الرقابة القضائية على امتياز الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة: عن الولاية والوصاية *

د . نجومن "م" قندوز سناء
قسم التعليم الأساسي للحقوق،
كليّة الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

Dr. NEDJOUMENE Née GUENDOUZ Sana
Département des enseignements de base en droit,
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université A. Mira Bejaia, 06000 Bejaia – Algérie.

الملخص:

تعتبر كلا من الولاية والوصاية من أهم الحقوق غير المالية في مسائل شؤون الأسرة، لذا ضبط المشرع ممارستها بمجموعة من الشروط وأخضع هذه الممارسة لرقابة القاضي، الذي يملك سلطة تقديرية واسعة لحماية القاصر من تصرفات الولي أو الوصي الضارة بمصالحه، حيث يتدخل القاضي للتأكد من مدى توافر شروط الممارسة ومنح الإذن في حالات معينة للقيام ببعض التصرفات القانونية التي قد تضر بمصلحة القاصر، وإذا ثبت للقاضي تعارض مصالح كل من الولي والوصي مع مصالح القاصر أسقط النيابة عنه، كما يمكن الحكم عليه بالتعويض إذا نتج عن أفعال النائب ضرر للقاصر، وذلك دون الإخلال بالعقوبات الجزائية التي قد يتعرض لها إذا ثبت أنّ أفعاله تلك تكون جريمة.

الكلمات الدالة:

الولاية، الوصاية، النيابة الشرعية، القاصر، الحماية القضائية للقاصر.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/04/18 وتمّ تحكيمه بتاريخ 2016/04/24 وقُبل للنّشر بتاريخ 2016/05/02.

Le contrôle judiciaire sur les droits non financiers dans les affaires de famille : la tutelle et la tutelle testamentaire

Résumé :

La tutelle et la tutelle testamentaire sont les droits non financiers les plus importants dans les affaires de famille, dont le législateur a exigé une gamme de conditions et soumis de tels actes au contrôle du juge qui dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour protéger les mineurs contre les actions néfastes du tuteur. Le juge intervient pour assurer de la disponibilité des conditions pratiques et octroi l'autorisation dans certains cas, et il peut procéder à la cession de l'administration du tuteur s'il constate un conflit entre les intérêts du tuteur et celles du mineur, comme il peut se statuer sur l'indemnisation si le résultat des actions de représentant ont entrainé des dommages au mineur, en plus des sanctions pénales si ces actions forme un crime.

Mots clés:

La tutelle, la tutelle testamentaire, la représentation légale, le mineur, la protection judiciaire du mineur.

Judicial control over the franchise rights of non-financial issues in the affairs of the family : to the guardianship and testamentary guardianship

Abstract:

Testamentary guardianship and trusteeship are the most important rights of non-financial issues in family matters which Parliament has demanded a range of conditions and subject this practice to judicial review , which has a wide discretion to protect minors against the detrimental actions of the guardian, the judge intervened to ensure the availability of their conditions and the granting of authorization in some cases and if it is proved to the judge a conflict between the interests of the guardian and those of minor stops the tutor's administration as he can judge for compensation if the result of the trained representative actions for damages to the minor, without prejudiced criminal penalties that could be incurred if it is proved that these actions form a crime.

Keywords:

guardianship, testamentary guardianship , legal representation , the minor, the judicial protection of minors

مقدمة

لقد أقرت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حماية خاصة للقاصر من كل أشكال الاعتداء، وأوكلوا النظر في أمورهم وتدبيرها إلى كل من يهتم بها ويحفظها ويتصرف فيها بما يحقق مصلحتهم، فالحفاظ على حقوقهم المدنية والمالية مطلب ديني واجتماعي وإنساني[1]، وقد منحت هذه القوانين صلاحيات واسعة للقاضي باعتباره حامي الحقوق، لضمان تفعيل هذه الحماية بالتدخل وإحكام سلطته التقديرية في كل ما يتعلق بالقاصر أو الطفل.

إنّ النيابة الشرعية في شقيها الأساسيين الولاية والوصاية[2] في مفهوم المادة 81 من قانون الأسرة تتعلق بتعيين نواب قانونيين من أولياء وأوصياء لرعاية مصالح القصر، والقيام نيابة عنهم بالتصرفات القانونية التي تتطلبها هذه المصالح، وتقع هذه النيابة على القاصر الذي لم تكتمل أهليته، وبالتالي لا تشمل الولاية والوصاية النيابة على الطفل فقط أو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني (الذي حدده المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني ب19 سنة)[3]، إنّما تشمل أيضا النيابة على ناقص الأهلية وفاقدها بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الحجر.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري[4] على بعض الحقوق غير المالية[5] المشتركة بين عدد من الأشخاص، مع منح حق الامتياز لأحدهم على أساس مجموعة من الاعتبارات، التي تتعلق أساسا بعلاقة هذا الأخير بالطفل أو القاصر محل الحماية، وتتمثل هذه الحقوق أساسا في: حق الحضانة، حق الولاية وحق الوصاية، كما أضاف الفقه الإسلامي نوعا رابعا من أنواع الحقوق غير المالية المرتبطة بالأحوال الشخصية، والمتمثل في حق الرجعة الذي منح فيه حق الامتياز للرجل بمراجعة زوجته في مدة عدتها، وأنّ حقه في مراجعتها مقدم على حقها في الرفض[6]، وهذا الحق ثابت للزوج شرعا لقوله تعالى: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا"[7]، وهو ما أقرته المادتين 50 و51 من قانون الأسرة الجزائري.

وإن كانت الدراسات السابقة قد تناولت موضوع ممارسة الحضانة كأحد الحقوق غير المالية في أغلب جوانبه، كما تناولت موضوع الرجعة كذلك والإشكالات التي يطرحها فقها قانونا وقضاء، فإنّني سأقتصر في هذه الدراسة على كلا من الولاية والوصاية من خلال بيان الفروق الأساسية بينهما على أساس التداخل الكبير بين المصطلحين والذي يثير الكثير من اللبس، ثم بيان الرقابة القضائية الممارسة على هذين الحقين من وقت إسنادهما وطوال مدة ممارستهما وصولا إلى نهايتهما، وذلك على ضوء القانون الجزائري، أحكام الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات الوضعية.

