منشورات مجلة المنارة
للدراسات القانونية والإدارية

الحماية القانونية والقضائية لبيع عقار القاصر

مراد عامر
باحث في القانون الخاص
وحدة قانون العقود و العقار

سلسلة البحوث الجامعية

منشورات مجلة المـنـارة
للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها
الدكتور رضوان العنبي
باحث في القانون العام

الإيداع القانوني 2011 PE 0113 ردمد 2028 – 876 X

ملف الصحافة
43/2011

المطبعة
دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع –
الرباط
شارع طونكان عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع
الهاتف : 23 58 72 37 05 الفاكس : 32 13 72 37 05
البريد الإلكتروني : Contact@darassalam.ma
الموقع الإلكتروني : www.darassalam.ma

المراسلة
العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج
البيضاء 20350
الهاتف: 0665929835
البريد الالكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع الحقوق محفوظة

مقدمة:

عنيت الشريعة الإسلامية بأحوال الأسرة عناية كبيرة للوصول بها إلى أرفع المستويات من الطهر والتعاون والمحبة والكرامة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع، إذ من مجموع هذه الأسر تتكون الدولة بمفهومها الحديث[1]. وبما أن الإنسان الاجتماعي بطبعه. فهو عاجز بمفرده ومستطيع بغيره، ومن ثم فإنه مجبر على إحداث روابط بينه وبين غيره من أفراد المجتمع للاستجابة لمختلف حاجاته الاقتصادية والاجتماعية[2].

وتتجسد هذه الروابط في العديد من المعاملات التي تغطي مختلف أنشطته، نذكر من بينها المعاملات المالية؛ ذلك بأننا قد نحتاج في حياتنا، على سبيل المثال، إلى مسكن نقتنيه أو نبنيه أو نستأجره، أو أرض نستغلها أو نشغلها من أجل إنجاز مشاريعنا، وقد نقوم بهذه المعاملات مباشرة أو نكلف أحدا من الغير للقيام بها.

ونظرا لكون حماية الطفل من المخاطر المحيطة به، أصبحت خلال هذه السنوات الأخيرة محط اهتمام كبير من طرف المشرع، فإن حماية حقوقه ثم الكشف عنها من منطلق القوانين المنظمة لها، بحيث أصبحت تعد قضية وطنية تهم الرأي العام.[3]

وباعتبار هذا الأخير عضوا في هذا الكيان حظي بالقسط الأوفر من العناية والاهتمام، نظرا إلى ضعف قدرته على القيام بشؤونه الخاصة، لذا كان لابد من

[1]- أستاذنا إدريس الفاخوري: قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، دار النشر الجسور، وجدة، 2009، ص: 1.

[2]- عبد المجيد السملالي: المختصر في النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار القلم الرباط، 2009، ص: 3.

[3] - Roselyne Néroc-Groisier et Jocelyne Castaignéde la protection judiciaire du mineur en danger. Aspects de droit interne et de droit Européens édition Harmattan 2000, p :7.

إيجاد من يتولى رعايته والسهر على مصالحه تحقيقا لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْه الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[4].

ومن رحمته تعالى، أنه شرع الولاية على مثل هؤلاء الأشخاص العاجزين عن النظر في أموالهم ومصالحهم، حفظا للمال من صاحبه وأوليائه، قال تعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا (5) وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾[5].

ويعد التعامل مع الآخرين وتبادل الأعيان والمنافع معهم ضرورة اجتماعية واقتصادية تلازم الأفراد والمجتمعات[6]، ولهذا التعامل والتبادل صور متعددة لعل أبرزها عقد البيع الذي يعتبر من أكثر العقود المسماة شيوعا في الوقت الحاضر حتى قيل بأنه عقد كل الأوقات، إذ يعتبر في الاقتصاد المعاصر الأداة الأساسية لمبادلة الأموال، وصلة الوصل بين الإنتاج والاستهلاك، والأساس القانوني للعمليات التجارية ببعدها الزماني والمكاني وبمستوييها الوطني والدولي[7]. فهو يتميز كقاعدة عامة بكونه عقدا رضائيا تنفذ آثاره بمجرد اتفاق أطرافه على الثمن والمثمن فيصبح تاما وناجزا وفق منطوق الفصل 488 من ظهير الالتزامات والعقود[8]، ولاشك

[4]- سورة البقرة، الآية 281.

[5]- سورة النساء، الآيتان 5و6.

[6]- محمد بوحامد: بيع منقولات القاصر في إطار التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص:1.

[7]- عبد الحق صافي، عقد البيع دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مكتبة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص: 5.

[8]- ظهير 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 هـ الموافق 11 غشت 1913، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 غشت 1913، ص: 440 .

أن الرضائية التي يتسم بها عقد البيع فرضتها طبيعة هذا التصرف القانوني الذي يعتبر محور التبادلات المدنية والتجارية المؤسسة على الحركية السريعة والمتجددة على الدوام.

غير أنه إذا كان عقد البيع من حيث المبدأ يتسم بالرضائية، فإنه ونظرا للطبيعة الخاصة لبعض الأفراد المتعاقدة حينا جعل المشرع يفرض شروطا موضوعية وأخرى شكلية لصحة هذه التصرفات حفاظا على حقوق أصحابها. وهو الحكم الذي ينطبق على عقارات[9] القاصر التي يقوم بها المكلفون بالنيابة عنه بشكل قانوني.

وما دام القاصر[10] يعتبر أحد عديمي الأهلية أو ناقصها بسبب صغره أو ضعف إدراكه الذي يؤثر على حسن اختياره وتصرفه[11]. جعل المشرع المغربي يعمل

---

[9]- العقار: بالفتح في الشريعة هي العرصة، مبنية كانت أو لا، لأن البناء ليس من العقار في شيء، وقيل هو ما له أصل وقرار، من دار وضيعة، وفي "العمادية" العقار اسم للعرصة المبنية.

والضيعة: اسم للعرصة لا غير، ويجوز إطلاق اسم الضيعة على العقار وهو الأرض.

- أبو البقاء الكوفي: الكليات، مؤسسة الرسالة، ط1، 1992، بيروت، ص: 240. 599

والعقر والعقار: المنزل والضيعة، يقال ما له دار ولا عقار وخص بعضهم بالعقار النخيل، يقال للنخل خاصة من بين المال: عقار. وفي الحديث: من باع دارا أو عقارا.... قال: العقار بالفتح الضيعة والنخل والأرض ونحو ذلك.

- أبو الفضل منظور: لسان العرب دار صادر، بيروت، 1967، الجزء الرابع، ص: 597.

ويقال هو ما له أصل ثابت مثل الأرض والدار والنخيل والشجر.

- سعدي حبيب: القاموس الفقهي، لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1988، ص: 126

والعقار عند فقهاء القانون: هو الشيء المادي الذي له موقع ثابت غير متنقل بحيث لا يمكن نقله بدون تلف كالمنزل والأرض.

والعقار نوعان، عقار بطبيعته كالأراضي والأبنية، وعقارات بالتخصيص، وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا لخدمة العقار.

- أستاذنا: إدريس الفاخوري: المدخل لدراسة العلوم القانونية الجزء الثاني، نظرية الحق، دار النشر الجسور، الطبعة الأولى 1995، ص: 166-167.

[10]- القاصر في اللغة اسم فاعل من فعل (قصر) بفتح القاف، الذي يأتي للدلالة على معنيين:

أحدهما: وهو عدم بلوغ الشيء مداه ونهايته، فيقال: قصر الشيء عن الهدف إذا لم يبلغه.

- أبو الفضل بن منظور، لسان العرب، م.س، الجزء الخامس عشر، ص: 95 وما بعدها. =

أساسا لتنظيم عملية بيع هذا النوع من الأموال حفاظا عليها لفائدة أصحابها في قانون الالتزامات والعقود ضمن العقود المسماة، كما تم تنظيم الإجراءات التي تخصها في إطار قانون المسطرة المدنية[12].

علاوة على ذلك، فقد قننت مدونة الأسرة[13] الجوانب الموضوعية المرتبطة ببيع عقارات القاصر، شأنها في ذلك شأن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[14]، إضافة إلى القانون الجنائي[15] المقنن لمسؤولية النائب الشرعي وإن كان بشكل غير مباشر.

= وفي الاصطلاح الفقهي: ذهب وهبة الزحيلي إلى أن "القاصر من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقدا لها كغير المميز أو ناقصها كالمميز".

- وهبة الزحلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق 1984، الطبعة الثالثة الجزء السابع، ص: 746.

أما الأستاذ أحمد الخمليشي، فقد أعطى للقاصر مدلولين: أحدهما عام والآخر نسبي، مؤكدا أن الطفل منذ ولادته يخضع لولاية على نفسه وأخرى على ماله، وفي جميع الحالات يعتبر الولد قاصرا من يوم ولد إلى انتهاء الولايتين معا، هذا هو المفهوم العام للقاصر.

ولكن تبعا لمراحل النمو الجسمي والعقلي للقاصر، قد يعترف له بالأهلية في بعض تصرفاته القانونية، وقد ينال قسطا من استقلاله الشخصي قبل أن تنتهي الولايتان.

وهكذا، يضيق معنى القصر منذ سن التمييز ويصبح مدلوله نسبيا يقتصر على ما بقي بيد الولي من سلطة دون ما اعترف به القاصر من التصرفات المالية، وما ناله من الاستقلال الشخصي.

- أحمد الخمليشي: المسؤولية المدنية للآباء عن أبنائهم القاصرين مكتبة المعارف 1982، الطبعة الأولى، ص: 137-138.

[11]- يوسف مختاري: أحكام بيع أموال القاصر في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة التكوين والبحث: القانون المدني المعمق، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 1.

[12]-ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص: 2742.

[13]- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ص: 418.

[14]- ظهير شريف رقم 1.93.347 صادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) المتعلق بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.57.343 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2354 الصادرة بتاريخ 13 جمادى الأولى 1377 موافق 6 دجنبر 1957، ص: 414.

[15]- ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر بتاريخ 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، منشور بالجريدة الرسمية عدد، 2640 مكرر، بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963) ص: 1253.

على أن رؤية الفقه الإسلامي للأمر لا تقل أهمية وقيمة عما جاء ضمن نصوص التشريع الأسري المغربي، بل إن هذا الأخير تأثر أساسا بما ورد في الفقه المذكور وخاصة الفقه المالكي الذي يعتبر المصدر الأساسي للتشريع المغربي.

هكذا نجد المشرع المغربي أسوة بغيره من المشرعين خص القاصر بمجموعة من الفصول والمواد في العديد من النصوص القانونية، علما أن تناثرها بين مختلف النصوص القانونية لا يعني انفصالها،[16] وإنما هي مكملة لبعضها البعض لأنها تلتقي كلها عند غرض واحد هو حماية القاصر في ماله، فعدم نضجه جسمانيا وعقليا يحتم إخضاعه لحماية وعناية خاصتين، ليس فقط في علاقته بالغير بل أحيانا في مواجهة نفسه أيضا.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية دراسة موضوع بيع عقار القاصر بالنظر إلى المقتضيات القانونية الجديدة لمدونة الأسرة المرتبطة بالموضوع، والمتمثلة أساسا في إكتساب الأم بصفتها وليا على أبنائها القاصرين لنفس صلاحيات الأب، في ممارسة الولاية، ومنها سلطة التصرف بالبيع، وبالتالي أصبحت معفاة من الحصول على الإذن القضائي لتفويت أملاك أبنائها القاصرين، والخضوع في ذلك للمسطرة الخاصة بهذا النوع من البيوع، وهو الحكم الذي كان يتمتع به الأب.

بالإضافة إلى عدم تحديد المشرع لصلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته إزاء بيع عقار القاصر بشكل دقيق، إذ غالبا ما تثار أمام القضاء حدود سلطة النائب الشرعي في هذا المجال، سيما عندما يتعلق الأمر بالوصي أو المقدم.

دواعي اختيار الموضوع:

لعل ما دفعني إلى الكتابة في هذا الموضوع هو:

[16] - وإن كان هذا الأمر يؤدي في بعض الأحيان إلى التعارض كما سيتضح في خضم هذا البحث.

- محاولة البحث عن إجابة للمقتضيات القانونية الجديدة المتعلقة بالمشاكل والصعوبات التي كانت تعترض التطبيق القضائي لأحكام بيع عقار القاصر.

- استخلاص مدى الحماية التي يوفرها المشرع للقاصر في مجال بيع عقاراته، لا في مدونة الأسرة فحسب، بل حتى في مجال فروع القانون الأخرى.

- استقصاء مظاهر الحماية التشريعية لذمة القاصر المالية في حالة التصرف بالبيع في الحقوق المالية التي تتضمنها، وذلك من خلال الأحكام الجديدة لمدونة الأسرة.

- إبراز مدى الحماية التي توفرها مدونة الأسرة للقاصر، ومدى التعارض القائم بين مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود أو قانون المسطرة المدنية.

صعوبات البحث:

البحث في هذا الموضوع لم يكن من السهولة بمكان، فهو السهل الممتنع، ذلك أنه رغم تعدد المراجع في هذا المجال إلا أن أغلبها وصفي، لا يغوص في تحليل الإشكالات المهمة المرتبطة بالموضوع، إلى جانب كثرة الآراء وتضاربها.

إضافة إلى هذا فإن مدونة الأسرة جاءت بمقتضيات عدة تطرح إشكالات في هذا المجال تقل فيها المراجع، ومن ذلك مثلا مساءلة الولي مدنيا وجنائيا، فضلا عن قلة الأحكام القضائية وخاصة تلك المتعلقة بالمسؤولية سواء أكانت مدنية أو جنائية.

منهجية دراسة الموضوع:

يعتمد موضوع البحث في دراسته انطلاقا على النصوص التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية، وذلك بالتحليل والمقارنة والمناقشة أساسا وإبداء الرأي، على ألا يتم الوقوف عند النص الجديد فقط، إنما الرجوع إلى مدونة الأحوال الشخصية الملغاة للوقوف على الفرق بين النص الجديد والقديم، دون نسيان الاستعانة بباقي التخصصات المعرفية الأخرى المرتبطة بالموضوع.

إشكالية البحث وخطة:

إذا كانت حكمة الشارع اقتضت استثناء القاصر من التكاليف الشرعية لنقص أهليته ولعدم اكتمال عقله ورشده، إذ إنه ليس له حق التصرف في أمواله كيفما يشاء لعدم قدرته على تمييز ما في مصلحته من غيره، مما يجعله عرضة لضعاف المجتمع، فقد كان لابد من ضوابط تحد من تصرفات النائب الشرعي عنه وخاصة تلك المتعلقة بعقاراته من خلال تنظيم وتقييد تصرفاته بما يؤدي إلى حفظ حقوقه وصيانة أمواله.

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي توفير الحماية اللازمة لعقار القاصر من خلال أحكام مدونة الأسرة؟

الإجابة على هذه الإشكالية المحورية لن تتأتى إلا من خلال مجموعة من الإشكاليات التي تطرح نفسها في خضم هذا الموضوع. أهمها:

مدى أهلية النائب الشرعي في الإلزام والالتزام فيما يخص عقارات القاصر؟ وما دور باقي فروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي مثلا في الاعتناء بالجوانب الحمائية الخاصة بعقارات القاصر؟

وأمام وجود مقتضيات واردة في قانون الالتزامات والعقود وأخرى واردة في مدونة الأسرة مستمدة من الفقه الإسلامي بخصوص صلاحيات النائب الشرعي في التصرف في عقار القاصر، فإنني أتساءل: هل هناك فعلا حماية لأموال القاصر؟ وما هو نطاق وسلطة القضاء في توفير هذه الحماية؟

وللإحاطة بموضوع هذا البحث ارتأيت اعتماد التقسيم التالي:

الفصل الأول: التنظيم القانوني لبيع عقار القاصر.

الفصل الثاني: جزاء إخلال النائب الشرعي بالتزاماته فيما يتعلق ببيع عقار القاصر.

الفصل الأول
التنظيم القانوني لبيع عقار القاصر

خص الفقه الإسلامي حيزا مهما من القواعد للعاجزين عن القيام بشؤونهم الخاصة سواء في أنفسهم أو أموالهم، وذلك بإسناده مهمة الاعتناء بهم للنائب الشرعي.

والنيابة كما هو معلوم هي حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل كما لو كانت هذه الإرادة صدرت منه شخصيا[17].

وفي مجال حديثنا، فالنيابة إما أن تكون شرعية أو قانونية. وقد سميت بهذا الاسم لأن الشرع أو القانون هو الذي يفرضها، وذلك بتعيينه للنائب الشرعي وتحديد مهمته وتنظيم القواعد التي يسير عليها، وبهذا تختلف هذه النيابة عن النيابة العقدية التي تسمى بالوكالة لأن الموكل هو الذي ينشئها بإرادته ويتفق مع نائبه على مداها ومدتها، وغير ذلك مما يلزم لتنظيمها.

وحتى يتم توفير حماية للقاصر وضع المشرع المغربي ضمانات خاصة وقوية، أهمها تخصيص القاصر بنيابة قانونية، تظل قائمة في مواجهة الغير الذي قد يستغل عدم اكتمال نضج القاصر العقلي وتكوينه الجسماني، وبذلك يكون المشرع المغربي سلك مسلك الفقه الإسلامي فيما جاء به؛ وزاد عليه بأن جاء بمستجدات حاول من خلالها خلق نوع من التوازن في الولاية بمنحه هذا الحق لكل من الأب والأم على حد سواء، خلافا للفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الشخصية، وإن كان المشرع في تعديلات 1993 منح هذا الحق للأم لكن أخضعها في ذلك لبعض القيود.

والملاحظ أن الأحكام الفقهية والقانونية تختلف بخصوص سلطة كل من الولي أو الوصي أو المقدم في مجال بيع عقار القاصر، بالإضافة إلى اختلاف الإجراءات المنظمة للبيع.

[17]- محمد الشرقاني: القانون المدني،دار القلم، الرباط، يناير، 2003، ط 1، ص: 83.

ومن ثم يحق السؤال عن الأشخاص المكلفين ببيع عقار القاصر وما هي حدود سلطتهم؟ وما دور القضاء في توفير الحماية للقاصر بوجه عام، وفي بيع عقاراته بوجه خاص؟

للإجابة عن هذا السؤال الذي لا يمكن إلا أن يخدم الإشكالية الكبرى لهذا البحث، سأحاول تقسيم هذا الفصل على الشكل التالي:

المبحث الأول: الأشخاص المكلفون ببيع عقار القاصر

المبحث الثاني: رقابة القضاء لبيع عقار القاصر

المبحث الأول: الأشخاص المكلفون ببيع عقار القاصر

لقد شرعت النيابة أصلا لحماية القاصر وشد أزره، فالمشرع أوجب الحجر على القاصر بصفة عامة لئلا تضيع أمواله بغير قصد منه، فالشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية لكي تحول بين القاصر ومن يحاول الاحتيال عليه وأخذ أمواله بالباطل، حجرت عليه رحمة به، قال تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[18]

ونظرا لانعدام أهلية القاصر في التصرف في أمواله بالبيع مثلا نتيجة عدم اكتمال إدراكه، فإن النائب الشرعي يقوم بمباشرة كل التصرفات القانونية لحسابه ومصلحته. والنيابة الشرعية لا تكون لشخص محدد بذاته إنما تعود لأشخاص حددتهم المادة 231 من مدونة الأسرة.

وحسب المادة 231 من مدونة الأسرة فالنيابة الشرعية عن شخص القاصر إنما هي ولاية، أو وصاية، أو تقديم، والمشرع نظرا لاختلاف جهات النيابة الشرعية، ميز بين سلطات كل من الولي في بيع عقار القاصر (المطلب الأول) وبين سلطات الوصي أو المقدم (المطلب الثاني).

[18]- سورة البقرة، الآية 281.

المطلب الأول: سلطة الولي في بيع عقار القاصر

إذا كان للقاصر مال فإنه يحتاج بالضرورة إلى ولي لكي يقوم بحفظه وصيانته واستثماره لصالحه، وهذا الولي قد يكون هو: الأب أو الأم.

فإذا تحققت الولاية على المال، بأن قامت كل عناصرها وانتفت موانعها واستوفيت شروطها يصبح للولي (الأب) آنذاك صلاحية التصرف في أموال من تحت ولايته (الفقرة الأولى).

غير أن الفقهاء لم يوجد منهم من يقول بأن الأم تصبح وليا على الأولاد تلقائيا بمجرد موت أبيهم، مما يدفع إلى التساؤل حول تصرفات الأم في أموال أولادها القاصرين، هل تعتبر صحيحة لازمة للأولاد أي تعتبر كأنها صادرة من الولي، أم لا؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعاقد الولي مع نفسه

من المعلوم أن للأب حق التصرف في عقار محجوره لكون أفعاله محمولة على السداد والصلاح؛ وهذه الصلاحية المخولة للأب تفضي إلى شراء الولي لنفسه من محجوره؛ أو بعبارة أخرى التعاقد بين الولي والمحجور.

وهذا ما أثار جدلا عريضا في الفقه القانوني، نتيجة أن تعاقد الشخص مع نفسه يؤدي إلى تمثيل شخص واحد، في آن واحد، لإرادتين متعارضتين، مما حدا ببعض التشريعات إلى منع هذا التعاقد صراحة، وإن كان البعض الآخر قد أجازها[19].

غير أن الآراء الفقهية اعتبرت أن الأب ذو سلطة واسعة، يتصرف بها في أموال من تحت ولايته من أولاده الصغار والكبار المحجور عليهم، لما يتمتع به من شفقة

[19]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الدراسات والأبحاث، الإصدار الثالث، يونيو 2010، ص: 123.

- انظر أيضا: معوض عبد التواب: الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986، ص: 531 و532.

عليهم ودراية بمصالحهم والبيع والشراء هو من أخطر التصرفات التي يمكن أن تفوت بها أموال بالبخس في الثمن عند البيع، مما دفع بالفقهاء إلى الاتفاق على جواز تعاقد الولي مع نفسه، عدا زفر من الحنفية الذي اشترط حضور نائب القاضي ليتسلم الثمن، ثم يسلمه للأب باعتباره وليا على أموال المولى عليه لكي تبرأ ذمة الأب، وهو ما أخذت به بعض التشريعات العربية[20].

وإذا كان الشافعية اشترطوا في بيع عقار القاصر من طرف وليه وفور المصلحة وظهور الغبطة، فإن المالكية أجازوا للولي البيع والشراء من الصغير والمجنون بشرط عدم المحاباة في الثمن لكي يضمن عدم وقوع الضرر على مالهما، قال بن سلمون[21]: "وله أن يشتري مال ابنه لنفسه ولا اعتراض عليه في شيء ومن ذلك عقارا كان المال أو سواه، إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش"[22].

[20]- عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، مطابع إفريقيا الشرق، طبعة 1996، ص: 330.

