



جامعة العربي التبسي - تبسة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



أحكام الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم

تخصص: قانون خاص

مدير الأطروحة:

الأستاذ: عبد الرزاق دربال

الطالب:

الهادي معيفي

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
حدة مبروك	أستاذ محاضر أ	جامعة تبسة	رئيسا
عبد الرزاق دربال	أستاذ	جامعة تبسة	مشرفا ومقررا
بلال عثمانى	أستاذ محاضر أ	جامعة بجاية	عضوا
منير بوراس	أستاذ محاضر أ	جامعة تبسة	عضوا
الصادق فريوي	أستاذ محاضر أ	جامعة عنابة	عضوا
سفيان سوايم	أستاذ محاضر أ	جامعة سوق أهراس	عضوا

السنة الجامعية: 2021/ 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال سبحانه وتعالى: ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ

ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴾¹.

وقال عز وجل: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا

وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾².

وقال تعالى: ﴿ وَابْتَلُوا الَّتِي تَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ

رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ص وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا^ج ﴾³.

1 سورة البقرة، الآية 282.

2 سورة النساء، الآية 5.

3 سورة النساء، الآية 6.

شكر وتقدير

قال تعالى في كتابه العزيز:

﴿وَإِذ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ^ع﴾¹.

فالشكر لله تعالى أولاً على ما أنعم به علي من إتمام هذه الرسالة.

وعملاً بقوله صلى الله عليه وسلم : «لا يشكر الله من لا يشكر الناس»².

فاني أتقدم بجزيل الشكر والعرفان وخالص الاحترام والتقدير

إلى :

أستاذي المحترم الأستاذة الدكتور عبد الزراق دربال على تفضله بقبول الإشراف على رسالتي وعلى ما بذله من جهد، وما أسداه من نصح وتوجيهاته، كانت عوناً لي في إنجاز هذا البحث.

السادة أعضاء لجنة المناقشة، الذين تفضلوا بقراءة هذه الرسالة ومناقشتها، فجزاهم الله خيراً، على ما بذلوه من جهد ووقت في مراجعة البحث وتقويمه، رغم أشغالهم الكثيرة، فلهم مني كل الاحترام والتقدير.

أساتذة وإدارة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي التبسي تبسة، على المساعدة.

كل من دعمني وأعانني من قريب أو بعيد، بالرأي والنصيحة والتوجيه لإتمام هذا البحث.

1 سورة إبراهيم الآية 7.

2 رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي، وصححه الألباني.

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

والديّ الكريمين، حفظهما الله ورعاهما، وأمدّ في عمريهما، وألبسهما ثوب
الصحة والعافية.

رفيقة دربي زوجتي العزيزة، وأولادي سر سعادتي.

إخوتي وأخواتي وأولادهم.

أصحابي وأصدقائي وزملائي، الذين وقفوا إلى جانبي.

كل من علمني حرفا وزودني بالعزيمة والإرادة وحب العلم.

كل من ساعدني لإنجاز هذا البحث.

مقدمة

الحمد لله الذي خلق الإنسان أطوارا، وألهمه العقل والتمييز، وهداه إلى الطريق القويم، وأصلي وأسلم على أفضل الخلق أجمعين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

فقد خلق الله الإنسان في أحسن تقويم وميزه بالعقل على سائر خلقه، لكنه عز وجل لم يجعل العقول على درجة واحدة من الكمال، بل جعلها مختلفة متفاوتة في التصرفات، ولأن مدار الأحكام الشرعية هو حفظ الكليات الخمس ومنها المال، فقد منح الله الإنسان البالغ العاقل الرشيد، الذي يتمتع بأهلية كاملة، حق التصرف في ماله، ومباشرة كل الأعمال المشروعة، ومنع الشارع الحكيم بعض الفئات من التصرف جزئيا أو كليا في أموالهم، بسبب نقص أهليتهم أو انعدامها، لغياب الإرادة الواعية والقدرة على التمييز، التي تتطلبها مباشرة التصرفات القانونية، وما يترتب عليها من حقوق والتزامات، فاهتمت الشريعة الإسلامية بأحوال الإنسان في مختلف أطوار حياته، من طور الاجتئان إلى طور الطفولة والصبأ، إلى بلوغه عاقلا رشيدا، فمنعت كل ما يضره من اعتداء على نفسه وماله، وجاء نظام الحجر على القاصر ومن في حكمه كأحد مسالك حماية المال في التشريع الإسلامي.

ويعرّف الحجر في الشريعة الإسلامية بأنه منع الإنسان عن التصرف في ماله، سواء كان المنع من الشرع؛ كمنع الصغير والمجنون والسفيه، أو من الحاكم كمنع المدين المفلس من التصرف في ماله، حتى يؤدي الديون التي حل أجلها للدائنين. والحجر في حقيقته لم يوضع للحد من حرية الشخص في التصرف، وإنما جعل صونا لماله، وحدا لهوى النفس من الإنفاق في وجوه غير صحيحة، فقد تقرر لمصلحة الفرد والمجتمع ودفع الضرر عنهم وذلك

لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا

وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا¹. فالمحجور عليه غير

قادر على تحديد المصلحة، إن كان صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً، فلا يتصور منه الرضا الصحيح ولا القصد ولا الاختيار، فالحجر عليه إنما كان لحفظ ماله، فإن كان سفيهاً أو ذا غفلة لا يهتدي إلى التصرفات النافعة، فيغبن في البيوع ويتضرر بها، أو كان مدنياً يتعين حفظ حقوقه وحقوق الدائنين على حد سواء؛ لأنّ المال عصب الحياة وقوامها، ويجب إنفاقه في أوجهه بمقتضى العقل والشرع، من غير إسراف أو تقتير.

وللحجر عند الفقهاء أسباب متعددة بعضها متفق عليه وبعضها مختلف فيه:

فالأسباب المتفق عليها: الصغر والرق والجنون، والحجر لهذه الأسباب قرر لمصلحتهم، وأما الأسباب المختلف فيها: فالحجر على السفيه، والمدين المفلس، والفاسق المبذر، والحجر على المرأة فيما زاد عن الثلث لمصلحة الزوج، ويتعلق موضوع الأطروحة بالقسم الأول وهو الصغر ونقصان الأهلية، فإن الحجر مقرر لمصلحة المحجور عليه، ومصلحة المتعاملين معه حتى لا يفاجئون بإبطال تصرفاتهم.

وأحكام الحجر على القاصر نظمها قانون الأسرة في الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية، الفصل الخامس بعنوان "الحجر" في نصوص المواد من 101 إلى 108، جاء في المادة 101 من قانون الأسرة: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

فتكون قدرة المحجور على إبرام التصرفات المالية إما معدومة أو محدودة، فيمنع من مباشرتها جزئياً أو كلياً بحسب أحواله، لذلك أخضعه الشرع والقانون لنظام الولاية أو الوصاية أو التقديم، بقصد حماية أمواله وتحقيق مصالحه.

1 سورة النساء الآية 5.

ويرى بعض فقهاء القانون أنه كان من الأجدر أن ينظم القانون المدني أحكام تصرفات عديمي الأهلية وناقصيها من صحة وبطلان وقابلية للإبطال أو موقوفة، وكذلك أحكام الولاية على المال. وقد أفرد المشرع المصري أحكام الولاية على المال ومن بينها الحجر بقانون خاص منفصل عن القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية.

وجاء بحثنا بعنوان: "أحكام الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، محاولة لبحث ومناقشة القضايا المتعلقة بالحجر على عديمي الأهلية وناقصيها، والسبل الشرعية والقانونية الكفيلة بحماية أموال المحجور عليهم، ودفع الضرر عنهم وعن المجتمع. إذ يمثل الموضوع دراسة قانونية فقهية، في مسألة الحجر على القاصر ومن في حكمه، أبين فيه حقيقته وأسبابه، وإجراءات توقيعه ورفعته في المحاكم، وآثاره في التصرفات القانونية للقاصر ومن في حكمه، مع الاستعانة ببعض القوانين العربية.

وحدود البحث ونطاقه ينصب في هذه الدراسة على القاصر وهو: كل من لم يستكمل أهلية الأداء لصغر في السن أو لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة. تأتي أهمية الموضوع من كونه يتناول أحد المقاصد أو الكليات التي جاءت الشريعة الإسلامية والقوانين لحفظها وهو المال، ويزيده أهمية أن هذا المال خاص بالقصر العاجزين عن تدبير شؤونهم والتصرف في أموالهم، الأمر الذي يجعل المال في أيديهم عرضة للهلاك والضياع، نتيجة لسوء تصرفهم أو لاستغلال غيرهم.

وقد تقرر الحجر في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على هذه الفئة لمنع نفاذ تصرفاتهم المالية وإدارة أموالهم، فالحجر على هذا الأساس لم يقرر إلا لمصلحة القاصر والغير، فهو حق شرعي وقانوني؛ لأنه ينظم علاقته بماله وعلاقته بغيره، دون حرمانه من الإنفاق من غير إسراف أو تقتير عن طريق ولي المال.

يهدف البحث إلى دراسة والتعرف على ما جاء في كتب الفقه الإسلامي والقانون المدني وعلى الخصوص قانون الأسرة وبعض القوانين العربية، من أحكام القصر تتعلق بموضوع الولاية على المال والحجر على عديم الأهلية وناقصيها، وتوضيح مدى فعالية

القوانين الواردة في هذا الشأن، وتبيان أحكام الشريعة الإسلامية وعنايتها بالمصلحة الخاصة للأفراد، والمصلحة العامة للمجتمع، ودور الأولياء في المحافظة على المحجور عليه ومصالحه، ومصلحة الغير واستقرار التعامل المالي والعقدي.

كما يهدف الموضوع إلى تبيان ضوابط تصرفات الولي، والتذكير بأحكام الحجر على القاصر، وخطورة التصرف في أمواله أو التعدي عليها وأكلها بالباطل.

ويعود سبب اختيار هذا الموضوع إلى أن الحجر على القاصر يتصل بحرية الأشخاص وأهليتهم في التصرف، وبالتالي فإن طبيعته تقتضي وجود قواعد صارمة تنظمه، حتى لا يكون مصدرا لإلحاق الضرر المادي والمعنوي بالقاصر.

وقد كان هذا الموضوع أيضا استجابة لمعرفة وتجميع وإبراز القواعد والضوابط المتعلقة بالحجر، وما أحيط به من عناية واهتمام في الفقه الإسلامي، حيث لم يقابله نفس الاهتمام من الفقه القانوني، فقد أغفلته الدراسات والأبحاث القانونية أو تكاد، ولم تتناول كل جوانبه وإشكالاته وخاصة في الجزائر، إذ أن أغلب من كتبوا في شرح قانون الأسرة، يتوقفون عند وصولهم إلى أحكام النيابة الشرعية، فارتأيت أن أجمع ما تفرق من فروع هذا البحث، وأقدم فيه ما يمكن أن يسد بعض الفراغ.

وقد برزت في الفقه الإسلامي عدة آراء واتجاهات، في بعض القضايا المتعلقة بأحكام الحجر على القاصر، توحى بأهمية البحث في هذا الموضوع، وهو ما دفعني إلى الكشف عن هذه الاجتهادات، مرجحا ما كان موافقا لمقاصد الشريعة الإسلامية ولواقعنا المعاصر من الحجر على القاصر ومن في حكمه. ومما دفعني للبحث في هذا الموضوع بالإضافة إلى ما تقدم تبيان أهمية الحجر كونه الوسيلة المثلى لحفظ وصون أموال عديمي الأهلية وناقصيها، وإبراز تميز الفقه الإسلامي وأسبقيته في تنظيم الأحكام المتعلقة بالحجر على القاصرين، وتوضيح مدى النقص أو التفرد في بعض التنظيمات القانونية، لا سيما قانون الأسرة.

وقد اقتضت طبيعة البحث في بعض الحالات، التقرب من المحكمة؛ للإطلاع على الإجراءات المتبعة في قضايا الحجر والتقديم والوصاية، حيث تابعت عدة قضايا، فلاحظت ببطء وتعقيد بعض إجراءات التقاضي في الحجر على القاصر ومن في حكمه، خاصة المعوق ذهنياً، وطول مدد التقاضي للنطق بالحكم، بالإضافة إلى معاناة الأولياء، والتكاليف المرهقة للمصاريف القضائية، حيث تطبق عليهم الإجراءات نفسها التي تطبق على بقية الفئات الأخرى المحجور عليها؛ ففي الغالب تكون هذه الفئات ضعيفة مادياً ومعنوياً، حيث يصعب عليها متابعة مثل هذه القضايا فتضيع حقوق القصر أو تتعطل.

ويمكن ذكر بعض الصعوبات التي اعترضني كباحث في هذا الموضوع؛ منها خصوصية هذا النوع من القضايا، حيث تحاط بنوع من السرية والتكتم من قبل أصحابها، وصعوبة التواصل مع القضاة، للاطلاع عملياً على إجراءات الحجر على القصر، ومراحل سير دعوى الحجر ورفعها، وقلّة هذه الدعاوى. بالإضافة إلى قلّة المراجع القانونية المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع.

أما البحوث والدراسات السابقة في هذا الموضوع فقليلة في الجزائر حسب اطلاعي، بالنظر إلى أهمية الموضوع، وإن كانت موجودة فهي متفرقة في بطون كتب الفقه الإسلامي القديمة والحديثة، والمقالات والرسائل والمذكرات الجامعية، بشكل عناوين في سياق مواضيع وأبحاث أخرى ذات صلة بالموضوع، كالنيابة الشرعية والولاية على المال وأحكام مال اليتيم وغيرها، ولم أجد من أفرد هذا الموضوع بدراسة متخصصة مستقلة وشاملة، في حدود ما أمكنني الإطلاع عليه من المصادر والمراجع الفقهية والقانونية، على الرغم من الجهود الكبيرة التي بذلها من سبقنا من علماء وفقهاء، وقد حازوا فضل السبق، ثم جاءت المراجع الفقهية المعاصرة لإتمام البنيان الذي وضعوا أسسه.

ويأتي دور الباحثين من بعدهم ليجمعوا وينسقوا ويرتبوا من جديد؛ لينسجم الموضوع مع المنهجية العلمية الحديثة، التي تتطلبها طبيعة الدراسات العليا، لذا فإنني سأكتفي بذكر بعض الدراسات السابقة وما تناولته من أجزاء تتعلق بموضوع الدراسة:

1 - تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، لجعفر محمد سعيد، حيث تعرض فيه الكاتب إلى شرح مواد القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة المتعلقة بالتصرفات المالية للصبي المميز والسفيه وذو الغفلة، فتناول جانب الحجر الجزئي على تصرفات ناقص الأهلية.

2 - إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، وهو مقال لتحليل صالح وصديقي لخضر، تناولت هذه الدراسة إجراءات التقاضي بصورة عامة في مختلف القضايا ومن بينها الحجر والولاية على المال.

3 - الولاية على المال الأحكام الموضوعية، محمد كمال حمدي، حيث يتضمن الكتاب شروحا وتعليقات على مواد قانون الولاية على المال المصري، التي جاء بها المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952م، وتضمن هذا الكتاب أحكام النيابة الشرعية عن القصر كالولاية والوصاية والتقديم والحجر والغيبة والمساعدة القضائية، وتناول أيضا الاختصاص والإجراءات والقرارات، ولم يتوسع المؤلف في هذه القضايا، خاصة ما تعلق بموضوع الحجر على القاصر.

4 - الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مصطفى السباعي وعبد الرحمن الصابوني، تناول فيه المؤلفان بعض جوانب موضوع الحجر على القاصر، في الفصل الثالث بعنوان القوامة، حيث تطرق إلى أحكام الحجر على المجانين والمعتوهين وأحكام الحجر السفهاء والمغفلين، ولمن تكون القوامة على المحجور عليهم، وهي دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقانون السوري، فكانت مختصرة غير شاملة لكل جوانب الموضوع وخاصة الإجرائية منها.

5 - مال القاصر ومن في حكمه في الفقہ الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون: جابر بن علي الجوسني، كتاب أصله رسالة دكتوراه تناول فيه صاحب الأطروحة الحجر في الباب الثاني

تحت عنوان أساليب الإبقاء تكلم فيه باقتضاب عن مدلول الحجر وتقسيماته وثمره الحجر في حفظ المال.

6 - الأهلية وعوارضها وأحكام التصرف عن الغير: للمؤلفين أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، تطرقا في هذا الكتاب إلى الولاية والوصاية والقوامة والمساعدة القضائية في الشريعة الإسلامية والقانون، تناول فيه القوامة والحجر على من أصيب بأحد عوارض الأهلية في الفصل الأول من الباب الثالث.

7 - أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون: محمد باوني، إذ تناول في القسم الأول من الكتاب الحجر وأحكامه باختصار، حيث تطرق فيه إلى الحجر وأحكامه، مبتدئاً بالتعريف اللغوي والاصطلاحي، مركزاً على الجانب الفقهي، ثم انتقل إلى حكم الحجر ومشروعيته وتناول بعد ذلك أقسام الحجر وأسباب زواله، وتعرض في الأخير إلى آثاره.

9 - الوسائل الشرعية لحماية أموال القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لممدوح عبد الرحمن فرحات، أطروحة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر. تعرض الباحث في هذه الدراسة للوسائل التي وضعها الشارع الحكيم لحفظ أموال القصر، ومقارنة ذلك بما جاء في القانون الوضعي، حيث تعرض فيها لأحكام الحجر، والولاية والوصاية على القاصر، واستثمار أموال القصر في الفقه الإسلامي.

وتظهر صلة هذه البحوث والكتابات بموضوع الأطروحة أن كلا منها يتناول جزءاً من أجزائها، بشكل عام ومختصر، دون التعمق والتخصص في الموضوع، فكانت بمثابة الروافد التي استعنت بها على إنجاز البحث وإغنائه بأفكار وآراء مختلفة، وأغلب هذه الدراسات هي تعليقات على مواد في قوانين الأحوال الشخصية المختلفة في عرض سريع، مع الإشارة إلى أقوال بعض الفقهاء في مواطن محددة.

وتعتبر هذه الدراسة الأولى في نظري على الأقل، التي تبحث في موضوع الحجر على القاصر، بشكل متخصص وشامل لمختلف جوانبه النظرية والعملية على النحو الذي بيّنته في الخطة التي اعتمدها.

منهج البحث: تقتضي طبيعة هذا البحث وأهميته الاعتماد على أكثر من منهج وحيد؛ فاستعملت المنهج التحليلي، مع الاستعانة بالمنهج المقارن، لدراسة ما جاء في القانون المدني، وعلى الخصوص قانون الأسرة والاجتهاد القضائي، من خلال استقراء النصوص القانونية وتحليلها، والبحث عن مواطن القوة والتميز والتفرد، ومواطن التناقض أو القصور، ومقارنتها بما جاء في كتب الفقه الإسلامي المعتمدة، من المذاهب الأربعة والمذاهب التي لم يكتب لها الذيوع، وما ألف حديثاً في هذا الموضوع، وما أخذت به بعض قوانين الأحوال الشخصية، وقوانين الولاية على المال في بعض الدول العربية.

إشكالية البحث: تقرر الحجر لمصلحة القاصر ومن في حكمه وحمايته وتسيير شؤونه المالية والإدارية، ولمصلحة المجتمع الذي يعيش فيه ويتعامل معه.

فما مدى كفاية الأحكام والتدابير القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لحماية القاصر ومن في حكمه؟

يتفرع عن إشكالية البحث التساؤلات الآتية:

- 1- هل في الحجر حد لحرية الشخص من التصرف في أمواله؟
- 2- ما هي الشروط والضمانات التي وضعها المشرع لحماية أموال المحجور عليه؟
- 3- ما هي الإجراءات العملية المتبعة لتوقيع الحجر على القاصر ورفعها في المحاكم؟
- 4- ما هي آثار الحجر ورفعها على تصرفات القاصر ومن في حكمه؟ وما حدود سلطة الولي المالي في الحجر؟
- 5- ما مدى توافق مواد قانون الأسرة والقانون المدني المتعلقة بالحجر على القاصر والولاية على أمواله مع أحكام الفقه الإسلامي؟

للإجابة عن إشكالية الموضوع والتساؤلات المتفرعة عنها اعتمدت خطة قسمته

فيها إلى بابين:

خصصت الباب الأول: للحجر على القاصر والولاية على أمواله، قسمته إلى فصلين

الأول: مفهوم الحجر على القاصر وإجراءات توقيعه، حيث تطرقت فيه إلى الجانب النظري

الذي يستلزم الوقوف على الحدود والمفاهيم اللغوية والاصطلاحية المرتبطة بالبحث؛ كمفهوم

الحجر ودليل مشروعيته، وأسباب الحجر وبيان أنواعه، كما تطرقت فيه أيضا إلى إجراءات

سير دعوى توقيع الحجر على القاصر ودور القضاء في دعوى الحجر. وأما الفصل الثاني

فخصص للولاية على المحجور عليه تطرقت فيه إلى الولاية في الحجر المالي بينت فيه

أولياء المحجور عليه وشروطهم وثبوت الولاية عليهم وترتيب الأولياء ومتى تنتهي ولايتهم ثم

تطرقت إلى سلطة الولي المالي في الحجر بينت فيه تصرف الولي في عقود التبرعات

والمعاوضات.

وخصصت الباب الثاني: لأثر وأحكام الحجر ورفع في تصرفات القاصر الذي اشتمل

على فصلين الأول: أثر الحجر والإذن في تصرفات القاصر تم الكلام فيه عن أثر الحجر

والإذن في تصرفات الصغير ثم أثر الحجر في تصرفات المصاب بعارض الأهلية. ثم يأتي

الفصل الثاني: رفع الحجر عن القاصر وآثاره ليخصص للبحث في الرفع الجزئي للحجر عن

القاصر وآثاره والإذن للقاصر المميز وحالاته وشروطه ثم الرفع الكلي للحجر عن القاصر

وآثاره والذي تناول أحكام رفع الحجر عن القاصر ثم أحكام رفع الحجر عن المصاب

بعارض الأهلية متى انتفى السبب الداعي للحجر كما تم فيه تناول الآثار المترتبة عن الرفع

الجزئي والكلي للحجر وأنهيت البحث بخاتمة تضمنت النتائج والاقتراحات.

الباب الأول:

الحجر على القاصر والولاية على أمواله

الحجر نظام شرعي وقانوني، وضعت أسسه الشريعة الإسلامية، وأخذت به مختلف التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري، فقد جاءت الأحكام واقعية، مراعية أحوال الإنسان وأطواره وظروفه وطبيعة تكوينه، وما يطرأ على جسمه وعقله من تطورات. فشرعت ما يناسبها من الأحكام، ومن هذه الأحكام ما جاء مانعا للقاصر ومن في حكمه من التصرفات الضارة بمصالحه ومصالح غيره، لدفع الضرر عنه وجلب النفع له، سواء كان ذلك لصغر سنه أو لضعف عقله أو جسمه أو غلبة الهوى والنزوات وطغيانهما على تصرفاته، فيبدد أمواله بلا طائل، فشرع الحجر على تصرفات هذه الفئة من الناس لحماية أموالهم وأموال من يتعامل معهم في العقود والتصرفات المالية.

ولأن من الناس الصغير والكبير والعاقل والمجنون والغافل، فإنهم يتفاوتون في التصرفات، وحيث أن المال من ضروريات الحياة البشرية في المأوى والمعاش والقيام بالتكاليف الشرعية؛ فبالمال تقضى الحوائج ويستعان على النوائب، فإن وقايتها من أي خطر يتهدهد، تتطلب ربطه بالحجر على تصرفات القاصر، المتعلقة برضاه في العقود والتصرفات المالية، فالحجر على القاصر غايته إبقاء المال وحفظه وحماية القاصر والغير واستقرار التعامل. وهو ما تطلب تقسيم هذا الباب إلى فصلين يتناول الأول: الحجر على القاصر وإجراءات توقيعه. والثاني: الولاية على القاصر.

الفصل الأول:

الحجر على القاصر وإجراءات توقيعه

من حكمة الله سبحانه وتعالى أنه خلق الناس متفاوتين في العقل والإدراك الذي يتميزون به على سائر الكائنات، فيكون مبنى تصرفاتهم على التبصر والتدبر، قبل القيام بأي عمل، فإن كانت نتائجه نافعة غير ضارة أمضاه، وإلا أحجم عن فعله، وهذا هو كامل الأهلية، فلا ينازعه أحد في تصرفاته ولا ترد. أما من لا يفرق بين التصرفات النافعة والضارة، ولم يكن لديه بصر عقلي يدرك به نتائج تصرفاته ومآلاتها، فهو ناقص الأهلية أو فاقدها، بسبب صغره أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية، فلا يهتدي إلى النافع من التصرفات، فلم يتركه الشارع الحكيم، بل أقام عليه من يصرف شؤونه، حتى لا يتعرض إلى الاحتيال وضياع المال ويلحقه الضرر أو يلحق غيره.

فمن أسباب الحجر ودوافعه ما يعود إلى مصلحة المحجور عليه؛ لضعف عقله في حفظ ماله والتصرف فيه، وذلك كالصغير والسفيه والمجنون والمعتوه، فيجب على الولي منعهم من التصرف في أموالهم، ويتولى حفظها والتصرف فيها بما فيه مصلحتهم، فيجري عليهم من النفقة من أموالهم بالمعروف، وما احتاجوا إليه لتحصيل علم أو صناعة، ولا يأكل من أموالهم، إلا أن يكون فقيرًا، فيأكل بالمعروف قدر كفايته وأجرة عمله.

مما تطلب تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أتناول في الأول: مفهوم الحجر وأسباب توقيعه، وأتناول في الثاني: إجراءات توقيع الحجر على القاصر.

المبحث الأول:

مفهوم الحجر وأسباب توقيعه

أصل الحجر منع المكلف من التصرف في ماله، والمقصود منه حفظ الأموال وصيانتها، وإيصال الحقوق إلى أهلها، والحجر على القاصر ومن في حكمه، نظام وضعت أسسه الشريعة الإسلامية، ويعد من أقوى أساليب صيانة المال، فلم يتقرر لوضع قيود على حرية الأشخاص في التصرف بأموالهم، إذ لا قيود على كامل الأهلية في تصرفاته، إلا ما تفرضه قواعد الشرع والقانون من ضوابط لتنظيم العلاقات بين الناس في تعاملاتهم، لتجنب التعارض والاعتداء، وتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع ووضع النظام الذي تؤمن فيه النفوس وتسان فيه الحقوق.

يقتضي البحث في موضوع الحجر على القاصر ومن في حكمه تناول مفهوم الحجر ومدى مشروعيته، ونطاقه وطبيعته القانونية، وبيان أسبابه، فتم تقسيم المبحث إلى مطلبين خصص الأول للتعريف بالحجر ودليل مشروعيته، والثاني لأسباب الحجر على القاصر.

المطلب الأول:

التعريف بالحجر ودليل مشروعيته

تتعدد معاني كلمة الحجر، بحسب تعدد وتنوع استعمالاتها ومدلولاتها في اللغة والاصطلاح، وهذا ما جعلني أتطرق إلى حقيقة الحجر وفهم معانيه، والتعرف على أحكامه. ومن ثم تقسيم المطلب إلى فرعين الأول يخصص للتعريف بالحجر لغة واصطلاحاً، والثاني يخصص لمشروعية الحجر والحكمة من تشريعه.

الفرع الأول:

التعريف بالحجر لغة واصطلاحاً

لفهم معنى الحجر وحقيقته تطلب الأمر الوقوف على تعريفه في اللغة والاصطلاح

كما يلي:

أولاً: التعريف بالحجر في اللغة

الحجر في اللغة: مطلق المنع¹. وَالْحَجْرُ بتسكين الجيم من حَجَرَ وَحَجَّرَ: وهو المنع

والتضييق، وَالْحَجْرُ: المنع من التصرفات²، ويقال حجر القاضي على الصغير والسفيه إذا

منعهما من التصرف في مالهما. وسمي الحرام حجراً لانه منع، قال تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ

حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾³؛ أي حرماً محرماً⁴. وَالْحَجْرُ وَالْحِجْرُ والمحجر: كلها بمعنى واحد وهو

المنوع، ويقال حجرته عليه إذا منعه من الوصول إليه⁵، وسمي العقل حجراً، لأن العقل

يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾⁶؛ أي

1 الجرجاني علي بن محمد بن علي، التعريفات، ج1، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ، ص111.

2 ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، لسان العرب، ج 4، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1414 هـ، ص1994. الفيروز آبادي محي الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، المؤسسة العربية، بيروت، لبنان، ص 355.

3 سورة الفرقان، الآية 22.

4 الفراء أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي، معاني القرآن، ج2، تحقيق: أحمد يوسف النجاتي، محمد علي النجار، عبد الفتاح إسماعيل الشلبي، دار المصرية للتأليف والترجمة، مصر، الطبعة الأولى، د س ن، ص 266.

5 ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص194.

6 سورة الفجر، الآية 05.

عقل: لأنه يمنع صاحبه من السوء والمفاسد¹. وسمي العقل حجراً؛ لأنه يمنع الإنسان من تعاطي ما لا يليق من الأفعال والأقوال، ومنه حجر البيت الحرام؛ لأنه يمنع الطائف من اللصوق بالكعبة من جهة جدارها الشامي². يتضح من التعريفات اللغوية أن معاني كلمة حجر متقاربة، تدور كلها حول المنع والتحريم، والإحاطة بالشيء.

ثانياً: التعريف بالحجر في الاصطلاح

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر بل اقتصر على ذكر أحكامه في المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة، على اعتبار أن التعريفات من عمل الفقه، وعرفته بعض التشريعات الأخرى منها القانون المدني اليمني في المادة 55 على أنه: " منع الشخص من التصرف في ماله ومنع نفاذ تصرفاته فيه..."، وعرفه بعض فقهاء القانون بأنه: منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته؛ لآفة في عقله أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة³. وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 941 بقولها: " الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور". والمقصود من تعريف المجلة وقولها " الشخص المخصوص": من أصابته آفة في عقله، من جنون أو عته أو ضعف في ملكاته النفسية الضابطة؛ مثل السفه والغفلة. وأن المقصود من منع التصرف منع حكمه وآثاره من نفاذ ولزوم⁴.

وعرف الفقه الإسلامي الحجر بعدة تعريفات متباينة، بالنظر إلى أسبابه ومبرراته وهي جميعاً متقاربة، تدور حول معنى واحد، مشتق من التعريف اللغوي للحجر هو المنع من التصرف، وجاءت على النحو التالي:

1 ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 194.

2 ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج8، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، ص384.

3 محمد كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 179.

4 سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، دون سنة الطبع، ص534.

1 - الحنفية قالوا: منع مخصوص، متعلق بشخص مخصوص، عن تصرف مخصوص، أو نفاذ ذلك التصرف¹، وبأنه: منع نفاذ تصرف قولي². وقد انطلق فقهاء الحنفية من المعنى اللغوي للحجر: فهو منع من التصرف ونفاذ عقود المعاوضات المالية، للأسباب الموجبة للحجر³. فلا تصح ولا تتعقد ولا تنفذ، لانعدام أهلية⁴ المحجور عليه أو نقصانها، إلا بتصرف الولي الشرعي ومن في حكمه، أو إجازته للتصرف بعد وقوعه من ناقص الأهلية أو إذنه بالتصرف.

1 الطوري محمد بن حسين، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص88.

2 أفندي عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، د ط، دون سنة الطبع.

3 محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، منشورات مكتبة إقرأ، قسنطينة، الجزائر، ط2، 2011، ص9.

4 **الأهلية لغة:** من مادة أهل، وهي ذات معان متعددة، حسب مواضعها في الجملة ومن أهم معانيها: الأقارب والعشيرة والزوجة، أنيس إبراهيم، المعجم الوسيط، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، دون سنة الطبع، ص31.

فأهل الرجل أقاربه وذووه، قال تعالى: ﴿ رَبِّ إِنَّ أَبْنَىٰ مِنَّ أَهْلِي ﴾، سورة هود، الآية 45. وهذه الآية جاءت على لسان سيدنا نوح، وأهل الشيء أصحابه، وأهل الأمر ولاته، وأهل الدار سكانها. الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ج3، دار الجيل بيروت، لبنان، د ط، دون سنة الطبع، ص343. وتأهل للأمر: أي صار أهلاً له، والأهلية:

الصلاحية للأمر، أنيس إبراهيم، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص31. ومنه قوله تعالى: ﴿ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ

الْمَغْفِرَةِ ﴾، سورة المدثر، الآية56. **والأهلية اصطلاحاً:** عرفت بأنها: "صفة يقدرها الشارع في الشخص، تجعله محلاً

صالحاً لخطاب تشريعي". أحمد مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 783. وأنها: "صلاحية الشخص للإلزام والالتزام". أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، د س ن، ص 329. وبالتالي فهي القدرة والصلاحية للأمر مطلقاً، سواء في مجال كسب الحقوق، والتحمل بالالتزامات أو في إبرام التصرفات القانونية.

2- **المالكية** قالوا: الحجر صفة حكمية، توجب منع موصوفها من نفاذ تصرفه فيما زاد عن قوته، كما توجب منعه من نفاذ تصرفه، في تبرعه بما زاد عن ثلث ماله¹. وبأنه: منع الإنسان من التصرف في ماله، لمنفعة نفسه أو غيره². فالمالكية نظروا للحجر من حيث المعنيين اللغوي والاصطلاحي، فمن جهة المعنى اللغوي بأن الحجر هو مطلق المنع، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾³، أي حراما محرما ممنوعا. فهو منع شخص مخصوص من تصرفه القولي بسبب فقد الأهلية أو نقصانها، لقيام التصرفات المالية على كمال الأهلية، بالبلوغ والرشد والعقل.

3- **الشافعية** قالوا: الحجر شرعا منع التصرف في المال، لأسباب مخصوصة⁴. وبأنه: المنع من التصرفات المالية⁵. فقد انطلق الشافعية أيضا من التعريف اللغوي لتحديد معنى الحجر، فمن معانيه الحظر، والمنع من التصرف.

1 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص475.

2 الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2002، ص652.

3 سورة الفرقان، الآية 22.

4 الشرييني شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، ج3، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص165.

5 الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج14، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ/1984م، ص307.

فالمعنى الفقهي للحجر عند الشافعية: هو منع القاصر¹ من التصرفات المالية لوجود علة القصور بسبب الصغر أو الاصابة بعارض من عوارض الأهلية، التي تمنع نفاذ التصرفات المالية.

4- الحنابلة قالوا: الحجر منع مالك من تصرفه في ماله². وبذلك يتأكد قرب المدلول الفقهي عند الحنابلة من المدلول اللغوي الذي هو: المنع والتضييق، ومنه سمي الحرام حجرا قال تعالى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾³، أي حراما محرما. ويسمى العقل أيضا حجرا، قال الله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾⁴، أي عقل: سمي حجرا؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح، وتضر عاقبته. وهو في الشريعة: منع الإنسان من التصرف في ماله، والحجر على ضربين حجر على الإنسان لحق نفسه، وحجر عليه لحق غيره، فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه، وعلى المرأة في التبرع بالزيادة على الثلث⁵. فالحنابلة أيضا يجمعون بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، حيث يتأكد منع الضرر وإفساد المال، لحماية القاصر والغير.

1 القاصر لغة: من قصر عن الشيء: إذا تركه عجزا، أو عجز عنه ولم يستطعه، أو لم يبلغه. ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، لسان العرب، ج5، مرجع سابق، ص 95. والقاصر: العاجز عن التصرف السليم. قلنجي محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، ج1، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1988، ص 354.

فالقاصر تبعا لانعدام أهلية أدائه أو نقصانها يكون مميذا كالسفيه وذو الغفلة والصبي المميز أو غير مميز كالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه، وهو ما نصت عليه المادة 81 من قانون الأسرة بقولها: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، فالقاصر حسب نص هذه المادة: هو فاقد الأهلية أو ناقصها، فيكون محجورا عليه، ولا يمكن أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا أمام القضاء، لمباشرة حقوقه دون إدخال وليه في الدعوى لينوب عنه.

2 ابن قدامه أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، ص295.

3 سورة الفرقان، الآية 22.

4 سورة الفجر، الآية 5 .

5 ابن قدامه أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، مرجع سابق، ص 295.

وبالتالي فإن المعنى الاصطلاحي سواء في القانون أو الفقه الاسلامي مشتق من المعنى اللغوي وينطلق منه، وأن الاختلاف بين الفقهاء ما هو إلا اختلاف في بعض التفاصيل والتفريعات، ويتفقون على أن الحجر هو أن يُمنع الإنسان من التصرف في ماله، حيث يتولى وليه تدبير شؤونه المالية، إلى أن يفك عنه الحجر.

الفرع الثاني:

مشروعية الحجر والحكمة من تشريعه

شرع الله سبحانه وتعالى نظام الحجر على الضعيف وهو القاصر ومن في حكمه، دفعا للضرر العام والخاص في النفس والمال، فكان الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه رحمة بهم، وصونا لأموالهم من التلف أو الضياع، وسأتناول في هذا الفرع: مشروعية الحجر على القاصر، والحكمة من تشريع الحجر على القاصر.

أولا: مشروعية الحجر على القاصر

الأصل في الشخص كمال الأهلية، وحرية التملك للمال والتصرف فيه، غير أن هذا الحق إذا ارتبط بالقاصر عديم الأهلية أو ناقصها، لا يخوله مطلق التصرف فيما يملك، وحرية الانفاق على الوجه الذي يشاء، مما يؤدي إلى تبديد أمواله وتضييعها، فيما لا فائدة ترجى منه، لأن تملك المال ليس مشروعاً لذاته، وإنما شرع للقيام بأمره، وإصلاح شأنه، وليس بمقدور القاصر التصرف في ماله منفرداً على الوجه المشروع، فيحتمل تضييعه للمال، بالتبذير وسوء التقدير والتدبير، أو لسهولة الانخداع والغبن في المعاملات المالية.

فالحجر على القاصر ومن في حكمه مشروع قانوناً وفقها، ويستمد مشروعيته بصفة

صريحة من الأدلة الشرعية، ثم من النصوص القانونية.

1 - الأدلة الشرعية: أ - من القرآن الكريم

جاءت الآيات القرآنية صريحة في الدلالة على مشروعية الحجر والولاية ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾¹. السفهاء: جمع "سفيه" وهو: من لا يحسن التصرف في المال، إما لعدم عقله كالمجنون والمعنوه، ونحوهما، وإما لعدم رشده كالصغير وغير الرشيد. فنهى الله الأولياء أن يؤتوا هؤلاء أموالهم خشية إفسادها وإتلافها، لأن الله جعل الأموال قياما لعباده في مصالح دينهم ودنياهم، وهؤلاء لا يحسنون القيام عليها وحفظها، فأمر الولي أن لا يؤتيهم إياها، بل يرزقهم منها ويكسوهم، ويبدل منها ما يتعلق بضرورتهم وحاجاتهم الدينية والدنيوية². وجه الدلالة من الآية أن الله عز وجل نهى الأولياء عن أن يؤتوا السفهاء الذين يكونون تحت ولايتهم أموالهم، مخافة أن يضيعوها، وكذلك الأيتام؛ لأن الحجر عليهم، إنما كان لعجزهم عن التصرف في مالهم، وفق مقتضى العقل والشرع، والنيابة عنهم في التصرف بأموالهم على وجه الصواب، فدل ذلك على ثبوت الحجر عليهم، وإجازة النيابة عنهم في الانفاق والبيع والشراء³، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمَلْ لَهُ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁴.

1 سورة النساء، الآية 5.

2 عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام منان، مج1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام، السعودية، ط1، 1422 هـ، ص276.

3 الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي، أحكام القرآن، ج 2، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م، ص 76.

4 سورة البقرة، الآية، 282.

وفي هذه الآية دليل على أن السفيه والضعيف والذي لا يستطيع الكتابة ينوب عنه ولي أمره¹.

ب - من السنة النبوية: قوله ﷺ: « عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، عن أبيه قال: كان معاذ بن جبل رضي الله عنه شابا حليما سمحا، من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئا، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله كله في الدين، فأتى النبي ﷺ فكلّم غرماء فلو تركوا أحدا من أجل أحد لتركوا معاذا من أجل رسول الله ﷺ ، فباع لهم رسول الله ﷺ ، يعني ماله حتى قام معاذ بغير شيء»².

ج - من الإجماع: فقد أجمع العلماء على مشروعية الحجر على من يوجد به سبب من الأسباب الموجبة للحجر، كما ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم قد رأوا الحجر على من لا يحسن التصرف المالي، ولم يثبتوا أن أحدا منهم كره ذلك³.

فقد تكفلت الأحكام الشرعية بحفظ الضرورات التي عليها مدار حياة الانسان ومنها حفظ المال. وفي هذا المعنى يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: "وأصل الشريعة تصرف الناس في أموالهم ومملوكاتهم، وإطلاق التصرف للأحرار الراشدين منهم، فلا ينتقص ذلك الأصل، إلا إذا كان المالك غير متأهل لذلك التصرف. وقصور التصرف يكون لصبي أو

1 الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملّي، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج5، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، 1422 هـ ، 2001 م، ص117.

2 البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، ج6 ، تحقيق : محمد عبد القادر عطار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، رقم الحديث 11261، ص80.

3 الزركشي شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج4، دار العبيكان للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1413 هـ - 1993 م، ص92.

سفه أي: اختلال العقل في التصرف المالي...¹. فشرع الله سبحانه وتعالى نظام الولاية على المال والحجر على تصرفات القصر، لضمان حفظ المال وحسن تداوله على نهج قويم.

2 - الأدلة من النصوص القانونية: والحجر على القاصر ومن في حكمه يستمد مشروعيته أيضا من النصوص القانونية. فنجد المادة 86 من قانون الأسرة تنص على أن: " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، التي تنص على أن: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة". وجاء التأكيد على مشروعية الحجر على القاصر والمصاب بعارض الأهلية في المادة 101 من قانون الأسرة التي تنص على أن: " من بلغ سن الرشد، وهو مجنون أو معتوه أو سفیه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه". فهذا النص جاء شاملاً وتناول القاصر وغيره ممن طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية.

ثانياً: الحكمة من تشريع الحجر على القاصر

إن لله في أحكامه حكم وأسرار، ندرك ما ظهر منها ونجهل ما خفي. وقد شرع الحجر رحمة بالمحجور عليه وبغيره ممن يتعاملون معه، دفعا للضرر، حتى لا يستغل بسبب الصغره أو الجنونه أو السفهه أو ضعف العقل، وصونا لماله من التبذير وسوء الإدارة، وتحقيقا لمصلحته ومصلحة المجتمع الذي يتعامل معه.

وترجع أسباب الحجر في الفقه الإسلامي كلها، إلى مصلحة الإنسان، ولتحقيق سعادة الأفراد والمجتمعات؛ فقضت الشريعة الإسلامية بضرورة التعاون بين الناس، إذ وضعت أنظمة وأقرت أحكاماً، تقرض على القوي حماية الضعيف، وكلفت الحاكم ومن بيده أمر الناس، باختيار من يقوم على رعايته وينظر في مصالحه، وقد أوصى الله سبحانه وتعالى

1 محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2، عمان، 2001، ص 462.

الأولياء والأوصياء على اليتامى والضعفاء بالقيام بأمرهم، وحذرهم من عاقبة إهمالهم، والطمع في أموالهم، بأوصاف تقشعر منها الأبدان، وتهتز لها النفوس، فقال تعالى: ﴿إِنَّ

الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا^ط

وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا¹﴾. وكما أن الشريعة الإسلامية حثت الكبير على أن يعين الصغير

ويرعاه، فقد أوجبت على صاحب العقل أن يعين من حرم عقله وإن كان كبيرا، فلا يصح تركه وإهماله، حتى لا يكون وأمواله عرضة للهلاك والضياع، ولهذا شرع الحجر، فالحجر بسبب الصغر والجنون وفقدان العقل متفق عليه بين أئمة المسلمين.

المطلب الثاني:

أسباب الحجر على القاصر و أنواعها

لبيان موجبات الحجر على القاصر والمصاب بعارض الأهلية، قسمت هذا المطلب إلى فرعين أتناول في الأول: أسباب الحجر على القاصر، وفي الثاني: أنواع الحجر على القاصر.

الفرع الأول:

أسباب الحجر على القاصر

قرر الفقهاء أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، فإذا ما وجدت أسباب تدعو إلى منع القاصر والمصاب بعارض الأهلية من التصرف في أمواله، حجر عليه صونا لها، ودفعا للضرر عنه وعن الناس.

1 سورة النساء، الآية 10.

واعتمد الفقهاء في تقسيم الحجر على عدة اعتبارات حسب أسبابه، وهي نوعان: أسباب متفق عليها بين الفقهاء؛ كالحجر بسبب الصغر والجنون والعتة لفقد الأهلية، وأسباب مختلف فيها؛ كالحجر بسبب السفه والغفلة لنقص الأهلية.

أولاً: أسباب الحجر المتفق عليها

وهي أسباب تجعل الحجر مقرراً لمصلحة المحجور عليه، وقد اتفق الفقهاء على أن الصغر والجنون والعتة¹، أسباب موجبة للحجر؛ لتأثيرها في أهلية الأداء، وسأبين كل حالة منفردة مع توضيح أحكام الحجر المتعلقة بتلك المرحلة، ومدى تأثيرها على أهلية الشخص وتصرفاته في أمواله.

1- الصغر: وهو في اللغة: ضد الكبر، والصغير: خلاف الكبير²، ويطلق على الصغير: الصبي وهو حديث العهد بالولادة، والجمع صبية وصبيان، والصبأ: الشوق، وأيام الصغر: الطفولة وحادثة السن، وفي عرف الفقهاء: من لم يبلغ من ذكر وأُنثى³. ويقال صغر الشيء: قل حجمه أو سنه، فهو صغير، والجمع صغار، أما صغر بكسر الغين فهي بمعنى: ذل وهان. ومنه الصغار: الذل والضيم والهوان⁴.

وفي الاصطلاح: لم يرد بشأن الصغير تعريف في القوانين، ولكن ورد في كتب الفقه الإسلامي، وهذه بعض التعريفات: الصغير وصف في الإنسان من حين ولادته إلى أن يبلغ الحلم⁵، والصغير هو الصبي من حين ولادته إلى أن يبلغ¹، وقيل: الصغير الذي لم يبلغ

1 ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج1، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1412هـ - 1992م، ص 146. ابن قدامة، المغني، ج4، مرجع سابق، ص295.

2 ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري، لسان العرب، مرجع سابق، ص459.

3 عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، موقع معاجم صخر، دون رقم الطبعة، دون سنة نشر، ص 16204.

4 ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 458.

5 الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424 هـ - 2003 م، ص313.

الحلم من الرجال والمحيض من النساء²، وقيل حد الصغر إلى زمان البلوغ³، وقيل: الصغير من لم يبلغ خمس عشرة سنة⁴. وهو وصف لكل من لم يبلغ الحلم بإحدى علامات البلوغ وهي: الاحتلام، الحيض، الحمل، والإنبات⁵.

هذه التعريفات تدور كلها حول معنى واحدا، وهو مرحلة ما بعد الولادة إلى البلوغ، وبعض التعريفات فيها نوع من التفصيل والزيادة. وهذه أيضا بعض التعريفات الحديثة للصغر في الفقه الإسلامي، فقالوا أنه: « وصف يلزم الإنسان من حين ولادته إلى حين بلوغه»⁶، وهو أيضا: « طور يمر به كل إنسان، يبدأ من حين الولادة إلى البلوغ»⁷، وقيل الصبا: « عدم البلوغ والاحتلام»⁸، وقد أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم⁹، لقوله سبحانه تعالى: ﴿ وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾¹⁰.

1 ابن عابدين، حاشيته، ج6، مرجع سابق، ص 153.

2 الدسوقي، حاشيته، ج5، مرجع سابق، ص60.

3 الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي،

ج6، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419 هـ - 1999 م، ص343.

4 النجدي عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج5، دون ناشر، ط1، 1397 هـ، ص183.

5 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، مج 2، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، د ط، 2003، ص 654.

6 منير محمد أحمد الصلوي، نظام الحجر على فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، ط1، 2003، ص75.

7 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، ط4، 1997، ص 4466.

8 الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، المرجع السابق، ص 656 .

9 الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، المرجع السابق، ص 312.

10 سورة النساء، الآية 6 .

والصغير محجور عليه بأحكام الولاية للولي أو الوصي أو لمن يقدمه القاضي، ولا يترك مهملاً دون ولاية، للنظر في ماله، وحفظه إلى البلوغ وإيناس الرشد منه¹، لقوله تعالى: ﴿ فَإِنَّ ءَانَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ^ط وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا ^ع ۝۲۰ ۝﴾. يعني صلاحاً في دينهم وحفظاً لأموالهم³.

جاء في المادة 957 من مجلة الأحكام العدلية⁴ أن: « الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم»، فلا حاجة إلى صدور قرار من القضاء للحجر عليهم، فهم محجورون لذواتهم حجراً تلقائياً، وسواء كان الصغير مميزاً أو غير مميز، أما المجنون فالمعنى هنا هو الذي يكون جنونه مطبقاً ولا يفيق منه⁵، فإن المجنون محجور عليه حتى الإفاقة، فيزول المنع الشرعي بمجرد الإفاقة. والصبي باعتبار الطور الذي يمر به وتطور أهليته إما أن يكون مميزاً أو غير مميز.

أ- الصغير غير المميز: ويطلق هذا المعنى على الصبي من يوم ولادته حياً، إلى أن يصبح مميزاً، ويسمى صبي غير مميز، وتبدأ هذه المرحلة في الفقه الإسلامي منذ ولادته حياً، بانفصال الجنين عن رحم أمه مستهلاً بصرخة أو حركة، إلى بداية مرحلة التمييز، وقد اختلف في تحديدها وسيأتي تفصيلها في مرحلة التمييز، والصغر وصف لحال تكون فيها قوى الإنسان العقلية والبدنية ضعيفة غير مكتملة، وتبدأ منذ ولادته إلى بلوغه، ففي هذا

1 الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، المرجع السابق، ص 656.

2 سور النساء، الآية 6.

3 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج5، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط2، 1384هـ - 1964م، ص37.

4 هي مجموعة من التشريعات كمحاولة لتقنين الفقه الإسلامي على المذهب الحنفي، أنشأه السلطان عبد المجيد عن طريق لجنة من فقهاء الحنفية، تتكون المجلة من ستة عشر كتاباً، أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية سنة 1293هـ 1882م، تتكون من 1851 مادة.

5 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 667.

الطور لا يفهم الصغير أن البيع ناقل للملك والبيع جالب له وملزم لأطرافه، ولا يعلم أن الثمن والمثمن لا يجتمعان في ملك واحد¹. وحد الصغير أن يصل الصبي إلى سبع سنين على رأي أغلب الفقهاء، واستدلوا على ذلك بحديث النبي ﷺ: « مروا أولادكم بالصلاة سبعا واضربوهم عليها وهم أبناء عشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع »²، فدل الحديث على أن من بلغ سبع سنين صار مميزا، وأن من لم يبلغ هذه السن لا يكون مميزا، وهو ما نصت عليه المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية أن: « الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء أي لا يعلم كون البيع سالب للملك والشراء جالب له ولا يميز الغبن الفاحش الظاهر، مثل أن يغش في العشرة بخمسة، من الغبن اليسير، والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز». ففي هذه المرحلة تكون الولاية على الصغير تامة، فجميع التصرفات التي تصدر منه باطلة، فلا تكون معتبرة ولا تنفذ، وتكون التصرفات المالية لوليه، فهو في هذه الحالة لا يفهم الخطاب التكليفي، ولا يدرك معاني المعاملات المدنية ولا يقدر نتائجها في تبادل الحقوق والالتزامات³.

وعليه يكون الصبي غير المميز فاقد الأهلية، وكل أقواله ملغاة، لا اعتبار لها، ولا تنفذ تصرفاته، فيكون محجور عليه لوليه، ولا يعتد بشيء من تصرفاته، لعدم اكتمال الإدراك، لتقدير ما يترتب على التصرفات.

ب- الصغير المميز: الصبي المميز في قانون الأسرة: هو كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد القانوني، المحدد في المادة 43 من التقنين المدني الجزائري⁴، فنصت المادة 83 على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون

1 علي حيدر، المرجع نفسه، ص 654.

2 أخرجه أبو داود في سننه، ج 1، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم 494، ص 187.

3 مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2 دار القلم، دمشق، سوريا، ، ط3، 2012، ص 795.

4 المادة 43 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". ويتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أخذ بفكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، في تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، وهو العقد الصحيح الذي يتوقف نفاذه على الإجازة. ولم يأخذ بفكرة القانون المدني المستمد من القانون الفرنسي، والتقنين المصري الذي يعتبر العقد قابلاً للإبطال، فهو مهدد بطلب إبطاله، إذا شابته عيب من عيوب الإرادة أو كان صادراً من ناقص الأهلية، فصحته تكون مهددة بطلب إبطاله ممن خوله المشرع الحق في الإبطال، وهذا ما نصت عليه المادتان 100 و101 من القانون المدني¹.

والصبي المميز هو الذي يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويفرق بين الغبن الفاحش واليسير، فالصبي المميز يفهم أن المبيع خارج من ملك البائع، وأن الثمن داخل في ملكه، ويقصد الربح ويسعى إليه²، والمقصود بالتمييز: أن يصير للإنسان بصر عقلي، يميز به بين المتناقضات، من خير وشر ونفع وضرر وحسن وسوء، فتبدأ فيها الحقائق بالظهور ومعرفة ظواهر الأشياء دون بواطنها³. ولا يكون التمييز كاملاً في هذه المرحلة، بل يبقى ناقصاً، ولذا كانت الأهلية ناقصة، فيحتاج إلى من يساعده في إتمام التصرفات القانونية، فيخضع لنظام الولاية، ويمنع من التصرفات الضارة، وتقبل منه النافعة، ويحتاج إلى الإجازة في المترددة بين النفع والضرر.

1 المادة 100 من القانون المدني الجزائري، تنص على أنه: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية...". أما المادة 101 تنص على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب".

2 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج2، مطبعة الشعب، القاهرة، مصر، ط1، 1321هـ-1903 م، ص202. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 654.

3 مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، المرجع السابق، ص 801. أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة الطبع، ص 281.

ويمتد هذا الطور في حياة الإنسان من سن التمييز حتى البلوغ، واكتمال الملكات العقلية والقدرة الجسدية، فيكون له وعي صحيح، ينبعث من عقل مستنير، فلم يزل به بعض القصور، ولم يصل إلى درجة النضج والكمال.

ولم يتفق الفقهاء المسلمون على تحديد مرحلة التمييز، فقد حددها بعضهم بالسن، ببلوغ الصغير سبع سنوات، وهو رأي الحنفية وبعض الحنابلة وفقهاء العصر الحديث¹.
- **مبدأ التمييز:** ليس لبداية التمييز سن محددة من عمر الإنسان، فقد يتأخر كما قد يبكر، بحسب الأحوال والظروف والعوامل المؤثرة فيه، من استعدادات فطرية ووراثية، وباختلاف البيئات، حارة أو باردة، جافة أو رطبة. ويعرف التمييز عادة من أثره في تفكير الصغير وأعماله، وأعتبر الفقهاء بدء التمييز ببلوغه سن السابعة في الحال العادية²، فقد ثبت في الحديث الشريف عن النبي ﷺ أنه قال: « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين»³، وهو يدل على بداية سن التمييز وتمتع الصغير بداية من هذا السن بأهلية أداء، ولو كانت قاصرة.

وأما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وبعض الأحناف والحنابلة فلم يحددوا التمييز بالسن، واعتبروا أن مرحلة التمييز تبدأ في الإنسان ببلوغ الإدراك حدا يفهم به الصغير الخطاب ومقاصد الكلام ويحسن رد الجواب⁴، ولذلك فإنهم لم يروا ارتباط التمييز بالسن؛ لاختلاف الناس في الأفهام والمواهب والقدرات، فمنهم من يميز في الخمس ومنهم

1 زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1987، ص97.

2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط2، 1977، ص799. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، المرجع السابق، ص802.

3 محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود باختصار السند، ج1، مكتبة التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى، 1989، ص97.

4 البعلي علي بن عباس الحنبلي أبي الحسن علاء الدين بن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، 1956، ص16.

من يتأخر تمييزه إلى العشر¹، ويتعلق ذلك بالاستعدادات الفطرية، واختلاف البيئات والأوساط الاجتماعية. ومن الممكن أن أصحاب الرأي القائل: بأن مبدأ التمييز هو سبع سنين، قد استدلوا في تحديد هذه السن بحديث النبي ﷺ الذي رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم الذي قال فيه رسول الله ﷺ: « مروا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين واضربوهم عليها لعشر سنين وفرقوا بينهم في المضاجع»²، فالشارع الحكيم لا يطلب من أولياء الصغار أن يأمرهم بالصلاة وهم لا يميزون معنى الصلاة والعبادة، ولذلك عدوا من وصل السابعة من عمره قد دخل طور التمييز.

اختلفت القوانين الوضعية في تحديد بدء سن التمييز، باختلاف الآراء والاتجاهات الفقهية، فمنهم من لم يأخذ بسن معينة، بل ترك ذلك للقضاء يحدده بناء على ظروف وملابسات كل حالة على حدى؛ لأن التمييز يختلف في الأشخاص، بحسب القدرة والذكاء والبيئة، وهو ما ذهب إليه القانون اللبناني، فلم يحدد سن معينة للتمييز³.

وذهبت أغلب القوانين إلى تحديد سن معينة لبداية مرحلة التمييز، ولكنها لم تتفق على سن معينة⁴؛ فحددها المشرع الجزائري بثلاث عشرة 13 سنة، إذ نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة".

1 ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، تحفة المودود بأحكام المولود، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة دار البيان، دمشق، سوريا، ط1، 1971، ص 294.

2 محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود باختصار السند، ج1، مكتبة التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى، 1989، ص97.

3 مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، ط5، 1978، ص 14.

4 حدد المشرع المصري سن التمييز بسبع سنوات، جاء ذلك في المادة 2/45: "... وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز"، وبمفهوم المخالفة كل شخص بلغ السابعة من عمره يعتبر مميزا، واتفق معه كل من القانون المدني الأردني المادة 44 والتي جاء فيها أنه: "... 2- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز". أما القانون المدني اليمني فحددها بعشر سنين من خلال نص المادة 51 التي جاء فيها أن: " سن التمييز هي عشر سنين كاملة، فإذا بلغها الشخص مميزا كان ناقص الأهلية ...".

هذه الاختلافات في تحديد مبدأ التمييز وسن التمييز موجودة في الفقه الإسلامي، وعنه أخذت هذه القوانين، ويظهر أن تحديد التمييز بسن معينة، أدعى إلى ضبط الأحكام واستقرار المعاملات، وأما أن يوكل ذلك لتقدير القضاة، فإنها مسألة تدعو إلى عدم توحيد الأحكام بين مختلف المحاكم؛ لاختلاف القضاة حول معايير تحديد سن التمييز من عدمه، وتفتح المجال واسعا لتحكم القضاة وتعسفهم أحيانا.

وأما تحديد الفقهاء لسن التمييز بسبع سنوات فمسألة اجتهاد منهم استنادا إلى نص الحديث المتقدم، وقد اختلفوا فيها أيضا، وأراها قليلة ونحن بصدد البحث في التصرفات المالية للقاصر؛ حيث تغيرت الظروف الاجتماعية والاقتصادية والبيئية، وتعدت المعاملات المالية، وزاد من تعقيدها التطور التكنولوجي الكبير في شتى مناحي الحياة، على العكس مما كانت عليه في عهد الفقهاء الأوائل، الذين كتبوا في هذا المجال، إذ كانت الحياة سهلة وبسيطة فكان لذلك تأثير على المدركات العقلية ونموها عند الصغار. إن تحديد سن التمييز بسبع سنوات، يبدو غير ملائم لعصرنا الحالي، ورفعته إلى أكثر من ذلك يبدو أمرا منطقيًا، يتماشى مع الظروف والمتغيرات في كل عصر، ويختلف باختلاف البيئات.

وأرى أن المشرع اليمني كان موفقا في اختياره بتحديد سن التمييز بعشر 10 سنين؛ فقد كان وسطا بين مختلف التشريعات العربية، وهو ما يلائم مقتضيات هذا العصر، واعتبار سن التمييز ثنتي عشرة سنة فما فوق، مسألة فيها نوع إجحاف وتعسف في حق الصغير، فمعناه أنه في هذه السن يحرم حتى من التصرفات النافعة له نفعًا محضًا، والتي لا يترتب على مباشرتها أي ضرر في حقه، أو في حق غيره، أما التصرفات الضارة فهو ممنوع منها ولو كان مميزًا، فلا تسبب له أو لغيره أي ضرر، أما فيما يخص التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتخضع إلى إجازة وليه إذا كان مميزًا، فيشترك فيها مع وليه الشرعي وتتكامل إرادتهما فتكون أمواله محمية من أخطائه المتوقعة، وسوء تصرفه في إدارة أمواله وتسييرها لقصور عقله، وعدم بلوغه مرحلة النضج التام، التي تؤهله للتصرف المنفرد.

- سن البلوغ والرشد: تنتهي مرحلة الصغر، بظهور علامات البلوغ¹، فمتى ظهرت العلامات الطبيعية للبلوغ، انتهت مرحلة التمييز وأخذ البلوغ أحكامه، فإن لم تظهر هذه العلامات المعروفة وتأخرت أخذ بالسن واعتبر الشخص بالغاً حكماً.

وللبلوغ علامات وأمارات طبيعية تدل عليه وترشد إليه، فإذا ظهرت واحدة منها في الشخص، فإنه يعد في نظر الشرع بالغاً، وقد لا تظهر أي من هذه العلامات، أو تتأخر لأي سبب من الأسباب، رغم بلوغ السن الذي تظهر فيه عادة. ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن علامات البلوغ هي: الاحتلام بالنسبة للذكر والأنثى، وهو محل إجماع²، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعِذُوا كَمَا أَسْتَعِذْنَ الَّذِينَ

مِنْ قَبْلِهِمْ³». ووجه الدلالة في الآية أن الله عز وجل أمر الأطفال بالاستئذان بعد الاحتلام، فدل ذلك على أنه بلوغ⁴، وقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»⁵. وهو دليل على أن البلوغ

1 البلوغ لغة: من بلغ الشيء يبلغ بلوغاً، وصل وانتهى، ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، لسان العرب، مرجع سابق، ج 8، ص 419. ولم يعتبر قانون الأسرة ولا بقية القوانين الوضعية، انتهاء مرحلة الصغر بالبلوغ الطبيعي؛ لأن علامات البلوغ التي تظهر على الشخص، ليست أمراً منضبطاً، فقد تتقدم أو تتأخر حسب قدرات كل إنسان، والبيئة التي يعيش فيها، حارة أو باردة، حضراً أو بدواً. غير أن القوانين الوضعية لها نظرة أخرى في سن البلوغ؛ فهي تحدد نهاية مرحلة الصغر ببلوغ الصغير ذكراً كان أو أنثى السن القانوني، والذي يسمى سن الرشد، وهو السن الذي ينتهي فيه الحجر الطبيعي، فقد نصت المادة 86 من قانون الأسرة على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، وسن الرشد حسب المادة 2/40 من القانون المدني الجزائري هو 19 سنة. وعرف الفقهاء البلوغ بعدة تعريفات متقاربة منها أنه: "انتهاء حد الصغر"، ابن عابدين محمد أمين، مرجع سابق، ص 53.

2 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج5، ص (34-35).

3 سورة النور، الآية 59.

4 قزامل سيف رجب، مرجع سابق، ص 101. النمي محمد بن عبد العزيز، الولاية على المال، ط1، مطبعة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2012، ص 221.

5 أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، سنن أبي داود، ج4، المرجع السابق، ص 244.

هو سن الزواج وبلوغ الصغير مرحلة الاحتلام بخروج المنى في النوم أو اليقظة، بجماع أو غيره، ومن علامات البلوغ أيضا الإنبات بالنسبة للذكر والأنثى، والإحبال للذكر، والحمل والحيض بالنسبة للأنثى. جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة 985 أنه: "يثبت حد البلوغ بالاحتلام والإحبال والحيض والحبل"¹. والإحبال القدرة على الوطء وجعل المرأة تحمل وهو الحبل. فإذا لم تظهر علامات البلوغ، فيكون الاعتداد ببلوغ سن معينة في الصغير والصغيرة، وقد اتفق الفقهاء على أن السن علامة من علامات البلوغ، ولم يخالفهم في ذلك سوى داود الظاهري²، حيث لم يعتبر السن علامة من علامات البلوغ³. واختلفوا في مقدار السن التي إن بلغها الصغير أصبح بالغاً مكلفاً إلى ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ببلوغ الصبي خمس عشر سنة يصير بالغاً مكلفاً بالأحكام الشرعية ذكرًا كان أو أنثى وهو مذهب الشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية ورواية عن الإمام أبي حنيفة⁴. ودليلهم حديث بن عمر رضي الله عنه قال عرضني رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشر سنة، فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني⁵. وهذا يدل على أن النبي ﷺ إنما رد ابن عمر يوم أحد لأنه لم يكن بالغاً، وعدم رده يوم الخندق دليل على بلوغه فدل ذلك على أن سن الخامسة عشر هو حد البلوغ. وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى أمراء الجند أن يفرض لمن بلغ خمس عشر⁶، وقال في ذلك: «هذا حد ما بين

1 اللبناني سليم رستم باز، مرجع سابق، ص 549.

2 داوود الظاهري: هو داوود بن علي بن خلف البغدادي المعروف بالأصبهاني، أحد الأئمة المجتهدين في الإسلام، تنسب إليه الطائفة الظاهرية، التي تأخذ بظاهر النصوص، وتعرض عن التأويل والرأي والقياس.

3 ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 509.

4 الكساني علاء الدين، مرجع سابق، ج 7، ص 172.

5 البخاري الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج 3، دار الأفكار الدولية، الرياض، 1988، ص 177.

6 صحيح البخاري المرجع نفسه، ص 177.

الصغير والكبير»¹. وقد روي عن أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا استكمل المولود خمس عشر سنة كتب ما له وما عليه وأخذت منه الحدود»²، وفي الحديث دلالة واضحة على اعتبار سن الخامسة عشر حداً فاصلاً بين البلوغ وعدمه، فيصبح الصغير مكلفاً بأحكام الشرع ويعتد بتصرفاته وتقام عليه الحدود.

الرأي الثاني: أن سن البلوغ في الذكر إتمام ثمانية عشر سنة وفي الأنثى إتمام السابع عشر سنة وهو مذهب أبي حنيفة³. ودليلهم: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ

فَلْيَسْتَعِذُوا﴾⁴. وقوله صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق»⁵، ففي الآية دليل على تعليق حكم التكليف والخطاب على الاحتلام، وفي الحديث كذلك دليل على بناء الأحكام في بلوغ الصبيان على الاحتلام، فلا يجوز الأخذ بغيره، إلا إذا تحقق عدم وجوده فهو شرط وإذا لم يتحقق الشرط يظل التكليف مرفوعاً إلى غاية تحقيقه أو نياس من وجوده، فالمرجو أن الاحتلام لا يتجاوز هذه المدة وهي ثمانية عشرة سنة ولا يحتمل وجوده بعدها⁶.

الرأي الثالث: إذا أتم كل من الذكر والأنثى ثمانية عشر سنة، فقد أدركا سن البلوغ ويصيرون مكلفين بالأحكام الشرعية وهو المشهور عند المالكية، وهناك رواية عندهم على خلاف

1 صحيح البخاري المرجع نفسه، ص 177.

2 البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج 6، ط 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 56.

3 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج 7، مرجع سابق، ص 172.