سنعالج هذا الموضوع محاولين الإجابة على الإشكال التالي: إلى أي مدى ضمن المشرع حماية القاصر من أشكال التعسف في ممارسة امتياز كلا من حق الولاية وحق الوصاية؟ وما هي حدود تدخل القاضي في هذا المجال؟

الفرع الأول/الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الولاية

إنّ الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الولاية لا تتضح إلا من خلال بيان المقصود بالولاية، وبيان الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بممارستها وكذا مستحقيها وأصحاب الامتياز في ذلك (أولا)، ثم تحديد دور القاضي ومجالات تدخله لتكريس هذه الحماية (ثانيا).

أولا/تحديد المقصود بالولاية وبيان أصحاب الامتياز في ممارستها

1- تحديد المقصود بالولاية على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري : يختلف المراد بالولاية عند الفقهاء بحسب موضع ورودها والمقصود منها في أبواب النكاح والأموال والعتق والإمارة والقضاء وغيرها، وقد قسمها الفقهاء إلى ولاية عامة وولاية خاصة تتعلق الولاية العامة بتدبير الأمور العامة فهي ولاية الحاكم على رعيته، أما الولاية الخاصة فتتعلق بالسلطة التي تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها دون أن يتوقف ذلك على رضا الغير[8]، وقد ذهب الفقهاء في تقسيم الولاية الخاصة إلى قولان: قول الأحناف الذين يقسمونها إلى ولاية على النفس وولاية على المال وقول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين يرون بأنّها نوع واحد فالولي على المال هو الولي على النفس.

تشمل الولاية على النفس مجموعة من التصرفات المتعلقة بشخص المولى عليه وهي بهذا المعنى تخوّله الحق في حضانته وتزويجه وتأديبه وتعليمه والعناية به[9]، في حين تشمل الولاية على المال سائر التصرفات المالية المتعلقة بالقاصر[10].

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أنّه لم يرد فيه أي تعريف للولاية، بل اكتفى بذكر أحكام الولاية على المال دون الولاية على النفس في المواد من 87 إلى 91 منه، المتعلقة أساسا بتحديد أصحاب الامتياز في ممارسة هذا الحق وسلطات الولي وأسباب نهاية مهامه، ولكن يمكننا استخلاص هذا التعريف من خلال 81 من نفس القانون التي جاءت تحت عنوان أحكام عامة في النيابة الشرعية كما يلي: "الولاية سلطة قانونية تقرر لشخص معين لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الأهلية" ويعتبر هذا التعريف صالحا لكل من الولاية والوصاية مع وجود بعض عناصر الاختلاف كما سيتم بيانه لاحقا في إطار تعريف الوصاية.

2- أصحاب الامتياز في ممارسة حق الولاية : المقصود بامتياز الولاية هو بيان الأولوية في استحقاق حق الولاية أصالة، ومن يشارك هذا الشخص في هذا الامتياز نيابة عن الغير عند تعدد الأولياء، وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري فنجد أنّه لم ينص على أصحاب الحق في ممارسة الولاية، حيث لم يتطرق إلا لأصحاب الامتياز في ممارسة هذا الحق في المادة 87 من قانون الأسرة، حيث يعتبر الأب هو صاحب الامتياز في ذلك وينتقل هذا الحق للأم في حالة وفاته أو في حالة إسناد الحضانة إليها بعد الطلاق، ففي الحالتين السابقتين تتمتع الأم بحق الولاية كاملا، كما يمكن أن تتمتع الأم بحق الولاية بصفة مؤقتة فتحل محل الأب في القيام بالأمور المستعجلة للأولاد، وذلك في حالة غيابه أو حصول مانع له حسب ما نصت عليه نفس المادة، حيث تقوم الأم برعاية شؤون أولادها لحين عودة الأب أو زوال المانع عنه، وما دام أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق لأصحاب الحق في ممارسة الولاية بعد الوالدين في حالة وفاتهما أو حصول مانع لهما أو سقوط الولاية عنهما، فنرجع في ذلك لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين رتبوا ثبوت الولاية كقاعدة عامة للأقرب فالأقرب من العصبات على حسب ترتيبهم في الميراث[11]، وذلك مع بعض الاختلاف في الترتيب بين المذاهب الأربعة على حسب نوع الولاية هل هي ولاية على النفس أو ولاية على المال.

إنّ الحكم الوارد في المادة 87 من قانون الأسرة المتعلق بمنح حق الولاية للأب ثم للأم، هو حكم عام لم يفرق بين كون الولاية ولاية على النفس أو ولاية على المال، إلا أنّه وفيما يتعلق بولاية النكاح التي تعتبر ولاية على النفس، فقد نص المشرع الجزائري على حكم خاص بها، حيث وبعدما منح حق الولاية للأب ثم لأحد الأقرباء الأولون ثم للقاضي في المادة 11 من قانون الأسرة 11/84 آخذا في ذلك بالمذهب المالكي الذي يرتب ولاية النكاح على نفس النحو ويجعل من الولي ركنا من أركان عقود الزواج (ولاية إجبار)، تراجع عن ذلك بعد تعديل المادة 11 بموجب الأمر 02/05 بالنسبة للمرأة الراشدة حيث منح لها الحق في تزويج نفسها بحضور أبوها أو أي شخص تختاره[12] (معتبرا بذلك أنّ ولاية النكاح هي ولاية اختيار لا ولاية إجبار)، حيث يمكن أن يكون هذا الشخص الذي تختاره المرأة هي أمها[13]، وفي رأينا أنّ هذا هو السبب الذي جعل المشرع الجزائري لا يفرق بين أحكام الولاية على المال والولاية على النفس خاصة فيما يتعلق بمستحقيها.

