

جامعة أحمد دراية - أدرار -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



الحماية القانونية لأموال القاصر

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق
تخصص القانون الخاص

إعداد الطالب:

عبد الرحمان هياوي

تحت إشراف:

أ.د يوسف مسعودي

لجنة المناقشة:

| الإسم واللقب | الرتبة | الجامعة الأصلية | الصفة |
|--------------------------|--------------------------|------------------------|----------------|
| أ.د. محمد الصالح بن عومر | أستاذ التعليم العالي | جامعة أدرار | رئيساً |
| أ.د. يوسف مسعودي | أستاذ التعليم العالي | جامعة أدرار | مشرقاً ومقرراً |
| د. سليمان بن الشريف | أستاذ محاضر ¹ | جامعة أدرار | مناقشاً |
| د. نور الدين عماري | أستاذ محاضر ¹ | المركز الجامعي النعامة | مناقشاً |
| د. عبد النور عيساوي | أستاذ محاضر ¹ | جامعة غليزان | مناقشاً |
| د. عبد الرحمان بركاوي | أستاذ محاضر ¹ | جامعة عين تموشنت | مناقشاً |

نوقشت يوم 28-10-2021

السنة الجامعية: 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شُكْرِي وَتَقْدِيرِي

قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾.

فلو ما أبتدأ به هو شكر الله على نعمه التي لا تعد ولا تحصى.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾.

ثم أتوجه بالشكر إلى أستاذي ومشرفي الفاضل الأستاذ الدكتور/ يوسف مسعودي الذي له الفضل - بعد الله تعالى - على البحوث والبحث، وغداً من كان موضوعه فكرة وعنواناً إلى أن صار أصوصاً، فله مني كل الشكر والتقدير والعرفان.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم عليّ بقبول مناقشة هذه الأصوصة، فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها والإبانة عن مواضع القصور فيها، سائلاً الله الكريم أن يثيبهم عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لجميع الأساتذة الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أحمد دراية بأحرار، ولكل القائمين على هذا القصب الجامعي.

فجزى الله تعالى الجميع خير الجزاء وأوفاه.

الإهداء

إلى قديوتنا وقائد أمتنا ومعلم البشرية جمعاء

منبع العلم نبينا "محمد" ﷺ.

إلى من كانا سبباً في وجودي ولم يبخل علي يوماً

بشراء "أبي وأمي" حفظهما الله، إلى التي وقفت

بجانبي وأزرتني وشدت من عزمي هوال إعدائي

لهذه الأكروحة زوجتة الغالية، إلى فلذتة كبدتي

"محمد الشريف" و"أبرار" رعاهما الله، إلى كل أهلي

وأحبائي فرداً فرداً، إلى روح شيخنا الجليل "مبارك

بقلاير" رحمه الله وإلى كل ومن سقك من قلبي

سفعوا، إليكم جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع

راجياً من المولى عز وجل أن يبد القبول والنجاح.

قائمة المختصرات:

- (ج): جزء.
- (د س): دون سنة نشر.
- (س): سنة.
- (ص): صفحة.
- (ط): طبعة.
- (ق أ ج): قانون الأسرة الجزائري.
- (ق ا ع م): قانون الالتزامات والعقود المغربي.
- (ق م ج): القانون المدني الجزائري.
- (ق م ل): القانون المدني الليبي.
- (ق م م م): قانون المسطرة المدنية المغربي.
- (م أ ش ت): مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- (م أ ش م): مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.
- (م ا ع ت): مجلة الالتزامات والعقود التونسية.
- (م أ م): مدونة الأسرة المغربية.
- (م ح ع ت): مجلة الحقوق العينية التونسية.
- (م ح ع م): مدونة الحقوق العينية المغربية.

مِقَاتُكَ مِنْهَا

من نعم الله عز وجل على الإنسان أن ميزه بالعقل على سائر خلقه، لأنه بهذا العقل يستطيع أن يميز بين النفع والضرر والشر والخير والحسن والقبيح، لكن الإنسان لا يولد مكتمل القدرات العقلية، إنما تنمو بنمو سنه وتطور قدراته البدنية، إلى أن تنضج هذه القدرات بالبلوغ ويصير بعدها هذا الشخص أهلاً للقيام بالأعمال والتصرفات.

والإنسان قبل النضج العقلي والجسمي يكون منعدم الأهلية أو ناقصها، وليست لديه القدرة على تولي شؤونه وحاجياته المختلفة بسبب عجزه وضعفه، ويعد الشخص ضمن هذه الفترة من أكثر فئات المجتمع عرضة للتعدي على شخصه وماله في حال كان له مال في ذمته، لأن لديه أهلية التملك حتى ولو كان قاصراً.

هذا وتعد ذمة الشخص القاصر مستقلة استقلالاً تاماً -عن والديه- سواء أكان ذكراً أم أنثى، وهو ما كفله له الشرع الإسلامي والقانون، وعليه فيحتاج لمن يتولى حماية ورعاية حقوقه أو ذمته المالية لغاية نضجه العقلي والجسمي أو اكتمال أهليته.

وبسبب عجز القاصر وعدم نضجه في هذه الحياة واحتياجه للمساعدة لعدم قدرته على التمييز بين ما يضره وما ينفعه، فقد ألزمت الشريعة الإسلامية على نائبه الشرعي وعلى القاضي كذلك حماية مصالحه المالية ورعايتها -سواء أكان مالياً أو آيلاً منها مال- وذلك من خلال النيابة عنه في التصرفات والتعاملات المالية، وليس الغرض من ذلك إقصاء القاصر من التصرف في ماله، بقدر ما هو حماية لمصالحه المالية.

كما أولت التشريعات المغاربية لهذا الموضوع أيما اهتمام وبالأخص قوانين الأسرة، حيث أحاطته بنظام يضمن للقاصر حماية متكاملة لماله، وذلك من خلال العديد من النصوص القانونية المختلفة والمتناثرة موادها وفصولها بين مختلف التشريعات بغية حفظ أمواله ورعايتها، وليس ذلك في علاقته بالغير فقط بل حتى في مواجهة نفسه أيضاً.

أولاً-موضوع البحث:

إن موضوع البحث يتناول الحماية القانونية لأموال القاصر دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، وهذا لما يشكله المال من أهمية في حياة الناس بشكل عام والقصر بشكل خاص، وذلك في تسيير شؤونهم المعيشية لغاية كمال أهليتهم، فيحق لهم بعد ذلك تولى حماية أموالهم بأنفسهم.

وتأتي هذه الدراسة لإبراز وسائل وآليات حماية أموال القاصر، والتي لا تنحصر في القصر الأغنياء فقط، وإنما تشمل أيضاً حتى غير الأغنياء منهم، لأن الذمة المالية لصيقة بالشخصية القانونية منذ الولادة، فيكون القاصر أهلاً لاكتساب الحقوق المالية من نفقة وإرث ووصية وسائر التبرعات وأجر مالي وغيره، وعليه فالحماية المالية تكون في الكثير من المال والقليل المعتبر في ذمة القاصر.

مع العلم أنه يقصد بالقاصر ضمن هذه الدراسة بالمعنى المضيق، وهو الذي لم يتم سن الرشد القانوني أو غير البالغ لدى فقهاء الإسلام، وسيتم تناول هذه الحماية من خلال التطرق لأسلوبين مهمين لها وهما أسلوب الإمساك والتسكين، وأسلوب الاستثمار والتنمية، والتطرق لأهم الأحكام الخاصة بهما في الفقه الإسلامي والتشريعات والقوانين المغاربية.

ثانياً-أهمية البحث وأهدافه وأسباب اختياره:

1-أهمية البحث:

لموضوع البحث أهمية بالغة، ويتجلى ذلك من خلال جانبين أو من ناحيتين، وهما الأهمية الفقهية والأهمية القانونية.

أ-الأهمية الفقهية:

يكتسي موضوع البحث من الناحية الفقهية أهمية بالغة، وذلك من خلال تبين عمل الفقهاء وحرصهم على حفظ أموال القاصر ورعايتها، لتحقيق أكبر مصلحة له وتكريسها كمبدأ،

كما أن المقارنة بين المذاهب والآراء الفقهية في موضوع البحث تُبرز التصرف الأصح في مال القاصر.

وتتجلى أهمية الموضوع أيضاً من الناحية الفقهية في محاولة إبراز التراث الفقهي والثروة الفقهية التي خلفها فقهاء الشريعة الإسلامية، وحرصهم على تحقيق كل ما يخدم المصلحة المالية للقاصر، مع مقارنة كل ذلك بما أقرته قوانين الأسرة المغربية من قواعد لحماية أمواله، ثم إن الاختلاف الحاصل في الآراء الفقهية سببه هو كيفية تحقيق حماية فضلى لأموال القاصر وليس في الهدف الأصلي، والذي هو تحقيق حماية متكاملة لأمواله وتعزيزها سواء في جانب الإمساك أو الاستثمار.

إذ من غير المعقول أن يتجرد الفقه من طابعه الحمائي والرعائي، خاصة إذا تعلق الأمر بشخص ضعيف عاجز عن حماية أمواله، وقد دعا الإسلام ضمن كلياته الخمس لهذه الحماية، وتتضمن هذه الدراسة عنصرين من هذه الكليات وهما حفظ النسل وحفظ المال، وقد وردت عدة نصوص وأقول وآراء فقهية تنظم موضوع حماية أموال القاصر ورعايتها، فكان لا بد من إبراز هذه الجزئية ضمن موضوع الدراسة.

ب- الأهمية القانونية:

وتتمثل أهمية الموضوع من الناحية القانونية في الوقوف على أهم جوانب حماية أموال القاصر في قوانين الأسرة المغربية ومختلف تشريعاتها وقوانينها التي تناولت هذا الجانب، والمقارنة فيما بين القوانين المغربية، مع التركيز على جانبي الإمساك والتنمية، مع عدم إهمال بعض جوانب الحماية كمؤسسة النيابة الشرعية أو القانونية ودورها في تكريس هذه الحماية، محاولاً قدر الإمكان الكشف عن أهم النقائص والثغرات والتضاربات الموجودة، وتبيين الاختيارات الفقهية في هذه القوانين.

2-أهداف البحث:

إن لموضوع الدراسة جملة من الأهداف، نوجزها في الآتي:

- 1-إبراز أهم ما جاء ضمن الفقه الإسلامي من نصوص وأحكام، وكذلك اختيارات تشريعية مغاربية في تنظيم حماية أموال القاصر، مع العمل على الكشف عن الجزئيات المتعلقة بهذه الحماية والتي أغفلت التشريعات المغاربية التطرق لها.
- 2-تبيين مدى شمولية الفقه الإسلامي في حماية أموال القاصر، وإجازة كل ما يحقق مصلحته ويحميها، كما وتبين حرص التشريعات المغاربية على النص كل ما من شأنه تكريس هذه الحماية.
- 3-توضيح كل ما غمض وصعب في موضوع الدراسة، سواء أكان ذلك ضمن المذاهب الفقهية الإسلامية أو في قوانين الأسرة المغاربية، مع العمل على تبيين الراجح من الآراء والأقوال، وذلك بما يحقق مصلحة القاصر.
- 4-تسهيل المعلومة وتبسيطها، وذلك بعد جمعها من مصادرها الخاصة والمختلفة، والتي غالباً ما تتسم بصعوبة الفهم من غير ذوي الاختصاص، إذ في الغالب ما تتبع منهجاً تقليدياً يمنع المبتدئين من فهمه واستيعابه.
- 5-إضافة لبنة جديدة من لبنات البحث العلمي، والتي تعمل على إبراز الثغرات والنقائص التي أغفلتها تشريعات ونصوص الدول المغاربية في هذا الجانب، وذلك للمساهمة ولو بنزر يسير مع المشرعين في إحكام نصوص هذا الموضوع.

3-أسباب اختيار الموضوع:

يمكن توضيح أسباب اختياري للموضوع في جملة من النقاط وهي كالآتي:

- 1- ما يتعرض له مال القُصّر من تعدٍ وتجاوز، سببه الجهل بالأحكام الفقهية والقانونية أو الاعتداء المتعمد عليها، وبعد اطلاعي على موضوع البحث في كتب الفقه والقانون، ونظراً للإشكالات التي يفرضها الموضوع، تولدت لدي رغبة شخصية في معرفة جزئياته والبحث في ثناياه سواء من الجانب الفقهي أو القانوني على حد السواء، والتوسع في معالجة هذا البحث، وذلك من خلال تبيين أساليب ووسائل حماية أموال القاصر خدمة لهذه الفئة وحماية لأموالهم.

2- إن موضوع حماية أو رعاية مال القاصر وإن اهتم به الفقهاء قديماً وحديثاً وأوردته قوانين الأسرة المغاربية وبعض تشريعاتها، إلا أنه في تقديري يحتاج مزيداً من البحث للكشف عن أهم الإشكالات التي يطرحها الموضوع، مع محاولات الإجابة عنها.

3- تبين الاهتمام الذي أولاه الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية لأموال القاصر، وعملهم على حمايتها ورعايتها بشتى الأساليب والوسائل المختلفة، وذلك في نصوص واجتهادات فقهية وقضائية.

4- تسليط الضوء على بعض النقاط الجوهرية التي أغفلتها قوانين الأسرة المغاربية في موضوع البحث، وتنبية المشرع المغربي إليها بسبب أهميتها.

ثالثاً- الدراسات السابقة:

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين موضوع حماية أموال القاصر، لكن لم يفرّدوا لها كتاباً خاصة، وإنما تم التطرق لها في مسائل متفرقة ضمن كتب وأبواب الفقه، أما في الوقت الراهن فأهم الدراسات الأكاديمية التي تناولت موضوع الدراسة وتم الوقوف عليها فهي كالاتي:

1- دراسة بعنوان: "مال القاصر ومن في حكمه (دراسة مقارنة بالقانون)"، وهي للدكتور جابر بن علي الحوسيني، وهي عبارة عن كتاب مطبوع أصله أطروحة دكتوراه نوقشت في كلية الشريعة بجامعة القرويين بفاس، وذلك سنة 2005، وهي دراسة تناول فيها الباحث موضوع حماية مال القاصر وكل من يدخل في هذا المفهوم، أي بالمعنى الموسع للقاصر، سواء أكان مجنون أو سفيه أو معتوه أو ذي غفلة، فالدراسة وسعت في هذا الجانب، وركزت الدراسة على الجانب الفقهي الشرعي كثيراً خلافاً للشق القانوني، كما أن الشق المقارن كان مع التشريع المغربي، إذا ما استثنينا إشارات لبعض التشريعات الأخرى، في حين أن درستي لهذا الموضوع حصرت مفهوم القاصر بالمعنى المضيق، كما وسعت في الشق القانوني المقارن، إذ تم مقارنة ما ورد في الفقه مع القوانين الأسرة المغاربية ككل.

2- دراسة بعنوان: "إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي"، وهي للقاضية مليكة غنام، والدراسة عبارة عن كتاب أصله عبارة عن رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة

في القانون الخاص وحدة قانون الأسرة، والتي نوقشت بكلية الحقوق بطنجة التابعة للجامعة عبد المالك السعدي وذلك في سنة 2007، والدراسة توسعت في مجال إدارة أموال القاصر، من خلال تناول أحكام التصرفات المالية للقاصر والنائب الشرعي له، كما تناولت الحماية القضائية لأموال القاصر، واكتفت بمقارنة الأحكام الفقهية بالتشريع والعمل القضائي المغربي فقط في مجمل الدراسة، في حين أن دراستي هذه تناولت قوانين الأسرة المغاربية ولم تكتف بتشريع واحد، وركزت على وسائل حماية أموال القاصر، وقد تم إجمال هاته الوسائل في وسيلتين مهمتين وهما وسيلة الإمسك ووسيلة الاستثمار.

3-دراسة بعنوان: "استثمار أموال الأيتام -دراسة فقهية مقاصدية معاصر-"، وهي من إعداد الطالب مراد بلعباس، وهي عبارة عن رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية تخصص فقه مقارن عن كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر، وقد نوقشت بالسنة الجامعية 2009-2010، الدراسة تناولت بعض الجوانب الاستثمارية لأموال القاصر، وهي دراسة فقهية بحتة، ولم تتناول الشق القانوني، وهو ما يختلف عن هذه الدراسة، التي تم تناول فيها وسيلة المسك لمال القاصر كوسيلة من وسائل حماية أموال القاصر وهو ما أغفلته هذه الدراسة.

رابعاً-الصعوبات:

واجهتني أثناء إنجازي لهذا البحث جملة من الصعوبات، ولعل من أهم هذه الصعوبات والمعوقات والتي يمكن حصرها أو إجمالها فيما يلي:

1-صعوبة الموضوع في حد ذاته، وذلك عائد في الغالب لكثرة الآراء والأقوال الفقهية في النقطة الواحدة من موضوع البحث، وتضاربها وتناقضها حيناً وبغموض بعضها حيناً آخر، ولكثرة قوانين الدول المعتمدة في الدراسة، وهو ما يصعب على الدارس المقارنة فيما بينها.

2-تداخل موضوع البحث مع عدة مواضيع وعلوم مختلفة ومتنوعة، والتي من بينها علوم الشريعة، والقانون المدني، وتشريعات الأسرة، والقانون التجاري، وكلما زاد هذا التداخل والتشعب كلما ازدادت صعوبته.

3-تناثر وتوزع حيثيات الموضوع وتفرقتها في ثنايا كتب الفقه والقانون على حدٍ سواء، مما يصعب على الباحث الإمام به، ففي كتب الفقه على سبيل المثال تجد بعضها في أبواب العبادات والآخر

في المعاملات وهكذا، أما ضمن التشريعات فتوزعت النصوص المنظمة للحماية القانونية لأموال القاصر بين قوانين الأسرة والقوانين المدنية والالتزامات والعقود والقانون التجاري وبعض فروع القانون الأخرى، وهذا الشعب هو ما زاد البحث صعوبة وتعقيداً، ونجمت عنه إشكاليات يتم ذكرها في ثنايا البحث.

خامساً-إشكالية البحث:

وبالنظر لطبيعة موضوع البحث فإن له إشكاليته أساسية وأخرى فرعية، فالإشكالية الأساسية تكون على النحو الآتي:

-إلى أي مدى تمكن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية من توفير حماية متكاملة لأموال القاصر؟

-أو ما هي وسائل تكريس حماية أموال القاصر ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية؟

ويمكن تحليل هذه الإشكالية الرئيسية لجملة من التساؤلات الفرعية وهي كالآتي:

- ما هي مختلف الإجراءات التي يمكن اتخاذها للحماية القانونية لمال القاصر؟

-ما هي حدود سلطات النائب الشرعي في أموال القاصر؟

-ماهي المرجعية الفقهية لقوانين الأسرة المغاربية في تنظيمها لوسائل حماية أموال القاصر؟

سادساً-منهج البحث:

للإجابة على إشكالية البحث، وللبلوغ للأهداف المتوخاة منه، سلكت في ذلك المناهج العلمية التالية:

1-المنهج المقارن:

وهو كذلك من أنجع المناهج العلمية لمعالجة مثل هذا الموضوع، خاصة أن الموضوع هو في حد ذاته مقارن، واتبعت هذا المنهج من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة فيما بينها، مبرزاً أدلة كل فريق مع بيان الراجح منها، متبعاً إياها بالنصوص القانونية والأحكام والاجتهادات

القضائية ورأي فقهاء وشرح قوانين الأسرة المغاربية وغيرهم، محاولاً قدر الإمكان المقارنة بين الأحكام الشرعية من آراء وأقوال الفقه الإسلامي مع نصوص التشريعات المغاربية وقرارات المحاكم في هذا الشأن، علماً أنه قد تم الاعتماد في ثنايا البحث على آراء فقهاء المذاهب الأربعة، وأقوال الصحابة والتابعين، مع الاعتماد أيضاً على آراء الفقهاء المتأخرين أو المعاصرين.

2- المنهج الاستقرائي:

والذي يتم من خلاله الانتقال من الجزئي إلى الكلي، ويتمثل ذلك في موضوع البحث من خلال دراسة جزئياته، حيث تم جمع النصوص سواء أكانت شرعية -أصلية أم تبعية- أو فقهية أو قانونية أو قضائية وجميع الأدلة التي تثبت صحة الفكرة، للوصول لفكرة أساسية وإثبات صحتها.

3- المنهج التحليلي:

ويتجلى ذلك خلال تحليل معاني ومعالجة مضامين كل ما تم الوقوف عليه، من تعاريف لغوية أو اصطلاحية ومن مضامين نصوص شرعية أو فقهية أو قانونية مغاربية، ومحاولة تبسيط مفاهيمها، وذلك كله في نسق متسلسل حسب ترتيب الموضوع للعناصر، بغية الوصول لأهداف هاته النصوص ومقاصد واضعها، والوقوف على كل ما تم إغفاله، ومعرفة مزايا وعيوب وثغرات هاته النصوص والآراء.

سابعاً- خطة البحث:

وبناء على كل ما سبق ذكره حول موضوع حماية أموال القاصر ولتحقيق الأهداف المرجوة من البحث والإجابة عن الإشكالية المطروحة والتساؤلات المنبثقة عنها فقد تم تقسيم البحث لمقدمة لموضوع الدراسة، وفصل تمهيدي يحوي مبحثين، وبابين لصلب الموضوع ضمن كل باب فصلين، وخاتمة.

فالفصل التمهيدي تم تناول ضمن مباحثه الإطار المفاهيمي للحماية القانونية لأموال القاصر، وذلك من مفاهيم وتعريفات وحدود للأهلية والنيابة الشرعية والمال المشمول بالحماية، وأما صلب الموضوع فتم تخصيص بابه الأول لأسلوب إمساك مال القاصر وتسكينه، وتم تناول

ضمنه وسيلة الحجر ووسيلة الإيداع، ويعتبران من بعض وأهم وسائل مسك المال وتسكينه، أما الباب الثاني فتم تخصيصه لأسلوب استثمار مال القاصر وتنميته، وقد تم تناول ضمنه حقيقة وحدود استثمار مال القاصر وبعض وسائل وطرق استثمار ماله، أما عن خاتمة الدراسة فقد حوت أهم النتائج التي توصلت لها هذه الدراسة وبعض الاقتراحات، وقد جاءت هذه الخطة مقسمة على النحو الآتي:

مقدمة

فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للحماية القانونية لأموال القاصر

الباب الأول: أسلوب إمساك مال القاصر وتسكينه

الباب الثاني: أسلوب استثمار مال القاصر وتنميته

خاتمة

الفصل، التمهيد

الإطار، المؤلف، التمهيد، للختم

القانونية، لأموال، القناصين

يتناول موضوع حماية أموال القاصر عنصرين مهمين، يستوجب الحال رعايتهما والاعتناء بهما وحفظهما من الضياع، وهما القاصر والمال، حيث أن لهما أهمية لحركة الحياة واستمرارها وتجديدها، ويعد حفظ النسل وحفظ المال من الضروريات الخمسة التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظهما، لأن بهما قوام الحياة، وإلا عمت الفوضى.

وقبل الخوض في تفاصيل الموضوع والمتعلق بحماية أموال القاصر يستلزم الحال التطرق للإطار المفاهيمي لجزئيات وعناصر عنوان الموضوع، وذلك من خلال تبين مفاهيمها وتحديد حقيقتها، ولذا فإنه يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، ضمن المبحث الأول يتناول حقيقة الأهلية، أما ضمن المبحث الثاني فيتم التطرق لحقيقة المال المكفول بالحماية.

المبحث الأول: حقيقة اكتمال الأهلية والقاصر

إن التطرق لمفهوم القاصر في إطار البحث يحتم الرجوع لمفهوم الأهلية، وهذا راجع لوجود علاقة بينهما، وعليه فإنه قبل التطرق لحقيقة القاصر سيتم تناول حقيقة اكتمال الأهلية وذلك ضمن المطلب الأول، أما المطلب الثاني فيتناول ضمنه حقيقة القاصر.

المطلب الأول: حقيقة اكتمال الأهلية

إن الفقه الإسلامي والأنظمة القانونية على اختلافها أكدت على ضرورة توفر ركن الأهلية في الشخص الطبيعي الذي يبرم التصرفات المالية، لكي ترتب وتحدث آثارها عليه وعلى الغير، فتتغير بها ذمته المالية ووضعيته القانونية، وذلك وفقاً لما يقرره الشرع والقانون، وقبل التطرق لأحكام تصرفات منعدم الأهلية وناقصها وكامل الأهلية لا بد من التطرق أولاً إلى ماهية الأهلية والرشد وذلك ضمن فرعين اثنين، حيث يتم تناول ضمن الفرع الأول ماهية الأهلية، أما الفرع الثاني فيتناول ماهية الرشد.

الفرع الأول: ماهية الأهلية

للوصل وتحديد ماهية الأهلية لا بد من التطرق لتعريفها، وأنواعها، ثم المراحل التي تمر بها وهو ما سيتم تناوله ضمن ثنايا هذا الفرع.

أولاً-تعريف الأهلية:

سيتم تناول ضمن هذا الجزئية تعريف الأهلية، وهو ما يستلزم التطرق لتعريفها من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية.

1-تعريف الأهلية لغة:

الأهلية مؤنث الأهلي. وهي مصدر صناعي لكلمة (أهل) والأهلية للأمر معناها الصلاحية له. ونقول فلان أهل لكذا أي مستوجب له، الواحد والجمع في ذلك سواء، وعلى هذا قالوا: الملك لله أهل الملك. وفي التنزيل العزيز: ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَعْرِفَةِ﴾¹، جاء في التفسير: أنه عز وجل، أهل لأن يتقى فلا يعصى وأهل المغفرة لمن اتقاه، وقيل: قوله أهل التقوى موضع لأن يتقى، وأهل المغفرة موضع لذلك. وأهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه².

وتستعمل الأهلية بمعنى الجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فإذا قيل إن فلان أهل للرياسة أي هو جدير بها³.

2-تعريف الأهلية اصطلاحاً:

إذا كانت الأهلية كما استعملها فقهاء اللغة بأنها الصلاحية للشيء والجدارة بها، فإن لفقهاء الاصطلاح أيضاً تعريفات متعددة للأهلية، وهو ما سيأتي بيانه.

¹ سورة المدثر، آية رقم 55.

² ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 3، س 1414 هـ، ج 11، ص 29. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د س، ج 4، ص 237. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، س 2004، ص 32. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 2، س 1988، ص 29.

³ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، سوريا، ط 2، س 2004، ج 2، ص 782-783.

أ-تعريف الأهلية في اصطلاح الفقهاء:

حيث عرف فقهاء الشريعة الإسلامية -المتقدمين والمتأخرين- وفقهاء القانون الأهلية بعدة تعريفات مختلفة، ومن تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للأهلية ألا وهو تعريف الجرجاني صاحب كتاب التعريفات، حيث عرفها بأنها: "عبارة عن صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه"¹. فيما عرف الفقيه محمد أبو زهرة الأهلية بأنها: "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"². ويرى الإمام أبو زهرة أن الشخص إذا كان صالحاً لأن تلزمه حقوق للغير، وأن تثبت له حقوق قبل غيره، وأهلاً لأن يلتزم بحقوق ينشأ أسبابها القولية ويوجدتها، فإنه صارت عنده الأهلية بجزأها وهي أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

لكن يتضح أن هذان التعريفان اللذان تم إيرادهما يصلحان لتعريف نوع واحد من الأهلية، ألا وهو أهلية الوجوب فقط، والذي سيأتي بيانه لاحقاً، كما لا يصلحان للنوع الثاني وهو أهلية الأداء، لذلك نورد التعريف الذي أورده علماء أصول الفقه الإسلامي وهو: "عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وصدور الأفعال منه والأقوال على وجه يعتد به شرعاً"³.

ب-تعريف الأهلية عند فقهاء القانون:

ولفقهاء القانون أيضاً تعريفات للأهلية، نكتفي ببعض منها فقط لفقهاء الدول المغاربية، منها: "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وممارسة التصرفات القانونية"⁴. وهذا التعريف أقرب إلى تعريف كمال شرف الدين والذي عرفها بأنها: "قدرة الشخص على تحمل الالتزامات وعلى اكتساب الحقوق وممارستها"⁵.

¹ الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1983، ص 40.

² محمد أبو زهرة، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، س 1977، ص 261.

³ مصطفى الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 2000، ص 69. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 237. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دمشق، ص 29.

⁴ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون -النظرية العامة للحق-، دار هومة، الجزائر، د ط، س 2014، ص 125.

⁵ محمد كمال شرف الدين، قانون مدني -النظرية العامة-الأشخاص-، المطبعة الرسمية الجمهورية التونسية، تونس، ط 1، س 2000، ص 210.

فاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات على الشخص قد يكون بغير إرادة منه ورغبة، كحقوق الإرث، وهناك من الصلاحيات لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات يكون عن طريق الإرادة كسائر المعاوزات، وهذا التعريف هو ما يجمع نوعي الأهلية والذي سيأتي بيانهما.

وعليه فيمكن تعريف الأهلية بشكل عام عند فقهاء القانون بأنها: "قدرة الإنسان على الإلزام والالتزام وعلى مباشرتها شخصياً بما يترتب من تصرفه من حقوق وواجبات"¹. وكل هذه التعريفات وإن اختلفت من ناحية اللفظ إلا أنها متقاربة من حيث المعنى، علماً أن الأصل في الشخص هو الأهلية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

3-تعريف الأهلية في التشريعات المغربية

أما عن تعريف الأهلية في التشريعات المغربية فلم يتم الوقوف على تعريف لها، لأنه في الأصل يتم ترك أمر التعريفات للفقهاء، لكن التشريعات المغربية تطرقت لتعريف كامل الأهلية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 40 ق م ج، بقوله: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المغربي في نص المادة 210 م أ م²، بقوله: "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته"، فلا يكفي بلوغ سن الرشد لاكتمال أهلية الشخص، بل لا بد أن يكون متمتع بالقوى العقلية لمباشرة التصرفات وتحمل الالتزامات.

هذا وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، أي أنها ملزمة فلا يجوز التعديل فيها، أو الاتفاق على ما يخالفها بالتنازل عنها أو توسيعها أو التقييد منها، كما لا يجوز أيضاً أن يمنح

¹ علي الكحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، س 2014، ص 156. محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات 1-العقد، دون ناشر، تونس، ط 2، س 1997، ص 87.

² ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418.

شخصاً أهلية غير متوافرة عنده، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها، كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها، وكل اتفاق على شيء يخالف ذلك يكون باطلاً¹.

وهو ما تم النص عليه ضمن التشريعات المغاربية، حيث اعتبرت أن الأهلية وأحكامها تتعلق بالنظام العام، إذ ورد في أحكام نص المادة 46 من القانون المدني الجزائري² أنه: "... ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التغيير من أحكامها، فكل اتفاق على التعديل أو التنازل عن الأهلية يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً"، وهو ما نص عليه أيضاً المشرع الليبي في نص المادة 48 من القانون المدني³. وعليه فلا يجوز بأي حال من الأحوال أن يتم التنازل عن الأهلية أو الاتفاق على تعديلها، أو الاتفاق على منح شخص أهلية لا يتمتع بها بحكم القانون أو حرمانه من أهلية يخولها له القانون وهو ما أشار إليه المشرع المغربي في أحكام الفقرة الثانية من نص الفصل 3 م 3 ع م⁴ بقوله: "كل شخص أهل للالتزام والالتزام مالم يصرح قانون أحواله بغير ذلك" والمشرع التونسي في الفصل 3 م 3 ع م⁵ بقوله: "كل شخص أهل للالتزام والالتزام مالم يصرح القانون بخلافه".

وبعد تناول التعريفات المختلفة للأهلية سواء أكانت للأصوليين أو لفقهاء الشريعة والقانون، يلاحظ أنه ولئن اختلفت وتنوعت ألفاظها إلا أنها تتفق في مدلولها، والذي يتمحور حول: "صلاحية الشخص لما يجب عليه من الحقوق وما يحق له من الواجبات، وهذا كله بعد توفر جملة من الشروط في المكلف لصحة ثبوت الواجبات عليه والحقوق له".

¹ عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام -، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س، ص 271-272.

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ حيث تنص المادة 48 من القانون المدني الليبي: "حماية الأهلية ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها". القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 1953/11/28.

⁴ ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي.

⁵ أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906 المتضمن إصدار مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

ثانياً-أنواع الأهلية:

تمر أهلية الإنسان بعدة مراحل وذلك بحسب نموه الجسمي والعقلي وخلوه من الآفات الجسمية والعقلية، وعلى هذا يتم التطرق إلى أنواع الأهلية بمعناها العام والشامل. وتنقسم الأهلية إلى نوعين اثنين وذلك عند علماء الأصول¹ وفقهاء الشريعة الإسلامية والقانون وفي التشريعات المغاربية أيضاً، ومن نوعي الأهلية من يثبت بمقتضى الإنسانية، ومنها ما يثبت بمقتضى التمييز والعقل، وهذين النوعين هما أهلية الوجوب (Capacité de jouissance) وأهلية الأداء (Capacité d'exercice)² علماً أننا عندما نطلق مصطلح الأهلية فإن المعنى المقصود بها ينصرف مباشرة إلى أهلية الأداء³. وسيتم إيضاح ضمن هذا الفرع لحقيقة كل نوع من هذين النوعين.

1-أهلية الوجوب:

تعد أهلية الوجوب النوع الأول للأهلية، وللتعرف أكثر على هذا النوع لا بد من تناول تعريفها ومناطقها وأقسامها. أ-تعريف أهلية الوجوب:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين الأسرة المغاربية أهلية الوجوب بعدة تعريفات، يكتفى ضمن هذه الجزئية بذكر بعضها.

إذ عرف بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين أهلية الوجوب بأنها: "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام"⁴. والمراد بالإلزام ثبوت الحقوق له، وذلك كانتقال الملكية له فيما يشتره أو يقترضه ووجوب نفقته على غيره، إذا كان صغيراً أو عاجزاً، والمراد بالالتزام ثبوت الحقوق عليه وذلك كالتزامه بأداء ثمن البيع الذي اشتراه.

¹ السرخسي، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1993، ج 2، ص 332. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 237.

² نصت مدونة الأسرة المغربية ضمن المادة 206: "الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء".

³ عبد الزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 266.

⁴ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 785.

كما يرى الإمام محمد أبو زهرة بأنه يقصد بأهلية الوجوب هو أهلية الشخص لأن تثبت له الحقوق المشروعة وعليه فقط، وذلك من غير أن يكون هذا الشخص أهلاً لأن ينشأ حقوقاً ويلتزمها¹. ومجمل القول إن أهلية الوجوب عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي: "صلاحية الإنسان لأن تثبت الحقوق له أو عليه"². ويمكن إضافة قيد للتعريف وهو من غير أن يكون هذا الشخص أهلاً للقيام بالتصرفات والمعاملات.

وعليه فإن كل أهلية يطلبها الشارع في الشخص لأجل نشوء حق له أو ترتب عليه التزام، من دون أن يكون هذا الشخص أهلاً للقيام بالتصرفات والمعاملات بينه وبين الغير فإن هذه الأهلية تعد أهلية وجوب.

أما عند فقهاء القانون فأهلية الوجوب عندهم تُعرف بـ "الشخصية القانونية"، وقد عرفها بعضهم بأنها: "صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يفرضها القانون"³، فينظر إذن لأهلية الوجوب من الناحية القانونية إلى صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، وعليه فإن كل شخص في القانون تثبت لديه أهلية الوجوب⁴، والذي يظهر أن تعريف فقهاء القانون لا يختلف في جوهره عن تعريف الأصوليين وفقهاء الشريعة الإسلامية.

وتتصل أهلية الوجوب بالشخصية القانونية، إذ أنها تثبت بثبوت الشخصية القانونية وتنقص بنقصانها، كما وتكتمل باكتمالها وتنعدم بانعدامها، وذلك كالجنين الذي يولد ميتاً فإن أهلية الوجوب لديه تنعدم بوفاته وهكذا.

وهو ما ذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري، حيث يرى أن أهلية الوجوب هي نفسها ذات الشخص منظوراً إليها من الناحية القانونية، فالشخص سواءً أكان طبيعياً أو معنوياً إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات أو التزامات، فإن فقد هذه الميزة فهو ليس بشخص في القانون، وعلى هذا الأساس فإن كل إنسان يملك أهلية الوجوب،

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 261.

² مصطفى الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، ص 69. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 163.

³ محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، د ط، س 2004، ص 118.

⁴ عبد الزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 266. محمد الزين، المرجع السابق، ص 81.

وذلك لكونه إنسان أو شخص. وعليه فتثبت للشخص أهلية الوجوب من وقت الميلاد، بل في بعض الأحيان ابتداءً من المرحلة الجنينية إلى غاية الوفاة، حيث تنتهي هذه الأهلية¹.

أما عن تعريف قوانين الأسرة المغاربية للأهلية فلم تختلف عن تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، حيث تم الوقوف على تعريف المشرع المغربي للأهلية، وذلك ضمن مدونة الأسرة في أحكام نص المادة 207 منه، وذلك بأنها: "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها". وإذا كانت أهلية الوجوب ملازمة للإنسان طول فترة حياته كما سبق ذكره، فلا يمكن عندئذ حرمانه منها لأنها تعد من النظام العام.

ب-مناط أهلية الوجوب:

إن مناط أهلية الوجوب في الشريعة الإسلامية والقانون هي الصفة الإنسانية، ولا يتعلق الأمر بالسن أو الجنس أو العقل أو الرشد، فهي تلازم شخصية الإنسان منذ الولادة بل وقبلها أيضاً، فكل إنسان مهما كانت صفته سواء أكان جينياً أم مولوداً، صبياً أم بالغاً، ذكراً أم أنثى، رشيداً أم غير رشيد، عاقلاً أم مجنوناً، فيعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب، فهي لا تتأثر بأي عارض مهما كان ما عدا الموت، وعليه فلا يوجد إنسان عديم أهلية الوجوب، لأن أساسها هي الصفة الإنسانية².

في حين يرى بعض علماء أصول الفقه الإسلامي أن مبنى أهلية الوجوب هي الذمة، وعليه فلا تثبت أهلية الوجوب إلا بعد وجود ذمة صالحة، لأن الذمة هي محل الوجوب، ولهذا اختص الإنسان بها دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة صالحة، وفي هذا يقول علاء الدين البخاري صاحب كشف الأسرار: "أما أهلية الوجوب فبناء على قيام الذمة، وأن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب بإجماع الفقهاء رحمهم الله"³.

¹ عبد الزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 266.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 783. مصطفى الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، ص 69.

محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 262.

³ البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 237. السرخسي، أصول السرخسي، ج 2، ص 333.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن أهلية الوجوب هي الذمة نفسها، ولكن هذا الرأي لم يؤيده جمهور الأصوليين، وحجتهم في ذلك أن أهلية الوجوب هي الصلاحية لوجوب الحقوق المشروعة للشخص له أو عليه، وأما الذمة فهي محل هذه الحقوق، فالأهلية تعتمد على الذمة وتستند عليها، ولكن العكس غير صحيح، أي أن الذمة لازمة لأهلية الوجوب¹، وعكس ذلك غير صحيح.

وقد عرف علماء أصول الفقه الإسلامي الذمة بأنها: "وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه"². والذمة تثبت لكل إنسان، أي أن أساسها الصفة الإنسانية، وتبدأ من تكوين الإنسان جنيناً في بطن أمه، وتثبت في جميع أطوار الحياة إلى غاية الموت³.

في حين عرف فقهاء القانون الذمة بتعريف آخر مختلف تماماً عما عرفها به علماء أصول الفقه الإسلامي وفقهاء الشريعة الإسلامية، حيث عرفوها بأنها: "مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات"⁴. ففي القانون كل شخص يتمتع بشخصية قانونية يملك ذمة مالية، فيملكها كل شخص عندئذ، ولا يمكن تصور وجود أي شخص بدون ذمة مالية.

وقد عرف رجال القانون الذمة المالية أيضاً بأنها "مجموع حقوق الشخص وأمواله وديونه والتزاماته"، فتعد غلاف لصيق بالشخص توجد دائماً بوجوده، لا تتجزأ كما لا تنتقل من شخص لآخر، وتنتهي بالوفاة⁵.

ويتضح من خلال تعريف فقهاء القانون أن الذمة متعلقة بالأساس بالمال، وتقوم على هذا المفهوم المادي البحت، وتتصور في هذا الإطار، وذلك بما للشخص من حقوق مادية وما عليه من التزامات مادية، كما وتعتبر الذمة هي إحدى خصائص الشخصية القانونية.

¹ عبد الكريم شهون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 3، س 2000، ج 2، ص 8.

² التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة الصبيح، مصر، د ط، د س، ج 2، ص 221.

³ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 163.

⁴ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 164.

⁵ كريستال مورال، موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، د ط، س 2009، ص 109.

وقد اعتبر الفقيه وهبة الزحيلي أن تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء أصول الفقه الإسلامي أدق من تعريفات فقهاء القانون لأن الذمة ليست فكرة متصورة بالمال، وإنما تتصور بصورة محل مقدر في الشخص تثبت فيه الديون¹.

فالذمة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي أمر تقديري اعتباري، وجدت لتكون محلاً لثبوت الديون والالتزامات، فهي أمر تقديري في نظر الشرع والقانون، وليس أمر محسوس، فملكية الأشياء القابلة للتملك ليس شيء محسوس وموجود حقيقة، وإنما هو شيء مقدر في ذمة الشخص، وعلى هذا فرض أكثر الفقهاء الذمة وجعلوها لتكون محلاً للحقوق، المشروعة التي تجب على الشخص وعليه، إذ من غير الممكن جعل العقل محلاً للحقوق لأنها تثبت للصبي والمجنون أيضاً وهؤلاء لا عقل لهم، فلم يبق إلا أن نفرض أمراً يناط بالإنسانية نفسه، فكانت الذمة هي ذلك الشيء الذي أنيط به².

وإذا اعتبرنا أن مناط أهلية الوجوب هي الذمة، كما يرى علماء الأصول وفقهاء الشريعة الإسلامية، والتي هي تثبت لكل إنسان أو يحمل الصفة الإنسانية، فإنها عندئذ تتأثر بما يؤثر في الصفة الإنسانية ويعدمها، والذي يعدمها الموت.

وقد ذهب فقهاء القانون خلافاً لفقهاء الشريعة الإسلامية إلى إثبات أهلية الوجوب لجهات خاصة، كجهات بيت المال وجهة الأعباس والمدارس، حيث أثبتوا لها قبل ذلك الشخصية المعنوية، وهو ما لم يقل به فقهاء الشريعة الإسلامية، ويرى الفقيه محمد أبو زهرة رجاحة رأي فقهاء القانون، وذلك بالنظر لكون هذه الجهات تثبت لها الحقوق وتحمل الواجبات والالتزامات، فلا مانع عندئذ من فرض لها شخصية معنوية كما فعل فقهاء القانون، كما وتقدر لها أهلية الوجوب مادامت هذه الجهات لديها الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات، ولا مانع أيضاً من إثبات لها ذمة مع أهلية الوجوب، وذلك كما هو الحال بالنسبة للإنسان³. وعليه فإن الذمة تثبت للشخص

¹ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 164.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 262-263.

³ محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 263-264-265.

الطبيعي كالإنسان، كما وتثبت أيضاً للشخصية المعنوية مادامت هذه الشخصية لها الصلاحية لثبوت الحقوق وتحمل الالتزامات كما قال علماء أصول الفقه الإسلامي.

وخلاصة لما سبق ذكره فإنه يمكن القول إن مناط أهلية الوجوب سواء أكانت الصفة الإنسانية أو الذمة فإنه لا ثمرة تجنى من هذا الخلاف، مادامت الذمة تثبت لكل إنسان وفي جميع أطوار الحياة.

ج- أقسام أهلية الوجوب:

تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين، وهذا راجع للمرحلة العمرية التي يمر بها الإنسان وهذين القسمين هما، أهلية الوجوب الناقصة وأهلية الوجوب الكاملة، وهو ما سيتم بيانه في الآتي:

- أهلية الوجوب الناقصة:

لقد عرف الفقهاء أهلية الوجوب الناقصة بأنها: "صلاحية الإنسان لثبوت بعض الحقوق له فقط، وليس أهل لترتب الالتزامات"¹. أي أن هناك شخص له القابلية لاكتساب بعض الحقوق كثبوت الملكية، وليست عليه واجبات كتنفيذ العقود، وضمان المتلفات وما إلى ذلك.

وعلى الرغم من عدم وجود شخص عديم أهلية الوجوب كما سبق ذكره، إلا أنه يمكن أن تكون هذه الأهلية ناقصة، وذلك في حالة وحيدة، وهي وجود الجنين في بطن أمه، وقد اعتبرت هذه الأهلية ناقصة لسببين اثنين، أولهما لأن الجنين في هذه الحالة يحتل الحياة، كما أنه يحتل أيضاً أن يولد ميتاً، فيكون عندئذ في حكم العدم، ولا يثبت له شيئاً من الحقوق، وقد يولد حياً فتثبت له حقوق الإنسان، لكن مع هذا الاحتمال لا يصلح أن يكون محلاً لثبوت جميع الحقوق، أما عن السبب الثاني الذي يجعل أهلية الوجوب ناقصة، هو أن الجنين يعد موجوداً في بطن أمه ويعتبر جزء منها، لكن مع هذا فإن الجنين له القابلية والاستعداد للانفصال كاملاً عن أمه وتكون له عندئذ شخصية مستقلة عنها². فلسبب تساوي احتمالية حياة الجنين ووفاته قبل الولادة، ولسبب كونه جزء من أمه وهو في بطنها، فإنه يعتبر ناقص أهلية الوجوب.

¹ محمد أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، د ط، د س، ص 329.

² محمد أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، ص 331. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 265.

فأهلية الوجوب الناقصة تثبت للجنين أو الحمل في بطن أمه، وتبدأ من وقت الحمل حيث يكون الجنين في هذه المرحلة أهلاً لاكتساب بعض الحقوق وذلك كالإرث والوصية¹، وهذا خلافاً للقاعدة العامة والتي تقضي بأن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، إلا أن الشريعة الإسلامية والقانون منحنا الجنين في بطن أمه بعض الحقوق، ومنها الإرث والوصية والهبة²، وذلك بشرط أن يولد حياً، في حين لا يجب عليه شيئاً منها للغير. وهو ما ورد ضمن أحكام نص المادة 25 ق م ج، ونصها: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً".

وقد اعترض بعض الفقهاء على عبارة: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً" والواردة في الفقرة الأولى من نص المادة السالفة الذكر، واعتبروا أن شخصية الإنسان تبدأ من وقت الحمل، ذلك أن المرحلة الجنينية يتمتع فيها الإنسان بصلاحيات اكتساب الحقوق المدنية، وهذا طبقاً للفقرة الثانية من نص المادة 25 ق م ج، وعليه فتكون للجنين ضمن هذه المرحلة شخصية قانونية، لكنها احتمالية، وترتيباً على كل هذا تم اقتراح تعديل صياغة الفقرة الأولى من نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر واستبدال كلمة "تبدأ" بكلمة "تثبت" حيث تصبح صياغة هذه الفقرة كالتالي: "تثبت شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً..."³.

وعليه فإن الشخصية القانونية للإنسان وفق هذا الرأي لا تبدأ بتمام الولادة حياً، وإنما تثبت نهائياً بتمام هذه الولادة، وهو التفسير الذي يجب أن تفسر به أحكام المادة 25 ق م ج، لأن الجنين كانت له قبل الولادة شخصية احتمالية ثم تثبت وتأكدت هذه الشخصية بعد الولادة حياً فأصبحت شخصية يقينية مؤكدة بتمام الولادة حياً.

¹ محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 265-266.

² الإرث والوصية حقان للجنين لا يحتاجان إلى قبول منه، أما بالنسبة للحق في الهبة فهو يشترط القبول ممن صدرت لصالحه، واشتراط صدور القبول إنما يصدر ممن له ولاية على مال الجنين.

³ إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، عدد 4، ديسمبر 1987، ص 960-969. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 265-266.

فالشخصية الاحتمالية التي تثبت للجنين تبقى معلقة على شرط واقف وهو تمام ولادته حياً، بحيث إذا تحقق هذا الشرط تأكدت هذه الشخصية وتثبت له نهائياً وبصفة يقينية ومؤكدة، وتثبت له بعض الحقوق، وعليه فإن ولادة الجنين حياً تؤكد شخصيته القانونية ولا تنشئها، أما إذا تخلف هذا الشرط فإن هذه الشخصية تعتبر كأن لم تكن، والحقوق التي كانت قد تقررت له تنزل بأثر رجعي، ويعتبر الجنين كأنه لم يكتسب شيئاً منها على الإطلاق¹.

مع العلم أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين سبقوا فقهاء القانون إلى هذا القول، حيث اعتبروا أن الحمل تتعلق به العديد من الأحكام الفقهية، وهي كثيرة وثابتة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنها عزل نصيبه في الميراث، وصحة الوصية له، ووجوب الغرة بقتله... الخ، وقالوا إلى أنه إذا ولد حياً فإن جميع تلك الحقوق تثبت له يقيناً، أما إذا تبين أنه لم يكن حاملاً أو خرج ميتاً فإنه لا يثبت له أي من الحقوق السابقة².

هذا وإن دل على شيء فإنه يدل على أن فقهاء القانون الذين قالوا بالشخصية الاحتمالية للجنين إنما أخذوها من أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين.

وقد قضى أيضاً المجلس الأعلى للقضاء بأن الجنين ببعض الحقوق وهو في بطن أمه، وذلك كالحق في التعويض، ولكن يشترط في ذلك أن يتم ولادته حياً، لأنه إذا ولد ميتاً لم يثبت له أي من هذه الحقوق، إذ جاء في مبدأ القرار رقم 35511 بتاريخ 10 أكتوبر 1984³ بأنه: "من المقرر قانوناً أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب خاضعاً هو الآخر لشرط الولادة حياً. ومتى تحقق ذلك الشرط وثبت في الدعوى دون أن يحضى من طرف القضاء بالاعتراف في استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حيث رفضه الطلب قضائه بصرف الأم لما تراه مناسباً يكون قد أنكر حقاً مكتسباً أقره القانون ومن ثمة أخطأ في التطبيق مما

¹ إبراهيم أبو النجا، نفس المرجع، ص 961-962.

² ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س، ص 178.

³ قرار المجلس الأعلى للقضاء، الغرفة المدنية، ملف رقم 35511، الصادر بتاريخ 10/10/1984، المجلة القضائية، قسم الوثائق، س 1989، عدد 1، ص 53.

يستوجب النقص". فالمجلس الأعلى قضى باستحقاق الجنين للتعويض بشرط ولادته حياً، فله أهلية الوجوب لكن ناقصة لغاية ولادته حياً.

-أهلية الوجوب الكاملة:

لقد عرف الفقهاء المعاصرين أهلية الوجوب الكاملة بأنها: "صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له وأهل لترتب الالتزامات المالية عليه أيضاً، وذلك كالصغير الغير مميز والمجنون"¹. فللشخص كامل أهلية الوجوب القابلية والجدارة لأن تجب له جميع الحقوق، كالحق في الميراث والنفقة، كما وتجب عليه الواجبات والالتزامات من جهة ثانية، وذلك كالانفاق من ماله على من تجب عليه نفقتهم في حال كان له مال يؤدي ذلك.

كما تكون ذمة كامل أهلية الوجوب في هذه المرحلة صالحة للالتزام بالتصرفات التي يقوم بها الأولياء المالية، وتكون جائزة بحكم الشرع وبحكم القانون، ويتقيدون بهذه التصرفات إذا بلغوا راشدين، ولا يسعهم أن يتخلوا عن أحكامهم، فإن رشدوا قبل الوفاة بأحكام هذه الالتزامات وجب عليهم أن يوفوا بهذه الالتزامات، كما أن القاصر يضمن ما أتلفه في هذه المرحلة فيلزمه ضمان ما أتلفه من الأموال لأن ذمته صالحة لوجوب كل ما هو مالي مادام ليس من قبيل العبادة².

وأهلية الوجوب الكاملة تبدأ بميلاد الشخص حياً، أي أنها تثبت له أهلية وجوب مالية كاملة من يوم ولادته حياً وتبقى ملازمة له طول حياته في طفولته وفي سن تمييزه وبعد بلوغه سن الرشد، كما أنها لا علاقة لها بالسن والعقل والرشد³. وعليه فإن للصغير غير المميز والمجنون أهلية وجوب كاملة على هذا الأساس.

¹ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 785. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، مصر، د ط، د س، ص 137. محمد مصطفى شلي، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط 10، س 1985، ص 492.

² محمد أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، ص 331-332.

³ محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 330-331.

وقد نص المشرع الليبي على ذلك في المادة الأولى من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، حيث جاء فيها: "يتمتع الشخص منذ ولادته حياً بأهلية وجوب كاملة. وتكون للحمل المستكن - بشرط ولادته حياً- أهلية وجوب محددة بالشروط التي يقرها القانون"¹.

واعتبر بعض الفقهاء ومنهم الشيخ عبد الوهاب خلاف أن أهلية الوجوب تنتهي بالوفاة، في حين قال البعض الآخر أن للميت أهلية وجوب كاملة بعد موته، أي أنها تدوم لما بعد الموت، وحجتهم في ذلك أن الشخص إذا مات دائماً فإن هذه الحقوق تكون على مدينه أو إذا مات مديناً فإن هذه الحقوق لدائنيه، ورد مخالفهم الذين اعتبروا أن أهلية الوجوب تنتهي بالموت أن الموت يقضي على خاصية الإنسان، أما بخصوص مطالبة مدينه بما على ورثته من الديون فذلك لأنها صارت حقاً للورثة، حيث أنهم يخلفون مورثهم فيما كان له وما كان عليه في حدود ما تركه². وهذا هو القول الراجح في المسألة، وعليه فشخصية الإنسان تنتهي بالوفاة.

2- أهلية الأداء:

بعد أن تم تناول حقيقة أهلية الوجوب باعتبارها النوع الأول للأهلية، فإن هناك نوع ثان من أنواع الأهلية وهو ما يعرف بأهلية الأداء، وضمن هذه الجزئية سيتم تعريفها وتحديد مناطها وأنواعها.

أ- تعريف أهلية الأداء

لأهلية الأداء عدة تعريفات ذكرها الفقهاء ونصت عليها بعض التشريعات المغربية، لذا سيتم التطرق لبعض هذه التعريفات ضمن هذه الجزئية.

¹ قانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، المصدر الجريدة الرسمية العدد 36 السنة الثلاثون.

² عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 136-137.

حيث عرف التفتازاني وهو من علماء أصول الفقه الحنفية أهلية الأداء بأنها: "صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً"¹. كما عرفها الفقيه محمد أبو زهرة بأنها: "صلاحية الشخص للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له والتصرف فيها"².

فقابلية الشخص لصدور الأفعال منه وتحمل آثارها يجعل منه صالح للتعاقد بنفسه، لكن يلاحظ أن التعريف اقتصر على الصلاحية لصدور الأفعال فقط لا الأقوال، وذلك لأن أهلية الأداء تشملهما، علماً أنه عندما نطلق مصطلح الأهلية بشكل عام دون تحديد أي نوع من أنواع الأهلية فإنه يقصد بها أهلية الأداء.

وقد عرف بعض فقهاء القانون أهلية الأداء بأنها: "المقدرة على استعمال الحقوق المشروعة"³، وهذا التعريف في نظري يعتبر ناقص لأنه غير مانع من دخول غيره فيه، لكون أهلية الأداء ترتبط وتتعلق بذات الشخص في الصلاحية للقيام بالأعمال المشروعة وحسابه لا لحساب غيره، وإلا لتضمن التعريف معنى الولاية، لذلك كان لا بد من وضع هذا الضابط.

لذا فقد تم تعريف أهلية الأداء عند فقهاء القانون بتعريف مغاير وهي أنها: "صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية التي تنتج آثارها في حقه هو"⁴. فبالنسبة مثلاً لمن له حق الشراء والهبة فتتمثل أهلية الأداء لديه في صلاحيته للتعاقد بنفسه، وذلك لنيل الأثر القانوني الذي ينشده بدون واسطة، فيصبح بائعاً أو واهباً، أما فاقد الأهلية أو ناقصها فلا يجوز له ممارسة ذلك الحق، إلا بطريق نيابة وليه أو وصيه أو المقدم عليه، أو بترخيص منه، وذلك بحسب الحالات، ويسمى هذا الشخص محجوراً⁵. فأهلية الأداء تتعلق بذات الشخص الذي يصلح لها.

أما عن تعريف أهلية الأداء في التشريعات المغاربية، فقد عرفها المشرع المغربي في نص المادة 208 م أ م، حيث جاء فيها: "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية

¹ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج 2، ص 231.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 261-262.

³ محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط 2، ص 2003، ص 64.

⁴ محمد الشرفي وعلي المرغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، د ط، ص 1995، ص 167.

⁵ محمد الزين، المرجع السابق، ص 88.

والمالية ونفاذ تصرفاته..."، فلم يختلف هذا التعريف كثيراً عن تعريفات الفقهاء، فيما لم يتم الوقوف على تعريفات ضمن باقي التشريعات المغربية.

ومن كل ما سبق ذكره يتضح أن محور أهلية الأداء يتركز في صلاحية الشخص لإجراء التصرفات القانونية المتعلقة بالتزام أو حق قانوني، والذي بطبيعة الحال ينتج آثاره القانونية عليه.

علماً أن أهلية الأداء تستوجب وجود أهلية الوجوب، بل لا تثبت أصلاً من غير أهلية الوجوب، لأنها من لوازمها، فلا يمكن أن يكون الشخص الطبيعي صالحاً للمعاملة وإنشاء أسباب الالتزامات والحقوق مالم تثبت له الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة له أو عليه، فأهلية الأداء تتضمن أهلية الوجوب، فلا تثبت أهلية الأداء من غير أن تثبت أهلية الوجوب¹.

ويرى الفقيه محمد أبو زهرة أن أهلية الأداء هي أهلية المعاملة، أي أن يكون الشخص صالحاً لاكتساب الحقوق بتصرفاته القولية، وإنشاء الحقوق لغيره بهذه التصرفات، وأن كل من كانت عبارته صالحة لأن تكون سبباً لثبوت الحقوق له وعليه فإن لديه أهلية أداء، وكل من لم تكن عبارته كذلك يكون فاقداً أهلية الأداء²، ومثاله كالقاصر غير المميز والمجنون... إلخ.

وخلاصة القول إن أهلية الأداء تتضمن أهلية الوجوب، فلا تثبت أهلية الأداء لشخص مالم تثبت له أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب من لوازم أهلية الأداء، وعليه فلا يكون أي شخص صالحاً للمعاملة إلا إذا ثبتت له الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة له أو عليه.

ب-مناط أهلية الأداء:

إن أساس ثبوت أهلية الأداء هو العقل والتمييز، فالشخص كامل العقل والتمييز تكتمل لديه أهلية الأداء، والشخص ناقص العقل أو التمييز تكون لديه أهلية أداء ناقصة، كما تنعدم أهلية الأداء عند انعدامها³. إذ لا يمكن أن تكون لدى الشخص منعدم العقل إرادة تخول له التصرف

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 262.

² محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 269.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 8.

القانوني المسؤول والنتائج عن رضى صحيح، وهو ما يفهم منه أن كل ما يؤثر في العقل أو التمييز فإنه يعود بالتأثير على أهلية الأداء، وذلك كالجنون¹.

وأن أهلية الأداء لا تتوفر في القاصر غير المميز، وإنما في القاصر المميز، لأن لديه القدرة على الفهم والقيام ببعض الأعباء، وعلى فهم خطاب الشارع الحكيم، وغير المميز عباراته تعد ساقطة لا تصلح سبباً لإنشاء الحقوق له أو لغيره، ذلك أن العبارة التي تنشأ بها التصرفات الشرعية هي العبارات المقصود معناها، والتي يفهم قائلها المراد منها في عرف الناس، كما يفهم الأثر الشرعي لها في الجملة لا على وجه التفصيل، فيفهم أن البيع يقتضي خروج المبيع من ملك البائع ويدخل في ملك المشتري، والذي فقد التمييز لا يتم هذا القصد في عباراته².

وعليه فإن أهلية الأداء مرتبطة بالعقل والتمييز، وهما اللذان يجعلان من الشخص واعياً بتصرفه والآثار المترتبة عليه، ولذا فإن أهلية الأداء تدور وجوداً وعدمياً مع العقل والتمييز، فإذا وجدا وجدت، وإذا انعدما انعدمت.

ج-أنواع أهلية الأداء:

إن أهلية الأداء تنقسم إلى نوعين اثنين وهما أهلية الأداء الكاملة، وأهلية الأداء الناقصة³، وهذا التقسيم سببه أو مرجعه العقل أو نقصانه.

-أهلية الأداء الكاملة: أو أهلية التصرف الكاملة، وهي تثبت لكل بالغ عاقل مكلف رشيد، بشرط أنه لم يحجر عليه لأي سبب من الأسباب، وعليه فإن من توفرت فيه هذه الشروط كان حراً في التصرف في أمواله بالطرق الشرعية، وليس ثمة ما يمنعه من التصرف في أمواله، إلا حق الغير في الاستمتاع بحريته وحقوقه كاملة، وقد منحت أهلية الأداء كاملة لهذا الشخص لأن العقل والرشد

¹ ومما يؤثر في العقل هو الجنون وهو آفة أو مرض يصيب العقل فتجعل ممن يصاب بها غير قادر على التمييز الذي هو أساس التكليف ومناطه، وقد ورد عن الرسول (ص) أنه قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل". أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، حديث رقم 4403، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 4، ص 141.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 269.

³ السرخسي، أصول السرخسي، ج 2، ص 332.

يعدان كافيان لجعل هذا الشخص يتصرف عن مصلحة، وهذا راجع لكامل أهليته الشرعية والقانونية¹.

وقد اعتبرت التشريعات المغاربية أن بلوغ الشخص سن الرشد واكتمال العقل يجعلان من الشخص كامل أهلية الأداء، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 ق م ج، والمشرع المغربي في نص المادة 210 م أ م، حيث نصت على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد، ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته"، فلا بد من توفر شرط بلوغ سن الرشد القانوني والمحدد بثماني عشرة سنة كاملة، وعدم فقدان الأهلية أو نقصانها بسبب من أسبابها كالجنون أو الصغر أو السفه.

- **أهلية الأداء الناقصة:** أو أهلية التصرف الناقصة، وهي تثبت لكل من توافرت لديه أصل التمييز إلا إنه لم يكن لديه كمال العقل، وهذا إما لعدم بلوغه السن التي جعل بلوغها إمارة لكامل العقل وهو الصبي المميز، وإما لنقص بين ظاهر في العقل مع وجود أصل التمييز، كما هو الحال في المعتوه، وإما أن ذلك راجع لبلوغ سن الرشد لكن في تصرفه ما يدل على نقصان تدبيره المالي، وهو السفه وذو الغفلة، فهؤلاء جميعهم يعدون ناقصو الأهلية الأداء، لأن عندهم أصل التمييز، ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير².

والأصل في الشخص دوماً كمال أهليته، ولا يكون فقدانها إلا استثناءً لهذا الأصل، وهو ما نصت عليه التشريعات المغاربية، حيث يفهم ذلك من نص المادة 40 ق م ج، والمادة 210 م أ م، وهو ما نص عليه المشرع التونسي ضمن الفصل 3 م ا ع ت، والمادة 44 من القانون المدني الليبي.

الفرع الثاني: ماهة الرشد

يعتبر الرشد شرط لصحة التصرفات المالية بشكل عام، وهو ما يستلزم التطرق لماهيته، وضمن هذا الفرع سيتم تعريف الرشد، وتحديد سن الرشد في الفقه والتشريعات المغاربية.

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 270.

² محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 270.

أولاً-تعريف الرشد:

لإعطاء تعريف شامل لمصطلح الرشد لا بد من التطرق إلى معناه اللغوي والاصطلاحي، وهو ما سيتم بيانه ضمن هذه الجزئية.

1-تعريف الرشد لغة:

الرُّشْد والرَّشْد والرَّشَاد، هو نقيض الغي. ونقول رشد الإنسان، بالفتح، يرشد رشداً، بالضم، ورشد، بالكسر، يرشد رشداً ورشاداً، فهو راشد ورشيد، وهو نقيض الضلال، إذا أصاب وجه الأمر والطريق. والرشد بالضم هو الاستقامة على طريق الحق مع تصلب فيه، وهو يستعمل في كل ما يمدد¹.

2-تعريف الرشد اصطلاحاً:

لقد اختلفت تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية لمعنى الرشد في الاصطلاح، والذي ورد في قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَتَّبِعُونَكَ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْبَعُوا إِلَيْهِمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾²، حيث كان لجمهور الفقهاء تعريف مختلف عن تعريف فقهاء الشافعية وعن مذهب بن حزم الظاهري، وذلك كالآتي:

أ-مذهب جمهور الفقهاء: عرف جمهور الفقهاء الرشد بأنه: "هو الصلاح في المال" فقط، فإذا كان الشخص يحسن الحفظ والتصرف في أمواله ويحسن تنميتها واستثمارها فإنه يعد رشيداً، وإلى هذا التعريف ذهب كل من فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة³. وبهذا القول أخذت مجلة الأحكام

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 3، ص 175. الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الناشر دار الهداية، د ط، د س، ج 8، ص 95.

² سورة النساء، آية رقم 6.

³ الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط 1، س 1315 هـ، ج 5، ص 191. الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط 2، س 1986، بيروت، لبنان، ج 7، ص 170. القراني، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، س 1994، ج 8، ص 230-231. ابن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار السلام، مصر، ط 1، س 1995، ج 4، ص 1926. ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 3، س 1997، ج 6، ص 607.

العدلية، وذلك في مادتها 947 حيث جاء فيها: "الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظه ماله ويتوقى من السرف والتبذير"¹. وهذا ينبني عليه إذا كان الشخص فاسقاً في دينه كأن كان لا يواظب على الصلاة فلا يتم الحجر عليه طبقاً لهذا التعريف.

ب-مذهب الشافعية: حيث عرف الشافعية الرشد بأنه: "الصلاح في الدين والمال"، فتم إضافة شرط ثان ليصبح الشخص رشيداً، ألا وهو الصلاح في الدين، ويفهم من هذا إذا اختل أحد الشرطين أستمر الحجر، وقد ذهب إلى هذا التعريف الشافعية²، وهو رواية أيضاً عن مالك³، وعليه فإذا لم يكن هذا الشخص عدلاً في دينه فإنه لا يعد رشيداً، وإن كان يحسن التصرف في أمواله، لأن الفسوق والفساد في الدين ينفي عن الشخص الثقة به في حفظ ماله، وعندئذ فإنه يحجر عليه لهذا السبب.

ج-مذهب بن حزم الظاهري: عرف الظاهرية الرشد بأنه: "الصلاح في الدين فقط"، فألغوا شرط اعتبار الصلاح وحسن التصرف في المال، وإلى هذا القول ذهب بن حزم الظاهري⁴. وهذا ينبني عليه إذا كان الشخص لا يحسن حفظ المال ولا التصرف فيه، ولكن صالح في دينه فإنه لا يحجر عليه.

والتعريف الراجح من هذه التعريفات، هو تعريف جمهور الفقهاء، إذ أن الرشد يتعلق بحسن استغلال الأموال وحسن تنميتها والقدرة على تدبر الأمور المالية، ولا علاقة له بالصلاح في الدين، لأن ذلك يتعلق بأمور العبادات لا المعاملات المالية، وقد ذهب إلى ذلك محمد أبو زهرة حيث عرف الرشد بأنه: "القدرة على تدبر الأمور المالية، واستغلال الأموال استغلالاً حسناً"⁵.

¹ لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ص 138.

² الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ب ط، س 1990، ج 3، ص 220. قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، س 1995، ج 2، ص 195 و 403.

³ النعالي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، س 1418 هـ، ج 2، ص 173.

⁴ ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 7، ص 149.

⁵ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 171.

ويتبين في الأخير أن الرشد هو كمال العقل وحسن التدبير في الأمور المالية، ولا علاقة لذلك بالصالح في الدين، لأن ذلك خاص بأمور العبادات وحسن المعاملة، وإلا لكان الحجر على الكافر أولى من الحجر على الفاسق، كما أنه قد يكون الشخص فاسقاً لكنه يحسن التصرف في ماله، وذلك هو أساس تسليم المال، هذا كله إذا لم يكن الفسق له أثر على حفظ المال، كشرب الخمر والقمار أو ما شابه ذلك، فإذا حصل ذلك فإنه في هذه الحالة لا يسلم إليه ماله، أما إذا كان يكذب ولا يحافظ على الصلاة وما إلى ذلك من سائر العبادات ولكنه يحافظ على ماله فلا مانع عندئذ من دفعه إليه، لأن المقصود من الحجر هو الحفاظ على المال فقط.

ثانياً-تحديد سن الرشد:

حدد الفقهاء والتشريعات المغاربية للرشد سناً، والتي اختلفت من مذهب لآخر ومن تشريع لتشريع، وهو ما سيتم بيانه.

1-تحديد سن الرشد في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إمكانية تحديد سن للرشد، وذلك بين من قام بتحديدده وبين من تركه، وهم في ذلك على قولين اثنين:

أ-القول الأول: وهو لجمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث لم يحددوا للرشد سناً معيناً، لأنه يختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأفراد، وقالوا إن الرشد لا يعرف إلا بالابتلاء وهو الاختبار، ويكون بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثالهم من تجارة أو نيابة، على أن يكون هذا الاختبار قبل البلوغ عند جمهور الفقهاء وبعد البلوغ في القول المشهور لفقهاء المالكية¹.

ب-القول الثاني: وهو لأبي حنيفة، فإذا كان جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لم يحددوا للرشد سناً كما هو الحال في البلوغ، فإن أبو حنيفة حدد سن خمسة وعشرين سنة كأقصى سن لبلوغ الرشد وفيها ينتهي الحجر وتكتمل الأهلية، ويرى أن تحديده لسن الرشد لم يكن تعييناً منه لسن

¹ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 9، ص 206. خليل، التوضيح شرح مختصر بن الحاجب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط 1، س 2008، ج 6، ص 226. الشافعي، الأم، ج 3، ص 220. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994، ج 2، ص 111.

الرشد في حد ذاته، بقدر ما الغاية ألا يتم الحجر على البالغ في حالة ما إذا أتم خمس وعشرين سنة كاملة، بل ولو كان مبذراً للمال ما دام عاقلًا¹.

والذي يترجح هو قول جمهور الفقهاء والقائل بعدم إمكانية تحديد للرشد سنًا معينًا، لعدم إمكانية ضبطه بسبب اختلاف الأفراد والأماكن والأزمنة، لكن هذا لا يعني من إمكانية تحديد سن قصوى تبين أن من بلغها أصبحت لديه القدرة في حالة اختباره من تسلم أمواله بسبب رشده، وهو ما حدده أبي حنيفة، في حين نجد أن الجمهور قد حددوا للبلوغ سنًا عوضاً عن الرشد، وهو ما سيأتي بيانه.

2-تحديد سن الرشد في قوانين الأسرة المغاربية:

خلافًا لقول جمهور الفقهاء فإن قوانين الأسرة المغاربية حددت للرشد سنًا، وهو ما نصت عليه في تشريعاتها، حيث حدد المشرع الجزائري سن الرشد المدني أو أهلية التصرف المالي بتسعة عشر سنة كاملة، وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري ضمن أحكام المادة 40 بقولها: "كل شخص بلغ سن الرشد...وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، أما المشرع المغربي فحدد السن القانوني للرشد ببلوغ ثماني عشرة سنة شمسية كاملة وهو ما نصت عليه المادة 209 م أ م.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع التونسي الذي حدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة كاملة، وهو ما نص عليه الفصل 159 م أ ش ت²، "وكل إنسان ذكراً كان أو أنثى تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون"، وهو أيضاً ما نص عليه الفصل 157 م أ ش ت، حيث جاء نصها: "إذا أتم الصغير المولى عليه الثمانية عشر عاماً كاملة ولم يسبق صدور الحكم بالتحجير عليه لسبب من الأسباب غير الصغر فإنه يصبح وجوباً رشيداً له كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وتكون جميع تصرفاته نافذة"، كما وحدد المشرع الموريتاني سن الرشد بثمانية عشرة سنة شمسية كاملة وهو ما نصت عليه الفصل 162 م أ ش م³، والتشريعات المغاربية التي

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 172.

² نقحت مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالقانون عدد 39 لسنة 2010 مؤرخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

³ قانون رقم: 052-2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

حددت سن الرشد بثمانى عشرة سنة هو اختيار فقهي من المذهب المالكي، والذي حدد سن البلوغ بثمانى عشرة سنة كاملة.

وعليه فإن كل إنسان بلغ سن الرشد القانونى فى التشريعات المغاربية فإنه يعد كامل الأهلية، ما لم يصدر حكم بالتحجير عليه بالأسباب الواردة فى القانون وهى: الجنون أو لضعف فى العقل أو بسبب السفه.

وقد وجه انتقاد لمعيار السن الذى نصت عليه التشريعات المغاربية، وذلك فى الحكم على الإنسان بأنه راشد أو غير راشد لمجرد بلوغ سن معين، وهذا المعيار هو معيار موضوعى.

وسب توجيه الانتقاد للمعيار الموضوعى لأنه معيار مادى جاف، إذ يكفى فقط للشخص أن يثبت أنه أتم سن الرشد ليعتبر أنه رشيد كامل الأهلية كيفما كانت حالته. فى حين أن المعيار الذى ذكره جمهور الفقهاء فى هذا الموضوع والذى هو المعيار الشخصى هو معيار مرن تراعى فيه كفاءة الإنسان، ومدى تقديره للمسؤوليات الناتجة عن المعاملات ومقدار تجربته ومخالطته للأشخاص لتحديد الرشد، الشىء الذى يميز الأشخاص بعضهم من بعض، حيث يمكن أن يحكم للشخص بأنه رشيد ولو لم يبلغ السن المنصوص عليه فى القانون، فى الوقت الذى يمكن أن يحكم على شخص آخر بأنه غير رشيد ولو تعدى السن المحدد فى القانون¹.

لكن لكل من المعيارين سلبياته وإيجابياته، فالمعيار الشخصى الذى تمسك وأخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية يحقق أكثر محافظة على حقوق الأفراد، كما ويعترف بأهمية الكفاءة والعلم المكتسب عن طريق التجربة والمخالطة، أما المعيار المادى الموضوعى فيرجح ليسر الاطلاع عليه وسهولة إثباته، كما وإنه يحقق مبدأ استقرار المعاملات.

ومن فوائد تحديد سن الرشد فى التشريعات، تسهيل التطبيق القضائى من طرف القضاة، إذ تسهل عليهم الرجوع إلى سن الرشد المحدد فى القانون للحكم فى المسائل محل الاختصاص، كما أن تحديد هذه السن تؤدي لاستقرار المعاملات المالية والعقارية بين المتعاملين.

¹ محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة فى الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 1، س 1994، ج 2، ص 200.

وقد أحسنت التشريعات المغاربية إذ مزجت بين المعيار المادي الموضوعي والمعيار الشخصي، إذ تم تخفيف صرامة وجفاف المعيار المادي، وذلك من خلال تخفيفه وجعله مرناً باختيار ما ورد ضمن الفقه الإسلامي من إمكانية ترشيد من لم يبلغ سن الرشد القانوني، إذا تبين حسن تصرفه بعد اختباره، كما والتحجير على من بلغ هذا السن وتبين سفهه وسوء تصرفه المالي.

المطلب الثاني: حقيقة القاصر

إن مصطلح القاصر هو مصطلح شائع في العصر الحديث، وهو ذو دلالة واسعة، لذا كان لزاماً قبلولوج لصلب الموضوع من التطرق لحقيقة وضبط مدلوله، وذلك من خلال تناول تعريفه ومراحله.

الفرع الأول: تعريف القاصر

اختلف مدلول القاصر بين الاصطلاح اللغوي والاصطلاح الفقهي وفي قوانين الأسرة المغاربية وباقي التشريعات، وهو ما سيتم بيانه ضمن هذا الفرع.

أولاً-تعريف القاصر لغة:

لمصطلح القاصر معان متعددة وواسعة ضمن معاجم وقواميس اللغة العربية، وسيتم تناول معنيان لها وهما:

1-القاصر: مفرد وجمعها قاصرون وقُصِرَ، مؤنث قاصِرة، جمع مؤنث قاصِرات وقُصِرَ، وهي اسم فاعل من قَصَرَ. وقَصَرَ عن الأمر قُصُوراً: عجز وكف عنه¹.

2-القاصر: بكسر الصاد من قصر عن الشيء: إذا تركه عجزاً، والقاصر العاجز عن التصرف السليم².

¹ مجمع اللغة العربية، المعجم والوسيط، ص 738. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتاب، القاهرة، مص، ط 1، س 2008، ج 3، ص 1821.

² محمد رواس قلنجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، س 1988، ص 354.

وعليه فإن كل شخص في اللغة يعجز عن القيام بفعل ما يعد قاصر على القيام به،
وعاجز على اتيانه.

ثانياً-تعريف القاصر اصطلاحاً:

بعد أن تم التطرق للمعنى اللغوي لكلمة قاصر، والتي تدور في مجملها حول العجز
والقصور عن التصرف السليم، فإنه ضمن هذه الجزئية يتطرق للمعنى الفقهي لمصطلح القاصر.

هذا وقد اختلف المعنى الاصطلاحي للفظ القاصر عند الفقهاء المتقدمين عما هو شائع
اطلاقه في العصر الحالي، فقد جاء في عبارة للكاساني في معرض حديثه عن الصبي قوله: " بخلاف
الصبي فإن في أهليته قصوراً لقصور عقله فانعقد موقوفاً على الإجازة، والبلوغ ليس بإجازة على ما
مر"¹، فاستعمل هذا اللفظ للدلالة على كل من لديه قصور في عقله لأي سبب كان، فهذا
الاستعمال لهذا المصطلح هو لغوي أقرب منه إلى المعنى الاصطلاحي.

وهو نفس المعنى الذي استعمله بن قدامة المقدسي في قوله: "والصبي مولى عليه لقصوره
فلا تثبت له الولاية، كالمراة"².

في حين استعمله بعض الفقهاء المتقدمين لمعنى الصغير، كابن حجر الهيتمي حيث أورد
هذا المعنى في عبارته التالية: "ونهر لقاصر فيه شركة ولقط سنابل من زرع..."³. كما استعملها
"الرملي" في ذات المعنى في فتاواه حيث جاء فيها ما نصه: "(سئل) هل يجب على الرجل الكسب
الذي يليق به لعياله القاصرين"⁴. كما أدخله بعض المتقدمين في معنى الصبي وانعدام البلوغ كابن
نجيم من الحنفية، حيث جاء هذا المعنى في عبارته: "بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية"⁵.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 5، ص 150.

² ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 368.

³ تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 5، ص 187.

⁴ الرملي، فتاوى الرملي، المكتبة الإسلامية، د ط، د س، ج 3، ص 370.

⁵ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، د س، ج 8، ص 428.

كما ذهب إلى هذا المعنى أيضاً بن عابدين من متأخري الحنفية في قوله: "لا يخفى أن هذا عند ادعاء البلوغ وإلا فهو في حكم القاصر"¹. وفي ذات المعنى يقول: "فلا يجوز لوصي القاصر التصديق به ويضمنه القاصر إذا بلغ"²، "لو كان أحد الورثة قاصراً والباقي بالغين تسمع الدعوى بالنظر إلى القاصر بقدر ما يخصه دون البالغين"³، "(سئِلَ) فِي قَاضِي دِمَشْقَ أَنَّهُ رَوَّجَ قَاصِرَةً عُمَرُهَا اثْنَتَا عَشْرَةَ سَنَةً وَطَلَّقَتْ فَهَلْ تَنْقُضِي عِدَّتَهَا بِالْأَشْهُرِ أَوْ بِالْحَيْضِ؟"⁴، فقد استخدم بن عابدين هذا اللفظ لدلالة على عدم البلوغ، أي عدم ظهور العلامات البيولوجية.

غير أن كثير من الفقهاء المتأخرين قربوا لفظ القاصر في الاصطلاح الشرعي إلى الاصطلاح القانوني، ووسعوا إلى حد ما في مفهوم هذا اللفظ، وهو ما سيتم إيضاحه:

حيث عرف الشيخ محمد أبو زهرة بأن: "كلمة قاصر تشمل نوعين، هما فاقد الأهلية، وهو المجنون والمعتوه والصبي غير المميز، وناقص الأهلية. وهو الصبي المميز، والمعتوه المميز، عند من يقسم المعتوه إلى قسمين"⁵. وهذا يصبح بالمعنى الموسع لمصطلح القاصر، إذ أنه يشمل أيضاً المجنون والمعتوه، لكن يصدق المعنى فقط على الصغير أو الصبي كما يقول الفقهاء، بل حتى في الإطلاق العرفي ينساق إلى القاصر بالمعنى المضيق، وهو الذي لم يبلغ بيولوجياً، أو لم يبلغ سن الرشد بعد.

كما عرف الدكتور وهبة الزحيلي القاصر بأنه: "من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقد لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز"⁶، ويلاحظ أن الفقهاء المعاصرين جعلوا لفظ القاصر يشمل شخصين اثنين وهما فاقد الأهلية وناقصها، وهو ما ذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري، حيث استعمل مصطلح القاصر للدلالة على من هو غير أهل للتصرف في ماله، وذلك راجع لنقص في التمييز عنده⁷، ويندرج ضمنه من باب أولى منعدم أهلية الوجوب لانعدام التمييز.

¹ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، س 2003، ج 5، ص 553.

² ابن عابدين، نفس المرجع، ج 9، ص 554.

³ ابن عابدين، نفس المرجع، ج 8، ص 116.

⁴ ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، د ط، د س، ج 1، ص 155.

⁵ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، د س، ص 30.

⁶ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، س 1985، ج 7، ص 746.

⁷ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 268-269.

وهناك تعريف آخر مقارب للتعريفين السابقين وهو للدكتور محمد الزحيلي، حيث عرف القاصر بأنه: "الصغير من الولادة إلى البلوغ، ثم صار يشمل الأطفال المجانين والمتخلفين عقلياً حتى السن المعتبرة في الشرع أو القانون مع الرشد"¹. ويلاحظ في جل هذه التعريفات أنها قد وسعت في تعريف مصطلح القاصر، ليشمل كل من المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه²، لأنه بالمعنى المضيق لا يطلق لفظ القاصر إلا على الصغير أو الصبي سواءً أكان مميزاً أو غير مميز.

إذن فمدلول مصطلح القاصر بهذا المعنى يشمل الصغير أو الصبي ولا فرق بينهم في المعنى، وقد تم تعريف الصغير أو الصبي من طرف الفقهاء بأنه: "الطفل الذي لم يبلغ الحلم، ذكراً كان أم أنثى، فإذا مات أبوه فهو يتيم أيضاً، وإذا بلغ الحلم زال عنه الصغر واليتم معاً"³.

والقاصر بالمعنى المضيق هو ما سيتم العمل على دراسته⁴، والذي يقصد به الصغير وسواء أكان مميزاً أم غير مميز. وقد منح بعض الفقهاء القانونيين مفهوماً للصغير وهو: "الطفل الذي لم يبلغ الحلم وسن الرشد القانوني، ذكراً كان أم أنثى، فإذا مات أبوه وهو صغير فهو يتيم أيضاً، وإذا بلغ الحلم زال عنه وصف الصغر واليتم معاً"⁵.

¹ محمد الزحيلي، استثمار أموال القاصر في العصر الحديث، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، عدد 25، س 2007، ص 293.

² هناك فئة معينة تأخذ حكم القاصر على الرغم من بلوغهم سن الرشد القانوني، ذلك راجع لإصابتهم بأحد العوارض التي تصيب العقل، أو بسبب تعرضهم لأحد موانع الأهلية، ولذا فلقد ألحقتهم بعض القوانين بحكم القاصر. حيث ورد ضمن أحكام الفقرة الثالثة من نص المادة الأولى من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين بأنه: "يعتبر في حكم القاصر: أ-الجنين. ب-المجنون، المعتوه، وذو الغفلة والسفيه. ج-المفقود، والغائب. د-المحجور عليه قانوناً". فهؤلاء الذين سبق ذكرهم في القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين يندرجون ضمن حكم القاصر وذلك لعدم قدرتهم على إدارة أموالهم بأنفسهم في حين أنهم قد يكونوا بلغوا سن الرشد القانوني.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 20. عبد الله بن طاهر، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته-الأهلية والنيابة الشرعية-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 1، س 2015، ج 4، ص 32.

⁴ القاصر المقصود بحماية ماله ضمن هذه الدراسة هو القاصر الأصلي أو القاصر بالمعنى الضيق لا المعنى الموسع، والذي يندرج ضمنه السفيه والمعتوه والمجنون، بينما بالمعنى الضيق فإنه يشمل فقط الصغير غير المميز والمميز أو الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، والمعنى الضيق لمصطلح القاصر المقصود بالدراسة في القانون الدولي هو الطفل، كما وتشمل دراستنا أيضاً الجنين في بطن أمه، وعليه فنستبعد غيره ممن يدخلون في حكم القاصر، وذلك كالمجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه.

⁵ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 20.

وقد منح الفقيه أحمد الخليلي مفهوماً عاماً لمصطلح القاصر، حيث يعد الطفل قاصراً من يوم ولادته إلى غاية انتهاء الولاية على نفسه وماله، والتي يخضع لها منذ ولادته، كما منح لمصطلح القاصر مدلولاً آخر نسبياً في المرحلة السابق ذكرها، حيث أنه قد يعترف للقاصر بالأهلية في بعض تصرفاته القانونية، كما أنه قد ينال قسطاً من استقلاله الشخصي قبل أن تنتهي الولاية على ماله ونفسه، وذلك كله تبعاً لمراحل نموه الجسمي والعقلي. وعلى هذا كله فإن معنى القاصر منذ بلوغه سن التمييز يضيق ويصبح مدلوله نسبياً ويقتصر فقط على ما بقي بيد الولي من سلطة، إذا ما أخرجنا من ضمن هذه السلطة ما اعترف به للقاصر من التصرفات المالية وما ناله من الاستقلال الشخصي¹.

ويفهم من كل هذا أنه ما دامت هناك سلطة ولاية ممارسة على مال ونفس هذا الشخص فإنه يعد قاصراً، وعليه فإن ممارسة سلطة الولاية على هذا الشخص منذ ولادته هي الأساس لتحديد مفهوم القاصر وذلك ما يستنتج من قول الخليلي.

ثالثاً-تعريف القاصر قانوناً:

عرفت التشريعات المغاربية القاصر بالمعنى المضيق، وبالعموم هو الشخص من تاريخ ميلاده إلى غاية بلوغه سن الرشد القانوني، علماً أن سن الرشد القانوني يختلف من دولة لأخرى، وهذا التعريف لا يختلف عن تعريف القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين للقاصر في فقرتها الأولى من نص المادة الأولى منه، وذلك بأنه: "الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني"، ونصت الفقرة الثانية منه بأنه: "يحدد سن الرشد القانوني وفق قانون الدولة التي ينتمي إليها القاصر بجنسيته"²، فكل من لم يبلغ سن الرشد القانوني يعد قاصراً بهذا المفهوم.

¹ أحمد الخليلي، المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب، ط 1، س 1982، ص 137-138.

² القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 323-ج-24-3/4-2002م.

وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح القاصر في كل من نص المادة 79 ق م ج، وكذا المادتين 87 و88 ق أ ج¹، والمشرع المغربي استعمل هذا اللفظ في مجموعة من النصوص القانونية من ضمنها ق ا ع م² وذلك في عدة مواضع منها في الفصل 4، 5، 6، 7، 9، 11، 12، 13... إلخ، وكذلك الحال في مدونة الأسرة المغربية منها المواد 218، 229، 232... إلخ وهذا كله من دون منح تعريف لمصطلح القاصر، وكذلك الحال عند باقي التشريعات المغاربية، لكن لم تورد تعريف تضبط به معنى القاصر خلافاً لبعض التشريعات العربية.

وإذا كان التعريف المختار لمصطلح القاصر في القوانين المغاربية بأنه كل شخص لم يبلغ سن الرشد القانوني سواء أكان مميزاً أو غير مميز، فإن ذلك يدعو لضرورة العودة للنصوص القانونية التي تحدد سن الرشد في التشريعات المغاربية، وذلك عملاً بمفهوم المخالفة.

حيث تناول المشرع الجزائري مفهوم الرشد في إطار تناوله لمفهوم كمال الأهلية، حيث نصت المادة 40 ق م ج بأن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية مباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد (19) سنة كاملة"، وعليه فكل من لم يبلغ سن 19 سنة كاملة يعد قاصراً بهذا المعنى.

وضمن التشريع المغربي سن الرشد مقدر بـ 18 سنة شمسية كاملة، حيث نصت المادة 209 م أ م بأن: "سن الرشد القانون 18 سنة شمسية كاملة"، وبإعمال مفهوم المخالفة يمكن القول إن كل من لم يبلغ هذه السن يعد قاصراً طبقاً للقانون المغربي.

وبالبحث عن مدلول لمصطلح القاصر لدى المشرع التونسي يلحظ انه لم يخالف المشرع المغربي، وعد القاصر كل من لم يبلغ سن الرشد والمقدرة بثمانية عشر سنة كاملة، وذلك حسب منطوق الفصل 153 م أ ش ت، ونصها كالاتي: "يعتبر محجوراً للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة"، وبالرجوع أيضاً إلى الفصلين 5 و6 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية والفصل 156 م أ ش ت، نجد أن المشرع التونسي يستعمل مصطلح القاصر كمرادف

¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي.

لمصطلح الصغير، ومنه نستنتج أن القاصر أو الصغير حسب أحكام القانون التونسي هو كل شخص لم يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة، أما كل من بلغ أو تجاوز هذه السن فإنه يعد رشيداً.

لكن هذا الترادف لمصطلحي الصغير والقاصر قد لا يتسم بالوضوح والاستقرار، إذ يتناقض ذلك مع ما ورد بالفصل 13 م ا ع ت بأنه: "إذا تم الرشيد ما التزم به للصغير أو القاصر فهما ملزمان بقدر ما انتفعا به جراء ذلك..."، فالصغير هنا قد وردت سلطته أي يجب أخذها على إطلاقها، أي تشمل الصغير غير المميز والصغير المميز.

في حين أن فقهاء القانون في تونس يستعملون كلمة أو مصطلح "قاصر" لدلالة على فاقد الأهلية، سواء للصغير أو لأسباب أخرى، وهو ما ذهب إليه الفقيه المالقي، وتبناه أيضاً فقه القضاء التونسي¹.

وإذا كان المشرع التونسي حدد للقصور سناً، وهي عدم بلغ ثماني عشرة سنة كاملة، فإن من تجاوز هذه السن يعد راشداً، وهو ما نص عليه أحكام الفصل 7 م ا ع ت وذلك بأن: "كل إنسان ذكراً كان أو أنثى تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون"².

أما المشرع الليبي فالقاصر هو الصغير، والصغير هو كل من لم يبلغ سن الرشد سواء أكان مميز أو غير مميز، وهو ما نص عليه أما المشرع الليبي ضمن قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، وذلك في الفقرة الأولى من نص المادة الثالثة منه، وسن الرشد حسب ما نصت عليه المادة التاسعة من ذات القانون هو ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة.

فالقاصر هو كل من يخضع في تسيير شؤونه لنيابة الغير، وذلك حماية له إلى غاية بلوغه سن الرشد القانوني، متمتعاً بنضج عقلي يسمح له بالقيام بتسيير شؤونه الشخصية والمالية، أو القاصر هو كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني، أو بلغ هذه السن وليست له القدرة على إدارة أمواله وشؤونه بذاته، ويندرج ضمن ذلك الصغير المميز وغير المميز والمجنون والسفيه والمعتوه، علماً

¹ محمد المالقي، المرجع السابق، ص 64.

² تم تنقيح أحكام الفصل 7 من مجلة الالتزامات والعقود وذلك بتعويض عبارة "عشرين سنة كاملة" بعبارة "ثماني عشرة سنة كاملة"، وذلك بالقانون عدد 39 لسنة 2010 مؤرخ في 26 جويلية 2010 يتعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

أن الدراسة تعنى فقط بالتعريف المضيق للقاصر، وهو كل من لم يبلغ سن الرشد القانوني، وعليه فسيتم استبعاد غيرهم من الدراسة.

الفرع الثاني: مراحل القاصر

إن تحديد المراحل التي يمر بها القاصر يكتسي أهمية بالغة، وذلك لاختلاف أثر كل مرحلة على التصرفات القانونية له، حيث أن التمييز يعد معيار الأهلية، ونقصانه أو انعدامه يتأثر بعامل السن، كما قد يتأثر بعوامل أخرى مختلفة، وقد سعى الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية إلى حماية القاصر حماية خاصة ضمن هذه المراحل.

ويمر القاصر بعدة مراحل هامة وتتطور كل مرحلة تبعاً للتطور النفسي والجسمي له، والحماية الموجهة للقاصر تختلف باختلاف هذه المراحل وتطورها، لذلك كان لا بد من التطرق لها، وتنقسم هذه المراحل لثلاثة وهي: المرحلة الجنينية، مرحلة الصغير غير المميز، مرحلة الصغير المميز.

أولاً- المرحلة الجنينية:

وتبدأ المرحلة الجنينية من كون الطفل جنيناً في بطن أمه إلى غاية أن ينفصل حياً أو ميتاً، وتسمى هذه المرحلة أيضاً بالحمل المستكن¹، فالمرحلة الجنينية هي أولى مراحل القاصر، واعتبرت كذلك خلافاً للقاعدة العامة والتي تقضي ببداية شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً.

والجنين في هذه المرحلة تثبت له شخصية أو أهلية وجوب، لكن هذه الشخصية أو أهلية الوجوب هي قاصرة أو ناقصة، وذلك لأنه لا يستطيع أن يكسب جميع الحقوق المالية بل بعضها فقط، بشرط أن يولد حياً، كما لا تلزمه أي حقوق لغيره، والحقوق التي له الحق في كسبها هي الحقوق التي لا تتطلب صدور إرادة من طرف الجنين صاحب هذا الحق وذلك كحقوق الميراث والوقف... إلخ²، وقد سبق التفصيل فيها ضمن أقسام أهلية الوجوب.

¹ محمد كمال حمدي، الولاية على المال - الجزء الأول - الأحكام الموضوعية، دار المعارف، مصر، د ط، س 1966، ص 25.

² التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج 2، ص 324. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 266. عبد الزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 266.

ثانياً-مرحلة الصغير غير المميز:

وقبل تناول معنى الصغير غير المميز لا بد من تناول معنى التمييز، حيث عرف مصطفى الزرقا بأنه: "أن يكتسب الإنسان وعي وإدراك يفهم به الخطاب التشريعي إجمالاً، فيدرك معاني الأعمال الدينية والمعاملات المالية، ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق والالتزامات ولو بصورة بسيطة ومجملّة، فيعرف فرق البيع عن الشراء، ويفهم تعادل القيم وتفاوتها"¹، فكل من لديه فهم وإدراك لمعاني الأعمال والتصرفات المالية والآثار الناجمة عنها يعد مميزاً.

أما عن تعريف الصغير غير المميز فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في نص المادة 943 وذلك بأنه: "الصغير غير المميز هو الذي ولا يفهم البيع والشراء ولا يعلم كون البيع سالب للملك والشراء جالب له ولا يميز الغبن الفاحش مثل أن يغش في العشرة بخمسة من الغبن اليسير"²، وعليه فإن الصغير في هذه السن الدنيا يكون مجرد من كل قوة التمييز، فلا يفهم الخطاب لضعف بنيته ولقصور عقله.

وهذه المرحلة تكون الأهلية فيها منعدمة، لكن يتمتع فيها الصغير بأهلية الوجوب كاملة وهو فاقد التمييز ومعدوم أهلية الأداء، والتمييز غير مقدر بسن معينة ولا منضبط بها عند جمهور الفقهاء، بل يكون بالحالة التي عليها الصغير³.

وتبدأ هذه المرحلة منذ الولادة إلى غاية بلوغ السابعة من العمر، خلافاً لقول الجمهور الذين لم يحددوا لها سناً، لا للتمييز ولا لانعدامه، وممن حددوا لها سنّهم بعض الفقهاء، وذلك استناداً لقول الرسول عليه السلام: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين"⁴، وعليه فمن غير الحكمة أن يطلب الشارع من الأولياء أمر أولادهم بالصلاة إلا إذا كانوا في سن تمكنهم من فهم

¹ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 795.

² لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، س 1302 هـ، ص 138.

³ عبد الله بن طاهر، المرجع السابق، ج 4، ص 33.

⁴ رواه أبي داود في سننه، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم 495، المرجع السابق، ج 1، ص 133.

المعاني، كمعنى الصلاة والعبادة، وهذا ما اعتمده بعض الفقهاء أساساً لتحديد سن التمييز، لأن من يدرك معاني العبادة فإن باستطاعته وقدرته أيضاً إدراك معاني المعاملات المالية¹.

وإذا كان تحديد هذه السن بسبع سنوات هو قول بعض الفقهاء خلافاً للجمهور، فإن هذا اختيار أيضاً بعض فقهاء القانون المعاصرين كالفقيه عبد الرزاق، وعليه فإن كل من لم يبلغ سن سبع سنوات يعد فاقد التمييز ومعدوم الأهلية². وهو ما ذهب إليه المشرع المصري ضمن قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، حيث اعتبر كل من لم يبلغ سن سبع سنوات يعد غير مميز، وذلك ما جاء ضمن الفقرة الثانية من نص المادة 45 حيث جاء فيها: "كل من لم يبلغ سن السابعة يعتبر فاقد التمييز"، ومن التشريعات الوضعية من حدد سن التمييز بسن أعلى من سبع سنوات، ومنهم من لم يضبط ذلك بأي سن وترك ذلك لتقدير القضاء.

وبالرجوع إلى التشريعات المغاربية نجد أن المشرع الليبي اعتبر أن من لم يبلغ سن سبع سنوات يعد غير مميز، واختار في ذلك قول بعض الفقهاء، وهو ما نصت عليه أحكام الفقرة الثانية من نص المادة 45 ق م ل، وهو ما حدده أيضاً بشكل صريح ضمن قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، حيث نصت الفقرة الثانية من نص المادة الثالثة بأن: "الصغير غير المميز هو من لم يتم السابعة من عمره".

بينما المشرع الجزائري والمغربي والتونسي قد خالفوا هذا الاتجاه، إذ حدد المشرع الجزائري مرحلة انعدام التمييز لكل من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من أحكام المادة 42 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ سن ثلاث عشرة سنة".