4 سورة النور، الآية 59.

5 أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، سنن أبي داود، ج 4، مرجع سابق، ص 244.

6 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، ط 2، تحقيق معوض على وعبد الموجود عادل، دار الكتب العلمية، 1997، ص 172.

المشهور وهي إتمام كل من الذكر والأنثى ست عشرة سنة¹. وأدلتهم نفس أدلة أصحاب الرأي الثاني وقالوا: أن هذا السن هو الذي يتحقق فيه اليأس من الاحتلام. وسبب الاختلاف هو أن البلوغ يعرف بعلامات متفق عليها، وأخرى مختلف فيها، فإذا لم تظهر على الصغير علامة من علامات البلوغ، وتقدم في السن، فهل يبقى صغيراً، ولا يجري عليه قلم التكليف؟ أم أن هناك سناً معينة يعتبرها الفقهاء حداً فاصلاً بين البلوغ وعدمه؟

والراجح مذهب الجمهور، القائل بأن البلوغ عند الذكر والأنثى هو تمام الخمس عشرة سنة، وذلك لقوة الأدلة التي استندوا عليها والتي تؤيد ما ذهبوا إليه، ولأن النبي ﷺ رد سبعة من الصحابة وهم أبناء أربع عشرة سنة ولم يجزهم في القتال؛ لأنه لم ير أنهم قد بلغوا بعد، ثم عرضوا عليه وهم أبناء خمس عشرة فأجازهم، ومنهم زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم². وقد اختلف الفقهاء في تحديد نهاية مرحلة التمييز وكذلك القوانين الوضعية، لأهمية انتقال الشخص من مرحلة الصغر إلى طور جديد يرتفع فيه الحجر عنه، ويكون فيه الشخص كامل الأهلية، إذا لم يصبه عارض من جنون أو عته أو سفه.

وحددت مجلة الأحكام العدلية في المادة 986 منتهى البلوغ وانتهاء حد الصغر بخمسة عشر سنة، إذ جاء فيها أن: "مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع 9 سنوات، ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة..."، والقول بأن نهاية مرحلة الصغر خمس عشرة سنة مستند لحديث ابن عمر رضي الله عنه إذ قال: «عرضت على رسول الله ﷺ في جيش وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني، فعرضت عليه من قابل في جيش وأنا ابن

1 الحطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، دون رقم الطبعة، تحقيق عميرات زكريا، دار عالم الكتب، بيروت، سنة 2003، ص 59.

2 الشرييني شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، ج3، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 166. الزرقا مصطفى أحمد، مرجع سابق، ص 817.

خمس عشرة فقبلني¹، وقيل سن البلوغ لمن لم تظهر عليه علامات البلوغ هو ثماني عشرة سنة وهو المشهور وهو أحد الأقوال الخمسة وقيل سبعة عشرة سنة².

فيتضح أن التمييز ليس له بداية محددة تماما، فقد يبكر وقد يتأخر، ويعرف بآثاره التي تظهر على تصرفات الصغير، وهذه الآثار تختلف من شخص لآخر، بحسب فطرته ودرجة ذكائه ومواهبه العقلية، ولا تظهر فجأة ومرة واحدة، وإنما يكون ظهورها بالتدريج. وحتى لا تضرب الأحكام وخاصة ما تعلق منها بالمال والعقود والحقوق، فإن القوانين حددت سنا معينة لبداية مرحلة التمييز وهي في القانون الجزائري ثلاثة عشرة سنة (13) وأرى أنها متأخرة بعض الشيء، كما أن سبعة سنوات مبكرة بعض الشيء، ومراعاة للحال وتعدد المعاملات والتطور التكنولوجي الكبير تجعلنا نقترح التوسط في الأمر والأخذ بسن العاشرة، فهي تناسب أكثر الصغار في هذا العصر، أما نهاية مرحلة التمييز، فتكون أيضا محددة بالسن حفاظا على استقرار المعاملات المالية، وقد وفق المشرع الجزائري بأن جعلها تسعة عشرة سنة وهي تناسب التطور الحاصل اليوم في العالم، حيث يكون فيها الشخص كامل الأهلية بالعقل والإدراك، فيفك عنه الحجر وينفرد بالتصرفات القانونية. ما لم يعترضه عارض أو مانع من موانع الأهلية³، فيستمر حجه.

2 - الجنون: والكلام عن الجنون كعارض من عوارض الأهلية التي تسبب الحجر يتطلب الوقوف على التعريف اللغوي والاصطلاحي.

1 أخرجه البخاري في الشهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، رقم الحديث 2664 ومسلم في المغازي، باب بيان سن البلوغ، رقم الحديث 1868.

2 الخطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج5، ص 59. الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ج2، ص 234.

3 موانع الأهلية: ظروف طارئة، تعيق الشخص كليا أو جزئيا عن مباشرة التصرفات القانونية، فقد يكون الشخص كامل الإرادة والتمييز، لكنه لا يفيد من ذلك بسبب مانع، وهو إما أن يكون مادي؛ كالغيبية والفقدان أو قانوني؛ كالحكم عليه بعقوبة جنائية أو شهر الإفلاس، أو طبيعي كاجتماع عاهتين.

أ - الجنون لغة: مصدر جن جن من جنن وجنّ الشيء: بمعنى ستره، وجنّ الرجل فهو مجنون أي: مستور العقل، ومنه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الإبصار. وكذلك الجنين في بطن أمه¹، وجنّ الظلام: حلك واشتد. وجن بمعنى: استتر، ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا ۖ ﴾²، والجنون: زوال العقل وفساده، وتجانن: تظاهر بالجنون، والجن خلاف الإنس، واجتن: استتر³، والجنّة: السترة، والإجتان: الاستتار، جن عليه الليل: ستره، أظلم واشتد ظلامه، جنّ عقله: فسد وزال عقله⁴.

ب - الجنون في الاصطلاح القانوني: لم يعرف المشرع الجزائري الجنون، لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني، وترك ذلك للفقهاء، إلا أنه تعرض فقط للأحكام المتعلقة به، ضمن المواد 81 و 85 و 101 من قانون الأسرة، والمواد 42 و 43 و 44 من القانون المدني. إذ تنص المادة 81 على أن: " كل من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون". وهذا ما أكدته المادة 42 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ". يظهر من هذه النصوص أن الجنون والعته يعدمان الأهلية؛ لأن من بلغ سن الرشد ثم أصيب بهما ؛ تنعدم أهليته، وبالتالي يأخذ حكم فاقداً التمييز، أي: تكون له أهلية الوجوب فقط⁵.

1 الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة البيان، بيروت، لبنان، 1989، ص 100. ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص 98.

2 سورة الأنعام الآية 76.

3 إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، القاهرة، مصر، ص (140، 141).

4 عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، موقع معاجم صخر، ص 95 وما بعدها.

5 عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، دون سنة نشر، ص 279 . عبد المنعم البدر، النظرية العامة في الالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دون دار نشر، 1980، ص 141 .

وعرفت بعض التشريعات العربية المجنون بأنه: " فاقد العقل بصورة مطبقة أو غير مطبقة"¹، وعرفه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بطريقة غير مباشرة حيث عرف المجنون أنه فاقد العقل بصورة مطبقة أو مقتطعة وألحق به المعتوه²، حيث عرف الجنون أنه: اختلال القوة المميزة في الإنسان بين الأمور الحسنة والقبیحة فلا يدرك العواقب، ويخرج عن النهج الطبيعي في الأعمال المعتادة³. والجنون أحد العوارض المؤثرة في إدراك الشخص، وأحد الأمراض التي تصيب عقل الإنسان فتفسده، ولم تضع القوانين في عمومها تعريفات محددة للجنون باعتباره من عمل الفقه، وباعتبار اختلاف وتنوع حالات الجنون، فلا يمكن حصر الجنون في تعريف معين، وترك ذلك للفقهاء وشرح القانون. وقد عرفه بعضهم بأنه: " مرض يصيب العقل فيؤدي إلى اختلاله، ومن ثم يعدم صاحبه التمييز"⁴، وعرفه آخر بأنه: " اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز وبالتالي فاقد الأهلية"⁵، وعرف بأنه: " فقدان العقل واختلال توازنه"⁶. وهو آفة تزيل العقل مع بقاء القوة في الأعضاء⁷، فالعقل هو القوة المميزة المدركة لمحاسن الأمور ومساوئها، فإذا زال فإن صاحبه لا يقدر ما ينجر عنها، فيخرج عن المعتاد من الأفعال والأقوال والتصرفات المختلفة.

1 المادة الأولى من القانون رقم 40 لسنة 2004 المتعلق بالولاية على أموال القاصرين القطري وهو ما جاء في القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين المادة 2/2.

2 نص المادة 174 / 1: " والمجنون هو فاقد العقل بصورة مطبقة أو متقطعة ويلحق به العته... "، وهو أيضا نفس ما ورد في وثيقة مسقط للنظام الموحد للأحوال الشخصية لمجلس التعاون لدول الخليج العربي.

3 المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، العدد 26، أبريل 2006، ص 296.

4 أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط1، 1987، ص 39.

5 عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1978، ص 457.

6 جميل الشراوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص 391.

7 المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي ملحق مجلة الشريعة والقانون، العدد 26، 2006، ص 296

ج - الجنون في الاصطلاح الفقهي: الجنون عارض¹ يترتب عليه اختلال في العقل، يمنع جريان الأقوال والأفعال على النحو المعتاد، الذي يتطلبه الشرع، وقد يستوعب جميع أوقاته، ويسمى عندها جنونا مطبقا، كما قد يكون متقطعا، بأن يفيق صاحبه منه أحيانا؛ فتمر به أوقات يكون فيها حاضر العقل، وتعتريه نوبات يزول فيها عقله²، ونصت المادة 944 من مجلة الأحكام العدلية على أن: "المجنون على قسمين أحدهما المجنون المطبق: وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته، والثاني غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنونا ويفيق في بعضها"، والجنون زوال العقل واختلاله بمنع الأفعال والأقوال أن

1 **العارض:** يعني الحاجة. أنيس إبراهيم، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص216. والعارض من عرض عرضا: بدا وظهر، ومن معانيها: ما يعرض للإنسان من مرض ونحوه. الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص374. والإعراض: الصد، واعترض الشيء: صار عارضا كالخشبة المعترضة في النهر: حال دونه، والعارض السحاب يعترض في الأفق. الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص374. ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا رَأَوْهُ عَارِضًا مُسْتَقْبِلَ أُوْدِيَتِهِمْ قَالُوا هَذَا عَارِضٌ مُّمْطِرُنَا ۗ ﴾، سورة الأحقاف، الآية 24. والعارض أيضا: المانع، ولفظ عارضة له عدة معاني ومنها: ما استقبلك من الشيء، والسقف، والسن التي في عرض الفم. ابن منظور، لسان العرب، مجلد11، مرجع سابق، ص126. و**عوارض الأهلية اصطلاحا:** ما يطرأ للإنسان من أمور فيزيل أهليته، أو ينقصها، أو يغير من بعض أحكامها. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1986، ص168. وقد سميت عوارض لمنعها الأحكام المتعلقة بالأهلية التامة، بإبطالها كلياً أو جزئياً. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص338. وهذه العوارض إما سماوية؛ ليس للإنسان دخل في اختيارها أو إيجادها، وإما أن تكون بكسبه واختياره. أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ط3، دار القلم، دمشق، سوريا، 2012، ص799.

2 رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص218. أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، د ط، 2006، ص258. عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة الطبع، ص426. أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية ومطابع شتات، المجلة الكبرى، القاهرة، مصر، 2009، ص132.

تجري على نهج مستقيم¹، وعرفه الخطيب الشربيني بأنه: " زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء"²، وعرفه آخر بأنه: " زوال العقل أو اختلاله أو ضعفه"³، وعرف بأنه: " اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا"⁴. أي اضطراب القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة، المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها، وأن تتعطل أفعالها.

فالجنون مرض لا تدرك معه الأمور على وجهها الصحيح، ويصعبه في الغالب هياج واضطراب، فيصعب الوقوف على حقيقة الجنون لتعلقه بالعقل وهو معنى خفي، يميز به الإنسان بين الخير والشر والنافع والضار ومحلل الدماغ، فإذا انعدمت آثاره وتعطلت أفعاله، يصبح الشخص لا يعي ما يقول، ولا يدرك ما يفعل واختلط كلامه وأصيب بالهيجان وكثرة الانفعالات المصحوبة بالتهديد والضرب والشتم فهو عندئذ يكون مجنونا ولا يؤخذ بأعماله وأقواله⁵. والجنون أيضا زوال العقل واختلاله مما يجعل أقوال المجنون وأفعاله تجري على نحو يخالف الاستقامة⁶. والمجنون تحجر عليه المحكمة وتتصب له قيما يرعى شؤونه، إلا إذا حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، قبل بلوغ سن الرشد أو بلوغ هذا السن

1 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 655.

2 الشربيني، مغني المحتاج، ج 12، مرجع سابق، ص 358.

3 عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج 1، دار الكاتب العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ص 585. وهو عنده تعريف يشمل الجنون والعتة، وغير ذلك من الحالات المرضية والنفسية، التي تؤدي إلى إنعدام الإدراك.

4 التقا زاني سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح لمتن التتقيح في أصول الفقه، ج 2، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1996 م، ص 334.

5 أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 133. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، دون سنة النشر، ص 445.

6 علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، مج 2، مرجع سابق، ص 655. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط2، 1996، ص 461.

مجنونا، فتستمر الولاية عليه سواء لوليه أو وصيه¹. فتصرفات المجنون القانونية باطلة لانعدام الارادة.

إن هذه التعريفات الفقهية أو القانونية وإن اختلفت في العبارات الدالة على معنى الجنون، فإنها تدور حول معنى واحد، وهو اختلال العقل، فرغم اختلافها في المباني فهي تتفق في المعاني، ويدل عليه استخدام عبارات (آفة) أو (اضطراب) أو (خلل) أو (فقدان)، وهذه الاختلافات ناتجة عن كون الجنون يختلف من حالة إلى أخرى، لاختلاف أنماطه، وتعدر وصف جميع جوانبه، ويبدو أن لفظ مرض هو الأصح، باعتبار أنه يستوعب كل أنواعه، ويحيط بمختلف جوانبه.

3 - العته: والكلام عن العته كعارض من عوارض الأهلية التي تسبب الحجر يتطلب التعريف به في اللغة والاصطلاح.

أ- العته في اللغة: هو التجنن والرعونة والدهش، ويقال عته الرجل: إذا دهش، والمعتوه هو المدهوش من غير مس جنون، والمعتوه: ناقص العقل، والعتهاهة: الحمق والاضطراب في العقل، ويقال للرجل المضطرب معتوه²، وهو من نقص عقله: فهذه المعاني كلها تدور حول عدم الاهتمام إلى التصرفات النافعة والجهل بها.

ب- العته في الاصطلاح القانوني: لم يعرف المشرع الجزائري العته، وتطرق إلى أحكامه مقرونا بحالة الجنون، واعتبر العته كالجنون، وسوى بينهما في الأحكام، جاء ذلك في المادة 42 من القانون المدني الجزائري: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون "، وجاء في المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري أنه: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه". وعرفته بعض القوانين العربية؛ كالقانون النموذجي العربي الموحد لرعاية

1 السنهوري عبد الرازق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، ص 284.

2 الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 363.

القاصرين حيث جاء في المادة 2 أن: "... المعتوه: قليل الفهم، مختلط الكلام سيء التدبير"، وهو التعريف ذاته الذي جاء في المادة 157 من وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، مع تغيير عبارة (سيء التدبير) بعبارة (فاسد التدبير)، وعرفته مدونة الأسرة المغربية في المادة 216 بأنه: " المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته ".

وذهب بعض الفقه القانوني إلى التفرقة بين المعتوه المميز وغير المميز، أي وجود نوعين من العته، أحدهما يكون معه إدراك وتمييز، وهذا كالصبي المميز في جميع أحكامه، والثاني ينعدم فيه الإدراك والتمييز، ويأخذ صاحبه أحكام المجنون¹، وذهب بعضهم إلى أن المعتوه قد يكون مميزاً وقد يكون غير مميز، كالصغير المميز وغير المميز، فتكون أهليته تبعاً لذلك معدومة أو ناقصة². وبناء على ذلك وجد اختلاف في تعريف العته ومدى تأثيره على أهلية الأداء، فقال بعضهم: أن العته: " اختلال في العقل يفقد الإنسان القدرة على التمييز دون أن يصحبه هيجان "³، فتساوي بعض التشريعات بين العته والجنون من حيث التأثير. وقد عرف فريق آخر من فقهاء القانون العته على أنه: " نقصان العقل من غير جنون "⁴، أو هو: " خلل يصيب العقل فيؤثر في التمييز دون أن يعدمه "⁵، وهو أيضاً: "

1 محمد كسحال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، ج2، دار القلم دمشق، سوريا، 2010، ص628.

2 السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، ج 1، مرجع سابق، ص157. كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 200.

3 عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 459.

4 صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 7، 1981، ص 118.

5 أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 49.

اختلال في العقل يؤدي إلى قلة الفهم واختلاط الكلام وفساد التدبير"¹، وقيل العته: " اختلال في العقل يمنع من إدراك الأمور على وجهها الصحيح، مع هدوء تام في الأعصاب"². ومن تعريفات هذا الفريق من القانونيين يتبين أنهم يميزون بين العته والجنون، فالعته عندهم ينقص العقل والتمييز، فيجعل المصاب به قليل الفهم سيء التقدير والتدبير، أما الجنون فيفقد الشخص عقله وتمييزه، وعلى هذا فإن المعتوه ليس فاقدا للتمييز تماما، وإنما هو ناقصه، فيأخذ حكم الصبي المميز، وهو ما أخذ به القانون الأردني³، والعراقي⁴، والكويتي⁵، والمغربي⁶، فاعتبرت مدونة الأسرة في المادة 228 تصرفاته مثل تصرفات الصبي المميز⁷، التي أحالت إلى أحكام المادة 225 حيث نصت على أنه: "تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية: 1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا؛ 2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛ 3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي"⁸.

1 وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والأردني، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، ص409.

2 محمد مصطفى شحاته الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية، الوصية، الوقف، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1976، ص15.

3 تنص المادة 1/128 من القانون المدني الأردني على أن: " المعتوه هو في حكم الصغير المميز ".

4 تنص المادة 107 من القانون المدني العراقي على أن: " المعتوه هو في حكم الصغير المميز ".

5 تنص المادة 1/99 على أن: " 1 - تصرفات المعتوه تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز المخصص عليها في المادة 87، نصب عليه قيم أم لم ينصب ".

6 تنص المادة 213 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يعتبر ناقص أهلية الأداء: 3... - المعتوه ".

7 تنص المادة 228 على أنه: " تخضع تصرفات السفهه والمعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه ".

8 المملكة المغربية ظهير شريف رقم 01 /04 /22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 07/03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184، الصادرة في 5 فبراير 2004.

وهو ما جاء أيضا في المادة 2/64 من القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين¹. وفي أغلب القوانين العربية لا وجود لمعتوه مميز وآخر غير مميز، فيأخذ حكم المجنون أو الصبي غير المميز، فاعتبرت المعتوه عديم الأهلية، ولا يمكنه إبرام التصرفات القانونية، فهو عديم التمييز كالمجنون والصغير غير المميز، فالعته عندهم نوع من الجنون أو جنون هادئ، فيعامل المعتوه معاملة المجنون، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري² والمصري³ واليمني⁴ والإماراتي⁵. حيث لم تفرق بين حالات العته وجعلته كالمجنون، على خلاف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من التمييز بين حالتين من العته، يأخذ في الأولى حكم المجنون وهو الذي لا يبقى للشخص فيه إدراك ولا تمييز، فتتعدم فيه أهلية الأداء، ويأخذ في الثانية حكم الصبي المميز، وهو الذي يكون للشخص فيه نوع إدراك وتمييز، ولكن ليس كإدراك العقلاء، فتثبت له أهلية أداء ناقصة⁶.

وأرجح الرأي القائل بالتمييز بين نوعي العته، فقد نجد شخصا في حالة عته لكن مع بقاء عقله، وهذه الحالة أثرت فيه لدرجة إفساد تدبيره دون ذهاب عقله، فأين هي العدالة في

1 تنص المادة 2/64 على أنه: "... تطبق على تصرفات المعتوه والسفيه وذي الغفلة الصادرة بعد الحجر عليهم الأحكام المتعلقة بتصرفات الصغير المميز...". وقد أيدت وثيقة مسقط للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون هذا المنحى، واعتبرت في المادة 139 المعتوه ناقص الأهلية كالصبي المميز، وهو ما جاء أيضا في المادة 158 من وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

2 المادة 42 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.....".

3 المادة 114 من القانون المدني المصري تنص على أنه: "1- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر...".

4 تنص المادة 51 من القانون المدني اليمني على أنه: "... ومن لم يبلغ سن التمييز أو بلغها مجنونا أو معتوها يكون فاقدا للأهلية...".

5 تنص المادة 86 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه: " لا يكون أهلا لمباشرة الحقوق المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون...".

6 عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 104.

عدم إقرار تصرفه واعتباره فاقدا للتمييز مثل المجنون، وأنه غير أهل لمباشرة حقوقه المدنية بالرغم من اختلاف الحاليتين اختلافا جوهريا.

وبالتالي فمن الأنسب في تقدير وإثبات حالة العته ودرجته أن يترك إلى القضاء استنادا إلى خبرة المختصين من الأطباء الموثوقين في الأمراض العقلية.

ج - العته في الفقه الإسلامي: عرف أنه آفة توجب اختلالا في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام، فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين¹، ويطلق العته أيضا على من كان قليل الفهم، فاسد التدبير، وقد اعتبر بعض الفقهاء العته نوعا من الجنون، غير أنه لا يكون مصحوبا بالاضطراب والهيجان²، وعرف البعض الآخر المعتوه بأنه: قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم³، وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 945 بقولها: "المعتوه: هو من اختل شعوره بأن كان فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدبيره فاسدا". ويرى بعضهم أن المعتوه لا يكون إلا مميزا، لأنه إن كان غير مميز يكون مجنونا، فإن كان مغلوبا على أمره بحيث لا إدراك له ولا تمييز فهو كالمجنون ويأخذ أحكامه، وإن كان مميزا أو عنده بعض التمييز، فيعقل بعض الأشياء ويختلط عليه الأمر في بعضها الآخر فهو المعتوه⁴. وفرق الفقهاء بين نوعين من المعتوه، فإما أن يكون عديم التمييز والعقل، فيأخذ أحكام الصغير غير المميز والمجنون، وإما أن يكون المعتوه مميزا، يعقل بعض الأشياء ويختلط عليه الأمر في بعضها الآخر، فيكون عنده بعض تمييز أو مميزا، فيأخذ أحكام الصغير المميز. فالمعتوه قد يكون في إدراكه للأمر ومآلاتها أدنى درجة

1 التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح، المرجع السابق، ص 337.

2 جابر بن علي الجوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، دار المحجة للنشر والتوزيع، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 41. السبك صبري مصطفى حسن، الأهلية التجارية دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2011، ص 41.

3 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 657. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 202. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 104.

4 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 445.

من السفه، ولكنه من حيث الأثر في تضييع المال لا يختلف عنه وعن الصبي المميز أحيانا، فلا يذهب العته بالعقل تماما وإنما ينقصه ويضعفه، فيمكن له إدراك بعض الأمور، فتكون أهلية أدائه ناقصة، وفي أحيان أخرى يكون كالمجنون والصبي غير المميز، فتكون أهلية أدائه معدومة.

وأرى أن تصرفات المعتوه تكون من ناحية الصحة والبطلان تبعا للحالة العقلية ومقدار إدراكه وتمييزه، فإذا كان مثل الصبي المميز أخذ أحكامه، وإن كان دونه أخذ أحكام الصبي غير المميز، فيختلف من شخص لآخر حسب كل الحالة، وتقدير هذا الأمر محل اجتهاد ونظر، فيترك للقضاء بناء على تقارير أهل الاختصاص.

ثانيا: أسباب الحجر المختلف فيها

أسباب الحجر المختلف فيها فقها وقانونا متعددة، سأتناول منها فقط السفه والغفلة.

1 - السفه: والكلام عن السفه كعارض من عوارض الأهلية التي تسبب الحجر يتطلب التعريف به في اللغة والاصطلاح.

أ- **السفه لغة:** الخفة، والسفيه: خفيف العقل وجمعه سفهاء¹، والسفه أيضا: الطيش وخفة العقل، جاء في المصباح المنير: " السفه نقص في العقل، وأصله الخفة"²، والسفه: ضد الحلم وأصله الخفة والحركة³.

1 الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج 1، ص 169. الرازي، مختار الصحاح، ج 1، مرجع سابق، ص 127. ابن منظور لسان العرب، مرجع سابق، ج 3، ص 2032.

2 المقري أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ص 380.

3 الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 266.

ب- **السفه اصطلاحاً:** عرفه الفقهاء بعبارات متقاربة المعنى، وإن اختلفت في المبنى فقد عرف على أنه: تبذير المال وتضييعه فيما لا نفع فيه، أو فيما حرمه الله تعالى؛ فعرف على أنه: " السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل " ¹، وعرف السفهية بأنه: " هو الذي لا معرفة له بحفظ ماله " ²، وعرفه آخر بأنه: " المضيع لماله، المبذر له " ³، وبأنه: " السفهية المبذر لماله " ⁴، والسفه خفة تعتري الإنسان، تحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع، وهو تبذير المال على غير مقتضى الشرع أو العقل ⁵، والسفه: خفة العقل والجهل بالأحكام والأموال وضعف الإدراك، فالسفيه لا يرى الحق على ما هو عليه من الرجحان والرزانة، فتصدر تصرفاته غير متزنة طائشة، فيستخف بالحق ولا يهدي إليه ⁶.

إن هذه التعريفات الفقهية تتفق على أن السفهية هو المبذر لماله، الذي لا يحسن إدارته لجلب النفع ودفع الضرر، بل يسخره فيما لا فائدة ترجى منه، كما أن تصرف السفهية في ماله، لا يضر بمصالحه فقط، بل يتعدى ضرره إلى أسرته والمجتمع الذي يعيش فيه، حيث يصبح عالة على المجتمع.

1 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 6، ص 147.

2 الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج 6، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، ط 1، 1332 هـ، ص 107.

3 ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 303.

4 الشرييني، الإقناع، ج 2، مرجع سابق، ص 300.

5 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية فقه الأحوال الشخصية المقارن، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 267. أحمد نصر الجندي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 137. علي الخفيف، أحكام

المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، 2008، ص 269.

6 جابر بن علي الحوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 39.

ولم تعرف جل القوانين السفه باعتباره من عمل الفقه، باستثناء بعض القوانين المتعلقة بالقاصرين¹. وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 946 بقولها: "السفيه: هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم، ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يُعدُّون أيضاً من السفهاء". ويتضح من نص هذه المادة أنها الحققت ذا الغفلة بالسفيه، والسفه عارض يصيب الشخص فيجعله ناقص الأهلية، والسفيه المعروف بتبذير أمواله فيما لا فائدة فيه، أو فيما يعده العقلاء عبثاً يشكل ضرراً للسفيه وأسرته². وهو ما جاءت به المادة 215 من مدونة الأسرة المغربية³، فيكون تصرفه خلافاً لمقتضى المصلحة.

فالسفه: خفة وطيش تدفع إلى تبذير المال في غير مواضعه، وتبذير المال من علامات وآثار السفه، وضده الرشد؛ وهو حسن النظر والتصرف في المال فيما يرجى نفعه⁴. وليس من التبذير صرف المال في وجوه البر والإحسان، والإنفاق في القربات والطاعات وعلى المحتاجين، وصلة الأرحام، ولو أتى على المال كله لقوله ﷺ: « لا حسد إلا في اثنين: رجل أتاه الله مالا فسلط على هلكته في الحق، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضي بها

1 جاء في المادة 2 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين أن: " ... السفيه: المبذر الذي يصرف ماله على غير مقتضى العقل... "، وعرفته المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي بأنه: السفه: خفة تبعث على العمل في المال بخلاف مقتضى العقل والشرع، أو هو الجهل والطيش والتبذير، وسوء التصرف في المال، بصرفه فيما لا مصلحة فيه، وتضييعه فيما يذم عليه. وعرفت الماد 157 من وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد لأحوال الشخصية السفيه بأنه: " ... د- السفيه: مبذر ماله فيما لا فائدة فيه ".

2 عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، مكتبة المعرفة للنشر والتوزيع، ط 1، 2005، ص 179.

3 نصت المادة على أن: "السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثاً، بشكل يضر به أو بأسرته".

4 الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج 3، مرجع سابق، 655.

ويعلمها»¹. ولا يعد تبذيرا إلا ما كان إنفاقا في غير مواضع الحقوق، كصرف المال على أهل اللهو والفسق والبدع، أو أن يبالغ في شراء ما يترفه به، وقد يكون من التبذير والسفه الصرف في أوجه الخير على الوجه غير المعتاد؛ كبناء المساجد، والمساهمة في الجمعيات الخيرية، والإسراف في المأكل والمشرب والملبس مع عدم القدرة². والسفه كما يكون في أوجه الفساد يكون في أوجه الرشاد لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا ﴾³، أي لم يتجاوزوا حد الكرم، ولم يضيقوا شحا وبخلا⁴.

والفرق بين الإسراف والتبذير، أن الإسراف: صرف المال في أوجه زيادة على الحد اللازم، أما التبذير فهو: صرفه في غير محله اللائق، فالإسراف تجاوز في المقدار وجهل بالحقوق، والتبذير جهل بمواضع الحقوق وتجاوزها⁵. وقد اختلف الفقهاء في حكم إنفاق المال في أوجه الخير والمباحات، هل يعد تبذير أو إسراف يوجب الحجر أم لا؟ على رأيين:

الرأي الأول: للحنفية والمالكية في الرواية الثانية قالوا: أن الإنفاق في المباحات يعد تبذيرا وإسرافا إذا زاد على حد التوسط⁶، ودليلهم قوله تعالى: ﴿ وَكُلُوا وَأَشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا ﴾

1 رواه البخاري عن عبد الله بن مسعود، صحيح البخاري، حديث رقم 73.

2 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، مرجع سابق، ص 658. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 159.

3 سورة الفرقان، الآية 67.

4 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 658.

5 علي حيدر، المرجع نفسه، ص 658.

6 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 6، ص 184. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، مرجع سابق، ص 657.

إِنَّهُ لَا تُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴿١﴾. ففي الآية أمر بالأكل والشرب، والنهي عن الإسراف²،

فالآية تبين إباحة التمتع في المال، بالمأكل والمشرب والملبس، دون إسراف أو تبذير، لأن الزيادة في الترفه بالكماليات على الحد المعقول يعد من قبيل الإسراف، كما جاء في الحديث أن النبي ﷺ قال: « إن من السرف أن تأكل كلما اشتهيت»³. وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَجْعَلْ

يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا ﴾⁴،

والمعنى لا تمسك يدك بخلا عن النفقة في حقوق الله، فلا تنفق فيها شيئاً إمساك المغلولة يده إلى عنقه، ولا تبسطها بالعتاء الكثير، فتبقى لا شيء عندك، فلا تجد إذا سئلت ما تعطيه، فيلومك سائلوك إذا لم تعطهم⁵، تدل هذه الآية على التوازن والاعتدال في الإنفاق بين الإسراف والتقتير، وبين البذل والعتاء والسخاء والشح والبخل، فالإسراف من مظاهر السفه الذي يحجر على صاحبه، ومن السنة قوله ﷺ لعامر بن سعد بن أبيه لما سأله عن التصرف من ماله فقال ﷺ: «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس»⁶، وفيه دليل على نهي النبي ﷺ لعامر عن التصرف بأكثر من الثلث، وهو

1 سورة الأعراف، الآية 31.

2 السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين، الإكليل في استنباط التنزيل، تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب،

دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1401 هـ - 1981 م، ص 128.

3 رواه ابن ماجه في سننه وغيره عن أنس بن مالك رضي الله عنه.

4 سورة الإسراء الآية 29.

5 الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج14، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى، 1422هـ، 2001 م، ص 573.

6 البيهقي، السنن الكبرى، ج6، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، رقم الحديث 12567، ص 440. وأخرجه البخاري في صحيحه بلفظ مغاير، باب الوصية بالثلث، فتح الباري بشرح صحيح الامام البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج5، المكتبة السلفية، رقم الحديث 2744، ص 369.

دليل على أن الإنفاق الزائد حتى في المباحات يعد تبذيرا وإسرافا، عند تجاوز حد التوسط والاعتدال¹.

الرأي الثاني: وهو للشافعية والحنابلة وفي رواية عند المالكية ذهبوا إلى أن الإنفاق في المباحات وأعمال البر ليس من الإسراف والتبذير، ولو كان زائدا على المعقول²، ودليلهم قوله سبحانه تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ

الرِّزْقِ³، فقد أنكرت هذه الآية على من حرم الطيبات التي أعطها الله سبحانه وتعالى لعباده من أكل وشرب وملبس؛ لأن المال جعل للتمتع به، والاستفادة منه لا لتكديسه، وفي الآية دليل على التمتع في المال، بالإنفاق في وجوه الخير والرشاد، أو في المباحات، فأمر الله سبحانه عباده بالأكل والشرب، ونهاهم عن الإسراف، فلا زهد في ترك مطعم ولا مشرب⁴، ومن السنة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نتصدق، فوافق ذلك ما لا عندي، فقلت اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوما، فجئت بنصف مالي، فقال رسول الله ﷺ: « ما أبقيت لأهلك فقلت: مثله، قال فأتى أبو بكر بكل ما عنده، فقال رسول الله ﷺ: ما أبقيت لأهلك، فقال: أبقيت لهم الله ورسوله، فقلت لا أسابقك إلى شيء أبدا⁵، ومن السنة أيضا قول النبي ﷺ لعثمان بن عفان رضي الله عنه حين جاء بألف

1 ابن حجر أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، ص 365.

2 مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج4، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر، ص115. الحطاب، مواهب الجليل، ج 5، مرجع سابق، ص 46.

3 سورة الأعراف، الآية 32.

4 الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني، فتح القدير، ج 2، دار الكلم الطيب، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ، ص 228.

5 أخرجه أبو داود في سننه، الحديث رقم 1678.

دينار لتجهيز جيش العسرة: « ما ضر عثمان ما فعل بعد هذا اليوم قالها مرارا »¹، ففي الحديث الأول دليل على حب التنافس في الخير، ولا حدود للإنفاق في عمل الخير، وكيف لا؟ وقد أقر النبي ﷺ ما فعله أبو بكر وعمر رضي الله عنهما، وفي الحديث الثاني أيضا إقرار الرسول ﷺ فعل عثمان رضي الله عنه، ولو لم يكن جائزا لرده، فأراد النبي ﷺ تشجيع غيره على الإنفاق في سبيل الله، وهو دليل على جواز الإنفاق، من غير تحديد، وأن الزيادة على المعتاد في الإنفاق لا تعد تبذيرا².

ويرجع سبب الاختلاف إلى تعارض ظواهر النصوص وتأويلها، حيث جاءت بعض النصوص تحث على الإنفاق مطلقا دون التقيد بحد معين، وجاءت أخرى تأمر بالاعتدال في الإنفاق، فمن أخذ بالأولى قال بعدم تقييد الإنفاق في المباحات والخير ولا يعد إسرافا وتبذيرا، وإن زاد على المعتاد، ومن أخذ بالثانية قال بأن الإنفاق الزائد عن التوسط يعد تبذيرا.

وأرجح الرأي الثاني: القائل بأن الإنفاق في المباحات وأعمال البر ليس من الإسراف والتبذير المنهي عنه، ولو كان زائدا على المعتاد، لدلالة الآيات والأحاديث التي استدلوا بها على صحة ووضوح ما ذهبوا إليه، كما أن الآيات والأحاديث التي تنهي على الإسراف والتبذير، لا تعني الحجر على من ينفق ماله في سبيل الله، وفي أوجه الخير وحتى في المباحات، بل تتعلق بتبذير المال وتضييعه في غير منفعة، كما أن أحاديث الصدقة بالثلث جاءت متعلقة بحالة مرض الموت المعروفة عند الفقهاء.

وبالتالي فإن السفه ليس له ضابط محدد، أو معيار ثابت يمكن أن يبنى عليه، وإنما يتغير بحسب الأحوال والظروف وعادات المجتمع، وما يتعارف عليه الناس في حياتهم،

1 أخرجه الترمذي في سننه، الحديث رقم 3710.

2 المباركفوري أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ص 133.

ويرجع عموماً إلى إساءة التصرف في استعمال الحقوق المالية على خلاف مقتضى العقل والشرع وإتباع الهوى، والتبذير والإسراف على الوجه غير المعتاد والزيادة على الحد المعقول، سواء كان ذلك في الشر أم في الخير.

2 - الغفلة: للوقوف على مفهوم الغفلة؛ كسبب موجب للحجر على المصاب بعارض الأهلية، يتطلب تعريفه لغة واصطلاحاً.

أ- **الغفلة لغة:** من غفل يغفل غفلة وغفولاً: بمعنى ترك الشيء وسها عنه إغفالا من قلة التيقظ، غفل الشيء: ستره، غفلة المرء: غيبة الشيء عن باله وعدم تذكره له¹، فيقال لمن لا فطنة له ولا دراية له بالأمر مغفل.

ب- **الغفلة اصطلاحاً:** صورة من صور ضعف بعض الملكات العقلية، ويستدل على المتصف بها بعدم اهتدائه إلى التصرفات الراجحة، وبسهولة خداعه، لبساطة عقله وسذاجته، فيغبن في التصرفات والمعاملات المالية على نحو يهدد ماله بالضياع²، وذو الغفلة لا يفتن للسداد والصواب في تصرفاته بماله، وكثيراً ما يتردى في الغبن كالمعتوه³. وقيل أن ذا الغفلة: هو من لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة كما يهتدي غيره، ويخدع بسهولة لسلامة قلبه وبساطته، فيغبن في المعاملات المالية⁴. وقيل الغفلة: "سهولة التردى في الغبن، لسلامة القلب والنية، وبساطة العقل، وعدم كمال التمييز بين الربح والخاسر من التصرفات"⁵.

وعلى هذا فإن الغفلة كعارض من عوارض الأهلية، هي حالة تعتري الشخص فتنتقص من ملكاته العقلية الضابطة، التي من شأنها إدراك المصلحة وسلامة التقدير وحسن التدبير،

1 الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 420. عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، مرجع سابق، ص 19080.

2 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 450.

3 جابر بن علي الحوسني، مال القاصر ومن في حكمه، مرجع سابق، ص 42.

4 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص (182، 183).

5 حسن كيرة، المدخل في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1990، ص 587.

فإذا قامت بالشخص، أدت إلى سهولة خداعه، وغبنه في المعاملات المالية والتغريب به، وهو ما نصت عليه المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "... والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم، ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضا من السفهاء"¹، فيعد ذا الغفلة في مرتبة السفهية: مع أنهم ليسوا من السفهاء بالمعنى الوارد في الفقرة الأولى، فالمغفل هو الأبله والبسيط الذي لا يهتدي إلى الربح من التصرفات، فيغبن فيها، فقلة فطنته وسلامة قلبه تجعل من السهل خداعه². ولقيام حالة الغفلة الموجبة للحجر لا بد من توافر عنصرين مادي ومعنوي:

– العنصر المادي: بتحقق تضييع المال بالغبن الفاحش، الذي لا يتغابن فيه الناس عادة، لا اليسير المعتاد بين التجار في البيع والشراء³، وفي القانون يعرف الغبن بعدم تساوي أحد العوضين مع الآخر، أي أن ما يعطيه أحد طرفي العقد، لا يعادل ما يأخذه⁴، وهو ما جاء في المادة 90 من القانون المدني الجزائري إذ تنص على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر..."، وقد حددت المادة 358 من القانون المدني الجزائري الغبن الذي يقع فيه المتعاقد، ويكون معتبرا قانونا، وهو الغبن الفاحش الذي يصل إلى خمس قيمة المبيع إذ نصت على أنه: " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس (5/1) فللبائع الحق في تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل...".

فالغبن على هذا هو المظهر العادي لاستغلال ذي الغفلة أو من به طيش أو هوى جامح، ويتحقق الغبن بعدم تعادل البذل، أي عدم التكافؤ بين التزام المغبون والتزام الطرف

¹ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 658.

² محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 463.

³ ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج6، مرجع سابق، ص 147.

⁴ كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 209.

الآخر الذي استغله، واشترط القانون أن يكون فادحا أو فاحشا، ويرجع تقرير ذلك إلى القاضي بناء على تقويم المبيع وقت إبرام عقد البيع¹.

- العنصر المعنوي: وهو استغلال ضعف الملكات النفسية لذئ الغفلة، وحسن نيته وسلامة قلبه للتعاقد معه بغبن فاحش، فاستغلال سوء التقدير وغلبة العاطفة وضعف الإرادة هو الجانب النفسي أو المعنوي المعتبر، فإذا انتفى انتفت الغفلة الموجبة للحجر²، وقد عرفت محكمة النقض المصرية الغفلة بأنها: " ضعف بعض الملكات النفسية الضابطة في النفس، ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير"³.

ولم تعرف أغلب القوانين عارض الغفلة، وإنما تعرضت لأحكامه في بعض موادها، كما أن البعض اعتبر الغفلة من السفه، وحالة من حالاته وأعطوها أحكامه⁴، وهو ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري بعد تعديلها حيث استبدلت كلمة (معتوها) بكلمة (ذا غفلة) إذ جاء فيها: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". فاعتبرت ذا الغفلة ناقص الأهلية كالصغير المميز، على الرغم من أن قانون الأسرة لم يشر إلى ذي الغفلة، في المواد المتعلقة بالنيابة الشرعية؛ وهو أمر يدل على اضطراب المشرع وعدم توفيقه بين نصوص القانون المدني

1 تنص المادة 358 فقرة 2 على أنه: "... ويجب لتقدير ما إذا كان الغين يزيد عن الخمس (5/1) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

2 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 203.

3 نقض مدني مصري، بتاريخ 1957/06/20، مجموعة أحكام النقض، السنة الثامنة، رقم 69، ص 619، و 05/14/1957، السنة 26، ص 1002. أنظر كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 201.

4 تنص المادة 110 من القانون المدني العراقي على أن: " ذو الغفلة حكمه حكم السفهية"، كما تنص المادة 101 ق م كويتي على أن: " تصرفات السفهية وذئ الغفلة، بعد شهر قرار الحجر، تسري عليها أحكام تصرفات الصغير المميز..."، وهو ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني القطري والمادة 115 من القانون المدني المصري فقرة 1.

الجزائري وقانون الأسرة المحال عليه، في نص المادة 79 من القانون المدني، وكان الأجر
الجمع بين السفه والغفلة في الأحكام، وهذا ما هو مقرر في الفقه الإسلامي¹، والتقنيات
المدنية العربية².

يتبين أنه لا يكفي توافر العنصر المادي حتى يعد الشخص مغبوناً في معاملاته
المالية، لقيام حالة الغفلة التي تستوجب الحجر، بل يجب أن يكون ما تعرض له من غبن
راجع إلى ضعف في ملكاته النفسية الضابطة، وحسن نيته وسلامة قلبه، وسوء تقديره وهو
الجانب المعنوي الذي لا تقوم الغفلة في الشخص إلا بتوافره، وقد عرفت المادة 2 من القانون
النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ذا الغفلة بقولها أن: " ذو الغفلة: من يغبن في
معاملاته المالية لسهولة خداعة...". واعتبرته المادة 64 ناقص الأهلية، تطبق عليه أحكام
الصبي المميز حيث نصت على أنه: " تطبق على تصرفات المعتوه والسفيه وذو الغفلة
الصادرة بعد الحجر عليهم الأحكام المتعلقة بتصرفات الصغير المميز..."، وعرفته وثيقة
الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 157 بنفس العبارات ويأخذ نفس
أحكام الصغير المميز المادة 158.

وعلى الرغم من أن قانون الأسرة لم يذكر ذا الغفلة بالعبارة، لا في المادة 81 التي
تنص على أن: " من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه،
ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون". والتي حددت فاقد

1 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 450. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق،
سوريا، ط1، 1986، ص 182 و 183. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 803. محمد
مصطفى شحاته الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية، الوصية، الوقف، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، ط،
1976، ص 20.

2 تنص المادة 120 من القانون المدني القطري على أن: " تصرفات المحجور عليه لسفه أو غفلة، بعد قيد طلب الحجر،
تسري عليها أحكام تصرفات الصبي المميز... ". كذلك المادة 1/115 من القانون المدني المصري إذا جاء فيها: " إذا
صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات
الصبي المميز من أحكام...".

الأهلية وناقصيها، ولا في المادة 85 التي جاء فيها أنه: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه". حيث بينت حكم تصرفاتهم، إلا أن إحالتها على المادة 43 من القانون المدني والتي تنص على أن: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". وقد اعتبرت ذا الغفلة ناقص الأهلية، وسوت بينه وبين السفيه والصبي المميز، وبالرجوع إلى نص المادة 85 نجد أن المشرع جانب الصواب، في اعتبار تصرفات المجنون والمعتوه غير نافذة أي موقوفة، مثل تصرفات السفيه وذي الغفلة، مع أنه يبدو أن ذا الغفلة قد سقط من نص المادة، لوجوده في الصياغة الفرنسية للمادة وفي المادة 43 من القانون المدني، وإن تسوية ناقص الأهلية بعديهما غير صحيح.

فالتصرف الموقوف هو تصرف صحيح، يتوقف نفاذه على الإجازة، فهو لا ينتج آثاره إلا بعد إجازته من الولي الشرعي، ولا يصح أن يكون تصرف المجنون موقوفا؛ لأن تصرفه باطل بطلانا مطلقا، فلا تلحقه الإجازة، ويمكن وضع مصطلح (باطلة) بدلا من مصطلح (غير نافذة) ليستقيم النص ويصبح سليما¹. وقد اعتبرت المادة 85 من قانون الأسرة تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه إذا صدرت منهم في حالة الجنون والعته والسفه غير نافذة، والصحيح التمييز بين المجنون والمعتوه من جهة، والسفيه وذي الغفلة من جهة أخرى، كما أن الجنون حسب تقسيمات الفقه الإسلامي منه الجنون المطبق والمتقطع. إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة انساق وراء ما ورد في التقنين المدني والمصري اللذين لم يميزا بين الجنون المطبق والمتقطع، الذي تتخلله فترات إفاقة، ويظهر بوضوح اضطراب المشرع وعدم تنسيقه بين مختلف المواد القانونية حيث يفترض أن تكون الأحكام موحدة ولا تتعارض؛ والدليل على ذلك أن المشرع الجزائري في المادة 31 من قانون الأوقاف أخذ بفكرة التمييز بين نوعي الجنون المطبق والمتقطع، حيث تنص على أنه: "لا يصح وقف

1 محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون رقم الطبعة، 2010، ص 70.

المجنون والمعتوه، لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح [وقفه] أثناء إفاقة وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية¹.

وما يمكن قوله في هذا الشأن: أن قانون الأسرة قد جانب الصواب أيضا حين اعتبر السفية عديم الأهلية؛ بإلحاقه بالمجنون والمعتوه، على الرغم من أن القانون المدني الجزائري اعتبره ناقص الأهلية، في نص المادة 43 وهو ما تضمنته المادة 107: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة... ". إذ اعتبر تصرفات المحجور عليهم المذكورين سابقا باطلة بعد الحكم بالحجر، وهذا الحكم لا ينطبق على السفية وذي الغفلة وإنما يتعلق بالمجنون والمعتوه، لأنهما في حكم عديم الأهلية فتكون تصرفاتهما باطلة².

مما يتطلب تعديل نص المادة 107 لتحديد الأشخاص المقصودين بالحجر وببطلان تصرفهم بعد الحكم بالحجر، وهما في هذه الحالة المجنون والمعتوه؛ لأن المادة جاءت عامة مطلقة، فتشمل كل المحاجير، وهذا بجانب للصواب، باعتبار السفية وذي الغفلة ناقصي الأهلية وأما المجنون والمعتوه فعدمي الأهلية، فلا يصح أن يشملهما الحكم نفسه، فيكفي فقط إثبات حالة الجنون أو العته دون حاجة لصدور حكم قضائي بذلك لبطلان التصرف.

والغفلة من العوارض التي تعترى الإنسان، فلا تخل بعقله من الناحية الطبيعية، وإنما تضعف قواه العقلية وقدراته الإرادية، فهي تقوم على فساد التدبير، وسوء التقدير³. فالسفيه وذي الغفلة يعتبران في حكم ناقص الأهلية، فيأخذان حكم الصبي المميز، وهو ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري مع وضع كلمة (ذو غفلة) بدل (معتوها) وهو ما جاء أيضا في المادة 46 من القانون المدني المصري: " كل من بلغ سن التمييز ولم

1 القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22.

2 محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص 72.

3 أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 140.

يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون". فالسفه والغفلة من العوارض التي تؤدي إلى نقص أهلية الشخص، فيعد السفه وذو الغفلة في حكم الصغير المميز، ولا يبدأ أثر نقص الأهلية في تصرفاتهما إلا بعد الحجر عليهما¹، وتعتبر بعض القوانين المقارنة أن الغفلة عارض مستقل عن السفه كالقانون المصري والإماراتي، وأدمجها البعض الآخر في السفه ومنها القانون اللبناني الذي اعتبر السفه هو المسرف والمبذر والمغفل تبعاً لما قرره مجلة الأحكام العدلية في المادة 946 والتي سبق ذكرها، أما القانون اليمني فلم يعتبر الغفلة من عوارض الأهلية، فقد خلت نصوصه من أي إشارة لحالة الغفلة ولم يضمنها داخل معنى السفه فلم يعتبرها من موجبات الحجر.

وعليه فإن أغلب القوانين العربية تتفق مع رأي جمهور الفقه الإسلامي في اعتبار ذي الغفلة ناقص الأهلية، لأنه مصدر هذه القوانين، وألحقه بالسفه في وجوب الحجر عليه، وفي اشتراكهما في أحكامه، لاشتراكهما في تضييع المال بسوء التقدير والتدبير، رغم اختلافهما في الوصف والتصرف، فالسفه مفسد لماله قصداً أو مكابرة وإتباعاً للهوى، أما ذو الغفلة فينعدم عنده القصد والإرادة لإتلاف المال، بل يغيب فيه لسلامة قلبه وحسن نيته وضعف عقله.

1 توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مكتبة مكاوي، القاهرة، مصر، د ط، 1975، ص 677.

الفرع الثاني:

أنواع الحجر على القاصر

الحجر من حيث الحكم، إما أن يوقع بطريقة تلقائية، عن طريق الولي الشرعي باعتباره مسؤولاً عن القاصر، دون حاجة لحكم حاكم أو قاض، وإما أن يكون بموجب حكم قضائي يصدر عن المحكمة المختصة.

فالحجر التلقائي أو الحكمي، يشمل المحجور عليهم غير المؤهلين، فيوجد بوجود أسبابه، وهي انعدام الأهلية بالجنون والعتة والصغر، وينصب الحجر التلقائي على الأشخاص عديمي الأهلية، بحكم الشرع والقانون، من غير حاجة إلى حكم قضائي، فإذا صدر حكم قضائي بشأنهم، فيكون حكماً تقريرياً أو كاشفاً لا حكماً منشئاً، وأما الحجر القضائي فهو الذي يفترق إلى صدور حكم قضائي، بناء على دعوى ترفع أمام المحكمة المختصة لتوقيع الحجر على القاصر، فهو حكم منشئ بموجب القضاء، يهدف إلى حماية ناقص الأهلية، صيانة لماله من الضياع بسبب سوء تدبيره، حيث يكون الشخص قبل صدور الحكم عليه كامل الأهلية، في التصرف في ماله، فيصبح فاقداً للأهلية من حين صدور الحكم، ويوقع هذا الحجر على السفه والذم الغفلة. ومنه يتم تقسيم هذا الفرع إلى الحجر التلقائي على فاقد الأهلية، ثم الحجر القضائي على ناقص الأهلية.

أولاً: الحجر التلقائي على فاقد الأهلية

والحجر التلقائي هو الذي يقوم بوجود موجب، ولا يفترق إلى رفع دعوى للمطالبة به، وصدور حكم من القاضي، فيكون الشخص محجوراً عليه بحكم الشرع والقانون من قبل الولي الشرعي، دون توقف على حكم قضائي، فإذا صدر به حكم فيعتبر تقريراً لحالة قائمة، أي بمثابة الإعلان عنه ونشره بين الناس، ولم تتفق القوانين الوضعية ولا الفقهاء المسلمون على تحديد نطاقه.

يقرر القانون المدني الجزائري وكذا قانون الأسرة وأغلب القوانين العربية أن الصغير في حكم المحجور عليه مباشرة، ولا يفترق إلى صدور حكم بالحجر عليه من المحكمة

المختصة، وهذا طبقاً لنص المادة 82 من قانون الأسرة : " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة "، فهو محجور عليه في تصرفاته ويجريها نيابة عنه وليه وفق أحكام الولاية على المال، إلا ما كان من إجراءات تعيين الوصي أو المقدم بأمر ولائي¹ من قاضي الأسرة، بناء على طلب أو عريضة تقدم من ذوي الشأن، في حالة وفاة الولي الشرعي أو لأي سبب من أسباب انقضاء الولاية، وهو ما نصت عليه المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: " يعين القاضي ولياً قضائياً هو المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه ". وذلك بعد سماع كل الأطراف، فيعين القاضي المقدم من بين أقارب الصغير، فإن لم يجد يعين شخصاً آخر يختاره.

وما عدا ذلك فلا يعترف القانون الجزائري بالحجر التلقائي على المجنون والمعتوه أو المصابين بالعايات العقلية أو على السفهية وذو الغفلة، وسواء كان العارض مصاحباً للبلوغ أو طارئاً بعده؛ فيطبق على كل هذه الحالات نظام الحجر القضائي، ويتوقف الحجر على حكم القاضي، وهو ما نصت عليه صراحة المادتان 101 و 103 من قانون الأسرة، حيث جاء في المادة 101 أن: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفهية، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"، وجاء في المادة 103 أنه: " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر ". وهو ما سلكه المشرع المصري²، فالصغر هو الحالة الوحيدة المتفق عليها بين مختلف القوانين في إخضاعها لنظام الحجر التلقائي دون حاجة إلى حكم قضائي يقررها.

وذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الحجر على الصغير والمجنون والمعتوه هو حجر حكمي، يقع بحكم الشرع، بمجرد قيام موجب، ورفع يكون بزوال أسبابه، ولا يتوقف

1 الأمر الولائي: هو الأمر الذي تصدره المحكمة بصفتها سلطة إدارية بناء على طلب دون تبليغ الطرف الآخر وهو قرار مؤقت يصدره القاضي في الأحوال المنصوص عليها في القانون، بشرط عدم المساس بموضوع الحق، وهو ما نصت عليه المادة 471 بقولها: " يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه...".

2 نصت المادة 113 من القانون المدني المصري على أن: " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفهية تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون ".

توقيعه ولا رفعه على حكم حاكم، سواء كان الجنون أو العته مصاحباً للبلوغ أو طارئاً بعده، وهو رأي الجمهور¹، غير أن بعض فقهاء المالكية يرون أن الجنون أو العته الطارئ بعد البلوغ والرشد يفتقر إلى حكم الحاكم²، وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي الجمهور، كما هو واضح من نص المادة 957 التي جاء فيها أن: "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم"، فلا حاجة للحجر عليهم إلى حكم يصدر من القاضي، فتكون تصرفات المجنون والمعتوه والصغير غير المميز باطلة أصلاً، إلا أن الصغير المميز محجور عليه في التصرفات الضارة فهي باطلة، وأما المترددة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة وليه الشرعي، وتكون تصرفاته النافعة نفعاً محضاً نافذة³، ويرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: أن الصبي إذا بلغ غير رشيد دام الحجر عليه، لاختلال صلاح الدين أو المال، ويستمر الحجر عليه دون حاجة لقضاء القاضي، لوجوده قبل القضاء⁴، فإذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة فإن الحجر عليه يكون للسفه والغفلة، لا للصغر لزواله بالبلوغ، ويتولى وليه الشرعي النظر في ماله ورعاية شؤونه المختلفة، لقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَسَ لِي

حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا^ج﴾⁵، فإذا بلغ رشيداً انفك حجره دون توقف على

1 ابن المنذر، كتاب الإجماع، محمد بن إبراهيم النيسابوري، دار الدعوة، الإسكندرية، ط 3، 1402 هـ، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، ص 124. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 343. الشرييني، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 140.

2 الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 475.

3 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 666. جابر بن علي الحوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، مرجع سابق، ص 82.

4 الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 475. الشرييني، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 140. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 344.

5 سورة النساء، الآية 6.

قضاء¹، وقيل يشترط في فك الحجر حكم القاضي؛ لأن الرشد يحتاج إلى اجتهاد ونظر، وهو من عمل القضاء ونظر الأولياء²، كما أن الحجر يثبت لحفظ المال فإذا بلغ الصبي مبذرا أو يغبن في المعاملات المالية، فيستمر الحجر للسفه والغفلة، وذهب الإمامان محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية وعبد الرحمن بن القاسم من المالكية إلى أنه: يتم الحجر تلقائيا على السفه، سواء كان السفه أصليا، أي موجودا قبل البلوغ وصاحبه حتى البلوغ، أو كان متأخرا عنه طارئا بعده من غير توقف على حكم حاكم أو قضاء قاض³، ويأخذ ذو الغفلة حكمه، ويستتدون في ذلك إلى أن الحجر على السفه يكون لمصلحته لا لحق الغير؛ كالحجر على المدين المفلس، فكان شبيها بالحجر على المجنون والصغير، فمتى وجدت حالة السفه وجب الحجر دون حاجة للقضاء به؛ لأنه إذا تأخر القضاء بالحجر عليه زمنا طويلا بسبب طول الإجراءات، أو لأي سبب آخر أصبح الحجر عديم النفع، لإمكان تصرف السفه في أمواله بالتبذير لسوء التدبير أو نكاية في الولي، فيؤدي إلى تقويت حكمة الحجر وهي حفظ المال.

وذهب أبو يوسف وجمهور الفقهاء إلى خلاف هذا الرأي: إذ لا يثبت الحجر على السفه عندهم وذي الغفلة إلا بقرار القاضي، ولا ينفك إلا به⁴، باعتبار أن السفه ليس أمرا منضبطا محسوسا؛ كالمجنون والعتة والصغر، يسهل الاستدلال عليه، فيخضع لتقدير القاضي واجتهاده، لتجنب الخلاف بالفحص والتثبت والتحقيق، منعا للضرر والتغير بالمتعاملين معهما، فلا يعلم أمرهما إلا بصدور قرار الحجر وإشهاره⁵، وهو أمر يترتب عليه نفاذ تصرفات السفه وذي الغفلة الصادرة منهما قبل الحجر القضائي عليهما، وهو ما يخشى معه

1 الشرييني، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 140.

2 الشرييني، المرجع نفسه، ص 140.

3 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 484.

4 الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 475. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 453.

5 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 4501.

ضياح مالهما، فالحجر بهذا المعنى ينطوي على مخاطر، تحدق بمصالح السفية وذو الغفلة في معاملتهما المالية.

واختلفت التشريعات العربية في تحديد نطاق الحجر التلقائي على فاقد الأهلية، فأغلبها ضيقت من مجاله وحصرته في الحجر على الصغير، واعتبرته من أحكام الولاية على المال، وأسندت فيه الولاية لأقارب الصغير على الترتيب بالأولوية، واعتبرت تصرفاته باطلة مطلقا إذا كان غير مميز؛ فهو محجور عليه تلقائيا في التصرفات المالية¹.

ويعتبر القانون المدني اليمني الصغير محجورا عليه تلقائيا بحكم القانون أسوة بالقوانين العربية، ويتفق مع بعضها في أن المجنون والمعتوه محجوران حكما لذواتهم، إلا أنه يفرق بين العارض المرافق للبلوغ والطارئ بعد الرشد، حيث يخضع من كان جنونه أو عته مصاحبا للبلوغ للحجر التلقائي، بينما يخضع الطارئ إلى الحجر القضائي²، وأخضع القانون اليمني أيضا حالة السفه المرافق للبلوغ إلى نظام الحجر التلقائي، فيستمر الحجر على الصغير إذا بلغ سفيها، فيعد محجورا حكما ولا يتطلب صدور حكم قضائي به، وبالتالي لا

1 وهو ما نصت عليه المادة 110 من القانون المصري: " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة"، وكل القوانين العربية تضمنت تشريعاتها الأحكام نفسها بخصوص الحجر على الصغير، فهو محجور عليه لوليه، جاء في الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه: " يعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة"، وقد صرحت به وحددته قوانين أخرى كالقانون العراقي والأردني والإماراتي، حيث نصت المادة 168 من القانون المدني الإماراتي في فقرتها الأولى على أن: " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذواتهم..."، وهو نفس ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الأردني، والمادة 94 من القانون المدني العراقي¹، أما المادة 52 من القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين فقد جاءت واضحة بخصوص الحجر التلقائي على الصغير فنصت على أن: " الصغير إما مميز أو غير مميز وهو محجور عليه بقوة القانون في الحالتين معا..."، أما المدونة المغربية فاعتبرت الصغر من أسباب الحجر في الباب الثاني بعنوان أسباب الحجر، حيث جاء في المادة 217 أنه: " يعتبر عديم أهلية الأداء: أولا: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز...".

2 منير محمد أحمد الصلوي، نظام الحجر على فاقد الأهلية، مرجع سابق، ص140.

يكون البالغ حديثاً كامل الأهلية إلا إذا بلغ سن الرشد عاقلاً رشيداً¹، ومن بلغ غير رشيد يعد سفيهاً لتنافي الرشد مع السفه، فلا ينفك من حجره ويستمر حتى يرشد.

وقد جمع المشرع اليمني الحالات التي يخضع فيها القاصر لنظام الحجر التلقائي في المادة 57 من القانون المدني التي تنص على أنه: " لا يحتاج الحجر إلى حكم في الأحوال التالية: 1 - على الصغير حتى يبلغ رشيداً. 2 - على الصغير إذا بلغ مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً ". يتبين على من البحث في موضوع الحجر التلقائي، أن جمهور الفقهاء يأخذون بالحجر الحكمي على المجنون والمعتوه، فيبدأ الحجر تلقائياً بقيام أسبابه، ولا يفتر إلى حكم الحاكم أو القاضي، وقد أخذت برأيهم بعض القوانين العربية؛ كالقانون الأردني والإماراتي والعراقي، وخالفت بعض القوانين الأخرى رأي الجمهور ومنها القانون الجزائري والمصري والمغربي والتونسي والقطري.

والراجع الأخذ بالحجر التلقائي على المجنون والمعتوه وكل مصاب بآفة عقلية تعدم تمييزه، ذلك أن هذه الحالات عادة ما يكون أصحابها معروفين مشتهرين لدى المجتمع، فحالة الشيوخ والمظهر الخارجي للشخص المصاب بالأمراض العقلية، تكفي دليلاً على كونه محجوراً عليه، كما أن تعقد إجراءات الحجر وطول أمدها في المحاكم، قد يترتب عليه ضياع أموالهم، قبل صدور الحكم بالحجر، وبالتالي تنتفي الحكمة من الحجر وهي حماية أموال القاصرين. وواقع الحال عدم الحجر على المجانين والمصابين بالأمراض العقلية الشديدة، فحالة الشيوخ جعلت الناس يمتنعون عن رفع دعاوى الحجر عليهم، فقلما تجد هذا النوع من القضايا في المحاكم، وهو ما يجعلنا نميل إلى الرأي القائل بالحجر الحكمي أو التلقائي على فاقد الأهلية، ونرى أنه من الأنسب لو أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أخذ بهذا

1 تنص المادة 50 من القانون المدني اليمني على أن: " سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة، إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته...".

الرأي، تيسيرا وحفظا لمال عديم الأهلية، لشهرة هذه الحالات وتعارف الناس عليها، فلا تحتاج لحكم وإنما يكفي إثبات الحالة عند المنازعة.

وأقترح أن يكون الحجر على فاقد الأهلية - كالمجنون والمعتوه والمعوق ذهنيا - بأمر ولأبي من قاضي الأسرة، بعد تقديم طلب تعيين المقدم من قبل الأقارب أو النيابة العامة، وهو ما جاء في المادة 470 بقولها: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة". بعد النظر والتحقيق وسماع كل الأطراف، خاصة إذا كان من قدم طلب الحجر هو الأب أو الأم أو الجد، لتوفر الشفقة وشدة الحرص، حيث تطبق الإجراءات المتبعة في تعيين الوصي أو المقدم على الصغير، وفق ما نصت عليه المادة 469 بقولها: "يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره". إن الإجراءات الإدارية طويلة ويمكن أن تختصر في استمرار الحجر التلقائي، وهذا تخفيفا على الأولياء من تكاليف إجراءات التقاضي.

ثانيا: الحجر القضائي على ناقص الأهلية

الحجر القضائي هو حجر يحكم به القاضي، بناء على دعوى ترفع في هذا الشأن، بطلب الحجر على الشخص حماية لماله، وهو حكم منشئ يفتقر إلى اجتهاد القاضي وتقديره لحالة ناقص الأهلية، حيث يكون الشخص قبل صدور الحكم كامل الأهلية في التصرف بأمواله إن بلغ سن الرشد، ولا يعد ناقص الأهلية القانونية إلا بعد صدور الحكم بالحجر عليه، وقد اختلفت القوانين في تحديد نطاق الحجر القضائي ومداه بناء على اختلاف الفقه الإسلامي.

فوسعت بعض القوانين من نطاقه ليشمل المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري؛ حيث أن الحجر على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية

لا يكون إلا قضائياً، فنصت المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يجب أن يكون الحجر بحكم ..."، وذكرت المادة 101 العوارض التي تعتري الشخص قبل البلوغ أو تطراً بعده والتي يكون الشخص الموصوف بها تحت طائلة الحجر القضائي فنصت على أنه: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه "، وهو ما أخذ به صراحة المشرع المصري¹، والمشرع السوري في المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية²، وهو ما جاء في المادة 118 من القانون المدني القطري³، والمادة 33 من قانون الولاية على مال القاصرين القطري التي نصت على أنه: " يحكم بالحجر على من بلغ سن الرشد، بسبب الجنون وفقدان الإدراك أو العته أو الغفلة أو السفه، ويعتمد القاضي في ذلك على شهادة أهل المعرفة... "، وضيقت قوانين أخرى من نطاق تطبيق الحجر القضائي، فقصرته على السفه والغفلة وهو ما انتهجه المشرع الأردني⁴ والإماراتي⁵ والعراقي⁶، أما المشرع اليمني فيحصر الحجر القضائي على فاقد الأهلية وناقصها في الجنون الطارئ بعد البلوغ والرشد والسفه، فنصت المادة 58 من القانون المدني اليمني على أنه: " يلزم الحجر من محكمة موطن المحجور عليه في الأحوال الآتية: 1- الجنون الطارئ بعد الرشد. 2 - السفه الطارئ بعد الرشد... "، وقد أغفل القانون اليمني حالتي العته والغفلة ولم يذكرهما ضمن المحجور عليهم قضائياً من قبل المحكمة ولا

1 تنص المادة 65 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال على أنه: " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته أو للسفه أو للغفلة...".

2 حيث تنص على أن: " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة...".

3 جاء في المادة أن: " 1- المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم، وفقاً للقواعد والإجراءات التي يقررها القانون".

