دروس في النيابة الشرعية عبر الخط

السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة

الدكتور عشير جيلالي

السنة الجامعية 2023/2022

تمهيد

يعتبر المال من الضروريات الخمس التي أولت لها الشرائع السماوية والأنظمة القانونية أهمية بالغة لأجل استعماله واستغلاله في الأوجه المشروعة، ولكن الناس متفاوتون في حسن التصرف وإدارة الأموال بحسب القدرة العقلية والجسمية، فمن كمل عقله وجسمه كان راشدا وكامل الأهلية فكان تصرفه سليما وصحيحا، إلا أن هناك من هو غير راشد فيكون إما عديم الأهلية أو ناقصها فتصرفه غير سليم، كفئة القصر، كما أن هناك من هو بالغ لسن الرشد لكن يعترضه عارض أو مانع يمنعه من التصرف وإدارة أمواله.

من هنا، أجمعت جل التشريعات على ضرورة حماية هؤلاء، خاصة في مجال المعاملات المالية، كون هذه الفئة تصنف ضمن طائفة عديمي الأهلية أو ناقصيها، وبالتالي إمكانية تعرضها المستمر لشتى أنواع الاستغلال، فاستحدثت أنظمة قانونية الغرض منها توفير الحماية اللازمة لرعاية شؤونهم ومصالحهم والحيلولة دون إلحاق الضرر بهم ، وإن كانت تبدأ قبل الولادة بحماية حق الحمل في الحياة ونسبه إلى أبيه، وحفظ ما يؤول إلى ذمته من أموال بطريق الهبة أو الوصية، فإن أهميتها تتزايد بعد ذلك إلى أن يبلغ القاصر الرشد ويحوز القدرة العقلية والجسدية لتدبر شؤونه بنفسه.

ولا شك أن نظام الولاية على المال جزء مهم من هذه الحماية، فبموجبه ينوب بعض الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروط محددة عن القاصر في مباشرة التصرفات والعقود التي ينصرف أثرها إليه، وذلك حماية لمصالحه وحقوقه.

وحرصا على السير الحسن لهذا النظام، وحماية للقاصر مما قد يعتبره من نقائص أو انحرافات فإن المشرع تدخل ليتناول أحكام النيابة الشرعية في الكتاب الثاني من قانون الأسرة الصادر

بموجب القانون 84-11 المؤرخ في 1984/01/03 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري2005.

الفصل الأول: أحكام عامة عن الولاية على المال

نتناول في الأحكام العامة للولاية على المال مفهومها، أسباب الولاية على المال، وترتيب الولاية في الفقه الإسلامي، لاسيما في القانون الأسرة الجزائري، وشروط الولاية على المال.

أولا: مفهوم الولاية على المال

نتطرق إلى مفهوم الولاية من الناحية الفقهية والقانونية:

1. تعريف الولاية فقها

وردت عدة تعريفات للولاية على المال عند فقهاء المعاصرين، إذ عرفوها بأنها « السلطة التي يملك بها الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولىّ عليه من البيع والشراء والإجارة والرهن»، أو أنها تتمثل في:« المحافظة على المال وتنميته واستثماره والتصرف فيه وإدارته بما يعود على المولى عليه ومجموع الأمة بالربح والفائدة »، أو هي « تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرف وحفظ واتفاق ». كما عرفت أيضا أنها:« سلطة ثابتة شرعا لشخص مخصوص تخوله القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة بالنسبة لغيره »([1]).

2. التعريف الولاية قانونا

يعرفها رجال القانون بأنها:« منح سلطة لشخص معين لأن يجري التصرفات القانونية لا لحساب نفسه ولكن لحساب المشمول بولايته ونيابة عنه »، أو هي: « سلطة شخص معين مباشرة التصرفات باسم ولحساب الأصيل من الأشخاص عديمي أو ناقصي الأهلية».

وعليه، يمكن القول أن الولاية على المال هي نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبرا، لعجز المولى عليه عن النظر في أمواله تحقيقا لمصلحته أو مصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله.

ثانيا: أسباب الولاية على المال

[1] الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، ص15

هناك عدة أسباب للولاية على المال فمنها ما يرجع إلى نقص أهلية المولى عليه أو انعدامها مثل الجنون والصغر، وهذه الأسباب محل اتفاق بين المذاهب الفقهية، ومنها ما يتعلق بحماية مصالح المولى عليه ومصالح الغير، وهي أسباب مختلف فيها مثل السفه والغفلة والدين والزوجية، كما أن أسباب الولاية على المال تختلف كذلك من حيث أن بعضها يثبت ولاية كلية أو مطلقة، بينما البعض الآخر لا يثبت إلا ولاية جزئية على مال المولى عليه.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 44 من ق م ج على ما يلي:« يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون». وعليه فإن المعيار المعتمد في إثبات الولاية على المال هو نقص الأهلية أو انعدامها، غير أنه ليس المعيار الوحيد، إذ تثبت الولاية المالية قانونا على كل مريض مرض الموت، وكذلك المدين والمفقود، كما تثبت المساعدة القضائية على ذوي العاهات المزدوجة.

1. الصغر كسبب من أسباب الولاية على المال

إن الصغر موجب للولاية باتفاق الفقهاء، وينقسم إلى ثلاث مراحل: مرحلة الحمل، ثم مرحلة عدم التمييز، فمرحلة التمييز.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة الولاية على مال الحمل إلى قولين:

القول الأول: عدم الولاية على مال الحمل إلا بعد ولادته حيا.

القول الثاني: أنه مادام يجوز الوصية للحمل فالأولى أن يعين عليه وصي.

والرأي الراجح هو إثبات الولاية على الحمل، لأنه كما يستحق الوصية والميراث والوقف، فالأولى حفظ هذا المال بتعيين وصي عليه حفظه وينميه و يديره.

لكن الإشكال الذي يطرح هنا، هو في حال ما إذا تصرف الوصي في المال الذي تحت يديه، ثم ولد الحمل ميتا، لأنه يشترط ولادته حيا لاستحقاق الوصية فإنه يجب إرجاع المال إلى ورثة الموصي ولذلك فقد رجح بعضهم الرأي القائل بأن الأفضل تعيين وصي على الحمل، لكن لا يكون له من الصلاحيات إلا حفظ المال دون التصرف، فهو أمين على المال فقط، وذلك لغاية ولادة الحمل حيا، وفي حالة ولد ميتا فإن الأمين يعيد المال إلى ورثة الموصي.

وأما القانون فإن الأصل أنه لا تثبت الولاية على مال الجنين إذ ليس له أهلية الأداء، كما أن أهلية الوجوب تتوقف على ولادته حيا، ومع ذلك تثبت له بعض الحقوق كالنسب والإرث والوصية والوقف، لأن اكتسابها لا يحتاج إلى قبول منه وهذا موقف المشرع، إذ لا نجد نصا يدل على الولاية على مال الحمل سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة.

وبينما أغلبية المشرعين العرب ذهب إلى إثبات الولاية على الحمل، بهدف عدم تعطيل المصالح والأرزاق المتعلقة بهذه الأحوال.

أما المرحلة الثانية من الصغر هي مرحلة عدم التمييز، وتبدأ من الولادة إلى غاية بلوغ سن 13 سنة، وفي هذه المرحلة يعجز الصبي عن تمييز ما يجلب له من النفع، مما يجلب له الضرر، وعليه تثبت له الولاية على ماله مطلقا لانعدام أهلية الأداء.

وأما المرحلة الثالثة فهي مرحلة التمييز، وتبدأ منذ سن التمييز إلى غاية بلوغ سن الرشد، وتثبت الولاية على مال الصغير في هذه المرحلة و لو أنها ليست مطلقة، إذ تصح منه التصرفات النافعة نفعا محضا، و يمنع عليه القيام بالتصرفات الضارة ضررا محضا، بينما يتوقف نفاذ تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر على إجازة وليه.

وتنص المادة 83 من قانون الأسرة «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء».

وتنتهي الولاية على القاصر ببلوغه رشيدا، دون حاجة إلى حكم من القاضي برفع الحجر عنه، في حين قال فقهاء المالكية أنه إذا كان القاصر تحت ولاية وصي أو مقدم يشترط زيادة على بلوغه الرشد أن يشهد الوصي أو المقدم على فك حجره ورفع الولاية عنه.

وتنص المادة 01/40 القانون المدني الجزائري:« كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه».

2. الولاية على المال بسبب عوارض الأهلية

إن عوارض الأهلية تصيب الإنسان في عقله وهي الجنون والعته، أو في تدبيره فتفسده وهي السفه والغفلة.

2.1. السفه: هو تبذير المال على غير مقتضى العقل والشرع لغلبة الهوى على السفيه. فعلّة السفيه أنه مسرف تتسم تصرفاته بالشذوذ في نظر غالبية الناس، ومن المتعارف عليه فقها وقانونا الحجر على السفيه البالغ لسفهه وسوء تصرفه لقوله تعالى:« **ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما**». وقد اختلف الفقهاء بشأنه:

الحنفية: لا يحجر على الحر البالغ السفيه، وتصرفاته في ماله جائزة وإن كان مبذرا مفسدا يتلف أمواله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة.

والإمام الشافعي رحمه الله يرى الحجر على السفيه بعد بلوغه سن الرشد، و يحجر عليه الأب أو الجد لقوله تعالى: « **و لا تؤتوا السفهاء أموالكم** »، ونقل عن الشافعي أيضا أنه يستحب أن يرد أمره إلى الأب والجد، فإن لم يكن فسائر العصبات لأنهم أشفق، ولا يرفع الحجر إلا إذا رفعه القاضي.

أما المالكية: فيرون الحجر على السفيه و استدلوا بقوله تعالى: « **فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم** » (سورة النساء آية 06)، فدل قوله على أن السبب المفضي للحجر هو السفه، غير أنه يوجد خلاف فيمن بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال، فقيل أنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور.

والسفيه وذو الغفلة المحجور عليهما حكمهما في القانون الجزائري حسب المادة 43 القانون المدني الجزائري في حكم الصبي المميز.

2.2. المجنون: هو زوال العقل أو ذهابه لآفة، فالمجنون يأخذ حكم الصغير قبل سن التمييز إذا كان جنونه مطبقا أو متقطعا.

الشافعية: قالوا أن الجنون يرفع بالإفاقة، أما إذا كان جنونا مطبقا يوجب الحجر في ما تردد بين النفع والضرر، بمعنى آخر يوجب التوقف على الإجازة على العموم، فإذا باع المجنون شيئا أو اشتراه وهو لا يعقل البيع، فالبيع إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه.

أما المالكية: اعتبروا أن المجنون والصبي لا تصح عقودهما ولا إقرارهما، لأن عدم الصحة معناه عدم النفاذ، ولا تلحقه الإجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وغيرها.

أما في القانون الجزائري فيعتبر المجنون فاقد التمييز، فتقع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا حتى لو كانت نافعة له نفعا محضا، فتنص المادة 42 القانون المدني الجزائري: «على أنه لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أوعته أو جنون».

هذا، ويمكن الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يميز بين الجنون الدائم (المطبق) والجنون المتقطع، إلا في حالة واحدة وهي الوقف حسب المادة 31 من القانون رقم 91–10 المتعلق بالأوقاف.

3. الولاية على المال بسبب موانع الأهلية

قد يبلغ الإنسان سن الرشد، ويكون خاليا من عوارض الأهلية، إلا أنه تحصل له موانع تحول دون ممارسته ومباشرته التصرفات والعقود بنفسه، سواء كان المانع طبيعيا أو قانونيا أو ماديا، ولذلك وجب أن ينوب عنه من يمثله في مباشرة تصرفاته.

1.3. الغيبة

المقصود بالغيبة هنا الفقدان، فالمفقود هو الغائب الذي لا يعرف وضعه ولا يُعرف أحي هو أم ميت، ويحجر القاضي على الغائب، ويبيع ماله لنفقة زوجته وولده أو تسديد ديونه.

وقد عرّف لنا المشرع الجزائري الغائب والمفقود في المادة 109 قانون الأسرة التي تنص على أنه: « المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم » وبالتالي، فإن لفظ الغيبة كمانع من موانع الأهلية إنما يقصد به الغائب والمفقود معا، وذلك لأن مناط الولاية على مال كل منهما متوفر، وهو لا يتعلق بأهليتهما لأنها كاملة، ولكن للضرر الذي يلحق مصالحهما ومصالح الأشخاص المرتبطين بهما بسبب الغياب.

