهرت على الشخص علامات البلوغ أصبح راشدا يتحمل كل الواجبات وله كل الحقوق إذا كان متمتعا بقواه العقلية.

والمشرع حدد سن البلوغ وهو ما يعرف قانونا بـ 19 سنة كاملة، فمن لم يبلغ سن الرشد وجب أن يكون هناك من ينوب عنه، والصغر في السن أقل من 19 سنة. فإذا كان السن الأعلى للنيابة الشرعية هو 19 سنة فما هو السن الأدنى لها؟

لم يحدد المشرع السن الأدنى في قانون الأسرة، لذلك فكل من لم يبلغ 19 سنة يعتبر صغيرا في السن، لكن هل يدخل الجنين في هذا؟

يتمتع الجنين بشخصية قانونية حسب رأي بعض الفقهاء القانونيين، وفي قانون الأسرة للجنين الحق في الهبة والميراث. وعليه ما دام له حقوق مالية فوجب أن يكون هناك من ينوب عنه، مع مراعاة أنه لا يستحق ما رصد له من مال إلا إذا ولد حي، إما أن ولد ميت فيعتبر وكأنه لم يكن.

حيث نفرق بين الجنين والشخص العادي في الملكية، فالملكية تكون تامة بالنسبة للشخص العادي وتكون بالنسبة للجنين ملكية معلقة على شرط ولادته حي.

وفي نص المادة 42 من القانون المدني لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن....، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة.

إذن، صغر السن يؤدي إلى إنعدام الأهلية تماما، فالصبي غير المميز وهو الذي لم يبلغ 13 سنة كاملة يعتبر عديم الأهلية وكل تصرفاته باطلة وهو في كل الأحوال مشمول بنظام النيابة الشرعية. لذلك قبل سن التمييز لا ينظر إلى العوارض ويعتبر تلقائيا كل صبي لم يبلغ سن التمييز عديم الأهلية يحتاج إلى من ينوب عنه.

وأشار المشرع في المادة 42 ق.م إلى أن الصبي غير المميز لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه، بمعنى أنه يكتسب حقوقا لكنه لا يستطيع مباشرتها بنفسه، أي أن لديه أهلية وجوب وليست له أهلية أداء؛ فأهلية الوجوب تثبت للناس جميعا بالولادة إلى غاية الموت، وهي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات. أما أهلية الأداء فهي القدرة على تحمل الشخص الحقوق والواجبات بنفس.

إن صغير السن يحق له الميراث ويستحق نصيبه من التركة كاملا، ويدخل في ذمته المالية لأنه يصبح مالكا لنصيبه؛ ذلك لأن لديه أهلية وجوب، ولكنه لا يستطيع أن يبيع بنفسه ما ورثه، بل يجب أن ينوب عنه نائب، ذلك أنه ليس لديه أهلية أداء. وأهلية الأداء هي مناط النيابة الشرعية.

الفرع الثاني: انعدام الأهلية بسبب العوارض

جاء في نص المادة 81 من قانون الأسرة أن من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون، أو عته، أو سفه ينوب عنه قانون ولي، وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.

قد تطرأ على الشخص عوارض ومنها: الجنون، العته، السفه والغفلة، فالمشرع في نص المادة 81 ق. ذكر ثلاثة عوارض وغفل عن الغفلة وهي العارض الرابع. وفي هذه الحالة رغم أن المشرع

في قانون الأسرة يحيل إلى الشريعة الإسلامية بشأن كل ما لا يوجد بشأنه نص، إلا أنه يجب الرجوع إلى القانون المدني لأن أحكام الأهلية تم تنظيمها مناصفة بين القانون المدني وقانون الأسرة.

وجاء في نص المادة 85 من قانون الأسرة أنه تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو الغفلة. وعدم النفاذ هنا سببه انعدام الأهلية.

ويلاحظ أن المشرع الأسري ساوى بين المجنون والمعتوه والسفيه، واعتبرهم جميعا عديمي الأهلية، في حين أن العوارض التي تعدم الأهلية هي الجنون والعته فقط. أما السفه فينقص الأهلية ولا يعدمها وكذلك اعتبره فقهاء الشريعة الإسلامية.

