دروس في النيابة الشرعية عبر الخط

السنة الثانية ماستر، تخصص قانون الأسرة

الدكتور عشير جيلالي

السنة الجامعية 2024/2023

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.