ويستدل الفقهاء على منح حق الامتياز في الولاية للأب سواء كانت ولاية على النفس أو ولاية على المال، على أساس أنّها ولاية أصلية ثابتة بحكم الشرع باتفاق الفقهاء لقوله تعالى: "ووهبنا له يحيى"[14] وقوله: "رب هب لي من لدنك ذرية طيبة"[15]، حيث أنّ الولد موهوب لأبيه ولا شك أنّ الموهوب ولي على الهبة، كما أنّ الأب أكمل نظرا وأشد شفقة من غيره وهذا يستلزم توليته على ولده، حيث تعتبر ولاية الأب على ابنه القاصر حقا له وواجب عليه أيضا، على أساس أنّه أولى الناس برعاية ولده وأعرفهم بمصالحه وأحرصهم عليها، وهذا هو المراد من الولاية والغرض الذي ينبغي تحققه منها[16].

وهو نفس الحكم الذي جاءت به المادة 87 من قانون الأسرة، وفي حالة غياب الأب أو وفاته أو حصول مانع له تحل الأم محله، وفي هذا خالف المشرع الجزائري الفقه الإسلامي وأغلب القوانين العربية (إلا القانون التونسي الذي جاء بنفس الحكم في الفصلين 154 و155 منه فيما يتعلق بمنح الولاية والوصاية للأم بعد وفاة الأب أو غيابه) عندما أسند الولاية للأم بعد الأب[17]، بينما هؤلاء لا يقرون بالولاية للأم إلا إذا أوصى بها الأب أو الجد أو عينها القاضي[18].

ثانيا/مجال تدخل القاضي في ممارسة حق الولاية

1- دور القاضي في مسألة إسناد الولاية ومنح الإذن لنفاذ تصرفات الولي:

أ- دور القاضي في إسناد الولاية : يجب على القاضي عند منح الولاية، التأكد من مدى توافر الشروط المطلوبة قانونا في ممارسة الولاية واحترام الترتيب القانوني لمستحقي هذا الحق، حيث لا يمكن للقاضي منح الولاية لشخص آخر غير الأب إذا كان حيا، إلا في حالة غيابه أو حصول مانع له أو في حالة انتقال الحضانة للأم في حالة الطلاق حسب ما نصت عليه الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 87 من قانون الأسرة بعد تعديلها بالأمر 02/05، وفي ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/17 بما يلي: "من المقرر قانونا "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدها وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أنّ المطعون ضده لا زال قاصرا وأنّ أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم، ومن ثم فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار"[19].

كما أنّه لا يمكن للقاضي في حالة وفاة الأب منح الولاية لغير الأم إذا كانت موجودة، فعلى القاضي احترام الترتيب في منح الولاية طبقا لأحكام المادة 87 من قانون الأسرة إلا إذا تنازل أصحاب الحق عن ممارسته أو ثبت تعارض بين مصالح القاصر والولي، وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/12/23 ما يلي: "من المقرر قانونا أنّه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حالة تعارض مصالح الوصي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثمة فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت أنّ قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنّهم خالفوا القانون"[20].

على أنّه في كل الأحوال، يمكن للقاضي الحكم بإسقاط الولاية بعد إسنادها حسب الفقرة الثالثة من المادة 91 من قانون الأسرة، في حالة اختلال أحد الشروط المطلوبة في الولي أو ثبوت إهماله وتقصيره اتجاه القاصر، كعدم القيام بواجباته من توفير الأكل واللباس والسكن أو رفض تزويج المرأة دون سبب مقبول، ويمكن أن يتعدى ذلك إلى عقوبة جزائية إذا ترتب عن الإهمال إتلاف نفس القاصر أو عضو منه، أو كان التعدي على نفس القاصر عمديا بالمبالغة في تأديبه أو الاعتداء الجنسي عليه[21].

ب- منح القاضي الإذن للولي في قيامه ببعض التصرفات المحددة قانونا : ينبغي على الولي أن يباشر نيابته في الحدود التي رسمها له القانون، وأن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص على مصلحته[22] - وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بتصرف الرجل الحريص وحدود هذا التصرف -، كما يجب أن يطلب الإذن من القاضي في القيام ببعض التصرفات التي حددها القانون على سبيل الحصر في المادة 88 من قانون الأسرة، وتتعلق هذه التصرفات أساسا بتلك التي من شأنها إنشاء أحد الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقلها أو تغييرها أو زوالها، وإلا ترتب عن مخالفته تجاوز حدود نيابته ومسؤوليته وفقا لمقتضيات القانون العام، وعدم سريان تصرفه في مواجهة القاصر[23]، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/04/10: "من المقرر قانونا أنّه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأملاك القاصر، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. ولما كان

من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك قاصرة ليس له عليها صفة ولي، فإنّ قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن"[24]،وتتمثل التصرفات المشمولة بالإذن القضائي التي يجب أن يراعي القاضي في منحها حالة الضرورة والمصلحة فيما يلي:

1- **بيع العقاروقسمته وإجراء المصالحة :** على أن يتم البيع بالمزاد العلني حسب ما نصت عليه المادة 89 من قانون الأسرة، وفي ذلك حماية للقاصر مادامت أنّ القواعد العامة في بيع أموال القاصر أو قسمتها لا يمكن أن تتم بطريقة اتفاقية، وإن كانت قيمة العقار تعتبر معيارا لمنح الإذن أو رفضه، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يحدد ذلك عكس المشرع المصري الذي حدد وجوب طلب الإذن فقط إذا كانت قيمة العقار تزيد على 300 جنيه، كما أقر بعدم جواز رفض منح الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه أن يعرض مصالح القاصر للخطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس(5/1) القيمة[25].

2- **بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة :** لم يحدد المشرع في هذا الإطار المقصود بالأهمية الخاصة، فإن كان يقصد من وراء ذلك القيمة النقدية المعتبرة للمنقول فوجب على الأقل تحديد الحد الأدنى لهذه القيمة، وتوسيع حماية منقولات القاصر إلى ضرورة عرض عقد البيع على القاضي للإطلاع على مضمونه وللمصادقة عليه بعد التأكد من عدم إجحافه في حق القاصر.

3- **استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة :** وتعتبر هذه التصرفات من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والخسارة، وكذا من التصرفات التي تعطل مال القاصر وتجعله دون استثمار مما يضر بمصلحة القاصر لذا وجب طلب الإذن فيها[26].