وفي المادة 42 ق.م أنه لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. فهذا النص ذكر عارضين لانعدام الأهلية هما الجنون والعته ولم يذكر السفه، وفي الوقت ذاته جاء في المادة 43 من القانون المدني أن السفه من العوارض التي تعدم الأهلية إلى جانب الغفلة التي لم يذكرها المشرع الأسري، ومنطوق النص أنه "وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

فإذا كان الشخص كامل الأهلية بسبب السن (أي بلغ سن الرشد: 19 سنة كاملة)، ودخل عليه عارض يعدم الأهلية فهو عديم الأهلية لأن العبرة بالعارض، ويشترط للتمتع بكامل الأهلية إضافة إلى بلوغ سن الرشد أن يكون الإنسان متمتعا بكامل قواه العقلية.

فالمجنون هو ذهاب العقل تماما وانعدامه إما انعداماً دائماً أو انعداماً مؤقتاً (جنون منقطع). وأما العته فهو درجة أقل من الجنون قريبة منه، والمعتوه هو شخص قليل الإدراك مختلط الكلام، والقاضي يستعين بالخبرة ليعرف إن كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً.

الفرع الثالث: أحكام عديم الأهلية

ذكر المشرع في المادة 42 من القانون المدني أنه لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو جنون أو عته ...، لكن قد يقدم عديم الأهلية على بعض التصرفات، فما مصيرها في نظر القانون؟

إن عديم الأهلية بسبب صغر السن لا يحجر عليه ومن ثم فتصرفاته باطلة، وهذا ما تم تأكيده بنص المادة 82 ق.أ التي جاء فيها أن من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة.

أما عديم الأهلية بسبب العارض ففرق المشرع الأسري عند التطرق لأحكامه بين حالتين: حالة انعدام حكم بالحجر وحالة وجوده. فإذا انعدم الحكم بالحجر فالأصل أن تصرفات عديم الأهلية بسبب العارض طبقاً لنص المادة 85 ق.أ غير نافذة أي باطلة، لكن بالرجوع للمادة 107 ق.أ نجدها قد ضيقت من دائرة البطلان حيث قصرته على التصرفات التي تكون قبل الحكم بالحجر وتكون فيها أسباب الحجر ظاهرة وفاشية، وفي هذا حماية للغير حسن النية الذي قد يتعامل مع مجنون أو معتوه لا تبدو عليه علامات ذلك. وبمفهوم المخالفة يعني أن التصرفات تكون صحيحة متى صدرت عن عديم الأهلية الذي لا يظهر عليه العارض وقت التصرف.

أما بعد الحكم بالحجر فطبقاً لنص المادة 107 ق.أ تصرفات المحجور عليه باطلة، ولو كانت لا تبدو عليه أسباب الحجر، وسبب هذا الحكم أنه يفترض في من يتعامل مع عديم الأهلية أنه يعلم مسبقاً بالحجر عليه، لأن المادة 106 ق.أ نصت على وجوب نشر الحكم بالحجر للإعلام.

المطلب الثاني: نقصان الأهلية

قد يكون الشخص ناقص الأهلية بسبب صغر سنه (الفرع الأول)، وقد يكون ناقص الأهلية بسبب عارض من عوارض الأهلية (الفرع الثاني)، وفي الحالتين وضع المشرع لناقص الأهلية أحكاما (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نقصان الأهلية بسبب صغر السن

جاء في المادة 42 ق.م أنه يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة، أي أن سن التمييز هو 13 سنة كاملة، وأضافت المادة 43 من ذات القانون أن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.

وهكذا إذا كان الإنسان قد بلغ 13 سنة كاملة ولم يبلغ 19 سنة، يكون في هذه الحالة صبيا مميزا وهي مرحلة التمييز، المرحلة العمرية الثانية والتي تستوجب أيضا خضوع ناقص الأهلية لنظام النيابة الشرعية.

فإذا كان الشخص ناقص الأهلية بسبب السن (أي بعد 13 سنة وقبل 19 سنة)، وأصيب بعارض ينقص الأهلية فهو ناقص أهلية، أما إن أصيب بعارض يعدم الأهلية فيصبح عديم الأهلية ولا عبء بالسن.

الفرع الثاني: نقصان الأهلية بسبب العوارض

لم يحدد المشرع الأسري العوارض التي تنقص الأهلية، ولم يضع أحكاما لناقص الأهلية بسبب العارض، وكأنه لا يعترف إلا بالسن كعامل لنقصان الأهلية، وحتى السفية ذكره مع المجنون والمعتوه وهم عديمي الأهلية، لكن بالرجوع إلى المادة 43 ق.م نجدها تنص على أن كل من بلغ سن الرشد وكان سفيا أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون.