أما المشرع المغربي فقد حدد سن التمييز في نص المادة 214 م أ م، وذلك بتمام اثني عشرة سنة شمسية كاملة، ومعنى هذا أن الصغير غير المميز هو كل من لم يتم سن اثني عشر سنة شمسية كاملة، وبالتالي يكون فاقد أهلية الأداء، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 217 م أ م بأنه: "يعتبر عديم أهلية الأداء: أولاً الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز..."، وسن التمييز كما سبق

¹ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المملكة المغربية، د ط، س 1996، ص 163-164. محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 174.

² عبد الزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 272.

حددتها نص المادة 214 م أ م باثنتي عشرة سنة كاملة، وعليه فإن دون هذه السن في التشريع المغربي يعتبر غير مميز، وبالتالي فهو عديم أهلية الأداء. في حين لم يحدد المشرع الموريتاني ضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية السن الأقصى لانعدام التمييز، متبنياً في ذلك قول جمهور الفقهاء

أما المشرع التونسي فقد اعتبر غير المميز هو الصغير الذي لم يتم سن الثالثة عشرة سنة كاملة من عمره، وهذا عملاً بأحكام الفقرة الأولى من نص الفصل 156 م. أ. ش. ت، حيث جاء فيها: "الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعد غير مميز...".

واعترض على المشرع التونسي والجزائري رفع سن انعدام التمييز إلى مادون ثلاث عشرة سنة باعتبارها عالية ومبالغ فيها، ولا تنسجم مع نمو العقل الذي يصير مميزاً قبل هذه السن ومدرك لعواقب التصرفات المالية، وذلك بفضل مناهج التعليم الحديثة، ووسائل الإعلام المتنوعة والتي ساعدت في النمو العقلي وسرعة الذكاء وسعة المدارك العقلية.

وهذا الرأي قد يعد صحيح نوعاً ما، إلا أنه على الرغم من ذلك يجب ألا يتم إغفال أن وسائل التحايل على الصغير الذي لم يتم سن التمييز هي كثيرة ومتطورة، كما وتتعدى في كثير من الأحيان النمو العقلي للصغير الذي لم يبلغ سن التمييز، لذلك فرفع سن انعدام التمييز والتي حددها المشرع الجزائري والتونسي قد تبدو مقبولة وعلى هذا الأساس، لاعتبارها زيادة في الحرص على حماية المصالح المالية للطفل، ووقاية لها من أي تعدد محتمل قد يؤدي لضياع ماله.

ثالثاً-مرحلة الصغير المميز:

ويعد الصبي ضمن هذه المرحلة ناقص الأهلية لأنه يملك تمييزاً، وقد عرف فقهاء الحنفية الصغير المميز في نص المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية بأنه هو: "الذي يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويعلم الغبن الفاحش الظاهر من اليسير".

وإذا كان قد سبق تعريف التمييز، فإن بعض الفقهاء عرفوه أيضاً بأنه: "الذي يفهم الخطاب، ويرد الجواب، ولا ينضبط بسن، بل يختلف باختلاف الأفهام"¹. وتعريفات الفقهاء

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 12.

للتمييز تتقارب بعض الأحيان في المعنى، لكن يبقى دائماً الإشكال المطروح في الأساس الذي يقع عليه تحديد التمييز.

وعموماً فإن مرحلة التمييز تبدأ من حين أن يصبح الإنسان متجاوزاً مع الناس، ويفهم كلام العقلاء ويحسن الجواب عنهم، وهذه المرحلة غير مقدرة بسن معينة عند جمهور الفقهاء الشريعة الإسلامية¹، خلافاً لقول بعض الفقهاء الذين حددوها بسبع سنوات، وهو ما سبقت الإشارة إليه.

كما أنه لا يتصور أن يصير شخصاً مميزاً دون سن السبع سنوات، فسن السابعة هي الحد الأدنى للتمييز، ولكن قد يتجاوز الشخص هذه السن وهو لا يميز ما دام لا يعرف معاني العقود ومقتضياتها في عرف الناس.

وقد ذهب المشرع الليبي من ضمن التشريعات المغاربية إلى تحديد سن التمييز بسبع سنوات، وهو ما نص عليه قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم ضمن الفقرة الثالثة من أحكام المادة الثالثة منه، حيث جاء فيها: "الصغير المميز هو من أتم السابعة من عمره"، وهذا أخذاً بقول بعض الفقهاء واستناداً لحديث الرسول (ص) الخاص بالصلاة والسابق ذكره، في حين قد وجهت انتقادات لهذه السن على اعتبار أن المقصود بالحديث هو تعويد الطفل على الصلاة، أي أن تترسخ لديه هذه العبادة، وهذا المعنى يختلف تماماً على التصرفات المالية وما تشكله من خطورة على الذمة المالية للقاصر.

وإذا كان تحديد سن السبع سنوات له دليل يقوم به لدى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية ومنهم المشرع الليبي، فإن باقي التشريعات المغاربية قد رفعت من هذه السن وحددته بسن أعلى من ذلك بكثير.

فالمشرع الجزائري خفض سن التمييز إلى ثلاث عشرة سنة كاملة بعد أن كانت ستة عشر سنة كاملة، وهو ما يستنتج من مفهوم المخالفة لأحكام الفقرة الثانية من نص المادة 42 ق م ج،

¹ عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 1، س 2006، ج 1، ص 150. عبد الله بن طاهر، المرجع السابق، ج 4، ص 35.

أما المشرع المغربي فحدد بداية هذه المرحلة ببلوغ سن الثانية عشرة سنة، وهو ما نصت عليه المادة 214 م أ م، بينما تنتهي هذه سن التمييز في المدونة بما دون الثامنة عشرة سنة، ويعتبر الشخص ضمن هذه المرحلة مميزاً أو ناقص الأهلية، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في نص المادة 213 م أ م: " يعتبر ناقص أهلية الأداء: 1-الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد...".

أما المشرع التونسي فقد حدد سن التمييز بثلاث عشرة سنة، وذلك في صلب أحكام الفصل 156 م أ ش ت، وقد رفع هذه السن عن الاختيار التشريعي المغربي، في حين أن المشرع الموريتاني لم يحدد سن التمييز ضمن مدونة الأحوال الشخصية، وهو ما يدعو للعودة للقول المشهور في مذهب الإمام مالك، وذلك طبقاً لأحكام نص المادة 311 م أ ش م.

إن تحديد سن التمييز عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية وجل التشريعات المغاربية الغاية منه هو ضبطها، لكن لا بد من القول إن التمييز يختلف حقيقة من شخص لآخر، وهذا راجع لاختلاف البيئات والأزمنة والمستوى الإدراكي لدى الأشخاص، وهو ما جعل جمهور الفقهاء لم يحددوا للتمييز سناً معينة، وإنما ترك ذلك لتقدير القاضي، لينظر مدى توفره في الشخص أو انعدامه.

وإذا كان جمهور الفقهاء قد خولو للقاضي صلاحية النظر في مدى توفر التمييز في القصر، وذلك في كل حالة على حدة، إلا أن هذا الأمر قد يسبب إرباك في تطبيق القوانين أو تضارب في الأحكام الصادرة في الدعاوى المرتبطة مآلها بتحديد التمييز من عدمه، كما أن هناك اختلاف لدى قضاة الموضوع، واختلاف في الفهم ودرجاته، بالإضافة إلى أن عدم تحديد سن للتمييز قد يفتح باب التجاوز من طرف بعض القضاة.

لذلك فإن تحديد سن التمييز يجنب التردد وعدم الثبات في الأحكام، كما ويسهل على القاضي مهمته في الحكم على التصرفات التي يبرمها الصغير في معاملاته المالية خاصة في ظل ضعف التكوين لدى بعض القضاة.

المبحث الثاني: حقيقة النيابة الشرعية والمال المشمول بالحماية

بما أنه تثبت للقاصر حقوق بمجرد ولادته حياً، ومن ضمن هذه الحقوق هي الحقوق المالية كالهبة والميراث والوصية وما إلى ذلك من التبرعات، وتتطلب هذه الأموال من يقوم بحمايتها وحفظها من الضياع، وكذلك الأمر بالنسبة لسائر ممتلكات القاصر، وهو الدور المنوط بالنائب الشرعي له، وقد نظم الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية أحكام النيابة الشرعية، وعليه فإنه وضمن هذا المبحث سيتم التطرق لحقيقة النيابة الشرعية والمال المشمول بالحماية.

المطلب الأول: حقيقة النيابة الشرعية

إذا كان الفقه والقانون قد نصا على منع الصغير من التصرف في أمواله سواء كلياً أو جزئياً -بحسب درجة تمييزه-، وذلك راجع لانعدام قدرته على القيام بالتصرفات الرشيدة تجاه أمواله، وهو ما يقتضي ضرورة تعيين وتكليف شخص يتولى إدارة أمواله والتصرف فيها نيابة عنه، للقيام بالتصرفات المالية التي تخدم مصلحته وبما يعود بالنفع عليه، وهو الأمر المنوط بالنائب الشرعي له سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً، وقد أقر الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية وباقي التشريعات نظام النيابة الشرعية على أموال القصر، بغية حماية أموالهم من الهلاك، ولذا وجب تعيين شخص ينوب عنهم شرعاً وقانوناً وضمن هذا المطلب سيتم تناول حقيقة النيابة الشرعية، وذلك من خلال التطرق لمفهومها وأقسامها وشروطها.

الفرع الأول: مفهوم النيابة الشرعية

ضمن هذا الفرع سيتم التطرق لمفهوم النيابة الشرعية، وذلك من خلال تناول تعريفها ومصدرها.

أولاً-تعريف النيابة الشرعية:

تُعرف النيابة الشرعية بمعناها العام في الاصطلاح الفقهي بأنها: "حقوق ممنوحة للأب أو لوصيه أو للحاكم محددة في التشريع الإسلامي على شخصية الولد وعلى أملاكه لمعاونته وحمايته

حتى يصل إلى سن معينة يسير بنفسه في الحياة"¹. وعندما نطلق مصطلح النيابة الشرعية فإن المراد بها هي الولاية في مفهوم الفقهاء².

وتعرّف النيابة الشرعية أيضاً بأنها: "قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه أو تسيير شؤونه الشخصية والمالية". والنيابة تكون على شكلين إما اختيارية أو إجبارية³:

1- النيابة الاختيارية: هي الوكالة التي موضوعها تفويض التصرف إلى الغير.

¹ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، مصر، القاهرة، ط 1، س 2001، ج 1، ص 320-321.

² الولاية لغة: من الفعل ولي ومنه الولي، الولي في اللغة له معان كثيرة منها: المحب وهو ضد العدو، اسم من والاه إذا أحبه، ومنها الصديق، ومنها الصديق ومنها النصير من والاه إذا نصره. وولي الشيء، وولي عليه ولاية وولاية (بالكسر والفتح)، وهي بالفتح للمصدر، وبالكسر الاسم، مثل الإمارة والنقابة، لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا. الزبيدي، تاج العروس، ج 40، ص 242.

بالرجوع إلى المعنى الاصطلاحي للولاية، فإن الفقهاء وضعوا لها عدة تعريفات تختلف من مذهب لآخر. حيث عرف الكاساني من الحنفية الولاية في الاصطلاح الفقهي بأنها: "تنفيذ القول على الغير". كما عرفها البابري من الحنفية أيضاً بأنها: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي". الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2، ص 253. البابري، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 7، ص 235.

فالتصرف المنفذ من طرف الولي على من ليست له الأهلية هي إجبار لا اختيار، فالبابري أضاف ضابط الإيجار لينضبط التعريف. وعليه فيكون الولي من له حق القول على الغير، ويفهم من حق القول أي التصرف المتعلق بشأن المولى عليه أمراً ونهياً وإصلاحاً على جهة الإيجار. لكن يؤخذ على التعريفين السابقين أنهما لم يحددا المصدر الذي أعطى للولي الصلاحية على أن ينفذ قوله على الغير من جهة الجبر، ففي الولاية على المال الشرع أو القانون هو الذي أعطى للولي هذه السلطة على الأبناء القصر وهي سلطة ذاتية، وهو الأمر الذي أغفله التعريف.

عرف فقهاء القانون الولاية بتعريفات مختلفة، منها بالمعنى العام وهي: "صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بغيره ولحساب ذلك الغير". وهذه الصلاحية يمنحها القانون للشخص. سليمان مرقس، العقود المسماة - عقد البيع -، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط 4، س 1980، ص 238.

أما التعريف القانوني للولاية فإن التشريعات المغاربية لم تورد نصاً بهذا الشأن، وهذا راجع لكون تعريف المصطلحات القانونية من اختصاص الفقه، وعلى سبيل المثال المشرع الجزائري نظم أحكام الولاية في المواد 87 إلى غاية 91 من قانون الأسرة ولم يعرفها، لكن يمكن القول إنها صورة من صور النيابة الشرعية، من حيث أنها سلطة يخولها القانون لشخص يباشر بمقتضاها تصرفات باسم ولحساب الغير عديم أو ناقص الأهلية. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 230-231.

³ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 843-844.

2- النيابة الاجبارية: هي الولاية التي يفوض فيها الشرع أو القضاء التصرف لمصلحة القاصر بالنيابة عنه إلى شخص آخر. إذ أن الولي النائب في هذه الحالة يعتبر هو الممثل الشرعي للقاصر ويقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة من عقود وأفعال ومخاصمات في الحقوق وما إلى ذلك من التصرفات.

أما عن تعريف النيابة الشرعية في قوانين الأسرة المغاربية فلم يتم الوقوف على تعريف لها لا ضمن قوانين الأسر المغاربية ولا ضمن باقي التشريعات الأخرى، وإنما تم الاكتفاء ببيان بعض أحكامها وهو ما قام به المشرع الجزائري¹، وذلك لأن وضع التعريفات من اختصاص الفقه.

هذا وتعد النيابة أعم من الولاية التي سيتم التطرق إليها لاحقاً، فالنيابة تكون عقدية أي بمحض الاختيار، وهي الوكالة التي تتم بعقد بين الموكل والوكيل، كما وتكون النيابة شرعية أو قانونية يفرضها التشريع النافذ، وهي نيابة الولي على القاصر بحكم الشرع، أو تكون قضائية، وهي نيابة الوصي الذي ينصبه القاضي على القاصر لإدارة أمواله، أو نيابة القيم الذي ينصبه القاضي على الكبير الغائب في بعض الحالات لإدارة أمواله².

وسميت النيابة الشرعية أو القانونية بهذا الاسم لأن الشرع أو القانون هو الذي يفرضها، وذلك بتعيينه للأولياء وتنظيمه للقواعد التي يسير عليها النواب الشرعيين وتحديد مهامهم، وهذا ما يعني أن هذه القواعد غير قابلة لأن يتم التعديل عليها ولا الاتفاق على مخالفتها، فهي تختلف عن النيابة العقدية التي نسميها بالوكالة، ذلك أن الموكل هو الذي ينشئها بإرادته ويتفق مع نائبه على مداها ومدتها، وعلى كل أمورهما التنظيمية الأخرى³.

¹ من خلال النظر في أحكام الولاية والوصاية والتقديم والحجر والمفقود والغائب والكفالة يتبين أن غاية النيابة الشرعية عند المشرع الجزائري هي إبرام العقود المالية نيابة عن الغير، وهو في هذا يتفق مع ما اقتضت عليه من معاني النيابة الشرعية عند فقهاء الشريعة. خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، دار بغداد، الجزائر، د ط، د س، ص 17.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 844.

³ محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 226.

وبما أن النصوص القانونية هي التي تحدد سلطة النائب القانوني، ولذلك تسمى بالنيابة القانونية، فإنه يشترط لتحقيق النيابة ثلاثة شروط وهي¹:

1- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

2- تعاقد النائب في حدود السلطة المخولة إليه.

3- أن يتم العقد باسم الأصيل ولحسابه.

ثانياً- مصدر النيابة الشرعية:

إن النائب الشرعي الذي ينوب على القاصر المحجور عليه إما أن يكون معيناً من طرف الشرع، أو بقوة القانون، وذلك من غير أن يحتاج إلى تنصيب وتعيين، وهو الولي، وعليه فهي تأخذ قوتها مباشرة من الشرع أو القانون². وإما أن يكون معيناً من طرف هذا النائب الشرعي لينوب عنه، وهذا هو الوصي الذي يعينه الأب لينوب عنه بعد موته للنظر في مصالح أبنائه القاصرين.

وقد يعين القاضي النائب الشرعي لينوب عنه في النظر في مصالح القاصر المحجورين الذين لا ولي لهم ولا وصي، فيكون مصدرها القضاء، لأن القاضي هو الذي يختار الشخص المناسب ويضفي عليه صفة النائب ليقوم بإجراء تصرفات قانونية في مصلحة القاصر، ويلتزم القضاء في حماية حقوق القاصر ومصالحه، وذلك بتعيين المقدم على القاصر الذي لا ولي له ولا وصي³. وهو ما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية على سبيل المثال في نص المادة 229 بقولها: "النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم".

وإذا كان للنائب الشرعي حق الولاية على الشخص القاصر المحجور على أمواله، فإنه يتعين عليه القيام بجميع الصلاحيات المخولة له قانوناً وعلى الوجه المطلوب والأكمل لحماية مال

¹ العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 1، س 1996، ص 280. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، ط 1، س 2008، ص 19.

² محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 226.

³ أحمد حمد، نظرية النيابة في الشريعة والقانون، دار الفكر، الكويت، ط 1، س 1981، ص 21. محمد ابن معجوز، نفس المرجع، ج 2، ص 226.

القاصر، وذلك من خلال القيام بكل ما يتعلق بأعمال الإدارة العادية لأموال القاصر، وسائر التصرفات النافعة الأخرى.

الفرع الثاني: أقسام النيابة الشرعية

عندما يورد الفقهاء مصطلح الولاية بشكل عام فإنهم يقصدون بذلك النيابة الشرعي، وقد قسم الفقهاء النيابة الشرعية أو الولاية إلى قسمين، وهما الولاية القاصرة والولاية المتعدية¹:

1-الولاية القاصرة:

وهي سلطة الشخص على نفسه وماله، وهي تثبت للشخص الكامل لأهلية الأداء، وهو البالغ العاقل الرشيد ذكراً كان أو أنثى، فله أن يتصرف في جميع شؤونه المالية وغير المالية أو الشخصية بما يشاء من أنواع التصرفات السائغة شرعاً، كبيع ماله أو الزواج...ألخ، وتكون جميع تصرفاته نافذة وملزمة له، ما لم يترتب على نفاذها ضرر بالغير، وتسمى هذه الولاية أيضاً بالولاية الذاتية، وسميت بالقاصرة لأنها تقتصر على الشخص نفسه أو شؤون صاحبها ولا تتعداه إلى غيره.

2-الولاية المتعدية:

وهي سلطة المرء على مال غيره، وتسمى بالولاية غير الذاتية، ولا تثبت للشخص إلا بعد ثبوت الولاية القاصرة لديه، هذا وتنقسم الولاية المتعدية من حيث مصدرها إلى قسمين وهما²:

أ-سلطة أصلية: وتسمى أيضاً ولاية أصلية، وهي التي تثبت بإثبات الشارع من غير حاجة إلى مثبت من الناس، أو تستمد مباشرة بقوة القانون، كما لا يملك صاحبها عزل نفسه منها، لأنها لم تثبت له بإرادته، وتنحصر في ولاية الأب والجد على مال ولدهما القاصر.

والأولياء هم عند الفقهاء الأب والقاضي، والأولياء عند المشرع المغربي هم: الأب والأم والقاضي، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 230 م أ م: "الولي وهو الأب والأم والقاضي"، وقد

¹ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، د ط، د س، ص 453.

² أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، د ط، س 2008، ص 10.

أضافت المدونة الأم إلى الأولياء، حيث اعتبرت أم الأولاد ولياً عليهم عند وفاة أبيهم، وجعلتها تلي الأب مباشرة في ترتيب الأولياء وبهذا أصبح من ينوب عن القاصرين بقوة القانون هم الأب والأم والقاضي. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري، لكن لم يجعل من القاضي ولياً، حيث نصت المادة 87 ق أ ج: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً".

ب-سلطة نيابية: وتسمى أيضاً ولاية نيابية، وهي التي يستمدّها صاحبها من شخص آخر، كالوصي الذي يستمد ولايته من الأب أو الجد أو القاضي، فالوصي استمد ولايته من أتابه، والتي قد تكون قضائية¹، كما هو الحال في القيم، ولولا هذه الإنابة ما ثبتت له الولاية، وكذا الوكيل الذي يستمد ولايته من موكله، ونحو ذلك².

وتثبت الولاية المتعدية شرعاً في غير الوكالة على المحجور عليهم، ومن ضمنهم الصغير أو القاصر، وتستمر هذه الولاية على القاصر ما دام الوصف الموجب لها قائماً، فإن زال انقطعت هذه الولاية³. والولاية النيابية ليست إجبارية وهي قابلة للتنازل عنها أو إسقاطها.

والولاية المتعدية تنقسم أيضاً باعتبار موضوعها وتنقسم إلى قسمين، وهي إما ولاية على النفس وإما ولاية على المال:

أ-الولاية على النفس: وهي تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تربية وتعليم، ومنها ولاية الحضانة، وقد نصت عليها المادة 160 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ما يلي: "الولاية على النفس: هي العناية بكل ماله علاقة بشخص الصغير"، وهي ليست محل هذه الدراسة.

ب-الولاية على المال: وتكون في التصرفات المتعلقة بالمال، وأساسها تدير الشؤون المالية وصيانتها واستثمارها لحساب شخص آخر من عديمي الأهلية أو ناقصيها، وتجعل لمن تثبت له

¹ نصت المادة 94 من قانون الأسرة الجزائري بأن: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها".

² بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، ص 453-454. أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 10.

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، طباعة دار السلاسل، الكويت، ط 2، س 1990، ج 45، ص 160.

القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها وتنفيذها، مثل ولاية الأب أو وصيه على أموال القاصر، وذلك بما يخدم مصلحته الفضلى¹. وهي تثير عدة إشكالات، وخاصة فيما يتعلق بتعدد التشريعات والقوانين التي تتناولها وتعالج مسائلها في الدولة الواحد، وهذه الولاية هي محل هذه الدراسة.

الفرع الثالث: شروط تولي النيابة الشرعية

قبل تولي النيابة على أموال القاصر لا بد أولاً قبل كل شيء من توفر شروط عامة تتعلق بالنائب الشرعي والتأكد من كفاءته لتحمل المسؤولية المنوطة به، لأن الاعتبار الشخصي أمر جد مهم وضروري لحفظ أموال القاصر ورعايتها وهي:

أولاً- كمال الأهلية:

اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في تولي النائب الشرعي هذه النيابة على أموال القاصر أن يكون كامل الأهلية، وهو ما يعني أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً، وتزول الولاية بالجنون²، وسيتم التطرق إلى هذه العناصر كل على حدة:

1- البلوغ: وقد سبق التطرق إلى هذا الشرط ضمن جزئيات سابقة، وذلك بتوفر علامات البلوغ البيولوجية، أو بالوصول لسن البلوغ عند عدم ظهور العلامات الطبيعية.

2- العقل: ومما يشترط في الولي أن يكون كامل العقل ليحصل له إمكانية التصرف في مال غيره وهذا الشرط متفق عليه بين جميع الفقهاء، لأن المجنون لا يتصور أن يكون أهلاً للتصرف في ماله فضلاً أن يكون ولياً عن غيره³.

¹ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، ص 454.

² ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 5، ص 280. البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3، ص 446. سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 4، س 2011، ص 1133.

³ الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 5، ص 297.

3-الرشد: وهو شرط يجب توفره في جميع النواب الشرعيين للولاية على مال الصغير، فالأب المسرف المبذر للمال مستحق للحجر في حد ذاته، وعليه فلا تثبت له الولاية على المال¹، وفي هذا المعنى يقول الزرقاني: "والولي على المحجور صبيّاً أو سفيهاً لم يطرأ سفهه بعد بلوغه، الأب المسلم الرشيد"²، وقد سبق التطرق إلى تعريف الرشد والخلاف الحاصل في معناه، هل هو الصلاح في المال فقط أم الصلاح في الدين والمال معاً، أم الصلاح في الدين وحده، وقد تم التوصل إلى أن الرشد يتعلق بالصلاح في الجانب المالي، ولا علاقة لها بالصلاح في الدين.

كما اختلف الفقهاء في المطلوب من الولي الراشد هل هو مجرد حفظ المال وإمساكه وصيانته من التلف وهو موضوع الدراسة ضمن الباب الأول، أم المطلوب من الولي حسن النظر في المال من تنميته واستثماره بالطرق المعروفة والاتجار فيه، وهو موضوع الدراسة ضمن الباب الثاني، وكل ذلك سيأتي بيانه والتفصيل فيه.

واختصاراً لهذه المسألة لأنه سيأتي بيانها فإن حفظ مال القاصر وصيانته من التلف والضياع هو الهدف الأساسي من فرض الولاية على المال، أما تنميته واستثماره بشتى الطرق المشروعة فهو وإن كان بعض الفقهاء يضيفه كقيد آخر مع قيد الإمساك والصيانة لتحديد مفهوم الرشد³، إلا أنه لا يستوجب ذلك في ولاية الأب على مال أبنائه القصر، إنما يكفي بحفظ المال فقط، ولا يشترط معه حسن تنميته، وكذلك الحال بالنسبة للوصي والمقدم، وقال الفقهاء أنه يستحسن أن يتجر له فيه، وليس عليه ذلك، وإلى هذا القول ذهب الإمام مالك وهو القول المشهور في المذهب⁴.

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، دار السلام القاهرة، مصر، ط 1، س 1999، ج 1، ص 853. سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 1133. محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 233.

² الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2002، ج 5، ص 533.

³ خليل، التوضيح، ج 6، ص 233.

⁴ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، س 2002، ج 3، ص 142.

العثماني، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، مركز نجيبويه، القاهرة، مصر، ط 1، س 2008، ج 2، ص 742-743.

التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ج 2، ص 483.

وقد نص المشرع الجزائري على وجوب توفر شرط الرشد في النائب الشرعي، وذلك في أحكام المادة 93 ق أ ج: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"، كما لا تعد الذكورة من الشروط الموجبة لهذا يجوز تعيين المرأة كوصية على القاصر، وإذا لم تتوفر شروط الأهلية في النائب الشرعي للقاصر وجب على القاضي عزله، وهذا بعد أن يصل إلى علمه ذلك بواسطة أحد أقارب القاصر أو بعريضة من النيابة العامة أو حضور القاصر أمامه وكذا بواسطة وسائل الإعلام، لأن المسألة تتعلق بالنظام العام¹.

وقد نصت مدونة الأسرة المغربية على وجوب توفر الرشد في النائب الشرعي، ففي الأب نص على ذلك ضمن أحكام المادة 231 منه: "صاحب النيابة الشرعية: الأب الراشد...". وفي الأم نص عليه ضمن الفقرة الثانية من نص المادة 238 م أ م: "يشترط لولاية الأم على أولادها: 1- أن تكون راشدة..."، وهو ما نصت عليه أيضاً أحكام المادة 246 من ذات القانون بالنسبة للوصي والمقدم.

ووجوب توفر شرط الرشد في النائب الشرعي على مال القاصرين هو شرط منطقي، لأن الولي يشترط فيه أن يكون أهلاً لمباشرة التصرفات القانونية لنفسه فضلاً أن يتولاها لغيره، والأب غير الرشيد والمحجور عليه لا يستطيع أن يدير شؤونه ومصالحه المالية ولا أن يحافظ عليها، ولذلك لا يؤمن على مال أبنائه القصر، كما لم تفرض الولاية بالأساس إلا لكون القاصر غير قادر على تولى شؤون نفسه، وعليه فلا تسند النيابة لأي شخص لا يتوفر فيه شرط الرشد.

ثانياً-العدالة:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار العدالة والأمانة شرطاً لثبوت النيابة الشرعية، فإن لم يكن الولي عدلاً بأن كان فاسقاً فلا تجوز ولايته، لأن في تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله، والعدالة شرط للولاية حتى على مال الصبي الكافر إذا كان وليه الكافر، واختلف الفقهاء في مسألة

¹ الحسين بن شيخ آت ملوياً، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، عن مليلة، الجزائر، د ط، د س، ص 98.

احتياج الحاكم لثبوت عدالة الأولياء من أب وجد وغيرهم وذلك لوجهين اثنين، والراجح أن القاضي يكتفي بالعدالة الظاهرة¹.

وقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 93 ق أ ج على أنه: "يشترط في الوصي أن يكون... قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة". هو أيضاً ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الأولى من نص 246 م أ م بقولها: "يشترط في كل من الوصي والمقدم: أن يكون ذا أهلية كاملة حازماً ضابطاً أميناً"، ويقصد بالحزم أن يكون غير متهور ولا متردد في اتخاذ القرارات المناسبة في مسكه واستثماره وإدارته لأموال القاصر، كما أضاف المشرع المغربي شرطاً آخر في الفقرة الثانية من ذات المادة منه بقوله: "للمحكمة اعتبار شرط الملاءة في كل منهما"، حيث أن الفقه الإسلامي لم يعتبر شرط الملاءة من ضمن الشروط الواجب توفرها في الوصي، وهو ما لم ينص عليه أيضاً المشرع الجزائري، وقد أضاف المشرع المغربي هذا الشرط خوفاً من تعريض مال القاصر للتعدي في حال كان الوصي والمقدم معسراً، وهذا يعتبر زيادة وتشديد لحماية أموال القاصر.

ثالثاً- اتحاد الدين بين النائب الشرعي والقاصر المولى عليه:

أشترط فقهاء الشريعة الإسلامية فيمن يتولى النيابة الشرعية على مال القاصر أن يكون متحد الدين معه، وفي حال كون القاصر مسلماً فيشترط أن يكون الولي مسلماً، وذلك ما اتفق عليه الفقهاء، وتزول ولاية الأب عن أبنائه بالكفر أو الردة عن الإسلام، وكذلك الحال في باقي النواب². وهذا لقول الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا

¹ القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، الفاروق الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط 1، س 2004، ج 2، ص 81. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط 1، س 2000، ج 6، ص 207. النووي، روضة الطالبين، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، طبعة خاصة، س 2003، ج 3، ص 421. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 107. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997، ج 5، ص 291. سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 1133.

² ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2004، ج 9، ص 292. الشربيني، مغني المحتاج على معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994، ج 3، ص 151. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 3، ص 447. سعدي أبو جيب، نفس المرجع، ص 1133.

﴿١﴾¹، لكيلا تكون هناك سلطة من شخص غير مسلم على مسلم، وهو ما نهي عنه الله عز وجل.

كما وتجوز ولاية غير المسلم على غير المسلم باتفاق الفقهاء بشرط اتحاد الديانة بينهما، فالمسيحي يلي مال ولده المسيحي وهكذا، لأن اتحاد الدين يدعو لحنان الولي وشفقته على ابنه الصغير أو من ينوب عنه بشرط العدل في دينه²، ولكن الاختلاف في الدين غالباً ما يؤدي بالإنسان لترك مصالح من يخالفه في الدين، ويصدق أيضاً هذا الأمر في النائب الشرعي على من يتولى النيابة عنه، ومن ثم يكون الاختلاف في الدين مانعاً من موانع الولاية على المال، بينما اتحاد الدين باعث للحرص على مصلحة من يتولى النيابة عنه.

وقد اشترط المشرع الجزائري توفر شرط الإسلام فيمن يتولى النيابة عن القاصر، حيث ورد ذلك في نص المادة 93 ق أ ج: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً..."، وشرط اتحاد الدين بين الوصي والقاصر باعث على زيادة العناية والرعاية لأموال القاصر³.

لكن المشرع المغربي لم ينص بشكل صريح على شرط اتحاد الدين بين الولي والمولى عليه، لكن يشترط ذلك في النائب الشرعي للقاصر، وذلك من خلال اعتبار شرط الإسلام من مقتضيات الزواج الصحيح، والكفر يعد من الموانع المؤقتة له إلى حين أن يرفع بالإسلام، طبقاً لنص المادة 39 م أ م، وعليه فيمكن إدراجه كشرط من شروط الولاية على مال القاصر وإن كان المشرع المغربي لم ينص عليه بشكل صريح، ويمكن اعتبار ذلك أيضاً من خلال الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي طبقاً لمقتضيات نص المادة 400 م أ م، كما نص على ذلك المشرع الموريتاني في نص المادة 181 م أ ش م.

¹ سورة النساء، آية رقم 140.

² الشريبي، مغني المحتاج، ج 3، ص 151. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 324-325. عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 240.

³ إذا لم يتوفر شرط الإسلام أو اتحاد الدين بين المولى والمولى عليه وجب على القاضي عزل النائب الشرعي للقاصر، بعد أن يصل إلى علمه ذلك. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 98.

بينما خالف المشرع التونسي التشريعات المغاربية في عدم اعتبار شرط اتحاد الدين بين الأم والقاصر حيث جعل لها الولاية بعد الأب حتى ولو لم تكن مسلمة، مخالفاً في ذلك إجماع الفقهاء، وهو ما صدر في الحكم رقم 14020 المؤرخ 11 مارس 1980¹، متأثراً في ذلك بالقوانين الغريبة.

رابعاً-توفر شروط ثانوية في الوصي والمقدم:

نص بعض الفقهاء على بعض الشروط الثانوية في الوصي والمقدم، كشرط أن يكونا موسرين، وقد انفرد المشرع المغربي دوناً عن باقي التشريعات المغاربية بالنص على هذا الشرط، وترك للمحكمة خيار الأخذ به أو تركه، وسمى هذا الشرط بشرط الملاءة، وهو ما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية ضمن أحكام الفقرة الثانية من نص المادة 246 م أ م بقولها: "للمحكمة شرط اعتبار الملاءة في كل منهما -أي الوصي والمقدم-".

وخلاصة لما سبق يتبين أنه متى توفرت شروط تولي النيابة الشرعية على مال القاصر، فإنه يثبت للشخص المعني تولي النيابة الشرعية على مال القاصر، أما إذا انتفت هذه الشروط فلا تصح بحال من الأحوال، وهو ما يبين الاهتمام والعناية التي يحظى بها القاصر وماله، وذلك قصد الحفاظ عليه من الضياع.

الفرع الرابع: ترتيب النواب الشرعيين

نظم الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية موضوع النيابة الشرعية بغية حماية أموال القاصر من الضياع، وذلك من خلال تكليف شخص معين تتوفر فيه شروط القيام بها وقد سبق ذكرها، كما وتم منع الانفراد بها وتم ترتيب مستحقيها، وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في تحديدهم وترتيبهم لمستحقي الولاية على مال القاصر، فإن التشريعات المغاربية قد نظموها هذا الأمر في عدة نصوص، وهو ما سيتم التطرق إليه ضمن هذا الفرع.

¹ قوانين الأحوال الشخصية والمدنية في تونس، تجميع محمد الحبيب الشريف، نشر وتوزيع مكتبة الطيب قاسم، تونس، ص 310. نقلاً عن عبد الحميد الأطرش، الولاية على المال بين الثبات والتجديد، المجلة الجامعة، عدد 10، ص 2008، ص 101.

أولاً-ترتيب النواب الشرعيين في الفقه الإسلامي:

القول الأول: وهو لفقهاء الحنفية، حيث قالوا إن ولي الصغير والذي له حق التصرف في أمواله بالمقام الأول هو أبوه، وذلك ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم وصي الأب بعد وفاة الأب¹، ثم الجد الصحيح وهو أبو الأب وإن علا²، ثم وصي الجد، ثم القاضي أو وصي القاضي أيهما تصرف صح تصرفه، ولم يذكر الأم أو وصيها في الولاية على المال، بخلاف النكاح³. والوصي عند فقهاء الحنفية من حيث مصدر تعيينه ينقسم إلى قسمين، أحدهما يختاره ويعينه ولي الصغير كأب والجد، والثاني يختار ويعين من قبل القاضي، وهو ما يعرف بالمقدم أو مقدم القاضي.

وهؤلاء الأولياء أو النواب الشرعيين عند الحنفية رتبهم نص المادة 974 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "ولي الصغير في هذا الباب: -أولاً: أبوه، ثانياً: الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه. -ثالثاً: الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات. - رابعاً: جده الصحيح أي: أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب. -خامساً: الوصي الذي اختاره هذا الجد ونصبه في حال حياته. -سادساً: الوصي الذي نصبه هذا الوصي -سابعاً: القاضي أو الوصي الذي نصبه القاضي وأما الأقارب كالإخوان والأعمام وغيرهم فإذا لم يكونوا أوصياء". هذا هو ترتيب الأولياء عند فقهاء الحنفية.

¹ عرف السيد سابق الوصي بأنه: "الذي وكل إليه أمر المحجور سواء أكان التوكيل من الأقارب أو من الحاكم". وتم تعريف والوصي أيضاً بأنه: "هو الشخص الذي اختاره الأب ليقوم مقامه في رعاية مصالح أبنائه المالية بعد موته". السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 3، س 1977، ج 3، ص 579. عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 340.

² الجد المقصود هنا هو أبو الأب، أما الجد أبو الأم فإنه يعد جداً فاسداً لأنه من ذوي الأرحام ليس كأب الأب، فلا يملك حق التصرف في مال الصغير. وقد ذهب الحنفية إلى إقامة الجد منزلة الوصي في حفظ مال الصغير والتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات، وهذا في حالة ما إذا مات الأب وترك أولاداً صغاراً ولم يوص إلى أحد، وقد ذهب محمد من الحنفية إلى إقامة الجد مقام الأب حيث قال في الكتاب: "إذا مات الرجل وترك وصياً وأباً، كان الوصي أولى من الأب، فإن لم يكن له وصي فالأب أولى". البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 852. الشريبي، مغني المحتاج، ج 3، ص 152.

³ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 220. الحصفكي، الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2002، ص 611. الكلبوي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ج 4، ص 75. القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، ج 2، ص 81.

القول الثاني: وهو لفقهاء المالكية والحنابلة، حيث قالوا أن الولي الذي له حق الولاية على مال الصبي هو الأب في المقام الأول ثم وصي الأب¹ لأنه نائبه، ثم وصي وصي الأب، ثم للقاضي أو الحاكم² ووصيه، لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فثبتت للسلطان ووصيه وهو ولي من لا ولي له، ولا تثبت لغيرهم لأن المال محل الخيانة، ومن سواهم قاصر الشفقة غير مأمون على المال فلم يله كالأجنبي، كما وثبت لجماعة المسلمين عند فقهاء المالكية عند انعدام جميع من سبق ذكرهم والجد عندهم ليس بولي ولا ينزل منزلة الأب، لأنه لا يدلي بنفسه وإنما يدلي بالأب الأدنى، فلم يله مال الصغير، وكذلك الحال عندهم بالنسبة للأخ والعم وسائر العصابات فلا ولاية لهم إلا بالوصية³، ولكن عدم اعتبار الجد الصحيح من الأولياء رغم اعتبار قربه من حفيده وشفقته عليه أكثر من وصي الأب، رغم أن الجد يدلي لحفيده بواسطة ابنه، وهو ما تم مخالفة فيه فقهاء الحنفية والشافعية.

القول الثالث: وهو لفقهاء الشافعية، وقالوا يقدم الأب في الولاية على مال ابنه الصغير، ثم الجد الصحيح وهو أب الأب إذ يعتبرونه في منزلة الأب، ثم وصي من تأخرت وفاته، ثم القاضي أو

¹ أجمع علماء الشريعة الإسلامية أنه يجوز أن يقوم على مال القاصر شخصاً واحداً، وكذلك يجوز له أن يكلف وصياناً أو أكثر يقومون بشؤون أولاده القاصر، حيث يكلف كل واحد مهمة بمهمة معينة، وعندئذ ليس لأحدها أن ينفرد بالتصرف، بل يجب أن يجتمع رأيهما في حفظ مال القاصر، يستثنى في ذلك بعض التصرفات التي لا تحتاج إلى الرأي، وذلك كطلب الدين، ورد الوديعة وشراء الأمور الضرورية للقاصر. وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أن للأب أن يوصي بماله وبمن يليه من أبنائه القاصر إلى من يشاء بشرط توفر العدالة والثقة والأمانة والإسلام. القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، ج 2، ص 81-82. سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 1133.

² لكن يجب أن يلحظ هنا أنه ليس للقاضي ممارسة صلاحية من بيع وشراء وإيجار واستئجار وغير ذلك لمصلحة القاصر مع وجود النائب الشرعي المختص بها من ولي أو وصي، لأن ولاية هذا النائب مخصوصة بهذه الشؤون، فهي فيها مقدمة على ولاية القاضي العامة عليها، لأن من القواعد الفقهية المقررة أن الولاية الخاصة أقوى في موضوعها من الولاية العامة، فالقاضي يقوم بالإشراف على كل تصرفات النواب الشرعيين على أموال القاصر الموجودين تحت ولايته القضائية، ولا فرق في ذلك بين الأب أو وصيه أو المقدم الذي عينه القاضي نائباً عنه لتولي شؤون القاصر المالية. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ص 852. عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 369.

³ خليل، التوضيح، ج 6، ص 241. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د س، ج 3، ص 299-302. المهدي الوزاني، التوازل الجديدة الكبرى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، المملكة المغربية، د ط، س 1998، ج 6، ص 129. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 107. ابن قدامة، الشرح الكبير، دار هجر، القاهرة، مصر، ط 1، س 1995، ج 13، ص 368. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 3، ص 447.

الحاكم إما أن يتولى بنفسه أو يقيم أميناً¹. وفي هذا يقول بن قدامة المقدسي في الشرح الكبير: "ومذهب أبي حنيفة، والشافعي، أن الجد يقوم مقام الأب في الولاية؛ لأنه أب"².

والذي يتبين اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار الأب ولياً على أبنائه المحجورين، وهو معين من طرف الشرع، وليس للحاكم منعه من ذلك إذا كان ثقة أميناً، كما أن الأب يقدم على غيره في الولاية، وذلك راجع لعدة أسباب منها:

1- لوفور شفقتة ورحمته على أبنائه القصر، وأصالة رأيه بالنسبة لمصالح ولده، ولذا فهو مدفوع بعوامل العطف والرحمة إلى إحسان التصرف في مال القاصر.

2- لكون الأب أقرب الناس إلى ابنه القاصر، وهو جزء منه، وفي محافظة الأب على مال الصغير محافظة على مال نفسه³.

3- لكمال عقل الأب وقدرته على التصرف لمصلحتهم على أكمل وجه، سواء من جانب المسك أو الاستثمار، ولذا كان أجدر الناس بحماية أموال أبنائه القصر عن غيره.

وللأسباب التي سبق ذكرها وغيرها كان تقديم الأب على غيره من الأولياء في القيام بشؤون القاصر المالية.

واعتباراً للأهمية العملية في ترتيب الأولياء على المال والتي سبق ذكرها، فإنه لا ولاية على الصغار للقاضي مع وجود الأب، ولا لمقدم مع وجود وصي الأب على الأولاد، كما أن كل تصرفات اللاحق مع وجود السابق تعد ملغاة، ولا تنتج أي أثر في مال القاصر.

¹ فقد ذهب فقهاء الشافعية إلى أن القيم لا يملك التصرف في مال القاصر من غير إذن من القاضي، لأن القيم لا ينزل منزلة الأب أو الجد في قيامه بالتصرفات لحفظ مال القاصر، وكما أن تنصيب القاضي له يجوز أن يكون على جهة الحفظ فحسب، لأن القيمين ينقسمون إلى حفظة ومتصرفين، لكن إن صرح القاضي تفويض التصرف له ملكه على موجب الشرع. ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، د ط، س 1991، ص 76-77. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة، س 1951، ص 72. الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج 5، ص 459-460.

² ابن قدامة، الشرح الكبير، ج 13، ص 368.

³ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 10.

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى أن الولاية الشرعية تكون للذكور دون الإناث، وقد استدلوا في منعهم لولاية الأم على أبنائها القصر بقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّتِي تَبَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْبَعُوا إِلَيْهِمْ ۖ أَمْوَالَهُمْ﴾¹، حيث قالوا إن هذه الآية تخاطب الرجال دون النساء بالولاية وتدبير أموال المحجورين، لأنهم أقدر على تحمل مسؤولية القصر وهذا راجع لاختلاطهم بالناس، وتمرسهم في الأعمال المالية وخبرتهم بها. وحصروا الأولياء في أفراد معينين، واستثنوا الأم من ضمنهم، وفي هذا يقول الكليوبي من الحنفية: "والمراد منه الترتيب - أي الأولياء -... دون الأم، ووصيها"².

وذكر الكثير من الفقهاء سواء من المتقدمين أو المتأخرين إلى عدم وجود رأي أو قول في الفقه يعتبر الأم من ضمن الأولياء على أموال أبنائها القصر أو على غيرهم بشكل تلقائي، أي بمجرد موت أبيهم من غير أن تحتاج إلى وصاية أو تقديم، أو حتى قول يقدمها على الوصي والمقدم³، في الولاية على أموال القاصر، إذن فلا يمكن اعتبارها ولية على أبنائها.

والحقيقة أنه بعد البحث والتمحيص في كتب الفقه تبين أن هناك قول ثان لبعض فقهاء الشافعية أورده الشيرازي والنووي وغيره من فقهاء الشافعية والذي يرى جواز تصرف الأم في مال ابنها الصغير بعد الأب والجد مباشرة، كما وتقدم على وصيهما لكامل شفقتها على أبنائها، لأنها أحد الأبوين، فثبتت لها عندئذ الولاية على المال كالأب، ولم يحدد الشيرازي من قال به من فقهاء الشافعية، بينما أورد النووي أن "الاصطخري" هو من قال به، وقال "الاصطخري" أيضاً أنه ليس فقط للأم حق التصرف في مال ولدها بعد الأب والجد، وإنما لوصي الأم أيضاً الحق في أن يلي

¹ سورة النساء، آية رقم 6.

² الكليوبي، مجمع الأثر، ج 4، ص 75. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 240. بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 2، ص 630. محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 231.

³ إبراهيم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، د ط، د س، ص 388. محمد ابن معجوز، نفس المرجع، ج 2، ص 231.

مال أطفالها بعد وفاتها كما لها الحق أن تتصرف فيه حال حياتها، والمعمول به في مذهب الشافعية أنه لا ولاية للأم على مال ابنها المحجور عليه، لأنها تثبت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح¹.

وذكر بعض فقهاء الحنابلة أيضاً أن للأم الحق في الولاية على مال أولادها القصر، وقالوا إنها تقدم على الوصي والحاكم بشرط العدالة، وهذا القول ليس عليه أكثر الحنابلة إنما اختاره بعضهم فقط².

وهناك من الفقهاء من قال إنها تلي الأب مباشرة إذا رأى القاضي المصلحة في ذلك، لكن من باب الوصاية في حالة سلب³ السلطة من الأب لعدم أهليته أو بسبب إتلاف مال ابنه القاصر، كما وتنقل حقوق الأب إلى الأم متى كانت مستوفية للشروط الشرعية وتكون لها الأحقية في ذلك عن غيرها⁴. لكن هذا القول هو غير مشهور أو لبعض الفقهاء المتأخرين أو المعاصرين.

وخلاصة لحكم ولاية الأم على أبنائها فإن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية لا يرون جواز ولاية الأم المالية على أبنائها القصر، إنما هناك من يرى بجواز ولايتها بطريق الإيضاء من طرف الأب أو القاضي، وهذا خلافاً للقول الفقهي غير المشهور والذي يرى جواز ولايتها بعد الأب مباشرة.

وما يتوصل إليه بخصوص ترتيب المستحقين للولاية على أموال القاصر أن لها ارتباط وثيق بنظام الأسرة ومصالحها، وعمادها حرص الولي وقدرته على رعاية حقوق القاصر، فيجب أن يكون الولي ممن يتوافر فيه هذا الحرص والقدرة في العادة، لذا كان الأصل في الولاية شرعاً أن يتولاها من الأسرة من هو أقرب الناس نسباً إلى القاصر، والذين هم من الأصول والأصل الصحيح

¹ النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 421-422. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1995، ج 2، ص 126. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 421-422. الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص 152. الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج 5، ص 459.

² المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 291-324.

³ السلب يعني نزع وإنهاء الولاية كلياً وبالقوة من طرف القاضي لمبررات المعتمدة شرعاً كسوء التصرف.

⁴ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 321-322.

أو من يعينونه أو يكون الأمر بيد القاضي، لكن يشترط أن يكون النائب الشرعي موفور الشفقة على القاصر، وثانياً أن تكون له القدرة على النظر السديد في شؤون القاصر المالية.

ثانياً-ترتيب النواب الشرعيين في قوانين الأسرة المغربية:

أما بخصوص ترتيب النواب الشرعيين للقاصر في قوانين الأسرة المغربية فلهم ترتيب لا يختلف كثيراً عما ذهب إليه الفقه الإسلامي، حيث أعتبر المشرع الجزائري أن الأب يأتي في المقام الأول¹، وهو ما نصت عليه المادة 87 ق أ ج: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر"، فيعتبر الأب هو الولي الشرعي لأبنائه القصر، وهو ما يمنحه حق تسيير أموالهم حسب مصلحتهم.

كما اعتبر المشرع المغربي أيضاً أن الأب هو صاحب الدرجة الأولى في الولاية الشرعية على أبنائه القصر، فقد نصت المادة 231 م أ م على أن: "صاحب النيابة الشرعية: -الأب الراشد..."، ولا يحتاج الأب إلى من ينصبه في هذه المهمة، ويستوجب عليه القيام بمهمة الولاية على أبنائه القصر، وهذا لكونه أكثر حناناً وشفقة عليهم من باقي النواب الشرعيين، وتعتبر ولاية الأب على أبنائه أيضاً حقاً له وواجباً عليه في نفس الوقت، وهو ما يجعله غير قادر من التنصل منها، كما أنه لا يملك القضاء انتزاعها منه مادام حياً وقادراً على القيام بها على الوجه المطلوب²، وذلك كله هو ما نصت عليه مدونة الأسرة المغربية في أحكام المادة 236 حيث جاء فيها: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، مالم يجرد من ولايته بحكم قضائي..."، إذ أن كل أب يعد ولياً عن أبنائه القصر المحجور عليهم، وهذا راجع لقربته منهم ووفور شفقتهم عليهم.

وما نص عليه المشرع المغربي هو أيضاً ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفقرة الأولى من نص الفصل 154 م أ ش ت، وهو أيضاً ما نص عليه المشرع الموريتاني ضمن أحكام المادتين 177 و178 م أ ش ت.

¹ الأولياء عند المشرع الجزائري هم الأب والأم فقط، وذلك طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من نص المادة 87 ق أ ج، وهو ما نص عليه المشرع التونسي ضمن نص الفقرة الأولى من المادة 154 م أ ش ت، بينما في التشريع المغربي الأولياء هم الأب والأم والقاضي، وهو ما ورد ضمن الفقرة الأولى من نص المادة 230 م أ م، بينما المشرع الموريتاني نص على أن الأولياء هما الأب والقاضي فقط، وهو ما ورد في الفقرة الثانية من نص المادة 177 م أ ش م.

² محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 227.

بينما كان للمشرع الليبي موقف مغاير لكل ما سبق ذكره، واعتبر ضمن الفقرة الأولى من نص المادة 44 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم أن الولاية على مال القاصرين تكون للوالدين أيهما أصلح، ولم ينص على أي ترتيب أو تقديم للأب عن غيره، ومنح ضمن الفقرة الثانية من ذات القانون الحق للمحكمة عدم التقيد بالترتيب إذا اقتضت مصلحة القاصر ذلك، وهو الموقف الذي لم يقل به أحد من الفقهاء ولم يتبنه أي من قوانين الأسرة المغاربية.

ويتجلى لنا من خلال الإطلاع على نصوص قوانين الأسرة المغاربية اعتبار الأب في المقام والدرجة الأولى للنواب الشرعيين، وهذا لما يفترض فيه من عطف وحرص على شؤون أبنائه، وولاية الأب تنطوي على معنى الحق، لذلك هي حق له، وتنطوي على معنى الواجب بحكم مركزه الذي يفرض عليه ذلك.

فتعد ولاية الأب أو السلطة الأبوية على مال ابنه القاصر بمثابة حقوق ممنوحة للأب من طرف الشريعة الإسلامية أو بموجب القانون على أملاك ابنه القاصر لمعاونته وحمايته حتى يصل إلى سن معين يجعله أهل لأن يسير بنفسه في الحياة¹. فهي على هذا الأساس اجبارية وملزمة للولي بقوة الشرع والقانون دون حاجة لتعيينها من طرف القضاء. لذا نجد منحت التشريعات المغاربية الأسبقية للأب في الولاية دوناً عن غيره من الأولياء، هذا إذا توفرت فيه الشروط القانونية اللازمة التي تجعله أهلاً لهذه المسؤولية، وفي هذا رعاية للمصالح المالية للقاصر المولى عليه.

أما بخصوص الأم فقد منحت جل التشريعات المغاربية الولاية المالية للأم على أبنائها القصر بعد الأب مباشرة، مخالفة في ذلك قول جمهور الفقهاء، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن الفقرة الأولى من أحكام المادة 87 ق أ ج بنصها: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله"، وعليه فتعد الأم من ضمن الأولياء وتصنف بعد الأب مباشرة وتحل محله بعد وفاته، كما وتتقدم على الجد ووصي الأب، بل حتى في حالة غياب الأب أو حصول مانع تنتقل الولاية على القصر مباشرة إلى الأم وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 87 ق أ ج ورد فيها: "وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر

¹ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 320-321.

المستعجلة المتعلقة بالأولاد"، لكن تظل هذه الولاية مؤقتة إلى غاية رجوع الأب وعودته، وهذه الإضافة جاءت بعد تعديل 2005، فالأم تتمتع بهذا الحق بعد وفاة الأب وأصبحت تتولى الشؤون المستعجلة لأولادها حتى في حالة غياب الأب أو حصول مانع له.

لكن بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من نص المادة 87 ق أ ج نجده منح حق الولاية للأم حتى في حالة وجود الأب، وذلك بعد وقوع الطلاق وإسناد حضانة الأولاد لها حيث جاء نصها: "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، وهذه المادة جاءت ضمن التعديل الأخير لقانون الأسرة بالأمر رقم 05-02، وهو ما قد يطرح عدة إشكالات، من بينها في حالة ما إذا كانت الأم التي أسندت لها الولاية لا تتوفر فيها أحد شروط الولي المنصوص عليها، كشرط الإسلام والذي يعد شرط متفق عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية في حين كان القاصر المولى عليه مسلماً، وهو ما منعه فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات المغاربية باستثناء المشرع التونسي.

خاصة إذا ما علمنا أن قرار المحكمة العليا تحت رقم 476515 المؤرخ في 14-01-2009¹ قضى بما جاء ضمن أحكام الفقرة الثالثة من نص المادة 87 ق أ ج، ومنح للأم حق ممارسة الولاية على المال في حالة ما إذا أسندت لها الحضانة. وقد جاء في نص القرار ما يلي: "حيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل (ع) للأم دون منحها الولاية عليه يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار فيه جزئياً فيما يتعلق بالولاية...".

ويبدو أن قضاة الموضوع في الدرجة الأولى وأمام مجلس القضاء استندوا عدم منح الولاية على مال القاصر للأم الحاضنة للأحكام التي كانت قبل تعديل قانون الأسرة، والتي كانت لا تمنح الولاية للأم حال وفاة الأب وعملاً بقول جمهور الفقهاء، وهو ما يخالف أحكام المادة 87 من

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 476515، الصادر بتاريخ 2009/01/14، المجلة القضائية، س 2009، عدد 1، ص 265.

قانون الأسرة في فقرتها الثالثة، وهو ما جعل قرارهم المطعون ضده من طرف والدة المحضون يتعرض للنقض من طرف قضاة المحكمة العليا.

ونستنتج من كل ما سبق أن للأم الحق في الولاية على مال ابنها القاصر بعد وفاة الأب، بل حتى في حياته، إذا حصل مانع له، بل حتى في حال الطلاق مع عدم حصول أي مانع له، وهو ما نصت عليه المادة 87 ق أ ج في فقرته الثالثة وأيده قرار المحكمة العليا.

وقد نصت المادة 92 من ذات القانون على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليته لذلك بالطرق القانونية..."، وهو ما يدل دلالة صريحة أن الأم تلي الأب مباشرة ولا يمكن تخطيها إلا إذا كان هناك مانع.

ونستخلص من النصوص السابقة في قانون الأسرة الجزائري إلى أن الولاية هي سلطة يخولها القانون للأب وللأم احتياطاً، وتثبت هذه الولاية للأم بقوة القانون دون الحاجة لتعيينها من قبل القاضي أو أي هيئة¹، وهو أيضاً ما أيده قرار المحكمة العليا تحت رقم 187692 بتاريخ 23 ديسمبر 1997²، إذ جاء في مبدأ القرار بأنه: "من المقرر قانوناً أنه في حالة وفاة الأب تحمل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناءً على طلب من له مصلحة"، فاعتبر هذا القرار أن منح الولاية بعد وفاة الأب لغير الأم يعد مخالف للقانون مالم يثبت تعارض المصالح، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادتان 87 و90 ق أ ج.

وقضاء قضاة الموضوع بمنح الولاية لغير الأم مع عدم إثبات التعارض بين مصالح القاصر وأمه الطاعنة يعد مخالف لأحكام المادتين 87 و90 ق أ ج، وهو ما عرض قرارهم للنقض.

وقد خولت مدونة الأسرة المغربية للأم أيضاً ممارسة الولاية على أبنائها القاصرين، وجعلتها في المرتبة الثانية بعد الأب مباشرة مقدمة في ذلك على وصيه، وهذا في إطار المساواة بين الزوجين،

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 231.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 187692، الصادر بتاريخ 1997/12/23، المجلة القضائية، س 1997، عدد 1، ص 53.

وهو ما نصت عليه أحكام المادة 230 م أ م حيث ورد فيها: "يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي..."، واعتبرت مدونة الأسرة المغربية الأم ولية على أبنائها القاصرين بمجرد وفاة الأب مباشرة أو غياب أو فقدان للأهلية أو حصول مانع ما، وهو ما ورد في أحكام المادة 231 م أ م وذلك بأن: "صاحب النيابة الشرعية: -الأب الراشد؛ -الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته...".

وقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بالمغرب في ملف عدد 296/09 بتاريخ 11/04/19 أنه: "طبقاً لمقتضيات المادة 231 من مدونة الأسرة فإن النيابة الشرعية عن القاصر تكون للأب الراشد ولا تنقل إلى الأم إلا عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، وعليه فإن الدعوى المرفوعة ضد أم القاصر بصفتها ولية شرعية له، مع أن الأب الذي له الولاية الشرعية موجود تكون غير مقبولة"¹. وهو ما يدل تأكيد المجلس الأعلى بوجوب الالتزام بما جاء ضمن نص المادة 231 م أ م، ونستنتج بمفهوم المخالفة لهذا القرار اعتبار الأم تأتي في ترتيب الولاية بعد الأب مباشرة، فإذا توفي الأب فإنها تليه في الولاية على مال ابنها القاصر.

بل واعتبر المشرع المغربي أن الأم لا تقوم مقام الأب عند وفاته فقط، بل حتى حال حياته وحصول مانع له، وهذا بمقتضى نص المادة 236 م أ م والتي تنص على أن: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجر من ولايته بحكم قضائي، وللاّم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب"، وهو نفس ما نص عليه المشرع الجزائري في أحكام الفقرة الثانية من نص المادة 67 ق أ ج، وهذا كله تكريساً لمبدأ المساواة بين الزوجين في أمر الولاية المالية على الأبناء القصر.

¹ قرار المجلس الأعلى، عدد 185 في ملف عدد 296/09 الصادر بتاريخ 2011/04/19، مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 74، ص 162 وما يليها. نقلاً عن محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، س 2014، ص 349.

وقد منح المشرع المغربي للأم حق ممارسة نيابة قانونية جزئية على مال القاصر إذا كانت هي المتبرع، فيكون لها الحق القيام بالمسك والإدارة والتنمية لهذه الأموال، وهو ما نصت عليه المادة 239 م أ م¹، وهذا الأمر لا يشمل الأم فقط بل لكل متبرع أيضاً.

كما نص المشرع التونسي على نفس الحكم الذي يقضي بإسناد الولاية للأم مباشرة بعد الأب وذلك في نص الفصل 154² من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "القاصر وليه أبوه وأمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته"، كما نص الفصل 155 من ذات القانون بقولها: "للأب ثم الأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة، ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية"، فيجب الالتزام بهذا الترتيب الذي أورده المشرع التونسي، لأن الأداة "ثم" تفيد الترتيب لا التخيير.

وعلى هذا فإن الأم تعد ولية على أولادها القصر، وهذا بقوة القانون بمجرد حصول أحد الأسباب السابق ذكرها، ومن غير حاجة إلى أن يوصي لها الأب ولا أن يجعلها القاضي مقدماً على أولادها القصر، وهذا يقضي بأن الأب إذا جعل وصياً على أولاده وكانت أمهم رشيدة فإن ذلك الإيلاء يلغى لأن الأم تعد ولياً قانونياً بعد الأب مباشرة، وإذا كان للأب أولاد من زوجتين أو عدة زوجات فإن كل أمماً تصبح ولياً على أولادها، سواء أكان أولئك الأمهات جميعاً في عصمة الأب، أو كان بعضهن أو كلهن مطلقات.

وخلافاً للآراء الفقهية وللنصوص السابق ذكرها ضمن التشريعات المغاربية فإن المشرع الليبي جعل الولاية للأصلح من والدي القاصر ثم لمن تعينه المحكمة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 44 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، وقد خالف المشرع الليبي خالف إجماع الفقهاء الذين يسندون الولاية للأب دون الأم، كما وخلق في الوقت نفسه الغموض عندما أضاف لنص المادة 44 السالفة الذكر عبارة: "أيهما أصلح"، وهو ما يفهم منه أن الولاية لا تنعقد بقوة القانون للوالدين معاً، وإنما تكون لمن هو أصلح منهما، وهذا التفسير يستوجب بالضرورة

¹ للشخص المتبرع للقاصر اشتراط عدم دخول هذا التبرع في نطاق الولاية، وعليه فإن هذه الأموال تخرج من الولاية ولا يكون للولي عليها أي سلطة، وهو ما نصت عليه المادة 239 من مدونة الأسرة المغربية بقولها: "للأم ولكل متبرع أن يشترط عند تبرعه بمال على محجور ممارسة النيابة القانونية في إدارة وتنمية المال الذي وقع التبرع به، ويكون هذا الشرط نافذ المفعول".

² نقح الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالقانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981.

تدخل جهة أخرى وهي المحكمة لتحديد أي من الوالدين أصلح لهذه الولاية¹. وهو ما يبين أن المشرع الليبي لم يوفق في هذه الجزئية فكان من الأجدر به أن يحدد ترتيب الأولياء كما فعل المشرع الجزائري والمغربي والتونسي.

أما بخصوص المشرع الموريتاني فإنه لم يجعل للأم حظ في النيابة من الأساس، وهو ما يستنبط من أحكام المادة 177 م أ ش م إذ لم تورد الأم ضمن الأولياء، وهو ما يبرز تبنيه لموقف جمهور الفقهاء في هذه الجزئية.

إن جل قوانين الأسرة المغاربية جعلت للأم مكانها الأنسب في تولي الولاية على مال القاصر، وذلك بعد الأب مباشرة حال وفاته أو انعدام أهليته، وهذا الترتيب منطقي، لأن أساس استحقاق الولاية على مال القاصر هو الأكثر حرصاً على أمواله والأكثر شفقة عليه، لكن المشرع الليبي جعلها للأصلح، ولم يحدد الأصلح وترك للمحكمة لتقوم بذلك، وهو الأمر الذي لم يوفق فيه. والذي يتبين من كل ما سبق ذكره تكريس قوانين الأسرة المغاربية لمبدأ المساواة بين الزوجين، إذ أصبحت الأم تحتل مركزاً يعادل مركز الأب ضمن جل التشريعات المغاربية.

أما بخصوص الجد فلم تمنح له الولاية على أموال القاصر ضمن التشريعات المغاربية، وهذا الاختيار هو لقول المالكية، في حين منح له المشرع الجزائري حق النيابة على أموال القاصر، وهو ما يستفاد ضمناً من نص المادة 92 ق أ ج، والتي منحت له حق تعيين وصي على أبناء ابنه، وهذا الحق لا يثبت إلا إذا كان ولياً، فيأتي ترتيب الجد بعد الأب والأم مباشرة، والظاهر أنه لا يثبت أي حق للجد في الولاية، وذلك استناداً لنص المادة 87 ق أ ج، وعليه فيكون الأولياء هم الأب والأم فقط.

وقد اعتبرت المحكمة العليا الجد بمثابة وصي، وهو ما ورد في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 363794 بتاريخ 17 ماي 2006 حيث جاء نصه: "الجد يصبح بحكم المادة 92 ق أ ج وصياً على الولد القاصر، اليتيم الأبوين.."². فلا يمكن اعتبار الجد من ضمن الأولياء والمشرع لم

¹ عبد الحميد الأطرش، الولاية على المال بين الثبات والتجديد، المجلة الجامعة، عدد 10، س 2008، ص 102-103.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 363794، الصادر بتاريخ 2006/05/17، المجلة المحكمة العليا، س 2006، عدد 2، ص 461.

ينص على ذلك صراحة، ولكن يعتبر من الأوصياء، ومهما يكن فإن الوصي يعتبر من النواب الشرعيين القاصر وله الحق في تولي النيابة الشرعية¹، كما أن الوصاية صورة من صور النيابة الشرعية².

إن قوانين الأسرة المغاربية التي نصت على ولاية الأم بعد الأب لم تمنح للأب حق تعيين وصي على ابنه القاصر حال وجود الأم، لأن الأم تحل مكانه بعد وفاته مباشرة، إذ جاء في نص المادة 92 ق أ ج ما نصه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية"، وعلى هذا فلا يحق للأب تولية وصي إلا في بعض الحالات التالية³:

- 1- إذا ماتت الأم قبل وفاة الأب، فلم يعد هنا للأولاد القاصرين أم تولى عليهم.
- 2- إذا كانت الأم غير رشيدة، إما لصغر سن بعد وفاة الأب، أو لجنون أو سفه.
- 3- إذا لم يكن للبعض الأولاد أم وذلك بأن توفيت أو كانت غير رشيدة، فإنه حينئذ يمكن لأبوهم أن يوصي على أولاده فقط الذين ليست لهم أم فقط.

وقد منح المشرع الجزائري للجد بعد الأب الحق في تعيين وصي على أموال أبناء أبنائه القصر رغم أن المشرع الجزائري لم يمنح له الحق في الولاية، وذلك في حالة عدم وجود أم لهم تتولى

¹ تعتبر الوصاية صورة من صور النيابة الشرعية، وقد أعطى الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية الحق لولي القاصر أن يختار قبل موته من يقوم على حماية وصيانة أموال أولاده القاصرين والسهر على تدبير شؤونهم، ولا يقوم الولي بذلك إلا خوفاً من أن تتعرض مصالحهم للإهمال وأمواهم للضياع بعد موته، ذلك لأن القصر لا يستطيعون القيام بما فيه مصلحة لهم بسبب صغر سنهم، والأب أو الولي بشكل عام لا يقوم بذلك إلا بعد أن يتأكد من أن هذا الشخص صالح للقيام بهذا الدور، وسواء أكان هذا الشخص الذي يختاره الأب أو الأم -عند من يرى ذلك- رجل أو امرأة، من أسرة الأب أو أجنبياً عنها، ويسمى هذا الشخص الذي يعينه الولي للقيام بشؤون القصر عند فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بالوصي.

² عرف فقهاء المالكية الوصاية بأنها: "إسناد النظر في أمر المحجور أو تنفيذ وصية لثقة مأمون". وبهذا المعنى تكون الوصاية القيام بما عهد به الموصي من رعاية شؤون المحجور سواء أكان من عديمي الأهلية أو ناقصيها كالقصر والمجانين. وتعتبر الوصاية صورة من صور النيابة الشرعية، وتشارك مع الولاية كون المناب عنه ولداً قاصراً. غير أنها تتميز عنها من حيث شخص النائب أي الوصي عن الولد القاصر. الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 8، ص 513. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 232.

³ محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ج 2، ص 236.

شؤونهم، أو في حالة ثبوت عدم أهليتها للقيام بشؤون الولاية¹، وهو ما نصت عليه المادة 92 ق أ ج بأنه: "يجوز للأب والجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية".

ويظهر مما سبق عدم الانسجام بين نص المادة 87 ق أ ج والتي لم تجعل الجد من ضمن الأولياء، في حين منحه نص المادة 92 الحق في تعيين الوصي بعد وفاة الأم أو ثبت عدم أهليتها، وكان من الأخرى جعله من ضمن الأولياء ليستقيم بذلك نص المادة 92 ق أ ج، أو عدم منحه الحق في تعيين الوصي، ومنح ذلك للأم بدلاً من الجد، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الرابعة والخامسة من أحكام المادة 238 م أ م ذلك بأنه: "يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور، ولها أن ترجع عن ايصائها. تعرض الوصية بمجرد وفاة الأم على القاضي للتحقق منها وتثبيتها".

وقد منح المشرع المغربي حق الإيصاء للأب والأم فقط، وهو ما نصت عليه المادة 230 م أ م بقولها: "الوصي هو وصي الأب أو وصي الأم"، وورد في المادة 237 م أ م بأنه: "يجوز للأب أن يعين وصياً على ولده...". نصت الفقرة الرابعة من أحكام المادة 238 م أ م بأنه: "يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور..."، فكل شخص اختاره الأب أو الأم ليتولى رعاية مال القاصر وحفظها يعد وصياً مختاراً.

وفي كل هذا تكريس لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة والتي عززت مكائنتها، بعد ما كان هذا الحق ممنوعاً عليها من قبل ومقتصرراً فقط على الأب، وهكذا فإن تعيين الوصي المختار يكون من طرف الأب كما يكون من طرف الأم، وهذا بخلاف باقي التشريعات المغاربية التي منحت حق تعيين الوصي للأب، كما نص المشرع التونسي في الفصل 154 م أ ش ت، والمشرع الموريتاني في

¹ لتعيين وصي على القاصر من طرف الأم أو الجد يجب أن يكون القاصر يتيماً من الأم، أو تكون على قيد الحياة لكن غير آهلة لتولي الولاية على القاصر بسبب عارض من عوارض الأهلية كالجنون مثلاً، ويتم الإثبات بعدم الأهلية بجميع وسائل الإثبات، ولم يضع المشرع أية شكلية لتعيين الوصي من طرف الأب أو الجد، لهذا يجوز تعيينه بمجرد تصريح مضمي عليه أو بوثيقة يجرها الموثق تتضمن تصريح الأب أو الجد أو بحضور شاهدين كما ويتدخل القاضي عند تعدد الأوصياء بغية اختيار من هو أصلح لرعاية القاصر أو ناقص الأهلية. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 97.

الفقرة الثانية من نص المادة 177 م أ ش م وأضاف ضمنها وصي الوصي، بينما المشرع الجزائري أضاف الجدد وهو ما سبق ذكره.

وبعد استحقاق الولي ثم الوصي للنيابة الشرعية على أموال القاصر يأتي المقدم في الاستحقاق الأخير في التشريعات المغاربية، حيث عرف المشرع الجزائري المقدم في نص المادة 99 ق أ ج بأن: "المقدم هو الذي 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 العامة"¹. بينما عرفه المشرع المغربي في الفقرة الرابعة من نص المادة 230 م أ م وذلك بأن: "المقدم هو الذي يعينه القضاء"، فكل شخص يعينه قاضي شؤون القاصرين أو القضاء ويكون تحت مراقبته لتولي إدارة وتسيير شؤون المحجور عليهم ويقوم برعاية أموالهم في حالة عدم وجود ولي أو وصي فإنه يسمى مقدماً.

وبخصوص الأشخاص الذين يحق لهم تولي مهمة التقديم فهم أقارب القاصر من الأخوة والأعمام والأخوال وجميع الأقارب، أما إذا لم يتثن ذلك فيعين القاضي من هو أصلح لتولي هذه المهمة، وهو ما نصت عليه المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري²: "يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة مقدماً من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين

¹ المقدم يدعى أحياناً القيم ويتم تعيينه بواسطة حكم قضائي بشرط أن يعدم الولي أو الوصي، لأنه يقوم مقام الوصي كما يخضع لنفس الأحكام التي تتعلق بمسؤوليته، وتمثل مهمته في القيام بشؤون عديمي الأهلية والحفاظ على مصالحهم، وذلك كالقاصر، ولتعيينه لا بد من تقديم طلب من طرف أحد أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة إذا لم يكن له ولي أو وصي. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومه، الجزائر، ط 2، س 2005، ص 316. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومه، الجزائر، ط 2، س 2014، ص 114. ومن خلال قراءة المواد 469-470-471 من قانون الإجراءات المدنية نجد أن تعيين المقدم يكون تبعاً لتقديم طلب في شكل عريضة من قبل أحد الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلب تقدمه النيابة العامة ثم يعين القاضي طبقاً لقانون الأسرة مقدماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره، ويجب في جميع الأحوال أن يكون المقدم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه، ويكون هذا التعيين بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه. عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 113.

² قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

شخصاً آخر يختاره، ويجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه".

وقدم الأقارب في التقديم على غيرهم لأنهم يملكون حق طلب تعيين مقدم على مال القاصر، لكن دائماً يستلزم على القاضي أن يراعي الأصلاح حال اختياره للمقدم، وهو ما ورد في قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية تحت رقم 577743 بتاريخ 14 أكتوبر 2010¹.

وهو أيضاً ما نص عليه المشرع المغربي في أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 244 م أ م، فللمحكمة في حالة عدم وجود أم أو وصي أن تعين مقدماً على القاصر أو المحجور بشكل عام أو تختار الأصلاح من العصابة، فإن لم يوجد ضمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم حسب مقتضيات، كما نصت الفقرة الثانية من نص المادة السالفة الذكر أن للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم وذلك إذا رأت في ذلك مصلحة للمحجور، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم.

كما ألزم المشرع الموريتاني على القاضي تعيين مقدم للقاصر الذي لا وصي له مع منح الأولوية في تعيينه للأم، وهو ما ورد ضمن نص المادة 183 م أ ش م، كما نص المشرع التونسي في الفقرة الثانية من نص الفصل 154 م أ ش م بوجوب تقديم الحاكم على القاصر في حالة وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما، وهذا إذا لم يكن للقاصر وصي يتولى شؤونه.

وخلاصة لما سبق ذكره فإن الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية خصت القاصر بحماية قبلية، لحماية ذمته المالية ودرءاً لأي ضرر قد يصيبها، وذلك من خلال فرض جملة من الأحكام والقيود التشريعية والقضائية المتعلقة بمؤسسة النيابة الشرعية، ذلك أنها هي التي يناط بها لعب الدور الأساسي لحماية أموال القاصر.

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 577743، الصادر بتاريخ 2010/07/14، مجلة المحكمة العليا، س 2010، العدد 2، ص 285.

المطلب الثاني: حقيقة المال المشمول بالحماية

ثبت للقاصر أهلية الوجوب بمجرد ولادته حياً، وهو ما يثبت له أيضاً جميع الحقوق المالية، كالهبة والميراث والوصية وما إلى ذلك من التبرعات وسائر الحقوق المالية، ولا يمكن قيام نظام الولاية المالية على القاصر دون أن يكون له مال في ذمته يتطلب حمايتها ورعايتها، إذ المال تتمحور هذه الحماية، وهو ما يتطلب التطرق لحقيقته هذا المال المشمول بالحماية ضمن هذا المطلب، حيث يتم تقسيمه لثلاث فروع يعرف من خلالها المال وأقسامه والمقدار المالي المكفول بالحماية.

الفرع الأول: تعريف المال

قد يبدو للوهلة الأولى أن تعريف المال لا يثير أي اختلاف بين الفقهاء، وفي حقيقة الأمر أنهم قد اختلفوا في تعريفه، وضمن هذا الفرع سيتم التطرق لتعريف المال في اللغة والاصطلاح الفقهي.

أولاً-تعريف المال لغة:

المال جمع أموال، والمال يذكر ويؤنث وهو المال وهي المال. والمال مأخوذ من الفعل مَوَّلَ الميم والواو واللام كلمة واحدة وهي تمول الرجل اتخذه مالاً. والمال معروف من جميع الأشياء، قال بن الأثير، المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم¹.

ويرى صاحب القاموس المحيط أن المال هو: "ما ملكته من كل شيء، والجمع أموال"².

يتضح من كل هذا أن التعريف اللغوي لمصطلح المال في اللغة مرجعه أعراف الناس له واعتباراتهم.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 11، ص 635-636. الرازي، معجم مقاييس اللغة، المحقق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، س 1979، ج 5، ص 285. الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 2، ص 586.

² الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 8، س 2005، ص 1059.

ثانياً-تعريف المال اصطلاحاً:

للفقهاء عدة تعريفات للمال تختلف من الناحية الفقهية عما هو عليه في اللغة، لأن هناك ضوابط فقهية له، وهو ما أدى لاختلاف التعريفات الفقهية، وهو ما سيتم بيانه.

إن مصطلح المال قد ذكر في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، لكن على الرغم من ذلك فإنه لم يرد عن صاحب الشرع تبيين لحقيقة هذا المصطلح، وكما يقول الفقيه محمد أبو زهرة إنما ترك للناس فهمها بما يعرفون ويألفون¹.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم لمصطلح المال نظراً لاختلافهم في المعنى المراد منه، ويمكن حصر وإجمال هذه التعريفات في تعريفين رئيسيين وهما تعريف فقهاء الحنفية وتعريف جمهور الفقهاء.

1-تعريف المال عند الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية المال بعدة تعريفات مختلفة في اللفظ متحدة في المعنى، ومن أهم هذه التعريفات هي تعريف بن عابدين، حيث عرف المال بأنه: "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"². كما أوردت مجلة الأحكام العدلية تعريفاً للمال منقولاً عن بن عابدين، وذلك في نص المادة 126 بأن: "المال هو ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره لوقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول"³. ومن خلال هذا التعريف لفقهاء الحنفية فإن المال يجب أن يتوفر فيه ثلاث شروط لكي يعد مالاً، وهذه الشروط هي:

أ-إمكانية الانتفاع به عادة أو شرعاً:

فإذا كان هذا الشيء لا يمكن الانتفاع به عند الناس في العادة كحبة قمح أو قطرة ماء فإنه لا يعد مالاً، لأنه لا ينتفع به وحده، أو كون هذا الشيء لا ينتفع به شرعاً أو مما يحرم

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 48.

² ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 9، ص 235.

³ لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ص 35.

استعماله، كلحم الميتة والخنزير، إلا في حالة الضرورة، لكن هذه الظروف لا تجعل منه مالا شرعاً¹، ويعتبر هذا النوع من المال غير متقوم لأنه الشارع لا يعترف بقيمته.

ب- الإحراز والحيازة:

يعد الإحراز والحيازة من الشروط الواجب توفرها في المال عند الحنفية، فما لا يمكن إحرازه كالأموال المعنوية كالعلم والصحة والشرف والذكاء فلا يعد من قبيل المال، وكذلك الأمور التي لا يمكن السيطرة عليها كالهواء وحرارة الشمس، لكن إذا تم تجميع الهواء في بالونات، وحرارة الشمس في صفائح فإنه صار متقوماً بالإحراز².

ج- الادخار لوقت الحاجة:

فصفة إمكانية ادخار المال شرط لاعتبار المالية وفي هذا يقول السرخسي: "أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة للشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول"³. وعليه فإن المنافع على اختلافها كحق الشفعة وحق السكنى لا تدخل ضمن مسمى المال لانعدام صفة الادخار. وينتقد شرط الادخار لاعتبار المالية في الأموال، ذلك أن بعض الأشياء لا تدخر وتعد من قبيل الأموال، كالخضر والفواكه وغيرها.

2- تعريف المال عند جمهور الفقهاء:

إن تعريف جمهور الفقهاء للمال يختلف عما هو عليه عند الحنفية، كما تعددت ألفاظ هذه التعريفات عند جمهور الفقهاء، ومن أهم هذه التعريفات هي:

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 48. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 41.

² وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 40-41.

³ السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، س 1993، ج 25، ج 11، ص 79.

أ-تعريف المالكية: حيث عرف فقهاء المالكية المال بأنه: "ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه"¹. وعلى هذا الأساس فإن المال يشمل كل من الأعيان والمنافع.

وقد أسس الإمام الشاطبي تعريفه للمال من كونه محل للملك، والملك لا يتعلق إلا بما له قيمة بين الناس، وإلا كان لا معنى للاختصاص به، فأساس المالية هي العلاقة التي تقوم بين الناس والشيء، وذلك لحاجة الانتفاع به بالوجوه المشروعة. وفي هذا التعريف لفقهاء المالكية قيدان وهما:

- ما يقع عليه الملك: فيخرج بهذا القيد كل شيء لا يكون مملوكاً للشخص.

-استبداد المالك به عن غيره: وذلك بشرط أخذه وتملكه عن طريق شرعي، فيحق للشخص المالك الانتفاع به بنفسه أو بواسطة غيره، وذلك كالإعارة والإجارة.

ب-تعريف الشافعية: لقد عرف الإمام الشافعي المال حيث قال: "لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها وإن قلت، وما لا يطرحه الناس من أموالهم مثل الفلوس وما أشبه ذلك الذي يطرحونه"².

وقد وضع الإمام الشافعي قيد لتعريف المال وهو: "كل ماله قيمة" ويترتب على من أتلف هذا الشيء الذي له قيمة، ضمان قيمة ما أتلف من هذا الشيء، وإذا كان هذا الشيء قليلاً جداً بحيث لا يمكن استعماله ولا الانتفاع به كحبة من القمح أو الشعير، فإنه لا يعد من قبيل المال، وكذلك إذا كان هذا الشيء محرم كالميتة فإنه لا يعد من المال.

ج-تعريف الحنابلة: وعرف الحنابلة المال بأنه: "ما فيه منفعة أو لغير حاجة ضرورة"³.

فاشترط في المال عند الحنابلة أن يكون فيه منفعة، فخرج مالا منفعة فيه كالحشرات، أو ما فيه نفع لكنه محرم كالخمر⁴.

¹ الشاطبي، الموافقات، دار بن عفان، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 1، س 1997، ج 2، ص 32.

² الشافعي، الأم، ج 5، ص 171.

³ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 3، ص 152.

⁴ البهوتي، نفس المرجع، ج 3، ص 152.

وما يمكن استخلاصه من التعريف الاصطلاحي للمال عند فقهاء الحنفية والجمهور أنهم متفقون في عدم اعتبار الشيء المحقر جزءاً من المال، كحبة من القمح وما شابه ذلك، لأنه لا يمكن الانتفاع به في العادة.

وقد خالف فقهاء الحنفية جمهور الفقهاء وحصروا مفهوم المال في الأشياء المادية المحسوسة التي يمكن إحرازها، وعليه فلم يعتبر الحنفية المنافع كسكنى الدار والحقوق كحق الارتفاق من قبيل المال، لأنه لا يمكن إحرازها، وفي ذلك جاء قولهم: "والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة"¹. في حين اعتبر جمهور الفقهاء أن المنافع جزء من الأموال، واعتبروا المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها، كما أنه يمكن حيازة المنفعة وذلك بحيازة أصلها ومصدرها².

وترتب على هذا الخلاف بعض الثمرات من بينها أن المنافع والحقوق لا تورث على قول الحنفية، لأنها ليست مال عندهم، بينما تورث عند جمهور الفقهاء، وكذلك الأمر فيمن غصب شيئاً ثم رده إلى صاحبه فإنه يضمن عند الجمهور، ولا ضمان عليه عند الحنفية إذا كان هذا المغصوب موقوفاً أو مملوكاً لليتيم³.

والراجع من هذين القولين هو اعتبار المنافع جزء من الأموال، وهو قول جمهور الفقهاء، لأن مصلحة العباد إنما تتحقق في منافع الأشياء لا في ذواتها، كما أن فيه ضمان لمنافع الأشياء المملوكة والمغصوبة التي ينبغي حفظها وضماتها، إذ أن إخراج المنافع والحقوق من دائرة الأموال فيه عدم حماية لحق المولى عليه والمحجور من التعدي من طرف الولي، والذي يمكن أن يتعدى على منافع القاصر دون أن يحاسب.

والذي يترجح من تعريفات الفقهاء لمال هو تعريف الجمهور، أما تعريف الحنفية فقد وجهت له انتقادات أهمها:

¹ التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، ج 1، ص 327.

² محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 52-53. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 42.

³ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 43.

الوجه الأول: قولهم: "أن المال ما يميل إليه الطبع" لكن هناك من الأموال من لا تميل إليه الطباع، بل وتعافها الأنفس البشرية على الرغم من اعتبارها أموالاً ولها قيمة مادية عالية كبعض الأدوية والسموم.

الوجه الثاني: قولهم: "يمكن ادخاره لوقت الحاجة"، حيث اعتبر هذا التعريف ناقص، لأنه غير جامع لكل أفراد المال، ذلك أنه يوجد من المال مالا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هي، كالخضر والفواكه، وقد عدها جمهور الفقهاء على أنها مال ويجري فيها التعامل¹.

فتعريف جمهور الفقهاء هو التعريف الراجح، وذلك لتقصيه جميع عناصر المال، واعتباره المنافع والحقوق داخلة في هذا المفهوم، كما وسع في مفهوم المال وطابق في ذلك المفهوم المستعمل للمال في العصر الحديث، إذ أنه أدرج ضمن المال أشياء لم تكن معروفة من قبل، لذلك تم ترجيح تعريف جمهور الفقهاء.

الفرع الثاني: أقسام المال

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية المال لتقسيم واف، وقد اشتهر هذا التقسيم، حيث قسموا المال لأربعة أقسام وذلك باعتبارات مختلفة، وقد أوردت بعض تشريعات الدول المغاربية أيضاً بعضاً من هذه التقسيمات، لذا لا بد من التطرق إليها وهي²:

- 1- باعتبار إباحة الانتفاع وحرمة إلى: متقوم وغير متقوم.
- 2- باعتبار استقراره في محله وعدم استقراره إلى: عقار ومنقول.
- 3- باعتبار تماثل آحاده أو أجزاءه وعدم تماثلها إلى: مثلي وقيمي.
- 4- باعتبار بقاء عينه بالاستعمال وعدم بقاءه إلى: استهلاكي واستعمال.

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 47.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 43.

أولاً-المال المتقوم وغير المتقوم:

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية المال باعتبار إباحة الانتفاع به وحرمة إلى متقوم وغير متقوم، وقد تم تعريفهما في الآتي:

فأما المال المتقوم فعرفه الفقهاء بأنه: "كل ما كان محرراً بالفعل، وأباح الشرع الانتفاع به"¹، وتم تعريفه أيضاً بأنه: "ما يباح الانتفاع به شرعاً في حالة السعة والاختيار"²، والمراد بحال السعة والاختيار في التعريف هي غير حالة الاضطرار، ومثال المال المتقوم كأنواع العقارات والمنقولات وسائر المطعومات.

أما المال غير المتقوم فيعرف بأنه: "مالم يحرز بالفعل أو مالا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار"³، ومثال الذي لم يتم إحرازه بالفعل كالسمك في الماء والطير في الهواء، ومثال الذي لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الضرورة كالخمر والخنزير وما إلى ذلك من المحرمات، هذا بالنسبة للشخص المسلم فإنه يعد مالا غير متقوم وذلك لحرمة الانتفاع به إلا في حالة الضرورة، أما بالنسبة لغير المسلم فقد عدها الحنفية من الأموال المتقومة، وقال غيرهم من الفقهاء أنها لا تعتبر مالا متقوماً حتى عند غير المسلمين لأهم ملزمون بأحكام المعاملات في بلاد الإسلام⁴.

ثانياً-العقار والمنقول:

إن تقسيم الأشياء أو الأموال إلى عقار ومنقول من أهم التقسيمات، وذلك راجع لأهمية النتائج المترتبة عليه في موضوع البحث، حيث تختلف الأحكام المعتمدة في العقارات عنها بالنسبة للمنقولات، في أموال القاصر، لذلك لا بد من التفصيل بعض الشيء في هذه الجزئية، وذلك من خلال تعريف العقار والمنقول، وفائدة هذا التقسيم في موضوع البحث.

¹ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 44.

² أحمد بك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، د ط، د س، ص 6.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 44.

⁴ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 44.

1-تعريف العقار والمنقول:

عرف الفقهاء وبعض التشريعات المغاربية العقار والمنقول، فأما تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية فإنه يمكن حصرها في تعريفين اثنين، الأول للحنفية، والثاني لجمهور الفقهاء، وأما التشريعات المغاربية فسيتم الاكتفاء ببعض ما تناوله المشرع الجزائري والمغربي والتونسي.

أ-تعريف الحنفية: عرف فقهاء الحنفية العقار بأنه: "هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر كالدور والأرضي"¹. وأما المنقول فهو: "كل ما يمكن نقله وتحويله ولو مع تغير صورته بالنقل والتحويل وذلك كالغراس والبناء، ولذلك فقد قرر الفقهاء أن العقار لا يشمل إلا الأراضين"².

ب-تعريف جمهور الفقهاء: وأما تعريف جمهور الفقهاء للعقار والمنقول والذي سيختار منه تعريف المالكية، حيث عرفوا العقار بأنه: "الأرض وما اتصل بها من البناء أو الشجر، أو حكماً كثمره"³، وعليه فكل ما لا يمكن نقله وتحويله أصلاً كالأرض، أو ما أمكن تحويله ونقله مع تغير صورته وهيئته عند النقل وذلك كالأشجار قبل قطعها يعتبر من العقار.

وأما المنقول: "هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وصورته الأولى كالملابس والكتب والسيارات ونحوها"⁴، ويبرز هذا التعريف تضيق جمهور الفقهاء لدائرة المنقول وتوسعهم في معنى العقار.

وبالرجوع إلى نصوص بعض التشريعات المغاربية في هذا الجانب نجد أن المشرع الجزائري قد وافق ما جاء به الفقه المالكي، حيث أورد في نص المادة 683 ق م ج ما يلي: "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 58. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 46.

² محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص 58. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 46.

³ الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج 6، ص 168.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 46.

وهذا التعريف لهذا النوع من العقار الوارد في نص الفقرة الأولى من المادة 683 يسمى عقاراً بالطبيعة، وهو يشمل الأرض بكل أنواعها الطبيعية وجميع أجزائها المختلفة، وكذلك يشمل العقارات بالطبيعة والنباتات مادامت تمتد جذورها في الأرض¹.

وقد توسع المشرع الجزائري في معنى العقار، وذلك في الفقرة الثانية من نص المادة 683 ق م ج، حيث اعتبر أن المنقولات التي يضعها مالكيها لخدمة العقار تندرج ضمن العقار، وسماها "عقاراً بالتخصيص"، وقد نص بأن: "غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

بل قد توسع المشرع الجزائري أكثر من ذلك في مدلول العقار، وذلك ضمن أحكام المادة 684 ق م ج، وأدرج ضمن العقار الحق العيني الذي يقع على العقار، كحق الملكية وحق الارتفاق، بل وأدرج ضمنه أيضاً كل الدعاوى التي تتعلق بحق عيني على عقار، واعتبر الدعوى على عقار تعد إغراق في تصور معنى العقار.

وقد اختار المشرع المغربي أيضاً قول المالكية، ونحى منحى المشرع الجزائري، وذلك في نص المادة 5 من مدونة الحقوق العينية²، حيث ميز العقار إلى ثلاثة أصناف، وهي العقار بطبيعته، والعقار بالتخصيص، والعقار بحسب المحل الذي تنسحب عليه.

وعرف المشرع المغربي في نص المادة 06 م ح ع م العقار بطبيعته حيث قال: "العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغير في هيئته"، في حين عرف في نص المادة 07 منه العقار بالتخصيص حيث جاء فيها: "العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رصداً لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به صفة دائمة"، وأما العقار بحسب المحل الذي ينسحب عليه فالمراد به الحقوق العينية الواقعة على عقار

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 42-43.

² القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011). الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011) ص 5587.

وكذلك الدعاوى العقارية المتعلقة بحق عيني على عقار أو الرامية إلى استحقاق عقار، وهو ما نص عليه الفصل 8 من ظهير 19 رجب 1333 الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفوظة¹.

أما المشرع التونسي فلم يخالف ما نص عليه المشرعين الجزائري والمغربي، واختار قول المالكية في هذا الشأن، وذلك في نص الفصل 3 من مجلة الحقوق العينية²، حيث عرف العقار بأنه: "العقار هو كل شيء ثابت في مكانه لا يمكن نقله دون تلف"، وفي نص الفصل 4 منه قسم المشرع التونسي العقارات إلى ثلاث أنواع، العقارات الطبيعية، وعقارات حكمية، والعقار التبعية فالعقارات الطبيعية نصت عليهم الفصول 5 و6 و7 من ذات المجلة، أما العقار الحكمي ويسمى أيضاً عقاراً بالتخصيص نص عليهما الفصلان 9 و10 م ح ع ت، أما عن العقار التبعية، فحسب الفصل 11 م ح ع ت فإن المشرع التونسي قد حصرها ضمن الفصل 12 من ذات القانون، أما الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية فقد وقعت الإشارة لهما صلب الفصلين 38 و51 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية³.

وبخصوص المال المنقول ضمن التشريع الجزائري والمغربي والتونسي فإنه كل ما لا يدخل ضمن تعريف العقار وأقسامه فإنه يعد منقولاً، أي كل ما يعد بحكم طبيعته قابلاً للنقل والحركة مع بقائه على هيئته الأولى وهو قول المالكية.

وما يمكن ملاحظته ضمن هذه التشريعات الثلاث أن المشرع الجزائري لم يعرف ضمن القانون المدني في نص المادة 683 المنقول، وإنما اكتفى بتعريف العقار، واعتبر كل ما عدا ذلك (أي ما عدا العقار) من شيء فهو منقول، وبمفهوم المخالفة فإنه يمكن القول إن المنقول هو ما يمكن نقله وتحريكه دون تلفه.

¹ الظهير الشريف الصادر في 19 من رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفوظة. وقد تم نسخه بالقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية.

² قانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 (12 فيفري 1965) يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية.

³ قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 5 أكتوبر 1959 يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع المغربي حيث أنه لم يعرف المنقول تعريفاً مباشراً، بل عد أيضاً كل ما عدا العقار، الذي حصره في الفصل 6 من ظهير 19 رجب 1333 هـ المطبق على العقارات المحفظة فإنه يعد منقولاً، واكتفى ببيان مختلف الأشياء العقارية، وبين ذلك في المادة 6 و7 م ح ع ت والتي نسخت ظهير 19 رجب 1333 المطبق على العقارات المحفظة.

أما المشرع التونسي فإنه عرف المنقول في الفصول 13 و14 و15 م ح ع ت، حيث بين أنواع المنقول في الفصل 13 على أن: "المنقول إما أن يكون منقولاً بطبيعته أو بحكم القانون" وفي الفصل 14 عرف المنقولات بطبيعتها حيث قال: "تعد منقولات بطبيعتها الأجسام التي يمكن انتقالها من مكان لآخر سواء انتقلت بنفسها أو بمفعول قوة أجنبية عنها"، أما المنقولات بحكم القانون ففي الفصل 15 من ذات القانون جاء ما يلي: "تعد منقولات بحكم القانون الالتزامات والحقوق العينية والدعاوى المتعلقة بالمنقول والحصص والأسهم والرقاع في مختلف الشركات وإن كانت هذه الشركات مالكة العقارات".

والذي يتبين أن المشرعين الجزائري والمغربي لم يعرفا المنقول تعريفاً مباشراً وإنما اكتفيا بتبيين العقار فقط، وتركوا المنقول إلى كل ما لا يندرج ضمن تعريف العقار، وعدم ذكر تعريف للمنقول ربما مرده لكثرة المنقولات عن العقارات، ولأنه لا يمكن حدها وحصرها ففضلا تعريف العقار وتركوا ما عدا ذلك، لأنه يندرج في مفهوم المنقول.

2- فائدة تقسيم المال لعقار ومنقول:

ليست الغاية من التطرق للأموال العقارية والمنقولة دراستها على وجه التحديد، وإنما الغاية تبيين ما هو عقار وما هو منقول لتمييزهما، لأهمية ذلك في موضوع البحث، ويتمثل فيما يلي¹:

أ- تحديد تصرفات النائب الشرعي في مال القاصر أو إطلاقها، وذلك للاختلاف في التصرف بين ما هو عقار وبين المنقول، وهدف ذلك زيادة المحافظة على المهتم من أموال القاصر كالعقار على ما هو أقل أهمية.

¹ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص 60. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 48. عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 317.

ب- إن بيع النائب الشرعي لعقار القاصر لا يكون إلا بمصوغ شرعي بعد أخذ الإذن من القاضي المختص، لأن الإبقاء على عين العقار فيه حفاظ على مصلحة القاصر أكثر من حفظ ثمنه، أما المنقول فللنائب الشرعي بيعه بدون استصدار إذن من القاضي، فمتى ما رأى مصلحة في ذلك جاز له، إلا لبعض الاستثناءات سيتم التطرق إليها لاحقاً. وكذلك الأمر بما هو أولى بالبيع عند الحاجة لوفاء الدين، فيبدأ أولاً ببيع المنقول فإن لم يوف ثمنه انتقل إلى العقار.

ج- إن الشفعة تثبت في العقار دون المنقول، وذلك إذا بيع مستقلاً عن العقار فإن بيع تبعاً للعقار تثبت فيها الشفعة.

د- بيع العقار في القانون يستوجب احترام المقتضيات الشكلية التي ينص عليها القانون، على خلاف المنقول فإن بيعه قد يتم دون الشكليات، إذا ما استثنينا من ذلك ما علق منها بالقواعد العامة للعقود والالتزامات.

ثالثاً- المال المثلي والقيمي:

أما التقسيم الثالث للمال فهو المثلي القيمي، وهو ما سيأتي بيانه من خلال تعريفهما وتوضيح الفائدة من هذا التقسيم:

1- تعريف المال المثلي والقيمي:

أ- **المال المثلي**: ويقصد به بأنه: "ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت متعدّد به"¹. والمال المثلي هو أربعة أنواع وهي المكيلات، وذلك كالقمح والشعير، والموزونات كالقطن والحديد، والعدديات المتقاربة في الحجم كالجوز والبيض، وبعض أنواع الذرايعات وهي التي تباع بالذراع والمتر ونحوهما، وذلك كالحرير والأخشاب، ويعد المعدود المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكلاً واحداً مالياً مثلياً، كالسيارة المتحدة النوع وأدوات وغيرها².

¹ داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ج 4، ص 79.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 49.

ب- **المال القيمي**: ويقصد به: "ما ليس له نظير في الأسواق، أو تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به"¹.
ومما يندرج ضمن المال القيمي ويشمل الأنواع الستة الآتية وهي: الحيوانات ولو كانت متحدة الجنس، والبناء، والأشجار، وعروض التجارة المختلفة الجنس، والعديدات المتفاوتة تفاوتاً يعتد به كالبطيخ².