4- **إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد :** لقد اقتصر المشرع في طلب الإذن على إيجار العقارات دون النص على الإذن في حالة إيجار المحلات التجارية، التي أخضعها كلا من القانون المدني والقانون التجاري لنظام خاص لخروجها عن المفهوم التقليدي للعقارات، وهو ما يجعل من إمكانية إيجارها

ضررا كبيرا للقاصر، خاصة أنّ المدة التي اشترطها المشرع لطلب الإذن هي ثلاث سنوات وهو ما يترتب عنه اكتساب المستأجر للقاعدة التجارية.

2- تدخل القاضي في حالة التعارض بين مصالح القاصرومصالح الولي:

نصت المادة 90 من قانون الأسرة على حالة التعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي كسبب من أسباب إسقاط الولاية عن الولي، وفي كل الأحوال يرجع للقاضي تقدير مفهوم التعارض بين المصالح، ومن ثمة تعيين متصرف خاص.

أ- تقدير القاضي لحالات التعارض : إذا كان المشرع الجزائري قد أقر بإمكانية وجود تعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر، لكنه لم يوضح مفهوم التعارض ولا حالاته، وهو ما يسمح للقاضي بإحكام سلطته في تقدير ذلك، وبالرجوع إلى موقف القوانين العربية في هذا المجال فنجد مثلا أنّ المشرع المصري قد حدد حالات التعارض في المادة 31 من قانون الولاية على المال في: تعارض مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي شخصيا، تعارض مصالح القاصر مع مصالح زوجة النائب الشرعي، تعارض مصالح القاصر مع مصالح قاصر آخر مشمول بالحماية، كأن يبيع الولي أحد العقارات التي يملكها القاصر المشمول بالولاية لنفسه أو لزوجته أو لقاصر آخر تحت ولايته، وهو ما منعته المادة 410 من القانون المدني الجزائري.

لقد أقر القضاء الجزائري أنّ اعتداء الأب على أبنائه وكونه متهما في قضية قتل أحدهم، من حالات التعارض التي تقتضي معها انتقال الولاية للأم أو تعيين متصرف قضائي، ويظهر ذلك من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/03/24 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنّه "تكون الأسباب أساس الحكم" ومن المقرر أيضا أنّه "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"، ولما ثبت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع لما خفضوا التعويض الذي طالبت به الضحية الأم، لجبر الضرر الذي أصابها جراء قتل ابنتها دون أن يبينوا عناصر التعويض بصفة قانونية ولم يميزوا بين التعويض المعنوي والمادي يكونون قد خالفوا القانون. كما أنّه كان يتعين على المحكمة إرجاء الفصل في الدعوى المدنية، وصرف الطاعنة أمام المحكمة لاستصدار أمر بتعيين متصرف لصالح الضحيتين القاصرتين باعتبار أنّ مصالحهما متناقضة مع مصالح الولي الشرعي المتهم بقتل ابنته (غ.و.ل)

ومحاولة قتل ابنته (غ.و.أ) والمحكوم عليه بالسجن المؤبد أو إسقاط السلطة الأبوية عنه وتحويلها إلى الأم يكونوا بذلك قد عرضوا قرارهم للنقض".

ب- تحديد القاضي لمهمة المتصرف الخاص وشروط تعيينه : نقصد بالمتصرف الخاص هو الشخص الذي يعينه القاضي للقيام بشؤون الولاية على القاصر إذا ما ثبت له تعارض مصالح القاصر مع مصالح الولي، ويكون تعيين هذا الشخص تلقائيا من طرف القاضي عند إخلال الولي بالتزاماته قبل القاصر، التي تقتضي منه تصرف الرجل الحريص وطلب الإذن في كل ما يطلبه القانون حتى يكون تصرفه نافذا في حق القاصر، أو إذا تبين للقاضي هذا التعارض في إطار نظره في طلبات الإذن المتعلقة بالتصرفات الواردة في المادة 88 من قانون الأسرة، أو بناء على طلب من له مصلحة يثبت فيه هذا التعارض، على أن يتم تعيينه فقط لتحديد مدى صلاح العقد للقاصر والإشراف على إبرامه، في حدود العقود أو العمليات موضوع التعارض القائم بين مصالح الولي والقاصر.

ويعود للقاضي اختيار هذا المتصرف بعد التأكد من توافر الحد الأدنى من الشروط المطلوبة في النائب الشرعي (وليا كان أو وصي)، كما ترك المشرع الحرية للقاضي في تحديد مهام المتصرف التي يحظر على هذا الأخير تجاوزها[27].

الفرع الثاني/الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الوصاية

بعد بيان الأحكام الشرعية القانونية والقضائية المتعلقة بممارسة الولاية، سنقوم من خلال هذا الفرع الثاني ببيان الحماية المقررة للقاصر في ممارسة حق الوصاية، من خلال بيان المقصود بالوصاية والتمييز بينها وبين الولاية ثم بيان الأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بممارستها وكذا مستحقيها وأصحاب الامتياز في ذلك (أولا)، ثم تحديد دور القاضي ومجالات تدخله لتكريس هذه الحماية (ثانيا).

أولا/تحديد المقصود بالوصاية وبيان أصحاب الامتياز في ممارستها

1- تحديد المقصود بالوصاية وتمييزها عن الولاية على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري : لقد عرف الحنفية الوصاية بأنّها: "طلب شيء من غيره لفعله بعد وفاته أو غيبته كقضاء ديونه وتزويج بناته"، فالوصاية عند الحنفية إنابة بعد الموت أو الغيبة[28]، أما المالكية فقد عرفوا الوصاية بأنّها: "عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته"[29]، أما الشافعية فللوصاية عندهم تعريفان: "إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت"

و "العهد على من يقوم أولاده بعده"، في حين يعرفها أكثر الحنابلة بأنّها: "جعل التصرف لغيره بعد موته فيما كان له التصرف فيه"[30].

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد بأنّه لم يعرف الوصاية مثلما لم يعرف الولاية، بل اكتفى بذكر مستحقيها والشروط الواجب توفرها في الوصي، وسلطاته وأسباب نهاية مهامه وذلك في المواد 92 إلى 98 منه.

