حماية أموال الطفل بين النقص التشريعي وضرورة التعديل

غربي صورية♦

الملخص :

نظرا لنقص قدرات الطفل وتفكيره المحدود جعل المشرع في قانون الأسرة عدة مواد تحمي الطفل ومن بينها النيابة الشرعية، لأن حقوقه ومصالحه يتم إدارتها من طرف الغير تحت نظام يسمى بالولاية والذي تكلم عنه المشرع في قانون الأسرة من المادة 81 إلى المادة 125 منه. إلا أن اهتمام المشرع بالطفل في أمواله لم يظهر جليا ومفصلا مقارنة باهتمامه بمسائل الزواج و الطلاق، فتنظيم المشرع لأحكام الولاية على المال لم يكن بصفة واضحة وشاملة وذلك في عدة نقاط .

وعليه، ما هي النقائص التي جعلت قانون الأسرة مقصرا في حماية أموال الطفل، وما هي البدائل التي تدعم المواد التي جاء بها المشرع؟

الكلمات المفتاحية : طفل، حماية، نيابة شرعية، إشكالات، ثغرات، تعديل .

Résumé :

Face à l'inaptitude de l'enfant et de ses limites, le législateur a adopté un certain nombre de dispositions au sein du code de la famille afin de protéger l'enfant du fait que ses droits et ses intérêts sont administrés par une tierce personne sous une institution dite de tutelle. Cette dernière a fait l'objet des articles de 81 à 125 du code de la

♦ أستاذة مؤقتة بالمركز الجامعي بوشعيب بلحاج، عين تموشنت، طالبة سنة أولى دكتوراه قانون خاص.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

famille. Néanmoins, l'intérêt que porte le législateur sur les biens de l'enfant reste insuffisant comparativement aux questions de mariage et de divorce. C'est dire que la réglementation de la tutelle sur les biens de l'enfant demeure lacunaire, voire éphémère sur plusieurs questions.

Par conséquent, quelles sont les lacunes rendant le législateur familial négligent quant à la protection des biens de l'enfant, et quelles alternatives peut-on suggérer à cet égard ?

Mots clés : Enfant, protection, représentation légale, lacunes, amendement.

Abstract :

In the face of the inaptitude of the child and his limits, the legislator adopted a number of capacities within the code of the family to protect the child of the fact that his rights and his interests are administered by a third person under a said institution of guardianship. The latter was the object of articles from 81 to 125 of the code of the family. Nevertheless, the interest which wears the legislator the properties of the child remains insufficient compared with the questions of marriage and divorce. It is to say that the regulations of the guardianship on the properties of the child remain incomplete, even short-lived on several questions.

Consequently, which are the gaps making the family legislator careless as for the protection of the properties of the child, and which alternatives we can?

Key words: Child, protection, protection, lawful, gaps, amendment.

مقدمة

تعتبر الطفولة مستقبل البشرية ومصدر قوتها الحقيقية، فبصلاحها يصلح المجتمع ونظرا لنقص قدرات الطفل وتفكيره المحدود لكونه إما عديم الأهلية أو ناقصها، جعل المشرع في قانون الأسرة عدة مواد تحمي الطفل ومن بينها النيابة الشرعية، لأن حقوقه ومصالحه يتم

www.manaraa.com

إدارتها من طرف الغير تحت نظام يسمى بالولاية والذي تكلم عنه المشرع في قانون الأسرة من المادة 81 ق.أ إلى المادة 125 ق.أ، وهو ما نصت عليه المادة 44 من القانون المدني على أنه: " يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون.

إلا أن اهتمام المشرع بالطفل من الناحية المالية لم يظهر جليا ومفصلا مقارنة باهتمامه بمسائل الزواج والطلاق، لكونه وقع في عدة إشكالات جعلت الحماية المالية للطفل أحيانا ناقصة وأحيانا متناقضة مما يجعل أموال الطفل محل طمع وتبذير من طرف الأشخاص غير المؤهلين لإدارتها

وعليه ما هي هذه الإشكالات التي تنقص من حماية المشرع الأسري لأموال الطفل؟ وما هي البدائل القانونية لها؟

المبحث الأول : إشكالات الولاية على مال الطفل

إن الغرض من الولاية هو حماية أموال القاصر، وذلك بأن يقوم شخص مقام القاصر مباشرة التصرفات القانونية، التي لا يستطيع الانفراد بالقيام بها لانعدام أو نقص أهليته، ولما كانت الولاية حماية للقاصر فهي لا تثبت إلا لأشخاص محصورين محددين في القانون، قام بترتيبهم المشرع حسب القدرة والشفقة، إلا أنه وقع في تناقضات و سهو مما رتب إشكالات أثرت في حماية الطفل بداية بإشكال ولاية الأم **(المطلب الأول)** مرورا بإشكال ولاية الجد**(المطلب الثاني)** وأخيرا إشكال الوصي **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: إشكالية ولاية الأم على الطفل القاصر

تنص المادة 87 ق.أ على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد .

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

ولا خلاف بين فقهاء الشريعة، أن أولى الناس بإدارة أموال القاصر و العناية بها هو الأب، وهذه الولاية ذاتية أصلية يستمدها الأب من القانون دون الحاجة لأن يمنحها له غيره، لكن يشترط فيه أن يكون حيا حاضرا، ولم يحصل له مانع يحول بينه وبين مقتضيات الولاية[1].