ولذلك يتوجب رفع الضرر عن طريق تعيين نائب أو وكيل عن المفقود والغائب، لذلك يلزم المشرع الجزائري في المادة 111 من قانون الأسرة على وجوب تعيين القاضي، في نفس

الحكم الذي يقضي فيه بفقدان الشخص، مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أمواله واستلام ما يستحقه من ميراث أو تبرع.

وتنتهي مهمة الوكيل عن الغائب أو المفقود بعودة الغائب أو المفقود حيا أو لموته الفعلي أو الحكمي وفقا لنص المادة 115 من قانون الأسرة.

2.3. العاهة المزدوجة

قد يتعذر على الإنسان بسبب العاهة التعبير عن إرادته بشكل سليم، لذلك يتقرر له نوع من الولاية المالية، وهو ما يسمى بالمساعدة القضائية، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 80 من القانون المدني التي جاء فيها « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا، يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته».

ومناط الولاية على مال صاحب العاهة المزدوجة هو تعذر تعبيره عن إرادته، وليس قصورا في أهليته أو انعدامها، لذلك يعين له مساعد قضائي يعاونه في التصرفات القانونية التي يبرمها، وهذا ما أشارت له المادة 80 من القانون المدني الجزائري، بحيث تكون له كل التصرفات التي يبرمها الشخص الذي تقررت مساعدته قابلة للإبطال إذا صدرت منه بدون حضور المساعد القضائي، فهذا الأخير لا يعتبر نائبا عن الشخص صاحب العاهة إذ لا ينفرد بالتصرفات القانونية لوحده، كما أن المساعدة تنحصر في التصرفات التي يحددها قرار تعيين المساعد القضائي.

3.3. العقوبة الجنائية

عندما يحكم على شخص ما بعقوبة جنائية، فإنه يحجر عليه حجرا قانونيا، تبعا لعقوبة سلبه حريته، فالشخص في هذه الحالة وإن كان يتمتع بأهلية كاملة، إلا أن هذا المانع القانوني لا يخوله مباشرة شؤونه المالية.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 09 مكرر من قانون العقوبات، إذ أثبت على الشخص المحكوم بجناية عقوبة تبعية تتمثل في الحجر عليه ومنعه من التصرف في

أمواله، مما يعني أن يتولى قيّم إدارة أمواله ومباشرة حقوقه المالية إلى غاية انتهاء عقوبته، غير أن سلطة القيم تنحصر في إدارة الأموال دون التصرف فيها.

ثالثا: ترتيب الأولياء على المال و شروطهم

بداية سنتطرق لترتيب الولاية على المال، ثم الشروط التي يجب أن تتوفر في الأولياء:

1. ترتيب الأولياء على مال قاصر

ستتناول ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي، ثم ترتيب الأولياء في القانون.

1.1. ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في إثبات الولاية، وترتيب الأولياء على مال القاصر، تبعا لتوفر الولي على شرطين أساسيين: الأول هو توفر الشفقة على القاصر، وذلك يتعلق بدرجة القرابة، والشرط الثاني هو الدراية والقدرة على تسيير أموره المالية.

الحنفية: يكون حق الولاية على مال القاصر للأب ابتداء، ثم لوصيه فوصي وصيه، ثم للجد ووصيه، فوصي وصيه ثم للقاضي ووصيه، على أنهم لا يثبتون الولاية للأم لعدم قدرتها وخبرتها بالأمور المالية.

وعليه يكون الأب أحق الناس بالولاية على مال ابنه لأنه أكثرهم شفقة عليه، وتنتقل الولاية بعده مباشرة لوصيه حتى لو وُجد الجد، فيقدم الوصي عليه لأنه يجب احترام إرادة الأب ولو بعد وفاته، وحتى لو كان الجد أكثر شفقة من الوصي، ثم يأتي الجد بعد الوصي وقبل القاضي لأنه أجنبي عن الصغير، ثم القاضي لأنه ولي من لا ولي له.

المالكية: وتكون الولاية على مال الصغير عند المالكية للأب أولا ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه، فالمالكية بخلاف الأحناف لا يثبتون الولاية للجد مطلقا.

كما انفرد المالكية بإثبات الولاية المالية للحاضن والكافل إذا جرى بذلك عرف بين الناس، وذلك لأن العادة في المجتمعات الريفية خاصة أن الناس لا يوصون على أولادهم لافتراضهم أن الأقارب سيقومون برعايتهم، فتثبت الولاية المالية للكافل أو الحاضن عملا بالعرف، كما لا

يثبت المالكية الولاية المالية للأم، بل لها الحضانة فقط ، غير أنهم أجازوا لها أن تكون وصية على أولادها، كما أن الولاية تكون بعض القاضي لكافة المسلمين.

الشافعية: الولاية على مال الصغير عند الشافعية تكون للأب ثم الجد، ثم وصي الأب، ثم وصي الجد، لأن الشافعي رحمه الله ينزل الجد منزلة الأب، وعليه تنتقل الولاية المالية بعد الأب للجد ولو مع وجود وصي الأب، وذلك عكس الحنفية الذين يقدمون وصي الأب على الجد لأن الجد أوفر شفقة من الوصي.

أما ولاية الأم على مال الصغير ففيها قولان:

القول الأول: مفاده جواز ولاية الأم على مال ولدها لأنها أحد الوالدين.

القول الثاني: وهو الأصح من مذهب الشافعية مفاده أن لا تكون لها الولاية بل مباشرة للقاضي.

الحنابلة: تكون الولاية على مال الصغير عندهم للأب ثم وصيه ثم الحاكم (القاضي) لأنه ولي من لا ولي له، ثم لمن يعينه القاضي على مال الصغير، ذلك أنهم مثل المالكية لا يثبتون الولاية المالية للجد على مال الصغير، إذ تنتقل الولاية مباشرة بعد الأب إلى وصيه ثم للقاضي أو من ينيبه.

أما بالنسبة لولاية الأم: أجاز بعض الفقهاء ولايتها ــ إلا أن عدم قدرتها ودرايتها بكيفية حفظ الأموال، جعل الأب أحق منها في ولاية مال ابنه، ويرى البعض جواز ولاية الأم، لأن الفقهاء أجازوا وصايتها على مال أولادها، من جهة أخرى ظروف المرأة تغيرت بحيث أصبح لديها بعض المعارف فيما يخص إدارة الأموال.

1-2-ترتيب الأولياء في القانون

نصت المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

«يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الأب أو حصوله مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ».

فالمشرع الجزائري وافق إجماع الفقهاء على كون الأب أول من يستحق الولاية على مال أولاده، لكنه بعد ذلك يرتب الولاية للأم بعد الأب مباشرة، كما أعطى الحق في الولاية لمن أسندت له الحضانة بعد الطلاق.

ويبدو أن المشرع قد حرص على إعطاء الحاضن صلاحيات واسعة، بحيث جمع في يديه الولاية المالية والحضانة، وهو ما يخدم مصلحة القاصر أكثر، لأن منح الحضانة لشخص والولاية على المال لآخر من شأنه تعطيل مصالحه.

هذا، وبالنظر إلى نص المادة 92 من قانون الأسرة نجد أن المشرع أعطى حق تعيين الوصي لكل من الأب والجد في حالة عدم وجود الأم، وهذا بالرغم من أنه لم يعط للجد حق الولاية على مال الصغير في المادة 87 ، وهو أمر غير مستساغ، فالأصل أنه من لا يملك حق الولاية لا يملك حق الإنابة فيه.

وعليه نستنتج أن ترتيب الأولياء على المال في قانون الأسرة الجزائري يكون كالأتي: الأب أولا ثم الأم، ثم وصي الأب، ثم وصي الجد، ثم القاضي لأنه ولي من لا ولي له.

المبدأ العام: إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق بدون منح الولاة لها يعد خرقا للقانون.

رابعا: شروط الأولياء على مال القاصر

سنتناول شروط الأولياء في الفقه الإسلامي، ثم شروط الأولياء في القانون، حيث أن هذه الشروط يشترك فيها الولي، الوصي لاسيما القيم (المقدم).

1) – شروط الأولياء على مال القاصر في الفقه الإسلامي

من شروط الأولياء على مال القاصر، التكليف، الإسلام والحرية، العدالة والقدرة، الذكورة.

– التكليف: يتحقق التكليف بتوفر البلوغ والعقل، وبتحققهما تقوم الولاية على المال، فالبلوغ أهم مرحلة من المراحل الطبيعية التي تمر بها حياة الإنسان، لأنه ينتقل فيها من طور الصغر إلى طور الكبر، ويصبح مكلفا، بحيث يصبح الشخص البالغ مكتمل العقل والإدراك يميز ما ينفعه ويضره.

- **الإسلام والحرية:** إشترط الفقهاء هذين الشرطين، واختلفوا في حكمهما، ومدى جواز الإيصاء إلى الكافر والذمي وكذلك الإيصاء إلى العبد (غير حر).

بالنسبة للإسلام: يشترط في الولي أن يكون مسلما، كونه مولى على أموال المولى عليه، فهو كالوارث الذي يشترط فيه إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، فيرى الملكية أنه لا يجوز الولاية من مسلم إلى كافر لقوله تعالى: " و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض " .

كما ذهب الحنابلة إلى عدم صحة ولاية المسلم إلى الكافر لأنه ليس أهل الشهادة والعدالة، لكنها تصح من كافر إلى كافر، ونص الأحناف على وجوب شرط الإسلام، فلا تصح ولاية مسلم إلى كافر أو ذمي.

أما الحرية، فاشترط الفقهاء الحرية كون العبد لا يملك التصرف في مصالحه إلا بإذن سيده، فخلاف المالكية والحنابلة، ويبقى الأمر تاريخيا غير معمول به.

-**العدالة والقدرة:** حسب فقهاء المالكية، العدالة وازع عن الفساد، بالتالي لا يصح الولاية لخائن، فإن كان متصفا بالعدالة ثم طرأ عليه طارئ فإنه يعزل، فهي عند المالكية تشرطت ابتداء ودوما. ويرى الشافعية أنه لا يجوز الولاية إلى فاسق بالإجماع ، كما أنه لا يجوز الولاية إلى الخائن. أما الحنابلة ذهبوا إلى قولين:

القول الأول: جواز الولاية إلى فاسق، لكن يضم إليه أمين. (بمعنى مساعد قضائي)

القول الثاني: لا تجوز الولاية إلى فاسق، فحكمه حكم من لا ولي له، لأنه لا يجوز تولية خائن على يتيم في حياته وبعد موته، فالولاية أمانة والخائن ليس من أهلهما، واشترط الأحناف العدالة أيضا ، فإذا كان الذي تولى الولاية خائن، وجب على القاضي عزله و إقامة آخر مقامه.

ملاحظة: ينطبق شرط العدالة تماما على الجرائم الماسة بالأخلاق التي تؤدي إلى الفسق.

-**القدرة:** ويقصد بالقدرة الرشد أو الكفاية والهداية في التصرف، كما أن المعنى هو القدرة من الناحية الجسدية، ومن ناحية الكفاءة في إدارة وتسيير الأموال، وقال الفقهاء يجوز تولى الوصاية من الأعمى لأنه يمكنه التوكيل في الأمور التي لا يقدر عليها، فإذا عجز الولي أو الوصي عجز جزئيا يضم إليه القاضي من يعينه، أما إذا كان العجز مطلقا فيبدله بغيره.

-**الذكورة:** هذا الشرط عند الفقهاء ينطبق على الولي الشرعي خاصة دون الوصي، إذ يجوز أن تتولى الوصاية امرأة، بما رُوي عن عمر رضي الله عنه أن أوصى سيدنا لابنته حفصة أم المؤمنين فكان دليلا على جواز الوصاية للنساء.

وما يستنتج من أقوال الفقهاء أنه إذا اختار الأبُ الأمَّ وصيةً على أولادها، أو عينها القاضي فالوصية صحيحة.

2)شروط الأولياء في القانون

نصت المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري على شروط الوصي، وهي شروط تنطبق على الولي والمقدم وهي الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة والأمانة وحسن التصرف.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الشروط الواجب توافرها في كل من الأب والأم وهما صاحبا الولاية الشرعية، فبموجب المادة 91 من قانون الأسرة، نجد أنه ذكر حالات انتهاء الولاية المتمثلة في عجز الولي أو موته، أو الحجر عليه، أو إسقاط الولاية عنه، مما يفيد وجوب توفر القدرة الجسدية والعقلية لإدارة وتسيير أموال المحجور عليه، كما يجب أن تتوفر فيه الأمانة والاتحاد في الدين وإلا أسقطت ولايته.