[21]- هو: أبو محمد عبد الله بن علي بن عبد الله بن علي بن سلمون الكناني الغرناطي المالكي ولد سنة 669 هجرية، بغرناطة، له العقد المنظم للحكام، والشافي في تحرير ما وقع من الخلاف بيت التبصرة والكافي في فروع المالكية، والوثائق، توفي سنة 741 هجرية.

- انظر ترجمته :

- لسان الدين بن الخطيب: الإحاطة في أخبار غرناطة، تحقيق الدكتور عبد الله عنان، مطبعة الخانجي القاهرة، ط7، ج4، ص: 309.

- عبد الحي الكتاني: فهرس الفهارس والإثبات ومعجم المعاجم والمشيمخات والمسلسلات، باعتناء الدكتور إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي بيروت، الجزء الثاني، ص: 1830.

- أبي الحسن النباهي، المراقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، المكتبة التجارية بيروت، ص: 167-168.

- محمد بن محمد بن مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، طبع بالأوفست، الطبعة الأولى 1334 هـ، المطبعة السلفية ومكتبتها على نفقة دار الكتاب العربي، بيروت، ص: 214.

[22]- جابر بن علي الحوسني: مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالقانون – دار المحجة للنشر والتوزيع، دون ذكر الطبعة والسنة، ص: 227.

وهذا ما قضى به المجلس الأعلى سابقا- محكمة النقض حاليا -[23] حيث ذهب إلى أن "القانون الذي يحكم النيابة الشرعية للمغاربة المسلمين هو مدونة الأحوال الشخصية التي تعطي للأب الولاية العامة على أولاده القاصرين؛ له الحق في التصرف في أموالهم بما فيه البيع دون إذن سابق من القاضي"[24].

غير أنه إذا ثبت بعد إجراء التصرف أن الأب تصرف بسوء نظر كأن يتصرف لفائدة نفسه محابيا ذاته، يتدخل القضاء بعد ذلك لفسخ التصرف بنقضه، لكن في إطار الرقابة القضائية البعدية، وهو ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط بقولها: "بيع أموال القاصر من طرف نائبه بمقتضى عقد عرفي يكون معيبا"[25].

وهو ما أكده الفقه المالكي متجليا في قول ابن رشد " تصرف الأب يحمل على غير السداد حتى يثبت خلافه، ومحل هذا الخلاف أنه باع الولي متاع ولده من نفسه، أما لو باعه لغيره فهو محمول على السداد حتى يثبت خلافه، وللابن القاصر الاعتراض على ما باعه الولي لنفسه، بعد رشده، على خلاف إن باعه لأجنبي"[26].

والمتمعن في نصوص مدونة الأسرة يتوصل إلى أن ما ذهب إليه فقهاء المالكية، هو ما تبنته المدونة وسارت عليه، ويظهر ذلك من خلال عدم منع الأب من التصرف في مال القاصر بالبيع ولا بغيره وعدم تنصيصها هذا يعني ببساطة شديدة وجوب الرجوع إلى الفقه المالكي[27] تطبيقا لأحكام المادة 400 من مدونة الأسرة، التي

---

[23]- القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 بتاريخ 2 ربيع الأول 1377 (27سبتمبر1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26أكتوبر 2011) ص 5228

[24]- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 546 بتاريخ 14-5-1991، في الملف الشرعي عدد 88/5433 عن مجموعة قرارات المجلس الأعلى أ ح ش، الجزء الثاني، 1983، 5991، ص: 90 وما بعدها، أورده محمد بلفقير: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، ع1، ص: 220.

[25]- عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي، الدار العربية للموسوعات، 1993، ج 1، ص: 31.

[26]- محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة إحياء الكتب العربية، الجزء الثالث، ص: 299.

-انظر أيضا: محمد بن معجوز : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، ص: 227 إلى 230.

[27]- العلمي الحراق: مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، دراسات وتعليق، الطبعة الأولى، 2005، ص: 120/119.

تنص على أن: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

وعلى هذا المنوال سار أيضا القضاء المغربي قدما عندما نص على أن بيع الوالد مال ولده الذي في حجره للغير ماض، لأنه محمول على النظر، وليس للإبن بعد الرشد الاعتراض عليه[28].

وإن كان أحد الباحثين[29] يرى أن الولي لايسمح له بيع عقار محجوره لنفسه، أو شرائه منه لنفسه خشية المساس بمصالح المحجور، وذلك من خلال استقرائه لنص المادة 269 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه :"إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرفات تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به، وتعين ممثلا للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه".

وحسب ما تكون لدي من اعتقاد، فإن المشرع المغربي لم يقرن بيع الأب لعقار ابنه القاصر لنفسه بالحصول على إذن من القاضي حسب ما أشارت إليه الباحثة، بدليل أن المشرع من خلال المادة 240 لم يشترط وجوب الإذن لكون الاستثناء الوارد في الفقرة الأولى من المادة المذكورة - لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأحوال المحجور، ولا يفتح ملف النيابة الشرعية بالنسبة له إلا إذا تعدت قيمة أموال المحجور مائتي ألف درهم (200 ألف درهم)-. إنما يعود إلى أقرب مذكور وهو فتح ملف النيابة الشرعية وليس الإذن بالبيع، سواء لنفسه أو لغيره، بمفهوم المخالفة، إذا كان للمحجور مال لا تتعدى قيمته 200 ألف درهم فلا يحتاج إلى فتح ملف النيابة الشرعية وبالتالي عدم اشتراط الإذن، هذا من جهة.

[28]- قرار صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى: الحكم عدد 49 الصادر بتاريخ 2 جمادى الثانية 1349 هـ في القضية رقم 1382 منشور بمجلة المعيار، عدد 48، دجنبر 2012، ص: 239.

[29]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، م س، ص: 125.

من جهة ثانية بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 271 من المدونة نجدها قيدت التصرف بالإذن في الوصي والمقدم دون الولي بقولها: "لا يقدم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين...".

وبما أن هذه المادة حصرت حديثها عن الوصي والمقدم، فإن الولي لا يخضع لرقابة القضاء القبلية، وإنما يلزم بتقديم تقرير سنوي منصوص عليه في المادة 243.

ولا يشوش على هذا الاستدلال، ما ذهب إليه الفصل 11 من ق ل ع الذي ينص على منع الأب والوصي وغيرهما من التصرف بالبيع أو المعاوضة أو الكراء لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو الشركة أو القسمة أو إبرام الرهن وغيرها من التصرفات التي يحددها القانون صراحة، إلا بعد الحصول على إذن من القاضي المختص. لأن هذا الفصل من جهة، لا يطبق على جميع المغاربة، وخاصة المسلمين الذين يخضعون في أحوالهم الشخصية إلى أحكام ومقتضيات مدونة الأسرة، ولكون ق ل ع من جهة أخرى لا يعتبر مصدرا مكملا للمدونة، وإنما الذي يعتبر مصدرا مكملا هو الفقه المالكي الذي يتعين الرجوع إليه عند عدم وجود نص في المدونة[30].

غير أن بعض التشريعات العربية ذهبت خلاف ما ذهب إليه المشرع المغربي؛ فعلى سبيل المثال لا الحصر، المشرع الجزائري وحسب المادة 88 من قانون الأسرة[31]، أوجب استئذان الأب من القاضي بخصوص العديد من التصرفات التي

[30]-أحمد الخمليشي: وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1988، ص: 55 إلى 67.

[31]- تنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بقانون 05.02 على ما يلي: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،

2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،

3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد."

حددتها نفس المادة، وعلى القاضي أن يراعي في منح الإذن حالة الضرورة والمصلحة[32]، وإذا تعارضت مصلحة الولي مع مصلحة القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا، أو بناء على طلب من له مصلحة[33].

وعلى منوال القانون الجزائري، سارت مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالإحالة على مجلة الالتزامات والعقود التي نصت في الفصل 15 على أن: "الأب المدير لكسب ابنه أو السفيه والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع ومعارضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وتركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من الحاكم المختص ولا يعطي الإذن المذكور إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة المذكورة آنفا"[34].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي في نظري لم يوفر أية حماية للقاصر حينما اشترط الزيادة في الثلث للإبطال إذا وقع الغبن ولو لم يصاحبه تدليس، بخلاف الفقه الإسلامي الذي اعتبره مبطلا للعقد ولو نقص على الثلث، إذا تعلق الأمر بالتصرف في أموال القاصر بصفة عامة، وعقاره بصفة خاصة، زيادة في توفير الحماية للقاصر واطمئنانا لسلامة الولاية.[35]

وعليه يتضح أن تعاقد النائب مع نفسه يمكن تصوره بالنسبة للنائب الشرعي وليا كان أو وصيا أ مقدما...

[32]- وفي ذلك تقول المادة 89 من ق.س. الجزائري: "على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

[33]- محمد الشافعي: قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2009 مراكش، ص: 140.

[34]- نزيهة لكحل عياط: القاصر في القانون، مطبعة بوسلامة للطباعة والنشر، تونس، ص: 13.

[35]- لمزيد من الإيضاح انظر عبد السلام الرفعي: م س، ص: 379.

الفقرة الثانية: صلاحية الأم في التصرف بالبيع

ذهب الفقهاء في ولاية الأم على أولادها القاصرين، إلى أنه لا ولاية للأم في باب المال، حيث لم نجد في الفقهاء من يعتبر الأم ولية على أولادها بمجرد موت أبيهم، من غير احتياج إلى وصاية أو تقديم، مستندين في ذلك إلى كون الخطاب في النصوص الشرعية في الولاية موجها للرجال دون النساء، وان الرجال أدرى وأقدر على تحمل أعباء وتكاليف الولاية لاختلاطهم بالناس، وتمرسهم الدائم بالأعمال المالية[36].

ومنطلق الفقهاء في منع الأم من الولاية على أموال ولدها القاصر، هو اعتبارهم الولاية جزءا من القضاء، والقضاء مشروط فيه الذكورة، إذ إن المرأة تعتريها حالات تجعلها ناقصة الأهلية، وذلك للانشغال بها كالحيض والنفاس والغيرة ورقة العاطفة، فقد نقل عنهم أن الولاية الجزئية مستفادة من القضاء، والولاية في إدارة أموال القاصر جزء من الولاية العامة، وبالتالي الفرع يتبع الأصل حسب منطق الترجيح الفقهي[37].

إلا أن فقهاء المالكية وسعوا من صلاحية الأم في التصرف – بالبيع – بخلاف المذاهب الفقهية الأخرى، ليس انطلاقا من حيث الحجر، وإنما استنادا من وصاية الأب، أو كون القاضي نصبها، أو كان هناك عرف بتوليها، فإنه يؤخذ بالعرف المعمول به استحسانا عند علماء المالكية[38].

---

[36]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية، 2007/2006، ص: 90.

[37]- بوشعيب بلقاضي: إدارة أموال القاصر بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة – وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية، 2002-2003، ص: 38.

[38]- أناس وقا: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤوليته عن بيع عقار القاصر، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008/2007، ص: 16.

على أن الملاحظ أن الرأي يتجه إلى اعتبار ولاية الأم على أموال أولادها القاصرين صحيحة، وذلك نظرا للاعتبارات التالية ;

1- جواز وصاية الأم على أموال أولادها، بإيحاء من الأب.

2- قيام الأم بالولاية على النفس مقصد شرعي مقدم على المحافظة على المال، والعقل. ينص على أن الشخص إذا كان يؤمن على الأهم ألا وهو النفس؛ أولا يؤمن على المهم وهو المال؟. فالشرع في المعاملات معقول المعني.

3- تغير ظروف المرأة في تعاملها بالمال والاتجار به، من جهل تام إلى علم على نحو ما، يمكن أن تحافظ به على أموال أولادها القاصرين، فإذا كان تعليل علماء الشريعة منحصر في هذا الوجه فهو إلى زوال، حسب الأزمنة، والأمكنة والأحوال...[39].

وفي ظل القانون المغربي، فقبل التعديل الذي أدخله المشرع المغربي على الفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لسنة 1958[40]، كانت الأم تجد نفسها عند وفاة الأب محرومة من النيابة الشرعية عن أبنائها القاصرين وذلك ما لم يعينها الأب وصية أثناء حياته، أو لم يعينها القاضي مقدمة، بحيث كان الفصل المذكور يحصر الولاية على أموال القاصرين في الأب ثم في القاضي.

وقد انتقد الفقه المغربي هذا التوجه معتبرا أن القانون المغربي بانتمائه للنظام الليبرالي الذي خص به القانون الإسلامي ولاية الأب الشرعية، يكون قد كرس بالفعل عدم المساواة بين الأبوين في النيابة الشرعية، وذلك بخلاف ما عليه الأمر في القانونين الجزائري والتونسي اللذين أعطيا هذا الحق للأم بعد وفاة الأب أو فقد أهليته منذ عدة عقود[41].

[39]- عبد السلام الرفعي، م س، ص: 253.

[40]- ظهير 25 يناير 1958، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 7 فبراير 1958.

[41]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، م س، ص: 127.

واعتمادا على المكانة التي أصبحت تحتلها المرأة في المجتمع المغربي تدخل المشرع لتحسين الوضعية التي تعيشها وكذلك لإزالة التهميش الذي كان يلحقها بخصوص الولاية على أموال أبنائها القاصرين بعد وفاة الأب، وبمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993 أسندت الولاية لأول مرة إلى الأم حيث نص الفصل 2/148 من مدونة الأحوال الشخصية على أن الأم صاحبة الولاية الشرعية عند وفاة الأب أو فقد أهليته[42].

غير أنه ورغم التعديل الذي أدخل على مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بمقتضى الظهير المذكور، والذي أصبحت الأم بمقتضاه وليا على أبنائها بقوة القانون دونما حاجة إلى استصدار حكم بذلك من القضاء.

ومع ذلك فإن ولاية الأم ظلت تنحصر في حالتين: حالة موت الأب، أو حالة فقدانه للأهلية، كما أنها لم تكن تتمتع في هذا المجال بسلطات واسعة بل قيد المشرع كل التصرفات التي من شأنها المساس بالحقوق المالية للقاصر، فلم يكن بإمكانها تفويت أملاك ابنها القاصر إلا بعد حصولها على إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين[43].

وهذا التوجه هو الذي ذهبت إليه محكمة قاضي التوثيق وشؤون القاصرين بالرباط، بقولها: "بأن السيدة.... بصفتها الولي الشرعي على أولادها من زوجها المرحوم بتفويت نصيبهم في أسهم والدهم المشاعة في القطعتين الأرضيتين الواقعتين بالمدية العالية موضوع الرسم العقاري عدد: (8506) والمطلب عدد: 157/26، الذي أصبح يحمل رسما عقاريا تحت عدد (26/12.645) إلى الشركة

[42]- محمد الشافعي: قانون الأسرة في دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص: 142.

[43]- آسية بنعلى: مركز القاصر في مدونة الأسرة من خلال كتابي الأهلية والنيابة الشرعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، ص:111-112.

المغربية للإنعاش العقاري الواقع مقرها الاجتماعي بإقامة السعادة بالرباط، حيث يعتبر المرحوم والدهم مساهما فيها، وذلك وفق ما تقتضيه المصلحة والسلام"[44]

مجمل القول في هذا المقام، هو أن المشرع المغربي - في التشريع الملغى - أعطى الولاية للأم على أموال أولادها القاصرين، لكن أحاط هذه الولاية بعدة قيود؛ منها أنها استثناء لا يتعدى محله ولم يرق إلى درجة ولاية الأب على أموال أولاده القاصرين.

وعلى عكس ما كان عليه العمل في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، جاءت مدونة الأسرة بمقتضيات جديدة وهامة، حاولت من خلالها ضمان حماية أكثر للقاصر، وذلك استنادا إلى مبدأ المساواة بين الزوجين، عبر توسيع الحالات التي تمارس فيها الأم الولاية على الأبناء، ذلك أنه بالإضافة إلى موت الأب أو فقده لأهليته؛ تمت إضافة حالة غياب الأب، بل أبعد من ذلك تم استعمال لفظ عام،ألا وهو "أو بغير ذلك".

إذ تنص المادة 238 من مدونة الأسرة على أنه: "يشترط لولاية الأم على أولادها:

1- أن تكون راشدة،

2- عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك...".

وإذا كان النص لم يوضح بشكل جلي المقصود بالغياب، فإن أغلب الفقه يرى بأنه الحالة التي يكون فيه الأب غائبا في مكان مجهول أو غير محدد[45].

وحسنا فعل المشرع بإضافته لحالة الغياب إلى الحالتين الواردتين في نص المادة 148 من م ح ش م، وهو ما أكده القضاء من خلال حكم المحكمة الابتدائية

[44]- محكمة قاضي التوثيق وشؤون القاصرين بالرباط، حكم رقم : 92، ملف عدد، (2001/311) والصادر بتاريخ 28 أبريل 2003 (غير منشور).

[45]- بوشعيب بلقاضي: م س، ص: 113.

بفاس بقوله: "وحيث إنه طبقا لمدونة الأسرة، فإن الأم تصبح ولية على أبنائها في حالة غياب الأب وغيبته.

وحيث إن الأم أدلت بما يفيد التطليق وكذا بما يفيد غيبة الأب، الأمر الذي يستلزم تعيين الأم ولية على ابنتها وذلك للقيام بمصالحها في إطار المصلحة الفضلى للطفل الشيء الذي يبقى معه الطلب وجيها ومؤسسا ويتعين الاستجابة له"[46].

كما ذهبت نفس المحكمة في حكم آخر إلى القول بأنه: "وحيث أنه بعد إطلاع المحكمة على وثائق الملف تبين أن الأب غير موجود وبالتالي فإن الأم الحاضنة لها هي أحق بالولاية عليها من أجل القيام بشؤونها المالية والمدنية وحفظها من الضياع، كما تنص على ذلك المادة 231 من مدونة الأسرة.

وحيث إنه بناء على ما ذكر وحفاظا على حقوق القاصرة والمتعاملين معها في الأمور المدنية والمالية من الضياع يبقى طلب المدعية مؤسسا ويتعين الاستجابة له"[47] وغيبة الأب ولو كانت قصيرة تخول الأم صلاحية ممارسة الولاية على ولدها في مصالحه المستعجلة التي يتعذر انتظار حضور الأب لممارستها مثل استخراج أو توقيع وثائق إدارية، أو إجراء عملية جراحية[48].

وهكذا استطاع المشرع المغربي بإضافته لحالة الغياب أن يجد حلا يجعل من خلاله الولاية الشرعية للأم عند غياب الأب ممكنة، وإذا توفي الأب وكانت أم أولاده

---

[46]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 63 ملف عدد 2010/1620/2086. بتاريخ2011/1/31 (غير منشور).

[47]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 8735، في الملف عدد 12/1609/161 بتاريخ 2012/12/12، (غير منشور).

- كما صدر عن المحكمة الابتدائية بالبيضاء، قولها: "غياب الأب في مكان مجهول، ولاية الأم محله بصفة مؤقتة على ولدها القاصر، أمر صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء آنفا، بتاريخ 2001/2/7، تحت عدد 307، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 90، ص: 190 وما يليها.

[48]- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، 2006، ص: 71،70، 72،

- انظر أيضا الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الأول، 2004، ص: 143.

رشيدة فإنها تصبح وليا لهم تقوم بما كان أبوهم يقوم به، وهو ما أكده القضاء بقوله: "الحكم بالإذن للسيدة... بصفتها النائبة الشرعية على ابنتها من زوجها المرحوم بتفويت نصيبها في العقار المسمى (ديوران).... بثمن لا يقل عما حدده الخبير، مع إضافة مبلغ 10.000 درهم كغبطه لكل قاصرة"[49].

كما أن للأم حق الولاية حال فقد الأب لأهليته، بأن صار مجنونا أو سفيها، وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الابتدائية بمكناس: "وحيث أكد الخبير المعين في تقريره أن زوج المدعية يعاني من مرض عقلي وأنه لا يمكن له القيام بأموره ويجب التحجير عليه.

وحيث أن فاقد العقل تحجر عليه المحكمة من وقت ثبوت حالته بعد خبرة طبية عليه وحيث أن الطلب تبعا لذلك يبقى مؤسسا ويتعين الاستجابة له"[50].

غير أن نص المادة 238 من مدونة الأسرة باشتراطه رشد الأم، يطرح عدة تساؤلات من قبيل:

1- إذا مات الأب أو فقد أهليته وكانت الأم غير رشيدة، وكان للأولاد وصي أو مقدم، ثم أصبحت الأم رشيدة، فهل تنتهي مهمة الوصي والمقدم بذلك تلقائيا، وتصبح الأم هي الولي، أو يسقط حقها في الولاية، لأنها لم تكن رشيدة عند وفاة الأب أو فقد أهليته ؟ [51].

---

[49]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 151، ملف عدد 32/87/06، الصادر بتاريخ 2006/6/28 (غير منشور).

- انظر أيضا الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، ملف النيابة الشرعية عدد 2013/5، الصادر بتاريخ 21-2-2013 (غير منشور).

[50]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 86، ملف عدد 12/5/1317، الصادر بتاريخ 2013/1/8 (غير منشور).

- انظر أيضا، الحكم الصادر من نفس المحكمة، تحت رقم 3799، ملف عدد 2012/5/1549، (غير منشور).

[51]- محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، دون ذكر الطبعة، ص: 233.

الرأي فيما أعتقد، أنه مادام أن الإيصاء يلغي حالة وجوده والأم رشيدة، فإنه من باب أولى وأحرى ألا يسقط حقها بعد رشدها وكان للقاصر وصي أو مقدم، لأنها ولي قانوني بعد الأب بنص المادة 231 من مدونة الأسرة.

بالإضافة إلى ذلك وتأكيدا لما سبق نجد أن المادة 238، في فقرتها الأخيرة حددت مهام وصي الأب مع وجود الأم دون إسقاط هذه الأخيرة، بمعنى تمكين الأم من الولاية مع تقليص دور الوصي في المراقبة ليس أكثر.

حاصل القول، الأم أصبحت نائبا شرعيا على ولدها القاصر، شأنها في ذلك شأن الأب، إذ لها نفس صلاحيات ولاية الأب، فولايتها تشمل الولاية على النفس والولاية على المال.

المطلب الثاني: سلطة الوصي والمقدم في بيع عقار القاصر

الوصي هو من يعينه الولي أثناء حياته ليتولى أمور أبنائه بعد مماته والنظر في مصالحهم وتدبير شؤونهم.

أما المقدم فهو الشخص المعين من قبل المحكمة من بين العصبة أو من الأقارب الآخرين، أو من غيرهم، وتناط بهم نفس المسؤوليات الملقاة عل عاتق الوصي من الناحية القانونية، غير أنه لا يقع تعيين المقدم إلا في حالة عدم وجود وصي على الأبناء القاصرين.

وقد أخضعت مدونة الأسرة كلا من الوصي والمقدم في مجال بيع عقار القاصر لتنظيم آمر يتضمن عدة قيود،كما تطرق الفقه الإسلامي وبإسهاب، لمجالات تدخل الأوصياء والمقدمين.

