

الولاية المالية للأم على أولادها القصر (دراسة تأصيلية مقارنة)
**The mother's financial guardianship over
her minor children (A comparative
foundational study)**

العربي بن ديدي *

طالب دكتوراه علوم. تخصص: قانون. فرع: قانون خاص.
كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الحميد ابن
باديس.

larbi.bendidi@univ-relizane.dz

معمر حيتالة (المشرف المؤطر)

أستاذ التعليم العالي

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الحميد ابن
باديس.

maamar.hitla@univ-relizane.dz

تاريخ الاستلام: 2025 / 08 / 10 تاريخ القبول: 2025 / 10 / 27 تاريخ النشر: 2025 / 11 / 06

الملخص :

تعنى هذه الدراسة ببيان حكم ولاية الأم المالية على أولادها القصر في قانون الأسرة الجزائري الذي دعم المركز القانوني للمرأة متوسعا في صلاحيتها للقيام بهذه المهمة على منهج لم يسبقه إليه أي التشريعات العربية، وتتجلى أهمية البحث حول مسألة قانونية متعلقة بحقوق المرأة مرتبطة أصلا بمركزها القانوني في الأسرة؛ والذي يجعل منها وليا شرعيا

* العربي بن ديدي

على أولادها القصر في حال وفاة أبيهم بقوة القانون، كما يمكنها من أن تحل محله في حالات معينة حال حياته سواء مع قيام العلاقة الزوجية أو انحلالها. وإنّ هذه المسألة العلمية قد عالجها قبل ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم الفقهية والتي تعد من المسائل التي تستجد باختلاف الزمان والمكان والثقافة السائدة- بين مجيز على نطاق ضيق لهذه الولاية وبين مانع لها فحاولت الوقوف على ذلك وبسط أقوال الفقهاء فيها، مع عرض الأدلة والترجيح بينها.

الكلمات المفتاحية : أم؛ ولاية؛ أولاد؛ قصر؛ قانون الأسرة.

Abstract:

This study is concerned with clarifying the ruling on a mother's financial guardianship over her minor children in the Algerian family law, which supports the legal status of women, expanding their authority to carry out this task.

The importance of researching is evident on a legal issue related to women's rights that is originally linked to their legal status in the family. Which makes her a legal guardian over her minor children.

Keywords: Mother; Guardianship; Children; Minors; Family law.

المقدمة :

تعتبر الأم أحد الأبوين، فقد كرمتها الشريعة الإسلامية فأعلت منزلتها، وصانت كرامتها وأناطتها بما يناسب فطرتها من حقوق وواجبات فألزمته بتكاليف بحسب طبيعتها وخلقتها وأعفتها مما لا تقدر عليه كذلك بقدر بنيتها الجسدية وتفكيرها العقلي، فشرفتها هذه الشريعة بأنبيل مهمة وهي تربية النشئ، فكانت لها ولاية النفس على صغارها تربية وتعلima وهو أمر

متفق عليه، غير أن الخلاف الذي هو قائم يوم الناس هذا والذي وقع فيه التنازع بين الأمة وهو الواقع الذي لا مناص منه ولاية المرأة على أموال القصر ومن في حكمهم، فهل تكون لها الولاية عليهم؟.

الأصل المتفق عليه في هذا الشأن أن النيابة الشرعية لا تسند إلى أي شخص، وإنما تراعى فيها الصفات والشروط، وإن القول بإسناد الولاية إلى شخص يحتاج فيه الاستناد إلى الأدلة والنصوص التي جاءت للعقل السوي لأن صلاح الولاية بصلاح الولي، وبناء على هذا ثار خلاف فقهي وقانوني حول هذه المسألة رغم أن الأم أكثر الناس شفقة على أولادها وحرصا على صلاحهم وصلاح شؤونهم كلها، مع كمال أهليتها وصلاحياتها لتصرف شؤونها المالية، فيمن كان أهلا لإدارة شؤونه فهو أهل لتدبير شؤون غيره إلا إذا وجد المخصص وهو المانع، هذا من غير الالتفات إلى القائلين أن مسألة منع ولاية المرأة على المال هو موروث فقهي يستدعي إعادة النظر فيه أو بقول القائلين أنه تمييز ضد المرأة والدعوة إلى المساواة بينها وبين الرجل في مسائل النيابة الشرعية، من خلال ما تم تأسيسه فمن منطلق التأصيل الشرعي والقانوني وتقصي المنهج العلمي وحصر أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في المسألة وبسط الأدلة وبيان الراجح تعرضت لهذه المسألة على النحو الآتي:

المبحث الأول: ولاية الأم في الفقه الإسلامي:

إن محل الخلاف في ثبوت ولاية الأم على أموال أولادها القصر إنما هو قاصر على الولاية الأصلية الذاتية لا على ولاية التفويض بالإيصاء، وعلى هذا اختلف الفقهاء على قولين:

المطلب الأول: عدم جواز ولاية الأم على أولادها القصر:

وهو مذهب جمهور الفقه الإسلامي؛ الحنفية⁽¹⁾، المالكية⁽²⁾، الشافعية في قول عند وجود الأب أو الجد أو وصيهما وهو المذهب⁽³⁾، والحنبلية في قول⁽⁴⁾، حيث جاء في "بدائع الصنائع": "أنه ليس للأم ولاية التصرف على مال الصغير لأن الأم وإن كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال ولا لوصيهن لأن الوصي خلف الموصي فهو قائم مقامه فلا يثبت له للأقدر ما كان للموصي وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم الأولياء، وهو قضاء ولو وصي الأم والأخ أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقي ميراث للصغير"⁽⁵⁾، وقد قال الجرجاني رحمه الله من الشافعية بعد أن ساق الأولياء على الصغير من الأب والجد ووصيهما: "وإذا لم يوجد أحد من الأولياء المذكورين، فعلى المسلمين النظر في حال محجورهم وتولي حفظ ماله (ولا تلي الأمر في الأصح) كولاية النكاح"⁽⁶⁾، والأم وسائر العصبات لا ولاية لهم، وكذا الجد لا ولاية له لأنه لا يدلي بنفسه وإنما يدلي بالأب فهو كالأخ لأن المال محل الخيانة⁽⁷⁾.

أ- أدلة القائلين بالمنع: وقد استدلت القائلين بمنع الولاية للأم على أولادها القصر على عدة أدلة ونصوص شرعية نذكر منها:

1- من القرآن الكريم:

* قوله تعالى: "(وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا

مَعْرُوفًا⁽⁸⁾، ذلك اعتبار أن المقصود من السفهاء في الآية النساء، وقد رد الفخر الرازي هذا القول بأن تخصيص النساء هنا ليس عليه دليله وإن كان هو نفسه قد رجح القول بأنه يدخل في السفهاء النساء والصبيان والأيتام والسفه خفة العقل، وليس السفه في هؤلاء صفة ذم وإنما سموا كذلك لنقصان تمييزهم عن القيام بحفظ الأموال⁽⁹⁾.