خامسا: مفهوم القاصر

سنتطرق إلى تعريف القاصر لغة، ثم تعريفه قانونا، بعدها تعريفه في الفقه الإسلامي.

1. **القاصر لغة:** لفظ القاصر مرتبط في المعاجم اللغوية بمفهوم العجز والنقصان، وجاء في معجم مقاييس اللغة أن القاصر هو " الذي لا يبلغ مدى الشيء و نهايته".

2. **تعريف القاصر في الفقه الإسلامي**

إن مصطلح القاصر نادر الاستعمال عند الفقهاء وخاصة القدماء منهم، وبالمقابل يستعملون ألفاظا أخرى للدلالة على معناه مثل لفظ الصبي، اليتيم والصغير.

1.3. **الصبي:** هو الإنسان منذ ولادته إلى أن يفطم، قال تعالى " قالوا كيف تكلم من كان في المهد صبيا" وقال عز و جل " **وآتيناه الحكم صبيا** "

فالصبا يبدأ منذ الولادة وينتهي بالبلوغ سواء للذكر أو الأنثى، أما الصبي المميز هو الذي يدرك معاني العقود في عرف الناس. وأدنى سن التمييز هي سبع سنوات، والصبي غير المميز هو الذي لا يدرك أن البيع سالب للملكية، وأن الشراء جالب لها.

اليتيم: اليتيم من فقد أباه، وأما من فقد أمه يسمى العَجِيُّ، ومن فقد كلاهما يسمى اللّطِيمُ.

أما شرعا فاليتيم هم من مات أبوه حتى يبلغ، فإذا بلغ زال عنه اليُتم، و جاء في التعريفات إن اليتيم هو المنفرد عن الأب لأن نفقته عليه لا على الأم.

الصغير: هو قليل الجسم أو الحجم، والصغر ضد الكبر، ومعنى لفظ الصغير في اللغة لا يختلف عن معناه في اصطلاح الفقهاء إذ يدل على الطفل الذي لم يبلغ بعد.

وبعد تعريفنا لكل من الصبي واليتيم والصغير في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء، نجد تقاربا كبيرا بين المصطلحات الثلاثة، وعليه نستنتج أن الفقهاء يقصدون بهذه الألفاظ طفل الإنسان منذ ولادته إلى غاية بلوغه.

3. تعريف القاصر في القانون

يستعمل لفظ القاصر قانونا للدلالة على الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد بعد، فكل من ليس راشد يعتبر قاصرا، وتذهب مختلف القوانين بتحديد سن معينة كمعيار لمعرفة حد الرشد، بالإضافة إلى معيار التمتع بالقوى العقلية.

ووافق التشريع الجزائري هي حالة الشخص الذي لم يبلغ سن 19سنة كاملة سواء كان مميزا أو غير مميز.

4. الإذن للقاصر (ترشيده)

إن الإذن في القانون هو الترخيص للقاصر (من بلغ سن التمييز 13سنة كاملة) بإدارة شؤونه بنفسه وأمواله والانتفاع بها في حدود القانون، أو هو " دفع الولاية عنه ومنحه أهلية الأداء كاملة".

ويكون الإذن كقاعدة عامة من حق كل من يملك الولاية على مال القاصر، ضف إلى ذلك الإذن يكون خاصا بالنوع الذي أذن فيه دون غيره، فمن أُذن له في تجارة معينة كان الإذن خاصا

بتلك التجارة وحدها، ويشترط فيمن يؤذن له أن يكون مميزا، أو كما قال الفقهاء: عارفا بأن البيع سالب للملك، والشراء جالب له.

وإجراءات ترشيد القاصر في القانون الجزائري تكون للقاضي وحده وفقا لقانون الأسرة الجزائري، كما يكون له الحق في الرجوع في الإذن إذا ما رأى ما يستوجب ذلك، ويكون هذا الإذن جزئيا أو كليا بطلب من الأب أو الأم أو الوصي أو القاصر، وهو ما نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: " 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".

والجدير بالذكر، أن هذه المادة نصت على إمكانية صيرورة القاصر راشدا دون أن يمر بمرحلة التمييز، فبعد أن كان ممنوعا من كل التصرفات أمكنه بذلك التصرف في أمواله كلها أو جزء منها دون توفره على الخبرة اللازمة لذلك بمجرد بلوغه سن التمييز، الذي حدده المشرع الجزائري في المادة 42 من القانون المدني جزائري المعدل و المتمم بثلاثة عشر (13) سنة.

لكن المشرع الجزائري لما قرن ترشيد القاصر ببلوغه سن التمييز أضاف قيودا أخرى على القاصر المرشد، بحيث نجد في نصوص القانون التجاري التي تشترط سن (18) ثمانية عشر سنة على الأقل لإمكان مزاولته لأعمال تجارية، وهو ما جاء في نص المادة 05 من القانون التجاري لما جاء فيها " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية، إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار مجلس العائلة مصادقا عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم.

فهذه المادة تضع شروطا إضافية لكي يمارس القاصر الأعمال التجارية، فبالإضافة لاشتراط سن 18 سنة، يجب حصوله على الإذن من والده أو أمه أو بقرار من مجلس العائلة في حالة غياب الأب، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الإذن مصادقا عليه من المحكمة.

وفي هذه الحالة يقدم الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري كما نصت عليه المادة 3/5 من القانون التجاري.

إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح لنا المقصود بمجلس العائلة، فهي عبارة غير واضحة، وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية نجده لا ينص على هذه العبارة، ولكن بالرجوع إلى القانون الفرنسي فإن مجلس العائلة هناك فإنه يتكون من خمسة (05) أفراد من عائلة الأب وخمسة (05) أفراد من عائلة الأم ليأذنوا للقاصر بمزاولة الأعمال التجارية إذنا عاما (مطلقا) أو إذنا محددا.

الفصل الثاني: أقسام الولاية على المال

الولاية بالنظر إلى سلطتها نوعان: ولاية قاصرة وولاية متعدية.

أولا: الولاية القاصرة: هذه الولاية تقتصر على قدرة الشخص في التصرف في حق نفسه وماله، وتكون للشخص الذي يتمتع بأهلية أداء كاملة، عند ما يكون كامل الأهلية ولم يحجر عليه تكون له ولاية على جميع شؤونه المالية و تكون جميع تصرفاته نافذة.

ثانيا: الولاية المتعدية: هي تصرف الشخص لغيره تصرفا صحيحا نافذا بإنابة الشارع كما في ولاية الأب والجد على الصغير والمجنون، أو بإنابة الغير مع إقرار الشارع كالوصاية والوكالة.

وتنقسم الولاية المتعدية بدورها إلى عدة أقسام:

- القسم الأول: الولاية العامة والولاية الخاصة

الولاية العامة: تكون للقاضي أو الحاكم أو الإمام، حيث يكون لكل منهم ولاية عامة على من يتولى أمرهم ممن لا ولي خاص له، ومن ثم فإن القاضي ولي من لا ولي له.

الولاية الخاصة: هي الولاية التي تكون بتسليط الشارع ابتداء كولاية الأب والجد على الصغير، أو بتسليط من الأصل كالوصاية والقوامة (التقديم).

- القسم الثاني: الولاية على النفس والولاية على المال

الولاية على النفس: هي القيام والإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه منذ ولادته حتى بلوغه وتزويج، ويدخل في نطاقها ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ولاية الحفظ والرعاية وتسمى بالحضانة، النوع الثاني: ولاية التربية والتأديب والتهذيب، النوع الثاني: ولاية التزويج.

الولاية على المال: تشمل كل ما يتصل بأموال المولى عليه، فيقوم الولي بالإشراف على رعايتها استغلالها والمتاجرة فيها بالأوجه المشروعة، وحفظها وصيانتها من التلف والضياع.

القسم الثالث: الولاية الأصلية والولاية النيابية

الولاية الأصلية: هي الولاية المستمدة من الشارع مباشرة من غير إنابة أحد، وتسمى أيضا بالولاية الذاتية لأنها تثبت للشخص باعتبار ذاته، ولا يستمدها من الغير.

وتتمثل في ولاية الأب والجد، وهي لازمة لا تقبل الإسقاط ولا التنازل عنها لأنها شرعية، إذ الشارع هو الذي فرض لهما التصرف ابتداء لكمال شفقتهما، أما من الناحية القانونية فإننا نجد المشرع الجزائري جعل الولاية للأم أيضا في حالات معينة سبق ذكرها.

الولاية النيابية: تسمى أيضا بالولاية المكتسبة، وهي الولاية المستمدة من الغير بإقرار الشارع كالوصي، والقيم (المقدم)، وهذه الولاية يكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه، سواء كان وليا خاصا كالأب والجد أو عاما كالقاضي.

والولاية النيابية لا تقوم إلا عند غياب الولاية الأصلية، فالأولى أصل والثانية فرع عنها.

وما يعنينا من أقسام الولاية على مال القاصر الولاية الأصلية والنيابية، لذلك سنتناول كل واحدة على حدة.

الفرع الأول: الولاية الأصلية

تثبت الولاية الأصلية على مال القاصر أولا و بقوة القانون لوليه الشرعي، وهو إما الأب أو الأم أو الجد بحسب الأحوال طبقا للمادتين 87 و 92 من تقنين الأسرة الجزائري، وسبب أولوية هؤلاء للولاية الأصلية هو صلة الدم الوثيقة التي تجعلهم أكثر شفقة ورعاية.

أولا: الطبيعة القانونية للولاية الأصلية على مال القاصر

ولاية الأب والأم على مال القاصر ولاية أصلية أثبت لهما القانون لقرابة الأبوة، وعلى هذا فإن كل منهما يستمد صفة الولاية بحكم القانون أي دون حاجة لصدور حكم من المحكمة بتعيين أي منهما وليا.

والولاية الأصلية حق للولي نظرا إلى ما يفترض فيه من عطف وشفقة وحرص على رعاية شؤون ابنه القاصر، وذلك بحكم قرابة الدم التي تربطه، وهي في نفس الوقت واجب لمركز الولي، الشيء الذي يفرض عليه القيام بهذه الولاية، ولا يجوز له التنحي أو التنازل عنها إلا بإذن المحكمة، ونتيجة لذلك، فولاية الولي شخصية ثابتة فيه لا يملك إسنادها إلى غيره، كما أنها لا تنتقل إلى ورثته بعد وفاته.

ونيابة الولي نيابة قانونية، إذ بين القانون حدود هذه النيابة، ومقتضى ذلك يتعين على الولي أن ينصرف العمل الذي يقوم به القاصر أن يكون في حدود نيابته، فإذا جاوزها لا ينتج عمله إلى القاصر.

إضافة إلى ذلك الولاية على مال القاصر هي من النظام العام لا يجوز التعديل في أحكامها بالاتفاق كالاتفاق على تغيير ترتيب الأولياء أو تعديل حدود ولايتهم، وتبقى قائمة حتى تنقضي لسبب من الأسباب التي أوردها القانون (قرار المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية المؤرخة في 1986/06/30).

ولتكون نيابة الولي قانونية يجب توافر ثلاثة شروط هي:

- حلول إرادة الولي محل إرادة القاصر
- عدم تجاوز حدود نيابته
- أن يكون التعاقد باسم القاصر

ثانيا. ثبوت الولاية الأصلية على مال القاصر

سنتناول في هذه الفقرة مراتب الولي على مال القاصر في الفقه الإسلامي، ثم مراتب الولي في القانون الجزائري.

1. ثبوت الولاية الأصلية في الفقه الإسلامي

يجمع الفقهاء على ثبوت الولاية الأصلية على مال القاصر للأب لأنه أقرب وأشفق الناس وأشدهم حرصا على مصلحة الأولاد، لكنهم اختلفوا لمن تكون له الولاية بعد وفاته، هل تكون للجد أو الوصي، كما اختلفوا حول اعتبار الجد وليا شرعيا لا يحتاج إلى إيصاء، وفي ذلك انقسم الفقه إلى رأيين، سبق وأن رأينا تفصيل آرائهم، وبناء على ما سبق يكون ترتيب الأولياء في الفقه الإسلامي على النحو التالي:

الفقه الحنفي: الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه ثم الجد فوصيه ثم وصي وصيه ثم القاضي فوصيه.

الفقه المالكي: الأب ثم وصيه، فالقاضي ثم مقدمه، أو الكافل عند غياب وصي الأب والقاضي ووجود عرف بإقرار الوصاية للكافل والحاضن.