4 تنص المادة 2/127 من القانون المدني الأردني على أنه: "... أما السفيه وذو الغفلة فيحجر عليهما القاضي ".

5 تنص المادة 2/167 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن: "... 2 - أما السفيه وذو الغفلة فيحجر عليهما القاضي ويرفع الحجر عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون".

6 نصت المادة 95 من القانون المدني العراقي: " تحجر المحكمة على السفيه وذو الغفلة وتعلن الحجر بالطرق المقررة ".

تلقائياً، ولعله اعتبر أن حكم الجنون يعم فيشمل العته وكل الأمراض والآفات التي تصيب العقل وأن الغفلة تأخذ حكم السفه.

وأجمع الفقه الفقه الإسلامي على كون الصغير محجوراً عليه تلقائياً لوليه الشرعي، من غير حاجة إلى صدور حكم يقضي بذلك، وكذا حالتي الجنون والعته، وخالف المالكية جمهور الفقه الإسلامي في مسألة الحجر على المجنون والمعتوه، إذا كان الجنون والعته واقعا بعد الرشد، وقد تعرضنا له عند تناولنا الحجر التلقائي.

أما بالنسبة للسفه والغفلة فيرى جمهور الفقه الإسلامي أنهما يخضعان لنظام الحجر القضائي إذا كانا طارئين بعد الرشد¹، ودليلهم حديث حبان بن منقذ وهو أن: أهل حبان بن منقذ سألوا النبي ﷺ الحجر عليه، لسهولة خدعه في البيوع مع الغبن، وقد تقدم في مشروعية الحجر على القاصر، كما أن علياً كرم الله وجهه سأل الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنهما الحجر على عبد الله بن جعفر، فلو كان الحجر على السفه وذو الغفلة لا يحتاج إلى قضاء أو حكم حاكم لما طلب أهل حبان من النبي ﷺ الحجر عليه، ولفعلوا ذلك بأنفسهم، ولحجر الإمام علي رضي الله عنه على عبد الله بن جعفر، ولم يطلب ذلك من الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنهما، فدل ذلك على أن السفه وذو الغفلة لا يحجر عليهما إلا القاضي؛ لأن حالهما محل اجتهاد ونظر، فالتبذير والغبن في المعاملات المالية، أمر مختلف فيه من حيث مقدار التغابن ونوع التبذير، فيفتقر إلى حكم بعد اجتهاد وتحقيق، فيكون من عمل القضاء، وقد اختلف الفقهاء في حكم السفه والغفلة المصاحبين للبلوغ، فيرى المالكية والشافعية: أن الصغير إذا بلغ سفهياً أو ذا غفلة، فإن الحجر عليه يمتد تلقائياً من غير حاجة لقضاء²، وقد بيناه في الحجر التلقائي.

1 الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 475. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 452.

2 الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص 475. الشرييني، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 140.

ويرى الحنابلة والإمام أبو يوسف من الأحناف: أن الحجر على السفية وذي الغفلة لا يكون إلا قضائياً¹، سواء كان مرافقاً للبلوغ والرشد أو طارئاً بعدهما؛ لأن الحجر من جهة فيه إهدار لأدميتهم وحط لكرامتهم، بمنعهم من التصرف في أموالهم، ومن جهة أخرى فيه حظ لهم بحفظ أموالهم. والموازنة بين النفع الحاصل والضرر المعنوي الواقع من الحجر تحتاج إلى اجتهاد ونظر للحكم بالحجر من عدمه.

يتبين من البحث في الحجر على السفية وذي الغفلة، الاختلاف بشأن نطاق أعمال الحجر القضائي، فأغلب القوانين تأخذ برأي الحنابلة والإمام أبي يوسف من الحنفية، بتطبيق الحجر القضائي على السفية وذي الغفلة، دون تمييز بين ما إذا كان عارض السفه والغفلة أصلياً أم طارئاً بعد البلوغ والرشد، إلا أن الرأي السائد في الفقه الإسلامي أن السفه والغفلة الطارئين بعد البلوغ والرشد، يطبق عليهما الحجر القضائي، أما المصاحبين للبلوغ والرشد فيطبق عليهما نظام الحجر التلقائي، وبعض القوانين الأخرى كالقانون المصري والجزائري والقطري أخضعت كل حالات الإصابة بعوارض الأهلية إلى نظام الحجر القضائي بسبب فقدان الأهلية؛ كالجنون والعتة أونقصانها؛ كالسفه والغفلة، إلا الصغير فيكون حجره تلقائياً، فهو محجور عليه لوليه الشرعي، دون حاجة إلى قضاء بلا خلاف.

وأرجح رأي الجمهور: وذلك بالتفريق بين حالات انعدام الأهلية؛ كالصغر والجنون والعتة، فيكون فيها الحجر تلقائياً، دون حاجة إلى صدور حكم من المحكمة بالحجر، فيكفي في حالتي الجنون والعتة الظهور والشيوخ، وأما حالات نقص الأهلية؛ كالسفه والغفلة فيختلف الشخص الذي يطرأ عليه السفه أو الغفلة، فمن يكون مصاحباً لبلوغه ورشده، فمن يكون العارض مرافقاً لبلوغه ورشده، يمنع عنه ماله من قبل وليه لحفظه من الضياع، فهو لا يزال في يد وليه، أما من طرأ عليه العارض من سفه أو غفلة بعد الرشد، فإن حجره يعني أن المال سينتزع منه انتزاعاً، وهو أمر صعب من جهتين: الأولى نفسية: حيث يتأذى منها

1 ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 452.

صاحب المال عند الحجر عليه، وغل يده عن ماله . والثانية عملية: إذ يتعذر تنفيذ الحجر تلقائياً وأخذ أمواله، دون حكم من المحكمة. فإذا صدر حكم الحجر فيظل المال في حيازته وتصرفه لكنه لا ينفرد بالتصرف فيه ويبقى تحت رقابة القضاء أو الولي.

إن ضرر الحجر من الناحية النفسية والاجتماعية على الشخص الكبير البالغ العاقل أكثر من ضرره على الصغير حديث البلوغ، فيكون الحجر عليه مقبولاً، ووقعه النفسي وصداه الاجتماعي ليس قويا، أما الحجر على الكبير كالحجر على الأب من قبل أبنائه، لمجرد أنه تصرف في ماله؛ الذي تعب في جمعه بسعيه وجده، فقد يكون للأب في ذلك التصرف هدف وغاية تخفى على أولاده، أو أن طرفاً ما حمله على ذلك، فيكون وقع رفع دعوى الحجر عليه من قبل أولاده خطيراً، ويكون صداها الاجتماعي كبيراً، وعلى ذلك فإنه من الأنسب أن يكون القضاء هو الفيصل في هذه المسألة، وعلى القاضي أن يتحرى بالتحقيق، ويتأكد بكل وسائل الإثبات القانونية المتاحة، سواء بشهادة الجيران أو الأقارب أو بالاستعانة بالطب الشرعي، أو بالاطلاع على الوثائق الدالة على سوء التصرف؛ ليكون على يقين بأن التصرفات المالية غير شرعية، وتهدد بضياح ما يملك، وأن يمكن المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن نفسه، فالقاضي وحده الذي يوازن بين ضرر الحجر، وضرر السفه والعتة، فيقرر بعدل ما إذا كان الشخص سفيهاً أو ذا غفلة أم لا.

بالإضافة إلى ما سبق فإن القول بالحجر التلقائي على السفيه وذو الغفلة، فيه ضرر على المتعاملين معهما بحسن نية، فعدم علمهم بحالهم، قد يدفعهم إلى التعاقد معهم، ولكنهم يفاجأون ببطلان تصرفاتهم لنقص الأهلية، من وقت ظهور السفه أو الغفلة، مما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات المالية، أما إذا كان الحجر قضائياً، فإن نشر حكم الحجر من قبل المحكمة يؤدي إلى اشتهاؤه بين الناس، فلا يقدموا على التعامل معه.

المبحث الثاني:

توقيع الحجر على القاصر

الحجر إما أن يكون تلقائياً؛ يوقع بحكم الشرع والقانون عن طريق الولي الشرعي، كالحجر على الصغير المتفق عليه، والحجر على المجنون والمعتوه، وهو أمر فيه خلاف في الفقه الإسلامي وبين القوانين، كما سبق وأن بينا. فالحجر التلقائي على فاقد الأهلية لا يحتاج الى صدور حكم من المحكمة المختصة، ولا إلى إجراءات قانونية. وإما أن يوقع الحجر بموجب حكم قضائي، على فاقد الأهلية أو ناقصها، والذي يسمى بالحجر القضائي، حيث يتطلب اتخاذ إجراءات محددة قانوناً، وفق القواعد العامة المقررة في الدعاوى طبقاً للمواد 12 و13 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يقع في دائرتها موطن إقامة الشخص المطلوب الحجر عليه؛ طبقاً لنص المادة 426 من القانون نفسه.

وقد قرر المشرع الجزائري أن الحجر لا يكون إلا قضائياً، وهو ما تنص عليه المادة 103 من قانون الأسرة، كما يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، وهو ما نصت عليه المادة 102 من قانون الأسرة، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة ليتحقق من حالة الشخص العقلية والنفسية قبل الحجر، كما أنه يجب أن يمكن الشخص المعني بالحجر من الدفاع عن نفسه بكل الطرق المتاحة، وللمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً للدفاع عنه، كما أن الحكم بالحجر بعد صدوره من المحكمة، يقبل كل طرق الطعن، ويجب على المحكمة نشره للاطلاع عليه، ليكون حجة في مواجهة الكافة. مما يتطلب دراسة إجراءات الحجر وحكم القضاء في دعاوى الحجر وهذا يؤدي إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أتطرق في الأول إلى: إجراءات سير دعوى الحجر على القاصر، وفي الثاني إلى: دور القضاء في دعوى الحجر.

المطلب الأول:

إجراءات سير دعوى الحجر على القاصر

الحجر على القاصر المصاب بعارض الأهلية في القضاء الجزائري، لا يتم إلا عن طريق المحكمة، ويفهم من نصوص مواد قانون الأسرة والقانون المدني، أن الحجر يتطلب إجراءات قانونية ورفع دعوى قضائية، مما يقتضي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول:

الأشخاص المخولون رفع دعوى الحجر، والثاني: المحكمة المختصة ومراحل سير الدعوى.

الفرع الأول:

الأشخاص المخولون رفع دعوى الحجر

إن القاصر المصاب بعارض الأهلية لا يحجر عليه قانونا إلا بعد رفع دعوى من ذوي الشأن، جاء في المادة 102 من قانون الأسرة: " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب، أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة". وتنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". فلأهمية دعوى الحجر وخطورتها على أهلية القاصر من ناحية، وتعلقها بماله من ناحية أخرى، أعطى المشرع هذا الحق لأقارب القاصر المصاب بعارض الأهلية والمطلوب الحجر عليه، ثم لمن له مصلحة، ثم للنيابة العامة؛ باعتبارها طرفا أصليا في الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة. مما يتطلب التطرق إلى الأشخاص المخولين برفع دعوى الحجر.

أولا: الأقارب

أقارب القاصر المراد الحجر عليه - لإصابته بعارض الأهلية، التي تعدم أهليته؛ كالجنون والعتة أو تنقصها؛ كالسفة والغفلة - هم أعلم الناس بحاله، بحكم المرافقة

والملازمة¹، ولا يوجد من هو أكثر شفقة وحنوا على القاصر من ذوي قرياه من الأصول والفروع، كالأب والأم والإبن والعصبات، فإذا أصيب بعاهة عقلية، أو كان مجنوناً أو مغفلاً تبين لهم ذلك، وبما أن قرابتهم سبب في الولاية على النفس والمال، فكان من الأنسب أن تكون لهم ولاية المال على المحجور عليه، فيكون من حقهم رفع دعوى الحجر على القاصر. وهو ما نصت عليه المادة 102 من قانون الأسرة، ولم تحدد المادة بدقة من هم الأقارب الذين يحق لهم رفع دعوى الحجر على القاصر؛ فالعبرة وردت عامة غير مقيدة (أحد الأقارب) فكان من الأنسب تحديدها بالأولوية، سواء بالدرجة أو بالإرث، ولكن المادة 32 من القانون المدني الجزائري بينت أكثر تعريف الأقارب فجاء فيها: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد". كما أن المادة 33 منه وضحت الصلات المختلفة بين الأقارب: "القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين اشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر"، فبينت هذه المادة الصلة بين الفروع والأصول وهم الأقرب درجة في الإرث، كالإبن والأب والجد والحفيد، وهو ما يطلق عليه عمود النسب، ثم بينت في الفقرة الثانية قرابة الحواشي؛ وهم من يجمعهم أصل واحد كالأخ الشقيق أو لأب والعم وابن العم.

أما المادة 34 من القانون المدني فنصت على كيفية احتساب درجة القرابة؛ حيث يعتبر كل فرد درجة عند الصعود للأصل، دون احتساب هذا الأصل، وعند احتساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، دون احتساب الأصل، واعتبار كل فرع درجة. وقررت المادة 35 منه أن أقارب أحد الزوجين، في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر، وهم الأصهار؛ كأب الزوجة وأمها وأخيها، وزوج البنت وأبيه وإخوته.

1 محمد عبد الرحيم، القرابة والميراث في المجتمع، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، د ط، 1993، ص 43.

وبالتالي فإن كل من يهمله أمر القاصر من أقربائه أو يهمله أمر الشخص المحجور عليه، أو تضرر بصورة مباشرة من عدم الحجر عليه، يكون له الحق في رفع دعوى الحجر. وقد أحسن المشرع المصري، وكان موقفاً في تحديد أصحاب الحق في رفع دعوى الحجر، مراعيًا الطبيعة الخاصة لها؛ حيث نصت المادة 36 من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه: "يرفع الطلب إلى المحكمة المختصة من النيابة العامة أو من ذوي الشأن". وذو الشأن: هم كل من يهمله أمر المطلوب الحجر عليه، أو الذين يتضررون ببقائه غير محجور عليه؛ كالأقارب مهما كانت درجاتهم بالنسبة إليه والأصهار. وأنه في حالة تراجع طالب الحجر عن طلبه، أو تنازله عن الدعوى، فإن المحكمة غير مقيدة بهذا التنازل، ويمكنها مواصلة نظر الدعوى؛ باعتبار قضايا الحجر من النظام العام، وكل إتفاق على مخالفتها يقع باطلاً، فيمكن للمحكمة رفض توقيع الحجر ولو أيده الشخص المطلوب الحجر عليه، كما أنّ لها أن تقرر رفع الحجر عن الشخص ولو لم يطلب ذلك¹. فيتوقف الأمر على حالة المطلوب الحجر عليه ومصالحته.

ثانياً: صاحب المصلحة

من شروط رفع أي دعوى أمام المحكمة، أن يكون لرافعها مصلحة قائمة وبقائها القانون، حتى ولو كانت هذه المصلحة محتملة؛ كالاحتياط لرفع خطر محقق محتمل الوقوع، فتقضي المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون...".

كما أن المادة 102 من قانون الأسرة تنص على أنه: "يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة..."، فالمشرع الجزائري أعطى الحق في إقامة الدعوى على القاصر المطلوب الحجر عليه، لكل ذي مصلحة، بالإضافة إلى الأقارب والنيابة العامة، فقد جعلها مناط دعوى الحجر على القاصر، وبالتالي فهي شرط لرفع الدعوى، وقبولها أمام

1 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 181.

المحكمة متوقف على تحقق هذا الشرط، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة ما طبيعة هذه المصلحة؟ وهل تختلف عن تلك المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

والإجابة على هذا السؤال تقتضي توضيح معنى المصلحة، ومدى ارتباطها بموضوع الحجر على القاصر؟

تعرف المصلحة في القانون بأنها: المنفعة العملية - سواء كانت مادية أو معنوية - التي تعود على المدعي من الحكم بطلباته¹، فالمحاكم ليست مكاتب إستشارية، ولم تجعل لإعطاء إستشارات قانونية للخصوم، وبالتالي لا بد من وجود مصلحة وشروط محددة للتقاضي، فالمصلحة ضابط قانوني لضمان جدية الدعوى، فتكون المصلحة تبعا لذلك شرطا لقبول أي طلب دفع أو طعن²، فالمادة 102 من قانون الأسرة الجزائري جاءت لتحديد صاحب الحق في رفع دعوى الحجر على القاصر، سواء كان مجنونا أو معتوها أو سفيها أو ذا غفلة، فدعوى الحجر هي دعوى ذات طبيعة خاصة، باعتبارها مقررة لحفظ حقوق المدعى عليه في الأساس، فلا تقوم على خصومه بالمعنى العام، فالمادة لم تأخذ في الاعتبار مركز الخصوم، والطبيعة الخاصة لمثل هذه الدعاوى، التي تستهدف في الأساس حماية المدعي والمدعى عليه، ويمكن القول بأن صاحب الحق والمصلحة في دعوى الحجر هو القاصر نفسه³.

وعليه فإنه من الأنسب أن يحدد قانون الأسرة بدقة أصحاب الحق في الحجر على القاصر، وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة 36 من قانون الأحوال الشخصية

1 إبراهيم محمد الشرفي، شرح قانون الرافعات المدنية والتجارية، دار الآفاق للطباعة والنشر، صنعاء، اليمن، ط1، 1994، ص 102.

2 عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول دعوى بين النظري والتطبيقي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2006، ص 62.

3 عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون المرافعات المصري، ج 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2004، ص 11.

التي تناولناها سابقا. ويشترط أغلب الفقه وأحكام المحاكم أن يتوفر في رافع الدعوى الصفة والمصلحة، وأن تكون المصلحة قائمة وحالة ومشروعة، كما يشترط لوجود الحق في الدعوى عموما:

- 1- وجود الحق أو المركز القانوني.
- 2- وجود قاعدة قانونية تحمي هذا الحق أو المصلحة المشروعة.
- 3- ثبوت وقائع محددة يطرحها المدعي للقضاء.
- 4- أن يكون الاعتداء على الحق أو المركز القانوني يحرم المدعي من الانتفاع به¹. وهو ما يجعل القضاء يتدخل لحماية هذا الحق، وتمكين الشخص من الانتفاع به، بتطبيق القاعدة القانونية، فإذا كانت واقعة الاعتداء على الحق العام، لا تحرم صاحبه من الانتفاع به، أو تمس بمركزه القانوني، بحيث لا يكون ثمة حاجة للحماية القانونية القضائية، فلا يكون له الحق في رفع الدعوى.

ثالثا: النيابة العامة

الأصل أن النيابة العامة، لا تحرك الدعوى من تلقاء نفسها في القضاء المدني، فإذا تقدمت بدعوى أمام القضاء المدني، فإن دعواها تكون معرضة للرد وعدم القبول، بسبب إنعدام الصفة، حتى ولو كان هدفها حماية مصلحة عامة يحميها القانون²، ولا يكون لها ذلك إلا في دعاوى الحق العام، ففي حالة الدعوى العمومية، تتحرك النيابة العامة من تلقاء نفسها؛ لحماية النظام العام أو الأمن العام.

إلا أن قانون الأسرة، وأغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية خولت النيابة العامة حق رفع الدعوى المتعلقة بقضاء شؤون الأسرة والتدخل فيها؛ باعتبارها طرفا أصليا في القضايا المتعلقة بالأسرة؛ فنصت المادة 03 مكرر على أنه: " تعد النيابة العامة طرفا أصليا

1 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص11

2 عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 11.

في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". مما يجعل النيابة العامة طرفاً في دعاوى الأسرة ومنها قضية الحجر لحماية القصر والغير.

وهو ما أكدته المادة 102 من قانون الأسرة ، ومن ثم فإن النيابة العامة مخول لها رفع دعوى الحجر على القاصر، لوجود نص قانوني خاص، يلزمها بأن تكون طرفاً أصلياً في الخصومة في دعوى الحجر، وبالتالي تصبح متمتعة بجميع حقوق الخصم؛ فلها توجيه سير القضية، وإبداء الطلبات والدفع، وتقديم الأدلة، ولها الحق في الطعن بالاستئناف والمعارضة والتماس إعادة النظر، ولو كان الحكم الصادر في الدعوى لغير صالحها¹، فالنيابة العامة آلية شرعية أوجدها قانون الأسرة، لحماية مصلحة القاصر، سواء بطلب تعيين مقدم، أو بعزل الولي أو الوصي الذي عجز عن القيام بمهامه، أو أصبح يخشى على أموال القاصر مع بقاءه، وتقديم طلب الحجر والاعتراض على تعيين المقدم، ورفع الحجر إذا زالت أسبابه، فتدخل النيابة العامة بطلب الحجر على القاصر حماية له من نفسه ومن الغير، بتوقيع الحجر عليه، من صميم عملها وصلاحياتها المخولة لها قانوناً بنص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة.

وتعد النيابة العامة همزة وصل بين الخصوم من جهة، وقاضي الأسرة من جهة ثانية، ويعتبر دورها في كل قضايا شؤون الأسرة شكلياً، فهي دائماً تطالب بتطبيق القانون؛ وهذا ما نراه عملياً في المحاكم، وخاصة في قضايا الزواج والطلاق والنفقة والحضانة، فلا تعد عملياً طرفاً أصلياً؛ حسب ما ورد في أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة ، كما نجد أنه لا أثر للنيابة العامة، في الصلح بين الزوجين، خلال الممارسة القضائية، فيحضر القاضي والخصوم فقط، وهو ما يتعارض مع نص المادة 03 مكرر من ذات القانون أيضاً، في حين نجحت محاكم الأسرة في عدة دول عربية، في إنهاء الخصومة والصلح بين

1 عمر زودة، مقال حول طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من الأمر 05 / 02 المتضمن قانون الأسرة، منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، 2005 ، عدد 02 ، ص34

الزوجين حفاظا على كيان الأسرة، فكان دور النيابة العامة فيها فعالا؛ حيث أن النيابة العامة تمكنت من حل الكثير من النزاعات والخلافات الأسرية بنسب عالية من بين طلبات الطلاق، بعد قبول الصلح وإنهاء الخصومة، حفاظا على كيان الأسرة¹. والأصل أن النيابة العامة تحقق بنفسها في المسائل المتعلقة بحماية القاصرين والغائبين والمفقودين؛ كالحجر وتعيين المقدم والتحفظ على الأموال، وقد أحسن المشرع الجزائري، وكان موفقا في إعطاء النيابة العامة حق طلب توقيع الحجر على القصر ورفعهم عنهم، لتعلقه بأهلية الأشخاص وحریتهم، فأحكام الحجر تتعلق بالنظام العام، و كل اتفاق على ما يخالف القواعد المقررة بشأنها يعد باطلا ولا أثر له.

ومن بين الصلاحيات المخولة للنيابة العامة رفع دعاوى الحجر، والدعاوى المتعلقة بعديمي الأهلية وناقصيها، وهو ما نصت عليه المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة". لكن دور النيابة العامة يختلف من قضية لأخرى، حسب نوع و طبيعة الدعوى؛ فيكون دورها سلبيا أو حيايا إذا ما تعلق الأمر برفع دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو الخلع من طرف الزوجة، فتكتفي بطلب تطبيق القانون، ويكون إيجابيا في القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم. والحجر على عديمي الأهلية وناقصيها، واثبات الزواج والنسب، لكنها وفي كل الأحوال لا تتدخل في تقديرات قاضي شؤون الأسرة.

يتضح من نصوص المواد التي تناولت دور النيابة العامة في قضاء شؤون الأسرة، وتدخلها فيه كطرف أصلي، وخاصة تلك المتعلقة بتوقيع الحجر على فاقد الأهلية ورفعهم وحماية القصر، أنها تهدف إلى توفير الحماية لهم وحفظ حقوقهم، لأن أحكام الحجر في

1 أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة ودورها على محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، د ط، 2006، ص 135.

الأساس مقررة لمصلحتهم، فالحجر قبل أن يكون قيذا على حرية الشخص فهو حق له، وهذا الحق إذا لم يوجد من يطالب به، فعلى النيابة العامة أن تطالب به.

كما أن الدعوى المتعلقة بالقصر وحمائتهم، تعد من دعاوى الحسبة¹، التي أقرتها الشريعة الإسلامية، ووضعت لها ضوابط وحدودا، تناولها الفقهاء المسلمون بالتفصيل، وهي نظام قائم بذاته، من مهام الحاكم أو من ينوبه، للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأضافته القوانين الحديثة إلى اختصاصات النيابة العامة، ضمن مواد قانونية محددة، وهذا لا ينفي حق كل شخص في التصدي لها، خصوصا إذا لم تقم النيابة العامة أو أحد الأقارب أو من لهم مصلحة، سواء برفع دعوى الحجر أو الدعاوى التي تهدف إلى حماية القصر، الذين تكون أموالهم عرضة للضياع، نتيجة خلل عقلي أو سوء تدبير وتصرف، وعليه فإن حق النيابة العامة في رفع دعوى الحجر يعود إلى عدة اعتبارات:

- 1- توفير الحماية للقاصر ومن في حكمه، حتى لا يصبح عالة على المجتمع ومؤسسات الدولة بضياع أمواله نتيجة لسوء تصرفه أو لاعتداء الغير عليه.
- 2- حماية المجتمع من سوء تصرف القاصر غير المحجور عليه.
- 3- حماية النظام العام والآداب العامة، ويعد المساس بنظام الأسرة ومصالحها واستقرارها امرا خطيرا لأنها من أهم ركائز المجتمع، باعتبارها أول وأهم مؤسسة في بناء الدولة.

وما يمكن قوله في هذا الصدد: أن المشرع الجزائري رغم إعطائه النيابة العامة الصفة في رفع دعوى الحجر، لكنه لم يبين دورها وصلاحياتها بدقة، ولم يحدد الإجراءات الواجب

1 الحسبة في اللغة: بكسر الحاء الأجر و الثواب، وفي الاصطلاح رقابة يقوم بها الحاكم أو من ينتدبه أو من متطوع، تتضمن الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وفق أحكام الشرع وقواعده، لتحقيق مصالح العباد الدنيوية والأخروية. الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص349.

إتباعها لرفع دعوى الحجر من طرفها، وبما أن النيابة العامة هنا تكون مدعية باعتبارها طرفاً أصلياً، هل يتم ذلك بإيداع عريضة طبقاً لأحكام نصوص المواد 12 و 13 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والادارية بمحض إرادتها ومن تلقاء نفسها، وذلك من طرف وكيل الجمهورية باعتباره ممثلاً للنيابة العامة على مستوى المحكمة، أم بناء على طلب يقدم إليها؟ وكيف يتم علم النيابة العامة بحالات انعدام الأهلية أو نقصها، حتى يتسنى لها رفع دعوى الحجر على القاصر؟

لم أجد حكماً قضائياً بالحجر على فاقد الأهلية أو ناقصها كانت النيابة العامة فيه مدعية، وبالتالي فإن ما جاء في المادة 102 من قانون الأسرة بجعل النيابة العامة من أصحاب الحق في رفع دعوى الحجر على المصاب بعارض الأهلية، يبقى أمراً نظرياً لا مجال لتطبيقه لتعذر ذلك عملياً، فكان من الواجب على المشرع الجزائري أن يبين الإجراءات المتبعة في هذه الحالة، كما فعل المشرع المصري إذ أعطى للنيابة العامة حق رفع دعوى الحجر، ولكن لإمكانية علم النيابة العامة بهذه الحالات؛ فإنه ألزم قانوناً بعض الفئات بالإبلاغ عن حالات فقدان أهلية الأشخاص أو غيابهم، فقرر الحالات التي ينبغي الإبلاغ عنها للنيابة العامة وهي:

- 1- وفاة كل شخص عن حمل مستكن أو عديم الأهلية أو ناقصها أو غائب.
- 2- وفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب.
- 3- فقد الشخص لأهليته وغيابه .
- 4- انقضاء مدة الحمل المستكن وانفصاله حياً أو ميتاً.

وقد صرحت وأوجبت المادة 979 مرافعات مصرية على أنه: "على الأقارب المقيمين في معيشة واحدة مع المتوفى، وعلى ورثته البالغين والمأمورين أو الموظفين العموميين الذين أثبتوا الوفاة، وكذلك مشايخ البلاد أن يبلغوا العمدة أو شيخ الحارة في ظرف أربع وعشرين

ساعة بوفاة كل شخص توفي عن حمل مستكن أو قصر أو عديمي أهلية أو ناقصيها أو غائبين وبوفاة الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب، ويجب على الأقارب البالغين كذلك أن يبلغوا عن فقد أهلية أحد أفراد الأسرة أو غيابه إذا كان مقيما معهم في معيشة واحدة، وعلى العمد ومشايخ الحارات أن يبلغوا ذلك إلى النيابة العامة بالمحكمة التي يقع في دائرتها محل عملهم، في ظرف أربع وعشرين ساعة من وقت إبلاغهم بذلك، أو علمهم به"، كما نصت المادة 980 مرفعات مصرية أيضا على أنه: "على الأطباء المعالجين ومديري المستشفيات والمصحات حسب الأحوال أن يبلغوا النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديهم أثناء تأدية أعمالهم". ونصت المادة 983 من القانون نفسه على أنه: "على السلطات الإدارية والقضائية أن تبلغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديها أثناء تأدية أعمالها".

وقد ذهب المشرع المصري إلى أكثر من ذلك؛ حين جعل مخالفة هذه الالتزامات وعدم الإبلاغ جزاءات يعاقب عليها بغرامة مالية قانونية، وقد تصل العقوبة إلى الحبس لمدة سنة، وبغرامة مائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبهذا يكون قد ضمن إمكانية علم النيابة العامة بكل حالات فقد الأهلية أو نقصها، لتمكين النيابة العامة من أداء دورها في حماية هذه الفئات وحفظ أموالهم من الضياع.

واقترح تعديل الجزء الأخيرة من المادة 102 من قانون الأسرة، وذلك بإلزام بعض فئات المجتمع، كالأقارب والأطباء والمؤسسات والهيئات؛ كالمستشفيات والمجالس الشعبية البلدية وجمعيات المجتمع المدني بالتبليغ عن الأشخاص القصر وحالات فقد الأهلية، كالمجانين والمعوقين ذهنيا، بإبلاغ النيابة العامة عن حالات فقدان الأهلية أو نقصها لتمكين من رفع دعوى الحجر لحماية المحجور عليهم.

الفرع الثاني:

المحكمة المختصة ومراحل سير دعوى الحجر

من أهم القضايا التي تعالجها المحاكم المتعلقة بالأسرة، نظرا لما تتمتع به من خصوصية وأهمية، باعتبارها النواة الأولى لتكوين المجتمع، وتعتبر القضايا المتعلقة بالولاية على المال والحجر على القاصر من القضايا القانونية والقضائية، لتعلقها بحالة الأشخاص وأهليتهم، وقد تناول المشرع الجزائري إجراءات التقاضي في المواد من 423 إلى 499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بعنوان القسم الأول في صلاحيات قسم شؤون الأسرة، حيث أنشأ قسما خاصا لمثل هذه القضايا، وبين اختصاصه النوعي والإقليمي، وبين دور النيابة العامة في القضايا المتعلقة به، وهو ما أكدته المادة 3 مكرر من قانون الأسرة التي اعتبرتها طرفا أصليا في القضايا المتصلة بالأسرة، ومنها الحجر على عديمي الأهلية وناقصيها، فما هي المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا بنظر دعوى الحجر على القاصر والمصاب بعارض الأهلية؟ وما هي الإجراءات العملية التي يجب اتباعها لتوقيع الحجر عليه؟

أولا: المحكمة المختصة بنظر دعوى الحجر

يعتبر الاختصاص القضائي من المسائل القانونية الأساسية في التقاضي بين المتخاصمين: ويقصد به ولاية القضاء، وهو الجهة القضائية التي يسند إليها بمقتضى القانون البت في قضايا معينة، ويجب تحديدها لقبول الدعوى القضائية طبقا لمعياري النوع والإقليم، فمعياري موضوع الدعوى: يحدد أي نوع من المحاكم يختص بها للفصل فيها، وهو المعيار النوعي، ومعياري مكان المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى: وهو الاختصاص الإقليمي أو المحلي، ويتم تحديد الإختصاص في عريضة الدعوى التي يقدمها الأطراف، حتى يتم قبولها من طرف المحكمة.

1- الاختصاص النوعي في قضايا الحجر

الجهة المختصة بنظر دعوى الحجر والولاية على المال هي قسم شؤون الأسرة في المحكمة، فيرجع إليه الاختصاص بنص المادة 423 حيث جاء فيها أنه: " ينظر قسم شؤون الأسرة في الدعاوى الآتية: ... 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم"، وهو ما أكدته المادة 424 أيضا جاء فيها: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على مصالح القصر". وعلى هذا فإن قسم شؤون الأسرة هو الذي يختص نوعيا بالقضايا المتعلقة بالحجر على القصر ورعاية مصالحهم، والاختصاص النوعي من النظام العام، ولذا يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لم يثره الخصوم.

2- الاختصاص الإقليمي في قضايا الحجر

يقضي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بأن يكون الاختصاص الإقليمي أو المحلي حسب ما حددته المادة 426 التي تنص على أنه: " تكون المحكمة المختصة إقليميا: ...9 - في موضوع الولاية بمكان ممارسة الولاية ". وعليه فإن المادة تحدد الاختصاص الإقليمي في قضايا رفع دعوى الحجر على القصر بمكان إقامة الولي أو الوصي أو المقدم الذي يطلب الولاية على المحجور عليه، والقاعدة العامة التي جاءت بها المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هي قاعدة موطن المدعى عليه، وهو هنا القاصر المطلوب الحجر عليه، ويعتبر من الإجراءات الشكلية، فيكون الدفع به قبل أي دفع وإلا تم رفضه¹، فهو لا يعد من النظام العام، ولذلك لا يمكن للخصوم إثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وبالتالي يرفض الدفع به بعد البدء في سير الدعوى.

1 حمليل صالح وصديقي لخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28، سنة 2014، ص 27.

ثانيا: مراحل سير دعوى الحجر

ترفع الدعوى المتعلقة بالحجر أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة، وقد أعطى المشرع هذا الحق لأقارب المحجور عليه، ثم لمن له مصلحة ثم للنيابة العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 102 من قانون الأسرة: " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة ". ولم يجعل القانون الجزائري أي خصوصية إجرائية تميز دعاوى الحجر على القاصر عن غيرها من الدعاوى، فترفع الدعوى عن طريق عريضة افتتاحية، مكتوبة باللغة العربية وموقعة، تودع لدى أمانة ضبط المحكمة، بعدد من النسخ يساوي عدد أطراف القضية، مع التقيد بالأشكال المطلوبة قانونا، وهو ما أشارت إليه المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ". وبالتالي يجب أن تتضمن عريضة الدعوى البيانات المتعلقة بأطراف الدعوى، فيجب أن تحتوي على:

- 1 - اسم ولقب طالب الحجر ومهنته وموطنه.
- 2 - اسم المطلوب الحجر عليه ولقبه ومهنته وموطنه.
- 3 - تحديد الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

بالإضافة إلى عرض موجز للوقائع والطلبات، وترفق بالوثائق التي تؤسس عليها الدعوى، وهو ما ورد في المادة 482 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على أنه: " يجب أن تتضمن العريضة المقدمة من أجل افتتاح التقديم على ناقص الأهلية، فضلا عن البيانات العادية، عرضا عن الوقائع التي تبرر التقديم، ويجب أن ترفق بالملف الطبي للشخص المعني بالتقديم المادة 482. مع الإشارة إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى، وأن تكون مكتوبة باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية تحت طائلة عدم القبول، وهو ما

نصت عليه المادة 2/8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبعد وضع عريضة الدعوى لدى المحكمة تمر بالمراحل التالية:

1 - يقوم كاتب الضبط بالمحكمة بتسجيل الدعوى ويضع لها رقما، وتحدد لها جلسة بعد تكليف المدعي بتسديد الرسوم، حسب نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: " لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك... ".

2 - يقوم المحضر القضائي بإجراءات تكليف الخصوم بالحضور، بناء على طلب المدعي أو نائيه القانوني، تكليفا قانونيا صحيحا، وهو ما نصت عليه المادة 406 بقولها: " يقصد بالتبليغ الرسمي، التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي...".

3 - يقوم رئيس قسم شؤون الأسرة، بالجلسة المحددة بتعيين محام في إطار المساعدة القضائية، لتولي مهمة الدفاع عن القاصر المطلوب توقيع الحجر عليه. وهو ما نصت عيه المادة 483 بقولها: " إذا عاين القاضي أن الشخص المبين في العريضة ليس له محام، عين له محاميا تلقائيا".

4 - يتقدم المحامي مباشرة وبصفة تلقائية بطلب الاستعانة بخبير مختص، ولو كانت حالة القاصر توحى بأنه مصاب بعارض من عوارض الأهلية بشكل واضح.

5 - يقوم القاضي بتعيين الخبير المختص لفحص حالة المطلوب الحجر عليه، وتحديد نوعية المرض، والقول ما إذا كان يتمتع بالأهلية اللازمة للقيام بجميع التصرفات في شؤونه المالية والإدارية، أو القول بخلاف ذلك. طبقا لنص المادة 2/486 والتي جاء فيها: "...

ويمكنه قبل اتخاذ القرار أن يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولأني".

6 - يودع الطبيب الخبرة بأمانة ضبط المحكمة التي انتدبته لإنجازها، ويدفع الطرف الذي يهمله التعجيل مبلغ مالي مقدر قانونا، كتسبيق على أتعاب إنجاز الخبرة الطبية.

7 - يقوم من رفع الدعوى بإعادة السير فيها بعد الإطلاع على الخبرة الطبية ودفع مصاريفها، وإرجاع الدعوى للمحكمة وطلب المصادقة على الخبرة وتعيينه كمقدم ووصي على المدعى عليه للقيام بشؤونه والتصرف في أمواله وفق القانون.

8 - بالنسبة للمحامي - خلال إعادة السير في الدعوى وبعد إطلاعه على الخبرة المنجزة بطلب من المحكمة - إما أن يوافق على توقيع الحجر على القاصر وتعيين المقدم؛ إذا تبين له وضوح أسباب الحجر، وإما أن يرفض الحكم بتوقيع الحجر؛ لعدم قناعته بالأسباب التي قدمها من طلب توقيع الحجر على القاصر، وفي الغالب في حالات الجنون والعتة والآفات العقلية الأخرى؛ كالإصابة بإعاقة ذهنية، فإن المحامي يوافق على توقيع الحجر على القاصر لحاجة المطلوب الحجر عليه لمن يتولى شؤونه ويرعاه إداريا وماليا.

9 - أما بالنسبة للنياحة العامة فإنها في أغلب الأحيان تطالب بتطبيق القانون.

10 - في حالة موافقة المحامي، يصدر القاضي حكمه بالحجر على القاصر مع تعيين ولي أو وصي أو مقدم للمحجور عليه، يتحصل على حكم قضائي يصبح بموجبه من ذلك الوقت هو المتصرف في شؤون القاصر المالية والادارية والنائب عنه قانونا.

لم يعالج المشرع الجزائري المسائل الإجرائية في الولاية على المال والحجر على من كان فاقد الأهلية لجنون أو عته أو ناقصها لسفه أو غفلة بشكل مستقل، ولم يميزها عن الدعاوى المدنية الأخرى، بحيث تسري عليها الإجراءات نفسها.

وقد كان حريا بالمشرع أن يميزها عن غيرها من الدعاوى المدنية، لما لهذه القضايا المتعلقة بالقصر من خصوصية في التعامل، كون دعوى الحجر على من أصيب بعراض

الأهلية ليست خصومة بالمعنى الحقيقي، حيث أن المدعي ليس خصما للمدعى عليه المراد تحجيره، فهو يقوم بالدعوى لصالح القاصر المطلوب الحجر عليه، فلو كان خصما حقيقيا لكان لتنازله عن طلب الحجر أثر في إنهاء الخصومة، وبالتالي فإن تنازله عن الطلب لا يمنع المحكمة من نظر القضية والحكم فيها، إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك، فأحكام الحجر على القصر من النظام العام ولا يمكن التنازل عنها، وقد كان المشرع المصري موفقا في وضع قانون خاص بالولاية على المال، وإجراءات تقاضي في دعاوى الولاية على المال ودعاوى شؤون الأسرة بصفة عامة.

أقترح وضع قانون إجرائي مستقل ينظم المسائل المتعلقة بدعاوى الحجر والولاية على المال مراعيًا خصوصية هذه الدعاوى.

المطلب الثاني:

دور القضاء في دعوى الحجر

لقاضي شؤون الأسرة دور إيجابي وأساسي في سير دعوى الحجر على القصر والمصاب بعارض الأهلية، وفي كل المراحل التي تمر بها حتى النطق بالحكم، وليس له أن يكون حياديا، حيث لا تناقض هنا بين فكرة حياد القاضي تجاه موضوع الخصومة المعروضة عليه وتجاه أطرافها، وبين فكرة الدور الإيجابي والفعال للقاضي في توجيه الدعوى الى مسارها الصحيح، سواء من حيث إثارة المسائل القانونية، وعدم تركها لتنازع أطرافها، أو من حيث إجراء التحقيق في كل مسألة يرى أنها تساعد في تحقيق العدالة، دون التقيد بما يبديه الخصوم من طلبات ودفع¹، بسبب تضارب مصالحهم وتعارضها، في أغلب الأحيان، ولطبيعة دعوى الحجر على القاصر وخصوصيتها وخطورتها، ولتعلقها بالنظام العام، ومساسها بأهلية الأشخاص وحریتهم.

1 لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكيف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، العدد 3، سنة 2012، ص 329.

ودور قاضي شؤون الأسرة إما أن يكون منشئاً لحكم الحجر على القاصر، إذا تبين له من التحقيق، وجاهة حكم الحجر، بوجود أسباب جدية توجب الحجر عليه، وإلا فإنه يرفض الدعوى. ويمكن أن يكون الحكم كاشفاً ومقررراً لحالة موجودة أصلاً؛ كتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه، أو من أصيب بعاهة عقلية، فيثبت حكم الحجر بتوفر أسبابه. وحتى يكون الحكم الذي يصدره القاضي مسبباً ومعللاً، وقد وضع القانون إجراءات وخطوات تمكنه من السير الحسن في القضية؛ أولها تقرير حق المحجور عليه - أو من يمثله أو النيابة العامة - في الدفاع عن نفسه أمام الجهة القضائية المخولة، كما يلجأ القاضي إلى الخبرة الطبية، للاطلاع على حالة المطلوب الحجر عليه، والتحقق من توفر أسباب الحجر وجديتها، وله أن يلجأ إلى التحقق وسماع الشهود.

وتؤدي النيابة العامة أيضاً دوراً إيجابياً في مثل هذه القضايا، باعتبارها طرفاً أصلياً في كل القضايا المتعلقة بالأسرة؛ فهي القائمة على حماية حقوق المجتمع وأفراده، وتقوم بدور إجتماعي كبير، وسأتناول في هذا المطلب ثلاث فروع، أتطرق في الأول إلى: تمكين المحجور عليه من الدفاع، وفي الثاني: اللجوء إلى الخبرة الطبية والتحقيق، وفي الثالث إلى: إشهار حكم الحجر على القاصر.

الفرع الأول:

تمكين المحجور عليه من الدفاع

يتضح من نص المادة 105 من قانون الأسرة أن المشرع قرر وجوب تمكين الشخص المراد التحجير عليه، من الدفاع عن نفسه وحقوقه، بكل الوسائل والطرق؛ كتوكيل المحامين والخبرة الطبية المضادة وشهادة الشهود، كما يفهم من نص المادة أيضاً أن للمحكمة أن تعين محامياً مساعداً للدفاع عن المطلوب الحجر عليه، إذ جاء فيها أنه: " يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه و للمحكمة أن تعين له مساعداً إذا رأت في ذلك مصلحة". وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 483 من قانون

الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "إذا عين القاضي أن الشخص المبين في العريضة ليس له محام، عين له محاميا تلقائياً".

غير أن المشرع لم يبين الكيفية التي يتم بها تمكين المحجور عليهم الدفاع عن نفسه وحقوقه، مما أدى إلى اختلاف المحاكم في إجراءات الحجر، خاصة ما تعلق بوجوب تعيين مساعد قضائي؛ فأحياناً يلجأ القاضي إلى تعيين محام للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه في الجلسة الأولى، رغم وجود مدافع عن مصلحة المراد التحجير عليه، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالحجر على المجنون والمعتوه والمعوق ذهنياً، فوليه يرفع دعوى الحجر سواء بنفسه أو عن طريق محام، بهدف حماية حقوقه والتصرف في شؤونه المالية والإدارية، وهو أكثر شفقة وحرصاً من غيره، إذا كان الولي هو الأب، فما جدوى تعيين محامي للدفاع عنه في مثل هذه الحالات؟ فيمكن أن يكون هذا الاجراء صحيحا في حالة الحجر للسفه أو الغفلة أو في حالة الحجر المطلوب من غير الأب أو الأم أو الجد؛ كالوصي ففي هذه الحالة يجب أن يمكن الشخص من كل وسائل الدفاع عن نفسه وماله، باعتبار الحجر منع المالك من التصرف في ماله، وهو أشد على النفس.

فالأسلوب الذي كتبت به المادة 105 فيه اضطراب وتناقض حيث أنه من جهة تنص على وجوب تمكين الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه، وهو ما دلت عليه عبارة (يجب)، ومن جهة أخرى تنص في فقرتها الثانية على جواز تعيين محام كمساعد قضائي، وهو ما تدل عليه عبارة (وللمحكمة أن تعين له مساعدا) فهذه العبارة لا تفيد الوجوب، كما أن عبارة (إذا رأت في ذلك مصلحة) توحى بأن تعيين مساعد قضائي يخضع لتقدير المحكمة، على سبيل الاختيار وليس الوجوب، وهو مخالف لمبدأ حق الدفاع المكفول قانوناً، وقد أكدته المحكمة العليا في قرارها، رداً على عدم تعيين محام في إطار المساعدة القضائية، للدفاع عن المراد التحجير عليه، مما أدى إلى نقض القرار، حيث جاء فيه: " المبدأ: يجب على القاضي قانوناً تعيين محام للدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه،

وهذا نصه: " عن الوجه الثاني: المأخوذ من خرق أحكام المادة 105 من قانون الأسرة، بدعوى أن القرار المطعون فيه خالف نص المادة 105 من قانون الأسرة، ويتجلى ذلك في عدم تعيين محام للمطعون ضدها بصفقتها محجورا عليها، وذلك قبل الفصل للدفاع عن حقوقها، وإن استبعاد قضاة الموضوع هذا الإجراء وعدم استبعاد دفاع المطعون ضده في حق المحجور عليها لتضارب مصالحها، يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه.

حيث بالفعل وبالإطلاع مرة أخرى على القرار المطعون فيه، يتبين منه أن الطاعن كان فعلا قد طالب أمام قضاة الاستئناف تعيين محاميا للمطعون ضدها المحجور عليها أمه، قبل أن يفصلوا في الاستئناف، إلا أن هذا الدفع قد رفض، بدعوى وأن الطلب ليس له ما يبرره، وأن السلطة التقديرية في تعيين المحامي متروكة لقاضي الموضوع، وفي الحقيقة أن مثل هذا التعليل قد جانب الصواب وخالف القانون، وخاصة ما نصت عليه المادة 105 من قانون الأسرة، التي توجب على القضاء أن يمكن الشخص المراد الحجر عليه من محام ليتولى الدفاع عن مصالحه، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه¹، وبهذا يكون قرار المحكمة العليا قد فسر نص المادة 105 على أن تعيين محام للدفاع عن حقوق المراد الحجر عليه هو أمر وجوبي وأن مخالفة ذلك يعرض القرار للنقض. وهو ما يعني أنه على المحكمة وجوبا تعيين محام كمساعد للمطلوب الحجر عليه، تحت طائلة بطلان قرارها وتعريضه للنقض، وعليه فإنه كان من الأنسب تعديل نص المادة 105 بضبط العبارات لتنسجم مع هذا الحكم، وإزالة التناقض الواقع فيها والتدقيق في المصطلحات المستعملة في التعبير عن وجوب تعيين محام لمساعدة المراد التحجير عليه.

1 مجلة المحكمة العليا، عدد 1/ 2005، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 336017 قرار بتاريخ 2005/07/13، ص31. انظر قرار المحكمة العليا المنشور كاملا في مجلة المحكمة العليا العدد الأول لسنة - 2005 - ص234 .

وأقترح أن تعدل المادة كما يلي: "... ويجب على المحكمة أن تعين مساعداً"، وحذف عبارة (إذا رأت في ذلك مصلحة) لعدم جدواها إذا تعلق الأمر بوجوب تعيين محام في إطار المساعدة القضائية.

ومن تقرير حق الدفاع للشخص المطلوب الحجر عليه أيضاً، تمكينه من الطعن في قرار الحجر الصادر في حقه بكل طرق الطعن، وهو ما نصت عليه المادة 106 من قانون الأسرة: "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن..."، فالحكم بالحجر على القصر لا يحوز حجية الأمر المقضي به، وبالتالي يمكن الطعن فيه؛ بالاستئناف أو المعارضة أو النقض أو التماس إعادة النظر، وتتبع بشأنه طرق الطعن المختلفة، حسب القواعد والإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني:

اللجوء إلى الخبرة الطبية والتحقيق

بالنظر للآثار الخطيرة التي تترتب عن دعوى الحجر على القاصر، التي تهدف أساساً إلى الطعن في أهلية الشخص المدعى عليه، المراد التحجير عليه، فإن القاضي عندما ينطق بحكم الحجر عليه؛ فهو يصدر حكماً بانعدام الأهلية أو نقصانها لدى المحجور عليه لعارض من العوارض التي تصيب الشخص كالجنون أو العته أو السفه، وغيرها من الأمراض العقلية، فيقع عليه التحري للتحقق من توافر أسباب الحجر المدعى بها عليه أو نفيها، وباعتبار القاضي غير مختص في الأمراض العقلية، ويصعب عليه تحديد الحالة المرضية للمصاب بعارض الأهلية ودرجتها، فإنه مطالب باللجوء إلى الخبرة الطبية وإجراء التحقيق، وهو ما نصت عليه المادة 103 من قانون الأسرة، إذ جاء فيها: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، فيقتضي الأمر الاستعانة بالطبيب المختص بالخبير، لفحص الحالة العقلية للمطلوب الحجر عليه، ويمكن التمييز بين حالتين:

أولاً: حالة انعدام الأهلية للجنون والعتة

إذا تعلق طلب الحجر بالمجنون والمعتوه والمصابين بالأمراض العقلية، يستعين القاضي بالطبيب لصعوبة تقدير الحالة الصحية للمريض المدعى عليه بالحجر، دون استشارة أهل الخبرة، فيقوم الطبيب المنتدب من المحكمة والمسجل على قائمة الخبراء، بإجراء الكشف الطبي اللازم؛ لبيان الحالة العقلية للمدعى عليه، ويرسل تقريره إلى المحكمة.

ويفهم من نص المادة 103 من قانون الأسرة أن القاضي غير ملزم بتعيين خبير أو الاستعانة به؛ فصياغتها لا تدل على الوجوب بل تفيد الاختيار (وللقاضي أن يستعين) وهو ما يجعل للقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بالخبرة الطبية من عدمها.

وتلجأ بعض المحاكم إلى الاعتماد على الملف الطبي الذي يقدمه طالب الحجر، مع بطاقة الإعاقة، خاصة إذا كانت نسبة الإعاقة % 100 ، فيصدر حكمه بناء عليه، دون اللجوء إلى الخبرة الطبية القضائية، وهو مجاني للصواب؛ لأن الأصل سلامة الشخص من الأمراض العقلية، وكمال الأهلية للبالغ، وحكم الحجر عليه يفترق إلى إثبات على خلاف الأصل، وهو الإصابة بعارض من عوارض الأهلية؛ كالجنون والعتة، أو بأي آفة تصيب العقل، فيخول القانون للقاضي انتداب طبيب خبير، للكشف عن الحالة الصحية والعقلية للمطلوب الحجر عليه، استناداً إلى نص المادة 103 قانون الأسرة والمواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالخبرة.

إن الهدف من دعوى الحجر هو الطعن في أهلية الشخص المطلوب الحجر عليه، فعلى القاضي قبل إصداره الحكم بالحجر عليه، أن يتحقق من وجود أسباب الحجر، والمتمثلة في عوارض الأهلية، عن طريق الأمر بإجراء خبرة طبية، طبقاً لنص المادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه: " يمكن للقاضي تلقي آراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه، ويمكنه قبل إتخاذ القرار أن يأمر بخبرة

طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولائي". أيضا نص المادة 487 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " بمجرد إيداع تقرير الخبرة عند الإقتضاء، ينظر ويفصل في القضية بغرفة المشورة". فقااضي شؤون الأسرة يملك سلطة تقديرية واسعة في دعوى الحجر، حسب النصوص القانونية لتحديد صحة السبب الذي تقوم عليه الدعوى، فإذا قامت دعوى الحجر على أساس العوارض التي تعدم الأهلية كالجنون والعتة، فالغالب هو الاستعانة بالطبيب المختص، الذي يعين بأمر ولائي حسب المادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "... ويمكنه قبل اتخاذ القرار أن يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولائي".

ولا يكتفي القاضي بشهادة الشهود؛ فقد تكون مخالفة للحقيقة أو مزورة، كما هو الحال في دعوى الحجر الكيدية، وقد صدر في هذا الشأن قرار من المحكمة العليا ينص على أنه: "يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود"¹.

ويتبع في هذا الصدد الإجراءات المنصوص عليها بشأن الخبرة الطبية الواردة في المواد من 125 إلى غاية المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيأمر القاضي بإجراء خبرة طبية بموجب حكم تحضيري، سابق على الفصل في موضوع الدعوى متعلق بتحقيقها، ولا يمس بمركز الخصوم، وهو غير ملزم بالأخذ بما جاء بالملف الطبي المقدم إليه وفقا للمادة 482 من القانون نفسه². ويمكن للقاضي تلقي آراء أفراد العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه طبقا للمادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، كما ينظر

1 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2003، ص 28.

2 تنص المادة 482 على أنه: "... ويجب أن ترفق [العريضة] بالملف الطبي للشخص المعني بالتقديم".

ويفصل في القضية بغرفة المشورة حفاظا على الطابع الشخصي للقضية¹، وهو ما نصت عليه المادة 487 من ذات القانون.

وعند وضع الخبرة على مستوى أمانة ضبط المحكمة، يتحقق القاضي من وجود حالة المرض العقلي أو الجنون أو العته، ولا يمكن الاكتفاء بالملف الطبي، أو شهادة الشهود فقط، خاصة إذا كانت الشهادة الطبية مقدمة من غير مختص فيعرض قراره للنقض، جاء في قرار للمحكمة العليا، بإبطال الحكم الذي اعتمد على شهادة طبية عامة، ولم يعتمد على طبيب خبير مختص في الأمراض العقلية والنفسية، هذا نصه: " المبدأ: يتم توقيع الحجر استنادا إلى خبرة طبية من طبيب مختص في الامراض العقلية، حيث أن القول بأن المطعون ضده قد شفي قول لا يستقيم إلا مع تأكيده من طرف أهل الاختصاص ولما كان قضاة المجلس قد امتنعوا عن الاستعانة بذوي الاختصاص وقدروا سلامة المطعون ضده وشفاءه من تلقاء أنفسهم واستنادا إلى تقرير صادر من غير أهل الاختصاص يكونون قد عرضوا قرارهم للإلغاء لقصور في التسبيب وانعدام التعليل، فبناء على الوجه المثار وما قد تثيره المحكمة العليا تلقائيا يطالب الطاعنون نقض القرار محل الطعن وإلغاءه مع ترتيب كافة الآثار القانونية.

حيث متى استند قضاة الموضوع في قضائهم على طبية مختصة في الطب العام والتشريح، ولم يعتمدوا على طبيب مختص في الامراض العقلية لتوقيع الحجر على المطعون ضده من عدمه يكونون في الحالة هذه قد عرضوا قرارهم للنقض خاصة إذا عرض قبل نشر دعوى الحجر على طبيب أخصائي في الأمراض العقلية حينما حركت ضده شكوى جزائية بإهانة هيئة نظامية وخلص آنذاك الطبيب المختص في خبرته الطبية إلى أن المطعون ضده

1 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر، الجزائر، ط2، سنة 2009، ص353.

لا يمكن أن يكون موضوع عقوبة جزائية وأنه في حاجة إلى تكفل علاجي استشفائي وبعد استقرار الحالة يتم تنظيم خروجه من باب التجربة ولا بد من مراقبة منتظمة ودورية. حيث يتضح جليا وأمام عدم عرض المطعون ضده على طبيب اخصائي بأن الوجه المثار جدي يتعين قبوله وبالتالي يستوجب نقض القرار"¹.

وقد أخذ المشرع المغربي بمبدأ جوازية اللجوء إلى الخبرة الطبية، كأساس تعتمد عليه لتوقيع الحجر أو رفعه، وهو ما نصت عليه المادة 222 من مدونة الأسرة²، حيث يفهم من نص المادة أن اللجوء إلى الخبرة الطبية ليس أمرا حتميا، فلا يوجد في عباراتها ما يدل على الوجوب؛ فالمحكمة مخيرة بين طلب الخبرة الطبية وعدمها، كما يمكن لها الاستعانة بوسائل الإثبات القانونية، وهو ما انتهجه أيضا المشرع التونسي³.

وجاء في قانون الولاية على أموال القاصرين القطري قريبا من هذا المعنى حيث نصت المادة 33 منه على أنه: " يحكم بالحجر على من بلغ سن الرشد بسبب الجنون أو فقدان الإدراك أو العته أو الغفلة أو السفه، ويعتمد القاضي في ذلك على شهادة أهل المعرفة، ووسائل الإثبات الشرعية، ولا يرفع الحجر إلا بحكم قضائي".

فالخبرة الطبية ضرورية، لتحديد حالة المطلوب الحجر عليه بعد فحصه، لكن المحكمة غير ملزمة بالأخذ برأي الطبيب الخبير، فالقاضي له حرية الأخذ به من عدمه، والخبير لا يعطي الوصف القانوني للحالة، وإنما يعطي رأيه الطبي فيها، أما الوصف القانوني فهو شأن القاضي المختص، حسب فهمه لوقائع الدعوى، على ضوء الخبرة الطبية والتحقيق الذي يجريه، فالقاضي في هذه الحالة منشئ لحكم الحجر لا كاشف عنه، وبالتالي

1 المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2005، ص 234. نبيل صقر وقمرأوي عزالدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2008، ص 178، 179 .

2 تنص المادة على أنه: " تعتمد المحكمة في إقرار الحجر ورفعها، على الخبرة الطبية وسائر وسائل الإثبات الشرعية " .

3 جاء في الفصل 161 من مجلة الأحوال الشخصية ما نصه: " يتعين الحجر في الحالات المبينة في الفصل المتقدم بحكم من الحاكم ويعتمد فيه الحاكم أهل المعرفة".

فإن تقدير حالة الشخص المراد الحجر عليه، في وجود عارض من عوارض الأهلية الموجبة للحجر، ينفرد بها قاضي الموضوع وحده، وبناء عليه فإنه يصدر حكمه إما برفض طلب توقيع الحجر، لعدم توافر الأسباب الموجبة له، وإما أن يحكم بالحجر إذا تبين له فعلا قيام السبب الموجب له.

ثانيا: حالة نقصان الأهلية للسفه والغفلة

أما في حالتي السفه والغفلة فإن الأمر لا يستدعي إجراء خبرة طبية؛ باعتبارهما عارضان مردهما إلى سوء التصرف والتقدير، وفساد التدبير، وسلامة القلب وخلوه، ولا يعودان إلى مرض مؤثر في العقل، وهو ما يتطلب من المحكمة، إجراء بعض التحقيقات مع من ترى في سماعه فائدة، لحسن سير القضية، من الأقارب والجيران والمتعاملين معه، وللتثبت من قيام حالة السفه أو الغفلة، ووجود السبب الموجب للحجر على المدعى عليه¹، ولذا فإن مقدم طلب الحجر للسفه أو الغفلة، عليه أن يحدد وقائع معينة، يمكن التحقق منها، والتي تدل على قيام حالة السفه أو الغفلة، فبيّن مثلا الأموال التي بددها، مع تحديد الزمن والسبب والدليل عليها، وهو أمر ضروري لإثبات جدية طلب الحجر لإمكان تقدير ما إذا كانت تصرفات الشخص تنطوي على سفه أو غفلة أم لا²؟

فقد يغبن الشخص في بعض العقود، لا بسبب قيام حالة عارض الغفلة أو السفه، بل نتيجة غلط أو تدليس، فيكون رضاه مشوبا بعيب من عيوب الرضا، لا لنقص في أهلية الأداء، فلا يكفي أن يغبن الشخص في بعض تصرفاته المالية، للقول بسوء إدارته لأمواله أو سوء تقديره أو تدبيره، لقيام حالة السفه أو الغفلة الموجبة للحجر عليه، فلا يسلم الكثير من الناس الوقوع في الغبن.

1 السنهوري أحمد عبد الرزاق، نظرية العقد، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط1، 1934، ص 340.

2 أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 202.

وبالتالي فإن إثبات وجود حالة السفه والغفلة، في الشخص المراد الحجر عليه، لا يحتاج إلى إجراء خبرة طبية، لصعوبة الوصول إلى حقيقة السفه والغفلة طبياً؛ ولذلك يلجأ القاضي إلى إجراءات التحقيق القضائي، طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما المادة 75 وما بعدها، وله أن يستدعي كل من يرى فائدة في سماع أقواله، للبحث في تصرفات وأعمال الشخص المدعى عليه، وتقدير مدى قيام حالة السفه أو الغفلة من عدمهما، فيتحقق القاضي من أن تذيير المال جاء على خلاف مقتضى العقل والشرع، لقيام حالة السفه، كما يتحقق من ضعف بعض الملكات النفسية الضابطة، والغبن في المعاملات المالية وعدم الاهتداء إلى الربح، والانخداع بسهولة، مما يهدد المال بالضياع، وهذا لإثبات قيام حالة الغفلة¹؛ فلا يكفي القول بأن الشخص سفيه أو ذا غفلة، لا يحسن التصرف في أمواله لقيام حالة السفه والغفلة، وحرمانه من حق التمتع بأمواله والتصرف فيها بكل حرية، بل يجب إثبات وقائع السفه والغفلة، وسوء التصرف بالتفصيل، وعلى القاضي أن يبين في حكمه الوقائع التي استمد منها الدليل على قيامهما²، والتي اعتمدها واستند عليها في توقيع الحجر على القاصر، وهو ما قرره محكمة النقض المصرية في قرارها الذي جاء فيه: " لما كان الحجر في ذاته حداً من الحدود، يجب أن يدرأ بالشبهات، وكان الحكم قد استخلص الأسباب المؤدية إليه، وأن تصرفات المطلوب الحجر عليه للسفه في مجموعها مبررة، ولا خروج فيها على مألوف العرف، ولا مخالفة فيها لمقتضى العقل والشرع، فإن ذلك تقدير موضوعي، ينأى عن رقابة محكمة النقض، ويكون النعي على الحكم بالمحاولة في تعليل تلك التصرفات وتبريرها أو مناقشة جزئياتها وتفصيلها، مهما اختلفت الأنظار إليها... ذلك النعي يكون على غير أساس، ذلك أن دعوى الحجر ليست دعوى محاسبة، تتسع لمثل هذا الجدل، كما أن المحكمة ليست ملزمة بنذب طبيب شرعي لفحص حالة المراد الحجر عليه،

1 كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، مرجع سابق، ص 212 .

2 كمال حمدي، المرجع السابق، ص 213.

لبيان ما إذا كانت به غفلة من عدمها، متى كونت قناعتها في الدعوى من واقع الأوراق المقدمة فيها"¹.

وعليه فإن الجنون والعتة والأمراض النفسية والعصبية لا يمكن تحديدها أو إثباتها، إلا بتقرير الطبيب المختص، المنتدب من قبل المحكمة لإجراء الخبرة الطبية، أما السفه والغفلة فلا يجب انتداب طبيب للكشف عنهما، بل يمكن تبيينهما من واقع التحقيقات التي يجريها قاضي شؤون الأسرة أو النيابة العامة، وما يظهر من تصرفات المطلوب الحجر عليه، وما تكشف عنه المستندات.

الفرع الثالث :

إشهار حكم الحجر

قررت المادة 106 من قانون الأسرة وجوب نشر الحكم بالحجر على فاقد الأهلية أو ناقصها؛ ليشتهر بين الناس، ووصول العلم به إلى الكافة، حتى يكون حجة في مواجهتهم، حيث نصت على أن: " الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"، فحتى يكون حكم الحجر صحيحاً وناظراً في مواجهة الكافة، يجب أن تتخذ إزاءه الإجراءات الضرورية، ليصل العلم به إلى الكافة، ويكون ذلك بإعلانه وإشهاره، فلا تسري أحكام الحجر في حق الغير، إلا من وقت صدوره، طبقاً لنص المادة 103 من قانون الأسرة: " يجب أن يكون الحجر بحكم..."، فتصرفات المطلوب الحجر عليه تعتبر صحيحة وناظرة قبل صدور قرار الحجر، وهو ما نصت عليه المادة 107 من قانون الأسرة، بمفهوم المخالفة: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم عليه باطلة..."، إلا إذا كانت حالة المطلوب الحجر عليه قبل صدور الحكم، تنبئ بأنه مصاب بعارض من عوارض الأهلية، معلومة لدى الناس، مشتهرة بينهم .

1 نقض مدني مصري بتاريخ 1967/05/18، السنة 18، ص 501. أنظر كمال حمدي الولاية على المال للأحكام الموضوعية، مرجع سابق، ص 211، 212.

فالعلة من وجوب نشر قرار الحجر على القاصر وإشهاره، هو عدم الاضرار بالغير حسن النية عند التعامل معه، والذي يخفى عليه أمر الحجر، فيكون من الضروري وجود طريقة محددة قانونا لإشهار حكم الحجر، فيتمكن الأشخاص من معرفة حالة من يتعاملون معه؛ لاستقرار المعاملات ومنع الإحتجاج بالجهل، وعدم العلم بقرار الحجر بعد نشره¹.

كما يتم نشر منطوق الحكم لدى مكاتب التوثيق، الكائن مقرها في دائرة اختصاص المحكمة، بالإضافة إلى إمكان نشره في إحدى الجرائد اليومية، وفي بعض الأحيان لا يتم نشره بتاتا، وهو ما يؤخذ عليه المشرع الجزائري، إذ كان عليه أن يبين في قانون الاسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ما يتخذ من إجراءات حيال نشر حكم الحجر بدقة ووضوح، لتعلق أحكامه بالنظام العام، حماية للقصر وأموالهم واستقرار المعاملات المالية في المجتمع، ولهذا إتجه الفقه الإسلامي إلى وجوب نشر الحكم القاضي بالحجر على الشخص، بوسائل الإشهار العرفية المتاحة، مع مراعاة المكان والزمان، فيكون بالمنادى أو بالإعلان الملصق، أو بالنشر في الصحف المقروءة في المدن، وفي وسائل الاعلام الحديثة، وبكل ما يحقق الغاية، بوصول العلم بالحجر إلى الكافة، فإن قصر الغير وفرط حيث تعامل مع من يعلم حاله تحمل تبعات تقصيره².

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بفكرة إشهار حكم الحجر إلى العامة، فجاء في المادة 961 أنه: " إذا حجر السفية والمدين من قبل الحاكم يبين سببه للناس ويشهد عليه ويعلن"، فيلزم إعلان الحجر وبيان أسبابه، والإشهاد على ذلك، فيجدر بالحاكم أو القاضي بيان سبب الحجر؛ كونه للسفه أو الغفلة أو الدين، لاختلاف أحكام الحجر باختلاف أسبابه،

1 محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الاهلية في القانون المدني والفقه الاسلامي، المرجع السابق ، ص66. سعيد جبر،

المدخل لدراسة القانون اليمني نظرية الحق، ج 2، د ط ، 1986، ص 154.

