



جامعة البويرة

جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حماية المصالح المالية للقاصر بين

الفقہ الإسلامي والقوانين المغاربية

(الجزائر-المغرب - تونس)

-دراسة مقارنة-

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص: قانون أسرة

- تحت إشراف:

د/ ربيع زهية

من إعداد الطالبتين:

- غزالي دلال

- قاضي جميلة

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة البويرة	د/ عيساوي فاطمة
مشرفا ومقررا	جامعة البويرة	د/ ربيع زهية
ممتحنا	جامعة البويرة	أ/ كرعلي مصطفى

تاريخ المناقشة: 2022/07/03

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا على نعمه الجزيلة التي لا تعد ولا تحصى، ونحمده سبحانه ونشكره على توفيقه وتيسيره لأمرنا من أجل إتمام هذا العمل المتواضع.

كما نخص بالشكر والعرفان الأستاذة الدكتورة "ربيع زهية" على تفضلها بقبول الإشراف على مذكرتنا كما نشكرها على كل النصائح والتوجيهات العلمية وصبرها معنا، فجزاها الله عنا خير الجزاء ونسأل الله أن يحفظها ويمدها بالصحة والعافية وكل عائلتها.

كما نتقدم بالشكر الجزيل للجنة المناقشة على مجهوداتهم في تصويب وتصحيح هذا العمل ونوجه تحية تقدير و عرفان إلى جميع أساتذة كلية الحقوق بجامعة البويرة .

إهداء

إلى من غمرتني بعطفها وحنانها و رعايتها
إلى من ضحّت براحتها في سبيل أمانى و راحتى
عجز اللسان عن وصف جميلها و عطائها "أمى الحبيبة الغالية"
إلى من ورثت عنه شغف العلم والمعرفة
إلى الذى مهّد لى الطريق و أزال منه العثرات
" أبى الغالى " سندی فى هذه الدنيا
إلى زوجى الغالى الذى لطالما دعمنى وشجّعنى
إلى أولادى كل باسمه حفظهم الله جميعا ورعاهم
إلى كل الذين ساندونى و ترقبوا نجاحى، و أخصّ بالذكر الأستاذة القديرة
"زهية ربيع"، و كذلك كل أساتذتى الذين درّسونى فى طور الماستر
إلى كل من علّمنى حرفا
أسأل الله العلى القدير أن يمدّهم بالصحة و العافية وأن يجزى كل واحد
منهم خير الجزاء
إللكم جميعا أهدي ثمرة جهدى المتواضع .

إهداء

إلى من أفضّلها على نفسي؛ فلقد ضحّت من أجلي
ولم تدّخر جهداً في سبيل إسعادي على الدّوام
(أمّي الحبيبة).

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يُسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه
صاحب الوجه الطيب، والأفعال الحسنة.

فلم يبخل عليّ طيلة حياته
(والدي العزيز رحمه الله).

إلى عائلتي الصغيرة حفظها الله ورعاها

إلى أصدقائي، وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكل ما يملكون، وفي
أصعدة كثيرة

أقدّم لكم هذا البحث، وأتمنّى أن يحوز على رضاكم.

جميلة

قائمة المختصرات

1. ج: جزء.
2. د.س.ن: دون سنة نشر.
3. س: سنة.
4. ص: صفحة.
5. ط: طبعة.
6. ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.
7. ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
8. م.أ.م : مدونة الأسرة المغربية.
9. ق.إ.ع.م : قانون الالتزامات والعقود المغربي.
10. م.ح.ع.م : مدونة الحقوق العينية المغربية.
11. ق.م.م.م : قانون المسطرة المدنية المغربية.
12. م.أ.ش.ت : مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
13. م.إ.ع.ت : مجلة الالتزامات والعقود التونسية.
14. م.ح.ع.ت : مجلة الحقوق العينية التونسية.
15. م.ق : مجلة قضائية.
16. م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

مقدمة

أنعم الله عز وجل على عباده وفضلهم على سائر خلقه بنعمة العقل التي جعلتهم يميزون بين الحق والباطل، وبين النفع والضرر وبين الخير والشر، وتنمو القدرات الذهنية لدى الطفل وتتطور لتصل إلى مرحلة النضج بالبلوغ، ولكن قبل ذلك يكون الإنسان إما منعدم الأهلية أو ناقصها فيكون بحاجة إلى من يتولى أموره بالحماية والرعاية. ولم تعرف الحماية الحقيقية للقاصر إلا في عهد الشريعة الإسلامية وقد ورد في القرآن الكريم آيات عديدة تنظم حقوق القاصر، والملاحظ أنّ الإسلام ربط أهمية المال بأهمية الأبناء، باعتبار أنّ المال والنسل من الضروريات الخمسة التي تقوم عليها حياة الإنسان ولذلك وصفهما الله عز وجل بكونهما زينة الحياة الدنيا لقوله تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمْلاً﴾. (سورة الكهف، الآية 46). وقوله عز وجل: ﴿فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّارًا يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَارًا وَيُمْدِدْكُمْ بِأَمْوَالٍ وَبَنِينَ وَيَجْعَلْ لَكُمْ جَنَّاتٍ وَيَجْعَلْ لَكُمْ أَنْهَارًا﴾. (سورة نوح، الآيات 10-12).

كما أكدت الشريعة السمحاء على حماية أموال الأيتام وتحريم أكلها بالباطل لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَعَاثُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾. (سورة النساء، الآية 2).

كما نهت الشريعة الإسلامية عن وضع المال في أيادي السفهاء حيث قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾. (سورة النساء، الآية 5).

وعليه أوجببت الشريعة الإسلامية على النائب الشرعي وعلى القاضي حماية المصالح المالية للقاصر وذلك من خلال النيابة عنه في التصرفات والمعاملات المالية حفظا لماله ومصالحه.

و أولى التشريع الجزائري والتشريعات المغاربية اهتماما كبيرا للموضوع من خلال النصوص القانونية على غرار قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة في المغرب ومجلة الأحوال الشخصية في تونس، والتي عمدت إلى إبراز الوسائل والآليات التي تحقق هذه الحماية لأنّ الذمة المالية لصيقة بالشخصية القانونية منذ ولادة الفرد، وعليه يكون القاصر كذلك أهلا لاكتساب الحقوق المالية من نفقة وإرث وهبة ووصية وسائر التبرعات الأخرى، وتشمل الحماية القانونية أيضا على ضرورة حرص النائب الشرعي على حفظ أموال القاصر من النقص والضياع وحسن إدارته لهذه الأموال وتنميتها، مع ضرورة مراقبة تصرفاته في ذلك، وبناءا على ذلك فقد وضع كل من الفقه الإسلامي والتشريعات والقوانين المغاربية أحكاما خاصة بهذه التصرفات .

• أسباب اختيار الموضوع

ترجع دوافع اختيارنا للبحث في موضوع حماية المصالح المالية للقاصر بين الفقه الإسلامي والقوانين المغاربية إلى أسباب شخصية وأخرى موضوعية تتمثل أساسا في:

- الرغبة الملحة في البحث في مجال حقوق الطفل عموما، واهتمامنا بالحماية التي يوفرها المشرع لهذا المخلوق، خاصة وأنّ هذا الموضوع يجمع بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.
- إن موضوع حماية حقوق القصر قديم جديد و متجدد، بل أصبح يشكل هاجسا يؤرق المجتمعات المتقدمة والمتخلفة على حد سواء.
- إن المكتبة القانونية الجزائرية حافلة بالمراجع في مجال القانون، إلا أن واقع الكتب والدراسات التي تطرقت الى موضوع البحث لا تعدو أن تكون مجرد فصل أو مبحث، ولم يفرد له مؤلف مستقل، لذلك سعينا إلى إضافة عمل جديد في هذا الإطار بما يتصف به من تواضع.

- ما يتعرض له مال القاصر من تعد وتجاوز إما عمداً أو بسبب الجهل بأحكام الفقه والقانون، الأمر الذي يتطلب التوسع في دراسة الموضوع وتوضيح أساليب ووسائل حماية أموال القاصر.

- تبين الإهتمام الذي أولاه الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية لأموال القاصر من خلال النصوص والاجتهادات الفقهية والقضائية.

• أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية دراسة موضوع حماية أموال القاصر كونه يتعلق بأحد مقومات الحياة الأساسية ألا وهو حفظ المال الذي يمثل أحد مقاصد الشريعة الإسلامية وكذا التشريعات الوضعية، فهو بذلك يحقق مصلحة خاصة تتمثل في حماية أموال القاصر، ومصلحة عامة تتعلق بحفظ الأموال التي تقوم عليها حياة الأسر والمجتمعات ككل.

دراسة وتوضيح اجتهادات الفقهاء وحرصهم على حفظ أموال القاصر ورعايتها وإبراز التصرف الأصح في مال القاصر الذي يحقق مصلحته الفضلى.

المقارنة ما بين القوانين المغاربية وتبيين مدى نجاحها في تكريس هذه الحماية وتوضيح الاختيارات الفقهية في هذه القوانين.

• أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى التعريف بمختلف الأنظمة والآليات التي سنتها التشريعات الوضعية وتضمنتها الأحكام الفقهية لتحقيق حماية أموال القاصر والتي تتمثل أساساً في الولاية والوصاية والتقديم.

- التعرف على السياسة الحمائية المنتهجة من قبل والتي سنتها التشريعات الوضعية ومدى استنادها على الشريعة الإسلامية في ذلك.

-إثراء المكتبة القانونية بهذا البحث الذي نحتسبه مفيدا للطلاب والباحثين خاصة مع قلة المراجع المتخصصة فيه كون أن هذا البحث يهدف إلى الإلمام بكل جوانب الموضوع.

• منهج البحث :

اتبعنا في هذا البحث المنهج الاستدلالي والمقارن وذلك من خلال تحليل النصوص الشرعية والقانونية وتبسيط مفاهيمها وتوضيح مقاصدها مع المقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة فيما بينها، ثم مقارنتها مع آراء فقهاء وشرح قوانين الأسرة المغاربية وتبيين مدى تأثرهم وأخذهم من فقهاء الشريعة الإسلامية .

• إشكالية الموضوع :

وضعت الشريعة الإسلامية ركيزة تضمن حماية أموال القاصر وعلى نهجها سارت التشريعات الوضعية للدول الإسلامية بسنّ أنظمة قانونية تقوم على تنصيب نائب شرعي للقاصر يتولى مهمة إدارة وحفظ واستثمار أمواله وهو ما جعلنا نطرح الإشكالية التالية:
ما مدى مسابقة قوانين الأسرة المغاربية لأحكام الشريعة الإسلامية في توفير حماية متكاملة للمصالح المالية للقاصر؟ وما هي الأحكام والضمانات التي وضعتها بخصوص تصرفات النائب الشرعي في أموال القاصر؟

وعلى ضوء هذه الإشكالية المقترحة سنتناول هذا الموضوع من خلال خطة قسمناها إلى فصلين نتناول في الفصل الأول حماية مصلحة القاصر في اكتسابه للأموال، ونقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعالج في المبحث الأول حماية حق القاصر في النفقة، وفي المبحث الثاني نعالج حماية حق القاصر في التملك، أي حقه في الميراث، الوصية والهبة، أما في الفصل الثاني فسننتقل إلى حماية أموال القاصر من خلال

الأحكام المتعلقة بإدارتها واستثمارها وعلى هذا الأساس سنقسم الفصل الثاني إلى مبحثين
نخصص المبحث الأول للأحكام المتعلقة بتصرفات النائب الشرعي الواردة في نطاق
أعمال الإدارة ثم ندرس في المبحث الثاني الأحكام المتعلقة بتصرفات النائب الشرعي
الواردة في نطاق أعمال التصرف.

الفصل الأول:

حماية مصلحة القاصر في اكتسابه

للأموال

تعتبر فئة القصر أكثر الفئات التي أجمع الفقه الإسلامي والتشريعات المغاربية على حمايتها خاصة في مجال المعاملات المالية، وذلك لكونها تدخل ضمن فئة ناقصي الأهلية، وبالتالي فإن إمكانية تعرضها للاستغلال كبيرة جدا، الأمر الذي يستلزم توفير حماية خاصة لحقوقهم خصوصا ما تعلق منها بالمصالح المالية، أي الحقوق المتعلقة بالذمة المالية التي يكون محلها قابلا للتقويم بالنقود، وهي الحقوق التي تحقق لصاحبها مصلحة مادية في الحياة العملية حيث يمكنه التمتع بها باستعمالها والتصرف فيها في حدود القانون.

والقاصر مثله مثل الشخص البالغ له ذمة مالية وله أهلية وجوب كاملة لاكتساب الحقوق، لذلك كان أهلا لاكتساب الأموال، كحقه في النفقة لتلبية احتياجاته، وحقه في الميراث وكذلك في الوصية والهبة. ومن هذا المنطلق قسّمنا الفصل الأول إلى مبحثين، حيث سنتناول أولا حماية حق القاصر في النفقة (المبحث الأول)، وبعدها حماية حق القاصر في التملك (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حماية حق القاصر في النفقة

لقد أقرت الشريعة الإسلامية منذ الأزل بأنّ النفقة تجب لأسباب ثلاثة وهي: الزوجية، الملك والقربة التي تتمثل في الفروع والأصول وكذلك الحواشي من ذوي الأرحام. وسبب وجوب النفقة على الأولاد هو أنّ الفرع جزء من أصله فكما يجب على الإنسان الإنفاق على نفسه تجب عليه نفقة جزئه إن كان محتاجاً، وتعتبر النفقة أكثر حق يكفل للقاصر الحماية، لأنّ بوجودها يتحقق له النمو الطبيعي والسوي إلى أن تكتمل أهليته ويتمكن من التكفل بنفسه.

ولدراسة حماية حق القاصر في النفقة، إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث سنوضح أولاً حماية حق القاصر في النفقة من خلال شروطها (المطلب الأول)، ثمّ سنتكلم عن تقدير النفقة وسقوطها (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

حماية القاصر من خلال شروط النفقة

يعتبر الإنفاق على الأولاد واجبا شرعيا على أبيهم بسبب واقعة الولادة أو البنوة، ونفقة الصغير واجبة على أبيه لا يشارك فيها أحد مادام الأب موجودا وموسرا أو قادرا على الكسب، وما يهّمنا في هذه الدراسة هو استحقاق القاصر للنفقة، وآليات حماية هذا الحق وذلك ما سنبينه من خلال تعريفنا للنفقة (الفرع الأول)، ومعرفة شروط استحقاقها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف النفقة

إن تعريف النفقة ليس بالسهولة بما كان، لأن تعريفها وبيان جوهرها وتحديد خصائصها وعناصرها كان محل اختلاف بين الفقهاء وشرح القانون، ولأجل الوصول الى تعريف النفقة لا بد من أن نتطرق أولاً الى التعريف اللغوي ثم الاصطلاحي وبعدها القانوني .

أولاً: التعريف اللغوي.

النفقة في اللغة بمعنى الإخراج والذهاب، يقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع، والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات¹.

والنفقة اسم من الإنفاق وهو بذل المال في وجه من وجوه الخير وجمع النفقة نفقات وسميت بذلك لأنها مشتقة من النفوق وهو الهلاك فيقال نفقت الدراهم أي نفذت وأنفق المال افتقر وذهب ماله².

ثانياً: التعريف الاصطلاحي.

عرفها وهبة الزحيلي بأنها: "كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكن، وقسمها إلى قسمين:

- نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها، وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، لقوله عليه الصلاة والسلام: "ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول" أي بمن تجب عليك نفقته.
 - نفقة تجب للإنسان لغيره، وأسباب وجودها ثلاثة، الزوجية، القرابة، والملك³.
- أمّا المذاهب الإسلامية الأربعة فقد عرفت النفقة كالتالي⁴:

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2004، ص169.

² جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد، ط1، 2009، ص221

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، ط2، دمشق، سوريا، 1985، ص765 .

⁴ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص485.

- الحنفية: عرّفوها بأنها: "الإدراج على الشيء بما به بقاؤه"
 - المالكية: قالوا بأنها: ما به قوام معتاد حال الآدمي بدون صرف".
 - الشافعية: قالوا بأنها "طعام مقدار لزوجة وخادمها على زوجها، ولغيرها من أصل وفرع ورقيق وحيوان ما يكفيه".
 - الحنابلة: عرّفوها بأنها كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة ومسكناً وتوابعها. "
- وأساس الحق في النفقة هو البنوة، التي تعتبر سبباً من الأسباب الموجبة لنفقة الشخص على غيره، وهذا باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية، مستدلين في ذلك من الكتاب والسنة لأنّ المذاهب الأربعة (الحنفي، المالكي، الشافعي، الحنبلي) كلّها اتفقت على وجوب النفقة على الولد، ومن أدلتهم:

• من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹. ففي هذه الآية دليل على أنّ نفقة الولد على أبيه وذلك بسبب ضعفه وعجزه.

كذلك قوله تعالى: ﴿... وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ...﴾² لأنّ الإنفاق على الأم في فترة الحمل هو إنفاق على الجنين، فبتغذية الأم يتغذى الجنين³، بل وأكثر من ذلك أوجب سبحانه وتعالى على الآباء تقديم مقابل للرضاع وهو ما يسمى أجرة الرضاع، وذلك في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾⁴.

¹ سورة البقرة، الآية 233.

² سورة الطلاق، الآية 6.

³ وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 206.

⁴ سورة الطلاق، الآية 6.

• من السنة النبوية الشريفة:

قول الرسول عليه الصلاة والسلام لهند بنت عتبة " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"¹ والسبب في ذلك أن أبا سفيان كان رجلا مسيكا أي قليل النفقة، فاشتكت هند لرسول الله صلى الله عليه وسلم.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "يا رسول الله عندي دينار، فقال: "أنفقه على نفسك فقال: عندي آخر فقال: "أنفقه على ولدك"، قال: عندي آخر، قال: "أنفقه على أهلك"، قال: عندي آخر، قال: "أنفقه على خادمك"، قال: عندي آخر، فقال: "أنت أعلم".

• من الإجماع:

قال ابن المنذر في كتابه الإجماع: "على أنهم أجمعوا بأنّ على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم"².

ثالثا: التعريف القانوني للنفقة

لم تُعرّف مجمل القوانين المغاربية النفقة واكتفت بذكر مشتملاتها حيث نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"³.

¹ محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق، سوريا، 2002، حديث رقم 5364، 1367.

² زكي زكي حسين زيدان، الحماية الشرعية والقانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009، ص20.

³ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، صادرة في 12 يونيو 1984 معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 2005/02/27، ج.ر، عدد 15 صادر في 2005/02/27.

ومن خلال المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية¹ نستشف أنّ النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 من نفس المدونة التي لا تُدخل في مشمولات النفقة تكاليف سكنى المحضون وأجرة الحضانة.

وأما المشرع التونسي فلم يُدخل العلاج ضمن مشتملات النفقة المذكورة في الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية إلاّ أنّها تدخل بموجب ما سمّاه المشرع التونسي ضروريات العرف والعادة التي نصّ عليها في نفس الفصل².

وما يلاحظ من استقراء هذه النصوص هو أنّها اتفقت جميعها على تحديد مشتملات النفقة وعلى اعتبار الغذاء والكسوة أولها إلحاحا، فالحاجة إلى القوت لا تحتاج إلى عناء إثبات، إذ لا يمكن للمرء أن يعيش بمعزل عن الطعام أو الشراب لأنه ضروري لبقائه حيا، وأما اللباس فهو معافاة للبدن، يقي الجسد من برد الشتاء وحرارة الصيف، وهو أيضا ستر للعورة³.

الفرع الثاني: شروط النفقة.

يعتبر الإنفاق على الأولاد واجبا شرعيا على أبيهم بسبب واقعة الولادة وقد قرّر الفقهاء أنّ نفقة الصغير واجبة على أبيه لا يشاركه فيها أحد، مادام الأب موجودا وموسرا أو قادرا على الكسب والولد المستحق للنفقة عند المالكية هو الولد الصلب دون أن يلحق

¹ ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) المتضمن بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، رقم 5184 صادر في 05 فبراير 2004.

² أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

³ عبد اللطيف والي، الحماية القانونية لحقوق الطفل -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2014-2015، ص 104.

به غيره من ولد الولد، بينما اعتبره جمهور الفقهاء الولد الصلب المباشر وفروعه وإن نزلوا ذكورا وإناثاً¹.

وتشمل النفقة الطعام والكسوة والمسكن والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

وفي كل الأحوال اتفق الفقهاء على مراعاة جملة من الشروط لاستحقاق الصغير نفقته، منها ما يتعلق بالقاصر ومنها ما يتعلق بالمنفق².

أولاً: الشروط الخاصة بالقاصر

وهي ثلاثة، أن يثبت نسب القاصر من أبيه، وأن يكون فقيراً وألاً يكون قادراً على الكسب.

1. ثبوت نسب القاصر لأبيه.

وهو السبب الرئيسي في وجوب النفقة، ذلك أنّ الأب هو الأصل والابن هو الفرع فبثبوت نسب هذا القاصر يكون الأب ملزماً بالنفقة حتى ولو كان معسراً، وهذا ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في قرار³ لها بتاريخ 07 فبراير 1987 الذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنّ نفقة الأولاد تجب على الأب إذا ولدوا من فراش صحيح ناشئ عن عقد صحيح شرعاً ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية".

ولما كان قضاة الاستئناف -في قضية الحال- قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي على الطاعن بأن يؤدي نفقة البنت دون أن يثبت الزوجية ودون إثبات نسب

¹ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1993، ص 149.

² عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 165.

³ قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م.ق، 1990، العدد 3، ص 65.

البنات للطاعن، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

أما بالنسبة للقاصر المكفول فنصت عليه المادة 116 من ق.أ.ج حيث جاء فيها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي". وبالتالي فإن الشخص الكافل هو الذي يقوم بالإنفاق على المكفول، ليس على أساس النسب أو الولادة وإنما على أساس عقد الكفالة¹.

في حين نجد أنّ القانون المغربي والتونسي لم يعالجاها لا ضمن مدونة الأسرة ولا ضمن مجلة الأحوال الشخصية، وإنما عالجاها المشرع المغربي في القانون 15/01 الصادر بتاريخ 2002/06/13 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين²، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، ونظّمها المشرع التونسي في قانون رقم 27 المؤرخ في 1958/03/04، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني³.

وأما في حالة اللقيط فما دام لم يثبت نسبه بعد، فالشخص الذي التقطه غير ملزم بالنفقة عليه، لأنّ أسباب النفقة من القرابة غير متوفرة، وما الالتقاط إلاّ تخلص له من الهلاك⁴، وبيت المال في هذه الحالة هو الذي يتكفل بالنفقة عليه، لأنّ الدولة تعتبر وارثة اللقيط إذا مات. أمّا إذا لم يبقى في بيت المال أي شيء من المال، فإنّه على من علم من المسلمين الإنفاق عليه، وهو فرض كفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقيين وإن تركه الكل

¹ هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011-2012، ص 148.

² ظهير شريف رقم 172.02.1 الصادر في 2002/06/13 بتنفيذ القانون 01/15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ج.ر، عدد 5031، الصادرة بتاريخ 2002/08/19.

³ قانون عدد 27 لسنة 1958، المؤرخ في 1958/03/04، المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني، الرائد الرسمي، عدد 19، الصادر في 1958/03/07، ص 306.

⁴ نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث، مصر، 2009، ص 24.

أثموا طبقا لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾¹، وعليه فمن تبرع بالنفقة لا يستعيد حق ما أنفقه سواء كان الملتقط أو غيره.