الفقه الشافعي : الأب ثم الجد ثم وصي الباقي منهما، فالقاضي فوصيه. والأم على خلاف عندهم.

الفقه الحنبلي: الأب ثم وصيه ثم القاضي فوصيه.

وعليه نفهم أن هناك جانب من الفقه الإسلامي يثبت الولاية للأم على مال القاصر، وتُقدّم على وصي الأب والجد وإن وُجِدا([1]).

.2. ثبوت الولاية الأصلية على مال القاصر في القانون

تنص الفقرة الأولى في المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11–84 المعدل والمتمم بالأمر 05–02 على أن "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا" وتقضي الفقرة الثانية من ذات المادة نفسها " وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

يتضح من هاتين الفقرتين أن الأب له الولاية على المال ابتداء، ثم للأم حيث تكون وليا قانونيا على أولادها القصر في حالتين هما:

- ❖ حالة وفاة الأب.

[1] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي 7328/10

❖ حالة حياة الأب، و لكن ثبت غيابه أو حصول مانع له كأن يكون محجورا عليه لجنون أوعته، أما إذا كان الأب حيا وقادرا على القيام بأعباء الولاية فإنه الولي الوحيد.

وفي الحالة الثانية أي حالة الغياب أو حصول المانع يجب على الأم إثبات سبب الغياب أو المانع لاستصدار الحكم القضائي القاضي بإسناد الولاية لها.

إلا أن المشرع أضاف حالة أخرى من شأنها أن تزعزع هذا الترتيب وتخالف ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، هي حالة الطلاق، إذ تنص الفقرة 3 من المادة 87 من قانون الأسرة أنه " في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة.

وعلى ذلك حسب هذه المادة تثبت الولاية على مال القاصر في حالة الطلاق لمن تسند له الحضانة، سواء كانت الأم أو الأب، وهو ما يعني الأم قد تكون وليا على مال ابنها رغم وجود الأب حيا.

وولاية الأم في القانون الجزائري مأخوذ من القانون المدني الفرنسي رقم 778 سنة 1957 الذي اعتبر في المادة 19 منه الأم وليا قانونيا تسري عليها أحكام الولاية التي تسري على الأب، وعلى الأم إعلام القاضي إذا أرادت الزواج ليقوم القاضي باستدعاء مجلس الأسرة الذي يقرر إمكانية احتفاظ الأم بالولاية آخذا بعين الاعتبار شخصية الزوج، وإذا ما تقرر احتفاظ الزوجة بالولاية يصبح الزوج شريكا متضامنا في ولايتها على ولدها القاصر (المادة 74 من القانون الملغى).

ثالثا: أحكام الولاية الأصلية على مال القاصر

إن ولاية الولي سلطته يستمدها من القانون مباشرة لاعتبار ذاتي فيه هو القرابة، وذلك إذا ما توفرت فيه الشروط اللازمة ويكون للولي بموجب هذه السلطة التصرف في أموال القاصر لكن هذه السلطة ليست مطلقة، فعلى الوالي أن يلتزم بعدم مجاوزتها.

ومن خلال هذه المقدمة سنقسم هذه الفقرة إلى ثلاثة أقسام نتناول الأول فيه سلطات الولي، ونتعرض في الثاني التزامات الولي وتحقق مسؤوليته ثم ندرس في الثالث انتهاء الولاية الأصلية ووقوفها وعودتها.

1. سلطات الولاية

يكون للولي بموجب هذه السلطة حق وواجب القيام بالتصرفات التي يعجز عنها القاصر لانعدام أو نقص أهليته، والأصل أن تصرفات الولي غير مطلقة إذ أنها مقيدة بمصلحة القاصر.

1.1. سلطات الولي في الفقه الإسلامي

الولي في الفقه الإسلامي إما الأب أو الجد لذلك نتناول سلطات كل منهما على حدة فيما يلي:

أ.سلطات الأب

إن تصرفات الولي مقيدة بمصلحة القاصر، لذا فهو لا يملك إجراء التصرفات الضارة ضررا محضا، فإذا صدرت منه كانت باطلة، بينما يكون له القيام بالتصرفات النافعة نفعا محضا، كما يحق له إجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على أن لا يكون فيها إضرارا بمصلحة القاصر وإلا وقعت باطلة.

غير فقهاء الحنفية فصلوا تصرفات الأب فيها الحالات الثلاث الآتية:

الصنف الأول: أب معروف بالإسراف والتبذير وعدم الأمانة على المال

لا تكون له الولاية على أموال أولاده القصر، وإن أسندت له سلبت منه وأسندت لمن يليه في المرتبة أو عين القاضي وصيا لحفظ مال القاصر.

الصنف الثاني: أب أمين لكنه سيئ التدبير فاسد الرأي

تثبت له الولاية على مال وده القاصر بسبب أمانته، ولكن لنقص تدبيره وفساد رأيه تقيد تصرفاته الدائرة منها بين النفع والضرر بشرط المصلحة الظاهرة.

الصنف الثالث: أب أمين غير مبذر وهو حسن التدبير والتصرف، هذا الأب تطلق يده في التصرف في أموال القاصر، بحيث تجوز له كل التصرفات المشروعة التي يملكها في ماله ولا يستثنى منها إلا ما فيها ضرر محض كالتبرعات، ويملك الأب المعروف بالعدالة –بإجماع الفقهاء– القيام بأعمال الإدارة والتصرف لصالح ابنه القاصر وهي الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فله أن يستثمر مال القاصر بجميع التصرفات التي يراها مناسبة.

ب. تفصيل سلطات الأب في الفقه الإسلامي

البيع والشراء: للأب إبرام عقود المعاوضات من بيع وشراء سواء كان المال عقارا أو منقولا مادام البيع والشراء بمثل القيمة أو بغبن يسير (هو ما يتغابن الناس فيه عادة). ولا يملك أحد نقض تصرفه حتى القاصر بعد بلوغه لأنه صادر عن ولاية تامة.

أما البيع بغبن فاحش، يقع باطلا لأنه فيه معنى التبرع، وعند الحنفية لا ينفذ البيع لأن فيه ضررا ظاهرا على القاصر، ويكون عقد الأب باطلا إذا باع بأجل بعيد غير معروف، أو أجل قصير إلى مفلس.

وحسب الفقه، يجوز للأب أن يبرم عقد البيع والشراء بينه وبين ولده القاصر، فيتولى العقد من الجانبين على أن يخلو التصرف من الغبن الفاحش، وهذا البيع والشراء استثناء من القاعدة العامة التي تمنع أن يتولى شخص واحد عقد ماليا من الطرفين.

وإذا أُبرِم عقد معاوضة بين الأب وولده القاصر، أقام القاضي وكيلا عن القاصر بقبض المبيع من الأب ثم يسلمه إياه ثانية، فيصبح المبيع أمانة لدى البائع (وهو الأب)

الإيجار والاستئجار: يجوز للأب أن يؤجر ويستأجر بمثل الثمن أو بغبن يسير، لكن لا يجوز له أن يكون الإيجار لمدة طويلة، لأنها غالبا ما تكون بأجرة ناقصة مما يضر بأموال القاصر، وتكون المدة الطويلة إذا زادت عن ثلاثة سنوات في الأراضي الزراعية والبساتين، وعن السنة في الدور والحوانيت.

التجارة بأموال القاصر: يجيز الفقهاء للأب استثمار أموال القاصر بالتجارة بغرض حفظها من التآكل، ويقسم الربح بينهما حسب الاتفاق، وهذه الإجازة استنادا لقوله تعالى في الآية 22 من سورة البقرة:« **ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم** » وقوله عمر بن الخطاب رضي الله عنه:«اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»، وإذا تلف مال الصغير في التجارة وجب على الولي ضمان أصل المال ولا يضمن الربح.

رهن مال القاصر: يتفق الفقه على جواز رهن الأب مال ولده لدين ثابت على الولد القاصر، لأنه وفاء وهو مطلوب منه، كما يجوز له أن يبرم عقد الرهن بينه وبين ولده، لكن اختلف الفقهاء في جواز رهن الأب مال القاصر في دين على الأب لأجنبي فانقسموا إلى رأيين:

الرأي الأول: جواز الأب رهن مال ولده القاصر لدين ثابت عليه، قياسا على الوديعة.

الرأي الثاني: لم يجز هذا التصرف من الأب لأنه يؤدي إلى ضياع جزء من أموال القاصر، كما أن فيه تعطيل للانتفاع بهذا الجزء لبقائه محبوسا إلى غاية تسديد الدين الذي قد يطول لعجز الأب عن التسديد، وهذا كله ضرر محض.

عقود التبرع: قلنا فيما تقدم أن للأب إجراء جميع التصرفات التي تكون له في ماله، ولا يستثنى منها إلا ما كان فيه ضررا محضا كالتبرعات لأنها إخراج لمال القاصر بدون عوض، فإن باشرها كانت باطلة، وعلى ذلك لا تجوز الهبة مثلا باتفاق جميع الفقهاء.

العارية: يجيز الفقهاء عارية الاستعمال شرط أن يكون المستعير مأمونا، ولا يخشى من ضياع الشيء المعار، أما عارية الاستهلاك فلا تجوز لأنها ضرر محض، كما يجوز للأب إعارة مال القاصر إذا لم يكن فيه تعطيل للإجارة، مثل إعارة الحيوان أو أداة زراعية لم تعد للاستئجار، أما الأموال المعدة للاستغلال والتأجير فغير مسموح بإعارتها لأن ذلك تضييع لأجرتها.

الإقراض: ذهب الرأي الغالب إلى منع إقراض الأب مال القاصر للغير لما فيه من معنى التبرع، ولعدم وجود مصلحة للقاصر في إقراض الغير، كذلك لما فيه من تعطيل لأمواله لبقائها بدون استثمار، على أن بعض الفقهاء أجازوا للأب أن يقرض مال ابنه إذا كان في ذلك مصلحة كالخوف على المال من متسلط، أو يخشى عليه الفساد أو الضياع. كما جرى خلاف حول جواز استقراض الأب من مال ولده، فمنعه البعض وأجازه البعض الآخر.

2.1. سلطات الولي في القانون

تضيق سلطات الولي أو تتسع في القانون بحسب طبيعة التصرف ضارا كان أو نافعا بالنسبة للقاصر.

وقد جاء في المادة 88 من قانون الأسرة على ما يلي: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام"، وبهذا المعنى على الولي أن يتصرف تصرف الرجل الحريص، ويقوم بحفظ أموال القاصر، ويتصرف التصرفات التي لا تلحق ضررا بأمواله.

وقد قيد المشرع الجزائري في المادة 88 من قانون الأسرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي يجب أن تخضع لإذن من القاضي.

أ. سلطات الولي المقيدة بإذن من المحكمة

لا يجوز للولي القيام بالتصرفات التي نصت عليها المادة 88 فقرة 01 إلى 05 التي تحتاج إلى إذن من المحكمة.

أعمال التبرع: حسب ما يقتضيه نص المادة 88من قانون الأسرة على وجوب تصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، لا يجوز للولي القيام بالتصرفات الضارة ضررا محضا كأعمال التبرع، الهبة، الوصية، إبراء المدين، وبما أن هذه التصرفات من شأنها أن تنقص من الذمة المالية للقاصر دون أن يحصل على مقابل، فإن أي عمل تبرعي يقوم به الولي يعد باطلا.

أعمال التصرف: يشترط إذن المحكمة لقيام الولي بالتصرفات التالية:

أولا: التصرف في عقار القاصر

منعت المادة 88 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري الولي من التصرف في عقار القاصر سواء لنفسه أو لأجنبي إلا بإذن المحكمة، فقد نصت على ما يلي: « وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة».

وفي حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر، تعين المحكمة وصيا خاصا لإجراء التصرف، وفق ما ورد في المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري ، وعلى القاضي حسب المادة 89 من قانون الأسرة أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني.

1 بيع العقار

فبيع العقار باعتباره تصرف خطير ينجم عنه نقل الملكية، قيده المشرع حماية للقاصر بإذن القاضي، وقد أحسن فعلا عندما جعل الإذن في بيع العقار على إطلاقه، على عكس المشرع المصري الذي حصر الإذن في بيع العقار على العقار الذي تزيد قيمته الحقيقية، وبطبيعة الحال جعل بيعه بإذن القاضي إذا ما كان التصرف للولي أو لزوجه أو لأقاربه حتى الدرجة الرابعة.