2 سعيد جبر، مدخل لدراسة القانون المدني، ج 2، مرجع سابق، ص 154

والاشهاد على الحجر، حتى لا ينكره المحجور أو من يتعامل معه¹، والحجر بسبب السفه لا يختص بمال بعينه، بل يعم الاموال كلها، فيختلف عن الحجر للدين، الذي يشمل المال الموجود في الحال فقط²، ولم تشترط المجلة حضور المطلوب الحجر عليه، واشترطت علم المحجور عليه بتوقيع الحجر، وإلا كانت تصرفاته المالية صحيحة، حيث نصت المادة 962 على أنه: " لا يشترط حضور من أريد حجره ويصح حجره من طرف الحاكم، ويصح حجره غيابا أيضا، ولكن يشترط وصول خبر الحجر إلى ذلك المحجور، ولا يكون محجورا ما لم يصل إليه خبر انه قد حجر عليه وتكون عقوده وتقاريره معتبرة إلى ذلك الوقت"، ويتم اخباره من قبل رجل مشهود له بالعدل، أو رجلين، أو رجل وامرأتان، ولا تشترط العدالة عند التعدد، بتبليغه خبر الحجر عليه من قبل جمع من الناس³. وحكم هذه المادة بالإشهار والإعلان خاص بالسفيه وذو الغفلة والمدين، باعتبار المحجورين للصغر والجنون والعتة، لا يفتقرون إلى حجر القاضي أو الحاكم، فهم محجورون لذواتهم، فلا يجري عليهم حكم هذه المادة.

ولم توضح بعض القوانين المقارنة طرق إشهار الحجر، الشيء الذي يتحقق معه رأي الامام أبي حنيفة؛ بعدم جواز الحجر على الإنسان البالغ، إذ فيه هدر لكرامته، فضرره أكبر من نفعه؛ لأن إضاعة المال حسبه أقل وطأة من حط كرامة الإنسان وإحاقه بالعجماوات، وهذا يؤدي إلى القول بحصر إعلان الحجر في الدوائر الإدارية التي يكون المحجور تابعا لها، خشية تصرف السفيه في أمواله على غير مقتضى العقل ومنعه من التصرف فيها، وحتى يكون من يتعامل معه على بينة من حاله⁴، وهو ما سلكه المشرع العراقي في المادة 95 من القانون المدني حيث نصت على أنه: " تحجر المحكمة على السفيه وذو الغفلة

1 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق ص 672.

2 سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، د س ط، ص539.

3 سليم رستم باز اللبناني، المرجع نفسه، ص540.

4 ابراهيم عنتر، السفه في الفقه الإسلامي و القانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة 1، العدد 2،

ص 159.

ويعلن الحجر بالطرق المقررة¹، فلم يوضح الطرق المقررة، وترك ذلك لاجتهاد القضاء، باختلاف المناطق والأعراف، فكان من الأجدر توضيح طرق اعلان الحجر، أيضا المشرع المغربي - في المادة 223 من مدونة الأسرة - ترك أمر شهر حكم الحجر على القاصر أو رفعه إلى تقدير المحكمة، حيث نصت على أنه: " يشهر الحكم الصادر بالحجر أو برفعه بالوسائل التي تراها المحكمة مناسبة"²، فأقرت هذه المادة مبدأ وجوب إشهار حكم الحجر ورفع، ويرى المشرع الأردني وجوب تبليغ قرار الحجر للمحجور عليه أو نائبه، وإعلان سببه للناس، وهو ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني: "... يبلغ قرار الحجر للمحجور عليه ويعلن سببه للناس..."³.

فمن أولى مقتضيات الإشهار، إبلاغ قرار الحجر للمحجور عليه أو من ينوبه، في حالة فقدان الأهلية، ليتمكن المحجور عليه من الدفاع عن نفسه، ومباشرة حقوقه القانونية حيال هذا الحكم، بشتى طرق الطعن، وحتى يعلم به الغير، فيتجنب معاملته، ولا يفاجأ ببطلان تصرفه، كونه محجورا عليه⁴. والأهم بالنسبة لوصول العلم بقرار الحجر إلى الكافة، هو إشهاره بالوسائل التي تضمن علم الكافة، كإعلانه بالوسائل الحديثة، فيتاح للناس الإطلاع عليه، أما تسجيله فقط في سجلات المحكمة والتأشير أمامه بكل التغييرات، فإنه لا يعدو أن يكون إجراء روتينيا يتبع في كل القرارات والأحكام التي تصدرها المحاكم بمختلف القضايا، فلا يتأتى وصول العلم بالحكم بهذه الطريقة إلا للقليل من الناس، ممن يترددون على المحاكم. كما أن المادة 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اكتفت باعتبار التأشير على سجلات الحالة المدنية إشهارا بالحكم الصادر بقولها: " يؤشر على هامش عقد

1 القانون المدني العراقي.

2 المملكة المغربية، ظهير شريف رقم 01 / 04 / 22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 07/03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184، الصادرة في 5 فبراير 2004.

3 القانون المدني الأردني.

4 حسن الفكاهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ج2، ص 282.

ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية، بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة. ويعد هذا التأشير إشهاراً". وهو أمر غير كاف لوصول العلم به إلى الكافة. وأرى أن نشر الحكم بالحجر أو رفعه وإعلامه للناس، ليصل خبر الحجر إليهم، هو إجراء مهم، خاصة في الحالات التي يصعب فيها كشف بعض العوارض التي تعتري الشخص كالفقه والغفلة لتقاضي التعامل مع من أصيب به.

وأقترح معالجة هذا النقص، بتوضيح الإجراءات القانونية المتبعة في نشر وإعلان القرار الصادر بالحجر على المصاب بعارض الأهلية أو رفعه، وقيدته في سجلات المحكمة في تطبيق نص المادة 106 من قانون الأسرة، لتقاضي الاختلاف في تطبيقها، وأن يأمر القاضي في منطوق الحكم بنشره للإعلام.

الفصل الثاني:

الولاية على القاصر والمحجور عليه

الولاية سلطة شرعية، تمكن الولي من التصرف في شؤون القاصر والمحجور عليه، وتنفيذ القول عليه، لحفظ ماله وتنميته، وتمكينه من الانتفاع به؛ لأنه إذا كان للقاصر ومن في حكمه حق تملك المال، فإن هذا الحق لا يخوله التصرف والإنفاق منه كيف يشاء، فأطلاق يده قد يؤدي إلى تبديده فيما لا طائل منه¹، وإن كان الأصل حرية تصرف الناس في أموالهم وممتلكاتهم، وإطلاق أيديهم فيها؛ إن كانوا راشدين بالغين عاقلين، فلا ينتقص من ذلك الأصل، إلا في حالة القصور بسبب الصغر أو اختلال في العقل، على وجه يجعل المال عرضة للهلاك².

ولذلك فرضت الولاية على القاصر، وشرع مبدأ الحجر، لأجل ضمان تداول المال وحمايته وحفظه لأصحابه. مما يتطلب دراسة الولاية وأقسامها وشروطها، وحدود سلطة الولي في التصرف، وهذا يعني تقسيم الفصل إلى مبحثين يخصص الأول لتعريف الولاية وأقسامها وشروطها، والثاني لسلطة الولي وتصرفاته في الحجر المالي.

1 جابر بن علي الجوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 58.

2 محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 2، عمان، 2001، ص 264.

المبحث الأول:

تعريف الولاية وأقسامها وشروطها

الولاية تصرف في المال، سواء كانت قاصرة أو متعدية¹. فيكون لمن تثبت له إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بأمواله وأموال القاصر المولى عليه نافذة، سواء كان أبا أو وصيا أو مقدا²، تنص المادة 44 من القانون المدني على أنه: " يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون"³، وقد فسرتها وشرحتها المادة 81 من قانون الأسرة، ويتضح من هذه المواد أن المشرع الجزائري أوجب تعيين من ينوب عن القاصر في تسيير أمواله، وموجبات نيابة الإنسان عن غيره، عددها الفقهاء، وذكرتها مختلف التشريعات القانونية هي:

- 1 - عجز الأصل عن التصرف لعارض يعدم أهليته كالعته والجنون.
- 2 - عدم اهتداء الأصل إلى التصرفات الرباحة بسوء تقديره وتدييره أو بسهولة خداعه وغبنه في المعاملات المالية كالسفه والغفلة .
- 3 - مساعدة الأصل في بعض التصرفات والأعمال لغيابه، أو للضرورة؛ كالوكيل والمساعد القضائي. مما يستوجب تعريف الولاية وأقسامها وشروطها وبالتالي تقسيم المبحث إلى مطلبين يخصص الأول لتعريف الولاية وأقسامها، ويخصص الثاني لشروط الولاية وترتيب الأولياء.

1 أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، دار حنين النشر والتوزيع عمان، الأردن، 2010، ص 151.

2 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 135

3 القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون رقم 07/ 05 المؤرخ في 13 مايو 2007، دار بلقيس للنشر، الدر البيضاء، الجزائر.

المطلب الأول:

تعريف الولاية وأقسامها

الولاية سلطة شرعية، تخول للولي التصرف في شؤون المولى عليه الشخصية والمالية، يتولى بموجبها شخص بالغ عاقل راشد التصرف نيابة عن القاصر والمحجور عليه لحسابه ومصالحته، وهو ما يؤدي إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول تعريف الولاية والثاني أقسام الولاية.

الفرع الأول:

تعريف الولاية

يتطلب توضيح مفهوم الولاية وتصورها الوقوف على معانيها وتعريفها في اللغة والاصطلاح.

أولاً: الولاية لغة: هي بفتح الواو وكسرها مصدر بمعنى النصر، وبمعنى السلطة وتولي الأمر، ووالى الرجل إذا أعانه ونصره، أو قام بأمره وتولى شؤونه¹.

وهي أيضاً من الولي وهو القرب يقال: وليه ولياً أي دنا منه، وولي الأمر: إذا قام به، وتولى الأمر: بمعنى تقلده، ووالى فلاناً: إذا اتخذ ولياً، والولي: المحب والصاحب والقريب من العصابة². والولاية بالكسر: هي السلطان، وبالفتح: هي النصر، يقال هم علي ولاية: أي مجتمعون في النصر³، قال عز وجل: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ

1 ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، لسان العرب، ج 15، دار صادر، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، ص 405.

2 الجرجاني علي بن محمد علي، التعريفات، ط1، تحقيق محمد بن عبد الحكيم القاضي، دار الكتاب المصري، القاهرة، مصر، 1991، ص 266.

3 ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن بكر، المرجع السابق، ص 405.

بَعْضٍ ﴿١﴾ وقال أيضا: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِّنْ وَلِيَّتِهِم مِّن شَيْءٍ

حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا﴾². والولي من أسماء الله الحسنى ومعناه النصير، وقيل المتولي لأمر

العالم والخلائق، القائم بها، والولاية تشعر بالتدبير والقدرة والفعل³.

ثانيا: الولاية في الاصطلاح الشرعي

عرفت الولاية عدة تعريفات منها: "تنفيذ القول على الغير"⁴، وأنها: "تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"⁵، وبأنها: "قيام شخص كبير راشد، على شخص قاصر، في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"⁶، أو أنها: "القدرة على إنشاء العقد نافذا"⁷. وأنها: "قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله"⁸ وأنها أيضا: "القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد"⁹.

1 سورة التوبة، الآية 71

2 سورة الأنفال، الآية 72

3 الجرجاني علي بن محمد علي، التعريفات، المرجع السابق، ص 266.

4 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ط2، تحقيق معوض علي وعبد الموجود عادل، دار الكتب العلمية، 1997، ص 253.

5 ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 3، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، سنة 1997، ص 117. ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج2، ط 2، مصطفى الحلبي، بيروت، لبنان، 1966، ص 406.

6 الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج2، ط3، دار القلم، دمشق، سوريا، 2012، ص 843.

7 أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون سنة النشر، ص 207.

8 زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام الأسرة، ج6، ط2، مؤسسة الرسالة، سنة 2000م، ص 339.

9 الزحيلي وهبة، الفقه المالكي الميسر، ج3، ط3، دار الكلام الطيب، بيروت لبنان، 2005، ص 96.

ولم تسلم هذه التعريفات من الاعتراضات والنقد؛ لأن بعضها لا يجمع كل أنواع الولاية، وبعضها الآخر عرفها ببيان حكمها لا ببيان معناها. و التعريف الذي أختره هو أن الولاية على المال سلطة شرعية تمكن الولي من التصرف نيابة عن القاصر لمصلحته في نفسه أو ماله أو فيهما معا.

ثالثا: الولاية في الاصطلاح القانوني

لم يعرف قانون الأسرة الولاية وإنما تفهم من نص المادتين 87 و 88 حيث نص في الأولى على من له الحق في الولاية على القصر والتي جاء فيها: "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا ...".

كما نص في الثانية على مقتضيات هذه الولاية وجاء فيها: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ...".

وقد عرفها القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، في المادة 47 منه: "الولاية على المال: هي حفظ مال القاصر، وكل ما له علاقة بهذا المال، والعناية به وتنميته"¹.

الفرع الثاني:

أقسام الولاية

للولاية عدة تقسيمات لاعتبارات مختلفة؛ فتتعدد أقسام الولاية بحسب موضوعها أو مصدرها أو سببها أو تأثيرها ومداهها أو من حيث العموم والخصوص.

1 جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 223، ج 24، بتاريخ 2002/03/04م.

أولاً: أقسام الولاية من حيث موضوعها

تنقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال أو عليهما معا.

1- الولاية على النفس: عمل الولي فيها هو المحافظة على القاصر ومن في حكمه، والقيام على تربيته وتعليمه وتزويجه وحضانته، وكل الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه¹.

2- الولاية على المال: وتكون في المسائل المتعلقة بأموال القاصر ومن في حكمه، تمكن الولي من إنشاء العقود وتنفيذها؛ كولاية الأب والجد والوصي والمقدم، على اختلاف درجاتها وقوتها²، وولاية السلطان أو من ينوب عنه، وهي ولاية عامة على المال خولها الشارع الحكيم.

3- الولاية على النفس والمال معا: كولاية الأب والعصبات في القيام بشؤون القاصر ومن في حكمه، سواء ما تعلق منها بالرعاية والتربية أو ما تعلق بالمال.

ثانياً: أقسام الولاية من حيث مصدرها

إما أن تكون الولاية أصلية ذاتية أو مكتسبة جعلية.

1 - الولاية الأصلية: وهي التي تثبت للإنسان ابتداء لمعنى فيه من غير أن يستفيدا من أحد، فهي ولاية الزامية بحكم الشرع لايحوز التنحي عنها، كولاية الأب والأقارب على القاصرين ومن في حكمهم³.

2 - الولاية المكتسبة: وهي التي يستمدها الشخص من غيره اختياريًا، كولاية الوصي والقيم والقاضي والوكيل، فالوصي يستمدها من الأب أو ممن وصّاه، والقاضي يستمدها من

1 الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج2، ص 845 .

2 المرجع نفسه، ص 847.

3 قزامل سيف رجب، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص98.

الحاكم، وكلاهما نائب عن ولاة، وتسمى أيضا ولاية نيابية¹. فلا يجبر الوكيل على قبول الوكالة ولا الوصي على قبول الوصاية.

ثالثا: أقسام الولاية من حيث تأثيرها ومداهما

تنقسم الولاية باعتبار تأثيرها إلى قاصرة ومتعدية.

1 - الولاية القاصرة: وتثبت للشخص كامل الأهلية على نفسه وماله، فيمكن للشخص البالغ العاقل الحر إنشاء العقود الخاصة به دون موافقة الغير².

2 - الولاية المتعدية: وهي قدرة الشخص على تنفيذ القول على الغير، ولا تكون إلا لمن تثبت له ولاية على نفسه، بإقامة من الشارع، لما في ذلك من حفظ لمال الآخرين وحقوقهم³.

رابعا: أقسام الولاية حيث العموم والخصوص

تنقسم إلى قسمين باعتبار مجال خصوصها وعمومها: ولاية عامة وولاية خاصة.

1 - الولاية عامة: وهي ولاية السلطان ومن ينيبه من القضاة، إذ تثبت لهم الولاية على كل من يقوم به المعنى المقتضي للولاية، في حالة عدم وجود ولي خاص، سواء كان ذلك في شؤون المال أو غيره، فله حق النظر في أموال اليتامى والمجانين والسفهاء ومن في حكمهم، وله تزويج من لا ولي لها من النساء، وهي التي تكون للإمام أو الخليفة.

2 - الولاية خاصة: هي الولاية الثابتة على معين للقيام بشؤونه، وهذه أقوى من الولاية العامة وتقدم عليها لقوة سببها؛ لأن مبناها على القرابة الداعية إلى كمال الشفقة، كولاية الأب على ولده الصغير ومن في حكمه.

1 محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط1، مطبعة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية،

2012 ص51. الصوافي سالم بن حميد بن محمد، مرجع سابق، ص 48.

2 الزرقا مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص 846.

3 تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص152.

الفرع الثالث:

شروط الولاية وترتيب الأولياء

الولاية سلطة التصرف في تدبير شؤون القاصر الشخصية والمالية، وقد أولت الشريعة الإسلامية عناية خاصة بالولاية، لما للنفس والمال من أهمية، ولما للتصرفات المالية من خطورة على أموال القاصرين، فوضعت شروط الولاية، ورتبت الأولياء، للحفاظ على نفس القاصر وماله.

أولاً: شروط الولي

يشترط في الولي أن يكون كامل الأهلية بالبلوغ والعقل والرشد؛ لأن من فقد وصفا من هذه الأوصاف كان فاقد الأهلية أو ناقصها، فلا يكون أهلا للولاية، بالإضافة إلى الإسلام والقدرة والأمانة وحسن التصرف وعدم تعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو العداوة معه، وفيما يلي شروط الولي:

1 - أن يكون مسلماً: إذ لا ولاية لكافر على مسلم، وهو ما عبر عنه الفقه الإسلامي

باتحاد الدين: فلا تصح الولاية أو الوصاية أو القوامة لغير المسلم، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ

تَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾¹، فاتحاد الدين دافع لوفرة الشفقة

ورعاية المصالح؛ فإذا كان الولي غير مسلم وأولاده مسلمين، فإن الولاية لا تثبت له

عليهم لاختلاف الدين².

2 - العقل: فلا ولاية للمجنون أو المعتوه أو الصغير على نفسه فكيف بغيره.

1 سورة النساء، الآية 141 .

2 شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977، ص788.

3 - البلوغ: فلا ولاية لقاصر على غيره. وهذان الشرطان يشملهما مصطلح التكليف في الفقه الاسلامي: وهو شرط عام في سائر التصرفات ويتحقق بالبلوغ والعقل والحرية والرشد؛ لأن من فقد وصفا من هذه الأوصاف، فقد الأهلية أو كان ناقصها، فلا يكون أهلا للولاية على ماله، فكيف يكون وليا على مال غيره؟ فلا ولاية لمجنون ولا لصغير لقصور عقولهم على النظر في مصالحهم¹.

4 - القدرة: بأن يكون الولي قادرا على التصرف في أموال القاصر التي تدخل تحت ولايته، فتحقق مصلحة المولى عليه لا تكون مع العجز وعدم الأمانة؛ فمن كان عاجزا عن القيام بنفسه، لا يقوم بشؤون غيره²، وللفقهاء في اشتراط القدرة على القيام بمهام الولاية أو الوصاية قولان: الأول: للمالكية والشافعية إذ يشترطون القدرة لاقتضاء طبيعة الولاية ذلك، فالعاجز يضعف عن القيام بنفسه فكيف بغيره؟ وهذا ينافي مصلحة القاصر، في حفظ ماله، لذا فهو مناف لمقصود الولاية أو الوصاية، فلا تصح ولايته³، الثاني: للحنفية والحنابلة إذ يقولون بصحة الولاية أو الوصاية للعاجز، كامل الأهلية بالبلوغ والعقل، لأنه أهل للولاية والأمانة، ويعين له القاضي من يساعده في ما يعجز عنه من مهام الولاية⁴.

وأرجح القول الثاني فإذا كان الولي هو الأب، فلا يعقل أن تسلب ولايته لعجزه الجسماني عن القيام ببعض مهام الولاية، واسنادها لغيره، فيمكن له أن ينيب شخصا قادرا أو أن يطلب من القاضي تعيين من يساعده، وإذا كان الأب قد أوصى فالأولى احترام

1 أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج2، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، د ط، د س ن، ص 59.

2 المذكرة الايضاحية لأحوال لشخصية الإماراتي، شرح المادة 215 مرجع سابق، ص 343.

3 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، مرجع سابق، ص 2993.

4 قزامل سيف رجب، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص111.

رغبة الموصي ولو كان غير قادر بنفسه بالقيام بمهام الوصاية، فيمكن له أن يستعين بغيره.

5 - الأمانة: فلا ولاية لخائن الأمانة، لحفظ المال وعدم تضييعه بالخيانة. وأضاف الفقه

الإسلامي العدالة: وإن كان الأصل اشتراطها في الشهادة لقوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا

ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾¹، فاشتترطت في كثير من العقود والتصرفات، فلا بد فيها من

وجوب الصدق والاستقامة. ويقصد بالعدالة الالتزام بأحكام الشرع، والبعد عن المحرمات

الظاهرة، التي تستوجب الحد كالسرقة والزنا والقذف وشرب الخمر، وقيل أن العدالة هي

البعد عن كل ذنب يستوجب العقاب²، وقيل هي الالتزام لأحكام الشرع فلا يرتكب صاحبها

كبيرة ولا يصير على صغيرة، وأن تكون أفعاله وأقواله على الاستقامة ملازما للتقوى، متبعا

لأوامر الله مجتنباً نواهيه، فالفاسق غير مؤتمن على الأموال وغيرها³، كما أن الإشراف

على مصالح الغير يتطلب استقامة ونزاهة وحكمة وحرصا.

6 - حسن التصرف: فلا تصح ولاية السفیه المبذر، ولا الغافل الذي لا يهتدي إلى

التصرفات الراجعة بسوء تقديره.

7 - عدم تعارض المصالح: فإذا وجد تعارض بين مصالح القاصر ومصالح الولي،

وكان هذا التعارض يشكل خطرا على أموال القاصر، فلا تمنح الولاية له. حيث أضافت

المادة 90 شرطا آخر وهو عدم تعارض مصالح الولي، مع مصالح القاصر، إذ جاء

فيها: " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا

أو بناء على طلب من له مصلحة ". وهذه الشروط نصت عليها المادة 69 من قانون

1 سورة الطلاق، الآية 2.

2 مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مرجع سابق، ص 78.

3 قزامل سيف رجب، المرجع السابق، ص 121.

الولاية على المال المصري¹. فأضافت هذه المادة شروطاً أخرى كان يجب أن تذكر في المادة 90 من قانون الأسرة، أو في مادة مستقلة لأهميتها في حفظ مال القاصر. واشترط الفقهاء أيضاً عدم العداوة بين الولي والمولى عليه²، لأن العدو غير مؤتمن على مصالح القاصر وأمواله، فيخشى ضياعها، فإذا جرت بينهما عداوة عزل عن الولاية، حفظاً لأموال القاصر. وهناك شروط أخرى محل خلاف وجدل بين الفقهاء منها: البصر فهل تصح ولاية الأعمى؟ والذكورة فهل يشترط أن يكون الولي أو الوصي ذكراً؟ أ- الذكورة: ذهب جمهور الفقهاء وهم الحنفية³، والمالكية⁴، والشافعية⁵، والحنابلة⁶، إلى جواز الإيصاء للمرأة إذا توفرت فيها شروط الوصي واستدلوا لذلك بأن عمر ابن الخطاب

1 جاء في المادة 69 أنه: " يشترط في القيم ما يشترط في الوصي وفقاً للمادة 27..."، التي تنص على أنه: " يجب أن يكون الوصي عدلاً كفواً ذا أهلية كاملة ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً: 1 - المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط. 2 - من حكم عليه لجريمة كانت تقتضي قانوناً سلب ولايته علي نفسه القاصر لو أنه كان في ولايته. 3 - من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش. 4 - المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره. 5 - من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر. 6 - من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه أو موقعه بإمضائه. 7 - من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجته وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر، ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه".

2 الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج6، ص 398، الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص 117.

3 السرخسي شمس الدين أبو بكر بن أبي سهل، المبسوط، تحقيق الميسر خليل محي الدين، دار الفكر، بيروت، سنة 2000، ص 171.

4 المواق، التاج والإكليل، ج8، مرجع سابق، ص 556.

5 الشربيني، مغنى المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص 118.

6 البهوتي منصور بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، تحقيق هلال هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص 394.

رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصه أم المؤمنين¹، وبأن شهادة المرأة وتصرفاتها المالية صحيحة². ولم يشترط الفقهاء الذكورة في الوصاية، واشترطوها في الولاية على النفس والمال وعللوا المنع بأن المرأة لا تلي النكاح بحال، فلا تلي مال غيرها³. ويرى أبو سعيد الاصطخري من الشافعية: أن الولاية بعد الأب والجد تكون للأم، وهي أولى من الرجال إذا حازت ما فيهم من الكفاية والاسترباح⁴؛ لأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب، وهي موفورة الشفقة الشفقة على الصغار⁵.

وأرجح القول بإسناد الولاية للأم على مال أولادها الصغار، أو من أصيبوا بعراض كالجنون والعتة؛ لأنها أشفق وأحرص على مال ولدها من غيرها، وقد ثبتت لها ولاية مال نفسها واستقلال ذمتها المالية، فكيف بمال ولدها؟ فلا تقاس بولاية النكاح أو القضاء؛ لأن الشريعة الإسلامية لم تحجر على المرأة البالغة العاقلة الرشيدة في سائر التصرفات، فكما أنه يجوز لها أن تكون وصية على قول الجمهور؛ تتصرف في مال غيرها، فيجوز لها أن تكون ولية على مال أولادها القصر، خاصة بعد وفاة أبيهم أو جددهم، فإذا أساءت التصرف كان للقاضي منعها وسلب الولاية عنها، كما تسلب ولاية الرجل، سواء كان أبا أو وصيا أو مقدا.

1 انفرد به الدارمي رقم الحديث 3164.

2 ابن قدامة، المغنى، ج6، مرجع سابق، ص143.

3 ابن قدامة، المغنى، ج 6، مرجع سابق، ص243. الشريفي، مغني المحتاج، ج3، مرجع سابق، ص152. الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، مرجع سابق، ص 318.

4 الشريفي، مغني المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص 118.

5 حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ، ص661.

ب- البصر: الأعمى من أهل الولاية في النكاح والشهادة والعقود والتصرف في أمواله، فقال جمهور الفقهاء بصحة ولايته¹، فكم من أعمى أحسن تصرفاً وأبعد نظراً من بعض المبصرين. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تصح الوصاية إلى أعمى²؛ إذ لا يصح بيعه ولا شراؤه عندهم، على خلاف رأي الجمهور الذي يرى صحة بيع وشراء الأعمى، ولو عن طريق التوكيل³.

وأرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة الوصاية للأعمى؛ بحصول مقصود الوصاية، ولأنه يمكنه توكيل غيره، فيما يعجز عنه من التصرفات المالية المتعلقة بالقاصر. أما في قانون الأسرة فلم يرد ذكر شروط الولي صراحة ولكن يمكن استنتاجها من المادة 90 بنصها على أنه: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة"، والتي تناولت شرط عدم تعارض مصلحة الولي مع مصلحة القاصر، ثم من المادة 93 التي تناولت الشروط الواجب توافرها في الوصي، والتي نصت على أنه: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه هذه الشروط المذكورة".

فالمشرع نص في المادتين على الشروط الواجب توافرها في الأوصياء على مال القاصر ومن في حكمه. ولذلك فشروط الولاية هي شروط الوصاية والتقديم؛ فيشترط في الولي ما يشترط في الوصي والمقدم، وهي شروط مصدرها الشريعة الإسلامية.

1 البلخي أبو معشر جعفر بن محمد بن عمر، الفتاوى الهندية، ج6، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1310هـ، ص138. المواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدي الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 8، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ-1994م، ص556. الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ/1984م، ص102. الشريني، مغني المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص118.

2 الرملي، نهاية المحتاج، ج 6، ص 102.

3 البهوتي منصور بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، تحقيق هلال هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص 394.

ثانيا: الأولياء على القاصر ومن في حكمه وترتيب الولاية

تثبت الولاية على القاصر العاجزين عن تدبير شؤونهم المالية؛ من صغار ومجانين ومعاتيه، كما تثبت على السفهاء وذوي الغفلة.

1 - الأولياء على القاصر ومن في حكمه

الولاية نيابة شرعية، وتكون أصلية طبيعية بحكم الشرع والقانون أو مكتسبة نيابية مصدرها الولي أو القاضي، يقوم الولي بمقتضاها بالتصرفات القانونية نيابة عن القاصر ومن في حكمه، لرعاية مصالحهم وحفظ أموالهم، وهي إما ولاية أو وصاية أو قوامة.

أ - الولاية

أجمعت القوانين العربية على إسناد الولاية للأب أولا؛ مراعية شفقة الأب وحنوه ودرجة قرابته وحرصه على أموال أولاده¹، فقد جاء في المادة 87 من قانون الأسرة أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا...". وخالف المشرع الجزائري أحكام الفقه الإسلامي في مسألة إسناد الولاية للأب؛ حيث أعطاه ولاية أصلية طبيعية، على مال أولادها القصر، في حين أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في الغالب عندهم والحنابلة، لا يعطونها هذا الحق، إلا بطريق الوصاية، لاشتراطهم صفة الذكورة في ولي المال².

1 انظر المادة 04 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري، والمادة 01 من المرسوم بقانون رقم 119 سنة 1952 المصري، والتي تنص على أن: "الولاية للأب ثم للجد إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر و عليه القيام بها ولا يجوز له أن يتتحي عنها إلا بإذن المحكمة". والمادة 231 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 60 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، مرجع سابق، ص231. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2، مرجع سابق، ص174.

كما أن المشرع الجزائري نص في المادة 92 من قانون الأسرة على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر...". وهذا النص يفهم منه أن المشرع أعطى الجد ولاية أصلية أيضا، إذ مكنه من حق تعيين وصي على القاصر، في حالة عدم وجود أم ترعى شؤونه الشخصية والمالية، أو أن تكون غير مؤهلة للقيام بأعمال الولاية.

ويبدو أن المشرع وقع في تناقض، بجعله الولاية للأم بعد الأب في المادة 87 من قانون الأسرة، ثم جعلها للجد بعد الأب، وقبل الأم في المادة 92 من ذات القانون، وكان يحسن به إزالة هذا الغموض، وتوضيح ترتيب أولياء المال على المحجور عليهم، ثم أن المشرع في الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون الأسرة، يعطي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، حيث جاء فيها: "... وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، سواء كان الأب أو الأم هو الذي تقررت الحضانة له، فإذا كانت الأم هي التي أسندت لها حضانة الأولاد، فهو يناقض ما جاء في الفقرة الأولى من نفس المادة، إذ تقرر حق انتقال الولاية على مال القصر للأم، بعد وفاة الأب¹. فكيف يمكن اسناد ولاية المال لها حال حياة الأب؟ فهو بالإضافة إلى هذا التناقض يخالف أحكام الفقه الإسلامي؛ من حيث منحه الولاية للأم حال حياة الأب. زيادة على أن المشرع لم يتطرق إلى اختلاف ديانة الحاضن عن المحضون؛ كأن تكون الأم مسيحية أو يهودية، أو تكون الأم قد أسلمت وتبعتها أولادها؛ حيث يجب أن تراعى مصلحة المحضون في حفظ دينه، فيتبع الأولاد خير الأبوين ديناً، وهي هنا الأم، وبالتالي تسند الولاية للأم لا للأب والعكس، فإذا كان الأب مسلماً والأم على غير الإسلام، فإن ولاية المال تكون للأب.

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة أولادها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه ... ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ

1 بلحاح العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا علىه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 4، 2010، ص 437.

يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية...¹. وجاء أيضاً في قرار آخر للمحكمة العليا أن: " إسناد الحضانة للأم بعد الطلاق دون منحها الولاية خرق للقانون، وحيث لما قضى قضاة الموضوع بإسناد حضانة الطفل للأم دون منحها الولاية عليه، يكونون قد خالفوا أحكام المادة 87 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يتعلق بالولاية"².

وفي قرار آخر للمحكمة العليا أنه: " من المقرر قانوناً أنه في حالة وفاة الأب تحل الأم محله وفي حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفاً للقانون. ولما كان ثابتاً أن قضاة المجلس لما قضوا بمنح الولاية لغير الأم بعد وفاة الأب دون إثبات التعارض بين مصالح القصر ومصالح الولي فإنهم قد خالفوا القانون"³.

وبالتالي وحسب قرارات المحكمة العليا، فإن الاجتهاد القضائي جاء مخالفاً لنص المادة 93 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"، والتي تشترط الإسلام في الوصي، ويمكن اعتبارها شروطاً للولي، لعدم ذكر شروطه في القانون، وهي مخالفة أيضاً لرأي جمهور الفقهاء؛ الذين يشترطون اتحاد الدين في الولاية الخاصة، كما خالف أيضاً الرأي الغالب في الفقه الإسلامي الذي يشترط صفة الذكورة في الولي الطبيعي، وبالرغم من اعتراف المشرع الجزائري للأم بسلطة الولاية الطبيعية على أولادها القصر، إلا أنه لم يمنحها الحق في اختيار الوصي على أولادها. فلم يعط القانون للأب ولا

1 سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، ج1، منشورات كليك، المعجبية، الجزائر، ط1، 2013، ص 644.

2 المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 14/ 01/ 2009، ملف رقم 476515، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2009، ص267.

3 سايس جمال، المرجع السابق، ج2، ص874.

للجد حق تعيين وصي على أموال الولد القاصر ومن في حكمه، في حالة وجود الأم وامتلاكها الأهلية الكاملة؛ فإذا لم تكن للقاصر أما تتولى شؤونه، أو ثبت عدم أهليتها للولاية فعندها فقط يجوز لهما تعيين وصي.

ويمكن للقاضي النظر في مسألة تنصيب الوصي، وبالتالي عليه التأكد أولاً من عدم وجود الأم، سواء بالوفاة أو بالفقدان، أو يثبت لديه عدم أهليتها لتولي أمور الولد القاصر ومن في حكمه، هذا ولم يكن نص المادة 92 واضحاً في مسألة عدم أهلية الأم، فهل المقصود بعدم الأهلية الانعدام التام بالجنون والعتة أو نقصان الأهلية بالسفه والغفلة أم هو الانعدام المعنوي فقط بأن تكون سيئة الخلق أو السلوك؟

فإذا كان المقصود به الانعدام القانوني للأهلية، فإن هذا الانعدام يثبت إما بالجنون أو العته أو نقص الأهلية كالسفه الذي يكون قد أصاب الأم، أو بتقديم حكم الحجر عليها، أو بحكم جزائي يقضي بسقوط السلطة الأبوية.

أما إذا كان المقصود هو عدم الأهلية المعنوية، فإن هذا الانعدام يثبت كقاعدة عامة بكل طرق الإثبات؛ لأن انحراف السلوك هو واقعة مادية، يمكن إثباتها بكافة الطرق، ويفهم من ظاهر النص أن المشرع قصد الانعدام القانوني للأهلية، وبالنظر إلى حماية القاصر، فإنه يمكن الاستنتاج بأن المشرع قد قصد الانعدام القانوني والمعنوي للأهلية.

ب - الوصاية

نظم المشرع الجزائري أحكام تعيين وتثبيت الوصي في نص المادتين 92 و 94 من قانون الأسرة، فنصت المادة 92 على أنه: "يجوز للأب أو للجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو ثبتت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...". ونصت المادة 94 على أنه: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو إلغائها". يتأكد من منطوق نص المادتين أعلاه أنهما أعطتا الأب والجد حق اختيار الوصي على الأولاد؛ لكنها قيدت الوصاية بوجوب عرضها على القاضي فور وفاة الأب أو الجد لتثبيتها

أو الغائها، وهو ما يعني بالضرورة مصادقة القاضي المختص على تعيين الوصي المختار، ويبدو من نص المادة 92 من قانون الأسرة أن المشرع أعطى الجد حق اختيار الوصي، على الرغم من أنه لم يعطه حق الولاية صراحة، وحرّم الأم من هذا الحق، مع أنه أعطاه حق الولاية الطبيعية على مال أولادها القصر. أما بالنسبة لمسألة تعدد الأوصياء: فإذا عين الولي - سواء كان أبا أو جدا - أكثر من وصي فإن القاضي في هذه الحالة يختار الأصلح من بينهم، وهو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 92 بنصها على أنه: "... وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم...". فيختار القاضي الأصلح والأقدر للقيام بمهام الوصاية على أموال القصر، فله السلطة التقديرية في ذلك وعندها تصبح الوصاية قائمة¹.

ج - القوامة

القيم أو المقدم هو من يعينه القاضي للقيام بشؤون المحجورين، سواء بأمر ولائي أو بحكم قضائي، فيكون تعيين المقدم على القاصر بأمر ولائي؛ وهو ما جاء في المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه". وهذا في حالة عدم وجود ولي أو وصي للقاصر، حسب نص المادة 469 من القانون نفسه بقولها: "يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره...". فإذا انتهت الولاية الأصلية لأي سبب كان كحالة وفاة الوالدين ولم يكن هناك وصي فإن القاضي ملزم بتعيين مقدم لرعاية شؤون القاصر، بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة. وهو ما أكدته المادة 99 من قانون الأسرة بقولها: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

1 أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على مال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، عدد 1، 2009، ص 98.

ويعين المقدم بحكم قضائي على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية؛ كالمجنون والمعته والسفيه والمغفل، بناء على دعوى قضائية وعلى القاضي وجوبا تعيين مقدم يقوم بشؤون المحجور عليه، في حالة عدم وجود ولي أو وصي، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 104 من قانون الأسرة: " إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون ."

فإذا وجد القاضي - في حالة الحجر على الأشخاص البالغين الذين طرأ على أهليتهم عارض من عوارضها كالسفه أو الغفلة أو الجنون أو العته - وليا للمحجور عليه، يقوم بتعيينه للقيام بمصالح القاصر ، ويسمى بالمقدم، ويمارس صلاحيات الأوصياء لا الأولياء. وإذا كان للمحجور عليه وصيا فيمكن للقاضي تعيينه لرعايته، فإن لم يكن فيعين شخصا آخر كفاً لرعاية أموال القاصر المحجور عليه، ويسمى مقدما، ويراعي قاضي شؤون الأسرة في تعيينه للمقدم مصلحة القاصر¹. وهو ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا والمبدأ المعتمد هو: " يراعى القاضي عند تعيينه المقدم لرعاية شؤون المحجور عليه الشخص الأصلح ". جاء في حيثيات القرار ما يلي: " لكن حيث يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس سببوا قرارهم تسببا قانونيا سليما، كما تطرقوا إلى مسألة الولاية على المال، وأن المطعون ضدها (ب ت) حفيده المطعون ضده الثاني، أصلح للقيام بمهمة المقدم لكونها تعيش مع جدها المطلوب الحجر عليه، وأنها متعودة على القيام بشؤونه لاسيما المالية، كما اعتبروا أن الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه متعود على تسيير شؤون والده. وأنه متواجدا بعيدا عنه بحكم إقامته وعمله بالعاصمة. وحيث أن هذا التسبب كاف ولا رقابة للمحكمة العليا على قضاة المجلس في ذلك ما دام أن ذلك التسبب يوصل إلى النتيجة التي

1 حمليل صالح وصديقي الأخضر إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28، ص 42.

توصلوا إليها، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن¹. فالتقديم هو تفويض الانابة الشرعية على القاصر أو البالغ عديم الأهلية أو ناقصها إلى شخص كفاء، ولا يمكن أن يكون شخصا معنويا، لعدم توقع وجود الحرص والشفقة منه²، وعدم تحقق باقي الشروط الواجب توافرها في المقدم أو الوصي. وإن كان المشرع القطري، أعطي حق القوامة على المحجور عليهم بعد الإبن والأب إلى الهيئة العامة لشؤون القاصرين، وهو ما جاء في المادة 32 من قانون الولاية على أموال القاصرين: "تكون القوامة للابن الرشيد ثم للأب ثم للهيئة"³، وجاء المرسوم بقانون بشأن الولاية على المال في مصر، موضحا أولوية من يعهد إليهم بالقوامة، فنصت المادة 68 منه على أنه: "تكون القوامة للإبن البالغ ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة"، فجعل القانون الحجر على المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة للقاضي، وأوجب التقديم عليهم بما فيه مصلحتهم وحسب أحوالهم؛ فإذا كان للمحجور عليه إبن بالغ رشيد، فإن القوامة تكون له، فهو أولى وأدرى بتدبير شؤون أبيه المالية⁴، تحت رقابة القضاء، حفظا لماله، وإن لم يكن له أبناء فتكون القوامة لأبيه، فهو الأحق بالولاية عليه لوجود الشفقة والحرص؛ وهو أيضا وليه قبل الحجر عليه، فإذا لم يكن للجد ثم لمن تختاره المحكمة، ومن المهم أيضا معرفة أن الأب أو الجد الصحيح الذي نصب مقدما تنطبق عليه أحكام التقديم لا أحكام الولاية، التي تنتهي ببلوغ الشخص سن الرشد، إذ لا تعود الولاية على القاصر البالغ بتحجيره.

1 المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 577743، قرار بتاريخ 2010/10/14، العدد 2، ص25.

2 كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، مرجع سابق ص107.

3 قانون رقم 40 لعام 2004، بشأن الولاية على أموال القاصرين القطري، مطبوعات هيئة شؤون القاصرين.

4 علي عبد الله العون وعبد الله الكيلاني، السياسة الشرعية في رعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد2، 2016، ص620.

إن حالات النيابة الشرعية عند الفقهاء من ولاية ووصاية وقوامة أوتقديم، كلها تدخل ضمن مصطلح واحد هو الولاية؛ فهي كلمة شاملة وأوسع نطاقا. إلا أن هذه المصطلحات تختلف من حيث مصدرها؛ فإذا كان مصدرها الشرع أو القانون فهي الولاية، فالأب يسمى وليا شرعيا، وإذا كان مصدرها الأب فتسمى وصاية، فإذا اختار الجد أو غيره فيسمى وصيا مختارا، وإن كان مصدرها القضاء أي معيننا من قبل القاضي يسمى وصي القاضي؛ وهو ما يطلق عليه في الفقه المقدم أو القيم.

2 - ترتيب الولاية على المحجور عليهم

اتستمد لولاية وجودها من الشرع والقانون مباشرة، كما في ولاية الأب، أو من عقد الوصاية، كما في ولاية الوصي، أو من قرار قضائي، كما في ولاية المقدم أو القيم، ففي تنظيم أحكام الولاية في التشريع الجزائري، أورد المشرع ترتيبا لم يأخذ فيه بمذهب محدد. وتختلف الولاية المالية على القاصر ومن في حكمه باختلاف حالته؛ فإما أن يكون صغيرا أو مصابا بعارض من العوارض التي تعدم الأهلية كالجنون والعتة أو تنقصها كالفقه والغفلة.

أ - الولاية على القاصر

تناول المشرع الجزائري ترتيب أولياء القاصر في المادة 87 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا...". كما نصت المادة 92 ضمنا على أحقية الجد في الولاية بإعطائه حق تعيين الوصي بعد الأب فجاء فيها أنه: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون". فيفهم من هذه المادة أن المشرع أعطى الجد ولاية أصلية أيضا، وهو ما يوحي ضمنا بأن ترتيب الأولياء في التشريع

الجزائري يكون على النحو التالي: الأب ثم الأم ثم الجد ثم وصي الأب ثم وصي الجد ثم وصي القاضي، فلم يأخذ المشرع الجزائري بمذهب فقهي محدد في هذه المسألة.

وقد اختلف الفقهاء في ترتيب الولاية المالية على الصغير على النحو الآتي:

— عند الحنفية: وأما ترتيب الولاية فأولى الأولياء : الأب ثم وصيه ثم وصي وصيه ، ثم الجد ثم وصيه ثم وصي وصيه، ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب¹؛ لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، والنظر على هذا الترتيب، وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله؛ لأن الأخ والعم قاصرا الشفقة، وفي التصرفات المالية خطورة لا يهتم لها إلا من كان وافرة الشفقة والحرص، والأم وإن كانت موفورة الشفقة لكن ليس لها كمال الرأي لغلبة العاطفة وقصور عقل النساء عادة، فلا تثبت لهن ولاية التصرف في المال، فالولاية للأب أصالة بحكم الشرع والقانون، لا ينازعه فيها أحد، فإن لم يوجد بسبب وفاة أو سلبت منه فلولوصي الذي اختاره ليدير شئون أولاده المالية، وإن كان الجد موجودا؛ احتراما لرغبة الأب في تقدير من هو الأحق برعاية أولاده، لأمانة أو خبرة أو تجربة في إدارة الأموال²، ولا تكون ولاية لغير الأب والجد على المال، إلا عن طريق الوصاية منهما أو من القاضي. وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية³.

وعليه فولي الصغير والمعتوه في مسائل الحجر والإذن في التصرفات المالية هو

الأب أصالة، ومن يليه من المذكورين على الترتيب.

1 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5 ، مرجع سابق، ص155.

2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 808.

3 حيث نصت المادة 974 على أن: " ولي الصغير في هذا الباب أولا أبوه ثانيا الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه حال حياته إذا مات أبوه. ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات. رابعاً جده الصحيح أي أب أب الصغير أو أب أب الأب. خامساً الوصي الذي اختاره هذا الجد ونصبه في حال حياته. سادساً الوصي الذي هذا الوصي. سابعاً القاضي أو الوصي المنصوب من قبله أما إذا أذنه أخوه وعمه وسائر الأقارب إن لم يكونوا أوصياء فإنهم غير جائز".

— عند المالكية والحنابلة: الولاية على الصغير: للأب الرشيد، لا الجد والأخ والعم، إلا بإيضاء من الأب، ثم يلي الأب وصيه فوصي الوصي ثم يلي الوصي الحاكم أو من يقيمه¹.
فتثبت الولاية للأب ثم لوصيه ثم للقاضي ثم وصيه، فلم يجعلوها للجد أصالة، قالوا: أن الجد لا يدلي إلى الصغير بنفسه، وإنما عن طريق الأب، فلا تكون له الولاية على مال الصغير؛ كالأخ والعم، ويمكن أن يكون وصيا من قبل الأب أو القاضي². وقد جاء في مدونة الفقه المالكي للغرياني أن الولاية بعد الأب لوصيه ثم لوصي وصيه ثم القاضي أو من يقيمه، ولا ولاية للأم، من حيث الحجر على الصغار، وإنما لها حضانتهم، وكذلك الجد والأخ والعم، إلا من طريق الإيضاء، أو وجود عرف يتولى بموجبه هؤلاء أموال الصغير؛ فإنه يؤخذ بالعرف المعمول به استحسانا، وهو ما يحدث كثيرا عند موت الأب، دون أن يوصي لمن يقوم على شؤون أولاده القصر، فيقوم الجد أو الأم أو الإخوة بالتصرف في أموالهم بما فيه حظهم³. وفي حالة ما إذا كان الأب قاصرا لصغر أو لعارض من العوارض، فالولاية على الصغير الحفيد تكون للجد الصحيح، فيكون وليا عليهما، فتشملهم ولاية المقام على أبيهم⁴.

— عند الشافعية: جعلوا الولاية على مال الصغير لأبيه أولا ثم جده الصحيح ثم لوصي من تأخر موته منهما ثم للقاضي، جاء في المنهاج وشرحه مغني المحتاج للخطيب الشربيني: ولي الصغير أبوه ثم جده أبو أبيه وإن علا؛ كولاية النكاح ثم وصييهما ثم القاضي أو أمينه،

1 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج 3، تخريج محمد عبد الله الشاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1996، ص 299. الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1424 هـ - 2003 م، ص 317.
2 الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، مرجع سابق، ص 433. الصادق عبد الرحمان الغرياني. مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الر بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص 663.
3 الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ج 3، ص 664.
4 الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، ط 1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2002، ص 433.

ولا تلي الأم في الأصح، قياساً على النكاح. والقول الثاني: تلي بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما لكامل شفقتها، ومثلها في عدم الولاية سائر العصبة كالأخ والعم¹.

– عند الإباضية: يرتب الإباضيون أولياء المال، بتقديم الأب على سائر الأولياء، كباقي المذاهب، لدرجة قرابته وكونه أشفق الناس على ولده القاصر بالفطرة، ثم يليه الجد باعتباره أباً، لقوة الترابط والتماسك العشائري عندهم، ثم الوصي ثم العشيرة؛ وهم من يربطهم أصل واحد مذكر، ما لم يقطعهم الشرك، ثم من علم به ممن يليهم نسبا، وإلا فأهل المنزل الأقرب فالأقرب، وإلا فأهل البلد ثم الحاكم، فإذا لم يوجد حاكم، فعلى من حضر من المسلمين الرجال². وفي الفقه الإباضي أيضا أن ضمان مال اليتيم إذا ضاع يكون على عشيرة الرجال دون النساء، إذا لم يستخلفوا من يتولى أمره. فيجب على العشيرة استخلاف قائم أمين لليتيم الذي لم يستخلف عليه أبوه، أو كان قد أوصى ومات الوصي، أو غاب أو أصيب بعارض من عوارض الاهلية، أو عجز عن القيام بمهام الوصاية، أو رفضها³. وأن الحسبة على مال اليتيم عندهم أو القيام بأمر اليتامى يجوز من كل ثقة أو غير ذي ثقة فلا يشترطون الثقة إلا عند تسليم وقبض مال اليتيم⁴. وهذا رأي منتقد، لمخالفته الأصول المعتمدة في المذاهب الفقهية التي تعتبر الثقة والأمانة من شروط الولاية إذ لا ولاية لخائن.

1 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج3، مرجع سابق، ص 151. الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، 1404هـ-1984م، ص373. الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، المجمع السابق، ص318.

2 سالم بن حميد بن محمد الصوافي، الولاية على مال القاصر مقارنة بقانون الاحوال الشخصية العماني والفقه، مركز الغندور، القاهرة، مصر، 2009، ص83.

3 اطفيش محمد بن يوسف بن عيسى، النيل وشفاء العليل، ج5، مكتبة الارشاد، جدة، السعودية، ط3، 1985، ص67.

4 الشقصي خميس بن سعيد بن علي العماني، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ج17، تحقيق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي، وزارة التراث والثقافة العمانية، مسقط، عمان، 1981، ص144.

وعليه فإنني أرى أنه كان على المشرع أن يكون واضحا ودقيقا، في مسألة مهمة كهذه، وأن لا يخضع للضغوط التي تجعله مضطربا في إسناد الولاية على الأولاد القصر. فأقترح أن تكون الولاية على الترتيب الآتي: الأب ثم الأم في حالة وفاته أو حصول عارض أو مانع له يستدعي سلب ولايته، ثم الجد الصحيح، ثم الوصي ثم وصي القاضي، ويكون ذلك في مادة واحدة، فتكون الولاية الطبيعية للأب ثم للأم في حالة وفاة الأب أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية أو حصول مانع له، وتكون للجد الصحيح في حالة وفاتهما، أو في حالة الحجر عليهما أو على أحدهما عند وفاة الثاني.

وأقترح أيضا أن لا تسند الولاية للأم على أموال أولادها القصر، إلا بعد وفاة الأب أو حصول مانع له أو فقد أهليته، عند تحقق شروط الولاية، وأن تكون ولاتها مؤقتة في حالتي حصول المانع وفقد الأهلية، فتستقل الولاية عن الحضانة.

ب - الولاية على المجنون والمعتوه

لم يتطرق قانون الأسرة إلى مسألة الولاية المالية على من أصيب بأحد عوارض الأهلية بالتفصيل، مع أنه أوجب على القاضي تعيين مقدم على المحجور عليه، في حالة عدم وجود ولي أو وصي، وهو ما نصت عليه المادة 104 من قانون الأسرة: "إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون". ما يفهم منه الرجوع إلى أحكام الولاية والوصاية والتقديم؛ لأن الأصل في قضايا الحجر النظر إلى حالة المطلوب الحجر عليه، فإذا كان كبيرا وله أولاد بالغين رشداء فتطرح هنا مسألة أولوية إسناد الولاية، إذا كان للمراد حجره أب. فهل تسند الولاية له على ابنه أم للأولاد؟

وتثير المادة مسألة أخرى وهي حالة وجود ولي أو وصي، هل تعين المحكمة مقدما يرعى شؤون المحجور عليه؟ لأن المادة ربطت تعيين المقدم بشروطي عدم وجود ولي أو وصي، فهل يمكن للمحكمة حال فصلها في قضية الحجر على القاصر أن لا تعين مقدما للمحجور

عليه، مع أن المادة توجب تعيينه. فكان على المشرع الجزائري الفصل في هذه المسائل وتوضيحها، وهو ما يحيلنا إلى تطبيق نص المادة 222، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه.

فإما أن يكون الجنون أو العته مرافقا للبلوغ؛ أي أن الصغير تطراً عليه حالة الجنون أو العته قبل البلوغ أو الرشد، وتستمر معه إلى البلوغ بالعلامات الطبيعية أو بالسن، ففي هذه الحالة تسند الولاية لمن كانت له حال الصغر¹، لثبوتها بالصغر، ولا يوجد ما يقضي برفعها أو سلبها فتستمر إلى الإفاقة²، فهي ولاية شرعية أصلية، وهو ما جاء في المادة 421 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدرى باشا والتي نصت على أنه: " إذا بلغ الولد معتوها أو مجنوناً تستمر ولاية أبيه عليه في النفس وفي المال، وإذا بلغ عاقلاً ثم عته أو جن عادت عليه ولاية أبيه"³. وهو أيضاً ما أشارت إليه المواد: 978، 974، 957، 979 من مجلة الأحكام العدلية⁴، حيث دلت على أن المجنون والمعتوه كالصبي سواء كان مميزاً أو غير مميز، فيأخذان أحكامه في الولاية على المال. أما في حالة بلوغ الصغير

1 أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 301، رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 223.

2 وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إذا ما اتصل الجنون أو العته بالصغر. مصطفى الساعي وعبد الرحمان الصابوني الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مرجع سابق، ص 154.

3 محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص135.

4 المادة (957) نصت على أن: " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم". ونصت المادة (974) على أن: "ولي الصغير في هذا الباب أولاً أبوه ثانياً الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه. ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات. رابعاً جدّه الصحيح أي أبُ أب الصغير أو أبُ أب الأب. خامساً الوصي الذي اختاره هذا الجدُّ ونصبه في حال حياته. سادساً الوصي الذي اختاره هذا الوصي. سابعاً القاضي أو الوصي المنصوب من قبله أما إذا أذنه أخوه وعمه وسائر الأقارب إن لم يكونوا أوصياء فإذنيهم غير جائز".

عاقلا رشيدا، ثم طرأت عليه حالة الجنون أو العته بعد ذلك، فقد اختلف الفقهاء في من تكون له الولاية على النحو التالي:

- ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الولاية تعود للولي السابق لوجود العجز، وهو علة الحجر بالولاية ابتداء¹. وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه²، وحجتهم في ذلك بقاء علة الولاية؛ وهي نقص العقل أو زواله، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

- ذهب زفر من الحنفية إلى أن الولاية على الكبير سقطت بالبلوغ والعقل، والساقط لا

يعود وهو مقتضى القواعد العامة في الفقه الحنفي³، ولكن المنطق والعقل لا يقبل أن تسند الولاية للقاضي مع وجود الأب أو الجد، فوجه استحسان عودة الولاية إليهما، وفور الشفقة لديهما مع الحرص في حفظ وتنمية مال المحجور عليه، ثم أن الولاية الخاصة أقوى وأولى من الولاية العامة، وهو ما نصت عليه المادة 59 من مجلة الأحكام العدلية: "الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة...". فليس من المقبول عقلا أن يعين القاضي وصيا أجنبيا مع وجود أحدهما⁴.

- ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الولاية على من بلغ رشيدا، ثم طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية، تكون للقاضي أو لمن ينصبه القاضي وصيا عليه؛ لأن الولاية سقطت

1 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 805 . علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، ص 700. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، فقه الأحوال الشخصية المقارن، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 301.

2 **الصاحبان** هما: 1- أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، ولد سنة 131هـ وتوفي سنة 187هـ حضر مجلس أبي حنيفة سنين وتلقاه على يد أبي يوسف، وسمع مالك والأوزاعي والثوري. 2- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي قاضي القضاة، ولد سنة 113 هـ، وتوفي سنة 182 هـ لزم أبا حنيفة وتلقاه عنه سمع هشام بن عروة وعطاء بن السائب، تخرج على يديه أئمة منهم محمد بن الحسن ومعلّى بن منصور.

3 أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 546.

4 رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحلام الأسرة، رجع سابق، ص 223، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 809.

بالبلوغ والرشد، كما أن الحجر والنظر في الأموال يحتاج إلى بحث وتحقيق، وهو من عمل القاضي¹. وفي هذه الحالة يسند القاضي الولاية على القاصر لمن يراه صالحا للقيام بمهامها. وقد جاء في كشف القناع للبهوتي أنه: لا ينظر في أموال من سفه أو جن بعد بلوغه ورشده إلا الحاكم؛ لأن الحجر عليهما يفتقر إلى الحاكم وفكه كذلك²، كما أن إثبات الجنون والعتة والسفه وبعض الأمراض النفسية والعقلية يحتاج إلى نظر وتحقق وخبرة طبية ووقائع محددة، وهي من اختصاص القضاء. فيحتاج إلى قرار بذلك في توقيع الحجر ورفعها، وبالتالي تنصيب من ينوب عن القاصر في التصرفات المالية ويكون أيضا للقضاء.

ج - الولاية على السفه وذو الغفلة

تثبت الولاية عليهما للأولياء المذكورين سابقا في حالة استمرار السفه والغفلة واتصالهما بالصغر، عند محمد بن الحسن، وتكون للقاضي ابتداء عند أبي يوسف³، ويرى المالكية أن ولي السفه والمجنون والمعتوه أبوه، إذا استمر معهم العارض وصاحبهم منذ الصغر، أما إذا طرأ عليهم السفه أو الجنون أو الغفلة بعد البلوغ والرشد، فتكون الولاية عليهم للقاضي⁴. هذا ولو كان لأحدهم أب أو جد؛ فالسفه وذو الغفلة تثبت الولاية على أموالهم للقاضي ثم للمقدم أو القيم الذي يعينه⁵. وقد أخذت المجلة برأي الحنفية إذ جاء في المادة

1 الدردير أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الشرح الكبير لمختصر خليل، ج 3، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، ص 292.

2 البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسين بن ادريس الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983، ص 452.

3 محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 806.

4 الغرياني الصادق عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 663، الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، مرجع سابق، ص 433.

5 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 464، محمد مصطفى شحاتة الحسني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مرجع سابق، ص 36. عبد العزيز خلاف، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 222.

990 أن: " السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، وولي السفية الحاكم فقط، وليس لأبيه وجده وأوصيائه حق الولاية عليه".

فالولاية على السفية لا تعود إلى العجز، وعدم القدرة على التصرف؛ وإنما سببها التأديب لإساءة التصرف، وولاية التأديب تعود إلى القاضي. ثم أنه بعد البلوغ والرشد تنقطع الولاية الأصلية للصغر المقررة بحكم الشرع¹، ويمكن للقاضي اسنادها للأولياء السابقين فيعين الولي مقدا لإدارة أموال القاصر؛ لا بصفته وليا فقد انقطعت الولاية بسبب البلوغ وارشد، بل بصفته نائبا عن القاضي، يخضع لأحكام النيابة لا الولاية.

وبالتالي فإن الولاية على المال سواء كانت أصلية أو نيابية، مبناها وجود الشفقة على القاصر، والقدرة على إدارة أمواله وتسييرها؛ فمن تجب عليه النفقة أولى بالولاية والمحافظة على أموال أولاده، وهو ما أدى إلى اختلاف الفقهاء في إثبات الولاية وترتيب الأولياء على النحو الذي قدمنا، ويتضح إجماع الفقهاء على كون الولاية للأب أولا، فهي ولاية أصلية طبيعية، أثبتها الشارع له فهي حق للولي، كما أنها تعد من واجباته، ولذلك لا يمكنه التنحي عنها. وتشمل ولايته ولاية أولاد ابنه القاصر بالتبعية، إذا كان أبوه محجورا عليه، إذ تقرر القواعد الفقهية أن: " التابع تابع ولا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصودا"². كما أن الجد العصبي أب في اللغة، جاء ذلك في القرآن الكريم إذ قال تعالى: ﴿ كَمَا أَتَمَّهَا عَلَىٰ أَبَوَيْكَ مِن قَبْلُ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ ﴾³، ومعلوم أن كلا من إبراهيم وإسحاق جد ليوسف عليهم السلام.

1 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 709.

2 أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بقلم ابنه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2012، ص257.

3 سورة يوسف، الآية 06

المطلب الثاني:

وقف الولاية على القاصر والمحجور عليه وانتهائها

الأصل أن الولاية على القاصرين ومن في حكمهم الزامية، بحكم الشرع والقانون، فكما أنها حق للولي، فهي واجب عليه، ولا يحق له التتحي عنها، إلا بإذن المحكمة، كما أنها لا تنزع منه، إلا إذا فقد أحد شروطها وهي: كمال الأهلية؛ بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه، متحد الدين مع القاصر. وقد نصت المادة الأولى من قانون الولاية على المال المصري: "... وعليه القيام بها [الولاية] ولا يجوز له أن يتخلى عنها إلا بإذن من المحكمة"¹. فأحكام الولاية من النظام العام، لا تزول إلا بتوفر الأسباب الموجبة للعزل أو سلب الولاية²، فلو عزل الولي نفسه، أو أهمل رعاية شؤون أولاده القصر، لا ينعزل ويتابع بجريمة الإهمال؛ لأن طبيعة الولاية الزامية ويجب على الولي القيام بها، غير أن قانون الأسرة، لم يشر صراحة إلى جانب الإلزام، وإن كان يفهم من سياق المواد المنظمة للولاية على المال وجوبها عليه، وتنتهي الولاية أو توقف إما بحكم القانون أو بحكم القضاء. وهو ما يستوجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يخصص الأول: لوقف الولاية على القاصر والمحجور عليه، ويخصص الثاني: لانتهاؤ الولاية على القاصر والمحجور عليه.

الفرع الأول:

وقف الولاية على القاصر والمحجور عليه

وقف الولاية على القاصر هو إجراء مؤقت مرتبط بأسباب معينة، فهو لا يعني انتهاء الولاية، وإنما يوقفها مدة محددة لحين زوال موجبها؛ إما لتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر، أو اعتبار الولي مفقوداً أو غائباً أو محكوماً عليه بالسجن أو الحبس لأكثر من

1 قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952.

2 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 37.

سنة؛ بحيث تتعطل معه مصالح القاصر، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 2/87 من قانون الأسرة: "... وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد..."، حيث أعطى للأم حق القيام بالأمر المستعجلة للأولاد في حالة غياب الأب أو حصول مانع له.

أولاً: لتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر

تنص المادة 90 من قانون الأسرة على أنه: " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً أو بناء على طلب من له مصلحة"، فإذا تعارضت مصالح الولي سواء كان أباً أو وصياً أو مقدماً، مع مصلحة القاصر؛ كرغبة الولي في شراء عقار مملوك للقاصر، فإنه يمنع بنص المادة السابقة، وبنص المادة 410 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بإسمه مباشرة أو بإسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة...."، وكذلك المادة 77 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه، سواء كان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل...". فلا يحق للولي أن يتعاقد مع نفسه، بصفته ولياً عن ولده وأصيلاً عن نفسه، أو بصفته ولياً عن ولديه القاصرين فيكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً، وهذا لتعارض المصالح أو خشية تفضيل أحد ولديه على الآخر.

وقد استثنى المشرع المصري الأب في هذه المسألة؛ حيث أجاز له التعاقد مع نفسه بإسم القاصر، سواء كان ذلك لحسابه أم لحساب شخص آخر، جاء ذلك في المادة 14 من قانون الولاية على المال المصري استثناء على ما ورد في المادة 108 من القانون المدني

التي تمنع تعاقد الشخص مع نفسه¹. فقد راعى المشرع المصري علاقة الدم التي تربط الأب بابنه ووفرة الشفقة لديه، كما أنه مؤتمن على أموال أولاده القصر، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالحيلة لحفظ مصلحة القاصر، ودفع شبهة المحاباة، فأوكل ذلك للمحكمة بإصدار الإذن بالبيع والشراء للتحقق من تكافؤ الأخذ والعطاء وعدالة المقابل.

فإذا اكتشفت المحكمة وجود تعارض، بين مصالح الولي والمولى عليه، أو طلب منها ذلك، فيجب عليها تعيين متصرف خاص لحماية أموال القاصر، وطبقا للمواد 424 و 473 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ فإن قاضي شؤون الأسرة ملزم بحماية أموال القصر²، ولتحقيق هذه الحالة، فإن القاضي يمكنه تعيين المتصرف الخاص، وقد سماه قانون الولاية على المال المصري في المادة 31 منه الوصي الخاص، إذ جاء فيها: " تقيم المحكمة وصيا خاصا تحدد مهمته...". لكن المشرع الجزائري لم يبين طريقة تعيين المتصرف الخاص، لا في قانون الأسرة، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولهذا فإنه يمكن أن تتبع الإجراءات التي يعين بها المقدم، وهي التي نصت عليها المادة 99 من

1 تنص المادة 14 على أنه: " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك". بينما جاء في المادة 108 أنه: " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد...".

2 نصت المادة 424 على أنه: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر". ونصت المادة 473 على أنه: " إذا قصر الولي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه يتخذ القاضي جميع الاجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي".

قانون الأسرة والمادتان 470 و 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ثانيا: لغياب الولي أو الحكم عليه غيابيا

قد يتعرض الولي لظروف تمنعه من العودة إلى محل إقامته فيغيب عنن في ولايته أو يحكم عليه بالفقدان عند تحقق ملاسبات وشروط محددة قانونا أو يسجن تنفيذيا لعقوبة.

1 - وقف الولاية لاعتبار الولي غائبا أو مفقودا: يعتبر الولي غائبا بفقدانه؛ بحيث لا تعرف حياته ولا مماته، فإذا غاب الولي ولم يعد له موطن معروف، ولا محل إقامة أو منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، فعلى المحكمة أن تعين له مقدا من أقاربه أو من غيرهم؛ لإدارة أمواله وحفظها، وهو ما نصت عليه المادة 111 من قانون الأسرة بقولها: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون". أما أموال القاصر الذي فقد أباه أو غاب، فتعود ولايته إلى أمه إن وجدت، وإلا فإلى جده، فإذا لم يكن، فيعين القاضي مقدا لرعاية مصالح القاصر، فإذا وجد وصي الأب أو الجد فيعيه القاضي مقدا. طبقا لنص المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري السابقة ويعود للأمر المستعجلة للقصر

1 نصت المادة 99 من قانون الأسرة على أن: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة". كما نصت المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة، أو على شكل طلبات تقمها النيابة العامة". وجاء في المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولائي بعد التأكد من رضائه. يجب على المقدم أن يقدم دوريا وطبقا لما يحدده القاضي، عرضا عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة".