وبالرجوع إلى تعريف التشريعات المغاربية للمال المثلي والقيمي فإن المشرع الجزائري قد عرف المثلي ضمن أحكام المادة 686 ق م ج وذلك بأن: "الأشياء المثلية هي التي تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن". فيما لم يعرف المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني المال القيمي، لكن يعلم ذلك من خلال مفهوم المخالفة، وعليه فكل ما عدا ما تم ذكره في التعريف الوارد في نص المادة 686 ق م ج فإنه يعد من الأشياء القيمية.

فيما لم يتطرق المشرع المغربي والتونسي إلى تعريف المثلي والقيمي، وإنما يرجع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي وتعريفات الفقهاء على اختلافهم.

2- فائدة تقسيم المال لمثلي وقيمي:

ويترتب على تقسيم المال لمثلي وقيمي عدة أمور أهمها³:

أ- أن المال المثلي يثبت ديناً في الذمة إذا ما عينت أوصافه، وتبرأ ذمة المدين بأدائه مثل ما تعلق بدمته، بخلاف القيمي فإنه لا يثبت ديناً في الذمة. وهو مان ص عليه المشرع المغربي في الفصل 246 من قانون الالتزامات والعقود.

ب- إن الضمان في إتلاف المال المثلي يكون بمثله، خلافاً للمال القيمي فإنه يكون بقيمته.

¹ داماد أفندي، نفس المرجع، ج 4، ص 79.

² أحمد أبو الفتوح، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مطبعة البوسفور، مصر، ط 1، س 1913، ج 1، ص 29-30.

³ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، مصر، د ط، د س، ص 223.
أحمد بك، المعاملات الشرعية المالية، ص 8.

رابعاً-المال الاستهلاكي والاستعمالي:

التقسيم الرابع والأخير للمال هو المال الاستهلاكي والمال الاستعمالي، وسيتم تناول تعريفهما والفائدة من التقسيم:

1-تعريف المال الاستهلاكي والاستعمالي:

أ-المال الاستهلاكي: وهو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود. فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال إلا باستئصال عينها، وأما النقود فاستهلاكها يكون بمخرجها من يد مالكيها، وأعيانها باقية بالفعل¹.

ب-المال الاستعمالي: ويعرف المال الاستعمالي بأنه هو: "ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالعقارات المفروشة والثياب والكتب ونحوها"².

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة لا إلى حالات الاستعمال المتكرر. فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالاً استهلاكياً، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالاً استعمالياً³.

أما التعريف القانون للمال الاستهلاكي والاستعمالي، فإن المشرع الجزائري قد عرف المال الاستهلاكي في القانون المدني في أحكام نص المادة 685 حيث يقول: "الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له، في استهلاكها أو انفاقها. ويعتبر قابلاً للاستهلاك كل شيء يكون جزءاً من المحل التجاري وهو معد للبيع".

أما المشرع المغربي فقد عرف الأشياء القابلة للاستهلاك، في نص الفصل 275 ق ا ع م وعرفها بأنها التي تندثر عند أول استعمال، أو الذي يستهلك بالاستعمال، ومثاله كالمواد الغذائية والنقود مالم تكن هذه الأشياء موضوعاً للادخار.

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 55.

² وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 55.

³ وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج 4، ص 55.

أما بخصوص الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي تبقى محتفظة بمواصفاتها رغم استعمالها أكثر من مرة، ومثال السيارات فإنها تستعمل عدة مرات وتبقى دائمة¹.

والاستهلاك يعد مبدئياً بشكل مادي يفنى فيه الشيء بالاستعمال الأول، وقد يكون قانونياً كما في إنفاق النقود الذي يعتبر استهلاكاً بالنسب لصاحبها المتخلي عنها مقابل منفعة أو بدونها. أما بخصوص الأشياء غير القابلة للاستهلاك أو المال الاستعمالي فهي الأشياء ذات الانتفاع المتكرر، والتي لا تستهلك بمجرد استعمالها الأول وإن كانت تستهلك على المدى الطويل وتأخذ الأشياء هذه الصفة أو تلك بطبيعتها ولكن أيضاً بإرادة صاحبها كإعارة النقود لعرضها ثم ردها².

2- فائدة تقسيم المال لاستهلاكي واستعمالي:

تظهر فائدة تقسيم المال إلى استهلاكي واستعمالي بما يقبله كل نوع من هذين النوعين من العقود وذلك فيما يلي³:

أ- أن المال الاستهلاكي يقبل العقود التي هدفها الاستهلاك لا الاستعمال، وذلك كإعارة الطعام والقرض، وأما المال الاستعمالي فيقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة والإعارة، فكل نوع من هذين النوعين له عقود يقبلها ويختص بها.

ب- كما أن الأشياء القابلة للاستهلاك إذا أقرضت للغير لا ترد بعينها وإنما بمثلها، ذلك لأنها تندثر باستعمالها وتستهلك، أما الأشياء التي لا تقبل الاستهلاك فيمكن ردها بعينها إذا بقيت مالم تهلك بسبب قاهر.

وما يستفاد من هذه التقسيمات للمال أن لها علاقة بموضوع الدراسة، ولا بد من تمييز كل قسم عن الآخر، لأن آثار التصرف في مال القاصر ضمن كل نوع من هذه الأنواع يختلف عن

¹ عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، مكتبة المعرفة، مراكش، المغرب، ط 1، س 2005، ص 191.

² عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 45.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 55.

الآخر، كما أن هناك ضوابط وحدود في التصرف في مال القاصر ضمن كل نوع من أنواع مال القاصر، وفي ذلك حماية لماله، وهو ما سيأتي بيانه.

الفرع الثالث: المقدار المالي المكفول بالحماية

تعنى الدراسة بحماية مال القاصر، وهو ما يعني أن القاصر المقصود منها هو ذلك الذي يمتلك مالاً، أو حق مالي كالحق في التعويض، وإذا اشترط في القاصر أن يمتلك المال لتكفل له الحماية، فإنه لا يشترط أيضاً في هذا المال المملوك للقاصر أن يصل إلى درجة الثراء لكي يولى بالحماية المقررة، على أن لا يكون مقدار هذا المال المملوك للقاصر تافهاً أو لا يؤبه له.

وضمن هذا الفرع سيتم تناول مقدار مال القاصر المكفول بالحماية، وذلك بين الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية.

أولاً-المقدار المالي المكفول بالحماية في الفقه الإسلامي:

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي فإنه لم يتم العثور على حدود ومقدار مال القاصر الذي تكفل له الحماية، فسقف وفرة المال وكثرتها غير محددة بحد أعلى في الفقه الإسلامي، بل يزداد الطمع في مال القاصر كلما ازداد وفرة وكثرة، وهو ما قد يجعل الرقابة والحماية المالية لا تحدد بأعلى مقدار لمال القاصر والذي يستوجب حراسته وحمايته.

أما بخصوص أقل مقدار مالي وأدناه والذي يستوجب أن يولى بالحماية ضمن الفقه الإسلامي فلم يتم العثور أيضاً على أي دليل فقهي من الكتاب أو السنة أو الإجماع يحدد ذلك إنما هي استنباطات فقهية فقط.

فقد ذهب بن حجر العسقلاني نقلاً عن "أبو سعيد الهروي" أن شرط كون غضب المال كبير وهو أن يبلغ نصاباً، وهو يعادل مقدار النصاب الذي تقطع به يد السارق، ومقداره ربع دينار كما ذكر الفقهاء، وهو أيضاً أقل مقدار مالي يحرم أكله بالباطل سواء بالسرقة أو بالغصب،

ومما يندرج ضمن ذلك أيضاً أكل مال اليتيم والصغير وجميع أنواع الجنائيات¹، فهو أقل مقدار مالي يحدد بالحماية والحراسة عند بن حجر العسقلاني.

ثانياً-المقدار المالي المكفول بالحماية في التشريعات المغربية:

أما في التشريعات المغربية بخصوص المقدار المالي المكفول بالحماية فإن المشرع المغربي ضمن قانون المسطرة المدنية² عين الحد الأدنى من المال المكفول بالحماية وهو عشرة آلاف درهم، وذلك في نص الفصل 192 ق م م م³، وعليه إذا كانت قيمة مال القاصر الذي آل إليه أقل من عشرة آلاف درهم لم تطبق عليه الإجراءات المنصوص عليها ضمن أحكام الفصلين 186 و188 ق م م م، كما لا تدخل أيضاً ضمن رقابة القضاء المكلفة بشؤون القصر. على أن هذا الحكم كان قبل أن تلغى أحكام هذا الفصل بموجب قانون رقم 472.03⁴، وبقي المقدار الأدنى من مال القاصر المكفول بالحماية غير محدد ضمن قانون المسطرة المدنية المغربية.

وقد ذهب قانون المرافعات المصري إلى تحديد الحد الأدنى لمال القاصر المكفول بالحماية وهو أن يتجاوز خمسين جنييه أو مائة جنييه في حالة التعدد، وهو ما نصت عليه المادة 987 مرافعات، على أنه لا تتبع الإجراءات الخاصة بتعيين نائب على عديمي الأهلية إذا لم يتجاوز مال الشخص المطلوب حمايته خمسين جنيهاً أو مائة جنيهاً في حالة التعدد، إلا إذا دعت الضرورة

¹ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، القاهرة، مصر، ط 1، س 1107 هـ، ج 12، ص 184-185.

² ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المغربية.

³ ورد في نص الفصل 192 ق م م م الملغى ما يلي، "لا تنطبق مقتضيات الفصلين (186 و188) إذا كانت قيمة التركة لا تتعدى عشرة آلاف درهم. غير أنه يتعين على القاضي أن يفتح لها ملف يشتمل على ما يثبت عدم تجاوزها القيمة المذكورة، وعلى محضر يحرره كاتب الضبط ويمضيه مع القاضي يتضمن بيان مبلغ التركة وبيان نصيب المحاجر وبيان أسمائهم وعناوينهم واسم وعنوان المكلف بهم الذي بقي نصيبهم على عهدته، وأن يراقب هذا النصيب في مصالحهم".

⁴ القانون رقم 72.03 الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.04.23 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (03 فبراير 2004)، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424 (05 فبراير 2004) ص 453.

لذلك، ويكتفى بتسليم المال لمن يقوم على شؤونه فإذا جاوز قيمة المال هذا القدر فيما بعد اتخذت الإجراءات المذكورة¹.

وخلاصة لكل ما سبق ذكره أن القيمة الأدنى للمقدار أو للحق المالي المكفول بالحماية هو تبرير لدخول مال القاصر في إطار رقابة القضاء أو القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ولا يدل أبداً وبأي حال من الأحوال لعدم إخضاع القيمة الأدنى والأقل من المقدار والحق المالي المكفول بالحماية والتكفل بحمايته جزائياً وذلك ضمن جرائم الأموال، لأن مراعاة حماية الأموال بشكل عام قليله وكثيره مقرر أصلاً ضمن القواعد القانونية العامة في صون المال وحمايته.

وبالرجوع للقاصر المعني بهذه الحماية وبالنظر إلى انعدام أهليته أو نقصانها أوجب الشارع الحكيم والتشريعات المغاربية تعيين نائب شرعي يقوم بالحفاظ على مال القاصر ورعايته وذلك من خلال آليات وأساليب مختلفة، ومن ضمنها القيام بمسك المال وتسكينه لحماية أصل مال القاصر وفق الأحكام الشرعية، والأمر الثاني من خلال العمل على استثمارها وتنميتها بموجب الأحكام الفقهية الإسلامية المقررة والنصوص القانونية الواردة في التشريعات المغاربية. وقد قال الماوردي: "وأموال اليتامى يجب أن تكون محفوظة الأصل موجودة النماء"².

ويرى الفقهاء أن الولاية تتمثل في الإشراف على مال القاصر من حيث السهر على حفظها من التلف والضياع والعمل على تنميتها واستثمارها بالطرق المشروعة³، وقد قام القضاة أيضاً بلعب دور مهم في رعاية أموال القصر وذلك من خلال القيام بمراقبة تصرفات النواب الشرعيين للقاصر.

¹ محمد كمال حمدي، الولاية على المال - الأحكام الموضوعية - الاختصاص والإجراءات، دار المعارف، مصر، د ط، س 1966، ص 22.

² الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1999، ج 5، 363.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 104.

وضمن البابين الآتيين سيتم تناول وسيلتين من وسائل حفظ مال القاصر ورعايتها، حيث يتم التطرق ضمن الباب الأول لبعض أساليب إمساك مال القاصر وتسكينه، أما ضمن الباب الثاني فيتناول فيه لأساليب استثمار أموال القاصر وتنميتها.

الْبَيَّاتُ الْإِجْرَاءُ:

أَسْلُوبُ إِجْرَائِكَ مَالِكُ الْقَائِمِ

وَتَسْكِينُ

إذا كان القاصر يعد فاقد القدرة على التصرف في أمواله، وهذا راجع لضعف ملكاته وقدراته العقلية وقلة خبراته على التصرف فيها بشكل يحفظها له، لذا فقد أحيطت ذمته المالية بمجموعة من الطرق والآليات والتي تتسم غالبيتها بالطابع الوقائي والحماي، بمعنى أن هذه الآليات تجنب ذمة القاصر خسارة أمواله أو إضاعة جزء منها أو استغلالها بشكل لا يخدم المصلحة الفضلى له، وهذا التصرف الذي قد يصدر من القاصر بحد ذاته فإنه من الممكن أيضاً أن يصدر من طرف نائبه الشرعي سواء أكان ولياً أم وصياً أم مقدم القاضي خلال ممارسته مهامه التي خولها له الفقه والقانون. وفي هذا الإطار تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية، والتشريعات المغاربية لجملة من الأساليب والطرق التي ترمي بالأساس إلى إمساك مال القاصر وتسكينه والتي تعد كوسيلة حمائية ابتدائية أولية لتجنب الذمة المالية للقاصر للضرر والإفلاس.

هذا وبعد أسلوب إمساك مال القاصر وتسكينه من أهم الآليات المتبعة في الفقه الإسلامي التي نص عليها الفقهاء وتطرت لها والتشريعات المغاربية، بغية الحفاظ على أصل ماله وحمايته من الضياع والتلف، وإذا كان هذا الأسلوب يعد كوسيلة حمائية أولية وإذا أتبع بالوسائل الأخرى وفرت حماية متكاملة لمال القاصر، ونظراً لأهمية هذه الوسيلة الابتدائية فإن هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من قصر حماية مال القاصر على هذه الوسيلة مع إمكانية التخلي عن باقي الوسائل الأخرى في حالة عدم إمكانية القيام بها، إذن فهي تعد أساس لكل حماية.

وإذا كان الأصل في أسلوب الإمساك والتسكين أنه يعمل على حماية الذمة للقاصر من تصرفه في حق نفسه، وعليه فإنه تأتي وسيلة أو أسلوب الحجر على تصرفات القاصر المالية كأهم الآليات المتبعة لحماية ذمته، لكونه عديم التمييز أو ناقصه، كما وتأتي وسيلة أو أسلوب الإيداع من بين أهم الوسائل المتبعة في مسك مال القاصر وتسكينه، وإذا كانت هناك أساليب أخرى متبعة في هذا الإطار فإنه سيكتفى فقط بهاتين الوسيلتين.

وعلى ضوء ما سبق ذكره فإنه سيتم تقسيم هذا الباب لفصلين اثنين، حيث يتم التطرق في الفصل الأول لوسيلة الحجر، أما الفصل الثاني فيتناول ضمنه وسيلة الإيداع.

الفصل الأول: وسيلة الحجر

إذا كان التصرف السديد للنائب الشرعي في أموال القاصر يحمي أمواله ويحفظها له، فإن تصرف القاصر فيها قد يؤدي للاضرار بها، لذا يتعين القيام بوسيلة من وسائل مسك مال القاصر وتسكينها بغية الحفاظ على أمواله من تصرفه في حق نفسه، نظراً لضعف مداركه العقلية أو انعدامها، وذلك راجع لصغر سنه وحدثاتها.

وتتمثل وسيلة تسكين وإمساك مال القاصر في الحجر على تصرفاته المالية وقد تطرق الفقه الإسلامي لهذه الوسيلة وفصلوا في أحكامها، وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات المغاربية، حيث نظموا هذه الوسيلة ضمن نصوص تشريعاتهم، وذلك لاعتبارها من وسائل حماية ورعاية أموال القاصر، وللتفصيل في الموضوع سيتم تقسيم هذا الفصل لمبحثين اثنين، حيث يتناول ضمن المبحث الأول ماهية الحجر، أما المبحث الثاني فيتناول ضمنه أثر وسيلة الحجر في إمساك مال القاصر وإبقائه.

المبحث الأول: ماهية الحجر

تعد وسيلة الحجر من أهم الوسائل التي تحمي مال القاصر وتبقيها، لكن قبل التطرق لأثرها في حفظ مال القاصر لابد أولاً من التطرق لماهية الحجر، وذلك من خلال التطرق لتعريفه ودليل مشروعيته وحكمه في الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

المطلب الأول: تعريف الحجر

إن تعريف الحجر من الناحية الاصطلاحية يرتبط بالمدلول اللغوي له، وهو ما يستلزم التطرق لكلا التعريفين، وذلك ما سيتم بيانه ضمن هذا المطلب في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: تعريف الحجر لغة

الحَجْرُ مصدر من الفعل حجر، والحجر لغة تعني المنع. وله معنى آخر وهو التحريم والتضييق، ويقال: حَجَّرَ على ما وسعه الله أي حرمه وضيقه. وفي الحديث: "لقد تحجرت واسعاً" أي بمعنى ضيقت ما وسعه الله وخصصت به نفسك دون غيرك، وقد حَجَّرَهُ وحَجَّرَهُ. وفي التنزيل:

﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾¹، أي حراماً محرماً. وحجر عليه القاضي يُحْجَرُ حجراً إذا منعه من التصرف في ماله². فمعنى الحجر من الناحية اللغوية بالعموم يدور حول التضييق والمنع.

الفرع الثاني: تعريف الحجر اصطلاحاً

تعددت تعريفات الفقهاء للحجر، وضمن هذا الفرع سيتم بيان أهم التعريفات الواردة في هذا الشأن، علماً أن أصل الحجر وأساسه مستمد من الفقه الإسلامي لحماية فاقد الأهلية وناقصيها، لذا سيتم الاكتفاء فقط بتعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية، والذين اختلفت تعريفاتهم للحجر باختلاف مذاهبهم، علماً أن فقهاء القانون أوردوا نفس تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية أو تم إيراد تعريفات تدور حول ذات المعنى، ومن بين أهم هذه تعريفات الحجر الواردة ضمن المذاهب الفقهية هي:

أولاً-تعريف الحجر عند فقهاء الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية الحجر بأنه: "منع عن التصرف قولاً، لا فعلاً. بصغر ورق وجنون"³، وهناك تعريف آخر للميداني حيث عرفه بأنه: "منع نفاذ تصرف قولي"⁴. فيما عرفت مجلة الأحكام العدلية الحجر في نص المادة 941 منه حيث ورد فيها: "منع شخص من تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور"، وهذا التعريف لا يختلف عن التعريفين السابقين.

حيث ذهب الحنفية من خلال تعريفهم على قصر الحجر على التصرفات القولية دون الفعلية، وعليه فإذا تصرف المحجور عليه تصرفاً قولياً كالهبة والبيع والإيجار والإيداع والاستيداع والرهن، وما إلى ذلك من التصرفات فإن هذا التصرف لا ينفذ ولا يعد لازماً.

وتعريف فقهاء الحنفية تم انتقاده من بعض الفقهاء لقصرهم الحجر على التصرفات القولية دون الفعلية منها، وقد رد فقهاء الحنفية على انتقادهم لقصرهم الحجر على التصرفات القولية دون

¹ سورة الفرقان، آية رقم 22.

² ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ص 166-167.

³ النسفي، كنز الدقائق، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2011، ص 571.

⁴ الميداني، الباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 2، ص 66.

الفعلية، بقولهم إن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده ورفعته بعد وقوعه، فلا يتصور الحجر عليه¹، ويمثل لذلك بالصبي والمجنون إذا أتلفا سلعة أو مال وجب عليهما الضمان فيما أتلفاه من مالهما إذا كان لهما مال يضمنان به ما أتلفاه.

وفي هذا الشأن يقول بن عابدين: "وأما ما علل به من قوله: "لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده" نقول الكلام في منع حكمه لا منع ذاته. ومثله القول لا يمكن رده بذاته بعد وقوعه بل رد حكمه"²، وعليه فإن التصرف الفعلي تترتب عليه آثاره على خلاف التصرف القولي فإنه يجبر عليه، فلا يرتب أي آثار على المحجور عليه، ذلك لأن قوله غير نافذ.

فيما ذهب بعض الفقهاء إلى القول إن المنع من التصرف يطال أيضاً الأقوال، ذلك لأن التصرف القولي كالتصرف الفعلي في عدم امكانية رفعه ومنعه بعد وقوعه، لكن يبقى التصرف القولي يمكن رفعه ومنعه من ترتيب حكمه وأثره عليه، وذلك راجع لاعتبار أنه غير نافذ في حالات أو غير منعقد في حالات أخرى³.

والذي يظهر أن هذا الانتقاد الذي طرحه بعض الفقهاء هو شكلي لا غير، لأنه يظل في الحقيقة المنع من التصرفات القولية هو الوحيد الذي يمكن رده ورفعته في هذا الإطار.

ثانياً-تعريف الحجر عند المالكية:

أما عن تعريف فقهاء المالكية فقد عرف الشيخ "خليل" الحجر بأنه: "منع المالك التصرف في ماله لمصلحة نفسه أو غيره"⁴، فيما عرف "بن عرفة" الحجر بصفة أدق من سابقه وذلك بأنه: "صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله"⁵.

¹ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 191.

² ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج 9، ص 198.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د ط، س 2001، ص 206.

⁴ خليل، التوضيح، ج 6، ص 226.

⁵ الرصاع، شرح حدود بن عرفة، دار الغرب الإسلامي، ط 1، س 1993، ج 1، ص 419. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 292.

وعن مدلول تعريف بن عرفة فإن: "الصفة الحكمية" هي الصفة المقدرة في الشخص، فلا وجود لمادي أو حسي لها، ولكن تظهر آثارها. وقوله "توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه الزائد على قوته" أخرج به القوت فإنه يجوز له التصرف فيه بالعوض هذا إن أحسن التصرف بالعوض وقد شمل في الشق الأول من التعريف الحجر على الصبي والمجنون والسفيه والمفلس ونحوهم، فإنهم يمنعون من التصرف الزائد على قوتهم كالبيع والتبرع، أما الشق الثاني من التعريف في قوله: "أو تبرعه بماله" فيشمل الحجر على المريض مرض الموت والزوجة فإنهما يمنعان من التبرع الزائد عن ثلث مالهما¹. ويبين هذا التعريف أيضاً حكم التصرفات الصادر عن المحجور عليه، والذي هو عدم نفاها.

ثالثاً-تعريف الحجر عند الشافعية:

وعن تعريف الشافعية للحجر فقد عرفوه بأنه: "المنع من التصرف في المال"²، أو المنع من التصرفات المالية.

وقد عرفه أيضاً بن حجر الهيتمي بأنه: "منع من تصرف خاص بسبب خاص وهو إما لمصلحة الغير، أو لمصلحة النفس"³.

ويقصد بعبارة "لمصلحة الغير" عند بن حجر الهيتمي كالحجر على المفلس لحق لغرماء، والمريض للورثة، وذلك بالنسبة لتبرعه زاد على ثلث ماله...إلخ. ويقصد بعبارة "لمصلحة النفس" كالحجر على الصبي والمجنون والمبذر.

رابعاً-تعريف الحجر عند الحنابلة:

أما تعريف فقهاء الحنابلة فقد عرف بن قدامة المقدسي الحجر بأنه: "منع الانسان من التصرف في ماله"⁴. وهذا المنع هو عام ومطلق من كل تصرف مالي، فلا يفهم من ورود منع

¹ الرضاع، نفس المرجع، ج 1، ص 419-420. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 413.

² الحصني، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، دار الفكر، عمان، الأردن، د ط، د س، ج 1، ص 218.

³ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 5، ص 159.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 593.

الإنسان من التصرف في ماله ضمن التعريف أنه يجوز له أن يتصرف في مال غيره، إنما المنع في التصرف في مال غيره يكون من باب أولى.

ويتبين من تعريف الفقهاء للحجر هو أن مدلول التعريف عندهم يدور حول "المنع من التصرف في المال"، وهذا دون تحديد الشخص الذي يتم منعه من التصرف في المال، فهذا الإطلاق يندرج ضمنه كل شخص سواء أكان قاصر أو راشد.

وخلاصة القول إن التعريفات الواردة في تعريف الحجر في مجملها لم تخرج عن المعنى اللغوي للحجر، والذي هو المنع من التصرف، ومدلول المنع ورد في كل التعريفات، وذلك راجع لصلة التعريف الاصطلاحي للحجر بالمعنى اللغوي له.

وبعد الاطلاع على بعض تعريفات المذاهب الفقهية للحجر فإنه يمكن استخلاص تعريف للحجر وهو "منع الانسان من التصرف في المال لصفة حكمية تعلقته به".

أما عن تعريف الحجر ضمن قوانين الأسرة المغاربية أو باقي التشريعات فإنها لم تورد نصاً يعرف الحجر، واكتفت فقط بالنص على الأحكام المتعلقة به ضمن قوانين الأسرة وباقي التشريعات كالقانون المدني، وهذا راجع لكون تعريف المصطلحات القانونية هو من اختصاص الفقهاء، والمشرع يقتصر دوره على تبيان الأحكام المختلفة المتعلقة بالحجر.

المطلب الثاني: أقسام الحجر

لقد تعددت تقسيمات الفقهاء للحجر وذلك راجع بالأساس إلى المنهج المعتمد لديهم حيث قسموا الحجر لاعتبارات عدة وأهمها:

أولاً- بحسب نوع المصلحة¹:

قسم فقهاء الشافعية والحنابلة الحجر بحسب نوع المصلحة وقالوا إن تحقيق المصلحة هو القصد المبتغى من الحجر، ونظروا للمصلحة الناشئة عن الحجر، والمستفيد من حكم الحجر، وبهذا

¹ الحصري، كفاية الاخير في حل غاية الاختصار، دار الفكر، عمان، الأردن، د ط، د س، ج 1، ص 218.

الاعتبار قسموا الحجر إلى نوعين وهما: الحجر لمصلحة المحجور، والحجر لمصلحة الغير¹، وهما كآتي²:

1- الحجر لمصلحة المحجور عليه: ويكون ذلك لثلاث أشخاص وهم: حجر على الصغير، وحجر على المجنون وحجر على السفية المبذر، إذ أن مصلحة الحجر شرعت لفائدتهم ولا تتعداهم إلى غاية البلوغ والإفاقة، فهو مشروع لمصلحتهم فقط دون غيرهم، والحجر عليهم حجر عام، لأنهم يمنعون من التصرف في أموالهم وذممهم، فبالنسبة للصغير والمجنون فيمنعون لنقص العقل أو انعدامه إلى غاية البلوغ وإيناس الرشد ورجوع عقل وهذا لكيلا يتلفوا أموالهم، وبالنسبة للسفيه فبسبب الإسراف في صرف أمواله دون فائدة أو حاجة.

2- الحجر لمصلحة الغير أو العامة: ومثاله كالحجر على المدين المفلس لمصلحة الغرماء الدائنين، وكالحجر على المريض مرض الموت وذلك حفاظاً على حق الورثة فيما زاد على الثلث من تبرعه، أو التبرع بشيء لوارث حماية لحق الورثة، فهذا النوع من الحجر شرع لحماية مصلحة الغير، فلا يستفيد المحجور عليه شيئاً ولا ينتفع بالحجر، إنما المستفيد مباشرة من الحجر وحكمه هو الغير.

وفي هذين النوعين يقول بن قدامة المقدسي في كتابه المغني: "والحجر على ضربين، حجر على الإنسان لحق نفسه، وحجر عليه لحق غيره، فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس، لحق غرمائه، وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث، أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته، وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما، والراهن لحق المرتهن، وهؤلاء أبواب يذكرون فيها. وأما المحجور عليه لحق نفسه فثلاثة، الصبي والمجنون والسفيه، وهذا الباب مختص بهؤلاء الثلاثة. والحجر عليهم حجر عام، لأنهم يمنعون من التصرف في أموالهم وذممهم. والأصل في الحجر عليهم قول الله تعالى: ﴿وَلَا

¹ الحصني، نفس المرجع، ج 1، ص 218. الفزويني، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997، ج 5، ص 67. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 106. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 593.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 170. الفزويني، العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 67. الحصني، نفس المرجع، ج 1، ص 218. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 593.

تَوْتُوا السَّبَّهَاءَ أَمْوَالِكُمْ أَلَّتْ جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ فِيهَا وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا
وَاصْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوبًا ﴿١﴾...².

والحجر لمصلحة المحجور لحفظ مصلحته يتقاطع مع الحجر لمصلحة الغير لحفظ مصلحة العامة، لأن حفظ مال الفرد إنما هو حفظ لمصلحة العامة وحمايتها من الضياع، فلحماية المجتمع لا بد من الإنطلاق من الفرد والذي هو أساس المجتمع.

ثانياً-بحسب مدى سلطة الحاجر:

حيث قسم الفقهاء الحجر بحسب مدى سلطة الحاجر لنوعين وهما: الحجر العام والحجر الخاص، وهما كالآتي³:

1-الحجر العام: وهو الحجر الكلي أو الكامل والذي يستغرق كل المال، فلا يستطيع المحجور عليه أن يتصرف في ماله كله أو بعضه كما هو الشأن مع المجنون والصبي غير المميز أو المجنون والسفيه والمفلس.

2-الحجر الخاص: أو الجزئي وهو الحجر الذي يخص بعض المال أو جزء منه، فلا ينفذ فيه تصرف المحجور عليه، كما هو الحال مع المريض مرض الموت في التبرع بما زاد عن ثلث ماله، وسلطة الحاجر خاصة بما زاد عن ثلث المال، أما دون ذلك القدر فلا قول للحاجر فيه.

ثالثاً-بحسب من يوقع الحجر أو يرفعه:

والحجر بهذا الاعتبار ينقسم إلى قسمين وهما: حجر حكمي (ذاتي)، وحجر قضائي.

1-الحجر الذاتي (الحكمي): ويسمى أيضاً بالحجر القانوني أو الطبيعي، ويقصد به ذلك الحجر المفروض بحكم الشرع لأن سبب الحجر أمر ظاهر فيه وهو الصغر، دون الحاجة إلى حكم

¹ سورة النساء، آية رقم 5.

² ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 593.

³ ابن قدامة، نفس المرجع، ص 593. السيد عبد الصمد محمد يوسف، عوارض الأهلية وآثارها في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط 1، س 2016، ص 193.

القاضي، بحيث يعتبر الشخص محجوراً عليه لذاته قبل بلوغه سن الرشد، وذلك نظراً لتوفر سبب الحجر فيه لطبيعته، ذلك لأنهم يفسدون أموالهم ولا يوجد لديهم أهلية تصرف، مثل الصغير غير المميز، والصغير المميز¹، وهو ما نصت عليه بعض قوانين الأسرة المغاربية، كالمشرع المغربي في نص المادة 212 م أ م، والموريتاني في نص المادة 166 م أ ش م.

وعليه فإن الصغير والصغيرة يحجر عليهما دون صدور حكم من القاضي بالحجر أي تلقائياً أو طبيعياً، لأن صفة الصغر تعد كافية للحجر عليهما، وذلك لانعدام قدرتي العقل والتمييز لديهما أو نقصانها، ويرفع الحجر عليهما بالبلوغ والرشد مالم يحدث لهما داع من دواعي الحجر.

وفي هذا المعنى يقول العلامة البغدادي: "الأسباب الموجبة للحجر ومن اتصف بها كان محجوراً من غير حجر ثلاثة: الصغر...²"، وهذه الدراسة تتناول هذا النوع من الحجر، فيحجر على القاصر ذاتياً أو قانونياً أو طبيعياً، فعندما يتم تناول الحجر على القاصر ضمن هذا الفصل فهو الحجر القانوني لا الحجر القضائي الذي يوقعه القاضي والذي سيأتي بيانه في العنصر الموالي.

2- الحجر القضائي: وسمي بذلك لأنه يحتاج إلى حكم القاضي، وهذا الحجر يحتاج لإيقاعه على حكم يصدر من القاضي حتى يوقع الحجر على شخص بالغ سن الرشد، بغية حماية الشخص ورعاية مصالحه وحفاظاً على حقوق الآخرين³. ومثاله كالحجر على المفلس والسفيه والمجنون.

والعلة في وجوب استصدار حكم من القضاء لإيقاع مثل هذا الحجر، هو وقوعه على بالغ عاقل رشيد طراً عليه ما يفسد تصرفاته المالية، أو اعترى الشخص بعد البلوغ أحد العوارض الطبيعية السابق ذكرها، فلزم أن يكون الحجر عليه ومنعه من التصرف بأمر من القاضي⁴.

¹ ابن قدامة، نفس المرجع، ج 6، ص 594. عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 19. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، د ط، س 2006، ص 203-254.

² البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 875.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 19.

⁴ السيد عبد الصمد محمد يوسف، عوارض الأهلية وآثارها في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص 193.

أما في قوانين الأسرة المغاربية فنجد على سبيل المثال أن المشرع الجزائري يأخذ بجميع تقسيمات الحجر من حيث المعنى، إلا أنه لا يطلق مصطلح الحجر إلا على الحجر القضائي، حيث ورد في نص المادة 103 ق أ ج أنه يجب أن يكون الحجر بحكم القاضي، في حين لما تحدث عن القصر والذين يثبت الحجر في حقهم ذاتياً لم يتطرق إلى حكم الحجر إنما أوردتهم في نص المادة 87 ق أ ج التي تتحدث عن الولاية¹، والمحجور عليهم قضائياً في التشريع الجزائري هم كل من المجنون والمعتوه والسفيه، وهو ما نصت عليه المادة 101 ق أ ج والتي ورد نصها: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، لذا فإطلاق الحجر على القاصر ضمن هذه الدراسة تأخذ على ما أورده الفقهاء في هذا الإطار في تقسيمهم بحسب من يوقع الحجر، فقد يكون ذاتياً أو قانونياً، كما هو الحال بالنسبة للقاصر، أو قضائياً كما هو الحال بالنسبة للسفيه والمجنون.

المطلب الثالث: الصغر كسبب للحجر

إن للحجر عدة أسباب كثيرة ومختلفة، حيث تختلف آثارها باختلاف أسباب الحجر والذي يهمننا في هذا الجانب هو الحجر على الصغير أو القاصر الذي هو محل الدراسة، ولقد عد فقهاء الشريعة الإسلامية الصغر أو الصبا كسبب من أسباب الحجر، والذي هو حجر ذاتي أو طبيعي أو قانوني كما سبق ذكره، وينقطع هذا الحجر بالبلوغ مع الرشد، وهو من الأسباب المتفق عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية²، وذلك راجع أساساً لعجز الصغير عن النظر لنفسه بنفسه، وقد قسم الفقهاء الصغير المحجور لقسمين اثنين وهما: الصغير غير المميز والصغير المميز، وهما يختلفان في أحكام الحجر عليهما، وقد سبق تعريف كل منهما ضمن الفصل التمهيدي.

أما عن رأي قوانين الأسرة المغاربية وباقي تشريعاتها الأخرى فإن المشرع الجزائري ذكر أسباب الحجر متفرقة في عدد من تشريعاته كقانون الأسرة، والقانون المدني والتجاري، ولم يذكر الصغر ضمن أحكام الحجر، ولم يعتبره بشكل صريح كسبب من أسبابه، وهذا ربما لكون الصغر

¹ خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، منشورات بغدادية، العاصمة، الجزائر، د ط، د س، ص 93.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 9، ص 225. ابن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1923. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج 17، ص 87.

يندرج ضمن أحكام الولاية، ولأن القانون يعتبر الحجر يثبت ابتداءً من بلوغ الشخص سن الرشد، أما قبل ذلك فإنه يخضع لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم.

أما المشرع المغربي فاعتبر ضمن مدونة الأسرة المغربية الصغر من أسباب الحجر، وذلك ما هو متفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية¹. حيث ذكرت مدونة الأسرة المغربية عدة أسباب للحجر والتي من ضمنها الصغر، وذلك في أحكام المادتين 213 و 217 م أ م، كما قسمت المدونة في نص المادة 212 أسباب الحجر إلى نوعين: الأول ينقص الأهلية والثاني يعدمها، فأما الذي ينقص أهلية الأداء فهو الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وأما سبب الحجر الذي يعدم أهلية الأداء فمما يندرج ضمنه وهو الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز، وفي كلا الحالتين يعد الصغر أو القصور كسبب من أسباب الحجر الأساسية ضمن التشريع المغربي. وهو ما نص عليه المشرع الموريتاني في نص المادة 166 م أ ش م: "يقع الحجر للصغير على من لم يبلغ سن الرشد".

أما المشرع التونسي فقد نص وبصريح العبارة اعتبار الصغر كسبب من أسباب الحجر وهو ما نصت عليه مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 153 منه، إذ ورد فيه: "يعتبر محجوراً للصغير من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة"²، على الرغم من أنه وبالرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسية يُلاحظ أن المشرع التونسي في تنظيمه لأحكام الأهلية يستعمل عبارة المحجور عليهم إلا للتعبير عن المجنون وضعيف العقل والسفيه والمفلس، وهؤلاء هم الذين يحتاجون إلى إيقاع الحجر القضائي والذي يعد نوعاً من أنواع الحجر، والذي يحتاج إيقاعه إلى حكم قضائي، على خلاف الحجر لصغر السن والذي يقع أصالة، وذلك دون الرجوع إلى حكم القاضي، ويرفع إذا بلغ الصغير أو القاصر سن الرشد القانوني.

وبالرجوع إلى لائحة مجلة الأحكام الشرعية نجدتها عدت الصغر كسبب من أسباب الحجر، وذلك ضمن الكتاب الثالث، باب أحوال تصرفات الإنسان ضمن نص أحكام الحجر،

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 19.

² كما سبق ذكره أن أحكام الفصل 153 م أ ش ت قد تم تنقيحه بمقتضى القانون عدد 39 لسنة 2010 مؤرخ في 26 جويلية 2010 يتعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

أسباب الحجر¹، لذا فيعد الصغر كسبب من أسباب الحجر الذاتي أو القانوني عند المشرع التونسي.

المطلب الرابع: حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر

إذا كان الحجر القانوني على القاصر يلعب دور مهم في المحافظة على أصل ماله، فإنه ضمن هذا المطلب سيتم تناول حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر، وسواء أكان هذا القاصر غير مميز أو هو مميز.

الفرع الأول: حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز

يتم تناول في هذا الفرع لحكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز وذلك ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

أولاً- حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في الفقه الإسلامي:

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب الحجر على التصرفات المالية للصغير غير المميز، وعليه فلا يجوز لوليه أن يدفع إليه أمواله أو شيء منها للتصرف فيها وهو على هذه الحال، بل يجب إبقاء الحجر عليه وتسكين ماله لحفظ أصله من الضياع، ويستمر هذا الحجر على القاصر والمنع مدام لم يؤنس منه الرشد²، ونبين فيما يلي أقوال فقهاء المذاهب في هذا الشأن:

حيث قال فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية بوجوب الحجر على الصغير غير المميز في حال ملك مالا، سواء أكان ذكراً أم أنثى³، وذلك من خلال صرف استقلاله في

¹ محمد عبد العزيز جعيط، لائحة مجلة الأحكام الشرعية-قسم أحكام الأحوال الشرعية-، مطبعة الإدارة، تونس، د ط، د س، ص 289.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 170. القراني، الذخير، ج 8، ص 232. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج 17، ص 87.

³ مع العلم أن الصبي الذكر يستمر الحجر عليه إلى غاية بلوغه، وذلك ظهور علامات البلوغ مع رشده، أما بالنسبة للأنثى عند الإمام مالك في المشهور فيستمر الحجر عليها إلى غاية بلوغها وزواجها والدخول بها ويؤنس رشدها³، وهذا خلافاً لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وذلك لأن الحجر يفك عنهما بمجرد البلوغ وإيناس الرشد في غير حاجة إلى

التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبة والإقرار بالدين، وعليه فلا يجوز له التصرف في أصل ماله وهذا المنع في التصرف راجع لانعدام أهلية الصبي الذي لا يعقل أو غير المميز، لذا لم يجز تصرفه على الإطلاق، لذلك حتى يجمعوا خصلتين وهي البلوغ والرشد¹.

وقد استدلووا لقولهم بقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾²، فدلّت الآية على ثبوت الحجر على الصغار بشكل عام إلى غاية البلوغ وإيناس الرشد، لأن عدم دفع المال إلى الصغار اليتامى يعد حجراً عليهم³.

قال فقهاء المالكية أن الذي يتولى الحجر على الصغير غير المميز ويمنعه من التصرف هو الأب، فإن لم يكن الأب فوصي الأب، وهذا الحجر يستمر عليه إلى أن يبلغ رشيداً. ويقول بن رشد الحفيد أن الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا سن البلوغ لا خلاف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية وهم مجتمعون على ذلك إلى غاية بلوغهم سن الحلم وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾⁴، ففي هذه الآية دلالة صريحة على ذلك⁵.

الزواج. القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج 2، ص 159. الهاشمي، الإرشاد إلى سبيل الرشاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ص 366.

¹ القدوري، مختصر القدوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997، ص 95. النسفي، كنز الدقائق، ص 571. الزبيلي، تبيين الحقائق، ج 5، ص 193. القراني، الذخير، ج 8، ص 232. الشافعي، الأم، ج 3، ص 220-221. المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ص 145. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 107. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 594.

² سورة النساء، آية رقم 6.

³ الشافعي، نفس المرجع، ج 3، ص 220-223.

⁴ سورة النساء، آية رقم 6.

⁵ القراني، الذخير، ج 8، ص 232. الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994، ج 1، ص 411. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1925. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1921-1922-1925.

ويرى الفقهاء أن سبب الحجر المفروض على القاصر غير المميز هو بسبب عجزه عن التصرف في ماله، وتوهم التبذير منه، فكان الحجر عليه حفاظاً لأصل ماله من الضياع والتبذير ومسكاً وصيانة له¹. وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي: "...لأن الصبي إنما يكون محجوراً عليه لتوهم التبذير منه... أن للصبي ثلاثة أحوال، حال عدم العقل...، ثم عدم العقل ونقصانه بعد البلوغ يساوي عدم العقل ونقصانه قبل البلوغ في استحقاق الحجر... وكان منع المال بطريق النظر له فكذلك الحجر عليه عن التصرف لأن منع المال غير مقصود لعينه بل لإبقاء ملكه ولا يحصل هذا المقصود مالم يقطع لسانه عن ماله تصرفاً فإذا كان هو مطلق التصرف لا يفيد منع المال شيئاً وإنما يكون فيه زيادة مؤونة وتكلف على الولي في حفظ ماله إلى أن يتلفه بتصرفه..."².

وفي ذات السياق يقول ابن رشد الحفيد: "...إن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالباً، فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيراً، قالوا: ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد، قال الله تعالى: ﴿بِإِنِّ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْعُوهُمْ إِلَىٰهِمْ وَآمُوا لَهُمْ﴾"³،..."⁴.

ويرى المالكية أيضاً أن علة منع المحجور عليه من التصرف في المال هو الخوف من ضياع المال، حيث أورد بن عبد البر في كتاب الاستذكار نقلاً عن أبو عمر: "إنما منع المحجور عليه، لما يخاف من إفساد ماله احتياطاً عليه..."⁵.

ومن كل ما سبق ذكره يتضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على وجوب الحجر الكلي على القاصر غير المميز وعدم جواز تصرفه في ماله، وذلك راجع لعدم أهليته للتصرف، بسبب القصور في إدراكه، إذ الأصل في الصغير غير المميز هو السفه والتبذير والذي هو عدم

¹ داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 4، ص 50-51. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 594.

² السرخسي، المبسوط، ج 24، ص 158-159.

³ سورة النساء، آية رقم 6.

⁴ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1922.

⁵ ابن عبد البر، الاستذكار، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، س 1993، ج 23، ص 27.

الرشد، بإطلاق يده في ماله يعد تضييعاً لأصل ماله، وعليه ذهب الفقهاء إلى القول بوجوب مسك أصل ماله وتسكينه ومسكه من تصرفه للحفاظ عليه من الضياع.

ثانياً-حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في قوانين الأسرة المغربية:

لم تخالف قوانين الأسرة المغربية ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ونصت في جل تشريعاتها على الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز، وذلك إدراكاً منها لوضع القاصر غير المميز¹، لانعدام أهليته وهو ما يؤدي إلى هذا الحجر على تصرفاته المالية، بغية الحفاظ على أمواله. ويتساوى الجنين مع الصغير غير المميز في انعدام أهلية الأداء، لكن يحافظ الجنين على أهلية والوجوب التي تثبت للشخص من يوم أن يكون جنين في بطن أمه إلى الموت، وهو ما سبق التطرق إليه.

ولقد أقرت قوانين الأسرة المغربية وباقي التشريعات المغربية مبدأ عدم جواز التعاقد بالنسبة لعديمي الأهلية والحجر على تصرفاتهم المالية، ومن ضمن عديمي الأهلية القاصر غير المميز، ويبدأ هذا الحجر من الولادة إلى غاية بلوغ سن الرشد القانوني، بشرط بلوغه رشيداً، حيث نص على ذلك المشرع الجزائري في أحكام المادة 42 ق م ج، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في نص المادتين 211 و 217 م أ م ويفهم من نص المادة 218 من ذات القانون، ونص على ذلك أيضاً المشرع الموريتاني في أحكام المواد 163 و 166 و 167 م أ ش م، حيث ورد في نص المادة 167 منه ما يلي: "لا يحق لغير المميز أن يتصرف في ماله..."، ونص على ذلك المشرع الليبي أيضاً ضمن نص المادة الرابعة من قانون تنظيم أحوال القاصرين بقولها: "ليس للصغير غير المميز حق اتصرف في ماله...".

كما نص المشرع التونسي في الفقرة الأولى من نص الفصل 153 م أ ش ت ما يلي: "يعتبر محجوراً للصغير من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة"، وهو ما يفهم أيضاً من نص الفصل 156 منه، وسبب هذا الحجر يعود بالأساس للخشية من سوء تصرف القاصر في أمواله وإضراره بدمته المالية.

¹ يخضع القاصر غير المميز للحجر ضمن التشريعات المغربية بسبب الصغر، ولطبيعة الصغر يخضع بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط وفقاً للقواعد العامة، فينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم في تصرفاتها.

كما نستنتج من خلال القراءة للفصل 157 م أ ش ت وكذلك الفصل 167 منه إقرار المشرع التونسي الحجر على الصغير غير المميز، والذي يعتبر حجر قانوني، فلا يستوجب تدخل القضاء لإصدار حكم بالتحجير، وطبيعة الحجر على الصغير غير المميز بالرجوع لأحكام الأهلية من النظام العام، بمعنى أنها إلزامية فلا يجوز التعديل فيها أو الإنفاق على ما يخالفها بالتنازل عنها أو توسيعها أو التقييد منها، كما لا يجوز أن يعطي شخص أهلية غير متوفرة عنده، ولا يجوز أيضاً الحرمان من أهلية موجودة أو الإنقاص منها لدى المشرع التونسي، وهو الأمر ذاته لدى باقي التشريعات المغاربية، حيث عملت هاته التشريعات على حماية القاصر من خلال المنع أو الحجر على التصرفات المالية، ويكون الحجر مطلقاً بالنسبة للذمة المالية للصغير غير المميز¹.

ويعد القاصر غير المميز منعدم أهلية الأداء وهذا راجع لانعدام قدرته على التمييز لدى صاحب الحق². إن انعدام أهلية الصغير غير المميز يمثل قرينة قاطعة على وجود عيب في الرضا، إذ أن أهلية التعاقد هي من المسائل المتعلقة بالرضا تدور معه وجوداً وعدماً، فإذا وجدت أهلية التعاقد وجد الرضا وإذا انعدمت انعدم الرضا.

ويتم التذكير إلى أن سلب أهلية الصغير غير المميز لا يحتاج إلى حجر قضائي كما سبق، فهو يعتبر محجور بطبيعته، لأن صغره هو آية كافية في التنبيه إلى فقدان أهليته كي يتجنب الناس

¹ قسم المشرع التونسي المحجورين ضمن مجلة الالتزامات والعقود في الفصلين 5 و6 المحجورين إلى صنفين وهما: من جهة صنف معدومي الأهلية مطلقاً، ومن جهة أخرى صنف ذوي الأهلية المقيدة. حيث يعد الصغير الذي لم يتجاوز سن الثالثة عشرة سنة غير مميز، لذا فقد أدرجه المشرع التونسي في قائمة عديمي الأهلية، فيحجر عليه حجر كلي لأنه يعد غير قادر على التعبير عن إرادته، وهو ما نص عليه الفصل 5 م أ ع ت إذ ورد فيه ما يلي: "الأشخاص الآتية بينهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم: -أولاً: الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاثة عشرة سنة كاملة..."، هذا وقد أحاطهم المشرع التونسي بحماية خاصة، وهذا راجع لقلّة الوعي والتجربة التي يكون عليها القاصر مما قد تجعله في العديد من الحالات التي قد تجعله عرضة للقيام بتصرفات قانونية مضرّة بدمته المالية.

وبقراءة للفصل الخامس من مجلة الالتزامات والعقود يلاحظ تصدر الصغير غير المميز لقائمة تضم أشخاصاً فاقد الأهلية، فالمشرع أراد أن يكون منعدم التمييز نموذجاً لبقية الأشخاص رغم اختلاف التعريفات بينهم. ومن خلال التمعن في الفصل 5 م أ ع ت، يلاحظ أن المشروع قد جعل من أهلية الصغير الغير مميز منعدمة، مما يؤدي إلى حجر مطلق على ذمته المالية.

² محمد كمال شرف الدين، المجمع السابق، ص 212.

التعاقد معه¹، وعليه فلا يجوز للقاصر غير المميز أن يتعاقد إلا بواسطة نائبه الشرعي سواء أكان ولي كالأب أو الأم بعد وفاة الأب أو فقدان أهليته، وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي فعلى القاضي تعيين مقدم له، وذلك ما نص عليه أحكام الفصل 154 م أ ش ت.

ويعد الحجر على تصرفات القاصر غير المميز من أساليب ووسائل الإمساك والإبقاء التي يتوجب القيام بها من طرف النائب الشرعي على الذمة المالية للقاصر، والتي وإن كانت تعد أقل خطورة من تصرفات الإدارة والتملك أو الاستثمار، إلا أنها تعد جد مهمة، لأنها تمنع من ضياع أصل مال القاصر وبالتالي المحافظة على ذمته المالية.

ومن كل ما سبق ذكره يتبين أن الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية قالوا بالحجر الكلي على التصرفات المالية للقاصر غير المميز، وهو ما تبين من خلال الاستقراء للنصوص الفقهية والقانونية في هذا الجانب، وذلك بسبب انعدام أهليته، لأن الانعدام للاهلية يؤثر على ركن الرضا في التعاملات المالية للقاصر غير المميز.

الفرع الثاني: حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز

سبق تناول حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز، وضمن هذا الفرع الثاني سيتم تناول حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز في الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

أولاً- حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز في الفقه الإسلامي:

ذهب فقهاء المذاهب الإسلامية من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية إلى وجوب الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز، لأن القاصر سواء أكان مميز أو غير مميز إذا ما قام بأي عقد من العقود سيغلب جانب الضرر على المصلحة لانعدام قصد المصلحة لديهما، وهذا

¹ مأمون الكزبري، نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي -مصادر الالتزامات-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، د ط، س 1972. ج 1، ص 139.

راجع لنقصان أهليته بسبب نقص عقله، وهو ما يتوهم منه التبذير وتضييع ماله فالضرر إذاً محتمل، وعليه فيبقى تصرفه دوماً مقيداً¹.

وفي وجوب الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز يقول الإمام السرخسي: "...لأن الصبي إنما يكون محجوراً عليه لتوهم التبذير منه... أن للصبي ثلاثة أحوال،... وحال نقصان العقل بعدما صار مميزاً، ثم عدم العقل ونقصانه بعد البلوغ يساوي عدم العقل ونقصانه قبل البلوغ في استحقاق الحجر..."².

لكن فقهاء الحنفية وبعض المالكية على الرغم من قولهم بالحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز إلا أنهم قالوا أيضاً بإمكانية رفع الحجر عنه بشكل جزئي، وذلك حال الإذن من طرف وليه أو نائبه الشرعي، لأن أهلية الصغير المميز مرتقبة، هذا إذا كان يحسن إمساك أصل المال وإن كان لا يحسن تنميته عند فقهاء المالكية، وقالوا إن الولي لا يأذن أو يجيز التصرف المالي للقاصر المميز إلا لمصلحة راجحة³.

وفي المنع من التصرف للصغير المميز يقول السعدي من الحنفية: "الصغير محجور في الأصل حتى يؤذن له والإذن إنما يكون من الأب أو وصي الأب إذا لم يكن أب أو الحاكم إذا لم يكن وصي الأب. ومادام محجوراً فإنه لا يجوز بيعه ولا رهنه ولا ارتحانه ولا هبته ولا صدقته..."⁴، وعليه فإن الحنفية وبعض المالكية يرون أن الصغير المميز يستحق الحجر لكن هذا الحجر غير مطلق وإنما يقيد في حالة الإذن من طرف الولي.

¹ القدوري، مختصر القدوري، ص 95. الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 193. داماد أفندي، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج 4، ص 50-51. القرافي، الذخير، ج 8، ص 232. الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج 1، ص 411. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1925. الشافعي، الأم، ج 3، ص 215. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 594.

² السرخسي، المبسوط، ج 24، ص 158-159.

³ القدوري، نفس المرجع، ص 95. النسفي، كنز الدقائق، ص 571. الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 193. داماد أفندي، نفس المرجع، ج 4، ص 50-51. العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، ص 1990، ج 10، ص 86-87-88. العثماني، شفاء الغليل، ج 2، ص 742. الخطاب، مواهب الجليل، ج 3، ص 142.

⁴ السعدي، التنف في الفتاوى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، ص 1984، ج 2، ص 886.

أما فقهاء الشافعية والحنابلة والظاهرية فقالوا بالحجر المطلق على القاصر المميز حتى لو كان يحسن التصرف في ماله وأذن له وليه أو نائبه الشرعي، فالحجر عندهم مطلق، ولا يستثنى أي حالة، ولا يرفع هذا الحجر إلا في حالة البلوغ والرشد¹، أي عند كمال أهلية القاصر.

والراجح هو القول الأول لفقهاء الحنفية والمالكية، والقائل بإمكانية رفع الحجر بشكل جزئي عن القاصر المميز، وذلك حال إذنه من طرف الولي بغرض اختباره، وقد وردت عدة أدلة في هذا الشأن، وهو ما سيأتي بيانه في جزئية لاحقة.

وخلاصة القول إن الفقهاء متفقون على إيقاع الحجر على الصبي المميز أيضاً، وذلك راجع لنقص عقله ولقصور إدراكه، وبالتالي فإن أهليته ناقصة، لكن الفقهاء اختلفوا في حكم رفع الحجر عنه ولو بشكل جزئي بعد الإجازة من طرف وليه لمصلحة راجحة يراها، وذلك في حالة ما إذا كان الصبي المميز يحسن التصرف.

ثانياً-حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز في قوانين الأسرة المغاربية:

لم تخالف قوانين الأسرة المغاربية أحكام الفقه الإسلامي في الحكم بالحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز بسبب نقص تمييزه، وإن كان الحجر على القاصر لا يكون كما هو الحال بالنسبة لعديم التمييز، ذلك أن القاصر المميز يصلح لمباشرة بعض العقود والبعض الآخر لا يصلح له وهو ما سيأتي بيانه.

وفي الحكم بالحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز في قوانين الأسرة المغاربية، هو ما يفهم من مضمون نصوص المواد 81 ق أ ج، و 211 م أ م، وكذا المادة 18 من القانون الخاص بتنظيم أحوال القاصرين اللببي وغيرها، كما نصوا بنيابة الولي أو الوصي أو المقدم عن ناقص الأهلية لصغر السن.

كما نص المشرع التونسي أيضاً بشكل صريح بالحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز إلى غاية بلوغه سن ثمانية عشر سنة كاملة، وهو سن الرشد القانوني عند المشرع التونسي، بشرط

¹ الشافعي، الأم، ج 3، ص 215. المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ص 145. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 594.

بلوغه رشيداً، فقد ورد ضمن الفقرة الأولى من نص الفصل 153 م أ ش ت ما يلي: "يعتبر محجوراً للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة"، فانعدام الأهلية أو نقصانها يؤدي للحجر، وهو ما يتبين أيضاً من مضمون عنوان الكتاب العاشر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية¹، ونفس معنى الفصل 153 م أ ش ت أورده المشرع الموريتاني في نص المادة 166 م أ ش ت.

وخلاصة لما سبق يتبين أن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية اتفقوا في القول بالحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز، وإن كان الحجر المضروب عليه هو حجر جزئي، فهو أخف من الحجر على القاصر غير المميز والذي يعتبر عديم الأهلية، وسبب هذا الحجر الجزئي على القاصر المميز راجع لتوفر درجة من أهلية الأداء لديه، لكن حاله ليس ككامل الأهلية.

المبحث الثاني: دور وسيلة الحجر في إمساك مال القاصر وإبقاءه

أنزل الفقه الإسلامي التشريعات المغاربية القاصر منزلة خاصة، وهذا إدراكاً منها لخصوصية وضع القاصر مقارنة بوضع الراشد، إذ يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة القائمة مع نظيره الراشد في إبرام التصرفات المالية، لذا فقد اتبع الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية وسيلة حمائية للمحافظة على أصل مال القاصر وهذه الوسيلة هي الحجر، وضمن هذا المبحث سيتم تناول دور وسيلة الحجر في إمساك مال القاصر، وذلك من خلال تناول هذا الأثر على التصرفات المالية للقاصر، سواء أكان مميزاً أو غير مميز، ذلك أن درجة الإدراك التي يكون عليها القاصر لها تأثير كبير على مدى خطورة التصرفات التي يبرمها، وعليه فإنه سيتم تناول هذا الأثر ضمن مطلبين اثنين، الأول على القاصر غير المميز، والثاني على القاصر المميز.

المطلب الأول: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز

للحجر ثمرة وأثر جد مهم على التصرفات المالية للقاصر غير المميز، وهو ماجاء بيانه ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية، وضمن هذا المطلب سيتم تناول هذا الأثر في الفقه

¹ محمد الزين، المرجع السابق، ص 87.

الإسلامي وذلك ضمن الفرع الأول، أما الفرع الثاني فيتناول من خلاله أثره ضمن قوانين الأسرة المغاربية.

الفرع الأول: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في الفقه الإسلامي

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أن التصرفات المالية للقاصر غير المميز باطلة¹ بسبب الحجر المفروض عليه، لأنه في هذه المرحلة لا يفهم ضمنها القاصر ألفاظ التصرفات ولا يعرف آثارها، فعلى سبيل المثال لا يعلم أن البيع سالب للمبيع جالب للثمن، وأن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن، لذا ذهب الفقهاء إلى اعتبار تصرفه في ماله غير جائز لا يصح، ويمنع منه ماله ولا ينفذ قراره فيه، كما لا يجوز لوليه أن يدفع له شيئاً منه، ولا أن يأذن له بالإتجار قبل البلوغ، والخلاصة أن تصرفات القاصر المالية في هذه المرحلة تعد باطلة، ووليه أو نائبه الشرعي هو الذي يتصرف في ماله وينوب عنه².

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية ضمن نص المادة 966 ما يلي: "لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً وإن أذن له وليه"، وهذه التصرفات غير الصحيحة سواء أكانت نفعاً محضاً للقاصر غير المميز، كقبول الهبة، أو كانت دائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء، فلا تصح ولا تنفذ وإن أجازها وليه، وهذا كله راجع لفائدة القاصر وحماية لأمواله لانعدام مداركه العقلية.

¹ البطلان هو: "الجزء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان التصرف القانوني أو على اختلاله". محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، ط 3، س 2009، ص 41.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 171. عادل عبد الموجود وعلي معوض، تعليق على رد المختار على الدر المختار لابن عابدين، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، س 2003، ج 9، ص 206. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 230-232. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 529. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. الحصني، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، ص 219. مصطفى البغا، التهذيب في أدلة متن التقريب، دار بن كثير، بيروت، لبنان، ط 4، س 1989، ص 134. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 596.

علماً أن بطلان تصرفات القاصر غير المميز هو بطلان مطلق ولا يقبل التصحيح أو الإجازة بأي حال من الأحوال، لأن الإجازة لا يمكن أن تلحق العقود الباطلة، كما ويشمل هذا البطلان جميع تصرفاته المالية لغاية بلوغه سن الرشد، أو إجازة الولي في بعض التصرفات بعد تمييزه. والخلاصة أن الفقهاء يجرون حجراً كلياً على القاصر غير المميز ولا يعتدون بأي من تصرفاته المالية ويطلونها، والذي يتولى التصرف في مال القاصر هو وليه أو نائبه الشرعي أو القانوني، إذا لا فائدة من الحجر ترجى إذا كان تصرف الصبي صحيح، فعدم صحة تصرفه وبطلانه هو الفائدة المرجوة من الحجر وأساسه، لتسكين أصل ماله وحفظه من التلف والضياع.

الفرع الثاني: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في قوانين الأسرة المغربية

اعتبرت قوانين الأسرة المغربية أن تصرفات الصغير غير المميز باطلة، وهذا البطلان مطلق¹، ولا تلحقه أي إجازة، لأنه يعد معدوماً والعدم لا يعد موجوداً ولو أجاز، وهذا ما نصت عليه قوانين الأسرة المغربية.

حيث اعتبر كل من المشرع الجزائري والمغربي والليبي والموريتاني والتونسي أن التصرف المبرم من قبل القاصر غير المميز في أمواله يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً²، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 42 ق أ ج حيث ورد فيها: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن.."، وما نصت عليه أيضاً صريح المادة 82 ق أ ج بقولها: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة"³، وسواء أكان هذا التصرف المبرم من قبله نافعاً نفعاً محضاً له أو ضاراً ضرراً محضاً

¹ البطلان من الناحية هو إعدام العقد بأثر رجعي كمبدأ عام، لأنه يكون غير مستجمع لعناصره القانونية. عبد الحق صافي، المرجع السابق، ج 1، ص 507-723.

² تنص المادة 102 ق م ج بأنه: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة. وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد".

³ تصرفات القاصر غير المميز أو فاقد الأهلية باطلة، والبطلان هنا مطلق وهو من النظام العام ويجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ويثيره القاضي من تلقاء نفسه، وله عند الاقتضاء الاستعانة بالخبرة الطبية. حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، ص 86.

أو متردد بين النفع والضرر¹، وهو ما يفهم من عبارة "جميع تصرفاته باطلة"، وهو ورد أيضاً ضمن مدونة الأسرة المغربية وذلك في أحكام المادة 224 بقولها: "تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر". وأورد والمشرع الموريتاني في نص المادة 167 م أ ش م بأنه: "لا يحق لغير المميز أن يتصرف في ماله، وتعتبر كافة تصرفاته باطلة".

كما نصت المادة الرابعة من قانون تنظيم أحوال القاصرين الليبي بأنه: "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة"، وورد في أحكام المادة 110 من القانون المدني الليبي² بأنه: "ليس للصغير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة"، ووفقاً للمنظور التقليدي لنظام البطلان فإن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً يكون اختلال تكوينه خطيراً، وبالتالي فهو يولد ميتاً ولا مجال لإجازته³.

وكل ما سبق ذكره هو ما نص عليه المشرع التونسي في الفقرة الأولى من نص الفصل 156 م أ ش ت، حيث ورد فيها: "الصغير الذي لم يتم الثالثة عشرة يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة"، ومن نص هذا الفصل يتضح أن الحكم ببطلان تصرفات القاصر غير المميز قد ورد بصيغة العمومية والإطلاق، وبالتالي فإن البطلان يشمل حتى التصرفات التي من شأنها تحسن حال القاصر غير المميز⁴.

¹ إذا كان التصرف المتردد بين النفع والضرر صادر من شخص عديم الأهلية كالصبي غير المميز فإنه يقع باطلاً ويلحق بالعدم، ولا يترتب عليه أي أثر لأن عبارته غير معتبرة قانوناً ووشرعاً، كذلك لا تلحقه الإجازة. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 15-16.

² القانون المدني الليبي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954.

³ عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 507-723.

⁴ لكن نجد أن المشرع التونسي في نص الفصل 9 م أ ع ت يخول للقاصر غير المميز حق مباشرة التصرفات التي من قبيل النفع المحض ولو بدون إذن وليه، وقد ورد فيه ما يلي: "من ليست له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاماً القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول الهبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما دون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك"، وبقراءة للفصلين 9 من مجلة الالتزامات 156 من مجلة الأحوال الشخصية يتبين تعارضهما تضارهما، فإما أن يتم الأخذ بنص مجلة الأحوال الشخصية وهو ما قال به الفقهاء وتبنته قوانين الأسرة المغربية والعربية والتي تحكم ببطلان جميع تصرفات القاصر المميز، وإما أن يتم العمل بنص مجلة الالتزامات والعقود، والذي يتعين الأخذ به في نظرنا هو نص الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية وذلك لاعتبار أن الخاص يقيد العام.

وبالاطلاع أيضاً على أحكام الفصل الخامس من مجلة الالتزامات والعقود التونسية يلاحظ تصدر الصغير غير المميز لقائمة تضم أشخاصاً فاقدى الأهلية، فالمشرع أراد أن يكون منعدم التمييز نموذجاً لبقية الأشخاص رغم اختلاف التعاريف بينهم. ومن خلال التمعن في الفصل 5 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية¹، يلاحظ أن المشرع جعل من أهلية الصغير الغير مميز منعدمة ما يؤدي إلى حجر مطلق على ذمته المالية، فالصغير غير المميز هو من لا يفهم ماهية التصرفات كالبيع والشراء أو الهبة. وعليه فإن القاصر المحجور عليه في هذه السن تعد كل تصرفاته باطلة، ويعد ذلك حماية له من نفسه ومن غيره، لافتقاره لركن أهلية الالزام والالتزام، وركن المقدرة على التصريح بالرضا الحر الواعي، وهو ما يشكل خطر على ذمته المالية، لذا فكرس المشرع نظام الحجر حفاظاً على مال القاصر ضمن هذه المرحلة².

وتعتبر جميع التصرفات المالية التي تصدر عن القاصر غير المميز باطلة بطلاناً مطلقاً، بسبب الحجر، دون فرق في ذلك بين عقود الاغتناء التي يغتني بها من يباشرها دون أن يدفع عوضاً، وذلك كالهبة بالنسبة للموهوب له، وعقود الإدارة كعقد الكراء مثلاً، وعقود التبرع وهي التي ترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة للواهب، وعقود التصرف التي ترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة للبائع والمشتري³.

وهو ما ذهب إليه الفقيه عبد الرزاق السنهوري حيث اعتبر أن القاصر غير المميز لا يصلح أصلاً لمباشرة أي قسم من هذه الأقسام العقود، فلا يستطيع أن يباشر أي عقد بشكل عام، وليس هذا الأمر يطال فقط عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة، إنما يطال أيضاً عقود الاغتناء، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز، إذ لا تكون لإرادته أي أثر

¹ نص الفصل 5 م 1 ع 1 المنقح بالأمر المؤرخ في 03 أوت 1996، بأن: "الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم، أولاً، الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاثة عشرة سنة كاملة. ثانياً، الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه من الإدراك. ثالثاً، الذوات المعنوية المنزلة منزلة الصغير قانوناً". وعليه فإنه لا يمكن للقاصر المميز التعاقد إلا بواسطة وليه، فإذا خرق أحكام الحجر وأبرم أي تصرف قانوني دون اللجوء لوليّه، فإنه يحكم ببطلان تصرفه، وذلك راجع لفقدان أحد أركان العقد وهو الأهلية طبقاً للفقرة الأولى من أحكام الفصل 2 م 1 ع 1، والفقرة الثانية من الفصل 325 م 1 ع 1.

² فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، س 2015، ص 407.

³ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 14-23. محمد الزين، المرجع السابق، ص 91.

قانوني¹، وعليه فإن تصرفات غير المميز تعد باطلة ولا أثر له قانوناً، كما ويمتنع عليه ممارسة التصرفات المالية.

وسبب هذا البطلان المطلق ضمن التشريعات المغاربية هو راجع لانعدام العقل والتمييز، والذي يعد شرط للرضى الحقيقي، والذي يعد ركن لكل تصرف قولي، وهو ما يجعله عرضة للقيام بتصرفات قانونية مضرّة بدمته المالية. ونتيجة لهذا البطلان المطلق يعاد تصرف القاصر وتعاقده إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، فإن كان ذلك غير ممكن جاز الحكم من طرف القاضي بتعويض معادل، وذلك ما نص عليه القانون المشرع الجزائري ضمن أحكام نص المادة 103 ق م ج.

وإذا كانت التشريعات المغاربية قد ذهبت إلى أن إبرام أي تصرف مع القاصر غير المميز يكون مصيره العدم، فإن معرفة هذه الأحكام ضمن هذه التشريعات يجنب مباشرة التصرفات والتعاملات المالية مع القاصر غير المميز، بسبب البطلان المتعلق بهذا التصرف.

ويتبين من كل ما سبق أن التشريعات المغاربية لم تخالف الفقه الإسلامي بالنص على إبطال التصرفات المالية للقاصر غير المميز، والتي صدرت منه بشكل شخصي، لكون الحجر يطاله بشكل كلي والذي ينوب عنه في التصرفات المالية المتعلقة به هو نائبه الشرعي، وفي ذلك حماية لأمواله من خلال تسكينها، وفي ذلك حماية لها وحفاظاً عليها.

المطلب الثاني: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز

إذا كان القاصر المميز غير مكتمل القدرات العقلية ضمن هذه المرحلة، فإن للحجر أثر على تصرفاته المالية، وهو ما سيتم التطرق إليه ضمن هذا الفرع، حيث يتم تناول أثر هذا الحجر على تصرفاته المالية ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وآراء ونصوص قوانين الأسرة المغاربية حول أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز وذلك لقولين اثنين وهما كالاتي:

¹ عبد الزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 268-273.

الفرع الأول: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز عند الشافعية ومن وافقهم

وهذا القول هو لفقهاء الشافعية وبعض الحنابلة، حيث قالوا أن التصرفات المالية للقاصر المميز في ماله تعد باطلة، وقالوا بعدم الاعتداد بتصرفاته وعباراته وعقوده وإقراره ولو أذن بذلك وليه، ويظل محجور على تصرفاته المالية إلى أن يبلغ الحلم ويؤنس منه الرشد، لأن مناط أهلية التصرف لدى القاصر هي التكليف وهو على هذه الحال غير مكلف، ولا يكفي عقله لصحة التصرف إلى أن يبلغ الحلم ويؤنس منه الرشد، كما أنه لا يمكن منه الوقوف على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه وتزايد خفي التدرج، لذا فقد جعل الشارع الحكيم لأهلية التصرف ضابطاً ألا وهو البلوغ، وعليه فلا يثبت للقاصر حق التصرف قبل وجود مظنته¹.

وقد ذهب الإمام الشافعي إلى أن تصرفات الصغير في سائر التجارات والتصرفات المالية تعد باطلة ولا تنفذ ولو مع إذن وليه، سواء أكان هذا الصغير مميزاً أو غير مميز لأن الصغير المميز يعد أساساً غير بالغ، وشرط دفع المال هو البلوغ وإيناس الرشد، وبالتالي فيظل محجور عليه².

وقد استدلل الشافعية لصحة قولهم بقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ أَنبِيَاءَهُمْ بِالْبُاطِلِ وَأُولَئِكَ يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ فَهُمْ يَنْهَوْنَ عَنْهَا وَقَالَ اللَّهُ إِنِّي مَبْلُغٌ لِّكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾³، وقبل ذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّبْحَانَ آمَ وَالْكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ فِيهَا حَرَامًا﴾⁴، والمقصود في هذه الآية هم الصبيان والمجانين

¹ الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. الحصري، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص 219. مصطفى البغا، التهذيب في أدلة متن التقريب، ص 134. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 596.

² السرخسي، المبسوط، ج 25، ص 21. الكلبي، مجمع الأنهر، ج 4، ص 75. الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 219.

³ سورة النساء، آية رقم 6.

⁴ سورة النساء، آية رقم 5.

لكيلا يدفع إليهم أموالهم، وذلك بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾¹
فالإذن له في التجارة لا ينفك عن دفع المال إليه ليتجر فيه، والمعنى أنه غير مخاطب فلا يكون أهلاً
للتصرف كالذي لا يعقل².

واستدلوا من السنة بقوله عليه الصلاة والسلام: "رفع القلم عن ثلاثة... وعن الصبي حتى
يحتلم"³، وهذا الحديث صريح العبارة في منع الصبي من التصرف في ماله سواء أكان مميزاً أو غير
مميز، وبمجموع الدليلين فإن الآية والحديث يدلان على عدم الاعتبار بتصرف وعبارة الصغير سواء
أكان الصغير مميز أو غير مميز إلى غاية بلوغ الحلم ويؤنس رشده، وإلا فإن تصرفه غير صحيح ولا
يعتد به⁴.

وقال أصحاب هذا القول الأول إلى أن الذي يتولى التصرف في مال القاصر المميز هو
وليه، وعليه فتصرف الصبي المميز في ماله غير صحيح على هذا الأساس إذا لا فائدة من الحجر
ترجى إذا كان تصرف الصبي صحيح⁵، فعدم صحة التصرف هو الفائدة المرجوة من الحجر
وأساسه لتسكين مال القاصر وحفظه من الضياع.

وقد رد فقهاء الحنفية على قول الشافعية ودليلهم بالقول إن دفع لليتامى أموالهم عند البلوغ
وعند إيناس الرشد منهم كما ورد في الآية السالفة الذكر لا ينفي دفع إليهم أموالهم في غير تلك
الحالة، لما عرف أن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه⁶.

¹ سورة النساء، آية رقم 5.

² السرخسي، المبسوط، ج 25، ص 21.

³ أخرجه أبي داود في سننه، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، حديث رقم 4403، ج 4، ص 141.

⁴ الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. الحصني، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ص

219. مصطفى البغا، التهذيب في أدلة متن التقريب، ص 134. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 596.

⁵ الشيرازي، نفس المرجع، ص 72. الحصني، نفس المرجع، ص 219. مصطفى البغا، نفس المرجع، ص 134.

⁶ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 220.

وخلاصة القول إن فقهاء الشافعية وبعض الحنابلة لا يعدون بتصرفات الصبي المميز وتعاقده المالية قبل بلوغه راشداً، وأن كل تصرف قام به قبل ذلك يعد باطلاً، ولو قام به بإجازة وليه وكان هذا التصرف بغرض ترشيده واختباره فإنه يعد باطلاً، ولا اعتبار لهذا الاختبار والابتلاء.

الفرع الثاني: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز عند جمهور الفقهاء وقوانين الأسرة المغربية

وهذا القول منسوب لفقهاء الحنفية ومن وافقهم من المالكية وبعض الحنابلة، وتبنته أيضاً قوانين الأسرة المغربية، حيث قسم أصحاب هذا القول التصرفات المالية للصبي المميز المحجور عليه بتقسيم اشتهر عند الفقهاء وعرف به الحنفية، حيث أبرزوا من خلاله صحة هذه التصرفات من عدمها، وقد تبنته قوانين الأسرة المغربية، وجاء هذا التقسيم على النحو الآتي:

أولاً-التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

1-رأي جمهور الفقهاء في تصرفات القاصر المميز النافعة نفعاً محضاً:

ويقصد بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً هي تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ملكه بدون مقابل، كقبول الهبة والصدقة والوصية والوقف ونحوها، فإنها تصح وتنفذ من الصبي المميز وبعبارة دون إذن أو إجازة الولي أو الوصي، ويؤهل الصبي المميز لقبولها قبل الإذن وبعده لكونه أهلاً لها وإن كانت أهليته قاصرة، ويعتبر تصرف الصغير المميز الذي يكون في حقه نفعاً محضاً هو التصرف النافع نفعاً دنيوياً من كل وجه، بحيث لا يترتب عليه أي عوض أو مقابل مادي، ولو لم يأذن به الولي ولم يجزه، لأن عدم اعتبار تصرف الصغير المميز راجع لاحتمال الضرر في تصرفاته فقط، ولما كان هذا التصرف لا يحتوي أي ضرر في حقه فهو معتبر، إلا أنه يشترط أن يكون المال الموهوب شيئاً نافعاً للصغير المميز¹.

بينما قال فقهاء المالكية أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً تصح من الصغير المميز لكن تتوقف على إجازة وليه أو وصيه، فإن ردها الولي أو الوصي عدت باطلة، وإن أجازها صحت

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 171. علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط 1، س 1991، ج 2، ص 676 وما بعدها وقبلها.

وقال جمهور فقهاء الحنابلة إن التصرفات النافعة نفعاً محضاً لا تصح من الصغير المميز وتقع باطله إذا قام بها من دون إذن مسبق من وليه، فالإذن المسبق عندهم شرط لصحة التصرفات المالية، علماً أنه لا اختلاف بين الفقهاء في أنه يجب على النائب الشرعي القيام بالتصرفات النافعة نفعاً محضاً في مال القاصر، لأن من نتائجها ملء ذمة القاصر¹.

والذي يترجح هو القول بجواز التصرفات التي تكون نافعة نفعاً محضاً للصغير المميز من غير تقييد بالإذن أو الإجازة من طرف النائب الشرعي، لأنها قد تفوت منفعة هي محضة بالأساس دون أن ترتبط بها أي مضرة ما، كما أن الإنسان له الحق في اكتساب هذه المنفعة عن طريق وليه وذلك منذ أن يولد ويكون غير مميز بل حتى قبل أن يولد وتثبت له بعد الولادة، فله أيضاً حق اكتسابها في مرحلة التمييز.

2- رأي قوانين الأسرة المغربية في تصرفات القاصر المميز النافعة نفعاً محضاً:

أخذت قوانين الأسرة المغربية بتقسيم الحنفية، وهو القول المنسوب لجمهور الفقهاء، حيث أجازوا التصرفات النافعة نفعاً محضاً من طرف القاصر المميز في أمواله والتي تساهم في إثراء ذمته المالية دون الإضرار بمصالحه، أو يكسب بموجبها حقوقاً ولا تحمله واجبات، كحصوله على منفعة دون عوض، أو إبرائه من دين عالق بذمته كالهبة غير المقترنة بشرط تعتبر صحيحة ونافذة دون الحاجة لإجازة أو إذن النائب الشرعي له أو المحكمة، وعليه فجميع تصرفات القاصر المميز النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة ونافذة وتنتج جميع أثارها دون التوقف على إجازة أي شخص مثله في ذلك مثل تصرفات كامل الأهلية لاندراجها ضمن عقود الاغتناء.

وذلك ما نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 83 ق أ ج²، والمشرع المغربي في نص الفصل 5 م ا ع م، وما يفهم أيضاً من مضمون الفقرة الخامسة من نص المادة 271 م أ م³، ولم

¹ القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 232. بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 2، ص 629. القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، ج 2، ص 81. خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، ص 97.

² نصت المادة 83 ق أ ج بأنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له،...".

³ نصت المادة 271 م أ م بأنه: "لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين..."، وورد في نص الفقرة الخامسة من ذات المادة ما يلي: "...قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو

يخالف المشرع التونسي ما نص عليه سابقه بخصوص التصرفات المالية النفعية للقاصر المميز، والتي لا تنتج أية تبعه له وتكون نافذة، وهو ما نص عليه في الفقرة الثالثة من الفصل 156 م أ ش ت حيث ورد فيه: "والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يعد مميزاً وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع...".¹، وورد ذلك أيضاً في نص الفصل 6 والفصل 9 و185 م أ ع ت¹، حيث نص على إمكانية إبرام عقود الاغتناء والمثوية لذمته من طرف القاصر المميز بدون إجازة نائبه الشرعي². وذلك أيضاً ما نص عليه المشرع الموريتاني في أحكام المادة 26 من قانون الإلتزامات والعقود³، والمشرع الليبي في المادة 53 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، والفقرة الأولى من نص المادة 111 ق م ل، حيث أجاز للصبي المميز مباشرة التصرفات النافعة نفعاً محضاً مالم تكن محملة بالتزامات معينة من شأنها أن تؤدي في الغالب إلى افتقار القاصر، فلا يمكن لولي قبول الهبات أو غيرها من التبرعات المقترنة بتكاليف أو التزام إلا بإذن من المحكمة المختصة. وقد أعتبر عبد الكريم شهبون على الرغم من الحجر على القاصر المميز، إلا أنه إذا كان التصرف القولي يؤدي إلى تحقيق فائدة محضة له فإنه يكون صحيحاً، كأن يهب أمواله للمحجور فيقبل ذلك⁴، بل قد اعتبر بعض فقهاء القانون من المصلحة تنفيذه بالنسبة إلى الصبي المميز دون

شروط..."، فإذا كان يمنع النائب الشرعي للقاصر قبول التبرعات المتعلقة بشروط إلا بإذن القاضي المختص فإنه من باب أولى أن يمنع منها القاصر المميز.

¹ نص الفصل 6 م أ ع ت: "فلأشخاص الآتي بياهم أهلية مقيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والثماني عشرة سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه. مع إمكانية أن يبحث القاصر على الأعمال النافعة ولو بدون مصادقة الولي. ونص الفصل 9 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية: "لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاماً القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول الهبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما أو إبراء ذمتهما بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك".

² من تجاوزت سنه 13 سنة يعد أهلاً لإبرام عقود الإغتناء المحض بنفسه وبدون ترخيص مسبق من وليه، ويندرج ضمن عقود الاغتناء كل تصرف من شأنه أن يحسن حالة القاصر بدون عوض. محمد الزين، المرجع السابق، ص 92.

³ الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني المعدل بالقانون رقم 2001-31 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001.

⁴ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 19.

الحاجة إلى إجازة من ولي أو وصي، لأن الرفض منهما لا يصح وهو ضرر بمصلحته المالية، فلا مصلحة للنائب الشرعي للقاصر في إبطالها ما دامت من قبيل النفع المحض للصبي المميز¹.

والخلاصة أنه على الرغم من الحجر على القاصر المميز ضمن هذه المرحلة إلا أن تصرفاته التي تحقق فائدة محضة وتثري ذمته تعد صحيحة ونافذة، ولا تثير أي إشكال قانوني بالنسبة للقاصر المميز، وهو ما تم النص عليه ضمن التشريعات المغاربية، وعليه فإن الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز إنما هو حجر جزئي وليس مطلق.

ثانياً-التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

1-رأي جمهور الفقهاء في تصرفات القاصر المميز الضارة ضرراً محضاً:

تعد التصرفات الضارة ضرراً محضاً وهي التي يترتب عليها خروج الشيء من ملك الصغير دون مقابل كالهبة والصدقة والوقف، وهذا الخروج يكون من الجانب الدنيوي حتى لو رتب معه نفع أخروي كإعطاء الصدقة والهبة ومنح القرض من مال الصغير، وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة مثل هذا النوع من التصرف، ويلغى في حالة القيام به من طرف الصبي المميز، بل حتى وإن أذن بذلك الولي أو الوصي أو القاضي أو أجازوها، كما ويرد مال الصغير لأن الأولياء ليس لهم القيام بمثل هذا التصرف ابتداءً، وهذا لما فيه من إخراج المال من ذمة الصغير المحجور عليه، ولأن ولاية هؤلاء نظرية، وليس من النظر إثبات الولاية فيما يعد ضرر محض في حق الصغير المميز، كما وتشترط الأهلية الكاملة في صاحب المال ليصح مثل هذا التصرف، وبما أن الصبي مظنة المرحمة والإشفاق لا مظنة الإضرار به والله تعالى أرحم الراحمين فلم يشرع في حقه المضار بشتى أنواعها².

وقد ورد كل ذلك ضمن نص المادة 267 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً".

¹ محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 52.

² الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 219. الحصفكي، الدر المختار، ص 611. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 256. القراني، الذخيرة، ج 8، ص 232. الهاشمي، الإرشاد إلى سبيل الرشاد، ص 364. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 286. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 424.

وقد استثنى فقهاء الحنفية من هذا التصرف إقراض القاضي مال الصغير المميز، وقالوا إن هذا المعنى لا يتحقق فيه الضرر المحض، لذا فإن القاضي يملكه على الصبي ويندب إلى ذلك، لأن صيانة الحقوق لما كانت مفوضة إلى القضاة انقلب القرض بحال القضاء نفعاً محضاً، كما أن القاضي يملك إمكانية تحصيل المال من المستقرض من غير حاجة إلى دعوى وبينه فكان مصوناً عن التلف لهذه الأسباب وغيرها ملك القاضي إقراض مال الصغير ولم يملكه الوصي، واختلف الفقهاء أيضاً في جوازه للأب بين مجيز ومانع¹.

بينما فقهاء المالكية والحنابلة لم يجيزوا للقاضي ولا للولي إقراض مال الصغير المميز إلا في حالة الضرورة كالخوف من هلاكه أو الحاجة السفر عند الحنابلة، وعدم إمكانية الاتجار فيه عند المالكية من طرف الولي، على أن يأخذ بالعوض رهناً استيثاقاً له².

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء سببه في مدى اعتبار إقراض مال الصغير المميز فيه مضرة أو نفع له، وليس في جواز التصرف في مال الصغير المميز بما لا يخدم مصلحته أو الإضرار بها، لأنهم متفقون أساساً على منع الصغير سواء أكان مميزاً أو غير مميز في التصرف بما يضر المصلحة المالية.

2- رأي قوانين الأسرة المغاربية في تصرفات القاصر المميز الضارة ضرراً محضاً:

اعتبرت قوانين الأسرة المغاربية التصرفات الضارة ضرراً محضاً من طرف القاصر المميز في ماله باطلة بطلاناً مطلقاً³، ويقصد بها تلك التي يتحمل بموجبها القاصر المميز التزامات تثقل ذمته المالية في حين لا تكسبه أي حق، ويترتب عليها إفتقار القاصر المميز، كالهبة⁴ والوقف وسائر أنواع التبرعات، وتعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً، حتى لو أصدرت هذه التصرفات من القاصر وبمحضر نائبه

¹ البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 256-257.

² القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 240. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 344-345.

³ وقد اعتبر عبد الكريم شهبون أن الحجر على الصغير المميز في التصرفات الضارة ضرراً محضاً هو: "منع الصغير المميز ومن في حكمه منعاً مباشراً عن التصرف في القول متى شكل هذا التصرف ضرراً محضاً له، كأن يطلق زوجته أو أن يقوم بالهبة من أمواله". عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 18.

⁴ اشترط المشرع الجزائري في قانون الأسرة من الواهب كمال الأهلية حيث نصت المادة 203 منه بقولها: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه". نصت المادة 30 من القانون رقم 91-10 المتضمن قانون الأوقاف بأن: "وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء أكان مميزاً أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي".

الشرعي بل ولو صدرت من نائبه الشرعي في حد ذاته¹، وذلك كله ما نصت عليه المادة 83 ق أ ج حيث ورد فيها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته...باطلة إذا كانت ضارة به...".

كما منع المشرع المغربي على القاصر المميز مباشرة التصرفات الضارة ولو بإذن نائبه الشرعي، ويمتنع أيضاً على النائب الشرعي مباشرتها تحت طائلة البطلان، حيث نص المشرع المغربي في مطلع المادة 12 ق أ ع م على أن: "التصرفات التي يجربها في مصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الشخص المعنوي من ينوب عنهم وفي الشكل المقرر في القانون تكون لها نفس قيمة التصرفات التي يجربها الراشدون المتمتعون بأهلية مباشرة حقوقهم"، وحرص على استثناء التصرفات الضارة ضرراً محضاً من هذه القاعدة فقال: "ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضة حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجريت مع الإذن الذي يتطلبه القانون"².

ولم يخالف المشرع التونسي ما نص عليه المشرع الجزائري والمغربي بخصوص التصرفات المالية للقاصر المميز، حيث اعتبر أن التصرفات الضارة ضرراً محضاً تعد باطلة، وهو ما نصت عليه أحكام الفقرة الثالثة من نص الفصل 156 م أ ش ت، حيث ورد فيه: "والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يعد مميزاً وتصرفاته تكون...باطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض..."، بل ولو حظيت بإجازة ولي القاصر. كما نص المشرع المغربي في الفصل 12 ق أ ع م ببطلان هذه التصرفات حتى في حال صدورها من طرف النائب الشرعي للقاصر.

ومنع المشرع الليبي على القاصر المميز من التصرف تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً بماله، ومنع ذلك أيضاً على الولي، بل لو أذنت به المحكمة فإنه يقع باطلاً وهو ما نصت عليه أحكام المادة 51 من قانون تنظيم أحوال القاصرين، والفقرة الأولى من نص المادة 111 ق م ل.

¹ إذا لم يملك النائب الشرعي للقاصر التصرف بما يضر ضرراً محضاً بالمصلحة المالية للقاصر ابتداءً، فالأولى من ذلك ألا تصح منه الإجازة انتهاءً، ذلك أن تصرفات النائب الشرعي للقاصر مقيدة بما لا يكون فيه ضرر للصبي المميز، أي أن النايبة الشرعية على القاصر مشروطة دوماً بتحقيق المصلحة له، وليس من المصلحة إخراج شيء من مال الصبي المميز بدون مقابل. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 53.

² مأمون الكزبري، المرجع السابق، ج 1، ص 114.

وأجاز المشرع الجزائري الإقراض والاقتراض من أموال القاصر من طرف الولي، وهو قول فقهاء الحنفية والشافعية وأجازوا ذلك على الإطلاق، وقال بذلك فقهاء المالكية والحنابلة لكن قيده بشروط سبق ذكرها، والغرض من إقراض مال القاصر عند الفقهاء هو حفظ مال القاصر من التلف والضياع، بينما أجاز المشرع الجزائري ذلك للولي بعد أخذ الإذن من القاضي لغرض استثمار مال القاصر أو المساهمة في الشركة، أي الغاية من الإقراض والاقتراض هو تنمية المال لا حفظه، وهو ما نصت عليه المادة 88 ق أ ج.

والخلاصة أنه يحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز إذا كانت هذه التصرفات التي تصدر منه تضر بمصلحته ضرراً محضاً كما ويتم إبطال هذه التصرفات، لأن القاصر المميز في هذه الحالة يعتبر كالقاصر غير المميز ويعتبر بالنسبة لهذه التصرفات عديم الأهلية شأنه في ذلك شأن القاصر المميز.

ثالثاً-التصرفات المترددة بين النفع والضرر:

1-رأي جمهور الفقهاء في تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر:

ويقصد بالتصرفات المترددة بين النفع والضرر تلك التصرفات التي يحتمل أن تقع نفعاً للشخص وتحقق مصلحة له، ويحتمل أن تقع ضرراً وتفوت مصلحة عليه، أو هي التي تحتمل الربح والخسارة، وذلك مثل الإجارة ونحو ذلك من عقود المعاوضات كالبيع الذي يعد من التصرفات المترددة بين النفع والضرر، ومثاله بأن باع الصبي شيئاً يملكه بأضعاف قيمته المالية، فإنه في هذه الحالة يكون نفعاً، أما إذا باعه بأقل من قيمته المالية فإنه يكون ضرراً¹.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم التصرفات الصادرة من الصغير المميز والمترددة بين النفع والضرر لثلاثة أقوال، وذلك بين من يصححها، ومن يبطلها، ومن يضع شروط لصحتها:

¹ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 220. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ص 171. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 257.

القول الأول: وهو أن تصرفات الصغير المميز والمتردة بين النفع والضرر تعد صحيحة من دون الحاجة إلى الأخذ برأي وليه، وهذا القول مروى عن الإمام أحمد وهي إحدى الروايتين عنه¹.

القول الثاني: بطلان تصرف الصغير المميز الدائرة بين النفع والضرر في ماله سواء أذن وليه في التصرف أم لم يأذن له إلى أن يبلغ الصبي، لأنه غير مكلف فأشبهه الصغير غير المميز، وهذا القول هو للشافعية ورواية ثانية عند الحنابلة والصحيح في مذهب الحنابلة كما نقل صاحب الإنصاف².

وقد استدلووا لصحة قولهم بحديث الرسول عليه السلام: "رفع القلم عن ثلاثة... وعن الصبي حتى يحتلم"³، وهذا الحديث يدل بصريح العبارة على بطلان تصرفات الصبي المميز شأنه في ذلك شأن الصبي غير المميز مدام كليهما لم يبلغا.

القول الثالث: اشترطوا لصحة التصرفات المالية للصغير المميز والدائرة بين النفع والضرر أن يأخذ برأي وليه، فالولي لا يقوم إلا بما فيه منفعة لمن له ولاية عليه، وهذا راجع لاحتمال الضرر الذي قد يلحق بمال الصغير المميز من جراء تصرفه بنفسه، إذ أن بعض التصرفات النافعة قد تخفي ضرراً والعكس، لذا إن رأى وليه في تصرفه السداد أجازته، وفعله عندئذ يصح وينفذ لترجح جانب المصلحة فيه، وإلا رده وأبطله وفسخ العقد، أما إن لم يكن له ولي فوصيه أو ناظره، وهذا القول هو لفقهاء الحنفية والمالكية، وقال المرادوي هذا القول هو الذي عليه مذهب الحنابلة والأصحاب وهي رواية ثانية للإمام أحمد⁴.

وقال المالكية إذا تصرف المميز بغير إذن وليه، ولم يعلم بذلك الولي إلا بعد خروج المميز من الحجر أو علم وسكت، فإن النظر في هذا الشأن للصبي بعد أن بلغ رشيداً، إن شاء رد تصرفه

¹ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 4، ص 255.

² ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 347. المرادوي، نفس المرجع، ج 4، ص 255-256.

³ أخرجه أبي داود في سننه، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، حديث رقم 4403، المرجع السابق، ج 4، ص 141.

⁴ النسفي، كنز الدقائق، ص 571. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 257. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 232.

الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 5، ص 292. بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 2، ص 629. ابن

جزري، القوانين الفقهية، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، س 2013، ص 529. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 347.

المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 4، ص 255.

أثناء صباحه وإن شاء أمضاه وسواء كان هذا التصرف بما يجوز للولي رده أو بما يجب على الولي رده كالنبرع¹.

ويستثنى مما سبق ذكره تصرف الصبي المميز في الشيء اليسير والتافه في ماله، كإجراء خبز أو ما شابه ذلك فيجوز وكذلك الحال بالنسبة للصبي غير المميز، ودليل ذلك ما روي عن أبي الدرداء أنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله².

والذي يترجح من كل هذه الأقوال هو القول الثالث لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، والقائل بوقف صحة تصرف الصبي المميز على رأي وليه، فإن رأى في تصرفه السداد أجازته وإلا رده وأبطله وفسخ العقد³، لأن التصرفات المترددة بين النفع والضرر هي ما

¹ الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج 5، ص 292.

² ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 347. المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 4، ص 256.

³ إذا كان الراجح هو نفاذ تصرف الصبي المميز إذا انضم إلى إذن وليه وإجازته في التصرفات المترددة بين النفع والضرر هذا بشكل عام، لكن هل ينفذ تصرف الصبي المميز إذا انضم إلى رأي وليه في هذه التصرفات حتى في حالة ما إذا غبن الصبي غبناً فاحشاً؟ ونذكر هنا أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة إلى قولين اثنين وهما:

القول الأول: نفاذ تصرف الصبي المميز ولو بغبن فاحش مادام قد انضم رأي الولي إلى رأيه، وهذا القول هو لأبي حنيفة، حيث قال إن قصور رأي الصبي المميز لما اندفع برأي الولي التحق الصبي المميز بالبالغ، أو صار بمنزلة ما إذا اندفع ذلك بكمال رأيه بالبلوغ، فنفذ بيعه من الأجنبي بغبن فاحش، كما ينفذ من غيره من البالغين، أو كما ينفذ منه بعد البلوغ، وإن كان هذا التصرف لا ينفذ من الولي إذا ما قام به. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 880. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 257.

القول الثاني: إن تصرف الصبي المميز بالغبن الفاحش لا ينفذ ولو مع انضمام رأي وليه مع نفاذه في الغبن اليسير، وهذا القول هو لأبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني ولجمهور الفقهاء، فيتضح أنهم قد وضعوا لتصرفاته المالية حدود وليس الأمر على إطلاقه، واحتجوا لذلك بقولهم إن نفوذ تصرف المميز لما كان باعتبار رأي الولي فإن انضمام رأيه إلى رأي الصبي شرط جواز تصرفه يعتبر رأيه العام برأيه الخاص، وهو ما إذا باشر التصرف من الولي بالغبن الفاحش لا ينفذ بمباشرة الصبي بعد إذن الولي له، وقول الفقه أن الغبن الفاحش بمنزلة الهبة فإن من لا يملك الهبة كالأب والوصي في مال الصغير لا يملك التصرف بالغبن الفاحش، والصبي لا يملك الهبة ولو بالإذن فلا يملك التصرف بالغبن الفاحش لأنه إتلاف كالهبة، وعليه فإن الولي لا يملك إنفاذه. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 880. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 257-258.

ومن خلال عرض هذين القولين يتضح لنا رجاحة القول الثاني، والقائل ببطالان الغبن الفاحش في التصرفات المترددة بين النفع والضرر، لأنه يشترط دائماً وبشكل عام التصرف فيما فيه مصلحة للقاصر وحظ له، وهذه هي الغاية من الولاية على مال الصغير، وذلك هو اختيار التشريعات المغاربية وقد وفقوا في اختيارهم.

تمكن الصبي المميز من التدرب والتمرن على التصرفات المالية، وتفويض مثل هذه التصرفات للصبي المميز مع تصحيحها هي والتي أمر الله بها الأولياء¹، وذلك من خلال القيام بابتلائهم واختبارهم ودور الولي يكون مرشد ومصحح لمثل هذه التصرفات المالية، وهو ما يجعل الولي مطلع على حالة الصبي المميز في مدى حسن تصرفه في ماله من عدمها. وقد اشتهر هذا القول عند فقهاء القانون وأخذت به العديد من التشريعات الحديثة، وعرفت بفكرة العقد الموقوف، وهو ما سيأتي بيانه ضمن التشريعات المغاربية.

