**الولاية الأصلية على المال**

 يقصد بالولاية الأصلية على مال القاصر السلطة التي يستمدها الولي بقوة القانون والشرع، أي أن صاحبها تثبت له بمقتضى النص ولا يحتاج إلى استصدار حكم قضائي لإثبات ولايته بل عليه أن يثبت فقط صفته كأن يكون أبا، أو أما، ويطلق مصطلح الولاية الأصلية في مقابل الولاية النيابية أو المكتسبة وهو ما سنتناوله لاحقا.

 وسنتناول في هذه المحاضرة أصحاب الولاية الأصلية في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي.

 **أولا:**أ**صحاب الولاية الأصلية على المال في قانون الأسرة:**

 نص المشرع عن أصحاب الولاية الأصلية في المادة 87 من قانون الأسرة والتي ورد فيها:"يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا

 وفي حال غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حال الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"

فأصحاب الولاية الأصلية في القانون الجزائري بمقتضى هذه المادة هم:

 **1/ الأب:** وهو الأصل المذكر المباشر للشخص، ومن علا عن الأصل المذكر المباشر يسمى الجد، فأب الأب وإن علا يسمى جدا.

 لقد منح المشرع الأب الولاية الأصلية مباشرة على أبنائه القصر فلا يحتاج في ذلك إلى حكم من المحكمة أو غيرها ليثبت أنه ولي على أبنائه، وإنما يقدم ما يثبت أبوته على القاصر الذي يتصرف عنه في أمواله، وهو بهذه الصفة لا يحق له التنازل عن ولايته فهو ملزم ما لم يكن عاجزا أو يكون به مانعا، وأصحاب الولاية الأصلية عموما تثبت لهم ولاية على النفس وولاية على المال، وهنا يتصرف الأب في أموال أبنائه ثصرف الرجل الحريص كما يتصرف في أمواله ولا يحتاج في ذلك إلى إذن من أحد ولا تتوقف صحة تصرفاته على إجازة أحد، إلا ما اشترط القانون فيها إذنا مسبقا من القاضي، وهو ما نصت عليه المادة 88 التي سنراها لاحقا، وولاية الأب على أبنائه مقررة في كل الشرائع والأعراف وذلك لما يتوفر عليه من الحرص والشفقة على أبنائه، وولاية الأب على أبنائه هي حق وواجب، أي أنه ملزم بتولي شؤون أبنائه بما في ذلك القيام بتدبير شؤون أموالهم التي يكتسبونها سواء بالإرث، أو بالهبة، أو الوصية.

 وبناء على المادة 87 سالفة الذكر فإنه لا يصح ولاية أي شخص آخر للأولاد في حياة الأب مع توفر القدرة، إلا في حال الطلاق فإن القانون أعطى الولاية لمن أسندت له الحضانة، وهو أمر غير سليم لأن ذات القانون يلزم الأب بالنفقة على أبنائه وتوفير مسكن للحضانة حتى وإن كان الأولاد في حضانة أمهم، فكيف مع هذا تمنح الولاية على أموالهم الأم الحاضنة ويلزم هو بالنفقة عليهم، كما أنه لا يمكن أن تنزع منه صفة الأبوة بعد الطلاق فكيف تنزع منه الولاية وهم يحملون إسمه وهو على قيد الحياة.

 **2/ الأم:** كما جاء في نص المادة 87 المذكورة أعلاه فإن المشرع الجزائري قد أعطى الأم الولاية على أولادها القصر وذلك في حالة وفاة الأب، وبهذا تكون الأم صاحبة ولاية أصلية بقوة القانون أي أنها فقط تثبت أنها أم للأولاد القصر، وأن أبوهم متوفى، ويمكن أيضا أن تنوب عن الأب في حياته وذلك في حال الغياب، أو حصول مانع له ففي هذه الحال لا تكون صاحبة ولاية أصلية إنما بالنيابة عن الأب وصلاحياتها محدودة في الأمور المستعجلة، ومع أن المشرع لم يحدد ما هي الأمور المستعجلة وترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في حال النزاع، إلا أنه يفهم من كلمة مستعجلة أنها الأعمال والأمور التي تتطلب السرعة في الاضطلاع بها وذلك منعا لضياع مصلحة الولد القاصر، كإجراء عملية جراحية، أو تسديد نفقات الدراسة، أو بيع محصول.