أضف إلى ذلك، وحماية للقاصر يجب أن يباع العقار بالمزاد العلني لما فيه من ضمانات طبقا للمادة 89 ق.أ والتي تنص " :على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"، والمادة 783 ق.إ.م.إ التي تنص " :يتم بيع العقار و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني ، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة ، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي ، أو يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة"...، و تتمثل هذه الضمانات على وجه الخصوص في إمكانية الحصول على ثمن أعلى للعقار المملوك للقاصر.

أما بالنسبة للمقايضة فالمشرع لم ينص عليها في المادة 88 ق.أ، لذلك هناك من يرى أن المقايضة المتعلقة بعقار يجب أن تخضع لإذن القاضي قياسا على البيع لاتحادهما في العلة والسبب، وكذلك طبقا لما جاء به القانون المدني في المادة 415 ق.م و التي تنص " :تسري على المقايضة أحكام البيع .بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة أما رهن عقار القاصر: قيد القانون الجزائري رهن الولي لمال القاصر بالحصول على إذن من المحكمة وذلك في المادتين 02/88 من تقنين الأسرة الجزائري، وسبب هذا القيد هو تعقد المعاملات، مما يجعل الولي بحاجة إلى خبير بهذه الأمور، وضمانا لمصلحة القاصر.

2 قسمة العقار

لقد حذا المشرع الجزائري في القسمة حذو عقد بيع العقار، بخصوص الإذن القضائي في حالة وجود قاصر بين الشركاء، و هذا ما تنص عليه المادة 723 من ق.م " :يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها .فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون. "

وعليه لا يمكن للولي أن يجري قسمة عقار كان القاصر طرفا فيها إلا إذا اتبع الإجراءات التي يفرضها القانون، والمتمثلة خاصة في الحصول على إذن من القاضي في التصرف الذي يتعلق بقسمة العقار، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19 ديسمبر " : 6641988 من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر

أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لا زما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت في – قضية الحال -أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر وفي رفع الدعوى و أن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه."

ومن ثّم ، إذا حصل اتفاق بين الولي و باقي الورثة على قسمة العقار المملوك على الشيوع فإنه على الولي أن يبادر إلى الحصول على إذن من المحكمة ، فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة القاصر ، تأذن المحكمة مبدئيا للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد . و بعد إنجاز مشروع القسمة يعرض على المحكمة لتصادق على التقرير إذا رأت أنه يراعي مصلحة القاصر ، و تمنح الإذن لهذا الممثل القانوني حتى يتم إفراغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقا للقانون، أما إذا لم يتفق الولي مع باقي الورثة على إجراء القسمة ، أو أراد الخروج من حالة الشيوع الاختياري بالقسمة ، فيحق له اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب إجراء .القسمة بواسطة خبير عقاري .

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا ما أمرت المحكمة بالبيع في إطار دعوى القسمة، أثبت الخبير فيها تعذر قسمة العقار بين الورثة طبقا للمادة 728 ق.م .فإنه يطرح لدينا مشكل، و هو إذا ما طلب كافة الورثة أن تقتصر المزايدة عليهم فقط حسب المادة السابقة، دون اللجوء إلى البيع عن طريق المزاد العلني، فما العمل ؟.

ففي هذه الحالة ، يجب مراعاة حسب اعتقادنا مصلحة القاصر بالدرجة الأولى على أساس أن المادة 89 ق.أ هي نص خاص ، و لذلك يجب ألا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط حتى .و لو اتفقوا بالإجماع ، و هذا خشية من تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم و بثمن بخس.

أما بالنسبة لتقسيم التركة فقد أوجب المشرع أن تكون القسمة أمام القضاء طبقا للمادة 181ق.أ و التي تنص " :يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين 109) و (173 من هذا القانون و ما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة.

و في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء."

و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 22 ديسمبر 6701992 على أنه ... " :غير أنه في حالة وجود قصّر كما هو الحال في القضية ، فلابد على قضاة الموضوع من احترام متطلبات المادة 181من قانون الأسرة التي تقتضي على أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة يحب أن تكون القسمة عن طريق القضاء ، و ذلك لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر حيث أن القسمة المنوه عنها بالتراضي لم تقع تحت إشراف العدالة و دفاع النيابة ... و لم تحترم المادة 18 من قانون الأسرة و المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية."...

3 رهن العقار

يعتبر الرهن حقا عينيا ينشأ بموجب عقد رسمي ، و يتقرر ضمانا للوفاء بدين ، و هذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، و بموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن .هذا العقار متقدما على باقي الدائنين العاديين.

لذلك يعد الرهن من أعقد المعاملات التي تحتاج لخبير و لإذن من القاضي لأنه يعتبر من أعمال التصرف التي إذا قام بها الولي في أموال القاصر قد يؤدي إلى الإضرار بمال القاصر ، لكونه فيه تعطيل لمنفعة المال لبقائه محبوسا إلى أن يسدد الولي الدين بل وقد يطول الحبس إلى أكثر من ذلك إذا عجز الولي عن سداد الدين في ميعاد الوفاء، و لهذا وجب على القاضي المختص أن يتأكد من وجود .حالة الضرورة و المصلحة ، و كذلك إمكانية سداد الدين لاحقا.

و ما يلاحظ على المادة 88 ق.أ أنها لم توضح ما إذا كان هذا الدين المضمون برهن على الولي أم القاصر و إنما جاءت عامة فبمجرد رهن عقار القاصر يجب أن يستأذن الولي القاضي ، و هذا على عكس المشرع المصري في المادة2/6 من قانون الولاية على المال الذي كان أكثر توسعا لكونه نص صراحة على منع الرهن الذي يقوم به الولي على عقار القاصر لدين على نفسه.

4 المصالحة على العقار

تتم عملية الصلح عن طريق إبرام عقد طبقا للمادة 459 ق.م التي عرفته بأنه " :عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، و ذلك بتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه."

فإذا نشأ نزاع في ملكية أو إدارة ملكية شائعة بين الورثة ، و كان أحدهم شخص قاصر و اقتضى الأمر إجراء المصالحة ، يجب أن ينوب عن القاصر وليه في إجراء الصلح ، فإذا كان هذا الصلح فيه منفعة و صلاح للقاصر بحيث عدم المصالحة قد تؤدي إلى إنقاص من مال القاصر ، يمنح القاضي .للولي الإذن في إجرائه

أما إذا كانت هذه المصالحة تؤدي إلى إسقاط حق ثابت للقاصر كأن يتنازل عنه لفائدة شخص آخر ، فالقاضي في هذه الحالة يرفض إجراء الصلح ، و على الولي أن يمتنع عن إجرائها لكونها تلحق .ضرر بمصالح القاصر

ثانيا: 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 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

لذلك، و تفاديا 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 .

كما أن المشرع لم يبين لنا كيف يتم بيع منقول القاصر، خاصة و أن المادة 89 ق.أ متناقضة في محتوياتها بين النص العربي و النص 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 و المنقول، بحيث أخضعهما لحكم واحد و هو الحصول على الإذن، و خضوعهما 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. »

و في هذه الحالة يكون القاضي في مشكل حول تطبيق المادة 89 ق.أ هل يطبق النص العربي أم النص الفرنسي ؟ ، خاصة و أن الدستور ينص صراحة في المادة 03 منه على أن " :اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية" ، أضف إلى ذلك أن النسخة الأصلية للجريدة الرسمية هي باللغة العربية .و ترجمتها هي باللغة الفرنسية ، و من ثّم في حالة الخلاف يتم الرجوع إلى النص العربي و في الحقيقة، نعتقد أن النص الفرنسي يعد أكثر حماية للقاصر من النص العربي، لأنه من الناحية الواقعية هناك عدة منقولات تفوق قيمتها قيمة العقار، و تحتاج لبيعها في المزاد العلني و لعل هذه هي نية المشرع في النص الفرنسي للمادة 89 ق.أ.

ثالثا: أعمال الإدارة: نصت المادة 03/88 من قانون الأسرة الجزائري: وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

– استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

ومنعت المادة 04/88 من القانون الأسرة الجزائري، الولي من تأجير عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو لمدة تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد، وعلة الولاية تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد، وقد يرى القاصر حينها التصرف في عقاره بطريقة مختلفة، فيكون الإيجار تقييدا لإرادته، ويكون للمحكمة منح الإذن إذا رأت في ذلك (قرار المحكمة العليا جلسة 1991/09/10، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 03 ص 115.).

إضافة إلى ما سبق، المادة 03/88 من قانون الأسرة الجزائري قيدت الولي بإذن المحكمة للاستثمار في تجارة آلت للقاصر، وهذا لما في التجارة من أهمية تستدعي مسؤولية القاصر في ماله ولما تتطلبه من خبرة.

وتراعي المحكمة في منح الإذن نجاح التجارة، وقدرة الأب على الاستمرار فيها مع مراعاة حدود الإذن وعدم تجاوزه، كذلك حسب نص المادة 03/88 قانون الأسرة على الولي أن يستأذن القاضي في المساهمة في شركة، ولم يحدد نوع الشركة أهي شركة تضامن أم شركة أموال.

ولا يوجد إشكال في شركة تضامن فقد حسم المشرع الجزائري في المادة 562 من القانون التجاري عن مسؤولية القاصر فيما يتعلق بديونها حيث قضت:« تنتهي الشركة بوفاة أحد الشركاء ما لم يكن هناك شرط مخالف في القانون الأساسي، ويعتبر القاصر أو القصر من ورثة الشريك في حالة استمرار الشركة غير مسؤولين عن ديون الشركة مدة قصورهم إلا بقدر أموال تركة مورثهم». وهذا باعتبار أن شركة التضامن قائمة على الاعتبار الشخصي.

أما شركة الأموال، يمكن للقاصر الانضمام إليها بواسطة وليه وبإذن المحكمة لأنها تقوم على الاعتبار المالي لا الشخصي.

2. إلتزامات الولي و قيام مسؤوليته

في مرحلة أولى سنتناول التزامات الولي، وفي مرحلة ثانية قيام مسؤوليته.

1.2. .إلتزامات الولي

تتمثل فيما يلي:

- قيام الولي برعاية أموال القاصر: بالمحافظة عليها واستثمارها وبدل عناية الرجل الحريص.
- تحرير قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه.
- التزام الولي أو ورثته برد أموال القاصر عند بلوغه.
- التزام الولي بتقديم حساب عن كل أموال القاصر، ولزوم تقديم الحساب ظاهر في القانون الجزائري من خلال المادة 476 قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ترفع جميع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية وإدارتها أمام قاضي شؤون الأسرة" وتضيف المادة 477 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: ترفع المنازعات المتعلقة بحسابات الولاية من قبل القاصر، بعد بلوغه أو ترشيده أمام قاضي شؤون الأسرة."

2.2. قيام مسؤولية الولي في الفقه الإسلامي

لمسؤولية الولي على مال القاصر مصدران هما القرآن و السنة.

أ. القرآن الكريم : أمر الله عز و جل في القرآن الكريم بعدم التصرف في أموال اليتيم إلا بما هو أحسن، و اعتبر أكل مال اليتامى ظلما و مثله بأكل النار و جاء بالآيات التالية: « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن »الآية 34 من سورة الإسراء، وقوله تعالى: «إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا » الآية 10 من سورة النساء.

ب. السنة المطهرة : وردت عدة أحاديث تفيد المسؤولية عن أكل مال القاصر قوله صلى الله عليه وسلم:«اجتنبوا السبع الموبقات» وذكر منها أكل مال اليتيم.

وإذا تصرف الولي بما ينافي مصلحة القاصر عن عمد أو إهمال يكون قد أخل بواجبه الشرعي، فيترتب على هذا الإخلال جزاءان يكون للقاضي توقيعهما ويتمثلان في العزل والضمان.

والمراد بالعزل إعفاء الولي من مهامه في إدارة أموال المولى عليه القاصر، وهو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة الولي إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع.

أما الضمان: يضمن الولي مال القاصر الذي أضاعه عن عمد أو إهمال منه من ماله الخاص لأن المفرط هو أولى بالخسارة، ولا تبرأ ذمته إلا بأدائه، إعمالا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ولا يُسأل الولي عما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته.

جـــ.موقف المشرع الجزائري من الإخلال بالالتزام

القانون الجزائري فرض على الولي في المادة 88 من قانون الأسرة أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وبذلك تقوم مسؤولية الولي التقصيرية إذا لم يكن حريصا، ويكون ملزما بالتعويض عن الضرر الذي لحق القاصر بسبب فعله طبقا للمادة 124 قانون المدني.