أما إذا كان قد أنفق على اللقيط محتسبا الرجوع عليه إذا أيسر، فذلك يكون في حالتين:

- الحالة الأولى: أن يكون ذلك بأمر الحاكم وتفويضه، فإنه يحق له في هذه الحالة استرجاع ما أنفقه إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف.
 - أما الحالة الثانية: أن يكون ذلك بغير أمر الحاكم ومن غير تفويضه، ومع ذلك أنفق طامعا تعويضه، وقد اختلف الفقهاء في هذا على الأقوال التالية²:
 - القول الأول: يرى بأن تؤدي النفقة من بيت المال، وهو قول أحمد لأن في ذلك تشجيع له.
 - القول الثاني: يرى بوجوب إقامة البينة على أنه لم ينفق عليه متبرعا فقال النخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه، وقال عمر بن عبد العزيز بأن يحلف.
 - والقول الثالث: يرى بأن المنفق متبرع وهو قول مالك وأبو حنيفة والشافعي.
- والراجع في هذه المسألة القول الأول بناء على أن الأصل هو أن المكلف بالنفقة هو بيت مال المسلمين، وبالتالي يستحق التعويض عنه، زيادة عن أن ذلك تشجيع لالتقاط اللقيط وعدم تركه للهلاك³.

إن أهم شرط يتوقف على وجوب النفقة للابن القاصر في مدونة الأسرة المغربية هو ضرورة ثبوت نسبه من المطالب بالإنفاق، بأن يكون ابنه وولد على فراشه، داخل أمد

¹ سورة المائدة، الآية 2.

² غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص 22.

³ نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 24-25.

الحمل وإن كان العقد فاسداً، أو كان الابن ناتجا عن حمل في فترة الخطوبة مع توفر جميع الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة المغربية.

2. أن يكون القاصر فقيرا لا مال له.

تقتضي القاعدة أنّ نفقة الشخص في ماله أولاً، وإلاّ وجب الإنفاق عليه من مال غيره ويشترط في مال الصغير أن يكون حاضرا في يد وليه وليس محل نزاع أو مالا غائبا، وإلا كانت النفقة على الأب حتى يحضر مال الصغير¹.

والمقصود بالمال هنا هو المال الحاضر في يد ولي القاصر الذي يسمح له بالنفقة منه على القاصر مباشرة. ولكي يعتبر مال القاصر حاضرا لا بد من توفر شرطين، وهما ألا يكون المال محل نزاع وألا يكون غائبا، لأنه في هاتين الحالتين ستكون نفقة القاصر على الأب أو من يليه في النفقة².

ويقصد بالمال الذي هو محل نزاع، ذلك النزاع الذي يكون أمام القضاء، أما المال الغائب، فهو ذلك المال الذي لا يمكن الوصول إليه، أو أنّ الوصول إليه يحتاج مدة معينة قد يهلك فيها القاصر لو بقي بدون نفقة، ومثالها أن يكون مال الصغير تحت يد المدين لكن لم يحل بعد أجل الوفاء أو يكون المال مغصوبا.

وذهب الفقه الإسلامي إلى أكثر من ذلك، وهو حالة ما إذا عاد المال الغائب للقاصر وكان الأب أو من هو مكلف بالنفقة قد أنفق عليه من ماله الخاص، فهل يسترد الأب أمواله أم لا وهل هذا في صالح القاصر أم لا؟ وفي هذه المسألة جاء الفقه الإسلامي بحلين:

¹ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 159.

² هجيرة نشيدة مداني، المرجع السابق، ص 145.

- **الحل الأول:** وهو في حالة ما إذا أنفق ونوى بالرجوع على ما أنفقه على القاصر بدون شهود أو إثبات، فإن الأب أو المكلف بالنفقة في هذه الحالة لا يمكنه المطالبة بالمال من الناحية القضائية، لأنه ليس لديه دليل على أنه نوى الرجوع، وهذا حسب اعتقادنا حل يضمن الحماية للقاصر¹.

- **الحل الثاني:** وهو ما إذا أشهد الأب على أنه سيرجع بما أنفقه من ماله على القاصر في حالة ما إذا حضر المال الغائب، أو كان قد استأذن القاضي بالإنفاق على القاصر حتى يعود إليه ماله الغائب وهنا يكون له الحق في الرجوع².

وهناك من رأى غير ذلك، واعتبر أن الأب يبقى ملزماً بالنفقة على ابنه سواء كان هذا القاصر موسراً أم معسراً، ولا يجوز الرجوع عليه بما أنفقه، وذلك من أجل تحقيق حماية أكبر للقاصر³، ولكن يبقى هذا الرأي شاذاً، لأن كل الفقه وحتى التشريعات اتفقت على أن نفقة الشخص تكون من ماله، سواء كان صغيراً أو كبيراً قريباً أو بعيداً.

ونفس الشيء يطبق على المكفول واللقيط، ففي حالة ما إذا كان له مال، فالنفقة ستكون من ماله⁴، ويعتبر كل ما كان عليه من ثياب أو حلي، أو ما كان تحته من فراش، أو حصير أو دراهم هي من أمواله الخاصة.

¹ غربي سورية، المرجع السابق، ص 26

² أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة ونفقة الصغير ونفقة الأقارب، دار الكتب القانونية، مصر، 1995، ص ص 87-88.

³ غالبية رياض البشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2010، ص 53.

⁴ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 115.

3. عجز القاصر عن كسب الأموال.

لاستحقاق النفقة يجب أن يكون القاصر فقيراً محتاجاً، بالإضافة إلى كونه عاجزاً عن الكسب، فإن كان فقيراً ومع ذلك قادراً على الكسب، فلا يستحق النفقة في هذه الحالة وأعتبر في حكم الغني¹.

ويقصد بالعجز في هذه الحالة، عدم القدرة على الكسب بالطرق المعتادة التي تؤمن للشخص الحصول على أموال تغطي نفقاته، وهذا العجز قد يكون إما بالصغر وهو سبب النفقة على القاصر، كما قد يكون بالمرض الذي قد يصيب الفرع وهذا ما يسمى بالعجز الحقيقي، ويقابله ما يسمى بالعجز الحكمي، والذي يشمل الأنوثة وطالب العلم.

وقد أحسن المشرع الجزائري عندما أخذ بهذا الشرط في المادة 75 فقرة 2 من قانون الأسرة والتي تنص على: "وتستمر (أي النفقة) في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً بأفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

ومن ثم، فإنه مادام أن القاصر لم يبلغ سن الرشد ولم يتحصل على الكسب تبقى النفقة واجبة له، فبلوغ القاصر السن القانوني هو مبدئياً دليل على زوال عجزه وقدرته على نفقة نفسه، وهذا ما أكده قضاء المحكمة العليا بتاريخ 25 ديسمبر 1989 حيث جاء في قرارها: "من المقرر قانوناً أنه تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون"².

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بنفقة الابن البالغ من العمر 21 سنة لمدة سابقة يكون قد خالف القانون ومتى كان كذلك استوجب

¹ أحمد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل، دراسة مقارنة بين الشريعة وقوانين الأحوال الشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 292.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/12/25، ملف رقم 57227، م.ق 1991، عدد 4، ص 106.

نقض القرار المطعون فيه"، ونلاحظ من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا اعتبرت بلوغ القاصر سن الرشد كونه لا يزال قاصرا لكن له مال، سببا لسقوط النفقة عنه، وهذا ما اتضح من خلال قولها: "...أنه يجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال"، فبمفهوم المخالفة إذا كان للقاصر مال يسقط حقه في النفقة المقررة له وينفق عليه من ماله الخاص.

أما القاصر المكفول فتطبق عليه نفس الأحكام الخاصة بالابن الشرعي، وهذا واضح في المادة 116 من ق.أ.ج التي تعرف الكفالة على أنها: "التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي".

وفي مدونة الأسرة المغربية نجد أنه من خلال نص المادة 198 فإن نفقة البنت لا تسقط إلا بتوفرها على الكسب أو بوجود نفقتها على زوجها، ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب.

ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع المغربي قام بتحديد السن الأقصى الذي تنتهي عنده النفقة وهي سن الخامسة والعشرين وكذلك في حالة متابعة الطفل لدراسته والآن فإن النفقة تتوقف عند سن الرشد القانوني مستثيا في ذلك البنت، على اعتبار أن نفقتها لا تنتهي إلا بإثبات أنها تتوفر على الكسب، أو بوجود نفقتها على زوجها، بدخوله بها دخولا صحيحا، كما أبقى المشرع المغربي على نفقة الأولاد المصابين بإعاقة بدنية أو ذهنية والعاجزين عن الكسب في ذمة الأب¹.

¹ نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2005-2006، ص58.

إن هذا الشرط وإن كان يحقق للقاصر حماية لأنه مادام لا يكسب سوف يحصل على النفقة، إلا أنه قد يكون سببا يدفع المنفق إلى دفع القاصر نحو العمل لإعفاء نفسه من النفقة وخاصة وأن سن العمل هو 16 سنة.

ثانياً: الشرط الخاص بالمنفق

الشرط الوحيد الذي يجب أن يتوفر في المنفق هو أن يكون ميسور الحال، فلو كان معسرا يصبح عاجزا عن النفقة، والنفقة لا تجب على العاجز، ويستثنى الأب من شرط اليسر لأنه تجب عليه نفقة أولاده الصغار مطلقاً.

وقد اختلف فقهاء الشريعة في مقدار اليسر الذي تجب فيه النفقة وانقسموا في ذلك إلى رأيين:

- **الرأي الأول:** وهو رأي أبو يوسف من الحنفية والذي يرى بأن الشخص يكون موسراً إذا بلغ ماله النصاب في الزكاة، بمعنى إذا كانت أمواله تجب فيها الزكاة هنا يصبح ملزماً بالنفقة.

ويعلل الإمام أبو يوسف رأيه هذا بأن النفقة تجب على الأغنياء كما في الصدقة، وحد الغنى في الشريعة هو نصاب الزكاة أو أكثر¹.

- **الرأي الثاني:** وهو ما جاء به جمهور الفقهاء حيث يرون بأن اليسر هو ما يملكه الشخص للنفقة على نفسه وعلى عائلته، بحيث تكون أمواله تكفي للنفقة على نفسه وعلى أولاده، وهذا الرأي قال به محمد من الحنفية، الشافعية والحنابلة².

ونحن في هذه المسألة نؤيد بحق الرأي الثاني، لأنه ليس من الضروري اشتراط بلوغ الشخص نصاب الزكاة حتى تفرض عليه النفقة، بل إن كل شخص قادر على الكسب،

¹ أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعاً و فقهاً وقضاء، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013، ص 190 .

² شمس الدين أبي الفرج، عبد الرحمان بن أبي عمر بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني و يليه الشرح الكبير، ج9، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن، ص 586.

بحيث يكفيه هو وعائلته يكون معني بالنفقة على القاصر، فالعبرة هنا ليست بالنصاب وإنما بإمكانية النفقة وبحاجة القاصر لها، وهذا ما يحقق حماية أكبر للقاصر حيث يقول الإمام السرخسي في مبسوطه: "إذا كان كسبه كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله أربعة دوانق، يؤمر بصرف الفضل إلى أقاربه لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر الجانب المؤدي لتيسير الأداء وبسر الأداء يكون موجودا إذا كان كسبه يفضل عن نفقته"¹.

ورغم ما لشروط النفقة من أهمية في حماية القاصر إلا أنها لا تكفي بل يجب حماية القاصر من خلال تقدير النفقة وسقوطها والتي نتطرق لها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

تقدير نفقة الصغير وسقوطها.

تشمل نفقة الأولاد العناصر المادية من الطعام، الكسوة، العلاج والسكن وكل ما يعتبر ضروريا وفقا للعرف والعادة، والتي يتوجب على الأب توفيرها، وتعرف مسألة تقدير النفقة صعوبة لدى الفقه والقضاء، كما أن إلزام الأب بالإنفاق على الأولاد يخضع للشروط التي سبق عرضها، كذلك فإن هذه النفقة ليست مؤبدة وإنما توجد حالات إذا ما طرأت فإن النفقة تتعرض للسقوط، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب فندرس تقدير النفقة (الفرع الأول)، ثم سقوطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقدير النفقة

فيما يخص تقدير النفقة فقد إتفق الفقهاء على أن يكون حسب الكفاية، وفي حدود طاقة الأب يسرا وعسرا، طبقا لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا﴾².

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج5، دار المعرفة، ط1، بيروت، لبنان، 1989، ص 224

² سورة الطلاق، الآية 7.

وفيما يلي سنتطرق الى تقدير النفقة في الفقه الاسلامي وكذلك في قوانين الأسرة

المغربية:

أولاً: في الفقه الإسلامي

تُقدّر نفقة الأولاد على حسب الكفاية من الخبز، الشراب، الكسوة والسكنى والرضاع، وسبب ذلك أنها لا توجب إلا للحاجة فتكون في حدود طاقة الأب يسراً وعسراً و ذلك حسب تقدير القاضي لحالة الأب والولد¹، فذهب الحنابلة والمالكية إلى القول أنها تقدر حسب حالة الزوجين إما يسراً و إما عسراً، غير أن الحنفية والشافعية ذهبوا للقول على أنها تقدر بحسب حال الزوج يسراً وعسراً².

حيث يوجب لهم كل ما يدفع عنهم الهلاك وما يحتاجونه، لقول الرسول عليه الصلاة والسلام لهند بنت عتبة: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، حيث قدر نفقة ولدها بالكفاية.

ثانياً: في قوانين الأسرة المغربية

ساير المشرعون المغربية الفقه الإسلامي في مسألة تقدير النفقة، فنص قانون الأسرة الجزائري في المادة 79 على: "يراعي القاضي عند تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وتنص المادة 189 فقرة 02 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "... يراعى في تقدير كل ذلك التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة"، وتنص المادة 192 من م.أ.م على

¹ رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 614 .

² أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، معرفة السنن وأثاره، المجلد 11، دار الوفاء، 1991، مصر، ص 279 .

أته: "لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي سنة إلا في ظروف استثنائية".

وينص الفصل 52 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "تقدر النفقة بقدر وسع المنفق وحال المنفق عليه وحال الوقت والأسعار".

ومن خلال هذه النصوص يتبين أن المشرعين المغاربة منحوا للقاضي سلطة واسعة في مجال تقدير مبلغ النفقة، ولم يقيدوه أو يلزموه إلا بمراعاة حال كلا الطرفين أي حال طالب النفقة وحال المُطالب بالنفقة مع مراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار، فإذا كانوا ميسورين وجبت لمستحقيها نفقة اليسار، وإذا كانوا معسرين وجبت نفقة الإعسار وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا وجبت نفقة الوسط بين اليسار والإعسار¹.

ورغم أن الخصوم تعودوا على أن يطلب المدعي منهم مبالغ ضخمة وأحيانا خيالية لا يقبلها العقل ولا المنطق، فإن مهمة القاضي في تقدير النفقة وفق ميزان عادل تكون مهمة صعبة وشاقة ولكن تكون سهلة نوعا ما، إذا ما تمّ تحكيم الضمير والاعتماد على العنصرين المهمين المتمثلين في حال الطرفين وظروف المعاش².

ونرى أن المشرعين المغربي والجزائري قد أحسنا فعلا عندما نصّا على أن النفقة تحتاج إلى المراجعة ذلك أن الأسس التي يعتمدها القاضي عند تقديره للنفقة غير ثابتة بل هي متغيرة بتغير مستوى المعيشة وظروف المجتمع ومتطلبات الحياة، شريطة أن يكون قد إنقضى عام كامل على تاريخ الحكم بالنفقة³، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/04/23 والذي مفاده أنه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة إلا بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء

¹ زكريا البري، الأحكام الأساسية - الأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون -، منشأة المعارف، مصر، 1985، ص 139

² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هوم، الجزائر، ط3، 1996، ص 227.

³ المادة 79 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 192 من مدونة الأسرة المغربية.

المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون ليس في محله، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة رفعت دعوى في سنة 1993 تطلب فيها تعديل حكم 1988/09/27 ومراجعة مبالغ النفقة التي أصبحت لا تكفي حاجيات أولادها بما فيها مصاريف المعيشة وأجرة السكن، فإن القضاة بقضائهم بتعديل النفقة طبقوا صحيح القانون".

وتُستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها، بناء على البيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى¹، ويحكم بالنفقة من تاريخ التوقف عن الأداء. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي لم يتناول هذه المسألة، وقد انفرد بها المشرع الجزائري بإجازته منح النفقة لمدة سنة قبل رفع الدعوى إذا كانت الزوجة والأولاد في حالة إهمال ثابت، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/02/08... عند إثبات إهمال الزوج لزوجته وأولاده يجوز الحكم بنفقة الإهمال بسنة قبل رفع الدعوى².

وقد اعتبر المشرع الجزائري النفقة من الأمور المستعجلة التي يتدخل فيها قاضي الاستعجال لرفع النفقة للزوجة وأولادها، وهذا ما أكدته في المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي تنص: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

¹ المادة 80 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 349343 المؤرخ في 2006/02/08 (غير منشور).

وفي هذا الصدد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ في مادته 323 على خضوع النفقة إلى النفاذ المعجل.

لم يترك التشريع الجزائري أمر نفقة الطفل اختيارية، إذ أنه بالإضافة إلى تأكيد إلزام الوالدين بذلك، فقد ألزم بمعاقبة الأب في حالة عدم دفعه نفقة الطفل عند قدرته على ذلك، ففي مسألة الامتناع عن دفع النفقة نصّت المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري² على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاثة (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة اليهم"، ونصت المادة 202 من م.أ.م. على: "كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة"، وينص الفصل 53 مكرر من م.أ.ش.ت³ على: "كل من يحكم عليه بالنفقة أو بجرية الطلاق ففضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من مائة دينار (100دج) إلى ألف دينار (1000دج)، والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب"، ومن خلال النصوص السابقة الذكر يمكن الخروج بالملاحظات التالية:

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21 الصادر بتاريخ 23/04/2008، ص 25.

² أمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، عدد 49 صادرة في 21 صفر عام 1386 الموافق 11 يونيو سنة 1966، معدّل ومتمّم.

³ المادة 33 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية السالف الذكر.

1. أن المشرع الجزائري لم ينص على الإمتناع عن دفع النفقة في قانون الأسرة بل في قانون العقوبات على خلاف المشرعين التونسي والمغربي اللذين نصا على ذلك في المجلة والمدونة.

2. جعل المشرع الجزائري مدة التوقف عن الدفع شهرين متتاليين في حين جعلها المشرعان المغربي والتونسي شهرا واحدا.

3. بالرغم مما جاء به المشرعون من أجل حماية الطرف الضعيف، إلا أنه من الناحية العملية فإنّ هذه النفقة غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل وتربيته وتعليمه.

الفرع الثاني: سقوط النفقة.

إن الالتزام بالإنفاق على القاصر لا يكون بصفة دائمة، إنما تسقط لعدة أسباب منها ما هو متعلق بالقاصر كموته، أو يسره، أو بلوغ الذكر سن الرشد وزواج الأنثى، ومنها ما هو متعلق بالمنفق كوفاته أو إعساره، فوفاة الملتزم بها يؤدي إلى سقوطها عليه وانتقالها إلى من يليه، حيث تعتبر الوفاة من الأسباب التي تؤدي إلى سقوط نفقة الصغير بصورة تامة، وهو أمر طبيعي، لأن النفقة إنما تجب لسد حاجة الصغير، وهذه الحاجة تنتهي بموته، وعليه فلا يكون لورثة الصغير المطالبة بنفقته بعد موته، لكن مع ذلك هناك استثناء يتمثل في الحالة التي يصدر فيها حكم قضائي بفرض النفقة على المسؤول عنها، إذ تصبح النفقة في مثل هذه الحالة ديناً بمجرد صدور هذا الحكم، ومن ثمّ يكون لورثة الصغير الرجوع بالنفقة المفروضة قبل موته على من فرضت عليه هذه النفقة. وإذا كانت حاضنة الصغير سواء كانت الأم أو غيرها قد قبضت نفقة الصغير لمدة مستقبلية فمات هذا الأخير، كان لمن التزم بدفع النفقة أن يرجع على القابض بما دفعه¹.

¹ حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2013، ص

وتسقط نفقة القاصر عن الشخص الذي وجبت عليه ببلوغ القاصر سن الرشد، بحيث يستطيع فيه الكسب من عمله والإنفاق على نفسه.

وهناك من يعتبر أن الأنتى أيضا تسقط عنها النفقة إذا كان لها كسب، كالإمام ابن عابدين، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1998/04/21، والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه تسقط النفقة على الولد أو البنت عند الاستغناء عنها بالكسب"¹.

لكن هناك استثناء يتمثل في الحالة التي يصدر فيها حكم قضائي قبل وفاة الملتزم بالاستدانة لدفع النفقة للصغير، فإن النفقة في مثل هذه الحالة تصبح دينا ثابتا، ويستطيع صاحب الحق فيها أن يطالب بدفعها من تركته بعد وفاته²، لأن دين النفقة يعتبر من الديون الممتازة، التي تقسم وتعطى لأصحابها قبل استيفاء الورثة حقوقهم، وهذا ما تنص عليه المادة 993 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " يكون للديون التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار:

- النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة³.

وذهب المالكية للقول أن نفقة الذكر تسقط إذا بلغ سليما صحيحا وكذا إذا استغنى عنها بالكسب وتسقط نفقة الغلام عند الشافعية باحتلامه في حين جعل الحنفية والحنابلة، سقوط نفقة الذكور بقدرتهم على الكسب غير أنهم لم يحددوا السن التي يتم الاعتماد عليها ليكونوا قادرين على الكسب.

¹ قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/21، ملف رقم 189258، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، ص 200.

² حميد سلطان علي الخالدي، نفس المرجع، ص 325.

³ أمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78 صادر في 24 رمضان 1395، الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

أما بالنسبة لنفقة الأنثى فتسقط عند الشافعية بالمحيض، وعند الحنفية بكسبها أو بزواجها، وأما إذا طلقت فتعود نفقتها على أبيها، ويلتزم الأب بالإنفاق عليها أيضا إذا كانت زوجيتها قائمة وسقط وجوب نفقتها على زوجها بنشوزها مثلا¹.

وذهب المالكية للقول أنّ نفقتها تسقط على والدها بزواجها "أي البناء"، أما إذا طلقت وعادت إلى أبيها بالغة صحيحة البدن فهو غير ملزم بالنفقة عليها.

وتسقط نفقة الذكر في التشريع الجزائري ببلوغه سن الرشد وهو 19 سنة أو بقدرته على الكسب وفقا لنص المادة 75 من ق.أ.ج التي تنص على: "فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد....وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"، أما نفقة الأنثى فتسقط بزواجها أو بقدرتها على الكسب وهذا ما جاء به ق.أ.ج في نص المادة 75: "...والإناث إلى الدخول"².

وجاء المشرع المغربي بما جاء به المشرع الجزائري في جعل سبب سقوط نفقة الأنثى على أبيها بقدرتها على الكسب أو بزواجها فتنقل بعدها إلى زوجها، حيث نصت المادة 198 من م.أ.م " وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بزواجها أو بوجوب نفقتها على أبيها".

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل 46 من مجلة الأحوال الشخصية على أن الإنفاق على الأبناء يستمر حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم، على ألا يتجاوز 25 سنة من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها.

¹ بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة باب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1981، ص 120.