وعليه فمعالجة هذا الموضوع تقتضي تناول حدود سلطة الوصي في بيع عقار القاصر في (الفقرة الأولى) ثم بعدها حدود سلطة المقدم في بيع عقار القاصر في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حدود سلطة الوصي

تنص الفقرة الثانية من المادة 230 من مدونة الأسرة على أن:

"2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم".

والعمل بنظام الوصاية لا يتم إلا في حالة عدم وجود نظام الولاية، فنظام الوصاية يعتبر من الأنظمة المرصدة لحماية القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد القانوني، وذلك انطلاقا من نص الفقرة الأولى من المادة 237 التي تنص على أنه "يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل، وله أن يرجع عن إيصائه.

كما أن المشرع خول للأم صلاحية تعيين وصي على أولادها المحجورين، وذلك تأسيسا على نص الفقرة الرابعة من المادة 238 التي جاء فيها: "يجوز للأم تعيين وصي على الولد المحجور ولها أن ترجع عن إيصائها".

وقد ميزت الشريعة الإسلامية بين الولاية والوصاية، فالولاية سلطة على شخص القاصر لتنشئته وتعليمه ومتابعة سائر التصرفات المتعلقة بشخصه، أما الوصاية فهي سلطة إدارية على مال القاصر لحفظه وإدارته واستثماره، وهذه يرجع فيها أولا إلى من يختاره الأب قبل وفاته وصيا على أولاده[52].

فالإيصاء إذن هو إقامة الشخص غيره لينظر فيما أوصى به بعد وفاته، وذلك لأن الإنسان يحتاج بعد وفاته إلى غيره ليرعى شؤون تركته وما يتعلق بها من ديون ووصايا، وفي شؤون أولاده الصغار، وما يحتاجونه من رعاية وإشراف على تربيتهم، وتعليمهم وتنمية أموالهم[53].

غير أنه ليس بمجرد اختيار الموصي للوصي تمكين هذا الأخير من التصرف في تركته بعد موته، بل يتوجب تثبيت هذه الوصاية من طرف القاضي تنفيذا

[52]- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الثاني، النيابة الشرعية والأهلية والوصية والميراث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 53.

[53]- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، م.س، ص: 69.

لمقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 237 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه: "تعرض الوصية بمجرد وفاة الأب على القاضي للتحقق منها وتثبيتها".

نستنتج مما سبق أن الأب ليس له أن يعين وصيا إلا في حالات معينة وهي:

1- إذا لم يكن لأولاده القاصرين أم، أما في حالة وجود الأم فإنه يبقى للوصي دور مراقبة الأم لاغير.

2- إذا كانت أمهم غير رشيدة عند وفاة الأب، أو كانت محجورا عليها لسفه أو جنون.

3- إذا لم يكن لبعض أولاده أم فيمكنه الإيصاء على هؤلاء الأولاد فقط[54].

وكما يمكن للأب أن يوصي شخصا واحدا يكلفه القيام بكل شؤون أولاده القصر، يمكن أيضا أن يوصي إلى أكثر من واحد، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الإنفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصات كل واحد منهم[55].

وعقد الإيصاء غير لازم في حياة الموصي، فله أن يرجع عنه في أي وقت شاء[56].

وإذا كان ما سبق ذكره يؤكد حق الأب والأم في تعيين الوصي، فإنني أسائل: هل الوصي كالأب في نطاق ولايته لبيع عقار ابنه القاصر؟ أم أن السلطتين تختلفان باختلاف المصدرين؟.

ذهب الفقه الإسلامي إلى أن الوصي يقوم مقام الولي في النظر في شؤون القاصر، والقيام بما يلزمه للمحافظة على ماله، إلا أن اختصاصاته أقل من اختصاصات الولي، فلا يجوز له بيع عقار القاصر إلا بعد ذكر السبب بخلاف الولي، لكون بيعه مبنيا على غير النظر، حتى يثبت خلافه بإثبات سبب من أسباب البيع[57].

---

[54]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة، م س، ص: 102.

[55]- معوض عبد التواب: م س، ص: 535.

[56]- المادتين 237 و238 من مدونة الأسرة.

- انظر أيضا: محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، 1977، ص: 801.

[57]- آسية بنعلي: م س، ص: 125-126.

وفي ذلك يرى فقهاء الشافعية والحنفية، أن الوصي كالأب في نطاق وصايته، إذا توافرت شروط ولايته، يملك شرعا كل ما يملكه الأب من التصرفات، ما لم يرد عليه تخصيص يقيده، أما الحنابلة فيرون أن الوصي أشبه بوكيل الموصي في حياته، فالوصي بعد الأب نائبه، ولفقهاء المالكية رأيان، رأي يعتبر الوصي كالأب وآخر يعتبره أقل رتبة منه[58].

وإذا كان الوصي يقوم مقام الولي- كما تمت الإشارة سابقا – إلا أنه لا يجوز له بيع عقار القاصر إلا بعد ذكر السبب[59]، بخلاف الولي، فالقاعدة العامة أن تصرفات الوصي بالبيع لا يجريها إلا لوجوه معلومة، وذلك عكس تصرف الولي الذي يحمل على النظر حتى يثبت خلافه.

وفي حال ثبات موجبات البيع، فإن القاضي يأذن ببيع عقار القاصر عن طريق المزايدة إذا تجاوز ألفي درهم، لكن إذا بيع من غير مزايدة وتبين أن ذلك كان سدادا فإنه يمضي، وإذا تبين أن المحجور لحقه غبن فيما بيع من عقاره، فقيل إن البيع يفسخ ويرد للقاصر عقاره، وقيل أن البيع لا يفسخ، وإنما يكلف المشتري بأن يؤدي الفرق، وإذا بيع عقار المحجور من غير إثبات موجبات البيع، فإن البيع يفسخ ولو أذن القاضي بهذا البيع[60].

وقد أخذ المشرع المغربي بموقف الفقه الإسلامي في الجانب المتعلق بتصرف الوصي في أموال الموصى عليه، وخاصة العقار منه، وأضاف بعض الإجراءات الضامنة لسلامة أموال القاصر، تقتضي تقييد كل تصرفات الوصي - في أموال القاصر- التي من شأنها إلحاق ضرر بمصالح هذا الأخير، فنص من خلال الفقرة الأولى والثانية من المادة 271 من مدونة الأسرة على أنه:

[58]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، م س، ص: 152.

[59]- سيتم الحديث عنه لا حقا وذلك في الصفحات 37 و38 و39 و40.

[60]- محمد بن معجوز، م س، ص: 264.

"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".

واشتراط المشرع المغربي الإذن في التصرفات السابقة ليس بشرط التعاقد، وإنما قصد به رعاية مصلحة القاصر وصيانة أمواله مما قد يعرضها للضياع.

أما العمل القضائي المغربي فيأخذ بضرورة اللجوء إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين من أجل أن يفتح النيابة القانونية، وبالتالي سماح القاضي وموافقته على هذا التصرف الذي يرغب الوصي القيام به[61].

وحسب ما تكون لدي من اعتقاد فإن المشرع وإن كان قد خول الحماية للقاصر من خلال نص المادة 271 من مدونة الأسرة باشتراطه إذن القاضي، فإنه يكون قد أفرغ هذه الحماية من فحواها بمقتضى المادة الموالية 272 التي تنص على أنه إذا كان المنقول أو العقار لا تتجاوز قيمته 5000 درهم، فإن بيعه لا يتوقف على إذن، شريطة عدم استعمال هذا البيع للتهرب من المراقبة القضائية.

وما يلاحظ أن المشرع المغربي نهج نفس النهج الذي سار فيه المشرع المصري، الذي يعتبر أن الوصي لا يمكن له أن يتعدى الحدود التي عين وصيا فيها[62].

وتجدر الإشارة إلى أن الوصي لا يحق له أن يشتري لنفسه عقار محجوره لما في ذلك من الخوف على أن يحابي نفسه على حساب محجوره، وإذا أقدم على ذلك فإن هذا العقد يفسخ ولو تبين أن فيه مصلحة المحجور، لأن البيع تم من شخص واحد وهو الولي، حيث كان بائعا ومشتريا في آن واحد [63].

---

[61]- بوشعيب بلقاضي: م س، ص: 79.

[62]- أحمد الحصري: الولاية – الوصاية – الطلاق، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ذ.ت.ط، ص: 100.

[63]- محمد بن معجوز: م س، ص: 265.

إجمالا يمكن القول إن تصرف الوصي بإذن في عقار القاصر الموجود تحت ولايته مقيد ببيان السبب الداعي إلى هذا البيع وبإثبات هذا السبب، أو بعبارة أخرى، تصرفات الوصي فيما يخص بيع عقار قاصره هي مطلقة تتسع كلما وافقت مصلحة القاصر وتضيق كلما جانبت مصلحته.

الفقرة الثانية: حدود سلطة المقدم

المقدم هو الشخص المعين من قبل المحكمة من بين العصبة أو من أقاربه الآخرين أو من غيرهم، وتناط بهم نفس المهام والمسؤوليات الملقاة على عاتق الوصي من الناحية القانونية، غير أنه لا يقع تعيين المقدم إلا في حالة عدم وجود الأم، أو وصي الأب من حيث المبدأ، لقول المشرع في الفقرة الأولى من المادة 244 من مدونة الأسرة أنه "إذا لم توجد أم أو وصي، عينت المحكمة مقدما للمحجور، وعليها أن تختار الأصلح من العصبة، فإن لم يوجد فمن الأقارب الآخرين وإلا فمن غيرهم".

وبالتالي فإذا توفي الأب عن ولده القاصر ولم توجد أم أو توفيت الأم ولم يوجد وصي الأب لممارسة شؤون النيابة الشرعية عنه، عينت المحكمة مقدما عليه للقيام بهذه النيابة، ولها أن تختار للتقديم عليه الشخص الأصلح من العصبة، وإذا لم يوجد من العصبة من يصلح للتقديم، يعين المقدم من بين الأقارب الآخرين، وإذا لم يوجد فيعين من غير الأقارب[64].

وهذا التوجه هو الذي تم تأكيده على مستوى المحكمة الابتدائية بفاس" بقولها: "وحيث أنه بوفاة والي الطفل القاصر، فإن واجب الحفاظ على مصالحه المالية يقتضي تعيين مقدم عليه اعتبارا لقصره"[65].

[64]- دليل عملي لمدونة الأسرة: م س، ص: 147.

[65]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، حكم رقم 5070، في الملف عدد،2010/1620/2087 الصادر بتاريخ 2010/09/13 (غير منشور).

- انظر أيضا قرار آخر صادر عن نفس المحكمة رقم 4885 في الملف 12/1619/1871 الصادر بتاريخ 2012/07/11 (غير منشور).

وفي قرار آخر ذهبت المحكمة الابتدائية بمكناس إلى القول: "وحيث أن المحكمة تعين مقدما للقاصر إذا لم يوجد له أم أو وصي وتختار الأصلح من بين العصبة المادة 244 من مدونة الأسرة بعد توفره على الشروط اللازمة للتقديم والواردة في الفصول بعده.

وحيث إن المسمى... يبقى في غياب أبوي القاصر الأصلح للتقديم عليه، فإن الطلب تبعا لذلك يبقى مؤسسا ويتعين الاستجابة له"[66].

ويتعين على المحكمة أن تعين مقدما للنظر في شؤون المحاجير في الحالات الآتية[67]:

1- إذا مات الأب ولم يكن لأولاده أم رشيدة، ولم يوص على أبنائه القاصرين.

2- إذا لم يقبل الوصي الذي لم يعلم بإيصائه إلا بعد وفاة الموصى.

3- إذا مات الوصي أو أعفي من مهمته أو عزل أو فقد.

4- إذا حكم على شخص بتحجير للجنون أو السفه.

غير أنه يمكن للمحكمة أن تعين مقدما رغم وجود الوصي وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة 234 التي تنص على أن " للمحكمة أن تعين مقدما إلى جانب الوصي تكلفه بمساعدته أو بالإدارة المستقلة لبعض المصالح المالية للقاصر".

فمن حيث المبدأ يفهم أن المحكمة لا تعين المقدم إلا إذا كان القاصر قد فقد أباه ولم تكن له أم رشيدة، ولم يكن أبوه قد جعل عليه وصيا.

ولقد ذهب الفقه الإسلامي، إلى أن مقدم القاضي كالوصي من قبل الأب إلا في مسائل معينة، لكون المقدم أضعف رتبة من الوصي في مجال الولاية على المال، إذ لا يجوز له ما يجوز للوصي من التصرفات في مال اليتيم لنفسه بالبيع والشراء،

---

[66]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، قسم قضاء الأسرة، رقم 12 في الملف عدد 12/5/1450 الصادر بتاريخ 2012/10/23 (غير منشور).

- أيضا حكم صادر من نفس المحكمة رقم 12/3546 في الملف عدد 12/5/1384 الصادر بتاريخ 2012/11/20 (غير منشور).

[67]- ابن معجوز: م س، ص: 241.

وهو مثله في باقي التصرفات مادامت سدادا أو لمصلحة اليتيم، وفي الحدود الشرعية لهذا التصرف، فحكم مقدم القاضي حكم الوصي في ذلك[68].

والمسائل التي يختلف فيها المقدم عن وصي الأب هي كالآتي:[69]

1- ليس للمقدم أن يبيع عقار القاصر لنفسه، ولا لمن لا تقبل شهادتهم له، لأنه نائب عن القاضي؛ والقاضي لا يملك ذلك، فكذلك نائبه. أما وصي الأب فله ذلك بشرط أن يكون فيه نفع ظاهر.

2- للوصي أن يقيم وصيا بعد وفاته على مال القاصر الذي له عليه وصاية. وليس ذلك للمقدم إلا إذا جعل القاضي له ذلك في قرار تعيينه، والسبب أن القاضي الذي يستمد منه المقدم ولايته، موجود دائما، بخلاف وصي الأب، فإن من اختاره غير موجود، فلا يمكن الرجوع إليه.

3- المقدم قابل للعزل وإن كان عدلا كفؤا إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله، أما الوصي فلا يمكن للقاضي عزله إذا كان عدلا كفؤا، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي سوى بين الوصي والمقدم في نصوص مدونة الأسرة إذ نجد أحكاما تجمع بينها[70].

انطلاقا مما تمت الإشارة إليه آنفا، فكما يجوز للأب أن يجعل وصيين على أبنائه، كذلك يجوز للمحكمة أن تقدم شخصين أو أكثر للنظر في شؤون محجور ما، سواء وزعت بينهما المهمات التي تتعلق بالمحافظة على أموال هذا المحجور، أو جعلتهما يشتركان في النظر في أمواله، وذلك حسبما تقتضيه مصلحة هذا الأخير[71].

---

[68]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة، م س، ص: 117.

[69]- محمد مصطفى شلبي: م س، ص: 209-210.

[70]- المواد 244 إلى 276.

[71]- الفقرة الثانية من المادة 244 تنص على أنه "للمحكمة أن تشرك شخصين أو أكثر في التقديم إذا رأت مصلحة المحجور في ذلك، وتحدد في هذه الحالة صلاحية كل واحد منهم".

بالإضافة إلى ذلك، فالمقدم وإن كان يمنع من شراء عقار القاصر الذي يتولى التقديم عليه في منظور الفقه الإسلامي، فإن المشرع في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة نص في الفصل 160 "ليس للوصي أو المقدم أن يشتري من أموال القاصر لنفسه إلا ما كانت فيه مصلحة للقاصر".

بمعنى أن المشرع من حيث المبدأ منع المقدم من شراء عقار القاصر، ما عدا إذا ثبتت مصلحة القاصر من شراء المقدم لعقاره، كما لو تبين أن القاصر شريك لوليه في عقار، وكانت هناك ضرورة تقتضي بيع نصيب هذا القاصر من ذلك العقار، ولم يتقدم أي مزايد بأكثر مما عرضه المقدم، أو لم يتقدم أي مزايد لشراء ذلك النصيب، وثبت أن الثمن الذي عرضه المقدم مناسب وأن هذا البيع يحقق مصلحة القاصر[72].

وهذا ما أكده الفصل 162 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بقوله "إذا أذن القاضي للوصي أو المقدم في العقد لنفسه على شيء من أموال القاصر لموافقته المصلحة له وجب تعيين من يقوم مقام القاصر ليقبل عنه ويحافظ على مصلحته مع الوصي أو المقدم المتعاقد منه".

والرأي فيما أعتقد، أن هذا ما تم تأكيده ولو بشكل غير مباشر في مدونة الأسرة من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 244 التي تنص على أنه "يمكن للمحكمة أن تعيين مقدما مؤقتا عند الحاجة".

بل أبعد من ذلك، فالمشرع من خلال المادة 269 نص على أنه "إذا أراد النائب الشرعي القيام بتصرف تتعارض فيه مصالحه أو مصالح زوجه، أو أحد أصوله أو فروعه مع مصالح المحجور، رفع الأمر إلى المحكمة التي يمكنها أن تأذن به وتعين ممثلا للمحجور في إبرام التصرف والمحافظة على مصالحه".

[72]- محمد بن معجوز: م س، ص: 286.

بمعنى أن المحكمة إذا أذنت للمقدم في العقد لنفسه على عقار القاصر، فإن ذلك يقتضي تعيين شخص آخر يتولى الدفاع عن مصالح القاصر في هذا العقد، وينوب عنه في إبرامه عن طريق إصدار القبول الذي يقابل الإيجاب[73].

وإذا ما تأملنا ما سبق بيانه وذكره – في مجمل هذا المبحث – نستخلص كثيرا من المفارقات التي يلعب فيها الاحتياط لمصلحة القاصر الدور الحاسم.

فطريقة تعيين المقدم غير طريقة تعيين الوصي، إذ الوصي سواء كان لأب أو لأم فإنه يكتفي في تعيينه عرض الوصية على القاضي لتثبيتها بعد وفاة الأب أو الأم، بينما تعيين المقدم يخضع لاحتياطات كثيرة كما يتجلى في المادتين 244-245من مدونة الأسرة.

ثم من جهة أخرى إذا ما قارنا بين ما يجب أن يتوافر عليه كل من الوصي والمقدم من شروط، وبين ما يجب أن يتوافر عليه الأب، نجد أن المشرع بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 247، اشترط الملاءة في كل من الوصي والمقدم (المادة 248)، بينما في الولي اكتفى بالتنصيص على أحقية الأب بالولاية على أولاده ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي (المادة 236).

ثم من جهة ثالثة إذا ما قارنا بين ولاية الأب وولاية الأم نجد أن الأم وإن كانت تحتل الرتبة الأولى في الحضانة فإنها في مقام تدبير الأموال، ومن باب أولى التصرف في العقار، تحتل الرتبة الثانية.

المبحث الثاني: رقابة القضاء لبيع عقار القاصر

نظم المشرع الرقابة الواجبة أثناء بيع عقار القاصر، من خلال مدونة الأسرة وقانون المسطرة المدنية، حيث منح لقاضي شؤون القاصرين صلاحيات مهمة في هذا البيع، لأنه هو الذي يمارس الولاية العامة على أموال القاصرين، فهو الذي

[73]- ابن معجوز: م س، ص: 287.

يقوم بفتح ملف النيابة القانونية وما يلي ذلك من إجراءات قانونية أخرى، كلها تصب في اتجاه ضبط هذا البيع.

وباعتبار القضاء أحرص المؤسسات على حسن إدارة أموال القاصرين، أنيطت به مهمة الرقابة (المطلب الأول) وذلك من خلال التأكد من مجموعة من الإجراءات الشكلية الواجب إتباعها حماية لمصلحة القاصر من أي تلاعب قد يعترضها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: رقابة قاضي شؤون القاصرين

لم يقف المشرع المغربي في إطار محاولته الرامية إلى الحفاظ على أموال القاصر وتنميتها عند حد التنظيم القانوني للنيابة الشرعية، وإنما أوكل إلى القضاء مهمة السهر على التطبيق السليم لهذه القواعد القانونية، وتتجلى هذه الأخيرة في وضع القيود على تصرفات الوصي أو المقدم بخصوص بيع عقار القاصر.

لذلك لا يجوز لكل من الوصي أو المقدم أن يبيع عقار القاصر إلا في حالة الضرورة التي تثبت بأحد الأسباب الشرعية (الفقرة الأولى) وذلك بعد استئذان القاضي في إجراء هذا البيع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إثبات موجبات البيع

يشترط لجواز بيع عقار القاصر إبداء السبب، وقد اتفق الفقهاء على عدم جواز بيع الولي عقار القاصر لغير حاجة أو ضرورة، غير أن الفقهاء اختلفوا في إلزام الولي بذكر السبب الموجب للبيع، ففريق منهم رأى الإلزام، وفريق آخر لم يقل به، ومنهم المالكية. فقد روى عنهم عدم إلزام الأب بذكر السبب، لأن بيعه محمول على السداد، فلا اعتراض لولده عليه بعد رشده فيما باعه من أجل مصلحته[74].

فإذا توافرت في الأب شروط الولاية على المال، وانتفت موانعها، فله التصرف المطلق في أموال من تحت ولايته، بدليل قول الشيخ خليل.

[74]- جابر على الحوسني: م س، ص: 244.

"وله البيع المطلق وإن لم يذكر سببه".

أي أن الأب له أن يبيع على ولده المحجور العقار وغيره لأحد الأسباب الموجبة للبيع[75].

كما أن الحنفية يقرون بجواز بيع الأب لعقار ابنه القاصر دون ذكر الموجب وهم بذلك يسايرون ما ذهب إليه الفقه المالكي، أما الشافعية، فيرون أن للأب بيع عقار ابنه القاصر[76]، لكن الأمر عندهم مشروط بشرطين:

1- أن يكون البيع لمصلحته بالإنفاق والكسوة أو قلة غلة العقار.

2- أن يكون البيع لغبطة ظاهرة.

من خلال ما سبق يتضح من آراء الفقهاء أن تصرفات الأب في عقار القاصر محمولة دائما على النظر والسداد حتى يثبت خلافه.

وبعبارة أخرى فالأب يمارس ولايته على أموال أولاده القاصرين بصفة عامة وعقاراتهم بصفة خاصة دون قيد أو شرط، إلا إذا ثبت أن تصرفاته لا تحقق مصلحة لهم.

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[77]، وكذلك قانون المسطرة المدنية من خلال الفصل 207[78] أكدت على شرط الضرورة وأولوية البيع بالنسبة للعقار، إلا أنه لم تتم الإشارة إلى ذلك في مدونة الأسرة.

وأمام غياب ضوابط لشرح معنى شرط الضرورة، يجب الرجوع إلى المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيلنا على المذهب المالكي والاجتهاد القضائي.

---

[75]- مليكة غنام: الحماية القضائية لعقار القاصر، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، ع 2، 2011، ص: 88.

[76]- بوشعيب بلقاضي: م س، ص: 175.

[77]- الفصل 151 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

[78]- ينص على أنه: "يأذن في بيع معين للمحجور بعد إتيان ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره".