3. سلطة الولي في إجازة تصرفات القاصر المميز

سبق وأن رأينا أن تصرفات القاصر الذي بلغ سن التمييز تأخذ ثلاثة أحكام تكون صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا له وتكون باطلة بطلانا مطلقا متى كانت ضارة ضررا محضا، أما

التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي في الفقه الإسلامي، وقابلة للإبطال في بعض القوانين العربية، أما البعض الآخر فقد أخذت بفكرة العقد الموقوف على الإجازة.

أ. **التعريف بالإجازة في الفقه الإسلامي:** جاء في المصباح المنير "أنه أجاز العقد نفذ ومضى على الصحة"، فالإجازة لفظ يستعمل في إنفاذ العقود الموقوفة بمعنى ترتيب آثارها، أو هي كما جاء في فتح القدير لابن همام "رفع المانع" الذي يعترض سبيل التصرف الشرعي الموقوف.

ب. **تعريف الإجازة في القانون:** عرفها البعض بأنها تصرف إنفرادي، يترتب عليه إسقاط حق إبطال العقد القابل للإبطال، بالنزول عنه صراحة أو ضمنا ممن خوله القانون ذلك، وصيرورة العقد مؤبدا باتا بعد أن كان مهددا بالزوال.

وفي القانون الجزائري حدث تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، حيث يفهم من نصوص المواد 99، 100 و 101 من التقنين المدني أن تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال لصالح القاصر الذي له، حسب مواد القانون المدني الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد من خمس سنوات من بلوغه سن الرشد، في حين تقنين الأسرة أخذ في المادة 83 بفكرة العقد الموقوف، بمعنى تصرفات القاصر المميز الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي أو الوصي، ولم تمنح للقاصر حق الإجازة بعد بلوغه سن الرشد.

4.جزاء تجاوز الولي سلطاته

يؤدي تجاوز الولي حدود الولاية التي رسمها له القانون إلى عدم إنتاج تصرفه في ذمة القاصر. وفي القانون الجزائري، إذ بلغ علم القاضي أي تقصير من الولي أو الوصي لاسيما المقدم في أداء مهامه يتخذ جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية القاصر بموجب أمر ولائي، وبالتالي يمكن عزل الولي، وهو ما يفهم من نص المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية

والإدارية « إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي».

5.انتهاء الولاية ووقفها وعودتها

تنقضي الولاية الأصلية بعدة أسباب يحددها القانون أو يقرها القاضي، كما قد توقف الولاية لفترة معينة، إلا أنه ثمة مجالا لعودتها بعد انتهاءها أو وقفها.

1.5.انتهاء الولاية الأصلية

تنتهي الولاية الأصلية بحكم القانون وإما بحكم القضاء.

أ.انتهاء الولاية الأصلية بحكم القانون

عدد القانون أسباب الانقضاء الطبيعي للولاية، فلو توافر سبب منها انتهت الولاية بقوة القانون دون حاجة إلى صدور حكم قضائي وتتمثل الأسباب في:

السبب الأول: بلوغ القاصر سن الرشد : إذا اكتملت أهلية المولى عليه لم يعد هناك ما يوجب الولاية على ماله، إذ لا ولاية على رشيد، وقد قال سبحانه وتعالى في الآية 6 من سورة النساء:« فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم».

ويتفق الفقه الحنفي والشافعي والحنبلي على أن الولاية على الصغير تنتهي تلقائيا إذا بلغ عاقلا وراشدا.

وفي القانون الجزائري، نصت المادة 40 من التقنين المدني على ما يلي:« كل من بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية»، في حين تقنين الأسرة لم يذكر حالة بلوغ الطفل سن الرشد كسبب من أسباب انقضاء الولاية على مال القاصر في المادة 91 الخاصة بحالات انتهاء مهمة الولي، حيث نصت على أنه:« تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه، 4- بإسقاط الولاية عنه"، بينما نصت على هذه الحالة المادة 96 من نفس التقنين المتعلقة بأسباب انتهاء الوصاية التي جاء فيها " تنتهي مهمة الوصي: 1- بموت القاصر، 2- زوال أهلية الوصي أو موته، 3- بلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه، 3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها، 4-

بقبول عذره في التخلي عن مهمته، 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر.

السبب الثاني: انتهاء الولاية الأصلية بترشيد القاصر : تنتهي الولاية الأصلية بالإذن للقاصر المولى عليه بالتصرف في ماله أو جزء منه إذا بلغ سنا معينة بغية تعويده على التعامل فيه دفعة واحدة عند بلوغه، ويكون تصرفه في ذلك المال صحيحا مرتبا لكافة آثاره القانونية مثله مثل التصرف الصادر عن شخص راشد.

السبب الثالث: موت القاصر أو هلاك أمواله: إذا مات القاصر لم يعد للولاية وجود، وتصبح أمواله عبارة عن تركة تقسم على ورثته، كما تنتهي الولاية بهلاك أموال القاصر، فالولاية تقوم لحفظ هذه الأموال، فإذا هلكت لم يعد للولاية أثر لانعدام محلها.

السبب الرابع :موت الولي أو فقد أهليته: تنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بموت الولي موتا طبيعيا أو حكميا، والموت الطبيعي هو عامل طبيعي لانتهاء الولاية على المال، وبوفاة الولي تنتقل الولاية إلى من يليه في المرتبة، أما الموت الحكمي: تنتهي فيه الولاية بفقدان الولي، حيث لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته ويجوز للمحكمة أن تصدر حكما بموته، وبذلك تنتهي ولايته على مال القاصر وتنتقل إلى من يليه مرتبة.

وتنتهي مهمة الولي بفقدان أهليته، إذ يصبح غير قادر على مباشرة أعباء الولاية ورعاية مصالح القاصر، بل يحتاج هو لمن يرعى مصالحه، وكمال الأهلية شرط الولاية، وإن تخلفت زالت الولاية، وقد نصت المادة 91 فقرة 03 من قانون الأسرة على وظيفة الولي تنتهي بالحجر عليه، ولا يكون الحجر إلا بحكم قضائي.

السبب الخامس انتهاء الولاية الأصلية بحكم القضاء

تنتهي الولاية الأصلية على مال القاصر بحكم المحكمة لسببين:

رغم أن الولاية إلزامية، أجاز القانون للولي طلب إعفائه منها إذا رأى نفسه عاجزا عن القيام بأعباء الولاية بسبب ظروف أحاطت به كالكبر أو المرض، ويكون للمحكمة سلطة قبول أو رفض طلب التنحي بعد التحقيق من دواعيه.

وفي حالة قبول المحكمة طلب التنحي تؤول الولاية إلى من يلي الولي في المرتبة، فإن لم يوجد عينت المحكمة مقدماً، وقد نصت المادة 91 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على انتهاء الولاية بسبب عجز الولي، ويبقى للولي حق طلب رد الولاية إذا زالت الظروف والأسباب التي أدت إلى طلب تنحيه.

كذلك تنتهي الولاية الأصلية بحكم القضاء بسلب الولاية أو الحد منها: والسلب هو إلغاء الولاية في جملتها، بينما الحد من الولاية هو إبقاء جزء منها فقط، لذلك الحد من الولاية هو سلب جزئي لها، والحكمة من سلب الولاية أو الحد منها هي أن الولاية منوطة بمصلحة القاصر، فمتى انتفت المصلحة وجب زوال الولاية.

ولم يحدد المشرع أسباب سلب الولاية أو الحد منها تاركا ذلك لتقدير قاضي الموضوع.

وتنص المادة 05/96 من قانون الأسرة الخاصة بانتهاء مهمة الوصي على أنه تنتهي مهمة الوصي على أنه تنتهي مهمة الوصي: 5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر"

وتضيف المادة 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : « إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي».

يتضح من هذين النصين أن أموال القصر تكون في خطر إذا عرف عن الولي سوء التدبير أو تقصير في رعاية أموال القصر كأن يتركها للغير يضع عليها يده بدون وجه حق، أو يعهد بالإدارة إلى غير مؤتمن.

ويكون لأي شخص ولو كان غريبا عن القاصر تقديم طلب سلب الولاية أو الحد منها متى كانت لديه أسباب توجب ذلك، وهذا لأن رعاية أموال القاصر أمر يهم المجتمع، ويمكن تقديم الطلب من النيابة العامة التي تباشر التحقيق، وهو ما يفهم من نص المادة 465 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها:« يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية».

واستنادا إلى معيار المبادرة، إذا كان الطلب تلقائي أي من القاضي أو من النيابة العامة، يجوز للقاضي استدعاء كل شخص يرى سماعه مفيدا، أما في حالة تقديم الطلب من شخص يهمه الأمر، فيقع على هذا الأخير تحمل عبء التكليف بالحضور، وهذا طبقا لنص المادة 466 ق الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي حالة سلب الولاية، إذا كانت من سلبت منه الولاية هو الأب تؤول الولاية إلى من يليه في المرتبة سواء كان الأم أو الوصي المختار أو الوصي المعين في حالة عدم وجودهما.

5. 2. عودة الولاية

عودة الولاية هي استرداد الولي للولاية بعد سقوطها أو سلبها أو الحد منها أو وقفها، ولا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى ذلك.

كما أن للولي الذي تنحى عن الولاية بإذن المحكمة طلب رد الولاية إليه بعد تغيير الظروف، وقاضي الموضوع له سلطة تقديرية لتلك الظروف.

أما الأثر المترتب على عودة الولاية، أنه لا ضرورة لإصدار حكم من المحكمة بانتهاء الولاية التي آلت إليه الولاية بعد سلبها من الأب أو تنحيته عنها، إذ تنتهي مهمة الولاية تلقائيا بعد استرداد الولاية من الولي المسلوب الولاية عنه أو المتنحي عنها. ويترتب على استرداد الولاية وجوب تسليم الولي السابق أموال القاصر الذي كان يديرها.

الفصل الثالث: الولاية النيابية

إذا لم يكن للقاصر ولي شرعي يتولى شؤونه، تولى شخص آخر اصطلح على تسميته بالوصي لرعاية مصالحه، وذلك عن طريق نظام الولاية النيابية، وهو ما يعرف بالوصاية.

وحتى يكون الوصي مؤهلا للقيام بتلك الوظيفة لا بد من شروط معينة تقوم المحكمة بالتحقيق من توافرها فيه، و ذلك مهما تكن صفته سواء كان وصيا معينا أو وصيا مختارا، وسواء كان وصيا عاما أو خاصا، أو وصيا مؤقتا أو دائما.

أولا: الوصاية

نتناول في هذه الفقرة المقصود بالوصاية لغة و شرعا و قانونا:

1. الوصاية لغة

الوصاية لغة (بكسر الواو) هي اسم للوصي، وأوصى له بشيء وأوصى إليه جعله وصيا.

وقد عرفها بعضهم " هي النظام القانوني المقرر لحماية مصالح القاصر الذي لا ولي له"، والبعض الآخر عرفها بأنها " وظيفة اختيارية ومجانية يكلف بها شخص بعد التشاور، وتختلف عن الولاية باختلاف القواعد المنظمة لكل منهما، و أيضا وثيقة التعيين.

وقد قام شراح القانون بتعريف الوصاية على أنها عبارة عن سلطة إدارية على مال القاصر لحفظه وإدارته واستثماره".

2. مصدر مشروعية الوصاية

تستمد الوصاية مشروعيتها في القرآن الكريم و من السنة النبوية وكذلك القانون.

1.2. مصدر مشروعية الوصاية في الفقه الإسلامي

مما يدل على وجوب الولاية على الصغير قوله تعالى: «فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل» ومما يدل على مشروعية الإيصاء وضرورة حفظ أموال الصغار والقصر، ما جاء في قوله تعالى: « وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم، فليتقوا الله، و ليقولوا قولا سديدا».

كما تعد الوصاية من الأمانات التي أمر الله عز و جل بردها لقوله تعالى «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا » لذلك فعلى وصي اليتيم أن يتصرف له بالأصلح كونه مؤتمنا على ماله، وهو من يرعى شؤون القصر نيابة عن الأب.

ومما يدل على مشروعية الإيصاء من السنة النبوية ما روي عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه قال :«قلت يا رسول الله ألا تستعملني قال: فضرب بيده على منكبي، ثم قال يا أبا ذر إنك ضعيف، وإنها أمانة ، وإنها يوم القيامة خزي و ندامة، إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها»

وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على عدم أكل مال اليتيم وأمر برعايته، فقال :« أنا وكافل اليتيم كهذا، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى».