² بن علو مامة، نفقة الأولاد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019، ص 44.

وتجدر الإشارة إلى أن النفقة قد تتعرض للضياع و السقوط كما انه يمكن الإبراء منها و هذا ما سنتناوله في الآتي:

أولاً: ضياع النفقة

المقصود بذلك أن يكون الملزم بالنفقة قد أداها، غير أنها فقدت وضاعت لأي سبب من الأسباب، وفي هذه الحالة لا بد أن نفرق بين أمرين:

– الأمر الأول: إذا كانت هذه النفقة عبارة عن أجر من الأجور، التي تؤدي مقابل القيام بعمل للصغير كأجر الرضاع والحضانة، ففي هذه الحالة تسقط النفقة، ولا يمكن الرجوع بها على الملزم بالنفقة والمطالبة بأدائها، مادام أن صاحب الأجر قادر على القيام بالعمل، ومن جهة أخرى فإن سقوطها لن يؤثر في حماية القاصر.

– الأمر الثاني: فهو إذا ما كانت هذه النفقة خاصة بالقاصر لفقره ولحاجته إليها، ففي هذه الحالة لا تسقط النفقة، إذا ضاعت أو سرقت أو هلكت بل يجب على الملزم بها أن يقوم بأداء نفقة بديلة عن الأولى، وليس للملزم بالنفقة أن يدفع بسابقة أداء النفقة¹، وهذا في الحقيقة يحقق حماية كاملة للقاصر.

ثانياً: الإبراء من نفقة القاصر:

يرى الفقه بأن للأب أو الزوجة أن تبرئ الأب من نفقة القاصر نظير طلاقها، بمعنى أن يكون هذا الإبراء عوضاً عن الطلاق، لكن الفقه وضع شرطين لكي يكون الإبراء صحيحاً:

أ. أن يكون الإبراء نظير الطلاق:

بمعنى أن يكون هناك إيجاب من طرف الزوجة بالإبراء، وقبول من طرف الزوج بالطلاق².

¹ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 96.

² المرجع نفسه، ص 103.

ب. أن يكون الإبراء من النفقة محددًا بوقت:

أي أنه عند الإبراء يتم تحديد المدة التي تستطيع الأم أن تتحمل فيها النفقة، والسبب في ذلك هو أن النفقة قد يحتاجها القاصر لمدة طويلة، وإطلاق الإبراء بدون ذكر المدة فيه ضرر للقاصر خاصة في حال إعسار الأم.

ومن ثم فإذا كان هناك تجهيل للمدة، فالأم رغم قبولها بذلك يكون لها الحق في المطالبة بنفقة أولادها عند إعسارها، ويرى المالكية بأن الطلاق في هذه الحالة يقع لكن التزام الأم يُبطل.

أما الاجتهاد القضائي في الجزائر، فقد حسم الأمر في قرار للمحكمة العليا¹ بتاريخ 2004/01/21 والتي عللت قرارها كالاتي: "يتبين من ملف الدعوى أن الأولاد لم يكن لهم مال لما كان ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، ومن ثم فإن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد ولما كان القرار أقام قضاءه بإلغاء الحكم المستأنف فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبب وعليه فإن هذين الوجهين يكونان على أساس ويتعين معه نقض القرار دون إحالة...²".

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2004/01/21، ملف رقم 311458، م.م.ع، 2004، ع 2، ص 381.

² غربي سورية، المرجع السابق، ص 68.

المبحث الثاني

حماية حق القاصر في التملك

يعتبر حق التملك من الحقوق العامة لكل فرد وهو مبدأ دستوري¹ يندرج ضمن الحريات العامة، بحيث أنّ لكل شخص حق التملك، سواء كان هذا الشخص رجلاً أو امرأة، بالغاً أو قاصراً فهو يُجيز لصاحبه في أن يملك الأموال بقوة القانون ويعتبر الدستور ضامناً له فالقاصر لا يملك المال بالعمل فحسب بل كذلك عن طريق الميراث أو الوصية أو عن طريق الهبة.

المطلب الأول

حماية حق القاصر في الميراث

يعتبر الميراث من أهم المصادر التي يكتسب القاصر من خلالها الأموال، ويُعرّف الميراث على أنّه اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا أو عقارا، أو حقا من الحقوق الشرعية²، فهو علم يُعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة، ونصيب كل وارث، وكيفية تصفية التركة وتسليمها لمستحقيها. والمقصود بالتركة أو الميراث، انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك أموالاً أو حقوقاً مالية أو غير مالية، قابلة للانتقال عن طريق الميراث، ويقصد كذلك بالميراث انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة، فكأنّ الوارث انتقل إليه مال الميت³.

¹ دستور الجزائر لسنة 1963، المؤرخ في 10/09/1963، الجريدة الرسمية رقم 64، لسنة 1963 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 بتاريخ 07/12/1996، الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 08/12/1996.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002، ص 10.

³ عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 163

واتفق الفقهاء على أنّ الأبناء يرثون آباءهم، لأنّهم أقوى عصبية وثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع حيث أنّ احكام الميراث مأخوذة كلها من القرآن والسنة والاجماع، ويكون الأطفال أحق في الحصول على المال الموروث من الكبار، وذلك بسبب ضعف بنيتهم وإدراكهم وعجزهم عن الكسب وحدهم، وبذلك يكون الإسلام قد حرص على نشأة الطفل معززا مكرما ومزودا بحقوق مالية تقيه من الحاجة والفاقة ومد اليد إلى الناس¹.

وتطبق القوانين المغاربية للأحوال الشخصية نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة في مسألة الميراث وتوزيع التركة².

وبالرجوع إلى قوانين الأسرة المغاربية نجدها لم تقدم تعريفا للميراث أو الإرث باستثناء المشرع المغربي وذلك من خلال المادة 323 من المدونة بنصّها: "الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة".

أمّا بخصوص فقه القضاء فقد عرّفته المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 14/04/1982 بقولها: "من المقرر قانونا أنّ الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملّكها أثناء حياته"³

وأما أهم الشروط الواجب توافرها لاستحقاق الإرث فهي:

1. موت المورث حقيقة أو حكما .

2. تحقق حياة الوارث عند وفاة المورث.

3. العلم بجهة الإرث.

¹ حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، 2005، ص69

² مسعود بن موسى فلوسي، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار، قسنطينة، العدد 09، 2004، ص 452

³ قرار المحكمة العليا، غرفة الحوال الشخصية والموارث في 14/04/1982، المجلة القضائية، العدد 04، 1989، ص 5

4. عدم وجود مانع من موانع الإرث.

هذا عن الميراث بصفة عامة وأمّا ما يهمنا في موضوعنا هذا فهما مسألتان اثنتان، الأولى تتعلق بحق القاصر والجنين في الميراث عند وجود الأصل (الفرع الأول) والثانية تتعلق بحق القاصر في الميراث عن طريق التنزيل (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: حق القاصر والجنين في الميراث عند وجود الأصل

يعتبر هذا الحق من مزايا الإسلام لأنّ الميراث في الجاهلية كان يقوم على ثلاثة أسباب هي القرابة والولاء أو المحالفة والتبني، وأقواها القرابة، إلا أنّ هذه الأخيرة لا تكفي بل يجب أن تتوفر فيها شروط وهي الذكورة والبلوغ والقدرة على القتال للدفاع عن القبيلة وبهذا كان القاصر لا يرث¹. وبعد الإسلام أصبح الميراث فرضاً لازماً وحقاً للجميع سواء كان الوارث صغيراً أو كبيراً، وليس للمورث أن يورث من يشاء ويحرم من يشاء، أو يُقسّم ما يملكه على أبنائه الذكور ويحرم الإناث.

ولم يفرق الفقه والقوانين المغاربية للأسرة بين الصغير والكبير في حق كل منهما في الإرث، فالشخص بمجرد أن يولد حياً يصبح مستحقاً لحقه في الميراث كاملاً.

أولاً: حق القاصر في الميراث

لم يخرج المشرع الجزائري والمغربي عمّا جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة الميراث، حيث لم تفرق بين الصغير والكبير في حق كل منهما في الإرث، وأولت الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة للفئة المستضعفة من الأطفال فيما يخص استحقاقهم لنصيبهم من الميراث، فجعلت للذكر ضعف الأنثى غالباً، وهذا لملاءمة وظيفة كل منهما في الحياة²،

¹ محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية أصول الدين، الأردن، 2010، ص 221.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 18.

قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾¹.

ومفاد هذه الآية أنّ الذكر تتعدد مسؤولياته المالية اتجاه نفسه واتجاه أسرته وأقاربه، بخلاف المرأة التي أعفاها الإسلام من جميع هذه المسؤوليات، وجعل أمر كفالتها إلى الرجل في جميع مراحل حياتها².

كما أنّ نصيب الأولاد يفوق نصيب الأبوين، بالرغم من أنّهما في درجة واحدة من القرابة ذلك أنّ حاجة الأولاد أكبر، فكان العطاء لهم أكثر، كما أنّهم ذرية ضعيفة تستقبل الحياة، أمّا الأبوان فهما في الغالب يملكون من المال فضلا، كما أنّ ما يرثانه يؤول لأولادهما³. ونصيب الولد يحفظ من قبل أبويه، أو من قبل وليه أو وصيه إلى غاية بلوغه سن الرشد، والطفل قد يرث بالفرض كما قد يرث بالتعصيب، وتفصيل مسائل الميراث موضحة في القانون الجزائري ابتداء من المادة 126 إلى غاية المادة 183 من قانون الأسرة الجزائري، أمّا في مدونة الأسرة المغربية فأحكام الميراث نصّت عليها المواد من 321 إلى 368، وفي مجلة الأحوال الشخصية التونسية نصت عليها الفصول من 85 إلى 152. ومن أجل التفصيل في حق القاصر في الميراث فإنّه يجب التفرقة بين حالتين وهما ميراث الولد الشرعي وميراث الولد غير الشرعي.

ثانيا: ميراث الولد الشرعي

إنّ ميراث الولد الشرعي مقدر في القانون وفي الشريعة الإسلامية مع بقاء التفرقة بين الذكر والأنثى فالابن هو الفرع عصبه لأبيه الأصل، والعصبه هو الوارث الذي يستحق التركة كلّها عند انفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء للعاصب. والابن هو كل ذكر من الأقارب ليس بينه

¹ سورة النساء، الآية 11

² سلامي دليّة، المرجع السابق، ص 88.

³ محمود محمد حمودة - محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000، ص 227 .

وبين المتوفي أنثى، أي الابن وابنه والأب وأبوه والأخ وابنه إلا من الأم، والعم وابنه وأقرب هؤلاء الابن ثم ابنه وإن نزل¹.

أما البنت الصلبية فهي كل أنثى يكون للمتوفي عليها ولادة مباشرة، ويختلف ميراث البنت الواحدة عن البننتين، قال تعالى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ أُمَّتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثًا مِمَّا تَرَكَتُ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾².

وفي ميراث البنت نميز ثلاث حالات:

- الحالة الأولى: تراث النصف فرضا إذا كانت منفردة ولم يكن معها ابن أو أبناء للميت.
- الحالة الثانية: إذا كانتا بنتين أو أكثر تراثا الثلثين فرضا إذا لم يكن معهن ابن أو أبناء للميت.
- الحالة الثالثة: تراث الواحدة أو أكثر بالتعصيب إذا كان معهن ابن أو أبناء المتوفي، تطبيقا لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثالثا: ميراث الولد غير الشرعي

سواء كان ولد زنا أو ولد لعان فهما يشتركان في مسألة عدم ثبوت النسب من جهة الأب، وهذا ما يؤثر على حقيهما في الميراث وإن كان نسبهما ثابتا من جهة الأم. فولد الزنا ناتج عن علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة فلا يثبت نسبه من الرجل الذي تكون من مائه حتى ولو أقرّ بأنه ولده من الزنا³. وبذلك فهو لا يرث من جهة الأب لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "أيما رجل عاهر بحرة أو أمة، فالولد ولد الزنا لا يرث ولا يورث"، لكنّه يرث من جهة الأم لثبوت نسبه منها. أمّا ولد اللعان فهو ولد من فراش

¹ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 318

² سورة النساء الآية 11.

³ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 403.

الزوجية وحلف الزوج على نفي حمل الزوجة منه ونسب الولد إليه، واللّعان هي طريقة متفق عليها في جميع المذاهب لنفي النسب.

وعليه فإنه يتضح بأنّ ابن اللعان يكون له نفس حكم ابن الزنا في عدم ثبوت نسبه من أبيه وبالتالي يمنع ابن اللعان من الميراث من جهة أبيه، وهو ما نصّت عليه المادة 138 من ق.أ.ج: "يمنع من الإرث اللعان والردة"، وفي مدونة الأسرة المغربية نصّت المادة 332 على أنه: "لا توارث بين مسلم وغير مسلم ولا بين من نفى الشرع نسبه" ويشمل هذا النفي اللعان والزنا، وجاء في نص الفصل 152 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية "يرث ولد الزنا من الأم وقرباتها وترثه الأم وقرباتها"، ويفهم منه أنّ ولد الزنا يرث فقط من جهة الأم.

وتكمن حماية حق القاصر في الميراث في الشريعة الإسلامية والتشريعات المغاربية، في إعطاء نصيب القاصر من ميراث الشخص المتوفي مساويا لنصيب الكبير، بحيث لم تفرق بين الشخص البالغ والقاصر بل جعلت الأنصبة واحدة متى استحقّها الوريث ومتى توافرت حالات وأسباب الإرث، فالقاصر يبقى نصيبه محفوظا من قبل وليّه أو وصيه أو القيم عليه إلى أن يبلغ سن الرشد¹. وأمّا في النقطة الموالية فسننترق إلى ميراث الجنين الذي له الحق في ميراث الشخص المتوفي.

رابعاً: حق الحمل في الميراث

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون حول ميراث الحمل، وفي ذلك حفظ لحقه في التركة ولكن لا بد من أن تتوفر في الجنين شروط، و هو ما نصّت عليه على التوالي كل من المادة 128 والمادة 134 من قانون الأسرة الجزائري، فالمادة 128 نصّت على: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت

¹ خيرة العرابي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران 2012-2013، ص 85.

سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث"، وجاء في نص المادة 134 من نفس القانون ما يلي: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، فعدم استهلال المولود يُعد من موانع الإرث وهذا ما أقره المشرع المغربي بدوره من خلال مقتضيات المادة 131 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على ما يلي: "لا يستحق الإرث إلا إذا ثبت حياة المولود بصراخ أو رضاع ونحوهما"، ونصّ الفصل 150 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: "إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرث حملها إلا إذا ولد حيا لمدة لا تتجاوز العام"، ومن خلال ما سبق نستشف الشروط التالية :

1. ثبوت وجود الحمل في بطن أمه عند وفاة المورث:

وهذا يعني أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه أو خارجه كأطفال الأنابيب وقت وفاة المورث بل أكثر من ذلك حتى النطفة في الرحم تجعل الجنين موجودا ، وهذا ما جاء في المبسوط للسرخسي حيث قال : "إنّ النطفة من جملة الورثة ما لم تفسد فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآل¹ " وهو ما نصّت عليه المادة 128 من ق.أ.ج حيث جاء فيها: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث"، ويمكن معرفة ذلك بولادته حيا أثناء مدة الحمل المحددة بنص المادتين 42 و43 من قانون الأسرة أي بين 6 أشهر و10 أشهر وفي مدة أقصاها اثني عشر شهرا بالنسبة للقانونين التونسي والمغربي².

2. ولادته حيا:

ويقصد بذلك أن ينفصل الجنين عن بطن أمه وهو حي حتى يثبت له الحق في التملك، وتُعرف حياة الجنين بظهور إمارة من إمارات الحياة كالصراخ أو العطس أو

¹ شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 51.

² أنظر الفصل 69 من المجلة والمادة 135 من المدونة.

الرضاع أو نحوهما¹. ويرى المالكية أنه يجب أن يوقف توزيع التركة حتى تضع الأم حملها، وذلك لأن مدة الحمل معلومة، فيمكن انتظاره فيها دون التصرف في التركة وقسمتها، غير أن جمهور الفقهاء يرى أنه يمكن تقسيم التركة دون انتظار الولادة وذلك لتفادي الإضرار بالورثة، كما أن منع الانسان من الانتفاع بملكه غير جائز².

وتنص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة للحياة"، وتنص المادة 331 من م.أ.م: "لا يستحق الإرث، إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراخ أو رضاع ونحوهما"، وجاء في الفصل 150 من م.أ.ش.ت أنه: "إذا توفي الرجل عن زوجته أو عن معتدته فلا يرث حملها إلا إذا ولد حيا لمدة لا تتجاوز العام..."، ويتضح من هذه النصوص أنها كلها اتفقت على أنه كي يثبت للحمل الحق في الميراث يجب أن ينفصل عن بطن أمه حيا، وتعرف حياته باستهلاله حيا، أو بظهور علامة من علامات الحياة كالبكاء أو التثاؤب أو العطس أو تحريك أحد الأعضاء، وللقاضي أن يستشير أهل الاختصاص من الأطباء والقابلات في حالة عدم معرفة حياته أو الاختلاف فيها³، وبمفهوم المخالفة إذا ولد الحمل ميتا فلا يستحق الميراث.

إضافة إلى ما سبق ذكره فإنّ المشرعين الجزائري والمغربي أضافا حالة أخرى يُمنع فيها الطفل من الميراث وهي عدم اتحاد الدين بين الطفل وقريبه الهالك، ويتضح ذلك من خلال المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "يمنع من الإرث اللعان والردة." وكذلك المادة 332 من م.أ.م التي جاء فيها: "لا توارث بين مسلم وغير مسلم،

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع السابق، ص 228.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 412.

³ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، المرجع نفسه، ص 191.

ولا بين من نفى الشرع نسبه"، وقد استند المشرعان إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم"¹.

واختلف جمهور الفقهاء في مقدار ما يوقف للحمل وذهب أبو حنيفة وبعض الشافعية إلى أنه يوقف للحمل نصيب أربعة بنين أو أربع بنات لأنه يُتصور ولادة أربعة في بطن واحدة²، أمّا بعض الشافعية ومحمد بن الحسن والحنابلة فيرون بأنه يوقف للحمل ميراث اثنين لأنّ هذا هو الغالب، وما زاد عن اثنين نادر، فيوقف الأكثر من إرث ذكرين أو ابنتين، أما أبو يوسف صاحب أبو حنيفة فيرى بأنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد، وحتى لا يتصرف الورثة بما أخذوه من تركة يمكن أن يحتاط له بأخذ كفيل من الورثة يضمن الوفاء³.

واتفق المشرعان الجزائري والتونسي في مقدار ما يوقف للحمل ونلاحظ تطابق نص المادة 173 من ق.أ.ج ونص الفصل 147 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء فيهما أنه: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة"، كما أنه جاء في الفصل 148 من المجلة: "إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فمن لا يتغير فرضه يعط حظه ومن يتغير فرضه من الأكثر إلى الأقل يعط الأقل ومن يسقط في إحدى حالتي الحمل لا يعط شيئاً." وحالات الحمل هي:

– يرث الحمل على أحد الاعتبارين دون الآخر ويعني أن يرث الحمل على أساس كونه ذكراً أو على أساس أنه أنثى، وفي كلتا الحالتين يترك للحمل نصيبه على أساس أنه

¹ ياسر أحمد عمر المدهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2012، ص 243.

² شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 52.

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 414.

وارث وهو أحسن التقديرين بالنسبة له، فإذا ما اتضح أمره فيما بعد يأخذ ما ترك له إذا وافق حاله حالة تقديره، أمّا إذا خالف يرد ما حفظ إلى الورثة¹.

– يرث الحمل على أحد التقديرين معا دون تغيير نصيبه.

ويكون ذلك في حال ما إذا كان أحد الإخوة لأم، فتقسم التركة على الورثة تقسيما واحدا ويحجز للحمل ما يستحقه، ومثاله إذا توفي شخص عن أخت شقيقة وأخت لأب، وأم حامل من غير أبيه².

– لا يكون مع الحمل وارث آخر أو يكون معه من يحجب به ففي هذه الحالة لا تقسم التركة إلى تمام الولادة، فإذا ولد الحمل حيا أخذ التركة كلها، ومثال ذلك لو توفي شخص وترك أخت لأم، وأخ لأم، وزوجة ابن حامل، فإذا كان الحمل ذكرا أخذ التركة كلها وحجب الأخ والأخت لأم لأنه ابن الابن، أما إذا كان الحمل أنثى ورثت النصف (2/1) فرضا والباقي ردا وحجب الأخ والأخت لأم لأنها فرع وارث³. هذا بالنسبة للميراث بالطريقة العادية، حيث أنّ هناك طريقة أخرى قد يرث بها القاصر في حالة انعدام الأصل المباشر له وهو ما يسمى بالتنزيل.

الفرع الثاني: حق القاصر في الميراث عن طريق التنزيل

من القواعد المقررة في الميراث عند جمهور الفقهاء أنّه إذا مات الولد قبل أبيه أو أمّه، فإنّ أولاده يُحرمون من ميراث نصيب أبيهم أو أمّهم طبقا لقواعد الحجب، فيجتمع عليهم ألم اليتيم وألم الحرمان من الميراث، وقد عالجت الشريعة الإسلامية هذه المسألة،

¹ محمد محدة، التركات والموارث، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، مصر، القاهرة، 2004، ص 271.

² أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 2000، ص 296.

³ سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للنشر والطباعة والتوزيع، تيزي وزو، 2007، ص 146.

حيث جاء في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾¹.

وفي قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾².

وعالجت التشريعات المغاربية مشكل الحفدة فسامها المشرع الجزائري التنزيل، وسماها المشرعان المغربي والتونسي الوصية الواجبة، وتعد من أهم حقوق الأولاد الحفدة والقصر لابن المتوفي الذي سبقهم في الموت، والمقصود بالوصية الواجبة أو التنزيل هو جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم المتوفي في تركة الجد أو الجدة³ لكن وفق شروط معينة، ونصت المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية".

أولاً: أحكام التنزيل

استندت أحكام التنزيل في أكثر تفاصيلها إلى جزئيات وردت في مذاهب متفرقة قام واضعو القانون بالاجتهاد فيها، ويعتبر ابن حزم الظاهري الأندلسي من أهم الفقهاء الذين نادوا بالتنزيل، وأما أدلتهم في ذلك فهي من الكتاب والسنة.

• من القرآن الكريم:

دليلهم في قول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁴. فهذه الآية تُذكر الجميع بالوصية ووجوبها على الأقارب الذين لا يرثون لأي سبب. لأن الذين يرثون خرجوا من

¹ سورة البقرة الآية 180.

² سورة النساء الآية 08.

³ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 184 .

⁴ سورة البقرة، الآية 180.

النص كما يقول ابن حزم الظاهري، بحيث إذا لم يوصي صاحب التركة للأقربين غير الوارثين وجبت في ماله، ولولي الأمر أن يتدخل في ذلك.

إلا أن بعض الفقهاء وهم الحنفية قالوا أن هذه الآية نسخت بآيات الموارث، وقال البعض الآخر بأنها نسخت جزئياً بالنسبة لمن لا يرث من الوالدين والأقربين، وهذا ما ذهب إليه كل من البغوي في كتابه تفسير البغوي معالم التنزيل وكذلك هود بن محم الهواري.