وقال ابن حزم رحمه الله: "أما الصبيان فنعم، وأما النساء فلا، لأنه لم يأت قرآن ولا سنة بأنهن سفهاء، بل قد ذكرهن الله تعالى مع الرجال في أعمال البر فقال: "والمصدقين والمتصدقات"، وفي سائر أعمال البر"⁽¹⁰⁾، والخطاب في الآية الكريمة والنصوص الشرعية في الولاية موجه على الخصوص للرجال دون النساء، وهي أكد في الرجال لكونهم أقدر على تحمل مسؤولية الولاية لدرائتهم بالمعاملات المالية ولاختلاطهم بالناس، وبين ابن العربي خصلة الرجال في ذلك حين صرح بأن الذكر بتصرفه وملاقاته للناس من أول نشأته إلى بلوغه يحصل به الاختبار يكمل عقله بالبلوغ فيحصل له الغرض، أما المرأة فبكونها محجوبة لا تعاني الأمور ولا تخالط، ولا تبرز لأجل حياء البكارة وقف فيها على وجود النكاح، فبه تفهم المقاصد كلها⁽¹¹⁾.

2- من السنة النبوية المطهرة:

ما روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: قال رسول الله ﷺ: "... مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتٍ عَقْلٍ وَدِينٍ أَذْهَبَ لِلْبِّ الرَّجُلِ الْحَازِمِ مِنْ إِحْدَاكُنَّ، قُلْنَ: وَمَا نُقْصَانُ دِينِنَا وَعَقْلُنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَالَ أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ؟ قُلْنَ بَلَى، قَالَ فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ عَقْلِهَا، أَلَيْسَ إِذَا حَاضَتْ لَمْ تُصَلِّي وَلَمْ تُصُمْ؟

قُلْنَ: بَلَى، قَالَ: فَذَلِكَ مِنْ نُقْصَانِ دِينِهَا"⁽¹²⁾، وعلى هذا فإن الأم مع وفور حنانها وشفقتها على أولادها فإنها تفتقر إلى كمال الرأي بسبب نقص عقل النساء في العادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال، على خلاف الأب الذي يكون قادرا على ولاية مال ولده لكمال عقله ورأيه مع وفرة شفقته على ولده.

3- القياس:

فقد قيس ولاية المال على ولاية النكاح، فلم تثبت للأم ولاية النكاح، فعلى هذا لا تثبت لها ولاية المال على أولادها، ويرد على هذا القياس بأنه قياس فاسد حيث يجب أن يتساوى الفرع مع الأصل في وجود العلة فلا تعدي؛ لأن علة الأصل بناء على قول صاحبين لم توجد في الفرع، لذلك يقال بأن تعديّة الحكم يعد فرعا لتعديّة العلة، والعلة في ثبوت ولاية النكاح للعصبات وسلبها عن الأم هي أن الولاية على النكاح تثبت لدفع عار عدم الكفاءة ويكون هذا للعصبات لأنهم يعبر بعدم الكفاءة على هذا لا يصح القياس بينهما للفروق الجوهرية بينهما والتي تضعف إثبات المماثلة⁽¹³⁾.

المطلب الثاني: ثبوت الولاية للأم على أولادها القصر:

وهو قول الحنابلة الآخر إن لم يكن للأولاد القصر أب أو وصي ولهم أم مشفقة تكون هي قائمة على تدبير أموالهم، وهي رواية عن الإمام أحمد رحمه الله بأن تقدم الأم في الولاية بعد وصي الأب، أو كان الأب موجودا غير متصف بالصفات المعتمدة، فإن لم يوجد حاكم بالصفات المعتمدة، فأمين يقوم به فقد سأل الأشرم الإمام أحمد عن رجل مات وله ورثة صغار كيف يصنع؟ فقال: "إن لم يكن لهم وصي ولهم أم مشفقة تدفع

إليها"⁽¹⁴⁾، وبذلك قال القاضي، أن للأم ولاية وقيل لسائر العصابات ولاية أيضا بشرط العدالة، وهو ما اختاره الشيخ تقي الدين ابن تيمية⁽¹⁵⁾، وهو أيضا قول الشافعية الآخر إذ أن الأم عندهم تلي بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما لكمال شفقتها⁽¹⁶⁾، وقال أبو سعيد الاصطخري: "فإن لم يكن أب ولا جد نظرت الأم لأنها أحد الأبوين فثبت لها الولاية في مال كالأب والمذهب إنه لا ولاية لها لأنها تثبت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح"⁽¹⁷⁾.

أ- أدلة القائلين بالجواز:

قد استند أصحاب من أيد الولاية للأم على أولادها القصر على عدة أدلة ونصوص شرعية تذكر منها:

1- من القرآن الكريم:

* قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾⁽¹⁸⁾، وجه الدلالة من الآية أنها اشتملت على تخصيص وهو تأكيد بعد عموم سبقه مما يدل على ولاية المؤمنات للمؤمنين في قيامهن بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والذي يندرج تحته كف الصغار عن تضييع الأموال وتبذيرها.

* قوله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾⁽¹⁹⁾، وجه الدلالة في الآية الكريمة أن الخطاب ورد عاما كما هو عادة الخطاب القرآني، إذ هو خطاب للرجال والنساء جميعا بالتكاليف الشرعية، وإن ورد اللفظ فيها بلفظ

الذكورة وهذا من أساليب اللغة العربية في توجيه الخطاب.

* قوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ۖ﴾⁽²⁰⁾، ووجه الدلالة من الآية على ولاية الأم على أولادها يقوى في هذا الموضع كون أن رخصتها لأولادها أكد، والآية حجة وبرهان على قوامة الأم على أبنائها القصر.

2- من السنة النبوية المطهرة:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: «جَاءَتْ هُنْدُ بِنْتُ عُتْبَةَ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ مَسِيكٌ، فَهَلْ عَلَيَّ حَرْجٌ أَنْ أُطْعِمَ مِنَ الَّذِي لَهُ عِيَالُنَا؟ قَالَ: لَا، إِلَّا بِالْمَعْرُوفِ»⁽²¹⁾، وفي هذا الحديث دلالة على أن الأم لها أن تلي شؤون أولادها الصغار إذا امتنع الأب من النفقة عليهم، وفيه دلالة على أنها مؤتمنة على مال أولادها.

3- من الأثر:

أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة رضي الله عنها بالنظر في ولاية وقفه فقال: " تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها"⁽²²⁾، وفي هذا الأثر دلالة على أن للمرأة الولاية على مال غيرها والنظر فيه.

4- من القياس:

ولاية الأم على ولاية الأب باعتبارها أحد الأبوين لعة الوالدية التي أساسها الشفقة والرحمة، كما أن هذه العلة تتأكد

في تساوي الرجل والمرأة في الأحكام والتكاليف الشرعية إلا بما خصت به الشريعة الغراء كلا منها.