وفقا لنص المادة 2/87 من القانون نفسه¹. لكن حتى يتم وقف الولاية، لاعتبار الولي غائبا، يجب أن تثبت غيبته بحكم المحكمة المختصة، بتوفر الشروط التالية:

1- إنقضاء مدة سنة أو أكثر على غياب الشخص.

2- أن يترتب على غيابه تعطيل مصالح القاصر.

فإذا اعتبر الولي غائبا لمدة تزيد عن سنة فأكثر، ولم يعد القاصر ينتفع من لايته أو وصايته فإنها تنتهي. فالهدف من الولاية هو حفظ المال وتتميته، والغيبة تمنع ذلك، فإذا غاب الولي، عين القاضي وصيا مؤقتا، لحين عودته، والفقد ينهي الولاية مؤقتا، قبل الحكم بالفقد، ومؤبدا بعد الحكم بالفقد، فهو كالموت الحقيقي².

2 - وقف الولاية للحكم على الولي قضائيا

إذا اعتقل الولي تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية، أو بالحبس مدة أكثر من سنة، على أن يكون الحكم نهائيا؛ أي بعد استيفاء طرق الطعن المقررة قانونا، توقف الولاية، فإذا كان الحكم بالحبس مع وقف التنفيذ، أو صدر عفو عن الولي، فإن الولاية لا توقف أو كان الحبس لضرورات الأمن العام أو الحبس الإحتياطي، وإن طال مدتة فإنه لا يكون سببا في وقف الولاية على أموال القاصر³.

وبالتالي فوقف الولاية لا يعني انتهائها وإنما تبقى، غير أن الولي يوقف عن إدارة أموال القاصر لفترة معينة، تكون إما لتعارض في المصالح بين الولي و القاصر وإما أن يكون الولي غائبا أو حكم عليه بعقوبة تمنعه من ممارسة الولاية.

1 تتص المادة 2/87 من قانون الأسرة الجزائري على: "... وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في

القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد."

2 سالم بن حميد بن محمد الصوافي، الولاية على مال القاصر مقارنة بقانون الأحوال الشخصية العامني والفقہ دراسة مقارنة، مركز الغندور، القاهرة، 2009، ص 184.

3 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 73.

الفرع الثاني:

انتهاء الولاية على القاصر والمحجور عليه

إذا فقد الولي أحد شروط الولاية المنصوص عليها في المادة 91 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة"، تنتهي ولايته إما قانوناً وتلقائياً من غير حاجة لصدور حكم بذلك، أو قضاء بصدور حكم من المحكمة.

أولاً: انتهاء الولاية بحكم القانون

انتهاء الولاية: هو انقضاؤها نهائياً؛ بحيث تنقطع علاقة الولي بالمولى عليه، وتنتهي الولاية أو القوامة أو الوصاية على القاصر والمحجور عليه في الحالات الآتية:

1- وفاة الولي أو فقد أهليته: فالموت يقطع صلة الحي بالميت والولي بالمولى عليه، وهو ما نصت عليه المادة 91 من قانون الأسرة: "تنتهي وظيفة الولي : ... 2- بموته، 3- بالحجر عليه ...". وتنتقل الولاية إلى الذي يليه. وإذا فقد الولي أهليته لأي سبب كان كعوارض الأهلية؛ فإنه بذلك يفقد أحد شروط الولاية، فلا يمكن له إدارة أموال القصر، وهو ما تضمنته المادة 1/96 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: "تنتهي مهمة الوصي: 1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته...". بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع في المادة 1/91 من قانون الأسرة اعتبر عجز الولي من أسباب إنهاء الولاية، ولكنه لم يبين المقصود بالعجز؛ فهي كلمة تحمل دلالات متعددة؛ هل هو العجز المادي الجسماني أم المعنوي النفسي؟ ويمكن القول أن للولي الذي يجد في نفسه عجزاً عن القيام بمهام الولاية، بسبب التقدم في السن أو المرض المزمن أو الإصابة بعاهتين، أن يطلب من المحكمة إعفاه من الولاية، على أساس ما جاءت به المادة 80 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك

العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته". أو المادة 1/91 من قانون الأسرة.

والولاية في الفقه الإسلامي حق وواجب، ثبت بحكم الشرع أصالة للقرابة؛ كالأب والجد أو تفويضا كالوصي والقاضي، فتزول بالموت ويسقط إذنه لمحجوره بالتصرف؛ فمخصص الوصي محل اعتبار في الوصاية، فهي مرتبطة بشخصيته لا بصفته، وبموته تزول ولا تنتقل إلى الورثة¹، أما القاضي فلا يبطل إذنه بموته أو عزله، لأنه لا يتصرف بولاية نفسه بل بولاية الحاكم²؛ لأن أحكام القضاء نافذة لا تسقط ولا تتوقف بموت القاضي أو عزله. وإذا فقد الولي أهليته لجنون أو سفه أو عته تنتهي ولايته، فلا ولاية له على نفسه فكيف بغيره؟ فبالجنون تسلب الولايات واعتبار الأقوال³، ويعزل الولي سواء كان أبا أو جدا أو وصيهما أو وصي القاضي، وبالفسق بتعديه في المال أو بزوال الشروط المعتمدة في الولاية، ولا يحتاج لعزل الحاكم⁴.

2 - وفاة القاصر والمحجور عليه: فالموت يقطع علاقة الميت بالأحياء وبأمواله؛ لأنه بموته تزول أمواله إلى ورثته، كل حسب نصيبه في التركة. ولم ينص قانون الأسرة على حالة انتهاء الولاية بموت القاصر قبل بلوغه سن الرشد، ولعله عد ذلك من البديهي المتعارف عليه في القواعد العامة؛ إذ بموت المولى عليه لم يعد سبب للولاية قائما، جاء ذلك في انتهاء الوصاية في المادة 96 فقرة 1 حيث تنص على ما يلي: "تنتهي مهمة الوصي: 1- بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته...". فتنتهي الولاية بالوفاة وانتقال الأموال إلى الورثة، فلم يعد سببها قائما.

1 محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 202.

2 الشبلي، حاشية الشبلي على التبيين، ج 5، مرجع سابق، ص 220.

3 محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 202.

4 الخطيب الشربيني، مغني الحاج، مرجع سابق، ج 03، ص 75.

3- **بلوغ القاصر:** وهو ما نصت ليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ". فبمجرد بلوغ القاصر تسعة عشر 19 سنة ترد إليه أمواله، وتنتهي الولاية عليه، مالم يصدر حكم بالحجر عليه، بسبب عارض من عوارض الأهلية، قبل بلوغه ورشده.

نصت المادة 96 من قانون الأسرة على أنه: " تنتهي مهمة الوصي: ... 2 - ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه... ". وهو ما اتفق عليه الفقه الإسلامي؛ من أن الولاية على الصغير تنتهي تلقائيا ببلوغ القاصر راشدا مالم يحجر عليه، فلا تزول عنه الولاية، مالم يرفع عنه الحجر¹، لقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾².

ولم يحدد الفقهاء للرشد سنا معينة تنتهي بها الولاية عن القاصر متى بلغها؛ بل أوكلوا ذلك إلى الاختبار والتجربة، وظهور النضج العقلي³. فإذا بلغ القاصر سن الرشد القانوني، وهي في القانون الجزائري 19 سنة مصابا بعارض من العوارض الموجبة للحجر، ولم يكن قد صدر حكم باستمرار الولاية عليه فإنها تنتهي، ويتوجب رفع دعوى للمطالبة بتوقيع الحجر عليه، فيمكن عندها للمحكمة تعيين من كان وليا عليه أو غيره قيما عليه.

1 الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 661. لحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص 419 الشرييني، مغنى المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 77. الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، مرجع سابق، ص 171.

2 سورة النساء، الآية 06.

3 عبد الله محمد ربابعة، أحكام انتهاء الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 36، العدد 02، 1009، ص 554.

وجاءت قوانين الدول العربية موافقة لأحكام الفقه الإسلامي في انتهاء الولاية والوصاية والقوامة على القاصر ببلوغه راشدا¹، وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في معنى الرشد، وفي رشد الأنثى، وقد تم بيان ذلك.

لكن ليس البلوغ وحده سببا لانتهاء الولاية، فترشيد القاصر من قبل الولي أو القاضي ينهي الولاية طبقا للمادة 84 من قانون الأسرة: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبزر ذلك"، هذا لمن بلغ سن التمييز، فيسمح له بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله؛ لتدريبه واختبار رشده، وسن التمييز هي 13 سنة، وهي سن يراها الكثير متدنية جدا لترشيد القاصر²، للتصرف في أمواله. ومن الأفضل رفعها إلى سن ما بين 16 و 18 سنة، وهو ما أخذت به الكثير من القوانين العربية³، وكان بالإمكان تجنب الوقوع في التناقض حول سن ترشيد القاصر، بين القانون التجاري وقانون الأسرة، الذي يعتبر سن التمييز 13 سنة هو المعتبر في الترشيد بموجب المادة 84 من قانون الأسرة المأخوذة من المادة 42 من القانون المدني، بينما اعتبر القانون التجاري سن الترشيد لممارسة الأعمال التجارية هو 18 سنة، وهو ما نصت عليه المادة 05 من القانون التجاري: " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة، أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعماله التجارية: - إذا لم يكن قد حصل على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة

1 نصت المادة 210 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: " تنتهي الولاية ببلوغ القاصر راشدا، ما لم تحكم المحكمة باستمرار الولاية عليه". ونصت المادة 18 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: " تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه "

2 علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 267.

3 وهو ما جاء في 218/3 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 60 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، والمادة 54 من قانون الولاية على المال المصري، والفصل 159 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب و الأم "...". وعلى هذا كان حريا بالمشرع الجزائري إعادة النظر في سن الترشيد وتوحيده.

فتنقطع الولاية على الصبي إذا بلغ رشيدا، وأصبح ولي نفسه وماله، أو تم ترشيده من قبل القاضي، أو أذن له الولي لصلاحه بالاختبار، بحيث يؤتمن على التصرف في أمواله، فترتفع عنه الولاية والوصاية ويؤول حجره¹، وتزول الولاية على المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة بزوال أسباب الحجر، فالحكم يدور مع علته وجودا وعدما، فبإفاقة المجنون عاقلا تزول الولاية عنه، وبرشد السفيه وفك الحاكم الحجر عنه، إن كان محجورا بحكمه، أو بفك الحجر عنه من قبل الولي أو الوصي، فيزول حجره وتعود إليه الولاية على أمواله، متى ظهر رشده وأمارات حرصه على أمواله، وأما ذو الغفلة فيرفع عنه الحجر إذا ظهرت خبرته واهتدى إلى الرابع من التصرفات، وعن المعتوه إذا اكتملت قواه العقلية وزال عنه تخبطه واضطرابه وغالبا ما يلحق الفقهاء المعتوه بالمجنون في الأحكام².

4- الحكم بعودة الولاية: فإذا كانت المحكمة قد سلبت ولاية الأب لأي سبب من أسباب سلب الولاية أو وقفها، كتعريض أموال القاصر للخطر، أو فقدان الأب أهليته أو الحكم عليه بالسجن، تطبقا لحكم قضائي، وآلت الولاية للأُم أو إلى الجد في حالة وفاتها أو فقد أهليتها. ثم قررت المحكمة إعادة الولاية للأب؛ بعد زوال الأسباب التي أدت إلى سلبها عنه، فإن ولاية الأم أو الجد تنتهي تلقائيا دون صدور حكم قضائي بذلك³.

1 الكساني، بدائع الصنائع، ج 07، مرجع سابق، ص 171. الدردير، الشرح الكبير، ج 04، مرجع سابق، ص 107.

الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 02، مرجع سابق، ص 166.

2 وهية الزحيلي، فقه الإسلام وأدلته، ج 06، مرجع سابق، ص 4533.

3 كمال حمدي، الولاية على المال مرجع سابق، ص 65.

وعليه فإذا عُزل الوالي - الأب أو الجد - لأي سبب مثل الفسق وسوء التصرف، فإن تاب وعادت أهليته للنظر في أموال أولاده القصر، تعود إليه الولاية وتنتهي بذلك الوصاية.

5- سلب الولاية على النفس: فإذا رأى القاضي أن مصالح القاصر مهددة بسبب عدم الأمانة أو ارتكاب الوالي لجريمة خطيرة، تؤثر على مصالح القاصر المادية والمعنوية، فإنه يحكم بعزل الوالي أو إسقاط الولاية عنه، وهو ما نصت عليه المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري والتي تناولت ارتكاب الفاحشة بين الأقارب من ذوي الأرحام والتي اعتبرها المشرع من أسباب حرمان الوالي من القيام بمهام الولاية على القصر والتي تنص على: "... ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية (و) أو الكفالة". كما يكون سلب الولاية بناء على حكم جزائي؛ لارتكاب الوالي جريمة مخلة بالحياء، يمكن للقاضي أيضا عزله بناء على حكم مدني، ويكون ذلك بطلب من النيابة العامة ومن كل ذي مصلحة، أو بأمر من قاضي شؤون الأسرة، فمن صلاحياته مراقبة الولاية على أموال القصر. وهو ما نصت عليه المادة 465 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية إذ جاء فيها أنه: "يمكن للقاضي مراقبة الولاية من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ممثل النيابة العامة أو بطلب من أي شخص تهمة مصلحة من وضع تحت الولاية"، والمادة 473 من ذات القانون حيث نصت على أنه: "إذا قصر الوالي أو الوصي أو المقدم في أداء مهامه، يتخذ القاضي جميع الإجراءات المؤقتة الضرورية لحماية مصالح القاصر بموجب أمر ولائي"، فإذا تأكد لدى القاضي المختص أن أموال القاصر أصبحت في خطر، فإنه يتخذ كل التدابير، لحماية مصالح القصر المالية، قبل فصله في موضوع عزل الوالي بأمر ولائي، غير قابل للطعن، لأولوية حماية أموال القاصر. فإن سلب ولاية الوالي على النفس، يترتب عليه سقوط الولاية على المال أو وقفها. وهو ما جاء في المادة 22 من قانون الولاية على المال، والتي تنص على أنه: " يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال". وهو ما نصت عليه أيضا المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية

الإماراتي تطبيقاً لما ورد في نص المادتين 182، 183 من القانون نفسه¹، حيث وردت فيهما حالات سلب الولاية على النفس، وكذلك تسقط الولاية بحكم القانون؛ دون حاجة لحكم آخر، ولا تعود إلا بقرار من المحكمة؛ بعد قيام الدليل على زوال الأسباب التي أدت إلى ذلك². فيترتب على الحكم بسلب الولاية على النفس، سقوط الولاية على مال القاصر بقوة القانون، ولا يمكن بعد ذلك أن يعين وصياً أو قيماً، لفقده صلاحية الولاية على أموال القاصر. فمن لا يؤتمن على نفس القاصر، فالأولى أن لا يؤتمن على ماله، لتقدم حفظ النفس على حفظ المال؛ ولأنه غالباً ما يكون السبب في سلب الولاية على النفس، ارتكاب جرائم تعرض حياة القاصر للأخطار المادية والمعنوية³. وحالات سلب الولاية وسقوط وما يترتب عنها من التزامات وحقوق هي:

- 1- الحكم بجريمة الاغتصاب أو هتك العرض حالة وقوعها على القاصر المشمول بالولاية.
- 2- الحكم على الولي بجناية ارتكبت على النفس.
- 3- المحكوم عليه بشأن جرائم مكافحة الدعارة.
- 4- المحكوم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.
- 5- المحكوم عليه بجرائم تعريض الأطفال للخطر أو الحبس أو الاعتداء الجسيم متى وقعت على أحد المشمولين بالولاية.
- 6- إذا عرض الولي للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو أخلاقه أو تربيته بسوء معاملته أو قدوته.

ويقرر الفقه الإسلامي أنه إذا فقد الولي شرطاً من شروط الولاية، يعزل عنها لتخلف الشرط. فإذا ارتد الولي مثلاً فإن ولايته تسقط لإشتراط اتحاد الدين. وقال الحنفية بعدم عزل القاضي للوصي؛ إذا كان عدلاً كفؤاً وإن عزله إنعزل لشمول ولاية القاضي الكافية، كما أن له

1 جاء في المادة 200 أنه: " يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس القاصر سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال".

2 كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، مرجع سابق، ص 19

3 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 66.

سطوة يد خصوصا على أموال القصر، فيكون عزل القاضي كعزل الموصي في حياته¹. وفرق بعض الحنفية بين وصي الميت ووصي القاضي، فأجازوا عزل وصيه، لو كان عدلا ذا كفاءة، بينما لم يجوزوا للقاضي عزل وصي الميت العدل الكفاء. وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية إلى أن للقاضي عزل الوصي إذا فسق أو أصبح غير كفاء، أما إذا كان أمينا ضعيفا فيضم إليه غيره².

وعليه إذا عزل الحاكم أو القاضي الولي أو الوصي لمسوغ يستوجب العزل تنقطع ولايته عن القاصر، وتبطل تصرفاته المتعلقة بمال القاصر المحجور.

ثانيا: انتهاء الولاية بحكم القضاء

1 - عزل الولي أو إسقاط الولاية عنه: إذا رأى القاضي أن مصالح القاصر في خطر أو مهددة بالهلاك، بسبب سوء تصرف الولي أو عدم أمانته، يحكم القاضي بعزله وإسقاط الولاية عنه، وهو ما نصت عليه المادة 5/96 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "تنتهي مهمة الوصي...5- بعزله..."، كذلك المادة 4/91 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تنتهي وظيفة الولي...4- بإسقاط الولاية عنه"، فإذا رأى قاضي شؤون الأسرة، أن الولي غير موفق في القيام بمهام الولاية على أموال القاصر ومن في حكمه، كأن يسيء التصرف في الأموال أو يهملها، أو يعهد بالإدارة إلى أشخاص غير مؤتمنين، أو أن يتصرف في الأموال

1 ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 07، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، سنة 1997، ص 522.

2 الحطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الله، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 06، دون رقم الطبعة، تحقيق عميرات زكريا، دار عالم الكتب، بيروت، سنة 2003، ص 111. الدسوقي محمد أحمد بن عرفة المالكي، دون رقم الطبعة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 2002، ص 88. الرملي، نهاية المحتاج، ج 06، مرجع سابق، ص 103. ابن قوام، المغني، ج 06، مرجع سابق، ص 146. أطفيش، شرح النيل، مرجع سابق، ج 12، ص 722.

بغبن فاحش تسلب ولايته¹.

وعليه فإنه كلما ثبت لدى المحكمة سوء تصرف الولي أو عدم حرصه على أموال القصر المشمولين بولايته، حرص الرجل المعتاد على أمواله هو، جاز للمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها.

2 - انتهاء مهام الولي أو استقالته: تنتهي الولاية بصورة عامة بزوال الأسباب التي أدت إلى وجودها، وفي الوصاية تنتهي مهمة الوصي بانتهاء المدة، إذا كانت محددة بمدة معينة، أو يتحقق الهدف من الوصاية، إذا كانت مرتبطة بأداء مهمة معينة كما هو الحال بالنسبة للوصي الخاص².

أما بالنسبة للاستقالة أو التنحي عن الولاية، فإذا طلبها الولي أو الوصي لأسباب يرى أنها تعجزه عن القيام بمهامها، فله الحق في طلبها من قاضي شؤون الأسرة، فإذا رأى ما يبررها، وأنها لا تضر بمصالح القاصر، بعد التحقيق والتثبت من أسبابها، فإنه يقبل تخليه عنها، وتؤول الولاية من بعده إلى الأم، فإن لم تكن فللجد الصحيح، وإلا فلوصيهما، أو يعين القاضي مقداً في حالة عدم وجود الوصي لرعاية أموال القاصر، وهو ما نصت عليه المادة 4/96 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء فيها: "تنتهي مهمة الوصي...4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته"، إذا كانت أسباب التخلي عن الولاية سائغة؛ كأن يكون الولي أو الوصي كبيراً في السن، أو مريضاً يعجز عن القيام بشؤونه، وبالتالي فهو يعجز عن أداء المهام المتعلقة برعاية أموال القاصر.

1 كمال حمدي، الولاية على المال الاحكام الموضوعية، مرجع سابق، ص63، احمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حماية أمام محكمة الأسرة، مرجع سابق، ص 61.

2 عيسي أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، الجزائر، ص101.

المبحث الثاني:

سلطة الولي وتصرفاته في الحجر المالي

تصرفات الولي في أموال القاصر ومن في حكمه مقيدة بالمصلحة، فتعتبر صحيحة ونافذة في حقّه، ما دامت لا تتناقض ومصالحته، وتقتضي ضبط صلاحيات الولي الشرعي باعتباره نائبا عنه، بما يوفر أكثر ما يمكن من الضمانات للمحافظة على الذمة المالية للقاصر. فتصرفات الولي في أموال القصر منها ما يشكّل خطورة على الذمة المالية يتوجب منعها، كعقود التبرعات والمنافع دون مقابل، وهناك تصرفات أقلّ خطورة كعقود المعوضات، وهو ما يوجب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول: تصرف الولي في عقود التبرعات والمنافع، والثاني: تصرف الولي في عقود المعوضات.

المطلب الأول:

تصرف الولي في عقود التبرعات والمنافع

تصرف الولي في مال القاصر مقيد بالمصلحة والمتأمل في هذه التصرفات من هبة ووصية ووقف وكفالة دين وإقرار وإبراء وغيرها، يتبين له أنها سبب بطريقة أو أخرى في حصول خروج من الذمة المالية للقاصر دون أن يقابلها دخول فيها، وهي تصرفات ممنوعة، ليس للولي القيام بها، فإن قام بها تقع باطلة. وهو ما يؤدي إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول: تصرف الولي في عقود التبرعات، والثاني: تصرف الولي في عقود المنافع.

الفرع الأول:

تصرف الولي في عقود التبرعات

وضع قانون الأسرة، قاعدة عامة لتصرف الولي في أموال القصر، وهي أن يتصرف في أموالهم تصرف الرجل الحريص، فإن ثبت عليه غير ذلك يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. وهو ما جاء في المادة 88 التي نصت على أنه: "على الولي أن يتصرف في

أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام". وهو أمر بديهي، إذ أن قانون الأسرة يشترط إذن القاضي في بعض التصرفات الأخرى؛ كالبيع والإيجار والرهن والقسمة الواردة على العقار، وبيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة وغيرها، فمن باب أولى منع التصرف في أموال القاصر على سبيل التبرع.

أولاً: الهبة من مال المحجور عليه

لم يتعرض قانون الأسرة لموضوع هبة الولي من مال القاصر، ولكن يفهم من نص المادة 88 عدم جوازها بنص المادة السابقة. وأقرّ المشرع المصري في قانون الولاية على المال عدم جواز تبرع الولي من مال القاصر واستثنى من ذلك التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي في المادة 5 إذ تنص على أنه: "لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر، إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة"¹، وقيدت التبرع بإذن المحكمة. ومنعت التشريعات العربية أعمال التبرع من أموال المحجورين². وهذا من شأنه تجنّب القاصر عدّة مخاطر في ذمته المالية، ذلك أن عبارة: "واجب إنساني أو عائلي" التي استعملها المشرع المصري في المادة 05 من قانون الولاية على المال، جاءت مطلقة وواسعة، وتحتل عدّة تصرفات وأعمال قد تضر بمصلحة القاصر، رغم تقييدها بإذن القاضي، وعليه تقدير مدى الضرورة لأداء الواجب الإنساني أو العائلي، والضرر الذي سيلحق أموال القاصر من هذا التبرع. واتفق الفقهاء على أنه ليس للولي أن يهب من مال القاصر شيئاً بغير مقابل، جاء ذلك في بداية

1 قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952.

2 جاء في المادة 67 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين أنه: "لا يجوز للولي التصرف في أموال القاصر ما لم تثبت مصلحة القاصر فيها، وذلك في الحالات الآتية: هـ- التبرع بمال القاصر أو رهنه أو إقراضه". وهو ما ذهب إليه المشرع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية في المادة 190 بنصها على أنه: "لا يجوز إقراض مال القاصر أو التبرع به أو بمنافعه فإن وقع التصرف بشيء من ذلك كان باطلاً موجباً للمسؤولية والضمان". أما المشرع المغربي فقد منع في الفصل 12 من قانون الالتزامات والعقود كل مدير لأموال القاصر القيام بأعمال التبرع من ماله، وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي في مجلة الالتزامات والعقود إذ اعتبر في الفصل 16 منها أن ما تممه الولي من قبيل التبرع المحض، يعتبر باطلاً ولو بإذن المطلوب قانوناً.

المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد إذ يقول أن: "الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء، لا يجوز لهم في مالهم معروف، لا هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق، وإن أذن الأب أو الوصي"¹. وجاءت آراء الفقهاء - في مسألة الهبة من أموال القاصر - على النحو التالي:

1 - الحنفية قالوا: ليس للولي أن يهب مال الصغير².

2 - أما المالكية فقالوا: لا يجوز للولي هبة شيء من مال الصغير في حجره³.

3 - وقال الشافعية: لا تصح هبة ولي من مال محجوره⁴.

4 - الحنابلة أيضا قالوا: إن تبرّع الولي بهبة أو صدقة، ضمن لأنه مفطر⁵. يتضح من آراء الفقهاء أنهم مجمعون على عدم جواز هبة الولي من مال القاصر من غير عوض، ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾⁶،

وقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾⁷. أي بما فيه

صلاحه وتثميّره، وذلك بحفظ أصوله وتثمير فروعه، لحفظ مال القاصر عن أسباب التلف والضياع⁸. فالولي مأمور بحسن التصرف بمال اليتيم وبما فيه مصلحته، ونهت الآية عن قرب مال اليتيم إلا بما فيه حظه أو منفعة ظاهرة، والهبة ليس فيها مصلحة للقاصر، بل هو

1 ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص 673.

2 الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص 153.

3 مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج5، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر، ص493.

4 الشرييني محمد الخطيب، المرجع السابق، ج2، ص 399.

5 البهوتي منصور بن إدريس، كشاف القناع، تحقيق هلال هلال، دار الفكر، بيروت، 1982، ص 447.

6 سورة الإسراء، الآية 34.

7 سورة البقرة، الآية 220.

8 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، المرجع السابق، ج7، ص 88.

تصرف بغير ما أمر الله به، فيكون ممنوعاً ومنهياً عنه¹، وفيه ضرر محض وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك بقوله: «لا ضرر ولا ضرار»². وقالوا أن المال الذي يهبه الولي غير مملوك له، فلا يجوز التصرف فيه، فهو ممنوع عليه، ولأنه إزالة ملك الصغير من غير عوض، فكان ضرراً محضاً، ولا حظّ فيه للصغير، فهو ينافي مقصود الولاية في حفظ المال، والتصرف بما فيه نفع يعود على الصغير³. وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الولي أو الوصي مأمور بقبول الهبة لليتم بغير عوض⁴.

وعليه فلا يصحّ للولي أن يهب أو يتصدق أو يحابي في بيعه أو شرائه أحداً، لأن ذلك مناف لمقصود الآية الكريمة، والتي يأمر فيها الله سبحانه وتعالى بعدم الاقتراب من مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن والإصلاح في الآية الثانية، غير أن الولي يقبل الهبة أو التبرع غير المقترن بالتزام أو شرط دون إذن المحكمة، إذ أن هذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً للقاصر، أما إذا كانت محملة بالتزامات أو شروط معينة فلا يجوز للولي قبولها إلا بإذن المحكمة، حتى تتحقق من مدى الفائدة التي تعود على القاصر.

ثانياً: الوصية من مال المحجور عليه

لم ينص قانون الأسرة صراحة على الوصية من مال القاصر أو الإذن بها، فالوصية من قبيل أعمال التبرع التي تسبب خروجاً من الذمة المالية للقاصر دون أن يقابلها دخول فيها، فيمكن اعتبار أن للوصية نفس حكم التبرع وهو المنع⁵. كما أن المادة 88 وضعت قاعدة عامة بالنسبة لتصرف الوالي في أموال القاصر وهو أن يتصرف فيها تصرف الرجل

1 البهوتي منصور بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص 446.

2 ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج2، ط1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، دار المعارف، الرياض، ص784.

3 النووي أبو زكريا محي الدين شرف، المجموع، ج13، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ص 347.

4 الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص 153.

5 العياضي سامي، الولاية على المال، ط1، دار محمد علي للنشر، صفاقس، تونس، 2006، ص 97.

الحريص¹. والوصية من أعمال التبرع، ويشترط لصحتها أهلية المتبرع، بأن يكون الموصي مكلفا بالبلوغ والعقل والحرية، فلا تصح هبة المجنون والمعتوه والصبي غير المميز لا منه ولا من الولي². أما الصبي المميز فقد اختلف الفقهاء في صحّة وصيته على رأيين:

الرأي الأول: اتفق الحنفية والشافعية في أرجح القولين عندهم على اشتراط البلوغ، فلا تصح وصية الصبي المميز، ولو كان المميز مأذونا له في التجارة³. ودليلهم من المعقول قالوا: أن الوصية من التصرفات الضارة ضررا محضا، إذ هي تبرع، كما أنها ليست من أعمال التجارة وهو ليس من أهلها، فلا تصح ولا تتعقد⁴.

الرأي الثاني: أجاز المالكية والحنابلة والشافعية في رواية لهم وصية الصبي المميز دون غير المميز، إذا عقل المميز القرية⁵. لأنها تصرف لا ضرر منه على الصبي، إذ سيبقى ماله على ملكه مدّة حياته وله الرجوع عن وصيته⁶.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، من أن الولي ليس له أن يوصي من مال الصبي أو أن يجيزها منه، لأن في الوصية إزالة للملك من غير عوض مالي، فالولي لا يملك إنشاء هذه التصرفات الضارة أصلا، فلا يملك الإذن بها⁷. وعليه فإن الوصية من أموال القاصر التي يقوم بها القاصر شخصيا دون موافقة الولي أو بموافقة أو التي يقوم بها الولي والتي تؤدّي إلى انتقار الذمة المالية للقاصر، هي تصرفات ضارة ضررا محضا فتقع باطلة.

1 بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص 207.

2 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، المرجع السابق، ص 7442.

3 الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ج7، ص 334.

4 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج10، ص 7459.

5 ابن رشد (الحفيد) أبو الوليد محمد بن أحمد، المرجع السابق، ج02، ص 716.

6 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج10، ص 7459.

7 الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص 153.

ثالثا: الوقف من مال المحجور عليه

نصّ المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون الأوقاف على أن: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو أذن بذلك الوصي"¹. يستشف من نص المادة أن كل وقف صدر من شخص غير راشد يعدّ باطلا مطلقا، ولو أجازته الولي أو الوصي، ذلك أن الوقف من التصرفات التبرعية التي يشترط فيها أهلية المتبرع لكونه من العقود الضارة بالقاصر. فالوقف من التصرفات التي يتضرر بها القاصر ويترتب عليها افتقار الذمة المالية للقاصر دون مقابل، فلا خلاف بين الفقهاء على أن هذه التصرفات غير صحيحة، سواء وقعت بإذن الولي أو دون إذنه أو من الولي نفسه²، وعليه فإذا وقع هذا التصرف من الولي كان باطلا، لأنه ليس فيه حظّ للقاصر، فهو من التصرفات الضارة وذلك حماية لأموال القاصرين. فعقود التبرعات لا تجوز من الولي سواء كان أبا أو وصيا، فهي من التصرفات الضارة بأموال القصر، فليس لأحد أن يهب أو يوقف أو يوصي أو يحابي محاباة تصل إلى حدّ التبرع، من أموالهم، وليس لهم إجازتها، لأن فيها إخراج لمال الصبي بلا عوض.

الفرع الثاني:

تصرف الولي في عقود المنافع

ليس للولي ولاية أصلية؛ كالأب والأم أو ولاية نيابية؛ كالوصي والمقدم القيام بجميع التصرفات في أموال القاصر، فولايته مقيدة بما فيه مصلحته وحفظ ماله، فهناك تصرفات تدخل في معنى التبرع والولي ممنوع منها؛ كالقرض والعارية والإقرار والإبراء من أموال القصر، إلا ما كان منها في مصلحة المولى عليه.

1 القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27-04-1991، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 22-05-2001.

2 ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المرجع السابق، ج5، ص 315.

أولاً: إقراض مال المحجور عليه وإعارته

1- إقراض مال المحجور عليه: تطرق قانون الأسرة إلى التصرف في أموال القصر بالإقراض أو الاقتراض في المادة 88 الفقرة 2 منه، حينما عدّد التصرفات التي يجب على الولي استئذان القاضي فيها قبل القيام بها، إذ جاء فيها: "... وعليه [الولي] أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: ... 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض ...". فللولي حق التصرف في أموال القصر، عن طريق تسييرها وإدارتها لصالح المولى عليهم ويجب أن يكون - حسب الفقرة الأولى من ذات المادة (88) - تصرفه تصرف الرجل الحريص على مصالح القصر، وكل ذلك تحت رقابة القضاء، فإذا وجد القاضي تعارضاً بين مصالح القاصر ومصالح الولي عين متصرفاً خاصاً، وهذا من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من له مصلحة وهو ما نصت عليه المادة 90 من قانون الأسرة. وقد نظمت التشريعات العربية هذه المسألة، فجاءت أحكامها بين المنع والجواز بشرط إذن المحكمة¹.

وبالتالي فإن إقراض مال القاصر المحجور عليه أو الاقتراض له، لا يتم إلا بإذن المحكمة، لتتحقق من أن الإقراض تم لشخص مأمون مليء، حتى لا تتعرض أموال القاصر للضياع، وتتحقق من وجود مصلحة في إقراضه، كما أن الاقتراض للقاصر يتضمّن تحميل

1 منعت المادة التاسعة 09 من قانون الولاية على المال المصري الولي من إقراض مال الصغير أو اقتراضه إلا بإذن المحكمة. وجاء في القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين أنه: "لا يجوز للوصي أو القيم إجراء التصرفات التالية: من أموال القاصرين إلا بناء على إذن من المحكمة أو الجهة المختصة: ... إقراض الأموال أو اقتراضها...". أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقرر عدم صحة قرض الوصي من أموال القاصرين في المادة 237 حيث جاء فيها أن: "التصرفات الصادرة من الوصي في مال الصغير والتي لا تدخل في أعمال الإدارة كالبيع والرهن والقرض ... لا تصح إلا بإذن المحكمة أو الجهة المختصة وبالطريقة التي تحددها". أما المشرع الإماراتي فقد منع الولي من إقراض مال القاصر في المادة 190 من قانون الأحوال الشخصية، إذ نصّت على أنه: "لا يجوز إقراض مال القاصر أو التبرع به أو بمنافعه" ولو بإذن المحكمة، حيث أنه لم يرد هذا الشرط إلا في الاقتراض لمصلحة القاصر، وذلك ما جاء في المادة 192، وقد بينت أنه: "لا يجوز للولي الاقتراض لمصلحة القاصر إلا بإذن المحكمة، وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية".

ذمته بأعباء مالية، فتراقب المحكمة مدى حاجة القاصر إليه¹. وفي كل الأحوال متى ما رأت المحكمة في تصرف الولي بالقرض أو الاقتراض مصلحة للقاصر أمضته، وإذا رأت فيه خطورة على أمواله أبطلته.

واتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للولي أن يقترض لنفسه شيئاً من مال القاصر، وذلك للتهمة². واختلفوا في إقراض الولي ماله للغير على رأيين:

الرأي الأول: وهو مذهب المالكية والشافعية في الراجح عندهم والحنابلة إذ يرون: أنه يجوز للولي إقراض مال القاصر لضرورة أو حاجة، وإلا فليس له ذلك³، ودليلهم عموم النصوص الواردة في عدم قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، وقرض ماله لمصلحته وحاجته هو من باب قرينة بالتي هي أحسن، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ

أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾⁴. وما جاء عن نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما: كان يزكي ويستقرض منه ويدفعه مضاربة⁵. وقالوا: بجوازه إذا دعت مصلحة ظاهرة، أو حاجة إلى إقراض ماله كخوف عليه من ضياعه، وإلا فلا يجوز له إقراضه؛ لأنه من باب التبرع، والولي ممنوع من التبرع من مال القاصر⁶.

الرأي الثاني: وهو مذهب الحنفية والشافعية في رواية لهم قالوا: أنه لا يجوز للولي إقراض مال القاصر لأحد، إذ لا مصلحة له في ذلك⁷.

1 شلبي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 796.

2 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، المرجع السابق، ج4، ص 455.

3 الشرييني محمد الخطيب، المرجع السابق، ج2، ص 117.

4 سورة الأنعام، الآية 152.

5 الدار قطني أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي، سنن الدار قطني،

ط1، ج3، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004، ص8.

6 الشرييني محمد الخطيب، المرجع السابق، ص 118.

7 السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المرجع السابق، ج14، ص 66.

إلا أن فقهاء الحنفية قالوا: أن الولي لا يملك إقراض مال الصغير، والقاضي يملك، لتمكّنه من الاسترداد متى شاء¹. ودليلهم الآية السابقة نفسها، حيث تدلّ الآية على النهي عن قربان مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، وبقرض ماله يكون قربانه بغير وجه الأحسن، وفيه مخالفة لصريح القرآن. وقالوا: أن القرض يدخل في معنى التبرع، وعقود التبرعات من التصرفات الضارة الممنوعة على الولي في مال القاصر، وذلك لأنه إزالة للملك من غير عوض². أما الاقتراض للقاصر فيجوز للولي إن دعت الحاجة إليه، مثل أن يكون القاصر في حاجة للنفقة عليه أو الكسوة أو النفقة على عقاره المتهدم، إذا كان له مال غائب يتوقع قدومه، أو ثمرة ينتظرها ليفي بها ذلك القرض، وإن لم يكن له شيء ينتظره، فلا حظ له في الاقتراض، بل يبيع شيئاً من أصوله، ويصرفه في نفقته³.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول؛ من جواز إقراض مال القاصر لحاجة أو ضرورة، وهو رأي جمهور العلماء من أنه قد تكون في الإقراض مصلحة أو حاجة ماسة، وعليه فلا يمكن المنع مطلقاً من القرض، متى اضطرّ الولي إلى ذلك.

2 – إعاره مال المحجور عليه: العارية عقد من عقود التبرع، لأن المستعير يستعمل الشيء المعار بلا عوض، ولو كان بعوض لانقلبت العارية إيجاراً، إذ الفرق بين الإيجار والعارية هو العوض، والعارية تبرع من المعير؛ لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير في مقابل استعمال الشيء المعار، وتبرع للمستعير؛ لأنه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل الاستعمال.

ولم ينظم قانون الأسرة الجزائري مسألة إعاره الولي مال من القاصر، ولم يتطرق القانون المدني إلى تصرف الولي بالإعارة من أموال القاصر، وهي تصرف ضار ضرراً محضاً، ومصلحة القاصر تقتضي منع الإعارة من أمواله، وعلى الولي أن يكون حريصاً

1 المرجع نفسه، ج3، ص 103. الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص 153.

2 أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 471.

3 النووي أبو زكرياء محي الدين بن شرف، المجموع، المرجع السابق، ج13، ص 354.

على أموال أولاده القصر، حسب ما نصت عليه المادة 1/88 من قانون الأسرة السالف ذكرها، وذلك قياسا على القرض وسائر التبرعات، وهو ما جاء في المادة ذاتها في فقرتها الثالثة¹. وقد نظمت بعض القوانين المقارنة مسألة إعارة مال القاصر فحظرت على الوصي والمقدم ذلك². ويبدو أن المشرع التونسي أعطى الحق للأب في الإعارة من أموال القاصر، لأن المنع يشمل فقط الأوصياء والمقدمين، حسب الفصل 1056 من مجلة الالتزامات والعقود، ولم يشمل المنع أعمال الاستعارة، وبهذا يمكن للولي أن يستعير من الغير أموالا على حساب القاصر، إذا رأى أن إدارة أمواله تتطلب مثل هذا التصرف، وهو لا يقل خطورة عن الإعارة، فيؤدي إلى تحميل القاصر التزامات هو في غنى عنها، تماما مثل الاقتراض للقاصر³. أما المشرع المغربي فقد منع على المقدم أو الوصي دون الأب القيام بعارية الاستهلاك، في حق المولى عليهم، أما عارية الاستعمال فاعتبرها من الأعمال التي تستوجب إذن القاضي بالنسبة للولي، سواء كان أبا أو أما أو وصيا أو مقدما⁴. وقد اختلف الفقهاء في إعارة مال اليتيم على رأيين:

1 تنص المادة 88 فقرة 03 على بعض التصرفات التي على الولي أن يستأذن فيها القاضي وتدخل في معنى العارية خاصة قرض الاستهلاك، إذ جاء فيها: «... وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: ... 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض...».

2 منع المشرع التونسي في الفصل 1056 إبرام عقد العارية في حق القاصر، فنص على أنه: "من ليس له التبرع، ليست له الإعارة، فالأوصياء والمقدمون ومن له التصرف في حق غيره ليس لهم أن يعيروا ما كان لنظرهم".

3 العيادي سامي، المرجع السابق، ص 103.

4 تنص المادة 831 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: "... وليس للأوصياء والمقدمين ومن يتولون إدارة أموال الغير أن يعيروا الأشياء التي يكلفون بإدارتها". وتنص المادة 858 على أنه: "... ليس للأب بدون إذن القاضي، أن يقرض أو يقترض لنفسه مال ابنه الذي في حجره. وإذا رخص القاضي للأب في شيء من ذلك، وجب عليه أن يأمر بكل ما يراه لازما من الضمانات التي من شأنها أن تصون مصالح القاصر صيانة تامة. ويطبق نفس الحكم على الوصي والمقدم ومدير الشخص المعنوي، بالنسبة إلى الأموال أو القيم المملوكة للأشخاص الذين يديرون أموالهم".

الرأي الأول: ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز إعارة مال اليتيم¹. ودليلهم عموم الأدلة السابقة بعدم قربان مال اليتيم إلا بالتتي هي أحسن، وبأن الإعارة تملك أو إباحة للمنفعة بغير عوض، وهي نوع من التبرع ينافي عمل الولي؛ وهو حفظ مال اليتيم ولا حظ له فيها، ولأن الإعارة قد تقوت على القاصر بعض منافع ماله، وخاصة إذا كانت الإعارة تعطيلًا للإجارة، فإن ذلك يكون تصرفًا ضارًا ضررًا محضًا فيبطل².

الرأي الثاني: ذهب الحنفية في قول لهم ورواية عن الإمام أحمد إلى جواز الإعارة من مال اليتيم استحسانًا واختاره ابن تيمية³. لقوله تعالى: ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾⁴، والمعون اسم جامع لمنافع البيت، فقد ذمَّ الله ﷻ مانع العارية، وأمر بإعطائها لمن احتاج إليها، وقيل المعروف الذي يتعاطاه الناس بينهم، وروي عن ابن عباس أيضا أن المعون هو العارية⁵. ووجه الاستحسان عند الحنفية أن الإعارة من توابع التجارة وضرورتها، فتملك بملك التجارة⁶.
التجارة⁶.

والراجع ما ذهب إليه جمهور العلماء من عدم جواز إعارة مال القاصر حفاظًا عليه من الضياع، وخاصة في زمن فسدت فيه الذمم وتناول فيه الناس على أموال اليتامى، واجترؤوا على أكل أموالهم بالباطل، فالمحافظة على أموالهم من صميم عمل الولي أو الوصي. غير أن بعض العلماء في العصر الحديث قالوا: بجواز إعارة الولي مال القاصر

1 الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص 154.

2 المرجع نفسه، ص 154.

3 ابن قدامه أبو محمد عبد الله بن أحمد، المرجع السابق، ج5، ص 354.

4 سورة المعون، الآية 07

5 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، المرجع السابق، ج10، ص 440.

6 الكساني علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص 154.

إذا كان العرف يجري بذلك، كإعارة آلة غير معدة للاستغلال، لمن جرى العرف والعادة بإعارتها إليه، لأن هذا من باب تبادل الخدمات بين الناس، فإذا أعار الولي مال القاصر اليوم، استعار له غداً، إلا إذا كانت الآلة معدة للتأجير فلا يملك إعارتها، ففي ذلك تضييع لأجرتها على القاصر¹.

وعليه فإن الإعارة من أعمال التبرع التي قد تسبب ضياع مال القاصر أو تعريضه للخطر، كما أنها قد تفوت عليه بعض منافع ماله، فهي تصرف ضار، والولي ممنوع من التصرفات الضارة بأموال القاصر.

ثانياً: الإقرار والإبراء من مال المحجور عليه

1- الإقرار من مال المحجور عليه: لم يتطرق قانون الأسرة إلى مسألة إقرار² الولي بحق على القاصر في ماله، مما يحيلنا إلى تطبيق نص المادة 222 السالف ذكرها، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، حيث أن تصرف الولي في أموال القصر مقيد بمصلحتهم وما فيه حظهم، وإقرار الولي أو الوصي في حقهم مناف لحفظ حقوقهم المالية، كما جاء في قانون الولاية على المال المصري في المادة 39 أنه: "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية: إلا بإذن المحكمة: أولاً: جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو التبعية... وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة..."³، فالأصل أن الإقرار حجة قاصرة على المقر نفسه، ولا يتعداه لغيره، إلا إذا ترتب عن إدارة الولي وتصرفاته في أموال القاصر المحجور عليه حقوق للغير⁴.

1 شلبي محمد مصطفى، المرجع السابق، ص 791.

2 عرف الفقهاء الإقرار بأنه: إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه. الكساني علاء الدين، مرجع سابق، ج7، ص 222.

3 المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال المصري، مرجع سابق.

4 العيادي سامي، مرجع سابق، ص 99.

أما إذا كان الإقرار موجها لأعمال صدرت عن القاصر ذاته أو من ولي سابق في نطاق إدارته لأموال القاصر، فهي باطلة¹. فقد جاء في الفصل 433 من مجلة العقود والالتزامات التونسية أنه: "لا يصح الإقرار إلا ممن ملك حقوقه. إقرار الوالد على ولده الصغير، أو إقرار المقدم أو الولي أو المدير لا يمضي على من هم لنظرهم إلا فيما صدر منهم شخصيا من الأعمال إلى حدّ إدارتهم..."² فمن الممكن أن يقر الولي بتسلمه لثمن منقول باعه في نطاق إدارته لأموال القاصر، أو بتسليمه حقوق كراء عقار للقاصر، فليس له الإقرار بديون على الذمة المالية للقاصر نشأت أثناء إدارة الأب أو الأم لأمواله، وذلك كله حماية لأموال القاصر. كما أن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي قد عدّد مجموعة من التصرفات التي يمنع على الوصي القيام بها، ضمّانا لحماية أكثر لأموال القاصر، ومنها الإقرار بحق على القاصر³، وهو نفس ما جاء في المادة 91 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين.

والإقرار في الأموال من الأمور الخطيرة، فهو من التصرفات التي تسبب افتقار الذمة المالية للقاصر، والولي مطالب بالتصرف في أموال القاصر بما يعود عليه بالنفع، فلا يجوز له الإقرار على الصغير بمال للغير؛ لأن الإقرار حجّة قاصرة على المقر، لا يتعدّى أثره إلى غيره⁴، ولا يجوز للوصي أيضا أن يقرّ بشيء من التركة إن كان أجنبيا عن الورثة، فإن كان وارثا جاز إقراره بحق نفسه فقط، وفي حصته، لأن إقراره حجّة قاصرة عليه، أما إن كان

1 المرجع نفسه، ص 99.

2 الجمهورية التونسية وزارة العدل وحقوق الإنسان، مجلة الالتزامات والعقود، الصادرة بالقانون 05/87 المؤرخ في 15 أوت 2005، الرائد الرسمي عدد 68.

3 نصّت المادة 225 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: «لا يجوز للوصي القيام بالأعمال التالية: ... 10- الإقرار بحق على القاصر...».

4 السباعي مصطفى والصابوني عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 64.

الإقرار بوصية، فلا خلاف على أن مدعي الوصية لا يأخذ من نصيب المقر، إلا بقدر حصته من التركة¹.

وبالتالي فإن الإقرار أمام المحاكم بحق على القاصر مهما كان شكله، يعتبر من التصرفات الضارة بأموال القصر، فيمنع الولي منها حفظاً لأموالهم.

2- الإبراء من مال المحجور عليه

لم يتضمن قانون الأسرة تصرف الولي بالإبراء² من أموال من هم تحت ولايته، ولكن يفهم من نصوص مواده المتعلقة بالولاية على المال لاسيما المادة 1/88، حيث وضعت قاعدة عامة بالنسبة لتصرف الولي في أموال القصر، فقد أوجب عليه أن يتصرف في أموالهم تصرف الرجل الحريص، وذلك بحفظ أموالهم وتنميتها تحت رقابة القضاء، فيكون مسئولا عما يلحقها من ضياع أو إتلاف بفعله طبقا لمقتضيات القانون العام.

ويمكن للقاضي استنادا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الاجتهاد في ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد أورد المشرع المغربي في المادة 271 من مدونة الأسرة التصرفات التي لا يجوز للوصي القيام بها إلا بعد إذن القاضي ومنها: التنازل عن حق للقاصر³. وجاء أيضا في قانون الولاية على المال المصري في المادة 39 أنه: "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة: ... ثالث عشر: التنازل عن الحقوق والدعاوى...⁴". ويشترط في المبرر أن يكون من أهل التبرع أي عاقلا بالغا راشدا، غير محجور عليه، ذا ولاية على الحق المبرر منه⁵.

1 المرجع نفسه، ص 127.

2 وقد عرف الفقهاء الإبراء بأنه: إسقاط شخص حقا له في ذمة آخر أو قبله. كإسقاط الدائن دينه الذي له في ذمة المدين. الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، ص 4369.

3 نصت المادة 271 على أنه: «لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على الإذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين: ... 3- تنازل عن حق أو دعوى أو ...».

4 قانون الولاية على المال المصري، مرجع سابق.

5 الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص 4374.

وقد فرّق الفقهاء في إبراء الأب المدين من دين الصغير، ما إذا وجب الدين بسببه أم لا؟ **الحالة الأولى:** إذا وجب الدين بسبب الولي للفقهاء في ذلك رأيان: **الرأي الأول** للمالكية وبعض الحنفية قالوا: يجوز أن يبرئ الأب مدين الصغير من الدين كله أو بعضه، ويكون ضامنا لهذا الدين بالإبراء، وهذا قياسا على الوكيل إذا أبرأ المشتري من الثمن، فإنه يصحّ ويضمن للموكل الثمن، إذ لا ضرر يقع على الصغير، طالما يضمن له الأب الدين أو الباقي منه¹.

الرأي الثاني: ذهب بعض الفقهاء ومنهم أبو يوسف إلى عدم جواز إبراء الأب مدين الصغير، وهذا مبني على الاستحسان، فإبراء المدين تبرع وهو لا يصحّ من الأب².

والراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، وهو جواز إبراء الأب مدين القاصر، وضمانه للدين، إذ لا ضرر يقع على مال الصغير، وقد يكون في إبراء المدين وأدائه من مال الأب، ما يحقق مصلحة الصغير، إذا كان الأب أملاً من المدين لإمكان تحقق الأداء.

الحالة الثانية: إذا وجب الدين بغير عقد أو تصرف بأشهر الأب بل بسبب آخر: فقد اتفق فقهاء الحنفية والمالكية على عدم جواز إبراء الأب للمدين، لأنه لم يتول السبب ويعدّ تبرعا فلا يجوز منه³، أما بالنسبة لتأجيل الولي الدين ففيه رأيان أيضا:

الرأي الأول: للأحناف قالوا: بعدم صحّة التأجيل لأنه يعدّ تبرعا من الأب وهو لا يملكه⁴.
الرأي الثاني: للمالكية إذ يرون أن: للأب تأجيل الدين إذا رأى المصلحة في ذلك كأن خاف ضياعه إذا استلمه ونحو ذلك⁵.

1 الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص 4373.

2 قزامل سيف رجب، المرجع السابق، ص 215.

3 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، مرجع سابق، 4374.

4 المرجع نفسه، ص 4381.

5 قزامل سيف رجب، المرجع السابق، ص 216.

والراجح أن للولي تأجيل الدين إذا كان حاجة أو ضرورة كخوف تلف المال أو ضياعه، أما إذا لم يكن حاجة فإنه يمنع على الولي التأجيل لأنه تبرع. فقد رجّح الفقهاء عدم جواز إبراء الولي مدين الصغير، أو تأجيل الدين إذا لم يكن الدين بسبب تصرفات باشرها بنفسه، فهو يعدّ تبرعا منه والتبرع ضرر محض فلا يصح. أما إذا كان الدين بسبب تصرف الولي فيجوز للولي أن يبرئ مدين القاصر من الدين كله أو بعضه، على أن يكون ضامنا للدين من أمواله¹.

وعليه فليس للولي أبا كان أو أمّا أو وصيا إبراء مدين القاصر من ديون له أو تأجيلها، لأنه تصرف ضار من قبيل التبرع، فلا يجوز للولي القيام به، إلا إذا كان فيه مصلحة للقاصر، وهذه المصلحة تقدرها المحكمة، ولذلك اشترطت أغلب القوانين التي نظمت هذه المسألة إذن المحكمة، حتى تقدر ما إذا كان للقاصر في هذا التصرف الذي يقوم به وليّه نفع ومصلحة ظاهرة أم لا؟

المطلب الثاني:

تصرف الولي في عقود المعاوضات

التصرفات المالية المتعلقة بعقود المعاوضات تترتب عليها زيادة في الذمة المالية من ناحية، ونقصان من ناحية أخرى، فالحقوق التي ترتبها تعتبر من قبيل النفع، أما الالتزامات التي تفرضها فتعد ضارة، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والرهن والارتهان والمقايضة وغيرها من عقود المعاوضات المالية، المحتملة للربح والخسارة²، وهذه التصرفات إذا كانت واردة على أموال القصر من طرف أوليائهم، في حدود الصلاحيات الممنوحة لهم شرعا

1 قزامل سيف رجب، مرجع سابق، ص (214-215).

2 قزامل سيف رجب، مرجع سابق، ص 227. جعفر محمد السعيد وأسد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر، مرجع

سابق، ص 14 .

وقانونا، تتطلب إذن القاضي، وهذا الإجراء من شأنه توفير أكثر ما يمكن من الضمانات لحماية الذمة المالية للقصر¹.

وقد عدد قانون الأسرة، مجموعة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والتي تتطلب إذن القاضي ضمن المادة 2/88 وعرفت عدة تشريعات عربية مقارنة نفس الإجراء. ويعتبر التصرف في أموال القصر بالبيع والشراء والتجارة وغيرها، من العقود التي لقيت اهتماما بالغا من طرف فقهاء المسلمين والكثير من التشريعات المتأثرة بالفقه الإسلامي، وسنتعرض فيما يلي لهذه التصرفات المالية وحدود سلطة الولي عليها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة وبعض القوانين العربية المقارنة.

الفرع الأول:

التصرف في عقار المحجور عليه

نظم قانون الأسرة التصرفات التي يقوم بها الولي وتتطلب إذن القاضي، ومن بينها مسألة بيع عقار القاصر ضمن المادة 2/88 ، في حين لم يشترط ذلك بالنسبة للمنقول، إلا إذا كان هذا المنقول يكتسي أهمية خاصة، والقاضي هو الذي يقدر الأهمية الخاصة حتى يأذن ببيعه أو لا يأذن، على أن يراعي القاضي في الإذن بالتصرف في أموال القاصر حالة الضرورة أو المصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني، لتحصيل أكبر ما يمكن من فائدة للقاصر²، وذلك ما جاء في المادة 89 من قانون الأسرة.

1 العيادي سامي، مرجع سابق، ص 107 .

2 بن ملحة الغوثي، مرجع سابق ص 208، العيادي سامي، مرجع سابق، ص 112. الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 176. الشافعي محمد، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب، 2009، ص 140.

فالولي الشرعي - سواء كان أبا أو أما وكذلك الوصي أو المقدم - يتصرف في أموال القصر بالمصلحة، وبما فيه نفع لهم وبكل حرص، وقد أعطى المشرع للوصي والمقدم نفس سلطة الولي في المادة 95 إذ تنص على أنه: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون ". وهو مخالف لما جاء في الفقه الإسلامي؛ فأغلب الفقهاء يعطون صلاحيات أوسع للأب في التصرف بأموال أولاده القصر، لكامل الشفقة والحرص، ويفرقون بين الأب والجد ووصي الأب ووصي القاضي، وهو ما سارت عليه أغلب قوانين الدول العربية، حيث أن قوانينها للأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية¹. فقد فرق القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين أيضا بين تصرفات الولي الأب والوصي فوسع على الأب لكامل الشفقة والحنو، وضيق على الوصي حماية لأموال القصر²، وألزم الوصي والقيم بالحصول على إذن من المحكمة المختصة للقيام ببعض التصرفات ومنها البيع والشراء الوارد على العقار وأي نوع من التصرفات الناقل للملكية أو الذي يرتب حقوقا عينية في ذمة القاصر³.

1 فقد جاء في المادة 4 من قانون الولاية على المال المصري: "يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها....". كما نصت المادة 14 منه على أن: " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء كان ذلك لحسابه أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك". وقد جاء في المادة 24 أيضا أنه: " لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم، أما الجد فيسأل مسؤولية الوصي". فقد أعطى المشرع المصري صلاحيات واسعة للأب، بينما قيد صلاحيات الجد والوصي بإذن المحكمة في كثير من التصرفات، فقد جاء في المادة 15 من نفس القانون أنه: " لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر، ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها ". فالأب أكثر الناس شفقة على أولاده، وأحرصهم على تأمين مستقبلهم، فكان بديهيا أن لا يحاسب عن الخطأ اليسير، كالبيع بغبن يسير، وليس ذلك للجد والوصي. أنظر المادة 240 من مدونة الأسرة المغربية. والمادة 191 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والمادة 227 من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

2 وهو ما جاء في المادتين 66 و 67 .

3 نصت المادة 91 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين على أنه: " لا يجوز للوصي أو القيم إجراء التصرفات التالية من أموال القاصر إلا بناء على إذن المحكمة أو الجهة المختصة: أ- التصرف في العقار بالبيع والشراء أو...أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني".

أما بالنسبة لقرارات المحكمة العليا والاجتهاد القضائي في مسألة تصرف الولي في عقار القاصر بالبيع والشراء، فهي قليلة حسب إطلاعي، جاء في قرار للمحكمة العليا غرفة القانون الخاص أنه: " من المقرر شرعا أنه يجب على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص وعليه أن يستأذن العدالة عند بيع عقار القاصر"¹. وفي قرار آخر لغرفة الأحوال الشخصية: " من المقرر شرعا بأنه يجب على الولي الحاضر أن يستأذن القاضي في تصرفات بيع وقسمة ورهن الأموال المتعلقة بحقوق القاصرين"². ولهذا ألزم المشرع الولي الحصول على إذن المحكمة لإجراء بعض التصرفات التي قد يكون فيها خطر على الذمة المالية للقاصر؛ كالبيع الوارد على عقار القاصر والمنقول ذو الأهمية الخاصة. واتفق الفقهاء على عدم جواز بيع وشراء الولي للقاصر إلا على النظر والاحتياط وبما فيه حظ ومصلحة، ومنع كل التصرفات الضارة بالصبي ضرا محضا³.

لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾⁴، ولقوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار»⁵. وتصرف الولي بالبيع والشراء، مما تدعو إليه حاجة الإنسان وقد يكون المال إما منقولا أو عقارا وقد يكون هذا البيع والشراء بين الولي وغيره أو بينه وبين نفسه.

فيتضح أنه يجوز للأب المعروف بحسن الرأي والتدبير والتصرف، أن يبيع أموال المولى عليهم عقارا كانت أو منقولا، أو يشتري لهم، ما دام ذلك بثمن المثل أو بغيره يسير، وهو ما يتغابن فيه الناس عادة، ولا يملك أحد نقض تصرفه، لأن ولايته تامة، كما يجوز له

1 بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلق عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، خلال أربع وأربعين سنة (1966-2010)، مرجع سابق، ص 439.

2 المرجع نفسه، ص 439.

3 الكساني علاء الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 153.

4 سورة الإسراء، الآية 34 .

5 ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج 2، ط 1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، دار المعارف، الرياض، ص 784.

أن يشتري مال الصغير لنفسه أو يبيع ماله لولده، بشرط خلوه من الغبن الفاحش، ويتم العقد بعبارته وحدها، وليس ذلك لغيره من الأولياء¹.

إلا أن الراجح من أقوال الفقهاء بالنسبة لتصرفات الوصي بالبيع والشراء هو الجواز، سواء في المنقول أو العقار، وقيدوا ذلك بوجود مصلحة وغبطة للمحجور عليه.

الفرع الثاني:

استثمار أموال المحجور عليه

تتطلب الولاية على مال المحجور عليه، استثماره وتنميته، بالاتجار فيه أو دفعه مضاربة، حتى لا ينقص أو يفنى بالنفقة منه، وإخراج زكاته في كل عام، فينفق القاصر عندئذ من ربحه وفائضه، ويحفظ أصله أو يزيد عليه.

فالأعمال التجارية من المسائل التي تحتاج إلى خبرة ودراية، وفيها خطورة على أموال القاصر، لذا حرص المشرع على ضمها إلى التصرفات التي يتطلب القيام بها الحصول على إذن القاضي؛ فقد جاء في المادة 2/88 من قانون الأسرة: "وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: 3...- استثمار أموال القاصر بالقرض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة...". كما أن المادة 11 من قانون الولاية على المال المصري المقابلة لهذه المادة قيدت الولي باستئذان المحكمة للاستمرار في تجارة آلت للقاصر، وهذا لما في التجارة من أهمية خاصة². وتراعي المحكمة في منح هذا الإذن قدرة الأب على الاستمرار فيها ومدى نجاح هذه التجارة، وعدم تجاوز حدود الإذن³. وللفقهاء في جواز الاتجار بمال المحجور رأيان:

1 شلبي محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 790 .

2 نصت المادة 11 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بإذن المحكمة وفي حدود هذا الإذن".

3 السبك صبري مصطفى حسن، الأهلية التجارية دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2011، ص 73. حمدي محمد كمال، مرجع سابق، ص 120.

الرأي الأول: للجمهور وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إذ يقولون بجواز الاتجار بمال الصغير ومن في حكمه¹، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾². دلت الآية على عدم قربان مال اليتيم إلا بالخصلة الأحسن وهي حفظه وتنميته³. وقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾⁴. دلت هذه الآية على جواز التصرف في أموال اليتامى على وجه الإصلاح، فيتاجر الولي بأموالهم بيعا وشراء ومضاربة⁵. وقوله ﷺ: « من ولي يتيما فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة»⁶، وفي رواية أخرى بزيادة « له مال ». يستفاد من الحديث: وجوب التصرف في المال لطلب الربح وأن يكون لليتيم ولي فلا يترك دون ولاية، ووجوب الزكاة في مال الصغير والمجنون ومن في حكمهم⁷. وقالوا: بأن تنمية المال بالاتجار فيه من باب الإصلاح الذي أمر الله به في القرآن الكريم، حتى تكون النفقة من فائضه وربحه، حتى يضمن نماءه وحفظ أصله. غير أن الفقهاء وضعوا شروطا للاتجار بمال القاصر ومنها: أنه على الولي أن لا يتجر له إلا في الأماكن الآمنة، ولا يدفعه إلا لأمين⁸. ويجوز

1 قزامل سيف رجب، مرجع سابق، ص235.

2 سورة الإسراء، الآية 34.

3 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، مرجع سابق، ج7، ص88.

4 سورة البقرة، الآية 220.

5 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، مرجع سابق، ج3، ص63.

6 الترمذي محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، ج1، ط1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، مكتبة المعارف، الرياض، ص125.

7 ابن حجر العسقلاني، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، شرح محمد بن صالح العثيمين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ص49.

8 ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، مرجع سابق، ج4، ص293.

للولي أن يتجر بمال الصغير بنفسه أو أن يدفعه لغيره ليتجر فيه بجزء معلوم من الربح¹.
فدل الحديث على مشروعية استثمار الولي مال المولى عليه، وتنميته بالاتجار له فيه.
الرأي الثاني: وهو للحسن البصري والصِّميري² من الشافعية، إذ يريان: أنه لا يجوز للولي الاتجار بمال الصغير، بل يشتري للمولى عليه الأرض وما فيه منفعته، إلا إذا كانت التجارة في المواضع الآمنة التي لا يخشى فيها هلاكه، وإلحاق الضرر بالمولى عليه³، واستدلوا بالمعقول حيث يمكن تجنب مال القاصر المخاطرة؛ إذ في التجارة تعريض لماله للضياع والهلاك وأن شراء العقار للصغير أو أي شيء ينفعه أو تخزين المال، هو عمل بما فيه مصلحته وأنفع من الاتجار، خاصة عند فساد الزمان وانعدام الأمن⁴.
والراجح ما ذهب إليه الجمهور من جواز الاتجار بمال القاصر لطلب الربح، لقوة أدلتهم إذ في ذلك مصلحة للصغير بنماء ماله، فتكون نفقته من ربحه وفاضل ماله فلا ينقص، ثم إن وضع إطار عام لتصرف الولي بالمصلحة، وبما فيه نفع وتجنبيه المخاطر يحفظ مال القاصر.

1 المرجع نفسه، ص293.

2 الصِّميري: هو عبد الله بن الحسين بن محمد أبو القاسم، فقيه شافعي أصولي، كان قاضياً وحافظاً للمذهب الشافعي، له عدة تصانيف منها: أدب المفتي والمستفتي، والإرشاد في شرح الهداية وغيرها.

3 الصوافي سالم بن حميد بن محمد، مرجع سابق، ص123.

4 ابن قدامه أبو محمد موفق الدين، مرجع سابق، ج4، ص264.

الباب الثاني:

أحكام الحجر ورفعها في تصرفات القاصر

الحجر على القاصر، حكم عليه بفقد الأهلية أو نقصانها، تلقائياً أو بصدور حكم قضائي، وأهم أثر من آثار الحجر على الشخص منعه من التصرف في أمواله، ومنع نفاذ تصرفاته، فينتج الحجر أثره في التصرفات القانونية، التي مناطها أهلية التعاقد؛ حيث تتعلق بالبلوغ والعقل، ويعبر عن هذه التصرفات في الفقه الإسلامي بالتصرفات العقدية، وهي لا تختلف عن الأعمال والتصرفات المادية، وهي التي يكون لها أثر في أموال القائم بها، بزيادتها ونمائها أو تبديدها وضياعها، ويظهر أثر الحجر في منع المحجور عليه من مباشرة التصرفات القانونية في أمواله، فتكون غير نافذة ولا تنتج آثارها القانونية، ما دامت علة الحجر قائمة، ولخطورة إطلاق يد القاصر ورفع القيد عنه، شدد المشرع في دفع المال إليه، وشرط لارجاع المال إليه البلوغ والعقل وتحقق الرشد وزوال العارض. ولدراسة الآثار المترتبة عن الحجر، قسمت هذا الباب إلى فصلين: أتناول في الأول: أحكام الحجر في تصرفات القاصر، وفي الثاني تطرقت إلى: أحكام رفع الحجر عن القاصر.

الفصل الأول:

أحكام الحجر في تصرفات القاصر

إذا تقرر الحجر على شخص لصغر أو لعارض من عوارض الأهلية، فإنه يصبح إما فاقدا للأهلية؛ إذا كان سبب الحجر هو الصغر أو الجنون أو العته، أو ناقصها في حالتي السفه والغفلة، ويكون الشخص غير قادر على التصرف في أمواله كلياً أو جزئياً، فينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم، طبقاً لنص المادة 81 من قانون الأسرة: "من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون". ويختلف أثر الحجر في تصرفات القاصر باختلاف سبب الحجر. ولدراسة الآثار المترتبة عن الحجر على القاصر والمصاب بعوارض الأهلية، قسمت

هذا الفصل إلى مبحثين، أتناول في الأول: أثر الإذن في تصرفات الصغير. وفي الثاني: أحكام تصرفات المصاب بعارض الأهلية.