2- رأي قوانين الأسرة المغاربية في تصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر:

اعتمدت جل قوانين الأسرة المغاربية في الحكم على التصرفات المترددة بين النفع والضرر للقاصر المميز برأي جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية والقائلين به من الحنابلة، حيث اعتبروا تصرفاته المترددة بين النفع والضرر موقوف² نفاذها على إجازة³ الولي أو الوصي⁴، وهو ما ذهب

¹ القول بصحة تصرفه المترددة بين النفع والضرر من شأنه تحقيق فائدة جمة له، فهو تمرين مفيد له يكسبه مراساً وتجربة ومعرفة بأحوال الناس ونتائج المعاملات، ويعوده الظفر بالكسب وإشعاره بمضاضة الخسارة، ويهيئه لرشده ويختبر مواهبه الفكرية، وبذلك يتمكن أن يحكم له أو عليه متى بلغ سن الرشد. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 83.

² العقد الموقوف هو ذلك العقد الصحيح الذي يتوقف أثره على إجازة ممن يملكها شرعاً. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 65.

والعقد الموقوف هو "العقد الذي انعقد صحيحاً لتوفر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكن ناقصه أحد عنصري النفاذ، وهما الملك أو الأهلية"، فإذا صدر العقد من ناقص الأهلية فإنه يكون موقوفاً على إجازته من طرف الولي. فإذا أجاز نفاذ، وإذا تخلفت الإجازة انعدم. ينتمي مفهوم العقد الموقوف إلى نظرية البطلان في الفقه الإسلامي، والذي يتدرج من حيث البطلان والصحة من البطلان إلى الفساد ثم من الفساد إلى الوقوف ثم من الوقوف إلى النفاذ ثم من النفاذ إلى اللزوم. محمد الزين، المرجع السابق، ص 202-203.

³ الإجازة في القانون الوضعي هي تصرف قانوني بموجبه تنتج إرادة من شرعت لفائدته قابلية العقد للإبطال نحو التنازل عن حقه في إبطال العقد الذي يصبح صحيحاً بآثر رجعي، من ثم فهي لا تنفيذ إبرام عقد جديد كبديل للعقد القابل للإبطال، بل تؤدي فقط إلى جعل العقد الموجود المههد بالبطلان صحيحاً. عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 523.

⁴ يعد التصرف المتردد بين النفع والضرر قبل إجازته صحيحاً منتجاً لآثاره، فهو ليس بحاجة إلى إجازة تصححه بآثر رجعي، إذ هو صحيح من وقت إبرامه، وكل ما في الأمر أن المتعاقد كان ناقص الأهلية، أي أن العيب ليس في ذات العقد بل في عقده، بمعنى أن العيب شخصي لا موضوعي في العقد، وكل ما يترتب على هذا العيب الشخصي هو ثبوت حق طلب الإبطال

إليه المشرع الجزائري، حيث اعتبر هذا التصرف موقوف نفاذه على إجازة وليه أو وصيه¹، وقد نصت على ذلك أحكام المادة 83 ق أ ج بقولها: "من بلغ سن التمييز... تتوقف-أي تصرفاته- على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر"². والواضح أن ما نصت عليه هذه المادة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي³.

مع العلم أن إجازة النائب الشرعي للقاصر في التصرفات المترددة بين النفع والضرر لا تقبل إلا في التصرفات التي خول القانون للنائب الشرعي للقاصر القيام بها، وعليه فإذا منع القانون على النائب الشرعي القيام بتصرف ما أو اشترط وجوب توفر شروط للقيام بهذا التصرف في مال

للمتعاقد ناقص الأهلية، فإن هو طالب بهذا الحق وحكم له به اعتبر العقد كأن لم يكن، وزال بأثر رجعي بما ترتبه آثار قانونية في الفترة ما بين إبرامه والحكم بإبطاله. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 83.

¹ العقد الموقوف في فترة وقفه أي قبل صدور الإجازة يكون له وجود مادي ووجود قانوني، لأن التصرف انعقد صحيحاً، أي أن فكرة وقف العقد تعترف بوجود العقد في عالم القانون دون أن يكون منتجاً لأثره إنتاجاً فورياً، وهي تجعل هذا الأثر موقوفاً على الإجازة. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، نفس المرجع، ص 73.

² يقول محمد سعيد جعفرور أن القانون المدني الجزائري لم يأخذ بفكرة الفقه الإسلامي (العقد الموقوف) في تقسيمه للتصرفات القانونية للأقسام الثلاثة المذكورة، وذلك خلافاً لقانون الأسرة الذي اعتنق هذه الفكرة بمقتضى نص المادة 83 منه. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، نفس المرجع، ص 83.

وهو أيضاً ما تم ملاحظته لدى المشرع التونسي إذ اعتبر الفصل 156 م أ ش ت تصرفات القاصر المميز موقوفة النفاذ على إجازة الولي، في حين ورد في نص الفصل 8 م أ ع ت أن تصرفاته إذا أبرمت دون إذن وليه تعتبر قابلة للفسخ، وهو ما نص عليه الفصل 330 م أ ع ت، ويرجع عدم توحيد الجزاء الخاص بتصرفات القاصر المترددة بين النفع والضرر لتنوع مصادر القانون المدني التونسي بين فقه إسلامي وتشريع غربي، مما أوجد حالة من عدم التناسق بين المجالات القانونية المتنوعة المصادر، والصادرة في تواريخ متفاوتة من جهة أخرى، فإن الغموض وسوء الترجمة التي تظهر عليها العبارات المستعملة في النصوص القانونية يجعل عملية استقصاء الجزاء المقرر لتصرفات القاصر أمر مستعصياً. كما ولا يمكن أن تحل جميع هذه الإشكالات بصفة جذرية، إلا إذا تدخل المشرع لإرساء نظام متكامل لحماية الذمة المالية للقاصر يجمع فيه شتات النصوص القانونية ويوضح فيه بصفة صريحة نوع الجزاء المقرر لتصرفات القاصر المتعاقد، حتى لا يترك مجالاً للتناقض أو التعارض بين مختلف المجالات القانونية. دنيا جبالله، حماية الذمة المالية للقاصر، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة تونس 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، س 2000-2001، ص 140.

³ اشترطت أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 83 من قانون الأسرة على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الحريص على مصلحة القصر، وهو ما يفهم منه عدم نفاذ الغبن الفاحش في أموال المميز وفي هذا حفاظاً على المصلحة الفضلى للقاصر.

القاصر فإن المنع يشمل أيضاً ضمن ذلك منح الإجازة للقاصر في مثل ذلك التصرف، بل هو من باب أولى، كما لا يحق ذلك إلا بعد توفر نفس الشروط الواجب توفرها أو الشكلية المعينة التي استلزمت على الولي، وفي ذلك حماية لأموال القاصر، ومثال ذلك شرط الإذن في عقود التصرف الذي يستوجب استصداره من طرف القاضي المختص من طرف النائب الشرعي للقاصر، فيجب توفره أيضاً حال إذن النائب الشرعي للقاصر بالتصرف في أمواله في عقود التصرف.

وما ذهب إليه المشرع الجزائري هو أيضاً ما ذهب إليه المشرع المغربي، حيث اعتبر أن تصرفات الصبي المميز في المعاوزات المالية لا يحجر عليها لأنه يتمتع بأهلية الأداء، إلا أن هذه الأهلية ناقصة ولذا احتاج لإذن من وليه لإجازة تصرفاته العوضية. وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نص المادة 225 م أ م بأنه: "تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية... يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور"، فأوقفت نفاذ تصرفات المميز على إجازة نائبه الشرعي خلافاً لنص الفصل 4 ق 1 م، والتي جعلته قابلاً للإبطال إذ ورد في نصها: "إذا تعاقد القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم، فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرماها، ولهما أن يطالبا بإبطالها..."، لكن يعمل بنص مدونة الأسرة لأنه خاص خلافاً لنص قانون الالتزامات والعقود الذي هو عام، وهناك اعتبارات أخرى عديدة¹.

¹ ذكر عبد الحق صافي أنه يعمل بما ورد في نص الفصل 225 م أ م، وإن موقفها هو الصائب، ذلك أن مدونة الأسرة هي التي تنظم كل الأمور المتعلقة بحالة الأشخاص كأهليتهم للتعاقد، وهو ما نص عليه الفصل 3 ق ل ع م، إذ ورد نصه: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية". ويتبع عبد الحق صافي قوله إن هذا الموقف هو صائب حتى في ظل مونة الأسرة الحالية، والتي أوردت أحكام الأهلية والنيابة الشرعية ضمن كتابها الرابع، وهذا ما يستفاد من خلال نص المادة 211 م أ م والتي ورد فيها ما يلي: "يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية والوصاية والتقديم بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في هذه المدونة". إضافة لكل ذلك فإن إعمال قواعد الترجيح بين قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة بخصوص تنظيم متعلقات أهلية التعاقد ستكون لا محالة لفائدة المدونة بالنظر للمبررات القانونية الآتية:

1- إن النصوص المنظمة للأهلية في مدونة الأسرة هي نصوص خاصة، وبالتالي فهي تطبق بالأسبقية عن النصوص العامة المنظمة لنفس الموضوع والواردة في قانون الالتزامات والعقود، فالقاعدة أن الخاص يقيد العام عند التعارض بينهما.

لذا فإن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر للقاصر المميز في أمواله، كالبيع والإيجار فإنه ينعقد صحيحاً لكن غير نافذ¹، أي يظل موقوف على إجازة الولي أو نائبه الشرعي لنقصان أهلية القاصر المميز، وهو الموقف الذي ذهب إليه الفقه الإسلامي وتبناه المشرع المغربي في مدونة الأسرة، وهو نفس الإشكال الذي طرح في التشريع الجزائري بين قانون الأسرة والقانون المدني.

ولم يخالف المشرع التونسي سابقه وهو ما ورد في نص الفقرة الثالثة من الفصل 156 م أ ش ت، حيث ورد فيه: "والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة يعد مميزاً وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض، ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي". وعليه ونظراً للحجر الجزئي على القاصر المميز فإن أعمال التصرف خاضعة لإجازة الولي، وتتوقف أعمال التصرف في حقه على توفير إذن خاص.

لكن نص الفصل 15 م أ ع ت ورد فيه أن: "الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفيه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة...إلا بإذن خاص من القاضي المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للمذكور آنفاً"، فيستنتج من نص الفصل أن إجازة النائب الشرعي للقاصر كافية لصحة عقود الإدارة التي يبرمها القاصر المميز، لكن لا تكفي إجازة الولي في عقود التصرف، بل لا بد من إذن القاضي المختص، كما لا يمنح هذا الإذن إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة².

وعليه فإن الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز هي جزئية لأن له أهلية غير كاملة، فلا تقع أعماله المترددة بين النفع والضرر نافذة من حيث المبدأ، إلا أن تصحبه إرادة الولي أو

2- أن قانون الإلتزامات والعقود هو قانون سابق، ومدونة الأسرة هو قانون لاحق عليه، والقاعدة أن اللاحق ينسخ السابق حال تعارضهما.

3- أن قانون الإلتزامات والعقود صدر في الأصل لكي يطبق على الفرنسيين والأجانب، وقد وسع المشرع سنة 1965 نطاق تطبيقه ليشمل كافة المغاربة، غير أنه لم يراجع قبل القيام بذلك التوسيع. عبد الحق صايفي، المرجع السابق، ص 140.

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 19. عبد الله بن طاهر، المرجع السابق، ج 4، ص 60.

² محمد الزين، المرجع السابق، ص 92.

الوصي أو المقدم¹. وهو ما نص عليه الفصل 6 م 1 ع ت: "فلأشخاص الآتي بياهم أهلية مقيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والثماني عشرة سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه". ويتضح اعتناق المشرع التونسي فكرة وقف تصرفات الصبي المميز المترددة بين النفع والضرر ضمن نصوص تشريعاته، فيعتبر العقد صحيح غير نافذ.

وكل ما سبق ذكره نص عليه المشرع الموريتاني في أحكام المادة 168 م أ ش م، حيث ورد فيها ما يلي: "يتوقف نفاذ تصرفات المميز العوضية على إجازة الولي ويكون إمضاءه أو رده لها بحسب المصلحة الراجحة وقت النظر".

إن مقتضى عدم ترتيب التصرف المتردد بين النفع والضرر من طرف القاصر المميز لآثاره هو أن هذا التصرف ينشأ وينعقد صحيحاً من قبل القاصر المميز، نظراً لوجود مناط أهلية الأداء عنده، وهو التمييز، ولكن نظراً لأنها أهلية ناقصة، فإنه لا يستقل برأيه، بل لا بد من موافقة من له الولاية أو الوصاية عليه، لأن عقل الصبي ناقص، فجعل الرأي النهائي لمن ينظر مصالحه حفظاً لماله من الضياع².

أما المشرع الليبي فقد اعتبر التصرفات التي تدور بين النفع والضرر والصادرة من الصغير المميز قابلة للإبطال³، ويزول حق التمسك بإبطالها إذا أجازها القاصر ببلوغه سن الرشد أو أجازها وليه أو المحكمة، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة من القانون الخاص بتنظيم أحوال

¹ فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، ص 408. علي الكحلون، النظرية العامة للالتزامات، ص 151-158.

² محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 82.

³ والرأي في الفقه هو أن التصرف القابل للإبطال تصرف صحيح، لكن يصبح باطلاً إذا تقرر إبطاله، فهو صحيح قبل تقرير البطلان، نظراً لترتب أثره عليه فور انعقاده، وهو باطل بعد هذا التقرير، لأن يعتبر كأن لم يكن ويجب إزالة أثره. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، نفس المرجع، ص 44.

وقابلية العقد للإبطال هو النهج الذي سار عليه "نابليون"، وقضى بأن العقد إما أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإما أن يكون صحيحاً نهائياً إذا لم يشبه عيب ما، وإذا كان مشوب بعيب من عيوب الرضا فإن صحته تكون مهددة بطلب الإبطال، وذلك ممن له الحق في طلبه، ومالم يطالب الإبطال في حينه فإن العقد يظل صحيحاً. علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، عدد 10، ص جوان 1986، ص 436.

القاصرين ومن في حكمهم، وهو ما ورد أيضاً في الفقرة الثانية من نص المادة 111 ق م ل، وقد خالف بذلك قول جمهور الفقهاء وقوانين الأسرة المغاربية الأخرى لاعتبار هذا التصرف موقوف على إجازة الولي¹.

وخلاصة القول إن تعاقد القاصر في التصرفات المترددة بين النفع والضرر صحيح في قوانين الأسرة المغاربية وباقي التشريعات الأخرى، إلا أنه لا تنفذ آثارها إلا بعد إجازة الولي أو الوصي أو المقدم، وإيقاف نفاذ مثل هذه التصرفات على إجازة النائب الشرعي يتوافق مع ما جاء به الفقه الإسلامي، بل هو اقتداء بمسلك الفقه الإسلامي أو جمهور الفقهاء، والذي اعتبر مثل هذا التصرف موقوف على إجازة النائب الشرعي.

المبحث الثالث: رفع الحجر عن القاصر

نظراً لما للحجر على القاصر من أثر على حفظ أصل مال القاصر من الضياع والتلف، وإذا كان الحجر في الغالب لا يكون على التأييد، أي أنه قد يأتي زمن يرفع فيه هذا الحجر، فتكون للشخص المرفوع عليه الحجر الحق في التصرف في ماله، ونظراً لما لهذا الرفع من خطورة من المساس بأصل مال المحجور عليه، لأنه قد لا تتوفر الشروط الفقهية والقانونية في الشخص المراد رفع الحجر عنه، لذا كان لزاماً التطرق لهذه الجزئية مبيناً فيها مفهوم رفع الحجر وبعض أحكامه.

¹ اعتنق المشرع الجزائري فكرة العقد الموقوف ضمن نص المادة 83 ق أ ج عكس القانون المدني الذي آثر الأخذ بفكرة العقد القابل للإبطال عكس المشرع الليبي، متأثراً في ذلك بالمشرع المصري والفرنسي. والراجع ضمن التشريع الجزائري هو القول بوقف تصرفات القاصر المميز بين النفع والضرر لكونها وردت ضمن التشريع الأحدث، وذلك ضمن نص المادة 83 ق أ ج، فتعتبر ناسخاً وملغياً للنص الأقدم والذي هو نص المادة 101 ق م ج، والتي نصت بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية، وذلك إعمالاً للمبدأ الشهير والذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص 79-85-168.

وما قيل في شأن التشريع الجزائري ينطبق أيضاً على التشريع التونسي، وذلك بشأن الفصل 156 م أ ش ت والتي توقف نفاذ تصرفات المميز على إجازة الولي، وبين الفصل 8 م أ ع ت التي تعتبرها قابلة للفسخ.

المطلب الأول: مفهوم رفع الحجر

قبل التطرق لأحكام رفع الحجر على شخص القاصر في المطلب الموالي، سيتم تناول ضمن هذا المطلب مفهوم رفع الحجر عن القاصر، وذلك من خلال تعريفه، ومن يتولى إزالة هذا الحجر عنه، وذلك ضمن الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: تعريف رفع الحجر عن القاصر

سبق تعريف الحجر من الناحية اللغوية والاصطلاحية ضمن هذا الباب في المبحث الأول، والذي وقيل بأنه من الناحية اللغوية هو المنع والتضييق، وفي الاصطلاح الفقهي كما قال الجمهور بأنه المنع من التصرف في المال، وهو ما يلزم النيابة عنه في التصرفات سواء أكان ذلك من طرف الولي أو الوصي أو المقدم.

لذا فإن رفع الحجر أو فكّه عن الصغير هي: "عبارة عن حالة يخرج بها القاصر من الولاية والوصاية، ويتساوى فيها مع كامل أهلية التصرف"¹. وعليه فمتى رفع الحجر عن القاصر وفك عنه، ورفعت عنه الولاية والوصاية والتقديم أصبح هذا القاصر رشيداً كاملاً الأهلية له كامل الحق في التصرف في ماله مثله مثل الغير.

وقد نص المشرع الجزائري ضمن نص المادة 108 ق أ ج بأنه: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه"، وبما الحجر المضروب على القاصر هو حجر قانوني وليس قضائي كما سبق القول، فإنه يرفع تلقائياً من دون تدخل أو طلب لكن بشروط يتم التطرق له لاحقاً.

الفرع الثاني: متولي إزالة الحجر عن القاصر

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على فك الحجر على القاصر إذا بلغ راشداً، وعندئذ تدفع إليه أمواله كاملة لزوال سبب الحجر، لكنهم اختلفوا في كيفية فك وإزالة الحجر عن القاصر، هل يحتاج ذلك إلى من يزيله أم لا يحتاج؟ أو هل يرفع الحجر عنه بشكل تلقائي بدون الحاجة إلى تدخل، أم لا بد مع ذلك من فك القاضي أو الحاكم إن كان الذي يلي أمر الصبي

¹ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 367.

مقاماً من قبله، أو من طرف الوصي إن كان هو الذي يلي أمر المحجور؟ وقد اختلفوا في ذلك لقولين وهما:

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية، حيث قالوا إن الحجر يزول بنفسه أو بشكل تلقائي دون الحاجة إلى فك ولا إزالة من قبل أي أحد، فمتى بلغ الصبي وصار رشيداً زال الحجر عنه، سواء أكانت الولاية للأب أم للوصي أم للمقدم المعين من قبل القاضي¹.

وقد استدلووا لصحة قولهم بدليلين اثنين الأول دليل نقلي والثاني دليل عقلي²:

1-الدليل النقلي: وقد استدلووا بدليل نقلي وهو قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ أَنبِيَاءَهُمْ بِالْبَلَاغَةِ أَن هَلْ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ إِنَّ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ لَا هُدًى لَهُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ۚ﴾³، ووجه الدلالة أن الآية أفادت أن دفع المال إليه مشروط بشرطين وهما البلوغ وإيناس الرشد فقط، فإذا قلنا أنه لا بد من فك وإزالة الحجر عن القاصر كان ذلك شرطاً آخر إضافة للشترطين الواردين في الآية، وهو ما معناه أن القاصر إذا بلغ وصار رشيداً يظل محجوراً عليه ما دام من يملك حق رفع الحجر لم يفك الحجر عنه، ولم يأذن له في التصرف وهذا غاية الفساد.

2-الدليل العقلي: ودليلهم العقلي في أن الحجر يزول بنفسه وهو أن سبب الحجر عدم العقل أو نقصانه، وحيث أن الشخص القاصر قد بلغ وصار رشيداً فقد زال عنه الحجر لزوال سبب الحجر والحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا. كما أن الحجر لم يثبت بالحاكم فلا يتوقف زواله على إزالة الحاكم⁴.

¹ القزويني، العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 74. عادل عبد الموجود وعلي معوض، تعليق على رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ج 9، ص 219. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 73. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 287.

² القزويني، نفس المرجع، ج 5، ص 74. عادل عبد الموجود وعلي معوض، نفس المرجع، ج 9، ص 219.

³ سورة النساء، آية رقم 6.

⁴ الأسنوي، تذكرة النبي في تصحيح التنبيه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 1996، ج 3، ص 122.

القول الثاني: وهو لفقهاء المالكية حيث قالوا إذا كان ولي القاصر هو الأب ارتفع الحجر عنه بالبلوغ وإيناس الرشد بدون حاجة لفك الحجر من الولي، أو أي إسهاد على إطلاقه من الولاية، وعليه فالحجر ينفك تلقائياً لأنه حجر أصلي، أما إذا كان الولي غير الأب سواء أكان الولي وصياً للأب أو السلطان أو القاضي أو مقدم القاضي فإن الحجر لا يرتفع عن القاصر إلا بفكهم وإسهادهم للعدول على هذا الفك وذلك بأن يقول الولي للشهود العدول: "اشهدوا أنني فككت الحجر عن فلان وأطلقت له التصرف لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه"، كما أنه يمكن أن يقوم القاضي بفك الحجر، وتصرف الولي بعد الفك لازم ولا يحتاج لإذن الحاكم في الفك، وهذا القول مشهور عند فقهاء المالكية¹.

وقد استدل فقهاء المالكية لقولهم بأن الصغير منحجر لا محجور، ومعناه أن الحجر لم يكن بحكم القاضي، أي أنه حجر ذاتي أو طبيعي، وشيء ثبت بدون مثبت وجب أن يزول بدون مزيل.

وهذا الاستدلال لقولهم يؤيد قول الجمهور فيما يخص الأب، لكن المالكية خالفوهم فيما يخص غير الأب حيث قالوا إن حجر الأب على الصغير هو حجر أصالة، وهو بذلك لا يحتاج إلى فك، وأما حجر غير الأب من وصي أو مقدم فكان بإدخال، وهو غير أصيل فاحتاج إلى فك منهما².

وذهب المالكية إلى أن الوصي أو المقدم إذا قاما بفك الحجر عن الصبي المحجور عليه ولكن تبين عدم رشده فيما بعد الفك فإن على القاضي أن يقوم برد وإلغاء فك الوصي أو المقدم، وعلى القاضي أيضاً أن يولي على القاصر غيره، ولا يضمن الوصي أو المقدم شيئاً مما أتلغه القاصر، لأن فك الوصي أو المقدم كان باجتهادهما³.

أما ضمن التشريعات المغاربية فقد ذهب المشرع الجزائري إلى أن فك الحجر في مرحلة التمييز يكون من قبل القاضي، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 84 ق أ ج، وذلك بناءً على

¹ القرائي، الذخيرة، ج 8، ص 233-234. الحارثي، شرح مختصر خليل، ج 5، ص 294.

² عادل عبد الموجود وعلي معوض، تعليق على رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين، ج 9، ص 219.

³ العدوي، ضوء الشموع، المكتبة الأزهرية للتراث، د ط، د س، ج 3، ص 288.

طلب من له مصلحة، ولكن إذا بلغ سن الرشد وأكتملت أهليته فإن الحجر يرفع بشكل تلقائي ولا يحتاج إلى فك أو إزالة، وهو ما يفهم من نص المادة 86 ق أ ج، ولم يميز المشرع الجزائري بين أن يكون النائب الشرعي للقاصر هو الأب أو غيره، وهذا القول يتوافق مع قول جمهور الفقهاء. وهو ما يفهم من أحكام نص المادة 218 والمادة 226 من مدونة الأسرة المغربية، وهو ما ذهبت إليه أيضاً باقي التشريعات المغاربية.

المطلب الثاني: أحكام رفع الحجر عن القاصر

ضمن هذا المطلب يتم التطرق لأحكام رفع الحجر عن القاصر، حيث يتم تناول شروط رفع الحجر عن القاصر وذلك ضمن الفرع الأول، أما الفرع الثاني فيتناول فيه حكم رفع الحجر عن القاصر في إمساك المال دون تنميته.

الفرع الأول: شروط رفع الحجر عن القاصر

أولاً-شروط رفع الحجر عن القاصر في الفقه الإسلامي:

إن رفع الحجر عن القاصر تختلف شروطه عند جمهور الفقهاء بين ذوي الأب والأوصياء أو المهملين وهم الذين بلا أب ولا وصي يرعاهم، وعند فقهاء المالكية تختلف الشروط أيضاً بين الذكور والإناث أيضاً، وتفصيل ذلك كالآتي:

1-شروط رفع الحجر عن الصغار الذكور ذوي الأب:

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أنه لا يرفع الحجر على الذكر الصغير ذو الأب حتى يبلغ رشيداً، لأن تصرفات الشخص قبل البلوغ محمولة على السفه وإن ظهر رشده، وعلى هذا فلا تدفع إليه أمواله حتى يستكمل الشرطين معاً وهما البلوغ وإيناس الرشد¹.

¹ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، س 2004، ج 6، ص 236. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 232. ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1925.

ففقهاء الشريعة الإسلامية ربطوا تسليم الأموال للقاصر بإيناس الرشد، لا بظهور العلامات البيولوجية فقط، ودليلهم في ذلك قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾¹، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الصبي لا تسلم إليه أمواله ولا تدفع إليه مباشرة بعد بلوغه، بل يضاف إلى ذلك شرط إيناس الرشد وحسن التصرف في المال².

ويقول الإمام السرخسي في هذا الشأن أن المراد باليتامى في قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ﴾³، قال هم البالغين، فهذا تنصيب على وجوب دفع المال إليهم بعد البلوغ إلا أنه قام الدليل على منع تسليم المال إليهم بعد البلوغ إذا لم يؤنس منهم الرشد، وهو ما جاء في قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾⁴، وحرف الفاء للوصل والتعقيب، فيكون دفع المال إليه عقب البلوغ بشرط إيناس الرشد، وما يقرب من البلوغ في معنى حالة البلوغ⁵.

لكن للتحقق من الرشد لا بد من اختبار وتجريب الصغير وهو ما نصت عليه المادة 981 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني فإذا تحقق كونه رشيداً تدفع إليه أمواله حينئذ"، لأن العادة أن أثر الصبي يبقى زماناً في أوائل البلوغ لذلك كان لا بد من الاختبار⁶، أما إذا بلغ الصبي مجهول الحال أي لم يعلم رشده من عدمه، ذلك أن الرشد لا يتحقق بمجرد البلوغ كما يفهم من نص المادة السالفة، فلا ينبغي أن

¹ سورة النساء، آية رقم 6.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 9، ص 206. عبد الرحمان العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، بدون ناشر، ط 1، س 1397 هـ، ج 5، ص 187.

³ سورة النساء، آية رقم 2.

⁴ سورة النساء، آية رقم 6.

⁵ السرخسي، المبسوط، ج 24، ص 162.

⁶ السرخسي، نفس المرجع، ج 24، ص 160. عبد الرحمان العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج 5، ص 188-187.

يستعجل في إعطاء الصبي ماله بمجرد بلوغه بل يجرب ويختبر رشده، بأن يدفع إليه القليل من ماله فإن أصلح فيه دفع إليه ما تبقى منه، لأنه إن أفسد كان الفساد في القليل أيسر منه في الكل ويجب أن لا يفهم من التجريب والاختبار أن يكون ذلك على سبيل الاختيار، بل يلزم عدم إعطائه ماله ما لم يثبت رشده يقيناً، فإذا تحقق كون الصبي رشيداً دفعت إليه حينئذ جميع أمواله¹.

لكن إذا بلغ الصبي سفيهاً فلا تسلم إليه أمواله لقول الفقهاء، يعني إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده بالبينة ولو أتم الخامسة والعشرين سنة من عمره ويكون مستحقاً للحجر، خلافاً لأبي حنيفة الذي يرى عدم استحقاق الحجر ببلوغ الخامسة والعشرين وقد خالفه الصحابين أبو يوسف ومحمد وقالوا أنه من بلغ غير رشيد لا يدفع إليه ماله أبداً ولا يجوز تصرفه فيه حتى يؤنس منه الرشد²، وهو ما نصت عليه المادة 982 من مجلة الأحكام العدلية في نصها: "إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف".

أما إذا لم يثبت رشد الصغير بالتجربة والاختبار، وذلك من خلال تسليم الولي للصغير المميز جزءاً من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل أن يعلم بأنه صار رشيداً أم لا يزال غير رشيد، فإذا سلمه وصيه أو وليه أمواله وهو مميز غير بالغ فضاء المال في يد الصغير أو أتلّفه يكون الوصي أو الولي ضامناً، ولو كان التسليم بطلب من الصغير³، وذلك هو مضمون نص المادة 983 من مجلة الأحكام العدلية: "إذا دفع وصي الصغير ماله إليه قبل ثبوت رشده فضاء المال في يد الصغير وأتلّفه يضمن الوصي" وليس الوصي وحده ضامن على حسب ما جاء في نص هاتاه المادة وإنما يشمل ذلك الولي أيضاً.

وعدم ثبوت رشد الصغير يكون على وجهين هما⁴:

¹ علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج 2، ص 701. الشافعي، الأم، ج 3، ص 220. عبد الرحمان العاصمي، نفس المرجع، ج 5، ص 187-188.

² الشيباني، الأصل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، ص 2016، ج 8، ص 467. القدوري، مختصر القدوري، ص 95-96. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 9، ص 206. الهاشمي، الإرشاد إلى سبيل الرشاد، ص 366.

³ السرخسي، المبسوط، ج 24، ص 182.

⁴ علي حيدر خواجه أمين أفندي، ج 2، ص 705.

1- يكون بثبوت كون الصغير غير رشيد وفي هذه الصورة لا يجوز إعطاؤه ماله؛ لأنه لما كان صبيّاً فهو محجور أصلاً.

2- ألا يعرف رشده من عدمه، أي يكون رشده غير ظاهر من عدمه. فلو أعطى الوصي الصغير ماله في هاتين الصورتين وأتلفه الصغير ضمن الوصي والحال والولي أيضاً. وعلى هذا فلا بد من اجتماع الشرطين معاً وهما شرط البلوغ وشرط الرشد المختبر¹، ليدفع المال إليه، وهذا باتفاق الفقهاء، في حين أن الفقهاء قد اختلفوا في وجوب دفع ماله إليه على غير ذلك².

وقد خالف بن حزم الأندلسي هذا القول، وأعتبر أن من بلغ وهو يميز بين الإيمان والكفر فإن ذلك يعد رشداً، ويدفع إليه ماله على إثر ذلك، حيث يقول في ذلك: "فصح أن من بلغ مميزاً للإيمان من الكفر فقد أونس منه الرشد الذي لا رشد سواه أصلاً، فوجب دفع ماله إليه..."³. ويقول في ذات الشأن: "كذلك لم نجد في شيء من لغة العرب: أن الرشد هو الكيس في جمع المال وضبطه، فبطل تأويلهم في الرشد بالآية، وفي دفع المال بإيناسه. وضح أنها موافقة لقولنا، وأن مراد الله تعالى يقيناً بما: إنما هو أن من بلغ عاقلاً مميزاً مسلماً وجب دفع ماله إليه، وجاز فيه من جميع أفعاله ما يجوز من فعل سائر الناس"⁴.

وممن ذهب إلى هذا القول من الفقهاء المعاصرين "علال الفاسي" وذلك عندما قال إن الذين ميزوا وفرقوا بين البلوغ والرشد هو منقول عن الكتاب المحدثون العرب وهو منقول على حد

¹ اتفقت كلمة العلماء على أن المحجور عليه الصغير إذا بلغ وأونس منه الرشد زال الحجر عنه، ووجب دفع ماله إليه، وإنما اختلفوا في وقت اختباره ومعرفة متى يحسن التصرف. حيث قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه وهو الظاهر في المذهب إن الاختبار قبل البلوغ، والمعنى وبعد التمييز، لأن تأخيره يؤدي إلى الحجر على البالغ الرشيد حتى يختبره. وذهب مالك إلى أن الاختبار بعد البلوغ وهو القول المشهور في المذهب. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 9، ص 206. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 230. خليل، التوضيح، ج 6، ص 226. الشافعي، الأم، ج 3، ص 220.

² ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 236. عبد الرحمان العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج 5، ص 187-188. محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي دمشق، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، لبنان، ط 3، س 1980، ج 1، ص 440.

³ ابن حزم، المحلى بالآثار، ج 7، ص 149.

⁴ ابن حزم، نفس المرجع، ج 7، ص 150.

زعمه من: "متفهمة الأوربيين الذين وقع لهم غلط فادح في فهم الفقه الإسلامي"، حيث اعتبر أن "البلوغ هو سن الرشد القانوني في الإسلام"، محتجاً في ذلك بقول الشيخ خليل المالكي، وذلك بحسب ما ورد في متنه، هذا بالنسبة للمذهب المالكي بالخصوص، وبإجماع الأئمة بالنسبة للفقه الإسلامي بالعموم¹.

ويرد على هذا القول بأمرين اثنين:

أولاً: قد احتج "علال الفاسي" بوجود إجماع في هذا الأمر حيث قال: "فيما يرجع للخلاف العالي، فقد اجمعوا (الأئمة) على الخروج من الحجر بمجرد البلوغ عملاً بالحديث المذكور"²، أي بحديث الذي رواه سيدنا علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"³، وبالنظر إلى هذا الحديث نجد أنه يتناول موضوع الإثم والمؤاخذه، والأمر لا يتعلق بالتصرفات الخاصة بالأهلية والتصرفات المدنية.

وهذا الإجماع الذي ذكره "علال الفاسي" في حقيقة الأمر غير قائم بالأساس وذلك بالرجوع إلى قول "بن رشد الحفيد" في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد حيث قال: "فأما الذكور الصغار ذوو الآباء: فانفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم"⁴، وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو، وذلك لقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّتِي تَمْبِي حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْبَعُوا إِلَيْهِمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾⁵.

ثانياً: وقد احتج "علال الفاسي" لذلك بقول الشيخ خليل: "المجنون محجور للإفاقة. والصبي لبلوغه بثمان عشرة. أو الحلم أو الحيض. أو الحمل. أو الإنبات. وهل إلا في حق الله تعالى

¹ أحمد الخليلي، المسؤولية المدنية للأبوين عن ابنائهما القاصرين، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب، ط 1، ص 1982، ص 155-156.

² علال الفاسي، مجلة القضاء والقانون، عدد 6، ص 599 وما بعدها. نقلاً عن أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 156.

³ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، حديث رقم 4403، المرجع السابق، ج 4، ص 141.

⁴ ابن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1926.

⁵ سورة النساء، آية رقم 6.

تردد¹. في حين وبالرجوع إلى المشهور من قول فقهاء المالكية نجد أنهم لم يقولوا برفع الحجر عن الصغير بمجرد بلوغه مباشرة بظهور العلامات البيولوجية للبلوغ أو بلوغ ثمانية عشر سنة إذا لم تظهر هذه العلامات، بل لا بد من إضافة شرط إلى جانب البلوغ حفظ المال بالنسبة لمن كان له أب وهو شرط متفق عليه، أما الصغير الذي له وصي أو مقدم فيضاف له على شرطي البلوغ وحفظ المال، فك الوصي أو المقدم الحجر عنه وهو المشهور عند المالكية، هذا بالنسبة للذكر أما الأنثى فيضاف إلى كل ذلك الدخول بها وشهادة العدول².

والواقع أن "علال الفاسي" لم ينقل قول خليل نقلاً كاملاً، فهو يقول بعد قوله إن الحجر يرفع عن الصبي بعد البلوغ والسابق ذكره حيث قال: "... إلى حفظ مال ذي الأب بعده، وفك وصي، ومقدم ... وزيد في الأنثى دخول زوج بها، وشهادة العدول على صلاح حالها، ولو جدد أبوها حجراً على الأرجح، وللأب ترشيدها قبل دخولها كالوصي، ولو لم يعرف رشدها"³. حيث يلاحظ أن هذا القول السابق ذكره ينافي تماماً قيام الإجماع في هذه المسألة.

2- شروط رفع الحجر عن الصغار الإناث ذوي الأب:

أما رفع الحجر عن الإناث فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فقد ذهب جمهور الفقهاء وأكثر أهل العلم إلى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور وهو البلوغ وإيناس الرشد تزوجت أم لم تتزوج، وروي عن الإمام مالك قول مثل قول الجمهور، وروي عنه أيضاً قول ثان في المشهور أنها تظل في ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها، كما وروي عن أصحابه أنها تبقى في ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها بها، وقيل حتى يمر بها عامان، وروي عنهم سبعة أعوام، أما أقوال أصحاب مالك بالعام والسبعة أعوام بعد الدخول فقال بن رشد الحفيد أنها أقوال ضعيفة مخالفة للنص والقياس، فأما مخالفتها للنص فإنهم لم يشترطوا الرشد، وأما مخالفتها للقياس فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة⁴.

¹ خليل، مختصر العلامة خليل، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط 1، س 2005، ص 172.

² القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 233-234.

³ خليل، مختصر العلامة خليل، ص 172.

⁴ ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1925. ابن عادل الحنبلي، اللباب في علوم الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ج 6، ص 189.

3-شروط رفع الحجر عن الصغار ذوي الأوصياء:

أما رفع الحجر عن الصغار الذكور ذوو الأوصياء ففيهم حالتين، إما أن يكون الوصي عليهم من الأب وهو الوصي المختار ففي المشهور عن الإمام مالك بإطلاق وصيه له من الحجر وذلك بقوله إنه رشيد ويعلم رشده، كما ويصدق الوصي فيما يذكره من حاله من غير إذن القاضي، فحاله كحال الأب يخرج من الحجر إذا آنس منه الرشد، وكذلك الحال بالنسبة للأنتى البكر، فيما نقل عن المالكية، وهذا بلا خلاف عند الفقهاء. أما بالنسبة للوصي المقدم من طرف القاضي ففي المشهور أنه لا يتم ترشيده ويرفع الحجر عنه إلا بإذن القاضي مع اختلاف في ذلك¹.

4-شروط رفع الحجر عن الصغار المهملين:

أما المهمل من الذكور الصغار في رفع الحجر عنهم، وهو الذي لم يوص أبوه لأحد ولا أقام السلطان عليه ولياً ولا ناظراً، ففي المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم رشيداً، وأما الصغير من الإناث والتي لا أب لها ولا وصي ففي المذهب المالكي قولين القول الأول أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض والقول الثاني وهو المشهور أن أفعالها مردودة ما لم تعنس².

ثانياً-شروط رفع الحجر عن القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

وبالرجوع إلى قوانين الأسرة المغربية فقد اشترطت لرفع الحجر عن القاصر توفر شرطين وهما بلوغ سن الرشد القانوني، وعدم ثبوت أي سبب من أسباب فقدان الأهلية أو نقصانها، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص الفقرة الأولى من نص المادة 40 ق م ج، ونص عليه المشرع التونسي في نص الفصل 157 م أ ش ت، ونص عليه المشرع المغربي أيضاً ضمن أحكام نص المادة 210 م أ م حيث ورد فيها: "كل شخص بلغ سن الرشد، ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها، يكون كامل الأهلية مباشرة حقوقه وتحمل التزاماته".

وفي هذا الإطار نصت المادة 218 م أ م كل ما يوجب رفع الحجر والحكم بذلك، حيث نصت على ذلك بقولها: "ينتهي الحجر على القاصر إذا بلغ سن الرشد، ما لم يحجر عليه لداع آخر من دواعي الحجر...إذا بلغ السادسة عشرة من عمره، جاز أن يطلب من المحكمة ترشيده. يمكن

¹ سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 305. خليل، التوضيح، ج 6، ص 227. ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1926.

² ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1927.

لنائب الشرعي أن يطلب من المحكمة ترشيد القاصر الذي بلغ السن المذكورة أعلاه، إذا أنس منه الرشد..."، وهو ما نص عليه المشرع التونسي ضمن نص الفصل 158 م أ ش ت، أما المشرع الموريتاني فنص على منع تسليم أموال المميز قبل رشده، وهو ما ورد في أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 169 م أ ش م، وبمفهوم المخالفة يجوز رفع الحجر على القاصر المميز إذا بلغ سن الرشد.

الفرع الثاني: حكم رفع الحجر عن القاصر في إمساك المال دون تنميته

سبق ذكر أن الرشد شرط لرفع الحجر عن القاصر، والرشد هو الصلاح في المال وحسن تدبيره، ولكن هذا الصلاح وحسن التدبير هل يكفي لرفع الحجر هو مجرد حسن المسك والإبقاء فقط لماله دون تنميته واستثماره، أم لا بد من اشتراط حسن تنميته لأن ذلك يرتبط أساساً برفع الحجر عن القاصر، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين اثنين ذكرهما المازري وهما:

القول الأول: أن من يحسن حفظ المال وإمساكه وإبقائه فقط دون تنميته يكفي ذلك لرفع الحجر عنه، أي أن من سلم إليه ماله بعد الحجر وهو لم يحسن تنميته بالتجارة أو غيرها فإن ذلك لا يمنع من أن يبقى بحوزته ولا يوجب الحجر عليه، وهذا القول نقله اللخمي من فقهاء المالكية باعتباره اتفاقاً للفقهاء، وهو ظاهر كلام الشيخ خليل في التوضيح، وحجتهم في ذلك أنه لما كان لا يلزم القابض من أب أو وصي أو مقدم أن يتجر له، وإنما يلزمه صيانته فقط فإن مالكة أولى بذلك¹.

القول الثاني: قالوا بوجوب اشتراط حسن تنمية المال لرفع الحجر عن الصغير، وهذا القول منقول عن بعض فقهاء المالكية والظاهر في المدونة، وحجتهم في ذلك أنه إن لم يحسن تنميته واستثماره كان ذلك مؤدياً إلى إفناء ماله².

والذي يترجح من القولين وهو القول الأول، والمتعلق بالحفظ والمسك دون شرط التنمية لأن الحفظ بالمسك هو أساس كل عملية أخرى، وليس كل شخص يتقن عملية التنمية واستثمار المال، لأن ذلك لا يتأتى إلا بالممارسة، وإلا فسيقل من يتوفر فيه شرط حسن استثمار المال لرفع الحجر.

¹ خليل، التوضيح، ج 6، ص 233. القراني، الذخيرة، ج 8، ص 231.

² بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 2، ص 627. العثماني، شفاء الغليل، ج 2، ص 742-743.

وختاماً يمكن القول أنه إذا كانت الأهلية بوجه عام هي قدرة الشخص على الإلزام والالتزام ومباشرة هذه التصرفات بشكل شخصي بما يترتب عن هذا التصرف من حقوق وواجبات، فإن انعدام هذه الأهلية أو نقصانها لدى الشخص يسمى بالقاصر، وهو ما يؤدي للحجر عليه، وعاقبة الحجر على القاصر في الفقه والقانون هو منعه من التصرف في ماله، بهدف المحافظة على أمواله سواء أكان فاقداً للأهلية إذ لا يتصور إمكانية تعبيره عن الرضا لعدم تقديره للمصلحة وحماية أمواله وتولي شؤونه بما يعود عليه بالفائدة، وكذلك الحال بالنسبة لناقص الأهلية لنقص في مداركه، وعلى هذا الأساس يتأكد الطابع الحمائي المحض بالنسبة لأحكام الحجر.

ويتضح أن قوانين الأسرة المغاربية قد اهتمت بالوضع الحمائي لأموال القاصر، حيث أنزلتها منزلة خاصة في مختلف التشريعات أيضاً والنصوص القانونية والأحكام القضائية، وهذا إدراكاً منها لوضع القاصر، لكونه منعدم أو ناقص الأهلية، فهو فاقد الاستقلالية في إدارة وتسيير أموره المالية، وقد تم اعتماد وسيلة الحجر لتسكين ماله للحفاظ عليها من التلف والضياع، وذلك أساس كل حماية بشكل أولي ابتدائي.

علماً أن الحجر ليس هو الوسيلة الوحيدة المسكنة لأموال القاصر والممسكة لها بل هناك وسائل أخرى، ومنها الإيداع والذي يعد كوسيلة مكملة لوسيلة الحجر، وهو ما سيتم تناوله أيضاً ضمن هذا الباب وذلك في الفصل الموالي.

الفصل الثاني: وسيلة الإيداع

من المهام المنوطة بالنائب الشرعي للقاصر هي القيام واتخاذ جميع الوسائل والأساليب المباحة والتي يميزها الشرع والقانون لحفظ مال القاصر، بل إن اتخاذ كافة التدابير التي تحفظ أموالهم هو أمر يجب القيام به.

ومن ضمن الصلاحيات التي المخولة للولي في مال القاصر هي القيام بحمايتها وقائياً وذلك من خلال إيداعها للحفاظ عليها من التلف والضياع، وفي هذا المعنى يقول البغدادي الحنفي: "ثم للوصي أن يودع مال اليتيم...وله أن يفعل كل ما كان فيه خير لليتيم، وكذا الأب"¹ فإذا كان للوصي حق القيام بإيداع مال وصيه القاصر فإن الأب أولى بذلك من غيره، لأنه أكثر شفقة وحناناً على ابنه القاصر.

وإذا كانت وسيلة إيداع مال القاصر تعد من ضمن الأساليب المهمة في إمساك مال القاصر وحمايتها وصيانتها من الضياع، فإنه ضمن هذا الفصل يتم تناول هذه الوسيلة، وذلك من خلال التطرق لحقيقة الإيداع ضمن المبحث الأول، أما ضمن المبحث الثاني فيتم تناول التصرف والإدارة في وديعة القاصر.

المبحث الأول: حقيقة الإيداع

تعد وسيلة الإيداع من بين الوسائل والأساليب التي أوردتها الفقه الإسلامي ونصت عليها بعض التشريعات بغية إمساك مال القاصر وتسكينه، وضمن هذا المبحث سيتم التطرق لحقيقة الإيداع، وذلك من خلال تناول مفهوم الإيداع ضمن المطلب الأول، أما المطلب الثاني فيتناول ضمنه أحكام إيداع مال القاصر وحال الوديعة، أما المطلب الثالث فيتناول ضمنه أركان الإيداع وضمن المطلب الرابع يتطرق لأسباب ودواعي إيداع مال القاصر.

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 827.

المطلب الأول: مفهوم الإيداع

في البداية وقبل كل شيء لا بد من تناول مفهوم مصطلح الإيداع، والتمييز بين الإيداع والوديعة ضمن هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الإيداع

للإيداع عدة تعريفات اختلفت وتنوعت بحسب نوع التعريف، لذا فإنه سيتم تناول ضمن هذا الفرع تعريف الإيداع في الاصطلاح اللغوي والفقهية.

أولاً-تعريف الإيداع لغة:

الإيداع في اللغة مأخوذة من الفعل "ودع" وودع الشيء، يدعه ودعاً إذا تركه، وأودع فلاناً الشيء بمعنى صانه، فنقول أودع فلاناً الثوب أي بمعنى صانه، وتودعت الشيء أي صنته. والوديعة مفرد ودائع، وهي ما استودع، فنقول استودعته مالاً وأودعته إياه، بمعنى دفعته إياه ليكون عنده وديعة¹.

وخلاصة القول إن لفظ الإيداع يستعمل في اللغة لمعنى الترك والصون، إذ أن المودع يتركها للمودع عنده ليحافظ عليها ويصونها.

ثانياً-تعريف الإيداع اصطلاحاً:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للإيداع، وذلك راجع لاختلاف مذاهبهم، وذلك ما سيتم إيضاحه.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 382-386. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 1021.

1-تعريف الحنفية:

عرف فقهاء الحنفية الإيداع بأنه هو: "تسليط الغير أو تسليط الملك غيره على حفظ ماله صريحاً أو دلالة"¹. ولتبيين الفرق في طلب حفظ المال بين الصريح والدلالة هو كالاتي:

أ- "الصريح": كما إذا قال شخص لأخر خذ هذا المال لتحفظه لي عندك. فإن هذا الطلب يعد صريح².

ب- "الدلالة": كأن يسقط شيء من رجل ويأخذه آخر بغيبة مالكة، فهو بهذا الأخذ يلتزم بحفظه دلالة³.

وللتوضيح فإن كل ما يودعه المودع يسمى "وديعة"، وتعد الوديعة أمانة في يد المودع عنده إذا أحرزها، فإذا هلك في يده فإنه لا يضمنها، هذا إذا كان من غير تعد، وذلك ما عليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية⁴، وسيتم التطرق لهذه الجزئية لاحقاً.

2-تعريف المالكية:

كما عرف فقهاء المالكية الإيداع اصطلاحاً بأنه: "توكيل بحفظ مال"⁵، أو استنابة لحفظ المال. فاعتبر فقهاء المالكية الإيداع بأنه توكيل لكن هو نوع خاص من التوكيل، لذا لا بد من شرح عناصر التعريف.

¹ النسفي، كنز الدقائق، ص 531. الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج 2، ص 196. الحلبي، ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998، ج 3، ص 466. الكليوبي، مجمع الأنهر، ج 3، ص 466.

² الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2003، ج 3، ص 220. الحصفكي، الدر المختار، ص 551.

³ الجزيري، نفس المرجع، ج 3، ص 220. الحصفكي، الدر المختار، ص 551.

⁴ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 330. الجصاص، مختصر الطحاوي، دار السراج المدينة المنورة، ط 1، س 2010، ج 4، ص 209.

⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 419. خليل، مختصر العلامة خليل، ج 1، ص 187.

أ- "توكيل": وهو جنس شمل سائر أنواعه¹، والإيداع نوع خاص من أنواع التوكيل، لأنه توكيل على خصوص حفظ المال، فالتوكيل على البيع والشراء لا يسمى إيداعاً وكذلك الحال بالنسبة للنكاح والطلاق²، فكل تكليف أو تسليط برعاية وحفظ شيء ما، يصدق على هذا المعنى.

ب- "مال": لإخراج التوكيل بحفظ غير المال كالتوكيل بحفظ الولد، فيدخل في ذلك إيداع الوثائق التي توثق الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة أو التوكيل على الحفظ³، وعليه فمن أودع ولداً أو زوجة عند الغير فإن ذلك لا يسمى إيداعاً، ويخرج أيضاً من الإيداع ما ليس مقصوداً على الحفظ كالوكالة إذ الوكيل له حق التصرف في الوكالة المخولة له.

وأما تعريفها بمعنى الشيء المودع فهو: "عبارة عن شيء مملوك ينقل مجرد حفظه إلى المودع" والشيء المملوك الوارد في التعريف هو المودع⁴.

3-تعريف الشافعية:

عرف فقهاء الشافعية الإيداع بأنه: "توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص"⁵.

أ- وقولهم "حفظ مملوك": خرج من الوديعة الشيء غير المملوك كالزوجة والولد وما إلى ذلك مما لا يمكن تملكه، لأن الزوجة والولد على سبيل المثال لا يمكن تملكهما، لعدم اعتبارهما شيئاً مادي.

ب- "محترم": فإذا لم تكن الوديعة محترمة كالنجاسة أو الكلب الذي لا منفعة فيه، فإنه لا يندرج ضمن الوديعة لأنه لا قيمة له ولا تصح فيه الوديعة.

¹ محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 7، ص 3. الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 268.

² الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ص 219.

³ الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 268-269. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 7، ص 3.

⁴ الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ص 220.

⁵ الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 125. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 471.

في حين عرف الشرييني من الشافعية الإيداع بأنه: "استنابة في الحفظ"¹. ولم يخالف تعريفه للإيداع تعريف فقهاء المالكية السابق ذكره.

4-تعريف الحنابلة:

أما عن فقهاء الحنابلة فعرفوا الإيداع بأنه: "عبارة عن توكيل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف"². أو هي عندهم: "عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه"³.

ويلاحظ أن هذه التعريفات للإيداع ضمن الفقه الإسلامي أتت في المعنى، والذي هو توكيل بحفظ مال الغير، كما ويشترط في هذا المال أن تتوفر فيه الشروط المالية السابق ذكرها.

الفرع الثاني: التمييز بين الإيداع والوديعة

يرى بعض الفقهاء أن معنى الإيداع يختلف عن معنى الوديعة، في حين أن البعض الآخر لهم قول مخالف ويرون أنهما شيء واحد، وهو ما سيأتي بيانه.

فذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الوديعة بنفس المعنى الذي عرفوا به الإيداع ولم يميزوا بينهما، ومن ذهب إلى ذلك بن عرفة من المالكية، حيث عرف الوديعة بمعنى الإيداع، وكذلك الحال بالنسبة لبعض الشافعية⁴، حيث لم يميزوا بينهما فأطلقوا الوديعة على معنى الإيداع وعلى العين المودعة كذلك.

وقد انتقد كثير من الفقهاء هذا الطلاق ورأوا بأنهما شيئين مختلفين تماماً، ومنهم على سبيل المثال بن الهمام من فقهاء الحنفية، والذي فرق بين الوديعة والإيداع حيث قال: "الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لا نفس التسليط على حفظ

¹ الشرييني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، س 2004، ج 2، ص 188.

² المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6، ص 316. البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد- مؤسسة الرسالة، د ط، د س، ص 437.

³ المرادوي، نفس المرجع، ج 6، ص 316.

⁴ الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 268. الشرييني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 188.

المال، وأن التسليط على حفظ المال هو الإيداع"¹، فكل مال يترك عند شخص أمين راشد يسمى وديعة، أما تسليط الفعل لحفظ المال أو الوديعة فيسمى إيداع، وعليه فعندهم يختلف معنى الإيداع عن معنى الوديعة.

لكن قد تم تعريف الوديعة بعدة تعريفات اختلفت في اللفظ واتفقت في المعنى، منها أنها: "ما وضع للأمانة أو ما يترك عند الأمين"²، أو هي: "أمانة بلا تمليك شيء"³، مالا كان أو غيره وعرفها بعض الشافعية أيضاً بأنها: "اسم لعين يضعها مالكها عند آخر ليحفظها له"⁴، والوديعة تعد أمانة عند صاحبها⁵، يستوجب عليه حفظها.

ومن فرقوا بين الوديعة والإيداع بعض فقهاء المالكية كالعدوي، والذي اعترض على إطلاق الوديعة على الإيداع حيث قال بأن الوديعة لا تطلق إلا على الذات المودعة لا على الإيداع لا لغة ولا اصطلاحاً⁶.

وخلاصة القول فإن هناك فرق بين الوديعة والإيداع عند جملة من الفقهاء، فالقيام بالفعل لحفظ مال القاصر أو غيره هو الإيداع، ومال القاصر أو غيره الذي يوضع عند الشخص المستودع يسمى وديعة، لذا فهما يختلفان في المعنى الاصطلاحي.

¹ ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 8، ص 484.

² النسفي، كنز الدقائق، ص 531.

³ أحمد الشلبي، حاشية الشلبي على شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الاميرية، بولاق، مصر، ط 1، س 1315 هـ، ج 5، ص 76.

⁴ البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997، ج 5، ص 115.

⁵ وتعد الوديعة أخص من الأمانة، أو هي أمانة وهذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كما في قول إن الإنسان حيوان لا العكس، إذا الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد، كما إذا هبت الريح وألقت ثوب إنسان في حجر غيره فيكون ذلك أمانة عنده ولكن بلا قصد، لذا قيل بأن الوديعة أمانة. الحصفكي، الدر المختار، ص 551. أحمد الشلبي، نفس المرجع، ج 5، ص 76.

⁶ العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ط 2، س 1317 هـ، ج 6، ص 108.

وبعد الاطلاع على تعريفات الفقهاء للإيداع والوديعة واختلاف بعضهم في منح مدلول لهما، يمكن القول إن هذا الخلاف شكلي في موضوع هذا البحث وليست له أي ثمرة فقهية، فإيداع مال القاصر لصيانته أو العمل على الحفاظ على وديعته له معنى وهدف واحد، إذ يتم إيداع مال القاصر بغية الحفاظ على الوديعة، وعليه فالخلاف شكلي وليست له أي ثمرة فقهية ضمن هذا البحث، وعليه فإذا تم إيراد ضمن هذا البحث مصطلح الإيداع أو الوديعة فالمقصود كلا الأمرين أي المال المودع وهو الوديعة أو القيام بحفظ المال وهو الإيداع.

أما عن تعريف الوديعة ضمن بعض التشريعات المغربية فإن المشرع الجزائري عرف الوديعة ضمن نص المادة 590 ق م ج وذلك على أن: "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يردّه عيناً". أما المشرع التونسي وطبقاً لأحكام نص الفصل 995 م ا ع ت فقد عرف الوديعة بأنها: "الوديعة شيء منقول يتسلمه شخص من آخر بمقتضى عقد ليحفظه ويرده بعينه".

أما المشرع المغربي فاستناداً للفصل 781 ق ا ع م عرف الوديعة بأنها: "عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً منقولاً إلى شخص آخر يلتزم بحفظه ويرده بعينه"، وهي نفس العبارة التي استعملها المشرع الموريتاني في تعريفه للوديعة ضمن نص المادة 729 قانون الالتزامات والعقود¹.

وما يلاحظ في جملة هذه التعريفات ضمن التشريعات المغربية أنها تشابهت في الصياغة واتفقت في المدلول، حيث أن التشريعات المغربية عرفوا الوديعة بمعنى الإيداع ومدلوله، وقد وافقوا في ذلك إطلاق بعض الفقهاء للفظ الوديعة على معنى الإيداع وذلك ما سبق ذكره.

وما يمكن ملاحظته أيضاً من تعريفات التشريعات المغربية للوديعة هو عدم إدراج غير المنقول أو العقار ضمن الأموال القابلة للإيداع، إذ أنهم قصرُوا الإيداع فقط على الأموال المنقولة،

¹ الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المعدل بالقانون رقم 2001-31 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001.

إذا أن الدسوقي من فقهاء المالكية ذكر ضمن حاشيته إلى أن الإيداع يشمل أيضاً العقار إذا وكل على حفظه ويسمى ودیعة ضمن هذا المعنى.

لكن هناك من الفقهاء من قصرُوا الإيداع على المنقول فقط، ومن بينهم بن عرفة من المالكية، والذي اشترط في الودیعة أن تكون مما يمكن نقله، وعليه فإنه يخرج بهذا المعنى العقار¹، وهو ما أخذت به التشريعات المغاربية، لكن هذا القول فيه نظر، إذا يمكن أن يندرج في مفهوم الإيداع المنقول والعقار معاً، لصدق معنى المال عليهما معاً، وذلك ما تم وضعه كقيد في تعريف الفقهاء للإيداع، ولذا يستلزم إضافة هذا المعنى إلى تعريفات التشريعات المغاربية للودیعة، للتوسع في مفهوم الإيداع.

المطلب الثاني: حكم إيداع مال القاصر وحال الودیعة

قبل تناول جزئيات إيداع مال القاصر لا بد من التطرق لحكم هذا الإيداع في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية، وذلك ما سيتم تناوله ضمن الفرع الأول، أما الفرع الثاني فيتناول ضمنه حال الودیعة.

الفرع الأول: حكم إيداع مال القاصر

تناول الفقهاء حكم إيداع مال القاصر وكذلك الحال بالنسبة للتشريعات المغاربية، لكن قبل ذلك لا بد من تناول حكم إيداع المال بشكل عام، ثم تناول حكم إيداع مال القاصر بشكل خاص.

أولاً- حكم إيداع المال بشكل عام:

أباحَت الشريعة الإسلامية الإيداع وهذا حاجة الناس إليه بغية حفظ المال، وقد وردت عدة آيات تدعو الناس لذلك، حيث قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾²،

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 419.

² سورة المائدة، آية رقم 03.

ومن أدلة مشروعية الإيداع من الكتاب أيضاً، قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا
الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾¹.

أما من السنة النبوية فهناك عدة أدلة تدعو للتعاون، والإيداع يندرج ضمن هذا المفهوم،
حيث قال الرسول عليه الصلاة والسلام: "والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه"². كما
وقال عليه الصلاة والسلام: "أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك"³. والوديعة تعتبر من
جنس الأمانات التي يجب الحفاظ عليها وردها إلى صاحبها عند طلبها.

وعليه فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز الإيداع والاستيداع بالعموم وفي
الجملة ضمن كل عصر، ويلزم من مشروعيتها مشروعية عقد الوديعة لأنها تثبت به⁴، لأن الناس
بحاجة ماسة إليها، إذ أنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون إلى من يحفظها
لهم من الضياع والتلف، وهذا راجع لعوارض الزمان المانعة من القيام على الأموال، فلو تمنع الناس
لاستضروا بذلك، وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة فيها وذلك لمن قدر على حفظها
ووثق بأمن نفسه فيها، لأن فيها قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاونته وقد أمر الله تعالى ورسوله بها⁵.

¹ سورة النساء، أية رقم 57.

² أخرجه مسلم في صحيحه، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، حديث رقم 2699، تحقيق محمد فؤاد
عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 4، ص 2074.

³ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث رقم 3534، المرجع السابق، ج
3، ص 290.

⁴ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 472.

⁵ الميداني، اللباب في شرح الكتاب، ج 2، ص 196. الروباني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، دار الكتب العلمية،
بيروت، لبنان، ط 1، س 2009، ج 6، ص 189. أحمد الشلبي، حاشية الشلبي على شرح كنز الدقائق، ج 5، ص 76.

الشرييني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 189. البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 5، ص 115.
ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 256.

أما من كان عاجزاً عن حفظها، أو كان لا يأمن من أن يخون فيها فلا يجوز له أن يقبلها ويجرم عليه قبولها لأنه يعرضها للتلف، وأما من كان أميناً عليها وقادر على القيام بها، ولا يوجد غيره من يقوم بهذه الوديعة فإنه يتعين عليه قبولها ويلزمه استيادتها¹.

ومن أدلة مشروعية الإيداع شرع من قبلنا، وذلك في فعل أصحاب الكهف حيث أنهم وكلوا واحداً منهم لشراء حوائجهم من السوق، قال الله تعالى: ﴿بَابِعَثُوا أَحَدَكُم بِوَرِكِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾²، ففيه إثبات الوكالة، والمال في يد الموكل على جهة الإيداع، وأصحاب الكهف ما فعلوا ذلك إلا لما فيه من الإباحة في شرعهم³.

أما ضمن التشريعات المغاربية فقد تم النص على جواز الإيداع بشكل عام، وذلك ما يفهم من خلال تعريفهم للإيداع، وهو ما سبق التطرق له.

ثانياً- حكم إيداع مال القاصر:

وأما بخصوص مال اليتيم أو القاصر في يد من يلي أمره من نائب شرعي أو وكيل فإنه يعد جائز، وهو عنده على جهة الأمانة، والإيداع يكون بمجرد الأخذ قطعاً، ويجب عليه حفظه وحمايته ورده عند توفر شروط رد الوديعة إلى القاصر، ويضمن الولي أو الوصي أو المقدم في حالة تجاوز الشروط التي سبق التطرق إليها في حفظ الوديعة⁴.

¹ البغوي، نفس المرجع، ج 5، ص 189. الروياني، نفس المرجع، ج 6، ص 190.

² سورة الكهف، آية رقم 19.

³ المازري، شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط 1، ص 2008، ج 2، ص 1128.

⁴ المازري، نفس المرجع، ج 2، ص 1128.

ومن الفقهاء الذين جوزوا إيداع مال القاصر¹ هم فقهاء المالكية حيث قالوا بجواز إيداع مال الصغير في حالة عدم إمكانية الإيداع فيه، لأن الإيداع استثناء من الأصل والذي هو الإيداع في المال، فإن لم يمكن ذلك جاز إيداعه عند أمين للحفاظ على أصل مال الصغير من الضياع².

ويجوز للولي والوصي والمقدم إيداع مال القاصر عند جهة أجنبية لما يروونه صالحاً، ويشترط أن يُودع ماله عند جهة مأمونة على هذا المال، وأما إن كان يغلب في هذه الجهة ألا تكون أمينة أولاً ترد هذا المال فإنه لا يعد هذا الإيداع مباحاً، وإنما هو محرم لما فيه من إضاعة مال القاصر، وهو أمر منهي عنه شرعاً³.

ومن هذا كله يتضح لنا جواز إيداع مال اليتيم والقاصر من طرف النائب الشرعي أو من طرف كل من يلي يأمرهم لما في ذلك من الحاجة إليها للحفاظ على أصل أموالهم وصيانتها من الضياع والهلاك، وهي بالأساس وديعة عند النائب الشرعي إلى حين تسليمها إلى جهة أمينة بغرض الإيداع إلى غاية توفر شروط الرد للقاصر أو اليتيم.

وبالتطرق لموقف القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين نجده يلزم إيداع أموال القاصرين ضمن الصندوق المؤسس لهذا الغرض، وذلك ما نصت عليه أحكام الفقرة الأولى من

¹ جوز فقهاء الشافعية والحنابلة إيداع مال الصغير عند الضرورة كأن خاف على ماله من نهب، أو غرق، أو حريق، ولم يقدر الولي على المسافرة به، أو أراد الولي السفر إلى موضع لا يمكنه نقل المال إليه، أو يحتاج في نقله إلى مؤنة محقة.. جاز أن يودعه، أو يقرضه في هذه الأحوال، فإن قدر على الإيداع دون الإقراض.. أودعه ثقة، وقال الحنابلة بجواز إيداع مال الصغير ولو مع إمكانية قرضه لمصلحة. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 214. عبد الرحمان العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج 5، ص 193.

² القرائي، الذخيرة، ج 8، ص 240.

³ المازري، شرح التلقين، ج 2، ص 1129. الخطاب، مواهب الجليل، ج 8، ص 570. الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 126.

نص المادة 103 منه، أما في حالة عدم وجود هذا الصندوق الخاص يمكن إيداعها في أحد البنوك أو المصارف العاملة في الدولة¹.

أما ضمن قوانين الأسرة المغاربية فقد ألزم المشرع المغربي بإيداع أموال القاصر من طرف النائب الشرعي له، بغية حمايتها من الضياع، وهو ما نص عليه قانون المسطرة المدنية بادئ الأمر، وذلك ضمن جملة فصول تم نسخها، إذ ورد ضمن أحكام الفصل 191 المنسوخ ما يلي: "يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين عند وجود نقود خاصة للقاصر بإيداعها حالاً بحسابه في صندوق الإيداع والتدبير في انتظار استغلالها في مصلحته". وعليه فإن المسطرة المدنية ألزمت بإيداع أموال القاصرين في صندوق الإيداع والتدبير² من طرف النائب الشرعي له.

وإن كانت هذه المواد الخاصة بالإيداع ضمن قانون المسطرة المدنية قد تم نسخها بموجب تعديل قانون المسطرة المدنية³، دون تخصيصه لمؤسسة بذاتها، فإن مدونة الأسرة المغربية هي أيضاً

¹ ورد في المادة 117 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ما نصه: "ينشأ على الصعيد الوطني صندوق خاص لايداع أموال القاصرين ومن في حكمهم بقصد حفظ هذه الأموال واستثمارها وتنميتها لفائدتهم، يحدد تنظيمه المالي والحسابي وكيفية تسييره بمقتضى القانون الداخلي لكل دولة".

² صندوق الإيداع والتدبير هو عبارة عن مؤسسة حكومية بالمملكة المغربية، من مهامها إيداع أموال القصر، وقد استحدث بالظهير الشريف رقم 1.59.074 (20 مارس 1959)، وصندوق الإيداع والتدبير هو مؤسسة عمومية أوكل لها حماية أموال القاصرين، وذلك من خلال فتح حساب لديه باتباع إجراءات منصوص عليها في كتيب خاص أصدره الصندوق، إلا أنه ومع ذلك لم يضع تعريفاً أو يحدد نوعية أو طبيعة هذا الحساب، وإنما اقتصر فقط على قول "الحساب". وللإشارة فإن البعض يعتبر أن صندوق الإيداع والتدبير يعد بنكاً يقوم بنفس الدور الذي تقوم به البنوك، حيث يمارس كل العمليات التي تقوم بها، وذلك من فتح للحساب وتلقي للأموال والودائع والسندات والحلي والقيم المنقولة وقبول الشيكات وغيرها، إلا أن الفرق على ما يبدو أن البنوك ولو أن المشرع المغربي منحها الحق دون سواها في تلقي الأموال والودائع من الجمهور لسحبها عند الطلب أو لأجل يساوي أو يقل عن سنتين، وجعل علاقتها مع زبائنها حتى لو كانوا قصرأً غير بالغين لسن الرشد القانوني لدى مصلحة أطلق عليه "مصلحة الأمانات" هذا فضلاً على أن المشرع سواء في ظل ظهير 2006 الحالي أو في ظل المشروع جعل صندوق الإيداع والتدبير من الهيئات المعتمدة في حكم مؤسسات الائتمان. رشيد صبيح، الحساب البنكي للقاصر- دراسة في الجوانب القانونية والعملية لإدارة أموال القاصرين، دار السلاسل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، المغرب، د ط، س 2016، ص 55.

³ تم نسخ أحكام الفصول 185 إلى 196 بموجب القانون رقم 72.03 الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.04.23 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004).

ألزمت بالمقابل إيداع أموال القاصر لكن في حساب لدى مؤسسة عمومية وليس في صندوق الإيداع والتدبير¹، وهذا بغية الحفاظ عليها وذلك كله تحت رقابة القاضي الملف بشؤون القاصرين، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من أحكام المادة 235 م أ م بقولها: "يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضي"، وعلى هذا فإن أموال القاصر أصبحت تودع في حساب للقاصر سواء أكانت لدى مؤسسة عمومية أو كانت بنكاً أو غيره².

يتضح من نص هذه المادة أن الأموال السائلة والقيم المنقولة التي يمتلكها القاصر يجب على النائب الشرعي للقاصر إيداعها بأمر من القاضي لدى مؤسسة عمومية، ويجب القيام بنفس الأمر في حالة بيع أموال القاصر، حيث يودع المال المحصل عليه من هذا البيع لدى الجهة المذكورة إذا لم يكن هناك داعٍ لاحتفاظ النائب الشرعي به. وبدورها كانت مدونة الأحوال الشخصية تنص في الفصل 157 على أنه من بين التزامات الوصي أو المقدم بعد تحمل أعباء الوصاية أو التقديم هو الإيداع باسم القاصر في خزانة للدولة كل ما يحصله من نقود، وما يرى القاضي لزوماً لإيداعه من المستندات والوثائق والحلي وغيرها، ولا يسحب منها شيء إلا بإذن القاضي³.

¹ جرى العمل منذ زمن أن تودع هذه الأموال في صندوق الإيداع والتدبير بعد تأسيسه بموجب ظهير 10 فبراير 1959 والذي نص في الفصل 15 منه أن الصندوق: " يتلقى ... الأمانات نقداً كانت أو قيماً المأمورها أو المأذون فيها بمقتضى ظهير شريف أو نص نظامي أو مقرر إداري أو قضائي". وبذلك يفتح الصندوق حساباً للقاصر الذين يتوفرون على أموال أو قيم بعد تلقيه طلباً في هذا الشأن، معززاً ببيانات شخصية عن الوصي أو المقدم والقاصر أو القاصرين وطابع القاضي، وفي حالة تحصيل أموال أخرى بعد فتح الحساب كحالة البيع مثلاً فيتم دفع هذه الأموال لصاحبها في نفس الحساب المفتوح، ويمكن دفع هذه الأموال لدى الخازن الإقليمي باعتباره مراسل صندوق الإيداع والتدبير، وإذا احتاج القاصر لهذه الأموال أو لجزء منها فيمكن للنائب الشرعي سحبها بعد موافقة القاضي وفق نموذج خاص. يوسف مختري، أحكام بيع أموال القاصر في التشريع المغربي، بحث تأهيلي في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس - أكادال، الرباط، المغرب، س 2006-2007، ص 73-74.

² الحساب البنكي للقاصر يظل يخضع للقواعد العامة القانونية التي تنظم عقد الحساب البنكي التجاري. رشيد صبيح، المرجع السابق، ص 55.

³ يوسف مختري، المرجع السابق، ص 73.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلا يوجد نص يدعو صراحة لإيداع مال القاصر إلا بالرجوع للقواعد العامة طبقاً لنص المادة 590 ق م ج، وهو ما نص عليه المشرع التونسي أيضاً، إذ أورد جواز الإيداع بشكل عام وذلك ضمن نص الفصل 1000 ق ا ع ت، حيث ورد فيه: "لا يلزم لصحة الإيداع فيما بين المتعاقدين أن يكون المودع مالكاً لما أودعه..."، وهو ما يعني جواز إيداع الولي لأموال القاصر، وكذلك الحال بالنسبة لباقي التشريعات المغاربية.

الفرع الثاني: حال الوديعة

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الوديعة تعد أمانة في يد الوديع وهو مؤتمن عليها، وعليه فإنه يستوجب عليه إحرازها وحفظها وردها إلى مالكها عند الطلب¹، وذلك لقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُوَدُّوا أَلْمَنْتَ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾²، فدل الأمر في الآية إلى وجوب الرد إلى صاحبها.

فإذا ضاعت الوديعة أو تلفت عند المودع من غير جنايته فلا ضمان عليه، وهو ما أجمع عليه أكثر أهل العلم، لكن إذا تلفت أو ضاعت بالتعدي بعد الطلب ضمن الوديع، وهو قول فقهاء المذاهب الأربعة، ويجب على الوديع حفظ الوديعة من التلف والضياع، حتى لو أذن له صاحبها بإتلافها فلا يجوز له القيام بذلك، ويضمن الوديع إن أتلفها. والضمان يوجب قيمتها إذا تلفت في يده، أما إذا بقيت في يده مدة بعد التعدي فإنه يجب عليه أرش³ تلك المدة⁴.

¹ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 330.

² سورة النساء، آية رقم 57.

³ الأرش: هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس. الجرجاني، التعريفات، ص 17.

⁴ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 330-331. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص 207. الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 268-270. الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 190-193. البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 5، ص 117. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 209. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6، ص 317.

وسبب عدم ضمان الوديع إلا بالتعدي لأن الوديع يعد متبرع في الحفظ، قال الله تعالى: "وما على المحسنين من سبيل"¹ والوديع يعد محسن وقد نفى الله عز وجل السبيل على المحسنين فلا يكون عليه الضمان، لأنه لو ضمن لكان عليه السبيل، كما أن يد الوديع هي يد المالك، فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان، ولأن الناس في حاجة إلى الإيداع فلو ضمن الوديع وهو يعد متبرع لامتنع الناس عن قبول الودائع، إلا إذا تم التقصير في حفظها، قال النبي عليه الصلاة والسلام: "ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان"²، أما إذا كان الإيداع بأجر فإن الوديعة تضمن إذا هلكت³.

كما أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية أن القول قول المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت، لأن يده يد أمان، وقال جمهور الفقهاء إن القول قوله مع يمينه، واختلف الفقهاء في قول المودع أنه قد رد له وديعته ونفى الوديع ذلك، فقال الشافعي وأحمد أن القول قول المودع مع يمينه، وقال مالك إن كان دفعها بينة فإنه لا يبرأ منها إذا قال قد دفعتها إليك إلا بينة، أما إن كان قد أودعه بغير بينة فإنه لا يبرأ منها بغير بينة⁴.

وقال فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية وبعض فقهاء الحنابلة إلى القول إنه ليس للوديع أن يضع الوديعة عند غيره إلا إذا دعت الضرورة والحاجة لذلك، فإن فعل دون ضرورة أو عذر وضاعت الوديعة فإن الوديع يضمنها⁵.

¹ سورة التوبة، آية رقم 91.

² أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم 2961، تحقيق شعيب الارنؤوط وحسن عبد المنعم شلبي وعبد اللطيف حرز الله وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 2004، ج 3، ص 456.

³ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 76-77. الحصفكي، الدر المختار، ص 551. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 209. البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ص 437.

⁴ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 333-334.

⁵ ابن المنذر، نفس المرجع، ج 6، ص 331-332. المازري، شرح التلقين، ج 2، ص 1127. الشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 190.

أما في التشريعات المغاربية فإن المشرع الجزائري في نص المادة 592 ق م ج نص بوجود بذل المودع لديه العناية في حفظ الوديعة إذا كانت بغير أجر كما يفعل في حفظ ماله، أما إذا كان الإيداع بأجر فيجب أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد، ويترتب على ذلك عدم تضمين الوديع إذا لم يكن التقصير من طرفه، ونص المشرع المغربي أيضاً بعدم تضمين الوديع في حال ضياعها أو تلفها بغير تعدد من الوديع أو تسبب منه أخذاً بقول فقهاء المذاهب الأربعة، وهو ما نص عليه الفصل 808 ق ا ع م: "المودع عنده لا يضمن: أولاً: الهلاك أو التعيب الحاصل بفعل الطبيعة أو نتيجة عيب في الأشياء المودعة أو بسبب إهمال المودع. ثانياً: حالات القوة القاهرة أو الحدث الفجائي، ما لم يكن ممطلاً في رد الوديعة، أو ما لم تكن القوة القاهرة قد تسببت بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم. ويتحمل عبء إثبات القوة القاهرة أو إثبات عيب الأشياء المودعة إذا كان يأخذ أجراً عن الوديعة، أو إذا كان قد تسلم الوديعة بحكم مهنته أو وظيفته". كما ويضمن المودع إذا هلك الوديعة بفعله أو إهماله طبقاً لنص الفصل 806 ق ا ع م.

كما نص المشرع التونسي بتضمين المودع هلاك الوديعة ولو كانت القوة القاهرة أو أمر طارئ إذا تصرف فيها بغير إذن المودع، وذلك ما نص عليه الفصل 1007 م ا ع ت، وهو ما يفهم منه إذا لم يكن التفريط منه فلا يضمن، وهو ما يفهم من أحكام نصوص الفصول من 1020 إلى 1027 م ا ع ت.

ونذكر ختاماً لكل ما سبق أن وديعة القاصر التي أودعها وليه أو النائب الشرعي له بشكل عام ترد للقاصر إذا صار راشداً أو صار أهلاً لتسلمها، أو في حالة ما إذا زالت عن النائب الشرعي تلك الصفة فإنها ترد لمن خلفه، وهو ما نص عليه أحكام الفصل 1016 م ا ع ت، حيث ورد فيه ما يلي: "إذا كان المودع مقدماً أو وكيلاً ثم زالت عنه تلك الصفة فإن الوديعة لا ترد إلا لمن خلفه أو لصاحب الحق إن صار أهلاً لتسلمها"، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 802 ق ا ع م بقوله: "إذا أجريت الوديعة من وصي أو مقدم فقد صفتها هذه عند إجراء الرد، لم يسغ رد الوديعة إلا لمن كان يمثله ذلك الوصي أو المقدم بشرط أن تتوفر فيه أهلية لتسلمها، أو لمن خلف الوصي أو المقدم".

المطلب الثالث: أركان الإيداع

ضمن هذا المطلب يتم تناول أركان الإيداع أو الوديعة عند الفقهاء، حيث قال جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة إلى أن للإيداع ثلاثة أركان وهي: الصيغة والعاقدان والمحل، أما الحنفية فقد خالفوا قول الجمهور، واعتبروا أن للإيداع ركن واحد وهو الصيغة فقط والمكونة من الإيجاب والقبول الدالين على التراضي من الطرفين، وذلك ما يتحقق به الإيداع، أما الباقي فلا يعد داخلياً في الماهية، وهي بالنسبة للحنفية تعد شروط لا أركان¹، وللتوضيح أكثر يتم تناول هذه الأركان وشروطها عند الفقهاء.

الفرع الأول: الصيغة (الإيجاب والقبول)

ويقصد بالصيغة اللفظ أو ما يقوم مقامه والذي يدل على الاستنابة في حفظ المال²، وإذا كان الفقهاء قالوا إن الأصل في العقود التراضي وطيب النفس، فإن الإيداع لا يصح إلا بالتراضي، والصيغة تتكون من الإيجاب والقبول.

أولاً-الإيجاب: وسواء أكان هذا الإيجاب صريحاً كقول المودع "أودعتك هذا المال"، أو كناية وهو ما قابل الصريح، كما لو قال رجل: أعطينيهِ -أي المال- فقال الآخر أعطيتك فهو وديعة، أو فعلاً كما لو وضع شخص مالاً أو شيء ذا قيمة بين يدي رجل ولم يقل شيء فهو إيداع³، أما لو قال لم أقبله وهلك الوديعة لم يضمن بهلاكها.

ثانياً-القبول: وهو الذي يكون من الوديع سواء أكان القبول "صريحاً" كقوله قبلت الوديعة أو نحوه، أو "دلالة" كما لو سكت الوديع عند وضعه المال عنده فإنه يعد قبولاً دلالة، ومثال ذلك كما لو وضع إنسان ما كتبه عند قوم ما فذهبوا وتركوه فإنهم يضمنون إذا ضاع، أما إذا قام واحد

¹ الحصفكي، الدر المختار، ص 551. الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 270. الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 188. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 472. الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ص 220.

² الخطاب، نفس المرجع، ج 7، ص 270.

³ الكليني، مجمع الأنهر، ج 3، ص 466-467. الخطاب، نفس المرجع، ج 7، ص 270.

بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين الضمان، وقد خالف الشافعية ذلك وقالوا إذا وضع المودع الوديعة بين يدي الوديع ولم يقل شيء فلا يعد ذلك إيداع، وعليه فإذا ذهب وتركها فلا ضمان عليه، علماً أنه إذا كان الوديع ولي اليتيم أو وكيلاً فإنه يجوز له الإيداع، وتعد الوديعة مضمونة عنده بمجرد الأخذ¹.

وعليه فإن الصيغة هي الإيجاب والقبول كأن يقول لغيره: أودعتك هذا الشيء، أو احفظ هذا الشيء، أو خذ هذا الشيء وديعة عندك، وما يجري مجراه، ويقبل الآخر. فإذا وجد ذلك فقد تم عقد الوديعة أو الإيداع².

بالرجوع للتشريعات المغاربية نجد أن المشرع التونسي اشترط في عقد الإيداع تراضي الطرفين، وهو ما نص عليه الفصل 1001 ق ا ع ت، وهو ما نص عليه أيضاً الفصل 781 ق ا ع م، حيث اشترط أن يتم الإيداع برضا المتعاقدين وتسليم الشيء المودع، ويحصل التسليم بمجرد التراضي بين الطرفين، ولم ينص المشرع الجزائري على هذا الأمر، وهو ما يرجع فيه لأحكام الفقه الإسلامي طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني.

والأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر ومع ذلك يستحق المودع عنده أجراً إذا كان قد اشترطه أو عرف معتمداً، وذلك استناداً للفصل 790 ق ا ع م.

الفرع الثاني: العاقدان (المودع والوديع)

إذا كان العاقدان هما المودع والوديع فإن لكل منهما شروط لا بد من توفرها كما ذكر الفقهاء.

¹ الحصفكي، الدر المختار، ص 551. الشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 189. الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 126. الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ص 220. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 419. الكليوبي، نفس المرجع، ج 3، ص 467. الخطاب، نفس المرجع، ج 7، ص 270. البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 5، ص 116.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص 207.

أولاً-شروط المودع:

المودع بكسر الدال وهو صاحب الوديعة ومن له التصرف في الوديعة بملك أو تفويض أو ولاية كالقاضي في مال اليتيم أو الغائب أو المجنون، أو هو من يجعل ماله عند غيره ليحفظه له¹. ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه يشترط في المودع أن يكون مكلفاً جائز التصرف في المال، وهو عند الحنفية أن يكون عاقلاً، لأن العقل شرط أهلية التصرفات الشرعية، والبلوغ ليس شرط لصحة الإيداع من الصبي، وعند جمهور الفقهاء أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً، ولا يصح من الصبي غير المميز أو إذا كان مميز ولم يكن مأذون له².

وبناءً على ما سبق ذكره لو قام صبياً غير مميز أو كان مميزاً ولم يكن مأذوناً وأودع مالا له لدى شخص ما، فلا يجوز لهذا الشخص قبول وديعته، لأن الصبي غير المأذون له لا يملك حفظ المال بنفسه، وعليه فلا يملك أن يملك ذلك غيره، فإن أخذ الشخص من الصبي غير المأذون له المال منه ضمن ما أخذ، ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر في ماله، لأن قبضه كان غير جائز فكان مضموناً عليه، إلا إذا خاف إن لم يأخذها من الصبي أن يستهلكها، فأخذها على هذا الأساس ليسلمها إلى الناظر في أملاكه، فإن الفقهاء قد اختلفوا إذا تلفت في يد القابض قبل ردها إلى الولي من غير تفريط، وقد ذهب بن قدامة من الحنابلة إلى أنه لا يضمن ضياع المال إن أخذه لأنه قصد تخليصه من الهلاك³. ويفهم من كل ما سبق أنه إذا كان الصبي مأذون له في التصرف في ماله فإنه يصح له أن يودع ماله فيما أذن له بالتصرف فيه.

¹ الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 270. عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، كنوز إشبيلية، الرياض، السعودية، ط 1، س 2008، ج 5، ص 98.

² الكليوبي، مجمع الأنهر، ج 3، ص 467. الحصفكي، الدر المختار، ص 551. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص 207. البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 5، ص 116. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 209.

³ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 346. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6، ص 316. الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 188. البغوي، نفس المرجع، ج 5، ص 116. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 474. ابن قدامة، نفس المرجع، ج 2، ص 209.

أما بالنسبة للتشريعات المغاربية فتم اشتراط أهلية التعاقد في المودع، وهو ما نص عليه
المشرع المغربي على سبيل المثال في الفصل 784 ق ا ع م، وأحكام الفصل 998 م ا ع ت.

ثانياً-شروط الوديع:

الوديع على وزن فاعيل بمعنى اسم المفعول، ويقال أيضاً مستودع بفتح الدال ومودع بفتح الدال
كذلك¹، وهو: "من يظن حفظه للمال"²، أو من يجعل عنده المال ليحفظه بلا عوض³، ويشترط
في الوديع شرطين اثنين وهما:

1-أن يكون الوديع جائز التصرف:

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الوديع أن يكون جائز التصرف في المال⁴. غير أنهم
اختلفوا فيمن يصدق عليه هذا الوصف وذلك لقولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء حيث قالوا إنه يقصد بجائز التصرف هو الشخص البالغ العاقل
الرشيد، وعليه فلو أودع صبياً أو سفيهاً أو مجنوناً لم يصح الإيداع، لأن القصد من الإيداع هو
الحفظ وهؤلاء ليسوا أهلاً للحفظ في المال، لأنه إذا لم يجب الضمان في هذه الحالة على من صح
الإيداع عنده وهو عند من لم يجب الإيداع عنده من باب أولى⁵.

القول الثاني: وهو لفقهاء الحنفية حيث اشترطوا في الوديع أن يكون عاقلاً أما البلوغ فليس
بشرط، وعليه فلا تصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأنه لا يكون أهلاً لحفظ الوديعة، فهو
بالأساس ممنوع من التصرف في ماله⁶، وفي حفظ مال غيره أولى بالمنع.

¹ علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، ص 227.

² الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 270.

³ عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع، ج 5، ص 98.

⁴ البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج 5، ص 116. ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 279.

⁵ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 6، ص 335-336. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص

419. البغوي، نفس المرجع، ج 5، ص 116. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 473.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6، ص 207.

فكلا القولين لجمهور الفقهاء ولفقهاء الحنفية قد اتفقوا على أنه لا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل الوديعة، لأن حكم هذا العقد لزوم الحفظ، ومن لا عقل له لا يكون أهلاً لحفظ المال.

وهو ما كرسه التشريعات المغاربية، حيث نص على ذلك المشرع المغربي ضمن نص الفصل 784 ق ا ع م، والمشرع التونسي ضمن أحكام الفصل 998 م ا ع ت، وذلك بوجود توفر أهلية التعاقد في المودع والمستودع.

2- أن يكون الوديع معيناً:

ويقصد بالتعيين تحديد الشخص المكلف بالحفظ، وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط بين من يراه لازماً، وبين من لا يرى ذلك، وهم في ذلك على قولين اثنين:

القول الأول: لفقهاء الحنابلة حيث قالوا أنه يشترط في الوديع أن يكون معيناً وذلك وقت الإيجاب، فلو قال المودع لجماعة أودعت أحداكم هذا أو ليحفظ لي أحداكم هذا العين، فإن العقد لم يصح¹، لأنه لم يعين أو يحدد الشخص الموكل له هذا الإيداع.

القول الثاني: وهو لفقهاء الحنفية والمالكية حيث قالوا بعدم اشتراط تعيين الوديع، ومثال ذلك كما لو وضع إنسان ما كتبه عند قوم ما فذهبوا وتركوه فإنهم يضمنون إذا ضاع، أما إذا قام واحد بعد واحد ضمن الأخير لأنه تعين للحفظ فتعين الضمان².

وذلك ما نصت عليه المادة 773 من المجلة العدلية، حيث ورد فيها ما يلي: "إذا وضع رجل ماله عند جماعة على سبيل الوديعة وانصرف وهم يرونه وبقوا ساكتين صار ذلك المال وديعة عندهم جميعهم فإذا قاموا واحداً بعد واحد وانصرفوا من ذلك المحل فيما أنه يتعين حينئذ الحفظ على من بقي منهم آخراً يصير المال وديعة عند الأخير فقط".

¹ أحمد القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، تامة، جدة، ط 1، س 1981، ص 415، المادة 1323.

² الكلبوي، جمع الأثر، ج 3، ص 467. الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 270.

3- أن يكون الوديع أمين:

ذهب الفقهاء إلى أنه يجب على الولي أو وصي القاصر أن يودع ماله عند أمين ثقة، وهو ما أجمعت عليه المذاهب الإسلامية، لأن الأمانة شرط من شروط حفظ وديعة القاصر وإلا لضاعت¹، وفي هذا المعنى يقول القزويني من الشافعية: "ويشترط فيمن يودع عنده الأمانة"²، وذلك للحفاظ على أصل مال الصغير من الضياع والتلف.

ويلتزم المودع عنده في هذا العقد بالتزام رئيسي يتمثل بحفظ الشيء ورده بعينه.

الفرع الثالث: المحل (العين المودعة)

أما الركن الثالث للإيداع فهو المحل أو العين المودعة، وقد اختلف جمهور الفقهاء في شروط أركانها، وهو ما سيتم بيانه.

أولاً- أن تكون مالاً:

اختلف الفقهاء في طبيعة هذا المال لقولين اثنين وهما:

القول الأول: وهو لفقهاء الحنفية والمالكية، حيث اشترطوا كون العين المودعة مالاً وكل ما يصدق عليه هذا الإطلاق في الشريعة، فما ليس بمال كالدّم والميتة ونحوهما لا يصح إيداعه³، ويتضح تضييق أصحاب هذا القول لهذا المعنى.

القول الثاني: وهو لفقهاء الشافعية والحنابلة، حيث توسعوا في هذا الإطلاق، واشترطوا لصحة عقد الوديعة أن تكون العين المودعة مالاً أو محتصاً، ويقصد بالمختص كالكلب الذي ينفع للصيد والحراسة ونحوها، وكجلد ميتة الذي لم يدبغ، أما إذا كان هذا الكلب لا منفعة فيه فإنه لا تصح

¹ القرائي، الذخيرة، ج 8، ص 240. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

² القزويني، العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 83.

³ الحصفكي، الدر المختار، ص 551.

فيه الوديعة، وكذلك الحال بالنسبة لآلات اللهو والخمر¹، فخلافاً لأصحاب القول الأول يتبين توسيع معنى المال الذي يصح إيداعه.

ثانياً- أن يكون مالاً قابلاً لإثبات اليد عليه:

ويقصد بهذا الشرط أن تكون الوديعة صالحة للقبض وإثبات اليد بالفعل وإلا لم يصح الإيداع، وقد قال الحنفية أن شرط الوديعة كون المال قابلاً لإثبات اليد عليه، فلو أودع البعير الشارد، والطير في الهواء لم يضمن². وقد ورد في أحكام نص المادة 775 من المجلة العدلية قولها: "يشترط كون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها وصالحة للقبض فلا يصح إيداع الطير الطائر في الهواء".

ثالثاً- أن تكون العين المودعة منقولاً أو عقاراً:

ذهب جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية إلى عدم اشتراط كون العين المودعة منقولاً فقط، إنما تصح أن تكون العين المودعة عقاراً أو منقولاً، لكن المسألة خلافية ضمن المذهب المالكي، حيث ذهب بن عرفة من المالكية إلى أنه يشترط في الوديعة أن تكون مما يمكن نقله فقط³، وحينئذ يخرج العقار. فلا يمكن إذا ما أخذنا بهذا القول إيداع العقار، وهذا راجع لعدم إمكانية إثبات اليد عليه، ولكن يترجح قول الجمهور، وهذا لاندرج العقار أيضاً في معنى المال. يتضح مما تقدم أن خصائص عقد الوديعة في القانون المذكور أنه عيني، ويرد على المنقولات.

¹ الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ص 220-222.

² الحصفكي، الدر المختار، ص 551. ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 8، ص 455.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 419.

المطلب الرابع: أسباب ودواعي إيداع مال القاصر

هناك عدة أسباب ودواعي إيداع مال القاصر ذكرها الفقهاء، منهم من ضيق في هذه الأسباب، ومنهم من وسع فيها، ومنهم من أجاز إيداع مال القاصر على الإطلاق، وذلك ما سيأتي بيانه، مع ذكر موقف التشريعات المغاربية في هذا الشأن.

الفرع الأول: أسباب ودواعي إيداع مال القاصر في الفقه الإسلامي

أجاز فقهاء الشريعة للولي أو الوصي أن يودع مال القاصر، لكنهم اختلفوا في الأسباب التي تدعو لهذا الإيداع وذلك لقولين اثنين وهما:

القول الأول: وهو لفقهاء الحنفية، حيث قالوا بجواز إيداع الولي أو الوصي مال القاصر بدون سبب، وأن له كامل الحق في القيام بذلك، وفي هذا المعنى يقول البغدادي وهو من فقهاء الحنفية ضمن باب الوصي والولي والقاضي: "ثم للوصي أن يودع مال اليتيم ويضعه ويتجر بمال اليتيم لليتيم ويدفع مضاربه، وله أن يفعل كل ما كان فيه خير لليتيم، وكذا الأب"¹، فلم يقيد فقهاء الحنفية إيداع مال القاصر بأي شروط على النائب الشرعي له، وإنما تركوا الأمر على إطلاقه، فمتى ما رأى الحاجة لذلك فعل، إذا كان هذا الفعل يحقق مصلحة القاصر.

القول الثاني: وهو لجمهور فقهاء المذاهب الإسلامية من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث قيدوا إيداع الولي أو الوصي مال القاصر بشروط أوردوها، وهي الحاجة الملحة للإيداع كالخوف على المال من الضياع والتلف مع عدم إمكانية الإتجار فيه، وكذلك أمن الوديع أو ظن الصون فيه²، وفي هذا يقول بن عرفة: "المودع من له التصرف في الوديعة بملك أو تفويض أو ولاية كالقاضي في مال اليتيم والغائب والمجنون، والمودع من يظن حفظه، والأظهر أن شرطها باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة الفاعل وظن صونها من القابل، فتجوز من الصبي الخائف عليها إن بقيت في

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 827.

² القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 240. الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 270-271. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، ص 128. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

يد...ويجوز أن يودعا ما خيف تلفه بيد مودعه إن ظن صونها بيد أحدهما لاحترامهما وثقتهما كأولاد المحترمين...والأصل في هذه النصوص الرأفة على حفظ المال والنهي عن إضاعته¹ وعليه فللولي أو الوصي القيام بإيداع مال الصغير الذي في ولايته عند من تتوفر فيه شروط الإيداع هذا إذا احتيج للإيداع أساساً.

وهذه الدواعي والأسباب التي أوردها فقهاء المالكية لجواز إيداع مال القاصر هي نفس الأسباب والدواعي التي اشترطها فقهاء الشافعية كذلك، حيث جاء قول الشيرازي في هذا المعنى: "ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة لأنه يخرج من يده فلم يجز فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق أو أراد سفراً وخاف عليه جاز له الإيداع والإقراض فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع ولا يودع إلا ثقة"²، وقد أورد الشافعية بعض الأسباب الداعية للإيداع على سبيل المثال لا الحصر والتقييد لأن الأسباب كثيرة وتختلف من زمن لآخر ومن مكان لآخر.

ولم يخالف رأي الحنابلة هذا القول، حيث يقول بن قدامة المقدسي: "ولا يجوز أن يودع ماله إلا لحاجة، ولا يقرضه إلا لحظه"³، مثل أن يخاف هلاكه، أو نقصانه ببقائه... وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله، لأنه يخاطر به، لكنه يقرضه، أو يودعه أميناً..."⁴، وعليه فجمهور الفقهاء قيدوا إيداع مال القاصر بالخوف من هلاك مال القاصر مع توفر الثقة وأمن الوديع لجواز الإيداع، وفي هذا حرص وزيادة ضمان الحفظ مال القاصر.

وما يمكن قوله إنه في الزمن المعاصر أصبحت هناك مؤسسات وهيئات رسمية برعاية الدولة تتولى شؤون الإيداع، كما تتوفر فيها الشروط التي وضعها جمهور الفقهاء كالاتمان والتوثيق وما إلى ذلك من شروط الحفظ للأموال، فللنائب الشرعي القيام بالإيداع لدى هذه المؤسسات، بل قد

¹ الخطاب، نفس المرجع، ج 7، ص 270-271.

² الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 128.

³ حظ الصغير أو القاصر هو كل تصرف وتعاقد يجلب مصلحة للقاصر ويدفع عنه الضرر المالي. الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 126.

⁴ ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

يتعين الأمر في حال إذا صار حفظ وصيانة مال القاصر لا يتم إلا بالإيداع فيصير حينها واجباً، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

الفرع الثاني: أسباب ودواعي إيداع مال القاصر في قوانين الأسرة المغربية

بالرجوع إلى بعض أحكام نصوص التشريعات المغربية نجد أن المشرع المغربي والذي نظم بعض حيثيات إيداع مال القاصر قد أزم ضمن قانون المسطرة المدنية في نص الفصل 191 الذي تم نسخه¹ بوجود إيداع مال القاصر على أية حال، وإذا كان المشرع المغربي لم يذكر سبب ودواعي هذا الإيداع، فإنه من دون شك هو الخوف عليها من الضياع، والحرص وبغية حمايتها والحفاظ عليها، علماً أن الذي يأمر بإيداعها هو القاضي المكلف بشؤون القاصرين، فالمشرع المغربي أخذ منحى آخر مغاير لأقوال الفقهاء سواء الحنفية أو الجمهور.