بالإضافة إلى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾¹. فالذين حضروا القسمة هم أقرباء، لأنهم أحفاد للجد المتوفي وفي نفس الوقت يتامى لموت أصلهم، لأنه في الغالب ما يكون الأحفاد قُصراً عند موت الأصل في حياة الجد وبالتالي تنطبق عليهم صفة اليتيم، ومن ثم إذا لم يورثوا من أبيهم أو أمهم ولم يوصي لهم الجد فالغالب هم مساكين، وعليه يحتاجون للتنزيل من أجل الميراث.

• من السنة النبوية الشريفة :

فعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين، إلا و وصيته مكتوبة عنده،" قال ابن عمر "ما مرّت علي ليلة منذ سمعت رسول الله قال ذلك إلا وعندي وصيتي"، كما قال ثابت عن أنس قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي طلحة بخصوص الوصية: "اجعلها لفقراء أقاربك"².

¹ سورة النساء، الآية 8.

² تفسير البغوي معالم التنزيل، ج1، دار طيبة، السعودية، 1409هـ، ص 192.

ثانياً: شروط التنزيل

يشترط لاستحقاق التنزيل توفر الأمور الآتية¹:

1. ألا يكون فرع الولد مستحقاً في التركة بطريق الإرث، لأن التنزيل تعويض عما يفوت الفرع من الميراث بسبب حجه عنه، فلو كان وارثاً ولو قليلاً لا يجب له التنزيل وهذا ما نصت عليه المادة 171 من ق.أ.ج: "لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جداً كان أوجدة"، واشترط نفس الشرط المشرع المغربي في المادة 370 فقرة 1 من م.أ.م والمشرع التونسي في الفصل 191 فقرة 1 من م.أ.ش.ت .
2. ألا يكون الأصل جداً أو جده قد أوصى للفرع مقدار ما يستحقه بالتنزيل، وهذا ما نصت عليه دائماً المادة 171 من ق.أ.ج: "لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جداً كان أو جده أو كان قد أوصى لهم"، ونصت على هذا الشرط المادة 371 من م.أ.م وكذلك الفصل 191 من م.أ.ش.ت.
3. ألا يكون الأصل جداً كان أو جده قد أعطى حال حياته للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنزيل عن طريق تصرف آخر غير الوصية كالهبة مثلاً وهذا ما يستفاد دائماً من نص المادة السالف ذكرها، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية.
4. ألا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن نصيب مورثهم من تركة الأصل جداً أو جده وهذا ما نصت عليه المادة 1/172: "ألا يكون الأحماد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه".

¹ غربي صورية، المرجع السابق، ص 81.

5. ألا يكون بالفرع مانع من موانع الميراث سواء تلك المذكورة في قوانين الأسرة المغربية أو تلك المنصوص عليها في الفقه الإسلامي¹.

وحيث جاء في نص المادة 169 من قانون الأسرة ما يلي: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية".

وعليه، كيف ينزلون منزلة أصلهم رغم وجود الورثة؟ لأنه بوجود الورثة لا ميراث لذوي الأرحام إذا قلنا أنهم سيرثون بموجب التنزيل فهذا يعني أنهم سيرثون في كل الحالات عند وجود أصحاب الفروض والعصبة وعند انعدامهم، ومن ثم يجب الاعتراف بأن هذا الأمر أكثر من حماية للقاصر بحيث يسمح لهم القانون بالميراث في كل الحالات.

أما التشريع المغربي فقد حدد لفظ الأحفاد بصورة صريحة ومحددة حيث ورث أولاد الابن والبنت معا في نص المادة 372 من مدونة الأسرة المغربية: " تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت ولأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدا كان أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط ".

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك اختلاف بين المذاهب فيما يتعلق بتوريث ذوي الأرحام، فالمالكية والشافعية يرفضون توريث ذوي الأرحام حتى عند انعدام الفروض والعصبات ويعطون التركة لبيت مال المسلمين، لكن أبو حنيفة وأحمد بن حنبل يورثون ذوي الأرحام عند عدم وجود الورثة بالفرض أو التعصيب²، وأخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي الأخير في المادة 168 من ق.أ.ج: " يرث ذوي الأرحام عند الاستحقاق على

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 186.

² شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 226.

الترتيب الآتي: أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن... " وعليه فمن الثابت ان التنزيل يكرس حماية القانون لحق القاصر في الميراث، وسنتناول بالدراسة حقوقاً أخرى في المطلب الثاني كما يلي :

المطلب الثاني

حماية حق القاصر في اكتساب المال بالوصية والهبة

إن الوصية والهبة من التصرفات التي تعمل على تقوية العلاقات الإنسانية كما أنها تزيد من أواصر المحبة والمودة بين البشر، وقد رغب الشرع الإسلامي فيهما حيث جاء في القرآن الكريم قول الله تعالى: ﴿إِنْ تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ¹ .

كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "تهادوا تحابوا"، وتكون الوصية وكذلك الهبة للكبير وللصغير، ولكن في هذه الدراسة سنحاول اسقاط احكامهما على القاصر. وعليه سنتناول في هذا المطلب حماية حق القاصر في الوصية (الفرع الأول)، وحماية حق القاصر في الهبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية حق القاصر في الوصية

تعد الوصية من أهم التصرفات المالية والقانونية المضافة إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع ونظراً لأهميتها نجد أن الشارع الحكيم قد نظم أحكامها من خلال وضع شروط من أجل صحتها وبيان مستحقيها وكذلك المقدار المستحق، لذا سنعرّف الوصية أولاً ثم سنتناول حماية الوصية للحمل وبعدها حماية الوصية للقاصر الموجود.

¹ سورة البقرة، الآية 271.

أولاً: تعريف الوصية.

1. الوصية في الفقه الإسلامي:

عرّفها الحنفية بأنّها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة"، وعرّفها المالكية¹ بأنّها: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"، وعرّفها الشافعية بأنّها: "التبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت"، وعرّفها الحنابلة بأنّها: " التبرع بالمال بعد الموت"².

وقد استدلت الفقهاء على مشروعية الوصية من الكتاب والسنة والاجماع:

• من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾³.

• من السنة:

قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنَّ الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"⁴.

• من الإجماع:

أجمع الفقهاء على صحة الوصية في حدود الثلث للكبير والصغير.

2. الوصية في قوانين الأسرة المغاربية:

أما عن الوصية في التشريعات المغاربية، فقد نصّ المشرع الجزائري عليها في القانون المدني في القسم الثاني من الفصل الثاني المتعلق بطرق إكتساب الملكية، حيث اعتبر الوصية سببا من أسباب اكتساب الملكية، وجاء النص على الوصية في المواد من

¹ مالك بن أنس، الموطأ، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1977، ص 476.

² عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 279.

³ سورة البقرة، الآية 180.

⁴ ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج1، دار إحياء الكتب العربية، حديث رقم 2709، د.س.ن، ص 904.

775 إلى 777 من نفس القانون، ونصّت المادة 775 على أنه: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"، ويقصد المشرع بهذا النص أنّ تطبيق أحكام الوصية يكون في قانون الأحوال الشخصية، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أنّ المشرع نصّ على الوصية في المواد من 184 إلى 201 من الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات.

وعرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بالقول: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، وعرّفها المشرع التونسي في الفصل 171 من م.أ.ش.ت كما يلي: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"، وعرّفها المشرع المغربي في المادة 277 من م.أ.م. بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته".

والمقصود بكلمة تملك هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار، وكذا الوصية بالمنافع من سكنى دار، أو زراعة أرض، وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو بغيره، والمراد من جملة "مضاف إلى ما بعد الموت" أنّ أثر التصرف لا يترتب إلاّ بعد الموت، أمّا المقصود بكلمة "تبرع" هو أنّ الوصية تتم بدون عوض¹.

إن القوانين المغاربية عندما أقرت بالوصية للقاصر وضعت شروطا سواء بالنسبة للموصي أو للموصى له.

فيشترط المشرع الجزائري في الموصي حتى تصح وصيته، أن يكون كامل الأهلية وسليم العقل، حيث نصت المادة 186 من قانون الأسرة على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل"، أمّا المشرع التونسي فقد أجاز أن تكون الوصية من المحجور عليه لفسه أو ضعف عقل، ومن البالغ ثمانية

¹ العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 05، 1990، ص ص 391-392.

عشر عاما إذا أمضاها الحاكم، وهذا من خلال الفصل 178 من مجلة الأحوال الشخصية، ونصّت المادة 279 من م.أ.م على الشروط الواجب توافرها في الموصي بقولها: "يشترط في الموصي أن يكون راشدا".

ويكون تصرف الموصي في ماله في حدود الثلث (3/1) وما زاد عن ذلك توقف على إجازة الورثة، ويجوز له أن يوصي لفائدة أي شخص يريده ما لم يكن وارثا، فالأصل أن لا وصية لوارث، أمّا الاستثناء الوارد على الأصل فهو الجواز بشرط إقرار الورثة لها بعد وفاة الموصي¹، وقد حذا المشرعان المغربي والتونسي حذو المشرع الجزائري في هذه المسألة وهذا ما نستشفه من خلال الفصل 179 من م.أ.ش.ت الذي ينص على أنه: "لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي"، وتنص المادة 280 من م.أ.م على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها بقية الورثة"، كما نصّت المادة 300 من نفس المدونة على أنه: "إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة من غير تعيين، فللموصي له جزء من عدد رؤوسهم، وليس له ما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة الراشدين"، وبذلك تكون التشريعات المغربية كلّها قد اتفقت على مقدار الوصية وهو الثلث وكذا عدم جواز الوصية لوارث إلا بعد إجازة الورثة .

وتجوز الوصية مع اختلاف الدين وهذا حسب المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، وينص الفصل 174 من م.أ.ش.ت على أنه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين بين الموصي والموصى له"، أمّا م.أ.م فلم تنص على ذلك و بالرجوع إلى نص المادة 400 من المدونة التي تحيل إلى الفقه المالكي في حال عدم وجود نص في المدونة، نجد أنّ المالكية قالوا بجواز وصحة الوصية مع اختلاف الدين على عكس الميراث واستدلوا بقوله تعالى:

¹ تنص المادة 185 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث على إجازة الورثة".

﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقْتُلُوا فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوا مِّن دِينِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾¹.

ثانيا: حماية الوصية للحمل

اتفق الفقهاء على جواز الوصية للحمل، ما دام صالحا لأن يكون وارثا، لكن وضعوا شروطا لصحة هذه الوصية وهي:

1. أن يكون الحمل موجودا وقت الوصية :

وفي هذا الشرط اختلف الفقهاء². وانقسموا في ذلك إلى قسمين:

اشترط جمهور الفقهاء أن يكون الحمل موجودا حال الوصية لأنها تمليك فلا تصح لمعدوم. ويتحقق ذلك بأن تلد الحامل لأقل من مدة الحمل من وقت الوصية إن كان زوجها حيا، أما إذا كان زوجها ميتا أو كانت معتدة من طلاق أو وفاة فلا تصح له الوصية إلا إذا أتت به لأقصى مدة الحمل.

وذهب الحنفية إلى اشتراط أن يكون الحمل موجودا من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية، لأنه وقت نفوذ الوصية واعتبارها من حق الموصى له، وبالتالي يعتبر وجوده في ذلك الوقت.

أما المالكية فلم يشترطوا وجوده عند الوصية فأجازوا الوصية للحمل الذي سيوجد، فيؤخر الموصى به إذا كان حملا للوضع إن كان موجودا، وإن كان غير موجود انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة، ثم ترد بعده إلى ورثة الموصي، واستدل المالكية على ذلك بأنهم "صححوا ذلك تيسيرا على الناس في وصاياهم لأنها في تشريعها مبنية على التساهل وهي تخالف بقية أسباب التمليك في كثير من الأحكام".

¹ سورة الممتحنة، الآية 08.

² شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 86.

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في قبول الوصية عن الحمل بإجازة قبول الولي أو الوصي أو رفضهما.

فالحنفية يرون بأن الوصية للحمل تتم مباشرة بعد وفاة الموصي ولا تحتاج إلى قبول، واستدلوا بأنه لا يكون للحمل ولي إلا بعد الوضع، كما أن الوصية شبيهة بالميراث من حيث الخلافة، فالوارث يخلف المورث وتثبت له الملكية دون قبول، فكذاك الوصية، بينما يرى الجمهور بأن الوصية للحمل تتوقف على القبول من الولي أو الوصي.

أما المشرع الجزائري فيمكن القول أنه أخذ برأي الجمهور، لأنّ المشرع اشترط القبول في الوصية طبقاً للمادة 197 ق.أ السابقة الذكر، والقبول للجنين يكون بواسطة وليه أو وصيه¹.

وجاءت المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري بشروط صحة الوصية حيث تنص على أنه: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً"، وينص الفصل 184 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يكون موجوداً في تاريخ الإيضاء وأن يوضع حياً في المدة المعينة بالفصل 35. وتحفظ غلة الموصى به من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل"، وتتص المادة 282 من المدونة: "تصح الوصية لمن كان موجوداً وقتها أو منتظر الوجود"، ومن خلال النصوص السابقة فإنّ شروط صحة الوصية للحمل هي :

- ضرورة إثبات وجود الحمل الموصى له في بطن أمه وقت إنشاء الوصية، بأن يولد في أقل مدة حمل وهي ستة أشهر، وفي بعض الأحيان تكون المدة المعتبرة هي أقصى مدة حمل وهي عشرة أشهر بالنسبة للقانون الجزائري وذلك حسب المادة 42 من

¹ غربي صورية، المرجع السابق، ص 103

قانون الأسرة واثنيتي عشر شهرا بالنسبة للقانونيين التونسي والمغربي وهذا حسب الفصل 69 من م.أ.ش.ت والمادة 135 من م.أ.م.

2. أن يولد الجنين حيا:

فإن ولد ميتا بطلت الوصية لأن أهلية الوجوب لا تتحقق إلا بالوجود الكامل بانفصاله كليا حيا، وذلك ما نصت عليه المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 184 من م.أ.ش.ت، في حين أنّ المشرع المغربي خالفهما بأن نص في المادة 307 من م.أ.م على أنه: "إذا مات الموصى له بعد أن انفصل حيا، استحق وصيته، وعدّ ما استحقه من جملة تركته، ويحيا بالذكر بعد الانحصار"، وإذا ولد توأم استحقوا الوصية بالتساوي ولو اختلف الجنس وذلك حسب المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري، وأمّا القانونيين المغربي والتونسي فلم يتطرقا لهذه المسألة.

ثالثا: حماية الوصية للقاصر الموجود

لقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يخص وصية القاصر المميز، باعتبارها تندرج ضمن التصرفات الضارة إلى قسمين¹:

- **القسم الأول:** وهو يشمل كل من المذهب الحنبلي²، والمالكي³، ويرون بأن الوصية الصادرة من المميز صحيحة ما دام أن المميز ناضج عقليا، وقد استندوا على قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما سئل "إن ها هنا غلاما يافعا لم يحتلم من غسان وورثته بالشام وهو ذو مال، وليس له ها هنا إلا ابنة عم له، قال عمر: فليوصي لها، قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم، قال عمرو بن سليم، فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقى"

¹ غربي صورية، المرجع السابق، ص 97.

² عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 286.

³ مالك بن أنس، المرجع السابق، ص 476 .

- **القسم الثاني:** وهو يشمل ما جاء به كل من الحنفية والشافعية، فالإمام أبو حنيفة يرى بأن الوصية الصادرة من القاصر المميز باطلة إلا في حالة واحدة وهي الوصية بتجهيزه ودفنه¹ ودليلهم في ذلك أن الوصية تعتبر من التبرع والقاصر المميز ليس له أهلية التبرع، كما أن الوصية شرعت لكي يتدارك الإنسان ما فاتته من أداء واجب أو القيام بمعروف، والقاصر المميز لا زال في بداية عمره حتى يتدارك ما فاتته، أما الشافعية فلم يجيزوا الوصية على أساس أنها تبرع والتبرع لا يكون إلا من الشخص البالغ العاقل الحر.

إذا كانت الوصية لطفل قاصر لم يبلغ بعد سن التمييز أي أنه فاقد الأهلية فتعتبر حينئذ جميع تصرفاته باطلة، ويكون قبول الوصية في هذه الحالة على وليه أو وصيه طبقاً للمادة 82 من قانون الأسرة، لأن قبول الوصية تصرف نافع للموصى له نفعا محضاً، ويتم قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي حسب المادة 197 من نفس القانون .

أما إذا تم الإيصال للطفل وقد بلغ سن التمييز، فإنه يقبل الوصية بنفسه قبل وفاة الموصي وذلك دون إذن وليه أو وصيه، لأن قبول الوصية يزيد من الذمة المالية، أما إذا توفي الموصى له قبل وفاة الموصي فتبطل الوصية طبقاً للمادة 201 من قانون الأسرة الجزائري، وفي حالة ما إذا تمت الوصية لطفلين يكون الموصى به مشتركا بينهما، حسب المادة 194 من نفس القانون، فإذا حدد جزء كل واحد منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها وقبل وفاة الموصي استحق الحي منهما ما حدد له فقط، لكن إذا لم يتم تحديد ما يستحقه كل منهما فإن الحي منهما يستحق كل الوصية.

¹ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 279.

أما في مدونة الأسرة المغربية فقد نصت المادة 284 منها على أنه: "تتعقد الوصية بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي"، وتنص المادة 288 من نفس المدونة على أن: "الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول..."، ويفهم من هاتين المادتين أن الموصى له يوصي ما يشاء سواء للكبير أو الصغير دون الحصول على قبوله، وبالتالي نصل إلى نتيجة مفادها جواز وصحة الوصية للطفل سواء كان مميزا أو غير مميز.

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد نصت في فصلها 194 على أن: "الرد يجب أن يكون بعد وفاة الموصي في أجل أقصاه شهران من تاريخ إعلام الموصى له بالوصية، وسكوت الموصى له مع سابق إعلامه بالوصية إلى انقضاء الأجل المذكور يعتبر قبولا، فإن مات خلالها يقوم ورثته مقامه من يوم إعلامهم بالوصية"

وبما أن الوصية تعتبر من عقود التبرعات وأن المجلة لم تتطرق إلى كيفية قبول القاصر لها فإنه بالرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسية نجدها تنص في الفصل 05 الفقرة الأولى على أن "الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من لهم النظر عليهم:

أولاً: الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاثة عشر سنة كاملة..."، والمقصود هنا هو القاصر غير المميز فلا يمكنه قبول الوصية حسب المادة 194 من مجلة الأحوال الشخصية إلا بواسطة من له النظر عليه كالولي أو الوصي أو المقدم، أما القاصر المميز فهو من تجاوز ثلاثة عشر سنة وله أن يقبل الوصية بلا مشاركة الأب أو الولي، وهذا ما نص عليه الفصل 09 من مجلة العقود والالتزامات الذي ينص: "لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما 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 ذمتها دون أن يترتب عليهما بشيء من جراء ذلك".

وتتحقق حماية المشرع المغربي للقاصر سواء كان حملاً أو مولوداً في اعترافه له بالوصية حتى وهو حمل.

الفرع الثاني: حماية حق القاصر في الهبة

تعتبر الهبة من عقود التبرعات التي يكون فيها التملك من غير عوض، حيث أن المتبرع لا يطلب مقابلاً عما تبرع به، وهذا ما استقر عليه الفقه والقانون، غير أن الهبة للقاصر تخضع إلى مجموعة من الأحكام.

أولاً: تعريف الهبة:

لم يختلف فقهاء الشريعة في تعريفهم للهبة اختلافاً كبيراً حيث عرّفها الحنفية بأنها تملك بلا عوض في الحال¹، والمالكية: بأنها تملك بلا عوض في الحال وتسمى هدية، أما الشافعية فقد عرّفوها: بأنها تملك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وتسمى هدية، كذلك عرّفها الشافعية بأنها التملك بلا عوض.

أما عن تعريف الهبة في التشريعات المغربية، فنجد أنّ المشرع الجزائري عرّفها في المادة 202 من قانون الأسرة كما يلي: "الهبة تملك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"، وإذا قمنا بتحليل الشرط الأول من هذه المادة فيمكننا أن نلاحظ بأن الهبة تملك أي أنها تنقل ملكية المال، فيخرج من ذمة الواهب ليدخل في ذمة الموهوب له، وفي هذا المعنى فإنّ كل المذاهب متفقة على اعتبار الهبة تملكاً بلا عوض أي بدون مقابل، وهي القاعدة العامة في الهبة، ثم يعود المشرع الجزائري في الشرط الثاني بقوله: "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"، ونكون هنا

¹ كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية-شرح بداية المهدي، ج7، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2003، ص 113.

أمام الهبة الموقوفة على شرط وهي استثناء على القاعدة العامة¹ ، وحول اعتبار الهبة عقدا فإنّ المشرع لم يعرفها مباشرة بأنّها عقد ولكن بالرجوع إلى المادة 206 يفهم منها على اعتبارها كذلك، وهذا بنصها: "تعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحياة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".

وعرّف المشرع التونسي الهبة في الفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية كما يلي: "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة عوض"، أمّا المشرع المغربي فعرفها من خلال المادة 273 من مدونة الحقوق العينية بنصها: "الهبة تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض"، وتنص المادة 274 من نفس المدونة على أنّه "تعقد الهبة بالإيجاب والقبول ويجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي...".

ويتضح مما سبق أنّ المشرع التونسي عرّف الهبة مباشرة بأنّها عقد على خلاف المشرعين الجزائري والمغربي، ونلاحظ أيضا أن المشرع المغربي لم يتناول الهبة في مدونة الأسرة وإنّما في مدونة الحقوق العينية، ذلك أنّه جعلها تنصب على العقار فقط، كما هو واضح من المادة، بينما جعلها المشرعان التونسي والجزائري تنصب على العقارات والمنقولات.

ثانيا: حق القاصر في الهبة

ولما كانت الهبة عقدا من العقود التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول إلى جانب توافر ركن الحياة، مع إفراغ هذا التراضي في الشكل الرسمي أمام الموثق، يقوم هذا الأخير قبل تحريره للعقد بالتحقق من أهلية الواهب، إذ يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع

¹ محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، 1987، ص 549.

مادام أنه يقوم بعمل ضار به ضررا محضا، وهذا حسب نص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري¹، وتجدر الإشارة بخصوص الواهب، أنه إذا كان شخصا قاصرا عديم التمييز أو ناقصه، أي صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها أو صغيرا أو سفيها أو ذا غفلة، فإنّ النائب الشرعي، لا يملك الحق في أن يهب مال من هو تحت ولايته، وإلاّ كان في ذلك إخلال بنظام الولاية على المال الذي يهدف إلى حفظ مال القاصر أو المحجور عليه، واستثماره بالطرق الشرعية².

أما الموهوب له فلم تضع قوانين الأسرة المغاربية شروطا خاصة يجب أن تتوفر فيه، وهذا لأنّ الهبة له تعتبر من التصرفات النافعة له نفعا محضا.

حيث تنص المادة 210 من قانون الأسرة على أنه "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا"، فالهبة كما تصح للراشد تصح للطفل القاصر، لكن لهذا الأخير حكم خاص، ذلك أنّ القاصر قد يكون غير مميز وقد يكون مميزا، فبالنسبة للموهوب له غير المميز فيجب أن يتوفر فيه التمييز ليكون أهلا لقبول الهبة، لذلك يقبلها عنه وليه أو وصيه أو المقدم، وإذا كانت الهبة تتم بالحيازة فإنه يحوزها نيابة عنه، ودون إذن القاضي بذلك، أمّا إذا كان الواهب ولي الموهوب له فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة طبقا للمادة 208 من قانون الأسرة، وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22/02/1982 والذي جاء فيه "من المقرر شرعا أن الهبة تتعقد بمجرد القبول والقبض، على أنّ الحيازة من شروط الكمال، إلاّ أنه يحوز الأب لابنه

¹ تنص المادة 203 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه"، وتنص المادة 275 من مدونة الحقوق العينية المغربية: "يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية مالكا للعقار وقت الهبة"

² محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري -مقارنة بأحكام الشريعة السلمية والقانون المقارن-، الديوان الوطني للشغال التربوية، ط1، 2003، ص ص 109-110.