قد يظهر لأول وهلة بأنّ تعريفات كلا من الولاية والوصاية هي تعريفات متقاربة، حيث يشترك كل من الولي والوصي في الشروط الواجب توافرها لمنح الولاية أو الوصاية لهما ويتمتعون بنفس السلطات، لكن الفرق الأساسي يكمن في أنّ الولاية أعم من الوصاية، وذلك لأنّ سلطات الولي تشمل كأصل عام نفس ومال القاصر في حين أنّ سلطات الوصي تشمل مال القاصر فقط، كما أنّ الوصاية اختيارية بمعنى يجب قبول الوصي للوصاية، بينما الولاية إجبارية مثلها مثل الحضانة يستمدها الولي من القانون مباشرة ويلزم لإعفائه منها تنازله أو قبول تنحيته عنها[31]، وقد قال بعض الفقهاء بأنّ الوصاية وصف من أوصاف الولاية، ولما كانت الوصاية وصف من أوصاف الولاية كان لهذا الوصف أثر في ترتيب ولاية الوصي[32].

2- أصحاب الامتياز في ممارسة حق الوصاية : يثبت الامتياز في ممارسة حق الوصاية للأب أصالة، إلا أنّه يمكن لهذا الأخير أن يعين شخصا آخر للقيام بممارسة الوصاية على أولاده القصر في حالة وفاته أو غيابه، وبذلك يستمد الوصي سلطته النيابية من شخص آخر هو الولي الأب أو من ينوبه، وبالتالي يظهر من خلال ذلك أنّ الوصي نوعان وصي مختار (وهو الوصي الذي يختاره الأب أو الجد) ووصي معين (وهو الوصي الذي يعينه القاضي)[33]، وإن كان المشرع الجزائري في المادة 92 قد منح صلاحية تعيين الوصي للأب أو الجد في حالة غياب الأم، وأنّه للقاضي اختيار أحد الأوصياء في حالة تعددهم، إلا أنّه لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم ممارسة حق الوصاية على القاصر، وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجد أنّ فقهاء المذاهب الأربعة قد اختلفوا فيمن له حق الوصاية على أموال القاصر بعد الأب، ويرجع الخلاف في ذلك إلى علة ترتيب الأولياء على الصغار هل هي وفور الشفقة أو القرابة، لكن الراجح في ذلك هو أن تكون الوصاية للأقرباء، بأن تكون للجد بعد الأب ثم للأقرب من العصبات بالنفس، فهذا الترتيب يجمع بين علة القرابة

ووفور الشفقة، فهذه الأخيرة لا تكتمل إلا في أقارب الصغار من العصبات بالنفس[34]، ولا يمكن للأم أن تكون وصية على أطفالها إلا في رأي بعض الشافعية وابن تيمية لأنّ الأم وإن اتصفت بوفور الشفقة إلا أنّها لا تتمتع بكمال الرأي[35].

لقد منح قانون الأسرة الجزائري، عملا بقول جمهور الفقهاء وأغلب التشريعات العربية[36] حق اختيار الوصي لكل من الأب والجد فقط ومنع هذا الحق عن الأم، فالخطأ الذي وقع فيه المشرع الجزائري هو عندما اعترف بحق الأم في ممارسة سلطة الولاية على مال أولادها مسايرا في ذلك المشرع الفرنسي ومخالفا لما ذهب إليه أغلب فقهاء الشريعة، لذا كان عليه أن يتمسك بنفس الموقف ويسمح للأم باختيار الوصي، فإن كانت الأم أهلا للولاية على المال فمن باب أولى أن تكون أهلا لاختيار وصي لأبنائها يرعى شؤونهم ويحفظ مصالحهم وهي أدرى الناس بهذه المصالح.

خلاصة لما سبق يتبين أنّ المشرع الجزائري قد حدد الأشخاص الذين يملكون حق الوصاية بنفس الأشخاص الذين يملكون حق الولاية على المال، ويتم ترتيبهم حسب أحكام المادتين 87 و92 من قانون الأسرة كما يلي: الأب، الأم، وصي الأب، الجد، وصي الجد ثم وصي القاضي.

ثانيا/مجال تدخل القاضي في ممارسة حق الوصاية

1- تدخل القاضي لإثبات الوصاية والرقابة على حسابات الوصي : مادامت الوصاية ولاية اختيارية فللقاضي الحق للتدخل في إثبات هذه الوصاية أو رفضها، كما يتمتع القاضي بسلطة الرقابة على حسابات الأوصياء ومحاسبتهم.

أ- دور القاضي في تثبيت الوصاية أو رفضها : لقد نصت المادة 94 من قانون الأسرة على وجوب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها، وبالتالي فإنّ وفاة الأب صاحب حق الامتياز في ممارسة الوصاية وإن كان قد اختار هو أو الجد وصيا يقوم على شؤون أولاده من بعده، إلا أنّ هذا الاختيار لا يكون ساريا إلا بعد قبول المحكمة لهذا الوصي الجديد بتحقق القاضي من مدى توافره على الشروط المطلوبة في الوصي(وهي نفس الشروط المطلوبة في الولي) التي نصت عليها المادة 93 من قانون الأسرة من إسلام وعقل وبلوغ وقدرة وأمانة وحسن تصرف، ولا يمكن للقاضي قبول الوصي الجديد إلا في حالة عدم وجود الأم أو عدم أهليتها طبقا للمادة 92 من نفس القانون، لأنّ الأم تحل محل

الأب في القيام بشؤون أولادها في حالة عدم وجود الأب باعتبارها ولية عليهم، حيث تمتد الولاية في هذه الحالة إلى الولاية على المال أيضا وهو الغرض من الوصاية.

ويظهر دور القاضي في إثبات الوصاية، هو إمكانية رفض الوصي الجديد في حالة عدم توفره على الشروط المطلوبة وكذا في اختيار الأصلح من الأوصياء في حالة تعددهم، وتعيين مقدم أي وصي القاضي في حالة عدم وجود وصي مختار[37]، حيث نصت المادة 99 من قانون الأسرة على وجوب تعيين القاضي لشخص يقوم مقام الولي أو الوصي في حالة عدم وجوده، وهو ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية الأربعة وأغلب القوانين العربية[38]، وذلك على أساس أنّ القاضي هو الذي يتولى الولاية والوصاية على القاصر باعتبار ولايته العامة فالقاضي ولي من لا ولي له، وعلى ذات الأساس يكون وصيا لمن لا وصي له، وما دام القاضي لا يستطيع ممارسة الوصاية بنفسه فيقوم بتعيين من ينوب عنه في ممارستها.