أيضا أن للمرأة أن تكون ولياً قياساً على الوصاية للمرأة، بحيث لا اشتراط للذكورة في الوصاية وخاصة إذا توافرت فيها شروط الولاية من وفور الشفقة وحسن التدبير، وحينئذ يقال إذا كان فيها ما في الرجال من الكفاية وحسن التصرف في المال فلا ضير أن تكون ولياً على أولادها بعد وفاة الأب وأن تتصرف في أموالهم بما تقتضيه المصلحة.⁽²³⁾

بعد عرض الرأيين من ثبوت الولاية للأم من عدمها وتتبع الأدلة ومناقشتها فإنه يتأكد بالأدلة الشرعية حق الأم في الولاية على أموال أبنائها القصر ولعل هذا هو القول الصواب - والله أعلم -، وذلك لعدم ورود النصوص الصريحة المانعة من ولايتها على المال ولأنه يسوغ مناقشة استدلال بطلب المخصص للرجال في الخطاب. وإن كان حقيقة أن الولاية على المال لا تبني على توافر الشفقة وحدها، كما أنه لا تقوم على كمال النظر والخبرة في إدارة المال وتصريفه لوحده، إنما مدارها اجتماع هذين الأمرين معا في أي شخص كان سواء ولياً، أو وصياً أو قيماً، فإذا انعدم أحد هذين الأمرين يجعل المال موضع ضياع وهلاك ومحل خيانة.

وأن الأم كما يظهر لها الولاية على مال أولادها القصر لعموم النصوص الشرعية الواردة بالفاظ تدل على العموم المستغرق لكلا الجنسين، بل منها ما ورد بلفظ التأكيد، فالعبرة من الولاية بمن يحقق المقصود الشرعي منها، ذلك أن الأدلة أيدت القول بجواز ولاية الأم لكونها أولى الناس بهم خاصة إذا كانت رشيدة، لأن الغرض من هذا حماية أموال الأولاد، وهي

أولى الناس أمانة على أموال أولادها وليست متهمة في ذلك، كما أنها من أهل الشأن في تدبير شؤون الأولاد وتصريف شؤونهم.

بناء على ما تقدم فإنه للأم أن تكون وليا على أولادها الصغار ويحق لها استلام أموالهم وإدارتها بشروط وضوابط:

- أن تتوفر فيها الشروط اللازمة للولاية على المال.

- أن تنتف عنها كافة العوارض والموانع السالبة للولاية.

- أن تكون قادرة على القيام بمهام الولاية قدرة جسدية وعقلية من حسن التصرف وصيانة المال مع القدرة على تنميته وتثميته.

- أن لا تقام وليا مع وجود الأب مطلقا - سواء حال قيام الزوجية أو انحلالها - إلا إذا أصاب الأب مانع حال دون قدرته القيام بهذه الولاية.

- أن تعرض ولاية الأم على القضاء لينظر في حالها، والتأكد من قدرتها على القيام بمهام الولاية لاسيما التأكد من عدم زواجها، لأن الزواج مظنة انشغالها بحقوق زوجها وأولادها منه، كما يتوجب اختبارها بمدى درايتها بمسائل المال كالتجارة والاستثمار والمعاملات المالية، وهذا كله بغية أن يستوثق القاضي من قدرتها على تحقيق المقصد من إقامتها وليا على أموال أولادها القصر

المبحث الثاني: ولاية الأم في التشريع الوضعي:

إن اعتبار الأم أحد الأبوين وعملا بالفقه الإسلامي من منح الأم حق الولاية على المال من عدمه، عمدت جل التشريعات العربية إلى النص على ذلك في قوانينها الداخلية المنظمة لأحكام النيابة الشرعية بين موسع ومضيق حاصرا لها في حالات معينة ملتزما بما ورد في الفقه الإسلامي، ومانع لهذه الولاية المسندة للأم ولعل أبرز هذه التشريعات التشريع المصري حيث ورد في قانون الولاية على المال رقم 119 في مادته الأولى منه: "للأب ثم للجد ما لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر..."، ومنه يتبين أن لا ولاية للأم في هذا القانون وجعلها للجد بعد الأب إن لم يكن له وصي. وعلى هذا سارت كثير من التشريعات العربية بهذا النهج المانع لولاية الأم لا سيما دول الخليج منها، كالتشريعين الإماراتي⁽²⁴⁾ والقطري⁽²⁵⁾.

وبين موسع لولاية الأم على المال استنادا إلى مبادئ المساواة بين الحقوق والالتزامات الأسرية وجعلها متلائمة مع العديد من الاتفاقات الدولية.

ولقد كانت لهذه الاتفاقيات الأثر البالغ على تعديل قانون الأسرة الجزائري خاصة مع الضغوطات الجموعية النسوية المنادية لتعزيز مكانة المرأة في الأسرة وتساوي المراكز القانونية بينها وبين الرجل الذي تمخض عنه صدور نصوص قانونية محايدة عن موقف الفقه الإسلامي ومنهجه في باب الولاية على المال بوجه خاص التي من مظاهرها تعديل نص المادة 87 من قانون الأسرة بإسناد الولاية للأم على الأولاد حتى مع وجود الأب متمتعا بكامل أهليته وقدرته على القيام بمهام الولاية لاسيما في حالة انحلال الرابطة الزوجية، فنص على الآتي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل

الأم محلها قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محلها في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، فجدير بالملاحظة أن نص المادة 87 وإعمال ولاية الأم على أولادها القصر قد حصر حالات خاصة لها هذا بعد استكمالها للشروط العامة نذكرها تباعا:

- وفاة الأب وفي هذه الحالة تكون الولاية لها كاملة.

- حالة غياب الأب فهنا يمكن للأم أن تحل محلها مؤقتا وفي هذه الحالة تكون لها الولاية المؤقتة.

- وكذلك في حالة إسناد الحضانة لها بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق وفي هذه الحالة تكون لها الولاية على الأولاد ولاية نفس ومال كاملة، هكذا يتبين أن الحالة الأخيرة التي تكون فيها الولاية للأم بمقتضى المادة أعلاه لها صفة الولي مع وجود الأب راشدا.

وعلى هذا الأساس سنعالج هذه المادة سالفه الذكر قبل تعديل قانون الأسرة وبعده.

المطلب الأول: ولاية الأم في ظل المادة 87 من القانون

11/84:

إن نص المادة 87 من قانون الأسرة في ظل القانون 11/84 كانت تقضي بأن: "يكون الأب وليا على الأولاد القصر، وبعد وفاته تحل الأم محلها قانونا"، وهذا ما حدّته بقية التشريعات المغربية لكن على حيز أضيق مما سلكه المشرع الجزائري،

ف نجد مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 231 منها:
"صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد.

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته ...".

وكذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حيث ورد في
نص المادة 115 منها: "للأب ثم للأم ..."، ولعل هذا الحكم
القانوني الذي تبناه التشريعين المغربي والتونسي أقرب لموقف
الفقه الإسلامي.