- انظر أيضا عبد السلام المنصوري: مسطرة شؤون القاصرين في إطار التشريع المغربي، 1986، مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر (بنميد)، ص: 27-28.

بالرجوع إلى الفقه المالكي نجده قد شدد في أسباب بيع العقارات، إذ جاء في حاشية الدسوقي "لا يصح بيع ملك اليتيم إلا للأسباب التالية: النفقة والكسوة، وكثرة الثمن، وكثرة المصاريف التي يحتاج إليها الملك، أو كون الملك جزءا مشاعا بين شركاء سوء، وقلة غلته وكونه بين جيران سوء في دار السكن، خاصة أن وقوع البيع عليه صفقة أو خوف انتقال العمارة عنه أو خوف الخراب وليس له ما يصلحه به أو كون نفقة الإصلاح كثيرة أو الخوف من غاصب"[79].

كما أن العمل القضائي فيما يتعلق بدوافع البيع وخاصة المتعلق منها بالعقارات، نجد أن قضاة شؤون القاصرين يأخذون بشرط الضرورة وكذلك المصلحة وهذا من خلال أمر صادر عن قسم قضاء الأسرة بالرباط، حينما نص على أنه "نأذن للسيدة..... بصفتها النائبة الشرعية على ولديها..... من زوجها المرحوم..... ببيع نصيبها في القطعة الأرضية الواقعة..... بثمن لا يقل عما حدده الخبير مع إضافة 2000 درهم كغبطة لكل قاصرة"[80].

وكذلك من خلال الأمر الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالرباط الذي جاء فيه "وحيث ثبت أن الضرورة تدعو إلى بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره، نأذن للسيد..... ببيع العقار المعني في المقال والمحضر صحبته"[81].

أما بالنسبة للوصي فالفقه الشافعي يجيز له بيع عقار القاصر إذا دعت الحاجة إلى ذلك كالنفقة والكسوة. ونفس الرأي ذهب إليه الفقه الحنفي والحنبلي، بحيث لا يحتاج إلى ذكر السبب للقاضي بشرط وجود الحاجة[82].

---

[79]- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، م س، ص: 408.

[80]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 07/583/10 بتاريخ 07/5/29 (غير منشور).

[81]- أمر عدد 2006/04 صادر بتاريخ 2006/3/14 ملف رقم 2005/6، بتاريخ 2006/3/14، أورده أنس وقا، م، س، ص: 24.

[82]- بوشعيب بلقاضي: م س، ص: 176.

أما في الفقه المالكي فقد ثار خلاف في بيع الوصي لعقار القاصر بلا سبب كالأب، إلا أن الذي يراه أغلبهم، أنه لابد للوصي من ذكر السبب عند بيع عقار القاصر بخلاف الأب[83].

والفرق بين الأب والوصي في ذلك أن الشفقة متوفرة عند الأب، فيكفي ألا يكون في تصرفه ضرر، أما الوصي فلا تتوفر له تلك الشفقة، فكان الاعتبار الأول في ولايته هو حفظ وصيانة العقار، بحيث لا يجوز له بيعه إلا عند الخطر عليه أو النفع الظاهر[84]، مع وجوب إثبات السبب المتحدث عنه سابقا.

وبالرجوع إلى التشريع المغربي نجد أن مدونة الأسرة وإن لم تنص على شرط الضرورة، إلا أنها تركز في جل مواد النيابة الشرعية على تحقيق مصلحة القاصر وإعطاء قاضي شؤون القاصرين السلطة التقديرية في تحديد هذه المصلحة، ولعل كل الأسباب التي تم تحديدها في الفقه المالكي تصب في مصلحة القاصر، ويجب الأخذ بها عند بيع عقاراته.

وعليه فالقاعدة العامة في تصرفات الوصي أو المقدم بالبيع في عقار القاصر، أنه لا يجريها إلا لأسباب تم حصرها، على خلاف تصرفات الولي فإنه لا يحتاج إلى ذكر هذه الأسباب.

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في منح الإذن بالبيع

يعتبر نظام الإذن القضائي تدبيرا شكليا يتعين الحصول عليه لبيع أموال القاصر، ويهدف إلى تحقيق غاية كبرى مفادها حماية أموال القاصر ضد أي استغلال عن طريق تدخل القاضي بإشرافه عن قرب، على التصرفات التي تمس أموال القاصر في ما ليس له طائلة فيه[85].

---

[83]- المرجع نفسه.

[84]- محمد مصطفى شلبي: م س، ص: 808.

[85]- منشور وزير العدل رقم 52 س[2] في 2 فبراير 2005 حول تطبيق مقتضيات المواد 231 و240 و250 من مدونة الأسرة، منشور بكتاب: محمد بفقير: م س، ص: 210.

وبالتالي فهو إجراء يتوخى تحقيق حماية سابقة لأموال القاصر، حيث بواسطته يتم تقييد حرية التصرف في عقار القاصر بما يخدم النفع الواضح للصغير، وذلك قبل إبرام التصرف ونفاذ آثاره في مواجهة الأطراف حيث يحول هذا القيد دون تحقيق الضرر في ذمة القاصر.

ونظرا إلى أهمية هذا القيد ودوره الكبير في حماية أموال القاصرين بصفة عامة وعقاراتهم بصفة خاصة فقد اعتمدته العديد من التشريعات الحديثة، وإن اختلفت في تحديد الأشخاص الملزمين به، وتحديد التصرفات الخاضعة له.

وقد حمل الكتاب الرابع من مدونة الأسرة المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية تعديلات نوعية بخصوص موضوع بيع أموال القاصر على مستوى نظام الإذن القضائي، فقد تبنى أحكاما جديدة ومغايرة لما كان معمولا به في مدونة الأحوال الشخصية، وعدل أيضا بعض المقتضيات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

فقد اعتبرت مدونة الأسرة ولاية الأب أو الأم على أموال القاصر بمثابة ولاية بقوة القانون، بحيث لا يتم فقدها إلا في حالة انعدام الأهلية المدنية أو نقصانها؛ لذلك فقد ترك المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة حيزا واسعا للولي سواء أكان أبا أم أما، في إدارة أموال القاصر والتصرف فيها بحرية واسعة، ولم يقيده بالحصول على أي إذن قضائي قبل القيام بها من طرف قاضي شؤون القاصرين[86]، وذلك انطلاقا من المادة 240 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه : "لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في إدارته لأموال المحجور....".

[86]- فؤاد اليمني: الأذون في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2009-2010، ص: 56.

- انظر أيضا: العوني مصلي: الحماية القانونية لأموال القاصر، بحث نهاية التخرج من المعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط، الفوج 20، السنة 1992-1993، ص: 35-36.

يتضح من خلال هذه المادة أن الولي كان أبا أو أما، لا يخضع لرقابة القضاء القبلية بصفة مطلقة، بحيث يمكنه التصرف في عقار ابنه دون الخضوع لأي إذن، إلا أنه يتعين أن تكون تصرفاته في مصلحة ولده القاصر، وإلا وجب تدخل القضاء لحماية مصالح هذا الأخير.

بل أبعد من ذلك، ومن أجل التأكيد، فالمشرع عندما نص على الأشخاص الذين يخضعون للإذن القضائي في المادة 271 من مدونة الأسرة وبالضبط في الفقرة الأولى منها، لم يورد ضمنهم الولي "لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية، إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين".

وهو ما تم تأكيده من طرف العمل القضائي، حيث ذهب المجلس الأعلى[87] في أحد قراراته، إلى أن تصرفات الولي لإذن قاضي شؤون القاصرين غير مشروطة بضرورة الحصول على إذن القاضي المختص[88].

غير أن هناك جانبا من العمل القضائي المغربي لم يأخذ بعين الاعتبار إعفاء الولي من الإذن، لكونه يشترط لصحة بيع عقار القاصر من طرف وليه (الأب أو الأم) الحصول على الإذن القضائي[89]، حيث ذهبت المحكمة الابتدائية بفاس، بإعطاء الإذن للولي الشرعي في بيع نصيب ابنيه القاصرين وإمضاء البيع نيابة عنهما[90].

---

[87]- محكمة النقض حاليا.

[88]- محمد الشافعي: مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى، سنة الطبع، 2011، ص: 201.

[89]- مع العلم أن هناك تعارضا حاصلا بين الفصل 11 من ق ل ع ومدونة الأسرة، بحيث يشترط الفصل 11 من ق ل ع ضرورة الحصول على إذن خاص من القاضي المختص لكي يعتبر تصرف الأب بالبيع صحيحا، وقد لقي هذا التوجه صدى لدى بعض العمل القضائي، غير أن هناك توجها آخر وعلى رأسهم الأستاذ أحمد الخمليشي والأستاذ الحسين بلحساني، يرى بأن الترجيح بين نص ق ل ع ومدونة الأسرة إذا ثبت الاختلاف، يقتضى اعتماد نص مدونة الأسرة، لأنه هو النص الخاص، ومن تم فهو يقيد العام.

[90]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 2012/28، الصادر بتاريخ 2013/2/14 (غير منشور).

إلا أن الأم كولية شرعية لم تكن قادرة على التصرف في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إلا بعد الحصول على الإذن القضائي، وهو ما تم تجاوزه من طرف مدونة الأسرة، إذ أصبحت الأم غير مقيدة بالحصول على أي إذن من أجل التصرف في أموال ابنها القاصر[91].

لكن عدم تفهم المؤسسات البنكية والمالية للمستجدات الجديدة، فيما يتعلق بالنيابة الشرعية يؤدي إلى إرهاق الأمهات بمطالبتهن بإذن القاضي، رغم أنهن يتمتعن بالولاية الشرعية بقوة القانون[92].

كما أن المحافظات العقارية عبر ربوع المملكة لم تكن تعطي لهذا المستجد أي أهمية، مما حدا بالمحافظ العام إلى إصدار مذكرة يحث فيها السادة المحافظين على عدم استلزام الإذن القضائي حينما يعرض عليهم من أجل تقييد تصرف صادر عن الولي – والمقصود هنا الأم – نيابة عن ولده القاصر، شريطة مراعاة، أحكام المادة 269 من مدونة الأسرة المتعلقة بحالات تعارض المصالح[93].

هذا وتجب الإشارة أن الإذن القضائي المفتقد في مدونة الأسرة، كان يلعب دورا كبيرا ليس فقط في مواجهة الأولياء الذين يهدفون إلى تحقيق مصالحهم الشخصية عن طريق بيع عقارات القاصرين الذين هم تحت ولايتهم، ولكنه أيضا بمثابة إجراء وقائي ضد التصرفات غير المجدية والمتسرعة للأولياء ربات البيوت وما أكثرهن في زماننا الحاضر[94]، ولا ريب أن تدخل القضاء بالترخيص أجدى بترك هذا التصرف شأنا فرديا للولي الصالح والطالح على السواء.

أما الوصي والمقدم فقد استوجب المشرع فيهما الحصول على إذن قضائي بصدد بيع عقار القاصر، وترتيب حق عيني عليه، " لا يقوم الوصي أو المقدم

---

[91]- فؤاد اليمني: م س، ص: 56.

[92]- مجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، العدد الأول، يوليوز 2005، ص: 75.

[93]- مذكرة المحافظ العام، في موضوع: التصرفات التي تنجزها الأم "الولي" في أموال ولدها القاصر، رقم 1314، الصادرة بتاريخ 16 يونيو 2004.

[94]- يوسف مختاري: م س، ص: 36.

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،...." المادة 271 من مدونة الأسرة.

مما يتبين معه أن موافقة القاضي لازمة لأغلب الأعمال التي يقوم بها الوصي أو المقدم في أموال المحجور[95]، وبالتالي لا يكون تاما عقد البيع المبرم من طرف الوصي والمقدم لعقارات القاصر، إلا بعد الحصول على إذن يمنحه القاضي المكلف بشؤون القاصرين، في صورة أمر قضائي ولائي مبني على طلب الحاجر[96].

وهو التوجه الذي اعتمدته المحكمة الابتدائية بسلا، حيث ذهبت إلى إعطاء الإذن للمقدمة.... ببيع حصة محجورها.... على ألا يقل ثمن بيع تلك الحصة الخاصة بالمحجور عن مبلغ أحد عشر مليون درهم وسبعمائة وستين ألفا وتسعمائة درهم، مع تكليف المقدمة بمراجعة المحكمة بعد عملية البيع[97].

ومن خلال مقارنة هذا الإذن مع ذاك الذي كان منصوصا عليه في المادة 158[98] من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، يتضح أن المشرع كان أكثر تشددا في مراقبة الوصي والمقدم، أو بمعنى أصح كان أكثر حماية للقاصر في أمواله.

---

[95]- مليكة غنام: الحماية القضائية لبيع عقار القاصر، م س، ص: 92.

[96]- عبد الرحمان درويش: الإذن القضائي، في مدونة الأسرة – الإذن الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين نموذجا – مدونة الأسرة بين النص والممارسة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش وهيئة المحامين بمراكش، يومي 27 و28 يناير 2006، تنسيق محمد بونبات ومحمد مومن، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص 193.

[97]- المحكمة الابتدائية بسلا، قسم قضاء الأسرة، إذن رقم 14، ملف عدد 2005/03 الصادر بتاريخ 20 يوليوز 2005 (غير منشور)

أنظر أيضا:

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، قرار رقم 13، ملف عدد 174/08، الصادر بتاريخ 2009/1/27 (غير منشور).

- المحكمة الابتدائية بوجده، قسم التوثيق والمحاجير، ملف عدد 681 شق، الصادر بتاريخ 1988/9/30 (غير منشور).

[98]- "لا يجوز للوصي أو المقدم أن يباشر التصرفات الآتية إلا بإذن من القاضي:

1- التصرف في عقار القاصر أو المهم من أمواله بالبيع والشراء...".

وتتجلى هذه الحماية من خلال إخضاع الوصي والمقدم للحصول على إذن القاضي دون تحديد قيمته، على عكس مدونة الأسرة التي أعفت الوصي والمقدم من الحصول على الإذن القضائي إذا ما كانت قيمة العقار أقل من 10.000 درهم بمفهوم المخالفة.

تبعا لذلك، فما عدا الأحوال المنصوص عليها في المادة 271 من المدونة، فللوصي أو المقدم التصرف فيها دون التوقف على الإذن من القاضي بذلك، كما أن المادة 272 من المدونة تنص على أنه: "لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم)، إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف درهم (5000 درهم)، بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية".

يتضح مما سبق أن مدونة الأسرة تراجعت عن بعض الضمانات الأساسية والتي كانت حاضرة بقوة قبل هذا القانون، وتم تعديل البعض الآخر منها، مما يشكل تراجعا عن الضمانات الحمائية التي كان يتمتع بها القاصر.

وعلى أي فإن بيع عقار القاصر خاضع للإجراءات المنصوص عليها في الفصول من 207 إلى 211 من قانون المسطرة المدنية، وهذا ما سنتعرض له في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: إجراءات البيع القضائي

سبق القول بأنه لا يجوز لكل من الوصي أو المقدم بيع عقار القاصر إلا في حالة الضرورة التي تثبت بأحد الأسباب الشرعية المذكورة وبعد استئذان القاضي في إجراء هذا البيع[99].

وإذا كان الأصل في البيع أن يكون رضائيا، فإن هناك بعض البيوعات خصها المشرع بإجراءات ومساطر خاصة، كما هو الحال بالنسبة لبيع عقار القاصر الذي

[99] - les mineurs. Protection des personnes vulnérables publkier le 19/03/2013.

www.paris.idf.fr/protectiondespersonnes-vulnerables/lesmineurs 04/09/2013 تاريخ الولوج

ألزم الوصي أو المقدم خلالها الخضوع لمسطرة البيع بالمزاد العلني في حال تجاوزت قيمة العقار ألفي درهم (الفقرة الأولى).

غير أنه قد يدعي شخص أن العقار المراد بيعه باسم القاصر يعود له، ومن ثم يفتح مسطرة التعرض التي تخضع بدورها لإجراءات محددة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسطرة البيع

لقد أحاط المشرع المغربي التصرف في أموال القاصر كلها، وخصوصا العقارية منها بضمانات متعددة، فاشترط لتمامه مسطرة محددة، وحرص على ألا يتخلله غبن أو استغلال حتى ولو كان ذلك من قبل الولي أو الوصي ذاته[100]، بحيث إنه لا يجوز بيع عقار القاصر إلا إذا ثبت أن هناك سببا من الأسباب الموجبة لبيع ذلك العقار، وأذن القاضي ببيعه[101].

فالمشرع المغربي تشدد في بيع عقار القاصر، وذلك قصد توفير الحماية اللازمة لمصالحه، حيث ربط البيع بوجود الضرورة التي تكون ثابتة بحجة شرعية. وحجة الضرورة لا تكون إلا بشهادة عدلية، أو لفيفية مستفسرة عن سبب البيع، أو شهادة خبير تثبت أن مصلحة القاصر في بيع العقار ظاهرة[102].

فإذا ارتأى الحاجر بيع عقار محدد للقاصر، وجب عليه أن يتقدم بطلب في هذا الشأن إلى قاضي المحاجير في شكل مقال مرفق بكل الحجج والوثائق والبيانات المتعلقة بالعقار المرغوب بيعه، ويتولى كاتب الضبط تدوين ذلك في محضر، وعلى أساس هذا الأخير يقرر القاضي إما الموافقة على الطلب، وإما رفضه إذا تبين له أن الحجج المدلى بها غير كافية، ويملك الحاجر في هذه الحالة استئناف القرار خلال عشرة أيام من يوم تبليغه[103].

---

[100]- أستاذنا الحسين بلحساني: البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، دار النشر الجسور، طبعة 2003/2002، ص: 25.

[101]- المادة 207 من ق.م.م: "يأذن القاضي في بيع عقار القاصر بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره".

[102]- أستاذنا عبد العزيز حضري: القانون القضائي الخاص، دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2005، ص: 233-234.

[103]- أستاذنا الحسين بلحساني: م س، ص: 29.

وفي هذا ينص الفصل 208 من ق.م.م على ما يلي "يتعين على الحاجر الذي يرغب في الحصول على الإذن أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق اللازمة. ويثبت فيه جميع البيانات وبصفة خاصة موقع وحدود العقار وأوصافه وما له أو عليه من حقوق وعقد الكراء المترتبة عليه وحالته إزاء التحفيظ العقاري إن كان. ويترتب عن تقديم هذا المقال إقامة محضر تضمن فيه هذه البيانات وكذا المستندات المدلى بها ويقيد بأسفله الأمر الذي يصدره القاضي بالإذن أو عدمه.

يبلغ الأمر في حالة الرفض تلقائيا للحاجر وفقا للطرق العادية ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام".

وبطبيعة الحال، إذا صدر الإذن ببيع عقار القاصر، إما من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وإما من محكمة الاستئناف، فإن الوصي أو المقدم يعمل على بيع ذلك العقار وفق الإجراءات التالية:

يطلب من القاضي تعيين خبير لتحديد الثمن الأساسي إذا كان ذلك ضروريا ولم يكن قد حدد من قبل عند زمام التركة مثلا.

أ- فإن كان الثمن يقل عن ألفي درهم يباع بالمراضاة – طبعا بعد إذن القاضي – لمن دفع أعلى ثمن بعد عرضه للبيع.

ب- أما إذا تبين أن الثمن يتعدى ألفي درهم أو لم يتمكن من بيعه بالمراضاة، حين ذاك يلجأ إلى بيعه بالمزاد العلني، حيث يجري بالكيفية التالية[104]:

تصدر كتابة الضبط التابعة للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إشهارا يتضمن البيانات اللازمة لتعيين العقار، موقعه وحدوده ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري إن كان، أو رقم مطلب تحفيظه، كما يتضمن مكان البيع الذي هو إما المحكمة الابتدائية التي يتبعها القاضي الذي فتح ملف النيابة الخاص بهذا

[104] - ابن معجوز: م س، ص: 295.

- انظر أيضا: عبد السلام المنصوري: م س، ص: 29-30-31.

المحجور، وإما المحكمة الابتدائية التي يتبعها القاضي المكلف بشؤون القاصرين، والتي يقع العقار المراد بيعه في دائرتها، والتاريخ الذي ستقع فيه المزايدة[105].

ويعلق هذا الإعلان بكافة الأماكن المنصوص عليها قانونا، شريطة أن يستمر هذا الإشهار شهرين، مع بيان تاريخ ومكان افتتاح المزاد العلني، وإذا كان للعقار قيمة كبيرة أمكن للقاضي المكلف أن يأمر إن اقتضى الحال بنشره في صحيفة وطنية يومية واسعة الانتشار وبالجريدة الرسمية[106].

كما يعلم المكلف بالبيع الوصي أو المقدم الذي طلب البيع بالإجراءات السالفة الذكر، ويخبره بيوم ومكان المزايدة ويؤكد له ضرورة الحضور لهذه المزايدة[107]. وفي ذلك يقول الفصل 209 من ق م م "إذا كانت قيمة العقار لا تتعدى بتقدير خبير عند الاقتضاء ألفي درهم تم البيع بالمراضاة.

إذا تجاوزت هذه القيمة ألفي درهم وقع البيع بالمزاد العلني بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي فتحت النيابة بدائرته أو الذي يوجد العقار بدائرة نفوذه بطلب من القاضي، وذلك وفقا للإجراءات والشروط التالية:

يحدد عند الاقتضاء للعقار المراد بيعه الثمن الأساسي الذي يقدره خبير يعينه القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

يقوم عون كاتب الضبط بالإشهار القانوني الذي يحدد القاضي شروطه باعتبار قيمة العقار على أن يستمر هذا الإشهار مدة شهرين.

---

[105]- ابن معجوز: م س، ص: 296.

[106]- محمد الحياني: عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة وراقة الكتاب، ط، 1، 1994، ص: 179.

[107]- عبد الحق صافي: عقد البيع – دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1998، ص: 243.

- انظر أيضا بنشافي: الخبرة القضائية في عمل قضاء الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2009/2008، ص: 142 وما بعدها.

يبين في إعلان المزاد العلني تاريخ ومكان افتتاحه ويعلق بباب العقار، وبالأسواق المجاورة وباللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة الابتدائية التي يوجد العقار بدائرتها، وبمكاتب السلطة الإدارية المحلية وينشر إن اقتضى الحال في صحيفة يومية كثيرة الرواج، وفي الجريدة الرسمية.

يبلغ عون كتاب الضبط للحاجر إجراءات الإشهار التي تم القيام بها يخطر بضرورة الحضور في اليوم المحدد لإجراء السمسرة".

وعند حلول الموعد المحدد للبيع يعلن عون كتابة الضبط عن افتتاح المزايدة، كما يدعو الراغبين إلى التقدم بعروضهم، ويتم الإعلان عن الأعلى فالأعلى من هذه العروض، وعندما يتقدم شخص بأعلى عرض بحيث لم يعد ينافسه أحد، يعلن العون عن رسو المزاد، على أن يؤدى الثمن داخل أجل 3 أيام، ويحرر بذلك محضر، ويسلم العقار لفائدة من رسا عليه المزاد بعد أن يؤدي الثمن[108].