وعليه فالعوارض التي تنقص الأهلية هي السفه والغفلة، فمن أصيب بأحدهما كان نقص الأهلية ولو بلغ من العمر ما يزيد عن 19 سنة كاملة.

يظهر السفه عادة عند التصرف في الأموال، فالسفيه هو من ينفق أمواله على غير المعتاد (يخالف ميزان الرجل العادي). أما ذو الغفلة فهو طيب القلب إلى حد الغفلة، فإن زادت الطيبة عن الحد المعتاد أصبحت غفلة لا طيبة، والشخص في هذه الحالة سيعرض نفسه بتصرفاته؛ لذلك سماه المشرع ضمن ناقصي الأهلية، ووضع لهم أحكاما.

الفرع الثالث: أحكام ناقص الأهلية

نصت المادة 83 ق.أ على أن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

ويلاحظ على هذا النص أنه يضع أحكاما لناقص الأهلية بسبب السن، ولم يضع أحكاما لناقص الأهلية بسبب العارض، لكن من أحسن ما فعل أنه اعتمد في تعريف ناقص الأهلية على المادة 43 ق.م، وهذه الأخيرة تعتبر السفه والغافل ناقصي أهلية كمن بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، لأجل ذلك يشتركان في الأحكام أيضا.

وعليه تصرفات الصبي المميز تخضع إلى ثلاثة أحكام:

1- **تصرفات نافعة:** تثري الذمة المالية له، أو تنقص التزاما على عاتقه حتى وإن لم تزيد في ذمته المالية (كأن يعفى من دين)، فهي إما زيادة في الحقوق أو إنقاص من الإلتزامات. والتصرفات النافعة صحيحة وتكون نافذة، لأنها تصب في مصلحة القاصر.

2- **تصرفات ضارة:** وهي التصرفات التي تنقص من ذمته المالية أو تزيد من التزاماته. وهذه تعتبر باطلة، كونها تضر بالقاصر ضررا محضا.

3- تصرفات مترددة بين النفع والضرر: وهي في العادة تأت في إطار عقود المعاوضة، ولا يمكن أن يتبين ضررها من نفعها إلا بالغ عاقل، لذلك جعلها المشرع متوقفة على إجازة النائب الشرعي. فللولي أو من يحل محله السلطة التقديرية في إجازة التصرف أو إبطاله، فإن رآه مفيد يجيزه وإن رآه ضار يبطله. ولم يحدد المشرع معيار النفع والضرر بل تركه لسلطة الولي التقديرية.

المبحث الثاني: الولاية

الولاية تنقسم إلى قسمين ولاية قاصرة وولاية متعديّة، كما تنقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال، وموضوع النيابة الشرعية هو الولاية على المال وليس الولاية على النفس.

المطلب الأول: ماهية الولاية

نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة الولاية في الفصل الثاني المعنون بالولاية، من الكتاب الثاني المعنون بالنيابة الشرعية، في المواد من 87 إلى 91.

الفرع الأول: من هو الولي؟

كانت المادة 87 ق.أ قبل تعديلها في 2005 تنص على أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. حيث كانت المادة تتكون من فقرة واحدة قبل أن تتم بفقرتين أخريتين. فقد نصت الفقرة الثانية المضافة بموجب تعديل 2005 على أنه في حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

أما الفقرة الثالثة المضافة بتعديل 2005 فنصت على أنه في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

ويستفاد من المادة 87 بفقراتها الثلاث أن الولي هو الأب، وفي حالة وفاته أو غيابه أو حصول مانع له فالولي الأم، وفي حال الطلاق يتم تعيين الولي بحسب إسناد الحضانة، حيث يمكن أن يكون

الولي في هذه الحالة غير الأب والأم، لأن الحضانة قد تكون لغيرهما، وهنا ربط المشرع الأسري الولاية بالحضانة تقوم بقيامها وتنتقل بانتقالها.

الفرع الثاني: ترتيب مستحقي الولاية

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في ترتيب الأولياء بعد الأب، وكانت هناك اجتهادات لكل مذهب فقهي، غير أن المشرع الجزائري لم يتقيد بشيء من ذلك.

وسنستعرض آراء فقهاء المذاهب لنقف على ما ذهب إليه المشرع الجزائري وكيف عالج المسألة.

أولاً: في المذهب المالكي، يثبت المالكية الولاية للأب ثم لوصي الأب ثم القاضي ثم وصي القاضي (الأب هو ولي القاصر بصفة طبيعية، وإذا أوصى لغيره بأبنائه فيعتبر هذا الموصى له وصي الأب؛ أما وصي القاضي فهو المقدم)، والمالكية لا يعترفون بالجد في الولاية والوصاية.