الصغير الذي وفي ولاية نظره وللكبير السفية...¹ وأما إذا كان الموهوب له مميزا فيجوز له قبول الهبة وحيازتها دون إذن من الولي أو غيره، لأنها من التصرفات النافعة له نفعا محضا، وإذا اقترنت الهبة بشروط فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف صحتها في هذه الحالة حسب نص المادة 83 من قانون الأسرة على إجازة الولي أو الوصي أو إذن القاضي².

ولم تتطرق مجلة الأحوال الشخصية في تونس، إلى حق القاصر في الهبة، لكن بالرجوع إلى مجلة الالتزامات والعقود التونسية نجدها تنص في الفقرة الأولى من الفصل 5 على أن: "الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم: أولا الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاثة عشرة سنة كاملة..."، والمقصود هنا هو القاصر غير المميز، وبما أن الهبة عقد، فلا يمكنه قبول الهبة إلا بواسطة من له النظر عليه كالولي أو الوصي أو المقدم، أما القاصر المميز فهو الذي تجاوز ثلاثة عشر سنة في القانون التونسي وله أن يقبل الهبة بلا مشاركة الأب أو الولي، وهذا ما نص عليه الفصل 09 من مجلة الالتزامات والعقود حيث جاء فيه: "لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما 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".

وتنص المادة 276 من مدونة الحقوق العينية المغربية على أنه: "إذا كان الموهوب له فاقد الأهلية فيقبل الهبة عنه نائبه الشرعي فإن لم يكن للموهوب له نائب شرعي عين له القاضي من ينوب عنه في القبول، أما إذا كان الموهوب له ناقص الأهلية فقبوله الهبة يقع صحيحا ولو مع وجود النائب الشرعي"، ومما سبق نصل إلى

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 22/02/1982، نشرة القضاة، 1982، ص 273.

² حمد حسنين، المرجع السابق، ص ص 533-534.

نتيجة مفادها أنّ التشريعات المغاربية منحت للطفل القاصر الحق في الهبة، ذلك أنّها من التصرفات النافعة له نفعا محضا.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الهبة لم تحدد بقدر معين لا في الفقه ولا في القانون، فيجوز أن ترد على مال الواهب كله، إلا إذا كانت في موقف الموت فلا تتعدّد إلا بعد موت الواهب، وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 204 ق.أ.ج: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، وذلك حماية لحق الورثة من الهبات المستترة التي غالبا ما تشكل اعتداء على حق الورثة¹.

ثالثا: حق الحمل في الهبة

بالنسبة للجنين، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية² بين معارض لمنح الهبة للجنين وهم جمهور الفقهاء وبين مؤيد لها وهم فقهاء المذهب المالكي.

ف نجد أنّ هناك قولين :

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة وهم يقولون ببطلان الهبة للحمل على اعتبار أنّ تملكه لها معلق على خروجه حيا، والهبة لا تقبل التعليق فهم يشترطون أن يكون الموهوب له مولودا حقيقة وقت العقد³. ويرى جمهور الفقهاء بأنّ الهبة للحمل المستكن باطلة لأنّ الهبة إيجاب وقبول والجنين لا يقدر على القبول، وليس له ولي يقبل عنه وهذا بخلاف الوصية التي تتم بإرادة منفردة، كما يرون أنّ الهبة هي عقد تملك ولا تتم إلا بالقبض في الحال، والجنين ليس أهلا للتملك، ويستحيل عليه القبض لعدم وجوده حقيقة⁴.

¹ محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 124.

² شفيق حادي، حكم الهبة للجنين، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2013،

ع 4، ص 99، موقع إلكتروني متوفر على: www.majalah.new.ma

³ يوسف نواصة، المرجع السابق، ص 102

⁴ غربي صورية، المرجع السابق، ص 107.

القول الثاني: وهو للمالكية حيث أجازوا الهبة للجنين¹ قياسا على صحة الحبس عليه بجامع كونهما تبرعا، ويجيز الإمام مالك الهبة للجنين، فللواهب أن يهب ماله لحمل ويوقف المال الموهوب، فإن ولد الجنين حيا وعاش كان المال للموهوب له، وإن مات بعد ولادته حيا كان لورثته، وإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب.

أمّا المشرع الجزائري فأخذ بالمذهب المالكي المؤيد للهبة لصالح الجنين في نص المادة 209 من ق.أ.ج التي نصّت على: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"، ويكون بذلك قد حقّق الحماية للحمل في الهبة عندما لم يشترط فيه إلا أن يولد حيا أخذا بالمذهب المالكي، ويمكن القول أن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق المالية في القانون إنما تنحصر في نطاق الحقوق التي تنفعه نفعاً محضاً دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وما لا يتطلبه، ذلك أنّ في الحقوق التي تتطلب القبول كالهبة فإنّ هذا القبول يملكه الولي أو الوصي أو المقدم نيابة عن الجنين.

غير أنّ م.أ.ش.ت لم تشر إلى هذه الحالة علماً أنّ القضاء التونسي قد قضى صراحةً بأنّه: "للمحكمة حق الاجتهاد في تطبيق أحد المذهبين المالكي أو الحنفي في المواضيع التي ترجع لتطبيق الفقه الإسلامي"، وبناء على ذلك يمكن القول أنّ التشريع التونسي أخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي في جواز الهبة للجنين شريطة أن يولد حيا حيث أنّ أغلبية الأحكام المقررة للهبة قد استتبعتها المجلة من الفقه المالكي²، أمّا القانون المغربي فنجد أنّ م.أ.م لم تتطرق لهذه المسألة ولكن بالرجوع إلى نص المادة 400 منها والتي تحيل إلى الفقه المالكي في حال عدم وجود نص، فيمكن القول أنّ التشريع المغربي يجيز هو الآخر الهبة للجنين.

¹ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 7، دار علم الكتب، بيروت لبنان، 2002، ص 226.

² ميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2009، ص 292.

ثالثاً: حماية القاصر في الرجوع عن الهبة

الأصل أنّ الهبة عقد ملزم بمجرد القول على المشهور فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب¹، غير أنّ هناك استثناءات أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية، وأخذت بها التشريعات المغاربية تجيز الرجوع في الهبة لبعض الأشخاص في حالات معينة ووفق شروط معينة، وقد ركّزنا على رأي المذهبين المالكي والحنفي للأسباب التي سنوردها لاحقاً، وشُبهت الهبة بالصدقة، حيث جاء في كتاب الدسوقي أنّه إن شرط الأب أو الأم الرجوع في صدقتها على ولدهما فإنّه يعمل بالشرط وأمّا لو تصدق شخص على أجنبي أو وهبه وشرط أنّه يرجع في هبته أو صدقته إن شاء، فإنّه لا يعمل بشرطه²، ويرى المالكية المنع من الرجوع في الهبة كأصل في الهبة، وعدم الاعتصار فيها، باعتبار أنّ الملك في الهبة يثبت بمجرد العقد ويصبح لازماً بالقبض واستدل المالكية في ذلك بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾³، وباعتبار الهبة عقداً من العقود، فيجب الوفاء بها سواء تم القبض أو لم يتم، وأنّه لا فرق بين الهبة وبين غيرها من العقود اللازمة والتي تتم بدون قبض.

ووضع المذهب المالكي استثناء للقاعدة، وهي أنّ للوالدين فقط حق الاعتصار وهو الرجوع فيما وهباه لابنهما، ما لم يترتب عليه حق للغير، كأن يتزوج مثلاً أو يستحدث ديناً، وحق الاعتصار في الهبة عند المالكية جائز فقط فيما يهبه الوالد لولده

¹ حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004، ص 80.

² شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، د.ط، د.س.ن، ص 111 .

³ سورة المائدة، الآية 01.

ذكرنا كان أو أنثى، صغيرا أو كبيرا، فقيرا أو غنيا، سفيها أو راشدا، ولا يحق للأصول الرجوع في الهبة، فالجد لا يجوز له الرجوع فيما وهبه لحفيده¹.

ووضع المالكية شروطا خمسة لرجوع الوالدين في الهبة لولدهما وهي:

- ألا يتزوج الولد بعد الهبة.
 - ألا يحدث دينا لأجل.
 - ألا يتغير الموهوب عن حاله.
 - ألا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثا.
 - ألا يمرض الواهب أو الموهوب له².
- أما عند الحنفية فيجوز للواهب الرجوع في هبته إذا كانت لأجنبي، ولم تكن لذي الرحم المحرم من الواهب، ولم يوجد مانع يمنع الرجوع فيها، لكن يكره إذا كان جائزا³، وقد جعل الأحناف شروطا للرجوع في الهبة وهي:

- أن يُخلّ الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون الإخلال جحودا كبيرا من جانبه كإهانته هو أو أهله أو الإساءة له هو أو أقاربه، أو التعدي على حياته هو أو أهله، وكل هذه التصرفات من الموهوب له هي نكران للجميل.

- أن يصبح الواهب غير قادر على توفير قوته كأن يفلس ويصبح فقيرا.
- أن يرزق الواهب بذرية بعد أن يئس من ذلك.

¹ يوسف نواصة، المرجع السابق، ص 152.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 27.

³ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 331.

وبالرجوع إلى التشريعات المغاربية نجد أنّ المشرعين الجزائري والمغربي أخذوا بالمذهب المالكي حيث تنص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري: "للأبوين حق الرجوع في الهبة، لولدهما مهما كانت سنّه إلّا في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته"، وقد قصد المشرع بالأبوين الأم والأب.

وأما المشرع المغربي فنصّ في المادة 283 من مدونة الحقوق العينية المغربية على أنه: "يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، يجوز في الحالتين التاليتين:

أولاً: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا.
ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته".
 وأضافت المادة 285 من المدونة موانع الرجوع في الهبة حيث جاء في نصها مايلي: "لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

1. إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر مادامت رابطة الزوجية قائمة.
2. إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار.
3. إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار.
4. إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها.
5. إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر التفويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي.
6. إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتمادًا على الهبة.

7. إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته.

8. إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئياً جاز الاعتصار في الباقي".

وما يلاحظ من خلال النصوص السالفة الذكر هو أنّ المشرع الجزائري أخذ بثلاثة موانع للرجوع في الهبة وذكرها على سبيل المثال لا الحصر، والقاضي يمكن أن تصادفه حالات أخرى لا يجدها في نص المادة 211 السالفة الذكر وعليه فيرجع إلى آراء المذاهب الفقهية الأخرى بحسب ما تقتضيه المادة 222 من ق.أ.ج.

في حين أنّ المشرع المغربي نصّ على نفس الموانع التي ذكرها المشرع الجزائري وأضاف خمسة موانع أخرى، نجد المشرع التونسي أخذ في مسألة الرجوع في الهبة بالمذهب الحنفي، وذلك في الفصل 210 من م.أ.ش.ت الذي ينص على: "يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانوناً طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الآتية مالم يوجد مانع من الموانع الواردة في الفصل 212:

1. إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً منه.

2. إذا أصبح الواهب عاجزاً من أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو إذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة.

3. أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً إلى وقت الرجوع.

أما موانع الرجوع في الهبة فقد نص عليها الفصل 212 من م.أ.ش.ت كالتالي: "لا يجوز طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

1. إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته.

2. إذا فوت الموهوب له في الشيء الموهوب أما إذا اقتصر التفويت على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.
3. إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي."

ويتبين من هذين النصين أنه لا وجود لمسألة رجوع الأبوين في الهبة للأولاد في التشريع التونسي، حيث أنه وكما سبقت الإشارة إليه فإن المشرع أخذ بالمذهب الحنفي الذي لا يقر الرجوع في الهبة لذي الرحم المحرم من الواهب وإنما أجاز الرجوع في الهبة إذا كانت لأجنبي¹، وهذا ما يستفاد من نصوص الفصلين 210 و 212 من م.أ.ش.ت.

وعن كيفية الرجوع في الهبة، نجد أن المشرعين المغربي والتونسي نصا على ذلك صراحة في نصوص مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ومدونة الحقوق العينية المغربية أما المشرع الجزائري فلم ينص على كيفية الرجوع هل تكون عن تراضي أي أمام الموثق أو تقاضي أي عن طريق الحكم القضائي وترك المسألة للاجتهاد القضائي الذي فصل فيها، ونجد في مجلة الأحوال الشخصية ما يستشف أن الرجوع في الهبة يكون بدعوى قضائية أي يصدر فيها حكم قضائي، وذلك بالرجوع إلى نص الفصل 211 من المجلة، أما المدونة المغربية للحقوق العينية ومن خلال نص المادة 286 منها فيستفاد أن الرجوع يمكن أن يكون عن تراضي ويمكن أن يكون عن تقاضي².

¹ يوسف نواصة، المرجع السابق، ص 144.

² تنص المادة 286 من قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 11.178.1 الصادر في 22 ذي الحجة 1432هـ الموافق لـ 22 نوفمبر 2011 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011 على: "لا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب".

إنّ حق القاصر في اكتسابه للأموال سواء كان عن طريق النفقة، أو عن طريق التملك (الميراث، الوصية والهبة) هي أنظمة قانونية وضعية سبقت الشريعة الإسلامية في إقرارها وتنظيمها، وقد تولت التشريعات المغاربية النص على هذه الحقوق للقاصر منظمة إياها في جملة من الأحكام والتي لم تكن محصورة في قوانين الأسرة فحسب وإنما تناولتها أيضا ضمن قوانين أخرى.

إنّ تمتع القاصر بهذه المصادر المتعددة للأموال سواء الناتجة عن النفقة أو حق التملك تحتاج كلها إلى القيام بها وإدارتها وتنميتها وهو ما لا يستطيع القاصر القيام به نظرا لصغر سنه وعجزه وافتقاده للأهلية المطلوبة ولهذا أقرت القوانين المغاربية تشريعات مختلفة لتسيير هذه الأموال والمحافظة عليها وتنميتها.

الفصل الثاني:

حماية أموال القاصر من خلال

الأحكام المتعلقة بإدارتها واستثمارها

تتعلق حماية المصالح المالية للقاصر بضرورة حسن إدارتها وكذلك استثمارها لأجل حفظها من النقص أو الفناء، ولا يكون أمر استثمار أموال القاصر على إطلاقه، إنما هناك أحكام وضوابط وجب على النائب الشرعي احترامها والتقيّد بها، وعليه فإن تصرفات النائب الشرعي تخضع لأحكام معينة سواء في الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية، وعليه ارتأينا في هذا الفصل تسليط الضوء على بعض الأعمال التي تقع على أموال القاصر وتبيّن التصرفات التي تخضع لضرورة الحصول على إذن مسبق من القاضي.

وتتقسم تصرفات النائب الشرعي في أموال القاصر إلى نوعين: أعمال الإدارة وأعمال التصرف، ولم يوضح القانون معيار التفرقة بينهما، إلا أنه بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال المصري، نجد أنّ معيار التفرقة بين ما يعتبر من أعمال الإدارة وما يعتبر من أعمال التصرف، هو المساس برأس المال، أي أصل المال الذي آل إلى القاصر، فكل تصرف ينطوي على إخراج جزء من رأس المال أو ترتيب حق عيني عليه يعتبر من أعمال التصرف¹.

وعليه ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: الأول لدراسة وتبيين تصرفات النائب الشرعي في أموال القاصر الواردة في نطاق أعمال الإدارة والأحكام المتعلقة بها، والثاني لدراسة وتبيين تصرفات النائب الشرعي الواردة في نطاق أعمال التصرف والأحكام المتعلقة بها وستشمل الدراسة أحكام هذه التصرفات، في الفقه الإسلامي وكذلك في القوانين الوضعية المغاربية كالتالي:

¹ محمد السعيد رشدي شاهين، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1983، ص ص 5-6.

المبحث الأول

الأحكام المتعلقة بتصرفات النائب الشرعي الواردة في نطاق أعمال

الإدارة.

المقصود بأعمال الإدارة جميع التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي والتي لا تقتضي تغييراً أساسياً في الذمة المالية للقاصر حيث أنّ الغرض منها هو حسن إدارة أموال القاصر بهدف المحافظة عليها وتنميتها حيث يكون المقصود منها هو إثراء الذمة المالية للقاصر عن طريق استخلاص المنافع الاقتصادية وسنتناول في هذا المبحث أهم أعمال الإدارة التي يضطلع النائب الشرعي بالقيام بها من أجل حماية المصالح المالية للقاصر، مع تبين أحكامها في الفقه الإسلامي وكذلك في القوانين الوضعية المغاربية، حيث ركزنا دراستنا في البداية على استثمار النائب الشرعي لأموال القاصر في التجارة (المطلب الأول) ثم تناولنا الاقتراض للقاصر وكذا اقتراض النائب الشرعي من أموال القاصر لنفسه وبعدها إقراض النائب الشرعي مال القاصر للغير (المطلب الثاني)، ونظرنا كذلك في الأحكام المتعلقة بالمساهمة بأموال القاصر في شركة المساهمة (المطلب الثالث) لنتناول بعدها أحكام إيجار عقار القاصر (المطلب الرابع)، كما سيأتي بيان ذلك في الآتي :

المطلب الأول

استثمار مال القاصر بالتجارة

تعتبر التجارة من أهم الوسائل لاستثمار أموال القاصر بغرض تحقيق الكسب والربح وذلك عن طريق البيع والشراء، وقد عرفها الجرجاني بأنها "عبارة عن شراء شيء لبيع بالربح"¹.

¹ الجرجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، ط 2، بيروت، لبنان، 2003، ص 56.

وعرّفها ابن خلدون بأنها "محاولة الكسب بتنمية المال بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء، أياً ما كانت السلعة، من دقيق أو زرع أو حيوان، أو قماش، وذلك القدر النامي يسمى ربحاً"¹.

ونظراً لما لهذه الوسيلة من أهمية وما تحمله كذلك من مخاطرة ارتأينا أن نتناول حكم الإتجار بمال القاصر في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) وكذلك في القوانين الوضعية المغاربية (الفرع الثاني) كما سيأتي بيانه في الآتي :

الفرع الأول : حكم الإتجار بمال القاصر في الفقه الإسلامي

إختلف الفقهاء حول حكم الإتجار بأموال القاصر وانقسموا في ذلك إلى قولين:
الرأي الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة، وقالوا إن اتجار الولي أو الوصي أو المقدم بأموال القاصر أمر مستحب وهو ليس بمكروه ولا بواجب. وقال فقهاء المالكية والحنفية بجواز اتجار الوصي في مال الصغير وليس عليه ضمان إذا ما ضاع مال الصغير في التجارة².

واستدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة من القرآن والسنة كما الآتي:

أولاً: من القرآن الكريم.

قول الله تعالى: ﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الَّذِينَ يَمْسِكُونَ مَالًا صَالِحًا لَهُمْ خَيْرٌ﴾³، وفسّر الجصاص الآية على أنها تحتوي على ضروب من الأحكام، أحدها قوله: "قل إصلاح لهم خير" وفيه دلالة واضحة على جواز التصرف في مال الصغير بالبيع والشراء إذا كان ذلك صلاحاً له⁴.

¹ ابن خلدون، المقدمة تاريخ العلامة ابن خلدون، المجلد الأول، دار الكتاب اللبناني، ط 3، بيروت، لبنان، ص 375.

² عبد الرحمان الهيياوي، الحماية القانونية لأموال القاصر، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2021، ص 248.

³ سورة البقرة، الآية 220.

⁴ الجصاص، أحكام القرآن، ج 1، دار إحياء الكتب العربية، مؤسسة للتاريخ العربي، 1992، ص 401.

ثانياً: من السنة النبوية الشريفة.

ما رُوي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة"¹.

فالإتجار بمال اليتيم أحظ له لتكون نفقته من ربحه ما يغنيه عن الصدقة وهو في مصلحة الصغير.

كما يجوز الإبضاع في مال الصغير، فقد رُوي عن عائشة أم المؤمنين أنها أبضعت أموال بني محمد بن أبي بكر رضي الله عنهم في البحر، والإبضاع للصغير هو أن يدفع ولي أو وصي أو مقدم القاصر ماله لأحد ما بغرض الإتجار له، ويشترط في هذه التجارة أن يكون الربح كله لرب المال الصغير².

ثالثاً: من الأثر.

قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة"³. ورُوي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أنها أعطت مال اليتيم لمن يتجر به في البحر³.

واشترط جمهور الفقهاء في جواز اتجار الولي بمال القاصر أربعة شروط وهي أن يكون محل الإتجار مشروعاً وأن يكون الإتجار على وجه مصلحة، وأن يتجرد الإتجار من الغبن الفاحش وألا يُدفع مال القاصر إلاّ لأمين وألا يتجر له إلاّ في المواضع الآمنة لئلا يغرر بماله.

¹ أخرجه الدارقطني في سننه، باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، حديث رقم 1970، ج3، ص5.

² عبد الرحمان الهيياوي، المرجع السابق، ص 249.

³ الإمام مالك، مؤطاً الإمام مالك، كتاب الحدود، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، حديث رقم 12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط، 1985، ص215.

الرأي الثاني: وهو الرأي القائل بعدم جواز الإتجار بمال القاصر، ورُوي هذا القول عن الحسن بن علي وسبب كراهته له أنه يرى أنّ تخزين مال القاصر أحفظ له من الإتجار له به، ولعلّه قصد بذلك اجتناب المخاطر التي قد تصيب المال¹.

واستدل على هذا المنع بعدّة أدلة منها قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾².

فالآية تدل على النهي عن التعدي على مال القاصر، واستدل من المعقول أنّ الإتجار بمال القاصر فيه خطر ضياعه وتلفه فكان الأسلم له حفظه وتخزينه.

والقول الراجح في هذين الرأيين هو قول جمهور الفقهاء القائل بجواز واستحباب الاتجار بمال القاصر حتى تكون نفقته من فائض الربح، وبالتالي لا ينقص ماله بالنفقة.

الفرع الثاني: حكم الإتجار بمال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية

سايرت قوانين الأسرة المغاربية قول جمهور الفقهاء بجواز استثمار أموال القاصر بالتجارة حيث أجاز المشرع الجزائري للولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام وذلك بحسب ما جاء في المادة 88 من ق.أ.ج³، والتي يفهم منها جواز اتّجار الولي بأموال القاصر بشرط أخذ الإذن من طرف القاضي، والذي يراعي في منحه لهذا الإذن حالة الضرورة والمصلحة وهذا بحسب ما جاء في نص المادة 89 من ق.أ.ج .

¹ ابن قدامة، المغني، الجزء 6، دار علم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 3، ط3، 1417هـ، 1997م، ج6، ص339

² سورة الأنعام، الآية 152.

³ أمر رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، السابق ذكره.