غير أنه إذا لم يؤد من رسا عليه المزاد الثمن داخل الأجل المحدد، يتم إنذاره لكي يدفع الثمن داخل أجل 8 أيام من تاريخ الإنذار وإلا بيع العقار عليه، مع سقوط حقه في استرجاع العربون.

وإذا لم يؤد أعيد البيع مع الإشهار الذي يتضمن بيان الثمن الذي رست به المزايدة الأولى وتاريخ السمسرة.

على أنه إذا رست المزايدة الثانية بثمن أقل، التزم المشتري الأول بضمان الفرق بين الثمنين[109].

إلا أنه في بعض الأحيان حسب أحد الفقه[110]، لا يتم البيع بالمزاد نتيجة عدم حضور الراغبين في الشراء بالمزاد العلني، مما يترتب عليه إرجاع الملف للقاضي المكلف، الذي يأذن للوصي أو المقدم بالبيع بالمراضاة في حالة وجود ثمن مناسب،

[108]- عبد الحق الصافي: م س، ص: 244.

[109]- المادة 210 من ق.م.م.

[110]- عبد الحق صافي: م س، ص: 246.

بعد موافقة القاضي، مع إضافة نسبة الغبطة. وهو ما تم تأكيده من طرف العمل القضائي من خلال حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، حيث أذنت بتفويت عقار القاصرين بثمن لا يقل عما حدده الخبير مع إضافة مبلغ 10.000 درهم كغبطة لكل قاصرة[111].

والرأي فيما أعتقد أن هذا التوجه هو الأنسب والأسلم لحماية مصالح القاصر، حتى لا تطول مسطرة البيع، وبالتالي ذهاب المصلحة حالة الاستعجال.

وتجدر الإشارة إلى أن زيادة السدس داخل أجل عشرة أيام من تاريخ السمسرة إنما هي خاصة بإجراءات البيع الجبري للعقارات المحجوزة، ولا يمكن تمديدها إلى بيع عقارات القاصرين[112].

مع العلم أن وثيقة البيع المتضمنة لعقار القاصر تعتبر حجة قاطعة على ما تضمنته من بيانات، بحيث تعتبر حجة في مواجهة الكل، ولا تقبل أي طعن إلا بالزور[113].

وعموما فإن بيع أموال القاصر يقتضي الأخذ بعين الاعتبار مدى ورود حالة الضرورة التي تعد مناط منح الإذن بالبيع، وبالتالي فالمشرع المغربي منح للقاضي المكلف بشؤون القاصرين سلطة تقديرية واسعة لرفض أو منح الإذن ببيع أموال القاصر من أجل حماية المصالح المالية للقاصر بالدرجة الأولى.

الفقرة الثانية: فتح مسطرة التعرض

يعرف منهج المشرع المغربي في تنظيم مسطرة بيع أموال القاصر بالوفاء دائما للتمييز بين المنقول والعقار، على أساس إعطاء ضمانات أكثر لهذا الأخير، إلا أن

---

[111]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، قسم قضاء الأسرة، قرار رقم :151، ملف عدد : 32/87/06، الصادر بتاريخ 2006/7/4. (غير منشور).

[112]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، بتاريخ 27 فبراير 2007، المجلة القانونية للمحكمة الابتدائية بمكناس العدد 2-2003/3، ص: 303، أورده محمد الشافعي، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، م س، ص: 209.

[113]- المادة 211 من ق.م.م "لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور"

- المادة 204 من ق.م.م "لا يطعن في وثيقة البيع إلا بالزور".

الملاحظ هذه المرة أن التمييز يتجلى من خلال عدم تنظيم التعرض أصلا في بيع عقار القاصر.

فمن المعلوم أن التعرض على بيع العقار بالمزاد العلني منظم في موضع آخر من قانون المسطرة المدنية، ألا وهو الفصلان 482 و483 من ق.م.م، المتعلقان بدعوى الاستحقاق التي تنصب على العقار المحجوز تنفيذيا والمعروض للبيع بالمزاد العلني، مما يطرح معه التساؤل التالي: هل يمكن الاعتماد على هذين الفصلين لتنظيم التعرض في بيع عقار القاصر بالمزاد العلني، أم أنهما خاصان بالمزاد الذي انصب على العقار المحجوز؟

حسب مبادئ العدالة والإنصاف يمكن القول إن للمتعرض كامل الحق في تقديم تعرضه من أجل استيفاء حقه، فقد يدعي شخص ما أن العقار المراد بيعه باسم القاصر ليس في ملكية هذا الأخير وإنما هو مملوك له[114].

وحسب أحد الفقه[115] ما دامت مسطرة بيع أموال القاصر لا تنظم التعرض على بيع العقار، فلا بأس من الاستعانة بالفصلين 482 و483 من ق.م.م، حيث يجب على الشخص المتعرض أن يقدم بمجرد إطلاعه على الرغبة في بيع ذلك العقار طلبا إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإيقاف مسطرة البيع، ويرفقه بالحجج الكافية لإثبات ما يدعيه. فإن تبين للقاضي أن تلك الحجج كافية أمر بإيقاف تلك المسطرة، حيث يجب وقتئذ على مقدم الطلب أن يرفع دعوى استحقاق ذلك العقار أمام المحكمة الابتدائية التي يقع العقار المتنازع حوله، وإذا صدر حكم نهائي بإلغاء تلك الدعوى أعيدت مسطرة بيع ذلك العقار باسم القاصر[116].

[114]- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، م س، ص: 216.

[115]- ابن معجوز: م س، ص: 300.

[116]- عبد الحق صافي: م.س، ص: 245.

وفي هذا يقول الفصل 482 من ق م م: "إذا ادعى الغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها أمكنه لإبطال الحجز رفع دعوى الاستحقاق.

يمكن رفع الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية ويترتب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيهما بالاستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر أنها مبنية على أساس صحيح".

كما جاء في الفصل 483 من نفس القانون أنه "يجب على طالب الاستحقاق لوقف الإجراءات أن يقدم دعواه أمام المحكمة المختصة ويودع دون تأخير وثائقه، ويستدعي المحجوز عليه والدائن الحاجز إلى أقرب جلسة ممكنة لإبداء اعتراضها وإذا اعتبرت المحكمة أنه لا موجب لوقف إجراءات الحجز العقاري كان حكمها مشمولا بالتنفيذ المعجل رغم كل تعرض أو استئناف".

وهكذا يلاحظ أنه في حالة إدعاء الغير أمام القاضي المكلف بشؤون القاصرين أن العقار المراد بيعه باسم القاصر ليس مملوكا لذلك القاصر، وإنما هو مملوك له، يطلب إيقاف إجراءات البيع، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يخرج الأمر عن حالتين[117]:

1- أن يكتفي بهذا الإدعاء دونما دعمه بالحجج المقبولة، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الإدعاء كأن لم يكن، وتتابع إجراءات البيع.

2- إن دعم طلبه بالحجج المقبولة، يتم وقف مسطرة البيع بالنسبة للأموال المدعى فيها بالاستحقاق.

غير أن المجلس الأعلى رأى عكس ذلك. ففي قضية تتلخص وقائعها في أن المدعين طلبوا إلغاء المزاد العلني الذي انصب على المنزل الذي يسكنونه بعلة عدم إشهار إعلان البيع بالمزاد العلني بالوسائل المنصوص عليها في الفصل 474، ومنها التعليق على باب المسكن والتعليق باللوحة المخصصة للإعلانات في المحكمة الابتدائية فقررت محكمة الاستئناف إلغاء المزاد العلني. أما المجلس الأعلى فقضى

[117]- ابن معجوز، م.س، ص: 299.

بنقض قرار محكمة الاستئناف حيث رد قائلا: "إن البيع يجب أن يتم وفقا لمقتضيات الفصول المتعلقة ببيع عقار القاصرين، ولذلك فالقرار المطعون عندما اعتمد مقتضيات الفصل 474 وما يليه من قانون المسطرة المدنية بدل الفصل 207 وما يليه... لم يجعل لما قضي به أساسا مما عرضه للنقض والإبطال"[118].

مما يتبين معه أن المجلس الأعلى أقر قاعدة مفادها أن الفصول من 207 إلى 211 المتعلقة ببيع عقار القاصر عن طريق المزاد العلني، مستقلة بذاتها، ولا يمكن التوفيق بينها وبين الفصول من 469 إلى 487 من ق.م.م المنظمة لبيع العقار المحجوز بالمزاد العلني[119].

وفي حال عدم العمل باجتهاد المجلس الأعلى والقول بتطبيق مسطرة التعرض المنصوص عليها في الفصلين 482 و483، انطلاقا من مبادئ العدالة والإنصاف فإن الواقع العملي يؤكد أن بيع الوصي أو المقدم لمال القاصرين كثيرا ما تعترضه عراقيل، وذلك راجع لسببين اثنين حسب أحد الفقه[120]:

1- قلة القضاة المكلفين بشؤون القاصرين الذين يشرفون على عدد كبير من ملفات النيابات القانونية المفتوحة في المحاكم التابعين لها، الأمر الذي يستحيل معه عليهم تتبعها جميعها والإشراف على تسييرها على أحسن وجه.

2- عدم حضور المزايدين الراغبين في الشراء في بعض الأحيان، خصوصا عندما يتعلق الأمر ببيع عقار عائد للمحجور عليه.

مجمل القول، فالمشرع المغربي عمل على حماية مصلحة القاصر حالة بيع أحد عقاراته، وذلك من خلال إخضاع كل التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي بما في ذلك مسطرة بيع عقار القاصر لمراقبة السلطة القضائية.

---

[118]- قرار رقم 1059 عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، صادر بتاريخ 7 أبريل 2004، منشور بمجلة الملف، تصدرها هيئة المحامين بالجديدة، العدد 6 في ماي2005، ص: 266، أورده يوسف مختاري، م.س، ص: 63.

[119]- يوسف مختاري، م.س، ص: 63.

[120]- عبد الحق صافي، م.س، ص: 246.

الفصل الثاني
جزاء إخلال النائب الشرعي بالتزاماته
فيما يتعلق ببيع عقار القاصر

سبق الحديث أن النيابة الشرعية هي مختلف التصرفات القانونية التي يجريها شخص بالنيابة عن شخص آخر لانعدام أهليته أو نقصانها بسبب صغر في السن أو جنون أو سفه. وهذا الشخص قد يكون وليا وقد يكون وصيا أو مقدما حسب مقتضيات المادة 213 من مدونة الأسرة التي تحدد أشخاص النيابة الشرعية، كما أن سلطة الولي في القيام بالتصرفات القانونية لصالح أبنائه القاصرين تختلف عن سلطة الوصي أو المقدم.

ولعل من أبرز الضمانات التي تهم حماية أموال القاصر خلق نظام قانوني منسجم، يمكن من خلاله إثارة مسؤولية النائب الشرعي عن كل ما من شأنه الإضرار بمصالح القاصر المالية.

وحتى يتم تطبيق هذا النظام، أوجب المشرع المغربي في هذا الباب على القاضي المكلف بشؤون القاصرين محاسبة الأولياء على تصرفاتهم في أموال القاصر تحت طائلة المسؤولية متى أخل هؤلاء الأولياء والأوصياء بواجباتهم المفروضة عليهم بحكم القانون.

كما أن الفقهاء لم يختلفوا في اعتبار الأولياء أمناء، فالوالد أمين في مال ولده، والوصي أمين في مال من تحت وصايته، والمقدم أمين في مال من أسند إليه النظر في ماله من المولى عليهم بموجب قرار التعيين، غير أنه لا يجب مساءلة الأمين إلا في حدود معينة.

وباعتبار القضاء هو الساهر على الرقابة المفروضة على النائب الشرعي، يمكنه أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة للحفاظ على مصلحة القاصرين في حق النائب الشرعي، سواء بعزله أو ترتيب مسؤولية عليه حالة تفريطه أو إهماله، من

هنا أتساءل عن مدى اعتناء مدونة الأسرة وباقي فروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي مثلا، بالجوانب الحمائية الخاصة بأموال القاصر؟

سيما وأن هذا التساؤل هو الأكثر كفالة بتبيان حدود عناية المشرع بأموال القاصر وفق الشاكلة التي تجعلها في مأمن من الضياع.

للإجابة عن هذا التساؤل الذي يندرج ضمن الإشكالية الكلية للبحث بصفة عامة، سأحاول التطرق للمسؤولية المدنية ومثيلتها الجنائية للنائب الشرعي في هذا الفصل مقسما إياه إلى مبحثين:

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للنائب الشرعي

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للنائب الشرعي

يعتبر النائب الشرعي المسؤول عن إدارة أموال القاصر، لذا عندما يتسلمها فهو يقوم برعايتها وإدارتها، إلا أنه قد يتقاعس أو يهمل في تنفيذ الالتزامات التي فرضها عليه القانون، كما قد يرتكب من الأفعال ما يضر بأموال القاصر التي عهد إليه بها. ولما كان لزاما ردع الولي عن القيام بمثل هذه الأعمال وحثه على إدارة حسنة لأموال القاصر، فإن القانون لم يكتف بأن حكم على تلك التصرفات غير القانونية بالبطلان، بل تجاوزها بان رتب على ذلك قيام مسؤولية الولي (المطلب الأول)، هذه المسؤولية بدون أدنى شك تختلف باختلاف أنواع الأولياء؛ فهي ليست سواء بالنسبة للولي الشرعي أو الوصى أو المقدم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسؤولية الأولياء المدنية

إن تصرفات الولي مقيدة في الشرع والقانون بحماية مصالح القاصر، إذ يجب على الولي رعاية شؤونه في حدود الصلاحيات المخولة له مراعيا في ذلك مصالحه، وقد تناول الفقه الإسلامي مسؤولية الولي عن أموال محجوره بشكل

مستفيض، بخلاف القانون الوضعي الذي ليس له نظرة واضحة بخصوص المسؤولية محل الدراسة، لا في ظل المدونة الملغاة، ولا في مدونة الأسرة.

لذلك يستلزم الموضوع البحث في مصدر المسؤولية لتقرير الأساس القانوني (الفقرة الأولى)، ليتم بعد ذلك تحديد نطاق المسؤولية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مصدر المسؤولية

لقد خاض الفقه الإسلامي بشكل مستفيض في مسؤولية الولي عن سوء إدارته لأموال محجوره، حيث قرر الفقهاء أن الولي لا يسأل عن تصرفه في أموال المولى عليه إذا ضاع منه بأمر خارج عن إرادته ولايد له فيه. أما إذا كان هذا الضياع ناشئا عن تفريط وإهمال منه، فقد أجمع فقهاء الأمة على وقوعه تحت طائلة المساءلة في ماله، سواء جاء في صورة تعد، أو في صورة إهمال.

وبما أن الولي أمين في مال محجوره فلابد من مساءلة، وهذه المساءلة تستمد وجودها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾[121].

وقوله أيضا: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾[122].

وقوله سبحانه: ﴿وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾[123].

فمن خلال هذه الآيات العطرات، نجد أن الله تعالى أمر الأولياء بعدم تسليم اليتامى أموالهم، واعتبرها جزءا من أموال الأولياء، لأنهم يملكون التصرف فيها، وتكفل سبحانه بمحاسبتهم، كما اعتبر أكل أموال اليتامى ظلما، وأمر بعدم قربها إلا

[121]- سورة النساء، الآية 5.

[122]- سورة النساء، الآية 10.

[123]- سورة النساء الآية 6.

بما هو أحسن من التصرفات، مما يفيد مساءلة القائمين على شؤون القاصرين في أموالهم[124].

ومن السنة العطرة قوله صلى الله عليه وسلم: (اجتنبوا السبع الموبقات أكل الربا، وأكل مال اليتيم) الحديث[125] وقوله عليه السلام لابن الأتيبة لما استعمله على صدقات بني سليم: فلما رجع قال هذه لكم وهذه أهديت لي، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما بال أحدكم يقول هذه لكم وهذه أهديت لي[126]، أفلا يقعد في بيت أبيه وأمه وينظر أفلا أهدي له وقوله (ص) "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته..."[127].

أما على مستوى مدونة الأسرة فإنها لم تتضمن أية نصوص خاصة تنص بمسؤولية الولي إذا أساء التصرف في أموال القاصر، عكس ما فعله المشرع بالنسبة للوصي والمقدم الذي نص صراحة على مسؤوليتهما[128].

والرأي فيما أعتقد – تأكيدا لما ذهب إليه احد الباحثين[129] - أن عدم تطرق مدونة الأسرة لمسؤولية الولي عند إساءته التصرف في أموال القاصر يعتبر قصورا تشريعيا يجب تداركه من خلال تعديل نصوص مدونة الأسرة في هذا الجانب بما يتفق ورعاية مصلحة القاصر.

---

[124]- عبد السلام الرافعي، م.س، ص: 487.

-انظر أيضا: خولة القدميري: قضاء الأسرة والممارسة البنكية، رسالة لنيل دبلوم الماستر، وحدة التكوين والبحث، المهن القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 62.

[125]- أخرجه الشيخان (البخاري ومسلم) أورده ابن حجر في كتاب الكبائر، ج 2، ص: 40.

[126]- عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله (ص) (استعمل ابن الأتيبة على صدقات بني سليم، فلما جاء إلي رسول الله (ص) حاسبه، فقال بن الأتيبة: هذه لكم وهذه أهديت لي)، أخرجه البخاري في صحيحة، ج4، ص: 162.

[127]- أخرجه البخاري في صحيحه، ج 2، ص: 44.

[128]- انطلاقا من المادة 244 إلى 265، وبالأخص المادتان 257 و260 التي سيأتي الحديث عنهما لاحقا، المطلب الثاني من هذا المبحث.

[129]- عبد الصمد عبو، م.س، ص: 84.

غير أنه – حسب نفس الباحث – يمكن تجاوز هذا النقص وذلك من خلال الاجتهاد القضائي، تطبيقا لمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة، حيث يمكن للقضاء الرجوع إلى الفقه المالكي الذي ينص على إلزام الولي بالضمان وذلك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية التي لا يمكن تأسيسها إلا على الخطأ.

إضافة إلى ذلك، ولتوفير حماية أكبر للقاصر في أمواله من خلال التركيز على مصلحته التي يجب أن تسود أي قرار أو عمل يتعلق به[130]، يمكن تقرير المسؤولية وفق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وخاصة تلك الفصول المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية. فهذه الأخيرة هي التي تعطي أكثر إمكانية لمساءلة الولي عن ضياع أموال ابنه القاصر الذي تحت ولايته، فبالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 78 من ق ل ع نجدها تنص على ما يلي "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر".

بالتالي لتقرير مسؤولية الولي عما يلحق أموال القاصر من ضياع نتيجة بيع عقاره مثلا، يكفي اعتماد هذا النص القانوني، لكون المشرع ابتدأ هذا الفصل بكلمة : "كل شخص" فهذه العبارة تفيد العموم، مما يمكن معه إدراج الولي تحت غطائها.

وكما سبق القول فمدونة الأسرة لم تنص صراحة على مسؤولية الولي خلافا للوصي والمقدم إلا أنه يمكن إدراج هذه المسؤولية ضمن الفقرة الأخيرة من المادة 243 من المدونة، التي خولت للمحكمة اتخاذ كل الإجراءات التي تراها ملائمة للمحافظة على أموال المحجور ومصالحه المادية والمعنوية، دون تحديد هذه الإجراءات من حيث النطاق.

[130] - Rajaa Naji El Mekkaoui : la moudouwanah (code Marocain de la famille). La référentiel et le conventionnel en harmonie, Edition et impressions Bouregreg, 3ème édition 2009, p : 34.

ولعل هذه الإجراءات هي ما وقع التنصيص عليها في الباب المتعلق بالرقابة القضائية وخاصة في المادة 270، حيث أعطى المشرع للقضاء إجراء حجز تحفظي أو حراسة قضائية أو فرض غرامة تهديدية لضمان أموال القاصر وحصر المواجهة بهذه الإجراءات في الوصي والمقدم دون الولي الذي لم تشر إليه المادة 270[131].

وبما أن المشرع رعى مصلحة القاصر في مدونة الأسرة، فإن القضاء ينبغي له استغلال سلطته التقديرية الواسعة في اتخاذ كل إجراء يحمي مصلحة القاصر، بما في ذلك إجراء الحجز على أموال الولي مع إلزامه بالتعويض، واتخاذ الإجراءات الأخرى في حقه، وذلك حتى يكون تشريعنا الوطني مسايرا للتشريعات المقارنة.

فالتشريع المصري مثلا يعتبر الأب مسؤولا، غير أنه لا يحاسبه إلا عن خطئه الجسيم، بخلاف الجد والوصي اللذين يحاسبان على الخطأ حتى وإن لم يكن جسيما.

حيث ورد في المادة 24 من قانون الولاية على المال رقم 19 لسنة 1952 التي جاء فيها : "لا يسأل الأب إلا على خطئه الجسيم أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي"، وذلك على عكس الفقه الإسلامي الذي لا يعرف هذه التفرقة[132] بين الأولياء لتقدير وجود الخطأ من عدمه، بل يعتمد معيار (رب الأسرة الصالح).

وهو نفس المعيار الذي اعتمد المشرع التونسي فيما يخص النيابة عامة والولاية بصفة خاصة،[133] وذلك عملا بالمبدأ الوارد بالفصل 243 من م ا ع، الذي يقتضي أنه: "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل

---

[131] - جميلة المهوطي: المؤسسات القضائية المرصدة لحماية الأسرة في المدونة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث، قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006/2005، ص: 118-119.

- انظر أيضا: عبد العالي الدليمي، الحماية القانونية للطفل، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى، 2007، ص: 99.

[132] - سامي العيادي، الولاية على المال، دار محمد علي للنشر تونس، دون ذكر الطبعة والسنة ص : 228.

[133] - نفس المرجع، ص: 229.

يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

انطلاقا مما سبق يمكن القول، إن القضاء لديه ما يكفي من نصوص القانون، سواء في ق ل ع أو مدونة الأسرة (243 م س)، أو قبلهما الفقه المالكي لتقرير مسؤولية الولي وذلك عن طريق الاجتهاد.

الفقرة الثانية: تحديد نطاق المسؤولية

تقوم تصرفات الولي في أموال محجوره، كالبيع مثلا، على أساس جلب المصلحة ودرء المفسدة، لذلك فهو أمين يلزمه البيع في حدود ما فيه صلاح ومنفعة المولى عليه، لأن الشرع أقامه أساسا لحماية هذه الأموال.

لذلك فإن ما يقوم به الولي من تصرفات في مال محجوره تعتبر صحيحة نافذة مادامت في نطاق الحدود المرسومة لهذا الولي، أي ما دامت في صالح المحجور وتحقق له نفعا، حيث تعتبر حينئذ كأنها صادرة عن المحجور بصفته شخصا رشيدا فيما يتعلق بما يترتب على هذه التصرفات من حقوق والتزامات[134].