إن الناظر في النص المادة 87 من قانون الأسرة الذي يعتبر
قاعدة شرعية في باب الولاية على المال، في كون أن الولاية
تكون في الأب أصلا ما دام حيا مكتمل الأهلية متماشيا مع
قوامته الأبوية في تسيير شؤون الأسرة وتدبير أمور أولاده
باعتبار المصدر المنشئ للعلاقة بينه وبين أولاده وهي الأبوية
التي تبقى قائمة بقيام الزوجية أو بانحلالها عن طريق الطلاق
ولا تنفك عنه أبدا ما لم يشبها عارض أو مانع تسقط هذه الصفة
الذاتية اللازمة له.

لكن في حالة وفاة الأب أقر المقتن الجزائري الولاية للأم
وجعل الولاية المالية لها إلى جانب الولاية النفسية - الحضانة -
وبذلك يكون قد وافق الفقه الإسلامي، إذ أنه لا ولاية للأم المالية
بوجود الأب، وإذا تنتقل إليها الولاية تلقائيا من غير الحاجة إلى
حكم المحكمة، وهو أوفق للصواب - والله أعلم - لاعتبار كمال
الأهلية فيها ووفور الشفقة وحرصها على مصلحة أولادها وهذا

أمانة على رشدتها. غير أنه يمكن أن يعترض على أن نص المادة من قانون الأسرة السالف الذكر بأنه يشوبه القصور من:

أنه لم يعالج مسألة غياب الأب؛ فما مصير مصالح الأولاد في هذه الحالة؟. فيجيب عن ذلك بأن قانون الأسرة قد نظم أحكام الغائب في الفصل السادس: "للمفقود والغائب" من كتاب النيابة الشرعية، لاسيما المواد 110، 112، و114 وفي هذه الحال القائم بالنيابة الشرعية الذي تم تعيينه من طرف القاضي يسمى مقدما - وهو وصي القاضي - وإن كانت أما، أما في الحالات الاستعجالية التي لا تتحمل الانتظار المتعلقة بمصالح الأولاد التي يتخوف فواتها في الفترة التي لم يعين فيها مقدم من قبل المحكمة فإن في هذه الحالة تلجأ الأم إلى المحكمة لاستصدار أمرا ولانبا يخولها من تصريح حالة الاستعجال هذا عملا بقاعدة "الحاجة تقدر بقدرها"، كذلك للمبدأ القانوني: "الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه"، لأنه خروج استثنائي عن القاعدة، فلا يصح أن نجعله قاعدة بذاته ونقيس عليه فنتوسع فيه ولا يلحق به غيره، أضف أنه إذا انقضت مدة الغياب المنصوص عليها في المادة 110 من قانون الأسرة المقدرة بسنة شمسية يمكن اللجوء للقضاء لإقامة مقدم كما سبق بيانه.

المطلب الثاني: ولاية الأم في ظل المادة 87 من الأمر

02/05:

إن نص المادة 87 من قانون الأسرة المعدل وسع من حالات ولاية الأم على أولادها القصر فحررت على النحو الآتي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصول له مانع، تحل الأم محله

في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، على هذا نلمس توسع المشرع الجزائري إلى حد أن بعض الأحكام المتعلقة بالمادة 87 من قانون الأسرة لا نجد لها مقابل في المذاهب الفقهية إذ يمكن القول أنه خالف أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، كما يتبين تأثره بالاتفاقيات الدولية؛ كالعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية⁽²⁶⁾ لاسيما في مادته 23 في فقرتها 04 منه: "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله، وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم"، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁽²⁷⁾ لعل أهمها المادة 16 منها: "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة ... (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وفسخه ..."، فهذه الاتفاقية عمدت نصوصها للمساواة بين الرجل والمرأة على كافة المستويات ولعل أبرزها ما تم ذكره؛ ما تعلق بمسائل القوامة والولاية على النفس والمال.

غير أن المؤيدين لموقف المشرع الجزائري برروا ذلك أنه حاول التنسيق بين نصوص التشريع وتجنب تضاربها وتفاذي الإشكالات القانونية بين الولاية على النفس والولاية على المال، وفي واقع الأمر أن المادة 87 من قانون الأسرة المعدلة قد أملت الظروف الاجتماعية والسياسية التي زامنت تعديل قانون الأسرة الداخلية والدولية.

فالملاحظ أن المشرع قد استحدث في المادة فقرتين جديدتين - الفقرة الثانية والفقرة الثالثة - مفرقا فيهما بين حالتين في أيلولة الولاية للأم على أولادها: حال قيام العلاقة الزوجية، وثانيها: بعد انحلال الرابطة الزوجية.

الفرع الأول: حال قيام الزوجية:

إن نص المادة 87 من قانون الأسرة المعدلة حول الأم الولاية على أولادها الحول مقام الأب مع تحقق حياته وقيام العلاقة الزوجية في الفقرة الثانية منها: "... وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد"، أيلولة الولاية للأم على أولادها بنص الفقرة الهدف منه المحافظة على مصالح الأولاد وتجنب تعطيلها وتفويت المصالح المرجوة لفائدة الأولاد، وعليه لتمكين الأم من ممارسة هذه الولاية لابد من توافر الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون الأسرة.

أولا: غيبة الأب وحصول المانع له

وعلى هذا يتم التفصيل على ما يأتي:

أ- الغياب: لقد جعل المقتن الجزائري غياب الأب حال قيام الرابطة الزوجية مبررا قانونيا يجعل الأم تحل محله في القيام بمهام الولاية المالية وذلك في الأمور المستعجلة لأولادها القصر إلى حين عودة أبيهم، والغيبة قد عرفت المادة 110 من قانون الأسرة على أنه: "الشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، وعلى هذا

فالغيبية التي تمكن الأم من تولي مصالح أولادها المالية هي الغيبة التي توافرت بها الشروط الآتية:

1- أن تكون الغيبة لأكثر من سنة:

فإذا امتدت هذه الغيبة بعد هذه المدة المذكورة، فإن للأم القيام على شؤون أولادها المستعجلة في فترة غياب أبيهم، فهي في الأصل ولاية مؤقتة محددة بالأمور المستعجلة، وليس بالغيبة في حد ذاتها وهذا ما يؤكد نص الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون الأسرة: "تحل محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد"، كما لا يمكن للزوجة - زوجة الغائب - أن ترفع دعوى الغياب إلا بعد مرور سنة ابتداء من يوم غياب الزوج ولا يمكن اعتبار الغيبة كذلك إلا إذا لم يقدر معها الأب ممارسة سلطاته وتسيير شؤون الأسر أما في حال تمكنه من مباشرة جميع التصرفات خاصة مع تطور فكرة التعاملات الإلكترونية التي لا تستوجب المثل الشخصي أمام الجهات المعنية فلا يعد غيابا يستدعي حلول الأم محل الأب، ويمكن القول أن مدة سنة في الغياب بأنها مدة معقولة. لكن ما مصير الأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد إلى حين صدور الحكم بالغياب؟. في هذه الحالة يمكن أن تستصدر أمرا ولائيا من القاضي يمكنها من القيام بالأمر المستعجل، أما المفقود الذي يعتبر غائبا لأول وهلة فإنه يعامل معاملة الغائب من حيث الأحكام المتعلقة بتسيير مصالح الأولاد القصر إلى حين الحكم بموته قضاء، ففي ذلكم الحين تنتقل الولاية للأم لاعتباره ميتا حكما.