ما يمكن ملاحظته أيضا حول مسألة تثبيت القاضي للوصي المختار من طرف الأب أو الجد، بأنّه وبالرجوع للمادة 94 المذكورة أعلاه نجد أنّ المشرع قد نص فقط على خضوع اختيار الوصي من الأب قبل وفاته للرقابة القضائية، ولكن ذلك لا يعفي الرقابة على اختيار الجد للوصي، على أساس أنّ الأب أقرب إلى الأولاد من جدهم وأسبق في ترتيب الأولياء كذلك[39]، فما يسري على الأب أولى أن يسري على الجد، كما أنّه كان على المشرع أن يربط حالة الاختيار ليس بوفاة الأب فقط، وإنّما بكل مانع يحصل للأب يمنعه من ممارسة الوصاية على أبنائه، وذلك ضمانا لعدم انقطاع الحماية عنهم، لذا نرجو من المشرع تدارك الأخطاء الواردة بالمادة المذكورة.

ب- دور القاضي في الرقابة على أعمال الوصي بعد انتهاء مهمته : لقد نصت المادة 97 من قانون الأسرة بأنّه: "على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وأن يقدم صورة من الحساب المذكور إلى القضاء، وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر إلى القضاء بواسطة المعني بالأمر".

حيث أنّ القاضي يتأكد من الحسابات التي يقدمها الوصي، وكذا كل ما طرأ على أموال القاصر من يوم تسليمها للوصي إلى غاية وقت نهاية الوصاية نهاية عادية، أو

بموجب قرار العزل أو بتحقق أحد حالات النهاية الأخرى المنصوص عليها في المادة 96 من قانون الأسرة، ومن خلال الحسابات المقدمة التي تبين ما قام به الوصي من تصرفات مدعمة بأدلة إثبات ووثائق لما أنفقه، وما حصّله من نقود[40] تتم محاسبة الوصي للتأكد من سلامة أموال القاصر[41].

إنّ الغرض من المحاسبة هو إبراء ذمة الوصي من حقوق الموصى عليه وضمان وصول حق الموصى عليه كاملا من دون تعد، كما أنّ المحاسبة واجب على القاضي سواء كان الوصي معينا أو مختارا[42]، وذلك في الوقت الذي يختاره القاضي، حيث يمكن للقاضي أن يقوم بمحاسبة الوصي كل سنة، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 45 منه وقانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 45 منه ومدونة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل 157، ولم ينص عليه المشرع الجزائري الذي أقر بأنّ المحاسبة لا تكون إلا بعد نهاية مهام الوصي.

نستنتج أيضا من المادة 97 المذكورة أعلاه،بأنّ القاضي يتدخل في إطار الرقابة على حسابات الوصي مرتين: في الحالة الأولى تلقائيا عندما يسلم له الوصي صورة من حساب المستندات التي تثبت الأعمال التي قام بها أثناء فترة وصايته خلال شهرين من نهايتها ليقوم بالرقابة عليها، وفي الحالة الثانية بناء على دعوى مرفوعة من كل ذي مصلحة، أي من الأطراف التي تسلم لها هذه المستندات (القاصر نفسه بعد بلوغه أو ترشيده أو ورثته)، إذا اتضح لها أي تجاوز من خلال المستندات المقدمة، وذلك وفقا لما نصت عليه المادتين 476 و477 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[43].

في نفس الإطار وفضلا عن العقوبات المدنية التي يتعرض لها الولي أو الوصي المتجاوز لحدود صلاحياته، فقد أقر قانون العقوبات الجزائري بموجب المادة 380 منه عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج لكل من استغل حاجة قاصر موضوع تحت رعايته أو رقابته أو سلطته ليختلس منه التزامات[44]، كما أنّه وبالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، فقد أقر الفقهاء بأنّه في حالة ثبوت تعدي الولي على مال القاصر باغتصابه أو إتلافه أو سرقته أو اختلاسه، فيترتب عن ذلك حكمان أحـدهما أخروي وهو الإثم والآخر دنيوي وهو الحد أو التعزير مع وجوب الضمان عليه[45].

2- دور القاضي في تقدير إمكانية عزل الوصي ومسؤوليته لتجاوز سلطاته : لقد نصت المادة 96 من قانون الأسرة في فقرتها الخامسة على إمكانية عزل الوصي بناء على طلب ذي مصلحة إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر، وبالتالي يجب على القاضي التأكد من توافر شروط العزل ومن ثمة تقدير مدى مسؤولية الوصي.

أ- تحقق القاضي من توافر شروط العزل : إنّ العزل كأصل عام، لا يكون إلا في حالة تخلف أحد شروط ممارسة امتياز حق الوصاية المذكورة في المادة 93 من قانون الأسرة أو بسبب إخلال هذا الأخير بالتزاماته اتجاه القاصر، ومتى تحققت إحدى الحالتين انتفت المصلحة وانتفت معها الوصاية، حيث أنّ الأصل هو أنّه يمكن للوصي القيام بكل التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر وأخذ الإذن فيما عدا ذلك ومتى أخل بهذه الالتزامات كان مصيره العزل، وقد أضافت بعض القوانين العربية حالات أخرى للعزل، حيث أضافت المادة 190 من قانون الأحوال الشخصية السوري للحالات المذكورة، حالة عزل الوصي وتعيين وصي مؤقت إذا حكم عليه بالسجن خلال وصايته عن جريمة لمدة سنة فأكثر، وأضاف قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 84 منه حالة العزل بسبب ظهور خيانة في حسابات الوصي أو نشوب خلاف بين الوصي وأحد أفراد عائلته يخشى منه على مصلحة القاصر[46].