 وقد قضت المحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997 بأن الحكم بمنح الولاية لغير الأم دون إثبات تعارض المصالح بين القصر والولي مخالفة القانون المادتين 87-90 من قانون الأسرة من المقرر قانونا أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله، وفي حال تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذبك يعد مخالفا للقانون، ولما كان من الثابت أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون.

 كما جاء في قضية أخرى قضت خلالها المحكمة العليا بتاريخ 17-08-1981 في قضية قاصر –وجود أبوه حي جاء فيها:

 \*"قبول استئناف أمه بالرغم أنها لم تكن طرفا في الخصومة خرق الأشكال الجوهرية في الإجراءات

 \*من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، ولما كان الثابت - في قضية الحال – أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما وهي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أن المطعون ضده لا زال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون ولم يتوفى بعد لكي تنوب عنه الأم.

 ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار."

 كما أنه يمكن أن تسند الولاية للأم مع وجود الأب على قيد الحياة، وذلك في حال الطلاق وإسناد الحضانة لها، فالمادة 87 تقرر أن الولاية في حال الطلاق تثبت لمن أسندت له حضانة الأولاد، وهذا في الحقيقة مخالف لمقتضى الفقه والعقل، فمن الناحية المنطقية نجد أن المشرع يلزم الأب بالإنفاق على أبنائه القصر ولو كانت الحضانة للأم، فرابطة الأبوة تجعله ملزم بالقيام بواجباته تجاههم، بكل ما تشمله النفقة، فهو في هذا الجانب ملزم بأبنائه وتنزع عنه الولاية في التصرف في أموالهم أو في شؤونهم الشخصية وهم يحملون اسمه وهو حي، فكان من المنطقي أن تبقى ولايتهم للأب، ويمكن أن تمنح الولاية للحاضن في الأمور المستعجلة كما هو الحال في الغياب، كما أن الشريعة الإسلامية لم يقل أحد من فقهائها بولاية الأم في حياة الأب، ذلك أن الولاية هي مسؤولية والأب يبقى مسؤولا عن أبنائه حتى بعد الطلاق، كما أن الولاية لا تقوم على الشفقة فقط، بل إنها تقوم أيضا على المقدرة والخبرة وحسن التدبير وغيره مما سنراه.

 **ثانيا: أصحاب الولاية الأصلية في الفقه الإسلامي:**

 **1/ الأب:**  يتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في إسناد الولاية الأصلية على الأبناء القصر أو عديمي الأهلية إلى الأب ما دام حيا لأنه يفترض فيه الحرص على مصالح أبنائه الذين يعتبرهم امتداد له فهم يحملون اسمه للأجيال القادمة، وهي غريزة وفطرة فطر الله الناس عليها قال تعالى:"**زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين والقناطير المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث..**" سورة آل عمران الآية 14**،** وبناء عليه اتفق الفقهاء في منح الأب حق التصرف المطلق في أموال أبنائه القصر، إلا ما كان ضارا ضررا محضا، أو إذا ثبت سوء تصرف الأب فإنه في هذه الحال تقيد تصرفاته، فالأب العادي مستور الحال تثبت له الولاية في كل التصرفات دون تقييد بإذن من جهة معينة كما فعل القانون في المادة 88، حيث قيد بعض التصرفات من الولي وألزمه باستصدار رخصة مسبقا من القضاء، أما إذا كان معروفا بالتبذير وسوء التدبير، فإنه يمكن لمن له مصلحة المطالبة بسحب الولاية منه، بل وحتى الحجر عليه –الأب- في ماله إذا توفرت أسبابه، وقد جاء عن الفقهاء المعاصرين كالشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله أنه إذا عرف الأب بسوء الرأي وفساد التدبير وهو غير متهم في أمانته وحرصه على مصالح أبنائه القصر ويخشى من تصرفاته لفساد رأيه وسوء تدبيره، أي أنه ليس سفيها يستوجب الحجر ولا مطعون في أمانته وحرصه، فإن تصرفاته تقيد في ما هو دائر بين النفع والضرر، بحيث لايقل بيع الثمن عن القيمة المعروفة، وثمن الشراء بألا يزيد عن الثمن المعروف، ويبدو أن المشرع أخذ بهذا الرأي وزاد في الإحتياط بحيث تعامل مع الأب ككل بهذه الصفة أي افترض فيه سوء التدبير وفساد الرأي، وهذا في الحقيقة يبقى من المصالح المرسلة والتي يجتهد الفقه في حمايتها وفقا لزمانهم ومكانهم، وعليه ربما كان من الأصلح في وقتنا تقييد يد الأب في التصرف في أموال أبنائه القصر، عملا بقاعدة:" درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، وبأصل الإجتهاد عند المالكية المبني كما هو معلوم على سد الذرائع.