وبما أن الولي أمين يتصرف في أموال المولى عليه بهدف حفظها، لا يسأل عما ضاع منها بأمر خارج عن إرادته، فقد نص الفقهاء على أن "ولي المحجور كالأب والوصي، ووصيه، ومقدم القاضي لا ضمان عليهم فيما يدعون من تلف مال محجورهم من غير تفريط"[135].

إلا أن الولي إذا تصرف في أموال المولى عليه بما ينافي مصلحة هذا الأخير عن قصد أو إهمال أي أخل بالواجب المحدد له شرعا، ترتب عن ذلك جزاءان إن ثبت للقاضي ثم توقيعهما عليه. وهذان الجزاءان هما العزل والضمان. ويقصد بهذا

[134] - محمد بن معجوز، م.س، ص: 265.

[135] - عبد السلام الرفعي، م.س، ص: 488.

الأخير هو ضمان أموال المحجور من قبل الولي في ماله حيث لا تتبرأ ذمته إلا بأداء ما عليه بمقتضى المسؤولية التقصيرية التي هي وجه من أوجه الضمان[136].

هكذا فالولي يضمن ما ضاع من مال المولى عليه كلما كان تصرفه مضرا بمصلحة القاصر، كأن يتصرف بالغبن في أموال المولى عليه، بأن يبيع بأقل من الثمن حيث يسأل عن هذا التصرف مع التفريق بين غبن الأب، وغبن غيره من الأولياء من جهة، وبين فوات المبيع، وعدم فواته من جهة أخرى، فقد سئل قاضي الجماعة محمد بن علي الفلالي عن حكم التصرف بالغبن في أموال المولى عليه فقال: لا يجوز للولي أن يتصرف في أموال المولى عليه بالغبن الفاحش إن كان أبا، وبالغبن اليسير إن كان الولي غير الأب[137].

تأسيسا على ما ذكر سابقا، فبالرجوع إلى مدونة الأسرة، يتبين أنها لم تنظم مسؤولية الولي عن التصرف في أموال محجوره خاصة بالبيع أو غيره من التصرفات، مما يتعذر معه التعرف على ما قرره المشرع في هذا المجال، الشيء الذي يستدعي معه الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود[138]، لاسيما الفصل 56 منه الذي ينص على أن: "الغبن الذي يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من طرف الآخر، ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء".

وما يعزز هذا الاستنتاج هو ما ذهب إليه القضاء عندما نص على أن "المحكمة التي قضت بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإبطال عقد بيع عقار في ملك القاصر لوجود غبن في الثمن تأسيسا على أن الولي البائع له الحق في التصرف في

[136] - عبد السلام الرافعي، م.س، ص: 488.

[137] - بوشعيب بلقاضي، م.س، ص: 451-452.

[138] - أنس وقا، م.س، ص: 57.

أموال القاصرين الذين هم تحت ولايته دون الحاجة إلى إذن خاص من قاضي المحاجير الفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية دون مناقشتها للشق الثاني من الدعوى المتعلق بالغبن وهو الجانب الأهم في الدعوى، وأن إلغاء الحكم الابتدائي يقتضي البت في جميع الجوانب المؤسسة عليها الدعوى، لا مناقشة جانب دون الآخر تكون قد جردت قرارها من الأساس القانوني وعرضته للنقض"[139].

وانطلاقا مما تكون لدى من اعتقاد، فبالتمعن ولو قليلا عند مضمون الفصل 56 من قانون الالتزامات والعقود والحكم المؤسس عليه، يمكن القول إنه يحق للطرف القاصر متى كان ضحية غبن، المطالبة بإبطال عقد أبرمه شخصيا ضد الطرف الآخر المتعاقد معه ولو حصل ذلك بمساعدة وصيه أو من ينوب عنه في إدارة أموره المالية.

وإذا قلنا إنه من حق الطرف القاصر إبطال التصرف المغبون فيه متى أبرمه شخصيا بمعية وليه، فإنه من باب أولى وأحرى أن يطالب بالإبطال متى كان مغبونا إذا تعاقد نيابة عنه وليه القانوني أو غيره دون مشاركته، سواء كان الغبن في الثمن المبيع فاحشا أم يسيرا، غير أنه في جميع الأحوال يعتبر غبنا في مفهوم القانون يجب التقيد به، كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء.

إضافة إلى ذلك، وبالرجوع إلى محتويات مدونة الأسرة، نجد أن المشرع خول للقاصر رفع دعوى في حال تضرر من أي تصرف، سواء كان البيع أم غيره أبرم من قبل الوصي أو المقدم أو أي شخص عهد إليه ذلك، بما في ذلك الولي القانوني للمحجور. حيث جاء في المادة 263 "يحتفظ المحجور الذي بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر بحقه في رفع كل الدعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات المضرة بمصالحه ضد الوصي أو المقدم وكل شخص كلف بذات الموضوع.

[139] - قرار عدد 318 في الملف المدني عدد 01/2/1/2721، بتاريخ 02/10/16، أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في قانون الالتزامات والعقود إلى غاية 2005، دار الأمان الرباط، الطبعة الأولى، 2006، ص: 25.

تتقادم هذه الدعاوى بسنتين بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه، إلا في حالة التزوير أو التدليس أو إخفاء الوثائق، فتتقادم بسنة بعد العلم بذلك".

مما يمكن معه القول، إن المادة 263 السالفة الذكر تشكل الأساس القانوني الذي يحق بمقتضاه للمحجور المطالبة برفع دعوى الإبطال الوارد في الفصل 56 من قانون الالتزامات والعقود.

وإذا كان المشرع المغربي لم ينص صراحة في المدونة على مسؤولية الولي فإنه على العكس من ذلك فرض بنصوص صريحة مسؤولية على الوصي أو المقدم، وذلك بهدف حماية القاصرين من سوء تصرف الوصي أو المقدم في إدارة أمواله، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مسؤولية الوصي والمقدم المدنية

الوصي أو المقدم نائب عن القاصر يبرم نيابة عنه التصرفات اللازمة، وبما أن مهمة الوصي أو المقدم هي رعاية وصيانة مصالح القاصر الموجودة تحت ولايته، فإن ذلك يفرض عليه توخي الحرص والرعاية اللازمة طوال فترة وصايته أو تقديمه[140]. وفي حال تبين أي خلل فيها، فإنه يعتبر مبررا لتدخل القضاء للحد من ذلك بمختلف الإجراءات بما فيها الإعفاء أو العزل (الفقرة الثانية)، بل أبعد من ذلك إذ قد يؤدي هذا الإخلال إلى قيام مسؤولية الوصي أو المقدم (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: سلطة القضاء في مساءلة الوصي والمقدم

تعتبر إثارة المسؤولية المدنية للوصي أو المقدم عند الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق كل منهما أثناء إدارة شؤون القاصر بصفة عامة، سواء كانت شخصية أو مالية، من أبرز المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة.

[140] - Rôle du tuteur protéger la personne sous tutelle/rémunération et responsabilité du tuteur date d'actualité : 21/03/2013.

www.jureka.fr/famille/ensyclopédie-dudroit/tutelle تاريخ الولوج 04/09/2013

وقد حددت مدونة الأسرة بشكل واضح طبيعة مسؤولية الوصي أو المقدم، حيث تطبق عليهما أحكام مسؤولية الوكيل بأجر، ولو مارس مهمته بالمجان.

يستخلص ذلك بالأساس انطلاقا من المادة 257 من مدونة الأسرة التي ذهبت إلى أنه "يسأل الوصي أو المقدم عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور، وتطبق عليه أحكام مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان، ويمكن مساءلته جنائيا عند الاقتضاء".

ويندرج هذا المقتضي التشريعي ضمن إطار انفتاح المدونة على القانون المدني، حيث إن هذا الأخير هو من يتولى تنظيم أحكام الولاية، ومن ثم فإنه يتعين الرجوع إليه لزوما عند إثارة المسؤولية عن كل إخلال قد يرتكبه الوصي أو المقدم إزاء أموال القاصر[141].

وباعتبار الوصي أو المقدم مسؤولا مسؤولية وكيل بأجر تمنح له صفة وكيل والقاصر صفة موكل، ولأن الوكيل يقوم بمهامه مقابل أجر – خلافا لما كان عليه الأمر في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة – فإنه يتحتم عليه (الوصي أو المقدم) وفق ما ورد في الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود، الالتزام ببذل عناية الرجل العادي اليقظ المتبصر المنضبط في سلوكه وعمله، أو الذي يراعي قدرا كبيرا من الدقة في إنجاز العمل المطلوب منه، وإلا تحمل المسؤولية عما يحدث من ضرر للموكل، وعلى الوكيل (الوصي) تحري العمل الأكثر نفعا للموكل (القاصر)[142].

---

[141]- أنس وقا،، م.س، ص: 66.

- انظر أيضا: عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم الكويت، الطبعة الثانية، سنة 1990، ص: 233.

- أشرف حنضل الشاعر: أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، السنة الجامعية 1427هـ / 2006 م، ص: 114 ما بعدها.

[142]- محمد الصدوقي ورشيد عدى، حماية مصلحة القاصر في مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2009/2008، ص: 81.

وفي هذا تقول الفقرة الأولى من الفصل 903 من القانون السالف الذكر "على الوكيل أن يبذل في أدائه المهمة التي كلف بها، عناية الرجل المتبصر حي الضمير، وهو مسؤول عن الضرر الذي يلحق الموكل نتيجة انتفاء هذه العناية كما إذا لم ينفذ اختيارا مقتضي الوكالة أو التعليمات التي تلقاها، أو إذا لم يتخذ ما يقتضيه العرف في المعاملات".

يلاحظ أن طبيعة التزام الموكل من خلال هذا الفصل هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة أو غاية، ولعل الفرق واضح، بينما كان الأمر يتعلق ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، خصوصا فيما يتعلق بالإثبات، فعبء إثبات العناية اللازمة والضرورية يقع على المدعي الذي يجب عليه توضيح أن النائب لم يكن متبصرا أو عاديا في ممارسته مهامه النيابية. أما إذا تعلق الأمر بتحقيق نتيجة فيعتبر النائب مخلا بالتزاماته ومتجاوزا لحدودها متى لم تتحقق النتيجة المرجوة التي يفرضها عليه القانون، إلا إذا حصل ذلك بسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث فجائي ففي هذه الحالات تنعدم مسؤولية الوكيل (الوصي أو المقدم)[143].

وفي حال ما إذا انتهت وصاية الوصي أو تقديم المقدم وتأخر دون عذر مقبول في تسليم أموال القاصر لمن حل محله أو للقاصر نفسه، أو تأخر بشكل غير مبرر عن تقديم الحساب، وتسبب هذا التأخير في الإضرار بمال المحجور، فإن المسؤولية تقع على عاقته.

وقد أراد المشرع بذلك ضمان القيام بمهامهم، ومراقبة تسيير شؤون القاصر، لذلك نصت المادة 260 بتحمل الوصي أو المقدم مسؤولية الأضرار التي يتسبب فيها كل تأخير غير مبرر عن تقديم حسابات أو تسليم أموال.

فمدونة الأسرة تفرض على الوصي أو المقدم الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته ويقدم عنها حسابا مرفقا بالمستندات، كما فرضت عليه أن يقدم حسابا سنويا، مؤيدا بجميع المستندات أثناء إدارة أموال القاصر، بل عليه

[143] - يوسف مختاري، م.س، ص: 85-86.

الاستجابة لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت للإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال القاصر أو تقديم حساب حولها[144].

وفي حال امتناع الوصي أو المقدم عما يفرضه القانون عليه توقع عليه جزاءات، وفي ذلك تقول المادة 270 "يمكن طبقا للقواعد العامة إجراء حجز تحفظي على أموال الوصي أو المقدم، أو وضعها تحت الحراسة القضائية، أو فرض غرامة تهديدية عليه، إذا لم يمتثل لأحكام المادة 256 أعلاه، أو امتنع عن تقديم الحساب أو إيداع ما تبقي لديه من أموال المحجور، بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول داخل الأجل المحدد".

يستفاد من خلال هذه المادة أنه يمكن اتخاذ مجموعة من الإجراءات في حق الوصي أو المقدم الذي لم يستجب لطلبات القاضي أو لم يجب على ما يوجه إليه من استفسارات بشأن أموال القاصر، وكذا إذا امتنع عن تقديم الحسابات السنوية والنهائية، أو إيداع ما تبقى لديه من أموال القاصر، بعد إنذار يبقى دون مفعول، مما يترتب معه ضمان أداء الوصي أو المقدم تنفيذ التزاماته القانونية إزاء أموال القاصر[145].

مجمل القول فالوصي أو المقدم إذا لم يمتثل للقاضي المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت للإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور أو تقديم حساب حولها، فإنه يسأل عن الإخلال بالتزاماته ويطبق عليه مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان[146].

وبالتالي فمدونة الأسرة قررت جعل مسؤولية الوصي أو المقدم مسؤولية عقدية قائمة على أساس عقد الوكالة على خلاف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة

---

[144]- محمد الصدوقي ورشيد عدي، م.س، ص 83 -84.

[145]- مليكة غنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، م.س، ص: 234.

[146]تنص المادة 256 على ما يلي : " على الوصي أو المقدم الاستجابة لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين في أي وقت للإدلاء بإيضاحات عن إدارة أموال المحجور أو تقديم حساب حولها."

التي كانت تجعل الوصي أو المقدم مسؤولا في ماله عن الأضرار التي تلحق القاصر مسؤولية تقصيرية.

الفقرة الثانية: سلطة القضاء في عزل الوصي والمقدم

لا يختلف الفقهاء في أن الولي إذا انعدم فيه شرط من شروط الولاية، أو طرأ عليه مانع من موانعها، أو تصرف في أموال المولى عليه بما يسيء إليها يعزل، لأن الولاية مقيدة بمصلحة المولى عليه المالية، لا فرق بين الأب وغيره في العزل متى كانت أموال المولى عليه مهددة، على أن العزل لا يكون إلا بحكم القاضي بعد أن يتبين له ما يوجبه[147].

غير أن الفقهاء ميزوا بين عزل الأب وعزل غيره من الأولياء، لأن ولاية الأب ذات صفة ذاتية لا يمكن أن تزول بمجرد أمر من قاضي شؤون القاصرين، أما ولاية غيره من الأولياء فالمنشئ لها هو عقد الوصاية أو قرار التعيين، على اعتبار أن الوصي أو المقدم يقوم مقام الأب في إدارة أموال ابنه القاصر، لذلك فإن عزل الأب وقائي، بمعنى أن عزله يعتبر سلبا لولايته ووقفا لها؛ في حين أن عزل غيره من الأولياء هو إعفاء أبدي لا عودة بعده، معنى أن عزلهم يعتبر قطعا للولاية[148].

على أن المقدم وهو وصي القاضي قابل للعزل وإن كان عدلا كفؤا، إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله، أما الوصي المختار وهو وصي الأب، فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلا كفؤا، لأنه لم يعينه، فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل[149].

بالرجوع إلى المشرع المغربي، نجده أقر إمكانية عزل الوصي أو المقدم، فقانون المسطرة المدنية كان يعطي لقاضي شؤون القاصرين الاستماع إلى إيضاحات الوصي أو المقدم قبل أن يعزلهما تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة أو من كل شخص

[147]- عبد السلام الرفعي، م.س، ص 460.

[148]- عبد السلام الرفعي، م.س، ص458 -459.

[149]- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية، ج2، م.س، ص: 91.

يعنيه الأمر، وآنذاك يعين مقدما مؤقتا يتولى إدارة أموال القاصر، وهذا ما تؤكده الفقرة الثامنة من المادة 193[150] من ق م م، التي جاء فيها "كما يمكنه الاستماع إلى الإيضاحات أن يعزله تلقائيا أو بطلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية أو كل شخص يعنيه الأمر"، وعبارة "من يعنيه الأمر" لا تخص أشخاصا معنيين وإنما تشمل الأقارب وغيرهم، لأن الأمر يتعلق بحماية مصالح القاصر[151].

علما بأن المشرع في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة سمح بعزل الوصي أو المقدم، وذلك من خلال الفصل 167 الذي جاء فيه: "يعزل الوصي أو المقدم بحكم من القاضي للأسباب الآتية:

1- إذا فقد شرط من الشروط المنصوص عليها في الفصل 153 أو طرأ عليه مانع من الموانع المنصوص عليها في الفصل 154 من هذا القانون.

2- إذا ثبت لدى القاضي أن في أعمال الوصي أو المقدم أو في إهمالهما ما يهدد مصلحة القاصر أو ظهرت في حسابهما ريبة تخل بالأمانة".

وباستقراء هذا الفصل – الملغي – يمكن القول إن المشرع أعطى لقاضي شؤون القاصرين الحق في عزل الوصي أو المقدم إذا اختل فيه أحد الشروط، أو طرأ أحد الموانع عليه، أو ثبت سوء تصرفه في أموال القاصر.

بمعنى أن عزل الوصي أو المقدم، لا يكون تلقائيا، بل يحتاج إلى صدور حكم من القاضي بعزله، فيصبح معزولا بمقتضى حكم المحكمة[152].

هذا، وإذا ثبت لدى القاضي بوسائل شرعية أنه أهمل إدارة أموال القاصر، أو أساء تصرفاته تجاه مصلحته، أو كان في بقائه وصيا أو مقدما خطرا على مصلحة

[150] - تم نسخ أحكام هذا الفصل بموجب القانون رقم 03.72 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 04.23.1 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص: 453.

[151] - عبد الصمد عبو، م.س، ص: 107.

[152] - عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية، ج2، م.س، ص: 90.

القاصر ويهددها بالانهيار...، فإنه يصدر حكما بعزلهما وانتهاء وصايتهما وانفصالهما عن الوصاية أو التقديم[153].

أما بالنسبة لمدونة الأسرة، فمن خلال استقرائها نجد أنها احتفظت بنفس صياغة الفقرة الثانية من المادة 193[154] من ق م م الملغى، وذلك من خلال المادة 270 من المدونة، حيث نصت على أن كل إخلال من الوصي أو المقدم بمهمته أو عجزه عن القيام بها، يؤدي إلى إعفائه أو عزله عن مهامه، ويندرج تحت هذين السببين كل الأسباب الإرادية وغير الإرادية التي قد ينجم عنها إضرار بأموال القاصر[155].

إضافة إلى ذلك فمن الحكمة ألا يقتصر تدخل القاضي على الأحوال التي تم فيها الإضرار الفعلي بأموال القاصر، وأن يتم نهج الأسلوب الوقائي الذي يقتضي تدخله لمنع حدوث الضرر من أصله[156].

والملاحظ أن المشرع من خلال مقتضيات المادة 270 نقل الاختصاص في عزل الوصي أو المقدم من قاضي شؤون القاصرين إلى المحكمة وذلك باستعماله عبارة "يمكن للمحكمة". وعليه فعزل الوصي أو المقدم أصبح من اختصاص المحكمة، وما على القاضي المكلف بشؤون القاصرين سوى رفع الطلب إلى المحكمة في حالة ظهور سبب من الأسباب التي توجب العزل.

كما يمكن للنيابة العامة وطبقا للمادة السالفة الذكر، حق تقديم طلب من أجل إعفاء الوصي أو عزل المقدم من مهمته إذا عجز عن القيام بها، أو حدث مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 246 والمادة 247 من مدونة الأسرة[157].

---

[153]- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية، ج2، م.س، ص: 91.

[154]- الملغى بمقتضى القانون 03.72 سابق الذكر.

[155]- الفقرة الثانية من المادة 270 من مدونة الأسرة تقول : "في حالة إخلال الوصي أو المقدم بمهمته، أو عجزه عن القيام بها، أو حدوث أحد الموانع المنصوص عليها في المادة 274 أعلاه، يمكن للمحكمة بعد الاستماع إلى إيضاحاته، إعفاؤه أو عزله تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة أو ممن يعنيه الأمر".

[156]- جميلة المهوطي: م.س، ص: 154.

هذا وسارت بعض التشريعات المقارنة على نفس توجه المشرع المغربي، حينما أقرت إمكانية عزل الوصي أو المقدم، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: يعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر، وبذلك فالمشرع الجزائري أعطى الحق للقضاء في عزل الوصي كلما كان هناك تهديد لمصالح القاصر، وعلى ذات المنوال سار المشرع المصري والعراقي[158].

وإذا ثم العزل أو الإعفاء في حق الوصي أو المقدم، فإنه لا يعفيهما من المسؤولية عن تعويض القاصر عما يمكن أن يكون قد لحقه من أضرار بسبب الخطأ الجسيم والإهمال الخطير من أحدهما، كما لا يعفيهما من المتابعة الجنائية عما قاما به من أعمال مخالفة للقانون، وهذا ما سيكون موضوع حديثنا في المبحث الموالي، بالإضافة إلى مسؤولية الوالي جنائيا.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي

لعل من أبرز المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة إلزام الولي القانوني للقاصر بمجموعة من الالتزامات، تندرج في إطار حرص المشرع على حسن محاسبة ومساءلة الولي عن كل إخلال قد يقع من جانبه إزاء القاصر.

وإذا كانت مدونة الأسرة لم تنص على أن الولي يسأل جنائيا، كما فعلت بالنسبة للوصي أو المقدم، فإن هذا لا يعني أنه لا يمكن مساءلته ضمن هذا الإطار،

---

[157]- أحمد النبوضي: دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية، 2005-2006، ص: 55.

- أنظر ايضا: عزيزة هنداز، دور النيابة العامة في مدونة الأسرة، يوم دراسي حول المدونة دعامة للأسرة المغربية المتوازنة، نظم بالمعهد العالي للقضاء، الناشر، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ع 8، السنة 2006، ص: 151.

[158]- عبد الصمد عبو: م.س، ص: 109-110.

فمند عهد بعيد، والقانون الجنائي مهتم بشؤون القاصرين سواء تعلق الأمر بالأحداث الجناة[159]، أو القاصرين الخاضعين للنيابة الشرعية (المطلب الأول).

وكما تمت الإشارة آنفا، فإن التشريع الأسري المغربي في مجال مسؤولية الوصي أو المقدم عن أموال القاصر كان أكثر وضوحا بالمقارنة مع مسؤولية الولي في نفس المجال، حيث يمكن للوصي أو المقدم أن يسأل جنائيا وفق نصوص القانون الجنائي المغربي، دون إغفال نظام المحاسبة والرقابة الذي جاءت به مدونة الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مسؤولية الولي جنائيا

الأصل أن كل من ارتكب فعلا يشكل جريمة من منظور القانون الجنائي يجب أن يحال على النيابة العامة لتحريك المتابعة ضده. ومسؤولية النائب الشرعي في هذا الصدد قد ترتبط بالإخلال بالالتزامات المالية تجاه القاصر، ونظرا للسلطات المطلقة التي يتمتع بها الولي في إدارته لأموال أبنائه القاصرين، فإن عدة تساؤلات تطرح، من بينها؛ ما هو أساس هذه المسؤولية؟ (الفقرة الأولى)، وفي حال وقوع الولي تحت طائلة المسؤولية، ما هو أثر ثبوت هذه المسؤولية؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أساس المسؤولية

تقوم المسؤولية الجنائية كلما اقترف المجرم للأفعال المحظورة بمقتضى فصول القانون الجنائي، إذ المبدأ في القانون الجنائي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهو ما يسمى بمبدأ الشرعية الجنائية.