ويتضح من خلال هذه المادة أنه في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد طبقا للمادة 3/87 ق.أ والذي قد يكون الأب أو الأم أو غيرهما من الأشخاص الواردين في المادة 64 ق.أ و التي تنص: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وهذا يعني أن الأم ستكون ولية على مال ابنها القاصر رغم وجود الأب حيا وبدون مانع، و هذا مخالف لما جاء به الفقه الإسلامي لكونه لم يعترف للأم بالولاية ولا حتى الوصاية إذا كان الأب موجودا وغير عاجز، خاصة وأن النفقة في هذه الحالة ستبقى على الأب طبقا للمادة 75 ق.أ والتي تنص : " تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال ، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول ."

[1]– أنظر، محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج.2، دار هومه، الجزائر، 2011 ص.602.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فبالنسبة لجمهور الفقهاء[1] لم يعترفوا للأم بالولاية وإنما اعترفوا لها بالوصاية وبعد وفاة الأب[1]، لكن مع ذلك هناك رأيا واحدا وهو رأي بعض الشافعية الذين يمنحون الولاية على مال القاصر للأم لكن بعد الأب والجد[2]، فما بالك أثناء حياته .

[1]– وهم كل من المالكية والحنفية والحنابلة والشافعية.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة كما قلنا في ولاية الأم على صغيرها إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: رأى بأن للأم في ولاية صغيرها ولاية التحصيل لا التصرف وهذا ما ذهب إليه الحنفية؛ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 6، ط. 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.590.

فلا يمكن لها أن تتولى التصرف في مال القاصر بل لابد من رجل أن يتولاها، وولاية التحصيل التي تثبت لها ما هي إلا ضرورة لقضاء حاجات الصغير المستعجلة تطبيقا لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.2، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.س.ن، ص.229.

القسم الثاني: ويرى بأنه ليس للأم ولاية في مال صغيرها مطلقا وهذا ما ذهب إليه الشافعية في قول والحنابلة؛ أبي اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،ج.5، ط.1، دار القلم، سوريا، 1996، ص.325 ؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج. 5، ط. 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.324؛ حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسة للنشر، السعودية، 1420 هـ، ص.661.

القسم الثالث: ويرى بأن الأم لها الولاية على مال صغيرها مطلقا بعد الأب والجد وهذا ما ذهب إليه الشافعية في قول ورواية عند الإمام أحمد؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.5، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.363؛ ابن المفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج.4، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ–2003م، ص. 337 .

وقد استدلوا بقوله تعالى في سورة البقرة الآية 233: "وَ الوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمّ الرّضَاعَةَ وَعَلَىْ المَوْلُوْدِ لَهُ رِزْقُهُنّ وَكِسْوَتُهُنّ بِالمَعْرُوفِ"، فوجه الدلالة هنا هو أن الله سبحانه وتعالى قد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد استدل الجمهور بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام: " ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن، فقيل يا رسول الله ما نقصان عقلها، قال: أليست شهادة المرأتين بشهادة الرجل قيل يا رسول الله ما نقصان دينها، قال: ليست إذا

أوجب النفقة للأم والمولود وتتولى الأم تحصيل هذه النفقة وبالتالي التصرف وبالتأكيد لا تستطيع التصرف إلا إذا أصبحت ولية على المال؛ أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، المرجع السابق، ص.111.

وكذلك استدلوا بقوله تعالى في الآية 35 من آل عمران: "إِذْ قَالَتِ امْرَأَتُ عِمْرَانَ رَبِ إِنِي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَرًا فَتَقَبَلْ مِنِي إِنَكَ أَنتَ السَمِيعُ العَلِيمُ"، وفي هذه الآية دليل على أن للأم ضربا من الولاية على الولد في تأديبه وتعليمه وإمساكه وتربيته ولولا أنها تملك ذلك لما نذرته في ولدها، واستدلوا كذلك بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام لهند زوج أبي سفيان السابق ذكره والذي اعتبره هذا القسم دليل على تصرف المرأة في النفقة؛ نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث، مصر، 2009، ص.70.

القسم الرابع: ويرى بأنّ للأم التصرف في الشيء اليسير لا في الشيء الكثير وهذا ما ذهب إليه المالكية، وقد استدل بخصوص ولاية الأم على مال صغيرها إذا كان يسيرا بأدلة المجيزين للولاية وعدم ولايتها على المال الكثير بأدلة المانعين لولاية الأم مطلقا؛ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن، د.س.ن، ص. 236؛ حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، ط.1، مكتبة الوفاء القانوني، مصر، 2011 ، ص.220- 224.

[1]- أنظر، أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بليدة، 2009، ع.1، ص.85.

[2]- أنظر، سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.125.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حاضت لم تصلي ولم تصم"[1]، وقوله سبحانه وتعالى:" وَلَا تُؤتُواْ السّفَهَاءَ أَمـوَالَكُمُ التِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِيَمَا وَارْزقُوهُمْ فِيْهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مّعْرُوفًا"[2] .

فلا ولاية للأم عند جمهور الفقهاء لأن الولاية على المال لا تبنى على الشفقة وحدها وإنما تبنى على كمال النظرة والقوة والخبرة في شؤون المال، والأم ليست كذلك لأنها امرأة والمرأة ناقصة عقل ودين وضعيفة النظر وليس لديها من الخبرة ما يؤهلها لولاية المال[3].

كما أنه لا يجوز للأم تولي مال صغيرها قياسا على عدم صحة ولايتها في عقد النكاح، ولكون المال معرض للخيانة وما عدا الأب و الجد والوصي والحاكم ليس مأمونا على المال[4].