2- أن تكون مصالح القصر مستعجلة:

إضافة إلى شرط غيبة الأب لتتمكن الأم من أن تحل محله لابد من أن تكتسي مصالح القصر بصفة الإستعجال التي لا يمكن معها الانتظار أو التأجيل، والاستعجال يعرف: "كل أمر لا يمكن تداركه بفوات وقته" كما أنه هو: "الضرورة الداعية لاتخاذ الإجراء المطلوب عاجلا"، والمشرع لم يحدد هذه المسائل المستعجلة ولا طبيعتها لكن يمكن القول بأنها: "كل المسائل التي تقتضي السرعة في انجازها ويخشى من تأجيلها ضياع مصلحة القاصر لو طال الانتظار إلى حين عودة الأب من غيبته، ويمكن حصر الأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد في الأمور المدرسية كالحضور والمثول أمام مدير المدرسة أو حضور مجالس الأولياء، التوقيع والإمضاء على الوثائق المدرسية والادارة واستخراجها كالتوقيع على استمارة الموافقة الأبوية لإجراء عملية جراحية أو استخراج جواز السفر أو بطاقة التعريف الوطنية، أو التراخيص الإدارية الرياضية والنشاطات الاجتماعية أو التصاريح الشرفية وغيرها ...، وحلول الأم محل الأب في الأمور المستعجلة بالأولاد لا يمنحها الولاية الكاملة المستغرقة لكامل فترة الغياب، وانما هي ولاية جزئية إلى حين انتهاء حالة الاستعجال وولاية الأب تبقى قائمة، كما أن حالة الإستعجال يقدرها القاضي وهو وحده من له سلطة البث فيها.

3- حصول المانع:

إن المشرع الجزائري منح للأم حلولها مكان الأب مؤقتا في حالة استمرار الزوجية، إذا حصل له مانع حال دونه من مزاوله سلطاته في تسيير أمور أولاده القصر والمانع هو ما يحول دون حصول الشيء، فهو الحاجز الذي يكف صاحبه عن القيام بالشيء، فهو يلزم من وجوده عدم وجود الشيء، أي إذا

تحقق المانع انعدمت ولاية الأب المالية على أولاده، والمانع المنصوص عليه في القانون هو المانع الذي يحول بين كمال أهلية الشخص وحقه في مباشرة التصرفات القانونية والإشراف على شؤونه وتصريف أمواله، فهي الغيبة.

كما قد تصيب الشخص موانع في جسده فتجعله غير قادر على القيام بأمر نفسه كإصابة حواسه، فهي العاهات الجسمانية، أو قد تسلب أهليته بحكم المحكمة أو بحكم القانون فهي الحجر القانوني أو القضائي أو الحكم بالإفلاس، وبناء عليه يثور الإشكال حول "المانع" الوارد في نص الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون الأسرة، فهل قصد بها المشرع موانع الأهلية؟ أم استعمل هذا المصطلح في معناه الواسع؟. فنجد جانبا من الفقهاء ذهبوا إلى أن قصده ليس مصطلح الموانع الأهلية وبرروا لذلك أن موانع الأهلية مسقطة للولاية وأن المانع في هذا النص لا يؤدي بالضرورة إلى إسقاط ولايته عن نفسه، كما عززوا موقفهم بأنه لو أراد هذا المعنى لاكتفى بمصطلح "الموانع" دون إضافته لمصطلح "الغياب"⁽²⁸⁾، وإن كان ما ساقوه صحيحا غير أنه يجب التنبيه إلى مسألة مهمة بأن صياغة النص تنبئ لعدم اتجاهه لذلك، فلو كان قصده ذلك لساق الحكم العام ثم أكد عليه بمثال لا الحصر، وهذا ما يقتضيه الأسلوب اللغوي، وعليه يبقى أمامنا تفسير واحد هو أن المانع الذي استعمله المشرع كمصطلح هو المانع في معناه اللغوي؛ أي الحائل من تأدية الأب لمهام الولاية ومباشرة شؤن أولاده فيدخل فيها:

الهجرة الشرعية أو غير الشرعية، طلب العلم في بلد آخر، تأدية الخدمة العسكرية، المرض المقعد، الاستشفاء في

المصحات، تأدية العقوبة الجنائية وغيرها من الموانع، ونتيجة لذلك فإن تفسير المراد "بالمانع" يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لذلك من الأفضل أن تعاد صياغة هذه الفقرة على النحو الآتي: "وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة المتعلقة بالأولاد في حالة حصول مانع للأب".

الفرع الثاني: حال انحلال الرابطة الزوجية:

إن أيلولة الولاية على المال بعد انحلال الرابطة الزوجية سواء بوفاة الأب أو فكها بالطلاق إلى النائب الشرعي قد حددته المادة 87 من قانون الأسرة بحسب الأحوال، فتنقل إلى الأم بعد وفاة الأب، أو تمنح إلى من أسندت له الحضانة بعد الطلاق.

أولاً: انتقال الولاية للأم بعد وفاة الأب:

منح المقتن للأم الولاية على أولادها القصر بعد وفاة أبيهم، فتنقل إليها بقوة القانون من غير حاجة لحكم قضائي ولا تسند إلى غيرها ما دامت راشدة متمتعة بأهليتها القانونية، وما لم تتعارض مصلحتها مع مصلحة القاصر، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها: "من المقرر قانوناً أنه "في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفاً للقانون، ولما كان ثابتاً أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"⁽²⁹⁾، هكذا يتبين أنه بمجرد وفاة الأب يكون للأم الأحقية في الولاية على أولادها

القصر مادامت متمتعة بالأهلية القانونية، بذلك لا تصح ولاية الأم التي لم تبلغ سن الرشد القانوني، كما لو تزوجت الأم قبل سن الزواج عن طريق الترشيح القضائي وتوفي عنها زوجها بعد أن أنجبت منه أولادا، ففي هذه الحالة تكون النيابة الشرعية لشخص آخر إما أن يكون وصيا أو مقدما تعينه المحكمة إلى حين بلوغها السن القانوني وبعده تنتقل إليها الولاية بقوة القانون، فتتحقق واقعة الوفاة للأب إما أن تكون وفاة طبيعية وتثبت بشهادة الوفاة كما يمكن إثباتها بكافة الطرق الأخرى بحسب الإجراءات المنصوص عليها في القانون، أو بالوفاة الحكيمة وهي الوفاة التي تقررهما المحكمة في أحوال معينة التي يسبقها الحكم بالفقد.

وفي هذا الموضوع يحب طرح إشكال يتبادر للأذهان: ما حكم الوصي الذي يختاره الأب لأولاده باعتباره هو صاحب الحق الأصلي في الولاية على أولاده؟ خاصة وهو أعلم بحال زوجته، أليس هذا إفتياتا وتعديا على صاحب الولاية؟ غير أن هذا القول في نظر القانون يؤدي إلى عدم ثبوت الولاية للأم ابتداء، فلا تثبت لها الولاية إلا بطريق الوصاية.

