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.
- ❖ 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.

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

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 مقدماّ، 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.