وخوّل المشرع المغربي سلطة واسعة للأب للتصرف في أموال ابنه القاصر، والتي يدخل ضمنها استثمارها بالإتجار فيها بشرط مراعاة مصلحته، وذلك وفقا لأحكام الفقرة الأولى من نص المادة 235 من مدونة الأسرة المغربية¹، ونصت الفقرة الثالثة من المادة 271 من م.أ.م على أنّ أمر الحصول على الإذن مقتصر فقط على الوصي والمقدم حيث تكون سلطة الأب في التصرف في أموال ابنه القاصر غير مقيدة وكذلك الحال بالنسبة للأم باعتبارها ولي على ابنها القاصر بعد الأب مباشرة. وكذلك نصّت على هذا الإذن أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 14 من مدونة التجارة المغربية². كما يلي "لا يجوز للوصي أو المقدم أن يستثمر أموال القاصر في التجارة إلا بعد الحصول على إذن من القاضي وفقا لمقتضيات قانون الأحوال الشخصية".

وتنص المادة 243 من م.أ.م على الآتي: "في جميع الأحوال التي يفتح فيها ملف النيابة الشرعية، يقدم الولي تقريرا سنويا عن كيفية إدارته لأموال المحجور وتنميتها وعن العناية بتوجيهه وتكوينه"، ويلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع المغربي جعل إدارة الولي لأموال المحجور خاضعة لرقابة المحكمة حيث يُلزم الولي بإعداد تقرير سنوي عن كيفية إدارته للأموال ونجد كذلك نص المادة 242 من 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 القاصرين³.

¹ ظهير شريف رقم 04.22.1 من قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكره.

² ظهير شريف رقم 1.96.83، الصادر في 15 ربيع الأول 1417هـ الموافق لـ 1 أغسطس 1996م، بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة المغربية .

³ عبد الرحمان الهيباوي، المرجع السابق، ص 252.

وأما في التشريع التونسي فقد ورد في الفصل 17 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية " ليس لولي الصغير أو المحجور عليه أن يستمر على تعاطي التجارة في حق من هو لنظره ما لم يكن مآذونا في ذلك من الحاكم الذي له النظر ولا يصدر هذا الإذن إلا لمصلحة واضحة للصغير أو المحجور عليه"¹.

ويلاحظ في ذلك أنّ المشرع التونسي اشترط على الولي أخذ الإذن من أجل الاتجار بأموال القاصر أو المحجور عليه على غرار المشرع الجزائري ولا يعطى الإذن إلا لضرورة أو مصلحة ظاهرة، بينما وسّع المشرع المغربي من صلاحيات الولي وجعل التقييد بالإذن في تصرفات الوصي والمقدم فقط دون الولي.

المطلب الثاني

استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض.

يظهر مدلول القرض في التشريع الجزائري من خلال تعريف المشرع للقرض الاستهلاكي في المادة 450 من القانون المدني والتي جاء في نصّها: "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع، والقدرة، والصفة"².

أما المشرع المغربي فقد نصّ في الفصل 856 من ق.إ.ع.م على معنى القرض وقرنه بالعارية حيث ورد فيه: "عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للأخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى لاستعمالها، بشرط أن يرد

¹ أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906، كتب في 28 شوال 1324 و في 15 ديسمبر 1906، يتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

² أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، السابق ذكره.

المستعير، عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة¹، وأما عن حكم اقتراض مال القاصر فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن القرض جائز عموماً، إذ يعد من أفعال الخير والطاعات التي أمر الله سبحانه وتعالى بها (الفرع الأول). وفيما يتعلق بحكم قرض واقتراض أموال القاصر في التشريعات المغاربية فقد وقع اختلاف فيها بخصوص حكم اقتراض النائب الشرعي من مال القاصر وإقراضه للغير (الفرع الثاني) وهذا ما سنبيّنه في الآتي:

الفرع الأول: حكم إقراض واقتراض مال القاصر في الفقه الإسلامي

أولاً: الاقتراض للقاصر.

أجاز فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة الاقتراض للصغير إذا دعت إلى ذلك الضرورة والحاجة كحاجته للمأكل والملبس والتعليم، أما لغير الضرورة فهو غير جائز وذلك لأن الاقتراض يفرض التزامات على القاصر اتجاه غيره، وكذلك الحال إذا لم يكن لديه ما يوفي به دينه.

وعليه فإن كان للقاصر مال أو ثمة ينتظرها تفي بذلك، يكون الاقتراض له جائزاً وإن لم يكن له شيء، قال الشافعية أنه لا يقترض بل يبيع شيئاً من أصوله ويصرفه في نفقته².

ثانياً: اقتراض النائب الشرعي من مال القاصر لنفسه.

قال الحنفية بجواز اقتراض الأب من مال الصغير لنفسه إذا دعت إلى ذلك الحاجة، وعللوا ذلك بأن الأب يملك شراء مال الصبي بمثل قيمته، وكذلك فإن له أن يأخذ من مال الصبي عند حاجته بقدر ما يحتاج، وعليه فإن له أن يقترض من مال الصبي لنفسه إذا

¹ ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913، المتضمن قانون الالتزامات و العقود المغربي، صيغة محيئة بتاريخ 11 يناير 2021.

² ابن قدامة، المرجع السابق، ص 480.

دعت إلى ذلك الضرورة¹، أما إذا لم تكن لذلك حاجة أو ضرورة كأن اقترض مال القاصر بغرض استثماره دون منح القاصر نصيبه من الأرباح فلا يجوز له ذلك لأنه استعمال لمال القاصر بغرض الإغتناء، وعلى الولي أن يقوم بذلك لصالح القاصر لا لنفسه.

وإذا كان لا يحق للولي اقتراض مال القاصر لمصلحته الشخصية فإنه قياساً على ذلك لا يحق لباقي النواب الشرعيين ذلك و هذا ما ذهب إليه الفقهاء².

ثالثاً: إقراض النائب الشرعي مال القاصر للغير.

إختلف الفقهاء في جواز إقراض النائب الشرعي مال القاصر للغير إلى قولين:

- القول الأول: وهو رأي فقهاء المالكية وجمهور فقهاء الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة، حيث قالوا بجواز إقراض الولي مال القاصر للمصلحة مطلقاً أو إذا دعت الحاجة والضرورة إلى ذلك، كأن يذهب في سفر ويخاف على مال القاصر من الضياع أو الغرق أو النهب أو ما شابه ذلك، فيكون إقراضه أولى من إيداعه وقد اشترطوا في ذلك ألا يقرض مال القاصر إلا ممن يملك الاسترداد منه متى شاء.

وقد جاء في المغني لابن قدامة بخصوص مال اليتيم " وإن أراد الولي السفر، لم يكن له المسافرة بماله، وقرضه لثقة أمين أولى من إيداعه لأن الوديعة لا تضمن إذا تلفت، فإن لم يجد من سيقرضه على هذه الصفة، فله إيداعه لأنّ الوديعة لا تضمن إذا تلفت، فإن لم يجد من يستقرض على هذه الصفة، فله إيداعه، لأنّه موضع حاجة، ولو أودعه مع إمكان قرضه جاز، ولا ضمان عليه ، فإنه ربما رأى الإيداع أخطأ له من القرض، فلا يكون مفراطاً.

¹ الموصلي، الإختيار لتعليق المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة، مصر، د.ط، 1937، ج5، ص 682

² البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 1، 1999، ص 828.

وكل موضع قلنا: له بقرضه. فلا يجوز إلا لمليء أمين، ليأمن جوده، وينبغي أن يأخذ رهنا إن أمكنه، وإن تعذر عليه أخذ الرهن، جاز تركه¹.

وعليه فقد 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 رهنا استيثاقاً له أخذه، وإن رأى ترك الرهن لم يأخذ².

وأما أدلة جواز إقراض مال القاصر للغير فمنها قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ أَيْتِيمٍ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾³.

- 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 ماله⁴.

والراجح بين القولين هو قول جمهور الفقهاء القائل بجواز إقراض مال القاصر للغير عند الضرورة والحاجة وعند وجود مصلحة للقاصر في ذلك، كما اشترطوا أن يكون الشخص أميناً وأهلاً للثقة.

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 345.

² المرجع نفسه، ص 344-345.

³ سورة الإسراء، الآية 34.

⁴ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2004، ص ص328-329-330.

الفرع الثاني: حكم اقراض أو اقتراض مال القاصر في قوانين الأسرة المغربية.

أجاز المشرع الجزائري للولي اقراض أموال القاصر والاقتراض له حيث ورد في نص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري بخصوص تصرف الولي في أموال القاصر ضرورة أخذه الإذن من القاضي المختص عند استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض، والحكمة من ذلك هو الاحتياط من ضياع أموال القاصر كأن يكون المقترض مفلسا أو معسرا أو مماطلا في أداء ما عليه من الديون¹، فالغاية من الإقراض والاقتراض هو استثمار أموال القاصر، وعليه يجب على القاضي التأكد من أنّ هذا الإقراض أو الاقتراض يكون في مصلحة القاصر وذلك حسب مقتضيات المادة 89 من ق.أ.ج التي تنص على: "على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة...".

كما منح المشرع الجزائري نفس سلطات الولي للوصي وذلك بموجب ما جاء في نص المادة 95 من ذات القانون، ثم جاءت المادة 100 من نفس القانون والتي حوّلت للمقدم القيام مقام الوصي والخضوع لنفس الأحكام.

وتجدر الإشارة إلى أنّه إذا ما اقترض الولي من مال القاصر لنفسه وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر فإن المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري توجب على القاضي تعيين متصرف خاص تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة، وذلك قصد مراقبة مدى تطابق هذا التصرف مع مصلحة القاصر².

واشترط المشرع المغربي أيضا إذن القاضي المختص لإقراض الولي أو اقتراضه من مال القاصر وهو ما نصّت عليه الفقرة الثانية من الفصل 858 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كالآتي: "ليس للأب، بدون إذن القاضي أن يقرض أو يقترض لنفسه مال ابنه الذي في

¹ غربي صورية، المرجع السابق، ص 206.

² لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، د.س.ن، ص 96

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 أموالهم¹.

ونجد أنّ المشرع التونسي وعلى غرار المشرعين الجزائري والمغربي اشترط كذلك أخذ إذن القاضي قبل إقراض مال ابنه أو إقتراضه لنفسه، وذلك بموجب ما جاء في الفصل 1083 من مجلة العقود والالتزامات التي نصّت على مايلي: "وليس للأب أن يُقرض أو يقترض لنفسه مال ابنه الذي تحت نظره إلا بإذن القاضي"².

وعليه فإنّه يتضح لنا بأنّ كل من التشريعات الجزائرية والمغربية والتونسية أخذت بما ورد عن جمهور الفقهاء بجواز إقراض الولي مال القاصر للغير ولكن بشرط تحقق مصلحته وكذلك عند الحاجة والضرورة، ولكن بالمقابل تمّ تقييد ذلك باستصدار إذن من القاضي المختص وهذا من أجل حماية أموال القاصر وإحقاق الرقابة على تصرفات النائب الشرعي .

المطلب الثالث

استثمار مال القاصر بالمساهمة في شركة

يعتبر استثمار أموال القاصر بالمساهمة في شركة من الوسائل الاستثمارية المدنية والعصرية ومن بين أهم هذه الشركات شركة المساهمة وهي النموذج الأمثل لشركات الأموال التي تهدف إلى تجميع رؤوس الأموال من أجل القيام بالمشاريع الاستثمارية، وما يهّمنا في هذه الدراسة هو مشروعية شركة المساهمة لاستثمار أموال القاصر في الفقه الإسلامي

¹ ظهير 9 رمضان 1331هـ الموافق لـ 12 أغسطس 1913، يتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي، السابق ذكره.

² أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، المتضمن إصدار مجلة الالتزامات و العقود التونسية، السابق ذكره.

(الفرع الأول) ثم استثمار مال القاصر بالمساهمة في شركة في التشريعات المغاربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية استثمار مال القاصر بالمساهمة في شركة في الفقه الإسلامي

ظهرت شركة المساهمة بظهور النظام الرأسمالي وعليه فهي نوع من أنواع الشركات الحديثة غير المعروفة لدى الفقهاء المتقدمين، وهذا لا يعني أنها تدخل في دائرة التحريم شرعا، لأن ما قرره الفقه أن الأصل في المعاملات الإباحة أو الجواز إلا ما ورد تحريمه بدليل صحيح لنقله من الجواز إلى التحريم، وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "إن الأصل في العقود والشروط، الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دلّ الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به¹. والصحيح في أقوال رجال الفقه المعاصرين انه يجوز التعامل بشركة المساهمة وفق الضوابط الفقهية بأن لا تتعامل بما نهى عنه الشرع كالربا أو صنع ما يحرم شرعا والمتاجرة فيها، وعليه فإنه يجوز استثمار أموال القاصر ضمن شركة المساهمة، باعتبارها من الطرق التي تحقق الاستثمار الجيد لأموال القاصر، حيث أن هذه الشركة لا تهتم بشخصية الشريك بل بمساهمته المالية، وعليه فإنها لا تشترط فيه الأهلية التجارية، والقاصر يكون في هذه الشركة مساهما عن طريق ممثله القانوني أو نائبه الشرعي².

الفرع الثاني: استثمار مال القاصر في شركة المساهمة في التشريعات المغاربية .

كما سبق القول فان شركة المساهمة في الوقت المعاصر تعتبر من بين الوسائل التي تستثمر بها أموال القاصر لحفظها من النقص ولتنميتها وقد منحت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثالثة الحق للولي لاستثمار أموال القاصر عن طريق المساهمة

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوي، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية

د.ط، 1995، ج29، ص 132

² عبد الرحمان الهيباوي، المرجع السابق، ص 316.

في شركة، وإذا كان المشرع الجزائري لم يحدد نوع الشركة التي يحق له المساهمة فيها بأموال القاصر، إلا أنّ شركة المساهمة كونها تدرج ضمن شركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي وهي بذلك لا تتطلب توفر الأهلية في المساهم لأنّ أساسها المال وليس الشخص حتى ولو كان قاصرا، وعليه نفهم من ذلك أنّه يجوز استثمار النائب الشرعي لأموال القاصر في هذا النوع من الشركة خلافا لشركة الأشخاص التي تتطلب توفر الأهلية في الشريك لحمله صفة التاجر ضمنها¹، كما أنّ هذا النوع من الشركات تجعل من المساهم فيها مسؤولا مسؤولية شخصية على كل ما يلحق الشركة من ديون كشركة التضامن كما نصّت على ذلك المادة 551 من القانون التجاري الجزائري² وهذا من شأنه أن يضر بالمصلحة المالية للقاصر.

كما يشترط على الولي أن يطلب الإذن من قاضي شؤون الأسرة قبل الشروع في الاستثمار، وعلى القاضي قبل منح الإذن للولي أن يراعي مصلحة القاصر الفضلى بحسب ما جاء في نص المادة 271 من مدونة الأسرة المغربية ومدى الفائدة التي تعود على مال القاصر³، وأجاز المشرع المغربي أيضا استثمار أموال القاصر في هذا النوع من الشركات من خلال المساهمة فيها أو شراء أسهم أو سندات بغية الحصول على الربح، واشترط على الوصي أو المقدم ضرورة الحصول على إذن مسبق في هذا النوع من الاستثمار⁴، وذلك حسب مقتضيات المادة 14 من مدونة التجارة المغربية.

¹ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1994، 4، ص 89.

² أمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم.

³ عبد الرحمان الهيياوي، المرجع السابق، ص 318.

⁴ عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2000، ص 20 .

المطلب الرابع

إيجار عقار القاصر

تعتبر الإجارة أو الكراء من أهم الاستثمارات التي تعود على القاصر بالربح ، ولكن يجب أن تُراعى فيها الأحكام التي حددها الفقهاء وكذلك ما جاء ضمن النصوص التشريعية الوضعية وذلك من أجل حماية الذمة المالية للقاصر من المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها، و ركّزنا في هذه الدراسة على إيجار مال القاصر المتمثل في العقار، حيث سنتناول حكم إيجار عقار القاصر في الشريعة الإسلامية (الفرع الأول)، ثم حكم إيجار عقار القاصر في التشريعات المغاربية (الفرع الثاني)، كما سيأتي بيانه في التالي:

الفرع الأول: حكم إيجار عقار القاصر في الشريعة الإسلامية

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز إجارة مال الصغير المحجور عليه وهذا من طرف الولي أو الوصي أو من طرف القاضي ومقدمه، وذلك لأنّ لهم ولاية التصرف في مال القاصر، ولكنهم اشترطوا في ذلك تحقق المصلحة، ويُعد الإيجار من الإتجار النافع في مال القاصر، ولو بلغ الصغير المحجور عليه قبل انتهاء مدة الإجارة، فإنّه لا خيار له في الفسخ عند ذلك¹.

وقال الفقهاء أنه يجب على الولي أن يؤجر مال الصغير بأجرة المثل أو أكثر من أجرة المثل وذلك حفاظاً على مصلحته المالية، وليس للأب ومن يملك إجارة مال الصبي أن يؤجره بأقل من أجرة 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 ضرراً في حق الصبي

¹ الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط2، ج4، بيروت، لبنان، 1986، ص 178.

المحجور عليه، ولا يثبت الضرر في حق الصبي، أما إن حدث ووقع ذلك فإن الولي يضمن الفارق¹.

أمّا إذا كان التأجير بأقل من أجره المثل وكان الغبن يسيرا غير فاحش، فينطبق عليه نفس حكم البيع والشراء بالغبن اليسير في مال القاصر.

الفرع الثاني: حكم إيجار عقار القاصر في التشريعات المغربية.

جاءت التشريعات المغربية مسايرة لما ورد في أحكام الفقه الإسلامي في جواز إيجار أموال القاصر لأنها تعد نوعا من أنواع الاستثمار المشروعة، واعتبر المشرع الجزائري والمغربي إيجار عقار القاصر من ضمن أعمال الإدارة، وأجاز المشرعان للولي والوصي والمقدم القيام بهذا التصرف إذا كان فيه مصلحة للقاصر ولكن بشرط أخذ الإذن من القاضي وذلك بحسب ما نصّت عليه المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري "... وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: " ... 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

وحيث أوجب 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 نصّت عليه أيضا أحكام المادة 468 من القانون المدني الجزائري حيث جاء في نصّها: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدّته على ثلاث سنوات مالم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك وعلّة ذلك أنّ الولاية تنتهي ببلوغ القاصر سن الرشد، وقد يرى

¹ الكاساني، المرجع السابق، ص 178.

القاصر حينئذ التصرف في عقاره بطريقة مختلفة، فيكون الإيجار تقييدا لإرادته، و يكون للمحكمة منح الإذن إذا رأت في ذلك مصلحة القاصر¹.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنّ المشرع الجزائري اقتصر فقط على اشتراط الحصول على الإذن في إيجار العقارات، ولم ينص على إيجار المحلات التجارية، بالرغم من أنّ هذه الأخيرة قد تكون أكبر قيمة من العقارات في بعض الأحيان إضافة لما لهذا الإيجار من آثار².

وأجاز المشرع المغربي كذلك كراء عقار القاصر مع ضرورة أخذ الإذن من القاضي المختص الذي يجب أن يتأكد من وجود حالة الضرورة المبررة لهذا التصرف ومن كونه يصب في مصلحة القاصر، ونصّ المشرع المغربي على ذلك في الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود المغربي كما يلي: "الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، و الوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلاّ بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلاّ في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية، ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع و المعاوضة والكرأ لمدة تزيد على ثلاث سنوات"، ومن خلال ذلك يظهر أنّ المشرع المغربي لم يحصر الإذن في كراء العقار، إنّما في مختلف الأموال التي يزيد كراؤها عن ثلاث سنوات، كما ألزمت الفقرة الخامسة من نص المادة 271 من م.أ.م ألاّ يقوم الوصي أو المقدم بالقيام بإبرام عقود الكراء والتي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر على القاصر إلاّ بعد الحصول على إذن من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وهو ما

¹ جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود و

المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص 54 .

² عبد العزيز مقبولجي، الرشاء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الادارية،

بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 78 .

نصّت عليه مدونة التجارة المغربية في المادة 14، وذلك بعدم جواز استثمار الوصي أو المقدم في أموال القاصر إلا بعد الحصول على إذن خاص من القاضي، والكرء يندرج ضمن الاستثمار¹.

وبالرجوع الى الفصل 15 من مدونة الالتزامات والعقود التونسية نجد أنّ المشرع التونسي كذلك فرض استئذان القاضي كلّما تجاوزت مدة الكراء ثلاث سنوات، لما في ذلك من خطورة على الذمة المالية للقاصر، وعلى مستوى عقد الكراء أو الإيجار الذي وإن كان من عقود الإدارة التي يترتب عنها انتفاع المؤجر بالمكري دون ملكيته فإنّه عقد لا يخلوا من خطورة على ذمة الصغير بحسب طبيعة موضوعه والمدة المتفق عليها للتسوية، فقد يترتب عنه إذا ما أبرم لمدة طويلة حق البقاء بالنسبة لمحلات السكن وحق التجديد بالنسبة للأكرية التجارية².

¹ عبد الرحمان الهياوي، المرجع السابق، ص 305.

² المهدي قياس، القاضي المدني وحماية القاصر، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، 2015، ص 44.

المبحث الثاني

الأحكام المتعلقة بتصرفات النائب الشرعي الواردة في نطاق أعمال

التصرف

تشمل أعمال التصرف، تصرفات النائب الشرعي التي تتضمن نقل الحقوق العينية للغير أو ترتيب حق عيني على رأس مال القاصر، وتتسم هذه التصرفات بالأهمية والخطورة في ذات الوقت لأنها تمس رأس مال القاصر، وعليه ارتأينا دراسة وبحث الأحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي وأيضاً في القوانين الوضعية المغاربية لتوضيح مدى الحماية التي حققتها هذه الأحكام. وأهم الأعمال التي ارتأينا دراستها هي أولاً بيع عقار القاصر (المطلب الأول)، ثم قسمته وأجراء المصالحة (المطلب الثاني)، بعدها رهن عقار القاصر (المطلب الثالث) وكذلك أحكام بيع منقولات القاصر خصوصاً المنقولات ذات الأهمية الخاصة (المطلب الرابع).

المطلب الأول

بيع عقار القاصر

يندرج البيع ضمن أعمال التصرف، ويعتبر بيع عقار القاصر من طرف نائبه الشرعي من المسائل ذات الأهمية الشديدة وذلك لما يكتنف هذه العملية من مخاطر على الذمة المالية للقاصر، خصوصاً مع ضرورة حفظ ماله من الضياع، وقد فصل كل من الفقه الإسلامي وكذلك التشريعات المغاربية في هذه الحيثية، وعليه سنتناول بالدراسة أولاً أحكام هذا البيع في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم أحكامه في التشريعات المغاربية (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول: أحكام بيع عقار القاصر في الفقه الإسلامي

اتفق فقهاء الشريعة على جواز بيع الأب عقار ابنه القاصر ولكنهم اختلفوا في المجالات التي تستدعي القيام بهذه العملية من عدمها، ونلخص ذلك فيما يلي:

– **القول الأول:** وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية، حيث قالوا بجواز بيع الأب عقار ابنه القاصر عند وجود مصلحته في ذلك كما أنّ الولي لا يحتاج لذكر سبب البيع ويكون بيعه نافذاً¹، و في هذا يقول خليل: "والولي الأب و له البيع مطلقا وإن لم يذكر سببه"².