علاوة على ذلك نجد أن نص المادة 87 من قانون الأسرة لم يحط بكافة الحالات المتعلقة بولاية الأم، وهي حالة عدم ثبوت نسب الولد إلى الأب، أو كون الأب مجهول أصلا، إذ أنه في هذه الحالات ينسب الولد إلى أمه فتكون هي الولي الشرعي عنه والمسؤولة عن القيام على شؤونه النفسية والمالية، فكان يتوجب على المشرع الجزائري التنصيص في فصل النسب على أنه: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

ثانيا: انتقال الولاية للحاضن بعد الطلاق:

تعتبر الحضانة من أبرز الآثار الناتجة عن انحلال الزواج بطريق الطلاق، والتي من مقاصدها رعاية وحفظ المحضون في نفسه وإقامة مصالحه وتبدير شؤونه، ونظرا لمشقة ذلك على من يقوم بها، فجعلها الشارع الحكيم في ذوي الأرحام والقرباة، كما أن المقتن نظر لعواقب سوء رعاية المحضون أحاطها بجملة من المواد القانونية أكد في جملتها على "مصلحة المحضون" والتي جعلها قاعدة في هذا الباب، ومن مظاهر هذه المصلحة الذي ارتآها هي أن يسند الولاية المالية إلى من منحت له الحضانة وهذا في الفقرة الثالثة من نص المادة 87 من قانون الأسرة: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، هكذا يتبين من نص الفقرة أن الحكم الذي أورده المشرع الجزائري لا نظير له في الفقه الإسلامي وبه يكون قد حاد عن أقوال المذاهب الفقهية، كما أنه لا مثيل له في التقنيات العربية المقارنة، ومن أبرز التأويلات لهذا التوجه التشريعي الحد من المشاكل التي تعانيها الأمهات الحاضنات نتيجة تماطل الآباء من القيام بمهام الولاية والضغط عليهن عن طريق الأولاد ومساومتهم، وكذلك تجنيب الأولاد مشاكل الأبوين التي قد تؤدي إلى تضییع مصالح الأولاد، كما برروا هذا الموقف على أنه سبيل الحد من مشكل المسؤولية الناتجة عن متولي الرقابة، لذلك رأوا الحل الأمثل في جعل الولاية كاملة للأم في حال الطلاق وإسناد الحضانة إليها.

غير أن المتمعن في النص يلاحظ ولأول وهلة أنه وضع قطيعة تامة في سلطة الأب على أولاده القصر، فلم يبق له أي صلاحية فسحب منه كافة مشمولات الولاية وأسندها كاملة للأم،

فضلا عن أن تطبيق قاعدة "مراعاة مصلحة المحصنون" تقتضي تشارك الأبوين في رعاية وتنشئة أولادهم القصر إلى حين أن يتبين خلاف ذلك وأن ترك الولاية للأب على أولاده القصر في حال الطلاق وإسناد الحضانة للأم يشكل خطرا على مصالحهم في ذلكم الحين تسقط عنه الولاية وتنزع منه بعد أن تقدم الأم الأدلة على تعسف الولي في ممارسة صلاحيات الولاية وحصول الضرر المقصود للإضرار بالولد القاصر أو الإلحاق بالحاضنة ضررا محققا أو وشيكا، غير أن الواقع الاجتماعي يبرز أن غالبية الآباء المطلقين يحرصون على مصالح أبنائهم كونه فطرة جبلوا عليها، وإن وجد حقيقة أولياء يستخفون بأداء واجباتهم ويمتنعون عن القيام بحفظ ورعاية صغارهم فهم قلة، وأن سلطة تقدير الإمتناع والتهاون ترجع للقاضي عملا بقاعدة "الشاذ يحفظ ولا يقاس عليه".

كما أن ولاية الأب في نظام النيابة الشرعية أصلية وابتدائية في حين أن ولاية الأم على الأولاد استثنائية - لحالات معتبرة كالوفاة والمانع الحال للأب - وأن إسناد الولاية للحاضنة ليس غاية في حد ذاته بل هي وسيلة كرسها القانون لحفظ مصالح المحضون، ولا أدل من ذلك من حلول الأم محل الأب بعد وفاته أو حصول مانع له حال حياته.

"فالولاية على الطفل نوعان، نوع يتقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها وهي الولاية على المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب، وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقُدِّمَ كُلٌّ من الأبوين فيما جُعِلَ له من ذلك لتمام مصلحة الولد، ولما كان النساء أعرف بالتربية وأقدر عليها وأصبر وأرأف وأفرغ لها لذلك تقدمت فيها على الأب، ولما كان الرجال أقوم بتحصيل

مصلحة الولد والاحتياط له في البُضع قدم الأب فيها على الأم، فتقديم الأم في الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال والنظر لهم وتقديم الأب في ولاية المال والتزويج كذلك⁽³⁰⁾.

ولما كان واقع الأمر كذلك من إسناد المشرع الولاية على الأولاد لمن أسندت له الحضانة نجد أن القضاء جاء مؤكداً على هذا الأمر في قرارات صادرة عن المحكمة العليا، حيث قعدت لهذا المبدأ "إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاية لها خرق للقانون"، وعليه فإنه يتوجب على القاضي أن يمنح للأم أو الحاضنة أياً كانت بعد الطلاق الولاية على الأولاد القصر⁽³¹⁾، فيتعين عليه أن ينص في الحكم على إسناد الولاية لمن أسندت له الحضانة، كما ذهبت المحكمة العليا في قرار لها برقم 0987589 الصادر بتاريخ 2015/11/12 غير منشور إلى أن القاصر المشمول بالحضانة تثبت له ولايتان الأولى ولاية على النفس والثانية ولاية على المال، والقاضي بإمكانه الإبقاء على الولاية على النفس لمن أسندت له الحضانة وتعيين مقدم لإدارة أموال القاصر إذا كان الحاضن عاجزاً من إدارتها وحمايتها، فهذا القرار قد عالج جزئية مهمة وهي إمكانية إبقاء الحضانة للأم على أولادها في حال تبين للقاضي عجز الحاضنة على القيام بالشؤون المالية للقصر.