ويمكن أن يفهم من خلال ما جاء به المشرع الجزائري ، أنه أراد من جهة أن يوفق بين المادة 87 ق.أ والمادة 76 ق.أ[5] والتي تعطي واجب النفقة على الأم بعد الأب، فما دام أن الأم في المادة 76 ق.أ تحل في المرتبة الثانية بعد الأب في النفقة على القاصر، فمن باب أولى أن تكون في المرتبة الثانية في الولاية على مال القاصر .

[1]– أنظر، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم و سننه وأيامه، الحديث من كِتَاب الْإِيمَانِ، باب الحث على الصدقة وأفعال البر،ج.2 ، ط.1، المطبعة السلفية ومكتبتها، مصر، 1403هـ، ص.253.

[2]– سورة النساء الآية 5.

[3]- أنظر، محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012، ص.67.

[4]– أنظر، حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011، ص.223.

[5]– تنص المادة 76: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك."

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن جهة أخرى المشرع أراد أن يجعل المادة 87 ق.أ توافق أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة[1]، خاصة المادة 16 الفقرة (و) والتي تقضي بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم أو ما شابه، وفي جميع الأحوال التي تكون مصالح الأطفال هي الراجحة[2].

وبحسب اعتقادنا أنّ ولاية الأم بعد الأب في محلها لأنه حتى ولو كانت غير قادرة على إدارة أموال القاصر، فإن الولاية لن تكون مطلقة وإنما تخضع لرقابة القاضي، ويظهر ذلك في اشتراط القانون إذن المحكمة في بعض التصرفات الهامة .

وحتى القضاء هو الآخر أكد في العديد من قراراته، على أحقية الأم بالولاية بعد الأب وأثناء حياته في حالة الطلاق كقرارها بتاريخ 23 ديسمبر 1997 و الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله و في حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون .

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القاصر و مصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"[3].

[1]– صدرت هذه الاتفاقية بتاريخ 18 ديسمبر 1979 وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96–51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، ع.6، الصادر في 24 يناير 1996.

[2]– أنظر، ناصر الدين ماروك، القانون الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر، 2000، ع.3، ص.263.

[3]– أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش ، 1997/12/23، ملف رقم 187692، م.ق، 1997، ع.1، ص.53.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذلك قرارها بتاريخ 14 جانفي2009 والذي جاء فيه: "إن قضاة الاستئناف عندما قضوا بإسناد حضانة الطفل "ع" لأمه الطاعنة دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا لأحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه "[1] .

ومن خلال هذه القرارات يتضح أن الترتيب المنصوص عليه في المادة 87 ق.أ اجباري، فلا يمكن للقاضي أن يقصي الأم من ولاية ابنها القاصر ما لم يثبت أن ولاية الأم فيها ضرر لمصالح القاصر .

لكن رغم هذه الحماية المتمثلة في منح الولاية للأم بحسب اعتقادنا، إلا أن القانون لم يمنح لها حق اختيار وصي لولدها في المادة 92 ق.أ، و هذا في الحقيقة غير منطقي وغير مفهوم لأن المشرع في ترتيب الولاية الأصلية في المادة 87 ق.أ قد اعترف للأم بالولاية، ولا يتصور أن تسيّر الأم و تدير أموال ابنها القاصر، ولا تستطيع اختيار وصي يحل محلها بعد وفاتها، و يكون أمين على مال ولدها .

وعليه، من المستحسن لو أن المشرع يعدل كل من المادة 87 و 92 من قانون الأسرة، فيعدل المادة 87 ق.أ بحيث يضع لنا حد للغموض و العمومية التي جاء بها المشرع

[1]– أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 476515، م.ق، 2009، ع.1، ص.267؛ باديس ذيابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.85؛ سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013–2014، ص.149.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في هذه المادة، ويحدد لنا ما إذا كانت هذه المادة تشمل فقط الولاية على المال أم تدخل ضمنها الولاية على النفس[1].

كذلك هناك اشكال آخر والمتمثل في أن المشرع قد حصر في المادة 87 ق.أ حلول الأم محل الأب في الولاية فقط في حالة الوفاة، ونحن نعلم أن الوفاة ليست الحالة الوحيدة التي تنهي وظيفة الولي وإنما هناك حالات أخرى قد نصت عليها المادة 91 ق.أ، لذلك نقترح أن تكون المادة 87 ق.أ كالتالي: "يكون الأب وليا على أموال أولاده القصر، وفي حالة وفاة الأب أو فقدان أهليته أو غير ذلك من الأسباب التي تنهي ولايته تحل الأم محله قانونا .

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

ويعدل المشرع كذلك المادة 92 ق.أ بحيث يدخل أم القاصر ضمن الأشخاص الذين لهم الحق في اختيار وصي على مال القاصر .

هذا بالنسبة لإشكالية الأم، إلا أنه هناك إشكال آخر جعل المشرع يقع في سهو وتناقض في مواده وهو مشكل ولاية الجد الذي سنراه في المطلب الموالي .

المطلب الثاني: إشكالية ولاية الجد

ليس هناك نص صريح في القانون الجزائري يعترف فيه المشرع بالولاية الأصلية للجد، لأن المادة 87 ق.أ تكلمت فقط عن الأب و الأم، لكن مع ذلك قد حاول المشرع

[1]– أنظر، جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع.1، ص. 45.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استدراك هذا الفراغ في المادة 92 ق.أ و التي تنص: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية..."[1].