المبحث الأول:

أثر الإذن في تصرفات الصغير

يختلف أثر الحجر في تصرفات الصغير باختلاف المراحل التي يمر بها، وتدرجه في أهليته، فيكون تصرفه باطلا مطلقا في مرحلة انعدام الأهلية، ويخضع إلى قبول وإجازة الولي الشرعي في مرحلة نقصان الأهلية عند تصرفه في عقود المعاوضات، وتصح منه النافعة، ويمنع من الضارة. وقد يأذن له الولي ببعض التصرفات على سبيل الاختبار. ولذا تطلبت دراسة هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين الأول: حكم تصرفات الصغير، والثاني: أثر إذن الولي في تصرفات الصغير المميز.

المطلب الأول:

حكم تصرفات الصغير

تصرفات الصغير تتغير حسب الأطوار العمرية التي يمر بها، فإما أن تكون باطلة لفقدانه أهلية الأداء في مرحلة عدم التمييز فلا يعتد بعبارته، وإما أن تأخذ أحكاما أخرى عندما يدخل طور التمييز؛ فيصبح له بصر عقلي، يدرك به أن البيع سالب للملك، وأن الشراء جالب له، ويخضع في تصرفاته المترددة بين النفع والضرر إلى إجازة وليه، وتجوز منه النافعة، ولا تقبل منه الضارة ولو أجازها الولي. مما يوجب تناول هذا المطلب في فرعين الأول: حكم تصرفات الصغير غير المميز، والثاني: حكم تصرفات الصغير المميز.

الفرع الأول:

حكم تصرفات الصغير غير المميز

تصرفات الصغير غير المميز باطلة فلا يعتد بعبارته، لفقدانه أهلية الأداء في مرحلة عدم التمييز، سواء كانت نافعة له نفعاً محضاً، أو ضارة به، أو مترددة بين النفع والضرر. واعتبر القانون الصبي غير المميز مجرداً تماماً من قوة التمييز، لقصور عقله وإدراكه، فلا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، وهو ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة". فإن القصر بحكم القانون خاضعون لأحكام الولاية على المال، حيث يقوم أولياؤهم بالتصرف نيابة عنهم، فقد جاء في المادة 81 من قانون الأسرة أن: "من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها، لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي، أو مقدم، طبقاً لأحكام هذا القانون". وهو ما سارت عليه القوانين العربية على الرغم من اختلافها في بداية سن التمييز¹.

وقد توافق المشرع التونسي والجزائري على اعتبار أن فترة عدم التمييز تبدأ منذ ولادة الإنسان حياً، وتمتد حتى تمام الثالثة عشر (13) من عمره، على خلاف جل القوانين العربية التي أخذت بأحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة؛ وهي اعتبار سن عدم التمييز من الولادة وحتى بلوغ الصغير سن السابعة.

فالمشرع الجزائري اعتبر جميع تصرفات الصغير عديم الأهلية باطلة، وأخضعه لنظام الولاية، فنصت المادة 82 من قانون الأسرة على أن: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه

1 جاء أيضاً في المادة 51 من القانون العربي الموجد لرعاية القاصرين: "يتولى شؤون القاصر وفق أحكام هذا القانون وليه أو وصيه أو القيم عليه..."، فينوب عنه - الولي سواء كان أباً أو أماً أو وصياً أو قيماً - في القيام بالتصرفات القانونية وإدارة أمواله، بسبب الحجر على تصرفاته. كما جاء في الفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه: "يعتبر محجوراً للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة...". فتصرفات الصغير غير المميز باطلة ولا أثر لها، ولو أجازها الولي، وهو ما نص عليه الفصل 156 من المجلة التونسية للأحوال الشخصية حيث جاء فيه: "الصغير الذي لم يتجاوز الثالثة عشرة سنة يعد غير مميز وجميع تصرفاته باطلة...".

طبقاً للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة "، وعليه يكون غير أهل للقيام بجميع التصرفات القانونية، حتى ولو كانت نافعة له، فلا يملك حتى أهلية الاغتناء بقبول التبرعات، فضلاً عن أهلية الافتقار؛ فلا يهب شيئاً من أمواله، بسبب عدم التمييز، ولا يكون لإرادته أثر¹. وعدم صحة تصرفه في هذه المرحلة وبطلانه وعدم نفاذه، هو لمصلحة الصبي وفائدته، لعدم تمتعه بالعقل والتمييز²، فجميع التصرفات الصادرة عن الصغير قبل سن التمييز تكون باطلة مطلقاً لانعدام الأهلية، والبطلان المطلق لا تصححه الإجازة³، فالعقد الباطل يعد معدوماً، فلا تلحقه الإجازة، ولا يفرق القانون في هذه التصرفات بين عقود الاغتناء؛ كقبوله الهبات والعطايا، وعقود التبرع الصادرة منه⁴.

وتثبت في ماله الحقوق التي يرتبها وليه أو وصيه، حسب الصلاحيات المخولة لكل منهما، فيجب في ماله ثمن المبيع الذي اشتراه وليه وسائر الحقوق، كما تجب في ماله نفقة الأقارب الواجبة عليه؛ كأمه وأبيه، وضمان المتلفات التي حدثت بفعله، وزكاة الأموال وزكاة الفطر⁵، فإذا كانت الأعمال الصادرة من غير المميز ضارة بالغير، أو ينشأ عنها إثراء بلا سبب لصالحه، فإنه يلزم بالتعويض في حدود ما أثرى به، على أساس تحمل تبعة الضرر الذي سببه، وليس على أساس تحميل الصغير غير المميز نتائج خطئه، لانعدام التمييز والإدراك، ولا يلزم بالتعويض إلا بما يتلاءم وحالته المالية، وهو متروك لتقدير القاضي، وهذا

1 بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2014، ص 67. وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في القانون المدني المادة 110: " ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة ". وكذلك المشرع العراقي نص في المادة 96 على أنه: " لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقاً، وإن أذن له وليه ".

2 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 675.

3 وهو ما قرره المادة 1/141 من القانون المدني المصري بنصها على أنه: " إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة ".

4 كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، المرجع السابق، ص 131.

5 محمد عبد القادر أبو فارس، الأحوال الشخصية في الأهلية، الولاية، الوصاية، الوصية، الإرث، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 7.

ما نصت عليه المادة 141 من القانون المدني: " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة، ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"، وقد أغفل المشرع الجزائري مسؤولية عديم التمييز، ولم يتناولها في نصوص القانون المدني ولا في قانون الأسرة، حيث نص فقط على مسؤولية المميز في المادة 125 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا ". فنفي عن غير المميز المسؤولية تماما، ولكنه أوكلها إلى وليه الشرعي أو متولي الرقابة، وهو ما جاء في المادة 134 التي تنص على أنه: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار". وعبر عنه بالقاصر ويشمل المجنون وكل مصاب بعاهة عقلية تعدم تمييزه، فالأصل أن يكون عديم التمييز مكفولا ومشمولا بالولاية أو الوصاية أو التقديم أو مقيما في إحدى المؤسسات المعنية بذلك، فيكونون مسؤولين عن الضرر الذي يحدثه، وتقابلها المادة 163/2 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر، بتعويض عادل، مراعى في ذلك مركز الخصوم".

ونص المشرع المصري صراحة على مسؤولية عديم التمييز، وإذا كان العكس وكانت الأعمال التي تصدر من الغير تسبب إثراء على حساب الصغير غير المميز، فيمكن له المطالبة بما أثرى به الغير على حسابه عن طريق الولي أو الوصي أو المقدم، وهو ما قرره المادة 141 من القانون المدني الجزائري: " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء". وتطابق المادة 179 من القانون المدني المصري إذ تنص على أن: " كل شخص ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر

يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص، عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد". وأجمع الفقهاء على أن التصرفات القولية الصادرة من غير المميز باطلة لفقده أهلية الأداء، التي مناطها العقل والتمييز، فلا يعتبر رضاه ولا قصده، ولا عبرة بإقراراته وخلعه وطلاقه، ولا تصح منه العقود، ولا تلحقها الإجازة، فلا أثر لها بعد وقوع التصرف¹.

وأما تصرفاته الفعلية كاتلافات الصغير غير المميز وجنایاته؛ كما لو أتلّف مال إنسان أو نفسه، فلا حجر على أفعاله فيها، فإن الأفعال إذا وقعت لا ترد، ولكن يجب فيها الضمان من ماله²، فإن كانت الحقوق تقبل النيابة لضمان ما أتلّفه بفعله، أو إعطاء أجره لمن يعمل لديه أو نفقة واجبة، فإنها تجب عليه في ماله، فيؤديها عنه وليه أو وصيه، ولا يؤاخذ بالعقوبة، لقصور معنى الجناية في فعله، وغياب القصد، بالإضافة إلى عدم قبول هذا الحق للنيابة، فلا ينوب الولي عن الصبي في العقوبة³. إلا أن الفقهاء اختلفوا في تصرف الصغير غير المميز في الشيء القليل المعروف عادة؛ كشرء خبز وتمر وحلوى، وما تعلق بالمعاش في اليسير منه على قولين:

1 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج7، ص 171. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج6، ص 4467. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص 259. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع السابق، ص 95.

2 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج7، ص 171، ص 171. أحمد محمد علي داود، المرجع نفسه، ص 260. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، المرجع نفسه، ص 96.

3 ابن جزري أبو القاسم محمد بن احمد بن محمد بن عبد الله الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، عارض كتب الشاملة، موافق للطبوع، ص 211.

القول الأول: للجمهور وهم الحنفية والمالكية والشافعية، فيرون أن الصغير غير المميز لا تصح تصرفاته سواء كانت في الكثير أو القليل، وسواء أجازته الولي أم لا¹؟

القول الثاني: للحنابلة في الرواية الراجحة عندهم يرون أنه لا يمنع الصغير غير المميز من التصرف في الشيء اليسير كبيع رغيف خبز أو شرائه².

ويرجع سبب الاختلاف في هذه المسألة، لاختلاف الفقهاء في الأساس الذي اعتمد عليه كل فريق، فمن اعتمد انعدام أهلية الصغير غير المميز؛ اعتبر كل تصرفاته باطلة، ولا فرق بين كثير أو قليل، ومنهم من اعتمد أساس حفظ أموال الصغير، فرأى أن التصرف في الشيء اليسير لا يضر بأمواله، فحكم بجوازه. وعليه فإني أرجح التسامح في الشيء اليسير، الذي يتصرف فيه الصبي عادة وعرفاً، إذ لا ضرر يعود منه على الولي أو الصغير، ويعطى للصغير فسحة التصرف والتعامل في القليل، والدربة والمران على البيع والشراء، وهو ما ينفعه في قابل أيامه.

وبالتالي فإن الصغير غير المميز لا يؤاخذ بأفعاله وأقواله سواء تعلقت بالعبادات أم بالتصرفات المدنية والجزائية، فمن حيث العبادات لا يكون مكلفاً بها لقصوره عن فهم الخطاب وانعدام أهلية الاختيار، ومن حيث التصرفات القانونية والمدنية، فإنه لا يملك مباشرة أي عمل، فتصرفاته كلها باطلة، فلا تثبت له حتى النافعة منها لانعدام أهلية أدائه، فينوب عنه وليه الشرعي في ذلك، ومن حيث جنایاته فلا يعاقب على الجرائم التي يرتكبها ولا حد

1 الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج6، ص 175. ابن عابدين محمد أمين، حاشية بن عابدين، ج4، المرجع السابق، ص504. الخطاب مواهب الجليل، ج5، مرجع سابق، ص62. ابن قدامة، المغني، ج6، مرجع سابق، ص347.

2 ابن قدامة، المغني، ج6، مرجع سابق، ص347. المرادوي، الانصاف، ج4، مرجع سابق، ص268. محمد ماجد عتر وأحمد الحجى الكردي، المفصل في الفقه الحنفي الأموال والمعاملات المالية، وفق معطيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، مكتبة دار المستقبل، حلب، سوريا، ط1، 2005، ص 133.

عليه، ولكن تجب الدية في ماله أو على عاقلته، ويجب عليه ضمان ما أتلفه بفعله، وما تسبب فيه من أضرار للغير، ولا يحرم من الإرث بسبب قتل مورثه لسقوط المؤاخذة عنه¹.

ورغم القول ببطلان تصرفات الصبي غير المميز، إلا أنه يمكن التسامح في التصرفات البسيطة، المتعلقة بالحياة اليومية مما اعتاد عليه الناس، ك شراء الحلويات والأقلام والشياء اليسير الذي لا ضرر منه عادة وعرفا.

الفرع الثاني:

أثر الحجر في تصرفات الصغير المميز

الصغير المميز محجور عليه في التصرفات المالية لوليه الشرعي، وقد أخذ المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي، من خلال تقييد تصرفه، لتوفير الحماية اللازمة لأمواله، ووضع ضوابط وشروط محددة لتسليم المال إليه، وتنقسم تصرفات الصغير المميز حسب تأثيرها في الذمة المالية له إلى: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وأخرى مترددة بين النفع والضرر.

أولاً: أثر الحجر في التصرفات الضارة

التصرفات الضارة: هي التي تؤدي إلى افتقار الذمة المالية للقاصر، فتسبب خروج المال من ذمته دون عوض أو منفعة، ومصالحته تقتضي بطلانها مطلقاً، فيعتبر القاصر عديم الأهلية في حالة قيامه بهذه التصرفات، كالهبة والقرض وكفالة الدين وإبراء المدين²، فتقع منه باطلاً ولو أجازها الولي، لأن ما صدر باطلاً لا ينقلب صحيحاً، والولاية مشروطة بالمحافظة على مصالح المولى عليه، وهو ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني

1 أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ج2، ص 796.

2 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 133. سالم بن حميد بن محمد الصوافي، المرجع السابق، ص 43.

تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، فإذا لم يملك الولي أو الوصي ذلك ابتداء، فالأولى أن لا يملكه انتهاء¹، ثم أن الصبي المميز لا يمكنه إجازتها بعد بلوغه سن الرشد لوقوعها باطلة منذ صدورهما، فإذا كان العقد باطلا ابتداء فلا تصححه الإجازة انتهاء².

وقد نصت المادة 30 من قانون الأوقاف على بطلان وقف الصبي باعتباره تصرف ضار ضررا محضاً، إذ جاء فيها: "وقف الصبي غير صحيح مطلقاً سواء كان مميزاً أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"، فحتى يكون الوقف صحيحاً يشترط القانون كمال الأهلية وتمتع الشخص الواقف بكامل قواه العقلية، وهو ما نصت عليه المادة 215 من قانون الأسرة: "يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقاً للمادتين 204 و 205 من هذا القانون"، ومن الملاحظ وقوع خطأ في الإحالة من قبل المشرع حيث أن المادة 203 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه". هي التي تشترط البلوغ وسلامة العقل لصحة انعقاد الهبة، وليس المادة 204 التي تتناول الهبة في مرض الموت وبالتالي صحة التصرف في المال بالوقف.

1 محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 23.

2 جاء في المادة 102 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة"، والمادة 97 من القانون المدني العراقي، والمادة 156 من قانون الأحوال الشخصية التونسي، والمادة 111 من القانون المدني المصري.

وهو ما اتفقت عليه قوانين الدول العربية¹، وعليه فإن التصرفات الضارة ضررا محضا، والتي تؤدي إلى افتقار الذمة المالية للقاصر دون عوض، تقع منه باطلة بطلانا مطلقا، تماما مثل تصرفات عديم التمييز، ولا تصححها إجازة الولي أو الوصي أو المقدم، ولا الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد.

واتفق الفقهاء على أن تصرفات الصغير المميز الضارة ضررا محضا باطلة بطلانا مطلقا، ولا تنتج آثارها في حقه ولا تكون نافذة²، كهبته دون عوض، وصدقته على المحتاجين وأوقافه في وجوه البر، لا ينفذ منها شيء لما فيها من ضرر، حتى ولو أقرها وليه؛ لأن الولاية جعلت لتحقيق المصلحة وجلب النفع ودفع الضرر، لا لإتلاف المال وضياعه، فلا يجوز للصبي المميز تقديم الهدايا وإبراء المدين والإقرار بالديون، فهي تصرفات باطلة، ولا تنفذ ولو أجازها الولي؛ لأنه لا يملكها ابتداء³، جاء في المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية: " ولا يعتبر تصرفه [الصغير المميز] الذي في حقه ضرر محض

1 على سبيل المثال لا الحصر القانون المدني المصري في المادة 111 حيث نصت على: "... وباطلة [تصرفات الصغير المميز] متى كانت ضارة ضررا محضا "، وكذلك جاء في المادة 97 من القانون المدني العراقي: "... ولا يعتبر تصرفه [الصبي المميز] الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذن وليه أو أجازته". وهو أيضا ما جاء في الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "... وباطلة متى كانت من قبيل الضرر المحض... "، وفي مدونة الأسرة المغربية نصت المادة 225 على أنه: "... 2- تكون باطلة [تصرفات الصغير المميز] إذا كانت مضرّة به "، وهو ما جاء في وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 146: "... ب- تصرفات الصغير المميز المالية... وباطلة متى كانت ضارة به ضررا محضا".

2 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج7، ص 171. الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 5، ص 60. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 255. الأبياني محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج 2، ص 202.

3 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج7، ص 171. الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المرجع السابق، ج 5، ص 60. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج8، ص 255. الأبياني محمد زيد، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج 2، ص 202. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص 200. الغرياني، مدونة الفقه المالكي، المرجع السابق، ج 3، ص 659.

وإن أذنه بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً..."، فلو أبرأ الصبي المميز شخصاً من دراهم له في ذمته، فلا عبرة بهذا الإبراء فهو باطل؛ كالهبة والصدقة، ولا تلحقه الإجازة، فلو أجازها الصبي بعد بلوغه، لا تصح إجازته فالتصرف الباطل لا يقبل الإجازة، فلا تصححه ولا تلحقه، وله أن يجدد التصرف أو العقد بعد البلوغ¹. وقد اعتبر الفقهاء طلاق الصغير لزوجته، من قبيل التصرفات الضارة لخسارة المهر وتبعات الطلاق، فحكموا ببطلانه لتقويت منافع الزواج².

وقد استثنوا من التصرفات الضارة في أموال القاصر: إقراض القاضي مال الصغير، رغم كون القرض يدخل في معنى التبرع، لصونه مال اليتيم الصغير من الضياع، وهو خير من إيداعه؛ لأن الوديعة لا تضمن عند هلاكها في يد المودع لديه، في حالة عدم تقصيره في حفظها أو تعديه، وهذا خلافاً للقرض فإنه مضمون في كل الأحوال، فلا يخشى على مال القرض إذا تولى إقراضه القاضي بما له من سلطة وسطوة³.

واختلف الفقهاء في حكم وصية الصغير المميز، فأجازها الإمام الشافعي في أوجه البر أي أن تكون في قربه، لأنه لا يلحق الصغير منها ضرر باعتبار أن تنفيذها يكون بعد وفاته⁴، وحكم الحنفية ببطلان الوصية باعتبار ضررها بمصالح الورثة، وأنها شرعت للبالغ العاقل المكلف لنيل الثواب وتدارك ما فاته وجبر التقصير في الطاعات والواجبات، والصغير غير مكلف شرعاً فلا يحتاجها، وفي العدول عنها لصالح الورثة منفعة له، وترك المنفعة ضرر محض، فلا تجوز وصيته⁵.

1 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ج 2، ص 677.

2 أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 804.

3 أحمد مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص 805.

4 الغرياني عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي، ج 3، المرجع السابق، ص 660. أحمد مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 805.

5 أحمد مصطفى الزرقا، المدخل للفقه للإسلامي، المرجع السابق، ص 806.

والراجح أن تكون الوصية موقوفة على إجازة الورثة لا باطله، وهو المعروف في التصرفات الضارة بحقوق الغير أو إجازته هو بعد البلوغ، فتكون منشأة من جديد، لأنها لو كانت باطلة فلا تلحقها الاجازة، وكان الأفضل توقفها على إجازة الورثة¹.

ثانياً: أثر الحجر في التصرفات النافعة

التصرفات النافعة هي التي يترتب عليها اغتناء الذمة المالية للقاصر، دون أن تحمله أي التزامات؛ كقبول الهبات والمنح وسائر التبرعات، ففيها تمليك دون مقابل أو عوض، فهذه التصرفات تتعقد صحيحة، فأهلية أداء الصبي المميز فيها تكون كاملة، وهذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له"، ويفهم من عبارة هذا النص؛ أن هذه التصرفات تتعقد صحيحة نافذة، أي أنها ترتب آثارها المقصودة منها، دون حاجة إلى الإجازة من أحد، وسن التمييز حسب نص المادة 2/42 من القانون المدني الجزائري هو 13 سنة: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، وبمفهوم المخالفة فإن كل من بلغ ثلاث عشرة سنة يكون مميزاً. وعليه فإن التصرفات التي يبرمها القاصر المميز، والتي تكون نافعة له تتعقد صحيحة منتجة لآثارها دون توقف على إجازة وليه الشرعي، كما أن القانون المدني لم يتطرق إلى تقسيم تصرفات الصبي المميز ولا لأحكامها بل أحال على قانون الأسرة، جاء ذلك في المادة 79 من القانون المدني الجزائري: " تسري على القصر وعلى المحجور وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها، قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة ".

أما القانون المصري فقد وضح ذلك وأعطى أحكام تصرفات القاصر المميز في المادة 111 : " 1- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضاً...". وهو ما جاء به القانون المدني القطري في المادة 111 أيضاً: " 1-

1 أحمد مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ص 806.

التصرفات المالية للصبي المميز تكون صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا...". أما مدونة الأسرة المغربية فجاء في المادة 225 النص على أنه: " تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية: 1- تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا...". وهو ما جاء أيضا في المادة 146 من وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية: "ب - تصرفات الصغير المميز المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا...". وهو ما ورد في الفصل 2/156 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " والصغير الذي تجاوز الثالثة عشرة مميزا وتصرفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض...". وبالتالي فإنه لا يحجر على الصبي المميز في التصرفات النافعة له نفعا محضا، ولا يكون للحجر أثر فيها؛ لكونها سبب في تملك القاصر مالا أو حصوله على منفعة دون تحميله أي التزام، فلا تحتاج إلى إجازة ولي أو وصي، ولا مصلحة في ردها أو إبطالها.

واختلف الفقهاء في حكم تصرفات الصبي المميز النافعة نفعا محضا؛ كقبول الهبة أو الهدية على ثلاثة أقوال: الأول للحنفية قالوا: بصحة هذه التصرفات بشرط إجازة الولي¹. ويستندون في ذلك على جواز البيع والشراء، وتوفر العقد لانجازه، وحيث أن الأهلية شرط لانعقاده والصبي المميز ناقص الأهلية، فيقوم مقامه الولي في إجازتها².

القول الثاني: للحنفية والمالكية قالوا: أن التصرفات النافعة نفعا محضا للصبي المميز صحيحة، ولا تحتاج إلى إجازة الولي؛ لتحقق مصلحة الصغير³. ففاس القائلون بصحة تصرفاته دون حاجة للإجازة من الولي، على اكتساب المباحات، لتحقق النفع التام؛

1 ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 8، ص 171

2 البهوتي، كشاف القناع، ج 3، مرجع سابق، ص 443.

3 الحطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 6، ص 25. الكساني، البدائع، مرجع سابق، ج 7، ص 171.

كالاصطياد وقبول الهبة والصدقة والاحتطاب والالتقاط، وهي محل اتفاق بين العلماء في جواز التصرف فيها من قبله، فيجوزون قبول التبرعات، وما يدخل في معناها¹.

القول الثالث: للشافعية قالوا: أن الصبي المميز لا تصح منه هذه التصرفات فهي باطلة وإن أذن بها الولي². ويستدلون بالمعقول، على عدم صحة التصرفات النافعة من الصبي المميز وبطلانها ولو بإذن الولي، حيث أنه محجور عليه لوليه فيلزم من ذلك منعه من كل التصرفات المالية في حياته، حتى ينفك عنه الحجر بالبلوغ والرشد³.

يتضح أن الاختلاف بين الفقهاء، مبناه اختلافهم في تكييف تصرف الصبي المميز، فمنهم من نظر إلى أساس الأهلية، حيث أنها ناقصة لديه، وبالتالي فتصرفاته لاغية؛ سواء كانت ضارة أو نافعة ولا عبرة بها، ومنهم من نظر إلى النفع الذي تحققه هذه التصرفات للصبي ويعود عليه فأجازها، وأرجح القول بصحة تصرفات الصغير المميز ونفاذها بعد إجازة الولي لها؛ لأن الولي في الغالب يراعي مصلحة الصبي، فيكمل إرادته في التصرفات، فقد تنطوي على حيلة أو غش يخفى على الصبي المميز، فوجب اطلاع الولي على هذه التصرفات لإجازتها أو ردها.

ثالثاً: أثر الحجر في التصرفات المترددة بين النفع والضرر

التصرفات التي تحتل النفع وتحقيق المصلحة المالية للقاصر بزيادة ذمته المالية، كما تحتل الضرر بتحميله الالتزامات دون مقابل، أو بأن تقوت عليه مصلحة، أو تجعله يخسر نتيجة لذلك التصرف، كالبيع والشراء والتجارة والإيجار والمقايضة وغيرها من عقود

1 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 6، مرجع سابق، ص 173. الكساني، البدائع، ج 7، مرجع سابق، ص 171. الخطاب، مواهب الجليل، ج 6، مرجع سابق، ص 25.

2 النووي، المجموع، ج 9، مرجع سابق، ص 142. الشرييني، مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 397.

3 الشرييني، مغني المحتاج، ج 2، ص 397. الكساني، البدائع، ج 7، مرجع سابق، ص 171.

المعاوضات المالية¹، هذه التصرفات عبارة الصبي المميز صالحة لإنشائها، لما فيها من توافر القصد إلى معانيها، فيملك الصبي المميز مباشرة هذا النوع من التصرف ويصح منه، لوجود الإرادة في إنشائها، لكنها وليدة عقل فيه نقص وإرادة بها ضعف، فلا يستقل الصغير فيها برأيه، بل ينضم إليه رأي ممثله الشرعي، لإجازتها إذا كان فيها نفع أو ردها إذا كانت ضارة²، فإذا باع الصغير المميز شيئاً من ملكه بغبن فاحش، كان هذا البيع باطلاً، ولا تصححه إجازة الولي، لأن إجازة هذا النوع من التصرفات تكون ممن يملك إنشاءها ابتداءً، والولي لا يملك إنشاءها إذا كانت ضارة أو بغبن فاحش، فلا تنفذ بإجازته انتهاءً.

واعتبر المشرع الجزائري هذه التصرفات موقوفة النفاذ، بمعنى أن التصرف صحيح، تام الأركان، إلا أنه غير منتج لآثاره، حتى يجيزه الولي أو الوصي أو المقدم خلال فترة الولاية، أو يجيزه الصبي المميز عند بلوغه سن الرشد، أو يرد من قبل الولي الشرعي³، جاء ذلك في المادة 83 من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، فيتضح من هذا النص أن المشرع أخذ بفكرة العقد الموقوف الذي جاء به الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأساسي لقانون الأسرة، وهذا عكس ما ذهب إليه القانون المدني، الذي اعتبر العقد الذي يبرمه ناقص الأهلية قابلاً للإبطال أو الإجازة، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في القانون المدني، والذي أخذه عن المشرع الفرنسي، ورغم

1 محمد سعيد جعفرور وأسعد فاطمة، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، درا هومة، ط 3، 2009، ص 14.

2 علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص 265.

3 قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة الفكر، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 7. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، 16. بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، مرجع سابق، ص 76.

ذلك فإن المشرع الجزائري يبدو مضطرباً وغير واضح، فرغم إحالته إلى قانون الأسرة بنص المادة 79 والتي جاء فيها: " يسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة "، إلا أنه اعتبر نقص الأهلية من أسباب قابلية العقد للإبطال، إلى جانب الأسباب الأخرى، وهو ما تضمنه نص المادة 1/101 من القانون المدني والتي تقضي بسقوط الحق في طلب إبطال العقد بسبب نقص الأهلية، بمضي خمس سنوات، من يوم زوال السبب إذ جاء فيها: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب...". وقد كانت قبل التعديل بالقانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 عشر (10) سنوات.

وعلى العكس من ذلك كان المشرع المصري أكثر وضوحاً في تناول تصرفات ناقص الأهلية المترددة بين النفع والضرر، إذ نص في المادة 111 على أن: " ... 2- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون"، وهناك فرق بين العقد الموقوف والقابل للإبطال، فالعقد الموقوف: هو عقد صحيح، ولكنه غير نافذ، ولا ينتج آثاره، حتى يجاز من قبل من له حق الإجازة، فإن لم يجزه يصير باطلاً، أما العقد القابل للإبطال: هو عقد صحيح نافذ يترتب آثاره، طالما لم يتقرر بطلانه، إلا أن العاقد الذي خوله المشرع حق إبطاله، يمكنه المطالبة بإبطاله، فوجوده مهدد بالزوال، فإذا لم تقم دعوى بإبطاله، أو تم التنازل عنها، أو انقضت المدة المقررة قانوناً للمطالبة بإبطاله استقر نهائياً¹، وفي هذه الحالة يحتاج إبطال التصرف بموجب القانون المصري والجزائري إلى صدور حكم يقضي به، كما

1 محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية، مرجع سابق، ص 27. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها وأحكام التصرف عن الغير، مرجع سابق، ص 74.

أنه يمكن للمتعاقد مع ناقص الأهلية التصرف في محل العقد، وهلاك محل العقد يسبب إشكالات في حالة المطالبة بإبطال العقد، ورجوع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد، وهو ما نصت عليه المادة 103 من القانون المدني الجزائري: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله..."، فيعتبر العقد باطلاً بعد تقرير البطلان، كأن لم يكن، ويلزم إزالة ما ترتب عنه من آثاره.

أما إبطال العقد بناء على القوانين التي أخذت بفكرة العقد الموقوف المقرر في الفقه الإسلامي، كالقانون اليمني¹ والأردني² والإماراتي³ والعراقي⁴؛ فإنه لا يحتاج إلى صدور حكم بإبطاله، فيكفي فيه عدم الإجازة ممن له حق الإجازة، أو عدم إجازة الصبي المميز بعد بلوغه ورشده. وإذا كان الأصل في التصرفات المترددة بين النفع والضرر، الصادرة من ناقص الأهلية وهو هنا الصبي المميز، قابلة للإبطال أو موقوفة على إجازة الولي، فإن بعض القوانين يمنح الصغير المميز أهلية التصرف، استثناء في ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه من أموال، لغرض شراء حاجياته اليومية والنفقة، فيصح تعاقد المتعلق بهذه الأموال، وهو ما نصت عليه المادة 61 من قانون الولاية على المال المصري: " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط"، وهو يناسب الواقع العملي، ويمنح الآخرين الثقة في التعامل مع ناقص الأهلية.

1 تنص المادة 60 منه على أن: " تصرف ناقص الأهلية غير صحيح وتصرف ناقص الأهلية يعتبر موقوفاً على الإجازة...".

2 حيث تنص المادة 118 على أن: " تصرفات الصغير المميز... أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له فيها التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد".

3 تنص المادة 159 على أن: " التصرفات المالية للصغير المميز... أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداءً أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد".

4 تنص المادة 1/97 على أنه: " يعتبر تصرف الصغير المميز... أما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً...".

وعليه فإن تصرفات ناقص الأهلية المترددة بين النفع والضرر الواردة على أمواله هي تصرفات موقوفة - في الفقه الإسلامي والقوانين التي أخذت به - على إجازة الولي الشرعي للقاصر المميز، أو إجازته هو نفسه بعد اكتمال أهليته، وهي قابلة للإبطال لصالح القاصر المميز في الفقه القانوني الغربي والقوانين المستمدة منه؛ كالقانون الجزائري والمصري والقطري¹.

يعتبر المشرع الجزائري تصرف القاصر المميز قابلاً للإبطال تارة في القانون المدني، وأخرى يعتبره موقوفاً على إجازة الولي في قانون الأسرة، وبذلك يأخذ تصرف ناقص الأهلية المترددة بين النفع والضرر حكماً مزدوجاً، وهما مختلفان كما سبق وأن بيننا، وكان من الأجدر توحيد حكم التصرف الدائر بين النفع والضرر، باتجاه مصلحة القاصر المميز، وأرى أنه من الأنسب الأخذ بفكرة الفقه الإسلامي في اعتبار التصرف موقوفاً على الإجازة، فقانون الأسرة استقى أحكامه من الفقه الإسلامي، وهو المصدر المادي له، ومنه اقتبس المسائل الموضوعية. كما أنه في المادة 83 من قانون الأسرة، لم يتطرق إلى إجازة القاصر المميز للتصرف بعد بلوغه سن الرشد. وأن المدة الممنوحة لطلب إبطال العقد في القانون المدني طويلة لا تخدم استقرار المعاملات المالية وخاصة التجارية، التي تتطلب الثقة والضمان

1 تنص المادة 2/111 على أنه: " ... 2 - ومع مراعاة ما تقضي به النصوص التالية، تكون التصرفات المالية للصبى المميز الدائرة بحسب أصلها بين النفع والضرر قابلة للإبطال لمصلحته، إلا إذا أجازها من له ولاية إجراءاتها عنه ابتداءً أو المحكمة بحسب الأحوال، أو أجازها الصغير بعد بلوغه سن الرشد، وذلك وفقاً للقانون "

والسرعة، فالقانون المدني بعد التعديل جعلها 05 سنوات¹، بعد أن كانت 10 سنوات ورغم ذلك فهي طويلة، فأصبح من الضروري تغييرها إلى سنة أو سنتين على الأكثر، تبدأ من يوم بلوغ القاصر سن الرشد، لرد التصرف أو إجازته، بعد اكتمال أهليته، وبالنسبة للولي تبدأ من يوم علمه بالتصرف الذي أجراه القاصر، إذ لا مسوغ لبقاء العقد موقوفاً كل هذه المدة، وعليه فإنه من المصلحة والفائدة للقاصر المميز أن يكون العقد الذي يبرمه موقوفاً غير نافذ؛ حتى يجيزه وليه الشرعي، أو يجيزه هو بعد اكتمال أهليته، لا أن يكون نافذاً قابلاً للإبطال، حتى يطالب وليه أو يطالب هو بإبطاله بعد رشده، فيمكن أن يتضرر جراء تنفيذ العقد.

وهناك مسألة أخرى تتعلق بزواج القاصر، وتصرفاته بمقتضى أهلية زواجه، في الحقوق والالتزامات التي تترتب عنه، والنقاضي وما ينجر عنه، من رفع الدعاوى وتقديم الطعون والاستئناف، والتصرف في المهر والنفقة وكل ما تعلق بالزواج وآثاره. وهو ما نصت عليه المادة 2/7: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". وهو أيضاً ما نصت عليه المادة 60 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال المصري إذ جاء فيها: "إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة، ما لم تأمر المحكمة

1 تنص المادة 101 على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال (5) سنوات..."، بالنسبة للقانون المصري جعلها ثلاث سنوات المادة 140: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات..."، وقد جعلها القانون المدني اليمني أيضاً ثلاث سنوات حيث تكون التصرفات المترددة بين النفع والصادرة من ناقص الأهلية موقوفة على الإجازة، إلا أنها تعد نافذة إذ مرت ثلاث سنوات بعد بلوغ القاصر المميز سن الرشد ولم يبطلها أو يقرها في حالة عدم وجود مانع، إذ تنص المادة 200 من القانون المدني اليمني على أنه: "لا تسمح الدعوى بإبطال العقد أو نقضه بعد مضي ثلاث سنوات مع عدم وجود مانع أو جهل بسبب البطلان، وتبدأ المدة بالنسبة للصغير من يوم بلوغه رشيداً وبالنسبة لناقص الأهلية غير الصغير من يوم زوال سبب ذلك..."، أما بالنسبة للقانون المدني السوري فقد جعلها سنة واحدة وهو ما نصت عليه المادة 1/141: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال سنة واحدة".

بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق"، وهذا ما سارت عليه كثير من التشريعات العربية، إذ أنها ترشد القاصر، وتثبت له الأهلية في الزواج فيتصرف بموجبها في المهر والنفقة التي يؤديها لزوجته بالتراضي، أو بحكم القضاء ونفقة العدة والمتعة في حالة الطلاق، وهو أيضا ما تضمنه الفصل 2/153 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، إذ جاء فيه: "... وزواج القاصر يرشده، إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره، فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية". كما يمكن للقاصر المميز التصرف فيما يدفع له من نفقة، وهو من الضرورات العملية في تعامله مع الناس، مما يجعلهم مطمئنين إلى صحة تعاملاته المالية معهم¹، ومن ثم يكون مؤهلا فيما يدفع إليه من مال لأغراض النفقة، وهو ما جاء في المادة 61 من قانون الولاية على المال أيضا فنصت على أنه: " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط"، وعليه يكون التزامه صحيحا في حدود هذا المال المعطى له، ويكون أهلا للإدارة والتصرف.

وقد أخذت القوانين العربية أحكام التصرفات المترددة بين النفع والضرر عن الفقه الإسلامي الذي يعتبرها موقوفة على نظر الولي وإجازته، فإن رأى فيها مصلحة للصغير أمضاها وإلا ردها²، فهي تصرفات صحيحة من الصغير بما يملك من إدراك وتمميز، ولنقصان أهليته تتوقف على رأي وليه، فإن رأى أن نفعها أكثر من ضررها أجازها، فتصبح نافذة، وإن قدر أن ضررها أكبر، لم يجزها، فتكون باطلة³، وهو قول جمهور الفقهاء من

1 كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، مرجع سابق، ص 53. كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 148.

2 الغرياني عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 659. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 677.

3 محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 800. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، مرجع سابق، ص 678. محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 455.

الحنفية والمالكية ورواية عند الحنابلة¹، ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا

بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَكُلُوهَا إِسْرَافًا

وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا^ع﴾²، ففي الآية دليل على وجوب ابتلاء واختبار اليتامى، ولا يتم

الاختبار إلا بالبيع والشراء وحفظ المال، ولا يتحقق إلا بالإذن له بالتجارة من قبل الولي

وإجازة تصرفه أو منعه³، ومن المعقول قالوا: أن الصغير المميز، يصبح قادرا على التفريق

بين الخير والشر والنفع والضرر، ويقدر مصالحه، فلا معنى لإلغاء عبارته كلية، وإلا فإنه

بهذا يلحق بالعماوات⁴. ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ

الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا⁵﴾،

ففي الآيتين نهي عند دفع المال للصغير قبل توفر الشروط المنصوص عليها في الآيتين:

وهي البلوغ والرشد، فالصبي يعتبر من السفهاء، فلا يحسن التصرف في ماله على الوجه

الصحيح، وتصحيح تصرف الصبي بالإجازة يستلزم دفع المال إليه قبل بلوغه ورشده وهو

منهيه عنه⁶، ومن المعقول أن الصغير في هذه المرحلة ليس أهلا للتصرف لنقصان أهليته،

1 الكساني، البدائع، ج 7، مرجع سابق، ص 171. الخطاب، مواهب الجليل، ج 5، مرجع سابق، ص 62. ابن قدامة،

المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 347.

2 سورة النساء، الآية 6.

3 أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، ج 2، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب

العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م، ص 78.

4 الكساني، البدائع، ج 7، مرجع سابق، ص 171. النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع، ج 9، مرجع

سابق، ص 145.

5 سورة النساء، الآية 5.

6 أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب أو التفسير

الكبير، ج 9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1420هـ، ص 497.

والولي إنما جاء لحفظ المال لا للتصرف فيه¹، ويرجع سبب الاختلاف حول مدى صحة تصرف الصبي من عدمه إلى الاختلاف في تأويل النصوص، فمن قال بصحة تصرف الصبي استند إلى أن الإبتلاء المذكور في الآية لا يتحقق إلا بممارسة بعض المعاملات المالية، ومن قال بعدم الجواز استند إلى أن دفع الأموال لليتامى لا يكون إلا بعد البلوغ وإيناس الرشد، لانعدام أهليتهم قبل ذلك، فتبطل تصرفاتهم.

والراجح قول الجمهور بصحة تصرف الصبي المميز، بعد إجازة الولي له، فالآية التي أوردها أصحاب هذا الرأي فيها دلالة واضحة على انتظار بلوغ الصغير ورشده لدفع الأموال إليه، وقبل البلوغ فإن الولي يقوم باختبار الصغير وذلك بالسماح له بإجراء بعض المعاملات المالية، فيجيز ما يرى فيه مصلحة له ويرد ما يضره. ووجود الولي الذي يتمتع بالشروط الكافية للولاية، والحرص الشديد على مصالح الصبي بحفظ أمواله فيجيز المعاملات التي يرى فيها النفع له ويرد التصرفات التي تلحق به الضرر.

المطلب الثاني:

أثر إذن الولي في تصرفات القاصر المميز

الإذن: السماح والإجازة في حق التجارة للصغير المميز، بإسقاط الحجر عنه²، وهو أيضا: فك الحجر في التجارة وإطلاق التصرف وإسقاط الولي حق المنع من التصرف للقاصر³. وسأقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول: أثر إذن الولي في تصرف الصغير المميز قانونا، والثاني: أثر إذن الولي في تصرف الصغير المميز فقها.

1 الشرييني شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشرييني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 300. ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 548.

2 الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، ج 5، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1313 هـ، ص 204.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص 4486.

الفرع الأول:

أثر إذن الولي في تصرف الصغير المميز قانونا

الصبي المميز يخضع قانونا وشرعا لأحكام الولاية، فإما أن يكون له ولي أو وصي يدير شؤونه، ويرعى مصالحه المالية، وفي حالة عدم وجودهما يحجر عليه من طرف المحكمة بتعيين مقدم يتولى إدارة أمواله، وهو ما حكمت به المادة 104 من قانون الأسرة الجزائري: " إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدا لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون ". وتصرفات الصبي المميز في هذه المرحلة؛ إما نافعة نفعا محضا، فهي جائزة منه دون حاجة إلى إذن الولي الشرعي، وإما ضارة به ضررا محضا وهي باطلة ولو أجازها الولي، وإما مترددة بين النفع والضرر، فتكون موقوفة على إذن الولي، بنص المادة 83 من قانون الأسرة: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ". والمقصود بالإذن بالتصرف: هو إزالة الاعتراض عن القاصر المميز في مزاوله التجارة وغيرها من التصرفات القانونية، وإسقاط حق الولي في إجازتها، وهو ما نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك ".

ويتحقق الإذن من الولي إما صراحة أو دلالة، فالإذن الصريح يتم باستعمال العبارات الواضحة؛ كقول الولي أو الوصي أو القاضي للصبي المميز: " أذنت لك بمزاوله التجارة ". أما الإذن الضمني أو بالدلالة فيتحقق بإقرار الولي بسكوته عن تصرفاته، إذا رآه وهو يبيع

ويشتري، وإلا كان ذلك تغريرا من الولي بمن يتعاملون معه¹، فإذا باشر الصبي المميز تصرفا مترددا بين النفع والضرر بإذن سابق من وليه، كان تصرفه صحيحا نافذا منتجا لآثاره، ويكون سريانه من تاريخ إبرامه²، لكن المشرع الجزائري في قانون الأسرة، لا يعترف بإذن الولي للصبي المميز بالتصرف في أمواله، إلا عن طريق المحكمة، حسب نص المادة 84 من قانون الأسرة، وهو ما تدل عليه عبارة: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز..."، كما أنه ليس ملزما بإجابة طلب منح الإذن، الذي يتقدم به الصبي المميز نفسه، أو وليه الشرعي، أي أن منح الإذن من عدمه، يتوقف على تقدير القاضي، كما أن له الرجوع في الإذن، إذا رأى أن أموال ناقص الأهلية في خطر، وهو مخالف لما جاء في الفقه الإسلامي؛ حيث يمكن للولي أن يأذن للصغير المميز، في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، على خلاف الفقهي بينهم، في جواز أو عدم جواز الإذن للصغير المميز، في القيام بالتصرفات المترددة بين النفع والضرر، كما سبق وأن بينا، فالشافعية ورواية عند الحنابلة لا يجيزون الإذن له بالتصرفات العقدية إلا بعد بلوغه سن الرشد³.

وأما الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية أخرى: فيقولون بجوازها؛ على سبيل الاختبار والتدريب والإعداد لمرحلة البلوغ والرشد⁴، وهو ما جاء في المادة 967 من مجلة الأحكام العدلية: " للولي أن يسلم الصغير المميز مقدارا من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله". فالإذن للصبي المميز يعتبر رفعا للحجر على تصرفاته فيصبح في حكم كامل الأهلية، وله أن يتولى البيع والشراء بنفسه، وله

1 السباعي مصطفى والصابوني عبد الرحمن، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مرجع سابق، ص 24.

2 سعيد محمد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 45.

3 الزيلعي، تبين الحقائق، ج 5، مرجع سابق، ص 191.

4 ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 321.

أن يوكل بهما من يشاء؛ لأنه من توابع التجارة، إذ أنه أحيانا لا يتمكن من متابعة كل التجارة بنفسه، فيحتاج إلى المساعد، وكل تصرف له الحق في إجرائه، له حق التوكيل فيه¹.

والذي يملك الأذن للصبي المميز بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر هو الأب، ثم وصيه ثم الجد الصحيح ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه ولا يجوز لغيرهم كالعَم والخال والأخ والأم ووصيهم، فكما أنه ليس لهم أن يتجروا بمال الصغير المميز، فلا يملكون الإذن فيه، فإذا لم يأذن من لهم حق الإذن، والتجأ الصبي للقضاء، جاز للقاضي الإذن له بالتجارة؛ لأن امتناع الولي، يمنع الصبي المميز من حقه المقرر شرعا وقانونا، فتنقل الولاية إلى القاضي ومثله في النكاح، فعرض الولي دون سبب معقول تزويج ولده يجعل هذا الحق ينتقل إلى القاضي². ويبطل إذن الولي بعزله أو بموته، فيرجع الصبي محجورا عليه، لزوال الولاية بالعزل أو بالموت، ولا يبطل إذن القاضي بعزله أو بموته، لأنه حكم منه، وأحكام القضاء لا تبطل بالموت والعزل، ومن له الولاية على الصغير المميز، له أن يتصرف في أمواله ولو في حال الإذن فولايته لا تنقطع³.

وقد تضمنت أحكام القانون التجاري نصوصا خاصة، تجيز ترشيد القاصر المميز وفق إجراءات محددة، لفك الحبر عنه، وإطلاق يده في التصرف بالتجارة، وهو ما نصت عليه المادة 5 من القانون التجاري الجزائري: " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة، أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعماله التجارية: - إذا لم يكن قد حصل على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة،

1 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 207. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 681. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص 547.

2 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 208.

3 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 699. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 542.

فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حال انعدام الأب و الأم "...". وهو رخصة خاصة من القاضي؛ تمكن القاصر المميز من التصرف في أمواله، بنفسه ولحسابه جزئيا أو كليا، حسب ما تضمنه الإذن، فيصبح مرشدا وتصح تصرفاته، فحدد القانون التجاري السن بثمانية عشرة سنة، ليستفيد القاصر من الترشيح والإذن بالتجارة، بينما لم يحدد قانون الأسرة الإذن بسن معين فجاءت المادة مطلقة في حق الصبي المميز وهو ما نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك". فاشتطت المادة 5 من القانون التجاري الجزائري:

- 1 - بلوغ سن ثمانية عشرة (18) سنة.
- 2 - الحصول على إذن مسبق من الولي الشرعي أو مجلس العائلة.
- 3 - عرض الإذن على القاضي المختص للتحقيق والمصادقة.
- 4 - تقديم هذا الإذن تدعيما لطلب التسجيل الكتابي في السجل التجاري.

وبالتالي إذا تحققت هذه الشروط يصبح القاصر المميز مرشدا، ويمكنه مزاولة التجارة، فيسجل بموجب الإذن في السجل التجاري، ليكتسب صفة التاجر، وتصبح أهليته كاملة لممارسة نشاطه التجاري، غير أنه لا يكون مرشدا إلا في الحدود المرسومة له في الإذن لتحقيق مصلحته، فيجوز له طلب إبطال التصرفات التي تخرج عن حدود الإذن¹، وهو ما نصت عليه أيضا المادة 64 من قانون الولاية على المال المصري: " يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي

1 بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر، المرجع السابق، ص 74. كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص

التقاضي فيه". ومما جاءت به أحكام قضاء النقض المصري، فيما يتعلق بإبطال تصرفات القاصر التي تخرج عن حدود الإذن نورد قرارين:

القرار الأول: "إذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الالتزام الأساسي في العقد سند الدعوى هو تعلم المطعون ضده مهنة ميكانيكي النسيج، فإنه يكون عقد تدريب، لا يدخل في نطاق ما أذن القانون للقاصر إبرامه، و على ذلك يخضع للقواعد العامة في قانون الولاية على المال، ولأنه حوى شرطاً جزائياً بإلزام المطعون ضده بأداء تعويض في حالة فسخ العقد، ولأن العبرة في وصف العقد بوقت نشوئه لا بما قد يسفر عنه تنفيذه فإنه يكون منذ انعقد تصرفاً دائراً بين النفع و الضرر و قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر"¹.

القرار الثاني: "ثبوت القصر عند التعاقد كاف لقبول دعوى الإبطال لو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أي غبن، مهما كان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه، أو ادعى كذباً بلوغه سن الرشد، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها"².

وقد ورد الإذن للصبي المميز في التصرف بأمواله في القوانين العربية المقارنة مع اختلاف في تحديد سن القاصر الذي يعطى هذا الإذن، وبالتالي ترشيده فيما أذن له فيه، إذ حددته المادة 112 من القانون المدني المصري بثمانية عشرة (18) سنة³، وحددته المادة

1 انظر طلبية أنور، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية خلال خمسين عاماً 1931 حتى 1981 الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، الجزء الخامس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1984. نقض مدني مصري بتاريخ: 23 / 01 / 1964، طعن رقم 190، السنة 29، ص15، 16، 17.

2 انظر أنور طلبية، المرجع السابق، نقض مدني مصري بتاريخ 04 / 03 / 1980، طعن 260، السنة 43.

3 تنص المادة 112 على أنه: "إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

112 من القانون المدني القطري ب ستة عشرة (16) سنة¹، وحدده القانون العراقي بخمسة عشرة (15) سنة في المادة 1/98²، والقانون المدني الإماراتي بثمانية عشرة سنة هجرية في المادة 1/160³، وحددها قانون الولاية على المال المصري بثمانية عشرة (18) سنة⁴، ونصت المادة 57 منه على أنه: " لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذنا مطلقاً أو مقيداً"، فيتضح مما سبق أن مجال الإذن إما أعمال إدارة أو أعمال تصرف، ومعيار التفرقة بين ما يكون من أعمال الإدارة وأعمال التصرف؛ هو المساس برأس مال المأذون له في التصرف، الذي آل إليه بموجب الإذن، وما أضيف إليه من زيادة، وعلى هذا فإن كل تصرف يؤدي إلى افتقار رأس المال أو نقصانه أو تترتب عليه حقوقاً عينية، يكون من أعمال التصرف؛ فالمعاملات المالية كالبيع والشراء والتجارة والرهن والارتهان، تعد من ضمنها، أما ما عدا ذلك من صيانة رأس المال أو استثماره أو زيادته للتمكن من الإنفاق من فاضله وربحه فيعد من أعمال الإدارة⁵.

فرق القانون المصري بين إذن الولي وإذن الوصي، فالولي له أن يأذن للقاصر بإدارة أمواله بإشهاد من الموثق، كما له أن يتراجع في هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر، وهو ما نصت عليه المادة 54 من المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على

1 جاء في المادة 112 أنه: "إذا بلغ الصبي المميز السادسة عشرة من عمره وأذن له في تسليم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون".

2 تنص المادة 98 على أن: "1 - للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجرية له، ويكون الاذن مطلقاً او مقيداً...".

3 المادة رقم 1/160 على أنه: "1- للولي أن يأذن للقاصر الذي أتم الثامنة عشرة سنة هجرية في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها...".

4 تنص المادة 54 على أنه: "الولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها...".

5 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 137.

المال¹، وقد جاء هذا النص مؤيدا لفكرة الاختبار والتجربة، لحاجة القاصر إليها، كما أنه اشترط توثيق الإذن بإشهاد رسمي، ضمنا واحتياطا لمصلحة القاصر من سوء تصرفه، فأعطى الحق للولي في الرجوع عن الإذن أو الحد منه²، غير أن الوصي لا يمكنه أن يأذن للقاصر مباشرة كالأب، ويحتاج إلى المرور عبر المحكمة في طلب الإذن للتحقق من مدى صلاحية القاصر لإدارة أمواله، والاطمئنان إلى قدرته على القيام بها على الوجه الحسن، وهو ما ورد في المادة 55 من قانون الولاية على المال المصري³، التي جاء فيها أيضا إمكانية تجديد طلب الإذن بالإدارة، بعد مرور سنة من تاريخ صدور القرار النهائي برفض الإذن⁴.

وبالتالي فإن الصبي المميز محجور عليه لوليه الشرعي، ويرفع عنه الحجر كليا في التصرفات النافعة نفعا محضا؛ كقبول التبرعات من هبات ومنح وعطايا، وجزئيا في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فيحتاج في إتمامها إلى إجازة الولي، وأما التصرفات الضارة ضررا محضا فهو ممنوع منها، وهي باطلة منه بطلانا مطلقا، ويمكن للقاضي حسب نص المادة 84 من قانون الأسرة: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه

1 نصت المادة 54 من قانون الولاية على المال المصري: " للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدي الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة 1027 من قانون المرافعات".

2 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 138. كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982، ص 48.

3 نصت المادة 55 على أنه: " يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم امواله كلها أو بعضها لإدارتها وإذا رفضت المحكمة الاذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض".

4 نصت المادة 48 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أنه: " لا يقبل طلب استرداد الولاية أو رفع الحجر أو المساعدة القضائية أو رفع الوصاية أو الولاية أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائي الصادر برفض طلب سابق".

ما يبرر ذلك "، منح الإذن للصبي المميز الذي بلغ ثلاثة عشرة (13) سنة للتصرف في أمواله جزئياً أو كلياً يكون بناء على طلب من له مصلحة، سواء كان وليه أو من الصغير المميز نفسه، وللقاضي الرجوع في الإذن في حالة وجود خطر يهدد أموال القاصر.

إن منح الإذن للصغير المميز في هذه السن المبكرة ينطوي على خطورة كبيرة على أمواله، كما أن القانون التجاري في المادة الخامسة منه حدد سن منح الإذن بالتجارة للقاصر بثمانية عشرة (18) سنة وهو أيضاً مرتفع نسبياً وقريب من سن الرشد والذي هو 19 سنة، فيمكن أن يصل إلى سن الرشد قبل الفصل في الإذن من عدمه لطول الإجراءات في المحاكم، ومن الأنسب أن يكون الإذن قبل سنتين أو ثلاث من سن الرشد القانوني؛ ليتسنى اختبار الصبي المميز قبل رشده بممارسة بعض المعاملات المالية، إعداداً له، وتسليم أمواله إليه للتصرف فيها.

الفرع الثاني:

أثر إذن الولي في تصرف الصغير المميز فقهاً

اتفق الفقهاء على اختبار المميز في التصرفات، لمعرفة مدى رشده، وذلك بتقويضه في التصرفات التي يقوم بها أمثاله، بحسب صنعة أوليائه تجاراً كانوا أو مزارعين أو أصحاب حرفة، وتختبر الصغيرة فيما يكون من عمل النساء كالغزل والطهي¹، واختلفوا في حكم تصرفات القاصر والإذن له بالتجارة، وفي أثر الإذن له على التصرفات:

1- قال الشافعية: لا يجوز الإذن للصغير المميز بالتجارة، وإنما يسلم إليه المال ويمتحن بالمساومة في البيع والشراء، ويترك أمر العقد للولي، لأن تصرفاته باطلة عندهم لنقصان الأهلية في تقدير المصلحة، فلا تصح عقودهم قبل اكتمال العقل².

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، المرجع السابق، ص 4486.

2 الشرييني، مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 170.

2 - وقال الحنفية والمالكية في المعتمد عندهم والحنابلة في الرواية الراجحة: أنه يجوز للولي المالي الإذن للصغير المميز بالتجارة، إذا التمس منه القدرة والخبرة التي تؤهله للكسب والاعتماد على النفس، ويتحقق ذلك بالاختبار، حتى يعلم رشده ويفك حجره¹. والإذن عند الحنفية والمالكية: قد يكون بالتصريح، مثل أذنت لك في التجارة أو دلالة، فإذا سكت الولي على تصرف أبرمه المميز، ولم يعترض فهو إقرار منه بالإذن له في البيع والشراء والتجارة، لأن السكوت دليل الرضا، ومن المقرر في القواعد الفقهية أن: "... السكوت في معرض الحاجة بيان"²، وإلا تغرر الناس بدلالة الحال؛ إذ يظنون بأنه مأذون وهو غير ذلك، فإن عدم اعتبار سكوته، قد يؤدي إلى الإضرار بمن يعاملونه³، وقد يكون الإذن عاما من غير تحديد بقيمة أو في أوجه محددة من التجارة، وقد يكون خاصا محددا، قال الحنفية: إذا أذن الولي للصبي في نوع واحد من التجارات كالمفروشات أو الأقمشة، أصبح مأذونا في جميع التجارات؛ لأنها تعتبر واحدة ولا فائدة من حصرها⁴، والإذن عند الحنفية لا يقبل التخصيص فيكون مأذونا إذنا عاما، حتى يحجره ممثله الشرعي أي يحجره وليه من جديد؛ لأن الإذن يقبل الاسترداد⁵.

وزهب الحنابلة وزفر من الحنفية إلى أنه: لا يكون مأذونا إلا فيما حدد له فقط، ومحجور عليه فيما سواه⁶، وقالوا: بعدم ثبوت الإذن بالدلالة وفقا للقاعدة الفقهية: "لا ينسب

1 الدردير أبو البركات أحمد بن محمد العدوي، الشرح الكبير، ج 3، ص 294. ابن قدامه، المغني، ج 4، ص 321.

2 أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بقلم ابنه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2012، ص337.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 448. أحمد مصطفى الزرقا، المخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 811.

4 محمد ماجد عتر وأحمد الحجى الكردي، المفصل في الفقه الحنفي الأموال والمعاملات المالية، مرجع سابق، ص 129.

5 مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص 810.

6 محمد ماجد عتر وأحمد الحجى الكردي، المرجع السابق، ص 130.

إلى ساكت قول...¹؛ لأن السكوت يحتمل الرضا وعدمه، وهذا القول أقرب إلى الواقع اليوم، وأحوط للصبي، لكثرة التجارات وتنوع مخاطرها، وخشية الكساد والفساد، فيكون من الأنسب تقييدها بوحدة أو ببعضها فقط، وهو ما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 967 التي تنص على أنه: " للولي أن يسلم الصغير المميز مقداراً من ماله، ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة، فإذا تحقق رشده، دفع وسلم إليه باقي أمواله"، وهذا لأجل التجربة والاختبار، ليعلم رشده من عدمه، فإذا أحسن التصرف بالمال وتحقق الولي من ذلك دفع إليه أمواله²، وإلا فينظر ولا يستعجل ويواصل الاختبار حتى يبين رشده، وهو ما نصت عليه المادة 981 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: " لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني، فإذا تحقق كونه رشيداً، تدفع إليه أمواله حينئذ"، فإذا بلغ المميز ولم يتبين رشده وصلاحه في المال فلا يدفع إليه أمواله، جاء في المادة 982 أنه: " إذا بلغ الصبي غير رشيد، لم تدفع إليه أمواله، ما لم يتحقق رشده، ويمنع من التصرف كما في السابق"، فإذا دفع الولي الأموال للصبي المميز قبل التحقق من رشده، فضاء هذا المال في يد الصغير أو أتلفه يكون ضامناً³.

ويرجع اختلاف الفقهاء في مسألة أثر الحجر على إذن الولي للصبي المميز؛ بين عدم جواز الإذن له في التصرفات، وعدم صحتها منه، وجواز الإذن للصبي بالتجارة عند التماس القدرة والخبرة للقيام بها إلى اختلافهم في تأويل النصوص التي استدلو بها، وفي مدى تحقق المصلحة من إذن الولي للصبي بالتصرف في ماله:

فمن قالوا بجواز الإذن، وهم الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية: استدلو بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا

1 أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص 337.

2 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 681.

3 علي حيدر، المرجع نفسه، ص 705.

إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا^ع ﴿١﴾، وهو لا يتحقق إلا بإعطاء

الإذن للصغير المميز في التجارة، لتجربة وممارسة بعض المعاملات المالية، ومن حيث مدى تحقق المصلحة، فإن الصبي إذا بلغ حد التمييز يصبح له بصر عقلي يميز به بين النافع والضار من التصرفات المالية، كما أن التجارة تتطلب الممارسة العملية في الأسواق، وهو بحاجة إلى التدريب عليها لاكتساب الخبرة الكافية وإعداده لمرحلة رفع الحجر عنه باكتمال الأهلية، ويشترط المالكية أن يكون المال الذي يختبر فيه لا يؤدي إلى افتقاره، ولا يتضرر منه الصبي، وأن يلمس منه الحذق والنباهة^٢. ومن قالوا بعدم الجواز: وهم الشافعية

استندوا إلى قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ

رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا^ع ﴿٣﴾، وفيه

دلالة على عدم جواز دفع الأموال إليهم، إلا بعد البلوغ لانعدام أهليتهم قبل ذلك، فلا تصح تصرفاتهم وإن إذن بها الولي، ومن حيث مدى تحقق المصلحة من تصرف الصغير المميز، فيرون أن الصبي ليس أهلاً للتصرف ولا يتمتع بالفطنة والحكمة في المعاملات المالية، في زمن ضعف فيه الوازع الديني وتداول فيه الناس على أموال اليتامى والقصر، فكان لزاماً انتظار إيناس الرشد، لخوض غمار التجارة والأسواق^٤.

والراجح قول الجمهور الذين يرون جواز الإذن للصغير المميز في التجارة والمعاملات المالية للدربة واكتساب الخبرة، إذا التمس الولي منه القدرة على ذلك، وهذا ما دلت عليه الآية: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَمَىٰ﴾، كما أن الرسول ﷺ بارك عمل عبد الله بن جعفر

1 سورة النساء، الآية 6.

2 ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 321. الدردير، الشرح الكبير، ج 3، مرجع سابق، ص 294.

3 سورة النساء، الآية 6.

4 الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين، تبیین الحقائق، ج 5، مرجع سابق، ص 191.

وأقره ببيع لعب الصبيان، وهو ما روي عن عمرو بن حريث: أن رسول الله ﷺ رأى عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ببيع لعب الصبيان في صغره فقال: «بارك الله في صفقتك»¹، فلو لم يكن جائزا بيعه دون إذن وليه، لما بارك له النبي ﷺ في تجارته²، فكان من اللازم جواز إذن الولي للصبي في التجارة، وله أن يحجره بعد الإذن، غير أن امتناع الولي عن الإذن للصغير المميز مع وجود المنفعة المحققة في إعطائه الإذن، ينقل الولاية إلى القاضي، وللقاضي أن يأذن له، على الرغم من أن الولاية الخاصة أقوى من العامة، إلا أن مصلحة الصغير مقدمة ومعتبرة³، وهو ما جاء في المادة 975 من مجلة الأحكام العدلية إذ تقرر أن: "للحاكم أن يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي الذي هو أقوى منه عن الإذن إذا رأى في تصرفه منفعة وليس للولي الآخر أن يحجر عليه بعد ذلك". وإذن القاضي حكم، فلا ينقضي ولو بوفاته، ولا يحجر الصغير بعد إذن القاضي، لأن الأحكام التي يصدرها، لا تبطل بموته أو عزله. وهو ما ورد في المادة 976: "إذا توفي الولي الذي جعل الصغير مأمونا يبطل إذنه، ولكن لا يبطل إذن الحاكم بوفاته ولا بعزله". ويجوز أن يحجره الحاكم أو خلفه وليس للولي ذلك⁴.

وبالتالي فإن الصبي المميز إما مأذون أو محجور، فالمأذون: من أطلق وليه الشرعي يده في التعاملات المالية التي لا تتم إلا بإجازته، فيصبح الصغير بهذا الإذن كامل الأهلية فيما أذن فيه، يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، وتكون تصرفاته نافذة في حدود الإذن الممنوح.

1 أخرجه الشيباني، في الأحاد والمثاني، حديث رقم 714.

2 الدردير أبو البركات أحمد بن محمد العدوي، الشرح الكبير، ج 3، مرجع سابق، ص 294. ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 321.

3 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 696. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، د س، ص 547.

4 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المرجع السابق، ص 699. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، المرجع السابق، ص 547.

والمحجور: هو الذي يحتاج إلى إذن وليه الشرعي في إجازة تصرفه، حتى يصبح نافذا وهذا في حق المميز، أما من هم دون سن التمييز فتصرفاتهم باطلة ولا معنى للإذن لهم، ويمكن للولي حجره كما له فك حجره، فالإذن قابل للاسترداد ممن وقع منه، فإن أوقعه الولي يمكن له استرداده، وإن كان من قبل الحاكم يمكن له أيضا الرجوع فيه. ويشترط لصحة الحجر بعد الإذن علم الصبي المميز به، وأن يشاع بين الناس ليعلموا به، حتى لا يتضرروا من التعامل معه، فلا يصح حجره سرا أو غيابيا أو بين عدد قليل من التجار، فيبقى حكم الإذن قائما حتى يعلم بحجره هو ومن يتعاملون معه، ويبقى ما مضى من تصرفه قبل استرداد الإذن بالحجر قائما نافذا¹.

ويمكن للصغير المميز غير المأذون إذا بلغ رشيدا، إجازة تصرفاته الموقوفة، التي قام بها قبل بلوغه، ولم يبت فيها وليه، بالإجازة أو الرد؛ لأنه أصبح مستقلا بحقوقه، أما إذا رده وليه قبل بلوغه، فلا يملك حق إجازته بعد البلوغ، لأن التصرف أصبح باطلا ولا يقبل الإجازة. كما أن الصبي المميز لا يملك حق إجازة التصرف الضار بعد بلوغه، لبطلانه ابتداء منذ وقوعه، كما أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إذا وقع فيها غين فاحش، في حق الصغير المميز غير المأذون، تلحق بالتصرفات الضارة، فتبطل حماية للصغير، ولا تلحقها الإجازة، وتصح إذا كان مأذونا للضرورة، إذ هي من مستلزمات التجارة، فلا تنفك عنها.

1 مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص812. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 693.

المبحث الثاني:

أحكام تصرفات المصاب بعارض الأهلية

الجنون والعتة يعدمان الإرادة والتمييز، وبذلك يكون المجنون والمعتوه معدومي الأهلية، شأنهما شأن الصبي غير المميز في التصرفات القانونية¹، والتكليف مرفوع عن المجنون؛ فمناط صحة التصرف العقل لقوله ﷺ: « رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»². يتبين من نص الحديث أن الجنون يعدم أهلية الأداء لدى الشخص، فتكون عبارته هدرا وتصرفاته باطلة. أما السفه والغفلة فيضعفان الإرادة ولا يذهبان بالعقل فينقصان الأهلية، فيكون تصرفهما صحيحا قبل الحجر، وتأخذ بعد الحجر أحكام تصرفات الصبي المميز. وبالتالي يتوجب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول: أحكام تصرفات المجنون والمعتوه. والثاني: أحكام تصرفات السفه وذي الغفلة.