ومن زاوية أخرى لابد من بيان أن قضاة المحكمة العليا قد أخطئوا إذ أسندوا الولاية للأم الحاضن مع اختلاف دينها مع أولادها، وهذا في القرار الصادر عن المحكمة العليا: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة أولادها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، ... ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية"⁽³²⁾، فهذا

القرار جاء مخالفا لأحكام النيابة الشرعية من جزئية اختلاف النائب الشرعي مع المنوب عنه القاصر من حيث الديانة، ولطالما أن فصل الولاية لم يتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في الولي على خلاف الوصي الذي نص على الشروط الواجب توافرها في نص المادة 93 من قانون الأسرة⁽³³⁾، - وقد أحسن فعلا بذلك لمكانة الوصي من القاصر - لاسيما شرط اتحاد الدين مما يستلزم الأمر الاعتماد على نص المادة 222 من قانون الأسرة التي ألزمت الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يرد فيه نص من هذا القانون، والتي تخول للقاضي أعمال أحكام الفقه الإسلامي الذي اشترط إسلام الولي والمولى عليه، فلا تثبت لكافر ولاية على مسلم وهو من الشروط المتفق عليها بين علماء المسلمين، كما أن القرار فيه مخالفة صريحة لمقاصد الحضانة، فلا يعقل أن الأم الكافرة التي لا تعقل من أحكام الشريعة الإسلامية شيئا أن تربي القاصر على دين أبيه المسلم! فالأولى أن تتخلف عنها الولاية على المال بتخلف شرط من شروط الولاية.

وفي نفس الصدد يجب إثارة ولاية الأم الحاضنة في حالة زواجها بغير قريب محرم وإن كان نص المادة 66 من قانون الأسرة يسقط حق الحاضنة على أولادها القصر بالتزوج بغير قريب محرم، وإن راعى المقتن مصلحة المحضون في بقاءه مع أمه، وقد أحسن فعلا بذلك في إبقاء الولاية النفسية للأم، غير أنه لم يشر إلى إسقاط الولاية المالية عن الأم في النصوص القانونية للولاية وعودتها للأب، فكان من الأجدر أن يذكر ذلك صراحة في نص المادة 87 من قانون الأسرة وإن كان قد أشار إلى ذلك بطريق غير مباشر إلى هذا الحكم في نص المادة 90 من قانون الأسرة بنصها: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح

القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"، فإنه إن كان الولي بحسب المادة السالفة الذكر أما حاضنا وقد تعارضت مصالحها مع مصالح القاصر لأي سبب من الأسباب كاشتغالها بخدمة زوجها أو رعاية أولاد زوجها، فالأصل أن تؤول الولاية مجددا للأب لا أن يعين القاضي متصرفا خاصا، وكذلك قد أشار إلى ذلك الحكم ونص المادة 91 من قانون الأسرة المتعلقة بإنهاء وظيفة الولي في الفقرة 04 منها بنصها: "4- بإسقاط الولاية عنه"، سواء بسقوط الولاية عن الأم الحاضن بالتزوج بغير قريب محرم أو بفقد أهليتها أو لأي سبب موجب لذلك، ففي هذه الأحوال تصبح الأم الحاضن غير صالحة للولاية، فتعود الولاية للأب.

كما أن موت الأم الحاضن موجب من موجبات عودة الولاية للأب، وقد عدت المادة 91 من قانون الأسرة على أن واقعة الوفاة سببا لانتهاء الولاية، وقد أيدت المحكمة العليا هذا الاتجاه الفقهي في قرارات كثيرة، وأكدت على مبدأ أحقية الأب بحضانة أولاده والولاية عليهم، حيث جاء في قرار لها الصادر بتاريخ 2019/12/04 يكون الأب وليا شرعيا بعد وفاة الأم الخاصة، وبمقتضى هذه الإنابة يحق له كفالة المحضون لغير الجدة لأم لأنه الأجدر بمراعاة مصلحته، يحق للجدة لأم المطالبة بالزيارة على أساس صلة الرحم"⁽³⁴⁾، وبناء على هذا القرار نستنتج أن الحضانة مرتبطة بالطلاق وعند الوفاة تصبح مرتبطة بالنيابة الشرعية، وعليه فإنه بوفاة الأم يصبح الأب هو صاحب النيابة الشرعية، وهذا ما تقتضيه قواعد النيابة الشرعية.

الخاتمة:

أما وقد فرغنا من هذه الدراسة وإتمام الكلام عنها وبسط أصولها وتفرعاتها والتي تتمحور أساسا حول أحقية الأم في ولايتها على أولادها القصر وقدرتها على حماية مصالحهم المالية. فانطلاقا من ذلك انصبت الدراسة لموضوع الولاية المالية للأم على المستويين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، حيث تقصت الدراسة جميع الأحوال والأوضاع التي تخول للأم القيام على مصالح أولادها، وبيان مدى فاعلية ولايتها. وبناء عليه خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نذكرها فيما يلي:

النتائج:

- باستقراء أحكام الفقه الإسلامي نجد أن ولاية الأم في من المسائل الاجتهادية التي اختلف حولها الفقهاء، وعليه يسوغ فيها تقليد مذهب فقهي دون آخر.

- إن ولاية الأب على أولاده القصر محمولة على السداد إدارة وتصرفا بحكم تمرسه بها بخلاف الأم، خاصة إذا كانت من ذوات الحجاب لا تمارس عملا عاما أو خاصا ولهذه العلة لم يعتبر جمهور الفقهاء الأم وليا.

- يظهر جليا أن قانون الأسرة قرر نظام الولاية على المال على الأولاد الصغار حماية لمصالحهم المالية.

- كما يظهر جليا محاولة قانون الأسرة ضمان حماية للأولاد القصر من خلال جعل الولاية في أقرب الناس إليهم؛ فجعلها ابتداء في الأب ومن بعده للأم. من منطلق مبدأ "مراعاة مصلحة القاصر". فتكون ولايتها ولاية احتياطية فلا تكون إلا حال عدم

وجود الأب لوفاته أو لمانع أصابه أو عدم ثبوت نسب الولد القاصر إليه.

- صلاحية المرأة للولاية المالية على أولادها القصر بتحقق الشروط وانتفاء الموانع.

- أن ولاية الأم متوقفة على تحقق شرطين؛ أولهما أن تكون راشدة، وثانيهما عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غيبة أو فقدان للأهلية.

التوصيات:

- إعادة النظر في ترتيب الأولياء في الولاية المالية على القاصر.

- النص على الشروط الواجب توافرها في الولي بصفته نائبا شرعيا، من خلال استحداث مادة في قانون الأسرة.

- الفصل بين الولاية على النفس والولاية على المال في حالة إسناد الحضانة للأم المطلقة. وجعل هذه الأخيرة في الأب.

- النص على أهلية التصرف للأم القاصرة في مال ولدها القاصر من خلال ترشيدها قانونا.

- منح الأم الحق في تعيين وصي على أولادها القصر باعتبارها وليا شرعيا على أولادها القصر بنص القانون.

1- الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط01، ج 05، دار الكتب العلمية، لبنان، 1327 هـ، ص 155.