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد اعترف للجد بالولاية، لأنه من له سلطة اختيار الولي من باب أولى أن تكون له سلطة الولاية على مال القاصر، لكن هذا الخلط يطرح لنا إشكال آخر، وهو هل الجد في هذه الحالة يأتي بعد ترتيب الأب والأم أم بعد الوصي ؟

وفي هذا السياق، هناك من يرى بأن الجد يأتي بعد الأبوين[2]، لكن الأستاذ محمد سعيد جعفور جعل ترتيبه بعد الأبوين تحت شرط، وهو ألا يكون الأب قبل موته قد اختار لصغيره وصيا، وإلا تقدم الوصي المختار عن الجد الصحيح[3].

ومع ذلك هناك من يبرر هذا الخلط بالضغوطات التي مورست من قبل الجماعات التي كانت وراء تعديل 2005[4]، لكن في الحقيقة لا يوجد أي تفسير يمكن به فهم هذا التناقض، لأن عمل المشرع في تنظيم أحكام الولاية و الوصاية كان نوعا ما عشوائيا بحيث أخذ البعض من الشريعة الإسلامية والبعض الآخر من القانون الفرنسي دون أن يتحكم في التناقض الموجود بينهما[5].

[1]– وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا بأن" الجد يصبح بحكم المادة 92 ق.أ وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين "؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/05/17 ، ملف رقم 363790 ، م.ق، 2006، ع.2، ص.461.

[2]– أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.85.

[3]– محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص.602.

[4]– أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.84.

[5]– أنظر، عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.72.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة للقضاء فقد جاء بتفسير مغاير للمادة 92 ق.أ، بحيث اعتبر الجد وصيا على أموال القاصر في حالة غياب الأب والأم، رغم أن المادة صريحة في أن للجد الحق في تعيين وصي وليس أن يكون وصي، و هذا ما جاء في اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 17 ماي 2006 : "يصبح الجد بحكم المادة 92 ق.أ، وصيا على الولد القاصر اليتيم الأبوين .

ولما كان – في قضية الحال– أن النزاع المعروض يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 ق.أ على اعتبار أن الولد القاصر ليست له أم و لا أب و بحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة"[1].

ومن خلال هذا القرار يتضح حسب اعتقادنا أن القضاء قد جاء برأي وسط بين المادة 87 ق.أ والمادة 92 ق.أ، بحيث اعتبر هذا الاختلاط ليس اعتراف المشرع للجد بالولاية من طرف المشـرع و إنما اعتراف له بالوصاية على أساس أن له الحق في تعيين الوصي، وهذا في الحقيقة أكثر منطقية لكون أن المشرع الجزائري لم يعترف للجد بالولاية في المادة 87 و لو رجعنا إلى الفقه الإسلامي نجده اختلف حول ولاية الجد لذلك نحن نؤيد بحق ما جاء به القضاء الجزائري .

بالإضافة إلى إشكالية الجد هناك إشكال آخر أو في الحقيقة سهو خطير قد يضر بمصلحة الطفل وقع فيه المشرع الجزائري في قانون الأسرة و هذا ما سنراه في المطلي الموالي .

المطلب الثالث: إشكالية الوصي

الوصي هو الشخص الذي يختاره الأب أو الجد قبل موته وصيا على أولاده الصغار[1]، و قد نص المشرع على الأشخاص المسموح لهم في اختيار الوصي في المـادة

[1]– أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2006/05/17، ملف رقم 363794، م.م.ع، 2006، ع.2، ص.461.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

92 ق.أ والتي تنص على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن لـه أم تتولى أمـوره أو تثبت عدم أهليتها"[2].

وعليه، الأشخاص الذين لهم الحق في اختيار الوصي هم كل من الأب والجد، فالأب باتفاق الفقه والقانون[3] يعتبر الأقدر على اختيار الوصي الأحسن والأصلح للوصاية على ولده القاصر[4].

أما بالنسبة للجد، فقد اختلف الفقه الإسلامي حول اختياره للوصي، فالحنفية[5]و الشافعية[6] أعطوا للجد الحق في اختيار الوصي للقاصر، أما المالكية[1] والحنابلة[2] فلم يمنحوا له حق اختيار الوصي لأنه لا يستطيع أن يكون وليا على مال القاصر[3].

---

[1]– أنظر، عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص.44؛ سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.149.

[2]– تقابلها المادة 1/28 من قانون الولاية على المال المصري: "يجوز للأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن، ويجوز ذلك أيضا للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة الثالثة ".

[3]– كالمشرع السوري في المادة 1/175 والتي نصت صراحة على أنه يجوز للأب و للجد عند فقدان الأب أن يقيم وصيا مختارا لولده القاصر أو الحمل وله أن يرجع عن إيصائه؛ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص.162.

والمشرع المغربي في المادة 1/37 من مدونة الأسرة المغربية : "يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه".

[4]– أنظر، عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية، 2005، ص.44.

[5]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع ...، ج.5، المرجع السابق، ص.155.

[6]– أنظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.24، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص.22–23.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أضف إلى كل هذا، ينتج عن اختيار وإقامة الوصي علاقة عقدية بين الموصي والوصي، لأنه يتم بإيجاب من الموصي وقبول من الوصي، والإيجاب في هذا العقد يكون صراحة على عكس القبول الذي يمكن أن يكون صراحة أو ضمنا[4].

ويجب الإشارة، إلى أن المشرع لم يتكلم عن كيفية إثبات هذه الوصاية حتى يمكن تثبيتها من طرف القاضي، وعليه يمكن إثباتها بأي طريقة سواء كانت بورقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود .

وهذا في الحقيقة أمر خطير لأنه يعتبر ثغرة قد تسمح بالتلاعب بأموال القاصر بحيث تسمح لأصحاب النفوس الضعيفة و الطامعة في أموال الطفل بالتلاعب بالشخص الوصي عن طريق اقتراح أشخاص غير أكفاء لإدارة أموال الطفل .