إذاً فالمشرع المغربي منح للقاضي المكلف بشؤون القاصرين حق الأمر بإيداع مال القاصر سواء أكان ذلك في نص الفصل المنسوخ من قانون المسطرة المدنية والذي سبق ذكره، أو ضمن مدونة الأسرة الحالية، إذ ورد في نص الفصل 191 ق م م الذي تم نسخه بأنه: "يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين عند وجود نقود خاصة للقاصر بإيداعها حالاً بحسابه في صندوق الإيداع والتدبير في انتظار استغلالها في مصلحته"، كما أزم نص الفقرة الثانية من نص المادة 235 م أ م بإبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة من طرف النائب الشرعي للقاصر تحت طائلة المسؤولية²، وهذا بغية تمكين

¹ تم نسخ أحكام الفصول 185 إلى 196 بموجب القانون رقم 72.03 الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.04.23 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004).

² يجدر التذكير أنه لا سبيل للقيام بإيداع أموال القاصر في حساب خاص بهم لدى مؤسسة عمومية دون العمل على إحصاء أموالهم، وإلتزام ذلك يتعين على السلطات الإدارية والأقارب الذين كانوا يعيشون معهم وكذلك النيابة العامة إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بحادثة وجود ورثة قاصرين للمتوفي أو وفاة الوصي أو المقدم وهو ما نظمته نص المادة 266 م أ م. ليتم بعد حادثة التبليغ عن الوفاة إحصاء أموال القاصر، ويتم ذلك بأمر من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين وبإشرافه، ويقوم بهذا الإحصاء عدلين، ويمكن الاستعانة بالخبراء، وهذا كله بغية حماية أموال القاصر من التعدي أو الإخفاء في أقرب الأوقات من حادثة الوفاة، وقد نصت على ذلك أحكام المادة 252 م أ م.

القاضي المكلف بشؤون القاصرين من إصدار أمره للنائب الشرعي بإيداع ما تحت يده من نقود وقيم منقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها¹.

فإذا كان فيما سبق أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين هو الذي يأمر دون تحديد من يتلقى الأمر، فإن مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 235 ألزمت النائب الشرعي بإبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بهذه الأموال ليتم إيداعها بحساب القاصر بمؤسسة عمومية²، وهذا تحت طائلة المسؤولية لكن لم يحدد المشرع المغربي طبيعة هذه المسؤولية.

وإذا كان الفصل 191 ق م م م الذي تم نسخه حيث كان يلزم بإيداع أموال القاصر في صندوق الإيداع، لكن هذا الصندوق المختص بهذا الشأن لم يعد يتولى هذه المهمة أو لم يعد موجود أصلاً، لذلك تم تحويل هذه المهمة لمؤسسة عمومية لتتولى إيداع مال القاصر بغرض حمايتها³.

وقد ألزم المشرع المغربي في الفقرة الثالثة من نص المادة 235 م أ م بإخضاع النائب الشرعي في ممارسته لمهمة إيداع مال القاصر في حسابه وغيرها من التصرفات للرقابة القضائية،

¹ نصت أحكام المادة 235 في فقرتها الثانية من مدونة الأسرة المغربية بأنه: "يجب على النائب الشرعي إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوجود الأموال النقدية والوثائق والحلي والمنقولات ذات القيمة، وإذا لم يفعل يتحمل مسؤولية ذلك، وتودع النقود والقيم المنقولة بحساب القاصر لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها بناء على أمر القاضي".

² نذكر هنا أن المشرع المغربي لم يحدد المدة التي ينبغي خلالها إيداع أموال القاصر في حسابه الخاص من طرف النائب الشرعي، في حين نجد أن المشرع المصري حدد ذلك خلال خمسة عشر يوماً وهذا ما نصت عليه المادة 44 من القانون المتعلق بالولاية على المال.

³ والملاحظ أن المشرع المغربي ضمن مدونة الأسرة نص على أن الإيداع يتم لدى مؤسسة عمومية دون تخصيصه لمؤسسة بذاتها، وذلك بخلاف ما كان عليه الأمر سابقاً، حيث أن الإيداع كان يتم لدى صندوق الإيداع والتدبير، وهذا الموقف المتمثل في عدم تحديد المؤسسة في إطار مدونة الأسرة فعل دور بعض المؤسسات البنكية في الإعلان عن إيجابها الدائم لفائدة القصر لفتح حسابات بنكية لديها، وإذا كان المشرع نص على ضرورة إيداع أموال القاصر لدى مؤسسة عمومية فإنه لم يتطرق إلى الإجراءات والمساطر الواجب اتباعها لإيداع وسحب أموال القاصر من تلك المؤسسة، سواء أثناء مسطرة النيابة الشرعية أو بعد انتهائها برفع الحجر عن المحجور، وإنما نظم طريقة التعامل بين القاضي المكلف بشؤون القاصرين وصندوق الإيداع والتدبير بواسطة المناشير والدوريات الصادرة عن وزارة العدل التي لازال العمل بها جارياً حالياً لأجل تنظيم تلك العلاقة ومسطرة الإيداع. رشيد صبيح، المرجع السابق، ص 63.

وهو أيضاً ما ألزمه المشرع المصري في نص المادة 44 من القانون المتعلق بالولاية على المال، إذ منع على الوصي سحب أي شيء من الأشياء التي يتم إيداعها في حساب القاصر إلا بعد الحصول على إذن من طرف المحكمة، حتى لو كان ذلك في مصلحة القاصر الضرورية.

وبالنظر إلى أهمية الإيداع في الحفاظ على أصل مال القاصر فإن المشرع المغربي عرض الوصي أو المقدم لجملة من الإجراءات الرديعية في حالة امتناعه عن إيداع ما بقي لديه من أموال القاصر بعد توجيه إنذار إليه، وهذه الصلاحيات يملكها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، كما يملك اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحماية أموال القاصر وهذا كله ما ورد في أحكام نص المادة 270 م أ م.

أما بالنسبة لباقي التشريعات المغاربية فإنه لم يتم الوقوف على أي نصوص تقضي بإنشاء صندوق يختص بإيداع أموال القاصر، لكن للقاضي المختص إعطاء أمر بالقيام بإيداع مال القاصر حال الخوف من ضياعها، ويتم ذلك في حساب للقاصر، والذي يخضع لرقابة القاضي المختص لحماية هذه الأموال من أي تعدد قد يطالها.

والخلاصة أن إيداع أموال القاصر سواء أكان ذلك في صندوق خاص أو مؤسسة معينة أو عند شخص ما الغاية منه هو الحفاظ على وديعة القاصر، وذلك هو غاية الإيداع بشكل عام، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 590 ق م ج وذلك أثناء تعريفه للوديعة، حيث ورد فيها: "الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عيناً"، فالغاية المرجوة من الإيداع هو الحفاظ على الوديعة سواء أكانت للقاصر أو لغيره.

المبحث الثاني: التصرف والإدارة في وديعة القاصر

وإذا كان الأصل أن يستثمر مال القاصر بالتجارة وغيرها لئلا ينقص، وهو ما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة، كما كرهوا إيداع مال القاصر في حال إمكانية الإتجار فيه¹، ويلجأ إلى وسيلة الإيداع في حال انعدمت سبل تنميته واستثماره بالطرق المأمونة التي لا يهلك فيها أصل مال القاصر، أما إذا كانت المخاطر أكبر، فإنه يفضل إيداع مال القاصر والحفاظ عليه إلى أن تتوفر الطرق المأمونة.

وعليه فتعد وسيلة الإيداع من الأساليب التي لها أثر فعال في حفظ مال القاصر وقائماً من خلال مسكه وتسكينه، وهي من الطرق المعلومة والمعمول بها عند النواب الشرعيين الذين لم يتثن لهم إمكانية استثمار مال القاصر بالطرق المشروعة المختلفة، لكن هل يمنع إيداع مال القاصر من استثماره بالوسائل والطرق المختلفة؟

المطلب الأول: الإنفاق على القاصر من وديعته

إذا كان إيداع مال القاصر يؤدي بالأساس إلى مسك ماله وتسكينه من أي استغلال واستهلاك إلى غاية صدور ما يؤدي إلى استغلاله واستثماره والتصرف فيه² بالطريقة الأنسب، والتي فيها المصلحة الفضلى للقاصر، لكن هذا لا يمنع من استعماله على الأوجه التي فيها مصلحة القاصر حال الاحتياج إليه، كالنفقة عليه من مأكّل ومشرب وملبس وتعليم وكل مشتتات النفقة على حسب كل شخص ومقتضيات الزمان والمكان، لكن ما ضوابط كل ذلك في الفقه والقانون؟

¹ جابر بن علي الحوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي، دار المحجة للنشر والتوزيع، أبو ظبي، الإمارات، ط 1، س 2008، ص 103.

² تنقسم الأعمال القانونية بحسب خطورتها على الذمة المالية إلى أعمال الحفظ وأعمال الإدارة، وأعمال التصرف، أقلها خطورة أعمال الحفظ، وأكثرها خطورة أعمال التصرف، أما أعمال الإدارة فتقع في موقع وسط بين هذه وتلك. وأعمال الإدارة هي مجموعة الأعمال التي تهدف إلى استغلال أو استثمار الذمة المالية وزيادة رأس مال القاصر كالتجارة وسائر أنواع الاستثمار، أما أعمال التصرف فهي التي تنطوي على إخراج جزء من رأس من الذمة المالية أو ترتيب حق عيني عليه. محمد السعيد رشدي شاهين، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، س 1983، ص 5-6. عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 69.

الفرع الأول: الإنفاق على القاصر من وديعته في الفقه الإسلامي

الغاية الأساسية المرجوة من إيداع مال القاصر من طرف الناظر له أو نائبه الشرعي ضمن الفقه الإسلامي هي مسك ماله وتسكينه بغية الحفاظ عليه من الضياع والتلف، وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الوديع ممنوع من استعمال الوديعة أو التصرف فيها إلا بما يحقق مصلحة القاصر، ومن المعلوم أن الإنفاق من وديعة القاصر يؤدي إلى الإنقاص منها أو إفنائها، لكن في نفس الوقت يحقق مصلحة للقاصر، وعليه فيجوز ذلك إذا أذن بذلك وليه المودع، ويجوز للوديع النفقة واستعمال الوديعة بحسب ما يأذن به النائب الشرعي، وهو ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية¹.

وعليه فإن النفقة من الوديعة على القاصر جائزة في الفقه الإسلامي، بل قد يستلزم ذلك إذا لم يكن له مال آخر يلبي حاجياته الضرورية من مأكل وملبس وعلاج وتعليم... وهذه الأمور كلها ضرورية، لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والقاصر ما دام له مال يسد حاجاته فلا مانع من النفقة عليه من وديعته في إطار المعقول والمسموح به.

الفرع الثاني: الإنفاق على القاصر من وديعته في قوانين الأسرة المغربية

لقد نص القانون النموذجي العربي الموحد الخاص برعاية أموال القاصرين على وجوب إيداع مال القاصر، وأن الجهة المخول لها إدارة هذا الأموال هي التي تأمر بإيداعها في الحساب الخاص بالقاصر، وذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 103 من ذات القانون، كما أن نص الفقرة الثانية منه نصت بعدم الجواز للوصي أو القيم القيام بالسحب من النقود المودعة بحساب القاصر إلا بإذن من الجهة المختصة، وذلك ما يفهم منه عدم إمكانية السحب من أموال القاصر المودعة في حسابه بغية الإنفاق عليه منها إلا بعد إذن من الجهة المختصة.

وفيما يتعلق بقوانين الأسرة المغربية فإن المشرع المغربي في نص المادة 235 م أ م منح للنائب الشرعي الحق في إيداع مال القاصر، سواء في صندوق الإيداع والتدبير أو في غيره من

¹ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 336.

البنوك، وهذا وفق إجراءات حددها المشرع المغربي، مع الإبقاء على جزء من الأموال للنفقة على القاصر على حسب ما تقتضيه مصلحة القاصر.

أما بالنسبة لباقي التشريعات المغربية فلم يتم الوقوف على نص ينظم هذه المسألة، لكن بطبيعة الحال لا يمنع ذلك ما دام يحقق مصلحة القاصر، ويستفاد ذلك من خلال الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي في هاته المسألة بالنظر لوجود فراغ تشريعي فيها.

لكن لا بد على النائب الشرعي للقاصر من ترك جزء من أمواله تخصص للنفقة عليه من مأكّل ومشرب وملبس وما إلى ذلك، وإيداع الباقي في الصندوق المخصص أو حساب القاصر في أحد البنوك العاملة، لأن طلب سحب أموال القاصر المودعة في البنك أو أي حساب آخر يتطلب إصدار إذن القاضي، وهو ما يعني أنه يجوز السحب حتى من حساب القاصر المودعة فيها أمواله بغية النفقة عليه منها إذا احتيج لذلك، بعد إصدار إذن القاضي المختص.

المطلب الثاني: استثمار الوديع مال القاصر المودع عنده

إذا كان المراد من إيداع مال القاصر هو تسكينه وإبقائه على ما هو عليه عند الوديع بغية صيانته وحفظه، وهو ما يطرح التساؤل حول حكم اتجار الوديع أو الاستثمار بشكل عام بهذا المال؟ وإذا جاز لمن تكون أحقية الأرباح المجناة من هذه التجارة أو الاستثمار؟

أولاً- استثمار الوديع مال القاصر المودع عنده في الفقه الإسلامي:

عندما يتم التطرق لحكم الاتجار بمال القاصر المودع ضمن هذا البحث فإن الأمر لا يقتصر عليه فقط، بل يشمل شتى أنواع الاستثمارات المباحة، وقد تطرق الفقهاء لحكم الاتجار بوديعة القاصر، حيث قالوا بمنع الاتجار بوديعة القاصر أو تأجيرها أو استثمارها أو التصرف فيها من تلقاء نفسه، لأن الواجب على الوديع هو العمل على مسك الوديعة ورعايتها والحفاظ عليها والأمر لا يشمل مال القاصر فقط بل حتى غيره، لكن أباح الفقهاء استعمالها والاتجار بها إذا أذن له صاحبها، وهو ما نقله بن المنذر في هذا الشأن، حيث يقول: "أجمع اهل العلم على إباحتها

استعمال الوديعة بإذن صاحبها"¹، والإتجار بوديعة القاصر يندرج ضمن الاستعمال، لكن ليس كل الفقهاء أجمعوا على جواز الاتجار بوديعة القاصر حال الإذن وعلى الإطلاق، لأن بعض فقهاء المالكية أجازوا ذلك، لكن اشترطوا أن تكون الوديعة نقداً، وهذا لأن النقود لا تتعين إلا بالتعيين، وقد قال الفقهاء بتضمين الوديع حال قيامه بالإتجار بوديعة القاصر أو غيره واستعمالها بدون إذن صاحبها أو المودع، ذلك لأنه ممنوع من التصرف فيها سواء أكانت من المثليات أو من القيميات².

وإذا كان جمهور الفقهاء قالوا بجواز الإتجار بوديعة القاصر حال الإذن، فإن بعض الفقهاء قالوا بعدم جواز الإتجار في وديعة القاصر، ذلك لأن الانتفاع بها يهلك عينها، وإن كانت نقداً أو مثلياً³، وعلى هذا فإن الإجماع غير واقع بجواز الإتجار بوديعة القاصر، حتى في حال إذن صاحبها أو المودع وكانت الأموال المودعة نقداً كما نقل المالكية.

والذي يترجح من القولين هو القول بجواز الإتجار بوديعة القاصر إذا أذن له صاحبها، أو ولي القاصر، وهو القول المنسوب لجمهور الفقهاء، وذلك ما دامت المنفعة متحققة أو مترجحة على الأقل وتوفرت جميع الشروط لحماية أموال القاصر، وهو ما يطرح التساؤل حول من له الحق في أخذ الأرباح المجناة من هذه التجارة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة وذلك حول من له الأحقية في الربح⁴ الحاصل أو المجنى من التجارة في وديعة القاصر أو غيره، وهم في ذلك على ثلاثة أقوال:

¹ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 336.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 421. ابن المنذر، نفس المرجع، ج 6، ص 336.

³ السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 111. الدسوقي، نفس المرجع، ج 3، ص 422.

⁴ يعرف الربح عند الاقتصاديين بأنه: "كسب أو ميزة نأخذها من شيء. وهو بشكل أدق الفرق بين سعر المبيع والكلفة التي تشمل أكاليف الاستغلال والأكاليف العامة وأقساط الاستهلاك والاحتياطات المباشرة". سامي ذبيان وآخرون، قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، رياض الريس للكتاب والنشر، لندن، المملكة المتحدة، ط 1، س 1990، ص 247.

القول الأول: قالوا إن الربح يكون كله للوديع، ذلك لأنه يضمن المال إذا ضاع له في التجارة، وكذلك إذا ربح طاب له الربح، وهذه لقاعدة الغنم بالغرم، وهذا القول هو لأبي يوسف من الحنفية والإمام مالك وجمهور فقهاء مذهبه والحنابلة، وقول شريح والحسن البصري وعطاء بن أبي رباح والشعبي ويحي الأنصاري وربيعة¹.

وقد استدلو لقولهم بدليل عقلي وهو أن المودع أو ولي القاصر عندما أودع مال القاصر لم يودعها بغرض الربح وإنما أراد من ذلك حفظها من الضياع، ولذا فإن له أصل المال فقط، وأما الربح فيكون من حق الوديع².

القول الثاني: وهو أن الربح يكون لرب المال أو لصاحب الوديعة وهو هنا في هذه الحالة القاصر، وهذا القول هو لابن عمر ونافع مولاة وأبي قلابة، وبه قال أحمد بن حنبل وإسحاق، وقد استدلو لذلك بأن الربح المجنى من أصل المال يعود إلى أصل مالكه والذي هو المودع أو القاصر هنا في هذه الحالة³.

القول الثالث: وهو أن الربح لا يكون لا للمودع ولا للوديع، وإنما يتصدق به، وهو ما ذهب إليه الأوزاعي والإمام أبي حنيفة ومحمد، وهو قول طائفة من الفقهاء⁴.

وقد استدلو لقولهم من المعقول، فقالوا إن الربح الذي حصل للوديع إنما كان بسبب كسب خبيث وربح غير مشروع، ذلك لأن المودع عنده ممنوع من البيع والتصرف في الوديعة، وعليه فالربح الحاصل بسبب هذا الكسب الخبيث ليس له مكان إلا التصديق به، لأن الوديع عند البيع يخبره الشخص المشتري أنه يبيع ما هو ملكه وهو غير صادق في ذلك ويكذب في التجارة، والكذب في

¹ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 336. السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 111. الخطاب، مواهب الجليل، ج 7، ص 275. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 421. ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة السواري، جدة، السعودية، ط 1، ص 2000، ص 222.

² السرخسي، نفس المرجع، ج 11، ص 111. الخطاب، نفس المرجع، ج 7، ص 275.

³ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 336. ابن قدامة، المقنع، ص 222.

⁴ ابن المنذر، نفس المرجع، ج 6، ص 336-337. السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 111.

التجارة يوجب الصدقة¹، وذلك لحديث النبي عليه الصلاة والسلام حيث قال: "يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف، فشوبوه بالصدقة"²، فعلمنا بالحديث إيجاب التصديق بالفضل³.

ويجب تبين هنا أن كل ما قيل في مسألة الاتجار بمال المودع فإنه يصدق أيضاً في المضاربة بماله، لأنه يعد أيضاً استعمال بغير إذن المودع وهو ما ذهب إليه الفقهاء⁴.

وبعد التطرق لأقوال الفقهاء وأدلتهم في حكم الربح الناتج عن هذا الاتجار، يتبين أن سبب الخلاف ومنشأه حكم الإيجار بمال القاصر، وهو ما ترتب عليه أثر الربح الناتج عن الإيجار به بدون إذن القاصر، والذي يترجح من كل هذه الأقوال وهو القول القائل أن الربح إنما يكون لصاحب الوديعة والذي هو القاصر هنا إذا لم يتم إستايدان المودع، لأن ذلك أضمن وأحفظ لهذا المال، لئلا يتم التعدي عليه بأي سبيل أو أي طريق كانت، كما أن الوديع إذا علم أن الربح المجني من الاتجار بمال القاصر سيكون لصاحب الوديعة فإنه لن يعمل على الاتجار فيه إلا بإذن صاحبه. أما إذا استأذن المودع فإن الربح يكون حسب ما يتفقان عليه.

ثانياً- إستثمار الوديع مال القاصر المودع عنده في قوانين الأسرة المغربية:

بالتطرق لنصوص القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين بخصوص استثمار أموال القاصر فإن الجهة المختصة بهذا الأمر هي التي خول لها إيداع أموال القاصر في الصندوق المخصص لغرض الإيداع، ويتم استثمارها وتنميتها بما يحقق المصلحة المالية للقاصر، وهو ما نصت عليه المادة 103 من ذات القانون.

أما ضمن التشريعات المغربية فقد نص المشرع التونسي كقاعدة عامة في مجلة الإلتزامات والعقود بتضمين المستودع الوديعة إذا أئجر بها بدون إذن صاحبها، وذلك في أحكام الفصل 1007 م ا ع ت، وبمفهوم المخالفة لنص هذا الفصل يفهم منه عدم تضمين المستودع إذا تم

¹ السرخسي، نفس المرجع، ج 11، ص 111-112.

² أخرجه أبي داود في سننه، باب في التجارة يخالطها الحلف واللغو، حديث رقم 3326، ج 3، ص 242.

³ السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 112.

⁴ ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 337.

ذلك بإذن صاحب الوديعة، والربح يكون حسب ما يتفقان عليه، أما إذا كان الإتجار بدون إذن صاحبها كان الربح للمستودع، وذلك يصدق على وديعة القاصر، لأنه لا يشترط في المودع أن يكون مالكا لما أودعه طبقاً لنص الفصل 1000 م ا ع ت.

وفي ظل عدم النص بشكل صريح لحكم إيداع مال القاصر واستثمارها ضمن التشريع الجزائري إلا ما ورد في القواعد العامة، وذلك كما ورد في نص المادتين 590 و 591 ق م ج وذلك مما يعاب.

وعدم النص بما ينظم مسألة استثمار وديعة القاصر صراحة وتركه للقواعد العامة مما يعاب، فإتجار أو استثمار الشخص الوديع بمال القاصر اختلف عما كان عليه الحال عند الفقهاء قديماً، إذ أصبح الإيداع يتم لدى مؤسسات وبنوك مختصة لهذا المجال، بحيث تقوم هذه المؤسسات أو البنوك باستيداع مال القاصر بأمر القاضي المختص أو بطلب الولي أو النائب الشرعي، وذلك على حسب الصيغة المرجوة من الإيداع.

كما تجدر الإشارة لقرار المحكمة العليا الجزائرية تحت رقم 128623 بتاريخ 10 جانفي 1994 والقاضي بمنع استثمار الوديعة المودعة في البنك بشكل عام، والتي تشمل أيضاً وديعة القاصر وذلك إذا تمت بدون إذن صاحبها، والذي يجب أن يحدد مالكة الغرض من فتح هذا الحساب إذا كان إيداعاً فقط أو استثماراً للوديعة، فإذا تم استثمارها دون إذن مالكة لم يصح هذا الاستثمار ويتحمل البنك نتيجة تصرفه.

إذ ورد في قرار المحكمة العليا الجزائرية تحت رقم 128623¹ بتاريخ 10-01-1994 بأنه: "من المقرر قانوناً أن الوديعة هي عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة ويرده وليس أن يستعمله دون إذن المودع. ولما ثبت -من أوراق القضية الحالية- أن التعاونية الطاعنة لما فتحت لدى البنك -المطعون ضده- حساباً بنكي، تم ذلك على

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 128623، الصادر بتاريخ 10/01/1994، المجلة القضائية، س 1996، عدد 1، ص 152.

سبيل الوديعة، وليس للتجار وربح نسبة مئوية. وعليه، فإن البنك بأخذه المبلغ المالي وتسليمه لمقاولة الأشغال البلدية - بأمر من الوالي حسب زعمه، يتحمل المسؤولية عن هذا التصرف، خلافاً لما ذهب إليه قضاة المجلس في قرارهم المنتقد مما يتوجب نقضه". وعليه فإن استثمار أموال القاصر المودعة لدى البنك أو في أي حساب للقاصر لا يحق استثمارها بشكل تلقائي، بل لا بد أن يحدد ذلك في نوعية الإيداع، فإذا تم هذا الإيداع على سبيل المسك والتسكين فلا يحق استثماره، وهو ما ورد في قرار المحكمة العليا، والتي قضت بنقض قرار قضاة الموضوع الذين خالفوا هذا المبدأ.

أما إذا كان موضوع الإيداع هو الاستثمار والتنمية فلا يمنع ذلك إذا كان لا يسبب ضرر بأموال القاصر أو خسارتها، أي لا بد أن تراعى فيها جميع شروط استثمار أموال القاصر التي سيأتي بيانها، لكن هذا النوع من الإيداع يندرج ضمن أبواب الاستثمار الذي سيتم التطرق إليه.

وبخصوص المشرع المغربي فإنه ضمن مدونة الأسرة ألزم بإيداع مال القاصر في حساب لدى مؤسسة عمومية للحفاظ عليها من الضياع والتلف، وذلك تحت رقابة القاضي المكلف بشؤون القاصرين وهذا ما ورد في نص الفقرة الثانية من نص المادة 235 م أ م، وتجدد الإشارة إلى أن القاصر الذي كانت تودع أمواله ضمن صندوق الإيداع والتدبير كان يستفيد من فوائد تضاف لرؤوس أمواله بالأستناد للفصل 20 من الظهير السابق الذكر¹، والذي كان يمنح للمدير العام للصندوق تحديد نسبة هذه الفوائد، وقد حدد سعرها 9,25 بالمائة ابتداء من سنة 1987².

أما فيما يخص الاستثمار في الأموال المودعة في البنوك والمصارف المفتوح فيها حساب باسم القاصر فالتشريع المغربي منح للنائب الشرعي القيام بكل التصرفات المتعاقد بشأنها عن القاصر، ومنها الإيداع في البنوك والتي بطبيعة الحال تقوم بالاستثمار في هذه الأموال والأموال، على ألا يكون هذا التعامل في أموال القاصر المودعة يسبب ضرراً بأمواله وإلا عد هذا الإيداع باطلاً ضمن هذه البنوك، وهو ما نصت عليه المادة 269 من مدونة الأسرة المغربية، التي تنص على إبرام التصرفات المحافظة على مصالح المحجور عليه.

¹ ظهير شريف رقم 159-174 صادر بتاريخ 10 فبراير 1959، بشأن إحداث صندوق الإيداع والتدبير.

² يوسف محترتي، المرجع السابق، ص 74.

ولا بد من ذكر هنا أن عقد الوديعة في إطار أحكام القانون المدني والأحكام العامة من قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 1781¹، والذي تنبني فيه أحكام عقد الوديعة على الحفظ، يختلف عليه الحال في عقد الوديعة البنكية الواردة في مدونة التجارة المغربية² في نص المادتين 509 و510، والتي تقوم على فكرة الاستثمار والاستغلال، ذلك أن هذا الإيداع يمنح الحق للجهة المودع لديها في التصرف في الوديعة وعدم إلزامه بردها على حالها وإنما يكون الإرجاع بالقيمة وهو ما سبق التطرق إليه، فقد ورد في نص المادة 509 من مدونة التجارة المغربية بأن: "عقد إيداع النقود هو العقد الذي يودع بموجبه شخص نقوداً، كيفما كانت وسيلة الإيداع، لدى مؤسسة بنكية يخول لها حق التصرف فيها لحسابها الخاص، مع التزامها بردها حسب الشروط المنصوص عليها في العقد". ويفهم من نص المادة السالفة الذكر أن الجهة المودعة لديها والتي هي البنك لها الحق في التصرف في وديعة القاصر مع التزامها برد العين المودعة.

وهذه الودائع أصبحت تعرف في عصرنا الحالي بالودائع المصرفية وتعرف بأنها: "النقود التي يضعها الأفراد والهيئات إلى البنك، والتي يستخدمها في نشاطه المهني على أن يتعهد الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها إلى شخص آخر معين، لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها"³. وتنقسم الودائع المصرفية على نوعان وهي: ودائع عينية حقيقية، وذلك كإيداع أشياء معينة من ذهب أو مستندات لدى البنك حيث توضع في خزائن حديدية، لكن يكون هذا الإيداع بإجراء يدفع لبنك مقابل هذه الخدمة، وقد سبق التطرق لإجازة بعض الفقهاء من حنفية وشافعية أخذ الأجر على الإيداع، وعليه فإنه يجوز للمصارف الإسلامية أن تأخذ الأجر لتأجير هذه الخزائن لتضع فيها

¹ نصت المادة 781 ق ا ع م بأن: "الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً منقولاً إلى شخص آخر يلتزم بحفظه وبرده بعينه".

² ظهير شريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة المغربية.

³ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، د ط، س 1993، ص 35.

الودائع لتقوم بحفظها¹، ولن يتم التطرق لهذه الجزئية، لأنه لا يتم الإيجار بهذه الودائع ولا استثمارها، وإنما تظل في حالاتها الأصلية.

وهناك ما يسمى بالودائع النقدية وتعرف بأنها: "النقود التي يعهد بها الأفراد والهيئات إلى البنك والتي يستخدمها في نشاطه المهني على أن يتعهد هذا الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها إليهم أو إلى شخص آخر معين لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها"²، وتنقسم هذه الودائع النقدية إلى ثلاثة أنواع وهي: الودائع الجارية، وودائع ثابتة الأجل، وودائع ادخار وتوفير³.

وقد ذهب أكثر القانونيين لاعتبار الودائع بأنواعها الثلاثة على أنها قرض⁴، وأما بخصوص إطلاق لفظ الوديعة عليها فهو ليس حقيقة، ذلك أن البنك لا يقوم بما قرره فقهاء الشريعة، وذلك بالاحتفاظ بالوديعة وردها بعينها، وإنما يقوم برد مثلها⁵. وهو ما نص عليه القانون المدني المصري في نص المادة 726 حيث ورد فيها ما يلي: "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، أو كان المودع عنده مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً".

¹ محمد عثمان بشير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس الأردن، ط 6، س 2008، ص 264.

² علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 35.

³ محمد عثمان بشير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص 265.

⁴ اعتبر بعض الفقهاء أن إيداع مال القصر في البنوك على توصيف أن الودائع هي قروض باعتبار أن البنك يملكها، ويضمنها، ويستقل باستثمارها، وله غنمها، وعليه غرمها، وهذه طبيعة القروض، إلا أن الإقراض لم يقصد منه الإرفاق بالبنوك، وإنما الحامل عليه مصلحة الأيتام، فيجوز من هذا الباب.

جاء في المغني: "فأما قرض مال اليتيم؛ فإذا لم يكن فيه حظ له، لم يجز قرضه ... قال أحمد: لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته، ومودته، ويقرض على النظر، والشفقة، كما صنع ابن عمر.

وقيل لأحمد: إن عمر استقرض مال اليتيم؟ قال: إنما استقرض نظراً لليتيم، واحتياطاً، إن أصابه بشيء غرمه"⁴. أبو عمر ديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، ط 2، س 1432 هـ، ج 17، ص 619.

⁵ علي السالوس، حكم ودائع البنوك وشهادات الاستثمار في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، الدوحة، قطر، ط 1، س 1990، ص 51.

وعلى هذا فالودائع النقدية الموضوعة في البنوك هي عبارة عن قرض ولا إشكال شرعي في ذلك¹، لكن الإشكال إذا ترتب عنه منفعة لأنه يعد ربا²، وهذا ما هو معمول به في البنوك، وعلى هذا فلا يجوز ذلك من الناحية الشرعية، إذ أن البنوك تقوم باستثمار الودائع وتعطي عليها الفوائد وهذا محرم شرعاً.

ويعتبر التشريع الإسلامي أن الفائدة القانونية محرمة لأنه يدعو الناس للتكاسل عن السعي في الحياة وهو ربا والربا محرم بنص القرآن، وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾³، وقد جرى العرف في الوقت الحالي بإيداع الفاضل من أموال القاصر في البنوك بلا فائدة⁴، كما أن هذا ليس في مصلحة القاصر في شيء من الناحية الشرعية⁵، وهو ما ينبغي منعه من الناحية القانونية لأن الإسلام دين الدولة حسب ما ورد في نصوص الدساتير المغاربية.

¹ أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على عدم الجواز للوديع بإقراض وديعة القاصر بدون إذن المودع والذي هو الناظر، لأنه يدخل في باب استعمال الوديعة، كما أن الاقراض يدخل في باب البر والخير من مال القاصر وقد يعرضه للتلف والضياع، وهذا مما لا يجوز في مال القاصر، وعليه فإذا قام الوديع بإقراض مال القاصر المودع عنده فإنه يكون قد تصرف بالوديعة بغير إذن صاحبها ويكون ضامناً لها. ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 336.

² الربا في الاصطلاح الفقهي الشرعي هي: "الزيادة على رأس المال، قلت أو كثرت". أما في الاصطلاح القانوني فهي الفائدة الفاحشة، أي المبلغ غير الشرعي الذي يطلب في مقابل الدين النقدي، أو البضائع المباعة مع وعد مقابل التسديد. أما المعيار الذي يمكن بالاستناد إليه التمييز بين الفائدة الشرعية والربا فيتحدد بالاستناد إلى القانون المعمول به وإلى معايير الاخلاقية المقبولة اجتماعياً. السيد سابق، فقه السنة، ج 3، ص 130. سامي ذيبان وآخرون، المرجع السابق، ص 247.

³ سورة البقرة، آية رقم 274.

⁴ جاء في سؤال ضمن موسوعة الفتاوى على الأنترنت حول حكم إيداع أموال القاصرين في البنوك الربوية، وذلك في فتوى تحت رقم (3830)، وكان نص السؤال: هل يجوز إيداع أموال القاصرين في بنوك تتعامل بالفائدة، سواء كانت محلية أو أجنبية، لمسلمين أو غيرهم؟ الرد: لا يجوز إيداع الأموال عند بنوك أو مصارف تتعامل بالربا، إلا عند الضرورة، وإذا اضطر إلى ذلك من أجل حفظ المال، فيودع عندها بدون أخذ فوائد على الأموال المودعة. موسوعة الفتاوى على الأنترنت تاريخ الولوج

<http://fatawapedia.com/>:2021/04/11

⁵ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 358.

وعلى هذا فإيداع أموال القاصر في البنوك بهذه الصفة ممنوع من الناحية الشرعية لأنها ترتب فوائد ربوية¹، ذلك أن الزيادة تشترط في أصل الإيداع المصرفي والذي رأى بعض الفقه القانوني أنه قرض ولا علاقة له بعقد الإيداع.

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى اعتبار هذه الودائع هي عبارة عن مضاربة، إذ أن المودع هو رب المال والبنك هو الذي يضارب في هذا المال²، وعلى هذا الأساس فإنه تجوز من الناحية الشرعية على حسب هذا القول.

لكن يعترض على هذا القول بأنها مضاربة، وذلك على أساس أن المودع يضمن رأس ماله في كل الأحوال، سواء أخسر البنك المستثمر لهذه الأموال أم خسر، وهذا أمر محرم من الناحية الشرعية، وهو يتنافى مع حقيقة المضاربة، وكما سبق لأن القانون قد كيفها على أساس أنها قرض.

وعلى الرغم من اختلاف الفقهاء المعاصرين في تكيفهم للإيداع في البنوك والمصارف، على اعتبار أنها لا تتوفر فيها شروط الإيداع التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية، إلا أنه لا بد من وضع قواعد وقيود تخص حفظ أموال القاصر المودعة لدى البنوك والمصارف المعاصرة، وبالأخص التي تعمل بالنظام الإسلامي.

وإذا تعلق الأمر بحفظ مال القاصر لدى هذه البنوك، لا يعني فقط حفظ أصل المال كالحفظ في الخزائن الحديدية أو ما شبه ذلك، وإنما أيضاً الإتجار والاستثمار فيها بالطرق الآمنة

¹ لا يجوز من الناحية الشرعية إيداع الاموال في البنوك التي تتعامل بالربا، وذلك لعموم الأحاديث الدالة على التحريم، وعليه فيجب إيداع أموال الأيتام في المصارف والبنوك التي لا تتعامل بالربا، إلا لعذر الحاجة لذلك مع عدم أخذ الفوائد الربوية. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الأولى، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض، السعودية، ج 13، ص 386.

² مصطفى الزرقا، المصارف معاملاتها وودائعها وفوائدها، سلسلة مطبوعات جامعة الملك عبد العزيز، س 1983، ص 9.

والتي تولد أرباحاً للقاصر¹، لكن بالطريقة الشرعية التي حددها الفقه الإسلامي ويخص بالذكر المصارف الإسلامية.

وعلى هذا يستوجب الحال تخصيص قوانين وتنظيمات تحمي أموال القاصر المودعة في البنوك وإعطائهم أولوية وأهمية في هذا الجانب، هذا إذا علمنا أن الهدف الأساسي لدى جل البنوك والمصارف هو ربحي بحت، ما قد يعرض أموال القاصر المودعة لديه إما للضياع أو الاستثمار بطرق غير شرعية ومحرمة فقهيّاً أو التحكم فيها بالطريقة التي تخدم المصلحة الفضلى للبنك فقط، وإن كان لا يرى معارضة تحقيق مصلحة البنك بقدر ما هي الغاية العمل على إعطاء وتحقيق حماية ومصلحة أكبر لمال القاصر.

وختاماً لهذا الباب يمكن القول إن الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية قد اعتمدوا على وسيلة وقائية تتمثل في وسيلة المسك، والتي بدورها تنقسم لعدة وسائل فرعية، ومن بينها الحجر والإيداع، وباجتماع هاتين الوسيلتين يحققان إبقاء مال القاصر وحفظ أصله في الحرز ووقايته من أي ضرر قد يلحق به لغاية اكتمال أهلية القاصر، أو العمل بوسيلة أو أسلوب آخر والمتمثل في استثمار أموال القاصر، وهو ما سيتم التطرق له ضمن الباب الثاني.

¹ أموال القاصر المستثمرة في البنوك والتي يطلق عليها ودائع لا يمكن اعتبارها كذلك للأسباب التالية: 1- الوديعة يقصد بها الحفظ والصيانة دون الاستعمال، بينما المصرف يستعملها. 2- الوديعة لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط، بينما المصرف ضامن لها لما عنده من الودائع في كل حال، وهذا لا يجوز ولو بالشرط. 3- لا يمكن اتبار هذا العقد إجارة، لان الأموال لا تؤجر. 4- لا يمكن اعتباره مضاربة، لأن المضاربة تكون على نسبة من الربح وليست على نسبة من رأس المال. عبد الله الموجان، أحكام الوديعة، شركة كنوز المعرفة، ط 1، س 2001، ص 41-42.

وعليه فإن الأموال المستثمرة في البنوك بهذه الصيغة والتي يطلقون عليها ودائع، إنما هي معاملات داخلة تحت طائلة الربا، ذلك أن صاحب المال يربح دون جهد وضمأن.

الْبَابُ الثَّانِي:

أَسْلُوبُ اسْتِثْمَارِ مَالِكِ الْقَائِصِي

وَتَمِيمِي

إن إمساك مال القاصر وتسكينه يعد أسلوب من أساليب حمايته، وقد سبق تناول بعض أساليبه ضمن الباب الأول، لكن هناك أسلوب ثاني تقتضيها هذه الحماية، وتتمثل في العمل على استثمار هذا المال وتنميته بأفضل الطرق والأساليب المشروعة للحصول على عوائد وأرباح، لتضاف بذلك إلى رأس ماله الأصلي، لكيلا تظل أموال القاصر معطلة ومجمدة، مما يؤدي لنقصها أو فنائها بشكل كلي، وهو ما يوجب البحث عن أفضل وسائل الاستثمار المشروعة فقهاً وقانوناً، والتي تمنح أعلى أرباح وأئمنها على مال القاصر لإعادة استثمارها مرة أخرى لتأمين دخل جيد للقاصر وهذا بشكل أساسي، كما لتحريك العجلة الاقتصادية للبلاد وبالتالي تحقيق مصلحة عامة.

وإذا كانت أموال القاصر تحتاج إلى استثمار وتنمية مستمرة حتى لا تتآكل بعامل الزمن والانفاق، فإن الفقه الإسلامي وضع عدة أساليب لاستثمار مال القاصر وتنميتها لتحقيق عوائد وأرباح من هذا الاستثمار، وذلك بما يحقق مصلحة القاصر وهو ما أقرته قوانين الأسرة المغربية وعدة نصوص وردت ضمن التشريعات المدنية والتجارية وغيرها للدول المغربية.

وقد سبق القول أنه لا يحق للقاصر استثمار أمواله بنفسه لعدم مقدرته على ذلك، وهو الدور الذي يناط بالنائب الشرعي أو القانوني له، سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً لغاية اكتمال أهليته، ويقع أيضاً على النائب الشرعي للقاصر عبء استثمار ماله بأفضل الطرق الاقتصادية المشروعة، سواء ما ورد منها في الفقه الإسلامي، أو بالوسائل والأساليب الاقتصادية المعاصرة لتكتمل بذلك المهام المنوطة بهذا النائب الشرعي على أكمل وجه.

وبناء على ما سبق ذكره فإنه سيتم التطرق ضمن هذا الباب لحقيقة وحدود استثمار أموال القاصر وذلك ضمن الفصل الأول، وأما الفصل الثاني فسيتم تناول ضمنه أهم أساليب استثمار وتنمية أموال القاصر.

الفصل الأول: حقيقة وحدود استثمار مال القاصر

إذا كان استثمار أموال القاصر له أهمية بالغة لحمايتها من النقص أو الفناء، ولا يكون أمر استثمار أموال القاصر على إطلاقه بل إن هناك أحكام وضوابط له، وهو ما سيتم تناوله ضمن هذا الفصل في مبحثين اثنين، لكن قبل ذلك سيتم تناول مفهوم هذا الاستثمار وذلك ضمن المبحث الأول.

المبحث الأول: مفهوم استثمار مال القاصر

إن هذا المبحث سيتناول مفهوم استثمار مال القاصر، وذلك من خلال التطرق لتعريف استثمار مال القاصر، وحكم هذا الاستثمار، والهدف منه، وطرق استثمار مال القاصر، كل ذلك في مطالب متعددة.

المطلب الأول: تعريف استثمار مال القاصر

قبل الخوض والبحث في وسائل استثمار أموال القاصر لا بد أولاً وقبل كل شيء من تحديد معنى الاستثمار في اللغة والاصطلاح والقانون.

الفرع الأول: تعريف الاستثمار لغة

الاستثمار في اللغة مصدر الفعل استثمر، أي طلب الثمر، والثمر: حمل الشجر. والثمر أنواع المال والولد: ثمرة القلب. وقيل للولد ثمرة لأن الثمرة ما ينتجه الشجر والولد ينتجه الأب. والثمر هو شيء يتولد عن شيء متجمعاً، ثم يحمل عليه غيره استعارة¹.

فكل ما ينتج عن غيره يعد ثمرته، والاستثمار طلب تلك الثمرة، ويتضح أن الاستثمار هو طلب الحصول على الثمرة، وذلك من خلال تنمية المال وزيادته بجميع الطرق المختلفة.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ص 106. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، س 1979، ج 1، ص 388.

الفرع الثاني: تعريف الاستثمار اصطلاحاً وقانوناً

لم يعرف الفقهاء المتقدمين مصطلح الاستثمار، وإنما استعملوا مصطلح آخر مشابه له يحمل ذات المعنى وهو النماء والتنمية¹، وقد أورد الفقهاء لفظ التثمين واستعمله الإمام مالك لتعريف الرشيد حيث قال: "الرشد هو تثمين المال وإصلاحه فقط"²، وقد قصد الإمام مالك بالتثمين معنى الاستثمار الذي سيتم إيراد تعريفه.

لكن الفقهاء المتأخرين جعلوا لمصطلح الاستثمار عدة تعريفات متعددة، فمنها ما هو فقهي وقانوني، ومنها ما هو اقتصادي بحت، ونذكر هنا أن رجال الفقه استعانوا بالمصطلحات الاقتصادية لتعريف الاستثمار، ومن ضمن التعريفات الفقهية والقانونية التي عرفت الاستثمار منها أنه: "استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر كسواء الأسهم³ والسندات⁴".⁵ لكن يلاحظ أن هذا التعريف قد أوضح الوسائل المستعملة في الاستثمار، لكن لم يورد الغاية من الاستثمار، ولا اشترط قيد الوسيلة التي يجب أن تكون مشروعة وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون.

¹ قال الماوردي: "وأموال اليتامى يجب أن تكون محفوظة الأصل موجودة النماء". الماوردي، الحاوي الكبير، ج 5، ص 363.

² ابن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، ص 1926.

³ السهم هو عبارة عن سند قابل للتداول تصدره شركات الأموال ويتم تقديره بموجب سهم، ويمنح لصاحبه حق المشاركة. في حين اعتبر البعض أن السهم ليس سند إنما هو نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال، أو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة إسمية، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة وتكون متساوية القيمة. ويُمكن السهم من المشاركة في إدارة الشركة أو على الأقل مراقبتها عن طريق ممارسة حق الانتخاب في الجمعيات. كما يمكن الحصول على أرباح تتناسب مع النتائج التي تحققها الشركة وكذلك بالمضاربة على قيم السندات. كريستال مورال، موسوعة القانون الجزائري، ص 156. علي القره داغي، الاستثمار في الأسهم، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد 9، ص 7، ص 252.

⁴ حامل السند هو من يقدم قرضاً على المدى الطويل للشركة، ويعتبر بالتالي دائماً وله الحق في الحصول على حصة مقابل المبلغ التي قدمها ويتسديد سندات، ولا يمنح السند الحق بالمشاركة في تسيير الشركة لأنه لا يملك صفة الشريك، وبالتالي لا يتحمل حامل السند للمخاطر كما هو الحال بالنسبة للمساهم لأنه سيحصل على فائدة ثابتة مهما كانت نتائج المؤسسة، ويمكن السندات من القيام بالتوظيف ولا تسمح بالمضاربة. كريستال مورال، المرجع السابق، ص 156.

⁵ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 100.

كما عرف محمد الزحيلي الاستثمار بأنه: "تنمية المال بسائر الطرق المشروعة، أو إحداث النماء والزيادة بكل سبيل مشروع للربح¹ والغلة والفائدة والكسب، وذلك باستغلال رأس المال في أحد وجوه الاستثمار المتعددة"². هذا التعريف قيد عملية الاستثمار وحصرها في الطرق المشروعة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية ونصوص القانون، وبما لا يتعارض مع مبادئهما.

وكلا التعريفين يدلان على معنى واحد للاستثمار والذي هو تنمية الأموال باستخدامها في الإنتاج، لكن التعريف الأخير هو الأفضل، إذا أنه بين الغاية المرجوة من الاستثمار والذي هو الربح، كما أنه حصر الاستثمار في الطرق المشروعة فقط والتي حددها الفقه والقانون.

أما بخصوص التعريف القانوني للاستثمار ففي إطار الاتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي حيث صدر المرسوم الرئاسي رقم 90-40 المؤرخ في 22-12-1990 المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي³ والموقعة في الجزائر بتاريخ 23-07-1990، حيث عرف الاستثمار طبقاً للبند 4 من المادة الأولى للاتفاقية السابقة على: "أن الاستثمار هو استخدام رأس المال في أحد المجالات المسموح بها في بلدان المغرب العربي". وعرف المشرع الجزائري الاستثمار ضمن قانون ترقية الاستثمار⁴ في نص المادة الثانية منه بأنه: "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يلي: 1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسع قدرات الإنتاج و/ أو إعادة التأهيل، 2- المساهمات في رأسمال شركة".

¹ عرف بن خلدون الربح في الاصطلاح بأنه: "القدر النامي من التجارة"، وعند الاقتصاديين هو: "الفرق بين سعر المبيع والكلفة التي تشمل أكلاف الاستغلال والأكلاف العامة وأقساط الاستهلاك والاحتياطات المباشرة". وفي النظام الرأسمالي الصافي يشكل الربح الهدف الأساسي المقرر للنشاط الاقتصادي. وقد ذهب "جون ستيوارت ميل" بأن الربح هو: "مكافأة امتناع الرأسمالي عن الإنفاق الاستهلاكي". ابن خلدون، مقدمة العلامة بن خلدون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، ص 2003، ص 375. سامي ذيبان وآخرون، المرجع السابق، ص 247.

² محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 293.

³ المرسوم الرئاسي رقم 90-40 المؤرخ في 22-12-1990 المتضمن المصادقة على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي الصادر بالجريدة الرسمية رقم 06-1991

⁴ قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق لـ 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار.

وللاقتصاديين عدة تعريفات للاستثمار كل منها يختلف عن الآخر ويختص بزاوية دون أخرى، فعند بعض الاقتصاديين الرأسماليين عرفوا الاستثمار بأنه: "حيازة سلعة رأسمالية بهدف الإنتاج أو زيادة الإنتاج"¹. ومنها أنه: "اقتناء أصل معين بهدف تحقيق عائد منه في المستقبل" أو هو: "نوع من الانفاقات، وهو إنفاق على أصول يتوقع منها تحقيق عائد على المدى الطويل"².

وحسب المفهوم الاقتصادي للاستثمار فإنه يعني التخلي عن موارد اليوم للحصول على إيراد أكبر من التكلفة الأولى، وهو يأخذ بعين الاعتبار ثلاثة عناصر هي: الزمن والمردودية وفعالية العملية الخطر المرتبطة بالمستقبل³.

وهذه التعريفات الاقتصادية في مجملها تركز على الزيادة والنماء في رأس المال دون النظر إلى طبيعة النشاط وأصله، وأعني بذلك شرعية النشاط الاقتصادي الذي يدر هذا الربح والزيادة، كما هو الحال في التعريف الفقهي والقانوني للاستثمار واللذان يشترطان أن يكون النشاط الاقتصادي مشروع، لكي يصير الربح حلالاً في المفهوم الإسلامي ومشروعاً من الناحية والقانونية، أما بخصوص الطريقة ووسيلة تنمية المال عندهم فغير مقيدة لأنها تختلف من زمن لآخر وتتطور بحسب المصلحة والحاجة.

ويلاحظ أن جميع التعريفات وإن اختلفت في صياغتها إلا أنها تتفق في الغاية المراد تحقيقها من الاستثمار، ألا وهي تحقيق الأرباح عن طريق استعمال واستخدام وتوظيف الأموال.

وأخيراً فإن هناك من يرى أنه ليس بالضرورة الغاية المرجوة من الاستثمار هو تحقيق عوائد معين من رأس المال، بل مجرد المحافظة على قيمة رأس المال يعد تنمية وعملاً تجارياً ناجحاً في أوقات الأزمات، وذلك بتجنب الهزات المالية عند اضطراب الأسواق والأسعار واشتداد المنافسة والمضاربة، وهو ما يجعل الاستثمار يتضمن جانبين أحدهما إيجابي ويتضمن تحقيق الأرباح وقد سبق

¹ سامي ذبيان وآخرون، المرجع السابق، ص 38.

² محمد عجيلة ومصطفى بن نوي ومصطفى عبد النبي، استثمار الأوقاف وضوابطه الشرعية مع الإشارة لحالة الجزائر، مقال بمجلة الواحات للبحوث والدراسات، عدد 12، س 2011، ص 316.

³ محمد عجيلة ومصطفى بن نوي ومصطفى عبد النبي، نفس المرجع، ص 317.

التطرق له، والآخر سلبي وهو تجنب الخسارة وإنقاص رأس المال وعدم ضياعه¹، وذلك حتى يتمكن من توظيف هذه الأموال واستثمارها بالشكل المناسب عند وجود فرصة لذلك.

الفرع الثالث: تعريف عبارة استثمار مال القاصر

بعد تناول عدة تعريفات للاستثمار في الاصطلاح الفقهي والاقتصادي وفي القانون، وبناء على ما سبق يتم التطرق لتعريف عبارة استثمار مال القاصر بشكل كامل، حيث يعرف بأنه: "إحداث النماء في أموال القاصر بسائر وشتى الطرق المشروعة"². أو هو: "توظيف مال القاصر بقصد الحصول على ربح أياً كانت صورة هذا التوظيف كما لو أريد شراء نوع من الأسهم أو السندات أو دفع جزء من المال إلى أحد التجار على سبيل الشركة أو لاستغلاله في عملية معينة"³.

وهذا التعريف الفقهي لاستثمار أموال القاصر لا يختلف عن المعنى لمفهوم الاستثمار بشكل إجمالي، وهو كذلك الذي يبذله النائب الشرعي للقاصر من جهد من أجل الحفاظ على ماله وتنميتها بالطرق المشروعة ووفق ما جاء في الفقه ونص عليه القانون، بغية الحصول على الأرباح لتحقيق مصلحة القاصر المالية.

المطلب الثاني: حكم استثمار مال القاصر

بعد تعريف الاستثمار في اللغة والاصطلاح والقانون يتم التطرق ضمن هذا المطلب الثاني إلى حكم استثمار أموال القاصر أو مدى أحقية الولي أو النائب الشرعي في القيام باستثمار أمواله، سواء أكان ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر.

¹ محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، دار بهاء الدين، قسنطينة، الجزائر، ط 2، س 2011، ص 100-101.

² نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 1، س 2001، ص 466-467.

³ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 129.

هذا وقد اختلف الفقهاء في حكم استثمار أموال القاصر إلى عدة أقوال، وذلك بين من يرى جوازه وإباحته، ومن يرى الندب إليه، ومن يقول بالوجوب، ومن يرى كراهته في الجملة، وكل ذلك ما سيتم التفصيل فيه.

الفرع الأول: القول بالجواز والإباحة على الإطلاق

وهو اختيار فقهاء الحنابلة، وممن رأى ذلك عمر والنخعي، والحسن بن صالح، ومالك والشافعي وأبو ثور، وأصحاب الرأي¹، حيث قالوا بالجواز للولي استثمار أموال القاصر وعلى الإطلاق، لأنه أفضل للقاصر، وقالوا إن استثمار ماله أولى من تركه، لئلا تأكله النفقة، ولتكون نفقته من فاضل ربحه. إلا أنه لا يتجر له إلا في المواطن الآمنة، حيث قال الإمام مالك: "لا بأس بالتجارة في أموال اليتامى لهم، إذا كان الولي مأموناً. فلا أرى عليه ضماناً"².

وقد استدلوا لقولهم لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: "ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"³.

كما روى الإمام مالك أنه بلغه أن عائشة زوج النبي -صلى الله عليه وسلم- كانت تعطي أموال اليتامى الذين في حجرها من يتجر لهم فيها⁴. وهذا كله لئلا تفنيها الزكاة والنفقة منها على الأيتام، فكانت تعطيها لمن يتجر فيها وهذا التصرف جائز للولي أن يفعله في مال اليتيم.

الفرع الثاني: القول بالجواز إذا كان ذلك أحظ للقاصر

وهذا القول هو لفقهاء الحنفية والمالكية وبعض الشافعية⁵، حيث قالوا إنه إذا كان استثمار أموال القاصر أصح له ولا فائدة ترجى من بقاءه دون استثمار جاز ذلك للولي.

¹ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 338-339-340.

² الإمام مالك، موطأ الإمام مالك، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، س 1985، ج 1، ص 251.

³ رواه الترمذي في سننه، باب ما جاء في زكاة مال اليتيم، حديث رقم 641، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، د ط، س 1998، ج 2، ص 25.

⁴ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ط 2، د س، ج 2، ص 110.

⁵ السرخسي، المبسوط، ج 28، ص 29. الباجي، نفس المرجع، ج 2، ص 111.

وفي هذا المعنى يقول الماوردي: "يجوز لولي اليتيم أن يتجر له بماله على الشروط المعتبرة فيه وهو قول عامة الفقهاء... أن يكون الربح فيه غالباً إما بظهوره في الحال وإما لعلبة الظن به في ثاني حال فإن لم يغلب في الظن ظهور الربح فيه لم يكن لليتيم حظ في صرف ماله فيه"¹، ويقول: "يجوز لولي اليتيم وأب الطفل أن يدفع من ماله قراضاً إذا رأى ذلك خطأً وصلاًحاً لما فيه من تميم المال"²، ويقصد بحظ الصغير أو القاصر هو كل تصرف وتعاقد يجلب مصلحة للقاصر ويدفع عنه الضرر المالي، وقد سبق بيانه.

الفرع الثالث: القول بالندب والاستحباب

إذ أنه يندب للولي القيام باستثمار أموال القاصر وتنميتها، وهو اختيار بن تيمية³، وهو ما ذهب إليه الجصاص أيضاً خلال تفسيره قول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَحْ لَهُمْ خَيْرٌ﴾⁴، فقال إنه يدل قوله تعالى: ﴿خَيْرٌ﴾ أنه لم يوجبها وإنما وعد به الثواب، فدل على أنه ليس بواجب عليه التصرف في ماله بالتجارة ولا هو مجبر على تزويجه، لأن ظاهر اللفظ يدل على أن مراده الندب والإرشاد فقط لا غير⁵.

فيندب استثمار أموال القاصر لما يدره هذا الاستثمار من نفع وخير على أمواله، وبالتالي تحقيق مصلحته الفضلى، وهو ما دل عليه اللفظ في هذا المعنى.

الفرع الرابع: القول بوجوب استثمار مال القاصر بمقدار النفقة والزكاة

وهذا القول هو لبعض فقهاء الشافعية كالسبكي والعز بن عبد السلام، حيث يقول السبكي في هذا الشأن: "اختلف الأصحاب في التجارة بمال اليتيم هل هي واجبة، أو مستحبة؟، والأصح في المذهب أنها، واجبة بقدر النفقة، والزكاة، وينبغي أن يكون مراد الأصحاب من هذا التقدير أن الزائد لا يجب، ويقتصر الوجوب على هذا المقدار، ولا شك أن ذلك مشروط

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، ج 5، 361-363.

² الماوردي، المرجع السابق، ج 7، 349.

³ البعلبي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، س 1950، ص 138.

⁴ سورة البقرة، آية رقم 218.

⁵ الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994، ج 1، ص 401.

بالإمكان والتيسير، والسهولة، أما إنه يجب على الولي ذلك، ولا بد فلا يمكن القول به،... ولو كان كل من معه مال يقدر أن يستنميه بقدر نفقته كانوا هم سعداء، ونحن نرى أكثرهم معسرين، والإنسان يشفق على نفسه أكثر من كل أحد فلو كان ذلك ممكناً لفعلوه فكيف يكلف به، ولي اليتيم،...¹.

وفي سؤال عن مسألة حول حكم الزكاة من أموال اليتامى والاتجار في أموالهم من طرف الناظر قال العز بن عبد السلام: "إن كان للصبي مال يحتمل التجارة، فإن أمكن أن يشتري له عقار يرقق فعلته فليفعل، وإن اتبع ذلك فليتجر فيه بقدر ما ينميه ويحلف ما يؤخذ من زكاته ولا يلزمه أن يجهد نفسه في ذلك بحيث يقطعه عن مصالحه وإن ضارب عليه ثقة مأموناً بأحسن أبواب التجارة جاز والله أعلم"².

وغاية أصحاب هذا الرأي هو المحافظة على أموال القاصر من الفناء أو النقصان، بسبب الحقوق والالتزامات التي تتعلق بأمواله ومستلزمات النفقة عليه، كما أنهم يرون تعسر ومشقة القول بوجود استثمار أموال القاصر على الإطلاق على النائب الشرعي له، فلذلك يكتفى بما يحفظ أموال القاصر من النقصان بسبب الاستحقاق، وذلك ما قد يستطيع النائب الشرعي القيام به في أحسن الأحوال.

الفرع الخامس: القول بالوجوب على الإطلاق

حيث قال الباجي من فقهاء المالكية أن استثمار مال القاصر هو واجب على الإطلاق على الولي أو النائب الشرعي للقاصر، حيث قال في شرحه للموطأ: "إذا كان الولي مأموناً وتجر في مال اليتيم فحسر أو تلف المال فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه لم يتعد، وإنما عمل ما وجب عليه أن يعمل"³.

¹ السبكي، فتاوى السبكي، دار المعارف، د ط، د س، ج 1، ص 226-227.

² العز بن عبد السلام، فتاوى العز بن عبد السلام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، ص 1986، ص 57.

³ الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج 2، ص 111.

وعلى هذا فيجب على الولي أو النائب الشرعي استثمار أموال القاصر، ولا ضمان عليه إذا لم يتعد أو يفرط لأنه قام بفعل واجب، وهو القيام بتنمية أموال القاصر كي لا تأكلها النفقة والزكاة وهذا للأدلة المنقولة من السنة والآثار وقد سبق التطرق لها.

الفرع السادس: القول بالكراهة

والقول بكراهة استثمار أموال القاصر مروى عن الحسن البصري، وسبب قول ذلك هو لاجتناب المخاطرة بأموال القاصر، والخوف من ضياعها أثناء استثمارها، وعليه فيكون خزنها ومسكها والاحتفاظ بها أسلم لها من استثمارها¹.

وبعد التعرض لجميع أقوال الفقهاء، والتي تطرقت لحكم استثمار أموال القاصر، ولكل في ذلك أدلته من المنقول أو المعقول، يترجح القول بوجوب استثمار أموال القاصر من طرف الناظر، وهو القول المروي عن الباجي من المالكية، وهذا لرجاحة الأدلة التي أستدل بها، وهذا من أجل أن لا تتآكل وتنقص بعامل النفقة على القصر وعلى من تجب عليهم نفقته وبإخراج واجب الزكاة والضرائب لخزينة الدولة، وإلا لثم نقصها أو فنائها كلياً بسبب عدم وجود مصدر من مصادر نمائها، ولذا استوجب تنميتها واستثمارها بشتى الوسائل المشروعة، لأن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

كما أن استثمار أموال القصر ينشط عجلة الاقتصاد الوطني، وذلك من خلال مشاركتها في النشاط الاقتصادي، كونها تعتبر جزء من أموال الأمة، وبالتالي يعود بالنفع عليها في جميع النواحي الاقتصادية المختلفة، ويحقق الرفاهية والازدهار للمجتمع أيضاً.

وعليه فيستوجب على النائب الشرعي والمسؤولين وكل القائمين على رعاية أموال القصر عدم اكتنازها لئلا تتآكل بعامل النفقة، كما عليهم القيام باستثمار أموالهم، سواء أكانت هذا الأموال نقداً أو أراضي زراعية أو عقارية، كما وتنميتها بجميع الوسائل المشروعة القديمة منها والحديثة، وذلك بما يحقق أحسن استثمار لها، ويستثنى من ذلك في حالة الخوف من ضياعها، لسبب معقول فيتم عندئذ تسكينها وحفظها إلى غاية توفر البيئة المناسبة لاستثمارها.

¹ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 339.

أما عن حكم استثمار أموال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية فإن ذلك يعد جائز بشكل عام، وهو ما تم تنظيمه والنص عليه في جملة من المواد والفصول، وليس في قوانين الأسرة فقط بل حتى ضمن بعض التشريعات المنظمة لهذا الشأن، وهو ما سيتم التطرق لها ضمن هذا الباب.

لكن هناك شروط وضوابط فقهية وقانونية واقتصادية لا بد للنائب الشرعي ولكل ناظر في أموال القاصر أن يلتزم بها أثناء القيام بعملية استثمار أمواله، من أجل ألا يخاطر بها ويعرضها للضياع والهلاك، بل يجب أن يحقق بها مصلحة القاصر من أرباح وفوائد، وهذا ما سيتم التطرق له فيما سيأتي.

المطلب الثالث: الهدف من استثمار مال القاصر

إن استثمار أموال القاصر يعد ضرورة ملحة لتحقيق عدة أهداف مرجوة، تترتب أهميتها من هدف لآخر، لكن هناك غاية مرجوة بشكل أساسي من هذا الاستثمار تسبق أهميته من الحصول على الأرباح والفوائد منه، ألا وهو المحافظة على أصل المال من الاندثار، والذي لولاه لما كانت هناك عوائد وأرباح، وهو ما قال به المختصون في مجال الاستثمار في عالمنا المعاصر.

فالمطلب الأساسي من استثمار الأموال إذن هو المحافظة على أصلها من التلف أو النفاذ بسبب تأكلها بالنفقات والمصاريف المختلفة على القاصر، وهو مقدم على الأرباح، أما الفوائد والأرباح التي تدرها الأموال من الأصل أثناء استثمارها فتكون تعويضاً عن استخدامها في المشروعات المختلفة¹.

وما تقدم هو ما سبق قوله من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية المتقدمين أو القدامى، حيث كان لديهم تصور واضح في ذلك، فقالوا إن المقصد من التجارة هو: "سلامة رأس المال مع حصول الربح"²، وقد سبق التطرق إلى أن مسك مال القاصر وحفظه من ضياع أصله من طرف الولي يأتي بشكل أولي ويقدم على الاستثمار، كما أن الفقهاء متفقون على وجوب القيام بالمسك

¹ محمد عبد الحليم عمر، الاستثمار في الوقف وفي غلاته وربيعه، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة، المنعقدة بمسقط، بتاريخ 9-11 مارس 2004، ص 6.

² الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 3، س 1420 هـ، ج 2، ص 311.

لأموال القاصر والقيام بتسكينها، على خلاف استثمارها الذي اختلف فيه الفقهاء في مدى وجوبه، وهو ما سيتم إيراده والتطرق إليه لاحقاً.

أما عن الهدف الثاني من استثمار أموال القاصر وهو تحقيق الأرباح الناتجة عن التصرف فيها بطرق الاستثمار المختلفة، كالتجارة والمضاربة وما إلى ذلك من سائر أنواع الاستثمارات، وهناك أهداف أخرى مختلفة نذكر منها على سبيل المثال تحريك أموال القاصر باستثمارها من أجل الإنعاش الاقتصادي وتحقيق أهداف إنمائية على جميع الأصعدة.

المطلب الرابع: أقسام طرق استثمار مال القاصر

لاستثمار أموال القاصر طريقتين، وللنائب الشرعي للقاصر اختيار الطريقة الأنسب التي تحقق مصلحة للقاصر، وهاتين الطريقتين هما الطريقة المباشرة والطريقة غير المباشرة، وهذا ما سيتم التطرق له ضمن هذا المطلب وذلك في فرعين.

الفرع الأول: الطريقة المباشرة لاستثمار النائب الشرعي مال القاصر

ويقصد بها أن يباشر النائب الشرعي بنفسه استثمار مال القاصر وتنميته بدون أن يمنحه لشخص ما أو لشركة أو لمصرف ليقوم بتنميته، ومثاله كالنشاط التجاري حيث يتولى الولي المتاجر بمال القاصر بنفسه، وله الحق في القيام بذلك بشرط أن تكون له الدراية التامة بالتجارة حتى لا يعرض مال القاصر للتلف والضياع، وللولي مشاركة مال القاصر في مجالات الاستثمارات المختلفة وذلك ما يفهم من نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن التصرفات المباشرة للولي أثناء استثماره في مال القاصر قيامه بإيجار العقارات والأراضي، وما إلى ذلك من المحلات المملوكة للقاصر، والأراضي غير الزراعية وإقامة عليها منشآت ومعامل، ويؤجر عقاره، ويقوم بقسمة ماله، وللولي تولي بنفسه مساقاة أرض القاصر، أو مزارعتها أو مغارستها، وتكون الغلة بينهما بالقسمة وفق ما نص عليه الفقه الإسلامي¹.

ومن الاستثمارات المباشرة في مال القاصر قيام الولي الأب بتولي طرفي العقد بنفسه، وذلك بأن يشتري من مال القاصر لنفسه، حيث أجاز الفقهاء هذا التعاقد إذ من طبع الأب الشفقة

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 306.

عليه والميل إليه، واشترط الفقهاء أن يترك الأب حظ نفسه لحظ ابنه، وهو ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، وسنتطرق إلى هذه الجزئية بشكل مفصل لاحقاً¹.

الفرع الثاني: الطريقة غير المباشرة لاستثمار النائب الشرعي مال القاصر

أما الطريقة الثانية لاستثمار مال القاصر فهي الاستثمار غير المباشر، ويكون ذلك من خلال منح مال القاصر لشخص آخر من غير النواب الشرعيين، ويكون هذا الشخص من أهل الخبرة في المجال الذي يستثمر فيه المال، وذلك تفادياً لخسارة أموال القاصر وتحقيقاً لأعلى قدر من الأرباح، وفي هذا أيضاً دفع للشبهة عن النائب الشرعي من استغلال مال القاصر².

وهذه الطريقة هي الأفضل خاصة في هذا العصر لأنها تدفع الشبهة والريبة عن النائب الشرعي للقاصر، خاصة في ظل ضعف الوازع، وانتشار سوء الظن بين أفراد المجتمع، وفي ذلك أيضاً ضماناً لحياة النائب الشرعي واستعانة بأهل الاختصاص لجني الأرباح، إذ أنه من الصعب أن تتوفر في النائب الشرعي للقاصر جميع الشروط الضرورية والمطلوبة في المستثمر الناجح، لذلك كان من الأجدر منحها لشركة أو لشخص تتوفر فيه الخبرة والكفاءة اللازمة، ويتولى النائب القيام بالإشراف والمتابعة للشخص أو الشركة أو المؤسسة التي تتولى هذا الاستثمار، وهو الحق الذي تمنحه وتكفله العديد من قوانين الشركات خاصة في هذا العصر كشركة الأموال على سبيل المثال، والتي تندرج ضمنها شركة المساهمة، والتي سيأتي بيانها ضمن هذا الباب، وهو ما يتضح من خلال الاطلاع على أحكام الفقرة الثالثة من نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 853. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 216. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 649.

² محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 306.

المبحث الثاني: ضوابط استثمار مال القاصر

في إطار حماية أموال القاصر من التلف والضياع وضعت الشريعة الإسلامية والتشريعات المغاربية ضوابط¹ متعددة وفرضتها لاستثمار أموال القاصر لما لها من خصوصية لدى الفقهاء والتشريعات المغاربية، وهذا راجع لانطواء عملية الاستثمار على مخاطر عديدة، ومن بين هذه المخاطر عدم المعرفة بنتائج هذا الاستثمار، فقد يحصل الربح وقد لا يحصل ما يعني أن الأرباح في العملية الاستثمارية مبنية على الظن لا اليقين، وهذا راجع لعدة أسباب منها على سبيل المثال تقلبات السوق وعدم استقراره، ولذلك لم يميزوا أي عمل استثماري على إطلاقه.

هذا ما يوجب أخذ الاحتياطات اللازمة والضوابط الصارمة قبل البدء في أي عملية استثمار لأموال القاصر من طرف نائبه الشرعي، وهذا بغية الحفاظ على هذا المال واستمراره وتحقيق أهدافه، وهو ما ذكره الفقهاء واستفاضوا فيه بالإضافة إلى ما نصت عليه التشريعات المغاربية وما هو متبع أيضاً عند أهل الاقتصاد، وعليه فإن هناك ضوابط فقهية وقانونية لاستثمار أموال القاصر، وهناك ضوابط اقتصادية بحتة، وهو ما يلزم التطرق لها لأنها تعد أساس مهم لبقاء أصل أموال القاصر وللحفاظ عليها، وهي كالآتي:

المطلب الأول: الضوابط الفقهية والقانونية لاستثمار مال القاصر

وضع فقهاء الشريعة والقانون جملة من الضوابط لاستثمار أموال القاصر، حيث أنهم لم يميزوا للنائب الشرعي التصرف فيها بدون هذه الضوابط والاعتبارات، فهي وإن كانت تقيد من سلطة النائب الشرعي وتحد من نطاقها إلا أنها تحفظ فيها أموال القاصر من التلف والضياع، ويكون ضمنها هذا الاستثمار ناجح بكل المقاييس، وأهم هذه الضوابط كما يلي:

¹ المقصود بالضوابط هنا هي الشروط والأصول التي وضعها الفقهاء لتنظيم عملية الاستثمار. حسن السيد حامد خطاب، ضوابط استثمار الوفاق في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر الرابع للأوقاف بالمدينة المنورة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، س 2013، ص 4.

أولاً-مشروعية استثمار مال القاصر:

ويقصد بها أن تكون عملية استثمار أموال القاصر مطابقة وموافقة لما جاء به الشرع ومبادئه، والالتزام بأحكام القانون، والتي تعتبر من ضمن المرجعيات في استثمار أموال القاصر وعدم استثمارها فيما منعه فقهاء الشريعة والقانون كالمعاملات الربوية، أو شراء أسهم في شركات تنشط فيما تم تحريمه ومنعه، أو الاتجار بها في الأمور المحرمة كالخمر والمخدرات والقمار والاحتكار وما إلى ذلك، وإن كانت تدر أرباحاً طائلة¹. وهذا كله لما في هذه المعاملات من أكل أموال الناس بالباطل والتعدي على حقوق المجتمع، وربما تؤدي أيضاً إلى إتلاف أموال القاصر وضياعها، وأكلها بالباطل وهو ما حرمه الشارع الحكيم.

وهناك عدة وسائل وصيغ لتنمية الأموال أجازها الفقه الإسلامي والقانوني والتشريعات الوضعية لاستثمار الأموال بشكل عام كإقامة المشاريع النافعة كالمضاربة والكراء... إلخ، وعليه فيجب استغلالها مع ما هو متاح من وسائل الاستثمار القديمة والحديثة الجائزة لما فيها من تحقيق مقاصد التشريع، ويجب تجنب استثمارها في المجالات الممنوعة قانوناً والمحرمة شرعاً.

ويلاحظ أن التشريعات المغاربية لم تمنع صراحة المعاملات التي يرد عليها العقد والتي يعتبرها الفقه الإسلامي محرمة شرعاً، وخاصة في ظل اختلاف المصادر التي يستقي كل منها أحكامه، فعلى سبيل المثال لم تحصر التشريعات المغاربية استثمار أموال القاصر فيما هو مباح من الناحية الشرعية، وإنما المرجع في ذلك النصوص القانونية، فقد نص الفصل 57 ق 1 ع م على أن: "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلاً للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأها". فالقانون هو المنشأ للمنع في التعامل لا غير، وهو ما نص عليه المشرع التونسي ضمن نص المادة 62 م 1 ع ت، والموريتاني في نص المادة 77 من قانون الالتزامات والعقود.

وعلى هذا فيصح ورود العقد على أي شيء بشرط ألا يكون الالتزام به ممنوع من الناحية القانونية، أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب، وهو ما نص عليه القانون المدني الجزائري أيضاً ضمن نص المادة 93 بقوله: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 312-313.

العامّة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، فالمحل يجب أن يكون مشروعاً من الناحية القانونية فقط، أي أن يكون جائز التعامل فيه من الناحية القانونية، حيث جاء في نص المادة 674 ق م ج بأن حق الملكية هو: "حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة".

وقد نص المشرع المغربي على منع بيع الأشياء المعتبر من النجاسات بين المسلمين وفقّ للشريعة الإسلامية، وهو ما جاء في نص الفصل 484 ق ا ع م، فإن هناك الكثير من المعاملات لم يقيدتها بما يوافق الفقه الإسلامي.

وعليه لا بد من العمل على استثمار أموال القاصر بما يوافق أحكام الفقه الإسلامي، وعدم استثمارها فيما تم تحريمه، لكيلا تنشأ الازدواجية والتناقضات في الأحكام المنظمة لهذه الحماية، لأن جل نصوص حماية أموال القاصر مستقاة من الفقه الإسلامي، ولذا وجب توحيد جميع النصوص المنظمة لحماية مال القاصر، واستثمارها بما يتوافق وأحكام الفقه الإسلامي وعدم استثمارها في محل تحريم.

ثانياً- اعتبار مال القاصر كأنها ملك للولي:

وعليه فعلى النائب الشرعي أن يحسن التصرف في استثمار ماله القاصر وكأنه ماله الشخصي الذي يرجو نمائه، فيعمل على رعايتها بأفضل السبل والطرق، وتعد أموال القاصر أمانة في يد النائب الشرعي ويجب عليه حفظ هذه الأمانة¹، وهو ما جاء في عدة نصوص من الكتاب والسنة والتي توجب ذلك، وقد سبق التطرق إليها في عدة مواضع.

ويستند هذا الأمر إلى ما جاء في نصوص الشريعة، حيث قال الله تعالى: "ولا توتو السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيماً وارزقوهم فيها"، وقال عليه الصلاة والسلام: "أن تحب لأخيك ما تحبه لنفسك"، فيجب على المؤمن أن يتعامل مع مال القاصر تعامل صاحب المال الحريص على ماله.

¹ محمد الزحيلي، نفس المرجع، ص 313.

ثالثاً- ألا يكون مجال استثمار مال القاصر مما يذهب بأصل ماله:

فالمقصد هو المحافظة على أموال القاصر من الضياع والحرص الشديد عليها، وعليه فإنه يجب تجنب الاستثمارات التي يقل فيها نسبة الأمان وترتفع فيها نسبة المخاطرة، لكون الاستثمار يتعرض للمخاطرة الناجمة من التقليل، لذلك يجب الاحتياط لها سلفاً للمحافظة على أصل المال والأخذ بالحيطه والأحوط، فلا يجب الدخول في المخاطرة غير المدروسة التي تؤدي إلى هلاك مال القاصر¹. وعليه فيجب البحث عن كل الضمانات الشرعية المتاحة، واتخاذ التدابير اللازمة المشروعة والمتاحة للتقليل من تلك المخاطر، والدفع بأموال القاصر في العمليات الاستثمارية المأمونة.

ولا بد من تأكيد هنا أنه يجب إعطاء الأولوية للاستثمارات التي تدر أرباح أقل وترتفع فيه نسبة الأمان على التي تقل فيها نسبة الأمان وترتفع نسبة أرباحها، لأن أساس الاستثمار هو المحافظة على أصل المال كما سبق، لأنه هو الذي يدر العائد والأرباح، وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة بقولهم في أن القصد من التجارة هو: "سلامة رأس المال مع حصول الربح"².

رابعاً- ضرورة توثيق التصرفات المالية والعقود التي تتم على مال القاصر:

ينبغي أن يقوم النائب الشرعي للقاصر أو الناظر له بتدوين وتوثيق جميع العمليات الاستثمارية، وذلك لغرض حفظ مال القاصر من الجحود والإنكار ولصيانة حقه من الضياع، ويتم ذلك بجميع وسائل التوثيق المعتمدة ضمن الفقه والقانون، كالكتابة والإشهاد والرهن والضمان وغيرها من الوسائل، حيث يعد التوثيق وسيلة إثبات حق القاصر في ماله، ووسيلة واسترداد

¹ محمود إرشاد، مؤسسة أموال الأيتام والضوابط الشرعية لإدارتها وتنميتها والتدقيق الشرعي عليها، بحث بمؤتمر الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك الإسلامية، جامعة الخليل، س 2009، ص 22.

² الرازي، مفاتيح الغيب، ج 2، ص 311.

واستيفاء أيضاً في حالة تم التعدي أو إرجاع قيمتها المثلية¹، ولذلك ينبغي مراجعتها من الناحية الشرعية والقانونية بمعاونة أهل الاختصاص، وفي ذلك محافظة على مال القاصر.

خامساً-مراعاة الإقليمية في استثمار مال القاصر:

وذلك بأن يتم تنمية استثمار أموال القاصر وتوجيهها نحو الأماكن المحيطة بمكان تواجد القاصر وإقليمه، ولا يتم توجيهها إلى البلدان الأجنبية خارج وطنه، والوطن في حاجة لهذه الاستثمارات، كما لا ينبغي استثمارها في البلدان التي تعادي الوطن وتحاربه.

سادساً-استثمار مال القاصر على وجه المصلحة وتجنب الإضرار بماله:

ينبغي على الولي أن يستثمر أموال القاصر فيما فيه مصلحة ومنفعة للقاصر، كما أن الولي لا يضمن إذا وقعت الخسارة في استثمار مال القاصر أو ضياع ماله وتلفه، خاصة إذا أخذ بالاحتياطات اللازمة، لأن الاستثمار يحتمل الربح والخسارة وهذا من خصائصه وطبيعته، وبالتالي فلا يتحمل الولي ذلك إذا ما وقع ولا يضمن شيئاً مما ضاع أو تلف².

حيث أنه يمنع على النائب الشرعي للقاصر القيام بأي تصرف من شأنه أن يضر بماله، وإلا ضمن ما أضاعه، وهذا لكونه مقصر في الرعاية الأموال، ومن أمثلة الإضرار بماله القيام بالتصدق والهبة من ماله، والإبراء من حقوقه الثابتة له³.

¹ الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 426. محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ج 1، ص 58. محمود إرشد، مؤسسة أموال الأيتام والضوابط الشرعية لإدارتها وتنميتها والتدقيق الشرعي عليها، ص 23.

² قد سبق تبين أن النائب الشرعي لا يضمن ما أتلف من أموال القاصر إذا لم يحصل منه تقصير أو كان ذلك بسبب خارج عن إرادة النائب الشرعي، ويضمن في حالة التعدي والتقصير البين، لكن في حالة وقوع نزاع وشقاق في سبب ضياع مال القاصر أو تلفه أو تلف جزء منه فقد ذهب الفقهاء إلى أنه يرجع في ذلك إلى حكم القضاء ليفصل في المسألة وهو ما قرره الفقهاء والتشريعات الحديثة. حيث يلجأ في ذلك إلى جميع وسائل الإثبات الشرعية المعمل بها في الفقه والقانون، وكذلك الاعتماد على أهل الاختصاص لإثبات واقعة التعدي أو العكس. فإذا ثبتت براءة النائب الشرعي فلا يضمن شيئاً مما ضاع لأن يده يد أمان، وأما في حالة ثبوت تعديه وتقصيره في الحفظ فإنه يضمن كل ما تم خسارته، وقد يتم عزله واستبداله، لكن ينظر في ذلك دائماً إلى المصلحة الفضلى للقاصر وهو ما قرره الفقهاء. محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 317-318.

³ محمد الزحيلي، نفس المرجع، ص 316.

ولذلك فيجب على الولي البحث عن كل تصرف وتعاقد يجلب مصلحة للقاصر ويدفع عنه الضرر المالي، وهذا لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾¹. وقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذه المصلحة بعدة مصطلحات من بينها وجه النظر والغبطة² والحظ، وفي هذا الشأن يقول الشيرازي: "ولا يتصرف الناظر في ماله إلا على النظر والاحتياط ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتياب فأما ما لا حظ فيه كالعق والهبة والمحابة فلا يملكه³، وعلى هذا فلا يجوز التصرف بما لا يحقق مصلحة القاصر ولا حظ له فيه، فتصرف الولي منوط دائماً بتحقيق المصالح، وتجنب المضار والمفاسد.

ومن طرق تجنب الإضرار بمال القاصر البعد عن استثماره على جهة الغبن الفاحش، لأن الغبن الفاحش يجري مجرى التبرع، والتبرع لا يجوز من مال القاصر، وهو ما تم إقراره فقهاً وقانوناً، فإذا ما وقع فهو باطل وللأب أن يطالب بإبطال ذلك التصرف، أما الغبن اليسير فلا يمكن له ذلك عند جمهور الفقهاء⁴.

إذا تبين أن الأب أتلف مال الصغير أو أساء إدارته انتزعه الحاكم منه، وسلمه لعدل يتصرف فيه لحساب الطفل ولو كانت أمماً، وكذلك الحال بالنسبة للجد، علماً أن نفقة الولي من مال القاصر لا تعد من الإساءة والتعدي على مال الصغير، مادام مقيد بالحاجة والعوز، لكن إذا تجاوز الحد المسموح له في النفقة وأسرف في ذلك، فإنها تنزع منه وتسلم لغيره⁵.

وذهب الفقهاء إلى أن التصرفات الصادرة من الوصي في حق مال اليتيم كاستهلاكه أو إضاعته تجعله يخرج من الوصاية ويجعل غيره وصياً على مال الصغير⁶.

¹ سورة الأنعام، آية رقم 153.

² الغبطة هي حسن الحال والمسرة. الشيرازي، العمراني، البيان في مذهب الشافعي، ج 6، ص 210.

³ الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 126.

⁴ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 206 و219. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 849. محمد بن معجوز، المرجع السابق، ص 228.

⁵ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 326-333.

⁶ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 857. ابن جلاب، التفریح، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، ص 1978، ج 2، ص 257.

والحكم على الأب في جناية ارتكبتها لا علاقة لها بإضاعة المال وتبديده كالقتل لا تكون داعياً لعزله وسلب الولاية منه، غير أنه يكون في السجن، ولكن يعين القاضي من يقوم مقامه ليتولى شؤون إدارة أموال ولده، لكن كل عمل يستوجب انحطاط الأخلاق أو سلوك مشين يعرض أخلاق القاصر وتربيته للخطر أو الحكم على الأب على تحريض ابنه على الفسق أو إفساد أخلاقه، فيكون للقاضي الحق في إسقاط سلطته الأبوية. علماً أن الذي له الحق في رفع الأمر للحاكم أو القاضي هم الأقارب، ثم الأجنب، ثم النائب العام¹.

وقد عملت التشريعات المغاربية على تكريس هذا المبدأ حيث ذهب المشرع الجزائري إلى ضرورة مراعاة مصلحة القاصر وتجنب الإضرار بماله في نصوص مختلفة من قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية دون النص بشكل صريح على معنى المصلحة²، كما كرس المشرع المغربي هذا المبدأ في نص الفصل 13 ق ا ع م، حيث نص على أنه: "لا يجوز للنائب القانوني عن القاصر أو المحجور عليه أن يستثمر في تعاطي التجارة لحسابهما إلا إذا أذنت له السلطة المختصة، ولا يجوز لهذا الأخير أن يأذن إلا في حالة النفع الظاهر للقاصر أو المحجور عليه"، فالمشرع المغربي اشترط ثبوت النفع الظاهر أو المصلحة الظاهرة لمنح الإذن للنائب القانوني للتجار بمال القاصر أو الاستثمار بشكل عام من طرف قاضي المحاجير، ويضمن النائب القانوني في حالة إضراره بمال القاصر جراً إهماله وتعديه على ماله.

مع العلم أن الأب يستثنى من هذا الإذن في مال ولده القاصر وهو ما سيتم التفصيل فيه، إلا إنه يمنع ويرد عند الاقتضاء حين ثبوت سوء حاله أو أفعاله إعمالاً لقاعدة: "يحمل الأب على السداد حتى يثبت خلافه"، فالأصل أن الأب يسعى لتحقيق جميع مصالح أبنائه وإبعاد كل ما يضر بمصالحهم، لذا فتعد تصرفاته صحيحة في أموال أولاده من غير احتياج لإذن القاضي إلى أن يثبت العكس³. لكن هذا الأمر فيه تفصيل سيتم تناوله لاحقاً.

¹ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 334.

² نص المشرع الجزائري في نص المادة 89 ق أ ج بضرورة مراعاة مصلحة القاصر وحالة الضرورة حال منحه الإذن في التصرف. وحالة الضرورة تندرج ضمن مراعاة المصلحة العامة للقاصر، كأن يعمل النائب الشرعي على بيع ملك أو بضاعة للقاصر خوف فسادها وتلفها، ولولا هذه الضرورة التي يراعى فيها مصلحة القاصر ما أجاز له ذلك.

³ عبد الحق صايفي، المرجع السابق، ج 1، ص 205-206.

أما بخصوص التصرف بالغبن الفاحش أثناء استثمار أموال القاصر، ووفقاً لنظرية بطلان العقود على أساس الغبن الفاحش فإنه يجوز للقاصر أن يطلب بإبطال التصرفات التي تتم أثناء الاستثمار في أمواله، وهو ما نص عليه الفصل 56 ق ا ع م والذي ينص على أن: "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي...".

وإذا كانت التشريعات المغاربية منعت الإضرار بأموال القاصر أثناء استثمارها وتنميتها بل حتى في المسك والحفظ والصيانة، فإنه يجب على الولي أو الوصي والمقدم رد هذا التصرف لما فيها من التعدي على مصلحة القاصر، ومن ضمن الإضرار بمصلحة القاصر كالتبرع من ماله، وهو ما يمنع على النائب الشرعي القيام به، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 12 ق ا ع م حيث ورد نصه: "ولا تسري هذه القاعدة على التبرعات المحضنة، حيث لا يكون لها أدنى أثر ولو أجريت مع الإذن الذي يتطلبه القانون".

سابعاً- ضرورة المتابعة والمراقبة الدقيقة للتصرفات التي تتم على مال القاصر:

ذلك لأن المتابعة والمراقبة الدقيقة والقيام بتقويم الأداء المستمر للتصرفات التي تتم على أموال القاصر أثناء استثمارها يؤدي إلى حسن استثمارها وهذا وفقاً للمخطط المرسوم والسياسات المحددة، حتى لا يدخلها الخلل والضعف والاضطراب، أو يقع فيها انحراف مما يؤدي إلى ضياع أو خسارة أموال القاصر¹، وتعد هذه العملية من أهم المهام المنوطة بالنائب الشرعي وفقاً لما قرره الفقه والقانون.

وتمارس الرقابة الدقيقة التي تتم على أموال القاصر من طرف القضاء، وذلك على كل من يتكفل بالمصالح المالية للقاصر، غير أنها تكون أقل حدة عندما يتولاها أحد الأبوين عن الحالة التي يتولاها الوصي، وهذا راجع لكون الأبوين هما أكثر حرصاً على المحافظة على مصالح ابنهم القاصر،

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 315-316. محمد عجيلة ومصطفى بن نوي ومصطفى عبد النبي، استثمار الأوقاف وضوابطه الشرعية، ص 321.

إذ أن القاصر لا يملك شيئاً في ذمته المالية في الغالب ووالديه هما اللذان يقومان برعايته ويتكفلان به¹.

المطلب الثاني: الضوابط الاقتصادية لاستثمار مال القاصر

إذا كان لاستثمار أموال القاصر ضوابط قانونية وفقهية فإن لها أيضاً عدة ضوابط اقتصادية، وهذا من أجل تجنبها المخاطر المحتملة، ولتحقيق أكبر قدر من الفوائد والأرباح للقاصر، وهذه الضوابط الاقتصادية تتمثل فيما يلي:

أولاً- استثمار وتنمية أموال القاصر في أفضل المشاريع الاستثمارية:

ويقصد به المجال الذي يحقق ويدر ويؤمن على أموال القاصر أكبر الأرباح والفوائد والعوائد الاقتصادية في المجالات الاستثمارية المختلفة، وهو ما يحدده المختصون والخبراء في هذا الجانب بعد دراسة جدوى اقتصادية متكاملة ودقيقة للمشاريع الاستثمارية المقترحة، والتي يغلب الظن أن تكون رابحة، ولذا يجب عمل موازنة دقيقة بين المخاطر والأرباح من خلال السعي إلى تحقيق أعلى مستوى من الأرباح، وهو ما يقتضي استشارة الخبراء والأخذ بما يقترحونه على حسب المصلحة².

ولذلك لا ينبغي اكتناز أموال القاصر وعدم استغلالها في مشاريع استثمارية المناسبة وفق الشروط السابقة، بغرض إنفاق جزء من الأرباح على احتياجات القاصر المعاشية.

ثانياً- تنويع المشاريع الاستثمارية لمال القاصر:

ويقصد بها ألا تكون استثمار أموال القاصر مركزة في مشروع واحد، فحتى لو وقع وخسرت إحدى هذه الاستثمارات لا يضيع كل مال القاصر، وإنما يبقى بعضها مستثمر في

¹ كريستال مورال، المرجع السابق، ص 113.

² محمد عجيلة ومصطفى بن نوي ومصطفى عبد النبي، استثمار الأوقاف وضوابطه الشرعية، ص 319. محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 314-315.

مجالات أخرى مختلفة تدر أرباحاً تعوض ما ضاع من الخسائر¹. فتعدد المشروعات يؤدي إلى تخفيف الخسائر وتعويض بعضها لبعض، فينبغي دوماً عدم حصر الاستثمار في مشروع واحد.

ثالثاً- الحرص على تقليل المخاطر الاستثمارية:

ويكون ذلك من خلال الاجتناب في استثمار أموال القاصر في الاستثمارات ذات المخاطر المرتفعة، والدفع بها في العمليات الاستثمارية الآمنة، مع تأمين الحصول على الضمانات اللازمة المشروعة من تلك المخاطر، وإجراء التوازن بين العوائد والأمان، فالعائد الأقل مع ضمان رأس المال أفضل من العائد الكبير مع تعريض رأس مال القاصر للخسارة والضياع²، ذلك لأن مال القاصر يمنع من التصرف فيه إلا بما هو أحسن ومصلحة ووفقاً لما قرره الفقهاء والتشريعات المغاربية.

رابعاً- الاعتماد على الطرق الفنية والوسائل الحديثة في استثمار مال القاصر:

ويقصد بذلك بأن تسبق مشاريع استثمار أموال القاصر ببحث وتحر ومشاورة لذوي الخبرة والاختصاص، والقيام بدراسة مستوفية للجدوى الاقتصادية من هذا الاستثمار، مع مراعاة مدى ارتباط دراسة الجدوى بزمن معين لئلا يؤدي تأخر تنفيذ المشروع إلى تغير النتيجة التي انتهت إليها الدراسة، وهذا كله احتياطاً لأموال القاصر³. وهذه الأساليب والوسائل الفنية والتقنية المعاصرة تجنب أموال القاصر الكثير من المخاطر العالية أثناء هذا الاستثمار، والتي من الممكن أن تعرضها للضياع والهدر.

علماً أنه يجب الاعتدال في النفقات المخصصة لدراسة الجدوى بحيث لا يكون على حساب الغرض الأصلي وهو الحفاظ على أصل مال القاصر، بحيث لا يستهلك شطر كبير من أمواله.

¹ محمد الزحيلي، نفس المرجع، ص 315. محمود إرشد، مؤسسة أموال الأيتام والضوابط الشرعية لإدارتها وتنميتها والتدقيق الشرعي عليها، ص 23.

² محمد عجيلة ومصطفى بن نوي ومصطفى عبد النبي، استثمار الأوقاف وضوابطه الشرعية، ص 320.

³ محمود إرشد، مؤسسة أموال الأيتام والضوابط الشرعية لإدارتها وتنميتها والتدقيق الشرعي عليها، ص 23. محمد عجيلة ومصطفى بن نوي ومصطفى عبد النبي، نفس المرجع، ص 319.

خامساً-اتباع الأولويات والمفاضلة بين طرق الاستثمار ومجالاتها:

اتباع الأولويات والمفاضلة بين طرق وأساليب الاستثمار أو المشروعات الأنسب لاستثمار أموال القاصر، وهذا الأمر خاضع للتطور ومعرفة الأحوال الاقتصادية والاجتماعية في مكان وبيئة الاستثمار، كما ويتأثر أيضاً بالتقلبات والظروف الطارئة التي يجب مراعاتها والتكيف معها¹. وتحقيق أرباح للقاصر هو أساس المفاضلة بين طرق الاستثمار والمشاريع للإقدام عليها أو الإحجام عنها.

المبحث الثالث: أحكام أولية في استثمار مال القاصر

قبل تناول بعض وسائل استثمار مال القاصر في الفصل الموالي فإنه سيتم تناول في هذا المبحث لبعض الأحكام الأولية في استثمار مال القاصر، إذ أن تخصيص مبحث مستقل لهذه الأحكام يغني عن التطرق لجزئياته ضمن الفصل الموالي وبشكل متكرر، كما أنها تزيد أي لبس قد يعتري فيما سيأتي بيانه.

المطلب الأول: انتفاع النائب الشرعي من مال القاصر بالأجرة والنفقة

يعد انتفاع النائب الشرعي من مال القاصر بالأجرة والنفقة من المسائل المهمة التي عاجلها الفقهاء وتناولت قوانين الأسرة المغاربية بعض أحكامها، وضمن هذا المطلب سيتم التطرق لهذه المسألة، وذلك بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

الفرع الأول: انتفاع النائب الشرعي من مال القاصر بالأجرة والنفقة في الفقه الإسلامي

قال جمهور الفقهاء ومن ضمنهم فقهاء الشافعية والحنابلة أنه ليس للولي أو الوصي أخذ الأجرة ولا النفقة من مال الصبي إذا كان غنياً وموسراً، وهذا لقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْمِبْ﴾²، فدللت هذه الآية أن الولي أو الوصي الغني لا حق له في مال اليتيم، وأن

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 316.

² سورة النساء، آية رقم 06.

أجر ولايته مثوبة له من الله، إلا إذا فرض له الحاكم شيئاً حل له أكله، أما إن كان فقيراً فإن قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَاقِراً فَلْيَاكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹، وفي تعليق للشيخ أبي حامد قال إن الولي يأخذ أقل الأمرين من قدر النفقة وأجرة المثل، أي أجرة مثله لمثل العمل الذي يقوم به².

وقال الإمام الشافعي والحنابلة أنه يجوز للولي أن يأخذ من مال المولى عليه أقل الأمرين من قدر كفايته أو أجرة عمله، وهذا لقول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتِيمَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فادَّبَعُوا لِيَتِيمِهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَاباً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَاقِراً فَلْيَاكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾³، ومعنى الآية أي لا تأكلوا أموال اليتامى مبادرة لئلا يكبروا فيأخذوها، ولأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة، فلم يجوز أن يأخذ إلا ما وجدنا فيه⁴، وفي الحديث عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم. قال: فقال: "كل من مال يتيمك غير مسرف، ولا مبادر، ولا متأثل"⁵.

وإذا كان استحقاق الولي للنفقة من مال ابنه القاصر مرتبط بالحاجة والفقر، فإن الإساءة إلى مال ابنه لا تحرمه من حق النفقة، لأن العلة من إعطاء حق النفقة مرتبط بعلّة الفقر لا حسن التصرف، لأن إساءة التصرف في المال تجعل القاضي يسلبه حق التصرف ويمنحه لغيره، وعليه لا

¹ سورة النساء، آية رقم 07.

² القزويني، العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 82. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 107.

³ سورة النساء، آية رقم 6.

⁴ القراني، الذخيرة، ج 8، ص 240. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 217. الروياني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، ج 5، ص 78. القزويني، العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 82. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 107. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 343-344.

⁵ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، حديث رقم 2872، ج 3، ص 115.

يحرم الأب من حق النفقة من مال ابنه إذا حرم من حق الولاية على ابنه، وهذا لأي سبب من الأسباب كان¹.

فيتبين من كل ما سبق ذكره جواز أكل الولي أو الوصي من مال القاصر، وهذا مقابل ممارسته الولاية عليه، لأنها قد تشغله عن السعي وطلب الرزق، وهذا كله في حالة ما لو كان غير موسر، وبشرط الأكل بالمعروف، وعدم الإضرار بالمصلحة المالية للقاصر.