2.2. الوصاية في القانون

الوصاية أثناء التطبيق تعتبر حقا مرتبطا من حيث المبدأ بنوعية رب العائلة، وتبدو مختلطة مع السلطة الأبوية.

وقد نظم القانون 84–11 المؤرخ في 13 جانفي 1984 المعدل والمتمم الوصاية في الفصل الثالث من الكتاب الثاني من المادة 92 إلى 98 مع ورود إحالة إلى المواد 88،89،90 والمتعلقة بسلطات الولي فقد تطرقت هذه المواد إلى من له حق تعيين الوصي ثم شروط تعيينه والسلطات المخولة له، ثم انتهاء مهمته، وفي الأخير نصت على محاسبة الوصي وتقديم حساب إلى المحكمة عند انتهاء مهامه.

3.ترتيب الأوصياء

يرى الأحناف أن الولاية بعد وفاة الأب هي لوصيه الذي يختاره، وإذا لم يوجد يكون للجد الصحيح وبعده لوصيه الذي يختاره ثم للقاضي.

الشافعية ذهبوا إلى ترتيب الأوصياء بعد الأب والجد تكون لوصي من تأخر موته منهما لقيامه مقامهما، ويقدم وصي الأب على وصي الجد، كما يجوز أن يكون الوصي أُمًا ثم القاضي ووصيه.

وتكون الوصاية عند المالكية بعد موت الأب لوصيه ثم لوصي وصيه وإن بعد ثم مقدم القاضي، ثم الوصي العرفي متى أقره عرف البلد، ونص فقهاء الحنابلة أن الوصاية بعد موت الأب هي لوصيه ثم القاضي لأنه ولي من لا ولي له.

1.3. ترتيب الأوصياء في القانون الجزائري

حسب نص المادة 92 من قانون الأسرة، بعد الأب والأم تكون الولاية لوصي الأب ثم وصي الجد، وهذا ما يصطلح على تسميته بالوصي المختار، وبعدها يأتي وصي القاضي.

والملاحظ من خلال المادة 87 قانون الأسرة منحت الولاية للأم في حالة غياب الأب أو وفاته، كما عززت دورها في حالة الطلاق فإذا كانت الحضانة لها فللقاضي أن يمنحها الولاية.

لكن بالنسبة لنظام الوصاية المشرع أضعف دور الأم، بحيث لم يمنحها سلطة في اختيار وصي ولدها بالرغم من اعترافه لها بسلطة الولاية عليه.

4. إختيارية الوصاية

إن جل المذاهب متفقة على أن عقد الوصاية عقد غير لازم من حيث إنشاؤه بحيث يمكن للوصي أن يرد الوصاية مادام الوصي حيا.

ويلاحظ على نصوص قانون الأسرة الجزائري من خلال استقراء المواد المتعلقة بالنيابة الشرعة، أن الوصاية اختيارية: بحيث نص القانون أنه بعد وفاة الأب يجب عرض الوصاية على القاضي لتثبيتها أو رفضها، كما نصت على ذلك المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لما جاء فيها:« يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب» وما دامت الوصاية لا تتم إلا بالتراضي فلابد من حصول التراضي بين المتعاقدين كما في الوكالة أي تطابق الإيجاب والقبول، كما أنه من الناحية التطبيقية، فالوصي يعين بناءا على عقد (اتفاق) مكتوب عن طريق إعلان يتم أمام الموثق وأمام حضور شاهدين، وكل شخص له الحرية في قبول أو رفض الوصاية، والقاضي له الحق بناءا على المادة 93 من قانون الأسرة أن يراجع الوصي المعين هل تتوفر فيه الشروط المطلوبة أم لا.

5. أنواع الأوصياء

يتنوع الأوصياء من حيث المصدر الذي يستمدون منه سلطاتهم، فقد يكون الوصي مختارا إذا عينه الأب أو الجد، وقد يكون معينا إذا عينه القاضي، كما يتنوعون من حيث نطاق العمل الذي يكلفون بالقيام به فقد يكون خاصا أو عاما، كما قد يكون مؤقتا أو دائما، لذلك سنتطرق في نقطة أولى إلى أنواع الأوصياء من حيث جهة تعيينهم، ثم في نقطة ثانية إلى أنواع الأوصياء من حيث اختصاصهم.

1.5. أنواع الأوصياء من جهة تعيينهم

إذا كان الوصي اختاره الأب أو الجد سمي وصيا مختارا، وإن كان الذي أقامه وصيا هو القاضي سمي وصي القاضي أو الموصي المعين، لذلك سنتطرق للوصي المختار، ووصي القاضي.

أ. الوصي المختار

هو من يختاره الأب أو الجد أو من له حق الولاية من قبلهما ليكون خليفة في الولاية على أولاد، القصر، وعلى أموالهم بعد وفاته.

بالنسبة لوصي الأب، هو من يختاره الأب ويوصي إليه بعد وفاته ليكون خلفا له على أولاده ليدير شؤونهم المالية، وهو مقدم على الجد عند الأحناف والمالكية والحنابلة خلافا للشافعية.

والوصي بعد الأب كنائبه إذا توافرت شروط ولايته فهو كالأب ما لم يرد عليه تخصيص وإلا تقيد به.

إذا فوصي الأب يملك جميع التصرفات التي يملكها الأب إلا في مسائل خاصة لا يكون فيها مثله لأن الأب شفقته أقوى وأدرى بمصالح أولاده بما أن له الولايتين معا، الولاية على النفس والولاية على المال.

فبمقتضى هذه الولاية يتصرف في أموالهم التصرفات النافعة نفعا محضا كقبض ما يوهب لهم أو يوصى إليهم به، وله أن يتصرف التصرفات الدائرة بين النفع والضرر من إجازة ومزارعة وتجارة بصفة عامة كل ما فيه حفظ أموالهم واستثمارها، وليس له أن يتصرف في أموالهم التصرفات الضارة، فلا يتبرع بشيء منها أو يتنازل عن حق ثابت لهم.

وقد نص قانون الأسرة في المادة 92 على ما يلي " يجوز للأب أو الجد تعيين الوصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية ..... "

من خلال هذه المادة نص المشرع على أن الوصي المختار هو الذي يختاره الأب قبل وفاته أو من يختاره الجد، لكن بشرط عدم وجود أما كاملة الأهلية تمارس ولايتها.

وكما سبق الإشارة هذا الشخص المختار لا يعد وصيا في نظر القانون إلا إذا عرضت الوصاية بعد وفاته على رئيس المحكمة لتثبيتها أو رفضها و هو ما نصت عليه المادة 94 من قانون الأسرة و المادة 472 قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالفة الذكر.

و دور القاضي التأكد من أهلية الوصي للوصاية، فله أن يرفض تثبيت الوصي المختار وتعيين آخر مكانه.

وبالنسبة لوصي الجد، إذا اختاره الجد وصيا على أولاد ابنه، كان لهذا الوصي الولاية المالية التي كانت للجد على مال أولاد ابنه. لأنه استمد ولايته منه، ووصاية الجد تختلف باختلاف آراء الفقهاء بحيث هناك من لم يجعل له الولاية أصلا و بالتالي لا وصاية.

أما قانون الأسرة الجزائري، في المادة 92 منه نص على جواز تعيين الأب والجد الوصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره.

بالنسبة لوصي القاضي: هو من يقيمه القاضي نيابة عنه ليتولى إدارة شؤون الصغار الذين ليس لهم ولي شرعي من أب و وصيه أو جد وصيه، ويسمى في هذه الحالة الوصي المعين أو وصي القاضي ويسمى بالمقدم، وعند الفقهاء يسمى: القَيِّم، وقد نص فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة والأحناف على جواز تعيين القاضي وصي على الولد القاصر.

ويشترط لصحة تعيين الوصي من طرف القاضي شرطان:

1. عدم وجود ولي جبري وأوصي مختار.
2. أن يكون القاضي مختصا.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على الوصي المعين من طرف المحكمة وسماه المقدم بحيث إذا لم يكن لفاقد الأهلية أو ناقصها ولي أو وصي تقوم المحكمة بتعيين مقدم بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة، وهو ما نصت عليه المادة 99 من قانون الأسرة.

وحسب المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر، و في حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره» وبذلك

فالأولوية عند تعيين المقدم يكون من أقارب القاصر، وإذا استحال ذلك يعين شخصا آخر يختاره.

ويجب في جميع الحالات أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه.

وطبقا للمادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة.

وتجدر الإشارة، أن المقدم يخضع لأحكام الوصي نفسها، وبالتالي من حيث تنظيم نظام الولاية: الأب أو الأم ثم الوصي المختار من قبل الأب، ثم الوصي المختار من الجد، وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي يأتي المقدم بتعيين المحكمة.

6. تعدد الأوصياء

قد يوصي الأب أو الجد إلى وصي واحد، فيقوم هذا الوصي بكل التصرفات و لكن يقع الإشكال إذا أوصى إلى أكثر من وصي، كما إذا قال جعلت فلانا و فلانا أوصياء، فيتعدد الأوصياء.

1.6. تعدد الأوصياء في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في جواز تعيين أكثر من وصي تلبية لاحتياجات القاصر ورعاية مصالحه المالية.

وقد قسم الفقهاء حالة تعدد الأوصياء إلى ثلاث حالات:

أ -أن ينص عقد الوصاية على جواز انفراد أحد الأوصياء بالتصرف، ففي هذه الحالة لكل منهما حق الإنفراد.

ب نص في عقد الوصاية على عدم جواز انفراد أحد الأوصياء بأي عمل كان صراحة، فلا يتصرف أحدهما بأي عمل دون الرجوع للآخر.

ج -الحالة الثالثة فهي لو أوصى لعدد من الأوصياء دون أن ينص على جواز انفرادهما أو اجتماعهما معا.

إن الحالتين الأولى والثانية، لا خلاف بين الفقهاء على أن الوصي يتقيد بنص الوصاية بالإنفراد أو الاجتماع، أما الحالة الثالثة اختلف بشأنها الفقهاء.

فالحنفية يرون أنه من أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف منفردا دون صاحبه إلا في أشياء معدودة للضرورة، كتجهيز الموصي بعد موته، الخصومة في الحقوق، شراء حاجة الطفل، رد الوديعة، جمع أموال ضائعة، بيع ما يخاف عليه التلف.

أما الشافعية أجازوا تعدد الأوصياء على المال، بحيث يختص كل وصي بما أوصى إليه ولا يتعدى ذلك، وإذا أوصى بإطلاق، فإنه لا يجوز لأحدهما أن ينفرد إلا بإذن صاحبه.

ولكن إذا جعل الموصي لكل منهما الحق بالإنفراد بالتصرف جاز لهما إجراء التصرف مجتمعين ومنفردين، أما إذا أوصى إليهما ولم يأذن لهما بحق التصرف منفردين فلا يجوز لهما الإنفراد بالتصرف.

وذهب فقهاء المالكية إلى أن الوصي إذا أذن لاثنين بلفظ واحد، مثل جعلتكما وصيين، أو بلفظين في زمن أو زمنين من غير تقييد، حمل على قصد التعاون فلا يستقل أحدهما ببيع أو نكاح أو غير ذلك إلا بتوكيل.

أما لو قيد الموصي سلطة الوصي بحيث لا يتصرف مع غيره أو يتصرف منفردا فيعمل بشرطه، كما أنه إذا عين لأحدهما نوعا من المال يستقل به، وعين للآخر أشياء أخرى، أو عين لأحدهما بعض الأولاد، وعين للآخر أولاد آخرين، فيجب تنفيذ رغبة الموصي والوقوف عند شروطه.

2.6 تعدد الأوصياء في القانون

ذهب قانون الأسرة الجزائري إلى جواز تعدد الأوصياء، فيجوز للأب أو الجد تعيين أكثر من وصي على شؤون القاصر وأمور التركة وتنفيذ الوصايا، وهذا ما نصت عليه المادة 92 قانون الأسرة لما جاء فيها: «..... و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون».

ومن خلال هذه المادة ، نلاحظ تعيين أكثر من وصي يكون للأب، وفي حالة عدم وجود الأب يختار الجد وصيا أو عدة أوصياء، ويختار القاضي الأصلح منهم حسب مصلحة القاصر واحتياجاته.

كما يمكن للقاضي تعيين أكثر من مقدم يقوم مقام الوصي، ويخضع للأحكام نفسها التي يخضع لها الوصي.