لذلك من المستحسن تدارك هذا السهو من طرف المشرع لحماية الطفل، وذلك بأن يكون إثبات وصاية الأب أو الجد بورقة رسمية أو عرفية، و هو ما جاء به المشرع المصري بحيث جعل إثبات اختيار الوصي يكون إما بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب فيها، أو مكتوب بخطه و موقعة بإمضائه، و يكون العدول عن الاختيار بإتباع نفس الإجراءات[5].

---

[1]– أنظر، عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج.5، ط.2، دار الفكر، 1398 هـ الموافق لـ 1978 مـ، ص.390.

[2]– أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج.6، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص.142.

[3]– عبد الله محمد سعيد ربابعة، المرجع السابق، ص.45.

[4]– أنظر،جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص.106.

[5]– المادة 28 من قانون الولاية على المال المصري: " يشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه و موقعة بإمضائه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني: إشكالات في إدارة أموال الطفل

لقد قام المشرع حماية للطفل بتحديد التصرفات التي يجب على الولي أن يأخذ فيها إذن القاضي، بحيث جعل للولي نوعين من السلطات، سلطات له الحرية بالتصرف فيها دون الحاجة إلى إذن القاضي، وسلطات مقيدة بإذن القاضي، لكن رغم ذلك وقع المشرع في إشكالات جعلت حماية المشرع للطفل نوعا ما ناقصة وأحيانا متناقضة خاصة فيما يتعلق بترشيد القاصر في قانون الأسرة **(المطلب الأول)**، ومشكل الإجازة و الإبطال بين قانون الأسرة و القانون المدني **(المطلب الثاني)**، بالإضافة إلى إشكالية بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة **(المطلب الثالث)** .

المطلب الأول: إشكالية ترشيد القاصر في قانون الأسرة

تنص المادة 84 ق.أ على أنه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

ومن خلال هذا النص، يتضح أنه يجوز للقاضي أن يأذن للقاصر الذي بلغ سن التمييز وهو 13 سنة أن يتصرف في أمواله الخاصة بناء على طلب من له مصلحة، وهو ما يسمى بالترشيد .وطبقا لنص هذه المادة، لا يمكن أن يستفيد القاصر من الإذن بالتصرف في أمواله كلها أو جزء منها إلا وفق الشروط التالية :

1.- يجب أن يبلغ القاصر سن التمييز وهو 13 سنة، فالشخص ببلوغه هذه السن بحسب المادة 84 ق.أ يصبح له القدرة على حسن التصرف والإدارة، لكونه يفهم معنى التصرفات من بيع وشراء وإيجار ...الخ. بحيث يصبح المميز متساويا مع كامل

ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارهما و تعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأهلية في تصرفاته، فتصبح تصرفاته المالية صحيحة ومنتجة لآثارها، بعد أن كان المميز عديم الأهلية و كل تصرفاته باطلة بطلان مطلق، دون أن يمر بفترة زمنية بين سن التمييز وسن الرشد ليكتسب من خلالها شيئا من الخبرة[1].

ومن المستحسن لو يحدد المشرع الجزائري سنا معينة للترشيد تكون ما بين 16 سنة وسن الرشد 19 سنة، كما جاء في المادة 3/218 من مدونة الأسرة المغربية و التي حددت سن الترشيد بـ 16 سنة والتي تنص: "إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره ، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده"، وكذلك المادة 60 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين والتي حددت سن الترشيد بـ 17 سنة والتي تنص على أنه :"للقاضي ترشيد القاصر إذا أتم السابعة عشرة من عمره وثبت حسن تصرفه "، وحتى سن 15 سنة مناسب للترشيد كما جاء في المادة 154 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية[2] حيث قررت بأنه: " للقاضي ترشيد القاصر إذا أتم الخامسة عشرة من عمره، وثبت حسن تصرفه ".

فحماية القاصر حسب اعتقادنا تقتضي أن تكون هناك فترة بين التمييز والترشيد، يحاول من خلالها الولي أو الوصي أو كل من له مصلحة تدريب القاصر من الناحية النظرية على الأمور التي سيرشد فيها من جهة؛ وأن سن 13 سنة أو 14 سنة صغيرة جدا لتكليف القاصر وترشيده من جهة أخرى. لأنه لا يمكن تصور القاصر البالغ من العمر 13 سنة يرشد مباشرة[3]، بل وأن تصبح تصرفاته التي كانت باطلة بطلانا مطلقا في الأمس، صحيحة اليوم ويستطيع أن يبرم كل التصرفات ولو كانت ضارة به ضررا محضا، بل و

[1]– أنظر، محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة بن عكنون، 1982، ص.254.

[2]– القرار رقم 105–د 6–1408/8/17 هـ–1988/4/4م، المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة.

[3]– دليلة سلامي، المرجع السابق، ص.131.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تكون هذه التصرفات صحيحة نهائيا، وهو الانتقاد الذي وجهه الأستاذ علي علي سليمان للمادة 84 ق.أ[1].

2.- أن يُقَدَم الإذن للقاصر بالتصرف أمام قاضي شؤون الأسرة، من طرف كل شخص له مصلحة في تصرف القاصر بأمواله، والذي يكون إما وليه أو وصيه باعتبارهم أصحاب الشأن في رعاية القاصر ورعاية أمواله[2].