ثانياً: في المذهب الشافعي، تكون الولاية على مال الصغير لدى الشافعية للأب ثم للجد، (والأم في قول لهم)، ثم وصي الأب ثم وصي الجد، لأن الشافعي ينزل الجد منزلة الأب، وعليه تنتقل الولاية بعد الأب للجد ولو بوجود وصي الأب.

ثالثاً: في المذهب الحنفي، تكون الولاية على مال الصغير لدى الحنفية للأب ابتداءً، ثم لوصيه، ثم لوصي وصيه، ثم للجد ثم لوصي الجد ثم لوصي وصيه، ثم للقاضي ثم لوصيه.

رابعاً: في المذهب الحنبلي، الحنابلة مثل المالكية، الولاية عندهم للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم لوصي القاضي، ولا يثبت الحنابلة الولاية للجد.

خامساً: موقف المشرع الجزائري: يثبت المشرع الأسري الولاية للأب بعد غياب الأب أو وفاته أو حصول مانع له، ويثبت الولاية لمن أسندت له الحضانة في حال الطلاق. ولم يذكر المشرع الأسري الجد عند ترتيب الأولياء في المادة 87 ق.أ، لكنه ذكره في المادة 92 من ذات القانون عند الحديث

عن الوصي، حيث أعطى للجد إمكانية تعيين وصي، والمفروض أن فاقد الشيء لا يعطيه، فالجد لا تثبت له الولاية ومع ذلك أعطاه المشرع حق تعيين وصي. والملاحظ لدى المذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية أن الفقهاء لا يعطون الجد حق تعيين الوصي إلا بعد أن يعطونه حق الولاية. لذلك كان على المشرع الأسري أن يجعل الجد مع الأولياء في المادة 87.

ومن جهة أخرى يلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري أعطى للأم الولاية بعد الأب مخالفا في ذلك جمهور الفقهاء، حيث لم يثبت فقهاء المذاهب الولاية للأم إلا قول للشافعية أثبت لها الولاية بعد الجد. ويرى بعض الحنفية وبعض المالكية أنه يمكن للأم أن تكون وصية على أبنائها، وهو عكس ما ذهب إليه المشرع الأسري الذي جعل للأم محل الأب بقوة القانون دون حاجة إلى وصية.

الفرع الثالث: انتقال الولاية من الأب إلى غيره

تنتقل الولاية حسب ما نص عليه المشرع الأسري من الأب إلى غيره، في حالة وفاة الأب (أولا) وفي حالة غيابه أو حصول مانع له (ثانيا)، وكذلك في حالة الطلاق (ثالثا).

أولا: انتقال الولاية إلى غير الأب بعد وفاته: أشار المشرع إلى أنه في حال وفاة الأب محل الأم محله قانونا؛ وهنا الأم لا تحتاج إلى حكم قضائي للحلول محل الأب، كما أنها ليست في حاجة إلى وصية من الأب، وهذا ما عبر عنه المشرع الأسري بقوله "تحل محله قانونا". والأم متى تولت الولاية تكون لها جميع الصلاحيات التي كانت للأب لأن النص لم يقيد، والأصل هو الإطلاق مالم يوجد نص يقيد المطلق. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع استعمل كلمة الوفاة وكان الأحسن استعمال كلمة الموت للدلالة على الموت الطبيعي والموت الحكمي أيضا.

ثانيا: انتقال الولاية إلى غير الأب في حالة غيابه أو حصول مانع له: إن غياب الأب معناه عدم وجوده بالبيت الأسري، وهذا غياب مادي، لكن المشرع لم يضع معايير لتحديد هذا الغياب، فغياب يومين ليس كغياب شهرين أو سنتين، وغياب مبرر للعمل أو لسبب جدي آخر ليس كغياب دون سبب؛ كما قد يكون الأب حاضرا بالبيت الأسري لكنه متخليا عن التزاماته الأبوية، وهذا غياب

معنوي، فهل يعتد المشرع بالغياب المعنوي، وهل يحق للأب القيام بالأمر المستعجلة والأب موجود جسدياً، وكيف لها أن تثبت هذا الغياب المعنوي؟

إن الغياب المعنوي هو حصول المانع للأب، أي أنه موجود جسداً لكنه لا يستطيع القيام بمهام الولاية بسبب مرضه أو لأي سبب آخر، ولذلك فإن إثبات الغياب المعنوي يكون بإثبات المانع بكافة طرق الإثبات؛ وأما مدة الغياب سواء كان غياب مادي أو معنوي فإنها هي الأخرى مرتبطة بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، فكلما كان الأمر مستعجلاً لا يقبل انتظار مدة الغياب، فإن هذا الغياب معتبر ولو قصرت مدته طالما أنه يؤثر على الأمر المستعجل.