لكن السؤال هنا في حالة ما إذا أكل الولي أو الوصي من مال الصبي ثم أيسر فهل يرد ما أكل للصبي؟ قال فقهاء الحنابلة إذا أكل بالمعروف ثم أيسر فإن كان أباً لم يلزمه أن يعرض ابنه الصغير، وذلك راجع لكون الأب يأخذ من مال ولده ما شاء سواء أكان محتاجاً أم لا، وهذا القول لم أقف فيه على خلاف بين الفقهاء، أما إن كان غير الأب ففي المسألة قولان، القول الأول لا يلزمه عوضه، وهو قول الشافعي، واحتجوا بأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر العوض، كما أن الأكل عوض من عمله فلم يلزمه بدله كالأجير والمضارب. أما القول الثاني قالوا يلزمه عوض ما أكله، وهو قول عطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وغيرهم، قالوا لأنه استباح مال الصغير بالحاجة فلزمه قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره².

والراجح من القولين هو الأول والقائل بعدم إلزام العوض حال اليسار، وهو ما رجحه بن قدامة في المغني وقال لو وجب عليه إذا أيسر، لكان واجباً في الذمة قبل اليسار، لأن اليسار ليس سبباً للوجوب، فإذا لم يجب بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده³.

الفرع الثاني: انتفاع النائب الشرعي من مال القاصر بالأجرة والنفقة في قوانين الأسرة المغاربية

أما عن نصوص قوانين الأسرة المغاربية في حق الانتفاع من مال القاصر فقد نص على ذلك المشرع الجزائري، وهذا الانتفاع من أموال القاصر من طرف وليه هو في مقابل الانفاق عليه

¹ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 333.

² ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 344. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 491.

³ ابن قدامة، نفس المرجع، ج 6، ص 344.

بحيث أن المادة 75 ق أ ج أقرت بوجود نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في نص المادة 197 م أ م، والمشرع التونسي في نص الفصل 44 و 45 م أ ش ت، والمشرع الموريتاني في نص المادة 153 م أ ش م.

أما عن حق الانتفاع من مال القاصر بالأجر من طرف النواب الشرعيين سواء أكانوا أولياء أو أوصياء أو مقدمين فإنه لم يتم الوقوف على أي نص يعالج هذه الجزئية على الرغم من أهميتها، وهو ما يحيلنا لأحكام الفقه الإسلامي لسد هذا الفراغ التشريعي، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 222 ق أ ج، والمشرع المغربي في أحكام المادة 400 م أ م والموريتاني في نص المادة 311 م أ ش م، والليبي في نص المادة 82 من القانون الخاص بتنظيم أحوال القاصرين، واستمداد المشرع التونسي جل أحكام الولاية على المال في مجلة الأسرة من الفقه الإسلامي، وعليه فيعمل بمذهب المالكية أو القول الراجح للفقهاء، ويتم تكريس هذا الحق للنواب الشرعيين للقاصر، وذلك لما يبذلونه اتجاه القصر لتسيير أموالهم، مع التأكيد بضرورة الالتزام بالضوابط التي تم التطرق لها، كالاحتياج مع الأخذ بقدر الحاجة، وبدون هذه الضوابط لا يمكن منح حق الانتفاع من أموال القاصر سواء بالنفقة أو بأخذ الأجر، لأن مهمة حفظ أموال القاصر هي من واجب الأولياء وكل من يتولى النيابة، ومن مهام النائب الشرعي حماية أمواله ورعايتها وذلك ما يقتضي إثراء ذمته، والانتفاع من أموال القاصر بالنفقة والأجر ينتج عنه الانقاص من أمواله، وهو ما يتعارض مع مبدأ الحماية، ولا يحق ذلك إلا في إطار الضوابط السابق ذكرها.

المطلب الثاني: التعاقد مع النفس في مال القاصر

إذا كان يحق للولي أو الوصي أو المقدم القيام بسائر أنواع التعاقدات المشروعة في أموال القاصر، كالبيع والشراء وغيرها، والتصور الغالب في أن هذه التعاقدات تكون مع الغير، لكن قد يقع أن يكون هذا التعاقد مع ذات أو نفس الولي أو الوصي أو المقدم في مال محجوره، أي يصير أحدهم على سبيل المثال بائع ومشتري في نفس الوقت، فيجمع بذلك طرفي العقد، وهو ما يدفع لحصول التعارض بين مصلحة الأصيل (القاصر) ومصلحة النائب.

وإذا كان الأصل في الإنسان أنه مجبول على حب نفسه وتفضيل مصلحته على مصلحة الآخرين، وهو ما قد يؤدي إلى ما منعه الفقه والقانون، وذلك فيما إذا تعاقد النائب القانوني مع نفسه بوصفه أصيلاً عنها ونائباً عن القاصر، فإن خطر تفضيل مصلحته على مصلحة القاصر قد يكون متحققاً، وذلك ما يحتم طرح التساؤل التالي حول حكم هذا التعاقد، بالنظر إلى أن النائب الشرعي قد تلحقه التهمة لمحابة نفسه في هذا التعاقد.

وسيتم التطرق ضمن هذا الفرع إلى تعريف التعاقد مع النفس، ثم إلى حكم ذلك بين الفقه والقانون.

الفرع الأول: تعريف التعاقد مع النفس

يقول الفقيه عبد الرزاق السنهوري بأن: "تعاقد الشخص مع نفسه نتيجة منطقية لمبدأ النيابة في التعاقد، فإذا كان سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة، فإنه أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين فيجمع في شخصه طرفي العقد"¹، فالتعاقد مع النفس صورة من صور التعاقد بالنيابة²، يقوم النائب فيها بالتعاقد بالنيابة عن شخصين مختلفين كولي عن قاصرين وكولي عن موكلين، وتعاقد الشخص مع نفسه نتيجة منطقية لمبدأ النيابة في التعاقد.

يظهر من خلال هذا التعريف أن إرادة شخص واحد تحل محل إرادة شخصين في إبرام العقد، وفي هذه الحالة إما أن يكون من حلت إرادته محل إرادة غيره نائباً عن كلا طرفي العقد، أو أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر.

¹ عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، س 1998، ص 226.

² والنيابة هي: "قيام شخص مقام غيره بأمر الشارع، أو بإقراره، أو بإرادة شخص آخر، أو بإجازته اللاحقة في تصرف قابل للنيابة، بحيث تعود آثار التصرف إلى الشخص الأصيل لا النائب"، أو هي: "قيام شخص يقال له النائب بإبرام تصرف قانوني باسم شخص آخر وحسابه يقال له الأصيل، سواء تم ذلك بإرادة هذا الأخير، أم يجعل القانون-على أن ينتج التصرف آثار مباشرة في ذمة الأصيل". سيف رجب قزامل، نفس المرجع، ص 14-19.

وإذا كان التعاقد مع النفس يقوم فيه شخص بدور طرفي العقد في التعبير عن إرادتهما، فإن التعاقد مع النفس في مال القاصر يقوم النائب الشرعي فيه بالتعاقد مع نفسه في مال القاصر، ويقوم بتمثيل طرفي العقد معاً، فيبيع مال القاصر باعتباره نائباً عن القاصر، ويكون هو المشتري باعتباره أصيلاً عن نفسه أو العكس، وعليه فالنائب الشرعي يمثل في هذا التعاقد إرادتين متعارضتين، وهو ما يطرح التساؤل حول حكم هذا التعاقد؟

الفرع الثاني: حكم التعاقد مع النفس في مال القاصر:

إن مسألة تعاقد الشخص مع نفسه أثارت جدلاً عريضاً قديماً وحديثاً، وتناولها الفقهاء والتشريعات بشيء من التفصيل، والتعاقد مع النفس في مال القاصر إما أن يكون من طرف الولي في مال ابنه، وإما أن يكون من طرف باقي النواب الشرعيين، وضمن هذا الفرع سيتم التطرق لحكم تعاقد النواب الشرعيين مع أنفسهم في مال القاصر، وذلك ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

أولاً- حكم التعاقد مع النفس في مال القاصر في الفقه الإسلامي:

سيتم تناول ضمن هذه الجزئية لحكم تعاقد النائب الشرعي مع نفسه في مال القاصر وذلك ضمن الفقه الإسلامي، وقد تطرق الفقهاء لهذا الحكم سواء أكان النائب الشرعي ولياً أو وصياً أو مقدماً أو قاضياً، وسيتطرق ضمن الجزئية الأولى لحكم تعاقد الولي مع نفسه في مال ابنه القاصر، أما الجزئية الثانية فيتناول فيها حكم تعاقد الوصي أو المقدم أو القاضي مع نفسه في مال القاصر.

1- حكم تعاقد الولي مع نفسه في مال ابنه القاصر:

إذا كان للأب سلطة التصرف في مال ابنه القاصر المحجور عليه، وهذا راجع لكون تصرفه محمول على السداد، فإن الفقهاء قد اختلفوا في حكم تعاقد مع نفسه في مال القاصر، وهذا راجع لكون الأصل في التعاقد عند الفقهاء أن الإنسان لا يتولى طرفي العقد بنفسه، لذا فقد اختلف الفقهاء في هذا التعاقد إلى قولين اثنين وذلك بين مجيز ومانع.

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة وجمهور فقهاء المالكية، حيث أجازوا التعاقد مع النفس من طرف الولي الأب أو الجد أيضاً في مال القاصر، ومن هذه التعاقدات بيع مال الولي للصبي، وأن يشتري ماله بنفسه إذا رأى الحظ في ذلك له، وقالوا إن للأب أو الجد أن يتولى طرفي العقد لأن التهمة منتفية بين الوالد وولده، إذ من طبعه الشفقة عليه والميل إليه، واشترط جمهور الفقهاء في هذا التعاقد أن يترك الأب أو الجد حظ نفسه لحظ ابنه، وذلك بأن يبيع له بأقل من ثمن المثل، ويشتري منه بأكثر من ثمن المثل، ولهما أيضاً بيع مال أحد الصغيرين للأخر¹.

وقد أورد الجصاص في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَحْ لَّهُمْ خَيْرٌ²﴾، قال إن الآية قد حوت عدة أحكام، أحدها قوله: ﴿قُلْ إِصْلَحْ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ يدل على أن لولي اليتيم أن يشتري من ماله لنفسه إذا كان خيراً لليتيم، وذلك بأن ما يأخذه اليتيم أكثر قيمة مما يخرج عن ملكه، وهذا القول منسوب لأبي حنيفة رحمه الله، وله أن يبيع أيضاً من مال نفسه لليتيم، لأن ذلك من الإصلاح له³.

وذهب فقهاء الشافعية إلى أنه إذا اشترى الأب أو الجد مال ولدهما لأنفسهما نسيئة أي لأجل لا يحتاجان أن يرتئيا من مال أنفسهما بل يؤتمنان في حق ولدهما، ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه وإن لم يثبتا أن بيعهما وقع بالمصلحة⁴.

بينما أضاف جمهور فقهاء المالكية شرطاً آخر لشروط جمهور الفقهاء في جواز تعاقد الولي مع نفسه في مال القاصر، وهو أن يكون الأب موسراً لا فقيراً لنفاذ تعاقدته، أما إذا كان الأب فقيراً لا مال له فإن هذا التصرف يفسخ¹، وفي هذا حرص على المصلحة المالية للقاصر.

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 853. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 649. العيني، البناية في شرح الهداية، ج 11، ص 600-601. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 216. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 424. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، ص 2000، ج 3، ص 482.

² سورة البقرة، آية رقم 218.

³ الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401.

⁴ الشرييني، مغني المحتاج، ج 3، ص 154.

وفي الحرص على عدم الإضرار بالمصلحة المالية للصغير قال ابن سلمون في هذا الشأن: "وله أن يشتري مال ابنه لنفسه، ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك عقاراً كان المال، أو سواه إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش"².

القول الثاني: وهو لبعض فقهاء المالكية، حيث قالوا بعدم جواز تعاقد الولي مع نفسه في مال ابنه الصغير، وإذا ما وقع مثل هذا التصرف فإنه يفسخ، ويرد مال الصغير لعدم جواز مثل هذا التصرف، وممن قال به بن القاسم من فقهاء المالكية، وذهب إلى عدم التفريق بين يسر الأب وعسره في إجازة تصرفه في مال القاصر لنفسه، وإنما قال بفسخ التصرفات التي يقوم بها الأب في مال ابنه الصغير لمصلحته الشخصية³. والعلة في هذا المنع هي تعارض مصلحة الولي مع مصلحة المحجور.

والذي يترجح من القولين السابقين هو قول جمهور الفقهاء والذين قالوا بصحة تصرف الولي الأب أو الجد في مال ابنه الصغير، وهذا بشرط محاباة الصغير في التعاقد ومراعاة مصلحته المالية وتغليبها، كما أن التهمة لا تلحق الولي، لكونه أشفق الناس على ابنه وأرعى لمصالحه وحفظها، وليس هناك ما يبرر منع هذا التعاقد في ظل الضوابط التي أوردها جمهور الفقهاء.

2- حكم تعاقد الوصي أو المقدم أو القاضي مع نفسه في مال القاصر:

إذا كان الفقهاء اختلفوا في جواز تعاقد الولي مع نفسه في مال ابنه القاصر فإنهم اختلفوا أيضاً في جواز ذلك للوصي والمقدم بين من يقول بالجواز ومن يرى المنع، وبين مقيد، وهم في ذلك على ثلاثة أقوال.

القول الأول: جواز تعاقد الوصي مع نفسه في مال الصغير، ومن ذلك شراء وبيع وصي الصغير من ماله، وهذا القول هو لأبي حنيفة، وبعض فقهاء الحنفية كأبي يوسف في إحدى الروايتين،

¹ محمد بناني، حاشية بناني بهامش الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2002، ج 5، ص 298.

الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 649.

² الخطاب، نفس المرجع، ج 6، ص 651-652.

³ محمد بناني، حاشية بناني بهامش الزرقاني، ج 5، ص 298. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 649. القراني، الذخيرة،

ج 8، ص 243.

حيث ذهب أبو حنيفة إلى القول بأن الوصي لو اشترى مال اليتيم لنفسه أن ذلك يعد جائز إن كان خيراً لليتيم¹، وقال بالمنع إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم، لأن مقصوده من هذا الأمر أن ينفي التهمة عن نفسه². علماً أن ما يقال في الوصي يصدق على القاضي ومقدمه أيضاً.

القول الثاني: قالوا عدم جواز تعاقد الوصي أو القاضي أو مقدمه مع نفسه في مال الصغير، وهذا قول بعض فقهاء الحنفية وجميع فقهاء الشافعية والحنابلة، وممن رأى ذلك من الحنفية محمد بن الحسن الشيباني وأبي يوسف في رواية ثانية، حيث قالوا إذا باع الوصي أو القاضي أو مقدمه ماله من اليتيم أو اشترى من مال اليتيم لنفسه فإن ذلك لا يجوز على أي حال من الأحوال، لأنه متهم أو هو مظنة التهمة، كما ليس له أن يتولى طرفي العقد³. وفي ذلك اتقاء للشبهة.

وقد استدل الجمهور لقولهم لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: " لا يَشْتَرِ الوصي من مال اليتيم"⁴، فيدل هذا الحديث دلالة صريحة على عدم جواز شراء الوصي الشراء من مال الصغير، ومما يندرج ضمن ذلك البيع وسائر أنواع التعاقدات المالية. وهذا لأن الوصي يتهم في ترك مصلحة الصغير لمصلحة نفسه، والتهمة تلحقه وليس حاله كما الولي.

واستدلوا على منع القاضي من شراء وبيع مال الصغير لنفسه، قالوا إنما هو على جهة أن أقوال وأفعال القاضي إنما تكون على وجه الحكم، ولا يجوز للقاضي إصدار أحكام لنفسه، وقد استدل أصحاب هذا الرأي لمنع القاضي من بيع مال الصغير لنفسه لما روي عن عثمان رضي الله

¹ فسر الإمام السرخسي الخيرية فقال: إذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر، يكون خيراً لليتيم، وقال بعضهم إن باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي عشرة بثمانية، يكون خيراً لليتيم. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 833.

² السرخسي، المبسوط، ج 14، ص 37. البغدادي، نفس المرجع، ج 1، ص 833-853-854.
³ السرخسي، نفس المرجع، ج 14، ص 37. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 212 و 217.
النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 424. العيني، البناية في شرح الهداية، ج 11، ص 601. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 482.

⁴ ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، كتاب الحجر، مدخل، حديث رقم 1245، دار الكتب العلمية، ط 1، س 1989، ج 3، ص 108. قال بن حجر: "لم أجده وقد أخرج البيهقي من طريق زهير بن أبي إسحاق عن صلة بن زفر".

عنه أنه رأى إبلاً من الصدقة، فأعجبته فأقامها في السوق، فأخذها بأقصى ثمن بلغ، فعاب عليه عبد الرحمن-رضي الله عنه-وقال هل رأيت عمر-رضي الله عنه-صنع من ذلك شيئاً؟ وكان هذا أول أمر عيب على عثمان¹.

القول الثالث: قالو بعدم جواز تعاقد الوصي والمقدم مع نفسه في مال الصغير، لكن إن حصل ووقع مثل هذا التعاقد فالقاضي ينظر في هذا التصرف، فإن كان خيراً للصغير أمضاه، وإلا فلا يجوز ذلك، وهذا الرأي هو لفقهاء المالكية، وذهبوا إلى عدم جواز شراء الوصي مال الصغير لنفسه ولا توكيل أو دس من يقوم بذلك له، فإن اشترى من مال الصغير لنفسه فللحاكم أو القاضي النظر في شرائه، فإن كان بفضل للمحجور الصغير أمضاه وإلا فلا².

وجاء في مواهب الجليل إثباتاً لهذا القول: "وكره مالك أن يشتري الوصي من مال اليتيم لنفسه فإن فعل أو أجر الوصي نفسه في عمل يتيم في حجره فإن فعله يتعقبه الإمام فما كان خيراً لليتيم أمضاه، وكذلك الأب في ابنه الصغير"³. وعليه فيجوز شراء الوصي مال وصيه اليتيم على هذا القول إذا وقع وكان فيه فضل وفائدة للصغير، وإلا فلا يجوز ذلك.

والذي يترجح من هذه الأقوال هو القول الأول وهو لأبي حنيفة وبعض فقهاء الحنفية، والقائل بجواز تعاقد الوصي أو القاضي أو المقدم مع نفسه في مال الصغير، وحجة ذلك أنه لا يوجد نص قطعي الثبوت قطعي الدلالة يمنع هذا التعاقد، ومادامت مصلحة الصغير المالية حاضرة في هذا التعامل ومحاباته في البيع والشراء شرط لصحة هذا التعامل فليس هناك سبب حقيقي يدعو إلى المنع.

ثانياً-حكم التعاقد مع النفس في مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية:

وبخصوص أحكام نصوص قوانين الأسرة المغاربية في هذه المسألة نجد أن المشرع الجزائري أورد في نص المادة 90 ق أ ج ما نصه: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة"، ومسألة التعاقد مع النفس تعد من بين حالات التي تتعارض فيها مصالح القاصر مع مصالح النائب الشرعي له، وعليه فلا بد في هذه

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 853-854

² محمد عليش، منح الجليل، ج 9، ص 589.

³ الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 652.

الحالة من تعيين متصرف خاص، قصد مراقبة مدى تطابق التصرف مع مصلحة القاصر¹، وهو ما يفهم أيضاً من نص المادة 410 ق م ج، وهو ما جاء ضمن قرار صادر المحكمة العليا 374 رقم 187692 بتاريخ 23 ديسمبر 1997 والذي سبق ذكره.

وتشابهت أحكام نص المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري مع ما أورده المشرع المغربي في نص المادة 269 م أ م²، والتي نصت على أن التصرفات التي يريد النائب الشرعي إبرامها والتي تتعارض فيها مصالح القاصر مع مصالح نائبه أو أحد أقاربه ينبغي الحصول فيها على إذن المحكمة، والتي تعين ممثلاً للمحجور للمحافظة على مصالح القاصر، فالأمر لا يختص فقط بالنائب الشرعي، وإنما حتى أقرباء القاصر فلا يجوز لهم إبرام هذا التصرف إلا بعد الحصول على إذن المحكمة.

كما ألزم المشرع المغربي على النائب القانوني، ولياً كان أو وصياً أو مقدماً في حال رغب أن يتعاقد مع نفسه في مال الصغير بضرورة أخذ إذن خاص من القاضي المختص، كما لا يمنح القاضي هذا الإذن للنائب القانوني إلا في حالة الضرورة والنفع البين للقاصر، وذلك هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل 11 ق ا ع م.

ويفهم من كل ما سبق أن النائب القانوني سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً إذا أراد التعاقد مع نفسه باسم القاصر لا بد له من أخذ الإذن من القاضي المختص، والذي بدوره لا يمنح هذا الإذن إلا إذا كانت هناك مصلحة بينة للقاصر، وإلا فلا يجوز له ذلك، حيث يعمل القاضي على تعيين من يقوم مقام القاصر ليحمي ويحافظ على مصلحته، وإذا كانت هذه المقتضيات توحى ببطلان تصرفات الولي متى أجريت لمصلحة نفسه، فإن نص المادة 269 م أ م جعلت

¹ مراقبة مدى تطابق هذا التصرف مع مصلحة القاصر قد يكون ذلك بناءً على طلب يقدمه من له مصلحة، كأحد أقارب القاصر أو من النيابة العامة. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، ص 307.

² وقد نص بشكل صريح مضمون الفصلين 161 و 162 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة على منع الوصي والمقدم على التعاقد في مال القاصر إلا على وجه المصلحة، وهو ما نص عليه الفصل 161 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة حيث جاء فيها: "ليس للوصي أو المقدم أن يشتري من أموال القاصر لنفسه إلا ما كانت فيه مصلحة ظاهرة للقاصر". كما نص ضمن الفصل 162 بأنه: "إذا أذن القاضي الوصي أو المقدم في العقد لنفسه على شيء من أموال القاصر لموافقة المصلحة له وجب تعيين من يقوم مقام القاصر ليقبل عنه ويحافظ على مصلحته مع الوصي أو المقدم المتعاقد معه".

إمكانية تصحيح هذه التصرفات وذلك برفع الأمر للمحكمة التي لها صلاحية الإذن بإجراء هذه التصرفات وفق مصلحة المحجور، حيث تعين له مثلاً ينوب عنه في إبرام هذه التصرفات للمحافظة على مصالحه تجاه نائبه¹.

والمشرع الليبي هو أيضاً لا يرى مانعاً من تعاقد أحد النواب الشرعيين مع نفسه في مال القاصر، ولكن لا بد من أخذ الإذن من المحكمة المختصة، وهذا ما يستفاد من مفهوم المخافة لنص المادة 52 من قانون تنظيم أحوال القاصرين، ونص المادة 108 ق م ل.

والإذن المفروض على النائب القانوني حال رغبته التعاقد مع نفسه باسم القاصر يعد بمثابة حد من سلطته وصلاحيات النائب القانوني، حتى يتسنى للقاضي المختص مراقبة سلامة تصرفاته ورعاية مصلحة القاصر المالية، وهذا كله راجع لتعارض مصلحة النائب القانوني مع مصلحة القاصر المالية.

ويسلب الحاكم أو القاضي صلاحية التصرف من الأب إذا تعارضت مصلحة الصغير مع وليه، ويعين الحاكم من يمثل مصلحة الصغير ويحافظ عليها، وكذلك الحال بالنسبة إذا خيف ضياع أموال الصغير ولم يتقدم الأب لإدارتها وحفظها ويعين الحاكم وصياً للقاصر².

والممثل القضائي الذي تعينه المحكمة للمحافظة على مصلحة المحجور لا تتعدى صلاحياته مراعاة مصلحة القاصر المحجور عليه فيما أوكلته له المحكمة في إبرام هذا التصرف، ولكيلا يصير النائب الشرعي بائع ومشتري في آن واحد فيتهم بالتعدي، فالممثل القضائي يدفع التهمة عن النائب الشرعي، وبالتالي لا يجرّد النائب الشرعي من صفة النيابة في باقي التصرفات.

أما المشرع التونسي فممنع التعاقد مع النفس في مال القاصر، وهو ما أورده في نص الفصل 549 م ا ع ت، حيث ورد فيه: "من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة"، وورد ذلك أيضاً في نص الفصل 568 م ا ع ت والتي تطرح التعارض بين الولي والمولى عليه، وعليه فإنه لا يمكن أن يمنح الولي الذي يتصرف في مال منظوره

¹ رشيد صبيح، الحساب البنكي للقاصر-دراسة في الجوانب القانونية والعملية لإدارة أموال القاصرين-، دار السلام، الرباط، المغرب، د ط، س 2016، ص 38.

² سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، ج 1، ص 326.

لنفسه حق إجازة العقد خشية أن يؤثر مصالحه الخاصة على مصلحة المولى عليه، لذلك رأى المشرع التونسي أن ينتزع حق إجازة العقد من النائب الشرعي للقاصر ليسنده للمحكمة حتى تمارسه في حق القاصر، فمثلما يقتضي التوجه الحمائي أن ينوب الولي عن القاصر في إجازة العقد الذي أبرمه في حق نفسه فإن المحكمة تنوب عن القاصر في إجازتها للعقد الذي أبرمه الولي باسم القاصر والذي يطرح تعارض في المصالح بينهما، وهذا استناداً للفصل 568 م ا ع ت، وصدور إجازة العقد وإمضاؤه عن المحكمة كطرف أجنبي عن العقد ورد تحقيقاً لمصلحة القاصر والذي يخشى عليه من نائبه القانوني الذي تعاقد باسمه، ولم يكن بغاية أن ينفذ العقد في حق المحكمة¹.

وعليه فخلافاً للتشريعات المغاربية السابق ذكرها فإن المشرع التونسي ذهب لمنع التعاقد مع النفس في مال القاصر، وذلك ما يستفاد من نص الفصل 549 م ا ع ت ونصه: "من كان له التصرف بالبيع عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة"، وبما أن العبارة قد جاءت عامة فإنها تشمل جميع النواب الشرعيين للقاصر بما فيهم الأب والأم والوصي باعتبارهم مديرين لأموال القاصر، وجاء هذا المنع في التشريع التونسي دفعاً للشبهة واحتمالية استغلال أموال القاصر من خلال التعاقد مع النفس، ذلك لأن النائب الشرعي يتحكم بإرادتين في مصلحتين متعارضتين، وهو ما قد يجعله يرجح مصلحته الشخصية على حساب مصلحة القاصر، وهو ما جعل المشرع التونسي يرجح جانب المنع خلافاً لباقي التشريعات المغاربية.

وقد ورد ضمن أحكام الفصل 568 م ا ع ت بأن: "...الأوصياء والمقدمون والمتصرفون في أموال أبنائهم... ليس لهم أن يقبلوا لأنفسهم إحالة ما وقع تفويته من الأموال التي لنظرهم كما لا يسوغ لهم أن يقبلوا لأنفسهم إحالة ما وقع تفويته من الأموال التي لنظرهم كما لا يسوغ لهم أن يقبلوا لأنفسهم إحالة ما على من لنظرهم من الديون".

لكن المشرع التونسي لم يأخذ قاعدة منع تفويت² أموال القاصر للولي وإحالة ما عليه من الديون لنفسه على إطلاقها، بل افترض لها استثناء ورد ضمن الفقرة الثانية من نص الفصل 568

¹ دنيا جبالله، المرجع السابق، ص 174.

² "التفويت هو كل تصرف قانوني أي عمل إرادي يهدف إما إلى نقل ملكية الشيء أو حق عيني آخر عليه أو إلى إنشاء هذا الحق"، وهو يختلف عن صنفين آخرين من التصرفات القانونية، هما أعمال الحفظ كالوديعة، وأعمال الإدارة وأبرزها عقد

م ا ع ت، حيث ورد فيه: "لكن يجوز التصديق على الإحالة أو البيع ممن وقع في حقهم إن كانت لهم أهلية التفويت أو من المجلس أو من غيره من الحكومات ذات النظر".

وإذا كانت إمكانية تصديق المجلس أو القاصر بعد رشده يضيف مرونة على قاعدة المنع التي أقرها في حق القاصر، فإن عبارة التصديق توحى بالرقابة القضائية اللاحقة التي تقع بعد إبرام التصرف في حقه، وإن كان الإذن القضائي يعتبر أكثر حماية لمصالح القاصر من التصديق، وهو الإجراء الذي أو جبهه المشرع عند القيام بعقد البيع مع الغير على معنى الفصل 15 م ا ع ت فكيف بعقد التفويت المبرم بين القاصر ووليه، إذ من المفترض أن يكون هذا التعاقد مدعاة للتشدد وزيادة الحيطة، ذلك أن القاعدة المعروفة في عقود المعاوضات هي تعارض مصلحة طرفي العقد وعلى سبيل المثال من مصلحة المشتري الشراء بأقل سعر، في حين تتمثل مصلحة البائع في إتمام البيع بأقصى سعر ممكن¹.

وإذا كانت التشريعات المغاربية قد أوردت حكم تعارض مصلحة حكم النائب القانوني مع مصلحة القاصر، والتي يندرج ضمنها حكم تعاقد النائب القانوني مع نفسه في مال القاصر فإنها قد أغفلت فئة قد لا تختلف كثيراً عن النواب القانونيين، وهي فئة الخبراء أو السماسرة وغيرهم والذين ليست لهم علاقة مباشرة بهذا التصرف، فعلى الرغم من أنهم لا ينوبون عن النائب القانوني للقاصر في البيع، لأن مهمتهم تقتصر على إيجاد من يشتري بأعلى ثمن أو تقدير المبيع تقديراً عادلاً، فيخشى إذا أجاز لهم الشراء أن تتعارض مصالحتهم مع مصلحة القاصر، فيؤثرون ويرجعون مصالحتهم على مصلحته، وذلك أثناء منحهم أموال القاصر لبيعها أو لتقدير قيمتها اللهم إلا ما ورد ضمن نص المادة 410 من القانون المدني والتي جاء نصها: "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى".

الكراء، ويعبر عن أقصى التدرج في خطورة آخر هذه الأعمال على الذمة المالية للشخص. أحمد بن طالب، التفويت في ملك الغير، دار الميزان للنشر، تونس، ط 1، س 2009، ص 26-28.

¹ دنيا جابالله، المرجع السابق، ص 103.

وعليه فإن جل التشريعات المغاربية نصت على كيفية تعاقد النائب الشرعي في مال المحجوره، وهذا من خلال تعيين المحكمة من يتولى إبرام العقد مع النائب الشرعي للقاصر، وهذا لكيلا يتم التعارض بين مصلحة النائب الشرعي والقاصر، وتضيق مصلحة القاصر في خضم هذا التصرف، وتعين المحكمة ممثلاً للمحجور في هذا الوضع يعمل على الحفاظ على مصالحه المالية، وبهذا تكون التشريعات المغاربية قد وضعت حلاً لهذا الإشكال ووفقوا في معالجته.

ويستخلص من كل ما تقدم أن الأصل هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه في مال القاصر ضمن التشريعات المغاربية، وذلك راجع لتعارض مصالح النائب الشرعي مع مصالح القاصر، وخشية أن يرجح النائب مصالحه على مصلحة القاصر المالية، ولكن يجوز ذلك استثناء بشرط تحقق مصلحة هذا الأخير في هذا البيع، وبعد الحصول على إذن القاضي، والذي يعين متصرف خاص للمحافظة على مصلحة القاصر.

المطلب الثالث: إقراض مال القاصر

يعد الإقراض والاستقراض من العمليات التي قد يحتاج النائب الشرعي للقاصر القيام بها أثناء وسيلة إمساك أمواله أو استثمارها، وضمن هذا المطلب يتم تناول تعريف القرض وحكم استقراض وإقراض أموال القاصر وذلك ضمن فرعين.

الفرع الأول: تعريف القرض

للقرض عدة تعريفات وذلك من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية، وهو ما سيأتي بيانه ضمن هذه الجزئية.

أولاً-تعريف القرض لغة:

القرض أو الإقراض أصلها من قرض، وأصل القرض في اللغة هو القطع. والقرض هو ما يتجازى به الناس بينهم ويتقاضونه، وجمعه قروض، وهو ما أسلفه من إحسان ومن إساءة، قال الله تعالى: "وأقرضوا الله قرضاً حسناً". وكل أمر يتجازى به الناس فيما بينهم، فهو من القروض. وفي قول الله تعالى: "من ذا الذي يقرض الله قرضاً حسناً"، فالقرض في الآية اسم ولو كان مصدرًا

لكان إقراضاً، ولكن قرضاً هاهنا اسم لكل ما يلتمس عليه الجزاء. فأما قرضته أقرضه قرضاً فجازيته، وأما أقرضته فقطعت له قطعة يجازي عليها¹.

وعليه فإن القرض في اللغة له عدة معان، من أهمها القطع من الشيء، وكذلك له معنى الجزاء.

ثانياً-تعريف القرض اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الإقراض بتعريفات متعددة، يتم الاختصار فقط على تعريف الجمهور، حيث عرفوه بأنه: "أن تعطي إنساناً شيئاً من مالك تدفعه إليه، ليرد عليك مثله، إما حالاً في ذمته، وإما إلى أجل مسمى"². فالمال الذي يدفع إلى طالبه ليتنفع به ثم يرد مثله يسمى قرضاً.

وفي الاصطلاح فقهاء القانون هو: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص (مقرض) أن يسلم شيئاً لشخص آخر (مقرض) لاستعماله، على أن يرده هذا الأخير في الأجل المحدد"³. فالإقراض في الاصطلاح القانوني هو عقد، ركنه الرضا وهو الإيجاب من أحد الطرفين والقبول من الطرف الآخر، كما ويرتب التزامات على كل طرف.

ثالثاً-تعريف القرض قانوناً:

أورد كل من المشرع الجزائري والمغربي معنى القرض في إطار تعريف قرض الاستهلاك أو عارية الاستهلاك، حيث عرفت نص المادة 450 ق م ج القرض الاستهلاكي بأنه: "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدر، والصفة".

في حين أورد المشرع المغربي في نص الفصل 856 ق ا ع م معنى القرض وقرنه بالعارية حيث ورد فيه: "عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير، عند انقضاء

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 7، ص 216-217.

² سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 855.

³ كريستال مورال، المرجع السابق، ص 310.

الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة". ويلاحظ أن كل من تعريف المشرع الجزائري والمغربي يحمل معنى القرض المستعمل عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون.

الفرع الثاني: حكم استقراض وإقراض مال القاصر

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن القرض بالعموم جائز، ويعد من أفعال الخير والطاعات التي أمر الله بها، كما أنه لا خلاف عندهم في جواز الاستقراض إذا دعت إليه الحاجة¹، وهو ما جاء ضمن التشريعات المغاربية، لكن وقع الاختلاف في حكم اقتراض النائب الشرعي من مال القاصر وإقراضه للغير.

أولاً- حكم استقراض وإقراض مال القاصر في الفقه الإسلامي:

1- الاقتراض للقاصر:

أجاز فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الاقتراض للصغير إذا دعت لذلك الحاجة كالنفقة والكسوة عليه أو النفقة على عقاره المستهدم، هذا إذا كان له مال غائب يتوقع مجيئه أو ثمرة ينتظرها تفي بذلك، أما إذا لم يكن له شيء من ذلك قال الشافعية أنه لا يقتض بل يبيع شيئاً من أصوله ويصرفه في نفقته².

وقال ابن الصباغ من الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا لم يجد من يقرض الصغير للضرورة ووجد من يبيعه شيئاً بنسيئة، وكان أحظ له من بيع أصوله، فإنه يجوز لنائبه أن يشتريه له ويهين شيئاً من ماله، وكذلك إذا اقترض له ورهن شيئاً من ماله جاز ولكن بشرط ألا يرهين إلا عند ثقة³.

وعلى هذا فيجوز الاقتراض للقاصر إذا دعت لذلك الضرورة والحاجة من علاج ومأكل وملبس وتعليم، أما لغير الضروريات فلا يجوز، وهذا لما في الاقتراض من شغل لذمة القاصر

¹ سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 855-856.

² القراني، الذخيرة، ج 8، ص 240. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 214. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 480.

³ العمراني، نفس المرجع، ج 6، ص 214-215. الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 129. ابن قدامة، نفس المرجع، ج 6، ص 480.

بالتزامات تجاه الغير، وكذلك الحال إذا لم يكن له ما يوفي به دينه، فلا يثقل كاهله بدين، إنما يرهن ماله ليلبي بها حاجاته بشرط أن يكون ذلك عند شخص أمين.

2- إقتراض النائب الشرعي من مال القاصر لنفسه:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم اقتراض الولي الأب من مال ابنه الصغير فذهب فقهاء الحنفية إلى القول بجواز اقتراض الأب من مال الصغير لنفسه إذا دعت لذلك الحاجة، وقد عللوا ذلك بالقول إن الأب يملك شراء مال الصبي بمثل قيمته، وكذلك له أن يأخذ من مال الصبي عند حاجته بقدر حاجته، وبالتالي له أن يقترض من ماله لنفسه إذا دعت لذلك الضرورة¹.

أما إذا لم تدع الحاجة أو الضرورة لذلك كأن اقترض مال القاصر بغرض استثماره دون منح القاصر نصيبه من الأرباح فلا يجوز له ذلك²، لأنه استعمال لمال القاصر بغرض الاغتناء الشخصي، وعلى الولي أن يقوم بذلك لصالح القاصر لا لنفسه.

3- إقتراض الوصي والقيم والقاضي من مال القاصر لأنفسهم:

وإذا كان لا يحق للولي اقتراض مال القاصر لمصلحته الشخصية فإنه لا يحق من باب أولى لباقي النواب سواء أكان الوصي أو المقدم أو القاضي أيضاً وهو ما ذهب إليه الفقهاء³، لأنه يعد استعمال لمال القاصر بغرض الاغتناء ولقضاء مصالح شخصية على حساب القاصر، لأنه يفترض أن يتم ذلك لصالح القاصر لا لمصلحة النائب الشرعي له.

4- إقتراض النائب الشرعي مال القاصر للغير:

اختلف الفقهاء في جواز إقتراض النائب الشرعي مال القاصر للغير وذلك لقولين اثنين:

القول الأول: وهو لفقهاء المالكية والجمهور فقهاء الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة، حيث قالوا بجواز إقتراض الولي مال القاصر للمصلحة مطلقاً أو إذا دعت الحاجة والضرورة لذلك، ومن أمثلة

¹ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د ط، س 1937، ج 5، ص 68.

² المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 330.

³ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 828. المرادوي، نفس المرجع، ج 5، ص 330.

الضرورة التي جوزوا فيها إقراض مال الصغير وهي حالة ما إذا أراد الولي السفر وخاف عليه من الضياع، أو خاف عليه من حريق أو نهب، فيكون إقراضه أولى من إيداعه، وقد اشترطوا في ذلك ألا يقرض مال القاصر إلا ممن يملك الاسترداد منه متى شاء، وذهب المالكية إلى إمكانية إقراض الولي من مال موليه عند عدم إمكانية الإتجار في ماله، كما أجاز جمهور الفقهاء ذلك للوصي أيضاً حال خوفه من نهب مال القاصر أو حريق أو غرق أو ما شابه ذلك، وأجاز فقهاء الحنفية وبعض فقهاء الشافعية للقاضي إقراض مال القاصر على الإطلاق، وهذا راجع لكثرة انشغالاته، كما أنه يتمكن من استرداد ماله متى شاء، على ألا يقرضه إلا الملىء وأمين¹.

وقد جاء في المبسوط للسرخسي قوله: "وفي الأب روايتان، وفي الرواية الظاهرة يقول: لا يملك الإقراض، لأنه تبرع، وليس للصغير فيه منفعة ظاهرة، وفي هذه الرواية: إشارة إلى أن للأب ذلك؛ لأنه غير متهم في حق ولده، والظاهر ألا يقرضه إلا ممن يملك الاسترداد منه متى شاء فهو بمنزلة القاضي في ذلك، وللقاضي، ولاية الإقراض في مال اليتيم لتمكنه من الاسترداد متى شاء فكذلك الأب له ذلك"².

وقد اشترط الفقهاء فيمن يقرضه الولي أو الوصي أن يكون أميناً وموسراً، لأن غير الأمين يجحد، وغير الموسر لا يمكن أخذ البديل منه، وإذا أقرض الولي أو الوصي ورأى أن يأخذ به رهناً استيثاقاً له أخذه، وإن رأى ترك الرهن لم يأخذ³.

وقد احتج من جوزوا إقراض مال القاصر للغير بعدة أدلة منها: قول الله تعالى: "ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن"، ويعد إقراض مال الصغير عند المصلحة والحاجة من القربان بالتي

¹ السرخسي، المبسوط، ج 21، ص 103. البغدادي، نفس المرجع، ج 1، ص 828. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 256-257. القرابي، الذخيرة، ج 8، ص 240. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 426. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 344-345. المرادوي، نفس المرجع، ج 5، ص 328-329.

² السرخسي، نفس المرجع، ج 21، ص 103.

³ الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 426. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 344-345.

هي أحسن. واحتج الحنفية في جواز ذلك للأب وقالوا بأنه يملك التصرف في المال والنفس فكان بمنزلة القاضي في جوازه القيام بذلك¹.

القول الثاني: وهو إحدى الروايتين لفقهاء الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة ورواية عن الإمام أحمد، حيث قالوا بعدم جواز إقراض الولي والوصي مال القاصر للغير على الإطلاق، لأن الإقراض منه ينقص من أصل المال، وهو يندرج في باب التبرع، كما أنه لا ينمي ماله².

وفي منع الوصي من القيام بإقراض مال القاصر يقول البغدادي: "ولا يملك الوصي إقراض مال اليتيم، فإن أقرض كان ضامناً... فلو أخذ الوصي مال اليتيم قراضاً لنفسه، لا يجوز، ويكون ديناً عليه. وعن محمد: وليس للوصي أن يستقرض مال اليتيم في قول أبي حنيفة، وقال محمد وأما أنا أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء لا بأس به"³. وجاء في المبسوط للسرخسي قوله: "والحاصل أن الوصي لا يقرض على اليتيم، ولا يستقرض؛ لأنه تبرع"⁴، والتبرع فيه ضرر دينوي على مال الصغير، ويفهم من كل هذا أنه إذا كان إقراض مال الصغير وتسليفه للتجارة فإنه يجوز ذلك، وهذا لما فيه من مصلحة الصغير.

وخلاصة قول المانعين من إقراض مال القاصر أن فيه انتقاص لمال الصغير، لأنه بمنزلة التبرع، كما أنه ليس في إقراض مال الصغير أي منفعة ظاهرة، ولما فيه من تفويت المنفعة الدنيوية عليه، وفي هذا المنع حفاظاً على أصل ماله من النقصان.

وقد احتجوا لقولهم بعدة أدلة منها:

1- فعن صلة بن زفر قال: "جاء إليّ ابن مسعود -رضي الله عنه- على فرس بقاء فقال: إنه أوصي إلي في يتيّم فقال عبد الله -رضي الله عنه-: لا تشتر من ماله شيئاً ولا تستقرض منه شيئاً وبه نأخذ فنقول: ليس للوصي أن يستقرض من مال اليتيم؛ لأنه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 828. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 256-257.

² المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 328-329-330.

³ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 828.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج 21، ص 103.

لنفسه؟ وهذا؛ لأن الإقراض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم¹، فدل كل ذلك على عدم جواز الإقراض والاستقراض من مال الصغير.

2- قالوا إن الولي والوصي لا يتمكن من تحصيل المال من المستقرض بنفسه، لأنه ليست لديه الوسائل من استرجاع مال الصغير من المستقرض، كما هو الحال في القاضي².

يتبين من كل ما سبق ذكره أن المسألة خلافية بين الفقهاء، والذي يترجح من القولين، هو القول الأول لجمهور الفقهاء والقائل بجواز إقراض مال القاصر، إذا دعت لذلك الحاجة والضرورة، وكانت هناك مصلحة ومنفعة مباحة، وتم ترجيح هذا القول لقوة دليلهم، لكن إذا لم تكن هناك أي مصلحة للقاصر فلا يجوز هذا الإقراض.

ويُرى ألا يكون هذا الإقراض إلا إذا كانت فيه مصلحة للقاصر، ويقرض لشخص أمين ثقة، ويتم بالإشهاد وكتابة وثيقة بذلك، للحفاظ على مال القاصر ولتجنب الإنكار. أما إذا كان الإقراض تعطيل لمال القاصر عن تنميته واستثماره فلا أرى جوازه مادامت ليست هناك حاجة تدعو لهذا الإقراض.

أما القول بجواز إقراض القاضي مال القاصر للغير وعلى إطلاقه وبدون أي قيد، بدعوى كثرة انشغاله، وأنه يتمكن من استرداد مال القاصر متى شاء، فلا يرى ذلك أن يكون على الإطلاق وبدون أي قيد، بل لا بد أن تكون هناك مصلحة للقاصر متحققة في هذا الإقراض، لأن القاضي يمكن له أن يوكل من يقوم باستثماره وتنميته، أو أن يدفعه للغير مضاربة، كما أن الإقراض على إطلاقه قد يضر بمصلحة القاصر في حالة إعسار المقترض وبالتالي يصعب استرداد مال القاصر.

ثانياً- حكم استقراض وإقراض مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية:

وبالرجوع إلى قوانين الأسرة المغاربية فإن المشرع الجزائري نص على جواز الإقراض والاقتراض من أموال القاصر من طرف ولي القاصر بغرض استثمارها، وهذا بعد أخذ الإذن من

¹ السرخسي، نفس المرجع، ج 14، ص 37.

² البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 828. البخاري، كشف الأسرار، ج 4، ص 256-257.

القاضي المختص، فالغاية في الإقراض والاقتراض هو استثمار أموال القاصر لا حفظها، كما رأى ذلك جمهور الفقهاء، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 88 ق أ ج، ويجب على القاضي أن يتأكد من أن هذا الإقراض أو الاقتراض يصب دوماً في مصلحة القاصر، وذلك طبقاً لأحكام نص المادة 89 ق أ ج.

وقد منح المشرع الجزائري للوصي نفس سلطات الولي المحددة ضمن أحكام المادة 88 ق أ، وهو ما نصت عليه المادة 95 من ذات القانون، كما أن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي ويقوم مقامه، وهذا طبقاً لأحكام نص المادة 100 ق أ ج.

أما بخصوص اقتراض من مال القاصر لنفسه، فيما أنه تتعارض فيه مصلحته مع مصلحة النائب الشرعي للقاصر فلا بد من أخذ إذن القاضي المختص، كما ويتعين على القاضي أن يعين متصرفاً خاصاً قصد مراقبة مدى تطابق هذا التصرف مع مصلحة القاصر¹، وهو ما نصت عليه المادة 90 ق أ ج السابق ذكرها.

والمشرع المغربي منع أيضاً إقراض الولي أو اقتراضه من مال القاصر دون إذن القاضي المختص، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 858 ق أ ع م، حيث جاء نصها: "ليس للأب، بدون إذن القاضي، أن يقرض أو يقترض لنفسه مال ابنه الذي في حجره. وإذا رخص القاضي للأب في شيء من ذلك، وجب عليه أن يأمر بكل ما يراه لازماً من الضمانات التي من شأنها أن تصون مصالح القاصر صيانة تامة. ويطبق نفس الحكم على الوصي والمقدم ومدير الشخص المعنوي، بالنسبة إلى الأموال أو القيم المملوكة للأشخاص الذين يديرون أموالهم". وهذا الحكم يتطابق مع ما نصت عليه أحكام الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والتي نصت بعدم جواز إقراض الوصي أو المقدم مال القاصر إلا بعد أخذ الإذن من القاضي المختص².

¹ قد يكون ذلك بناء على طلب من له مصلحة كأحد أقارب القاصر أو من النيابة العامة عند الاقتضاء. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، ص 96.

² جاء ضمن نص الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ما يلي: "لا يجوز للوصي ولا المقدم أن يباشر التصرفات التصرفات الآتية إلا بإذن من القاضي 1-التصرف في عقار القاصر...الإقراض...2-استثمار أموال القاصر أو اقتراضها لتفويته أو ما يؤدي إلى تفويته".

فللقاضي أن يراقب الولي فيما يفعله في مال ابنه القاصر، وله أن يمنعه من التصرفات التي يتبين له أنه من شأنها أن تضر بولده، وبالأخص إذا كان للمحجور مال وكان أبوه فقيراً لا يقدر أن يعوض ابنه عما يأخذه من ماله¹.

وقد منع أيضاً المشرع الليبي على النائب الشرعي الولي أو الوصي إقراض مال القاصر أو اقتراضه بدون إستئذان المحكمة المختصة، وهو ما نصت عليه المادة 52 من القانون الخاص بتنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم بالنسبة للولي، والمادة 68 في فقرتها السادسة بالنسبة للوصي والقيم، لأن الإقراض بدون مصلحة تعود على القاصر يعتبر من باب التبرع وهو ما نعت عنه نص المادة 51 من ذات القانون.

ولم يخالف المشرع التونسي باقي التشريعات المغاربية، فقد منع الولي من الاقتراض من مال القاصر إلا بعد استئذان القاضي، وذلك بعد اتخاذ جميع الوسائل والإجراءات اللازمة لحماية مال القاصر ولحفظ حقوقه، علماً أن هذا الحكم ينسحب أيضاً على الوصي والمقدم، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى والثانية من نص المادة 108 م ا ع ت.

ونصوص قوانين الأسرة المغاربية وتشريعاتها لا تختلف عما أورده جمهور الفقهاء بجواز إقراض مال القاصر للغير، بشرط تحقق مصلحة القاصر، كما أجازت التشريعات المغاربية للولي الاقتراض من مال القاصر لسد حاجة ضرورية لكن قيد هذا الجواز باستصدار الإذن من القاضي المختص، وفي هذا حماية لأموال القاصر، ورقابة على تصرفات النائب الشرعي.

المطلب الرابع: رهن النائب الشرعي مال القاصر

قد يحتاج النائب الشرعي للقاصر لرهن ماله، أثناء القيام باستثمارها، أو لتحقيق مصلحته بشكل عام، كما أن النائب قد يقوم برهن مال القاصر لتحقيق مصلحة للغير، وضمن هذا المطلب سيتم تناول أحكام رهن مال القاصر، وقبله لا بد من التطرق لتعريف الرهن.

¹ محمد بن معجوز، المرجع السابق، ص 230.

الفرع الأول: تعريف الرهن

للرهن تعريفات متعددة ومن عدة جوانب، وضمن هذا الفرع سيتم التطرق لتعريف الرهن في الجانب اللغوي وكذا الاصطلاح الفقهي له.

أولاً-تعريف الرهن لغة:

الرهن في اللغة جمعها رهون ورهان ورهن، بضم الهاء، والرهن في اللغة له عدة معان، فيقال فلان رهن الشيء بمعنى ثبت ودام، ويقال رهنتم بالمكان أقام، والرهن اللزوم والحبس، ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾¹، بمعنى محبوسة، ورهن الشيء وسنده بمعنى حبسه عنده بدين، والرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه. يقال: رهنتم فلاناً داراً رهناً وارهنه إذا أخذه رهناً².

فمن المعاني اللغوية للرهن هو لزوم الشيء وحبسه، أو حبس الشيء بدين، وهذا المدلول اللغوي الأخير يتقارب مع مدلول الاصطلاح الفقهي له، وهو ما سيأتي بيانه في الجزئية الموالية.

ثانياً-تعريف الرهن اصطلاحاً:

لقد عرف الفقهاء الرهن بعدة تعريفات لها علاقة بمعنى الحبس الذي ذكره اللغويون، ومن اللغويون من عرفوا الرهن بمعناه الاصطلاحى الذي ذكره الفقهاء، ومنه أنه: "حبس الشيء بحق ليستوفي منه عند تعذر وفائه"³.

وسيتيم اختيار من تعريفات فقهاء الاصطلاح للرهن تعريف فقهاء المالكية، والذين عرفوه بأنه: "شيء متمول أخذ من مالكه، توثقاً به، في دين لازم، أو صار إلى اللزوم"⁴.

¹ سورة المدثر، آية رقم 38.

² ابن منظور، لسان العرب، ج 13، ص 188. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 378.

³ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 378.

⁴ الصاوي، بلغة السالك، ج 4، ص 304-305.

فالرهن هو حبس شيء متمول توثيقاً للحق أو استيفاء منه، وذلك عند تعذر سداد الدين، من خلال بيع الشيء المرهون واستيفاء الحق منه.

الفرع الثاني: أحكام رهن مال القاصر

ضمن هذا الفرع سيتم التطرق لبعض أحكام رهن مال القاصر، وذلك ضمن الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأسرة المغاربية.

أولاً- أحكام رهن مال القاصر في الفقه الإسلامي:

إن رهن مال القاصر له وجهين اثنين، فإما أن يكون لمصلحة القاصر وإما أن يكون لمصلحة الغير، وقد تطرق الفقهاء لهذين الحكمين وهو ما سيتم بيانه.

1- رهن الولي أو الوصي مال القاصر لمصلحته:

جوز فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة للأب والوصي أن يرهن مال القاصر المحجور عليه لحاجته، كأن يرهن له بعض من متاعه لغرض كسوته أو إطعامه أو لمصلحته الضرورية وماله فيه حظ، فيجوز الاقتراض له ورهن ماله، وكذلك يجوز للولي والوصي في حالة ما إذا أئجر للقاصر أن يرهن له بغرض تمييز المال، لأنه لا يستغنى عنه في الاتجار، وهذا كله بشرط ألا يرهن ماله إلا عند ثقة أمين ومن أهل السداد، لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع، وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ذلك¹.

وإذا رهن الأب متاع ابنه الصغير لتحقيق مصلحته، فبلغ الابن ومات الأب فإنه ليس للأب أن يرد تصرف الأب حتى يقضي الدين، وكذلك الحال بالنسبة للوصي، لوقوعه لزاماً من

¹ العيني، البناية في شرح الهداية، ج 11، ص 602. سحنون، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د ط، د س، ج 14، ص 20. القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 240. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 479-480.

جانب الصغير، إذ يعد تصرف الأب بمنزلة تصرف الصغير بعد البلوغ، وهذا لقيام الأب مقام الصغير في التصرف¹.

2- رهن الولي أو الوصي مال القاصر لغير مصلحة القاصر:

وإذا كان الفقهاء اتفقوا في جواز رهن الولي والوصي مال الصغير لحاجته ومصالحته، فإنهم اختلفوا في جواز رهن الولي مال الصغير لغير مصلحة الصغير، سواء أكان ذلك لمصلحة الولي أو الوصي أو لمصلحة غيرهم، حيث اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين اثنين وهما كالآتي:

القول الأول: لجمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وبعض فقهاء الحنفية كأبي يوسف وزفر وبشير بن الوليد وهو من أصحاب أبي يوسف وإحدى الروايتين للحنابلة، حيث قالوا بعدم الجواز للولي ولا للوصي رهن مال الصغير لغير مصلحة الصغير ومنفعته، كأن يرهنه بدين نفسه، لأنه مظنة التهمة، ولما فيه من المساس بأصل مال الصغير واستغلاله من طرف الولي أو الوصي لمصلحته الشخصية، وكذلك لا يجوز رهنه بدين غيره، فإذا ما وقع وحصل فإن ذلك المال يرد².

وفي اختلاف الحنفية في القول بالمنع والجواز يقول البغدادي وهو من فقهاء الحنفية: "ولو رهن الوصي أو الأب مال اليتيم بدين نفسه، في القياس: لا يجوز، ويجوز استحساناً، وعن أبي يوسف أنه أخذ بالقياس"³، أي قياساً على عدم جواز قضاء الأب دينه بمال محجوره الصغير.

وقد استدلل القائلين بمنع رهن مال الصغير لغير مصالحته بالقياس، حيث قالوا إذا كان لا يجوز أن يقضي الولي دينه من مال ابنه الصغير فلا يجوز رهنه كذلك، لأنه يعتبر وكأنه قد قضى ووفى دينه من مال ابنه ولا يحق له القيام بذلك وهكذا هو الرهن¹.

¹ العيني، نفس المرجع، ج 11، ص 602-603.

² العيني، نفس المرجع، ج 11، ص 597-598. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 829. القراني، الذخيرة، ج 8، ص 243. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 649. العيني، البناية في شرح الهداية، ج 11، ص 601. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 482.

³ البغدادي، نفس المرجع، ج 1، ص 828.

القول الثاني: قالوا بجواز أن يرهن الولي مال ابنه الصغير بدين نفسه، وكذلك الحال بالنسبة للوصي، بل وقالوا إن ذلك من جهة الاستحسان، وهذا القول هو لبعض فقهاء الحنفية وقال الحنابلة أن ذلك للأب في أن يرهن مال ولده لنفسه، واختلفوا فيما عدا الأب بين مجيز ومانع ومنشأ الخلاف بين الحنابلة مظنة التهمة فيما عدا الأب².

واستدلوا لصحة ذلك بالقياس أيضاً، حيث قاسوا جواز الرهن على جواز الإيداع، وقالوا إن الأب أو الوصي إذا كان يملك إيداع مال ابنه الصغير فإن رهنه يكون أبلغ من إيداعه، إذ أن الرهن إذا هلك يكون مضموناً، على خلاف الوديعة إذا هلكت تملك أمانة في يد الوديع وفيها ضياع لمال الصغير، أما الرهن إذا هلك في يد المرتهن، وفيه وفاء بالدين صار المرتهن مستوفياً دينه ويضمن الأب قيمته لولده³.

والذي يترجح من هذين القولين هو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وبعض الحنفية والقائلين بعدم جواز الوصي أو الرهن مال الصغير لغير مصلحة الصغير ومنفعته، لأن مال القاصر يعتبر أمانة ولا يستعمل إلا في مصلحته، وفي المنع من استغلاله من طرف الغير احتياطاً لماله من الضياع أو أي استخدام يؤدي إلى هلاكه أو الإضرار به.

وخلاصة ما سبق ذكره أن الفقهاء متفقون على جواز رهن الولي الأب مال ولده لمصلحته، أما رهنه لمصلحة الولي أو لغيره فمنعه الجمهور وأجازوه البعض، والراجح بعدم جوازه، لأن التصرف في أموال القاصر منوط بالمصلحة، وهذا التصرف لا مصلحة فيه للقاصر.

ثانياً- أحكام رهن مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية:

بالنسبة لرهن مال القاصر لمصلحته في التشريعات المغاربية نجد أنها نصت على ضرورة استصدار إذن خاص من طرف القاضي المختص، والذي لا يمنح هذا الإذن إلا عند الضرورة

¹ العيني، نفس المرجع، ج 11، 597-598-601. القراني، الذخيرة، ج 8، ص 243. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 649. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 828.

² البغدادي، نفس المرجع، ج 1، ص 828. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 480. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 3، ص 482.

³ البغدادي، نفس المرجع، ج 1، ص 829. العيني، البنائة في شرح الهداية، ج 11، 597-598.

والمصلحة الواضحة، وهو ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 15 م ا ع ت، ودون التفريق في ذلك بين رهن العقار والمنقول فسوى بين الأمرين.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بالنسبة للعقار، وذلك ضمن نص المادة 88 ق أ ج، إذ اعتبر رهن عقار القاصر من طرف الولي من أعمال التصرف التي قيدها المشرع الجزائري بأخذ الإذن المسبق من طرف قاضي شؤون الأسرة، ومنح الإذن مشروط بتوفر حالة الضرورة والمصلحة، وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من نص المادة 88 ق أ ج: "بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة"، فيما لم يورد حكم رهن المنقول في هذا الشأن.

واعتبر المشرع المغربي خلافاً للمشرع الجزائري أن رهن عقار ابنه القاصر غير مشروط بضرورة الحصول على إذن القاضي المختص، وهو ما نص عليه في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/09/10 تحت عدد 1111¹، وهو ما يفهم منه أن هذا الرهن إذا كان في مصلحة القاصر، ويجوز ذلك أيضاً في رهن المنقول بدون الحصول على إذن القاضي المختص.

أما بالنسبة لرهن مال القاصر لمصلحة الغير فبالنظر لعدم ورود نص صريح في هذا الأمر يرجع في ذلك إلى ما تم النص عليه ضمن أحكام الفقه الإسلامي، وما هو معمول به في المذهب المالكي على وجه التحديد، وبالنظر لرأي المالكية والقائل بعدم جوازه، وعليه لا يجوز للولي أن يرهن مال القاصر إلا لمصلحة القاصر، وهذا هو القول الراجح الذي سبق ذكره.

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/09/10 تحت عدد 1111 في الملف التجاري عدد 08/4 بمجلة الملف عدد 16 وما يليها. نقلاً عن محمد بفقير، المرجع السابق، ص 354. محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، د ط، د س، ص 201.

الفصل الثاني: وسائل استثمار مال القاصر

بعد أن تم التطرق ضمن الفصل الأول لحقيقة استثمار مال القاصر، حيث تم تبين مفهومه، وتحديد ضوابطه، وفي هذا الفصل يتم تناول أساليب استثمار مال القاصر.

وإذا كانت التشريعات المغربية لم تصدر تشريعاً خاصاً يحدد وسائل وأساليب استثمار أموال القاصر، لا تفصيلاً ولا إجمالاً، وعليه فإنه يعمل بأساليب الاستثمار التي أوردتها الفقهاء، وما هو متعارف عليه من وسائل الاستثمار الحديثة، والتي لا تتعارض مع مبادئ الفقه الإسلامي، ولا نصوص التشريعات المغربية، مع التفصيل في بعض وسائل الاستثمار التي تمت الإشارة إليها في بعض تشريعات الأسرة المغربية، والتي ورد ذكرها في معرض التطرق لبعض ضوابط استثمار مال القاصر.

هذا وتختلف أساليب وطرق استثمار أموال القاصر لغرض الحصول على الربح والغلة، وذلك لنوعين اثنين، منها ما هو متعارف عليه منذ القديم، مثل الإجارة وغيرها، ومنها ما هو حديث النشأة، وعليه فإنه سيتم تناول بعض الأساليب والوسائل التقليدية والحديثة لاستثمار أموال القاصر، وذلك من خلال تبين مفهومها وبعض أحكامها، وإبراز مدى نجاعة بعضها في تحقيق أفضل الأرباح لأموال القاصر.

ومن أساليب استثمار أموال القاصر التي سيتطرق لها ضمن هذا الفصل ألا وهي التجارة والمضاربة والإجارة بالإضافة إلى شركة المساهمة، حيث سيتم تناول كل وسيلة ضمن مبحث مستقل.

المبحث الأول: استثمار مال القاصر بالتجارة

يعتبر الاتجار بأموال القاصر من بين أبرز طرق ووسائل استثمار أموال القاصر، والتي تتنوع صورها كالبيع والشراء، وتارة تكون من البيع وحده، وأخرى من الشراء وحده. كما أن هذا البيع والشراء قد يكون للمنقول وقد يكون للعقار، فإن كانت التشريعات المغاربية قد عدت بيع وشراء المنقول من أعمال الإدارة¹، وبعض صور بيع وشراء العقار ضمن أعمال التصرف²، إلا أنه سيتطرق لأعمال الإدارة والتصرف ضمن جزئية الاتجار، لأن من أعمال التصرف كبيع عقار القاصر، وهو ما قد يندرج ضمن الاتجار بماله إذا قصد منه الربح، وهو ما يتفق مع تعريف الفقهاء والذي سيأتي بيانه.

المطلب الأول: حقيقة التجارة

قبل التطرق للأحكام الخاصة باستثمار أموال القاصر بالتجارة من خلال البيع والشراء له يستلزم الحال ضرورة تناول حقيقة التجارة، وذلك من خلال التطرق لتعريفها وحكمها.

الفرع الأول: تعريف التجارة

إذا كانت التجارة تعد من الوسائل المهمة لاستثمار أموال القاصر فإنه لا بد من تعريفها سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية، وذلك ما سيتم تناوله في هذا الفرع.

¹ عرف المشرع الجزائري أعمال الإدارة بمناسبة تناوله عقد الوكالة في الفقرة الثانية من نص المادة 573 ق م ج، والتي جاء فيها: "ويعتبر من العقود الإدارية (أي أعمال الإدارة) الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث (3) سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وجميع أعمال التصرف كبيع المحصول، وبيع البضاعة والمنقولات التي يسرع إليها التلف وشراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله".

² ذكر المشرع الجزائري أعمال التصرف ضمن نص المادة 574 من القانون المدني: "البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء". وأعمال التصرف هي التي تنطوي على إخراج جزء من رأس من الذمة المالية أو ترتيب حق عيني عليه. عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 69.

أولاً-التعريف اللغوي للتجارة:

لفظ التجارة مأخوذ في اللغة من الفعل تجر، فنقول تجر يتجر تجراً وتجارة، ورجل تاجر والجمع تجار، بالكسر والتخفيف، والتجارة إذا باع وشري، وكذلك أاجر وهو افتعل¹.
ويلاحظ أن هذا المدلول اللغوي للتجارة لا يختلف كثيراً عن المدلول الاصطلاحي للفقهاء، وهو ما سيأتي بيانه في الجزئية الموالية.

ثانياً-التعريف الاصطلاحي للتجارة:

لقد اختلفت تعريفات التجارة عند الفقهاء المتقدمين والمتأخرين وعند أهل الاقتصاد المعاصرين، ولكل نظرتة لها، وهو ما سيتم ذكره.

فقد عرف الجرجاني صاحب كتاب التعريفات التجارة بأنها: "عبارة عن شراء شيء لبيع بالربح"²، أما الفخر الرازي فعرف التجارة بقوله: "التجارة عبارة عن التصرف في المال سواء كان حاضراً أو في الذمة لطلب الربح"³.

كما عرف بن خلدون التجارة بأنها: "محاولة الكسب بتنمية المال، بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء، أي ما كانت السلعة، من دقيق أو زرع أو حيوان، أو قماش. وذلك القدر النامي يسمى ربحاً"⁴.

ويتضح أن جميع التعريفات السابقة للفقهاء تتفق على أن المراد من التجارة والغاية منها هو الكسب والربح، وذلك عن طريق البيع والشراء، فهي وإن اختلفت في الألفاظ إلا أنها اتفقت في المعنى.

أما تعريفات المعاصرين من أهل الاقتصاد فاختلفت من تعريف لآخر، منها أن: "التجارة هي كل تبادل للبضائع في مقابل القيمة النقدية الموازية لها"، كما وتشمل التجارة مجموع العمليات

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ص 89.

² الجرجاني، التعريفات، ج 1، ص 53.

³ الرازي، مفاتيح الغيب، ج 7، ص 98.

⁴ ابن خلدون، مقدمة العلامة بن خلدون، ص 375.

التي تضع السلع والخدمات تحت تصرف المستهلكين. وفي النظام الليبرالي تم تعريف التجارة بأنها: "الصيرورة التي تؤدي إلى وضع السلعة المرغوبة في متناول المشتري القادر على الدفع"¹. فالتعريف الاقتصادي المعاصر للتجارة يختلف عما هو عليه عند الفقهاء، وهذا راجع لاختلاف الاختصاص ولتغير الأزمان وتطور العملية التجارية.

ويمكن من كل هذا إعطاء تعريف جامع للتجارة وهي أنها: "بيع السلع والخدمات لغرض الربح". علماً أن التجارة قد تكون داخلية أي داخل حدود الدولة، كما قد تكون خارجية أي خارج حدود الدولة أو بين الشعوب والأمم، وهو ما يصطلح عليه بالتجارة الدولية.

ورغم اختلاف هذه التعاريف لمصطلح التجارة من الناحية اللفظية، وذلك بين تعريف الفقهاء وأهل الاقتصاد، إلا أنها تتفق في المعنى، والذي هو القيام بعملية البيع والشراء بغرض تحقيق الأرباح.

الفرع الثاني: حكم التجارة بمال القاصر

سيتم تناول في هذه الفرع الثاني لحكم التجارة بمال القاصر في الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

أولاً- حكم التجارة بمال القاصر في الفقه الإسلامي:

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا في إعطاء مدلول للتجارة فإنهم اختلفوا في حكم الاتجار بأموال القاصر إلى قولين اثنين وهما:

القول الأول: قالوا إن اتجار الولي أو الوصي أو المقدم بمال القاصر يعد مستحب وليس بمكروه ولا واجب، إذ أن الأصل في اتجار الشخص بماله هو الاستحباب، فلا يلزم النائب عنه مالا يلزمه، وهذا القول هو لجمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة، وهذا الحكم ليس لولي القاصر فقط وإنما لكل ناظر في مال الصبي، وصياً كان أو أميناً من قبل الحاكم، وعليه فيستحب

¹ سامي ذيبان وآخرون، المرجع السابق، ص 115.

أن يتجر بمال محجوره والربح كله للصغير¹. وفي هذا يقول البغدادي: "ثم للوصي أن يودع مال اليتيم ويضع ويتجر بمال اليتيم لليتيم...وله أن يفعل كل ما كان فيه خير لليتيم، وكذا الأب"².

وذهب فقهاء الحنفية والمالكية إلى جواز اتجار الوصي في مال الصغير وليس على الوصي ضمان إذا ما ضاع مال الصغير في التجارة³، حيث يقول الشيخ علي: "إنما للوصي في مال اليتيم فعل ما يقيه أو ينميه. (قال) اللخمي حسن أن يتجر له، وليس ذلك عليه"⁴، وعلى هذا فلا يجب على الوصي التجارة بمال اليتيم، وإنما يستحسن له القيام بذلك، والقيام بكل فعل من شأنه تنمية مال الصغير ونفعه.

وروى ابن القاسم أن للوصي أن يتجر بأموال اليتامى ولا يضمن إذا ما ضاع أو تلف وروى ابن وهب في البر والبحر. كما أن للوصي أن يعطي ما لهم لمن يتجر لهم بها، وقد أعطت عائشة أم المؤمنين مال اليتيم لمن يتجر به في البحر⁵.

وقد استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة من القرآن والسنة وهي كالاتي:

1-القرآن:

أهم دليل لجواز واستحباب الاتجار في مال القاصر ما أورده الجصاص في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّتِي تَمْبِي فُلٍ اِصْلَاحٍ لَهُمْ خَيْرٌ﴾⁶، حيث قال إن الآية قد حوت

¹ الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 5، ص 198. السرخسي، المبسوط، ج 28، ص 28-29. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 827. القراني، الذخيرة، ج 8، ص 241. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 208-209. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

² البغدادي، نفس المرجع، ج 1، ص 827.

³ القراني، الذخيرة، ج 8، ص 241. ابن جلاب، التفريع، ج 2، ص 257.

⁴ محمد عليش، منح الجليل، ج 9، ص 587.

⁵ الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 8، ص 570. محمد عليش، نفس المرجع، ج 9، ص 588.

⁶ سورة النساء، آية رقم 218.

ضروباً من الأحكام، أحدها قوله: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ حَيِّسٌ﴾، فيه دلالة واضحة على جواز التصرف في مال الصغير بالبيع، والشري إذا كان ذلك صلاحاً له¹.

2- السنة:

أما الدليل من السنة فلما روي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قال: "من ولي يتيماً له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"²، والتجارة في أموال الصبي تنمي المال لكيلا يفنى بالنفقة على الصبي، ولأن الاتجار أحظ لليتم لتكون نفقته من ربحه، كما يفعل البالغ في ماله، وهذا كله في مصلحة الصغير فجاز فعله له في ماله، كما يجوز الابضاع في مال الصغير، فقد روي عن عائشة أم المؤمنين أبضعت أموال بني محمد بن أبي بكر رضي الله عنهم في البحر³، والابضاع للصغير هو أن يدفع ولي أو وصي أو مقدم القاصر ماله لأحد ما بغرض الاتجار له، ويشترط في هذه التجارة أن يكون الربح كله لرب المال الصغير⁴.

3- الأثر:

ومن الأثر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"⁵.

كما أنه روي أن السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها أعطت مال اليتيم لمن يتجر به في البحر⁶.

¹ الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401.

² أخرجه الدارقطني في سننه، باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، حديث رقم 1970، ج 3، ص 5.

³ أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، باب في مال اليتيم يدفع مضاربة، حديث رقم 21375، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط 1، س 1409 هـ، ج 4، ص 390.

⁴ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 208-209. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

⁵ رواه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الحدود، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، حديث رقم 12، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، س 1985، ص 215.

⁶ الخطاب، مواهب الجليل، ج 8، ص 570.

وقد اشترط جمهور الفقهاء المجيزين لاتبجار الولي بمال القاصر أربعة شروط، وقد سبق الإشارة إليها وهي:

1- أن يكون محل الاتجار مشروعاً.

2- أن يكون الاتجار على وجه مصلحة.

3- أن يتجرد الاتجار من الغبن الفاحش.

4- ألا يدفع ماله إلا لأمين ولا يتجر له إلا في المواضع الآمنة، لئلا يغرر بماله.

القول الثاني: هو عدم جواز الاتجار في مال القاصر، وهذا القول مروى عن الحسن بن علي، وسبب كراهته له، لأنه يرى أن تخزين ماله أحفظ له من الإبتجار به، ولعله قصد بعدم جواز هذا الاتجار أراد اجتناب المخاطر التي قد تصيب المال¹.

وقد استدلل لهذا المنع بعدة أدلة منها قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَفْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾². فعموم الآية تدل عن النهي على التعدي على مال القاصر، والقرب لهذا المال يفترض ألا يكون إلا بغرض حفظه. واستدل من المعقول أن الاتجار بمال القاصر يشكل خطر على ماله قد يتسبب بضياعه وتلفه، فكان الأسلم له حفظه خير من طلب ربح متوهم غير مضمون يؤدي إلى خسارته كلياً أو جزء منه³.

والذي يترجح من هذين القولين هو قول جمهور الفقهاء، والقائل بجواز الاتجار بمال القاصر، لأن ذلك أفضل لمال القاصر، لتكون نفقته من فائض الربح، وبالتالي لا ينقص ماله بالنفقة. واستدلال من قال بالمنع استناداً للآية السابقة ليست فيه دلالة قطعية، أي أنه ليس هناك ما يدل على اعتبار قوله تعالى: "بالتى هي أحسن" المقصود بها الحفظ فقط، لأنه يمكن اعتبار التعامل في مال القاصر بالتجارة من بين التي هي أحسن، كما أن الجمهور استدلوا بأدلة صريحة النص وهو ما يرجح قولهم.

¹ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 339.

² سورة الأنعام، آية رقم 153.

³ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 339.

ثانياً-حكم التجارة بمال القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

لم تخالف قوانين الأسرة المغربية قول جمهور الفقهاء والقائل بجواز استثمار أموال القاصر بالتجارة، ذلك أن استثمار أموال القاصر بالتجارة تعد من ضمن الاستثمارات المشروعة، وهو ما جاء في نصوص تشريعاتهم، حيث أن المشرع الجزائري أجاز للولي استثمار مال القاصر بالتجارة، كما منح للوصي نفس سلطات الولي والمنصوص عليها في نص المادة 88 ق أ ج، والتي أجازت للولي استثمار أموال القاصر، ومن ضمن هذا الاستثمار التجارة، فيجوز للوصي المتاجر بأموال القاصر بشرط أخذ الإذن من طرف القاضي، والذي يراعي في منحه لهذا الإذن حالة الضرورة والمصلحة وهذا طبقاً لمقتضيات نص المادة 89 من ذات القانون.

وهو ما أقره المشرع التونسي في نص الفصل 17 م ا ع ت، وذلك فيما يتعلق باستمرار ولي القاصر على تعاطي تجارة آلت للقاصر ما لم يكن الولي مأذوناً من قبل القاضي المختص، الذي لا يصدر هذا الإذن إلا لمصلحة واضحة.

والمشرع المغربي خول للأب أيضاً سلطة واسعة في التصرف في أموال ابنه القاصر، والتي من ضمنها استثمارها بالتجار، بشرط مراعاة مصلحته، وذلك طبقاً لأحكام الفقرة الأولى من نص المادة 235 م أ م، كما لم يقيد من سلطته في التصرف في مال ابنه كما هو الحال في الوصي والمقدم، إذ نصت الفقرة الثالثة من أحكام المادة 271 م أ م أمر حصول الإذن مقتصر على الوصي والمقدم فقط، وكذلك الحال بالنسبة للأم باعتبارها ولي على القاصر أيضاً بعد الأب مباشرة، فلم ينص في الأولياء أخذ الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، كما هو الحال في الوصي، وقد نصت على هذا الإذن أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 14 من مدونة التجارة المغربية¹ وذلك بأنه: "لا يجوز للوصي أو المقدم أن يستثمر أموال القاصر في التجارة إلا بعد الحصول على إذن من القاضي وفقاً لمقتضيات قانون الأحوال الشخصية".

فاحتاط المشرع لتصرفات الوصي والمقدم، فجعل تصرفاته ليست كلها مطلقة بل ترك الحرية لهما بالتصرف، وقيد البعض منها، بحيث كانت خاضعة لإذن القاضي، نظراً لعدم وفور

¹ ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة.

الشفقة عندهما الموجودة عند الولي¹، فلجواز ممارسة الاتجار في أموال القاصر يشترط ضرورة الحصول على الإذن المسبق من القضاء، هذا بالنسبة للوصي والمقدم خلافاً للولي.

فالولاية على الأبناء القصر واسعة الصلاحيات ولا تخضع لنفس القيود والرقابة المسلطة على صلاحية الوصي أو المقدم، فللولي أن يتصرف في أموال محجوره دون إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وهو ما يستخلص من النصوص الواردة في هذا الشأن.

لكن هذا لا يعني أن الأب لا يراقب في تصرفاته أثناء استثماره أموال القاصر من طرف القاضي المختص، إنما يحاسب بعد وقوعها، وهو ما نصت عليه أحكام الفقرة الأولى من أحكام المادة 243 م أ م، حيث ورد فيها: "في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية، يقدم الولي تقريراً سنوياً عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه"، ونص في الفقرة الثانية منه: "للمحكمة بعد تقديم هذا التقرير اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور، ومصالحه المادية والمعنوية"، فيعني هذا أن الولي يخضع دوماً لرقابة بعدية أو لاحقة من طرف المحكمة، فالنظر في التقرير الذي يقدمه الولي للمحكمة يبين مدى صحة تصرفات الولي في أموال القاصر ومدى تحقيق مصلحته، وعلى ضوء ذلك تتولى المحكمة اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بتحقيق مصلحة القاصر المالية وحفظها.

وهناك أيضاً نص المادة 242 م أ م التي تبرز الرقابة البعدية من طرف القضاء على التصرفات السابقة للولي أثناء قيامه بحفظ واستثمار أموال القاصر، حيث تلزم الولي في حالة وجود ملف النيابة الشرعية بتقديم تقرير مفصل عن وضعية ومصير أموال القاصر، للمصادقة عليه من طرف القاضي المختص بشؤون القاصرين².

وقد أجاز المشرع الليبي للولي استثمار أموال ابنه القاصر ومن ضمنها الاتجار، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 45 من القانون الخاص بتنظيم أحوال القاصرين حيث جاء فيها: "تصرفات الولي من الوالدين في أموال أولاده القصر تحمل على السداد إلا إذا ظهر خلاف ذلك".

¹ عبد الكريم شهبون، المراجع السابق، ج 2، ص 68.

² وتجدر الإشارة هنا إلى أن مدونة الأسرة المغربية أحدثت مجلس شؤون العائلة لمساعدة القاضي المكلف بشؤون القاصرين لحل المشاكل والقضايا المطروحة عليه بشؤون القاصر المالية، وهو ما نصت عليه المادة 251 م أ م.

نستنتج مما سبق أن التصرفات تتسع في مال القاصر كلما اقتربت من الولي المعين بالشرع ووافقت مصلحة القاصر، وتضيق كلما جانبت مصلحة المولى عليه وابتعدت عن الولي المعين بالشرع.

المطلب الثاني: استثمار مال القاصر بالبيع والشراء

سبق تعريف التجارة ضمن المطلب الأول، وهي عبارة عن عملية استثمار للأموال بغرض الربح عن طريق البيع والشراء، وعلى هذا الأساس فإن الاتجار بمال القاصر يتطلب البيع والشراء في أمواله بغرض حمايتها من النقصان بسبب المصاريف المترتبة على القاصر هذا أولاً، وثانياً لتحقيق أرباح مشروعة وتحقيق العجلة الاقتصادية للبلاد.

وإذا كان البيع والشراء الذي هو عملية تجارية استثمارية تندرج ضمن أعمال الإدارة لأموال القاصر، فإنه سيتم تناول أيضاً البيع والشراء الذي يندرج ضمن أعمال التصرف على حسب ما تم تصنيفه ضمن التشريعات المغاربية، لأن هناك من أعمال التصرف يقصد بها الاتجار وتنمية الأموال وتحقيق عوائد وأرباح مالية للقاصر، وهذا التداخل بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف موجود في إطار تنمية أموال القاصر والبحث عن تحقيق أرباح وحماية أموال القاصر من النقصان.

وإذا كان بيع مال القاصر سواء أكان منقول أو عقار يعتبر من ضمن أعمال الإدارة إذا قصد بها الاتجار، أو التصرف¹ في غير ذلك، فإن الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية قد أولياهما اهتمام كبير، وذلك من خلال وضع جملة من الأحكام تنظم وتضبط هذا الأمر بغرض حماية مصالح القاصر ورعايتها، وهذا لما تنطوي عليه هذه العملية من مخاطر على مصلحته المالية، وسيتم التطرق ضمن هذه الجزئية إلى أحكام بيع مال القاصر المنقول والعقار والشراء له، ولكن قبل

¹ تنقسم الأعمال القانونية بحسب خطورتها على الذمة المالية إلى أعمال الحفظ وأعمال الإدارة، وأعمال التصرف، أقلها خطورة أعمال الحفظ، وأكثرها خطورة أعمال التصرف، أما أعمال الإدارة فتقع في موقع وسط بين هذه وتلك. وأعمال الإدارة هي مجموعة الأعمال التي تهدف إلى استغلال أو استثمار الذمة المالية وزيادة رأس مال القاصر كالتجارة وسائر أنواع الاستثمار، أما أعمال التصرف فهي التي تنطوي على إخراج جزء من رأس من الذمة المالية أو ترتيب حق عيني عليه. محمد السعيد رشدي شاهين، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، س 1983، ص 5-6. عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 69.

الخوض في أحكام هذا البيع والشراء لا بد من التطرق أولاً إلى تحديد معنى أو مدلول البيع والشراء.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب من خلال التطرق لمدلول البيع والشراء في الفرع الأول، ثم التطرق لأحكام بيع أموال القاصر المنقولة ضمن الفرع الثاني، وضمن الفرع الثالث سيتم تناول أحكام بيع أموال القاصر العقارية.

الفرع الأول: مدلول البيع والشراء

إذا كانت التجارة كما سبق تعريفها عند بعض الفقهاء بأنها طلب الربح بالبيع والشراء، فإنه ضمن هذا الفرع سيتم تناول مدلول البيع والشراء في اللغة والاصطلاح.

أولاً-تعريف البيع:

إذا كان البيع يندرج ضمن مفهوم الاتجار أو التجارة فإنه ضمن هذه الجزئية سيتم التطرق لتعريف البيع في اللغة والاصطلاح وذلك بشكل مختصر.

1-البيع لغة:

البيع في اللغة وهو ضد الشراء، وهو مطلق المبادلة. ويطلق البيع ويراد به الشراء أيضاً، لأنه من الأضداد فقد يطلق على أحدهما ويراد به الآخر، قال الله تعالى: "وشروه بثمن بخس"، أي باعوه، وبعث الشيء: شريته، أبيعته بيعاً ومبيعاً، وهو شاذ وقياسه مباعاً. والابتياح: الاشتراء¹.

2-البيع اصطلاحاً:

عرف فقهاء المالكية البيع بأنه: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة"، فتخرج بذلك الإجارة والكرأ والنكاح². كما عرف بعض الفقهاء المعاصرين البيع بأنه: "مبادلة مال بمال على سبيل التراضي، أو نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه"³.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 8، ص 23. الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج 6، ص 4.

² الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 8.

³ سيد سابق، فقه السنة، ج 3، ص 46.

والبيع عام وإن أريد به مطلق المعاوضة، فيطلق البيع على التجارة المطلقة سواء أكانت بالربح أو لا، على خلاف التجارة التي يراد بها المعاملة الربحية عن طريق مبادلة مال بمال لكنها مقيدة بالربح، أما البيع فتشمل المعاملة الربحية وغير الربحية¹. وعلى هذا فالبيع يدخل في أعمال التجارة في أموال القاصر، وقد لا يندرج ضمن ذلك، ولذا فيستلزم الحال التطرق لأحكامه لاعتبار أنه قد يكون الغاية منه هو الربح.

ثانياً-تعريف الشراء:

الشراء يندرج أيضاً ضمن مفهوم التجارة، لذا فإنه وضمن هذه الجزئية سيتم التطرق للمعنى اللغوي والاصطلاحي للمصطلح الشراء.

1-تعريف الشراء لغة:

الشراء لغة من الشري: وشري الشيء يشريه شري وشراء واشتراه سواء، وشراه واشتراه أي بمعنى باعه. قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ﴾²، وقال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾³، أي بمعنى باعوه، وشريت الشيء أشريه شراء إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً، وهو من الأضداد⁴.

2-تعريف الشراء اصطلاحاً:

أما عن تعريف الشراء في اصطلاح الفقهاء فقد عرفوه بعدة تعريفات منها أنه: "إدخال ذات في الملك بعوض. أو تملك المال بالمال"⁵.

¹ القانوني، حاشية القانوني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2001، ج 13، ص 390.

² سورة البقرة، آية رقم 205.

³ سورة يوسف، آية رقم 20.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، ج 14، ص 427-428.

⁵ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، س 2003، ج 2، ص

علماً أنه في اللغة يطلق كلاً من لفظ الشراء والبيع على معنى الآخر، فهما من الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة، فيقال لفعل البائع: بيع وشراء، كما يقال ذلك لفعل المشتري أيضاً ومنه قوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ¹﴾، فإن معنى شروه في الآية باعوه، وكذلك الاشتراء والابتياح فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة، إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البائع وهو إخراج الذات في الملك، وخص الشراء والاشتراء والابتياح بفعل المشتري وهو إدخال الذات في الملك².

الفرع الثاني: بيع مال القاصر

إذا كان البيع يندرج ضمن أعمال التصرف، فإنه قد يراد به الربح، وعلى هذا الأساس فإنه سيتم تناوله في العملية الاستثمارية لأموال القاصر، وقد تم تقسيم هذا الفرع لجزئين، الأول تناول بيع منقول القاصر، والثاني بيع عقار القاصر.

أولاً- بيع منقول القاصر:

بعد أن سبق تناول تعريف المنقول ضمن الفصل التمهيدي والتفصيل في بعض جزئياته، فإنه في هذا الجزء سيتم تناول أحكام بيع مال القاصر المنقول من طرف النواب الشرعيين، وذلك ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

1- بيع الولي منقول القاصر:

يختلف بيع أموال القاصر المنقولة من طرف الولي على ما هو عليه عند باقي النواب الشرعيين، لذا فإنه سيتم تناول كل جزئية على حدة، وذلك بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية وبعض تشريعاتها.

¹ سورة يوسف، آية رقم 20.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 3304. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، ص 134.

أ- بيع الولي منقول القاصر في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على جواز بيع الأب مال ابنه القاصر المنقول، وقالوا بأنه يصح هذا البيع سواء أذكر الأب السبب في بيعه لهذا المال أم لم يذكر السبب، لانتفاء التهمة في حق الأب، لأنه أشفق الناس على ولده من غيره، ففعله محمول على السداد والمصلحة، وذلك كصرف مال الصغير عليه في ضروريات الحياة من طعام وكسوة وسكنى بالمعروف، وبيع المنقولات الذي لا يؤمن عليه كالأمثلة والحيوانات، إلا أن يكون فعله على وجه غير صائب ويثبت ذلك بالدليل، وكذلك الحال بالنسبة للوصي، وأضاف فقهاء الحنفية أنه يحق للأب بيع مال ابنه المنقول إذا كان عدلاً مستور الحما، وعندئذ ليس للابن نقضه بعد بلوغه¹.

ويبدو أن الفقهاء قد ذهبوا إلى الإفراط في إعطاء الأب حرية واسعة في البيع، بل منهم من منحه ذلك حتى لمصلحة نفسه إن كان فقيراً في أن ينفق من مال ولده على نفسه. بينما ذكر خليل أن الأب إذا باع مال ابنه لمنفعة نفسه فإن هذا البيع يفسخ، وهذا القول مروى عن أصبغ بن خليل².

كما جوز فقهاء الشافعية بيع منقول الصغير من طرف الأب أو الجد وكل ناظر يلي مال الصغير بشرط أن يكون البيع بثلث المثل، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَفْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾³، فبيع مال القاصر بثلث المثل شرط لصحة هذا البيع عند فقهاء الشافعية⁴.

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 854. الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 198. محمد عليش، منح الجليل، ج 6، ص 105. خليل، التوضيح، ج 6، ص 243. الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج 1، ص 411. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 109.

² خليل، التوضيح، ج 6، ص 243.

³ سورة الأنعام، آية رقم 153.

⁴ الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 208.

فإن ادعى المحجور عليه بعد بلوغه أن الأب والجد قد باعا ماله بلا مصلحة، قال الشافعية إن القول قول الأب والجد باليمين، لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما¹.

وخلاصة قول جمهور الفقهاء أن الولي الأب يملك سلطة واسعة في بيع منقول ابنه القاصر وذلك من غير ذكر السبب الموجب للبيع أو التقيد بالحاجة، ولا يحتاج حتى لإذن القاضي، لأن تصرف الأب محمول على السداد وحسن النظر في أموال المولى عليه، لاعتباره أشفق الناس بأبنائه القصر، وأدرى الناس بمصالحهم، وهذا ما دامت توفرت فيه جميع شروط الولاية المنصوص عليها.

ب- بيع الولي منقول القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

أما عن حكم بيع منقول القاصر في قوانين الأسرة المغربية من طرف الولي نجد أن المشرع الجزائري أوجب على الولي ضرورة الحصول على إذن القاضي المختص² كلما أراد التصرف في منقولات القاصر، إلا أنه رغم ذلك حصر هذا الإذن بالنسبة للمنقولات ذات الأهمية الخاصة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة 88 ق أ ج بأنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:.... بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة...". فالمشرع الجزائري أوجب فقط الحصول على الإذن في بيع المنقولات الخاصة³، والتي لم يحددها، وإنما ترك للقضاء تحديدها، وعليه فإنها ستختلف من شخص لآخر. ويستفاد من هذه المادة أن طلب الإذن لبيع منقول القاصر من القاضي المختص لا يكون في الشيء البسيط الزهيد الذي لا قيمة له، وهذا لكيلا يتم انتقال كاهل المحاكم بمعاملات زهيدة لا قيمة لها.

¹ الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج 4، ص 429.

² الإذن القضائي يجسد رقابة سابقة على التصرف في مال القاصر، والهدف منها هو حماية أموال القاصر.

³ يجب أن يتأكد قاضي شؤون الأسرة قبل منحه الترخيص من وجود حالة الضرورة المبررة لبيع منقولات القاصر ذات الأهمية الخاصة، وأنه يصب دوماً في مصلحة القاصر، وذلك من خلال الاستعانة بالخبرة، كما ويجب أن يتم هذا البيع بالمزاد العلني وهذا قصد ضمان أعلى ثمن لمصلحة القاصر، وذلك طبقاً لأحكام نص المادة 89 ق أ ج.

وقد ذهب المشرع المغربي بتوسيع سلطة الأب والأم في التصرف في أموال القاصر المنقولة، حيث أن سلطة الأب والأم في تسيير وإدارة أموال القاصر لا تخضع إلى التنظيم المحدد الذي تخضع إليه سلطة الوصي أو المقدم، وهذا طبقاً لأحكام المادة 271 م أ م، كما أنه ليس في مدونة الأسرة ما يشير إلى توقف تصرف الولي في أموال محجوره المنقولة على إذن القاضي إلا في حالة واحدة، وهي حالة إرادة النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح أقاربه مع مصالح المحجور، حيث يرفع الأمر عندئذ إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به طبقاً لنص المادة 269 م أ م¹، وذلك يبين أن مدونة الأسرة المغربية أخذت بما جاء ضمن أحكام الفقه الإسلامي، لاعتبار أن تصرفات الولي تحمل على السداد إلى أن يثبت العكس، وسواء أكان أباً أو أمًا².

كما نصت المادة 240 م أ م بعدم خضوع الولي لرقابة القضاء القبلية أو لإجراء الحصول على الإذن القضائي لإدارته لأموال محجوره أو بغرض بيع أموال ابنه المنقولة، وذلك نظراً للثقة الوثيقة بالقاصر وهذا راجع لوفور شفقة الوالدين وحرصهما على بيع منقولات ابنهما بما يحقق مصلحته، وذلك هو الأصل إلى أن يثبت عكس ذلك، لكن إذا تجاوزت قيمة أموال المحجور 200 ألف درهم فإنه يتم فتح ملف النيابة الشرعية، كما ويتعين على الولي أن يقدم تقرير سنوي بخصوص طريقة إدارة أموال القاصر، وهو ما يعني أنه يخضع لرقابة قضائية بعدية بخصوص التصرفات التي يجريها.

لكن يلاحظ أن هناك تنازع في التشريع المغربي وذلك بين مدونة الأسرة التي وسعت من صلاحيات الولي في بيع مال القاصر، وبين قانون الإلتزامات والعقود الذي قيد من هذا التصرف حيث نجد أن الفصل 11 منه في فقرته الأولى والثانية تنص على أن: "الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، والوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا

¹ عمر لمين، مقال بعنوان مستجدات مدونة الأسرة فيما يتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المغرب، العدد 5، سبتمبر 2005، ص 125.

² نصت الفقرة الأولى من أحكام المادة 230 م أ م أن الولي هو الأب أو الأم أو القاضي، وعليه فهؤلاء لا يخضعون لرقابة القضاء القبلية في التصرف ببيع منقولات القاصر.

يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية. ويعتبر من أعمال التصرف في معنى الفصل 11 ق ا ع م البيع والمعاوضة والكرء لمدة تزيد على ثلاث سنوات والشركة والقسمة وإبرام الرهن وغير ذلك من الأعمال التي يحددها القانون صراحة". فتم تعميم ضرورة الحصول على الإذن ليشمل حتى الأب.

وقد سبق القول إن نص المادة 271 م أ م استثنت الولي من ضرورة الحصول على الإذن، وعليه فهل يطبق هنا ما ورد في نص الفصل 11 ق ا ع م ويلزم الأب عندئذ بالحصول على الإذن القضائي حال رغبته التصرف في أموال ابنه القاصر بالبيع، أم يستثنى الولي من قيد الإذن القضائي ويطبق ما ورد في أحكام المادة 271 م أ م؟

وما تم استخلاصه أن المشرع المغربي لم يخضع الولي للرقابة القضائية القبلية، وإنما أخضعه لرقابة بعدية، عملاً بنص المادة 240 م أ م. وإن كان فيه هناك تداخل وتضارب بين مقتضيات الفصل 11 من قانون الإلتزامات والعقود ونصوص مدونة الأسرة، فإنه يرجح ما جاء ضمن مدونة الأسرة، لأن ما جاء ضمن قانون الإلتزامات والعقود هو نص عام والنص الوارد ضمن مدونة الأسرة هو نص خاص، والخاص يرجح على العام، كما أن قانون الإلتزامات والعقود هو قانون سابق ومدونة الأسرة قانون لاحق واللاحق يلغي السابق عند التعارض، وهذا ما ذهب إليه فقهاء القانون المغربي¹.

¹ محمد الكشور، قانون الإلتزامات والعقود مدونة الأحوال الشخصية التداخل والتضارب، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، كلية الحقوق، مراكش، العدد 16، د س، ص 38. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية-آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مطبعة دار النشر المعرفة، الرباط، س 1994، ج 2، ص 335. عبد المجيد غميحة، بعض مواقف القضاء المغربي من القاصر، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، وزارة العدل، المغرب، العدد 21، س يوليوز 1989، ص 20.

وفي الحقيقة يتبين أن تنظيم المشرع المغربي لبيع منقول القاصر لا يحمي أمواله في بيع الولي لأن الولي لا يخضع إلى الحدود التي تلزم الوصي والمقدم، فعلى الرغم من مراقبة القضاء إلا أن هذا الإجراء غير كاف إذا أنه من النادر أن يتدخل القاضي في شؤون تهم السلطة الأبوية¹.

لذا على الرغم من شفقة الولي وحنوه على ابنه القاصر، وهو ما وسع له من صلاحية تصرفه وإدارته لأموال ابنه القاصر، إلا أن هذا الأمر قد يعود بالسلب على مصلحة القاصر في حالة ما إذا كان الأب أو الأم لا يحسن التصرف في مال ابنه القاصر وتسييره، وهو ما يدعو على تكريس رقابة وحماية أكثر في هذا الجانب، وذلك من خلال تحديد سلطة الولي وإخضاعها لرقابة القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

خاصة أن هناك بعض الأولياء يتصرفون بسوء التدبير، وقلة الأمانة، كما أن منهم من يعمل على التعدي على مال أبنائهم باستخدام شتى الحيل والوسائل بغية الاستحواذ على أموالهم، ويستغلون في ذلك توسيع سلطات الولي.

لكن ما يقال هنا المشرع المغربي إذا كان قد أعفى القاصر من الرقابة القبلية فإن هناك رقابة بعدية، حيث جعل وجودها رهين بتوفر القاصر على قيمة محددة، ولم يقررها بعد إتمام بيع أموال القاصر².

في حين نجد أن المشرع التونسي قد ألزم الولي من الحصول على الإذن حال رغبته ببيع مال ابنه القاصر وهو ما نص عليه الفصل 15 م 1 ع ت بقوله: "الأب المدير لكسب ابنه الصغير والولي... ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم مثل بيع... إلا بإذن خاص من الحاكم المختص ولا يعطي الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة".

¹ محمد الشافعي، إدارة أموال الطفل القاصر في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، العدد 17، س 1988، ص 79.

² يوسف محترتي، أحكام بيع أموال القاصر في التشريع المغربي، بحث تأهيلي في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط، المغرب، س 2006-2007، ص 34.

وهو الأمر الذي يجعل جميع الأولياء والأوصياء والمقدمين يخضعون لإجراء الإذن كلما تعلق الأمر بتصرفات تدخل في نطاق الفصل 15 م ا ع ت، فالمشرع التونسي لم يعف الولي الشرعي من هذا الجزاء وافترض بجانبه رقابة قضائية كغيره من المتصرفين في أمور القاصر، ولا يعتبر ذلك من قبيل التشكيك في الثقة المفترضة في الأب، وإنما تشديد في الحماية التي كرسها المشرع تجاه ذمة القاصر إذا ما اقتضت ذلك طبيعة التصرف خطورة وآثاره على ذمته¹.

أما المشرع الليبي فقد ألزم حصول الولي على الإذن في حالة تصرفه في منقولات القاصر أو المستندات المالية الأخرى وهو ما نصت عليه أحكام المادة 50 من القانون الخاص برعاية شؤون القاصرين.