3.- أن تظهر في القاصر علامات القدرة وحسن التصرف، ويرجع تقدير ذلك إلى القاضي بحيث يقوم هذا الأخير بإجراء تحقيق كامل حتى يتأكد من قدرة واستعداد القاصر لمباشرة تلك التصرفات مراعيا في ذلك بعض الاعتبارات، لأنه ليس كل شخص بالغ سن التمييز قادرا على تحمل ما يتحمله الشخص البالغ[3].

المطلب الثاني: إشكالية الإجازة والإبطال بين القانون المدني و قانون الأسرة

وهو ما تنص عليه المادة 83 ق.أ: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 ق.م تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ".

[1]- أنظر، علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص.267.

[2]- أنظر، الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.200.

[3]- محمد بوعمرة، المرجع السابق، ص.68.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالمشرع في قانون الأسرة جعل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر[1]، موقوفة إلى حين إجازتها من طرف الولي، وهذا مستمد من فقه الشريعة الإسلامية، ومن بعض القوانين

[1]– وتقسم تصرفات الصبي المميز إلى أقسام ثلاثة وهي تصرفات نافعة نفعا محضا، وتصرفات ضارة ضررا محضا، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر:

1– التصرفات النافعة نفعا محضا: وهي التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ذمة القاصر من غير مقابل، كقبول الوصية والهبة ...إلخ؛ محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002، ص.14.

ويجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في المادة 83 ق.أ لم يوصف لنا التصرف النافع بالمحض، بل اكتفى بالقول بأنها نافعة له على عكس ما ورد على لسان فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري في نص المادة 111 منه الذين دققوا في وصفها. وهذا يعتبر سهو من طرف المشرع الجزائري ومن الأفضل أن يتداركه، لأنه يفتح مجال للتفسير الواسع للنص وبالتالي إمكانية إدراج بعض التصرفات التي قد لا تكون نافعة للقاصر نفعا محضا؛ البختي هبالي ومحمد العماري، تصرفات الصبي المميز، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2005–2008، ص.20.

2– التصرفات الضارة ضررا محضا: والتصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك القاصر من غير مقابل، وأهم مثال لها هي التبرعات بجميع أنواعها. ومن ثمّ التصرفات الضارة هي التي من شأنها أن تنشأ في جانب الصبي المميز التزاما دون أن تكسبه حقا، أي هي التي تخرج من ذمته مالا دون عوض أو تسقط له حقا في ذمة الغير؛ محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية ...، المرجع السابق، ص.21.

3– التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر: وهي تلك التصرفات التي يحتمل أن تكون نافعة للشخص ومحققا مصلحة له، ويحتمل أن يكون ضارا به يفوت عليه مصلحة، بحيث إما يترتب عليه التزاما بدون مقابل أو ينجم عنه خسارة مالية للقاصر ومن أمثلتها: البيع والشراء والاستئجار والرهن... إلخ؛ محمد سعيد جعفور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه ، الجزائر ، 2002، ص.14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العربية كالقانون الأردني في المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية[1] والقانون المغربي في المادة 225 من مدونة الأسرة[2].

غير أن المشرع الجزائري عند معالجته لهذه النقطة، قد وقع في تناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة، فالتصرف الدائر بين النفع والضرر يعتبر قابل للإبطال في القانون المدني. وللقاصر الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، طبقا للمواد 99[3] و100[4] و101[5] ق.م، وموقوف على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة، لكن أيهما يحقق حماية للقاصر؟ .

[1]– تنص المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: " تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعًا محضًا وباطلة متى كانت ضارة ضررًا محضا.

ب– أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد"؛ القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، ج.ر، رقم 5809، الصادر في 17 أكتوبر 2010.

[2]– تنص المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية: " تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

1– تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا؛

2– تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛

3– يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي".

[3]– المادة 99ق.م : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الأخر أن يتمسك بهذا الحق ".

[4]– المادة 100 ق.م: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير."

[5]– المادة 101 ق.م:" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس(5) سنوات.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في الحقيقة كلاهما يحقق حماية للقاصر؛ فبالنسبة للقانون المدني، يعتبر إعطاء القاصر حق طلب إبطال التصرف المتردد بين النفع والضرر الذي أجراه في فترة قصره حماية له[1]. وإذا مارس هذا الحق يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها، ولا يلتزم القاصر إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد وفقا للمادة 103 ق.م[2].

أما بخصوص قانون الأسرة[3]، فحمايته كانت أكبر من القانون المدني فهي تكون من ناحيتين، الأولى تتمثل في أن وقف التصرف يسمح للقاصر بأن يكتسب خبرة وتجربة كبيرة

ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

وتقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة 1304 و التي تنص:

« Dans tous les cas ou l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.
Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour ou elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol , du jour ou ils ont été découverts.
Le temps ne court, à l'égard das actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation … »

[1]– محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين ....، المرجع السابق، ص.45.

[2]– المادة 103 ق.م: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل.

غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به".

وتقابلها المادة 1312 قانون مدني فرنسي:

« Lorsque les mineurs ou les majeurs en tutelle sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, payé pendant la minorité ou la tutelle, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit. »

[3]– والعقد الموقوف هو عقد نشأ صحيحا ولكنه موقوف النفاذ إلى حين إجازته من طرف من له صفة النائب عن القاصر قبل بلوغه سن الرشد، أو من القاصر بعد اكتمال أهليته؛ رقية أحمد داود، التصرفات المالية لعديم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لمعرفة أحوال الناس و نتائج المعاملات ، وهذا كله يهيئه بأن يكون شخص رشيد يستطيع الاعتماد على نفسه[1].