وهكذا تنتقل الولاية حسب المشرع في حالة غياب الأب أو حصول مانع له إلى الأم بقوة القانون، لكن صلاحياتها مقيدة، حيث حصرها المشرع في الأمور المستعجلة، وهنا يثور التساؤل حول المقصود بالأمور المستعجلة.

إن القاضي هو الذي يقرر إن كان الأمر مستعجلاً أم لا بمعيار الرجل العادي، ولكن الأم ليست في حاجة إلى أن تعرض كل مسألة على القاضي ليميز المستعجل من غيره، لذلك فالتقدير الأول يكون للأب، وإن حصل نزاع فيعرض الأمر على القاضي.

ويعتبر الأمر مستعجلاً إذا كان تأخيره ينجر عنه ضرر يمس بمصالح الطفل المالية، أي أن كل أمر من أمور الأولاد المالية لا يقبل التأخير لحين عودة الأب أو انتفاء المانع عنه، يعتبر أمراً مستعجلاً وتقوم به الأم فوراً.

ويطرح تساؤل آخر حول مصير الأمور غير المستعجلة، هل تترك للأب حتى عودته من غيابه أو حتى يزول المانع؟

الأصل أن حصر مهمة الأم في نطاق الأمور المستعجلة يفيد بمفهوم المخالفة أن الأمور غير المستعجلة تترك للأب لحين عودته، غير أن الولاية متعلقة بمصلحة القاصر، لذلك إذا خافت

الأم على مال القاصر من الضياع-ولو على المدى البعيد- يرفع الأمر إلى القاضي فيأذن للأم للتصرف في الأمور غير المستعجلة أو يعين مساعد للولي (الأم) للقيام بهذه الأمور.

ثالثا: انتقال الولاية إلى غير الأب في حالة الطلاق: جاء في الفقرة الثالثة من المادة 87 ق.أ أنه في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، والمشرع من خلال هذه الفقرة أراد تفادي الخلاف الذي كان قائما بين الأب من جهة باعتباره ولي للمحضون والأم أو غيرها باعتبارها حاضنة المحضون تتولى تربيته دون ولايته؛ فمن باب تخفيف حدة الخلاف من جهة، ومن باب المساواة بين الرجل والمرأة من جهة أخرى منح المشرع الولاية لمن أسندت له الحضانة سواء كان ذكرا أو أنثى.

لم ينص المشرع بشكل صريح على انتقال الحضانة إلى الأم في حالة الطلاق وإنما أشار لانتقالها لمن أسندت له الحضانة، والحضانة قد تسند للأم، كما قد تسند لغيرها. جاء في المادة 64 ق.أ أن الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك. وهكذا نرى أن ترتيب الأولياء يتغير في حالة الطلاق، فيصبح الأب ثانيا بعد الأم وتكون ولايته مقيدة بشرط استحقاقه الحضانة، فالولاية في الطلاق تتبع الحضانة، وعليه هناك أشخاص تثبت لهم الولاية استثناء في حالة الطلاق فقط هم الجدة لأم والجدة لأب والخالة والعمة.

وما يعاب على المشرع في هذه الحالة أنه لم يذكر أي دور استشاري للأب، فقد يرى مصالح أبنائه معرضة للضياع ولا يستطيع التدخل بسبب أنه لا يملك الولاية، وبغض النظر عن الطريق القضائي كان بإمكان المشرع أن يشرك في مجلس عائلي الأب والأم -وإن كانا مطلقين- وبعض الأقارب ممن يستحقون الحضانة، فيقرر هذا المجلس ما يراه مناسبا بشأن أموال القاصر.

المطلب الثاني: مسؤولية الولي وحدودها

أعطى المشرع الأسري للولي صلاحيات واسعة بشأن تسيير أموال القاصر والتصرف فيها، وعلى قدر هذه الصلاحيات تكون المسؤولية كذلك (الفرع الأول)، ورغم تشديد المسؤولية إلا أن المشرع خوفاً على مصالح القاصر اشترط على الولي الحصول على الإذن القضائي في بعض التصرفات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسؤولية الولي

جاء في المادة 88 ق.أ أنه على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام.