لقد اشترط القانون في دعوى عزل الوصي تقديم طلب العزل بموجب دعوى مرفوعة أمام قاضي شؤون الأسرة من طرف كل ذي مصلحة في ذلك (أحد أقارب القاصر كجده مثلا أو عمه)، على أن يثبت هذا الأخير أنّ تصرفات الوصي من شأنها تعريض مصالح القاصر للخطر، ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر وتعريضها إلى الخطر، للسلطة التقديرية للقاضي الذي يرجع له وحده القرار في إبقاء الوصي أو عزله.

مع الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم يمنح للقاضي الحق في عزل الوصي تلقائيا مثلما فعل مع الولي، بالرغم من أنّ القاضي يمكن له ذلك، متى ما ثبت له خلل في إطار نظره في طلبات الإذن بالتصرف في أموال القاصر أو في حالة إخلال الوصي بالتزاماته اتجاه القاصر، أو متى ما ثبت له تعارض بين مصالح الوصي ومصالح القاصر، حيث ما دام أنّ للوصي نفس سلطة الولي في التصرف حسب المادة 95 من قانون الأسرة، فما يرد على الولي من قيود يرد على الوصي أيضا.

ب- تقدير القاضي لمدى مسؤولية الوصي: متى ما ثبت للقاضي مسؤولية الوصي وتجاوزه لحدود سلطاته فإنّه يصدر قرار العزل بموجب أمر قضائي، ويطالب الوصي المعزول بتعويض القاصر عن خسارته وعلى الأضرار اللاحقة به جراء ذلك، ولكن لما كان الأصل في النائب الشرعي افتراض الأمانة فهو لا يضمن إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها أو تبديدها أو إهمال حفظها، أما ما ضاع ما أمواله بسبب أجنبي خارج عن إرادته فلا ضمان عليه.

ورغم أنّ قانون الأسرة قد أقر في المادة 98 منه مبدأ مسؤولية الوصي عما يلحق بأموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره، إلا أنّه لم ينص على مبدأ التعويض عن ذلك ولا كيفية تقدير هذا التعويض، في حين نجد أنّ هناك بعض التشريعات العربية كالقانون المصري والقانون السوري قد منحا الحق للقاضي أن يفرض على الوصي غرامة مالية (لا تزيد على مائة جنيه في القانون المصري ولا تزيد عن 500 ليرة في القانون السوري) كتعويض عن الأضرار التي لحقت الصغير، وأن تحرمه من أجره كله أو بعضه وأن تعزله أو بأحد هذه الجزاءات.

إنّ الأحكام المتعلقة بتعويض القاصر على الضرر اللاحق به ترجع للسلطة التقديرية للقاضي -التي نتصور فيها أن يتم التقدير بحسب جسامة الضرر اللاحق بالقاصر وفقا للمبادئ العامة للتعويض التي يحكمها القانون المدني-، خاصة تلك المتعلقة بمسؤولية متولي الرقابة إذا ما أضر الوصي (وحتى الولي) بالقاصر نتيجة إخلاله بالتزامات الرعاية والرقابة عليه، أما إذا كونت أفعال الوصي الأب جريمة كترك المنزل أو إهمال رعاية أبنائه أو تعريض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم... فيعاقب الوصي بالعقوبات الواردة بالمادة 330 من قانون العقوبات والتي تتراوح بين شهرين وسنة حبس وغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج.

خاتمة

لقد توعد الله سبحانه وتعالى كل من يعتدي على أموال الناس بالباطل بمن فيهم القصر واليتامى بنار جهنم فقال في كتابه العزيز: "إنّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنّما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا"[47]، كما قال: "ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده"[48]، وقد روي عن ابن عمر ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال: "ألا من

ولي يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"[49]، وعلى هذا الأساس أحكمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بما فيها القانون الجزائري الوثاق على ممارسة حقي الولاية والوصاية، وضبطتها بمجموعة من الضوابط الشرعية والقانونية لأجل حماية القاصر ومنع التعسف في استعمال هذه الحقوق.

وكل ذلك لا يقل أهمية عن دور القاضي في الرقابة على ممارسة أصحاب الولاية والوصاية لنيابتهم على القصر، خاصة اليتامى منهم بالنظر لما يمكن أن يترتب عن التعسف في استعمال هذه الحقوق من الإضرار بمصالحهم، لذا ينبغي على القاضي أن يكون صارما في تطبيق العقوبات على هؤلاء المخالفين وأن يحكم سلطته التقديرية فيما سكت عنه القانون، مع ضرورة إسقاط النيابة عن أصحاب حق الامتياز الذين لا يلتزمون بواجباتهم، ومنحها لأحد مستحقيها الذين أغفل المشرع الجزائري ذكرهم، كما أغفل ذكر بعض الأمور المتعلقة أساسا بتعريف كلا من الولاية والوصاية وذكر أنواع كل منها، وكذا ما يتعلق بالرقابة الدورية على حسابات الوصي، وقد حاولنا إثراء هذه الدراسة بذكر موقف بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية التي حددت هذه الأحكام وإن كان في ذلك خلاف على النحو الذي سبق بيانه.

الهوامش:

(1). فهد بن دهيبش بن دوخي الشويحط الحارثي، جزاءات مخالفة أحكام الوصاية على القصر، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 01.

(2). تشمل النيابة الشرعية أيضا التقديم الذي فيه يعين القاضي شخصا يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه، وذلك في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها ويكون هذا التعيين بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة.. راجع أحكام المادتين 99 و100 من قانون الأسرة الجزائري، كما تعتبر الكفالة التي هي من العقود التبرعية التي بمقتضاها يلتزم الكافل برعاية القاصر من أوجه النيابة الشرعية التي أقرها المشرع الجزائري ونظمها بموجب المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة.

(3). أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

(4). قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005.

(5). الحقوق غير المالية هي حقوق ليست ذات قيمة مالية، فهي لا تظهر في عناصر ثروة الشخص، وهي ليست أموال بل هذه الحقوق لصيقة بشخصية صاحبها، فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا المقايضة عليها، ولا يجوز للدائنين الحجز عليها

بخلاف الحقوق المالية.. انظر في ذلك: عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار العلوم، دون بلد النشر، 2007، ص30.