– **القول الثاني:** وهو قول فقهاء الشافعية، وهو بيع عقار القاصر ولكن بشرط الضرورة و توفر المصلحة فقط، ولا يبيع الولي عقار القاصر إلا في موضعين إثنين: أحدهما ألاّ يكون له ما يصرفه عليه من انفاق وكسوة، وليس له غيره، كذلك عند عدم وجود من يقرضه المال فيجوز للولي بيعه على هذا الحال، أمّا 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 بالخراب أو بالفتنة، أو كان ثقیل الخراج، وكذلك إذا كان الصغير في بلد وعقاره في بلد آخر ويحتاج إلى مؤنة في توجيهه من يجمع الغلّة فيجوز له بيع العقار والشراء ببلد الصغير، وإلا فلا يجوز للولي فيما عدا ذلك من الحاجة لبيع العقار³.

¹ الخرخشي، شرح مختصر خليل، ج5، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، د.س.ن، ص 297.

² خليل، مختصر العلامة، خليل، ج1، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 2005، ص172

³ الشيرازي، التنبية في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة

1951، ص 72.

– القول الثالث: وهو قول فقهاء الحنابلة حيث قالوا بجواز بيع الأب عقار ابنه القاصر متى كان البيع أحظ للصبي من غير تقييد بحصره في سبب معين، فمتى كان البيع أحظ للصبي جاز بيع عقاره، وإلا فلا يجوز، لأن امتلاك العقار أسلم وأنفع للصغير¹.

وأما ما يتعلق ببيع الوصي أو المقدم عقار القاصر، فالأصل عند الفقهاء أنه يحق لوصي الأب من التصرفات ما يحق للأب، لكن ونظرا لوفور شفقة الأب عن غيره من الأوصياء والمقدمين منحت له بعض التصرفات والصلاحيات التي لم تمنح لوصيه وللمقدم حيث قيّدت بعض تصرفات الوصي والمقدم في مال القاصر ومن ضمنها بيع العقار.

حيث أن جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة والحنفية منعوا على الوصي أو المقدم بيع عقار الصغير بشكل عام، إذ أن العقار يؤمن عليه من التلف ويقاؤه حفظ لمصلحة القاصر ولكنهم أجازوا بيع عقار الصغير للحاجة والضرورة الملحة، أو لغبطة بأن يبيع بأكثر من ثمن المثل بزيادة كثيرة.

واستثنى المالكية من هذا المنع ست حالات وهي: حاجة الصغير لنفقة يتوقف عليها معاشه، أو للغبطة في الثمن الكثير بأن يباع بأزيد من قيمته كثيرا كالثالث فأكثر، أو يبيعه لمن يعود عليه بشيء، أو له شقص في داره لا تحمل القسمة فدعاه شركاؤه للبيع، أو دار واهية ولا يكون له ما تقوم به، أو أنّ له دار بين أهل الذمة، وهذه الأسباب التي ذكرها بعض فقهاء المالكية تعود بالمصلحة الفضلى للقاصر في بيع عقاره².

وخلاصة قول جمهور الفقهاء أن الوصي أو المقدم لا يمكنهما بيع عقار القاصر، لأنه من التصرفات المشروطة، وهذا لقلة وفور شفقتهما، ولا يجوز لهما ذلك إلا للضرورة الملحة، مع ضرورة أخذ الإذن من طرف القاضي أو الحاكم، حفاظا على عقار القاصر من

¹ الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 6، دار علم الكتب، بيروت، لبنان، 2002، ص 652.

² عبد الرحمان الهيباوي، المرجع السابق، ص 274.

الضياح¹، فمتى كان في بيع العقار مصلحة للقاصر جاز من غير تقييد ولا حصر بسبب معين، لكن لا بد من تبيين الوصي أو المقدم للسبب الذي يدعوه لبيع عقار القاصر، فلا يصدق الوصي أو المقدم أن يبيعه كان لمصلحة إلا إذا شهدت بذلك البينة.

الفرع الثاني: أحكام بيع عقار القاصر في قوانين الأسرة المغربية.

تتفق التشريعات الوضعية وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية في كون بيع عقار القاصر من التصرفات التي تشكل خطرا على ذمته المالية إذ أنه من التصرفات الناقلة للملكية حيث ينجم عنه انتقال ملكية العقار من القاصر إلى غيره من الأشخاص، ولذلك تم تقييد هذا التصرف بموجب المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري بضرورة أخذ النائب الشرعي للقاصر سواء كان وليا أو وصيا أو مقدا الإذن أو الترخيص القضائي من طرف قاضي شؤون الأسرة، و يجب على القاضي تحديد نوع التصرف بدقة في حكمه، والتأكد من كونه يصب في مصلحة القاصر دوما، وله في ذلك الاستعانة بالخبرة، ويمنح هذا الترخيص بموجب أمر على عريضة²، طبقا لنص المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري³: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من طرف قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة".

وحيث أن منح القاضي الإذن لبيع عقار القاصر مرتبط دوما بحالة الضرورة و تحقيق المصلحة الفضلى له، ولتعزيز حماية عقار القاصر أوجب المشرع الجزائري كذلك أن يتم البيع وفقا لإجراءات البيع بالمزاد العلني، حيث تنص المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة و المصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"، وهو نفس ما جاءت به المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

¹ الخطاب، المرجع السابق، ص ص 653-654

² لحسين بن شيخ أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، ط2، الجزائر، 2005، ص ص 304-305.

³ قانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، السابق ذكره.

الجزائري حيث ورد في نصها: "يتم بيع العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية و المفلس حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي أو يعدها وكيل التفليسة حسب الحالة ...".

وفيما يتعلق بحكم بيع عقار القاصر من طرف النائب الشرعي في التشريع المغربي فإنّ الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود المغربي¹. يلزمه بضرورة استصدار إذن صريح من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وجاء ضمن الفرع الخامس من المسطرة المدنية² بعنوان البيع القضائي لعقار القاصر في الفصل 207 منه: " يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه و أنّه أولى بالبيع من غيره"، و جاء في الفقرة الأولى من الفصل 208 منه أنّه: " يتعين على الحاجر الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق اللازمة"، ويلاحظ أنّ المشرع المغربي قد استعمل لفظ الحاجر ما يدل على أنّ الأمر يشمل الولي أو الوصي أو المقدم، فقيّد الإذن يشملهم جميعا، كما ألزم المشرع المغربي القاضي بمنح الإذن بعد أن يوضح له الحاجر السبب الضروري الذي يدعوه لبيع عقار القاصر، ونظمت باقي الفصول من ذات الفرع أي من الفصل 208 إلى الفصل 211 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 .

كما أنّ المشرع المغربي قيّد كذلك من تصرف الوصي و المقدم في عقار القاصر بالبيع، و هذا ضمانا لسلامة أمواله و درءا لأيّ تعدد قد يمس بمصلحة القاصر، حيث نصّ

¹ ظهير 9 رمضان 1331 12 أغسطس 1913 المتضمن قانون العقود والالتزامات المغربي، السابق ذكره.

² ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447. 74. 1 بتاريخ 11 رمضان 1493 الموافق لـ 28 شتنبر 1974، المتضمن المصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المغربية.

في المادة 271 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "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 معللا"¹.

وبالرجوع إلى التشريع التونسي، نجد أنّ المشرع نصّ كذلك على ضرورة استصدار إذن خاص من المحكمة من أجل بيع أموال القاصر وذلك في الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ولا يمنح هذا الإذن إلا عند الضرورة والمصلحة وذلك من قبيل التشديد في الحماية التي كرّسها المشرع اتجاه ذمة القاصر.

ولكن يلاحظ أنّ المشرع التونسي وعلى خلاف المشرعين الجزائري والمغربي لم يبين شكلا معينا لبيع مال القاصر سواء كان منقولا أو عقارا مهما كانت قيمته وترك الأمر لتقدير القاضي واجتهاده حيث يمكن لهذا الأخير إلزام الولي بإجراء البيع بالمزاد العلني كما يمكنه اللجوء لتقدير الخبير².

وفي الأخير يتضح لنا مدى حرص التشريعات المغاربية على حماية عقار القاصر وذلك عن طريق اشتراط أخذ النائب الشرعي للإذن من المحكمة مع التبرير بوجود المصلحة وحالة الضرورة وذلك لخطورة التصرف في عقار القاصر بالبيع ذلك أنّه تصرف تنتقل به ملكية العقار من القاصر إلى غيره.

¹ عبد الرحمان الهيباوي، المرجع السابق، ص 277.

² المهدي قياس، القاضي المدني وحماية القاصر، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، ط1، 2015، ص ص

المطلب الثاني

قسمة العقار الذي يكون القاصر طرفا فيه وإجراء المصالحة.

الفرع الأول: قسمة العقار.

فيما يتعلق بقسمة العقار في حالة وجود قاصر بين الشركاء فإنّ المشرع الجزائري اشترط بموجب المادة 88 من قانون الأسرة أخذ إذن القاضي وهو نفس ما يستخلص من المادة 723 من القانون المدني الجزائري¹، حيث جاء في نصّها: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتصموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون"؛ وعليه فإنّه لا يمكن للولي أن يجري قسمة العقار إلّا بعد إتباع الإجراءات التي يفرضها القانون، والمتمثلة خاصة في الحصول على إذن القاضي²، حيث أنّ القانون المقصود هنا هو القانون 84-11 المؤرخ في: 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

ومصطلح القسمة الذي جاء في المادة 88 من قانون الأسرة جاء عاما، فلم يحدد ما إذا كانت القسمة رضائية أم قضائية، وبالضرورة فإنّ إجراء القسمة بالتراضي جائز و لو كان بين الشركاء ناقص الأهلية، على أن يحصل الولي أو الوصي على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه كما يمكن للقاضي أن يعين مقدما يقوم مقام الولي عند عدم وجوده أو تعيين وصي وذلك حسب مقتضيات المادتين 95 و 100 من قانون الأسرة الجزائري، إلّا أنّه وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع نصّ على وجوب أن تكون القسمة قضائية في التركات متى كان بين الورثة قاصر.

¹ أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السابق ذكره.

² غربي صورية، المرجع السابق، ص 200.

ويرى البعض أنه استنادا لهذا النص ونظرا لغموض إجراءات الحصول على الإذن بالقسمة واختلاف المحاكم في تطبيقها فإنّ الراجح أن تكون القسمة قضائية عن طريق دعوى أمام قاضي الموضوع المختص¹.

وفي التشريع المغربي فإنّه إذا كان من بين الشركاء من لا تتوفر فيه أهلية التصرف كأن يكون أحدهم قاصرا أو مجنونا أو سفيها فإنّه لا يمكن إزالة الشيوخ عن طريق القسمة الرضائية، بل لا بد من اللجوء إلى القسمة القضائية، وذلك حماية لحقوق فاقد الأهلية و ناقصيها، سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم، غير أنّه إذا بلغ القاصر سن الرشد أثناء النظر في الدعوى و قبل صدور الحكم فيها فإنّها تكون صحيحة في حقه، وفي هذا تنص المادة 275 من مدونة الأسرة المغربية على أنّ: "قسمة مال المحجور المشترك مع الغير تتم بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور".

وإذا كان الأمر كذلك، فإنّ ثمة إشكال يقع بخصوص إمكانية إجراء قسمة عقارات التركة والزوجة حامل في حالة وفاة الزوج، وهل يعتبر الحمل في حكم القاصر؟

في الحقيقة فإنّ المشرع المغربي لم ينص على أي مقتضى قانوني في إطار قانون الالتزامات والعقود يجيب من خلاله على هذا التساؤل وعليه يتم في هذه الحالة الاسترشاد بقواعد الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: إجراء المصالحة.

إذا نشأ نزاع في ملكية أو إدارة ملكية شائعة بين الورثة، وكان أحدهم شخصا قاصرا و اقتضى الأمر إجراء المصالحة فإنّه يجب أن ينوب عن القاصر وليه في إجراء الصلح، و

¹ العربي فريدة، الحماية القانونية لأموال القصر وعديمي الأهلية والغائب في القسمة الاتفاقية، دفاتر البحوث العلمية المجلد 9 العدد 2، جامعة لونيبيسي علي البليدة 2، الجزائر، 2021، ص 255 .

يتم الصلح عن طريق إبرام عقد طبقاً للمادة 459 من القانون المدني الجزائري¹. والتي عرّفته بأنّه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"، ومن هنا تظهر خطورة عملية المصالحة التي يقوم بها النائب الشرعي، بحيث أنّ هذا التنازل قد يلحق ضرراً بمصالح القاصر، ومن هذا الباب اشترط المشرع الجزائري وجوب حصول النائب الشرعي على إذن من القاضي لإجرائها².

وإذا كانت هذه المصالحة تؤدي إلى إسقاط حق ثابت للقاصر كأن يتنازل عنه لفائدة شخص آخر فالقاضي في هذه الحالة يرفض إجراء الصلح، وعلى الولي أن يمتنع عن إجرائه لكونه يلحق ضرراً بمصالح القاصر³.

والجديد بالذكر هو أنّ المشرع لم يوضح ما إذا كانت المصالحة المقيدة بوجوب الحصول على إذن متعلقة بعقار مملوك للقاصر أو منقول، حيث أنّ عمومية العبارة توحى بأنها تشملهما معاً، إلا أنّ موضع العبارة في الفقرة الخاصة بالتصرفات المتعلقة بالعقار من بيع و رهن و قسمة إضافة إلى إيراد المشرع الحديث عن المنقولات في فقرة خاصة، توحى بغير الإيحاء الأول مما يدفعنا إلى القول أنّ المصالحة التي قصدتها المشرع متعلقة بعقارات القاصر فقط⁴.

¹ أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، السابق ذكره.

² وسام قوادري، حماية أموال القاصر على ضوء التقنين المدني وتقنين الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة البويرة، 2013، ص 43 .

³ غربي صورية، المرجع السابق، ص 204.

⁴ وسام قوادري، المرجع نفسه، ص 43 .

المطلب الثالث

رهن مال (عقار) القاصر

الرهن هو حبس شيء متمول توثيقاً للحق أو استيفاءً منه، وذلك عند تعذر سداد الدين، من خلال بيع الشيء المرهون واستيفاء الحق منه، وعرفه فقهاء المالكية بأنه: "شيء متمول أخذ من مالكه، توثقاً به، في دين لازم، أو صار إلى اللزوم"¹.

ويُفهم من ذلك أنّ النائب الشرعي قد يحتاج كذلك إلى رهن مال القاصر أثناء قيامه باستثماره أو لتحقيق مصلحته بشكل عام، وعليه سنتناول في هذا المطلب أحكام رهن مال القاصر في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) ثمّ في قوانين الأسرة المغاربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام رهن مال القاصر في الفقه الإسلامي.

إنّ رهن مال القاصر يكون إمّا لمصلحة القاصر وإمّا لمصلحة الغير ويتم بيان أحكامه كالتالي:

أولاً: رهن الولي أو الوصي مال القاصر لمصلحته.

أجاز فقهاء الحنفية والمالكية و الشافعية و الحنابلة للأب و الوصي أن يرهّن مال القاصر المحجور عليه لحاجته، كأن يرهّن له بعض متاعه لغرض كسوته أو إطعامه أو لمصلحته الضرورية، فيجوز الاقتراض له و رهن ماله، وكذلك يجوز للولي والوصي في حالة ما إذا اتجر للقاصر أن يرتهن له بغرض تثمين المال لأنّه لا يستغني عنه في الإتجار، وهذا كلّه بشرط ألا يرهّن ماله إلاّ عند ثقة أمين، لئلا يجحده أو يفرط فيه فيضيع، وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ذلك².

¹ الشيرازي، المرجع السابق، ص 72

² عبد الرحمان الهيباوي، المرجع السابق، ص 240.

ثانيا: رهن الولي أو الوصي مال القاصر لغير مصلحة القاصر.

اختلف الفقهاء في جواز رهن الولي مال الصغير لمصلحة الغير سواء كان ذلك لمصلحة الولي أو الوصي أو لمصلحة غيرهم، وانقسموا في ذلك إلى قولين:

- **القول الأول:** وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وبعض فقهاء الحنفية، و إحدى الروايتين للحنابلة، حيث قالوا بعدم جواز رهن الولي ولا الوصي لمال الصغير لغير مصلحته و منفعته، 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 و حصل فإن ذلك المال يرد¹.

واستدل القائلون بمنع رهن مال الصغير لغير مصلحته 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 الرهن².

- **القول الثاني:** وقالوا أنه يجوز للولي وكذلك الوصي أن يرهن مال الصغير بدين نفسه، وقالوا أن ذلك من جهة الاستحسان، وهو قول بعض فقهاء الحنفية، وقال الحنابلة أن للأب أن يرهن مال ولده لنفسه، واختلفوا فيما عدا الأب بين مجيز ومانع، ومنشأ الخلاف بين الحنابلة مظنة التهمة فيما عدا الأب³.

واستدلوا على صحة ذلك بالقياس أيضا، حيث قاسوا جواز الرهن على جواز الإيداع وقالوا أن الأب أو الوصي إذا كان يملك إيداع مال ابنه الصغير فإن رهنه يكون أبلغ من إيداعه إذ أن الرهن إذا هلك يكون مضمونا، على خلاف الوديعة إذا هلكت تهلك أمانة في

¹ الخطاب، المرجع السابق، ص 649.

² عبد الرحمان الهياوي، المرجع السابق، ص 241.

³ موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ص 480.

يد الوديع وفيها ضياع لمال الصغير، أمّا الرهن إذا هلك في يد المرتهن، و فيه وفاء بالدين صار المرتهن مستوفيا دينه و يضمن الأب قيمته لولده¹.

والراجح بين القولين هو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وبعض الحنفية والقائلين بعدم جواز رهن الولي أو الوصي مال الصغير لغير مصلحته لأنّ ماله أمانة ووجب حفظه من الضياع والهلاك.

وخلاصة ما سبق ذكره أنّ الفقهاء متفقون على جواز رهن الولي الأب مال ولده لمصلحته، أمّا رهنه لمصلحة الولي أو الغير فمنعه الجمهور وأجازه البعض، والراجح بعدم جوازه، لأنّ التصرف في أموال القاصر منوط بالمصلحة، وهذا التصرف لا مصلحة فيه للقاصر.

الفرع الثاني: أحكام رهن مال القاصر في قوانين الأسرة المغاربية.

يعتبر الرهن في القانون حقا عينيا ينشأ بموجب عقد رسمي، ويتقرر ضمنا للوفاء بدين، و هذا الحق العيني يتقرر على عقار مملوك للمدين أو لكفيل عيني، وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار متقدما على باقي الدائنين العاديين، وكذلك يعد الرهن من أعقد المعاملات وفي حال قام الولي برهن أموال القاصر فإنّ ذلك قد يؤدي إلى الإضرار بماله لأنه يمكن أن يكون في ذلك تعطيل لمنفعة المال لبقائه محبوسا إلى أن يسدد الولي الدين بل وقد يطول الحبس إلى أكثر من ذلك في حالة عجز الولي عن سداد الدين في ميعاد الوفاء، ولهذا وجب تأكد القاضي المختص من وجود حالة الضرورة والمصلحة، وكذلك إمكانية سداد الدين لاحقا².

¹ البغدادي، المرجع السابق، ص 829.

² غربي سورية، المرجع السابق، ص 202.

نصّ المشرع الجزائري ضمن المادة 88 من ق.أ.ج في فقرتها الرابعة على ضرورة أخذ الولي إذنا مسبقا من طرف القاضي المختص قبل رهن عقار القاصر، حيث أنّ رهن عقار القاصر من طرف الولي هو من أعمال التصرف ومنح الإذن مشروط بتوفر حالة الضرورة والمصلحة الجلية، وأمّا رهن المنقول فلم يورد له المشرع أي حكم.

ونجد أنّ المشرع التونسي نصّ أيضا على ضرورة استئذان القاضي قبل رهن مال القاصر في الفصل 15 من م.إ.ع.ت¹، دون التفريق في ذلك بين رهن العقار و المنقول حيث أنّه سوى بين الأمرين، وعلى خلاف المشرع الجزائري، فإنّ المشرع المغربي لم يشترط ضرورة أخذ إذن القاضي المختص من أجل رهن عقار القاصر و هو ما نصّ عليه في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 2008/09/10 تحت عدد 1111 في الملف التجاري عدد 08/04 بمجلة الملف عدد 16 وما يليها²، و يفهم من ذلك أنّه يجوز ذلك إذا ما كان الرهن في مصلحة القاصر. وبخصوص رهن مال القاصر لمصلحة الغير فإنّه و لعدم ورود نص صريح في هذا الأمر يتم الرجوع في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي، و ما هو معمول به في المذهب المالكي على وجه التحديد، القائل بعدم جواز رهن مال القاصر إلاّ لمصلحة القاصر³.

¹ الفصل 15 المنفتح بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 الموافق لـ 3 أوت 1956: "الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفية والولي وكل مدير يكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول بنظرهم يمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وانزال وشركة مقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلاّ بإذن خاص من القاضي المختص ولا يعطي الإذن المذكور إلاّ عند الضرورة والمصلحة المذكور آنفاً."

² عبد الرحمان الهيياوي، المرجع السابق، ص 248.

³ المرجع نفسه، ص 248.

المطلب الرابع

بيع منقولات القاصر

المال المنقول ضمن التشريعات المغاربية هو كل مالا يدخل ضمن تعريف العقار وأقسامه، أي كل ما يعد بحكم طبيعته قابلا للنقل والحركة مع بقاءه على هيئته الأولى وهو قول المالكية.

والملاحظ أنّ المشرعين الجزائري والمغربي لم يعرفا المنقول تعريفا مباشرا وإنما إكتفيا بتبيين العقار فقط، وتركوا المنقول إلى كل مالا يندرج ضمن تعريف العقار. أمّا المشرع التونسي فإنه أعطى تعريف المنقول في الفصول 13 و 14 و 15 من م.ح.ع.ت وفيما يلي سنتناول أحكام بيع أموال القاصر المنقولة من طرف النائب الشرعي ضمن الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، وكذلك أحكام بيع منقول القاصر في قوانين الأسرة المغاربية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام بيع منقول القاصر في الفقه الإسلامي:

اتفق الفقهاء على جواز بيع الأب مال ابنه القاصر المنقول وذلك لوفور شفقة الأب على ولده حيث أنّ تصرفاته تكون محمولة على المصلحة والسداد، وبذلك تكون للأب السلطة الواسعة في بيع منقول ابنه القاصر وذلك من غير ذكر السبب الموجب للبيع، ودون الحاجة لأخذ إذن القاضي¹.

وأجاز فقهاء الشافعية بيع منقول الصغير من طرف الأب أو الجد وكل ناظر يلي مال الصغير بشرط أن يكون البيع بثمن المثل²، واختلف الفقهاء في جواز بيع الوصي والمقدم لمال القاصر المنقول وانقسموا في ذلك إلى قولين:

¹ البغدادي، المرجع السابق، ص 854.

² الشيرازي، المرجع السابق، ص 72.

- **القول الأول:** وهو لجمهور الفقهاء من 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 يتطلب 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، كما لا يتم بيع مال الصغير من طرف وصيه حتى يشهد الشهود بمعرفة السداد والمصلحة وهو قول المالكية، فإذا تم ذلك جاز البيع¹، ويأخذ حكم بيع مال القاصر من طرف المقدم نفس حكم الوصي، مادام تصرفه على جهة المصلحة والسداد، وهذا قول جمهور الفقهاء².

واشترط فقهاء الشافعية لجواز بيع الوصي مال الصغير أن يأخذ الإذن من القاضي، واشترطوا أيضا أن يكون هذا البيع بثمن المثل.