 **2/ الجد:** اختلف الفقهاء في ولاية الجد على أموال أحفاده القصر في حال وفاة الأب، والمقصود بالجد هنا هو العصبي، أي أب الأب وإن علا، فنجد أن الحنفية والشافعية اتفقوا في أن للجد ولاية ولكن اختلفوا في ترتيبه، فالحنفية يقدمون وصي الأب على الجد في الولاية، وذلك على اعتبار أن الأب هو أعلم بمصالح أبنائه، فإذا أوصى لأحد يكون أولى من الجد، لأنه لو كان يعلم أن الجد أقدر على ولاية أبنائه لأوصى له أو سكت.

 ويرى الشافعية أن الجد مقدم على وصي الأب لأن الجد هو بمثابة الأب ويطلق عليه في اللغة اسم أب، وهو يحل محله غالبا في مسائل الميراث وغيرها، فكان أحق بالولاية من وصي الأب أو القاضي متى توفرت فيه الشروط.

 وأما المالكية والمشهور عند الحنابلة أنه لا ولاية أصلية للجد، أي أنه لا يحق له أن يكون وليا على أحفاده بصفته جدا، وإنما يكتسبها بالوصاية، أي أن يوصي له الأب بها، أو أن يعينه القاضي كمقدم على أموال أحفاده، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه المشرع في قانون الأسرة كما بينا سابقا.

 ونلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري على الرغم من أنه لم يمنح الجد الولاية على أحفاده القصر، إلا أنه أعطاه حق الوصاية أي أنه يحق للجد أن يعين وصيا على أحفاده وفق ما جاء في المادة 92 من قانون الأسرة، ولا يحق له أن يقول أنا أتولى شؤونهم بنفسي، وهو أمر مستغرب لأن فاقد الشيء لا يعطيه، فكيف نمنعه أن يتأسس هو في حق أحفاده وعين من يقوم بذلك، ولنا أن نتساءل إن أراد الجد أن يكون وليا فهل عليه أن يعين نفسه عن طريق الوصاية، أي أن يقول أوصي بأن يتولى شؤون أحفادي المالية أنا؟ وعليه لما أثبتنا له حق الوصاية فإنه يحق له أن يقول أنا أولى بها من الوصي.

 **3/ الأم:** يرى جمهور الفقهاء أن الأم لا تملك ولاية أصلية على أبنائها، وأجاز بعضهم أن تكون لها ولاية عن طريق الوصية من الأب، أو الجد، وأما الشافعية ففي أحد الأقوال كما نقله الخطيب الشربيني في نهاية المحتاج فإنها تكون لها الولاية أصالة وهي مقدمة على وصي الأب والجد، وقد أخذ الفقهاء المعاصرون بصحة ولاية الأم على أبنائها القصر وأعتقد أن المسألة مرتبطة باختلاف الزمان، فالمرأة في عصر الأئمة الأربع لم تكن تتولى الشؤون العامة، وبالتالي كان من مصلحة الأبناء أن تسند الولاية لغيرها، والدليل على ذلك أنهم أجازوا أن، يكون لللأم ولاية على أبنائها بعد وفاة الأب في حال أوصى لها أي أنه يرى أن الأم تصلح لتولي شؤون أبنائها من حيث القدرة، فلم يطعن أحد في أهليتها.

 وعليه يمكننا القول أن ما جاء به المشرع من إثبات الولاية الأصلية للأم على أبنائها بعد وفاة الأب لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، ويبقى الإشكال والتعارض في إسناد الولاية للأم الحاضنة بعد الطلاق مع وجود الأب حيا، فهذا ما لم نعثر لقول من الفقهاء بهذا، وقد بينا أنه حتى من الناحية العقلية المنطقية أن القانون يتناقض لما يعتبره مسؤولا على أبنائه في النفقة وغيرها، ويجرده من المسؤولية في الولاية.