أما الثانية، فتتمثل في أن الوقف يعد سدا لباب الضرر عن القاصر، لأن هذا الأخير مهما كان يعتبر شخص ضعيف وناقص في عقله، ولا يستطيع تقدير العواقب مثل الشخص البالغ و الراشد .

لذلك حتى لا يتضرر القاصر، يتم وقف التصرف بحيث لا يصبح نافذا حتى يتم تقديره من طرف شخص راشد وهو الولي أو الوصي، فإذا كان يحقق للقاصر مصلحة يجيزه و يصبح نافذا، أما إذا كان لا يحقق مصلحة له فلا يجيزه ، وهذا على عكس القابلية للإبطال التي جاء بها القانون المدني والتي تعتبر العقد نافذا، إلا أنه مهددا بالإبطال ذلك أن الوقاية خير من العلاج[2].

لكن القاضي في هذه الحالة سيكون في حيرة، فماذا يطبق على تصرف القاصر ؟ هل يطبق القانون المدني أم قانون الأسرة ؟

وفي الحقيقة على القاضي حسب رأينا أن يطبق قانون الأسرة لعدة أسباب، وتتمثل بداية فيما ينص عليه القانون المدني في المادة 79 منه حيث جاء فيها " تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية

وناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع.8، ص.09؛ نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2014، ع.20، ص.261؛ الموقع: www.majalah.new.ma

[1]– محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين ....، المرجع السابق، ص.83.

[2]– أنظر، محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص.95؛ محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين ....، المرجع السابق، ص.85.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنصوص عليها في قانون الأسرة"، وبالتالي كل ما يتعلق بالقاصر يطبق عليه قانون الأسرة، بالإضافة إلى ما نص عليه المشرع في آخر مادة من قانون الأسرة، بحيث ألغى جميع الأحكام المخالفة لقانون الأسرة في المادة 223 ق.أ والتي تنص على أنه: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون ".

أضف إلى ذلك، يرى محمد سعيد جعفور "أننا بصدد تعارض بين نصين قانونيين مختلفين، يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، وطالما أن هذين الحكمين واردان في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة، فإننا نرى اعتبار النص الأحدث وهو نص المادة 83 ق.أ الصادر في 1984، ناسخا للنص الأقدم وهو نص المادة 101 من القانون المدني الصادر في 1975، فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية إعمالا للمبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة"[1].

لذلك من المستحسن لو يوحد المشرع بين القانونين بما يتناسب مع المادة 83 ق.أ لتحقيق حماية أكبر للقاصر، بالإضافة إلى تعديل المادة 83 ق.أ بحيث تصبح كالتالي :

"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43ق.م، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا و باطلة إذا كانت ضارة به ضررا محضا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي قبل بلوغ القاصر سن الرشد، و إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد .

ويجب أن يستعمل خيار الإجازة و الإقرار أو الرد خلال سنة واحدة و إلا أعتبر نافذا، و يبدأ سريان هذه المدة من وقت علم الولي أو الوصي بصدور العقد أو من وقت بلوغ القاصر سن الرشد".

[1]– محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية ...، المرجع السابق، ص.32-33.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا التعديل للمادة 83 ق.أ نقترحه بناء على ما جاء به محمد سعيد جعفور، ووفقا للاعتبارات التالية :

1.- أن المشرع جعل الإجازة فقط من الولي أو الوصي دون ذكر إجازة القاصر المميز بعد أن يصبح راشدا، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد له الحق في إجازة التصرف الموقوف لكون الولي أو الوصي لم يسبق له أن بتّ في التصرف بالإجازة أو الرفض في فترة قصور القاصر .

2.- أن كلمة إجازة ليست في محلها لأن الولي أو الوصي أجنبيان عن العقد، وهما يقرا العقد لا يجيزانه .

3.- أن المشرع جعل المدة التي يستطيع فيها القاصر المميز بعد اكتمال أهليته، ممارسة حقه في طلب الإبطال طبقا للمادة 101 ق.م طويلة، وهي 5 سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد[1].

المطلب الثالث: إشكالية بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة

لم يحدد المشرع في المادة 2/88 من قانون الأسرة معيارا معينا لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة، بسبب اختلاف مستوى الطبقات الاجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند غيره ذو أهمية[2].

[1]- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون ....، المرجع السابق، ص.84-85؛ جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.63.

[2]- دليلة سلامي، المرجع السابق، ص.110-111.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لكن مع ذلك يمكن إعطاء بعض الأمثلة عن المنقولات التي تعتبر ذات قيمة، كأسهم البورصات و الحقوق المعنوية، كحق الملكية الصناعية و التجارية و الأدبية و كذلك المحلات التجارية... إلخ[1].

لذلك، وتفاديا لكل هذا من الأفضل لو يضع المشرع الجزائري حد أدنى لقيمة المنقول، حتى يعتبر ذي أهمية خاصة يستوجب إذن القاضي بشأن بيعه. كما أن عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة، يجعل الولي مقيدا بإذن القاضي في بيع أي منقول مهما كانت قيمته[2].

كما أن المشرع لم يبين لنا كيف يتم بيع منقول القاصر، خاصة و أن المادة 89 ق.أ متناقضة في محتوياتها بين النص العربي والنص الفرنسي. فالنص العربي بين كيفية بيع عقار القاصر، بأن يتم في المزاد العلني دون ذكر المنقول، مما يفهم منه أن المنقول يباع بمجرد الحصول على إذن القاضي، لكن نجد النص الفرنسي مخالفا للنص العربي حيث يقضي بأن يتم البيع بالمزاد العلني، دون أن يفرق بين العقار والمنقول، بحيث أخضعهما لحكم واحد وهو الحصول على الإذن، وخضوعهما لإجراءات المزاد العلني، حيث جاء فيها :

« Le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur, sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques ».