- **القول الثاني:** وهو قول فقهاء الحنابلة، حيث قالوا بعدم جواز بيع الوصي مال الصغير المنقول، وذلك لكونه متهم في طلب الحظ لنفسه، ولعدم كمال شفقتة على الصغير خلافا للأب³، والراجح بين القولين هو قول جمهور الفقهاء القائل بجواز بيع الوصي والمقدم منقول القاصر شريطة توفر مصلحته في هذا البيع، لأنهما يُعدّان نائبين عن الولي.

وأما عن بيع القاضي منقول القاصر في الفقه الإسلامي، فاختلف الفقهاء فيه كذلك إلى قولين اثنين:

- **القول الأول:** وهو لفقهاء المالكية والشافعية، حيث أجازوا للقاضي بيع مال القاصر المنقول، وقال فقهاء المالكية أن بيع مال الصغير جائز إذا ثبت عنده أن الصغير يتيم،

¹ الخطاب، المرجع السابق، ص 653.

² المرجع نفسه، ص 653.

³ المرجع نفسه، ص 653.

ولاشيء عنده يباع غير ذلك¹، في حين وضع فقهاء الشافعية شرطاً واحداً وهو أن يباع مال الصغير من طرف القاضي بثمن المثل.

– **القول الثاني:** وهو لفقهاء الحنابلة، وقول للمالكية والشافعية، وقالوا بعدم جواز بيع مال القاصر المنقول من طرف القاضي أو الحاكم لعدم كمال شفقتة عليه، ولأنه قد يطلب في ذلك الحظ لنفسه²، والراجح بين القولين هو الأول حيث أن للقاضي صلاحية منح الإذن للغير فمن باب أولى أن يكون ذلك له مادام لا يبيع ولا يتعاقد مع نفسه في مال القاصر.

الفرع الثاني: أحكام بيع منقول القاصر في قوانين الأسرة المغربية.

فيما يتعلق ببيع منقولات القاصر في قوانين الأسرة المغربية، نجد أولاً أنّ المشرع الجزائري نصّ في المادة 88 من ق.أ.ج على ضرورة حصول الولي على إذن القاضي المختص كلما أراد التصرف في منقولات القاصر ذات الأهمية الخاصة، إلا أننا نلاحظ أنّ المشرع لم يحدد معياراً معيناً لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة ولكن مع ذلك يمكن إعطاء بعض الأمثلة عن المنقولات التي تعتبر ذات قيمة، كأسهم البورصات والحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية وكذلك المحلات التجارية... إلخ³.

وكان من الأفضل لو أنّ المشرع وضع حداً أدنى لقيمة المنقول، حتى يعتبر ذا أهمية خاصة، حيث أنّه مع عدم وضع معيار معيّن لمصطلح الأهمية الخاصة يبقى الولي مقيداً بالحصول على إذن القاضي في بيع منقول القاصر مهما كانت قيمته⁴.

وأما في التشريع المغربي فنجد أنّ المشرع أعطى سلطات واسعة للأب والأم في التصرف في أموال أبنائهم القصر المنقولة ودون استصدار إذن من القاضي المختص، إلا

¹ خليل، التوضيح، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ج6، ط 1، 2008، ص 245-246.

² ابن قدامة، الكافي في فقه الغمام أحمد بن حنبل، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ص 109.

³ عبد العزيز مقبولجي، المرجع السابق، ص 77.

⁴ غربي صورية، المرجع السابق، ص 204.

في حالة واحدة والمنصوص عليها بموجب المادة 269 من م.أ.م، وهي حالة ما إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح أقاربه مع مصالح المحجور، حيث يستوجب الأمر عندئذ طلب إذن القاضي المختص.

وأما بخصوص تصرف الوصي أو المقدم في مال القاصر المنقول، فإنه بالرجوع إلى أحكام المادة 271 من م.أ.م نجد أنّ المشرع المغربي اشترط ضرورة حصولهما على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين في بيع المنقول الذي تتجاوز قيمته 10.000 درهم، علماً أنّ قرار القاضي بالترخيص لهذا البيع يجب أن يكون معلّلاً، ويعد هذا الإذن تدبيراً شكلياً أولياً يتعين على الوصي أو المقدم الحصول عليه حيث أنّه يجسد الرقابة القبلية على تصرفاتهما وذلك حماية لأموال القاصر من التعدي. كما أنّه وحسب أحكام المادة 11 من قانون الالتزامات والعقود المغربي فإنّ القاضي المكلف بشؤون القاصرين لا يرخّص ببيع مال القاصر أو يمنع ذلك إلاّ بناء على مصلحة القاصر¹.

وبينما حددت الفقرة الأولى من نص المادة 271 من م.أ.م قيمة 10.000 درهم بشكل واضح، عادت المادة 272 منه لتعفي من الإذن في حال تجاوزت قيمة منقول القاصر المراد بيعه 5000 درهم إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك المنقول والعقار الذي لا تتجاوز قيمته 5000 درهم، وإذا أعملنا مفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أنّ المنقولات التي تتجاوز قيمتها 5000 درهم إذا لم تكن معرضة للتلف فإنّها تحتاج إلى إذن، وهو ما يجعل المادتين السابقتين تبدوان متناقضتين، لذا كان على المشرع المغربي إعادة صياغة المادة 272 من م.أ.م، أو الاكتفاء بنص المادة 271 من م.أ.م، وإعادة صياغتها، وذلك من

¹ عبد الرحمن الهيباوي، المرجع السابق، ص 265.

خلال تحديد مبلغ 10.000 درهم فما فوق لاستصدار الإذن، والإعفاء من الإذن في حال تجاوزه إذا كانت المنقولات معرضة للتلف¹.

وأما المشرع التونسي فإنه ألزم الولي الحصول على الإذن في حال أراد بيع مال ابنه القاصر وهو ما نصّ عليه الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية²، وهو الأمر الذي يجعل جميع الأولياء والأوصياء والمقدمين يخضعون لإجراء الإذن كلما تعلق الأمر بتصرفات تدخل في نطاق الفصل 15 من م.إ.ع.ت³.

¹ عبد الرحمان الهيباوي، المرجع السابق، ص266.

² أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، يتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، السابق ذكره.

³ الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية (نقح بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة 1375 الموافق لـ 3 أوت 1956): " الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفيه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم مثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من القاضي المختص ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة المذكور آنفاً".

وفي الأخير نقول أن حماية أموال القاصر بإدارتها وتنميتها واستثمارها ضرورة شرعية وقانونية يتولى القيام بها النواب الشرعيون سواء كانوا أولياء أو أوصياء أو مقدمين، ويقع على عاتق القضاة المختصين القيام بالإشراف والرقابة على تصرفاتهم، وتشمل الرقابة القبلية ضرورة أخذ النائب الشرعي الإذن من القاضي في بعض التصرفات وذلك لتعزيز حماية المصالح المالية للقاصر، ولاحظنا أن الفقه الإسلامي وكذلك بعض التشريعات منحت صلاحيات أوسع للولي بخلاف الوصي أو المقدم وذلك لوفور شففته على ابنه القاصر ورغم بعض الاختلافات بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، وبين القوانين الوضعية المغاربية فيما بينها، إلا أنها كلها تهدف إلى توفير الحماية الفضلى للمصالح المالية للقاصر.

خاتمة

حرص الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية المغاربية على تجسيد الأحكام والضمانات التي تكفل الحماية القانونية للمصالح المالية للقاصر وذلك من خلال نظام النيابة الشرعية و شروطها والرقابة المفروضة على تصرفات النائب الشرعي ونلاحظ توسع الفقه الإسلامي في الموضوع وتعدد آراء الفقهاء بخصوص إدارة أموال القاصر والأحكام المتعلقة بتميتها واستثمارها والتصرف فيها وإن حصلت بعض الاختلافات بين المذاهب فهي لا تعدوا أن تكون في بعض الجزئيات وإنما الأصل واحد والهدف واحد وهو تحقيق المصلحة الفضلى للقاصر وحماية حقوقه المالية، ونجد أن فقهاء الشريعة اختلفوا في تمييز الطفل وبلوغه، ومن ثم جاء الاختلاف في بعض الأحكام المتعلقة بتصرفات معينة بناء على ذلك.

وأما التشريعات الوضعية المغاربية فعمدت كلها إلى تحديد سن معينة إلى حين بلوغ القاصر سن الرشد القانوني، وأقرت هذه القوانين كلها بضرورة تولي النواب الشرعيين الولاية على أموال القاصر، وذلك حفظاً لأموالهم من الضياع، ولكنها فرضت قيوداً وأحكاماً على بعض تصرفات النواب الشرعيين لتكفل عدم وقوع القاصر ضحية الاستغلال المادي وتكفل حماية مصالحه المالية.

ونلاحظ أن الفقه الإسلامي وسّع من صلاحيات الولي في تصرفاته على أموال ابنه القاصر على خلاف الوصي والمقدم، أما القوانين الوضعية فلجأت إلى فرض بعض القيود على تصرفات معينة مثل فرض أخذ الإذن المسبق من طرف القاضي نظراً لما تشكله هذه التصرفات من خطورة على الذمة المالية للقاصر.

كما نلاحظ أن موضوع حماية أموال القاصر وإن كان موضع اهتمام فقهاء الشريعة والقانون منذ القديم إلا أن التشريعات الوضعية المغاربية لم تخصص له المساحة الكافية في تقنيناتها التي تكفل تناول جميع الجوانب، حيث أنه بالنظر إلى تنوع الإشكالات التي يطرحها

الموضوع في أرض الواقع كان أولى بالمشرعين المغاربة أن يفرّدوا بابا أو فصلا كاملا في تشريعاتهم لتناول كل الجزئيات التي وقع فيها اللبس والاختلاف.

• التوصيات:

حماية أموال القاصر ضرورة شرعية وقانونية يتولى القيام بها كل من تتوفر فيهم الشروط الضرورية ويقع على عاتق القضاة المختصين القيام بالإشراف والرقابة على النواب الشرعيين خصوصا في التصرفات التي تستوجب الإذن.

لاحظنا أن الفقه الإسلامي وكذلك بعض التشريعات المغاربية منحت صلاحيات أكبر للولي في التصرف في أموال ابنه القاصر دون أخذ الإذن المسبق من القاضي وذلك لوفور شفقتة عليه، على خلاف الوصي أو المقدم، الأمر الذي يعيبه البعض لأنه إنقاص من الحماية التي يجب أن تشمل أموال القاصر، ولذلك نرى أنه من الضروري وضع آلية رقابية على الولي كذلك كإلزامه بتقديم حسابات سنوية حول إدارته لأموال ابنه.

ضرورة أن يعيد المشرعان الجزائري والتونسي النظر في مسألة الإذن القضائي بالتصرف في أموال القاصر، وذلك بتحديد قيمة الأموال العقارية والمنقولة التي ينصب عليها الإذن القضائي أسوة بالمشرع المغربي.

نظرا لحصول بعض التناقض بين النصوص التشريعية المختلفة وذلك بسبب تناثر حيثيات موضوع الولاية والوصاية على أموال القاصر في عدة تشريعات حيث لم تفرد لها بابا خاصا يشمل جميع الجوانب في تشريع واحد سواء كان في قانون الأسرة الجزائري أو مدونة الأسرة المغربية أو مجلة الأحوال الشخصية التونسية، ما يستوجب التفكير في إعادة الاعتبار لهذا الموضوع وإعادة صياغة قوانين كاملة ومتكاملة ضمن تشريع خاص توضح فيه جل التفاصيل والمسائل التنظيمية بناء على الإشكالات المطروحة على أرض الواقع.

على المشرع الجزائري أن يعيد النظر في مسألة المدة التي يمتنع فيها الأب عن دفع النفقة حتى يكون معرضا للمتابعة الجزائية، وتقليصها لمدة شهر بدلا من الشهرين أسوة بالمشرعين المغربي والتونسي.

على المشرع المغربي أن يعيد النظر في مسألة حق الطفل في الهبة التي جعلها تنصب على العقارات فقط، ويساير المشرعين الجزائري والتونسي في جعلها تنصب على العقارات والمنقولات.

قائمة المصادر

والمراجع

• أولاً : المصادر

أ. القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

ب. المعاجم:

1. الجُرْجاني، التعريفات، دار الكتب العلمية، ط 2، بيروت، لبنان، 2003.

ت. كتب التفاسير

1. تفسير البغوي معالم التنزيل، ج1، دار طيبة، السعودية، 1409هـ.

2. الجصاص، أحكام القرآن، ج1، دار إحياء الكتب العربية، مؤسسة للتاريخ

العربي، 1992.

ث. كتب السنة

1. محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، ط1، دمشق، سوريا،

2002، حديث رقم 5364، 1367.

2. أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، معرفة السنن وأثاره، المجلد 11، دار

الوفاء، 1991، مصر.

3. ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج1، دار إحياء الكتب العربية، حديث رقم 2709،

د.س.ن.

4. الدارقطني، سنن الدارقطني ، باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، حديث رقم

1970، ج3.

• ثانياً: المراجع

أ. الكتب الفقهية:

1. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، ط2، دمشق، سوريا، 1985.

2. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، دار الكتب

العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

3. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 10، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 1993.
4. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
5. شمس الدين أبي الفرج، عبد الرحمان بن أبي عمر بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني وبليه الشرح الكبير، ج9، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن.
6. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج5، دار المعرفة، ط1، بيروت، لبنان، 1989.
7. عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحقوق المتعلقة بالطفل في الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
8. مسعود بن موسى فلوسي، الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مجلة المعيار، قسنطينة، العدد 09، 2004.
9. محمود محمد حمودة - محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن، 2000.
10. ياسر أحمد عمر الدمهوجي، حقوق الطفل وأحكامه في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الإسكندرية، 2012.
11. أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، مصر، 2000.
12. مالك بن أنس، الموطأ، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1977.
13. كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير على الهداية-شرح بداية المهتدي، ج7، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 2003.
14. الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج7، دار علم الكتب، بيروت لبنان، 2002.

15. شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، د.ط، د.س.ن.
16. مالك بن أنس ، مؤطاً الإمام مالك، كتاب الحدود، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، حديث رقم 12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط، 1985.
17. ابن قدامة، المغني، الجزء 6، دار علم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض، ط3، 1417هـ، 1997م ، ج6.
18. الموصللي، الإختيار لتعليق المختار، مطبعة الحلبي، القاهرة ، مصر، د.ط، 1937، ج5.
19. البغدادي، مجمع الضمانات، ج1، دار السلام، القاهرة، مصر، ط 1، 1999.
20. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
21. الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط2، ج4، بيروت، لبنان، 1986.
22. الخرشلي، شرح مختصر خليل، ج5، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، د.س.ن.
23. خليل، مختصر العلامة، خليل، ج1، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1، 2005.
24. الشيرازي، التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة 1951.

25. الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 6، دار علم الكتب، بيروت، لبنان، 2002.
26. خليل، التوضيح، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ج6، ط 1، 2008.
27. ابن تيمية، مجموع الفتاوي
28. ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، د.ط، 1995، ج29.

ب. الكتب القانونية :

1. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 2004.
2. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد، ط1، 2009.
3. وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007.
4. زكي زكي حسين زيدان، الحماية الشرعية والقانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009.
5. نور الدين أبو لحية، الزواج والطلاق وحقوق الأولاد الصغار، دار الكتاب الحديث، مصر، 2009.
6. أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون نفقة الزوجة ونفقة الصغير ونفقة الأقارب، دار الكتب القانونية، مصر، 1995.

7. غالية رياض البشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2010.
8. أحمد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، دراسة مقارنة بين الشريعة وقوانين الأحوال الشخصية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
9. أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية تشريعا و فقها وقضاء، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2013.
10. رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة قوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
11. زكريا البري، الأحكام الأساسية - الأسرة الإسلامية في الشريعة والقانون -، منشأة المعارف، مصر، 1985.
12. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط3، 1996.
13. حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق اللصيقة بشخصية الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2013.
14. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة باب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1981.
15. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، 2002.
16. حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط1، دار الفكر الجامعي، 2005.

17. محمد محدة، التركات والمواريث، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، مصر، القاهرة، 2004.
18. سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للنشر والطباعة والتوزيع، تيزي وزو، 2007.
19. العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 05، 1990.
20. محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري -مقارنة بأحكام الشريعة السلمية والقانون المقارن-، الديوان الوطني للشغال التربوية، ط1، 2003.
21. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004.
22. محمد السعيد رشدي شاهين، أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1983.
23. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، د.س.ن.
24. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط، 1994.
25. عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط3، 2000.
26. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، ط2، الجزائر، 2005.
27. المهدي قياس، القاضي المدني وحماية القاصر، منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص، ط1، 2015.

ج. الرسائل و المذكرات:

• أطروحات الدكتوراه:

1. عبد اللطيف والي، الحماية القانونية لحقوق الطفل -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق 2014-2015.
2. خيرة العرابي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران 2012-2013.
3. عبد الرحمان الهياوي، الحماية القانونية لأموال القاصر، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2021.

• مذكرات ماجستير:

1. هجيرة نشيدة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011-2012.
2. غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.
3. نبيلة بوشفرة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، بحق لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2005-2006.
4. جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006.

5. عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الادارية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

• **مذكرات ماستر:**

6. بن علو مامة، نفقة الأولاد دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2018-2019.

د. **النصوص القانونية**

• **النصوص القانونية الجزائرية:**

1. دستور الجزائر لسنة 1963، المؤرخ في 10/09/1963، الجريدة الرسمية رقم 64، لسنة 1963 المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 بتاريخ 07/12/1996، الجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 08/12/1996.

2. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 24، صادرة في 12 يونيو 1984 معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27/02/2005، ج.ر. عدد 15 صادر في 27/02/2005.

3. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21 الصادر بتاريخ 23/04/2008.

4. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 78 صادر في 24 رمضان 1395، الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

5. أمر رقم 66-156، مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر. عدد 49 صادرة في 21 صفر عام 1386 الموافق 11 يونيو سنة 1966، معدل ومتمم.

6. أمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل و المتمم.

• النصوص القانونية المغربية:

1. ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447.74.1 بتاريخ 11 رمضان 1493 الموافق لـ 28 شتنبر 1974، المتضمن المصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المغربية.

2. ظهير شريف رقم 172.02.1 الصادر في 13/06/2002 بتنفيذ القانون 01/15 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ج.ر، عدد 5031، الصادرة بتاريخ 2002/08/19.

3. ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) المتضمن بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05 فبراير 2004.

4. قانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 11.178.1 الصادر في 22 ذي الحجة 1432هـ الموافق لـ 22 نوفمبر 2011 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011

5. ظهير شريف رقم 1.96.83، الصادر في 15 ربيع الأول 1417هـ الموافق لـ 1 أغسطس 1996م، بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة المغربية .

6. ظهير 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 أغسطس 1913، المتضمن قانون الالتزامات و العقود المغربي، صيغة محيئة بتاريخ 11 يناير 2021.

• النصوص القانونية التونسية:

1. أمر علي مؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

2. أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906، كتب في 28 شوال 1324 و في 15 ديسمبر 1906، يتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

د. الإجتهاادات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، 1987/02/07، ملف رقم 47915، م.ق، 1990، العدد 3.

2. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/12/25، ملف رقم 57227، م.ق 1991، عدد 4.

3. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 349343 المؤرخ في 2006/02/08 (غير منشور).

4. قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1998/04/21، ملف رقم 189258، مجلة الاجتهاد القضائي، 2001.

5. قرار المحكمة العليا، غرفة الحوال الشخصية والمواريث في 14/04/1982، المجلة القضائية، العدد 1989، 04.

6. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في 22/02/1982، نشرة القضاة، 1982.

هـ. المقالات والمجلات:

1. محمود بن إبراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، كلية أصول الدين، الأردن، 2010.
2. محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، 1987.
3. شفيق حادي، حكم الهبة للجنين، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعني بنشر الدراسات القانونية، 2013، ع 4، ص 99، موقع إلكتروني متوفر على: www.majalah.new.ma
4. ميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2009.
5. العربي فريدة، الحماية القانونية لأموال القصر وعديمي الأهلية والغائب في القسمة الاتفاقية، دفاتر البحوث العلمية المجلد 9، العدد 2، جامعة لونيبي علي البلدية 2، الجزائر، 2021.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ إلى هـ
الفصل الأول : حماية مصلحة القاصر في اكتسابه للأموال	
المبحث الأول: حماية حق القاصر في النفقة	08
المطلب الأول: حماية القاصر من خلال شروط النفقة	08
الفرع الأول: تعريف النفقة	09
الفرع الثاني: شروط النفقة	12
المطلب الثاني: تقدير نفقة الصغير وسقوطها	21
الفرع الأول: تقدير النفقة	21
الفرع الثاني: سقوط النفقة	26
المبحث الثاني : حماية حق القاصر في التملك	31
المطلب الأول: حماية حق القاصر في الميراث	31
الفرع الأول: حق القاصر والجنين في الميراث عند وجود الأصل	33
الفرع الثاني: حق القاصر في الميراث عن طريق التنزيل	40
المطلب الثاني : حماية حق القاصر في اكتساب المال بالوصية والهبة	45
الفرع الأول: حماية حق القاصر في الوصية	45
الفرع الثاني: حماية حق القاصر في الهبة	54
الفصل الثاني: حماية أموال القاصر من خلال الأحكام المتعلقة بإدارتها واستثمارها	
المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بتصرفات النائب الشرعي الواردة في نطاق أعمال الإدارة.	68

68	المطلب الأول: استثمار مال القاصر بالتجارة
69	الفرع الأول : حكم الإتجار بمال القاصر في الفقه الإسلامي
71	الفرع الثاني: حكم الإتجار بمال القاصر في قوانين الأسرة المغربية
73	المطلب الثاني: استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض
74	الفرع الأول: حكم إقراض واقتراض مال القاصر في الفقه الإسلامي
77	الفرع الثاني: حكم اقراض أو اقتراض مال القاصر في قوانين الأسرة المغربية
78	المطلب الثالث: استثمار مال القاصر بالمساهمة في شركة
79	الفرع الأول: مشروعية استثمار مال القاصر بالمساهمة في شركة في الفقه الإسلامي
79	الفرع الثاني: استثمار مال القاصر في شركة المساهمة في التشريعات المغربية
81	المطلب الرابع : إيجار عقار القاصر
81	الفرع الأول: حكم إيجار عقار القاصر في الشريعة الإسلامية
82	الفرع الثاني: حكم إيجار عقار القاصر في التشريعات المغربية
85	المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بتصرفات النائب الشرعي الواردة في نطاق أعمال التصرف
85	المطلب الأول: بيع عقار القاصر
86	الفرع الأول: أحكام بيع عقار القاصر في الفقه الإسلامي
88	الفرع الثاني: أحكام بيع عقار القاصر في قوانين الأسرة المغربية
91	المطلب الثاني : قسمة العقار الذي يكون القاصر طرفا فيه وإجراء المصالحة
91	الفرع الأول: قسمة العقار
92	الفرع الثاني: إجراء المصالحة

فهرس المحتويات

94	المطلب الثالث: رهن مال (عقار) القاصر
94	الفرع الأول: أحكام رهن مال القاصر في الفقه الإسلامي
96	الفرع الثاني: أحكام رهن مال القاصر في قوانين الأسرة المغربية
98	المطلب الرابع : بيع منقولات القاصر
98	الفرع الأول: أحكام بيع منقول القاصر في الفقه الإسلامي
100	الفرع الثاني: أحكام بيع منقول القاصر في قوانين الأسرة المغربية
105	خاتمة
109	قائمة المصادر والمراجع