إن المشرع وهو بصدد تحديد مسؤولية الولي لم يكتفِ بعناية الرجل العادي (ليس بالحريص الذي يبذل عناية فائقة وليس بالمهمل المتهاون، بل هو الرجل الذي يقوم بما يقوم به عامة الناس دون إهمال)، بل اشترط عناية الرجل الحريص (هو الذي يبذل عناية فوق العادة)، فالولي له ولاية قاصرة على نفسه وولاية متعدية على غيره (القاصر)؛ فيحاسب في الولاية القاصرة بمعيار الرجل العادي ويحاسب في الولاية المتعدية بمعيار الرجل الحريص، أي عليه بدل عناية فائقة (أكثر من المعتاد) وهذا مراعاة لمصلحة القاصر، لأن الولي قد يكون الأب أو الأم أو حتى الجدة أو العمة أو الخالة، أو وصي أو مقدم يعينه القاضي.

إن المطلوب من الولي أن ينمي أموال القاصر لا أن يحافظ عليها فقط؛ والخطأ في جانب الولي مفترض لمصلحة القاصر، وعلى الولي يقع عبأ إثبات العكس.

الفرع الثاني: شرط الإذن القضائي في بعض التصرفات

جاء في المادة 2/88 ق.أ، أنه على الولي أن يستأذن القاضي في تصرفات معينة تم تحديدها في هذه المادة، والإذن القضائي هنا وجوبي يسبق التصرف، وشرط لازم لصحة تصرف الولي. ويشمل طلب الإذن القضائي التصرفات التالية:

أولاً: بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة: اشترط المشرع الجزائري في هذه التصرفات الواردة على العقار ضرورة الحصول على الإذن القضائي، وحسنا ما فعل لأن العقار في الأصل يعتبر ثروة، وإن كان هذا ليس دائماً، إنما العبرة بقيمته. وقد أشار المشرع إلى أربع تصرفات ترد على العقار وهي البيع والقسمة والرهن وإجراء المصالحة، فهل هذا يعني أن باقي التصرفات الواردة على العقار لا تخضع للإذن القضائي؟ إن التقيد بحرفية النص الواضح تجعلنا نقول أن الإذن شرط للتصرفات التي ذكرها المشرع فقط، لكن مراعاة مصلحة القاصر تفترض أن أي تصرف يماثل في قيمته التصرفات المذكورة يجب أن يخضع للإذن القضائي.

أما المشرع المغربي فلم يحدد التصرف المشروط فيه الإذن بالنوع، وإنما حدده بالقيمة بغض النظر إن كان المتصرف فيه عقار أو منقول، لأن المشرع المغربي افترض أن العقار قد يكون بلا قيمة، وأن هناك منقولات قد تكون لها قيمة كبيرة، لذلك لم يستثن أي تصرف، بل المهم أن تبلغ قيمته حداً معيناً؛ وهذا اختيار حسن.

ثانياً: بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة: إن معيار الأهمية غير محدد، لذلك تبقى السلطة تقديرية للقاضي، لكن القاضي لا يفصل إلا بمناسبة عرض نزاع، فكيف يميز الولي المنقولات ذات الأهمية الخاصة من غيرها.

إن أهمية المنقول تختلف حسب اختلاف الشخص، فما هو مهم للقاصر قد لا يكون مهم في نظر الولي، وما يراه الولي غير مهم قد يراه القاضي مهماً، لذلك كان على المشرع أن يحدد

المنقولات ذات الأهمية الخاصة عن طريق التنظيم، أو يضبطها بقيمة معينة على أنه يمكن أن يعدل في هذه القيمة زيادة ونقصانا بحسب الأوضاع الإقتصادية خصوصا.

ثالثا: استثمار أموال القاصر: حدد المشرع طرق استثمار أموال القاصر الواجب استئذان القاضي بشأنها، وهي الاستثمار بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في شركة. والاستثمار يعني وجود عنصر الخطر، والخطر هو احتمال الربح أو الخسارة، لذلك فاشتراط إذن القاضي أمر مقبول.

رابعا: إيجار عقار القاصر: واشتراط فيه المشرع أن تزيد مدته عن ثلاث سنوات، فإن كانت أقل من ذلك فلا يحتاج الولي إلى إذن قضائي إلا إذا كان الإيجار يمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد؛ فمثلا إذا قام الولي بإيجار عقار القاصر لمدة سنتين ونصف وكان ذلك قبل بلوغ القاصر لسن الرشد بستة أشهر، فالمفروض أنه مراعاة لمدة الإيجار والتي هي أقل من ثلاث سنوات لا يحتاج الولي إلى إذن، لكن لأنه سيبقى من الإيجار ما مدته سنتين بعد بلوغ القاصر سن الرشد فإن التصرف في حاجة إلى إذن قضائي.