وفي هذه الحالة يكون القاضي في مشكل حول تطبيق المادة 89 ق.أ هل يطبق النص العربي أم النص الفرنسي؟ خاصة وأن الدستور ينص صراحة في المادة 03 منه على أن: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية"، أضف إلى ذلك أن النسخة الأصلية

[1]– أنظر، عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.77.

[2]– أنظر، علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، ع.3، ص.78.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للجريدة الرسمية هي باللغة العربية وترجمتها هي باللغة الفرنسية ، ومن ثَّم في حالة الخلاف يتم الرجوع إلى النص العربي[1].

وفي الحقيقة، نعتقد أن النص الفرنسي يعد أكثر حماية للقاصر من النص العربي، لأنه من الناحية الواقعية هناك عدة منقولات تفوق قيمتها قيمة العقار، وتحتاج لبيعها في المزاد العلني و لعل هذه هي نية المشرع في النص الفرنسي للمادة 89 ق.أ .

الخاتمة :

وصفوة القول، نعتقد أن حماية المشرع للطفل في مجال الولاية على المال لم تكن كما هو مطلوب، لكونه وقع في نقائص جعلت حمايته للطفل ناقصة، لذلك كنا نأمل لو وضع المشرع قانون خاص بالطفل يفصل في مجال الولاية على المال مع العلم أن القانون الخاص بالطفل الجزائري الجديد جاء خالي من المواد الخاصة بالولاية على المال.

قائمة المراجع

أولا– المراجع العامة :

-1أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم وسننه و أيامه، الحديث من كِتَاب الْإِيمَانِ، باب الحث على الصدقة وأفعال البر ،ج.2 ، ط.1، المطبعة السلفية و مكتبتها، مصر ، 1403ه .

-2 ابن المفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج.4، دار عالم الكتب، الرياض، 1423ه–2003م .

-3 أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج.2، ط.1 ، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.س.ن .

-4 أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009 .

[1]- رقية أحمد داود، الحماية القانونية للطفل ...، المرجع السابق، ص.120.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-5 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.200 .

-6باديس ذيابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دار الهدى، الجزائر، 2012 .

-7 حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسة للنشر، السعودية، 1420 هـ .

-8حامد أحمد محمد حسن، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011 .

-9عبد الله محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج.5، ط.2، دار الفكر، 1398 هـ الموافق . 1978 مـ ، ص.390 .

-10علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 6، ط. 2، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003 .

-11علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج. 5، ط. 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن .

-12علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992 ، ص.267 .

-13محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج.2، دار هومه، الجزائر، 2011، ص.602 .

-14محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000،

-15موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج.6، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997 .

-16شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج.5 ، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-17شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن، د.س.ن .

-18نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث، مصر، 2009 .

ثانيا- المراجع المتخصصة:

-1حامد أحمد محمد حسن ، أحكام الأمومة في الفقه الإسلامي، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2011 .

-2 سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010 .

-3 محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012 .

-4 محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002، ص.14 .

ثالثا- أطروحات الدكتوراه ومذكرات الماجستير :

-1جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006 .

-2 عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003 .

3- عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، 2005 .

4- سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013-2014 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

5- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة بن عكنون، 1982.

رابعا- المقالات والتعاليق :

-1أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد حلب، بليدة، 2009، ع.1 .

-2 جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع.1 .

-3 رقية أحمد داود، التصرفات المالية لعديم وناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع.8 .

-4 علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، ع.3 .

-5 ناصر الدين ماروك، القانون الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر، 2000 ، ع.3 .

-6 نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2014، ع.20 الموقع : www.majalah.new.ma

خامسا- النصوص القانونية :

-1 الاتفاقية بتاريخ 18 ديسمبر 1979 و صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، ع.6، الصادر في 24 يناير 1996 .

-2 القرار رقم 105-د 6-1408/8/17 هـ-1988/4/4م، المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة .

-3 القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، ج.ر، رقم 5809، الصادر في 17 أكتوبر 2010 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-2 عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003 .

-3 عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003 .

-4 عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، 2005 .

-6 سمية بوكايس، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2013-2014 .

-7 محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة بن عكنون، 1982.

رابعا- المقالات والتعاليق :

-1أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد حلب، بليدة، 2009، ع.1 .

-2 جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع.1 .

-3 رقية أحمد داود، التصرفات المالية لعديم وناقص الأهلية بسبب الاختلال العقلي في الشريعة والقانون، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ع.8 .

-4 علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، ع.3 .

-5 ناصر الدين ماروك، القانون الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، دورية في الثقافة الإسلامية، الجزائر، 2000 ، ع.3 .

-6 نجيم عامر، الإجازة كشرط لنفاذ تصرفات القاصر في أمواله، مجلة الفقه والقانون، مجلة الكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2014، ع.20 الموقع : www.majalah.new.ma

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خامسا– النصوص القانونية :

-1 الاتفاقية بتاريخ 18 ديسمبر 1979 و صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96–51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر، ع.6، الصادر في 24 يناير 1996 .

-2 القرار رقم 105–د 6–1408/8/17 هـ–1988/4/4م، المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة .

-3 القانون رقم 36 لسنة 2010 المعدل للقانون رقم 61 لسنة 1976 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، ج.ر، رقم 5809، الصادر في 17 أكتوبر 2010 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com