إلا أن قانون الأسرة لم ينص ما إذا كانت الوصاية بالتعدد هل بالإنفراد أو بالتشاور، في حالة ما إذا لم تحدد المحكمة اختصاص كل واحد منهم، وبالتالي يمكننا الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة حسب المادة 222 ق الأسرة.

ثانيا: التقديم

القيم أو المقدم هو من تعينه المحكمة لإدارة أموال المحجور عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، ولا تعين المحكمة قيما على الشخص إلا إذا طرأت أحد عوارض الأهلية المذكورة سابقا بعد بلوغه سن الرشد، أما إذا طرأت هذه العوارض قبل بلوغه سن الرشد، فإنه تستمر الولاية والوصاية عليه حسب المادة 99 ق.أ.ج « المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامّة»

1.حكم القوامة

القيم عموما يكون نائبا عن المحجور عليه ويكون نائب قضائي باعتبار أن المحكمة هي التي تقوم بتعينه، ونيابة القيم عن المحجور عليه نيابة قانونية إذ رسم القانون حدود تلك النيابة، وأحكام القيم تخضع لنفس الأحكام المقررة بالنسبة للوصاية والوصي، وهذا حسب المادة ق.أ.ج100 :« يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام ».

ويكون ثمة محل لتعيّين قيم خاصة حيث يدعو ذلك لحاجة أو ضرورة، كما تقيم المحكمة القيم مؤقتا، إذا أوقف القيم أو حالة ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته، ويلزم القيم بالقيام بالوجبات المفروضة على الأوصياء وتكون له حقوقهم.

2.حدود القوامة

حسب المادة 100 ق.أ.ج السالفة الذكر المقدم له حدود في القيام بتصرفات تتعلق بشؤون فاقدي الأهلية أو ناقصيها مثله مثل الوصي بحيث وجب عليه القيام بكل الواجبات التي تمليه عليه مهمته بالحرص الوفير على المحجور عليهم.

كما يجب على المقدم أن يتقيد بنفس السلطات التي يخضع لها الوصي، إذ عليه القيام بالتصرفات الخاصة له وهناك تصرفات من جهة أخرى وجب على المقدم أن يستأذن فيها القاضي كبيع عقارات المحجور عليه.

3.تقديم طلب القوامة

يتم تقديم طلب القوامة من طرف الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض بإيداع عريضة مكتوبة إلى رئيس المحكمة للنظر في أمرها، وهذه العريضة تحتوي عادة على مختلف أسباب الحجر، والدعاوى التي رفعت من ذوي المصلحة لطلب تعيين مقدم عليه، لإدارة أمواله وممتلكاته.

وإذا لم تتوفر في المقدم الشروط الواجبة ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتعيّين شخص آخر كمقدم، كما يمكن للنيابة العامة أن تعين مقدما إذا رأت في ذلك مصلحة وضرورة، وهذا ما نصت عليه المادة 471 ق إم إ.

4.وقف القوامة

إذا رأى القاضي أن الشخص الذي عينه لتولي حماية ورعاية أموال القاصر أو المحجور عليه أن هناك لبسا أو هناك بعض التصرفات التي حددها القاضي للمقدم لتقيد بها لم يتبعها أو فقد الثقة فيه فالمحكمة تقوم بوقف القوامة وتتولي تعيين شخص آخر يحل محل المقدم الذي أوقفته.

5.الرقابة القضائية على المقدم

يتعين على المقدم أن يقدم للقاضي المكلف بشؤون القاصر حسابا سنويا عن مختلف المداخيل والمصاريف لمحجوره مع توضيح ما بقي خالصا له أو عليه، إذا امتنع المقدم ولم يستجب لتقديم الحساب السنوي أو غيره للقاضي المكلف بشؤون الأسرة أو امتنع إيداع ما بقي لديه من أموال لدى حساب المحجور بمؤسسة عمومية، فإنه يمكن للقاضي استصدار أمر بالحجز التحفظي على أموال المقدم من رئيس المحكمة الابتدائية كما يمكن استصدار أمر استعجالي بوضع أموال كل منهما تحت

الحراسة القضائية أو فرض غرامة تهديدية عليه جزاء المماطلة في تنفيذ الالتزام طبقا للمادتين174 175 من القانون المدني الجزائري.

6.سلطات القاضي عند تجاوز المقدم لحدود النيابة الشرعية

يرسم القانون للنائب الشرعي المقدم حدودا ليمارس ضمنها النيابة على القاصر، فيكون الخروج عن هذه الحدود تجاوزا لسلطاته ومخالفة للقانون.

حتى يضمن المشرع حماية القاصر من مثل هذه التجاوزات، التي قد يقوم بها النائب في حق القاصر، أعطى القاضي حق تقرير جزاءات عليها، قد تمس هذه الجزاءات التصرفات التي يبرمها الولي خارج نطاق السلطات الممنوحة له، أو دون احترام الإجراء القانوني الواجب عليه.

1.6.جزاء تصرفات النائب لمجاوزة لحدود نيابته

قد يباشر النائب تصرفا خارج الحدود التي رسمها له القانون، كما لو تبرع المقدم مثلا عن مال الصغير المشمول بالنيابة الشرعية، أو كما لو باشر عملا من الأعمال التي يتعين عليه فيها الحصول على إذن من المحكمة دون أن يحصل على ذلك الإذن.

إذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص نيابة على مال القاصر، ويعين حدود هذه النيابة فإن قدرة من تثبت له النيابة على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال وذمة المشمول بها فلا تأتي إلى حين تكون هذه التصرفات داخلة في حدود النيابة الشرعية كما يرسمها القانون وهو ما تؤكده القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 74 ق.م.ج:« إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل»

2.6. تحديد نطاق المسؤولية المدنية للمقدم عن أعماله

الفقه الإسلامي والقوانين العربية أوقع على عاتق الولي التزامات أمام القاضي أثناء ممارسته لمهمته، تمكن هذا الأخير من مراقبة الولي مراقبة مستمرة يضمن بها القانون عدم استغلاله لأموال القاصر بسبب مركزه، أو سوء تدبيره لهذه الأموال وإهمال مصالحه، وكذا تسهيل تقدير مدى مسؤوليته عن الأضرار التي يلحقها بالقاصر وأمواله، وتتمثل هذه الالتزامات في:

-تحرير قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه، وإيداع هذه القائمة لدى المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه في مدى شهرين من بدء النيابة.

-إلزام النائب بتقديم حساب عن ربع مال القاصر في مدة معينة من كل سنة، حسب كل قانون.

في حين نجد أن المشرع الجزائري أهمل ذلك، فلم يحدد أي التزام من هذا النوع قد يقع على عاتق الولي أو الوصي أو المقدم، فالمشرع قد ألزم المقدم على عكس النواب الشرعيين السابق ذكرهم، بالتزام مماثل من خلال التعيين في الفقرة الثانية المادة471 ق.إ.م.إ« يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة »

ويترتب على إخلال المقدم بواجبه وقيام مسؤوليته على جزاءان هما:

أ-العزل: عزل المقدم أو سلبه نيابته أو إسقاطها عنه، أيا كان التعبير فالمعنى واحد يقصد به إعفاء النائب من مهامه في إدارة أموال القاصر، وهو جزاء يتخذه القاضي في مواجهة المقدم إذا رأى أن مصالح القاصر معرضة للضياع وقد نصت المادة91 ق.أ.ج« تنتهي وظيفة الولى –4 بإسقاط الولاية عنه» على إمكانية إسقاط الولاية عن الولي كسبب من أسباب انتهاء ولايته، كما نصت المادة96 « تنتهي مهمة الوصي -5 بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر» بشكل واضح وصريح على إمكانية عزل الوصي إذا ما ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة القاصر.

طلب العزل يقدم للقاضي من طرف أي شخص تكون له مصلحة في ذلك، متى أثبت أن المقدم مهما كان، وليا أو وصيا أو مقدما يعرض بتصرفاته مصالح القاصر للخطر.

ويكون العزل بموجب أمر يصدر عن المحكمة ويخضع تقدير مدى سوء إدارة أموال القاصر وتعريضها، للخطر السلطة التقديرية للقاضي، فهذا الأخير يرجع له وحده القرار في إبقاء المقدم أو عزله

ب-التعويض: متى قامت مسؤولية المقدم عن تصرفاته التي عرضت مصلحة القاصر للخطر، يكون ملزما بتعويض القاصر عن خسارته، ولكن لما كان الأصل في المقدم، افتراض الأمانة فهو لا يضمن

إلا ما ضاع من أموال القاصر نتيجة تعديه عليها، أو تبديدها، أو بإهمال حفظها، أما ما ضاع من أموال القاصر بسبب أجنبي خارج عن إرادته، فلا ضمان عليه.

7.الانقضاء الطبيعي للقوامة

تنتهي مهمة المقدم بإحدى الحالات الواردة في المادة 96 ق.أ.ج: تنتهي مهمة الوصي :

1-بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته.

2-ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.

3-بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.

4-بقبول عذره في التخلي عن مهمته.

5 -بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر

وعليه تنتهي مهمة المقدم إما بموت المحجور عليه أو بلوغ القاصر سن الرشد، وكذا في حالة فقدان الأهلية.

1.7.وفاة المحجور عليه: من الطبيعي أن موت المحجور عليه يؤدي إلى زوال القوامة بصورة آلية، بحيث أن موت القاصر يؤول ماله إلى تركة تقسم بين ورثته كل حسب نصيبه الشرعي.

2.7.بلوغ القاصر لسن الرشد: الهدف من تعيّين المحكمة للمقدم هو الحفاظ على أموال القاصر وإذا بلغ سن الرشد كاملة ولم يحجر عليه وكانت أهليته خالية من عوارض الأهلية، فهذا يؤدي إلى انتهاء مهمة المقدم والقوامة بصفة كلية، فتسلم كل الأموال إلى القاصر.

3.7.فقدان الأهلية: في حالة ما إذا أصيب المقدم بعارض من عوارض الأهلية السالفة الذكر أدى ذلك إلى فقدان أو نقص أهلية المقدم، وبالتالي لا يمكن له أن يكون وصيا على غيره، لأنه هو بحد ذاته يحتاج إلى من يرعى مصالحه.

8.الانقضاء القانوني

تنتهي مهمة القيم قانونا بإحدى الحالات التالية:

1.8.رفع الحجر عن المحجور عليه: إذا انتهى السبب المؤدي للحجر فإن هذا الحجر يزول بزوال هذا السبب، تقرر المحكمة رفع الحجر عن المحجور فتنتهي القوامة إذ لا يكون ثمة محل ترد عليه القوامة.

2.8.انتهاء العمل الممنوح للمقدم: القيم أثناء تعينه من طرف المحكمة تمنح له المهام التي يتولى القيام بها، فبزوال هذا السبب أو العمل الممنوح لهذا القيم تنتهي مهمته نهائيا.

3.8.الانتهاء بحكم القضاء: هناك حالتين لانتهاء مهمة القيم بحكم القضاء حالة قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته أو حالة عزله.

4.8.قبول عذر الوصي في التخلي عن مهمته: حسب المادة96 ق أج التي تنص على ما يلي:« تنتهي مهمة الوصي :...4 قبول عذره في التخلي عن مهمته» فالقاضي عليه أن ينظر في جدية السبب أثناء تقديم الوصي لطلب التخلي عن مهمته أو وظيفته فإذا كان السبب جديا ومقنع يقبل القاضي الطلب المقدم من الوصي.

9. عزل القيم

إذا توفر سبب يستدعي العزل من ذوي المصلحة إذا أساء الوصي الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر، ويكون هذا العزل من قبل المحكمة بناءا على طلب من له مصلحة، أو إذا فقد شرطا من الشروط التي توفرها لصحة الإيصاء انتهت الوصاية حسب المادة 98 ق.أ.ج التي تنص على ما يلي:« يكون الوصي مسؤولا كما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره»، فالمشرع الجزائري جعل الوصي مسؤولا عن رعاية القاصر وأمواله، ويكون له حقوق ويخضع للقواعد الخاصة بعزلهم ووقفهم وانتهاء مهمتهم فإذا انتهت مهمة المقدم مثله مثل الوصي يجب أن يسلم كل ما بحوزته من أموال ويقدم حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى الشخص الذي رفع عنه الحجر أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته، وإذا ثبت تقصير المقدم في مهامه فيجوز استبدال هذا المقدم.