الفرع الثالث: معايير منح الإذن القضائي للولي

جاء في المادة 89 ق.أ أنه على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني. فهكذا حدد المشرع للقاضي معايير ينبغي احترامها في منح الإذن القضائي للولي ليتصرف في أموال القاصر في الحالات التي تحتاج إلى إذن، وأول هذه المعايير مراعاة الضرورة والمصلحة، وثانيا أن يباع العقار بالمزاد العلني.

أولا: مراعاة الضرورة والمصلحة: أن تكون هناك ضرورة معناه هناك حاجة للقيام بذلك التصرف، وأما المصلحة فهي الفائدة أو الغرض المرجو من وراء ذلك التصرف. وربط المشرع بين الضرورة والمصلحة بحرف العطف "الواو" مما يفيد الجمع، أي أن القاضي يراعي الضرورة والمصلحة معا.

ويفترض أن المصلحة تبرر الضرورة، وليس ضروريا وجود الضرورة لتوجد المصلحة، ولكن إن وجدت الضرورة فلا بد أن تكون هناك مصلحة. مثال ذلك، قاصر لديه عقار وأراد الولي بيعه لينتفع القاصر بثمنه، فإن كان للقاصر أموال أخرى يقات منها فهنا لا وجود للضرورة رغم وجود المصلحة، أما إن نفذت الأموال التي ينفق منها على القاصر فيضطر الولي لبيع العقار لوجود المصلحة والضرورة معا.

ثانيا: بيع العقار بالمزاد العلني: إن البيع بالمزاد العلني إجراء متبع في بيع الأموال العامة، وقد ارتقى المشرع بأموال القاصر العقارية إلى مرتبة الأموال العامة مراعاة لمصلحته، لأنه في المزاد العلني يفترض أن يباع الشيء بأعلى سعر ممكن، وهذا يضمن الحصول على فائدة أكبر. والعبرة كذلك من تقرير البيع بالمزاد العلني لعقار القاصر هي أن يكون البيع مضبوطا بإجراءات قانونية لا يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الثالث: انتهاء وظيفة الولي

حدد المشرع الأسري أربع حالات لانتهاء وظيفة الولي وهي العجز، الموت، الحجر على الولي وإسقاط الولاية عنه.

الفرع الأول: انتهاء وظيفة الولي لعجزه

إن الولي قد يصبح عاجزا عن ممارسة وظيفته، ومن ثم لا مبرر لبقاءه، غير أن هناك نوعين من العجز، عجز كلي يستوجب عزل الولي وعجز جزئي يمكن فيه إبقاء الولي في وظيفته مع ضرورة تعيين مساعد له، فالولي هو الأحرص على مصلحة القاصر خصوصا إذا كان أما أو أبا. والمشرع الجزائري لم يبين نوع العجز المطلوب، ولم يتحدث للأسف عن إمكانية تعيين مساعد للولي، بل كل ما جاء به في باب المساعدة للولي هو أنه أشار إلى إمكانية تعيين متصرف خاص إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، وهذا لا علاقة له بالعجز.

وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع العجز، فتنتهي وظيفة الولي حتى مع العجز الجزئي، وفي هذا تجاهل للولي وتعطيل لمصالح القاصر، فكان الأولى التنصيص على إمكانية تعيين مساعد على أن تبقى السلطة تقديرية للقاضي في كل ذلك.

الفرع الثاني: انتهاء وظيفة الولي بموته

تنتهي وظيفة الولي بموته، والهاء ضمير الغائب تعود على الولي أي بموت الولي، والولاية تنتهي كذلك بموت القاصر وهذا ما لم يشر إليه المشرع رغم أنه ذكر في المادة 96 ق.أ، أن مهمة الوصي تنتهي بموت القاصر، فلا يعقل أن ينهي موت القاصر وظيفة الوصي ولا ينهي وظيفة الولي.

استعمل المشرع عبارة "موت الولي"، وهي تفيد الموت الطبيعي (الوفاة) والموت الحكمي (صدور حكم قضائي بموت المفقود)، ومعلوم أن الحكم بموت المفقود لا يكون إلا بعد أربع سنوات من الحكم بالفقد كأقل تقدير، وهنا يطرح التساؤل حول مصير وظيفة الولي المفقود خلال فترة التحري.