(6). للمزيد من التفصيل حول امتياز حق الرجعة أنظر: يمينة شودار، أحكام حقوق الامتياز في الفقه الإسلامي والقانون المدني-دراسة تطبيقية مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 01، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، 2011، ص ص 244-246.

(7). الآية 228 من سورة البقرة.

(8). للمزيد من التفصيل حول مفهوم الولاية العامة والولاية الخاصة راجع: فهد بن دهيبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص ص 24-26.

(9). يمينة شودار، مرجع سابق، ص 222.

(10). المرجع نفسه، ص 229.

(11). المرجع نفسه، ص 222.

(12). بعد تعديل قانون الأسرة أثارت مسألة إمكانية تزويج المرأة الراشدة لنفسها جدلا واسعا بين الفقهاء والعامة، لكن المحكمة العليا وفي العديد من قراراتها طبقت نص المادة 11 بما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية ولا يتعارض مع هذا الحق، انظر في ذلك: شحط عبد القادر، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، دار الأديب للنشر، الجزائر، دون سنة النشر، ص 20.

(13). بالرغم من اشتراط الشريعة الإسلامية صفة الذكورة في الولي على أساس أنّ المرأة لا يمكن أن تتولى أمر نفسها فكيف لها أن تتولى أمر غيرها، ولكن مصطلح "شخص" الذي استعمله المشرع الجزائري ينصرف إلى الذكر والأنثى معا، وهو أيضا ما يفسر تعارض أحكام مستحقي الولاية والوصاية بين القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية و بعض القوانين الوضعية.

(14). الآية 90 من سورة الأنبياء.

(15). الآية 38 من سورة آل عمران.

(16). يمينة شودار، مرجع سابق، ص 230.

(17). للمزيد من التفصيل حول موقف الفقه الإسلامي من ولاية ووصاية الأم على أولادها، وتقديمها حسب بعض الآراء على ولاية الجد... أنظر: حيدر حب الله، قيمومة الأم: دراسة فقهية لولاية الأم على الأولاد بعد وفاة الأب، بحث منشور على موقع مركز البحوث المعاصرة في بيروت،WWW .NOSOS .NET

(18). بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة منار، الجزائر، 2011، ص 260.

(19). قرار رقم 167835 صادر بتاريخ 1998/05/17، قضية (س أ ضد ك ل)، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 13.

(20). قرار رقم 187692 صادر بتاريخ 1997/12/23، قضية (ب س ج ضد ز ف)، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد 01، 1997، ص 53.

(21). للمزيد من التفصيل في المخالفات التي تقع في حدود الولاية على النفس والولاية على المال حسب الآراء الفقهية المختلفة وموقف المشرع المصير في ذلك، راجع: فهد بن دهيبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 84 وما يليها.

(22) في حين أحكمت بعض القوانين العربية الحماية على مال القاصر، فاشترط مثلا المشرع المصري على الولي أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال وما يؤول إليه، وأن يودعها قلم كتاب المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في أجل شهرين من بداية الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير، ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير في تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر.. انظر في ذلك: معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء 03، الطبعة 07، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 1498.

(23) أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية،الدار الحديثة للطباعة، القاهرة،1992،ص 1542.

(24) قرار رقم 72353 صادر بتاريخ 1991/04/10،الغرفة الإجتماعية، المجلة القضائية، عدد 03، 1993،ص 115.

(25) معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 1481.

(26) المرجع نفسه، ص 1488.

(27) ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 111.

(28) الكاساني علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،الجزء 04،دار الكتب العلمية، بيروت، ص40.

(29) عليش أبو عبد الله محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل،دار الفكر،بيروت،دون سنة النشر، ص09.

(30) فهد بن دهيبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 10.

(31) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 04، الطبعة 03، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 140.

(32) يمينة شودار، مرجع سابق، ص 231.

(33) بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 77.

(34) يمينة شودار، مرجع سابق، ص 237.

(35) فهد بن دهيبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 40.

(36) وهو ما نصت عليه المواد: 28 من تقنين الولاية على المال المصري، والمادة 23 من تقنين الولاية على المال البحريني، والمادة 230 من مدونة الأسرة المغربية.

(37) لتحديد الفرق بين وصي الميت (الأب) والوصي المختار من الجد ووصي القاضي أنظر: ساري عطية سالم شايب، سلطة الولي والوصي في التصرف بأموال القاصرين ومحاسبتهما، دراسة فقهية منشورة على الموقع : WWW.FARRAJ LAW FIRM.COM

(38) انظر المواد: 29 من تقنين الولاية على المال المصري، 177 من تقنين الأحوال الشخصية السوري، 214 من تقنين الأحوال الشخصية الإماراتي، 170 من تقنين الأحوال الشخصية العماني.

(39) عبد العزيز مقفولجي، رشداء عديمي الأهلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2003، ص 71.

(40) أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان،دار الكتب القانونية،مصر،2008،ص 452.

(41) لقد أقر فقهاء الشريعة بافتراض الأمانة في الوصي، حيث لا يطلب منه البينة في الأمور عسيرة الإثبات كالنفقة على القاصر.. راجع: عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني: دراسة مقارنة، أطروحة استكمالا للحصول على درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الأول 2005، ص 250.

(42) إنّ مبدأ المحاسبة يرد على الأولياء والأوصياء معا، ولمزيد من التفصيل في الأحكام الفقهية لمحاسبة الأولياء والأوصياء راجع: ساري عطية سالم شايب، مرجع سابق، ص ص 3-6.

(43) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادر في 32 أفريل 2008.

(44) راجع أحكام المادة 380 من الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49 صادر في 28 يونيو 1966، معدل ومتمم.

(45) فهد بن دهيبش بن دوخي الشويحط الحارثي، مرجع سابق، ص 96.

(46) لمزيد من التفصيل حول حالات العزل في بعض القوانين العربية انظر: عبد الله محمد سعيد ربابعة، مرجع سابق، ص 234 وما يليها.

(47) الآية 10 من سورة النساء.

(48) الآية 152 من سورة الأنعام.

(49) انفرد به الترمذي، كتاب: الزكاة عن رسول الله، باب: ما جاء في زكاة اليتيم، رقم الحديث: 641، جزء 3/ص32.