وقد أجمع الفقه الإسلامي على أن تصرفات الولي على النفس، هي التي تقع تحت طائلة المسؤولية الجنائية. أما تصرفاته على المال، فإنها تقع تحت طائلة

[159] - Roselyne Nérac-Goisior et Jocelyne Castaignède. Op.cit, p : 15.

المسؤولية المدنية، إذ أجمع الفقهاء على أن الولي إذا أتلف أموال المولى عليه – القاصر – عن تعد أو إهمال، فإنه لا ينجو من الضمان في كلتا الحالتين[160].

بالرجوع إلى المشرع المغربي في مدونة الأسرة، نجده لم ينص على مسؤولية الولي جنائيا حالة إخلاله بالتزاماته تجاه المولى عليه الذي يكون قاصرا[161]، لذلك يتعين الرجوع إلى القانون المغربي لتحديد مدى مسوؤلية الولي[162]، فالأصل أن كل من ارتكب فعلا يشكل جريمة، يتعين تحريك المتابعة في حقه، ومسؤولية الولي جنائيا في هذا الصدد مرتبطة بالتزاماته المالية تجاه القاصر[163].

وتقوم المسؤولية الجنائية للولي عن أموال القاصر، في حالة ارتكابه لأحد الجرائم التي تقع على الأموال، كجرائم السرقة وإساءة الائتمان أو النصب وغير ذلك[164].

وعليه، فإنه يمكن للمحكمة أن تقرر مسؤولية الولي الجنائية، وفقا لقواعد القانون الجنائي التي تحرم مجموعة من السلوكات والتصرفات التي قد يرتكبها الولي تجاه المولى عليه – القاصر – وتحددها عقوبات مناسبة، لكون تلك السلوكات والتصرفات تخل بالواجبات والالتزامات التي تفرضها الولاية، وذلك رغم أن المدونة لم تنص على إمكانية مساءلة الولي جنائيا[165].

إلا أن المشرع الجنائي المغربي أعفى الأب من العقاب في حالة ارتكابه مجموعة من الجرائم، كجريمة إساءة الائتمان والنصب، وخيانة الأمانة.، وإخفاء المسروق، متى ارتكبها الأب في حق أبنائه وفروعهم لاعتبارات أخلاقية واجتماعية، وإن كان في

---

[160]-- يسمينة الكسكاسي، حماية أموال القاصر في ضوء التشريعين المدني والجنائي، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2009-2011، ص: 110.

[161]- آسية بنعلي، م.س، ص: 168-169.

[162]- المواد 330 – 479 – 482 من القانون الجنائي المغربي.

[163]- عبد الصمد عبو، م.س، ص: 86-87.

[164]- المواد 534- 541 – 546 – 574 من ق ج.

[165]- يسمينة الكسكاسي، م.س، ص: 111.

نظر البعض – كالأستاذ الشافعي – وسيلة لتعريض أموال القاصر للخطر، وتطاول يد أبيه عليها[166].

ويمكن إرجاع هذا الإعفاء إلى فكرة الوحدة والتضامن العائلي التي تسود داخل الأسرة الواحدة، والتي هي في الواقع حقيقة اجتماعية لا يمكن للقانون الجنائي تجاهلها.

إضافة إلى ذلك، فالمشرع الجنائي المغربي نظر إلى الأبوين من زاوية وفور الشفقة والعطف وإيثارهم لأبنائهم، مما أمكن معه – في نظر المشرع – إعفاء الآباء من عديد وسائل الرقابة المفروضة على غيرهم عند إدارتهم لأموال القاصر، إلا أن الاعتماد على افتراض وفور الشفقة والعطف مع ثبوت قيام الأب بسرقة أموال ابنه يبدو أمرا مستغربا.

وعلى مستوى القانون المقارن نجد القانون التونسي رتب المسؤولية الجنائية للأبوين عند قيامهما ببعض الأعمال المضرة بشخص القاصر (كجريمة إهمال العيال أو الامتناع عن النفقة)، لكن يبدو أن الأمر يختلف بالنسبة للتصرفات المضرة بماله،

إذ إنهما لا يعتبران سارقين إذا اختلسا أشياء تابعة لابنهم[167]، وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 226 من المجلة الجنائية الذي نص على أنه "لا يعد سرقة كل اختلاس يقوم به الأصول على حساب أولادهم إلا إذا كانت الأشياء المختلسة على ملك الغير كليا أو جزئيا أو كانت محجوزة".

غير أنه يمكن مساءلة الأبوين بتهمة التحايل أو خيانة الأمانة، وذلك بمقتضى الفصل 297 من المجلة الجنائية التونسية[168].

---

[166] - سومة غزالي: الطابع الزجر لمدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية، 2011/2010، ص: 29.

[167] - سامي العيادي، م.س، ص: 222.

[168] - المرجع نفسه

وعليه، فإنه يجب على الولي أن يعتبر أموال القاصر الموجودة تحت ولايته أمانة بيده عليه رعايتها وصيانتها، كما يجب عليه تسخير هذه الأموال لما يوفر مصلحة القاصر، فإذا ما استعمل الولي سلطته الأبوية أو السلطة التي تخولها له الولاية على القصر في غير مصلحة هذا الأخير، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك لما ينص عليه القانون[169].

وتجدر الإشارة، إلى أنه سواء تعلق الأمر بمساءلة الولي مدنيا أو جنائيا فإن قاضي شؤون القاصرين هو الطرف المخول له إثارة هذه المسؤولية وفق ما يظهر له من خلال صلته بالولي عبر التقارير التي يتسلمها، أو ما قد يبلغ إليه عبر النيابة العامة وعبر كل من يهمهم مصلحة القاصر، ويحيل الملف على النيابة العامة التي تحرك المتابعة الجنائية ضد الولي وترفعها إلى المحكمة. إلا أن ثبوت مسؤولية الولي جنائيا من أجل جريمة في حق أبنائه القاصرين يترتب عليها تجريد الولي من الولاية.

الفقرة الثانية: أثر ثبوت المسؤولية

يفترض في النائب الشرعي الأمانة في قيامه على مصالح المحجور، ويزداد هذا الافتراض، قوة عندما يتعلق الأمر بولاية الأبوين؛ فهما أقرب الناس إلى القاصر، وأكثرهما حرصا على مصالحه، إلا أن الأمانة قد تغيب عند بعض الأولياء فيعمدون إلى خلط أموالهم بأموال أولادهم، ويستغلونها في مآربهم الخاصة، أو يهملونها، فيكون مصيرها الضياع أو الهلاك[170].

مما ينتج عنه ثبوت مسؤولية الولي جنائيا[171]، وبالتالي تجريد الأب من الولاية على أبنائه القصر بمقتضى حكم قضائي، وهو ما تنص عليه المادة 236 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي،....".

---

[169] - آسية بنعلي، م.س، ص: 171.

[170] - جميلة المهوطي، م.س، ص: 120.

[171] - أسية بنعلي، م.س، ص: 171.

وبالرجوع إلى مقتضيات القانون الجنائي نجد المشرع المغربي ينص في الفصل 88 منه على أنه "يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر حكما من أجل جناية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالحبس ارتكبها أحد الأصول على شخص أحد أطفاله القاصرين، إذا ثبت لديها وصرحت بمقتضى نص خاص بالحكم، أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي...".

انطلاقا من الفصل الأخير، فإن الولي أبا كان أو أما، يجرد من ولايته متى توفرت الشروط التالية:

- عند ارتكاب الولي جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس.
- عند صدور حكم بإدانة الولي.
- عند صدور حكم بسقوط الولاية التي ثبت للمحكمة أن السلوك العادي للولي يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي.

غير أن أحد الباحثين[172] يرى أن الشرط الأخير غير ضروري، والرأي فيما أعتقد أن الباحث قد صادف الصواب، وذلك لأن مجرد الحكم بالإدانة كاف للتجريد من الولاية كون هذا الأخير يعتبر دليلا قاطعا على أن سلوك الولي يشكل خطرا على الأطفال الموجودين في عهدته.

وقد علق الأستاذ أحمد الخمليشي على الفصل 88 من القانون الجنائي فقال:

المشرع المغربي يستعمل في الفصل 88 عبارة "ارتكبها أحد الأصول"، بينما الولاية في القانون المغربي تحصر في الأب ثم الأم، وذلك راجع لكونها مقتبسة من صياغة القانون الفرنسي[173].

[172] - محمد الصدوقي، رشيد عدي، م.س، ص: 60.

[173] - أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الجديدة، 1994، ص: 339، هامش 14.

كما أكد أن المشرع المغربي لم يعمل على تنظيم الأحكام الخاصة بالتجريد، لا من حيث فترته ولا من حيث من تنتقل إليه وشروط وكيفية استرجاع الولي للولاية على أبنائه[174].

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة إدانة الولي بعقوبة جنائية نتج عنها الحجر بعقوبة إضافية، فإن هذا الحجر الذي يترتب عليه حرمان المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طوال مدة تنفيذ العقوبة الأصلية، ينعدم معه مبرر تجريده من أهلية إدارة أموال القاصر، لأن هذا الحجر ليس سببه انعدام التمييز أو نقصانه كما أن التجريد لا يتم إلا بنص القانون[175].

وبالتالي على المشرع التدخل للحسم تأييدا للرأي القائل بأن مسألة الحجز القانوني الناتج عن إدانة جنائية، تمس بالولاية على الأبناء، آخذا بعين الاعتبار أن حرمان الولي من مباشرة حقوقه المالية يؤدي تلقائيا إلى حرمانه من مباشرة التصرفات على أموال من تحت ولايته، تحقيقا للقاعدة القائلة بأن: "من لا ولاية له على ماله، فلا ولاية له على مال غيره" إذ هو هذا عين المنطق ولبه، فكيف لشخص فقد أهليته في ماله أن نسمح له بالتصرف في مال من هو أحوج منه ؟.

وعلى مستوى القانون المقارن نجد المشرع المصري في المادة 20 من الرسم التشريعي المنظم للولاية على المال ينص على أنه: "إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب تصرف الولي، أو لأي سبب آخر، فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها". بخلاف الوصي الذي خصه التشريع ذاته في المادة 49، بحالات معينة تستوجب تجريده من الوصاية[176].

---

[174]- المرجع نفسه

[175]- مليكة غنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، م.س، ص: 249.

[176]- سامي العيادي، م.س، ص: 230.

وعلى نفس المنوال سار التشريع الجزائري، إذ بدوره تعرض لمسألة سحب الولاية حيث نص على أن الولي تنتهي ولايته بإسقاط الولاية عنه دون أن يورد تفسيرا لذلك[177].

وعلى غرار التشريعين السابقين نظم المشرع التونسي مسألة عزل الولي الشرعي، إذ نص الفصل 155 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من الحاكم لأسباب شرعية". ومن الأسباب الشرعية[178] ما ورد في الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية في الفقرة الخامسة منه: "يمكن للقاضي أن يسند مشمولات الولاية إلى الأم الحاضنة إذا تعذر على الولي ممارستها أو تعسف فيها أو تهاون في القيام بالواجبات المنجزة عنها على الوجه الاعتيادي".

وبالرجوع إلى التشريع الوطني ففي اعتقادي أن نصوص محاسبة الولي لا ترقى إلى المستوى المطلوب؛ لذا أتفق مع أحد الباحثين[179] الذي يرى أن محاسبة الولي يجب أن تأخذ حيزا مهما من نصوص التشريع المغربي، بعد أن تبذلت النفوس وتفككت كثير من الروابط العائلية، وتغيرت الكثير من أوضاعنا الاجتماعية، مما يستلزم سن المزيد من القواعد القانونية التي تبين كيفية وأسلوب محاسبة الأولياء، لأن النصوص الموجودة حاليا لا تكفل حماية القاصر بشكل كامل.

لذا على المشرع المغربي النص صراحة على إمكانية عزل الولي أو تجريده من ولايته كلما أخل بالتزاماته تجاه المولى عليه (القاصر). والمشرع إن هو أوجد نصوصا

---

[177]- تنص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " تنتهي وظيفة الولي:

1- بعجزه،

2-بموته،

3- بالحجر عليه،

4-بإسقاط الولاية عليه."

[178]- سامي العيادي، م.س، ص: 231.

[179]- عبد الصمد عبو، م.س، ص: 80.

بهذا الخصوص، يكون قد أوجد متوالية تؤدي إلى حماية حقوق القاصرين بما يتوافق وتغيرات المجتمع، مما يتوافق ونهج التشريعات المقارنة التي خولت للمحكمة سلب ولاية الولي أو الحد منها، إذا تصرف تصرفات تضر بمصلحة القاصر، أو شكلت خطرا على أمواله. وإذا عرف بسوء التدبير أو الإهمال الجسيم، فلا تعود إليه الولاية إلا بقرار من المحكمة بعد التأكد من زوال السبب.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للوصي والمقدم

تنص المادة 257 من مدونة الأسرة على أنه يمكن مساءلة الوصي أو المقدم جنائيا عند الاقتضاء.

وباعتبار أن الوصي أو المقدم ملزمان بتسيير أموال القاصر بما يحقق مصلحته، فقد تسول له نفسه تزوير الحسابات السنوية أو المستندات والحجج (الفقرة الأولى)، كما يمكن أن يسأل جنائيا أيضا باعتباره خائنا للأمانة أو متورطا في قضية نصب أو سرقة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مساءلة الوصي والمقدم بجريمة التزوير

تعد جريمة التزوير من الجرائم الماسة بالثقة العامة والتي تقوم على تغيير الحقيقة عمدا، بغية خداع الغير بوقائع كاذبة وغير صحيحة.

وبالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي، نجد أن المشرع المغربي حصر جرائم التزوير فيما يلي[180]:

- التزوير في الأوراق الرسمية أو العمومية المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصول من 351 إلى 356 من ق.ج.

- التزوير في الأوراق العرفية أو المتعلقة بالتجارة أو البنوك المنصوص عليها وعلى عقوبتها في الفصول 357 إلى 359 من نفس القانون.

[180] - يسمينة الكسكاسي: م.س، ص: 119-120.

- انظر أيضا : Omar Mounir , le nouveau droit de la famille au maroc , op. cit. p.154.

- التزوير في أنواع خاصة من الوثائق الإدارية والشهادات المنصوص عليها وعلى عقوباتها في الفصول 360 إلى 367 من نفس القانون.

ويمكن اعتبار الوصي أو المقدم - الذي عمد إلى تزوير أوراق أو مستندات الحساب الملزم بتقديمه إلى القضاء، بغية تضليل هذا الأخير، وذلك بتغيير الحقيقة من خلال إثارة وقائع غير صحيحة، الشيء الذي قد يترتب عنه إلحاق ضرر بمصالح القاصر المالية - مسؤولا جنائيا وفق أحكام جريمة التزوير[181].

وقد عرف المشرع المغربي في القانون الجنائي التزوير، متى وقع في الأوراق، في الفصل 361 بقوله "هو تغيير فيها بسوء نية تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا في محرر بإحدى الوسائل المنصوص عليها في القانون".

من خلال هذه المادة يتضح أن عناصر جريمة التزوير الممكن متابعة الوصي أو المقدم بشأنها هي:

أولا: تغيير الحقيقة بالطرق التي حصرها القانون

فالعبرة لقيام التزوير هو بتغيير الحقيقة فقط، سواء كان التغيير متقنا لدرجة ألا يتفطن له إلا الخبراء المتخصصون، أو كان مما يمكن اكتشافه من الأشخاص العاديين، لذا فالتزوير قائم في الحالتين.

بل من الفقه[182] من يرى أن التغيير الذي لا ينخدع به حتى السذج المغفلون من الناس الذين لا دراية لهم بالأموال، يشكل تزويرا أو على الأقل محاولة له.

وبتمعن أكثر في الفصل 351 من القانون الجنائي، نجده يعتبر أن التزوير قائم كلما تغيرت الحقيقة بسوء نية وكان هذا التغيير سببا في إلحاق الضرر بالغير، بغض النظر عن الشخص الذي يكون قد صدر منه.

[181] - أنس وقا، م.س، ص: 70.

[182] - أحمد الخمليشي: القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الثانية 1985، ص: 263.

ثانيا: أن يكون تغيير الحقيقة حاصلا في محرر من المحررات

ولا يعتبر كل تغيير للحقيقة تزويرا في القانون، إنما ينبغي أن يكون هذا التغيير للحقيقة واقعا في محرر من المحررات، سواء كان في محرر رسمي أوفي محرر ثابت التاريخ.[183]

ثالثا: أن يكون من شأن هذا التغيير للحقيقة إحداث ضرر

والضرر هو كل مساس بحق أو بمصلحة للشخص مساسا يفوت عليه ربحا أو يكبده خسارة أو يؤذيه في مركزه الاجتماعي أو في عاطفته أو شعوره[184].

وكنتيجة لهذا التعريف فالضرر نوعان:

ضرر مادي: يلحق الأموال والممتلكات وهو في الغالب يتجلى في جريمة التزوير.

ضرر معنوي: يكون محله شرف الشخص واعتباره.

رابعا: توفر سوء النية

والتزوير هو من الجرائم العمدية، حيث يلزم لقيامها الركن المعنوي. ولقيام هذا الأخير يجب توفر القصد الجنائي، وهو يتوافر إذا اتجهت إرادة الوصي أو المقدم إلى تغيير الحقيقة في محرر رسمي أو ثابت التاريخ، أو بنكي وتجاري بالطرق التي حددها القانون، وهو عالم بحقيقة ما يقوم به من الناحية الواقعية والقانونية[185].

وفي حال ما إذا لجأ الوصي أو المقدم إلى تزوير الحسابات السنوية، وكان في ذلك إضرار بمصالح القاصر، فإنه يعاقب طبقا للنصوص القانونية المنظمة لجريمة التزوير، مادات الجريمة مستوفية لكافة شروطها[186].

---

[183]- محمد قادري، تدبير أموال القاصرين، رسالة لنيل دبلوم الماستر في المهن القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2011/2010، ص: 152.

[184]- عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء، ص: 163.

[185]- محمد قادري، م.س، ص: 154.

[186]- يسمينة الكسكاسي، م.س، ص: 120.

- انظر أيضا : Omar Mounir . le nouveau droit de la familleau. op. cit .p. 154.

- انظر حول هذا الموضوع: فايز السيد اللمساوي وأشرف فايز اللمساوي، الدفوع القانونية والمشكلات القضائية حول النصب وخيانة الأمانة والجرائم المرتبطة بها، المركز القومي بإصدار القانونية، الطبعة الأولى، 2010، ص: 104 وما بعدها.

وقد يحدث أن يقوم الوصي أو المقدم بإبرام عقود صورية، وهو بصدد تسيير شؤون القاصرين المالية؛ وهذه الاتفاقات الصورية قد تكون في الغالب نسبية؛ كأن يذكر الوصي أو المقدم في عقد بيع عقار القاصر – في البيع بالمراضاة – ثمنا أقل من الثمن الحقيقي لأخذ الفرق بينهما لنفسه. فهل يمكن معاقبة الوصي أو المقدم بتهمة التزوير في المحررات؟

اختلفت الآراء بين من يعتبر الصورية[187] تزويرا يعاقب عليه نظرا لمغايرة العقد الصوري للحقيقة التي يتضمنها العقد المستتر، ويكون القصد الجنائي متوفرا في هذه الحالة. وبين من يذهب إلى عدم العقاب على الصورية باعتبارها تزويرا، إلا إذا مست حقا للغير تعلق بالتصرف، فإذا تجاوزت حدودها إلى المساس بحق الغير أو بمركز قانوني حسب هذا الاتجاه، كانت هناك جريمة التزوير[188].

ومن التطبيقات القضائية لجريمة التزوير، ما قضى به المجلس الأعلى[189] في إحدى قراراته، حيث جاء فيه: "... لما كان الطاعن قد قام فعلا بإحضار امرأة لتحل محل زوجته، ووقع عليها الإشهاد من طرف العدلين بما صرحت به على أساس أنها زوجته، فإن ذلك كان كافيا لتطبيق الفصل 354 من القانون الجنائي المتعلق بجريمة التزوير باستبدال شخص بآخر، والإشهاد عليه على أنه ذلك الشخص وتضمين ذلك في كناش العدلين ولو لم يحرر به رسم عدلي بعد"[190].

---

[187]- الصورية في معناها الواسع تفيد إظهار وضع وهمي بمظهر الوضع الحقيقي.

والصورية اصطلاحا: هي توافق إرادتين على إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا ترضيان بحكمه. فالعقد الصوري إذن هو عقد ينظمه الطرفان ذرا للرماد في أعين الغير، ويتفقان في الخفاء على تعطيل كل أو بعض آثاره، بمقتضى عقد مستتر (acte clandestin) يسمى ورقة الضد. (contre-lettre) يضمنانه حقيقة ما أراده ورضيا به.

- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1972، ص: 294.

[188]- آسية بنعلي، م.س، ص: 185-186.

[189]- محكمة النقض حاليا.

[190]- قرار صادر عن المجلس الأعلى، عدد 439، ملف جنائي 64861، بتاريخ 3 أبريل 1980، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى 1966-1986، ص: 524، أورده أنس وقا، م.س، ص: 73.

ومما تجدر الإشارة إليه أن القاصر الذي بلغ سن الرشد بمقتضى المادة 263 من مدونة الأسرة، له كامل الحق في رفع الدعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات المضرة بمصالحه ضد الوصي أو المقدم وكل شخص كلف بذات الموضوع، غير أن هذه الدعاوى تتقادم بمرور سنتين بعد بلوغه سن الرشد، باستثناء حالة التزوير أو التدليس أو إخفاء وثائق، فتتقادم بسنة بعد العلم بذلك.

الفقرة الثانية: مساءلة الوصي والمقدم بجريمة خيانة الأمانة

تعتبر جريمة خيانة الأمانة من الجرائم الماسة بالأموال، وهي تنطوي على غدر وخيانة من قبل الفاعل بمن ائتمنه والثقة التي أودعت فيه. وتشترك هذه الجريمة[191]، مع جريمة السرقة في كون كل منهما يهدف إلى اغتصاب مال الغير واختلاسه، إلا أنهما يختلفان مع ذلك في الوسيلة التي يقع بها الاختلاس، ففي جريمة السرقة يحصل الاختلاس باللجوء إلى اغتصاب حيازة المال المنقول من صاحبه. أما في خيانة الأمانة فإن المختلس يضيف ما تحت يده إلى ملكه بالجحود والتنكر لما أودع فيه من ثقة.