المطلب الأول:

أحكام تصرفات المجنون والمعتوه

التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه باطلة منذ ظهور العارض الموجب للحجر، فينتج الحجر أثره المباشر في تصرفاتهما، إلا أن أغلب القوانين الحديثة لا تعتبر المجنون والمعتوه محجورين لذاتهما؛ بل تقضي بوجود الحجر عليهما من المحكمة المختصة أو الحاكم، ولذلك فإن تصرفات كل منهما تعد صحيحة ونافذة قبل صدور قرار الحجر، إلا أن تكون الحالة ظاهرة وشائعة بين الناس، وباطلة بعد صدور قرار الحجر وتسجيله، وهو ما يؤدي إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول: حكم تصرفات

1 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 201 202. شرح المادة 483 من الأحكام الشرعية لقدرى باشا.

2 أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ج4، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت، لبنان، رقم 4403، ص141.

المجنون والمعتوه قبل قرار الحجر. والثاني: حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد قرار الحجر.

الفرع الأول:

حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل قرار الحجر

اتفق الفقهاء على عدم صحة التصرفات القولية من المجنون المطبق والمعتوه؛ كالصغير غير المميز، فلا يعتد بعبارتهم، أي كان نوع التصرف، ضارا أو نافعا أو مترددا بين النفع والضرر، وسواء كانت هذه التصرفات بإذن الولي أم بغير إذنه، فهي باطلة منهم، لانتهاء تعقل المعاني¹. إلا أن الفقهاء اختلفوا في أثر الحجر في التصرفات العملية أي على الأفعال التي تصدر منه، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية في المشهور عندهم والشافعية والحنابلة إلى أنه لا أثر للحجر على أفعالهم². فقالوا: أن الفعل إذا وقع لا يمكن رده، فإذا وقع فعل من المجنون، فيه تعد على حقوق الغير؛ كالإتلاف وجب الضمان في ماله وجبر التلف³، فيعتبر منه ويلزم بضمان ما أتلف من مال أو نفس أو جزء منهما، وينسب إليه الولد⁴. وكذلك كل الغصوب والإتلافات، حيث لا يتوقع الحجر على الأفعال، لكن المجنون يبقى متمتعا بأهلية الوجوب المرتبطة بالشخصية الإنسانية، التي يكتسبها صاحبها بولادته حيا، وتبقى معه حتى مماته، فتثبت له الحقوق، ويكون محلا لتحمل

1 ابن المنذر، الإجماع، مرجع سابق، ص 99. السرخسي، المبسوط، ج 24، مرجع سابق، ص 158. ابن عابدين محمد أمين، حاشية، ج 6، مرجع سابق، ص 144. وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 4489. وهبه الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 170.

2 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 166.

3 ابن نجيم، البحر الرائق، ج 8، مرجع سابق، ص 89.

4 وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص 4489. وهبه الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 170.

الالتزامات التي يتولاها نائبه الشرعي، ويكون مسؤولاً عن أفعاله، ويضمن ما أتلفه من ماله، باعتبار عدم رد الفعل إذا وقع، إذ لا يمكن إزالة أثره، أما تصرفه القولي بعبارته فيمكن رده¹. وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية هذا المسلك، فقالت بعدم إمكان رد الأفعال بعد وقوعها، وبالتالي فلا يتصور الحجر عنها ويلزم الضمان، فلو أن مجنوناً أو صغيراً أتلف مال شخص، تعين عليه ضمانه من ماله²، وهو ما نصت عليه المادة 941 بقولها أن: " الحجر: هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور". يستفاد من تخصيص توقف الحجر على التصرف القولي، أنه لا ينصرف إلى الفعلي؛ أي عمل الجوارح الحسي، وهو ما جاء في المادة 960 التي نصت على أن: " المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرفهم القولي لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشأ من فعلهم". فالتصرفات الفعلية الصادرة عن الجوارح أثرها محقق، ولا يمكن رفع وجودها الخارجي، واعتبارها عدماً فيعتد بها من عديم الأهلية وغيره، ويلزمهم ضمان المتلفات من أموالهم³. وقال بعض المالكية: بوقوع أثر الحجر على التصرفات الفعلية للمجنون جنوناً مطبقاً⁴، فقاوسوا المجنون على العجماء بجامع عدم تمتعهما بالعقل، واشتراكهما في العلة نفسها، ولا يتصور من العجماء الضمان لما أتلفته؛ لأنها لا تعقل، فكذلك المجنون⁵.

1 مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية والتركات، مرجع سابق، ص 141. محمد زيد الابياني، ج 2، مرجع سابق، ص 202.

2 سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مج1، مرجع سابق، ص534.

3 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص650. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مج1، مرجع سابق، ص539.

4 عليش، منح الجليل، ج 6، مرجع سابق، ص 93.

5 الدردير، الشرح الكبير، ج 2، مرجع سابق، ص 296. ابن جزري، القوانين الفقهية، ج1، مرجع سابق، ص 218.

وألحقت أغلب كتب الفقه العته بالجنون حسب الحالة التي يكون عليها المعتوه؛ فإذا كان العته شديداً والمعتوه غير مميز، فيأخذ أحكام الصغير غير المميز، أما إذ كان العته خفيفاً والمعتوه مميز، فيكون كالصبي المميز وتطبق عليه أحكامه¹.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: بأنه لا أثر للحجر على التصرفات الفعلية، لأنه لا يمكن ردها، ويجب الضمان، فمن غير المعقول أن يترك المجنون دون رقابة، يتعدى على أموال الناس وأنفسهم دون ضمان. والجنون والعته يعدمان أهلية الأداء لدى الشخص المصاب بهما، فتقع تصرفاتها القانونية باطلة، ويأخذان حكم الصغير غير المميز، وقد فرق الفقه الإسلامي بين حالتين من العته، فإذا كان الشخص مغلوباً على أمره، لا يدرك الأشياء ويميزها، فهو كالمجنون يأخذ أحكامه، وإن كان لديه بعض التمييز فيعقل بعض الأشياء ويختلط عليه بعضها، فهو كالصبي المميز ويأخذ أحكامه².

وأصل سبب الحجر ابقاء المال وحفظه، بجبر المحجور على عدم التصرف فيه، وبطلان عقود، فالحجر مسوغ جوهري لإهدار التعاقدات المالية وحلها وفسخها، فيمنع المحجور للجنون أو العته من البيع والشراء والرهن والارتهان والاجارة، وكل أنواع العقود وحتى النافعة منها نفعا محضاً؛ فلا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية، ولا يجوز تصرفه في أحواله الشخصية من طلاق وزواج، فينوب عنه فيها وليه، ولا يحق لأحد التعاقد معه، إلا أن يكون غير عارف بحاله، أو بصدور حكم الحجر عليه.

وأما العقود التي تتحل بالجنون والعته، فهي العقود التي لم ينته الغرض منها، كعقد الشركة والوديعة والمضاربة، باعتبار أن العقود التي انتهت سببها تقطع العلاقة بين العاقدين، فلا يؤثر فقدان الأهلية في العقود المنتهية، جاء في المغني لابن قدامة الحنبلي أنه: " لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقضي جوازه"³. بدليل قوله صلى الله

1 الكساني، البدائع، ج 7، مرجع سابق، ص 170، الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 165.

2 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 445.

3 ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 597.

عليه وسلم: « البيعان بالخيار حتى يتفرقا»¹. فجعل الخيار متعلقا بالفرقة وغايتها، فإذا تفرقا فقد فك الارتباط بينهما، وأصبح العقد ملزما نافذا في ذمتها، إلا أن يرد البيع بالعيب في المبيع، أو يكون المتعاقد قد اشترط لنفسه مدة معلومة، فيملك الرد، ولا خلاف بين أهل العلم في الرد بالعيب والشرط².

ومنع المحجور من التصرف في ماله، هو احتياط له خشية افساده، فإذا مات المحجور استغنى عن المال، فكان بمنزلة غير المحجور عليه، فيعول على أهلية المتعاقدين عند إبرام العقد، لا بعد انقضائه، وحصول المبتغى منه³. أما العقود التي لم ينته الغرض منها، ولا يلزم المتعاقدين المضي فيها؛ كالإعارة والوصية والوكالة، فإنها تنتهي بالجنون والعتة، فلو مات أحد المتعاقدين أو جن، انفسخ العقد وانتهى أثره. فعقد الإعارة مثلا يفسخ بموت المعير أو جنونه، كذلك لو مات المستعير أو جن يفسخ أيضا، ويتعين على المستعير ارجاعها⁴، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية التفريق بين المجنون المطبق وغير المطبق في التصرفات، حيث نصت المادة 979 على أن: "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز". فلا يعتد بعبارته، فهو ممنوع من التصرف في ماله، بعوض أو بغير عوض، سواء كانت نافعة أو ضارة أو مترددة بين النفع والضرر، وهذا يعني أن تصرفات المجنون المطبق تسري عليها أحكام الصغير غير المميز، وهو ما ورد في نص المادة 966 بقولها أنه: "لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية مطلقا وإن أذن له وليه". وعدم صحة التصرفات فيه مصلحة للمجنون والصبي غير المميز، بحفظ ماله كونه عديم العقل⁵،

1 البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، صحيح البخاري، ج3، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، 1422هـ، رقم الحديث 2114، ص65.

2 ابن قدامة، المغني، ج 8، مرجع سابق، ص 274.

3 جابر علي الجوسني، مال القاصر ومن في حكمه، مرجع سابق، ص94.

4 النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، الطبعة الثالثة، 1412هـ / 1991م، ص 437.

5 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 700.

فأغلب العقود في المعاملات المالية، لا تنعقد إلا بتوفر الأهلية الكاملة بالعقل والتمييز والبلوغ، فإذا فقد هذا الشرط، كان العقد باطلا؛ فلو أجازه المجنون أوالصبي غير المميز بعد الإفاقة من جنونه أو وليه، فلا يجوز ولا ينعقد.

أما تصرفات المجنون المطبق في حال إفاقته، فهي تماما مثل تصرفات العاقل وتصح منه، وتكون نافذة في مواجهة الغير، منتجة لآثارها، سواء كانت نافعة أو ضارة أو دائرة بينهما، إلا أن يكون ناقص العقل معتوها حال إفاقته، فيكون كالصغير المميز، وتطبق عليه أحكامه، فإن كانت إفاقته غير تامة، فلا يدرك كل الأشياء، فتكون تصرفاته موقوفة على إجازة وليه¹. وقد نصت المادة 980 من مجلة الأحكام على حالة المجنون غير المطبق في التصرفات، فجاء فيها ما يلي: " تصرفات المجنون غير المطبق في حال إفاقته كتصرفات العاقل". فتكون تصرفاته نافذة معتبرة، لا تحتاج إلى إجازة الولي الشرعي، لزوال سبب الحجر الذي يمنع التصرف². ويمكن القول أن تصرفات المجنون المطبق وغير المطبق، سواء كانت ضارة أو نافعة أو مترددة بين النفع والضرر في حالة إفاقتهما صحيحة ونافذة، فيستويان في هذه الحالة. وأما تصرفاتهما القولية في حال جنونهما؛ كالبيع والشراء والاستئجار والرهن والكفالة فباطلة.

وقد ساوى المشرع الجزائري بين حالتي الجنون والعتة، من حيث الأحكام المترتبة عن تصرفاتهما، واعتبر الشخص المصاب بالجنون أو العته معدوم الأهلية³. وهو ما يتوافق مع القواعد العامة التي تنيط صحة التصرف بالإدراك والتمييز، وقد فرق القانون بين التصرفات الصادرة من عديم الأهلية، قبل صدور قرار الحجر من المحكمة و تسجيله ونشره، وبين تلك

1 الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 655. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، مرجع سابق، ص 432.

2 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 701.

3 تنص المادة 1/42 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون...". وتنص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعته والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

الصادرة بعده¹. فالتصرفات الصادرة من المجنون والمعتوه السابقة لقرار الحجر تكون نافذة وتنتج آثارها في مواجهة الكافة، وهو الأصل العام الذي يحكم التصرفات القانونية. إلا أن القوانين التي تناولت مسألة الحجر على القاصر عديم الأهلية؛ كالمجنون أو المعتوه تورد استثناء على هذه القاعدة، وهو ما نصت عليه المادة 107 من قانون الأسرة إذ جاء فيها: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها". وهو ما نصت عليه المادة 114 / 2 من القانون المدني المصري: "... (2) أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها". وهذا يوضح أنه إذا كانت حالة الجنون أو العته معلومة لدى الناس، شائعة بينهم وقت التعاقد، أو كان المتعاقد مع القاصر على بينة من حقيقة حاله، وإن لم تكن حالة العته أو الجنون معلومة، يكون للحجر أثر رجعي، وتكون تصرفاتهما باطلة، حماية للطرف الضعيف². وتعد بعض الأنظمة القانونية حتى بتسجيل طلب الحجر، المرفوع لدى المحكمة حيث يأخذ حكم قرار الحجر ذاته، إذ تنص المادة 1028 من قانون المرافعات المصري على أنه: "يترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار في تطبيق أحكام القانون المدني".

وبالتالي فإن تصرفات المجنون والمعتوه الواقعة قبل تسجيل طلب الحجر باطلة، فإذا كان من تعامل مع المجنون أو المعتوه سيء النية، فإن التصرف يكون باطلا في حقه، ولو كان صدوره قبل تاريخ تسجيل طلب الحجر أو قبل تسجيل قرار الحجر³. فالتصرف الصادر

1 أحمد فوزي أبو عقلم، عوارض الأهلية، مرجع سابق، ص 17.

2 بعض القوانين العربية التي أشارت إلى حالة بطلان تصرفات المجنون والمعتوه بسبب شيوع حالته، قبل صدور قرار الحجر عليه، القانون العربي الموحد لرعاية القاصرين المادة 3/64. والمادة 1/35 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري.

3 كمال حمدي، لولاية على المال، مرجع سابق، ص 201.

عن المجنون أو المعتوه غير المحجور عليه، يكون باطلا ولا أثر له، لا لانعدام أهليته، بل لانعدام الإرادة، فإذا صدر الحكم بالحجر بعد ذلك، فلا يحتاج إلى اثبات فقدان الإرادة، للقول بعدم صحة التصرف الصادر من المجنون أو المعتوه.

ويتبين من نصوص مواد قانون الأسرة والقانون المدني، التي تناولت الحجر على المجنون والمعتوه، وأثر الحجر في تصرفاتهما، أن المشرع الجزائري كان مضطربا، ولم يوفق في هذه المسألة، فقد وضع لتصرفات المحجور عليهم حكما واحدا عاما في نص المادة 85 من قانون الأسرة: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه". ويشمل المجنون والمعتوه والسفيه وذا الغفلة مع أن القانون المدني في المادة 42 اعتبر المجنون والمعتوه عديمي التمييز كالصغير غير المميز: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة". واعتبر السفيه وذا الغفلة ناقصي الأهلية في المادة 43 من القانون المدني الجزائري: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". فمن غير المعقول أن يجمعهم حكم واحد، لكون تصرفات عديم الأهلية باطلة، أما تصرفات ناقص الأهلية، فهي موقوفة أو قابلة للإبطال كتصرفات الصبي المميز.

وقد أفردت التشريعات العربية تصرفات المجنون والمعتوه بحكم خاص، ومنها المصري في المادة 114 من القانون المدني المصري، وخصت السفيه وذي الغفلة بحكم مستقل أيضا في المادة 2/115، ولم يبين المشرع الجزائري بدقة في نص المادة 107 من قانون الأسرة المقصود بعبارة "المحجور عليه"، هل هو عديم الأهلية؟ أي المجنون والمعتوه أم هو ناقص الأهلية؟ أي السفيه وذي الغفلة، فجاءت عبارة النص عامة شاملة¹، فكان على المشرع تحديد الأشخاص المقصودين بحكم هذا النص، وهما هنا المجنون والمعتوه قبل

1 محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، مرجع سابق، ص72.

تسجيل قرار الحجر وبعده، وهو ما يتطلب إجراء تعديل على نص المادة 107 من قانون الأسرة لتجنب التناقض وإزالة الغموض وانسجام النصوص الواردة في هذا الشأن، ويتبين من نصوص مواد القانون المدني وقانون الأسرة، أن المشرع لم يفرق لا بين المجنون والمعتوه فاعتبرهم عديمي الأهلية، ولا بين الجنون المطبق والمتقطع، متبعا بذلك مسلك المشرع المصري، مخالفا أحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة. وقد سبق التفريق بين الجنون المطبق والمتقطع، وبين المعتوه المميز وغير المميز. وأخذت بعض القوانين العربية بأحكام الفقه الإسلامي في التفريق بين هذه الحالات وأحكامها كالقانون العراقي¹ والكويتي².

وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة التمييز بين الجنون المطبق وغير المطبق في قانون الأوقاف، ولم يأخذ بها في القانون المدني وقانون الأسرة، وهو ما نصت عليه المادة 31 إذ جاء فيها أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه، لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع، فيصح [وقفه] أثناء إفاقةه وتام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية"³، يتبين من نص المادة أنها تفرق بين الجنون المطبق والمتقطع، فحبذا لو أن المشرع الجزائري عمم هذا الحكم وقرره في القانون المدني وقانون الأسرة. تتناول قانون الأسرة أيضا عدم نفاذ تصرفات المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه، بنص المادة 85 حيث جاء فيها: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، حيث اعتبر المشرع تصرفاتهم غير نافذة، وهذا مخالف لما جاء في نص المادة 107 من ذات القانون التي تجعل من تصرفات المجنون والمعتوه باطلة. كذلك القانون المدني الجزائري اعتبر تصرفات عديمي الأهلية باطلة إذ هم

1 تنص المادة 108 من القانون المدني على أن: "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حالة إفاقةه كتصرفات العاقل".

2 تنص المادة 98 من القانون المدني الكويتي على أن: "1 - المجنون معدوم أهلية الأداء ، وتقع تصرفاته كلها باطلة.

2- وإذا كان الجنون غير مطبق ، وحصل التصرف في فترة إفاقةه، كان صحيحا".

3 القانون رقم 91-91 المؤرخ في 27/04/91 المتعلق بالاقاف.

ليسوا أهلا لمباشرة حقوقهم المدنية بنص المادة 42، فعدم نفاذ التصرف يختلف عن بطلانه، إذ أن عدم النفاذ يعني أن التصرف الذي أبرمه الشخص ينعقد صحيحا، ولكنه يكون موقوفا إلى غاية إجازته من صاحب الحق في الإجازة، أما البطلان: فيعني أن كل تصرف يقوم به الشخص يكون باطلا كأن لم يكن، والصحيح هو البطلان في نص المادة 85 وليس عدم النفاذ. مع إخراج السفية من النص باعتباره ناقص الأهلية لا عديمها، وتنطبق عليه أحكام الصغير المميز مع ذي الغفلة الذي لم تشر إليه المادة 85 أيضا.

ولهذه الأسباب أقترح تعديل نص المادة 85 لتتسجم وتتناسب مع ما هو مقرر في المواد 42 و 43 من القانون المدني. بإخراج السفية من حكم المادة 85 واعتبار تصرفات المجنون والمعتوه باطلة، إذا ثبتت حالة الجنون أو العته بالخبرة الطبية، وهو ما يعني رفع دعوى للمطالبة بالحجر، وصدور حكم يقضي به، أو بعد ثبوت الحجر بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات كحالة الشيوخ، مع صعوبة إثباتها، وإثبات العلم بها، وطول إجراءات السير في الدعوى¹.

وهذا ما يجعلني أختار الرأي السائد في الفقه الإسلامي، الذي يعتبر المجنون والمعتوه محجورين تلقائيا، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك، إلا أن يكون الحكم كاشفا مقررا لحالة قائمة أصلا، لا منشئا لحالة جديدة، سواء كان الجنون والعته أصليا أم طارئان بعد البلوغ، متى تحققت أسبابهما، فينتج الحجر أثره في تصرفاتهما من حين نشوء السبب، لا من تاريخ صدور الحكم، وهذه الطريقة في رأيي تحفظ الحقوق وتدعم استقرار التعامل، وتقطع الخصومات، وتقلل من تكاليف رفع الدعاوى وأتعاب المحامين والخبراء. وهو ما وقفت عليه شخصيا؛ حيث تابعت عدة قضايا حجر بسبب مرض عقلي، رفعت من طرف الأولياء،

1 جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أنه: "لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية الواقعة قبل الحجر على المريض إلا إذا أثبتت الخبرة الطبية أن المرض كان متقشيا وظاهرا"، المجلة القضائية، العدد2، 2003، ص 296-299 .

للقيام بشؤون أولادهم المالية والإدارية. ورأيت أنه في الغالب تكون هذه الفئات ضعيفة مادياً ومعنوياً، حيث يصعب عليها متابعة مثل هذه القضايا فتضيع حقوق القصر أو تتعطل.

الفرع الثاني:

حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد قرار الحجر

تعرضنا سابقاً إلى أن المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما مباشرة وتلقائياً، ولا حاجة لقرار يقضي بالحجر عليهما، فالتصرفات الصادرة منهما باطلة فور ظهور الجنون أو العته، فيكون الحجر عليهما واقع حكماً، شرعاً وقانوناً، فينتج أثره المباشر في تصرفاتهما، منذ وجود الحالة أو العارض الموجب للحجر. إلا أن أغلب القوانين الحديثة لا تعتبر المجنون والمعتوه محجورين لذاتهما؛ بل تقضي بوجوب الحجر عليهما من المحكمة المختصة أو الحاكم، ولذلك فإن تصرفات كل منهما تعد صحيحة وناظفة قبل صدور قرار الحجر، إلا أن تكون الحالة ظاهرة وشائعة بين الناس حين صدور التصرفات من فاقد الأهلية، وباطلة بعد صدور قرار الحجر وتسجيله، وهو ما نصت عليه المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري إذ جاء فيها أنه: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها". فتكون تصرفاتهما باطلة، وهو ما أخذت به أغلب التشريعات العربية¹. وخالف ذلك المشرع العراقي واليمني والأردني آخذين برأي جمهور الفقه

1 نصت المادة 114 من القانون المدني المصري على أنه: "1- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. 2- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها". ونصت المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "1- تصرفات المجنون المالية حال إفاقة صحيحة، وباطلة بعد الحجر عليه. وجاء في المادة 115 من القانون المدني السوري: "1- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر. 2- أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها". والمادة 2/35 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري: "يحكم بصحة أو بطلان تصرفات المحجور عليه المالية على النحو التالي: 2- تصرفات المجنون أو فاقد الإدراك أو المعتوه، بعد قيد طلب الحجر عليه، باطلة...".

الإسلامي من الحنفية والشافعية والحنابلة، إذ يرون أن الحجر على فاقد الأهلية؛ كالمجنون والمعتوه هو حجر تلقائي لا يفنقر إلى حكم حاكم¹، بل يبتدئ حال وجود سببه، وهذا سواء كان الجنون أو العته مصاحبين للبلوغ أو طارئين بعده². إلا أن المالكية يرون أن الجنون أو العته الطارئ بعد البلوغ والرشد يحتاج إلى حكم الحاكم³؛ لأن الولاية عليهما سقطت بالبلوغ، والساقط لا يعود، كما أن تقدير قيام حالة الجنون أو العته يحتاج إلى نظر وتحقيق، وهو من عمل القضاء.

وبالتالي فمن أخذ برأي الجمهور يسوي بين تصرفات المجنون والمعتوه بعد صدور قرار الحجر وقبله، فهو حكم كاشف لحالة الجنون أو العته لا منشئ لها، أما من أخذ برأي المالكية باعتبار الجنون أو العته حالة طارئة بعد البلوغ تفتقر إلى صدور حكم منشئ؛ فاعتبر تصرفات المجنون والمعتوه صحيحة قبل الحجر عليهما، وباطلة بعد الحجر، والبطلان المقصود هنا هو المطلق، فيعتبر تصرفهما معدوما كأن لم يكن، سواء كان هذا التصرف ضارا أم نافعا أم مترددا بينهما، ولا عبرة في أغلب التشريعات ومنها الجزائري بصدور التصرف في حالة الجنون أو الإفاقة منه إذا كان متقطعا، فلا يفرق القانون بين الجنون المطبق وغير المطبق، ويستمر هذا الوضع إلى غاية صدور حكم برفع الحجر إذا زالت أسبابه، وهذا البطلان المقرر لمصلحة فاقد الأهلية من النظام العام، فيجوز لهيئة

1 نصت المادة 94 من القانون المدني العراقي على أن: "الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم". وهو ما نصت عليه المادة 27 من القانون المدني الأردني. والقانون المدني اليمني في المادة 57: "لا يحتاج الحجر الى حكم في الاحوال الاتية: 1- على الصغير حتى يبلغ رشيدا". 2 - على الصغير اذا بلغ مجنونا او معتوها او سفيها...". والمادة 200 من قانون الأحوال الشخصية السوري: "المجنون

والمعتوه محجوران لذاتهما....". وهو مخالف لنص المادة 115 من القانون المدني السوري السابقة.

2 ابن المنذر، كتاب الاجماع، مرجع سابق، ص 124.

3 الصادق عبد الرحمان الغزياني، مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 654.

المحكمة إثارته من تلقاء نفسها، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولو لم يثره أطرافها¹.
فكل تصرف قانوني من المجنون أو المعتوه، يأتي بعد قرار الحجر يكون باطلا.

وهنا المشرع الجزائري سواء في قانون الأسرة أو في القانون المدني، ربط صحة تصرفات المجنون أو بطلانها بقرار الحجر، أي أن مناط الأهلية مرتبط بقرار الحجر، باعتباره حكما كاشفا لحالة الشخص المطلوب الحجر عليه، منشئا لحكم الحجر لا مقرا لحالة قائمة أصلا، مع أن صحة التصرفات مناطها العقل والادراك والتمييز، فتكون صحيحة، متى كان عقله صحيحا وإدراكه سليما، وتكون باطلة إذا لم يكن للشخص إدراك وتمييز، دون اعتبار لقرار الحجر صدر أم لم يصدر². فاعتبرت التشريعات أن قرار الحجر دليل على انعدام أهلية المحجور عليه، بعد تسجيل أو نشر قرار الحكم بالحجر.

غير أن الفقه الإسلامي ربط صحة التصرفات بالعقل والإدراك والإرادة والتمييز، ففرق بين تصرفات المجنون المطبق والمنقطع، في حال الصحو أو الإفاقة، فكل تصرف أجراه المجنون حالة صحو، يعد صحيحا منتجا لآثاره، أما إذا صدر منه حال جنونه كان باطلا.

ولعل رأي أغلب التشريعات العربية التي أخذت هذا المنحى - واعتدت بقرار الحجر لاعتبار تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة بعد قرار الحجر وصحيحة قبله، إلا في حالتي: شيوخ الجنون أو العته، وعلم المتعاقد معه بحالته؛ بأن كان على بينة من أمره - مرده إلى الحرص على استقرار المعاملات بين الناس، حتى لا يفاجأ من تعاقد مع المجنون أو المعتوه ببطلان تصرفاته، إذا لم يصدر بذلك حكم من المحكمة المختصة، أو لم تكن حالة الجنون أو العته شائعة حال التعاقد.

وبالتالي فإنه إذا كان من واجب المشرع والقضاء حماية كل الأشخاص، فإن حماية القصر عديمي الأهلية وناقصيها أكد وأهم، إذ أنه لا ذنب للمجنون أو المعتوه الذي لم

1 الحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006، ص 602.

2 مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 143.

يحجر عليه أهله، فالحكمة من الحجر على فاقد الأهلية حماية أمواله، حتى لا يستغل بسبب حالته؛ فالأولى تطبيق الحجر التلقائي على المجنون أو المعتوه بمجرد قيام أسبابه، دون حاجة إلى حكم قضائي، لينتج الحجر أثره الفوري، ثم أن ما تعارف عليه الناس هو عدم رفع دعاوى الحجر على المجانين ومن في حكمهم إلا لضرورة؛ كصرف منحة أو تحصيل مرتب التقاعد، أو منحة الإعاقة، أو التصرف في شؤونه المالية والإدارية الأخرى، وفي العادة لا يتعامل الناس معهم ماليا لشيوع حالتهم، وما تعارفوا عليه من عدم الاعتداد بتصرفاتهم.

الفرع الثالث:

حكم زواج فاقد الأهلية

تصرفات فاقد الأهلية باطلة بطلانا مطلقا سواء كانت نافعة أو ضارة أو مترددة بين النفع والضرر، فلا تصح عبارته، ولا يمكنه إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالزواج والطلاق، فهل لولي تزويجه والمخالعة عنه للمصلحة؟ يتطلب الأمر البحث أولا: في زواج المجنون ومن في حكمه، وثانيا: طلاق المجنون ومن في حكمه.

أولا: زواج المجنون ومن في حكمه

المجنون ومن في حكمه من المصابين بالخلل العقلي، يعدون من فاقد الأهلية المدنية وعديمي التمييز، فيتعذر عليهم التعبير عن إرادتهم، كما أنهم فاقدون لحرية الاختيار، وكل تصرف يقومون به يقع باطلا، ولو تعلق الأمر بعقد الزواج تنص المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، و المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أن: " تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، والمادة 42 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز

لصغر في السن، أو عته، أو جنون"، ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى زواج المجنون أو المعتوه أو المعوق ذهنياً، ولا يمكن استنتاجه من النصوص الوارد في القانون المدني أو قانون الأسرة والتي تناولت تصرفات القاصر عديم الأهلية، وهو ما يحيلنا حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وقد تطرقنا إليه في هذا المبحث.

أشارت بعض التشريعات العربية إلى ذلك صراحة في قوانينها للأحوال الشخصية أو الخاصة بالقصر¹. لكن المشرع المغربي كان واضحاً جداً في مسألة زواج المعوق ذهنياً، وقد تناولها في المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء فيها: " يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرها كان أم أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر، يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر. يجب أن يكون الطرف الآخر راشداً ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة"². فالمشرع المغربي أجاز نكاح المعوق ذهنياً مع اتخاذ كل التدابير التي من شأنها حماية الطرف السليم، الذي اشترط فيه الرشد والرضا، وتوثيق ذلك بعقد الزواج بعد اطلاعه على الحالة الصحية للمعوق ذهنياً، ليتحمل تبعات التصرف الذي أقدم عليه برضاه؛ لأن معاشرته المجنون أو المعتوه تقتضي التزاماً من جانب واحد هو الطرف السليم. وقد سلك المشرع الليبي نهج المشرع المغربي في هذه المسألة، إلا أنه أضاف شرطين آخرين زيادة في الاحتياط وهما:

1 - عدم انتقال المرض إلى نسل الزوج المجنون بالوراثة.

2 - تحقيق مصلحة للمجنون.

1 المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية السوري. المادة 5 و 8 من قانون الأحوال الشخصية الأردني. المادة 9 من

القانون اللبناني للأحوال الشخصية. المادة 7 من قانون رعاية القاصرين العراقي.

2 مدونة الأسرة المغربية، مرجع سابق.

لكن ضمان عدم انتقال المرض إلى الأولاد أمر غير مؤكد، إلا إذا ثبت بالدراسات الحديثة أنه لا ينتقل. أما المشرع الإماراتي فقد علق زواج المجنون والمعتوه ومن في حكمهما على إذن القاضي بعد توفر ثلاثة شروط، ذكرتها المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي إذ تنص على أنه: "1 - لا يعقد الولي زواج المجنون أو المعتوه أو من في حكمهما إلا بإذن القاضي وبعد توافر الشروط الآتية:

أ - قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد إطلاعه على حالته.

ب - كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله.

ج - كون زواجه فيه مصلحة له.

2 - ويتم التثبت من الشرطين (ب) و (ج) بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص يشكلها وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف بالتنسيق مع وزير الصحة ". فقد أعطى المشرع الإماراتي أهمية كبيرة لزواج فاقد الأهلية، لخطورة عقد الزواج، وما تنشأ عنه من تبعات وآثار مادية ونفسية. فوجب الاحتياط في إثبات هذا الزواج وتثبيته، مراعاة للمصلحة الاجتماعية، ومصلحة طرفي العقد. ويمكن أن نستنتج أن المجيزين لزواج المجنون ومن في حكمه، قد أسسوا حكمهم على ما يلي:

1 - الآفة العقلية التي يصاب بها الشخص لا تمنع التناسل وهو أحد مقاصد الزواج.

2 - إمكانية إنجاب المجنون لولد عاقل غير مصاب بالمرض، إلا إذا كان الجنون متوارثاً في العائلة.

3 - من حق المجنون أن يتمتع بالحقوق التي يتمتع بها غيره وقد يشفى بالزواج¹.

كما أن من يقولون بمنع زواج المجنون ومن في حكمه يستندون إلى ما يلي:

1 - أن الغاية في الزواج هي تحقيق المودة والرحمة والسكينة والتكافل وحسن العشرة وإنشاء أسرة مستقرة وليس الإنجاب فقط.

1 فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 27.

2 - لا يضمن تحقق غايات الزواج مع المجنون، إذ يكون لصالح طرف على حساب الآخر، الأمر الذي يتطلب رضاه وتعهده بذلك رسمياً.

3 - الشفاء المرجو للمجنون غير مؤكد التحقق.

4 - تحقق مصلحة طرف على حساب الآخر أمر غير مقبول شرعاً وقانوناً ولو رضي بذلك.

لكن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة زواج المجنون أو المعتوه أو المعوق ذهنياً وبالتالي لم يذكر هذه الشروط، مما يجعلنا نطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة.

أجاز الفقهاء استثناء تزويج المجنون والمجنونة ومن في حكمهما للضرورة، إذا كان في الزواج حظ لهما، وفق الشروط الآتية:

1- الاستناد إلى تقرير طبي من المختص بالأمراض العقلية، يؤكد إمكان زواج المصاب بالآفة العقلية.

2- قبول الطرف الآخر بعد علمه بحالة المصاب بالمرض.

3- أن يتم الزواج بإذن من القاضي بناء على طلب الولي¹.

واختلف الفقهاء في مدى مشروعية زواج المجنون ومن في حكمه، ويرون أن ضياع العقل لا يعني عدم وجود الرغبة في الزواج والحاجة إلى الاعفاف، طالما أن المجنون سليم جسدياً، لكن بعض المصالح قد تتعطل بزواج المجنون²، وقد تؤثر على العلاقة مع الطرف الآخر، فتغيب السكينة والمودة والرحمة المذكورين في الآية الكريمة التي قال فيها الله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، 2010، ص123.

2 فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014/2015، ص 25.

بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً^ج إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ¹، وذلك بسبب

الخوف من عدم الاستقرار العائلي، وانتقال الأمراض بالوراثة إلى الأولاد، لكن الفقهاء انقسموا إلى الفريقين في هذه المسألة:

الفريق الأول: لا يرى الجنون عيبا يمنع الزواج، لكنه يمنح الطرف الآخر حق فسخ عقد الزواج، إن لم يكن عالما بعيب الجنون ولم يرض به، وهو قول المالكية وبعض الأحناف²، وحثهم في ذلك أن يتمكن من الوطاء ممكن، وحاصل مع وجود الآفة العقلية، وهو من مقتضيات الزواج المطلوبة عوض تملك البضع، أما الشافعية فيرون صحة زواجه في حالة النفع³، إذا كانت تصرفاته توحى بتوقانه إليه ورغبته في النساء بالحوام حولهن، أو لحاجته إلى خدمة النساء، والزوجة أرفق به وأقرب بالمساكنة والمعاشرة.

الفريق الثاني: ذهب الإمام أحمد والظاهرية إلى منع زواج المجنون أو المريض عقليا، فليس للأب ولا لغيره تزويجه بحال، فليس له إجباره على النكاح كالعاقل، حتى وإن رضي الطرف السليم، إلا أن يفيق من جنونه حيث يمكن استئذانه في حال إفاقته⁴.

وما يمكن استخلاصه من الموقفين أن المجيزين لزواج المجنون ومن في حكمه اعتدوا بالناحية الفيزيولوجية الجسمانية، وقصروا هدف الزواج على الوطاء والإنجاب والمتعة والسكن، واعتبروا الزواج من حقوق الإنسان، عاقلا كان أو مجنونا، دون الإلتفات إلى الطرف الآخر في العلاقة، إذا كان راضيا بها؛ تكريسا لمبدأ الحريات الفردية، وينتقد هذا الموقف بغياب رضا أحد الطرفين، وهو يفسد العقد، وقد راعى الفريق المجيز المصالح

1 سورة الروم، الآية 21.

2 الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 2004، ص 263.

3 الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، المرجع سابق، ص 277 - 278.

4 ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج9، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون طبعة وبدون تاريخ، ص44. ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 460.

المرجوة من زواج المجنون، فلا يمكن تحقق أغلب غايات الزواج، وهي السكنية والمودة والرحمة.

والراجع صحة زواج المجنون صغيرا كان أو كبيرا، فلوليه تزويجه متى رأى في ذلك مصلحة له، سواء كان ذكرا أو أنثى؛ إذا دعت إليه الحاجة، من إيواء وحفظ، وربما كان زواجه سببا في برئه. وقد اشترط الفقهاء لصحة زواج المجنون بالإضافة إلى الأركان والشروط العامة في الزواج:

- 1 - تولي عقد الزواج وليه الشرعي لإنشاء عقد الزواج إذ لا عبارة له.
- 2 - أن يكون الطرف الثاني سليما؛ لأن اجتماع فاقد الأهلية لا يحقق أي مصلحة من الزواج، وقد يكون ضرره أكبر من نفعه.
- 3 - أن يعلم الطرف السليم وأولياؤه بحالة الجنون وعيوب الطرف الآخر، لأن إخفاء الغيب غش وخيانة ولا يحقق المصلحة.
- 4 - أن يرضى الطرف السليم بالزواج؛ فرضى ولي المجنون يقابله رضى الطرف الآخر.
- 5 - أن يكون المجنون مأمونا من العدوان، حتى لا يسبب ضررا للطرف الثاني، فلا يجوز إلحاق الضرر بالآخر سواء كان الزوج أو الزوجة، لقوله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار »¹.
- 6 - قدرة المجنون على الإنفاق من ماله الخاص إن كان له مال أو دخل مالي كاف، لأن نفقة الزوجة على زوجها واجبة².

مما سبق يتضح أن تزويج المجنون ومن في حكمه، مناطه الضرورة والحاجة كتوقع برئه، وتقدر الضرورة بقدرها، فهو إستثناء على الأصل وهو عدم الجواز، إلا لمصلحة ظاهرة أو ضرورة ملحة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية: فيجوز تزويج

1 أخرجه ابن ماجه، في كتاب الإحكام، ج2، رقم لاحديث 2340 ، ص784.

2 جهاد محمود الأشقر، نكاح المعاق ذهنيا في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص (73- 78).

المصاب بآفة عقلية، متى اقتضى الحال ودعت الضرورة وأمنت العواقب، وكان الزواج مفيدا في علاج المصاب بالجنون أو العته أو الإعاقة الذهنية، وتحققت الشروط المذكورة سابقا.

ثانيا: طلاق المجنون ومن في حكمه

لم ينظم قانون الأسرة مسألة طلاق المجنون ومن في حكمه، وهو ما يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. فإذا رأى الولي مصلحة ظاهرة في طلاق عديم التمييز أو عديم الأهلية، فإنه ينوب عنه في تقديم طلب الطلاق، إذا كان يرفع عنه الضرر سواء كان مجنونا أو مجنونة، وهو ما ورد في المادة 437 قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ تنص على أنه: " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب [عريضة دعوى الطلاق] باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة"، وهو في شأن ناقص الأهلية، فناقص الأهلية أو عديمها لا يقدر المصلحة، وتنقص عنده ملكة التقدير وحسن الاختيار أو تنعدم، وقد اشترط المشرع الإماراتي العقل والاختيار، جاء ذلك في المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية: "1- يشترط في المطلق العقل والاختيار..."، فمن لا عقل له ولا اختيار، لا يدرك المصلحة من تشريع الطلاق ولا يقدر عواقبه وآثاره الخطيرة على الأولاد والأهل، فيكون الولي مسؤولا عن مراعاة مصلحة القاصر في الطلاق. كما اشترطت المادة 95 من قانون الأحوال الشخصية السوري لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له؛ إذ تنص على: " يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والمرأة محلا له"، فيشترط في المطلق أن يكون بالغا عاقلا، فلا يصح طلاق الصبي والمجنون لعدم صحة تصرفاتهما القولية، فالعقل والإدراك أساس كل تصرف يصدر عن الشخص¹.

1 عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2، الطلاق وآثاره، كلية الشريعة، جامعة حلب، ص43.

أجمع الفقهاء وهم المالكية¹، والشافعية²، والحنابلة³، والإباضية⁴: أن طلاق المجنون والمعتوه والمغمي عليه لا يقع، ودليلهم الحديث المتقدم المتعلق برفع القلم عن ثلاث، ومنهم المجنون حتى يعقل أو يفيق، ففي الحديث دلالة على عدم التكليف، فلا تصح عبارتهم، وبالتالي لا يقع طلاقهم⁵، فطلاق المجنون والمعتوه والمغلوب على أمره لا يقع، وقد أجمع العلماء على أن زائل العقل بغير سكر لا يقع طلاقه، فلا يعتد بطلاقه؛ لأنه مسلوب الإرادة والاختيار، مرفوع عنه التكليف بالأحكام الشرعية⁶، وقاسوا الطلاق على البيع لاشتراكهما في علة واحدة وهي زوال التملك، فالبيع يزيل الملك، والطلاق يزيل ملك الاستمتاع وحله، فإذا كان البيع لا يصح مع زوال العقل، فإن الطلاق لا يقع مع زوال العقل بلا سكر⁷. ومن المعقول قالوا: بأن العقل مناط التكليف بالأحكام الشرعية، وأن المجنون لا عقل له، فلا يكون قصده صحيحا، فالعقل شرط في أهلية التصرف. وبالتالي فلا أثر لطلاق المجنون ومن في حكمه⁸، فإذا كان الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه والمعوق ذهنيا، لا يقع طلاقهم، لعدم صحة تصرفاتهم القولية، فهل للولي أن يطلق عنهم؟ أجاز المالكية طلاق الولي نيابة عن الصغير والمجنون، إذا دعت المصلحة أو الضرورة لذلك⁹، غير أن جمهور

1 الخطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1992م، ص 43. الدردير، الشرح الصغير مع بلغة السالك، ج 1، المرجع السابق، ص 418. الدسوقي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج 2، المرجع السابق، ص 365.

2 الخطيب الشربيني، الإقناع، ج 2، المرجع السابق، ص 156.

3 ابن قدامة، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص 306.

4 أطفيش محمد بن يوسف، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج 7، المرجع السابق، ص 504.

5 الصنعاني، سبل السلام، ج 3، مرجع سابق، ص 181.

6 مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص 71. الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج 3، مرجع سابق، ص 654.

7 ابن قدامة، المغني، ج 8، مرجع سابق، ص 306.

8 الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 3، ص 145.

9 الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4، مرجع سابق، ص 406.

الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أن الولي لا يملك حق الطلاق نيابة عن الصغير والمجنون: وإن كان يملك حق التزويج نيابة عنهما¹.

وبالتالي فإن طلاق الإنسان البالغ يقع وينفذ وهو الأصل، حتى يثبت بالدليل القطعي زوال العقل بالجنون أو العته أو بالإعاقة الذهنية، وهذه الحالات والعوارض لا تثبت في حقهم إلا برأي المختصين وأهل الخبرة، فلا يثبت الجنون بحكم الرجل العادي، سواء كان قاضيا أو غيره، فقد تدعو حاجة الشخص لادعاء الجنون أو العته، تهربا من المسؤولية والافلات من العقاب، فإن تذكر المجنون أو المغمى عليه بعد إفاقته أنه طلق يقع طلاقه؛ لأنه يكون عاقلا حال الإفاقة وصدوره منه فيلزمه².

المطلب الثاني:

حكم تصرفات السفه وذو الغفلة

السفه صفة تعتري الإنسان فتجعله يتصرف بغير مقتضى العقل والشرع، وإتلاف المال فيما لا يرضى عنه العقلاء، من ذوي الحكمة والدين، وعدم الاحسان في تدبير المال، والغفلة حالة تجعل الشخص لا يهتدي إلى التصرفات الربحة، فيغبن في المعاملات المالية وينخدع بأيسر الطرق، لسلامة قلبه³. وأساس فكرة السفه بصورة عامة إساءة استعمال الحق، الحق، ولا يمكن تحديدها بدقة، لعدم قابليتها للقياس، ويرجع الكشف عنها إلى ما تعارف

1 ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج6، دار الفكر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1412هـ - 1992م، ص144.

2 أحمد محمد أحمد أبو طه، عوارض الأهلية وأثرها على العلاقة الزوجية دراسة تأصيلية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 160.

3 علي الخفيف، المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص(269، 270). مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 150.

عليه الناس في تجاربهم الاجتماعية، وأما فكرة الغفلة فمبناها سهولة الانخداع بأيسر السبل، وقبول الغبن الفاحش، مما يهدد بضياح المال¹.

يرى جمهور الفقهاء ضرورة الحجر على السفية وذي الغفلة من قبل الحاكم وإشهار حكم الحجر عليه، ليعلم به الكافة، وتعد تصرفاتهما نافذة قبل الحجر². وخالفهم أبو حنيفة فلم يقر بمبدأ الحجر على السفية البالغ، فتكون تصرفاته صحيحة ونافذة، ويكون له مباشرة جميع التصرفات؛ فالسفيه عنده شخص عاقل، مكلف مخاطب بالأحكام الشرعية³. ولدراسة أحكام تصرفات السفية وذي الغفلة تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يخصص الأول: لحكم تصرفات السفية وذي الغفلة قبل الحجر، والثاني: لحكم تصرفات السفية وذي الغفلة بعد الحجر.

الفرع الأول:

حكم تصرفات السفية وذي الغفلة قبل الحجر

يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية وأبو يوسف صاحب أبي حنيفة: أن تصرفات السفية قبل الحجر عليه من قبل الحاكم جائزة كلها، حتى يحكم عليه بالحجر⁴. ودليلهم: أنه لو كانت تصرفات السفية مردودة قبل الحجر، ما احتاج الحاكم للحجر عليه، ويأخذ ذو الغفلة حكم السفية في تصرفاته؛ وهو ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في المادة 946 التي تنص على أن: "السفيه: هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبدّر في

1 محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية، مرجع سابق، ص(54، 55).

2 الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين، تبیین الحقائق، ج5، ص 199.

3 علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، ج3، مطبعة الإسياتنة، القاهرة، 1980، ص393.

4 ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، مرجع سابق، ج2، ص 384. ابن قدامة، المغني، ج4، مرجع سابق، ص518.

مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يُعدون أيضاً من السفهاء". فقد أدخلت المادة المغفل في عموم السفهاء، وللحاكم أن يحجر على السفية حسب نص المادة 958 من المجلة التي جاء فيها: " للحاكم أن يحجر على السفية". تتبين من نص هذه المادة أن الولاية على السفية تكون للحاكم، وله وحده أن يحجره بالنظر لمصلحته في حفظ ماله.

ويرى أبو حنيفة أنه لا يحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه، واستدل أبو حنيفة، بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا﴾¹. فقبل الحجر على السفية وذو الغفلة، تكون تصرفاتهما صحيحة².

أما في القانون فإنه واضح من نصوص مواد قانون الأسرة والقانون المدني أن الحجر على السفية وذو الغفلة في التصرفات القانونية، يبدأ سريان أثره من حين صدور القرار بالحجر عليهما وتسجيله وإشهاره. وتعتد بعض الأنظمة القانونية حتى بتاريخ تسجيل طلب الحجر لدى المحكمة، وقد أشرنا لذلك سابقاً في حالة الجنون والعتة. فتكون تصرفات السفية وذو الغفلة قبل الحجر عليهما، أو تسجيل طلب الحجر صحيحة ونافذة، حماية للغير حسن النية؛ لصعوبة التعرف عليهما، وانعدام العلامات الدالة على السفه أو الغفلة للغير حسن النية، بخلاف المجنون والمعتوه، ففي الغالب اشتهار حالتها وظهورها للعيان، بالعلامات والهيئة والتصرفات الدالة، فيحذر الناس من التعامل معهما، إذ يكون للحجر في هذه الحالة أثر رجعي، على العكس من حالتي السفية وذو الغفلة، فلا يكون لتصرفاتهما أثر رجعي؛ فتكون تصرفاتهما قبل الحجر صحيحة.

1 سورة النساء، الآية 06

2 السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة. المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج24، ص157. وانظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (376/3).

فالأصل صحة التصرفات لكمال الأهلية بالبلوغ والعقل، والسفه والغفلة طارئان بعده، فلا تأثير لهما على أهلية الشخص ولا ينقصان منها، وبالتالي تكون التصرفات المبرمة قبل صدور قرار الحجر من المحكمة صحيحة نافذة، وهو ما نصت عليه المادة 107 من قانون الأسرة: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها"، وهو ما قرره المادة 103 من ذات القانون التي أوجبت أن يكون الحجر بحكم: " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسبا الحجر". وهذا الاتجاه هو الغالب في الفقه الإسلامي، وقد أخذت به أغلب القوانين العربية، إذ تقرر أن الحجر لا يقع بمجرد ظهور سببه، بل يفتر إلى الحكم به، فلا يثبت ولا ينفك إلا بحكم القاضي.

ومن الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية أثر الحجر على تصرفات السفه وذي الغفلة، والقول بصحتها قبل صدور قرار الحجر: هو قابلية التصرفات التي يجريها السفه وذي الغفلة للإبطال أو الوقف، بحسب طبيعة التصرف، رغم صدورهما قبل قرار الحجر، في حالتها الاستغلال والتواطؤ.

أولاً: استغلال حالة السفه أو الغفلة

وفي هذا الصدد يجب التفرقة بين الاستغلال الذي يعد عيباً من عيوب الإرادة، الوارد في القانون المدني، بنص المادة 1/90 منه¹. وبين الاستغلال الواقع على السفه أو ذي الغفلة، فحكم استغلال الهوى الجامع أو الطيش البين، قابل للإبطال أو الإنقاص من التزامات المغبون، حسب تقدير القاضي، في حين أن استغلال حالة السفه والغفلة يترتب

1 نص المادة 1/90 من القانون المدني على أن: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً...".

عليه ما يترتب على التعاقد مع الصبي المميز، فيكون التصرف باطلاً إذا كان ضاراً، وصحيحاً إذا كان نافعاً، وقابلاً للإبطال أو موقوفاً، إذا كان متردداً بين النفع والضرر.

فإذا كان المتعاقد مع السفية أو ذي الغفلة عالماً بحالته، ومنتوقاً الحجر عليه، فيعمد إلى التعاقد معه مستغلاً سوء تدبيره وتقديره، أو فرط طبيئته وبلاهته، فيصل من وراء ذلك إلى فائدة كبيرة، لا تتعادل فيها الالتزامات المتبادلة، بين ما يأخذ وما يعطي، يكون كمن تعاقد مع صبي مميز. وهو ما جاء في الاجتهاد القضائي المصري: من أن المقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بحالة السفه أو الغفلة، لدى الشخص، فيستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة¹، واعتبر أن تحديد التفاوت بين ما يأخذه السفية أو ذي الغفلة وما يعطيه، هو من اختصاص القضاء، ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي².

والعلم بحالتي السفه أو الغفلة لا يكفي؛ إذ لا بد من توفر عنصرى: الاستغلال وتفاوت الالتزامات، بين ما يأخذه المتعاقد معهما، وبين ما يحصل عليه ناقص الأهلية من فائدة جراء هذا التعاقد.

ثانياً: التواطؤ مع السفية أو ذي الغفلة

إذا كان من تعامل مع السفية وذي الغفلة على علم بأنه سيحجر عليهما، فيتواطأ مع المراد الحجر عليه للتحايل على القانون، لتجنب آثار الحجر استباقاً للحكم وتقويتاً لأثر الحجر المرتقب والافلات بأمواله³، يكون التصرف قابلاً للإبطال، وعليه تكون تصرفات

1 انظر مجموعة أحكام النقض المدني المصري، في 28 ماي 1970، لسنة 21، رقم 147، ص 920. والنقض المدني المصري في 20 أبريل 1971، لسنة 22، رقم 78، ص 506.

2 نقض مدني مصري بتاريخ 24/06/1956، مجموعة أحكام النقض المدني المصري لسنة 16 رقم 129، ص 518.

3 تنص المادة 2/115 من القانون المدني المصري على: " 2 . أما التصرف الصادر قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

السفيه وذي الغفلة صحيحة ونافاذة، حماية الغير حسن النية، ولو صدرت قبل قرار الحجر. أما إذا كان الغير سيئ النية، هو الذي تواطأ مع ناقص الأهلية توقعاً للحجر، أو استغل سذاجة وسلامة قلبه، أو سوء تقديره وتدبيره لابتزازه وأخذ أمواله، وتكون التصرفات والعقود المبرمة مع السفيه وذي الغفلة، كالتصرفات اللاحقة لقرار الحجر، فتكون باطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، وصحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، وقابلة للأبطال لصالحهما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وتتوقف على الإجازة.

ومنه يتبين أن المشرع الجزائري لم يفصل بين تصرفات المجنون والمعتوه من جهة، على اعتبار أنهما عديمي الأهلية، وبين تصرفات السفيه وذي الغفلة باعتبارهما ناقصي الأهلية، فجمع بينهم في المادة 107 من قانون الأسرة، ولم يكن صائباً في معالجة هذه المسألة، فكان لزاماً عليه أن يفرق بين حكم التصرفات الصادرة في الحالتين، فيخصص حكماً لتصرفات المجنون والمعتوه وآخر للسفيه وذي الغفلة، وذلك قبل صدور قرار الحجر وبعده، مع ذكر حالتي الاستغلال والتواطؤ.

والمادة 1/109 من القانون المدني العراقي: "السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز، ولكن ولي السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه وجد ووصيها حق الولاية عليه، أما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور إلا إذا كان التصرف وقع غشاً بطريق التواطؤ مع من تصرف له السفيه توقعاً للحجر".
والمادة 2/170 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "أما التصرف الصادر قبل القيد فلا يكون باطلاً أو قابلاً للأبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

والمادة 3/35 من قانون الولاية على أموال القاصرين القطري التي تنص على: "تصرفات السفيه أو ذي الغفلة، بعد قيد طلب الحجر عليه، صحيحة ما لم تكن نتيجة استغلال أو تواطؤ".

الفرع الثاني:

حكم تصرفات السفية وذي الغفلة بعد الحجر

تصرفات السفية وذي الغفلة بعد الحجر عليهما مردودة، ولو تغير حاله فأصبح مدبرا لماله ويحسن التصرف والتقدير، مالم يفك حجره من وليه الشرعي أو الحاكم عند المالكية¹. وذهب محمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنفية صاحبا أبي حنيفة، إلى القول بمنع نفاذ تصرفات السفية التي تحتمل الفسخ؛ أي يمكن فسخها من العاقدين برضاها بعد تمامها، ولا تصح مع الهزل، فلا يتساوى الجد فيها مع الهزل؛ كالبيع والشراء والإجارة والاقرار والحوالة، وهو ما جاء في المادة 489 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدي باشا فنصت على أنه: "إذا أقيمت البينة على حر مكلف وثبت لدى الحاكم الشرعي أنه سفية يحجر عليه ويمنعه من جميع التصرفات التي تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل فيكون حكمه فيها كحكم الصغير ولا تنفذ عقودة بعد الحجر إلا بإذن الحاكم وأما تصرفاته قبل الحجر فهي جائزة نافذة". أما التصرفات التي يتساوى فيها الجد والهزل، فتصح مع الهزل ولا تحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق والعتاق والإقرار بالعقوبات فلا تأثير للحجر فيها². وقد جاء في المادة 990 من مجلة الأحكام العدلية أن: "السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ولكن ولي السفية الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق الولاية"، ونصت المادة 991 بعدها على أن: "تصرفات السفية التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس". وسبب تقييد التصرفات بالقولية هو وجوب الضمان في التصرفات الفعلية، فالفعل إذا وقع من القاصر لا يرد، وعليه ضمان ما نشأ عن فعله، من أضرار وخسائر للغير، وهو ما تضمنته المادة 960 من المجلة، إذ جاء فيها: "المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وان لم يعتبر تصرفهم

1 الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلتها، ج 05، مرجع سابق، ص 433.

2 علي حيدر، درر الحكام، مرجع سابق، ص 709.

القولى لكن يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشا من فعلهم. مثلا يلزم الضمان على الصبي إذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز".

وعليه فإن حكم تصرفات السفية المحجور عليه؛ كالصغير المميز في المعاملات المالية، فمتى حجر على السفية أو ذي الغفلة الذي يأخذ أحكامه، أصبح ناقص الأهلية، وتنقسم تصرفاتهما إلى ضارة ونافعة ومتردة بين النفع والضرر.

أولاً: حكم التصرفات النافعة للسفيه وذي الغفلة

إذا كان في التصرف التي يبرمه ناقص الأهلية نفع محض ويترتب عليه اغتناء الذمة المالية للسفيه أو ذي الغفلة، فإنه يقع صحيحاً نافذاً مرتباً لآثاره، ولا يتوقف على الإجازة¹. فدخل شيء في ذمة القاصر، ليصبح مملوكاً له من غير خروج شيء منها عوضاً له؛ كقبول الهبة والوصية والانتفاع بالعارية، هو نفع محض، فيجوز تصرفه فيه من غير إذن من وليه الشرعي. وهو ما أخذت به القوانين العربية²، ومنها قانون الأسرة الجزائري، جاء في نص المادة 83 أن: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له...". فيأخذ السفية أو ذو الغفلة حكم تصرفات الصبي المميز وهو ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني، التي أحالت إلى قانون الأسرة.

ثانياً: حكم التصرفات الضارة للسفيه وذي الغفلة

إذا كان في التصرف التي يقوم به السفية أو ذو الغفلة ضرر محض أي أنه يكون سبباً في خروج شيء من ملك القاصر، يؤدي على افتقار الذمة المالية، من غير مقابل،

1 محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية، مرجع سابق، ص 81.

2 نصت المادة 1/115 من القانون المدني المصري على أن تصرفات السفية وذي الغفلة الصادرة بعد تسجيل طلب أو قرار الحجر، يسري عليها أحكام الصبي المميز ومعنى ذلك أن تصرفاتهما النفعية نفعاً محضاً نفع صحيح من غير توقف على إذن أحد.

بحيث لا يدخل أي شيء إلى ذمته المالية فيه نفع له. كهبة ماله وصدقته وعطاياه، فالأصل بطلان هذه التصرفات إلا أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية تورد استثناءات على خلاف الأصل، ومنها الوصية والوقف.

1 - الوصية من السفية وذو الغفلة

وإن كان السفية ليس أهلاً للتبرع إلا أن الفقهاء أجازوا له الوصية في وجوه الخير والبر، فهي لا تنافي المحافظة على المال؛ لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت والشخص يفتقر إلى الثواب بعد وفاته لا إلى المال. إلا أن تكون الوصية لأهل الفسق والمجون واللغو، فلا تصح ولا تنفذ¹. ويرى المالكية والشافعية في أحد القولين عنهم، وكذا الحنابلة في الراجح عندهم، صحة الوصية من السفية² في حدود الثلث من المال. قال ابن رشد: "وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف؛ إلا أن يعتق أم ولده، فيلزمه عتقها"³. ويرى الصحابان - أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ومحمد بن الحسن الشيباني وهما من فقهاء الحنفية - صحة الوصية من السفية استحساناً⁴، وهو ما يعني صحة وصايا السفية المحجور عليه التي توافق الشرع ويراد بها القربى ولا تصح من الصبي المميز⁵.

1 الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين، تبيين الحقائق، ج 05، مرجع سابق، ص 198.

2 الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 01، مرجع سابق، ص 456. ابن قدامة، المغني، ج 06، مرجع سابق، ص 417.

3 ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 04، ص 70.

4 الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ج 05، ص 198.

5 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 02، مرجع سابق، ص 710. محمد زيد الأبياني شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 02، مرجع سابق، ص 216.

انظر شرح المادة 490 منه والتي تنص على أنه: "لا يحجر على السفية الحر البالغ في التصرفات التي لا تحتل الفسخ ولا يبطلها الهزل، فتجوز له هذه التصرفات كالنكاح والطلاق والإنفاق على من تجب عليه نفقتهم.....".

2 - الوقف من السفية وذو الغفلة

أجاز بعض الفقهاء وقف السفية استحسانا على نفسه وذريته من بعده أو على جهة خيرية أخرى، بعد إذن القاضي؛ إذ لا ضرر على الواقف وورثته من الوقف¹. وحكم ذي الغفلة لا يختلف عن السفية في شيء عند الصاحبين، خلافا لأبي حنيفة، ويرى مالك والشافعي وأحمد الحبر عليه²، فلا يعد وقف السفية على نفسه وعلى أولاده من بعده إسرافا ولا تبذيرا للمال، ولا يلحق الورثة ضرر من ذلك، بل يعد احتياطا لصون العقارات من التصرف فيها وهو مما يفعله العقلاء³.

والأصل بطلان التصرفات الضارة ضررا محضا من السفية وذو الغفلة فقها وقانونا، لكن بعض القوانين أجازت تصرفهما بالوقف والوصية، بشرط الحصول على إذن المحكمة، وهو ما جاء في المادة 1/116 من القانون المدني المصري حيث تنص على أنه: " 1 . يكون تصرف المحجور عليه، لسفه أو غفلة، بالوقف أو بالوصية صحيحاً، متى أذنته المحكمة في ذلك...". وهذا كله إذا كان التصرف قد صدر من السفية وذو الغفلة بعد قرار الحبر، حسب نص المادة 1/115 إذ جاء فيها: " 1- إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفية، بعد شهر قرار الحبر، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام...."، لأنه لو وقع قبل صدوره، يكون صحيحا منتجا لكافة آثاره، من غير حاجة لأذن المحكمة، لصدوره من كامل الأهلية. فقد راعى المشرع المصري أن هذه التصرفات مضافة لما بعد الموت، فلا تؤثر في الذمة المالة للقاصر، لا في الحال ولا في المآل. وأجاز المشرع العراقي أيضا الوصية بنص المادة 2/109 في ثلث المال حيث جاء فيها أنه: " تصح وصايا السفية بثلث ماله". آخذا بما ورد في مجلة الأحكام العدلية، وهو قول الأكثرين من أهل الفقه، فقد أجازها الصاحبان استحسانا في وجوه البر و الاحسان،

1 علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص269.

2 علي الخفيف، المرجع نفسه، ص269.

3 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 452.

فتصح وصيته كما تصح عبادته؛ فهو محتاج إلى الثواب، كما أنها لا تضره؛ لأن تنفيذها يكون بعد مماته¹.

غير أن المشرع الجزائري لم يسلك نهج أغلب التشريعات العربية، التي أجازت للسفيه وذي الغفلة الوصية والوقف من مالهما، وذهب إلى منعهما باشتراطه أهلية المتصرف. حيث نصت المادة 186 من قانون الاسرة الجزائري، على أنه: " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر 19 سنة على الأقل"، وهما شرطان في الواهب المادة 230 والواقف المادة 215 التي تنص على أن: " يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون"، وهو ما نصت عليه المادة 10 من القانون المتعلق بالأوقاف إذ جاء فيها: " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

1- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.

2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين².

وبذلك يخرج المشرع الجزائري برأي منفرد، مخالف لما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي وأغلب القوانين العربية، قياسا على بطلان باقي عقود التبرعات من القاصر والمصاب بعض الأهلية.

ثالثا: حكم التصرفات المترددة بين النفع والضرر

هذه التصرفات هي من جهة سبب في اقتتار الذمة المالية للقاصر ومن جانب آخر يترتب عليها زيادة في الذمة المالية له، فالحقوق التي ترتبها من قبيل النفع، أما الالتزامات

1 إبراهيم عنتر، السفه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، السنة الأولى، ص 169.

2 القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 22/05/2001.

التي تفرضها فتعد ضارة؛ كالبيع والشراء والإيجار والرهن والمقايضة وغيرها من عقود المعاوضات المالية المحتملة للربح والخسارة. ويرى أغلب الفقهاء أن تصرفات السفية وذي الغفلة المالية بعد الحجر عليه تأخذ أحكام تصرفات وعقود الصبي المميز، غير أنها تختلف عنها في أحواله الشخصية؛ فيصح نكاحه وطلاقه ورجعته إلا أنه لا يلزم إلا بمهر المثل في الزواج، فلا يزيد عليه؛ لما في الزواج والطلاق من التكاليف، وبذل البذل وهو التزام مالي، والسفيه ليس من أهله حالة الحجر، فيقيد ويدخل ضمن مواضع الحجر¹. كما تجوز وصيته في حدود الثلث من ماله في وجوه الخير؛ لأن ذلك من العبادة وهو أهل لها، كذلك يجوز وقفه على نفسه و أولاده من بعده²، ويستثنى من الحجر على تصرفات السفية أو ذي الغفلة، ما كان ضرورة لمعاشه فلا حجر عليه في التصرف بالقليل من المال لسد خلته؛ ك شراء الخبز والثياب³.

فالتصرفات المترددة بين النفع والضرر تتعد من السفية و ذي الغفلة موقوفة على إجازة وليه، وهو ما قال به فقهاء المالكية⁴ والحنابلة⁵ في إحدى الراويين عنهم، وهو قول صاحبين أيضا⁶، وهما من فقهاء الحنفية. وعليه فالقول بوقف تصرفات السفية و ذي الغفلة المالية تحقق مصلحتهما وحماية أموالهما، فلا تكون تصرفاتهما المترددة بين النفع والضرر

1 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 451.

2 محمد سعيد جعفرور و فاطمة أسعد، التصرف الدائم بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، 2009، ص 14.

3 علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 269.

4 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مرجع سابق، ص334.

قال ابن رشد: "ما [يفعله السفية] بعوض فهو موقف على نظر وليه إن كان له ولي، فإن لم يكن له ولي قدم له ولي...".

5 ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 475. جاء فيه: "يصح لأنه عقد معاوضة فملكه بالإذن كالنكاح، فيصبح تصرفه بالإذن لأنه لو منعنا تصرفه بالإذن، لم يكن لنا طريق لمعرفة رشده واختياره".

6 علاء الدين الكساني، البدائع، ج 7، مرجع سابق، ص 169. جاء فيه "وأما عندهما [الصاحبين] فحكمه وحكم الصبي العاقل سواء فلا ينفذ بيعه ولا شراؤه ولا إجارته.. وما أشبه ذلك من التصرفات التي تحتل النقض و الفسخ...".

نافذة، إلا إذا أجازها الولي الشرعي، إذا وجد في التصرفات نفعاً وصلاًحاً لهما، فإذا وجد الولي ضرراً فيها ردها وإلا أمضاها.

أما موقف المشرع الجزائري من تصرفات ناقص الأهلية المتردد بين النفع والضرر، فهي صحيحة من السفيه و ذي الغفلة، لكنها تأخذ حكمين مختلفين فيه:

الأول: قابلية التصرف للإبطال، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في القانون المدني، حيث جاء في المادة 99 ما نصه: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". وهذه الفكرة تبناها المشرع المصري¹، ومن قبله المشرع الفرنسي في تقنين نابليون، وأخذها المشرع الجزائري عنهما. أي أن التصرف ينشأ صحيحاً، متى توافرت أركان انعقاده وشروطه صحيحة؛ فإذا تخلف ركن من أركانه، يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا تخلف شرط من شروط صحته، بأن كان أحد الطرفين ناقص الأهلية، أو أن إرادته مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، فإن التصرف يكون قابلاً للإبطال لصالح من شرع لحمايته². وهو هنا ناقص الأهلية، سواء كان صبياً مميزاً أو سفياً أو ذا غفلة، فتتقرر القابلية للإبطال لحماية أمواله.