- 2- أبو عبد الله محمد بن أحمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 06، دار الفكر لبنان، 1989، ص 105.
- 3- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 04، دار الكتب العلمية، لبنان، ص 156.
- 4- منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 03، دار عالم الكتب، لبنان، د.س.ن، ص 447.
- 5- الكاساني، ج 05، المرجع السابق، ص 155.
- 6- الخطيب الشربيني، ج 03، المرجع السابق، ص 156.
- 7- البهوتي، ج 03، المرجع السابق، ص 447.
- 8- الآية 05 من سورة النساء.
- 9- فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، ط 01، ج 09، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420 هـ، ص 496.
- 10- ابن حزم أبو محمد علي الأندلسي، المحلى بالآثار، ج 07، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص 153.
- 11- ابن العربي أبو بكر المعافري المالكي، أحكام القرآن، ط 03، ج 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003 ص 419.
- 12- محمد بن إسماعيل البخاري، باب ترك الحائض الصوم، كتاب الحيض، رقم الحديث 304، دار ابن كثير، دمشق، 2002، ص 153.
- 13- أمنة اسويب، عدنان العساف، ولاية الأم ووصايتها على أموال أولادها القصر "دراسة تأصيلية مقارنة بالفقه الإسلامي وقانون تنظيم أحوال القاصرين الليبي لسنة 1992م، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979م"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، مج 27، ع 03، الأردن، 2019، ص 146.
- 14- البهوتي، ج 03، المرجع السابق، ص 447.
- 15- المرادوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط 01، ج 13، دار هجر القاهرة، 1995، ص 369.
- 16- الخطيب الشربيني، ج 03، المرجع السابق، ص 156.
- 17- الشيرازي أبو إسحاق، ج 02، المرجع السابق، ص 126.
- 18- الآية 71، سورة التوبة.
- 19- الآية 06، سورة النساء.
- 20- الآية 75، سورة الأنفال.
- 21- البخاري محمد بن إسماعيل، مرجع سابق، باب ذكر هند بنت عتبة رضي الله عنها، كتاب مناقب الأنصار، رقم الحديث 3725، المرجع السابق، ص 936.
- 22- البيهقي أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ج 06، باب جواز الصدقة المحرمة وإن لم تقبض، كتاب الوقف رقم الحديث 11902، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص 267.
- 23- عطيات فارس عبد الحميد، حسام الدين خليل فرج، ولاية الأم على مال القاصر في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقوانين الخليجية وبعض القوانين العربية، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، مج 06، ع 02، ديسمبر 2022، ص 359.
- 24- نصت المادة 188 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: "الولاية على المال للأب وحده ثم لوصيه إن وجد ثم للجد الصحيح من ثم لوصيه إن وجد ثم للقاضي".
- 25- نصت المادة من القانون 40 لسنة 2004 بشأن الولاية على أموال القاصرين: "تكون الولاية على مال القاصر للأب ثم الجد لأب إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا...".
- 26- صادقت عليه الجزائر في 16 ماي 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 هـ الموافق لـ 16 ماي 1989، ج.ر.ع 20، 17 ماي 1989، ص 532.

- 27- صادقت عليها الجزائر بتحفظ في 22 جانفي 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96، المؤرخ في 02 رمضان 1416 هـ الموافق لـ 22 يناير 1996، ج.ر.ع 06، 24 يناير 1996، ص. ص 04-12.
- 28- بن عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2019، ص 47.
- 29- المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 187692، بتاريخ 1997/12/12، م.م.ع، ع 01، 1997، ص.ص 53، 54.
- 30- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط 01، ج 05، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص 392.
- 31- المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 476515، بتاريخ 2009/01/14، م.م.ع، ع 01، 2009، ص.ص 265، 268.
- 32- المحكمة العليا، غ. أ. ش، قرار رقم 58221، بتاريخ 1989/03/13، م.م.ع، ع 01، 1993، ص.ص 48، 51.
- 33- نصت المادة 93 من قانون الأسرة: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".
- 34- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 1329085، م.م.ع، 2019، ع 02، ص.ص 90، 93.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

- القرآن الكريم.
- كتب الحديث:
- البيهقي أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، ج 06، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، 2002.

المراجع:

الكتب:

- ابن العربي أبو بكر المعافري المالكي، أحكام القرآن، ط 03، ج 01، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط 01، ج 05، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.
- ابن حزم أبو محمد علي الأندلسي، المحلى بالآثار، ج 07، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- أبو عبد الله محمد بن أحمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 06، دار الفكر لبنان، 1989.

- الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط01، ج 05، دار الكتب العلمية، لبنان، 1327 هـ.
- المرداوي علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط01، ج 13، دار هجر، القاهرة، 1995.
- فخر الدين الرازي، التفسير الكبير، ط01، ج 09، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420 هـ.
- محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط01، ج 04، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.

- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 03، دار عالم الكتب، لبنان، د.س.ن.

المقالات:

- آمنة اسويب، عدنان العساف، ولاية الأم ووصايتها على أموال أولادها القصر "دراسة تأصيلية مقارنة بالفقه الإسلامي وقانون تنظيم أحوال القاصرين الليبي لسنة 1992م، واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979م"، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، ع 03، مج 27، 2019، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن.
- عطيات فارس عبد الحميد، حسام الدين خليل فرج، ولاية الأم على مال القاصر في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقوانين الخليجية وبعض القوانين العربية، مجلة الذخيرة للبحوث والدراسات الإسلامية، ع 02، مج 06، 2022، قسم العلوم الإسلامية، جامعة غرداية، الجزائر.

المذكرات والرسائل والأطروحات:

- بن عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2018/2019.

النصوص القانونية:

- العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، صادقت عليه الجزائر في 16 ماي 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم

- 67/89 المؤرخ في 11 شوال عام 1409 هـ الموافق لـ 16 ماي 1989، ج.ر.ع 20، 17 ماي 1989، الجزائر.
- إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة صادقت عليها الجزائر بتحفظ في 22 جانفي 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51/96، المؤرخ في 02 رمضان 1416 هـ الموافق لـ 22 يناير 1996، ج.ر.ع 06، 24 يناير 1996، الجزائر.
- القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع 24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو، 1984، الجزائر.
- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير، 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11-84 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع 15، الصادرة بتاريخ 18 محرم 1426 الموافق لـ 17 فبراير 2005، الجزائر.
- قانون رقم 119 لسنة 1952، بأحكام الولاية على المال، الوقائع المصرية، ع 118، 30 يونيو 1952، مصر.
- أمر مؤرخ في 16 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، ع 66، الصادر في 17 أوت 1956، تونس.
- قانون رقم 70/03، بمثابة مدونة الأسرة، المعدلة والمتممة، ج.ر.ع 5184، 14 ذو الحجة 1424 الموافق لـ 05 فبراير 2004، المملكة المغربية.
- قانون رقم 40 لسنة 2004، بشأن الولاية على أموال القاصرين، ج.ر.ع 02، 15 فبراير 2005، قطر.
- قانون إتحادي رقم 28 لسنة 2005، في شأن الأحوال الشخصية، ج.ر.ع 439، المؤرخ في 30 نوفمبر 2005. الإمارات العربية المتحدة.
- المجلات القضائية:
- المجلة القضائية، ع 01، 1993، الجزائر.
- المجلة القضائية، ع 01، 1997، الجزائر.

- المجلة القضائية، ع 01 ، 2009، الجزائر.
- المجلة القضائية، ع 01 ، 2009، الجزائر.
- المجلة القضائية، ع 02 ، 2019، الجزائر.