وبالرجوع إلى القانون الجنائي المغربي نجده نص على جريمة خيانة الأمانة في المادة 547 بقوله: "من اختلس أو بدد بسوء نية، إضرارا بالمالك أو واضع اليد أو الحائز أمتعة أو نقودا أو بضائع أو سندات أو وصولات أو أوراقا من أي نوع تتضمن أو تنشئ التزاما أو إبراء كانت سلمت إليه على أن يردها أو سلمت إليه لاستعمالها أو استخدامها لغرض معين، يعد خائنا للأمانة ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم.

وإذا كان الضرر الناتج عن الجريمة قليل القيمة، كانت عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى مائتين وخمسين درهما مع عدم الإخلال بتطبيق الظروف المشددة المقررة في الفصلين 548 و550".

[191] - مليكة غنام، إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة، م.س، ص: 197.

وباستقراء هذه المادة، نلاحظ أن الركن المادي لهذه الجريمة قد يستوعب أفعالا يرتكبها الوصي أو المقدم ويظهر ذلك جليا من خلال العناصر الثلاثة للركن المادي للجريمة.

1- اختلاس أو تبديد الأموال المسلمة على سبيل الأمانة: ويقصد بالأموال المنقولات كيفما كانت[192]، ولا يشترط المشرع المغربي علاقة محددة بين من سلم هذه الأموال ومن استلمها حتى تقوم هذه الجريمة، خلافا للقانونين الفرنسي والمصري اللذين يفرضان أن يكون تسليم هذه الأموال في إطار عقود كالوديعة والوكالة.

2- اختلاس أو تبديد الأموال المسلمة: فالاختلاس هو محاولة متسلم الأموال توجيه إرادته من أجل تملك الأموال التي تسلمها والتصرف فيها وكأنه مالك لها، وهذه هي الحالة التي يمكن تصورها كفعل جنائي للوصي أو المقدم أما التبديد فصورته إتلاف المنقول أو إحراقه لأي سبب كان.

3- تحقق الضرر بسبب الاختلاس أو التبديد. وسواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فلا يشترط إلا أن يكون قد وقع فعلا. أما الضرر المحتمل فلا يشمل حكم هذه الجريمة.

إضافة إلى الركن المادي يجب توفر العنصر المعنوي أيضا لقيام هذه الجريمة، والذي يتحقق من ناحية، بعلم المختلس أو المبدد بأن حيازته للمنقول الذي يختلسه أو يبدده حيازة ناقصة، وأن ملكيته عائدة للغير، ومن ناحية أخرى، باتجاه إرادة الجاني إلى تنفيذ الواقعة الإجرامية[193].

[192]- والمنقولات في حالتنا هاته، هي تلك المتحصل عليها ببيع عقار القاصر بالتراضي، سواء أكان البيع نتيجة عدم وصول قيمة العقار للمبلغ الذي يوجب البيع القضائي أم تجاوزه ولكن لم يحضر أي من المتزايدين للمزاد العلني، وأذن القاضي للوصي أو المقدم بالبيع بالمراضاة لتوفر الثمن المناسب.

[193]- يوسف المختاري، م.س، ص: 88.

جريمة خيانة الأمانة إذن هي إخلال بالأمانة، فالوصي أو المقدم المؤتمن على القاصر في ماله ونفسه، عليه أن يستخدم ما سلم إليه من أموال القاصر بما يحقق مصلحة هذا الأخير، على أن يسلمها لهذا الأخير بعد بلوغه سن الرشد، أو لمن يتولى شؤونه حالة انتهاء مهمة الوصي أو المقدم بسبب آخر غير بلوغ القاصر سن الرشد[194].

وعليه، فإذا ما أخل الوصي أو المقدم بما تم ائتمانه عليه اعتبر خائنا للأمانة يعاقب طبقا لمقتضيات المادة السالفة الذكر، على أن تتحقق أركان جريمة خيانة الأمانة من ركن مادي ومعنوي وقصد جنائي[195].

ويرى الأستاذ عبد الواحد العلمي أن اختلاس الأمين – الوصي أو المقدم – أو تبديده للمنقول المؤتمن عليه لا يقع إضرارا بالمالك أو الحائز أو واضع اليد، إلا إذا لحق المجني عليه ضرر فعلي من تصرف الأمين. أما الضرر المحتمل فلا يرى كفايته للعقاب، خاصة أن المشرع المغربي من خلال الفقرة الثانية من الفصل 547 من القانون الجنائي خفف عقاب هذه الجريمة عندما يكون الضرر عن الجريمة قليل القيمة[196].

وإجمالا، فإن الضرر يعتبر عنصرا مستقلا في جريمة خيانة الأمانة في القانون المغربي يلزم إثباته إلى جانب إثبات الاختلاس أو التبديد.

إضافة إلى ذلك، فالوصي أو المقدم إذا أساء استغلال أموال القاصر على نحو أصبح معه تنفيذ الالتزام بالرد مستحيلا أو بعيدا اعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، وبما أن المشرع المغربي اعتبر مسؤولية الوصي أو المقدم مسؤولية الوكيل بأجر، فإن هذه الصفة ترفع من عقوبة خيانة الأمانة[197]، إذ ينص الفصل 549 من

---

[194]- آسية بنعلي، م.س، ص: 183.

[195]- المرجع نفسه

[196]-محمد قادري، م.س، ص: 151.

[197]- مليكة غنام، إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، م.س، ص: 259.

- لمزيد من الإيضاح انظر: محمد اللجمي : الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، 2005، ص: 379 وما بعدها.

القانون الجنائي على أنه: "ترفع عقوبة خيانة الأمانة إلى الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم، في الحالات الآتية: ... إذ ارتكبها أجير أو موكل إضرارا بمستخدمه أو موكله".

وعليه، فالوصي أو المقدم يعتبر وكيلا وأمينا في نفس الوقت على مال القاصر يعاقب بصفته وكيلا وأمينا في آن واحد، فعليه أن يحفظ الأمانة كأمين ويتوخى العناية اللازمة في تنفيذ مهامه كوكيل، لذا ينبغي أن يساءل الوصي أو المقدم عن مجرد توافر نية الإضرار بمصالح القاصر المالية[198]، وذلك خلاف ما قرره المجلس الأعلى[199] من أنه لا ينبغي متابعة أو إدانة شخص من أجل جريمة خيانة الأمانة قبل معرفة ما ستؤول إليه المحاسبة[200].

نخلص من كل هذا أن مدونة الأسرة، عملت في مجال تقنين نظام محاسبة الوصي أو المقدم على إدراج قواعد قانونية تعد من صلب قانون الشكل ضمن موادها التي تدخل في إطار قانون الموضوع.

عموما فالمسؤولية الجنائية للوصي أو المقدم تأخذ أبعادا مختلفة، وذلك على حسب نوعية الأفعال المرتكبة من قبل الوصي أو المقدم، حيث يمكن متابعتهما بجرائم أخرى كالسرقة والنصب وغيرهما من الأفعال التي وردت في القانون الجنائي، وذلك بغية حماية مصالح القاصر وحفظ الأمن العام المجتمعي.

[198]- عبد الصمد عبو، م.س، ص: 119.

[199]- محكمة النقض حاليا.

[200]- قرار المجلس الأعلى رقم 2909، الصادر بتاريخ 85/3/28، أورده عبد الصمد عبو، م.س، ص: 119.

خاتمة:

إن دراسة موضوع "الحماية القانونية والقضائية لبيع عقار القاصر" كان الهدف منها الوقوف على الامتيازات، والضمانات التي جاءت بها مدونة الأسرة، أو النواقص والاختلالات، وذلك عن طريق الإجابة على الإشكالية المحورية التي تم طرحها في مقدمة هذه الدراسة. وكذا الإجابة على مختلف التساؤلات الفرعية الأخرى.

ولا يمكن أن يتأتي هذا أوذاك إلا بإبراز مختلف المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة فيما يتعلق بالنيابة الشرعية، حيث تم الاستناد إلى النص القانوني تارة، وإلى الاجتهاد القضائي تارة أخرى.

تأسيسا على ما سبق ذكره على طول صفحات هذا البحث، لوحظ أن النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع تعتريها سلبيات، أبرز أهمها، مع إعطاء بعض الاقتراحات:

1- أن إعفاء الولي من الحصول على الإذن القضائي فيه تخفيف على هذا الأخير، وذلك على حساب الحماية اللازمة للقاصر أثناء التصرف بالبيع في أمواله.

2- تضارب المادتين 271و272 من مدونة الأسرة، أدى إلى عدم تحديد القيمة التي تحدد الأموال التي يجب أن تخضع في بيعها للقيود القانونية، والتي يستوجب تدخلا تشريعيا للتوفيق بين المادتين لتحديد قيمة موحدة بينهما.

3- مسطرة البيع بالمزاد العلني مسطرة جد بطيئة وتكتنفها إجراءات معقدة ومكلفة، مما قد يؤثر سلبا على مصلحة القاصر المالية، وهذا ما يستدعي إعادة النظر فيها بما يضمن تجاوز عيوبها مع توفير الضمانات الحمائية اللازمة لأموال القاصر.

4- عدم التنصيص صراحة على مسؤولية الولي، على غرار الوصي أو المقدم، الشي الذي قد يشجع الأولياء على أكل أموال محجور هم بالباطل أو تبذيرها فيما لا يعود بالنفع عليهم، مما يجب معه على المشرع التنصيص صراحة على مسؤولية

الولي عن الأضرار التي تلحق القاصر بفعل تصرفاته الضارة بمواد واضحة ومحددة في مدونة الأسرة. وذلك على غرار باقي التشريعات المقارنة، كالتشريع المصري مثلا.

5- تدخل المشرع لتحديد مسؤولية الوصي والمقدم بشكل دقيق وواضح،عوض تركها على ما هي عليه، وذلك عند أول تعديل لنصوص المدونة.

6- تكريس مبدأ المساواة بين الأب والأم في الولاية، ذلك من خلال إلغاء رقابة وصي الأب حالة وجوده مع الأم، لكون هذه الرقابة تعتبر قيدا على ولايتها، وتقييدا لإرادتها في بيع عقار أبنائها القاصرين.

7- وضع حد للتناقض الحاصل بين مقتضيات الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود، وتلك المنصوص عليها في مدونة الأسرة، بخصوص الرقابة القضائية القبلية علي تصرفات الولي، الشيء الذي سيؤدي لوضع حد للتضارب الحاصل بين مواقف الفقه والقضاء المغربيين من المسالة.

وحتى يكون لنصوص مدونة الأسرة وباقي فروع القانون الأخرى الدور الفعال في حماية عقار القاصر؛ لابد من وجود قضاء متشبع بقيم العدل والإنصاف، وذلك للتطبيق السليم لمختلف المقتضيات القانونية المتعلقة بالموضوع.

لائحة المصادر والمراجع

*** المصادر:**

- القرآن الكريم.
- صحيح البخاري : ج2.
- صحيح البخاري: ج 4.

* المراجع باللغة العربية:

- المعاجم:

- أبو البقاء الكوفي: الكليات، مؤسسة الرسالة، ط1، 1992، بيروت.
- أبو الفضل بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1967، الجزء الخامس عشر.
- أبو الفضل منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1967، الجزء الرابع.
- سعدي حبيب: القاموس الفقهي، لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1988
- عبد الحي الكتاني: فهرس الفهارس والإثبات ومعجم المعاجم والمشيمخات والمسلسلات، باعتناء الدكتور إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي بيروت، الجزء الثاني.

- المراجع الفقهية:

- ابن حجر: كتاب الكبائر، ج 2.
- أبي الحسن النباهي، المراقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا، المكتبة التجارية بيروت، دون ذكر الطبعة وتاريخها.
- عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، مطابع إفريقيا الشرق، طبعة 1996.
- لسان الدين بن الخطيب: الإحاطة في أخبار غرناطة، تحقيق الدكتور عبد الله عنان، مطبعة الخانجي القاهرة، ط7، ج4.

- محمد بن محمد بن مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، طبع بالأوفست، الطبعة الأولى 1334 هـ، المطبعة السلفية ومكتبتها على نفقة دار الكتاب العربي، بيروت.
- محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة إحياء الكتب العربية، الجزء الثالث، دون ذكر الطبعة وتاريخها.
- وهبة الزحلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق 1984، الطبعة الثالثة الجزء السابع.

- المراجع القانونية:

- أحمد الحصري: الولاية – الوصاية – الطلاق، مكتبة الكليات الأزهرية، دون ذكر الطبعة و التاريخ.
- أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف الجديدة، 1994.
- أحمد الخمليشي: القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، مكتبة المعارف، الرباط، الطبعة الثانية. 1985.
- أحمد الخمليشي: المسؤولية المدنية للآباء عن أبنائهم القاصرين مكتبة المعارف 1982، الطبعة الأولى.
- أحمد الخمليشي: وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1988.
- إدريس الفاخوري: المدخل لدراسة العلوم القانونية الجزء الثاني، نظرية الحق، دار النشر الجسور، الطبعة الأولى 1995.
- إدريس الفاخوري: قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، مكتبة مطبعة وراقة طه حسين، وجدة، 2009.
- الحسين بلحساني: البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، دار النشر الجسور، طبعة 2003/2002.

- سامي العيادي، الولاية على المال، دار محمد علي للنشر تونس، دون ذكر الطبعة والسنة.
- عبد الحق صافي: عقد البيع – دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1998.
- عبد السلام المنصوري: مسطرة شؤون القاصرين في إطار التشريع المغربي، 1986، مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر (بنميد).
- عبد العالي الدليمي، الحماية القانونية للطفل، الجزء الأول، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى، 2007.
- عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي، الدار العربية للموسوعات، 1993، ج 1.
- عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في قانون الالتزامات والعقود إلى غاية 2005، دار الأمان الرباط، الطبعة الأولى، 2006.
- عبد العزيز حضري: القانون القضائي الخاص، دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2005.
- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، 2006.
- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الثاني، النيابة الشرعية والأهلية والوصية والميراث، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- عبد المجيد السملالي: المختصر في النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، دار القلم الرباط، 2009.
- عبد الواحد العلمي، القانون الجنائي المغربي القسم الخاص، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء.

- عبد الوهاب خلاف: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم الكويت، الطبعة الثانية، سنة 1990.
- العلمي الحراق: مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، دراسات وتعليق، الطبعة الأول، 2005.
- فايز السيد اللمساوي وأشرف فايز اللمساوي، الدفوع القانونية والمشكلات القضائية حول النصب وخيانة الأمانة والجرائم المرتبطة بها، المركز القومي بإصدار القانونية، الطبعة الأولى، 2010.
- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1972.
- محمد الحياني: عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة وراقة الكتاب، ط، 1، 1994.
- محمد الشافعي: قانون الأسرة في دول المغرب العربي، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2009 مراكش.
- محمد الشافعي: مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى، سنة الطبع، 2011.
- محمد الشرقاني: القانون المدني، دار القلم، الرباط، يناير، 2003، ط1.
- محمد اللجمي: الحصانة العائلية في القانون التونسي والمقارن، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم، 2005،
- محمد بلفقير: مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، ع1.
- محمد بن معجوز : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة.
- محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، دون ذكر الطبعة.

- محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، 1977.
- معوض عبد التواب: الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986.
- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر على ضوء التشريع المغربي والعمل القضائي، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الدراسات والأبحاث، الإصدار الثالث، يونيو 2010
- نزيهة لكحل عياط: القاصر في القانون، مطبعة بوسلامة للطباعة والنشر، تونس.

* الأطروحات و الرسائل:

- أحمد البنوضي: دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية، 2005-2006.
- آسية بنعلى: مركز القاصر في مدونة الأسرة من خلال كتابي الأهلية والنيابة الشرعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة.
- أشرف حنضل الشاعر :أحكام الوصاية في الشريعة الإسلامية رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، السنة الجامعية 1427هـ / 2006.
- أناس وقا: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤوليته عن بيع عقار القاصر، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008/2007.

- بنشافي: الخبرة القضائية في عمل قضاء الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2009/2008.
- بوشعيب بلقاضي: إدارة أموال القاصر بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – دراسة مقارنة – وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية، 2002-2003.
- جابر بن علي الحوسني: مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية 2005/2004.
- جميلة المهوطي: المؤسسات القضائية المرصدة لحماية الأسرة في المدونة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث، قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006/2005.
- خولة القدميري: قضاء الأسرة والممارسة البنكية، رسالة لنيل دبلوم الماستر، وحدة التكوين والبحث، المهن القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي الرباط، السنة الجامعية 2010-2011.
- سومة غزالي: الطابع الزجر لمدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية، 2011/2010

- عزيزة هنداز، دور النيابة العامة في مدونة الأسرة، يوم دراسي حول المدونة دعامة للأسرة المغربية المتوازنة، نظم بالمعهد العالي للقضاء، الناشر، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ع 8، السنة 2006.
- العوني مصلي: الحماية القانونية لأموال القاصر، بحث نهاية التخرج من المعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط، الفوج 20، السنة 1992-1993.
- فؤاد اليمني: الأذون في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2009-2010.
- محمد الصدوقي ورشيد عدى، حماية مصلحة القاصر في مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2009/2008.
- محمد بوحامد: بيع منقولات القاصر في إطار التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008-2009.
- محمد قادري، تدبير أموال القاصرين، رسالة لنيل دبلوم الماستر في المهن القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2011/2010
- مليكة غنام: إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية، 2007/2006.

- يسمينة الكسكاسي، حماية أموال القاصر في ضوء التشريعين المدني والجنائي، بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء، السنة 2009-2011.
- يوسف مختاري: أحكام بيع أموال القاصر في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة التكوين والبحث: القانون المدني المعمق، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007.
- عبد الصمد عبو: حدود الرقابة القضائية على اختصاصات النائب الشرعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، جدة، السنة الجامعية 2008-2009.

* الندوات والمقالات:

- عبد الرحمان درويش: الإذن القضائي، في مدونة الأسرة – الإذن الصادر عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين نموذجا – مدونة الأسرة بين النص والممارسة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش وهيئة المحامين بمراكش، يومي 27 و28 يناير 2006، تنسيق - محمد بونبات ومحمد مومن، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة.
- مليكة غنام: الحماية القضائية لعقار القاصر، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، ع 2، 2011.

* الظهائر والقوانين:

- ظهير 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود، الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 هـ الموافق 11 غشت 1913، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 12 غشت 1913، ص: 440.

- ظهير 25 يناير 1958، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 7 فبراير 1958.
- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص: 2742.
- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ص: 418.
- ظهير شريف رقم 1.59.413 صادر بتاريخ 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، منشور بالجريدة الرسمية عدد، 2640 مكرر، بتاريخ 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963) ص: 1253.
- ظهير شريف رقم 1.93.347 صادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) المتعلق بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.57.343 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2354 الصادرة بتاريخ 13 جمادى الأولى 1377 موافق 6 دجنبر 1957، ص: 414.
- القانون رقم 03.72 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1. 04.23 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص: 453.
- قانون رقم 09.05 بمثابة قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في 04 ماي 2005.
- القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 بتاريخ 2 ربيع الأول 1377 (27سبتمبر1957) بشأن المجلس الأعلى، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26أكتوبر 2011) ص 5228.

- مذكرة المحافظ العام، في موضوع: التصرفات التي تنجزها الأم "الولي" في أموال ولدها القاصر، رقم 1314، الصادرة بتاريخ 16 يونيو 2004.
- منشور وزير العدل رقم 52 س^{2} في 2 فبراير 2005 حول تطبيق مقتضيات المواد 231 و240 و250 من مدونة الأسرة.

* المواقع الالكترونية:

www.jureka.fr/famille/ensyclopédie-dudroit/tutelle

www.paris.idf.fr/protectiondespersonnesvulnerables/lesmineurs

* المراجع باللغة الفرنسية:

- Rajaa Naji El Mekkaoui : la moudouwanah (code Marocain de la famille). Le référentiel et le conventionnel en harmonie, Edition et impressions Bouregreg, 3ème édition 2009.
- Rôle du tuteur protéger la personne sous tutelle/rémunération et responsabilité du tuteur date d'actualité : 21/03/2013.
- Roselyne Néroc-Groisier et Jocelyne Castaignéde la protection judiciaire du mineur en danger. Aspects de droit interne et de droit Européens édition Harmattan 2000.

الفهرس:

مقدمة 3

الفصل الأول : التنظيم القانوني لبيع عقار القاصر 11

المبحث الأول: الأشخاص المكلفون ببيع عقار القاصر 12

المطلب الأول: سلطة الولي في بيع عقار القاصر 13

الفقرة الأولى: تعاقد الولي مع نفسه 13

الفقرة الثانية: صلاحية الأم في التصرف بالبيع 19

المطلب الثاني: سلطة الوصي والمقدم في بيع عقار القاصر 25

الفقرة الأولى: حدود سلطة الوصي 26

الفقرة الثانية: حدود سلطة المقدم 30

المبحث الثاني: رقابة القضاء لبيع عقار القاصر 34

المطلب الأول: رقابة قاضي شؤون القاصرين 35

الفقرة الأولى: إثبات موجبات البيع 35

الفقرة الثانية: سلطة القاضي في منح الإذن بالبيع 38

المطلب الثاني: إجراءات البيع القضائي 43

الفقرة الأولى: مسطرة البيع 44

الفقرة الثانية: فتح مسطرة التعرض 49

الفصل الثاني : جزاء إخلال النائب الشرعي بالتزاماته فيما يتعلق ببيع عقار القاصر 53

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للنائب الشرعي 54

المطلب الأول: مسؤولية الأولياء المدنية 54

الفقرة الأولى: مصدر المسؤولية 55

الفقرة الثانية: تحديد نطاق المسؤولية 59
المطلب الثاني: مسؤولية الوصي والمقدم المدنية 62
الفقرة الأولى: سلطة القضاء في مساءلة الوصي والمقدم 62
الفقرة الثانية: سلطة القضاء في عزل الوصي والمقدم 66
المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للنائب الشرعي 69
المطلب الأول: مسؤولية الولي جنائيا 70
الفقرة الأولى: أساس المسؤولية 70
الفقرة الثانية: أثر ثبوت المسؤولية 73
المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للوصي والمقدم 77
الفقرة الأولى: مساءلة الوصي والمقدم بجريمة التزوير 77
أولا: تغيير الحقيقة بالطرق التي حصرها القانون 78
ثانيا: أن يكون تغيير الحقيقة حاصلا في محرر من المحررات 79
ثالثا: أن يكون من شأن هذا التغيير للحقيقة إحداث ضرر 79
رابعا: توفر سوء النية 79
الفقرة الثانية: مساءلة الوصي والمقدم بجريمة خيانة الأمانة 81
خاتمة 85
لائحة المصادر والمراجع 87
الفهرس 97