فإذا تجاوز الولي حدود الولاية كما لو باع مال القاصر دون إذن أو المنقول بأقل من ثمن المثل، أو بما لا يخدم المصلحة المالية له، فقد ذهب فقهاء القانون إلى القول أن هذا البيع حسب المبادئ المسلمة في القانون الحديث يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فلا ينشأ هذا البيع أي التزام في ذمة القاصر².

وخلاصة القول إن التشريعات المغاربية قد وضعت آلية لحماية مال القاصر المنقول، حال رغبة الولي بيع ماله المنقول، وتمثل هذه الآلية في طلب الإذن من القاضي المختص، وهي تعد كرقابة على تصرفات الولي، إلا أن التشريعات المغاربية اختلفت في هذه الرقابة بين من يلزمها قبل التصرف في منقول القاصر، وبين من يضعها بعد التصرف كالمشرع المغربي.

وما يلاحظ أن التشريعات المغاربية خالفت أقوال الفقهاء والذين منحوا للولي سلطة أوسع للتصرف في أموال القاصر، خلافاً للتشريعات المغاربية والتي حدثت من هذه السلطة، إذا ما استثنينا المشرع المغربي والذي وضع رقابة بعدية عليه.

¹ المهدي قياس، القاضي المدني وحماية القاصر، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، س 2015، ص 40.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 250.

ومهما يكن فإنه ينبغي دوماً منح صلاحيات للأولياء في بيع منقول القاصر مع اتخاذ الإجراءات التي تكفل من خلالها حماية أموال القاصر لأن الأولياء ليسوا كلهم أمناء ومحافظين لأموال أبنائهم.

ففقهاء الشريعة الإسلامية الذين منحوا للأب صلاحيات مطلقة في التصرف في مال ابنه القاصر، أصبح هذا الحكم لا يتماشى ولا ينسجم مع العصر الحديث بسبب ضعف الواع الديني وطغيان الماديات، لذلك لا بد من وضع رقابة على تصرفات الولي، وهو ما نصت عليه جل قوانين الأسرة المغربية.

2- بيع الوصي أو المقدم منقول القاصر:

أ- بيع الوصي أو المقدم منقول القاصر في الفقه الإسلامي:

إذا كان الفقهاء اتفقوا على جواز بيع الأب لمال ابنه المنقول، فإنهم قد اختلفوا في جواز ذلك للوصي والمقدم وذلك لقولين اثنين وهم كالآتي:

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية، حيث قالوا أنه يجوز لوصي القاصر أن يبيع ماله المنقول، لأنه يقوم مقام الولي في النظر في الشؤون المالية للقاصر، إلا أن تصرفه بالبيع في مال القاصر لكي تكون نافذة تتطلب إثبات سبب هذا التصرف، والذي يشترط أن يكون على جهة المصلحة، على خلاف تصرف الولي الذي لا يتطلب إثبات ذلك، لأن الوصي كما ذكر فقهاء المالكية يعد أخفض رتبة من الأب في بيع مال وصيه الصغير، ذلك أن الأب يبيع مال ابنه الصغير بغير ذكر سبب البيع، بخلاف الوصي فإنه لا يبيع إلا بذكر سبب البيع، والذي يشترط فيه أن يكون على وجه النظر والسداد، كما لا يتم بيع مال الصغير من طرف وصيه حتى يشهد الشهود بمعرفة السداد وهو قول المالكية، فإذا تم ذلك جاز البيع¹. فالأصل دائماً في تصرفات الولي

¹ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 198. خليل، التوضيح، ج 6، ص 243-244. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 653. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72.

السداد والنظر حتى يثبت العكس، أما تصرفات الوصي فبخلاف ذلك، فلا تبلغ شفقتة شفقة الأب وإن حسن رأيه وتدييره.

علماً أن بيع مال القاصر من طرف مقدم القاضي حكمه في ذلك حكم الوصي في جميع ما سبق ذكره، ما دام تصرفه على جهة المصلحة والسداد في مال القاصر، وهذا قول جمهور الفقهاء¹.

وإذا كان جمهور الفقهاء لم يشترطوا لبيع مال القاصر من طرف الوصي والمقدم أخذ الإذن من القاضي، فإن فقهاء الشافعية اشترطوا لجواز بيع الوصي مال الصغير أن يأخذ الإذن من القاضي، واشترطوا أيضاً أن يكون هذا البيع بئمن المثل، بينما أجازوا بيع الأم مال ابنها الصغير إذا كانت وصية عليه وكل من في معناها كأصولها بلا إذن، وهذا لأنهم لا يهتمون لوفور شفقتهم، مثلهم في هذا الشأن مثل الأب والجد².

والراجع فيمن قالوا بجواز بيع الوصي مال وصيه المنقول أن الوصي لا يحتاج إلى إذن من القاضي لبيع مال القاصر المنقول، ما دام ذكر وأثبت سبب بيعه، والذي يشترط أن يكون دوماً على وجه المصلحة للقاصر، والمقدم حكمه في كل ما سبق ذكره حكم الوصي.

كما ذهب فقهاء الشافعية إلى القول إن الصغير إذا ادعى بعد رفع الحجر عنه أن الوصي والأمين باعا ماله بلا مصلحة فإنه يصدق فيما قال لكن يمينه، وعلى الوصي والأمين البينة على خلاف قوله، وهذا راجع للتهمة التي تلحقهما³.

القول الثاني: وهو لفقهاء الحنابلة، حيث قالوا بعدم جواز بيع الوصي المال المنقول لوصيه الصغير وذلك لكونه متهم في طلب الحظ لنفسه، ولعدم كمال شفقتة على وصيه خلافاً للأب، فلم يجوز بيعه لماله المنقول¹.

¹ الخطاب، نفس المرجع، ج 6، ص 653.

² الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج 4، ص 429.

³ الدميري، نفس المرجع، ج 4، ص 429.

والراجح من القولين هو قول جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنفية، وذلك في القول بجواز بيع الوصي والمقدم منقول القاصر شريطة توفر مصلحته في هذا البيع، لأنهما يعدان نائبان عن الولي، وهما أمينان في بيع المنقول، وعليه فلا يحتاج إلى إذن القاضي.

ب- بيع الوصي أو المقدم منقول القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

وبالرجوع إلى التشريعات المغربية نجد أن المشرع المغربي والجزائري اشترطا الحصول على الإذن² المسبق من القاضي المكلف بشؤون القاصرين³ وذلك في حالة ما إذا أراد الوصي أو المقدم بيع مال القاصر المنقول. ويعد الإذن تدير شكلي أولي يتعين على الوصي أو المقدم الحصول عليه لبيع أموال القاصر ضد أي استغلال من طرف الوصي أو المقدم، ويتم ذلك عن طريق تدخل قاضي شؤون الأسرة بإشرافه على التصرفات التي تمس أموال القاصر، حيث يجسد رقابة قبلية سابقة على عمل الوصي والمقدم، وهو وإن كان يقيد من حريتهما في بيع أموال القاصر إلا أنه يحمي بذلك أموال القاصر من التعدي.

مع العلم أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين لا يرخص ببيع مال القاصر أو يمنع ذلك إلا بناء على مصلحة القاصر، سواء أظهرت له مؤشرات إيجابية تخدم مصلحة القاصر فيرخص بالبيع، أو ظهرت له مؤشرات سلبية فلا يرخص لذلك، وهذا طبقاً لنص المادة 11 ق ا ع م.

وبالرجوع إلى ما نص عليه المشرع الجزائري نجد أنه لم يحدد قيمة المنقول الذي يشترط فيه حصول الإذن وإنما حصر الأمر في المنقولات ذات الأهمية الخاصة⁴، وذلك دون تفصيل وهو ما

¹ ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 109.

² اعتمدت العديد من التشريعات على نظام الإذن القضائي كآلية للرقابة القضائية السابقة على مال القاصر بغية حمايته، واختلفوا في الأشخاص الذين يتعين عليهم الحصول عليه، والتصرفات التي يستلزم أن تخضع له، وهو ما سيتم توضيحه.

³ نصت المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن الترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً يمنح من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة.

⁴ تجنبت التشريعات وجوب استصدار الإذن على المنقولات البسيطة، تفادياً لإثقال كاهل القضاء بأمور بسيطة غير ذات قيمة.

نصت عليه الفقرة الرابعة من نص المادة 88 ق أ ج. وذلك كي لا يتم إثقال كاهل المحاكم بمبيعات بسيطة لا تستحق المراقبة والإذن.

وعلى خلاف المشرع الجزائري نجد أن المشرع المغربي فصل في الأمر وحدد قيمة المنقول الذي يشترط فيه حصول الإذن¹، وهو الذي تتجاوز قيمته عشرة آلاف درهم، أو ترتيب حق عيني على هذا المنقول، وهو ما جاء ضمن الفقرة الثانية من نص المادة 271 م أ م²، علماً أن قرار القاضي بالترخيص لهذا البيع يجب أن يكون معللاً.

وبينما حددت الفقرة الأولى من نص المادة 271 م أ م قيمة 10.000 درهم بشكل واضح، عادت المادة 272 منه لتعفي من الإذن حال تجاوز قيمة المنقول المراد بيعه 5000 درهم، إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك المنقول والعقار الذي لا تتجاوز قيمته 5000 درهم، لكن إذا أعملنا مفهوم الخالفة لهذه المادة نستنتج أن المنقولات التي تتجاوز قيمتها 5000 درهم إذا لم تكن معرضة للتلف تحتاج إلى إذن، وهو ما يجعل المادتين السابقتين تبدوان متناقضتين، لذا كان على المشرع المغربي إعادة صياغة المادة 272 م أ م، أو الاكتفاء فقط بنص المادة 271 م أ م وإعادة صياغتها، وذلك من خلال تحديد مبلغ 10.000 درهم فما فوق لاستصدار الإذن، والإعفاء من الإذن في حال تجاوزه إذا كانت المنقولات معرضة للتلف.

¹ يعود اختصاص منح الإذن في التشريع المغربي للقاضي المكلف بشؤون القاصرين بصريح نص المادة 271 م أ م. والتي تنص على أن الوصي أو المقدم يحصل على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، حيث يجب على النائب الشرعي للقاصر والذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع الأمر إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقللاً يبين فيه معلومات تتعلق بمحل البيع، ويترتب على تقديم هذا المقال إقامة محضر من طرف كاتب ضبط يضمن فيه البيانات المتعلقة بالمبيع، ثم يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين والذي يقيد أمره بالإذن أو الرفض في أسفل المقال. يوسف محترى، المرجع السابق، ص 9.

² بمفهوم المخالفة للفقرة الثانية من نص المادة 271 م أ م أنه يجوز للوصي أو المقدم شراء منقول لصالح القاصر دون أخذ الإذن من القاضي المختص، حتى لو تجاوزت قيمة المشتري عشرة آلاف درهم.

وقد اشترط المشرع المغربي حصول إذن مسبق من القاضي المكلف بشؤون القاصرين¹ لبيع مال القاصر المنقول والمذكور في نص المادة السابقة أعلاه، وهو ما يعد تقييداً لصلاحيات الوصي والمقدم، وفي ذلك حماية لمال القاصر وحفاظاً لمصالحه المالية من أي تصرف قد يسبب الإضرار بها، ولضمان حسن إدارتها، لذلك قيد من سلطة تصرف الوصي والمقدم.

أما في حالة بيع الوصي أو المقدم مال القاصر والذي تتجاوز قيمته عشرة آلاف درهم، أو ترتيب حق عيني على هذا المنقول ودون أخذ الإذن من القاضي المختص فقد اختلف فقهاء القانون في هذا الشأن²، وذلك بين من يرى أن هذا البيع حسب المبادئ المسلمة في القانون الحديث باطلة بطلاناً مطلقاً، في حين ذهب الكثير من فقهاء القانون والمحاكم إلى القول بأن العقد لا يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، إنما يعد قابلاً للإبطال، كما أن قابليته للإبطال تزول متى أجازته المحكمة³، والرأي الراجح كما يرى البعض أن هذا البيع هو موقوف لأن العقد لا ينتج أي آثار قبل إجازته، كما لا يكون ثمة محل للحق في إبطاله ولا للتقادم هذا الحق، وإنما يكون هناك محل

¹ لا يمنح القاضي المكلف بشؤون القاصرين الإذن للوصي أو المقدم إلا في الحالات التي نصت عليها المادة 11 من قانون الالتزامات والعقود: "لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النقص الأهلية".

² خلافاً للتشريع المغربي وبعض التشريعات المغاربية، اعتبرت جل التشريعات أن الإذن القضائي هو القيد الوحيد الذي يحد من إرادة النائب في بيع مال القاصر، وهو ما يجعل إجازة العقد الصادرة بدون إذن أو التصديق عليه إمكانية واردة، فعدم حصول النائب على الإذن القضائي يؤثر على البيع فيجعله إما عقداً قابلاً للإبطال أو عقداً موقوفاً، حيث يعتبر النائب القانوني عن القاصر في هذه الحالة بمثابة الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته مما يتيح إمكانية إجازة أو تصديق البيع من طرف المحكمة أو القاصر بعد رشده، خلافاً للعقد الباطل الذي لا يقبل الإجازة ولا التصديق، وقد استقر القضاء في مصر على اعتبار التصرف الذي يبرمه النائب الشرعي بدون إذن قضائي يعتبر باطلاً بطلاناً نسبياً أو قبلاً للإبطال. يوسف مختري، المرجع السابق، ص 14-15.

³ زد على هذا القول بأن العقد القابل للإبطال ينتج آثاره من وقت انعقاده، وفي حالتنا هذه لا يحق للوصي أو للمقدم الذي يتجاوز حدود الولاية بعدم استصدار الإذن واستصدار هذا العقد فلا ينتج أي أثر إلا إذا أجازته من يملك الإجازة، فلا يمكن اعتباره عقد قابلاً للإبطال.

فقط لإجازته ممن يملك ذلك حتى ينتج آثاره¹. ويتبين مما سبق أن الرقابة المسلطة على الوصي والمقدم أثناء قيامه ببيع مال القاصر المنقول هي رقابة قبلية.

وقد ذهب بعض فقهاء القانون الجزائري إلى القول أن تصرف الوصي والمقدم في مال القاصر دون استصدار الإذن يتوقف على إقرار القاضي المختص²، لأن تصرف الوصي والمقدم دون إذن يعد تجاوز حدود سلطته، ولا يرتب هذا البيع أي أثر في ذمة القاصر ولا أي تصرف آخر في ذمته، في حين يرى البعض الآخر أن هذه التصرف يعد باطلاً دون استصدار الإذن من القاضي المختص، وهو ما ذهب إليه مأمون الكزبري³.

وكقاعدة عامة فإن الوصي أو المقدم لا يقوم بأي عمل من أعمال التصرف في أموال القاصر المحددة إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المختص والتي يجب أن تمنحه بعد أن تتحقق من توافر الشروط المطلوبة فيه، فإذا تم البيع من طرف الوصي أو القاصر دون توفر الشروط المذكورة فإن ذلك يؤثر في صحة البيع.

3- بيع القاضي منقول القاصر:

أ- بيع القاضي منقول القاصر في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في جواز بيع مال القاصر المنقول من طرف القاضي إلى قولين اثنين:

القول الأول: وهو لفقهاء المالكية والشافعية، حيث أجازوا للقاضي بيع مال القاصر المنقول، وقال فقهاء المالكية أن بيع مال الصغير يجوز إذا ثبت عنده أن الصغير يتيم، ولا شيء عنده يباع

¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 250-251-252.

² محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 2، س 1982، ص 225.

³ مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، د ط، س 1972، ج 1، ص 148.

غير ذلك، وانه أولى ما يبيع عليه¹. في حين وضع فقهاء الشافعية شرط واحد وهو أن يباع مال الصغير من طرف القاضي بثمن المثل.

القول الثاني: وهو لفقهاء الحنابلة، وقول للمالكية والشافعية، حيث قالوا بعدم جواز للقاضي أو الحاكم بيع مال القاصر المنقول، وهذا راجع لعدم كمال شفقتة عليه، ولأنه قد يطلب في ذلك الحظ لنفسه، لذا فلم يجوز ذلك منه².

والذي يترجح من القولين هو القول الأول، والقائل بجواز بيع القاضي مال القاصر المنقول، لأن القاضي إذا منح صلاحية منح الإذن للغير فمن باب أولى أن يكون ذلك له، فما دام لا يبيع ولا يتعاقد مع نفسه في مال القاصر وهو أمين فيما يقوم، فما يمنع من قيامه ببيع مال القاصر.

ب- بيع القاضي منقول القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

لم تورد قوانين الأسرة المغربية ولا في أي تشريع آخر نص يتناول حكم بيع مال القاصر المنقول من طرف القاضي، وهذا راجع لأن القاضي لا يقوم ببيع مال القاصر بنفسه، وإنما يقوم بتعيين مقدم ليتولى هذا الأمر، وهذا راجع لكثرة انشغالات القاضي، في حين أنه يقوم برقابة تصرفات المقدم في مال القاصر، وهذه الرقابة هي رقابة قبلية، وقد سبق تناول هذه الجزئية.

ويستنتج من كل ما سبق أن الإذن القضائي في التشريعات المغربية الغاية منه وهدفه حماية أموال القاصر من أي تعد أو استغلال من طرف النائب الشرعي، سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً، وذلك عن طريق تدخل القاضي المختص بإشرافه على التصرفات التي تمس أموال القاصر وهي تجسد رقابة قبلية على عمل النائب الشرعي للقاصر، وفي بعض الأحيان رقابة بعدية على عمل الولي حال قيامه ببيع مال القاصر المنقول، كما هو الحال ضمن التشريع المغربي.

وخلاصة القول أن جميع قوانين الأسرة المغربية تجيز للنائب الشرعي للقاصر بيع ماله المنقول، وهو ما يتوافق مع ما جاء في الفقه الإسلامي، لكن جل قوانين الأسرة المغربية قد ألزمت

¹ خليل، التوضيح، ج 6، ص 245-246.

² ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 109.

النائب الشرعي للقاصر الحصول على الإذن من طرف القاضي المختص لبيع المنقولات، وهو ما يعد كرقابة قبلية على تصرفات النائب القانوني، إذا ما استثنينا في هذا الشأن المشرع المغربي ضمن بعض الحالات، وذلك مما لا شك أنه يحقق حماية لمال القاصر، لكن قد يفوت كذلك فرصة حصول نفع أو صفقة تحقق أرباح للقاصر إذا تراخى الأمر بانتظار الحصول على إذن من القاضي المختص، ومثال ذلك في الصفقات ذات الطابع المعجل، أو في بعض أنواع البيوع، فالقانون الذي يفرض على القاضي إلزام النائب الشرعي للقاصر القيام بجملة من الإجراءات قبل قيامه بالبيع والشراء يؤدي إلى تفويت فرصة لربح القاصر، لذا ينبغي التخفيف من هذه الإجراءات نسبياً وإعطائها نوعاً من المرونة في الحالات التي تتطلب ذلك، وهذا لكي لا تتضرر مصلحة القاصر من جراء هذه الإجراءات، وذلك من خلال منح النائب الشرعي للقاصر وخاصة الولي القيام ببعض الصلاحيات الظرفية في القيام بهذه المعاملات دون القيود اللازمة كلما دعت الحاجة مع إمكانية استدراكها بعد إتمامها، من تقديم الحسابات والمستندات للقاضي المختص.

ثانياً- بيع عقار القاصر:

يعتبر بيع عقار القاصر من طرف النائب الشرعي له من التصرفات التي تكتسي خطراً على ماله، والذي قد يمس بمصلحته، وقد فصل الفقهاء والتشريعات المغاربية في هذه الحثية، وعليه فسيتم تناول أحكام هذا البيع بين الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية.

1- بيع عقار القاصر في الفقه الإسلامي:

للفقهاء عدة أقوال تختلف وتتفق في أحكام بيع مال القاصر من طرف النواب الشرعيين وهذا لما يكتسيه هذا النوع من البيع من مخاطر على مصلحة القاصر، وسيتم التطرق ضمن هذا الجزء الأول لأحكام بيع عقار القاصر من طرف الولي، وفي الجزئية الثانية حول أحكام بيع عقار القاصر من طرف الوصي والمقدم.

أ- بيع الولي عقار القاصر:

اتفق الفقهاء على جواز بيع الأب عقار ابنه القاصر، لكنهم اختلفوا في الأسباب الداعية إلى هذا البيع بين من وسعها لأنه يرى فيها المصلحة، وبين من حصرها في بعض الأسباب فقط لكن بالعموم تبدو هذه الأقوال متقاربة في هذا الشأن ونلخصها كالآتي:

القول الأول: وهو لفقهاء المالكية، حيث قالوا بجواز بيع الأب عقار ابنه في كل تصرف فيه مصلحة للقاصر، كما لا يحتاج الولي لذكر سبب هذا البيع، ويعد بيعه نافذاً، وفي هذا يقول خليل: "والولي الأب وله البيع مطلقاً وإن لم يذكر سببه"¹. لأن أفعال الأب محمولة على النظر والسداد وإن لم يذكر الولي سبب البيع، على أن الولي لا يتصرف إلا على ما تقتضيه المصلحة وحسن النظر².

وقال بعض فقهاء المذهب بعدم جواز بيع الولي عقار ابنه الصغير إلا لما تقتضيه المصلحة، وهذا بعد تقديم غيره عليه، لأن العقار يؤمن عليه من التلف، أما الأسباب أو الأمور التي تقتضيها المصلحة لبيع عقار الصغير وهي كحاجة الانفاق عليه، لأن الولي إنما يحفظ ماله لأجل النفقة عليه، أو اشتراء عقار أفضل منه بثمن حسن أو لكون العقار في موضع خرب، أو يخشى الولي انتقال العمارة من مكان العقار إلى مكان آخر فيصير منفرداً فتقل قيمته فيبيعه ويستبدل بثمنه في موضع أصلح منه، أو كل تصرف فيه مصلحة لعقار الصبي³.

كما ذهب بن سلمون من المالكية أن للأب أن يشتري عقار ابنه أو غيره وفي هذا يقول: "وله أن يشتري مال ابنه لنفسه، ولا اعتراض عليه في شيء من ذلك عقاراً كان المال، أو سواه إلا

¹ خليل، مختصر خليل، ج 1، ص 172.

² الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 5، ص 297.

³ القراني، الذخيرة، ج 8، ص 240. بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ج 2، ص 630. خليل، التوضيح، ج 6، ص 242.

أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش"، لكن يشترط في شراء الأب عقار ابنه ألا يشتريه بأقل من ثمنه وهو ما يعرف بضمن مثله، فإن حصل ذلك فإن الأب محمول على سداد الباقي¹.

القول الثاني: لفقهاء الشافعية، حيث اشترطوا في بيع عقار القاصر أن يكون للضرورة والحاجة ولوفور المصلحة فقط، ولا يبيع الولي عقاره إلا في موضعين اثنين، أحدهما: ألا يكون له ما يصرفه عليه من إنفاق وكسوة، وليس له غيره ولا تفي غلة العقار بذلك، كما لا يجد من يقرضه مال فيجوز للولي بيعه على هذا الحال، أما الموضع الثاني: أن يكون له في بيع عقاره غبطة، بأن يبيع بأكثر من ثمن المثل بزيادة كثيرة، وكذلك إذا كان هذا العقار قد أشرف على الهلاك بالغرق أو بالحراب أو بالفتنة، أو كان ثقيل الخراج، وكذا لو كان الصغير ببلد وعقاره في بلد آخر ويحتاج إلى مؤنة في توجيهه من يجمع الغلة فيجوز له بيع العقار والشراء ببلد الصغير، وإلا فلا يجوز للولي فيما عدا ذلك من الحاجة لبيع العقار².

واختلف الشافعية فيما إذا كان الحاكم ينظر إلى ثبوت عدالة الولي وهو الأب أو الجد³ قبل أن يأخذ بقوله، واختلفوا في ذلك إلى قولين اثنين وهما⁴:

الأول: وهو أن الحاكم لا يحتاج إلى أن ينظر في ثبوت عدالة الولي، بل يكفي بالعدالة الظاهرة فقط.

الثاني: وهو أن الحاكم يحتاج إلى ثبوت عدالة الولي، كما هو الشأن في ثبوت عدالة الشهود.

القول الثالث: وهو لفقهاء الحنابلة حيث قالوا بجواز بيع الأب عقار ابنه القاصر متى كان البيع أحظ للصبي من غير تقييد بحصرها في سبب معين، فمتى كان البيع أحظ للصبي جاز بيع عقاره وإلا فلا يجوز، لأن العقار أسلم وأنفع للصغير مما عداه¹.

¹ الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 651-652.

² الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 210-211.

³ منع فقهاء الحنفية بيع الأم عقار ابنها الصغير لأنها لا تعد من الأولياء، فلا يجوز لها التصرف في عقاره على هذا الأساس. السرخسي، المبسوط، ج 25، ص 23.

⁴ العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 211.

والظاهر أن الأب ما دامت تتوفر فيه شروط الولاية من الرشد والاستقامة فإن له الحق في بيع عقار ابنه القاصر، مدام هناك سبب حقيقي يدعوه لبيع عقاره، كما وتوجد مصلحة للقاصر في هذا البيع.

فإذا بلغ الصبي وادعى أن الولي الأب أو الجد قد باع عقاره من غير غبطة ولا ضرورة أو حاجة ورفع ذلك إلى الحاكم، فإن أقام بينة على ما ادعاه حكم له به، وإن لم يقيم بينة على ما ادعاه فالقول قول الأب والجد مع يمينه، لأن الظاهر من حالهما أنهما لا يبيعان له إلا فيما له فيه منفعة².

ب- بيع الوصي أو المقدم عقار القاصر:

إذا كان وصي الأب يستمد وصايته من الأب فيحق له من التصرفات ما يحق للأب، وهذا هو الأصل عند الفقهاء، لكن بالنظر لوفور شفقة الأب عن غيره من الأوصياء والمقدمين منحت له بعض التصرفات والصلاحيات مالم تمنح لوصيه وللمقدم، ولذا فتحدد وتقيّد بعض تصرفات الوصي أو المقدم في مال القاصر ومن ضمنها بيع عقار القاصر.

حيث منع جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة على الوصي أو المقدم بيع عقار الصغير هذا بشكل عام، وذلك لما فيه من حفظ مصالحه، إذ أن العقار كما يقول المانعين يؤمن عليه من التلف، فيقدم غيره عليه، لكنهم جوزوا بيع عقار الصغير للحاجة والضرورة الملحة، أو لغبطة بأن يبيع بأكثر من ثمن المثل بزيادة كثيرة، كما استثني المالكية من ذلك المنع ستة حالات ذكروها وهي: حاجة الصغير كنفقة يتوقف عليها معاشه، أو للغبطة في الثمن الكثير بأن يباع بأزيد من قيمته كثيراً كالثالث فأكثر، أو يبيعه لمن يعود عليه بشيء، أو له شقص في داره لا تحمل

¹ ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 341.

² الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 211. ابن قدامة، نفس المرجع، ج 2، ص 109.

القسمة فدعاه شركاؤه للبيع أو دار واهية ولا يكون له ما تقوم به، أو له دار بين أهل الذمة، وهذه الأسباب التي ذكرها بعض فقهاء المالكية تعود بالمصلحة الفضلى للقاصر في بيع عقاره¹.

وخلاصة قول جمهور الفقهاء أن الوصي أو المقدم لا يملك بيع عقار القاصر، لأنها من التصرفات المشروطة، وهذا لقلة وفور شفقتهما، ولا يجوز لهما ذلك إلا للضرورة الملحة، وللأسباب المحصورة التي سبق ذكرها، مع ضرورة أخذ الإذن من طرف القاضي أو الحاكم، حفاظاً على عقار القاصر من الضياع، وهذا لغياب عنصر الشفقة التي تتوفر في الولي².

أما إذا رفع الوصي أو المقدم أمر بيع عقار الصبي إلى القاضي أو الحاكم، وسأل الإِسْجَالَ³ على بيعه وإمضائه ففي هذه المسألة قولان عند فقهاء الشافعية وهما⁴:

القول الأول: أن الحاكم أو القاضي لا يمضي بيع عقار القاصر حتى تقوم عنده البيئة على الغبطة في هذا البيع، لأن غير الأب والجد تلحقه التهمة، فلم يقبل قوله من غير بيئة، بخلاف الأب والجد، وهو القول المشهور في المذهب.

القول الثاني: أن الحاكم أو القاضي يقبل قول الوصي أو المقدم في بيع عقار القاصر من غير بيئة كأب والجد. وقد قال بن الصباغ في هذا القول إنه هو الأصح لأنه إذا جاز للوصي وأمين الحاكم التجارة في مال الصغير فيبيعان ويشتريان ولا يعترض عليهما الحاكم، فجاز لهما أيضاً البيع في العقار.

والذي يظهر من كل ما سبق ذكره أنه يجوز للوصي بيع عقار الصبي إذا دعت لذلك المصلحة والضرورة من غير تقييد بما ذكره فقهاء المالكية، فمتى كان البيع فيه المصلحة جاز من غير

¹ القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 244. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 653-654. الدردير، الشرح الصغير، ج 3، ص 394-395. الشيرازي، نفس المرجع، ص 72. العمراني، نفس المرجع، ج 6، ص 211. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

² الخطاب، نفس المرجع، ج 6، ص 653-654. العمراني، نفس المرجع، ج 6، ص 211.

³ الإِسْجَالَ - من أسجل الحاكم تسجيلاً - بمعنى كتب صكاً في الشيء. العمراني، نفس المرجع، ج 6، ص 211.

⁴ العمراني، نفس المرجع، ج 6، ص 211.

تقييد ولا حصر بسبب معين، لكن لا بد من تبين الوصي أو المقدم السبب الذي يدعوه لبيع عقار القاصر، فلا يصدق الوصي أو المقدم أن يبيعه كان لمصلحة إلا إذا شهدت بذلك البينة.

وقال فقهاء الشافعية إلى أن الصبي إذا بلغ وادعى أن غير الولي كالوصي أو المقدم قد باع عقاره من غير غبطة ولا حاجة أو ضرورة، فإن أقام الصبي عليه بينة حكم له، وإن لم يقم بينة، فلا يقبل قول الوصي أو المقدم إلا ببينة لأن التهمة تلحقه، بخلاف الولي¹.

وخلاصة قول الفقهاء أنهم قد وضعوا شروط وقيود لبيع عقار القاصر من طرف الوصي أو المقدم، وإن اختلفت هذه الشروط والقيود بين المذاهب الفقهية إلا أنها في النهاية تحدد من تصرفات الوصي أو المقدم بيع عقار القاصر، ويمكن حصر هذه الشروط في الجملة لشترطين اثنين أولهما حصول الإذن من القاضي، والثاني ضرورة توفر المصلحة في بيع عقار القاصر.

2- بيع عقار القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

لم تخالف نصوص قوانين الأسرة المغربية أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار التصرف في عقار القاصر بالبيع من التصرفات التي تكتسي خطراً كبيراً على ماله، لذلك تم تقييد هذا التصرف، حيث قيد المشرع الجزائري ذلك بضرورة أخذ النائب الشرعي للقاصر ولياً كان أو وصياً أو مقدماً الإذن أو الترخيص القضائي² من طرف القاضي المختص لبيع عقار القاصر، ومنح الإذن لبيع عقاره مرتبط دوماً بحالة الضرورة وتحقيق المصلحة الفضلى له، على أن يتم بيع عقار القاصر وفق إجراءات البيع بالمزاد العلني، وما نصت عليه أحكام المادة 89 ق أ ج بأنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"، وهو ما نصت عليه المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أيضاً، حيث ورد نصها: "يتم بيع العقارات والحقوق العينية العقارية المرخص بيعها قضائياً بالمزاد العلني للمفقود وناقص

¹ الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ص 72. العمراني، نفس المرجع، ج 6، ص 212.

² اختلفت التشريعات على الجهة التي تختص بإصدار الإذن ببيع العقار ففي التشريعات المغربية القاضي المكلف بشؤون القاصرين هو الذي يختص بذلك وهو ما نصت عليه المادة 271 م أ م، وكذلك الأمر في التشريع الجزائري، عند باقي التشريعات العربية أيضاً، ففي مصر فإن المحكمة هي التي تختص بإصدار الإذن القضائي وهو ما نصت عليه المواد 5 و6 و7 و38 و39 من القانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال، وهو ما نص عليه المشرع السوري ضمن نص المادة 182 من قانون الأحوال الشخصية.

الأهلية والمفلس حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناءً على طلب الوصي أو الولي أو يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة"، وعليه فالتصرف في عقار القاصر يعد من التصرفات الناقلة للملكية، لذا فإنه يتطلب إذنًا من القاضي المختص، وهذا كله بغية تحقيق مصلحة القاصر المالية والمحافظة عليها.

وحول حكم بيع عقار القاصر من طرف النائب الشرعي للقاصر سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً فإذا كان الفصل 11 ق 1 ع ت يلزمهم بضرورة استصدار إذن صريح من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين لبيع عقار القاصر فإن المادة 271 م أ م استثنت الولي من ذلك، وهو ما يفهم منه حصره في الوصي والمقدم، وهو ما يظهر تبني مدونة الأسرة لقول فقهاء الشريعة الإسلامية، وكل ما تم قوله في بيع منقول القاصر سابقاً يصدق قوله هنا.

وما نص عليه المشرع الجزائري على ضرورة حصول النائب الشرعي للقاصر على الترخيص القضائي أو إذن صادر من طرف قاضي شؤون الأسرة للنائب الشرعي للقاصر¹، هو أيضاً ما ورد ضمن التشريع المغربي، وذلك ضمن الفرع الخامس من المسطرة المدنية بعنوان البيع القضائي لعقار القاصر، حيث جاء في نص الفصل 207 منه: "يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره"، وجاء في الفقرة الأولى من الفصل 208 منه أنه: "يتعين على الحاجر الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالاً مرفقاً بالوثائق اللازمة"، ويلاحظ أن المشرع المغربي قد استعمل لفظ "الحاجر" ما يدل على أن الأمر يشمل الولي أو الوصي أو المقدم، فقيد الإذن يشملهم جميعاً، كما ألزم المشرع المغربي القاضي بمنح الإذن بعد أن يوضح له الحاجر السبب الضروري الذي يدعوه لبيع عقار القاصر²، كما نظمت باقي الفصول من ذات الفرع أي من الفصل 208 إلى الفصل 211

¹ يجب الحصول على ترخيص قضائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة وذلك بالنسبة لبيع عقار القاصر، ويجب على القاضي تحديد نوع التصرف بدقة في حكمه، والتأكد من كونه يصب في مصلحة القاصر دوماً، وله في ذلك الاستعانة بالخبرة، ويمنح هذا الترخيص بموجب أمر على عريضة طبقاً لنص المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانوناً والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من طرف قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة". لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، ص 94. لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 304-305.

² وقد بين المشرع المغربي للقاضي الحجة الشرعية التي تدعو لبيع عقار القاصر ضمن مجلة الأحوال الشخصية الملغاة في نص الفصل 159 حيث جاء نصها: "يأذن القاضي في بيع العقار بعد أن يثبت لديه بحجة شرعية: 1- أن الضرورة تدعو لبيع

إجراءات بيع عقار القاصر، والتي لا تتعارض في مضامينها ومقاصدها مع أحكام الفقه الإسلامي، وقد فرضت، هذه الإجراءات نفسها بالنظر للمتغيرات والمعطيات في عالمنا المعاصر.

وقد قيد أيضاً المشرع المغربي من تصرف الوصي والمقدم في عقار القاصر بالبيع، وهذا ضماناً لسلامة أمواله ودرءاً لأي تعدد قد يمس بمصلحة القاصر في عقاره، حيث نص في المادة 271 م أ م بأنه: "لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين: 1- بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه،... قرار القاضي بالترخيص بأحد هذه التصرفات يجب أن يكون معللاً"، والمقصد من اشتراط المشرع المغربي حصول الإذن المسبق من القاضي المكلف بشؤون القاصرين من طرف الوصي أو المقدم لبيع عقار القاصر والذي تتجاوز قيمته عشرة آلاف درهم أو ترتيب حق عيني عليه هو صيانة لأموال القاصر العقارية من أي ضرر يلحق بها¹. وحفاظاً على مصالحه المالية.

أما في غير هذا التصرف السابق فإن المشرع المغربي أجاز للوصي أو المقدم بيع عقار القاصر الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف درهم، وهذا كله بشرط ألا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية، يعني أن يكون هذا التصرف على وجه السداد والمصلحة للقاصر وهذا ما ورد نصه ضمن المادة 272 م أ م.

كما نص المشرع التونسي أيضاً في الفصل 15 م أ ع ت في حالة بيع أموال القاصر بضرورة استصدار إلا بالإذن خاص من المحكمة، ولا يمنح هذا الإذن إلا عند الضرورة والمصلحة وليس ذلك من قبيل التشكيك في الثقة المفترضة وإنما تشديد في الحماية التي كرسها المشرع تجاه ذمة القاصر، وإذا كان المشرعين الجزائري والمغربي ضيقاً من شرط الحصول على إذن من حيث الشخص أو الموضوع فإن المشرع رغم حرصه على أن ينسحب حكم الفصل 15 م أ ع ت على

العقار؛ 2- وأن هذا العقار هو الأول بالبيع من غيره؛ 3- ويبيعه بالمزاد العلني؛ 4- وعدم وجود زائد على الثمن الذي أعطى فيه؛ 5- وكون الثمن نقداً وحالاً".

¹ بيع عقار القاصر ضمن التشريع المغربي تخضع للأحكام الإجرائية المنصوص عليها ضمن الفصول من 207 إلى 211 م أ م

إبرام عقد البيع مهما كان شخص مبرمه ولياً شرعياً أو بالوصاية أو بالتقديم ومهما كان موضوعه وقيمته المادية فإنه لم يبد اهتماماً بإجراء بيع مال القاصر منقولاً كان أو عقاراً، فلم يبين المشرع التونسي شكلاً معيناً يباع به مال القاصر منقولاً كان أو عقاراً مهما كانت قيمته وترك الأمر لتقدير القاضي واجتهاده إذ لا شيء يمنع من هذا الأخير من إلزام الولي بإجراء بيع بالمزاد العلني أو الالتجاء لتقدير الخبير إن رأى في ذلك فائدة للقاصر¹.

كما قرر المشرع الليبي نفس نهج من سبقه بضرورة استصدار الإذن لبيع عقار القاصر وذلك ضمن نص المادة 48 من القانون الخاص بتنظيم أحوال القاصرين، إذ نصت على أنه: "لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر تصرفاً ناقلاً للملكية أو منشئاً عليه حقاً عينياً إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة وإذن من المحكمة".

فيتضح أن التشريعات المغاربية قد أخضعت بيع عقار القاصر في جميع مراحل لرقابة السلطة القضائية المختصة، وهذا ما يعد حماية لعقار القاصر وحماية لمصلحته الفضلى بشكل عام. مع العلم أنه يحق للولي بيع عقار القاصر دون أخذ إذن من القاضي المختص إذا آل العقار للقاصر عن طريق التبرع من طرف وليه، لأنه لا يخشى على هذا العقار إذا كان الولي هو سبب هذا التملك، بل للولي فرض شروطه لتمليك القاصر هذا العقار مالم يضر بمصلحة القاصر، وهو ما يصدق أيضاً على الوصي.

وخلاصة القول إن التشريعات المغاربية عملت على حماية عقار القاصر عن طريق فرض رقابة قبلية مسبقة في حال رغبة الولي أو الوصي أو المقدم بيع عقار القاصر، بشرط إثبات حالة الضرورة والمصلحة أثناء تقديم طلب الإذن لبيع عقار القاصر.

وهذه الأحكام التي أوردتها التشريعات المغاربية لبيع عقار القاصر تتوافق مع ما جاء ضمن الفقه الإسلامي، كما أن الإجراءات المتبعة لبيع عقار القاصر في التشريعات المغاربية تحقق مقاصد

¹ المهدي قياس، المرجع السابق، ص 40-42.

الشريعة الإسلامية ولا تتعارض مع أحكامها، وفي هذا كله ضمان لحسن إدارتها وبالتالي تحقيق مصلحة القاصر المالية.

الفرع الثالث: الشراء للقاصر

بعد أن تم التطرق لمذلول الشراء فيما سبق نتطرق في هذا الفرع لحكم الشراء للقاصر وبعض أحكامه في الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية.

أولاً- الشراء للقاصر في الفقه الإسلامي:

الشراء للقاصر قد يكون منقولاً كما قد يكون عقاراً ولكل حكمه وأحكامه وهو ما سيتم تناوله في هذه الجزئية.

1- شراء المنقول للقاصر:

ذهب الفقهاء إلى أنه يجوز للأب التصرف بالشراء لولده الذي تحت ولايته دون الحاجة لإذن، وسواء أكان المشتري عقاراً أو منقولاً، وهذا القول هو الذي عليه أغلب المذاهب الفقهية وعليه القضاء وبه العمل، ونذكر هنا أن الشراء كالبيع لا يحتاج فيه الأب إلى ذكر سببه، وهذا راجع لاعتبار أن أفعال الأب في أموال ابنه القاصر كلها محمولة على وجه المصلحة والسداد حتى يثبت العكس، وهذا لما يتوفر عليه من شفقة ورعاية لمصالح أبنائه أكثر من غيره¹.

وقال الفقهاء إذا اشترى الأب لمن له ولاية عليه لزمه الإشهاد بما اشترى لابنه القاصر، لأن الأصل في تصرف الإنسان يكون لنفسه لا لغيره، وعليه فيجب التصريح بالشراء لمن يلي عليه. كما يجب على الولي أن يجابي القاصر في الثمن أثناء الشراء له من ماله، وما يصدق على الولي يصدق أيضاً على الوصي ومقدم القاضي².

¹ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 332.

² عبد السلام الرفعي، نفس المرجع، ص 333.

2- شراء العقار للقاصر:

أجمع الفقهاء على جواز أن يشتري الأب أو الوصي عقاراً للقاصر من ماله، وأجازوا ذلك لباقي الناظر سواء أكان الناظر جداً أو حاكماً أو أميناً من قبل الحاكم، بل يعد شراء العقار أولى من التجارة لأنه أقل غرراً من التجارة وما فيها من الأخطار كالحسارة مثلاً، كما أنه ينتفع من غلة العقار مع بقاء أصله¹.

وقد اشترط الفقهاء على الناظر لجواز شراء العقار للوصي أن يكون شراءه من ثقة أمين بحيث يؤمن بحجوده في المستقبل، كما يؤمن بحيلته في إفساد البيع، كما اشترطوا على الناظر أن يشتري العقار للوصي في موضع آمن، أي ألا يشتري الناظر العقار للوصي في موضع قد أشرف على البوار والهلاك، ومثاله كأن يكون فيه ماء زائد يؤدي إلى إفساده أو لفتنة بين طائفتين، أو لجور السلطان، لأن في كل ذلك تغيير بمال الصغير، كما ويجوز للناظر أن يبيي له العقار إن احتاج إليه، وللناظر أن يبيي به بما جرت به عادة أهل بلده، لأنه أحظ له وأقل ضرراً².

ويتضح أن الفقهاء قد اتفقوا على جواز شراء الولي أو الوصي أو المقدم المنقول للقاصر، أو العقار بشرط توفر المصلحة في هذا التصرف، أو لضرورة تدعو لذلك.

ثانياً- الشراء للقاصر في قوانين الأسرة المغربية:

ذهب المشرع المغربي إلى إلزام النائب القانوني سواء أكان أب أو وصي أو مقدم بأخذ الإذن من القاضي المختص في حالة رغبتهم القيام بأي عمل من أعمال التصرف في مال القاصر التي يتولون إدارتها، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 11 م ا ع م، ومما يندرج ضمن أعمال التصرف هو القيام بشراء العقار للقاصر، وقد ألزمت ذات المادة على القاضي ألا يمنح هذا الإذن إلا في حالة النفع البين للقاصر أو في حالة الضرورة.

وعلى خلاف مدونة الأسرة الجديدة فإن مجلة الأحوال الشخصية الملغاة نصت على جواز هذا الأمر بشكل صريح وهذا ضمن نص الفصل 160 حيث ورد نصه: "يأذن القاضي في شراء العقار إذا ثبت لديه أن شراء ذلك العقار فيه مصلحة للقاصر"، وهو أيضاً ما نصت عليه الفقرة

¹ القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، ج 2، ص 82. القزويني، العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 67.

² القطان، نفس المرجع، ج 2، ص 82. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج 6، ص 209-210. القزويني، نفس المرجع، ج 5، ص 67. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

الثانية من الفصل 158 من المجلة الملغاة، وذلك بضرورة أخذ الإذن بالبيع والشراء في المهم من أموال القاصر، كما نجد أن المشرع الليبي لم يشترط أخذ الإذن من القاضي المختص ضمن نص المادة 45 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، وإنما اشترط فقط سداد هذا التصرف.

ويتضح لنا التوافق بين ما جاء في التشريع المغربي مع ما جاء في أحكام الفقه الإسلامي بجواز شراء الولي أو الوصي أو المقدم العقار من مال القاصر بشرط مراعاة مصلحة القاصر، وهذا لا يتم في التشريعات المغاربية إلا بأخذ الإذن من القاضي المختص والذي يمنحه بقيام هذه المصلحة والضرورة الملحة.

المطلب الثالث: أحكام في التجارة بمال القاصر

إن الاتجار بمال القاصر له عدة أحكام فصلّ الفقهاء فيها وتوسعوا وتم النص على بعضها في التشريعات المغاربية، لكن ضمن هذا المطلب سيتم تناول بعض هذه الأحكام، وذلك في الفروع الآتية.

الفرع الأول: اتجار الولي في مال القاصر بالغبن

إذا كان الفقهاء قد اتفقوا على أن يبيع الولي أو الوصي أو القاضي وشراءه في مال القاصر بالغبن الفاحش لا يجوز، وكما قال محمد وأبو يوسف من الحنفية أن الغبن الفاحش يجري مجرى التبرع، والتبرع غير داخل فيه، فلا يجوز. وهذا لأن المقصود من التجارة في مال الصغير هو الربح وهذا ضده لأنه إتلاف له، كما يضمن قيمة ما خسره في مال القاصر إذا قام بهذا التصرف، وهذا لما في الغبن الفاحش أثناء اتجاره به ضرر بمصلحة القاصر المالية¹، لكن الفقهاء اختلفوا في حكم البيع والشراء بالغبن اليسير في مال القاصر إلى قولين اثنين وهما:

¹ الزيعلي، تبين الحقائق، ج 5، ص 206 و219. البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 849.

القول الأول: وهو أن الشراء بأكثر من ثمن المثل أو البيع بأقل من ثمن المثل بالغبن اليسير لا يضمه الولي أو الوصي إذا كان مما يتغابن الناس مثله، أما إن باع أو اشترى شيئاً من مال الصغير مما لا يتغابن الناس في مثله ضمن، وهذا القول هو لجمهور فقهاء الحنفية والشافعية¹.

القول الثاني: وهو أن الولي أو الوصي لا يجوز له أن يشتري إلا بثمن المثل، ولا يبيع إلا بأزيد من الثمن، اللهم إلا إذا كانت هناك حاجة ماسة للبيع فلا حرج في ذلك، كما ويضمن الولي إن خالف هذا الأساس، وهذا كله احتياطاً لمال القاصر وزيادة في الحماية لماله، وهذا القول هو لجمهور المالكية².

والذي يظهر من كل هذا عدم ترتيب الضمان في الغبن اليسير على الولي أو الوصي إذا أتجرا في مال القاصر بعد أن اجتهدا وتحريا في ذلك، لأنه لا يمكن التحرز من الغبن اليسير أثناء الاتجار وحصوله وارد حتى في حالة الحرص والتحري، أما في حالة التفريط والإهمال فيضمن الولي والوصي قيمة ما خسراه من مال القاصر.

ولا يجوز للوصي أن يبيع شيئاً من مال الصغير مما لا يتغابن الناس في مثله، كما لا يجوز له أن يشتري له بغبن فاحش³.

وقد تبنت التشريعات المغاربية قول الفقهاء بمنع الاتجار في مال القاصر بالغبن الفاحش لأن ذلك مما ينافي مصلحة القاصر، وهو ما تم العمل على إيضاحه، ولا بد دوماً من الحرص على تحقيق مصلحة القاصر، وعلى النائب الشرعي للقاصر أن يسلك سلوك الرجل الحرص لتحقيق مصلحته، وتحقيق الغبن في الاتجار بماله مما ينافي ذلك، وكل ذلك يفهم من نص المادة 88 ق أ ج، ومنع البيع بالغبن في منقولات القاصر هو ما نص عليه المشرع المغربي في صريح الفقرة الثانية من نص المادة 201 ف م م وهو ما أكدته باقي التشريعات المغاربية في عدة نصوص يتم التطرق لها فيما سيأتي.

¹ البغدادي، نفس المرجع، ج 1، ص 849. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 178.

² الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، ص 651-652.

³ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 849.

الفرع الثاني: الاتجار في مال القاصر بالنقد الحاضر والنسيئة

ضمن هذا الفرع سيتم التطرق لحكم الاتجار بمال القاصر بالنقد الحاضر والنسيئة، وذلك ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية وبعض تشريعاتها.

أولاً- الاتجار في مال القاصر بالنقد الحاضر والنسيئة في الفقه الإسلامي:

قال الفقهاء بجواز بيع مال القاصر والشراء له بالنقد الحاضر، أو التعجيل في الثمن والمثمنون، لأنه لا يرتب أي ضرر على ماله، وفي هذا يقول بن جزى من المالكية: "وكل ما يعقد الوالد على ولده الصغير فحكمه فيه نافذ لولايته عليه ونظره له، إلا ما وهب من ماله أو تصدق به فهو غير جائز"¹، ومما يدخل في العقد للولد بالبيع بالنقد المعجل، فإنه يجوز حيث لم يرد فيه المنع، كما لا يؤدي لأي ضرر في مال الصغير لأن الثمن يكون حاضراً وهو الغالب في التعاملات المالية.

لكن اختلف جمهور الفقهاء في حكم بيع مال القاصر بالنسيئة إلى قولين اثنين وهما:

القول الأول: وهو لفقهاء الحنفية حيث قالوا بعدم جواز بيع مال الصغير بالنسيئة إذا كان الأجل طويل وفاحش، ويفهم من ذلك إذا كان الأجل قصير جاز، وقالوا بتحريم بيع مال الصغير بأجل طويل لما فيه من الضرر على أصل ماله، وفي هذا يقول البغدادي من الحنفية: "والوصي إذا باع شيئاً من تركة الميت نسيئة، فإن كان يتضرر به اليتيم -بأن كان الأجل فاحشاً-، لا يجوز"²، وهذا كله بغية الحفاظ على مال الصغير من الضياع.

إذ أن الغرض من التجارة هو الربح، والبيع إذا كان يطول ربحه كما الحال هنا في البيع نسيئة إلى أجل طويل هذا قد يعود بالضرر على أصل المال الصغير، خاصة إذا كان ذلك وتعدد ما قد يؤدي بالنهاية إلى انتقاصه وانعدامه، وبالتالي لا يجد الصغير مالياً طوال هذه الفترة، كما أنه قد يفوت فرصاً كثيرة على استثمار هذا المال بطرق عديدة وبربح سريع لأجل غير طويل وفاحش ويفهم من كلام الحنفية أنه يجوز بيع مال الصغير بالأجل القصير إذا كان لا يضر بماله.

¹ ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 529.

² البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 828.

القول الثاني: وهو لجمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة، حيث جوزوا البيع والشراء في مال الصغير بالنسيئة وبالعرض، حيثما تحققت مصلحة الصغير، وهذا إذا رأى فيه النائب الشرعي ولياً كان أم وصياً المصلحة، وإذا باع بالنسيئة زاد على ثمنه نقداً، لأن الأجل يقابل بقسط من الثمن، ومثاله إن كانت السلعة تساوي مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل لأنه باعها بدون الثمن¹.

وفي هذا يقول الونشريسي من فقهاء المالكية: "وإنما لم يجز للوصي أن يشتري بالدين على أيتامه، ويشتري لهم بالنقد، مع أن الجميع شراء، لأن ما اشتراه لهم بالدين قد يهلك فيطلبون بالثمن عند حلوله، وتباع عليهم فيه أموالهم إن كانت لهم أموال، وتتبع به ذمتهم إن لم يكن لهم مال، وأيضاً ما اشترى بالدين يزداد فيه على القيمة"².

واشترط فقهاء الشافعية والحنابلة في بيع مال الصغير نسيئة أيضاً أن يشهد على البيع وجوباً، وأن يرتهن بالثمن رهناً وافياً احتياطاً للصغير المحجور عليه، ومثاله كأن يبيع بمال الصبي بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن، فإن هذا البيع لا يصح لأنه غرر بماله، فإن باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلاً وأخذ بالعشرين رهناً جاز ذلك، لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز فلا أن يجوز وقد زاده عشرين أولى، أما إن باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهناً ففيه وجهان عند الشافعية: أحدهما لا يصح بسبب كونه أخرج ماله من غير عوض، والثاني يجوز وهو الظاهر، لأنه باع واستوثق بالرهن فجاز³.

¹ الونشريسي، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، س 1990، ج 1، ص 653. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 423. الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص 154. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 328.

² الونشريسي، نفس المرجع، ج 1، ص 653.

³ الشيرازي، المهذب، ج 2، ص 128. النووي، روضة الطالبين، ج 3، ص 423. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 5، ص 328.

كما واشترط الشافعية أن يكون المشتري موسراً ثقة والأجل قصيراً عرفاً واحتياطاً، وهذا كله لمصلحة الصغير المحجور عليه، فإذا لم يفعل الولي هذه الشروط كلها ضمن وبه قال جمهور الفقهاء¹.

وذهب الشافعية إلى أنه لا يلزم الأولياء من الأب والجد أن يرتبوا من نفسيهما لولدهما بأن اشتريا ماله بالنسيئة، لأنهما أمينان في حقه، ويحكم القاضي بصحة بيعهما مال ولدهما إذا رفعاه إليه، وإن لم يثبت أن بيعهما وقع بالمصلحة أو الغبطة، لأنهما غير متهمين في حق ولدهما، بخلاف الوصي والأمين فإنه يجب إقامتهما البينة بالمصلحة وبعدهما، كما ويقبل قول المحجور عليه بعد رشده أن الولي والأمين باعا ماله ولو كان غير عقار بلا مصلحة فيلزمهما البينة، بخلاف الأب والجد فلا يلزمهما البينة عليه، لأنهما لا يتهمان لوفور شفقتهم على ابنهما الصغير².

ثانياً-الاتجار في مال القاصر بالنقد الحاضر والنسيئة في التشريعات المغاربية:

لم يرد ضمن التشريعات المغاربية نص يمنع من التصرف بالشراء والبيع لمال القاصر بالنقد والنسيئة، والأصل في ذلك الجواز والنفاد ما دامت توفرت في هذا العقد الأركان والشروط الموضوعية لهذا العقد، وتوفرت مصلحة القاصر المالية، لكن بعض التشريعات المغاربية كالمشرع المغربي مثلاً نص على ما يصلح للتطبيق على البيع والشراء بالنقد والنسيئة³.

وهو ما نصت عليه المسطرة المدنية المغربية في البيع بالنقد لمنقولات القاصر بالمزاد وذلك ضمن نص الفصل 202 بقولها: "يسدد المشتري الثمن والصوائر حالاً ولا تسلم له المنقولات إلا بعد أداء ثمنها نقداً. وينذر عند تأخره عن الأداء بتأديته دون أجل...". وفي البيع بالنسيئة نص المشرع المغربي على جواز ذلك في بيع بالمزايدة للمنقولات التي يتسارع إليها الفساد وحصل تنازع في ملكيتها من طرف الغير فأجاز بيعها بالنسيئة إلى غاية البت في ملكيتها وهو ما نص عليه في الفصل 203 في فقرته الأولى من المسطرة المدنية، وهذا حماية لمصلحة القاصر المالية، وعليه فمتى توفرت المصلحة المالية جاز ذلك.

¹ النووي، نفس المرجع، ج 3، ص 423. الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص 154.

² الشربيني، نفس المرجع، ج 3، ص 154-155. القزويني، العزيز شرح الوجيز، ج 5، ص 81.

³ جابر بن علي الحوسني، المرجع السابق، ص 223.

وذهب المشرع الليبي إلى توسيع سلطات الولي سواء أكان أب أو أم في إدارة واستثمار أموال ابنه القاصر، وأن جميع التصرفات جائزة في ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 45 من القانون الخاص بتنظيم أحوال القاصرين حيث جاء نصها: "تصرفات الولي من الوالدين في أموال أولاده القصر تحمل على السداد إلا إذا ظهر خلاف ذلك".

وخلاصة لما سبق يتبين أن أعمال التجارة أو البيع والشراء للقاصر يندرج ضمن الأعمال والتصرفات المترددة بين النفع والضرر، وهو ما يجعلها تخضع للرقابة القضائية، ويتجلى ذلك من خلال الإذن الممنوح من طرف القاضي، والذي يستوجب عليه ألا يمنح هذا الإذن إلا إذا ثبت لديه غلبة نفع هذا التصرف مع اتخاذ جميع الإجراءات لتفادي الضرر الناجم عنه.

المبحث الثاني: استثمار مال القاصر بالمضاربة

تعد المضاربة في مال القاصر من اهم الطرق التقليدية لاستثمار الأموال التي ينبغي من خلالها تنمية أمواله، خاصة في ظل عدم قدرة القاصر تولى ذلك بنفسه أو لانشغال النائب الشرعي عن هذا الاستثمار، وسيتم التطرق خلال هذا المبحث لماهية المضاربة والتطرق لأحكام استثمار أموال القاصر بالمضاربة.

المطلب الأول: ماهية المضاربة في مال القاصر

قبل التطرق لأحكام استثمار أموال القاصر بالمضاربة لابد أولاً قبل كل شيء من التطرق لماهية المضاربة، وذلك من خلال تناول تعريفها ومشروعيتها، وهو ما سيتم تناوله في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: تعريف المضاربة

لقد عرفت المضاربة بعدة تعريفات اختلفت من تعريف لآخر، وضمن هذا الفرع نتناول تعريف المضاربة في الاصطلاح اللغوي والاصطلاح الفقهي.

أولاً-تعريف المضاربة لغة:

المضاربة على وزن مفاعلة، وهو مشتق من الفعل ضرب، فنقول ضرب في الأرض يضرب ضرباً وضرباناً ومضرباً -بالفتح- بمعنى خرج فيها تاجراً أو غازياً، وقيل بمعنى أسرع، وقيل بمعنى ذهب فيها، وقيل سار في ابتغاء الرزق. وضربت في الأرض أبتغي الخير من الرزق، قال الله عز وجل: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾¹، أي سافرت، وقول الله تعالى: ﴿لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ﴾²، يقال: ضرب في الأرض إذا سار فيها مسافراً فهو ضارب. والضرب يقع على جميع الأعمال، إلا قليلاً³.

ثانياً-تعريف المضاربة اصطلاحاً:

أما تعريف المضاربة في الاصطلاح الفقهي فلقد اختلفت تعريفات فقهاء المذاهب الفقهية ويتم إيرادها كما يلي:

حيث عرف فقهاء الحنفية المضاربة بأنها: "عقد شركة⁴ في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب"⁵. أو هي كما عرفها المرغيناني بأن: "المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر"⁶. يلاحظ أن التعريفان متشابهان من الناحية الفقهية ويلاحظ أنهما قد أغفلا نسبة الربح بين الطرفين.

¹ سورة النساء، آية رقم 101.

² سورة البقرة، آية رقم 272.

³ ابن منظور، لسان العرب، ج 1، ص 544.

⁴ عقد الشركة يدفع بموجبه طرف لآخر مالاً ليتجر فيه، ويقتسمان الربح بخصص شائعة اتفاقاً عليها.

⁵ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 12، ص 368-369.

⁶ المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 3، ص 200.

كما عرف فقهاء المالكية المضاربة بأنها: "توكيل على تجر بنقد مضروب مسلم بجزء من ربحه"¹. وعرفها بن عرفة بأنها: "تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة"².

أما فقهاء الشافعية فعرفوا المضاربة بأنها: "أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك"³.

كما عرف بن قدامة من الحنابلة المضاربة بأنها: "أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه"⁴.

وأخيراً نتطرق لتعريف الفقهاء المعاصرين للمضاربة، والتي عرفوها بأنها: "عقد بين طرفين على أن يدفع أحدهما نقداً إلى الآخر ليتجر فيه، على أن يكون الربح بينهما حسب ما يتفقان عليه"⁵.

وخلاصة القول إن المضاربة في الاصطلاح هي أن يعطي إنساناً لآخر ماله ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما، أو يحدد له سهم معلوم من الربح.

وعندما يقال المضاربة أو القراض فإنهما يتفقان في المعنى الاصطلاحي ويختلفان في اللفظ والمضاربة لغة أهل العراق، والقراض لغة أهل الحجاز حيث يطلقون على هذا النوع من العقد بالمقارضة، وهو مشتق من القرض وهو القطع، لأن صاحب المال يقطع قدراً من ماله ويسلمه للعامل ليتجر فيه على قطعة من ربحه. ويطلق أيضاً على المضاربة لفظ المعاملة، فيقال للعامل ضارب، لأنه هو الذي يضرب في الأرض. ويجوز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العامل

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، ص 523.

² التسوي، البهجة شرح التحفة، ج 2، ص 356.

³ النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، س 2005، ص 154.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 132-133.

⁵ سيد سابق، فقه السنة، ج 3، ص 202.

يسمى مضارباً، لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه، وكذلك المقارض. وقال النضر: المضارب صاحب المال والذي يأخذ المال، كلاهما مضارب، هذا يضاربه وذاك يضاربه¹.

وصفة المضاربة أن يعطى شخص راشداً مالا لشخص آخر على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل (المضارب) من الربح، أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً².

والمضاربة في مال القاصر هي أن يدفع الولي أو الوصي أو الحاكم أو مقدمه مال القاصر لمن يضارب له به، ويجعل له نصيباً أو سهماً من الربح من مال القاصر الذي ضارب فيه.

الفرع الثاني: مشروعية المضاربة في مال القاصر

ضمن هذا الفرع سيتم تناول مشروعية المضاربة في مال القاصر، وذلك ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

أولاً- مشروعية المضاربة في مال القاصر في الفقه الإسلامي:

بخصوص مشروعية المضاربة في مال القاصر فقد ذهب الفقهاء إلى أنها جائزة شرعاً، وقد استدلوا لمشروعيتها بعدة أدلة من المصادر الأصلية والتبعية، لكن سيتم الاكتفاء فقط بالمصادر الأصلية، مع التطرق لأثر الصحابة في هذا الشأن.

1- الكتاب:

بخصوص مشروعية المضاربة في مال القاصر من القرآن فقد أورد الجصاص في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَحْ لَهُمْ خَيْرٌ³﴾، قال إن الآية قد حوت

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 1، ص 544. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 12، ص 368-369. ابن

قدامة، المغني، ج 7، ص 133. سيد سابق، فقه السنة، ج 3، ص 202.

² سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 543.

³ سورة البقرة، آية رقم 218.

عدة أحكام، منها في قوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ فيه دلالة على جواز دفع مال الصغير مضاربة، لأنه يعد من باب الإصلاح الذي ينبغي القيام به¹.

2- السنة:

أما من السنة فقد استدل الفقهاء لجواز المضاربة في مال القاصر بدليل مشروعية المضاربة بشكل عام، والمضاربة في مال القاصر تندرج ضمن هذا الحكم، ودليل الفقهاء ذلك أنه ورد أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد ضارب لخديجة رضي الله عنها بما لها، وسافر به إلى الشام قبل أن يبعث، وقد كان معمولاً بها في الجاهلية، ولما جاء الإسلام أقر الرسول عليه السلام العمل بالمضاربة². وإذا كان يشرع عمل المضاربة بشكل عام، فإنه يجوز ذلك في مال القاصر، لما يحقق من مصلحة مالية للقاصر.

3- الأثر:

ودليل مشروعية المضاربة في مال القاصر من الأثر متعدد منها ما ورد في الأثر أيضاً، إذ أن الصحابة رضي الله عنهم تعاملوا بها لإقرار الإسلام العمل بها³، وفي هذا دليل على جواز المضاربة بشكل عام.

أما عن دليل مشروعية المضاربة بشكل خاص في مال القاصر، فعن معمر عن أيوب، عن القاسم بن محمد قال: "كنا يتامى في حجر عائشة، فكانت تزكي أموالنا، ثم دفعته مقارضة فبورك لنا فيه"⁴. فدل هذا الأثر على جواز المضاربة أو القراض في أموال القاصر، وهذا لفعل السيدة عائشة في أموال الصغار الذين هم تحت حجرها بالمضاربة.

¹ الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401.

² ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 12، ص 368. سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 543. سيد سابق، فقه السنة، ج 3، ص 202-203.

³ ابن عابدين، نفس المرجع، ج 12، ص 368. سيد سابق، نفس المرجع، ج 3، ص 202-203.

⁴ الصنعاني، المصنف، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، حديث رقم 6984، ط 2، س 1403 هـ، ج 4، ص 66.

وروي أيضاً أن السيدة عائشة رضي الله عنها كانت تفعله في مال ولد أخيها، كما أن العلاء بن عبد الرحمن روى عن أبيه عن جده: أن عمر بن الخطاب أعطاه مال اليتيم مضاربة، ولأن ذلك يفعله الإنسان في مال نفسه طلباً للربح، ويكون للمضارب في مال الصغير من الربح ما وافقه الولي والوصي عليه، لأن الولي والوصي نائبه فيما فيه مصلحته وهذا يعد من مصلحته فجاز فعله له في ماله، كما لا يضمن الولي والوصي إذا خسر المضارب مال الصغير، وكان قد دفعه لأمين كما لا يضمن الولي إذا كان قد دفعه إلى من ظاهره العدالة ثم خان¹.

4-الإجماع:

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز المضاربة في الجملة، وهذا لما ورد من أدلة نقلية وعقلية بشأنها، ولشدة حاجة الناس إليها، وهو ما نقله بن المنذر في الإجماع².

وإذا كان الفقهاء قد أجازوا للولي أو الوصي أو للقاضي أو المقدم القيام بأي فعل فعله من شأنه تنمية مال القاصر، بل هي من أهم المهام الموكلة لهم، ومن ضمن الأفعال التي أجازوا القيام بها في مال القاصر هي المضاربة بأمواله، والتي تعد من أهم وسائل استثمار أمواله، وذلك بأن يعطي مال الصغير لغيره مضاربة ويجعل له نصيباً من الربح، لأن القاصر ليست لديه القدرة على القيام بالمضاربة بنفسه لا في تقديم المال ولا في تقديم العمل، لكن اشترط الفقهاء لاستثمار مال القاصر بالمضاربة عدة شروط منها أن يكون المضارب بمال الصغير أمين، وفعله أولى من تركه³.

¹ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 827. السرخسي، المبسوط، ج 21، ص 99. سحنون، المدونة الكبرى، ج 14، ص 20. الخطاب، مواهب الجليل، ج 8، ص 570-571. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 338-339. ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 220.

² سعدي أبو حبيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ص 543.

³ البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 827. السرخسي، المبسوط، ج 21، ص 99. سحنون، المدونة الكبرى، ج 14، ص 20. الخطاب، مواهب الجليل، ج 8، ص 570-571. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 338-339. ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج 6، ص 220.

في حين تم العثور على قول للكاساني وهو من فقهاء الحنفية يقول فيه بعدم جواز المضاربة في مال الصغير، ذلك أن الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقاً في مال المضاربة، وإنما يوجب حقاً في الربح وإنه قد يكون، وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة¹.

لكن القول أن الإجماع واقع في جواز المضاربة في مال الصغير من طرف النائب الشرعي سواء أكان ولي أم وصي أم قاضياً أم قيماً، وهذا النوع من الاستثمار يعد من أبرز وجوه الاستثمار التي تتوفر فيه شروط الفقهاء في تنمية المال، لكن لا بد من مراعاة ضوابط استثمار أموال القاصر زيادة على الشروط العامة، ومنها الشروط التي ذكرها الفقهاء كالأمن في المواضيع التي يتجر بها والطريقة التي يتجر بها تكون فيها مصلحة للصغير وتحقق مصلحته، كما لا يدفعه الولي إلا للأمناء الثقة، ولا بد من توثيق في هذا التعامل، كما لا يغزر بمال الصغير وإلا ضمن الولي.

ثانياً- مشروعية المضاربة في مال القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

أما عن حكم استثمار أموال القاصر بالمضاربة في قوانين الأسرة المغربية، فقد أجازوها وذلك من خلال إجازتهم لجميع طرق استثمار أموال القاصر مادامت هذه الطريقة مشروعة وتخضع للضوابط القانونية والاقتصادية السابق ذكرها.

وقد نص المشرع الجزائري على جواز استثمار أموال القاصر ضمن الفقرة الثانية من نص المادة 88 ق أ ج، حيث أن المضاربة تعد من أنواع الاستثمارات المشروعة، وقد نص المشرع المغربي على ذلك بشكل صريح في الفقرة الثانية من أحكام المادة 271 م أ م، كما نص المشرع الليبي بجواز استثمار الولي مال ابنه القاصر بجميع الطرق القانونية مادامت مصلحة القاصر قائمة ويندرج ضمن ذلك المضاربة وهو ما نصت عليه المادة 45 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، وهو ما يحق أيضاً لباقي النواب الشرعيين. وخلاصة القول إن المضاربة بأموال القاصر في التشريعات المغربية تعد جائزة لأنها تعد من أنواع الاستثمارات المباحة والتي تنمي أموال القاصر.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 178.

المطلب الثاني: متولي المضاربة في مال القاصر

إذا كان النائب الشرعي للقاصر هو من ينوب عن محجوره في القيام برعاية أمواله واستثمارها، ومن ضمن مجالات الاستثمار هي المضاربة في أمواله، فهل يحق للولي القيام بالمضاربة في مال القاصر بنفسه أم يدفعه للغير للقيام بهذا الاستثمار؟

الفرع الأول: مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر

ضمن هذا الفرع سيتم تناول حكم مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر، وذلك ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية.

أولاً-مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم تولى النائب الشرعي بنفسه المضاربة في مال القاصر، وذلك بين من يرى الجواز وبين من يرى المنع، وهذين القولين هما كالآتي:

القول الأول: وهو قول لبعض فقهاء المالكية والحنابلة، حيث قالوا بمنع النائب الشرعي من العمل بنفسه بمال محجوره الصغير مضاربة أو قراضاً، وليس له أن يعقد مع نفسه لنفسه، وهذا لئلا يحابي نفسه بزيادة من الربح¹. وهذا مما يندرج في باب التعاقد مع النفس في مال القاصر، وقد سبق التطرق لهذه الجزئية بشيء من التفصيل.

القول الثاني: وهذا القول لفقهاء الحنفية وجمهور المالكية والشافعية والحنابلة، حيث قالوا بجواز مضاربة الولي أو الوصي بنفسه في مال القاصر، بشرط مراعاة مصلحة اليتيم في ذلك. وقد قال بن رشد من فقهاء المالكية إن الوصي إذا عمل قراض بمال وصيه بنفسه وهذا بقراض مثله جاز ذلك وليس على الوصي ضمان إن تلف، وإن عمل فيه بأكثر من قراض مثله فغبن اليتيم في ذلك رد إلى قراض مثله وضمن المال إن تلف².

¹ محمد عليش، منح الجليل، ج 9، ص 588-589. الخطاب، مواهب الجليل، ج 8، ص 572-573. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

² الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401. محمد عليش، نفس المرجع، ج 9، ص 588-589. الخطاب، نفس المرجع، ج 8، ص 572-573. ابن قدامة، نفس المرجع، ج 2، ص 108.

وقد استدل أصحاب هذا القول لقولهم بعدة أدلة، منها أن الجصاص أورد في تفسير قول الله تعالى: "ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير"، قال إن الآية قد حوت ضروباً من الأحكام، أحدها قوله: "قل إصلاح لهم خير" فيه الدلالة على جواز دفعه مضاربة إلى غيره، وجواز أن يعمل ولي اليتيم مضاربة أيضاً¹.

والقول الراجح من القولين السابقين هو القول الثاني لجمهور الفقهاء، والقائل بجواز مضاربة الولي أو النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر²، إذا لا يوجد أي دليل شرعي يمنع ذلك ومادام الولي قادراً على القيام بالمضاربة بنفسه في مال القاصر، وراعى فيها المصلحة المالية له.

¹ الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401.

² إذا كان يحق للولي أو النائب الشرعي للقاصر القيام بنفسه بالمضاربة في مال القاصر، فهل يستحق على ذلك جزءاً من مال القاصر نظير جهده وعمله؟ وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة أيضاً إلى ثلاثة أقوال وهي: القول الأول: وهو لجمهور فقهاء الشافعية والحنابلة، حيث قالوا بعدم جواز استحقاق الولي شيئاً من الربح نظير عمله وأن الربح كله للقاصر، وهذا خشية أن يجازي الولي نفسه، وقد احتج المانع لقولهم بأن الربح يعد ثناء لمال القاصر فلا يستحقه غيره إلا بعقد، ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه لأن التهمة تلحقه. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 339-340. القول الثاني: وهذا القول هو لفقهاء الحنفية وبعض فقهاء المالكية والحنابلة، حيث قالوا باستحقاق الولي أو الوصي نصيب من الربح جزاء عمله شأنه في ذلك شأن الغير، وقال بعض فقهاء المالكية أن الوصي يستحق الربح وعليه الخسارة حال وقوعها. ميارة، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، د ط، د س، ج 2، ص 215. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 339-340.

وقد احتجوا لقولهم بعدة أدلة منها قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ سورة النساء، آية رقم 6. وجه الدلالة أنه إذا جاز للولي الأكل مع عدم العمل والمضاربة فيه، فجوازه مع العمل والمضاربة من باب أولى لأن فيه تنمية لأمواله. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّهَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ سورة النساء، آية رقم 10. وجه الدلالة أن صريح الآية تحريم أكل مال اليتيم ظلماً، ويفهم منها جوازه مع عدم الظلم والتعدي، ومن ذلك أخذ نصيب من ربح مال اليتيم، إذ هو أخذ بحق، لأنه مقابل العمل في مال القاصر. علي المشيقح، الإفادة من مال اليتيم في عقود المعاوضات والتبرعات، الناشر الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، د ط، س 2004، ص 297-298.

القول الثالث: وهو قول غير مشهور لبعض فقهاء المالكية وأحد القولين في المذهب، وهو أن الوصي إن كان ملياً فالربح له، وإن كان معسراً فالربح للقاصر فقط. ميارة، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، ج 2، ص 215.

ثانياً-مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر في قوانين الأسرة المغربية:

أما عن رأي قوانين الأسرة المغربية في حكم مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر، فإن الأصل في ذلك أن يتم دفعها للغير كي لا تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة نائبه الشرعي، وما قيل في مسألة التعاقد مع النفس يصدق على هذه الجزئية.

وقد اشترط المشرع الجزائري على النائب الشرعي للقاصر استئذان القاضي حال رغبته استثمار أمواله، وهو ما نصت عليه أحكام الفقرة الثالثة من المادة 88 ق أ ج، والمضاربة تندرج ضمن هذا الإطار، لأنها تعد من أنواع الاستثمار، لكن بالنظر إلى أن مضاربة الولي في أموال القاصر تتعارض فيه مصالح الولي مع مصالح القاصر، فإن القاضي يعين حينئذ متصرف خاص، وهو ما يستفاد من أحكام المادة 90 ق أ ج، وعليه فإن مضاربة الولي في أموال القاصر جائزة، لكن لا بد من استئذان القاضي، والذي يجب أن يراعي في ذلك حالة الضرورة والمصلحة في هذا الإذن، طبقاً لأحكام المادة السابقة، كما أنه يتعين على القاضي تعيين متصرف خاص قصد مراقبة مدى تطابق هذه المضاربة مع مصلحة القاصر، نظراً لتعارض مصالح الولي والقاصر في هذه المضاربة، وقد يكون طلب تعيين متصرف خاص بناءً على طلب يقدمه كل من له مصلحة كأحد أقارب القاصر أو من النيابة العامة عند الاقتضاء، ونفس الأحكام تسري على الوصي والمقدم، طبقاً لنص المادة 95 و100 ق أ ج.

أما بخصوص حكم مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر في التشريع المغربي فلم يخالف المشرع الجزائري، وأجاز ذلك، وفي مثل هذه الحالة التي يتعاقد فيها النائب الشرعي مع نفسه فلا بد من الحصول على إذن المحكمة والتي تعين ممثلاً للمحجور بغية المحافظة على مصالح القاصر.

وهو ما نصت عليه المادة 269 م أ م بقولها: "إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرفات تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجته، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى

والقول الراجح في المسألة أنه يحق للنائب الشرعي للقاصر سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً أخذ جزء من الربح حال مضاربه بمال القاصر، ولكن لحماية مال القاصر في هذه الحالة من التعدي لا بد من تحديد القاضي مقدار الربح المستحق للولي، لكيلا يجابي الولي نفسه، مع مراعاة في كل ذلك حال ملاءة وعسر الولي لتحديد مقدار الربح من طرف القاضي.

المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلاً للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه"، وهو ما يفهم منه بطلان مضاربة الولي بنفسه في مال محجوره إذا تمت من تلقاء نفسه، والأمر لا يعني الولي فقط وإنما يشمل حتى الوصي والمقدم، وفي ذلك حماية لمال القاصر من أن يتم استغلاله بما لا يخدم مصلحته في هذه المضاربة أو الاستثمار بشكل عام.

الفرع الثاني: دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه

ضمن هذا الفرع سيتم التطرق إلى حكم دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه، وهو ما سيتم تناوله ضمن الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية.

أولاً- دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه في الفقه الإسلامي:

إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في حكم مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر، وذلك بين من يرى جوازه وبين مانع له، وقد تم ترجيح قول جمهور الفقهاء والذي يرى الجواز، لكن قد لا يتمكن النائب الشرعي من القيام بالمضاربة بنفسه لعدة أسباب منها على سبيل المثال لا الحصر قلة علمه وخبرته بها أو لانشغاله، وهو ما يلزمه بدفعه لغيره للقيام بهذه النوع من الاستثمار، وهو ما يطرح التساؤل عن حكم دفع مال القاصر للغير للمضاربة فيه؟

وعلى خلاف ما سبق فإن الفقهاء لم يختلفوا على جواز منح النائب الشرعي مال القاصر لغيره بغرض المضاربة فيه، وهذا هو الأصل في المضاربة، لكن اشتراطوا الفقهاء في ذلك أن يكون الشخص المضارب بمال الصغير ثقة أمين¹.

فقد أورد القرآني في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَفْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾²، قال مفهومه أن ما ليس بأحسن لا يجوز، وما هو أحسن يجوز، وأضاف بجواز إعطاء مال القاصر قراضاً للغير بغرض تنميته وذلك من سداد العقلاء³.

¹ الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401. محمد عليش، منح الجليل، ج 9، ص 588-589. الخطاب، مواهب الجليل، ج 8، ص 572-573. ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 339-340. ابن قدامة، الكافي، ج 2، ص 108.

² سورة الأنعام، آية رقم 153.

³ القرآني، الذخيرة، ج 7، ص 171.

كما أورد الجصاص في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ

إِصْلَحْ لَهُمْ خَيْرٌ¹، أن الآية قد حوت ضروباً من الأحكام، أحدها قوله: ﴿قُلْ إِصْلَحْ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ فيه الدلالة على جواز دفعه مضاربة إلى غيره².

وروى ابن القاسم أن للوصي أن يتجر بأموال اليتامى ولا يضمن إذا ما ضاع أو تلف، وروى ابن وهب في البر والبحر. وقال ابن شاس الوصي يقضي ديون الصبي، وينفق عليه بالمعروف ويزكي ماله، ويدفعه قراضاً وبضاعة³.

وقد استدلل الفقهاء بعدة أدلة لجواز دفع مال القاصر للمضاربة فيه، فمنها ما ورد في الأثر وهو ما سبق ذكره، فعن معمر عن أيوب، عن القاسم بن محمد أنه قال: "كنا يتامى في حجر عائشة، فكانت تزكي أموالنا، ثم دفعته مقارضة فبورك لنا فيه"⁴. فدل هذا الأثر على جواز دفع مال القاصر للغير بغرض المضاربة فيه، وهذا لفعل السيدة عائشة في أموال الصغار الذين هم تحت حجرها.

والجدير بالذكر بالنسبة لربح المضارب في مال القاصر حال كانت هناك أرباح، أن للمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه، أي اتفقا عليه في قولهم جميعاً، لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته، وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله⁵.

ثانياً- دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه في قوانين الأسرة المغاربية:

أما عن حكم دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه في قوانين الأسرة المغاربية وفي بعض تشريعاتها، فإن الأصل أن يتم دفع مال القاصر للغير ليضارب فيه، وهذا لكيلا تتعارض مصالح القاصر مع مصالح نائبه الشرعي، لكن يجب أن يستأذن القاضي بالتصرف مال

¹ سورة البقرة، آية رقم 218.

² الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401.

³ محمد عليش، منح الجليل، ج 9، ص 588.

⁴ الصنعاني، المصنف، حديث رقم 6984، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، س 1403 هـ، ج 4، ص 66.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 339-340.

القاصر بالمضاربة أو بالاستثمار بشكل عام، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من نص المادة 88 ق أ ج.

وما نص عليه المشرع الجزائري هو ما يستفاد أيضاً من أحكام الفقرة الثانية من نص المادة 271 م أ م، وكذلك الفصل 11 ق ا ع م، لكن يستثنى من هذا الإذن الولي أباً كان أو أمماً، وذلك حال رغبتهما دفع مال ابنهما القاصر للغير للمضاربة فيه، فيستثنيان من تحصيل الإذن من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين طبقاً لنص المادة 271 م أ م، والتي ألزمت ذلك على الوصي أو المقدم فقط، وقد ورد في الفقرة الثانية لنص المادة 271 بأنه: "لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين: ...المساهمة بجزء من أموال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثمار في تجارة أو مضاربة..."، وورد في نص الفصل 14 من مدونة التجارة المغربية بأنه: "لا يجوز للوصي ولا المقدم أن يستثمر أموال القاصر في التجارة إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي ووفقاً لمقتضيات الأحوال الشخصية"، وعلى ضوء نص المادتين يلزم الوصي أو المقدم بالحصول على الإذن في حالة رغبته دفع مال القاصر للغير للمضاربة فيه، وإلا فلا بد من تعيين متصرف خاص حال رغبته المضاربة في مال القاصر بنفسه، وهذا لكيلا تتعارض مصلحة النائب الشرعي مع مصلحة القاصر.

وعلى هذا فإن المشرع المغربي بين كيفية التعاقد مع النائب الشرعي في مال المحجور عليه، وهذا من خلال تعيين المحكمة من يتولى إبرام العقد مع النائب الشرعي للقاصر، وهذا لكيلا يتم التعارض بين مصلحة النائب الشرعي والقاصر، وتضيق مصلحة القاصر في خضم هذا التصرف، وتعين المحكمة ممثلاً للمحجور في هذا الوضع يعمل على الحفاظ على مصالحه المالية، وبهذا يكون المشرع المغربي قد وضع حلاً لهذا الإشكال ووفق في معالجته.

المبحث الثالث: استثمار مال القاصر بالإجارة

تعد الإجارة¹ أو الكراء من أهم الاستثمارات التقليدية التي يمكن أن تدر على القاصر أرباح معتبرة، خاصة إذا رعت فيها الأحكام التي حددها الفقهاء، وما جاء ضمن النصوص التشريعية، لكن هذا لا يعني خلوها من مخاطر على الذمة المالية للقاصر، وقبل الخوض في أحكام هذه الوسيلة لا بد من التطرق أولاً قبل كل شيء لمفهومها.

المطلب الأول: مفهوم الإجارة

ضمن هذا المطلب يتم التطرق لمفهوم الإجارة والكراء، وذلك من خلال تناول تعريفهما في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني يتناول حكمهما.

الفرع الأول: تعريف الإجارة

قبل تناول حكم الإجارة وباقي أحكامها يستلزم التطرق لتعريفهما في الاصطلاح اللغوي والفقهي وفي القانون، وذلك ما سيتم التطرق إليه ضمن هذا الفرع.

أولاً-تعريف الإجارة لغة:

الإجارة في اللغة مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجراً. والإجارة تأتي بمعنى الأمان².

ثانياً-تعريف الإجارة اصطلاحاً:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح الإجارة بعدة تعريفات مختلفة، يكتبون بتعريفين فقط لفقهاء الحنفية والمالكية.

¹ اعتبر المشرع الجزائري أن الإجارة لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات من بين أعمال الإدارة، وهو ما نصت عليه المادة 573 من القانون المدني: "...يعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث (3) سنوات".

² ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ص 128. السيد سابق، فقه السنة، ج 3، ص 177.

حيث عرف فقهاء الحنفية عقد الإجارة بأنها: "تمليك منفعة بعوض"¹. وعلى هذا فلا يجوز شرعاً استئجار الأشجار بغرض الانتفاع من ثمرها، لأن الأشجار لا يمكن الانتفاع بها إلا من غلتها، وكذلك الحال بالنسبة للطعام بغرض الأكل والنقود، لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا من خلال استهلاك عينها².

بينما عرف فقهاء المالكية الإجارة بأنها: "تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض"³، وميز فقهاء المالكية بين الإجارة والكراء، حيث سمو الإجارة على العقد على منافع الآدمي، وما ينقل غير السفن والحيوان، بينما أطلقوا لفظ الكراء على العقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان كالرواحل كراء في الغالب فيهما⁴. وعليه فكل ما يقوم به الولي من تمليك منافع الأراضي والدور وما ينقل من سفينة وحيوان المملوكة للقاصر بقصد الإيجار بها يسمى كراء، فإذا أجر الولي ابنه الصغير على عمل من الأعمال على سبيل المثال سمي ذلك إجارة.

كما لا يمنع الفقهاء من إطلاق لفظ الإجارة على الكراء ولفظ الكراء على الإجارة، فيطلقون على العقد على منافع الآدمي ومنافع ما ينقل غير السفن والحيوان كراء ويطلقون على العقد على منافع ما لا ينقل، ومنافع السفن والرواحل إجارة⁵. وعليه فيكون للإجارة والكراء نفس المدلول في الاصطلاح الفقهي.

¹ السرخسي، المبسوط، ج 23، ص 79.

² السيد سابق، فقه السنة، ج 3، ص 177.

³ الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د س، ج 4، ص 2.

⁴ الدردير، نفس المرجع، ج 4، ص 2.

⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 2.

أما عن فقهاء القانون فقد عرفوا الإجارة بأنها: "عقد يلتزم شخص (المؤجر) بمقتضاه أن يضع شيئاً تحت تصرف شخص آخر (المستأجر) لمدة محددة وبمبلغ معين يسمى بدل الإيجار"¹.

وقد عرف المشرع الجزائري الإيجار في الفقرة الثانية من نص المادة 467 ق م ج بأنه: "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"، في حين نجد أن المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من نص المادة 88 ق أ ج تنص على إجارة العقار ولم تورد مصطلح الكراء للعقار، ما يفهم منه أنه لم يتبن قول فقهاء المالكية، وعليه فيطلق لفظ الإجارة على الكراء والكراء على الإجارة لأن لهما مدلول واحد.

الفرع الثاني: حكم إجارة مال القاصر

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز إجارة مال الصغير المحجور عليه، وهذا من طرف الولي أو الوصي أو من طرف القاضي ومقدمه، لأن لهم ولاية التصرف في مال القاصر، والتي من بينها الإجارة، ولا تجوز إجارة غير هؤلاء السابق ذكرهم، لأن من سواهم لا ولاية له على القاصر، ولأن تأجير ماله يعد تصرف في المال فلا يملكه إلا من يملك التصرف في ماله كبيع المال. وقد استدل الكاساني من الحنفية على مشروعية الإجارة بالقياس على البيع، فإذا كان يجوز ذلك للولي والوصي فإنه يجوز لهم أيضاً الإجارة².

وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد أجازوا إجارة مال الصغير من طرف الولي أو الوصي أو المقدم، فإنهم قد اشتروا في ذلك تحقق المصلحة، ويعد الإيجار من الإيجار النافع في مال القاصر. ولو بلغ الصغير المحجور عليه قبل انتهاء مدة الإجارة، فإنه لا خيار له في الفسخ عند ذلك³.

ولم تخالف التشريعات المغاربية حكم الفقه الإسلامي في جواز إيجار أموال القاصر لأنها تعد نوع من أنواع الاستثمار المشروعة، فقد ذهب المشرع الجزائري والمغربي إلى اعتبار إيجار عقار

¹ كريستال مورال، المرجع السابق، ص 306.

² الكاساني، بدائع الصنائع، ج 4، ص 178.

³ الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 178.

القاصر من ضمن أعمال الإدارة، وقد أجاز المشرعان للولي والوصي والمقدم القيام بهذا التصرف إذا كان فيه مصلحة للقاصر بشرط أخذ الإذن من طرف المحكمة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن الفقرة الخامسة من المادة 88 ق أ ج بنصه: "...وعليه أن يستأذن المحكمة في التصرفات التالية: 4...- إيجار عقارات القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد"، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 11 ق ا ع م.

المطلب الثاني: أحكام إجارة مال القاصر

تعد إجارة مال القاصر من أهم الوسائل التقليدية لاستثمار أموال القاصر وأكثرها شيوعاً، وقد سبق القول بأنه تم الاتفاق على مشروعية وجواز إجارة مال القاصر من طرف النائب الشرعي، لكن الاختلاف قد وقع في تفاصيل هذا الإيجار وبعض أحكامه المختلفة.

الفرع الأول: تأجير مال القاصر بأقل من أجره المثل

قال الفقهاء إلى أنه يجب على الولي أن يؤجر مال الصغير بأجرة المثل أو أكثر من أجره المثل، لما في ذلك من مصلحة مالية للصغير، وليس للأب ومن يملك إجارة مال الصبي ونفسه وماله أن يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة، ولو فعل أحد ممن يملك إجارة مال القاصر ذلك فإنه لا ينفذ عند الاطلاع عليه، لأنه يعد ضرر في حق الصبي المحجور عليه، ولا يثبت الضرر في حق الصبي، أما إن حدث ووقع ذلك فإن الولي يضمن الفارق¹.

وعلى هذا فلا يجوز أن يتم تأجير مال القاصر بأقل من أجره المثل خاصة إذا كان الغبن فاحشاً، فإذا أجر الولي أو الوصي أو المقدم بأقل من أجره المثل فيجب على القاضي التدخل والقيام بفسخ هذا التعاقد، أو يقوم بتعديله إلى أجره المثل، وهذا لما في هذا التعاقد من ضرر على مال القاصر، ووقوعه يوجب الضمان على الولي.

أما إجار مال القاصر بالغبن اليسير غير الفاحش، وهو ما يتغابن الناس فيه عادة، فينطبق عليه نفس الحكم البيع والشراء بالغبن اليسير في مال القاصر وقد سبق التطرق لهذه الجزئية، والتي ورد فيه الخلاف بين الفقهاء.

¹ الكاساني، نفس المرجع، ج 4، ص 178.

أما عن حكم تأجير مال القاصر بأقل من أجره المثل ضمن التشريعات المغاربية فلم تنص على ذلك بشكل صريح، ولكن نصت على ضرورة مراعاة مصلحة القاصر في جميع التصرفات وأثناء إدارة أمواله، وهو ما جاء ضمن عدة نصوص سبقت الإشارة إليها، ويمكن الرجوع في ذلك لأحكام الفقه الإسلامي عند وجود فراغ تشريعي في مسألة ما، وهو ما نصت عليه قوانين الأسرة المغاربية.

الفرع الثاني: بلوغ القاصر قبل انقضاء مدة الإجارة

قد يحصل أن يؤجر الولي مال الصغير لمدة معينة، ثم يبلغ الصغير قبل انقضاء مدة الإجارة، فهل يحق للصغير البالغ فسخ هذه الإجارة التي عقدها وليه؟ وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين اثنين هما:

القول الأول: لفقهاء الحنفية حيث قالوا إن الولي لو أجر مال ابنه الصغير ثم بلغ قبل انقضاء مدة الإجارة فلا خيار له في إبطال إجارة المال، وقد استدلووا لقولهم بأن الولي لما تصرف في مال ابنه الصغير بالإجارة كان ذلك على وجه النظر فيقوم الأب مقامه، وعليه فلا يثبت للابن خيار إبطال عقد وليه ببلوغه¹.

القول الثاني: وهو لفقهاء الشافعية والحنابلة ولهم تفصيل في المسألة، حيث قالوا إن الولي إذا أجر مال الصبي مدة يتحقق بلوغه في أثنائها، مثل إن أجره عامين وهو ابن أربع عشرة، فتتفسخ في سن السادس عشر، لأنها لا تصح فيما زاد على البلوغ الصغير، أما إذا أجر ماله في مدة لا يبلغ فيها الصغير بالسن، وبلغ الصبي قبل بلوغه سن البلوغ فإن الإجارة هنا لا تتفسخ، كأن أجره إلى غاية بلوغ سن الخامس عشر وبلغ الصبي في أثنائها، فلا تتفسخ عندئذ².

وقد استدلووا لصحة قولهم بأنه لو لزم الصغير بعد بلوغه ما أجر وليه في مدة يتحقق فيها بلوغه، أفضى ذلك إلى أن يعقد الولي على جميع منافع ابنه الصغير طول عمره، وإلى أن يتصرف في ماله في غير زمن ولايته عليه، ويعد على هذا تعد على حق الصغير عند بلوغه راشداً³.

¹ الكاساني، المرجع السابق، ج 5، ص 154.

² الشريبي، مغني المحتاج، ج 3، ص 157. ابن قدامة، المغني، ج 8، ص 46.

³ ابن قدامة، المغني، ج 8، ص 46.

والذي يترجح من القولين وهو القول الثاني لجمهور الفقهاء، حيث ميزوا بين إجارة الولي لمال القاصر لمدة يعلم أن القاصر يبلغ فيها، عن الإجارة التي تنتهي قبل البلوغ في العادة وبلغ فيه الصغير، فمنعوا الأولى وقالوا بفسخها، بينما أجازوا الثانية، وهذا قول راجح ويتقبله العقل لما فيه من حفظ لحق القاصر من التصرف في ماله بعد البلوغ، وهو حق كفله له الفقه الإسلامي، بينما لم يمنع هذا الرأي ويحرم الولي من القيام بواجبه تجاه الصغير في إطار المدة الزمنية المحددة له عادة في القيام بهذا الواجب تحقيقاً لمصلحة القاصر.

أما عن نصوص التشريعات المغاربية في هذه المسألة نجد أنها قد قيدت تصرفات النائب الشرعي في إيجار مال القاصر على إذن القاضي، لأنه من دون شك أن القاضي في هذا الأمر سيأخذ بعين الاعتبار بلوغ القاصر سن الرشد أثناء هذا التعاقد.

وأوجب المشرع الجزائري على الولي ضرورة الحصول على ترخيص قضائي أو إذن مسبق من قاضي شؤون الأسرة من أجل إيجار عقارات القاصر إذا زادت مدة الإيجار عن ثلاث سنوات، أو كانت تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد، وهو ما نصت عليه أيضاً أحكام المادة 468 ق م ج حيث جاء نصها: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"، وقد نصت أحكام المادة 88 ق أ ج بمنح حق الإيجار للولي إذا زادت المدة عن ثلاث سنوات، بشرط الحصول على الترخيص القضائي صادر من قاضي شؤون الأسرة.

ويفهم من هذا إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد عن ثلاث سنوات أو كانت لا تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد فإن الولي لا يحتاج إلى أن يستصدر إذن مسبق من المحكمة بغرض استغلال عقار القاصر بالإيجار المهم أن يراعي في ذلك وبشكل دائم المصلحة الفضلى للقاصر.

وما نص عليه المشرع الجزائري هو ما أورده المشرع المغربي وذلك بجواز الكراء للعقار وبضرورة أخذ الإذن من قاضي شؤون الأسرة والذي يجب أن يتأكد من وجود حالة الضرورة المبررة لهذا التصرف ومن كونه يصب في مصلحة القاصر، ونص على ذلك المشرع المغربي في الفصل 11

ق ا ع م¹، لكن المشرع المغربي على خلاف الجزائري لم يحصره في كراء العقار وإنما في مختلف الأموال التي يزيد كراءها عن ثلاث سنوات.

كما ألزمت الفقرة الخامسة من نص المادة 271 م أ م ألا يقوم الوصي والمقدم بالقيام بإبرام عقود الكراء والتي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر على القاصر إلا بعد الحصول على إذن من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

وهو ما نصت عليه مدونة التجارة المغربية في مادتها 14، وذلك بعدم جواز للوصي أو المقدم الاستثمار في أموال القاصر إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي، والكراء يندرج ضمن الاستثمار.

فالمسألة مفصول فيها ضمن التشريعات المغربية، لأنها تخضع لتقدير القاضي، والذي يراعي في كل الأحوال مصلحة القاصر أثناء التعاقد بالكراء أو الإيجار في مال القاصر، حتى لو بلغ القاصر سن الرشد في هذا التعاقد.

الفرع الثالث: حكم الإجارة الطويلة في مال القاصر

وإذا كان الفقهاء قد أجازوا الإجارة بشكل عام في مال الصغير، فإنهم لم يميزوا للوصي الإجارة الطويلة في مال اليتيم، ومن قال بذلك فقهاء الحنفية، وهذا لما فيها من الغبن الفاحش في السنين الأولى للإجارة²، إذ قد يحدث أن يحتاج الصغير إلى ماله في المستقبل، أو يرتفع ثمنه عما كان عليه أثناء كراءه، وبطول المدة قد لا تحقق الغاية المرجوة من هذا الكراء وهو تحقيق المصلحة. أما عن حكم الإجارة الطويلة في مال القاصر نجد أن قوانين الأسرة المغربية قد منحت للنائب الشرعي صلاحيات واسعة في التصرف في أموال القاصر وإدارتها مادامت تخدم مصلحته، وهو ما نصت عليه المادة 233 و 235 م أ م، لكن دائماً لا بد من الأخذ بالاعتبار خدمة مصلحة القاصر في التصرف الذي يقوم به النائب، فإذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً فإن هذا

¹ نص الفصل 11 ق ا ع م بأنه: "الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، والوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية. ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع والمعاوضة والكراء لمدة تزيد على ثلاث سنوات".

² البغدادي، مجمع الضمانات، ج 1، ص 834.

التصرف يعد باطلاً، لأنه يؤدي إلى إفراغ ذمة القاصر وبالتالي إفقاره، وهو ما يتعارض مع المقصد الشرعي للولاية على المال والذي هو حفظ أموال القاصر ورعايتها من طرف نائبه.