إنه لا شك أن وظيفة الولي تنتهي بإعلانه مفقودا، ويمكن اعتبار ذلك في باب العجز أو في باب الغياب أو هما معا، فالولي المفقود غائب وعاجز عن تسيير وإدارة مصالح القاصر، لكن من الذي يتولى النيابة الشرعية خلال فترة فقده؟

جاء في المادة 111 ق.أ، أنه على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود...، فهل يتولى هذا المقدم تسيير أموال القاصر ابن المفقود أيضا؟

إن المقدم المذكور في المادة 111 أعلاه عين لتسيير أموال المفقود لا أموال القاصر، ولأن القاصر قد تكون له أم فتتولى الولاية بقوة القانون لغياب الأب، لذلك يتبع في تسيير أموال القاصر عند فقدان الولي نظام النيابة الشرعية من ترتيب للأولياء ومراعاة للحالات ثم الوصاية والتقديم. فمن

الممكن أن نتصور في نفس الوقت وجود مقدم على أموال الولي المفقود ومقدم آخر على أموال القاصر عند انعدام الولي والوصي.

الفرع الثالث: انتهاء وظيفة الولي بالحجر عليه

لا يكون الحجر على الولي إلا بوجود سبب للحجر، وأسباب الحجر وردت في المادة 101 ق.أ، والتي جاء فيها أن من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه.

إن الحجر يفيد وجود عارض يعدم أهلية الولي، فلا يمكن لعدم أهلية أن يتولى تسيير أموال القاصر، ومعلوم أن الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي. والتساؤل الذي يطرح هنا هو ماذا لو أصيب الولي بعارض يعدم أهليته ولم يكن هناك حكم بالحجر عليه؟

إن انتظار الحكم بالحجر قد يطول، فتبقى أموال القاصر عند ولي عديم أهلية فيتصرف فيها ولا يحسن التدبير ثم لا يمكن مساءلته لاحقاً، لذلك كان الأولى أن ينص المشرع على أن وظيفة الولي تنتهي بزوال أهليته دون انتظار الحكم بالحجر، لأن فقدان الأهلية تلقائي والحجر لا يكون إلا بحكم. وكان يمكن للمشرع أن ينشأ مجلس العائلة الذي يبلغ عن فقدان أهلية الولي، ويتولى أمور القاصر لغاية صدور الحكم بالحجر.

وفي ظل النقص التشريعي المذكور، يمكن القول أن حالة زوال أهلية الولي دون وجود حكم بالحجر تتطابق مع حالة عجز الولي، فتنتهي وظيفته لعجزه بسبب زوال أهليته.

والحديث عن أهلية الولي يستدعي الحديث عن أهلية القاصر كسبب لانتهاء الولاية وهو ما لم يذكره المشرع رغم أنه قرره في باب الوصاية، فتنتهي وظيفة الولي ببلوغ القاصر سن الرشد، أو بترشيده.

أما الحجر على الولي بسبب الإفلاس التجاري، فإنه لا يمنع الولي من التصرف في أموال القاصر، لأن الغرض من هذا الحجر هو غل يد المفلس عن التصرف في أمواله التي تعتبر ضمانا للوفاء بديونه.

الفرع الرابع: انتهاء وظيفة الولي بإسقاط الولاية عنه

بإقرار المشرع إسقاط الولاية فإنه يؤكد أن الولي ليس دائما أهلا للولاية، غير أن المشرع لم يحدد شروط إسقاطها كما أنه لم يحدد سابقا شروط الولي عكس ما فعل مع الوصي.

ولأن إسقاط الولاية يكون بحكم قضائي، ولأن القاضي ليس له معيار يستند عليه في ذلك كان على المشرع تحديد شروط الولي، وترتيب إسقاط الولاية على الإخلال بها.

نصت المادة 453 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يقدم طلب إنهاء الولاية على القاصر من قبل أحد الوالدين أو النيابة وكل من يهمله الأمر. كما نصت المادة 473 من ذات القانون على أنه إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر.

والتقصير الذي يؤدي لإنهاء الولاية المذكور في المادة 473 أعلاه، يتوافق مع ما قرره المشرع في قانون الأسرة بشأن الوصي في المادة 96 من أنه يعزل إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر.

ومن جهة أخرى ينص التشريع الجنائي على إسقاط السلطة الأبوية في حال ارتكاب جنائية أوجحة على الأولاد.