وفي حكم الإجارة الطويلة من طرف النائب الشرعي للقاصر ضمن قوانين الأسرة المغربية من عقود الإدارة التي يترتب عنها انتفاع المؤجر بالشيء المكري دون ملكيته فإنه عقد لا يخلو من خطورة على ذمة القاصر، خاصة إذا ترتب على الكراء إبرام عقد لمدة طويلة، لذلك فقد قيدت قوانين الأسرة المغربية الإجارة والكراء في مال القاصر على إذن القاضي إذا زادت مدة الإيجار أو الكراء عن ثلاث سنوات، أو كانت تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 88 من قانون الأسرة، والمشرع المغربي ضمن نص الفصل 11 من قانون الالتزامات.

كما ألزمت الفقرة الخامسة من نص المادة 271 م أ م ألا يقوم الوصي والمقدم القيام بإبرام عقود الكراء والتي يمكن أن تمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر على القاصر إلا بعد الحصول على إذن من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

وهو ما نص عليه المشرع المغربي أيضاً في نص المادة 14 من مدونة التجارة المغربية، وذلك بعدم جواز للوصي أو المقدم الاستثمار في أموال القاصر إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي، والكراء يندرج ضمن الاستثمار.

وبالرجوع إلى الفصل 15 م أ ع ت يتضح أن المشرع التونسي قد فرض استئذان القاضي كلما تجاوز عقد الكراء مدة ثلاث سنوات لما فيه من خطورة على ذمة القاصر. وعلى مستوى عقد الكراء أو الإيجار الذي وإن كان من عقود الإدارة التي يترتب عنها انتفاع المؤجر بالمكري دون ملكيته فإنه عقد لا يخلو من خطورة على ذمة الصغير بحسب طبيعة موضوعه والمدة المتفق عليها للتسوية فقد يترتب عنه إذا ما أبرم لمدة طويلة حق البقاء بالنسبة لمخلات السكنى وحق التجديد بالنسبة للأكرية التجارية¹.

فالإجارة أو الكراء لأكثر من ثلاث سنوات تعتبر مدة طويلة بدون شك، وهو ما قصرته التشريعات المغربية على إذن القاضي المختص، وهذا أمر جيد، لأن فرض هذه الرقابة القضائية في

¹ المهدي قياس، المرجع السابق، ص 44.

مثل هذا التصرف الذي يكتسي خطورة وآثار مستقبلية على ذمة القاصر هو تشديد وزيادة في حماية أموال القاصر ودمته، والقاضي له سعة نظر فيما يحقق مصلحة القاصر، وإذا ترك هذا الأمر للنواب الشرعيين ربما يتم الإضرار بهذه المصلحة.

المبحث الرابع: المساهمة بمال القاصر في شركة المساهمة

بالنظر لتطور وسائل استثمار الأموال في العصر الحديث وتنوعها على المستوى العالمي يستلزم الحال على النواب الشرعيين للقاصر عدم الاعتماد فقط على الوسائل التقليدية لاستثمار أموالهم، بل لا بد من استغلال هاته الوسائل الحديثة لاستثمارها، وذلك بما يحقق أفضل نفع له، مع ملاءمتها وتكييفها مع أحكام الفقه الإسلامي والنصوص القانونية للتشريعات المغاربية، وهذا ما سيتم تناوله ضمن هذا المبحث.

حيث يتم التطرق لإحدى الوسائل الاستثمارية الحديثة بغية استغلالها لاستثمار أموال القاصر وتنميتها، والتي تعطينا ضمن الشروط الواجب مراعاتها لاستثمار أمواله والتي سبق التطرق لها شكل شبه جديد لهاته الوسيلة الاستثمارية، وهو أمر جائز مادامت تراعى فيه الضوابط الفقهية والقانونية، وهو يدخل في مسمى الاجتهاد، وقد أورد الجصاص في هذا المعنى في تفسير قول الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الَّتِي تَمْبِي فُلٍ إِصْلَاحٍ لَّهُمْ حَيْرٌ¹﴾، قال: "إن الآية قد حوت ضروباً من الأحكام، أحدها قوله: ﴿فُلٍ إِصْلَاحٍ لَّهُمْ حَيْرٌ﴾ فيه دلالة على جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث، لأن الإصلاح الذي تضمنته الآية إنما يعلم من طريق الاجتهاد وغالب الظن، والتصرف في ماله على وجه الإصلاح"².

ومن بين هاته الوسائل الاستثمارية الحديثة الشركات الاستثمارية في شكلها المعاصر والحديث، والتي تعد من أهم الأساليب التي يستثمر بها الأموال في الاقتصاديات المعاصرة، ومن بين أهم هاته الشركات هي شركة المساهمة، والتي تعتبر النموذج الأمثل لشركات الأموال، والتي تهدف لتجميع رؤوس الأموال للقيام بمشاريع استثمارية ناجحة، ولن يتم التعمق في أسس هاته الوسيلة أو الشركة والقواعد التي تقوم عليها والتنظير لها وإنما المراد والغاية توضيح كيفية تحقيق هذه

¹ سورة البقرة، آية رقم 218.

² الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، ص 401.

الوسيلة الاستثمارية أفضل النتائج الاستثمارية لأموال القاصر وحفظها، وذلك ما ينعكس بالإيجاب على النشاط الاقتصادي بشكل عام.

وعليه فإنه سيتم تناول شركات المساهمة كأسلوب من الأساليب الاستثمارية المعاصرة لتنمية مال القاصر، وقبل تناول ذلك لابد من التطرق أولاً وقبل كل شيء لتعريف شركة المساهمة ودليل مشروعيتها لاستثمار أموال القاصر.

المطلب الأول: تعريف شركة المساهمة ومشروعيتها لاستثمار مال القاصر

تعد شركة المساهمة كأشهر نوع من أنواع الشركات المعاصرة المعمول بها، وهذا لما تتمتع به هذه الشركة من تنظيم وإدارة، كما يمكن استثمار الأموال ضمنها دون الحاجة لوجود مالكيها، فهي على هذا الأساس الشركة الأمثل والتي يمكن من خلالها استثمار أموال القاصر بغرض تحقيق مصلحته، وضمن هذا المطلب سيتم التطرق لتعريفها، ودليل مشروعيتها لاستثمار أموال القاصر في الفقه والقانون.

الفرع الأول: تعريف شركة المساهمة

ضمن هذا الفرع يتم التطرق لتعريف شركة المساهمة في الفقه والقانون، لكن يستلزم الحال تعريف الشركة بشكل عام.

أولاً-تعريف الشركة:

قبل تناول تعريف شركة المساهمة لا بد من التطرق لتعريف الشركة بشكل عام، لأن شركة المساهمة ما هي إلا نوع من أنواع الشركات، ولذا قبل تعريف شركة المساهمة بأسلوبها الحديث لا بد من التطرق لتعريف الشركة بشكل عام، وذلك ضمن الفقه والقانون.

1-تعريف الشركة اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الشركة من الناحية الاصطلاحية بعدة تعريفات، فهي وإن اختلفت من حيث اللفظ إلا أنها اتحدت معناً، لذا فإنه سيتم الاكتفاء بتعريف واحد فقط، وهو لفقهاء المالكية، حيث عرفوا الشركة بأنها: "عقد مَالِكِيّ مَالِيْنٍ فأكثر من مالك على التجر فيهما معاً أو على عمل، والريح بينهما بما يدل عرفاً"¹، ومن خلال هذا التعريف يتوصل إلى ما يلي:

¹ الدردير، الشرح الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1995، ج 3، ص 289-290.

1-إن الشركة هي عبارة عن عقد، وهو ما يعني وجوب توفر إرادتين فأكثر لثبوت هذه الشركة ويجوز أن يكون ضمن هذا العقد أكثر من اثنين فما فوق.

2-أن الغاية والمقصد من هذه الشركة هو تحصيل وتحقيق الربح للمساهمين فيها، والتي يتم اقتسامها بين الشركاء على حسب الاتفاق المبرم بينهم.

3-ومن خلال التعريف يتبين أن للشركة نوعين أو قسمين اثنين وهما شركة الأموال وشركة الأبدان وهذا التقسيم هو لفقهاء الشريعة الإسلامية، وهو ما سيأتي بيانه كآتي¹:

أ-شركة الأموال: أو شركة التجر، وهي الشركة التي تقوم على الاعتبار المالي إذ لكلا التاجرين أن يتاجرا في هذا المال حتى لو كانوا منعزلين عن بعضهم البعض، وهذا من خلال القول في تعريف الشركة: "عقد...على التجر فيهما..."، أي الأموال بغرض الربح، وكل ما يحصل من ربح وخسارة يقتسمونه فيما بينهم، فخرج بذلك الوكالة والقراض من الجانبين، إذ كل شريك منهما يتصرف فيما بيده للآخر استقلالاً، والشركة وقع فيها العقد على أن كل واحد يتصرف فيما بيده له ولصاحبه معاً، وهذا إشارة إلى النوع الأول من الشركة، وهو شركة التجر أو شركة الأموال.

ب-شركة الأبدان: ويفهم ذلك من خلال القول في تعريف الشركة السابق وروده: "أو على عمل بينهما..."، أي على عقد عمل بينهما، كخيطة أو حياكة بينهما، على أن الربح بين الشريكين في كلا النوعين على حسب ما لكل أو عمله، وذلك بما يستدل عليه عرفاً، فلا يشترط صيغة مخصوصة، بل المدار على ما يحصل به الإذن والرضا من الجانبين، سواء أكان قولاً فقط أو فعلاً فقط وأولى إذا اجتمعا معاً. وهذا التعريف قصد به تعريف الشركة المعهودة بين الناس في التعامل.

وتعرف شركة الأبدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، فما رزق الله تعالى فهو بينهم، وهي من أنواع الشركات التي أجازها جمهور الفقهاء واستدلوا على إجازتها، لكن هناك من الفقهاء من رأى بعدم جوازها، ومنهم الإمام الشافعي عليه رحمة الله، حيث قال بأن جميع أنواعها فاسدة لأنها شركة من غير مال فلم تصح².

¹ الدردير، نفس المرجع، ج 3، ص 289-290. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، د ط، د س، ج

3، ص 290. ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 111.

² ابن قدامة، نفس المرجع، ج 7، ص 111.

2-تعريف الشركة قانوناً:

تعددت تعريفات الشركة في التشريعات الحديثة، لذا فإنه يتم الاكتفاء بتعريف واحد فقط وهو للمشرع الجزائري، حيث عرفت نص المادة 416 ق م ج الشركة بأنها: "عقد يتفق بموجبه شخصين طبيعيين أو معنويين أو أكثر بالمساهمة في نشاط مشترك، بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الأرباح التي تنتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة".

وإذا كانت المادة 416 ق م ج قد عرفت الشركة بأنها عقد، وينبغي أن يخضع هذا العقد لتوافق إرادتين فأكثر لإنشاء هذه الشركة وبالعموم ينبغي أيضاً أن يخضع هذا الأخير للقواعد العامة لصحة العقود بالإضافة للقواعد الخاصة بهذا العقد الخاص، ومن الأركان أو القواعد العامة التي يجب أن تتوفر في الشركة هي الرضا والمحل والأهلية والسبب والذي هو تحقيق الأرباح، أما عن أركان أو القواعد الخاصة لعقد الشركة فهي تعدد الشركاء، وتقديم الحصص، واقتسام الأرباح التي تنتج أو البحث عن الربح، وكذلك الأمر بالنسبة للخسائر الناجمة، ونية التجمع أو المشاركة، وذلك ما سيتم إيضاحه باختصار¹:

أ-تعدد الشركاء: وذلك ما نصت عليه المادة 416 ق م ج والتي تعرف الشركة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر..."، فتعدد الشركاء من الأركان أو القواعد الخاصة لعقد الشركة.

ب-الحصص: ينبغي أن يقدم كل شريك حصته، بحيث يشكل إجماع هذه الحصص رأسمال الشركة، يتلقى كل شريك مقابل هذه الحصص حقوق مشتركة (أسهم الشركة أو الحصص). يمكن أن نميز بين الحصص حسب طبيعة المال المساهم به سواء أكان نقد أو عمل أو مال.

ج-البحث عن الربح: بحيث تمثل المساهمة في الأرباح الميزة الأساسية للشركة، وتكون الأرباح حسب مقدار المساهمة في الشركة.

د-نية المشاركة: هي الإرادة بالمساهمة معاً لقيام الشركة على قدم المساواة، ويوجد هذا العنصر في تعدد الشركاء، ولا يشترط في الشركات ذات الشخص الوحيد.

¹ نادبة فضيل، أحكام الشركات في القانون التجاري الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 8، س 2009، ص 27 و 42. كريستال مورال، المرجع السابق، ص 131.

وخلاصة التعريف الفقهي والقانوني للشركة هو اتفاقهما على وجوب توفر إرادة شخصين أو أكثر لإنشاء هذه الشركة بغية تحقيق أرباح من إنشائها، وبعد تعريف الشركة بشكل عام وذكر أركانها باختصار، يتم التطرق لتعريف شركة المساهمة في الفقه والقانون.

ثانياً-تعريف شركة المساهمة:

شركة المساهمة ما هي إلا نوع من أنواع شركة الأموال والتي تقوم على الاعتبار المالي، ولشركة المساهمة عدة تعريفات، يتم تناول تعريف في الفقه وآخر في القانون.

1-التعريف الفقهي لشركة المساهمة:

تعرف شركة المساهمة فقهاً بأنها: "الشركة التي يكون رأس مالها مقسماً إلى أسهم¹ متساوية قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا بمقدار حصته في رأس المال"، وعليه فإن مبنى شركة المساهمة هو أن رأس مالها يقسم إلى أسهم متساوية القيمة، وتطرح هذه الأسهم في السوق لشرائها وتداولها، فيكون لكل شريك عدد منها بقدر ما يستطيع شراءه ولا يكون كل شريك فيها مسؤولاً إلا في حدود أسهمه².

وتعرف شركة المساهمة أيضاً بأنها: "الشركة التي يقسم رأس المال فيها إلى أجزاء متساوية القيمة كل جزء يسمى سهماً، فيشارك كل واحد بعدة أسهم وتكون هذه الأسهم قابلة للتداول ويكون الشريك المساهم فيها مسؤولاً أمام الغير بمقدار أسهمه ولا تعنون باسم أحد الشركاء وإن كانت تتخذ لها اسماً يدل على عرضها"³.

¹ عرف المشرع الجزائري السهم ضمن نص المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري بأنه: "السهم هو السند القابل للتداول تصدره شركة مساهمة كتمثيل لجزء من رأسمالها"، فالسهم يمثل عبارة عن حصة في رأسمال الشركة.

² سانو قطب، المدخرات أحكامها وطرق تكوينها واستثمارها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 1، س 2001، ص 307. حسام عفانة، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، دون دار نشر، أبو ديس بيت المقدس، فلسطين، ط 1، س 2015، ج 4، ص 95.

³ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 4، س 1994، ج 1، ص 86.

فيتضح من التعريفين السابقين أن شركة المساهمة هي التي يكون فيها المساهمين شركاء في هذه الشركة بعد توقيع عقد اكتتابها¹، بحيث أن كل شريك يقدم حصصاً في رأس مال الشركة، والتي يجب أن تكون حصص نقدية أو عينية على أن يتم اقتسام الأرباح والخسائر فيما بينهم، ولا يسألون عن ديون الشركة إلا في حدود قيمة أسهمهم.

2-التعريف القانوني لشركة المساهمة:

تم تعريف شركة المساهمة بعدة تعريفات ضمن التشريعات المغاربية، لكن سيتم الاكتفاء بتعريف واحد وهو للمشرع الجزائري، حيث عرفها ضمن أحكام نص المادة 592 من القانون التجاري² بقوله: "شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم، ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة..."، وما يلاحظ في هذا التعريف أن المشرع الجزائري حدد العدد الأدنى للشركاء في هذه الشركة، خلافاً للتعريفات السابقة، وهناك حالة استثنائية والتي يمكن أن يقل فيها عدد الشركاء المساهمون على سبعة في حال كان الشريك هو رأسمال عمومي كالبنوك، وهو ما نصت عليه ذات المادة في فقرتها الثالثة، في حين لم يحدد المشرع الجزائري أقصى عدد للمساهمين فيها، وهو ما يفتح الباب لأقصى عدد من المساهمين.

وخلاصة القول إن شركة المساهمة تعد من شركات الأموال هدفها تجميع الأموال من عدة مساهمين فيها بغية خلق مشروع استثماري كبير لتحقيق أرباح يستفيد منها مجموعة المساهمين.

الفرع الثاني: مشروعية شركة المساهمة لاستثمار مال القاصر

بعد التطرق لتعريف شركة المساهمة، فإنه حري أن يتم التطرق لمشروعية شركة المساهمة لاستثمار أموال القاصر، وهو ما سيتم تناوله من خلال التطرق لمشروعية الشركة بشكل عام، لأن شركة المساهمة تدرج ضمن شركة الأموال، ولذا يتم التطرق لدليل مشروعيتها الشركة بشكل عام من

¹ والاكتتاب هو أيضاً عبارة عن قيام المؤسسين بطرح أسهم الشركة للجمهور للمساهمة في الشركة، فإذا لم يلب الجمهور ويكتتب بالأسهم المطروحة فلا تتأسس الشركة، وقد اختلفت القوانين في تحديد الحد الأدنى لرأس مالها. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 92.

² الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2015.

بعض مصادر الفقه الإسلامي، ليتم التطرق بعدها لمشروعية شركة المساهمة، ومشروعيتها لاستثمار أموال القاصر.

أولاً-مشروعية الشركة:

هناك عدة أدلة من مصادر الفقه الإسلامي تثبت مشروعية الشركة وذلك من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول¹، وهو ما سيتم تناوله.

1-الكتاب:

لقد ورد في الدلالة على مشروعية الشركة من القرآن قول الله تعالى: ﴿بِهِمْ شُرَكَاءُ فِيهِ الثُّلُثُ﴾². فهذه الآية توضح ميراث الكلاله، حيث جعل الله للإخوة لأم إذا كانوا اثنين فأكثر ميراثاً مشتركاً، وهذا يدل على معنى الشركة بشكل عام. وقال الله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾³، فالخلطاء هم الشركاء، والذين قد يظلم بعضهم بعضاً⁴، وتدلل الآية على وجود الشركة ووقوعها بين الناس في الأمم السابقة، وهذا النص وإن كان إخباراً عن شريعة النبي داود عليه السلام إلا أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه، وعليه فيجوز الاستشهاد به في الدليل على مشروعية الشركة لأنه لم يرد في شرعنا ما ينسخ هذا الحكم.

2-السنة:

أما من السنة فقد ورد في الحديث القدسي الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال: "إن الله عز وجل يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما"⁵. ومعنى ذلك أن الله تعالى جل جلاله يضع البركة للشريكين في مالهما مع عدم الخيانة، ومدهما بالرعاية والعناية والمعونة ويتولى الحفظ لمالهما، فإذا خانه أحدهما الآخر

¹ ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 109.

² سورة النساء، آية رقم 12.

³ سورة ص، آية رقم 23.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 109.

⁵ أخرجه أبي داود في سننه، كتاب الحدود، باب الشركة، حديث رقم 3383، ج 3، ص 256

نزعت البركة من المال وحل الشيطان، وهذا دليل على جواز الشركة شريطة توافر الأمانة، والثقة بين الطرفين، وعدم الخيانة. وقال عليه السلام: "يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما"¹.

3-الإجماع:

أما من الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة واختلفوا في بعض أنواعها، وهو أمر واضح وبين من اشتراك المسلمين في التجارة وجعلوها نوعاً من ضروب المعاملات منذ زمن الرسول عليه الصلاة والسلام إلى غاية يومنا هذا، وذلك دون أن ينكرها أحد من فقهاء المذاهب الإسلامية².

4-المعقول:

أما من المعقول فيتمثل في كون الشركة تتحقق بها مصالح الناس ونماء المال عن طريق المشاركة وهو ما جاءت الشريعة مقررة له، وهذا أمر يدعو إليه العقل السليم ويستوجبه الفكر السديد. لهذا وغيره لم يكتف الإسلام ببيان مشروعية الشركة فحسب بل ندب إليها ورغب فيها. والخلاصة يتبين أن الشركة بشكل عام جائزة ويندرج ضمنها شركة المساهمة التي نحن بصدددها.

ثانياً-مشروعية شركة المساهمة:

تعد شركة المساهمة بشكلها الحديث من نتاج النظام الرأسمالي فهي نوع من أنواع الشركات الغير معروفة لدى الفقهاء المتقدمين، لأنها تطورت بتطور النظام الرأسمالي³، ولا يعني ذلك أنها محرمة شرعاً، لأن ما قرره الفقه أن الأصل في المعاملات الإباحة أو الجواز إلا ما ورد تحريمه بدليل صحيح ينقله من الجواز إلى التحريم، وفي هذا يقول شيخ الإسلام بن تيمية: "أن الأصل في العقود

¹ أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم 2934، ج 3، ص 442.

² ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 109.

³ تطورت شركة المساهمة بتطور النظام الرأسمالي، حتى اعتبر بمثابة التعبير القانوني عن هذا النظام، إذ وجدت الرأسمالية الحديثة في شركات المساهمة الأداة القانونية التي تمكنها من تجميع المدخرات وتوظيفها في المشروعات الإنتاجية الكبرى. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 10-11.

والشروط: الجواز والصحة ولا يجرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به"¹.

وليس من الواجب أن نبقي جامدين عند فقط الشركات التي ذكرها فقهاؤنا المتقدمون أو القدامى فقط، لأن الشركات المعروفة لديهم كانت تغطي حاجات أزمتههم، وعليه فيجوز استحداث معاملات جديدة، بشرط أن يكون وفق ضوابط الفقه الإسلامي، والصحيح في أقول رجال الفقه المعاصرين أنه يجوز التعامل بشركة المساهمة وفق الضوابط الفقهية التي سبق التطرق لها، كأن لا تتعامل بما نهى الشرع عنه كالربا أو صنع ما يجرم شرعاً والمتاجرة فيها²، أو كل ما يخالف النظام والآداب العامة في القانون، وعليه فيبقى الأصل هو جواز هذا النوع من الشركة لما تقدم من أدلة مشروعية الشركة بشكل عام من الكتاب والسنة والإجماع، وما إلى ذلك من الأدلة الفقهية.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن شركة المساهمة نوع جديد من شركات الأموال ولها أحكام شركات العنان المعروفة في الفقه الإسلامي، والتي تكون بين اثنين أو أكثر بالمال والعمل والربح بينهم، بينما هناك من الفقهاء من اعتبر أنها في بعض الحالات تأخذ حكم شركة المضاربة³، ومهما يكن قرب هذا النوع من الشركة وتشابهه بشركة العنان أو المضاربة، فإن الأصل في العقود هو الحل والصحة ما لم يرد دليل على المنع، كما أن الشركتين التي يتشابه معهما بالأصل جائزتان بعدة أدلة، وذلك ما يدفع للتطرق لحكم استثمار أموال القاصر ضمن هذا النوع من الشركة.

أما ضمن التشريعات المغاربية فتحكم شركة المساهمة النصوص القانونية التي تتناول القواعد العامة للشركات في القوانين المدنية، والتقنيات التجارية، وبعض القوانين الخاصة في الجزائر ومجموعة القوانين المغربية والتونسية وهي تسيير بموجب القانون الفرنسي، والقانون المدني الليبي ويحكمها كذلك التقنيات التجارية الخاصة⁴.

¹ بن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، د ط، س 1995، ج 29، ص 132.

² ذهب الفقهاء إلى أن شركة المساهمة لها أحكام شركة العنان "وهي شركة بين اثنين أو أكثر بالمال والعمل والربح بينهم"، إلا ما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء وامتناع الفسخ من أحد الشركاء. حسام عفانة، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، ج 4، ص 95.

³ حسام عفانة، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، ج 4، ص 97.

⁴ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 87.

لا تعتمد شركات الأموال على الاعتبار الشخصي، وإنما تعتمد على ما يقدمه كل شريك من حصة في رأس المال دون النظر لشخصه خلافاً لشركة الأشخاص، وبالتالي فإنه يجوز استثمار أموال القاصر أو ناقص الأهلية في شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة. والسبب في ذلك يرجع إلى أن الغلط في شخصية الشريك أو إفلاسه إن كان تاجراً، أو مهما كانت درجة مسؤوليته، لا يؤثر في صفة هذا النوع من الشركات، فالأغيار والمتعاملون يثقون في المال المكون لرأسمال الشركة وليس فيمن قدم هذا المال¹.

وعليه فيجب على المتعاقدين في شركة المساهمة تقديم حصتهم من الأموال لانعقاد شركة المساهمة بشكل صحيح، وهو ما يفهم من نص المادة 567 من القانون التجاري الجزائري، فشركة المساهمة تقوم على الاعتبار المالي.

ثالثاً-مشروعية إنشاء شركة المساهمة لاستثمار مال القاصر:

سبق ذكر استحباب الفقهاء استثمار أموال القاصر، بل هناك من أوجب منهم ذلك بجميع الطرق المشروعة والتي تحقق مصلحة القاصر، وعليه فإنه يجوز استثمار أموال القاصر ضمن شركة المساهمة، لاعتبارها من الطرق التي تحقق أفضل استثمار لأموال القاصر وفق ما قرره الشرع، بل هناك من شركات المساهمة من يكون موردها الوحيد أموال القاصر وتنشأ لهذا الغرض، فتكون شركة المساهمة خاصة باستثمار أموال القاصر، فتتلقى جميع مواردها منه، واشترط الفقهاء في شركة المساهمة أو غيرها من الشركات المشروعة أن تكون تعمل في المجالات الجائزة شرعاً، ولا تعمل في كل ما يخالف النظام والآداب العامة في القانون، لكي تصير أرباح هذه الأسهم حلالاً، وتكون المخاطر قليلة، لأنها تقوم على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة، ويجوز كذلك شراء أسهم في هذا النوع من الشركات².

ولا بد من ذكر أن المساهم في شركة المساهمة لا يكتسب صفة التاجر، لأن هذه الشركة لا تهتم بشخصية الشريك، بل بالمساهمة المالية التي يقدمها، فلا تشترط فيه عندئذ الأهلية التجارية، والقاصر في هذه الشركة يكون مساهم في شركة المساهمة عن طريق ممثله القانوني أو نائبه الشرعي.

¹ عبد العزيز الحياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 84.

² محمود إرشد، مؤسسة أموال الأيتام والضوابط الشرعية لإدارتها وتنميتها والتدقيق الشرعي عليها، ص 23.

وباعتبار المساهم أو الشريك في شركة المساهمة لا يكتسب صفة التاجر فلا يشترط فيه الأهلية¹، أي لا يتم تطبيق نص المادتين 5 و6 من القانون التجاري الجزائري وإنما تطبق المادة 88 ق أ ج.

وكما سبق القول إن شركة الأموال بشكل عام تقوم على الاعتبار المالي دون النظر إلى شخصية الشركاء، وبالتالي فإنه يجوز استثمار أموال القاصر في شركة المساهمة والسبب في ذلك يرجع إلى أن الغلط في شخصية الشريك أو إفلاسه إن كان تاجراً أو درجة مسؤوليته لا يؤثر في صفة هذا النوع من الشركة، فالمتعاملون يثقون في المال المكون لرأس المال الشركة وليس فيمن قدم هذا المال، فيحق للنائب القانوني للقاصر بعد الحصول على الإذن من القاضي لاستثمار أموال القاصر في هذه الشركة.

وتعد شركة المساهمة في الوقت المعاصر من آليات والطرق التي تستثمر بها الأموال ومن ضمنها أموال القاصر للحفاظ عليها من النقص، وقد منحت نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثالثة الحق للولي استثمار أموال القاصر عن طريق المساهمة في الشركة، حيث جاء فيها: "وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: ... 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة"، وإذا كان المشرع الجزائري لم يحدد نوع الشركة التي يحق له المساهمة فيها بأموال القاصر، فإن شركة المساهمة والتي تندرج ضمن شركات الأموال تعتبر من الشركات التي لا تتطلب توفر الأهلية في المساهم لأن أساسها هو المال لا الشخص حتى لو كان الشخص قاصراً، وعليه فيفهم منه أنه يجوز استثمار أموال القاصر في هذا النوع من الشركة من قبل النائب الشرعي للقاصر خلافاً لشركة الأشخاص التي تتطلب توافر الأهلية في الشريك لحمله صفة التاجر ضمنها، وذلك لا يمكن إلا بتوافر الأهلية، كما أن هذا النوع من الشركات تجعل الشركاء مسؤولين مسؤولية تامة، وبالتالي تلحق أضراراً بأموال القاصر².

¹ عبد العزيز الحياط، المرجع السابق، ص 89.

² لا يستطيع القاصر المساهمة في شركات الأشخاص لأنه يشترط فيه اكتساب صفة التاجر، كما أن هذا النوع من الشركات تجعل من المساهم فيها مسؤول مسؤولية شخصية على ما يلحق الشركة من ديون كشركة التضامن، وهو ما قد يضر بأموال الشخص القاصر، وهو ما نصت عليه المادة 551 من القانون التجاري، حيث جاء فيها: "للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة".

خلافاً لشركة المساهمة التي تندرج ضمن شركات الأموال، كما ويشترط على الولي أن يستأذن قاضي شؤون الأسرة قبل الشروع في هذا الاستثمار، وعلى القاضي قبل منح الإذن للولي أن يراعي مصلحة القاصر الفضلى في هذا النوع من الاستثمار ومدى الفائدة التي تعود على مال القاصر.

وقد أجاز المشرع المغربي أيضاً استثمار أموال القاصر في هذا النوع من الشركة، من خلال المساهمة فيها أو شراء أسهم وسندات بغية الحصول على الربح، واشترط على الوصي أو المقدم ضرورة الحصول على إذن مسبق من القاضي قبل المضي في هذا النوع من الاستثمار¹. وهو ما نص عليه المشرع المغربي ضمن مدونة الأسرة في نص المادة 271 ومقتضيات نص المادة 14 من مدونة التجارة المغربية، والتي نصت بعدم جواز استثمار أموال القاصر إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي.

المطلب الثاني: ضوابط وخصائص استثمار مال القاصر في شركة المساهمة

لاستثمار أموال القاصر في الشركة المساهمة له جملة من الضوابط والأسس سبق التطرق للعديد منها ضمن استثمار مال القاصر بشكل عام، وسيتم تناول بعض الضوابط الخاصة بهذا النوع من الاستثمار ضمن الفرع الأول، كما أن لهذا النوع من الاستثمار في مال القاصر جملة من الخصائص والمميزات يتم التطرق لها في فرع ثان.

الفرع الأول: ضوابط استثمار مال القاصر في شركة المساهمة

إن لشركة المساهمة التي يستثمر فيها أموال القاصر خصوصية لكونها تتعلق باستثمار أموال القاصر، وقد سبق وأن تم التطرق لجملة من الضوابط لاستثمار أموال القاصر وتم التفصيل فيها، لكن لابد للتطرق لبعض الضوابط والاعتبارات تتميز بهم هذا النوع من الشركة، وذلك في الجانب القضائي والقانوني والإداري والمالي:

1- الجانب القضائي: وجوب استصدار إذن خاص من القاضي المختص لاستثمار أموال القاصر فإذا كانت القاعدة العامة ضمن القانون المدني أنه لا يحق للقاصر القيام باستثمار أمواله بصفة شخصية ضمن شركة المساهمة أو ضمن أي شركة بشكل عام، وذلك راجع لانعدام أهليته أو

¹ عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ج 2، ص 20.

نقصاتها، والقاعدة العامة تنص على أن لكامل الأهلية تولي ذلك، وعليه فالنائب الشرعي للقاصر سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً استثمار أمواله وذلك بعد الحصول على إذن من طرف القاضي المختص وفقاً لما جاء ضمن تشريعات الأسرة المغاربية، وذلك بما يتوافق مع باقي التشريعات القانونية الأخرى وأحكام الشريعة الإسلامية.

وعلى كل ما سبق، يتضح أنه بإمكان النائب القانوني أو الوصي أو المقدم بعد الحصول على إذن القاضي المختص استثمار أموال القاصر في شركة المساهمة، وذلك من خلال الاكتتاب في شركة المساهمة¹. وبما أنه لا يشترط اكتساب القاصر المساهم في شركة المساهمة صفة التاجر فالأهلية شرط غير قائم، ولا تطبق أحكام المادتين 5 و6 من القانون التجاري الجزائري، بل يجب تطبيق نص المادة 88 ق أ ج، والتي تنص: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضى القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية...3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في الشركة".

وعليه فيتولى النائب الشرعي للقاصر استثمار أمواله ضمن شركة المساهمة²، وذلك بعد الحصول على الإذن من القاضي المختص، وفقاً لمقتضيات تشريعات الأسرة المغاربية، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن الفقرة الرابعة من نص المادة 88 ق أ ج، فلا يجوز لهذا النائب الشرعي للقاصر أن يدخل بالشركات، سواء كمساهم أو شريك، إلا بوجود وصي عليه بموجب القانون. كما أنه لا يجوز لهذا الوصي أن يتحكم في القيام بالعمليات الاستثمارية المختلفة للقاصر بالشركات إلا بعد حصوله على إذن خاص من القاضي، وفقاً لبيان حالة ذلك الاستثمار.

واشترط المشرع المغربي على النائب القانوني للقاصر وصياً أو مقدماً استصدار إذن خاص من القاضي المكلف بشؤون القاصرين عندما يريد أن يتصرف في أموال القاصر تصرفاً من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله، مثل المساهمة بجزء من أموال القاصر في الشركة سواء أكانت مدنية أو تجارية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 271 م أ م، بخلاف ما إذا كان النائب القانوني للقاصر ولياً أباً كان أو أمماً عند غياب الأب فلا

¹ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 30.

² لم يحدد المشرع الجزائري نوع الشركة، وإنما جاء لفظ الشركة عام، وهو ما يعني دخول شركة المساهمة ضمن هذا الشرط.

حاجة عندئذ لاستصدار مثل هذا الإذن. وحسب نص المادة 14 من مدونة التجارة المغربية، يجب تقييد هذا الإذن في السجل التجاري للوصي أو المقدم.

ويقوم النائب القانوني للقاصر بدفع أمواله ليتم استثمارها في هذه الشركة، مع ترك جزء للنفقة على القاصر لمختلف حاجياته، كما يمكنه المساهمة بجزء فقط وكل ذلك يحدد على حسب المصلحة، كما وتحدد الشركة مقدار الأرباح للقاصر والذي يحدد على قدر مساهمته.

2- الجانب القانوني: أما في الجانب القانوني فلا بد أن تقوم الشركة على أسس قانونية صحيحة ومن ذلك مطابقة شكل الشركة للقانون التجاري المعمول به حتى تتمتع الشركة بالصفة القانونية. كما ويجب التزام أعضاء مجلس الإدارة والموظفين بالشركة للقوانين المعمول بها، وفي حالة المنازعات القانونية للشركة ينبغي التعاقد مع محامين لحماية حقوق الشركة¹.

3- الجانب الإداري: فينبغي أن يشكل مجموع المساهمين في هذه الشركة أو النائبين عن أموال القصر أن يشكلوا مجلس الإدارة من أشخاص ذوي كفاءة وخبرة عالية لتحقيق نجاح أكبر، والذي هو عبارة عن هيئة رئيسية والتي تتولى إدارة شركة المساهمة²، كما أنه لا بد من توفير إشراف فعال ومراقبة مستمرة من طرف مجلس الرقابة، لأن الجمعية العمومية للمساهمين لا تتمكن من رقابة مجلس إدارة الشركة لكثرة عددهم وضخامة أعمال الشركة³، فلشركة المساهمة مجلس إدارة يدير نشاطها، وجمعية تتداول بشؤونها ومدير ينتدب لإدارة أعمالها ونظام أساسي يبين أغراضها ومراقبين للمحافظة على أموالها⁴.

مع ضرورة منح حق للمساهمين وأولياء القصر الحضور في اجتماعات مجلس الإدارة والاستفسار ومراقبة العمليات الاستثمارية ضمن هذا النوع من الشركة إلى أن تكتمل أهلية

¹ مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص الفقه المقارن، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، س 209-2010، ص 208.

² في شركة المساهمة يتم الفصل بين مالكي الأسهم أو مؤسسي الشركة المساهمة وبين الإدارة أو مجلس الإدارة، وهذا الأخير يعين من طرف مجموعة من المساهمين، ويعتبر الجهاز التنفيذي الذي يقوم بإدارة أموال شركة المساهمة وتسيير أعمالها، كما وتتخذ جميع القرارات اللازمة لإنجاح الغرض الذي وجدت من أجله. عبد العزيز الخياط، المرجع السابق، ص 108.

³ أعضاء مجلس الرقابة ينتخبون من طرف الجمعية التأسيسية أو الجمعية العامة العادية. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 108.

⁴ نادية فضيل، المرجع السابق، ص 15.

القاصر، وللنائب القانوني للقاصر الاعتراض على كل تصرف لا يخدم المصلحة المالية للقاصر أو أي عملية استثمارية تتعارض ومصالح القاصر.

4-الجانب المالي: فلا بد من تدقيق كيفية استثمار أموال الشركة بأحسن الطرق ومنها الضوابط التي سبق التطرق لها من تحديد مخاطر المشاريع المراد الاستثمار فيها وعدم المخاطرة بأموال القصر¹.

الفرع الثاني: مميزات وخصائص استثمار مال القاصر في شركة المساهمة

إذا كان يحق للنائب الشرعي للقاصر استثمار أمواله في شركة المساهمة، فإن لهذا النوع من الشركة عديد المميزات والخصائص عن باقي الاستثمارات ضمن الشركات المعاصرة، ومن أهمها:
1-خاصية المرونة التي تتمتع بها هذا النوع من الشركة، إذ يمكن للنائب القانوني البدء في استثمار مال القاصر في هذه الشركة متى رأى مصلحة القاصر كما يمكنه الانسحاب منها في حالة رشد القاصر، كما يمكنهم والانسحاب منها أيضاً إذا رأى في ذلك مصلحة، لأن مال القاصر يكون كمساهم في رأس مال هذه الشركة، ولهم أخذ أرباحهم طالما أن الشرع والقانون الأساسي لهذا النوع من الشركة يجيز ذلك.

ويحق للمساهم في شركة الأموال بشكل عام أن ينسحب من الشركة بالتنازل عن أسهمه خلافاً للشريك في شركات الأشخاص، فلا يستطيع الخروج من الشركة عن طريق التنازل عن حصته إلا إذا وافق على ذلك سائر الشركاء².

وهو ما نصت عليه المادة 715 مكرر 40 من القانون التجاري الجزائري، إذ حصة المساهم في شركة المساهمة قابلة للتداول، وهو ما يفهم منه أنه يحق للمساهم أن ينسحب من الشركة وأن يتنازل عن أسهمه للشريك آخر.

وتبرز خاصية المرونة أيضاً من خلال فتح واستقبال مختلف الموارد المالية المشروعة من شأنها أن تزيد فرص نجاح شركة المساهمة التي تستثمر أموال القصر أو تخصص باستثمارها، وبالتالي جني عوائد وأرباح أكبر، وهذه الموارد التي سبق ذكرها ليست على سبيل الحصر إنما أهمها، فالمصادر متعددة ومتنوعة وتختلف من بلد لآخر.

¹ مراد بلعباس، المرجع السابق، ص 210.

² نادية فضيل، المرجع السابق، ص 16.

2- ومن ميزة هذا النوع من الشركة في استثمار أموال القاصر أنها تمكن وتمنح للنائب الشرعي للقاصر المساهمة بأمواله في شركة المساهمة، حتى وإن كان رأس ماله أو مبلغ المساهمة غير كبير، لأنه بانضمامه لغيره من الأسهم المشاركة يزد وينمو بالاستثمار، كما ويحصل الأرباح على قدر سهمه فالمعيار الذي يعتمد عليه توزيع الأرباح هو مقدار ما يصيب السهم الواحد من الربح بعد إجراء قسمة المبلغ المقرر توزيعه كأرباح على عدد أسهم رأسمال المستثمر فعلاً، وهو ما يتيح لكل صاحب رأس مال الاستثمار فيه. وميزة منح لصغار المدخرين الفرصة لاستثمار أموالهم في هذا النوع من الشركة هو ما جعلها أكثر انتشاراً¹، ومن أفضل أنواع الشركات لاستثمار أموال القاصر كما وحفظها جيعاً من الخسارة وذلك باستثمار بعضها وحفظ البعض الآخر.

فيما حدد المشرع الجزائري حد أدنى لرأسمال شركة المساهمة، وذلك يختلف حسب طريقة تأسيسها، حيث اشترطت نص المادة 594 من القانون التجاري الجزائري، على أن يكون رأسمال الشركة المساهمة بمقدار 5 ملايين دينار جزائري على الأقل إذا ما لجأت الشركة علنية للادخار ومليون دينار على الأقل في حالة المخالفة.

3- عدم مسؤولية الشريك ضمن شركة المساهمة إلا بمقدار حصته من رأس المال، ويمكن أن يتم استثمار أموال القاصر في إطار شركة المساهمة أي من خلال دخوله شريكاً مع الغير، حيث أن النظام القانوني المطبق على الشركاء في شركة المساهمة ينص على أن المساهم أو الشريك في مثل هذا النوع من الشركة هي محدودة، فلا يسأل من ديون الشركة في أمواله الخاصة لمجرد انضمامه لشركة المساهمة مثل ما هو الحال في شركات الأشخاص إلا في حدود ما يملك من أسهم، وكما لا يكتسب صفة التاجر ولا تأثير لخضوع الشركة لمسطرة التسوية أو التصفية القضائية على المساهمين².

فيعتبر جميع المساهمين في شركة المساهمة شركاء توصية فلا يسألون عن خسائر الشركة إلا بمقدار الأسهم التي يملكونها، وعليه فإذا تم استثمار أموال القاصر ضمن هذا النوع من الشركة،

¹ نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، ص 2008، ص 14.

² نادية فضيل، أحكام الشركات في القانون التجاري الجزائري، ص 30.

وأفلسست هذه الشركة لا يعتبر ذلك إفلاساً للشركاء¹، والذين من ضمنهم القاصر المساهم بماله في هذا النوع من الشركة. وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 592 من القانون التجاري، فلا يتحمل الشريك في شركة المساهمة إلا بمقدار مساهمته فيها.

وفي الأخير نقول إن استثمار أموال القاصر ضمن شركة المساهمة يحقق مصلحة محققة للقاصر، وذلك من خلال ما يقدمه هذا النوع من الشركات من مميزات وخصائص متعددة، وضوابط تحفظ مال القاصر، وعليه فلا مانع من استثمار أموال القاصر في شركة المساهمة، ويجوز ذلك ما دام الشخص قاصراً إلى غاية كمال أهليته، وحينئذ يكون له كامل الحق في التصرف في أمواله، فإن شاء سحب أمواله من هذه الشركة، لأن له كامل الحرية في ذلك ما دام قد ثبت رشده، كما أن هذا النوع من الشركة يكفل ذلك وهو ما سبق ذكره، وإن شاء أبقاها مستثمرة فيها وله جميع الحقوق وعليه الإلتزامات الواردة ضمن هذه الشركة، لان الشخص عندما تكتمل أهليته يكون أولى من غيره بحماية أمواله.

وما يستخلص من هذا الباب الأخير أن استثمار أموال القاصر يعد وسيلة لحماية ماله، ويتبين أهميتها من خلال رفع المسك عن مال القاصر وتسكينه والعمل على تنميته واستثماره بشتى الطرق والوسائل التقليدية والحديثة، وذلك ما يدفع عن مال القاصر خطر تعرضه للنقصان والتآكل بسبب تسكينه وإبقائه راكداً ومكدساً والناجم عن الوسيلة الأولى والوارد تفصيلها ضمن الباب الأول.

وختاماً لهذه الدراسة نقول أن هاتين الوصيلتين والمتمثلان في وسيلة المسك ووسيلة الاستثمار تمثلان آلية حماية ورعاية لأموال القاصر وكل وسيلة أو أسلوب له دور وغاية وهدف للحصول على حماية متكاملة تحقق مصلحة القاصر المالية، إذ أنه يتبدأ بالوسيلة الأولى لحفظ أصل مال القاصر من الضياع، وذلك من خلال إبقاءه ساكناً على ما هو عليه، لغاية إمكانية وضعه في مشروع استثماري وهي الوسيلة الثانية، ويشترط دوماً ضمان حسن استثماره بأفضل الطرق المشروعة فقهاً وقانوناً، وهذا كله بغية تحقيق حماية متكاملة لأموال القاصر، لكن قد لا يستلزم جمع الوصيلتين معاً، فيمكن إحدى الأسلوبين دوناً عن الأخرى، وذلك حسب الظروف

¹ عبد العزيز الحباط، المرجع السابق، ج 1، ص 86-88. نادبة فضيل، أحكام الشركات في القانون التجاري الجزائري، ص

المحيطة، فقد تحتم وضعية أو ظرف ما مسكه وتسكينه دون استثماره أو العكس، أو استثمار بعضه ومسك الجزء الآخر، وأساس ذلك هو مراعاة المصلحة المالية الفضلى للقاصر.

خاتمه

خاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة تبين عمل الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية على تحقيق كل ما يخدم المصلحة المالية للقاصر والعمل على حمايتها ورعايتها وذلك من خلال جملة من الوسائل والطرق كنظام النيابة الشرعية وشروطها والرقابة المفروضة على تصرفات النائب الشرعي وما إلى ذلك، لكن ركزت الدراسة بالتحديد على أسلوبين أو وسيلتين مهمتين أنتهجها الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية بغية تحقيق حماية أكبر لمال القاصر ورعاية لها، وهذين الأسلوبين أو الوسيلتين هما أسلوب الإمساك والإبقاء لحفظ أصل مال القاصر من النقص، وأسلوب الاستثمار لتنمية ماله وزيادته.

ويشكل هذين الأسلوبين المنتهجتين باجتماعهما حماية متكاملة لأموال القاصر، واللدان تم تنظيمهما بعدة نصوص قانونية وشرعية وآراء وأقوال فقهية، وهو ما وفق فيه الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية إلى حد ما، لكن ذلك لا يخلو من جملة من النقائص والتناقضات خاصة ضمن قوانين الأسرة المغاربية وقد سبق بيانها بشيء من التفصيل.

وانطلاقاً مما سبق ذكره نجمل أهم ما توصلت إليه الدراسة من النتائج والمقترحات وهي كالاتي:

أولاً- نتائج البحث:

توصلت الدراسة لجملة من النتائج أهمها:

1- تبين من خلال الدراسة أن قوانين الأسرة المغاربية قد تضمنت جملة من الأحكام والنصوص الخاصة بتسيير وإدارة أموال القاصر والتصرف فيها، وهذا بغية تحقيق مصلحة القاصر المالية. كما أن حماية أموال القاصر ضرورة شرعية وقانونية وقضائية يجب أن يقوم بها كل من تتوفر فيه شروطها، ومن مسؤولية القضاة المختصين القيام بالإشراف والرقابة على النواب الشرعيين، ومن مسؤولية السلطة التشريعية والهيئات المختصة وضع أفضل التشريعات التي تحقق الحماية اللازمة لأموال القاصر من مسك واستثمار.

2- لم يدع الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية القاصر بدون ولي أو نائب شرعي يتولى رعاية أمواله لغاية اكتمال أهليته، كما تم وضع شروط فيمن يتولى هذه النيابة الشرعية وتم ترتيبهم وضبط كل ذلك بجملة من المعايير والضوابط بغية تحقيق مصلحة القاصر.

3- يمنع الفقه الإسلامي القاصر من التصرف في ماله، ومن مباشرة التصرفات القانونية، خوفاً من الإضرار بمصالحه المالية، وبشكل تلقائي عليه، وذلك من خلال وسيلة الحجر الذاتي أو القانوني، وعدم منحه حرية التصرف يؤسس بذلك أول لبنة من لبنات حماية أمواله من أي تصرف يصدر منه قد يضر بها، إذا ما استثنيا من ذلك الصغير المميز الذي أجاز له بعض التصرفات بعد أخذ الإذن من الولي، وكذلك الحال بالنسبة للمرشد الذي أجاز له التصرف في ماله كما لو كان بالغاً، وهو ما نصت عليه قوانين الأسرة المغاربية، حيث كان لها نفس طرح الفقه الإسلامي، وذلك من خلال ربط التصرفات بالمراحل العمرية للإنسان، ويعتبر ذلك أولى الآليات والوسائل لتكريس الحماية لأموال القاصر.

4- فرض الرقابة القضائية سواء أكانت رقابة قبلية أو بعدية على تصرفات النائب الشرعي سواء أكان ولياً أو وصياً أو مقدماً لها دور مهم في حفظ مال القاصر، ومن شأنها تكريس حماية أكبر للقاصر وصيانة أمواله من التلف والضياع، ولها طابع وقائي وحماي، وذلك ما ذهب إليه الفقهاء وتبنته قوانين الأسرة المغاربية.

5- مَنَحَ الفقه الإسلامي وبعض التشريعات المغاربية صلاحيات أكبر للولي في التصرف في أموال ابنه القاصر، ولم يقيدتها في كثير من الحالات، وذلك لوفور شفقتة على ابنه، على خلاف الوصي أو المقدم، والذان تم تقييد كثير من تصرفاتهما في مال القاصر، وذلك بأخذ الإذن القبلي من القاضي المختص، حيث خول له القانون هذه الصلاحية، وهو ما رأى فيه البعض نقصاً حمائياً للقاصر، وهو ما يستلزم ضرورة وضع آلية رقابية كتقديم حساب سنوي بصورة إجمالية عن إدارته لأموال القاصر.

6- مَنَحَ الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية للقاضي المختص أو للمحكمة سلطة وصلاحيات واسعة للرقابة على أعمال وتصرفات النائب الشرعي، وذلك من خلال منح الإذن ومنعه وعزل النواب الشرعيين.

7- ما يلاحظ تناثر حيثيات موضوع البحث بين عدة تشريعات مختلفة وقد نجم عن ذلك تناقض بين بعض النصوص في هذا الإطار، وهو ما يلزم ضرورة إزالة هذا التناقض.

8- إن تصرف النائب الشرعي في أموال القاصر منوط بتحقيق المصلحة الفضلى له، وإلا فإن هذا التصرف يمنع ولا يعتد به إذا لم يحققها، وهو ما تم استنباطه من جملة النصوص الفقهية والتشريعية، ومجمل الأحكام والقرارات القضائية.

9- إن استثمار أموال القاصر يعد ضرورة من الضرورات للحفاظ عليها من الفناء، وخاصة في هذا الزمان الذي كثرت فيه المصاريف والتكاليف اليومية ونفقات مختلفة، لذلك فللولي تنمية واستثمار مال القاصر بجميع الطرق والوسائل المشروعة القديمة منها والحديثة بغرض تنميتها.

10- ضرورة الأخذ بمقومات الاستثمار الأساسية لاستثمار أموال القاصر للحصول على أكبر أرباح وفوائد وآمنها على ماله. كما يستلزم استثمارها بالطرق الحديثة المشروعة، وهذا لما لها من منفعة عظيمة على أمواله، ويتمثل ذلك في أمان الطريقة وسرعة إدرار الأرباح وكثرتها.

11- تعد مجالات استثمار مال القاصر كثيرة جداً ومتنوعة وهي كالتجارة والزراعة والصناعة والشركات المختلفة والمعاملات المصرفية المختلفة والمؤسسات المالية... إلخ، إذا لا يمكن حصرها ضمن هذا البحث، لذلك استوجب الأخذ بما هو أنفع وأصلح للقاصر بما يحقق له أكبر ربح وأمان على أمواله.

12- إن استثمار أموال القاصر في شركة المساهمة والتي تعد من أهم أنواع الشركات الاستثمارية الحديثة والجائزة شرعاً وقانوناً، حيث تعد من الصيغ التي تحقق أفضل استثمار آمن لأموال القاصر.

13- يجب عدم تعريض أموال القاصر لدرجة عالية من المخاطر أثناء استثمارها، وهو ما يتطلب الحصول على جميع الضمانات المشروعة والممكنة للتقليل من تلك المخاطر، كما يجب إجراء توازن بين العوائد من الاستثمار والأمان في استثمار أموال القاصر، والعمل على تحقيق التوازن في الصيغ الاستثمارية أثناء استثمار أموال القاصر، لأنه يعمل على تقليل المخاطر وزيادة العوائد.

14- ضرورة وضع قيود في استثمار أموال القاصر ومنع كل ما يتنافى وأحكام الفقه الإسلامي وذلك كالمعاملات الربوية وإجازة غير ذلك من الاستثمارات التي لا تتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية.

ثانياً-الاقتراحات:

بعد التوصل لأهم النتائج في موضوع الدراسة، يتم التطرق لأهم الاقتراحات التي تخدم الموضوع:

1- وسع الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية من تصرفات الولي في مال ابنه القاصر ولم يخضعها للرقابة القبلية من طرف القاضي المختص، وهو ما قد يعرض مال القاصر لخطر التعدي من طرف الولي، لذلك كان لا بد من التدخل التشريعي ووضع نص يقيد من تصرف الولي في مال القاصر، وليس ذلك انتقاص من مكانة الولي بقدر ما هو فرض لرقابة وقائية لمال القاصر من أي تعد قد يقع مستقبلاً.

2- ضرورة إنشاء مؤسسات تعنى بالشؤون الحمايية والرعايية لأموال القاصر، وذلك في كل دولة من الدول المغاربية.

3- ضرورة الاستعانة بوسائل الاستثمار الحديثة وتطوير وسائل وأساليب جديدة لاستثمار أموال القاصر، وذلك لتحقيق أفضل النتائج الاستثمارية.

4- بالنظر لتفرق وتناثر وتشتت العديد من النصوص المنظمة لحماية أموال القاصر أو النيابة الشرعية ضمن عدة تشريعات وأحياناً من غير ترتيب أو تبويب، فيقترح وضع تشريع خاص ومتكامل ينظم ضمنه مسائل حماية أموال القاصر ورعايتها، وهو ما يضمن التناسق والتجانس بين النصوص، وذلك بما يضمن حماية ناجعة لأموال القاصر أسوة بما فعل المشرع الليبي أو التشريع العربي الموحد.

5- الدعوة لمزيد من الدراسات في موضوع البحث والمتعلق بالحماية لأموال القاصر، حيث تكون هذه الدراسات مقارنة بين الفقه ومختلف التشريعات القانونية ومزجها بالدراسات الاقتصادية الحديثة، بغية منح أفضل الحلول لتحقيق أكبر مصلحة للقاصر في أمواله.

قَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ وَالظَّالِمِينَ أجمعين

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

أولاً- المعاجم والقواميس:

1. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، س 1979.
2. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 3، س 1414 هـ.
3. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتاب، القاهرة، مصر، ط 1، س 2008.
4. الرازي، معجم مقاييس اللغة، المحقق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، س 1979.
5. الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، الناشر دار الهداية، د ط، د س.
6. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 8، س 2005.
7. الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س.
8. محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، س 1988.

ثانياً- كتب التفاسير:

9. الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، س 1418 هـ.
10. الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 3، س 1420 هـ.
11. القونوي، حاشية القونوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2001.
12. محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مكتبة الغزالي دمشق، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، لبنان، ط 3، س 1980.

ثالثاً- كتب الحديث وشروحه:

13. ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، حديث رقم 1245، دار الكتب العلمية، ط 1، س 1989.
14. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المكتبة السلفية، القاهرة، مصر، ط 1، س 1107 هـ.
15. ابن عبد البر، الاستذكار، دار قتيبة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 1، س 1993.
16. أبي داود، السنن، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، لبنان، د ط، د س.
17. أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، باب في مال اليتيم يدفع مضاربة، حديث رقم 21375، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط 1، س 1409 هـ.
18. أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، حديث رقم 2961، تحقيق شعيب الارنؤوط وحسن عبد المنعم شلي وعبد اللطيف حرز الله وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 2004.
19. الإمام مالك، موطأ الإمام مالك، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، س 1985.
20. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ط 2، د س، ج 2، ص 110.
21. الترمذي، السنن، تحقيق بشار عواد، معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، د ط، س 1998، ج 2، ص 25.
22. الصنعاني، المصنف، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، حديث رقم 6984، ط 2، س 1403 هـ.

23. مسلم، الصحيح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س.

رابعاً- كتب علم الأصول والمقاصد:

24. ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س.

25. ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، د ط، س 1991.

26. أمير بادشاه، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، س 1996.

27. التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة الصبيح، مصر، د ط، د س.

28. الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1983.

29. السرخسي، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1993.

30. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 2، س 1988.

31. الشاطبي، الموافقات، دار بن عفان، تحقيق أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 1، س 1997.

32. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، د ط، د س.

33. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، مصر، د ط، د س.

34. علاء الدين البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، د ط، د س.

35. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، س 2004.

36. محمد أبو زهرة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، د ط، د س.

37. محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د ط، د س.

38. مصطفى سعيد الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 2000.

39. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1، س 1986.

خامساً- كتب الفقه الإسلامي:

1- الفقه الحنفي:

40. ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س.

41. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د ط، س 1983.

42. ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2004.

43. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط 2، د س.

44. أحمد الشلي، حاشية الشلي على شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الاميرية، بولاق، مصر، ط 1، س 1315 هـ.

45. الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994.

46. الجصاص، مختصر الطحاوي، دار السراج المدينة المنورة، ط 1، س 2010.

47. الحصفكي، الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2002.

48. الحلبي، ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998.
49. داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998.
50. الزيعلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ط 1، س 1315 هـ.
51. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، س 1993.
52. السغدي، التنف في الفتاوى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، س 1984.
53. عادل عبد الموجود وعلي معوض، تعليق على رد المختار على الدر المختار لابن عابدين، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط خ، س 2003.
54. علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط 1، س 1991.
55. العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، س 1990.
56. القدوري، مختصر القدوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997.
57. الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط 2، س 1986، بيروت، لبنان.
58. الكليوبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998.
59. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، س 1302 هـ.
60. مجمع الضمانات، دار السلام القاهرة، مصر، ط 1، س 1999.
61. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س.
62. الموصللي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د ط، س 1937.
63. الميداني، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س.

64. النسفي، كنز الدقائق، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2011.
- 2-الفقه المالكي:**
65. ابن جزري، القوانين الفقهية، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، س 2013.
66. ابن جلاب، التفريع، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، س 1978.
67. ابن رشد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار السلام، مصر، ط 1، س 1995.
68. الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2003.
69. الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994.
70. الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، س 2002.
71. الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س.
72. خليل، التوضيح شرح مختصر بن الحاجب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط 1، س 2008.
73. خليل، مختصر العلامة خليل، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط 1، س 2005.
74. الدردير، الشرح الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1995.
75. الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د س.
76. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د ط، د س.
77. الرصاع، شرح حدود بن عرفة، دار الغرب الإسلامي، ط 1، س 1993.
78. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2002.
79. سحنون، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، د ط، د س.

80. الشيباني، الأصل، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، س 2016.
81. الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار المعارف، د ط، د س.
82. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة، مصر، د ط، د س.
83. العثماني، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، مركز نجيبويه، القاهرة، مصر، ط 1، س 2008.
84. العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشبي لمختصر خليل، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ط 2، س 1317 هـ.
85. العدوي، ضوء الشموع، المكتبة الأزهرية للتراث، د ط، د س.
86. القراني، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، س 1994.
87. المازري، شرح التلقين، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط 1، س 2008.
88. محمد بناني، حاشية بناني بهامش الزرقاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2002.
89. المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغربية، المملكة المغربية، د ط، س 1998.
90. ميارة، الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة، د ط، د س.
91. الونشريسي، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، س 1990.
- 3-الفقه الشافعي:**
92. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س.
93. ابن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، د ط، د س.

94. الأسنوي، تذكرة النبيه في تصحيح التنبيه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 1996.
95. البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997.
96. الحصني، كفاية الاخير في حل غاية الاختصار، دار الفكر، عمان، الأردن، د ط، د س.
97. الرملي، فتاوى الرملي، المكتبة الإسلامية، د ط، د س.
98. الروياني، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 2009.
99. السبكي، فتاوى السبكي، دار المعارف، د ط، د س.
100. الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ب ط، س 1990.
101. الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، س 2004.
102. الشربيني، مغني المحتاج على معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994.
103. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة، س 1951.
104. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1995.
105. العز بن عبد السلام، فتاوى العز بن عبد السلام، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، س 1986.
106. العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط 1، س 2000.
107. القزويني، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997.

108. قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، س 1995.
109. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1999.
110. المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998.
111. النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، س 2005.
- 4-الفقه الحنبلي:**
112. إبراهيم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، د ط، د س.
113. ابن عادل الحنبلي، اللباب في علوم الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998.
114. ابن قدامة، الشرح الكبير، دار هجر، القاهرة، مصر، ط 1، س 1995.
115. ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1994.
116. ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 3، س 1997.
117. ابن قدامة، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة السواري، جدة، السعودية، ط 1، س 2000.
118. أحمد القاري، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد، تهامة، جدة، ط 1، س 1981.
119. البعلي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، مصر، س 1950.
120. بن تيمية، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، د ط، س 1995.

121. البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار المؤيد-مؤسسة الرسالة، د ط، د س.
122. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 2000.
123. البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س.
124. عبد الرحمان العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، بدون ناشر، ط 1، س 1397 هـ.

125. عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، كنوز إشبيلية، الرياض، السعودية، ط 1، س 2008.

126. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1997.

5-الفقه الظاهري:

127. ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س، ج 7، ص 149.

سادساً- كتب الفقه العام:

128. ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ط 1، س 2004.

129. ابن خلدون، مقدمة العلامة بن خلدون، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، س 2003.

130. أبو عمر ديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، ط 2، س 1432 هـ.

131. أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، دار الأنصار، د ط، د س.

132. بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، د ط، د س.

133. التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998.

134. حسام عفانة، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، دون دار نشر، أبو ديس بيت المقدس، فلسطين، ط 1، س 2015.
135. سامي ذبيان وآخرون، قاموس المصطلحات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، رياض الريس للكتاب والنشر، لندن، المملكة المتحدة، ط 1، س 1990.
136. سانو قطب، المدخرات أحكامها وطرق تكوينها واستثمارها في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 1، س 2001.
137. سعدي أبو جيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 4، س 2011.
138. السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 3، س 1977.
139. السيد عبد الصمد محمد يوسف، عوارض الأهلية وآثارها في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط 1، س 2016.
140. سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، مصر، القاهرة، ط 1، س 2001.
141. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب، الإسكندرية، مصر، د ط، د س.
142. عبد الله الموجان، أحكام الوديعة، شركة كنوز المعرفة، ط 1، س 2001.
143. علي السالوس، حكم ودائع البنوك وشهادات الاستثمار في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، الدوحة، قطر، ط 1، س 1990.
144. القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، الفاروق الحديث للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط 1، س 2004.

145. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الأولى، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع - الرياض، السعودية.
146. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، س 1977.
147. محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، دار بهاء الدين، قسنطينة، الجزائر، ط 2، س 2011.
148. محمد عثمان بشير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس الأردن، ط 6، س 2008.
149. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 2، س 2004.
150. مصطفى البغا، التهذيب في أدلة متن التقريب، دار بن كثير، بيروت، لبنان، ط 4، س 1989.
151. مصطفى الزرقا، المصارف معاملاتها وودائعها وفوائدها، سلسلة مطبوعات جامعة الملك عبد العزيز، س 1983.
152. نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 1، س 2001.
153. الهاشمي، الإرشاد إلى سبيل الرشاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، س 1998.
154. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، طباعة دار السلاسل، الكويت، ط 2، س 1990.
155. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، س 1985.

سابعاً-المؤلفات العامة:

156. أحمد أبو الفتوح، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، مطبعة البوسفور، مصر، ط 1، س 1913.
157. أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية-آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مطبعة دار النشر المعرفة، الرباط، س 1994.
158. أحمد حمد، نظرية النيابة في الشريعة والقانون، دار الفكر، الكويت، ط 1، س 1981، ص 21.
159. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، د ط، س 2001.
160. سليمان مرقس، العقود المسماة -عقد البيع-، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط 4، س 1980.
161. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، ط 1، س 2008.
162. عبد الحق صافي، القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 1، س 2006.
163. عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للالتزامات -نظرية العقد-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، س 1998.
164. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الداية، بيروت، لبنان، د ط، س 1934.
165. عبد الزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س.

166. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 4، س 1994.
167. عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، الجزائر، ط 2، س 2014.
168. عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، مكتبة المعرفة، مراكش، المغرب، ط 1، س 2005.
169. عبد الله بن طاهر، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلتها-الأهلية والنيابة الشرعية-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 1، س 2015.
170. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون -النظرية العامة للحق-، دار هومة، الجزائر، د ط، س 2014.
171. العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، شرح القانون المدني -النظرية العامة للالتزام-، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 1، س 1996.
172. علي الكحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، س 2014.
173. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من وجهة القانونية، المكتبة القانونية، مصر، د ط، س 1993.
174. عمار بوضياف، القانون المدني في ضوء اجتهاد المحكمة العليا، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، س 2015.
175. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، س 2015.

176. فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، س 2015.
177. كريستال مورال، موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، د ط، س 2009.
178. حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومه، الجزائر، ط 2، س 2005.
179. حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، عن مليلة، الجزائر، د ط، د س.
180. مأمون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، د ط، س 1972.
181. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، د س.
182. محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات 1-العقد، دون ناشر، تونس، ط 2، س 1997.
183. محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، د ط، د س.
184. محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس، د ط، س 1995.
185. محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، ط 2، س 2003.
186. محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط 3، س 2014.

187. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن
عكنون، الجزائر، ط 2، س 1982.

188. محمد عبد العزيز جعيط، لائحة مجلة الأحكام الشرعية-قسم أحكام الأحوال الشرعية-،
مطبعة الإدارة، تونس، د ط، د س.

189. محمد كمال حمدي، الولاية على المال -الأحكام الموضوعية-الاختصاص والإجراءات، دار
المعارف، مصر، د ط، س 1966.

190. محمد كمال شرف الدين، قانون مدني -النظرية العامة-الأشخاص-، المطبعة الرسمية
الجمهورية التونسية، تونس، ط 1، س 2000.

191. محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، تونس، د ط، س 2004.

192. نادية فضيل، أحكام الشركات في القانون التجاري الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 8، س
2009.

193. نادية فضيل، شركات الأموال في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط
3، س 2008.

ثامناً-المؤلفات الخاصة:

194. أحمد الخمليشي، المسؤولية المدنية للأبوين عن ابنائهما القاصرين، مكتبة المعارف، الرباط،
المغرب، ط 1، س 1982.

195. أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، المحلة
الكبرى، مصر، د ط، س 2008.

196. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب
القانونية، المحلة الكبرى، مصر، د ط، س 2006.

197. جابر بن علي الحوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي، دار المحجة للنشر والتوزيع، أبو ظبي، الإمارات، ط 1، س 2008.
198. خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، منشورات بغدادية، العاصمة، الجزائر، د ط، د س.
199. خالد بوشمة، نظرية النيابة الشرعية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، دار بغدادية، الجزائر، د ط، د س.
200. رشيد صبيح، الحساب البنكي للقاصر-دراسة في الجوانب القانونية والعملية لإدارة أموال القاصرين-، دار السلام، الرباط، المغرب، د ط، س 2016.
201. عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، أفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المملكة المغربية، د ط، س 1996.
202. علي المشيقح، الإفادة من مال اليتيم في عقود المعاوضات والتبرعات، الناشر الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، د ط، س 2004.
203. محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط 3، س 2009.
204. محمد كمال حمدي، الولاية على المال -الجزء الأول-الأحكام الموضوعية، دار المعارف، مصر، د ط، س 1966.
205. المهدي قياس، القاضي المدني وحماية القاصر، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، س 2015.

تاسعاً-رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه:

1-أطروحات الدكتوراه:

206. محمد السعيد رشدي شاهين، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، س 1983.

2-رسائل الماجستير:

207. مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية تخصص الفقه المقارن، جامعة الجزائر كلية العلوم الإسلامية، س 209-2010.

208. دنيا جابالله، حماية الذمة المالية للقاصر، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة تونس 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، س 2000-2001.

209. يوسف مختري، أحكام بيع أموال القاصر في التشريع المغربي، بحث تأهيلي في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس-أكادال، الرباط، المغرب، س 2006-2007.

عاشراً-المقالات والملتقيات العلمية:

210. حسن السيد حامد خطاب، ضوابط استثمار الوقف في الفقه الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر الرابع للأوقاف بالمدينة المنورة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، ط 1، س 2013.

211. عبد الحميد الأطرش، الولاية على المال بين الثبات والتجديد، المجلة الجامعة، عدد 10، س 2008.

212. علي القره داغي، الاستثمار في الأسهم، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، عدد 9، س 7.

213. علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، عدد 10، س جوان 1986.

214. عمر لمين، مستجدات مدونة الأسرة فيما يتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، المغرب، العدد 5، س سبتمبر 2005.

215. محمد الزحيلي، استثمار أموال القصر في العصر الحديث، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، عدد 25، س 2007.

216. محمد الشافعي، إدارة أموال الطفل القاصر في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، العدد 17، س 1988.

217. محمد الكشور، قانون الالتزامات والعقود مدونة الأحوال الشخصية التداخل والتضارب، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، كلية الحقوق، مراكش، العدد 16، د س.

218. عبد المجيد غميحة، بعض مواقف القضاء المغربي من القاصر، مجلة الملحق القضائي، المعهد الوطني للدراسات القضائية، وزارة العدل، المغرب، العدد 21 يوليوز 1989.

219. محمد عبد الحليم عمر، الاستثمار في الوقف وفي غلاته وريعته، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة، المنعقدة بمسقط، بتاريخ 9-11 مارس 2004.

220. محمد عجيلة ومصطفى بن نوي ومصطفى عبد النبي، استثمار الأوقاف وضوابطه الشرعية مع الإشارة لحالة الجزائر، بمجلة الواحات للبحوث والدراسات، عدد 12، س 2011.

221. محمود إرشد، مؤسسة أموال الأيتام والضوابط الشرعية لإدارتها وتنميتها والتدقيق الشرعي عليها، بحث بمؤتمر الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك الإسلامية، جامعة الخليل، س 2009.

حادي عشر-النصوص القانونية:

1-النصوص القانونية الجزائرية:

222. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

223. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

224. قانون رقم 16-09 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق لـ 3 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار الجزائري.

225. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

226. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 الذي يتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون.

2-النصوص القانونية المغربية:

227. ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي.

228. ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المغربية.

229. ظهير شريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة المغربية.

230. ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418.

231. القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011). الصادر في

الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011) ص 5587.

232. الظهير الشريف الصادر في 19 من رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة المغربية. وقد تم نسخه بالقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية.

3-النصوص القانونية التونسية:

233. قانون عدد 130 لسنة 1959 مؤرخ في 5 أكتوبر 1959 يتعلق بإدراج مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

234. قانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 (12 فيفري 1965) يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية.

235. أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906 المتضمن إصدار مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

4-النصوص القانونية الموريتانية:

236. قانون رقم: 052-2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

237. الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود الموريتاني المعدل بالقانون رقم 31-2001 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2001.

5-النصوص القانونية الليبية:

238. القانون المدني الليبي الصادر بتاريخ 1953/11/28.

239. قانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، المصدر
الجريدة الرسمية العدد 36 السنة الثلاثون.

6-النصوص القانونية العربية:

240. القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء
العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 323-ج 24-2002/3/4م.

241. المرسوم الرئاسي رقم 90-40 المؤرخ في 22-12-1990 المتضمن المصادقة على
اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين اتحاد المغرب العربي الصادر بالجريدة الرسمية رقم 06-
1991.

ثاني عشر-الاجتهادات القضائية:

1-الجزائر:

242. المحكمة العليا الجزائرية، المجلة القضائية، س 1989، العدد الأول.

243. المحكمة العليا الجزائرية، المجلة القضائية، س 1996، العدد الأول.

244. المحكمة العليا الجزائرية، المجلة القضائية، س 1997، العدد الأول.

245. المحكمة العليا الجزائرية، المجلة القضائية، س 2006، العدد الثاني.

246. المحكمة العليا الجزائرية، المجلة القضائية، س 2009، العدد الأول.

247. المحكمة العليا الجزائرية، المجلة القضائية، س 2010، العدد الثاني.

2-المغرب:

248. المجلس الأعلى المغربي، مجلة محكمة النقض، د س، عدد 74.

ثالث عشر-مواقع الأنترنت:

249. موسوعة الفتاوى على الأنترنت: <http://fatawapedia.com/>

الفقيهين

الفهرس:

| | |
|---------|--|
| أ..... | شكر وتقدير..... |
| ب..... | الإهداء..... |
| ج..... | قائمة المختصرات..... |
| 01..... | مقدمة..... |
| 11..... | فصل تمهيدي: الإطار المفاهيمي للحماية القانونية لأموال القاصر..... |
| 12..... | المبحث الأول: حقيقة اكتمال الأهلية والقاصر..... |
| 12..... | المطلب الأول: حقيقة اكتمال الأهلية..... |
| 12..... | الفرع الأول: ماهية الأهلية..... |
| 13..... | أولاً-تعريف الأهلية..... |
| 13..... | 1-تعريف الأهلية لغة..... |
| 13..... | 2-تعريف الأهلية اصطلاحاً..... |
| 14..... | أ-تعريف الأهلية في اصطلاح الفقهاء..... |
| 14..... | ب-تعريف الأهلية عند فقهاء القانون..... |
| 15..... | 3-تعريف الأهلية في التشريعات المغاربية..... |
| 17..... | ثانياً-أنواع الأهلية..... |
| 17..... | 1-أهلية الوجوب..... |
| 17..... | أ-تعريف أهلية الوجوب..... |
| 19..... | ب-مناط أهلية الوجوب..... |
| 22..... | ج-أقسام أهلية الوجوب..... |

| | |
|---------|--|
| 22..... | -أهلية الوجوب الناقصة..... |
| 25..... | -أهلية الوجوب الكاملة..... |
| 26..... | 2-أهلية الأداء..... |
| 26..... | أ-تعريف أهلية الأداء..... |
| 28..... | ب-مناط أهلية الأداء..... |
| 29..... | ج-أنواع أهلية الأداء..... |
| 29..... | -أهلية الأداء الكاملة..... |
| 30..... | -أهلية الأداء الناقصة..... |
| 30..... | الفرع الثاني: ماهية الرشد..... |
| 31..... | أولاً-تعريف الرشد..... |
| 31..... | 1-تعريف الرشد لغة..... |
| 31..... | 2-تعريف الرشد اصطلاحاً..... |
| 31..... | أ-مذهب جمهور الفقهاء..... |
| 32..... | ب-مذهب الشافعية..... |
| 32..... | ج-مذهب بن حزم الظاهري..... |
| 33..... | ثانياً-تحديد سن الرشد..... |
| 33..... | 1-تحديد سن الرشد في الفقه الإسلامي..... |
| 34..... | 2-تحديد سن الرشد في قوانين الأسرة المغاربية..... |
| 36..... | المطلب الثاني: حقيقة القاصر..... |

| | |
|---------|---|
| 36..... | الفرع الأول: تعريف القاصر..... |
| 36..... | أولاً-تعريف القاصر لغة..... |
| 37..... | ثانياً-تعريف القاصر اصطلاحاً..... |
| 40..... | ثالثاً-تعريف القاصر قانوناً..... |
| 43..... | الفرع الثاني: مراحل القاصر..... |
| 43..... | أولاً-المرحلة الجنينية..... |
| 44..... | ثانياً-مرحلة الصغير غير المميز..... |
| 46..... | ثالثاً-مرحلة الصغير المميز..... |
| 49..... | المبحث الثاني: حقيقة النيابة الشرعية والمال المشمول بالحماية..... |
| 49..... | المطلب الأول: حقيقة النيابة الشرعية..... |
| 49..... | الفرع الأول: مفهوم النيابة الشرعية..... |
| 49..... | أولاً-تعريف النيابة الشرعية..... |
| 52..... | ثانياً-مصدر النيابة الشرعية..... |
| 53..... | الفرع الثاني: أقسام النيابة الشرعية..... |
| 53..... | 1-الولاية القاصرة..... |
| 53..... | 2-الولاية المتعدية..... |
| 55..... | الفرع الثالث: شروط تولي النيابة الشرعية..... |
| 55..... | أولاً-كمال الأهلية..... |
| 55..... | 1-البلوغ..... |
| 55..... | 2-العقل..... |

| | |
|---|----|
| 3-الرشد..... | 56 |
| ثانياً-العدالة..... | 57 |
| ثالثاً-اتحاد الدين بين النائب الشرعي والقاصر المولى عليه..... | 58 |
| رابعاً-توفر شروط ثانوية في الوصي والمقدم..... | 60 |
| الفرع الرابع: ترتيب النواب الشرعيين..... | 60 |
| أولاً-ترتيب النواب الشرعيين في الفقه الإسلامي..... | 61 |
| ثانياً-ترتيب النواب الشرعيين في قوانين الأسرة المغاربية..... | 66 |
| المطلب الثاني: حقيقة المال المشمول بالحماية..... | 77 |
| الفرع الأول: تعريف المال..... | 77 |
| أولاً-تعريف المال لغة..... | 77 |
| ثانياً-تعريف المال اصطلاحاً..... | 78 |
| 1-تعريف المال عند الحنفية..... | 78 |
| 2-تعريف المال عند جمهور الفقهاء..... | 79 |
| الفرع الثاني: أقسام المال..... | 82 |
| أولاً-المال المتقوم وغير المتقوم..... | 83 |
| ثانياً-العقار والمنقول..... | 83 |
| 1-تعريف العقار والمنقول..... | 84 |
| 2-فائدة تقسيم المال لعقار ومنقول..... | 87 |
| ثالثاً-المال المثلي والقيمي..... | 88 |

| | |
|----------|---|
| 88..... | 1-تعريف المال المثلي والقيمي |
| 89..... | 2-فائدة تقسيم المال لمثلي وقيمي |
| 90..... | رابعاً-المال الاستهلاكي والاستعمالي |
| 90..... | 1-تعريف المال الاستهلاكي والاستعمالي |
| 91..... | 2-فائدة تقسيم المال لاستهلاكي واستعمالي |
| 92..... | الفرع الثالث: المقدار المالي المكفول بالحماية |
| 92..... | أولاً-المقدار المالي المكفول بالحماية في الفقه الإسلامي |
| 93..... | ثانياً-المقدار المالي المكفول بالحماية في التشريعات المغاربية |
| 96..... | الباب الأول: أسلوب إمساك مال القاصر وتسكينه |
| 97..... | تمهيد |
| 98..... | الفصل الأول: وسيلة الحجر |
| 98..... | المبحث الأول: ماهية الحجر |
| 98..... | المطلب الأول: تعريف الحجر |
| 98..... | الفرع الأول: تعريف الحجر لغة |
| 99..... | الفرع الثاني: تعريف الحجر اصطلاحاً |
| 102..... | المطلب الثاني: أقسام الحجر |
| 102..... | أولاً-بحسب نوع المصلحة |
| 104..... | ثانياً-بحسب مدى سلطة الحاجر |
| 104..... | ثالثاً-بحسب من يوقع الحجر أو يرفعه |

- 106.....المطلب الثالث: الصغر كسبب للحجر
- 108.....المطلب الرابع: حكم الحجر على التصرفات المالية القاصر
- 108.....الفرع الأول: حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز
- 108.....أولاً-حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في الفقه الإسلامي
- 111.....ثانياً-حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في قوانين الأسرة المغاربية
- 113.....الفرع الثاني: حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز
- 113.....أولاً-حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز في الفقه الإسلامي
- 115.....ثانياً-حكم الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز في قوانين الأسرة المغاربية
- 116.....المبحث الثاني: دور وسيلة الحجر في إمساك مال القاصر وإبقاءه
- 116.....المطلب الأول: أثر وسيلة الحجر على تصرفات المالية للقاصر غير المميز
- 117.....الفرع الأول: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في الفقه الإسلامي
- 118.....الفرع الثاني: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر غير المميز في قوانين الأسرة المغاربية
- 121.....المطلب الثاني: أثر وسيلة الحجر على تصرفات المالية للقاصر المميز
- 122.....الفرع الأول: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز عند الشافعية ومن وافقهم
- 124.....الفرع الثاني: أثر وسيلة الحجر على التصرفات المالية للقاصر المميز عند جمهور الفقهاء وقوانين الأسرة المغاربية
- 124.....أولاً-التصرفات النافعة نفعاً محضاً
- 124.....1-رأي جمهور الفقهاء في تصرفات القاصر المميز النافعة نفعاً محضاً
- 125.....2-رأي قوانين الأسرة المغاربية في تصرفات القاصر المميز النافعة نفعاً محضاً
- 127.....ثانياً-التصرفات الضارة ضرراً محضاً
- 127.....1-رأي جمهور الفقهاء في تصرفات القاصر المميز الضارة ضرراً محضاً

- 2- رأي قوانين الأسرة المغاربية في تصرفات القاصر المميز الضارة ضرراً محضاً.....128
- ثالثاً-التصرفات المتعددة بين النفع والضرر.....130
- 1- رأي جمهور الفقهاء في تصرفات القاصر المتعددة بين النفع والضرر.....130
- 2- رأي قوانين الأسرة المغاربية في تصرفات القاصر المتعددة بين النفع والضرر.....133
- المبحث الثالث: رفع الحجر عن القاصر.....138
- المطلب الأول: مفهوم رفع الحجر.....139
- الفرع الأول: تعريف رفع الحجر عن القاصر.....139
- الفرع الثاني: متولي إزالة الحجر عن القاصر.....139
- المطلب الثاني: أحكام رفع الحجر عن القاصر.....142
- الفرع الأول: شروط رفع الحجر عن القاصر.....142
- أولاً-شروط رفع الحجر عن القاصر في الفقه الإسلامي.....142
- 1-شروط رفع الحجر عن الصغار الذكور ذوي الأب.....142
- 2-شروط رفع الحجر عن الصغار الإناث ذوي الأب.....147
- 3-شروط رفع الحجر عن الصغار ذوي الأوصياء.....148
- 4-شروط رفع الحجر عن الصغار المهملين.....148
- ثانياً-شروط رفع الحجر عن القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....148
- الفرع الثاني: حكم رفع الحجر عن القاصر في إمساك المال دون تنميته.....149
- الفصل الثاني: وسيلة الإيداع.....151
- المبحث الأول: حقيقة الإيداع.....151
- المطلب الأول: مفهوم الإيداع.....152
- الفرع الأول: تعريف الإيداع.....152

| | |
|----------|---|
| 152..... | أولاً-تعريف الإيداع لغة..... |
| 152..... | ثانياً-تعريف الإيداع اصطلاحاً..... |
| 153..... | 1-تعريف الحنفية..... |
| 153..... | 2-تعريف المالكية..... |
| 154..... | 3-تعريف الشافعية..... |
| 155..... | 4-تعريف الحنابلة..... |
| 155..... | الفرع الثاني: التمييز بين الإيداع والوديعة..... |
| 158..... | المطلب الثاني: حكم إيداع مال القاصر وحال الوديعة..... |
| 158..... | الفرع الأول: حكم إيداع مال القاصر..... |
| 158..... | أولاً-حكم إيداع المال بشكل عام..... |
| 160..... | ثانياً-حكم إيداع مال القاصر..... |
| 164..... | الفرع الثاني: حال الوديعة..... |
| 167..... | المطلب الثالث: أركان الإيداع..... |
| 167..... | الفرع الأول: الصيغة (الإيجاب والقبول)..... |
| 168..... | الفرع الثاني: العاقدان (المودع والوديع)..... |
| 169..... | أولاً-شروط المودع..... |
| 170..... | ثانياً-شروط الوديع..... |
| 170..... | 1-أن يكون الوديع جائز التصرف..... |
| 171..... | 2-أن يكون الوديع معيناً..... |

| | |
|----------|--|
| 172..... | 3- أن يكون الوديع أمين..... |
| 172..... | الفرع الثالث: المحل (العين المودعة)..... |
| 172..... | أولاً- أن تكون مالا..... |
| 173..... | ثانياً- أن يكون مالا قابلاً لإثبات اليد عليه..... |
| 173..... | ثالثاً- أن تكون العين المودعة منقولاً أو عقاراً..... |
| 174..... | المطلب الرابع: أسباب ودواعي إيداع مال القاصر..... |
| 174..... | الفرع الأول: أسباب ودواعي إيداع مال القاصر في الفقه الإسلامي..... |
| 176..... | الفرع الثاني: أسباب ودواعي إيداع مال القاصر في قوانين الأسرة المغربية..... |
| 179..... | المبحث الثاني: التصرف والإدارة في ودیعة القاصر..... |
| 179..... | المطلب الأول: الإنفاق على القاصر من ودیعته..... |
| 180..... | الفرع الأول: الإنفاق على القاصر من ودیعته في الفقه الإسلامي..... |
| 180..... | الفرع الثاني: الإنفاق على القاصر من ودیعته في قوانين الأسرة المغربية..... |
| 181..... | المطلب الثاني: إستثمار الوديع مال القاصر المودع عنده..... |
| 181..... | أولاً- إستثمار الوديع مال القاصر المودع عنده في الفقه الإسلامي..... |
| 184..... | ثانياً- إستثمار الوديع مال القاصر المودع عنده في قوانين الأسرة المغربية..... |
| 192..... | الباب الثاني: أسلوب استثمار مال القاصر وتنميته..... |
| 193..... | تمهيد..... |
| 194..... | الفصل الأول: حقيقة وحدود استثمار مال القاصر..... |
| 194..... | المبحث الأول: مفهوم استثمار مال القاصر..... |

| | |
|----------|--|
| 194..... | المطلب الأول: تعريف استثمار مال القاصر |
| 194..... | الفرع الأول: تعريف الاستثمار لغة |
| 195..... | الفرع الثاني: تعريف الاستثمار اصطلاحاً وقانوناً |
| 198..... | الفرع الثالث: تعريف عبارة استثمار مال القاصر |
| 198..... | المطلب الثاني: حكم استثمار مال القاصر |
| 203..... | المطلب الثالث: الهدف من استثمار مال القاصر |
| 204..... | المطلب الرابع: أقسام طرق استثمار مال القاصر |
| 204..... | الفرع الأول: الطريقة المباشرة لاستثمار النائب الشرعي مال القاصر |
| 205..... | الفرع الثاني: الطريقة غير المباشرة لاستثمار النائب الشرعي مال القاصر |
| 206..... | المبحث الثاني: ضوابط استثمار مال القاصر |
| 206..... | المطلب الأول: الضوابط الفقهية والقانونية لاستثمار مال القاصر |
| 207..... | أولاً-مشروعية استثمار مال القاصر |
| 208..... | ثانياً-اعتبار مال القاصر كأنها ملك للولي |
| 209..... | ثالثاً-ألا يكون مجال استثمار مال القاصر مما يذهب بأصل ماله |
| 209..... | رابعاً-ضرورة توثيق التصرفات المالية والعقود التي تتم على مال القاصر |
| 210..... | خامساً-مراعاة الإقليمية في استثمار مال القاصر |
| 210..... | سادساً-استثمار مال القاصر على وجه المصلحة وتجنب الإضرار بماله |
| 213..... | سابعاً-ضرورة المتابعة والمراقبة الدقيقة للتصرفات التي تتم على مال القاصر |
| 214..... | المطلب الثاني: الضوابط الاقتصادية لاستثمار مال القاصر |

| | |
|--|-----|
| أولاً- استثمار وتنمية أموال القاصر في أفضل المشاريع الاستثمارية..... | 214 |
| ثانياً- تنوع المشاريع الاستثمارية لمال القاصر..... | 214 |
| ثالثاً- الحرص على تقليل المخاطر الاستثمارية..... | 215 |
| رابعاً- الاعتماد على الطرق الفنية والوسائل الحديثة في استثمار مال القاصر..... | 215 |
| خامساً- اتباع الأولويات والمفاضلة بين طرق الاستثمار ومجالاتها..... | 216 |
| المبحث الثالث: أحكام أولية في استثمار مال القاصر..... | 216 |
| المطلب الأول: انتفاع النائب الشرعي من مال القاصر بالأجرة والنفقة..... | 216 |
| الفرع الأول: انتفاع النائب الشرعي من مال القاصر بالأجرة والنفقة في الفقه الإسلامي..... | 216 |
| الفرع الثاني: انتفاع النائب الشرعي من مال القاصر بالأجرة والنفقة في قوانين الأسرة المغاربية..... | 218 |
| المطلب الثاني: التعاقد مع النفس في مال القاصر..... | 219 |
| الفرع الأول: تعريف التعاقد مع النفس..... | 220 |
| الفرع الثاني: حكم التعاقد مع النفس في مال القاصر..... | 221 |
| أولاً- حكم التعاقد مع النفس في مال القاصر في الفقه الإسلامي..... | 221 |
| 1- حكم تعاقد الولي مع نفسه في مال ابنه القاصر..... | 221 |
| 2- حكم تعاقد الوصي أو المقدم أو القاضي مع نفسه في مال القاصر..... | 223 |
| ثانياً- حكم التعاقد مع النفس في مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية..... | 225 |
| المطلب الثالث: إقراض مال القاصر..... | 230 |
| الفرع الأول: تعريف القرض..... | 230 |
| أولاً- تعريف القرض لغة..... | 230 |
| ثانياً- تعريف القرض اصطلاحاً..... | 231 |

| | |
|----------|--|
| 231..... | ثالثاً-تعريف القرض قانوناً..... |
| 232..... | الفرع الثاني: حكم استقراض وإقراض مال القاصر..... |
| 232..... | أولاً-حكم استقراض وإقراض مال القاصر في الفقه الإسلامي..... |
| 232..... | 1-الاقتراض للقاصر..... |
| 233..... | 2-إقراض النائب الشرعي من مال القاصر لنفسه..... |
| 233..... | 3-إقراض الوصي والقيم والقاضي من مال القاصر لأنفسهم..... |
| 233..... | 4-إقراض النائب الشرعي مال القاصر للغير..... |
| 236..... | ثانياً-حكم استقراض وإقراض مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية..... |
| 238..... | المطلب الرابع: رهن النائب الشرعي مال القاصر..... |
| 239..... | الفرع الأول: تعريف الرهن..... |
| 239..... | أولاً-تعريف الرهن لغة..... |
| 239..... | ثانياً-تعريف الرهن اصطلاحاً..... |
| 240..... | الفرع الثاني: أحكام رهن مال القاصر..... |
| 240..... | أولاً-أحكام رهن مال القاصر في الفقه الإسلامي..... |
| 240..... | 1-رهن الولي أو الوصي مال القاصر لمصلحته..... |
| 241..... | 2-رهن الولي أو الوصي مال القاصر لغير مصلحة القاصر..... |
| 242..... | ثانياً-أحكام رهن مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية..... |
| 244..... | الفصل الثاني: وسائل استثمار مال القاصر..... |
| 245..... | المبحث الأول: استثمار مال القاصر بالتجارة..... |

| | |
|----------|--|
| 245..... | المطلب الأول: حقيقة التجارة..... |
| 245..... | الفرع الأول: تعريف التجارة..... |
| 246..... | أولاً-التعريف اللغوي للتجارة..... |
| 246..... | ثانياً-التعريف الاصطلاحي للتجارة..... |
| 247..... | الفرع الثاني: حكم التجارة في مال القاصر..... |
| 247..... | أولاً-حكم التجارة بمال القاصر في الفقه الإسلامي..... |
| 251..... | ثانياً-حكم التجارة بمال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية..... |
| 253..... | المطلب الثاني: استثمار مال القاصر بالبيع والشراء..... |
| 254..... | الفرع الأول: مدلول البيع والشراء..... |
| 254..... | أولاً-تعريف البيع..... |
| 254..... | 1-البيع لغة..... |
| 254..... | 2-البيع اصطلاحاً..... |
| 255..... | ثانياً-تعريف الشراء..... |
| 255..... | 1-تعريف الشراء لغة..... |
| 255..... | 2-تعريف الشراء اصطلاحاً..... |
| 256..... | الفرع الثاني: بيع مال القاصر..... |
| 256..... | أولاً-بيع منقول القاصر..... |
| 256..... | 1-بيع الولي منقول القاصر..... |
| 257..... | أ-بيع الولي منقول القاصر في الفقه الإسلامي..... |

- ب- بيع الولي منقول القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....258
- 2- بيع الوصي أو المقدم منقول القاصر.....263
- أ- بيع الوصي أو المقدم منقول القاصر في الفقه الإسلامي.....263
- ب- بيع الوصي أو المقدم منقول القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....265
- 3- بيع القاضي منقول القاصر.....268
- أ- بيع القاضي منقول القاصر في الفقه الإسلامي.....268
- ب- بيع القاضي منقول القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....269
- ثانياً- بيع عقار القاصر.....270
- 1- بيع عقار القاصر في الفقه الإسلامي.....270
- أ- بيع الولي عقار القاصر.....271
- ب- بيع الوصي أو المقدم عقار القاصر.....273
- 2- بيع عقار القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....275
- الفرع الثالث: الشراء للقاصر.....279
- أولاً- الشراء للقاصر في الفقه الإسلامي.....279
- 1- شراء المنقول للقاصر.....279
- 2- شراء العقار للقاصر.....280
- ثانياً- الشراء للقاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....280
- المطلب الثالث: أحكام في التجارة بمال القاصر.....281
- الفرع الأول: اتجار الولي في مال القاصر بالغبن.....281
- الفرع الثاني: الاتجار في مال القاصر بالنقد الحاضر والنسيئة.....283

- أولاً-الاتجار في مال القاصر بالنقد الحاضر والنسيئة في الفقه الإسلامي.....283
- ثانياً-الاتجار في مال القاصر بالنقد الحاضر والنسيئة في التشريعات المغاربية.....285
- المبحث الثاني: استثمار مال القاصر بالمضاربة.....286
- المطلب الأول: ماهية المضاربة في مال القاصر.....286
- الفرع الأول: تعريف المضاربة.....286
- أولاً-تعريف المضاربة لغة.....287
- ثانياً-تعريف المضاربة اصطلاحاً.....287
- الفرع الثاني: مشروعية المضاربة في مال القاصر.....289
- أولاً-مشروعية المضاربة في مال القاصر في الفقه الإسلامي.....289
- ثانياً-مشروعية المضاربة في مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....292
- المطلب الثاني: متولي المضاربة في مال القاصر.....293
- الفرع الأول: مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر.....293
- أولاً-مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر في الفقه الإسلامي.....293
- ثانياً-مضاربة النائب الشرعي بنفسه في مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.....295
- الفرع الثاني: دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه.....296
- أولاً-دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه في الفقه الإسلامي.....296
- ثانياً-دفع النائب الشرعي مال القاصر للغير للمضاربة فيه في قوانين الأسرة المغاربية.....297
- المبحث الثالث: استثمار مال القاصر بالإجارة.....299
- المطلب الأول: مفهوم الإجارة.....299
- الفرع الأول: تعريف الإجارة.....299

| | |
|-----|---|
| 299 | أولاً-تعريف الإجارة لغة..... |
| 299 | ثانياً-تعريف الإجارة اصطلاحاً..... |
| 301 | الفرع الثاني: حكم إجارة مال القاصر..... |
| 302 | المطلب الثاني: أحكام إجارة مال القاصر..... |
| 302 | الفرع الأول: تأجير مال القاصر بأقل من أجره المثل..... |
| 303 | الفرع الثاني: بلوغ القاصر قبل انقضاء مدة الإجارة..... |
| 305 | الفرع الثالث: حكم الإجارة الطويلة في مال القاصر..... |
| 307 | المبحث الرابع: المساهمة بمال القاصر في شركة المساهمة..... |
| 308 | المطلب الأول: تعريف الشركة المساهمة ومشروعيتها لاستثمار مال القاصر..... |
| 308 | الفرع الأول: تعريف شركة المساهمة..... |
| 308 | أولاً-تعريف الشركة..... |
| 308 | 1-تعريف الشركة اصطلاحاً..... |
| 310 | 2-تعريف الشركة قانوناً..... |
| 311 | ثانياً-تعريف شركة المساهمة..... |
| 311 | 1-التعريف الفقهي لشركة المساهمة..... |
| 312 | 2-التعريف القانوني لشركة المساهمة..... |
| 313 | الفرع الثاني: مشروعية شركة المساهمة لاستثمار مال القاصر..... |
| 313 | أولاً-مشروعية الشركة..... |
| 314 | ثانياً-مشروعية شركة المساهمة..... |
| 316 | ثالثاً-مشروعية إنشاء شركة المساهمة لاستثمار مال القاصر..... |
| 318 | المطلب الثاني: ضوابط وخصائص استثمار مال القاصر في شركة المساهمة..... |
| 318 | الفرع الأول: ضوابط استثمار مال القاصر في شركة المساهمة..... |
| 321 | الفرع الثاني: مميزات وخصائص استثمار مال القاصر في شركة المساهمة..... |
| 325 | خاتمة..... |

| | |
|----------|------------------------|
| 330..... | قائمة المصادر والمراجع |
| 353..... | الفهرس |
| 371..... | ملخص البحث |

ملخص البحث:

تناول موضوع البحث الحماية القانونية لأموال القاصر، وقد عمل الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية جاهدة على توفير حماية متكاملة لأموال القاصر، وذلك في جملة من النصوص والآراء والاجتهادات، وقد ركز البحث على أسلوبين مهمين لهذه الحماية، ويتمثل ذلك في أسلوب إمساك مال القاصر وتسكينه وهو يعد كآلية وقائية لهذه الأموال، أما الأسلوب الثاني فيتمثل في أسلوب الاستثمار والتنمية لأموال القاصر، وكلا الأسلوبين أو الآليتين يكملان بعضهما البعض لتوفير حماية متكاملة لأموال القاصر.

الكلمات المفتاحية: حماية، أموال القاصر، الفقه الإسلامي، قوانين الأسرة المغربية، إمساك، استثمار.

Abstract:

The topic of the research dealt with the legal protection of the money of the minor, and Islamic jurisprudence and the laws of the Maghreb family worked hard to provide integrated protection for the money of the minor, in a number of texts, opinions and jurisprudence. As a preventive mechanism for these funds, the second method is represented in the method of investment and development for the funds of the minor, and both methods or mechanisms complement each other to provide integrated protection for the funds of the minor.

Keywords: protection, minors' money, Islamic jurisprudence, Maghreb family laws, holding, investment.

Résumé:

Le thème de la recherche portait sur la protection juridique de l'argent du mineur, et la jurisprudence islamique et les lois de la famille maghrébine ont travaillé dur pour assurer une protection

intégrée de l'argent du mineur, dans un certain nombre de textes, d'avis et de jurisprudence. En tant que mécanisme de prévention de ces fonds, la deuxième méthode est représentée dans la méthode d'investissement et de développement des fonds du mineur, et les deux méthodes ou mécanismes se complètent pour assurer une protection intégrée des fonds du mineur.

Mots-clés : protection, argent des mineurs, jurisprudence islamique, droit maghrébin de la famille, détention, investissement.