الثاني: وقف التصرف على الإجازة: وهو ما أخذ به المشرع لجزائري في قانون الأسرة بنص المادة 83 حيث جاء فيها: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء". فأخذ بفكرة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وهو عقد صحيح يتوقف نفاذه

1 تنص المادة 138 على أنه: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

2 محمد سعيد جعفرور وفاطمة أسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر، مرجع سابق، ص 40-43.

على الإجازة، وهو ما ذهبت إليه عدة تشريعات عربية منها: التونسي¹ والعراقي² والمغربي³ والأردني⁴. فالحكم المقرر في قانون الأسرة الجزائري يختلف عن الحكم المقرر في القانون المدني، فجعل المشرع الجزائري للتصرفات المترددة بين النفع والضرر الصادرة عن ناقص الأهلية؛ وهو هنا السفية أو ذو الغفلة، حكما مزدوجا، ولذا فمن الضروري تدارك هذا الأمر وإزالة التعارض، وتوحيد جزاء هذا النوع من التصرفات، وأرى أنه من الأولى الأخذ بفكرة العقد الموقوف المستمدة من الفقه الإسلامي؛ لأنه يحقق مصلحة أكبر القاصر، باعتبار أن العقد موقوف النفاذ، لا يكون له أثر حتى بجيزة الولي الشرعي، إذا وجد فيه خير أو نفع لناقص الأهلية، أما العقد القابل للإبطال، فهو عقد صحيح، يسري أثره من وقت انعقاده، حتى يطالب الولي الشرعي بإبطاله أو القاصر بعد اكتمال أهليته، وزوال الحجر عنه. فاحتمال الضرر في العقد القابل للإبطال، أكبر منه في العقد الموقوف على الإجازة، بالإضافة إلى أن قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وتماشيا مع انسجام نصوصه و أحكامه، كان على المشرع تبني فكرة العقد الموقوف.

1 جاء في الفصل 165 أن: "جميع التصرفات التي باشرها السفية قبل الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها. أما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه".

2 نصت المادة 1/97 وهي في حق الصبي المميز على أنه: "1 - يعتبر تصرف الصغير المميز... أما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتتعد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها هذا التصرف ابتداء". ونصت المادة 1/109 على أن: "1 - السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز...".

3 تنص المادة 3/225 على أنه: "3 - يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي". ونصت المادة 228 على أنه: "تخضع تصرفات السفية والمعته لأحكام المادة 225 أعلاه".

4 جاء في المادة 3/165 أن: "تصرفات الصبي المميز القولية المالية المترددة بين النفع والضرر موقوفة على الإجازة". وتتص المادة 2/175 على أنه: "تطبق على تصرفات السفية الصادرة بعد الحجر عليه الأحكام المتعلقة بتصرفات الصبي المميز".

وقد جعل المشرع الجزائري لناقص الأهلية حق التمسك بإبطال العقد في نص المادة 99 من القانون المدني: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"، فهو مقرر لحماية ناقص الأهلية من آثار هذا التصرف ولا يحق لغيره التمسك به، وليس للمحكمة إثارته من تلقاء نفسها¹.

فالتصرف القابل للإبطال ينشأ صحيحا، وتترتب كافة آثاره القانونية. فإذا تقرر ابطاله لأي سبب، يرجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل انشائه. وهو إجراء مقرر لصالح ناقص الأهلية بحيث لا تنفذ تصرفاته المالية الدائرة بين النفع والضرر، إلا إذا رأى وليه الشرعي فيها نفعاً له فأجازها. ويشترط القانون المدني الجزائري مدة 5 سنوات للتمسك بحق إبطال العقد من السفية أو ذي الغفلة، بعد رفع الحجر عنهما، ابتداء من زوال سبب الحجر، إذ نصت المادة 101 على أنه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات..." وجاء في المادة 103 من القانون المدني أنه: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل..."، وهذا يعني أنه عند إبطال التصرف الدائر بين النفع والضرر من السفية و ذي الغفلة، لا يلزم ناقص الأهلية برد ما أضاعه أو أتلفه أو أنفقه في غير فائدة، إلا بقدر ما عاد منه عليه بالنفع، أي بالقدر الذي أثرى به حقيقة²، كما أن إبطال التصرف يرمي إلى تحذير المتعاقد مع ناقص الأهلية من خطورة التعامل معه، حيث يمكن أن يفاجأ بدعوى إبطال التصرف في أي لحظة، في المدة القانونية الممنوحة لمن تقرر البطلان لصالحه.

1 محمد سعيد جعفرور وأسعد فاطمة، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط3، 2009، ص 44.

2 محمد سعيد جعفرور وفاطمة أسعد، مرجع سابق، ص 46.

المطلب الثالث:

حكم تصرفات السفه وذي الغفلة في أحوالهما الشخصية

لم ينظم قانون الأسرة ولا القانون المدني مسألة زواج أو طلاق السفه وذي الغفلة، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي تحيل إليها المادة 222 من قانون الأسرة، الذي اعتبر تصرفات السفه باطلة، متى صدرت منه حال السفه، وبعد صدور الحكم بالحجر؛ لأن تصرفاته قبل الحجر صحيحة، ما لم تكن نتيجة استغلال أو تواطؤ، أو كانت حالة السفه أو الغفلة ظاهرة وفاشية.

يأخذ السفه وذو الغفلة أحكام الصبي المميز، إلا أنه توجد استثناءات على هذا الأصل؛ وهي تصرفهما في أحوالهما الشخصية والعبادات المالية بالبلوغ والعقل، فهما مكلفان بسائر العبادات، ويلزمها وجوب النفقه في مالهما على من تلزمهم. فالحجر على السفه لا يمنعه من أداء حقوق الناس، ولا حقوق الله سبحانه وتعالى¹، فيخرج زكاة ماله، الواجبة عليه، يفرزها القاضي من ماله، ويسلمها إليه ليعطيها إلى مصارفها، واشتراط الفقهاء أن يكون معه أمين يراقبه، حتى لا يصرفها في غير مواضعها².

كما أنه يحج حجة الإسلام، ولا يمنع من النفقات التي يحتاجها، وتسلم أمواله إلى حاج أمين معه تصرف على يده. ويصح منه الوفاء بنذر العبادات البدنية؛ كالحج والصيام والصلاة، لعدم تعلق الحجر بالبدن، ولا يصح منه النذر المتعلق بالعبادات المالية³، كالصدقة أو التطوع؛ لأنه تصرف في المال ليس فيه نفع ولا حظ له فيه، أما أحواله

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأداته، ج 6، مرجع سابق، ص 4493. سعاد إبراهيم صالح، أحكام تصرفات السفه في الشريعة الإسلامية، دار تهامة للنشر، السعودية، ط1، 1984، ص 75.

2 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، مرجع سابق، ص 711. محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 02، مرجع سابق، ص 216.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، ج 6، مرجع سابق، ص 4499.

الشخصية الأخرى؛ من زواج وطلاق وخلع وإقرار بالنسب، فإن للسفيه حق مباشرتها، مع اختلاف الفقهاء في بعض التفاصيل وهذه آراؤهم:

1 - الحنفية والمالكية قالوا: بصحة زواج وطلاق السفيه؛ لأن عبارته صحيحة، فإذا صح زواج الهازل صح زواج السفيه¹، عملاً بالسنة لقوله ﷺ: «ثَلَاثُ جِدُهْنَ جِدٌّ، وَهَزْلُهِنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ»².

2 - الشافعية قالوا: بصحة زواج السفيه إذا احتاج إليه، بل ويجبره الولي إذا كان ضعيفاً أو به زمانة، وسواء كان ذلك للخدمة أو للمتعة، فإن لم يكن في حاجة للزواج فليس للولي إجباره، فهو مصلحة محضة وفيه حظ له، ولم يشرع لقصد المال³.

3 - أما عند الحنابلة: فالزواج يكون صحيحاً، إذا دعت إليه الحاجة كخدمة أو متعة، فإن للسفيه أن يتزوج وإن منعه الولي، فإن تزوج فلا يلزمه إلا مهر المثل فقط⁴. فأغلب الفقهاء قالو بصحة زواج السفيه، لكنهم اختلفوا في اشتراط اذن الولي:

1 - الحنفية قالوا: يصح نكاح السفيه، أذن به الولي أم لم يأذن. باعتباره كالبالغ الرشيد في وجوب العبادات والحدود. ثم إنه عقد غير مالي ولزوم المال فيه ضمني، كما أنه يصح مع الهزل، وأنه من الحاجات الضرورية للإنسان⁵.

2 - المالكية قالوا: بصحة نكاح المحجور عليه لسفه، ويكون موقوفاً على إجازة الولي، كسائر عقود المعاوضات، فإن أذن نفذ وإن رده بطل، فإن لم يدخل بها فليس لها شيء، وإن دخل بها تأخذ المهر، وهو قول مالك وأكثر أصحابه، لأنه عوض عما استحل منها ولا يحل بغير عوض، فليزوم المحجور الوفاء بأقل ما يكون عوضاً له، ليطمئن عن السفاح، كما لو أن

1 الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج 4، مرجع سابق، ص 459. الزيلعي، تبیین الحقائق، ج 5، مرجع سابق، ص 193.

2 أخرجه ابن ماجه في السنن، ج 1، ص 658.

3 السبكي تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، ج 2، دار المعارف، بيروت، لبنان، ص 277.

4 عبد الرحمان الحزيري، الفقه على الذاهب الأربعة، ج 2، مرجع سابق، ص 247.

5 الزيلعي، تبیین الحقائق، ج 5، مرجع سابق، ص 193.

السفيه انتفع بما اشترى بغير إذن وليه تلزمه قيمته، فيلزمه أيضا ما ملك به البضع إذا مكن منه¹.

3 - الشافعية قالوا: بعدم صحة زواج السفیه إلا بإذن الولي، وجعلوا الخيار فيه للولي، إن شاء أذن له بالزواج أو زوجته، فهو عندهم تصرف في المال، إذ أن نفقات الزواج وتكاليفه مالية، فإن تزوج بغير إذن الولي فلا شيء للزوجة، كما لو أنه اشترى بغير إذن الولي وأتلف المال، وقيل يلزمه بعد الدخول مهر المثل².

والراجع صحة زواج السفیه وطلاقه وجوازهما، أذن به الولي أم لم يأذن، مع الاحتياط في المهر وبدل الخلع؛ لأنه تصرف في المال، وهو محجور عليه فيه، فيكون مثل مهر غيره أو أقل، فعبرة السفیه معتبرة شرعا، ولكنه لا يلزم بدفع المال، باعتبار البديل في الخلع تبرع، وهو من التصرفات الضارة ضررا محضا فيمنع، وإن كانت المتزوجة امرأة سفیهة، تأخذ حكم السفیه، فإذا اختلعت من زوجها يقع الطلاق ولا يجب المال عليها، فهي ليست من أهل التصرف في المال البديل عن الخلع، إلا إذا كان الذي تولى الخلع عن السفیهة وليها، فإن الطلاق يقع ويلزم الولي بالمال. فإذا كان من مالها أو بمهرها فلا يلزمها؛ لأن التصرفات الضارة بأموال القاصر ممنوعة من الولي ومن القاصر.

ويصح من السفیه الظهار واللعان، ويصح إقراره بالنسب، فتلزمه أحكامه من ولاية على النفس والمال، فتجب عليه نفقة من أقر بنسبهم إليه، إذا احتاجوا للنفقة وثبوتها بالبينة فلا يكفي إقرار السفیه بوجوب نفقتهم عليه³.

1 الحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج 4، مرجع سابق، ص 459.

2 السنكي زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، دون طبعة ودون تاريخ، ص 209.

3 السرخسي شمس الدين المبسوط، ج 24، مطبعة دار السعادة، القاهرة، 1990، ص 171.

أما القوانين العربية فأخذت بالرأي الغالب في الفقه الإسلامي، بإحالتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية واكتفى بعضها بالإشارة إلى ذلك، فزواج السفية وطلاقه يعد صحيحا في القانون العراقي حيث جاء في المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية أنه: "يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ". أيضا المشرع الإماراتي تطرق إلى زواج السفية حيث جاء في المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية أنه: "لمن بلغ من الذكور سن الرشد سفيتها، أو طراً عليه السفه أن يزوج نفسه، ولولي المال الاعتراض على ما زاد على مهر المثل"¹، فعد السفية كامل الأهلية في ما تعلق بالزواج، فلا حجر عليه في الزواج، وإنما في التصرفات المالية، فأعطى ولي المال الحق في رد ما زاد على المهر المتداول عرفا في أمثاله.

واعتبر المشرع التونسي في الفصل السابع (7) موافقة ولي المحجور عليه لسفه شرطاً لصحة الزواج، وأن للمحجور له طلب فسخ زواجه قبل البناء، إذ جاء فيه: "زواج المحجور عليه لسفه، لا يكون صحيحاً إلا بعد موافقة المحجور له، وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء"². واشترط المشرع السوري في المادة 1/15 البلوغ والعقل لصحة الزواج بقولها: "يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ"³. فشرطاً للبلوغ والعقل اللذين تضمنتهما المادة متوفرين في السفية وذي الغفلة، وعليه يكون زواجهما صحيحاً، وذكر المشرع العراقي في المادة 35 الأشخاص اللذين لا يقع طلاقهم، ولم يذكر من بينهم السفية وذا الغفلة، فنصت على ما يلي: "لا يقع طلاق الأشخاص الآتي ذكرهم: 1 - السكران والمجنون والمعتوه والمكره، ومن كان فاقداً للتمييز..."⁴. بالتالي يقع طلاقهما ويصح ويكون نافذاً.

1 قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مرجع سابق.

2 مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مرجع سابق.

3 قانون الأحوال الشخصية السوري، مرجع سابق.

4 قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق.

أما بالنسبة للخلع فإن المشرع العراقي يشترط أهلية الزوج لإيقاع الطلاق، حيث جاء في المادة 46 ما نصه: "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق..."¹، كما نصت المادة 94 من وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية على أنه: "يشترط لصحة الخلع أهلية الزوجة للبذل وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق"، وهو ما نصت عليه المادة 95 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها: "يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له..."².

وبالتالي يقع طلاق وخلع السفية وذي الغفلة، لكمال أهليتهما بالبلوغ والعقل؛ لأن الطلاق من التصرفات التي لا يبطلها الهزل، ثم أنه صح منه الزواج وهو الأصل، فيملك الطلاق لأنه فرع، إذا كان لضرورة، وأصل التصرف غير مالي، وإن رتب آثاراً مالية فهي بالتبعية، وتقع تحت مراقبة الأولياء أو المحكمة.

1 قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق.

2 قانون الأحوال الشخصية السوري، مرجع سابق.

الفصل الثاني:

أحكام رفع الحجر عن القاصر

من القواعد الشرعية المقررة، أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وبما أن الحجر على القصر بني على أسباب، فمتى زالت هذه الأسباب زال الحكم بالحجر وفك حجرهم. فأما الصغير غير المميز فيرفع الحجر عن بعض تصرفاته ببلوغه سن التمييز وهو السابعة من عمره، وهي النافعة له نفعا محضا، وأما المترددة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة وليه الشرعي وأما الضارة ضررا محضا فتعد باطلة منه ولو أجازها الولي.

وأما الصبي المميز فيفك حجره جزئيا بإذن ولي المال في التصرفات المترددة بين النفع والضرر؛ كالبيع والشراء والرهن والارتهان والإجارة. وعند الجمهور غير الشافعية لا يزول الحجر عن المميز وإن أذنه الولي بالتجارة، ويرفع الحجر عن الصبي المميز أيضا ببلوغه عاقلا رشيدا، من غير توقف على ترشيد الولي أو القاضي عند الجمهور غير المالكية الذين يرون أن الصغير ذو الأب يزول الحجر عنه ببلوغه رشيدا دون حاجة لحكم حاكم، فإن كان عليه وصي فيزول حجره بترشيد الوصي، وإن كان له وصي معين من قبل القاضي، فإن ترشيده يكون للقاضي؛ إذا ثبت عنده رشده، سواء كان له وصي أم لم يكن.

فمتى انتفى السبب الداعي إلى الحجر على القاصر ومن في حكمه فك حجره، فيكون رفع الحجر في هذه الحالة كليا، إلا أنه يمكن رفع الحجر جزئيا عن بعض المحجورين بالتدرج حتى يرفع بصورة كلية، وذلك بتقرير الإذن لبعضهم بالتصرفات واختبار رشدهم تمهيدا لرفع الحجر عنهم كليا، وهو ما جعلني أقسم هذا الفصل إلى مبحثين يخصص الأول: للرفع الجزئي للحجر عن القاصر وآثاره. والثاني للرفع الكلي للحجر عن القاصر وآثاره وحكمه.

المبحث الأول:

أحكام الرفع الجزئي للحجر عن القاصر

قد يؤذن للمحجور عليه بممارسة بعض التصرفات القانونية التي كان ممنوعاً منها، على سبيل الدرية والاختبار، استعداداً لإطلاق يده في التصرفات المتعلقة بأمواله، ومن ثم الاعتراف له بالأهلية الكاملة، ولما كان حفظ المال من الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية لحمايتها، ولخطورة التصرفات الواردة على المال، فكان لزاماً الاحتياط في منح الإذن للصغير المميز وتنظيم أحكامه. وعليه يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: يخصص الأول: للإذن للقاصر المميز في التصرف المالي وحالاته وشروطه، والثاني: للأحكام والآثار المترتبة عن الإذن.

المطلب الأول:

الإذن للقاصر المميز في التصرف المالي وحالاته وشروطه

الأصل أن القاصر المميز محجور عليه لوليه الشرعي في التصرفات الضارة والدائرة بين النفع، فهو ممنوع من الأولى ويفتقر في الثانية إلى الإجازة، فإذا التمس الولي من الصغير المميز قدرة ورشداً في إدارة المال وحسن التصرف، يمكنه منحه الإذن وإسقاط حق المنع، ليصبح مأذوناً في التجارات وسائر التصرفات، ويكون الإذن أيضاً للسفيه وذو الغفلة. مما يوجب تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع الأول: تعريف الإذن ومشروعيته، والثاني: حالات الإذن للقاصر المميز. والثالث: شروط الإذن للقاصر المميز.

الفرع الأول:

تعريف الإذن ومشروعيته

الإذن في الشيء الإعلام بإجازته والرخصة فيه الإباحة، والمقصود منه فك الحجر عن الصبي المميز ومن في حكمه للاختبار والتجريب. مما يتطلب تقسيم هذا الفرع إلى قسمين أولاً: التعريف بالإذن. وثانياً: مشروعية الإذن للقاصر المميز.

أولاً: تعريف الإذن

يتطلب الكلام عن الإذن ومعرفة حقيقته التعريف به في اللغة والإصطلاح.

1 – الإذن في اللغة: من أذِنَ يَأْذِنُ، إِذْنًا، فهو آذِنٌ، وأذِنَ بالشيء: علم به. وأذِنَ: أمر وقضى. وأذِنَ له في الدخول: أباح له وسمح¹. والإذن أيضاً: فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً².

2 – الإذن في الاصطلاح: لم تتطرق القوانين إلى تعريف الإذن، ربما لأنه من عمل الفقه، غير أن بعض شراح القانون عرفوه بأنه: منح القدرة لمباشرة بعض التصرفات للاختبار والتمرين على إدارة الأعمال، أو فك الحجر عن المحجور³، ويعبر عن الشخص الذي يقرر الإذن له ورفع الحجر عنه بالمأذون له، ويقال أيضاً: مأذون تخفيفاً كما يقال للمحجور عليه: محجور، والإذن أيضاً: رفع المنع وإيتاء المكنة⁴. وقيل الإذن: فك الحجر الثابت شرعاً في

1 أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط1، 1429 هـ - 2008 م، ص77.

2 المناوي زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، ط 1، عالم الكتب، القاهرة، 1990، ص 44.

3 جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، مرجع سابق، ص 358.

4 المناوي زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب 38 عبد الخالق ثروت-القاهرة، الطبعة الأولى، 1410هـ-1990م، ص 44.

باب التجارات وإسقاط حق المنع، وإثبات الولاية للمأذون¹، جاء في المادة 942 من مجلة الأحكام العدلية: " الإذن فك الحجر وإسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي أذن مأذون". فالإذن بهذا المعنى: هو إطلاق التصرف لمن كان محجورا ورفع المنع عنه، وإعلام الناس بإطلاق يده فيما حجر عليه².

فالإذن غايته تدريب المميز المحجور عليه واختبار رشده، وإزالة حجره بالتدرج، ويمكن القول أن الإذن: هو رفع الحجر جزئيا عن المميز، بتمكينه من إجراء بعض التصرفات التي كان ممنوعا منها، على سبيل الاختبار والتدريب، فحقيقة الإذن الذي يجتهد الولي في منحه للقاصر المميز الذي قارب البلوغ أو السفه أو المغفل؛ هو تأهيله لمقتضيات تصرفات الرشد والإدراك، واستكمال الأهلية مناط التكليف، فالغاية من الإذن بالتصرف والتجريب من الولي: هو فك الحجر وإنهاء الولاية عليه، متى أتقن المرشد الأعمال المالية، كما يفعل البالغون الراشدون، فيسلم الولي المال له عند تيقن حسن التصرف والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا أَلِيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا﴾³، وإيناس المرشد متوقف على التجربة في التصرفات المالية، فبه يعرف الرشد من عدمه⁴.

1 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 2، مرجع سابق، ص 652.

2 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 6، مرجع سابق، ص 155.

3 سورة النساء، الآية 6.

4 جابر بن علي الجوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، مرجع سابق، ص 195.

ثانياً: مشروعية الإذن للقاصر المميز

ثبت عند جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والحنابلة جواز الإذن للقاصر المميز بالتجارة من قبل الولي أو الحاكم، إذا التمس منه رشدًا وإصلاحًا يؤهله إلى الاعتماد على نفسه¹، ودليلهم قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ زُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا﴾²، فالابتلاء هو الاختبار ولا يتحقق الاختبار إلا بممارسة للقاصر بعض المعاملات المالية، كالإذن له في التجارة ليعرف صلاحه ورشده من عدمه، فلا يتحقق معنى الابتلاء إلا بمباشرة التصرفات التي كان ممنوعاً منها تحت مراقبة الولي³.

يرى الشافعية أن الإذن للقاصر بالتجارة باطل؛ ودليلهم الآية السابقة نفسها، حيث أن دفع المال إلى الصبي معلق على شرطين: هما البلوغ وإيناس الرشد، لجوازه وتمكين الصبي من التصرف، فهو ليس أهلاً له قبل إتمام الشروط المذكورة ولو أذنه الولي⁴؛ ودليلهم الثاني قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾⁵، فقالوا أن المراد بالسفهاء في الآية هم الصبيان والمجانين. وقد أمر الله سبحانه وتعالى بعدم دفع المال إليهم، ويتم توفير حاجتهم

1 الدردير، الشرح الكبير، ج 3، مرجع سابق، ص 294. ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 321. الزيلعي، تبين الحقائق، ج 5، مرجع سابق، ص 204.

2 سورة النساء، الآية 6.

3 الطبري، جامع البيان، ج 3، مرجع سابق، ص 593.

4 السرخسي، المبسوط، ج 25، مرجع سابق، ص 21.

5 سورة النساء، الآية 05.

ومتطلباتهم منها، ودفع المال إليهم منهى عنه؛ لأن الصبي غير مكلف، ولا مخاطب بالتكاليف الشرعية، فلا يكون أهلا لمباشرة التصرفات المالية كغير العاقل¹.

وأرجح قول الجمهور بجواز الإذن للصغير المميز الذي يلتمس منه القدرة وحسن التصرف، والابتلاء لا يتحقق إلا بالممارسة العملية في الأسواق والتجارات لاكتساب الخبرة الكافية، لإعداده إلى المرحلة القادمة حين اكتمال أهليته ودفع المال إليه.

الفرع الثاني:

حالات الإذن للقاصر المميز

الإذن للمحجور عليه سواء كان صغيرا مميزا أو به سفة أو غفلة، مقرر شرعا وقانونا على سبيل الاختبار والتدريب والتعليم من الناحية العملية، وله صور أو حالات كأن يكون الإذن بالإدارة أو التجارة. وحتى يمنح الإذن من قبل الولي أو القاضي يجب أن تتوافر في المأذون له شروط أقرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

فقد يكون الإذن الممنوح للمحجور عليه خاصا بأعمال الإدارة، كتأجير العقارات أو مباشرة أعمال الصيانة الخاصة بالأموال المأذون له بإدارتها أو تحصيل الديون وغيرها، وقد يكون الإذن منصبا على أعمال التصرف الأخرى كالبيع والشراء والتجارة وغيرها.

أولا: الإذن للقاصر المميز بالإدارة

أعمال الإدارة هي التي لا تمس رأس المال بل تهدف إلى صيانتها والمحافظة عليه أو استثماره وإنمائه للإنفاق من فائضه وربحه، أما أعمال التصرف فهي التي تمس رأس المال وترد عليه وتغير المركز القانوني والمالي للشخص كالبيع والشراء والتجارة وغيرها²، أعطى

1 الإمام الشافعي، الأم، ج 3، مرجع سابق، ص 223.

2 كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، مرجع سابق، ص 137.

المشعر الجزائري للقاصر المميز الذي لم يبلغ سن التاسعة عشرة حق إدارة أمواله قصد تدريبه بالممارسة، تجربة له، ويكون الإذن إما مطلقا أو مقيدا، فيصبح الصبي المميز في هذه الحالة بمنزلة البالغ الرشيد، وهو ما نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة، بقولها: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز..."، فكل قاصر ذكرنا كان أو أنثى بلغ سن التمييز وهو 13 سنة ولم يبلغ سن الرشد 19 سنة يكون أهلا للتصرف في أمواله وهذا بعد الحصول على إذن القاضي، بناء على طلب من له مصلحة، فإذا كان المشعر قد أعطى الحق بترشيد القاصر في الزواج طبقا لنص المادة 2/7 من قانون الأسرة حيث جاء فيها أنه: " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، فمن باب أولى ترشيده في التصرف في أمواله¹، وفق الشروط التي حددتها المادة وهي:

- 1 - بلوغ القاصر سن التمييز وهو 13 سنة.
- 2 - الحصول على إذن من المحكمة بتقديم طلب إلى قاضي شؤون الأسرة من طرف الولي أو الوصي أو المقدم وكل ذي مصلحة.
- 3 - ظهور الصلاح والرشد، وحسن التصرف من القاصر المميز.

وهذا الأمر متروك لتقدير القاضي؛ من خلال التحقيق والتأكد من قدرة القاصر واستعداده لمباشرة التصرفات المالية، وأعمال الإدارة المقصودة هنا هي التي لا يترتب عليها تعديلا جوهريا في المركز القانوني والمالي للشخص كإيجار العقارات لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبيع المنقولات العادية التي ليست لها قيمة مالية كبيرة، والتي عبرت عنها المادة

1 وقد جاء هذا الحكم بترشيد القاصر في الزواج في قانون الولاية على المال المصري؛ حيث نصت المادة 60 منه على أنه: " إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إننا له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق".

2/88 من قانون الأسرة بالمنقولات ذات الأهمية الخاصة، وجني بيع الثمار خوفا من تلفها بعد نضجها ودفح الديون واستيفائها.

وأرى كما يرى الكثير من الباحثين ممن تناولوا هذه المادة بالشرح والتحليل أن الانتقال من سن عدم التمييز قبيل 13 سنة، وبطلان التصرفات القانونية، إلى التمييز ببلوغ 13 سنة دون المرور بمرحلة معقولة لاكتساب الخبرة والتدريب - ولو من الناحية النظرية تحت رقابة الولي الشرعي- على التصرفات التي سيؤذن له فيها مستقبلاً¹، تعد من قبيل المجازفة وتشكل خطراً على أموال القاصر، إذ أنه في هذه الحالة لم يكتمل نموه العقلي، وليس له الخبرة والدراية التي تؤهله لإدارة أمواله، وأقترح أن تكون 16 سنة فما فوق كما نصت عليه بعض القوانين المقارنة، فقد نص قانون الولاية على المال المصري على الإذن للقاصر بإدارة أمواله كلها أو بعضها إذا بلغ الثامنة (18) عشرة، ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق، وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر، إذا رأى منه ما يضر بأمواله، وهو مقيد بما تسفر عنه التجربة، فإذا أساء التصرف في إدارة أمواله أو تبين تقصيره أو قامت أسباب يخشى معها بقاء الأموال في يده، يمكن للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من النيابة العامة أو من كل ذي مصلحة أن تحد من الإذن أو تسحبه من بعد سماع أقواله، وهو ما جاء في المادة 59 من ذات القانون، ودور الإشهاد هنا هو ضمان استقرار المعاملات²، أما المادة 56 من قانون الولاية على المال المصري فقد حددت نطاق التصرفات التي يمكن

1 محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، 1982، ص 254.

2 تنص المادة 54 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: " للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق وله ان يسحب هذا الإذن أو يجدمنه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة 1027 من قانون المرافعات ".

للقاصر ممارستها، فله أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى و يستوفى الديون المترتبة عليها، وليس له أن يتصرف في صافي دخله إلا في نفقته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً¹ . وأخرجت المادة 57 التجارة من أعمال الإدارة، لما تنطوي عليه من مخاطر²، وأكدت المادة 63 على أنه يجوز للصبي المميز الذي بلغ السادسة (16) عشرة من عمره أن يدير ماله الذي اكتسبه من عمله الخاص، وللمحكمة أن تمنعه من ذلك إذا رأت في ذلك مصلحة للقاصر، فيكون القاصر عندئذ أهلاً للتصرف في الأموال التي يجنيها من قيامه بأعمال معينة أو من حرفة أو صناعة³.

أما المشرع السوري فقد أخذ بسن الخامسة (15) عشر لإمكانية الإذن للقاصر بإدارة جزء من أمواله من قبل القاضي المختص جاء ذلك في المادة 164 من قانون الأحوال الشخصية⁴، فللقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة، وما يتفرع عنها، دون أعمال التصرف وممارسة التجارة المادة 165، فيكون القاصر في حالة الإذن له بأعمال محددة، كامل الأهلية في ما يتعلق بتلك الأعمال المادة 166، وقد حددت مدونة الأسرة المغربية سن الترشيح بستة عشر سنة⁵، وحدد القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين سن

1 نصت المادة 56 على أنه: "للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأرض الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفى الديون بإذن خاص من المحكمة أو من الموصي فيما يملكه من ذلك. ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً".

2 تنص المادة 57 من ذات القانون على أنه: "لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذنا مطلقاً أو مقيداً"، أما المادة 58 فأوجبت على القاصر المأذون له بالإدارة تقديم حساب سنوي للولي للمراقبة والإشراف تقابلها المادة 167 من قانون الأحوال الشخصية السوري في وجوب تقديم الحساب ولكن الاختلاف يكمن في تقديم الحساب للقاضي الذي يأذن للقاصر بإدارة أمواله.

3 كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، مرجع سابق، ص 53.

4 تنص المادة 2/164 على أنه: "2... - للقاضي أن يأذن له [القاصر] بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسلم جانب من هذه الأموال لإدارتها...".

5 تنص المادة 218 على أنه: "إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده".

الترشيد بسبعة عشرة سنة¹، أما المشرع التونسي فقرر أنه لا يمكن ترشيد القاصر، ما لم يتم الخامسة عشرة من عمره الفصل 159، وقرر في الفصل 158 قبله إمكانية ترشيد القاصر من قبل الحاكم، وأن تصرفات القاصر المرشد تكون نافذة صحيحة في حدود الترشيد²، في حين قرر المشرع الإماراتي أن الإذن للقاصر بتسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها يكون بإتمامه سن الثامنة عشرة، ويكون الإذن من قبل الولي والذي هو الأب، أما في حالة وجود وصي فإن الإذن يكون من القاضي المختص بعد سماع أقوال الوصي.

وبالتالي فإن أعمال الإدارة لا تشكل خطرا على أموال القاصر فهي لا ترد على رأس المال، ولا تغير المركز المالي والقانوني للقاصر وبالتالي يمكن التساهل في منح الإذن للقاصر لإدارة أمواله تعويذا له وإعدادا للمستقبل، كما أن هذا الإذن يكون مباشرة من الولي الذي هو الأب إذا التمس في الصغير المميز قدرة على إدارة أمواله، أما إذا كان الصغير تحت الوصاية فإن الإذن يكون من طرف القاضي المختص بعد سماع أقوال الوصي وهو تقريبا ما أخذت به جل القوانين العربية التي اطلعت عليها باعتبار أن الأب أكثر شفقة على أولاده وغير متهم، فهو حريص على مصلحتهم ورعاية أموالهم وتنميتها وهذه الأوصاف لا تنطبق على الوصي، لكن حماية القاصر تقتضي رفع السن الذي يمنح فيه الإذن للصغير المميز بإدارة أمواله، وأن تكون هناك مدة زمنية معقولة بين التمييز والترشيد، إذ أن سن التمييز وهو ثلاثة عشر سنة غير مناسب لترشيد القاصر ويجب رفعه لحماية لأمواله، وتتفق القوانين المقارنة مع القانون الجزائري في مسألة الإذن للمحجور عليه المميز بإدارة جزء من ماله اختبارا لرشده وإعدادا له لتسليم أمواله كلها والتصرف فيها.

1 تنص المادة 60 على: " للقاضي ترشيد القاصر إذا أتم السابعة عشرة ".

2 ينص الفصل 158 على أنه: " يمكن للحاكم ترشيد الصغير ترشيدا مقيدا أو مطلقا، كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد، إن قام لديه موجب في ذلك. وتصرفات الصغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة". وينص الفصل 159 على أنه: " لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة ".

ثانياً: الإذن للقاصر المميز بالتجارة

اختلف الفقه الإسلامي في مسألة الإذن للمحجور عليه بالتجارة، فذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية وابن القاسم من المالكية إلى أنه لا يجوز الإذن للقاصر بالتجارة¹، لأن أهلية التجارة تتطلب الكمال والعقل فهي تصرف في المال دائر بين النفع والضرر وعقل الصبي المميز ومن في حكمه قاصر لا يكفي لأهلية الاتجار، وما أذن له فيه لاختبار رشده، لا يصلح أن يباشره، بل يختبر بالمساومة في البيع والشراء، وأما العقد فيباشره الولي لينضم رأيه إليه، فمناط تقدير المصلحة العقل الكامل، فلا تثبت للقاصر أحكام العقلاء، قبل كمال العقل، وأما السفیه فيختبر فإذا ظهر رشده تولى عقود التجارة لأنه مكلف².

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في الراجح عندهم إلى أنه يجوز للولي أن يأذن للصبي المميز بممارسة التجارة إذا آس منه الصلاح في تدبير المال وكان يعقل البيع والشراء لتدريبه على طرق الكسب واستثمار الأموال، واختبار رشده بتقويض التصرف إليه، ويصح تصرفه بهذا الإذن³، وهذا ما أقرته مجلة الأحكام العدلية في المادة 968 إذ تنص على أنه: " للولي أن يسلم الصبي المميز مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة من أجل التجربة فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله "، فيفك حجره جزئياً بالإذن، فإذا تحقق رشده المالي بحسن التصرف فيسلم إليه أمواله ولو لم يبلغ لتوقف التسليم على الرشد لا على البلوغ، فإذا بلغ ولم يظهر رشده فيبقى على الحجر ولا يدفع إليه ماله⁴. إن الصبي المميز المأذون له في الاتجار يجوز منه كل تصرف يعد من توابع تجارته سواء بنفسه أو بالتوكيل، إلا أن يكون التصرف بغبن فاحش لدخوله في معنى التبرع، ولانتفاء الربح من التجارة وهو

1 ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 420. الكساني، بدائع الصنائع، ج 7، مرجع سابق، ص 285.

2 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 230.

3 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج 7، مرجع سابق، ص 276.

4 سليم باز رستم اللبناني، شرح المجلة، ص 432

المقصود منها¹. وعلى الرغم من أن الأصل عدم جواز التصرفات التي تقدر الذمة المالية للقاصر إلا أن هناك من يجيزها على اعتبار أن الربح والخسارة من الأمور المتوقعة في التجارة ولو بفاحش الغبن كونه مأذونا له في التجارة، وهو ما نصت عليه المادة 493 من الأحكام الشرعية لقدري باشا².

غير أن أغلب القوانين تأخذ بمسألة الإذن بالتجارة للقاصر المميز ومن في حكمه؛ حيث تجيز للمحجور عليه في التجارة آخذة بالمذهب الحنفي وبالرأي المعتمد لدى المالكية وبالرأي الراجح عند الحنابلة، غير أن القوانين توجب أن يصدر الإذن بالاتجار من المحكمة أو بإذن الولي بعد الترخيص من المحكمة، وهو ما نصت عليه المادة 5 من القانون التجاري الجزائري إذ جاء فيها: "لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة، أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية: - إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة..."، وهذا النص يحدد شروط استفادة القاصر المميز من الترشيد لممارسة الأعمال التجارية وهي: 1 - بلوغ القاصر ثمانية عشر سنة غير محجور عليه ولو كان مرشدا في الزواج طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة الجزائري. 2 - الحصول على إذن مسبق من الأب أو الأم أو على قرار من مجلس العائلة في حالة وفاة والده أو غيابه وأن يكون الإذن محددا في أعمال معينة لا عاما. 3 - عرض الإذن على القاضي المختص فتكون له السلطة التقديرية في رفض أو قبول طلب الإذن بالتجارة. 4 - تقديم هذا الإذن تدعيما لطلب التسجيل الكتابي في السجل التجاري، فإذا توفرت كل هذه الشروط يصادق القاضي على طلب الإذن بالتجارة، ويكون

1 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج2، مرجع سابق، ص209.

2 تنص المادة 493 على أنه: "يجوز للصبي المأذون له في التجارة البيع والشراء ولو بفاحش الغبن والتوكيل بهما والرهن والارتهان والاعارة..."

للقاصر المرشد عندئذ ممارسة الأعمال التجارية¹ في حدود الترخيص، ويرفع الحجر عنه جزئياً، فتكون التصرفات التي تدخل في حدود الإذن صحيحة نافذة وتكسبه صفة التاجر، أما التي تخرج عن حدود الإذن فيجوز له التمسك بإبطالها ولا تكسبه صفة التاجر².

غير أن المادة 6 من القانون التجاري الجزائري وحماية لأموال القصر أوجبت أن يتم التصرف في أموال القصر بإتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية³، رغم اكتسابهم صفة التاجر وبالتالي جواز أن يرتبوا التزامات أو رهون على عقاراتهم وهي إشارة إلى الإحالة على قانون الأسرة حيث تنص المادة 88 على ضرورة الحرص عند التصرف في أموال القصر وخاصة العقارات والرهون الواردة عليها والقسمة وبيع المنقولات ذات الأهمية واستثمار أموال القاصر وإيجار العقارات لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، كما أوجبت المادة 89 على القاضي مراعاة حالة الضرورة والمصلحة التي تعود على القاصر من هذه التصرفات وأن يتم بيع العقار وفقاً لإجراءات المزاد العلني.

إن قانون الأسرة في مادته 84 يتعارض مع القانون التجاري والقانون المدني في تحديد سن الترشيد والاذن بالتصرف في الاموال، فقانون الاسرة يعطي هذا الحق للقاصر المميز الذي بلغ سن 13 وهي سن أراها متدنية جداً بالنسبة للتعاملات المالية بالبيع والشراء وممارسة التجارة، حيث أن جل التشريعات لا تعطي هذا الحق للصبي المميز، إلا ما تعلق

1 الهدف من تسجيل الطلب في السجل التجاري، هو حماية القاصر ومن يتعامل معه لاستقرار المعاملات، إذ تفرض أغلب التشريعات تسجيل طلب الإذن، بالقيام ببعض الأعمال التجارية، وتسجل سحب الإذن أيضاً حتى يعلم به الكافة، حماية لحقوق الغير.

2 نادية فوضيل ، القانون التجاري الجزائري الاعمال التجارية التاجر المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص128.

3 تنص المادة 6 من القانون التجاري على أنه: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة في المادة 5 أن يرتبوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم. غير أن التصرف في هذه الأموال سواء اختيارياً أو جبرياً لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

بأعمال الادارة وهي أقل خطورة ولا تمس برأس المال وبالتالي لا تؤثر في الذمة المالية للقاصر. أما القانون التجاري الجزائري فلا يعطي للقاصر المميز حق التصرف في أمواله إلا ببلوغه سن الثمانية عشر 18 سنة، وبإذن من الأب أو الأم أو مجلس العائلة في حالة عدم وجودهما. لذ فإنه من الأنسب تعديل نص المادة 84 من قانون الأسرة لتوحيد أحكام الأهلية التجارية بين القوانين.

فإذا كان مأذونا للقاصر المميز في بعض التصرفات القانونية، فإنه يكون أهلا للتقاضي أمام المحاكم المختصة في حدود الأعمال المأذون له فيها، كما يمكنه تنصيب وكيل عنه لتنفيذ تصرفاته التي تناولها الإذن والأعمال الأخرى اللازمة لتجارته، وهو ما نصت عليه المادة 3/1 من القانون التجاري المصري بقولها: " تكون للقاصر المأذون له في التجارة الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التي تقتضيها تجارته"، وهو ما جاء في المادة 64 من قانون الولاية على المال المصري¹، وقد وحد القانون المصري أحكام الأهلية المدنية والتجارية فقد أحالت المادة 11 من قانون التجارة إلى قوانين الأحوال الشخصية للبلد التي ينتمي إليها القاصر بجنسيته، فيكون قانون الولاية على المال المصري هو المطبق في مثل هذه الحالة فنصت المادة 57 منه على أنه: " لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إننا مطلقاً أو مقيداً ". وهو ما انتهجه المشرع العراقي إذ أجازت المادة 98 من القانون المدني للولي بترخيص من المحكمة الإذن للصغير المميز بالتجارة في مقدار من ماله تجربة له، وإطلاق الإذن وتقييده من حيث المقدار ونوع التجارة²، فلا يمكن للقاصر مزاولة التجارة إلا بتوفر شرطين هما: 1 - بلوغه الثامنة عشرة من عمره. 2 - الحصول على

1 نصت المادة 64 على أنه: " يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه".

2 عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د س ن، د ط، ص 260.

إذن من المحكمة بالاتجار، وهذا يوضح تشدد المشرع في إعطاء الترخيص بالتجارة لما تنطوي عليه الأعمال التجارية من خطورة على الذمة المالية للقاصر، وللمحكمة سلطة تقدير منح الإذن للقاصر أو رفضه أو تقييده أو الرجوع فيه بعد منحه، تحقيقاً لمصلحة القاصر¹، مراعاة للمخاطر والمسؤوليات الجسيمة المترتبة عن ممارسة الأعمال التجارية، فمنع مزاوله الأعمال التجارية قبل سن الترشيد في القانون التجاري يهدف إلى حماية القاصر من شدة وقسوة الالتزامات التجارية.

إن ترشيد القاصر والإذن له بممارسة الأعمال التجارية والتصرف في أمواله، متردد بين النفع والضرر، فهو من جهة تدريب للقاصر وإعداد له متى بلغ سن الثامنة عشرة وهو جدير بتشجيع المشرع على البدء في الاشتغال بالتجارة ومن جهة أخرى قد يشكل الترشيد خطراً يهدد أموال القاصر بالضياع، لذا أعطى المشرع الجزائري للقاضي حق الرجوع عن الإذن، إذا تطلب الأمر ذلك، لمصلحة أو ضرورة، إذا تبين له سوء تصرف القاصر أو قصر في تقديم الحساب السنوي أو رجح لدى القاضي من الدلائل والقرائن ما يخشى معه على أمواله. فإذا رجح القاضي عن الإذن وسلبه من القاصر، فإن طلب إعادته من قبل القاصر لا يقبل إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ قرار سحب الإذن عملاً بالمادة 48 من قانون الأحوال الشخصية المصري².

ثالثاً: وقت الإذن لاختبار القاصر المميز

الأصل أن اختبار القاصر يكون قبل بلوغه، إذ لا عبء به بعد البلوغ إلا إذا لم يبلغ راشداً، بأن كان به عارض من عوارض الأهلية؛ لأن البلوغ مناط التكليف بالأحكام الشرعية،

1 صبري مصطفى حسن السبك، الأهلية التجارية دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 56.

2 تنص المادة 48 على أنه: " لا يقبل طلب استرداد الولاية أو رفع الحجر أو المساعدة القضائية أو رفع الوصاية أو إعادة الإذن للقاصر أو المحجور عليه إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ القرار النهائي الصادر برفض طلب سابق ".

ومنها المعاملات المالية، حيث تسلم أموال القاصر إليه للتصرف فيها، وقد اختلف الفقه الإسلامي في هذه المسألة على رأيين: فيرى جمهور الفقه الإسلامي الحنفية والمالكية والحنابلة، أن وقت الإذن للصغير المميز، يكون قبل البلوغ¹، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا﴾²، فالأمر بالابتلاء موجه إلى الأولياء اتجاه اليتامى وهم صغار قبل البلوغ الذين فقدوا آباءهم، وفي قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾، دلت الآية على أن الابتلاء يكون قبل البلوغ من وجهين: على أن هذا الابتلاء قبل البلوغ وفيه دليل على جواز الإذن للصغير الذي يعقل في التجارء؛ لأن الابتلاء لا يكون إلا باختبار حاله في العلم بالتصرف وحفظ المال³. فلا بد من ثبوت حسن التصرف في المال بالابتلاء حتى يجوز دفعه إليهم والإذن بالتجارة.

ويرى الشافعية وبعض الحنابلة أنه لا يختبر الصبي المميز في التجارة إلا بعد البلوغ⁴، لعدم صحة تصرفه في المال عندهم فلا يصح الإذن والاختبار ولأن عقل الصبي المميز لا يزال غضا لا يمكن الوقوف منه على حد يصلح به التصرف في المال ويقبل منه. وأرجح قول الجمهور بأن الإذن الاختبار يكون قبل البلوغ، لأن الغاية من الإذن هي الابتلاء وامتحان رشد الصغير، للوقوف على حاله في التصرف والقول برشده وصلاحه في

1 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج7، مرجع سابق، ص 253. النووي، المجموع شرح المذهب، ج 13، مرجع سابق، ص 28. ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 420.

2 سورة النساء، الآية 6.

3 الجصاص، أحكام القرآن، ج 2، مرجع سابق، ص 356.

4 الشيرازي أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج1، دار الفكر، بيروت، د ط، د س، ص 331.

المال، أما الاختبار بعد البلوغ فمقتضاه بلوغ الصبي محجورا عليه مع أنه قد يبلغ رشيدا، لكن رشده لم يتبين لعدم اختباره، وهذا يعني أن يستمر الحجر على الرشيد ويمنع عنه ماله، وهذا الأمر ينافي العدل ويضر بمصالح الرشيد ويحرمه حقه في التصرف في أمواله.

وتأخذ أغلب القوانين الوضعية برأي الجمهور القائل بمنح الإذن للصغير المميز قبل بلوغه السن القانوني للرشد، فلا معنى للاختبار بعد البلوغ، غير أن هناك مسلكين للقوانين حول السن الذي يمنح فيه الإذن للصبي المميز قبل بلوغه السن القانوني للرشد:

المسلك الأول: ويأخذ برأي الجمهور في أن الإذن يكون قبل البلوغ على سبيل الاختبار والإعداد للمستقبل بممارسة بعض الأعمال والتصرفات المالية، فلم تحدد هذه القوانين سنا معيناً كحد أدنى يمكن الإذن فيه للصغير المميز بالتصرف، وأوكلت الأمر للولي الشرعي أو القاضي ممن لهم سلطة إصدار الإذن.

ومن القوانين التي أخذت بهذا المسلك القانون اللبناني¹ والقانون اليمني، فنصت المادة 61 منه على أنه: " يختبر الصبي المميز في رشده قبيل بلوغه... "؛ حيث تفيد كلمة قبيل القرب بمعنى قريبا من سن البلوغ، والمقصود بالبلوغ هنا هو بلوغ سن الرشد القانوني الذي يختلف من تشريع لآخر، وليس البلوغ الطبيعي الذي تدل عليه علاماته، وقد تطرقنا إليها سابقا.

المسلك الثاني: وهو الذي يحدد وقت الإذن ببلوغ الصبي المميز سنا معيناً كحد أدنى يراها واضعوا هذه القوانين سنا ملائمة لاختبار رشد القاصر، لكنهم اختلفوا فيها، كما اختلفوا في تحديد سن الرشد، وعادة ما تكون قبل ثلاث سنوات. اختلف القانون الجزائري في تحديد سن الإذن وترشيد القاصر، بين القانون التجاري وقانون الأسرة، حيث أن المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري تحدد سن الإذن للقاصر بالتصرف في أمواله كلها أو بعضها بسن التمييز

1 أنظر نص المادة 217 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وهي ثلاثة عشر سنة (13)، لكن القانون التجاري يحددها بثمانية عشرة سنة كاملة بنص المادة 5 منه وبذلك وقع المشرع لجزائري في تناقض بين القانونين، مما يستوجب التوحيد بتعديل قانوني. وقد حدد القانون المدني المصري والإماراتي سن الإذن بثمانية عشرة سنة¹؛ أي قبل ثلاث سنوات من سن الرشد وهي 21 سنة في القانونين²، وتأخذ بعض القوانين بسن أدنى للإذن للصبي المميز بالتصرف؛ لأن سن الرشد عندها أقل، فالقانون المدني الأردني يعطي الإذن للصغير ببلوغه خمس عشرة سنة³، لأن سن الرشد القانوني فيه ثماني عشرة سنة⁴.

وأرى أن تحديد السن الذي يؤذن فيه للصبي المميز بممارسة بعض التصرفات المالية، يحقق استقرار المعاملات المالية؛ لأن القول بمنح الإذن للصبي المميز دون تحديد السن أمر غير منضبط، ومن شأن ذلك فتح باب التعسف للولي أو الوصي في تأخير الإذن والمماطلة فيه إلى بلوغ سن الرشد، دون أن يمكن من فرصة الاختيار، وهو ما يفقد الإذن جدواه وأهميته، وأرى أن سن التمييز الذي اعتمده المشرع الجزائري، والمقدر بثلاثة عشرة سنة حسب نص المادة 84 من قانون الأسرة متدن جدا مقارنة بباقي القوانين العربية، ويجب رفعه إلى حد معقول، وأقترح أن تكون 16 سنة، فتكون فترة الثلاث سنوات إلى بلوغه سن الرشد القانوني وهو 19 سنة كافية للاختبار والتجربة. أما بالنسبة للسفيه وذو الغفلة فإنه لا تحديد لوقت منح الإذن لهما، إذ يفترض أنهما بالغين عاقلين، غير أن تخلف الرشد المالي يجعلهما تحت الحجر في تصرفاتهما، فلم تحدد القوانين وقتا للإذن لهما بالتصرف، وأوكلت ذلك

1 أنظر نص المادة 160 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 166 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والمادة 54 من قانون الولاية على المال المصري.

2 أنظر نص المادة 2/85 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 2/44 من القانون المدني المصري.

3 أنظر نص المادة 119 من القانون المدني الأردني.

4 انظر نص المادة 2/ 43 من القانون المدني الأردني.

لتقدير القاضي المختص، وله وحده سلطة تقدير الوقت اللازم للإذن للسفيه أو ذي الغفلة بحسب حاله، ومدى استعداده لمباشرة بعض التصرفات المالية.

الفرع الثالث: شروط الإذن للقاصر المميز

لصحة الإذن للقاصر المميز يجب تحقق عدة شروط وإلا كان الإذن غير صحيح ويترتب عليه بطلان تصرف المأذون.

أولاً: أن يكون المأذون له مميزاً

يكون المأذون له ناقص أهلية الأداء، فيدخل مع الصبي المميز السفيه وذو الغفلة ولا يدخل فيه الصبي غير المميز ومن في حكمه؛ كالمجنون والمعتوه، جاء في الانصاف: "لا يختبر إلا المميز والمراهق الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة والمفسدة، وبيع الاختبار وشراؤه صحيح بلا نزاع"¹، فمن لا تمييز لديه لا يكون أهلاً للاختبار والتدريب.

وقد قرر الفقهاء جواز الإذن لكل مميز؛ سواء كان صغيراً مميزاً أم سفيهاً أم معتوهاً أم ذا غفلة، لوجود قدر معين من العقل لديهم، ونقص أهليتهم لا يمنعهم من التمييز بين الخير والشر والنافع والضار، والغبن الفاحش واليسير، والأساس المعتمد هو كونهم جميعاً مميزين ويتمتعون بأهلية أداء ناقصة، فالقوانين الوضعية تقرر الإذن للصغير المميز ومن في حكمه، غير أنها لم تقرر جواز الإذن للمعتوه، لأن أهليته محل خلاف، فبعض التشريعات تعده معدوم التمييز؛ كالصغير غير المميز والمجنون، وبعضها الآخر يعتبره ناقص الأهلية في حكم الصبي المميز، غير أنها لم تتطرق لمسألة الإذن له بالتصرف في أمواله، ويعد هذا قصوراً في عدم الاجتهاد في معالجة القوانين لبعض القضايا المتعلقة بالقاصرين، وقد تناولنا هذه المسألة سابقاً، ورجحنا رأي القائلين بأن المعتوه ناقص الأهلية، ويأخذ أحكام الصغير المميز، وبالتالي فلا مانع من جواز الإذن له في إدارة بعض أمواله

1 المرادوي، الإنصاف، ج 5، مرجع سابق، ص 323.

اختبارا لرشده وإعدادا له، إذ أنه لا يمكن أن تطبق عليه أحكام المجنون أو الصبي غير المميز، فهو ليس كالمجنون فاقد العقل، فلا يمكن أن يعرف صلاحه في الجوانب المالية إلا باختبار رشده المالي، فقلة الفهم عنده واختلاط كلامه في مواقف معينة قد لا يكون له أثر على أمواله فيكون حريصا عليها.

والقاضي المختص هو وحده الذي يقرر الإذن له من عدمه، بناء على طلب منه أو من ذوي الشأن، أو من النيابة العامة، فيخضع هذا الأمر لتقدير القاضي، فإذا رأى فيه صلاحا ورشدا، وقدرة على التصرف، بعد التحقيق أذن له بالتصرف في بعض أمواله، وإلا رفض طلب الإذن، حماية لأمواله إذا خشي عليها ببقائها تحت تصرفه.

كما أنه للقاضي الرجوع في الإذن، إذا تبين له ما يبزر ذلك بناء على نص المادة 84 من قانون الأسرة، فمناط الإذن بالتصرف هو صلاحية القاصر لتوليها والاطمئنان على قدرته في القيام بالتصرفات المترددة بين النفع والضرر، فإذا لم يتم ذلك وجب سحب الإذن أو الحد منه حسب الأحوال، فيجوز للمحكمة سلب الإذن بالتجارة أو الحد منه.

ثانيا: صدور الإذن من الولي الشرعي

يصدر الإذن ممن له حق إجازة تصرفات القاصر المميز المترددة بين النفع والضرر، وهو ولي المال أيا كان أو وصيا أو القاضي، فإذا أصدر الإذن من غيرهم كولي النفس أو من أجنبي لم ينتج عنه أي أثر¹، لصدوره من غير ذي صفة، فالذي يملك الإذن بالتجارة من له ولاية التصرف في المال هو الذي يملك الإذن فيه ويفك الحجر عن الصغير المميز.

أما السفیه وذو الغفلة فإن الإذن لهما بالتجارة يكون من قبل القاضي لأنهما محجورين بحكم، ولا ينفك الحجر عنهما إلا بحكم، فللقاضي أن يأذن للسفيه في التجارة إذا

1 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 207.

رآه أهلا لذلك¹، لحاجة رفع الحجر عنهما إلى الاجتهاد والنظر، وهو من عمل القضاء، فإن الحجر الواقع بحكم من المحكمة ابتداء، لا يرتفع إلا بحكم منها انتهاء، باستثناء المحجور عليه لصغره، فيكون توقيع الحجر عليه تلقائياً دون حاجة إلى حكم حاكم، أما رفع الحجر عنه جزئياً بالإذن له ببعض التصرفات فيفتقر إلى القضاء، وهو ما نصت عليه المادة 184 من قانون الأسرة بناء على طلب من له مصلحة حيث تنص المادة 84 على أنه: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك". وتفرق القوانين الوضعية بين الإذن بالإدارة والإذن بالتجارة:

1 - الإذن بالإدارة: تفرق القوانين أيضاً بين المحجور عليه الواقع تحت الولاية والخاضع للوصاية أو التقديم، فإذا كان المحجور عليه خاضعاً للولاية فإن الإذن يصدر من الولي الشرعي وهو الأب أو الجد أو الأم في بعض التشريعات التي تعطيها الولاية الأصلية؛ كالتشريع الجزائري²، والتونسي³، والمغربي⁴. أما إذا كان المحجور مشمولاً بالوصاية أو التقديم، فإن الإذن يصدر من المحكمة، بعد سماع أقوال الوصي في شأن مدى صلاحية القاصر المميز لإدارة أمواله، فإذا تعسف الولي الشرعي أو ماطل منعا أو تأجيلاً للإذن للقاصر، فيجوز للمحكمة أن تأذن له بإدارة أمواله كلها أو جزء منها في حالة طلبه بعد التحقق من قدرته على إجراء بعض التصرفات التي ستكون محل الإذن.

أما السفه وذو الغفلة فإن بعض القوانين تنص على أن الإذن لهما بإدارة أموالهما يصدر من المحكمة بصورة مباشرة، دون حاجة إلى أخذ رأي الولي أو الوصي لانتهاء الولاية

1 السرخسي، المبسوط، ج 24، مرجع سابق، ص 175.

2 تنص المادة 87 من قانون الأسرة على: " يكون الأب ولها على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً... ".

3 ينص الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية على أن: " القاصر ولية أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته... ".

4 جاء في المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية أنه: " يقصد بالنايب الشرعي في هذا الكتاب: 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي... ".

مباشرة بالبلوغ والرشد، وانعقادها للمحكمة¹، والبعض الآخر يطبق عليهما الأحكام المتعلقة بالصبي المميز، ولا يخصصهما بأحكام منفردة عنه أو يطبق عليهما الإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي أو الشريعة الإسلامية أو المذهب المعتمد في الدولة.

2 - الإذن بالتجارة: نظرا لما تنطوي عليه التجارة من مخاطر، وما تفرضه من التزامات ومسؤوليات على القاصر المميز، فإن أغلب القوانين لا تخول للولي أو الوصي حق الإذن للقاصر بممارسة التجارة، وتعطي هذا الحق للمحكمة، لتصدر الإذن سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بأن تمنح الولي حق الإذن للقاصر المميز بالتجارة²، واستثناء المحكمة بإصدار الإذن بالتجارة، تفرضه طبيعة الأعمال التجارية، وخطورتها وحاجتها إلى الدراية والخبرة، لذا فإن الإذن بالإدارة لا يعطي المحجور عليه حق الاتجار، إنما يتطلب الأمر إذنا خاصا وترشيذا لممارسة التجارة، ويكون هذا الإذن مطلقا أو مقيدا؛ حسب ما ترى المحكمة في القاصر المميز من رشد وقدرة على احترام التجارة.

موقف المشرع الجزائري: لم يفرق المشرع بين الجهة المصدرة للإذن بالإدارة أو الإذن بالتصرف أي الأعمال المتعلقة بإدارة الأموال أو تلك المتعلقة بالأعمال التجارية، لا في قانون الأسرة ولا في القانون التجاري. فقد نصت المادة 84 من قانون الأسرة على أنه: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك"، وهو ما جاء في المادة الخامسة من القانون التجاري وقد سبق تناولها، غير أن المادة 480 من قانون

1 تنص المادة 1/171 من القانون المدني الإماراتي على أنه: " يجوز للمحكمة أن تأذن للمحجور عليه لسفه أو غفلة في استلام أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ". يقابلها نص المادة 67 من قانون الولاية المصري الذي جاء فيه: " يجوز للمحجور عليه لسفه أو الغفلة بإذن المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها.. وفي هذه الحالة تسري عليهما الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأنون ".

2 حيث تنص المادة 119 من القانون المدني الأردني على أنه: " للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشر مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجرية له ويكون الإذن مطلقا أو مقيدا ".

الإجراءات المدنية والإدارية تعطي القاضي الحق في ترشيد القاصر بأمر ولائي، وهذا يعني إمكانية تقييد تصرفه في أنواع معينة من التصرفات كأعمال الإدارة أو إطلاق يده في سائر المعاملات المالية، وهو ما أشارت إليه المادة بنصها: " يقرر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانوناً"، فتقدير منح الإذن من عدمه وحدود الإذن وتقييده أو إطلاقه يبقى من اختصاص القاضي واجتهاده، رغم هذا فإن سن التمييز المحددة في القانون المدني الجزائري بثلاثة عشر سنة، سن صغير متدنية لترشيد القاصر، وحماية أموال القاصر تقتضي رفعها بحيث تكون بين التميز والترشيد فترة للاختبار في الإدارة وبعض التصرفات البسيطة الضرورية المعمول بها في العرف والعادة.

غير أن المشرع الجزائري أغفل بعض المسائل المتعلقة بالإذن للقاصر المميز ولم يتناولها بالمعالجة، ومنها حالة امتناع الولي أو الوصي عن منح الإذن للصبي المميز بمزاولة التجارة سواء بالمماثلة أو المنع، وحالة الإذن للسفيه وذو الغفلة بالتصرف في أموالهما، وهذا ما يجعلنا نقول بوجوب تنظيم هذه المسائل بنصوص واضحة وصريحة، تكفل حق القاصر المميز بإدارة أمواله.

فإذا امتنع الولي عن منح الإذن فيكون للقاصر المميز حق اللجوء لمحكمة، ليأخذ الإذن منعاً للتعسف، كما أنه يمكن للقاضي بما له من سلطات على أموال القاصر، منح الإذن من تلقاء نفسه أو بناء على طلبه أو بطلب من النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في هذه المسائل حسب نص المادة 3 من قانون الأسرة وبما لها من حق الإشراف على أموال المحجور عليهم.

ثالثاً: أن يكون المأذون فيه من عقود المعاوضات

من الشروط المتعلقة بمنح الإذن للصبي المميز ومن في حكمه، كون التصرف المأذون فيه متردد بين النفع والضرر، فلا ينصب الإذن على التصرفات الضارة ضرراً

محضا، فلا يصح الإذن ولا تنعقد حماية لأموال القاصر، لأنها ترتب افتقار الذمة المالية وإزالة ملك بلا عوض¹، كما أن الإذن لا يكون في التصرفات النافعة نفعا محضا، لصحتها من القاصر المميز دون توقف على إجازة أو إذن سابق، فتوقف الإذن على التصرفات المترددة بين النفع و الضرر، من شأنه تعزيز وتدعيم اختبار حسن تصرف الصبي المرشد، المأذون له في ممارسة بعض التصرفات، للوقوف على مدى رشده المالي وقدرته على الحفظ والإدارة.

رابعاً: إشهار الإذن وسحبه

اشترط الفقهاء العلم بالإذن وإشهاره، لحماية القاصر ومن يتعامل معه من جانبين:

الأول: علم المأذون له - الصبي المميز - بالإذن فإن أذنه دون وصول علمه بالإذن، فلا يكون مأذوناً²، كما لو قال أذنت لابني فلانا بالتجارة ولم يعلمه، فلا يصح الإذن ولا التصرف الذي يمضيه، فلا يحصل الاختبار والتدريب إلا بالعلم.

الثاني: علم الكافة بالإذن، ويكون ذلك بإشاعته وإشهاره بين الناس، وبخاصة من يحتمل تعامله معهم من أهل البلدة، أو السوق المعتاد للتجارة، ولم يبين المشرع الجزائري طريقة محددة لشهر الإذن، ولم يتناول موضوع شهر الإذن للقاصر بالتجارة، ويمكن أن يشهر بالطريقة نفسها التي يشهر بها حكم الحجر أو رفعه، المنصوص عليها في المادة 106 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها: "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"، وإشهار حكم الإذن للقاصر المميز المرشد يهدف إلى استقرار المعاملات بين الناس، وقد قرر قانون الولاية على المال المصري في المادة 54 أنه: "للولي أن يأذن لقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق..."، فعلم الكافة دور الإذن أو سلبه أو تقيده بشهره، يطمئن من يتعاقد مع

1 الجوسني جابر بن علي، مرجع سابق، ص 198.

2 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 3، مرجع سابق، ص 681.

القاصر في حدود ما يتمتع به من أهليته¹، وفقا لإذن الصادر له من المحكمة، وحتى لا يفاجأ الناس حين يتعاملون معه بسحب الإذن أو الحد منه، واعتبر المشرع اليمني الإشهار شرطا لصحة الإذن وأوجب على الولي أن يتقدم لمحكمة بطلب إشهار الإذن وأن يبين في الإذن التصرفات المأذون فيها، فيكون الإذن صريحا وواضحا وهو ما نصت عليه المادتان 69 و 70 من القانون المدني اليمني².

المطلب الثاني:

الآثار المترتبة عن الإذن للقاصر المميز

الإذن رفع الحجر جزئيا أو كليا عن المأذون له، لممارسة بعض التصرفات المالية، وحقيقة الإذن اجتهاد ولي المال في اختبار وتجريب القاصر المميز، وتعيده وتأهيله لمقتضيات أعمال الرشد، بعد تحقق شروط الإذن بأن يكون الإذن صادرا عن المحكمة في المال المملوك للقاصر المميز كله أو بعضه، وأن يكون بطلب من القاصر أو ممن له مصلحة في اختباره وإعداده³ تمهيدا لإطلاقه من الحجر بدخول الأسواق والتعامل مع الناس، والمساومة في البيع والشراء⁴، لينتقل الولي من إطلاقه بعد ذلك وفك الحجر عنه كليا، فيفرض الولي التجربة على المرشد، لمعرفة صلاحه من عدمه، وهذا لغلبة الظن من استحقاق القاصر تسلم أمواله، لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ

1 صبري مصطفى حسن السبك، الأهلية التجارية، مرجع سابق، ص 58.

2 إذ تنص المادة 69 على أنه: " يلزم اشهار الحكم الصادر بتوقيع الحجر أو برفعه في نفس اليوم الذي يصدر فيه وذلك باثباته في السجل الخاص بذلك في المحكمة التي اصدرت الحكم...". وتنص المادة 70 على أن: " الاذن الصادر للصبي المميز او الغاءه او تعديله يلزم اشهاره طبقا لما تقدم في المادة السابقة ...".

3 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 171.

4 أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال، مرجع سابق، ص 247. أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها، وأحكام التصرف عن الغير ، مرجع سابق، ص 86.

فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ زُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ

يَكْبُرُوا^ج ¹، فإيناس الرشد متوقف على التجربة في التصرفات المالية، والاختبار بنص

الآية طريق حتمي في التوصل إلى معرفة رشد القاصر والتحقق منه²، ويترتب عنه بعض الأحكام أهمها: اكتساب المأذون له في التصرف أهلية أداء في حدود ما أذن له فيه ولزوم أن يقدم للقاصر المرشد تقريراً حسابياً سنوياً وجواز الحد من الإذن وسلبه.

الفرع الأول:

الأهلية المكتسبة بالإذن

إذا كان الصبي المميز ومن في حكمه مأذوناً له في التصرفات المالية فيعتبر في حكم الراشد، فتكون له أهلية أداء كاملة، فمقتضى الإذن بالاتجار أن يصبح أهلاً للقيام بجميع الأعمال التجارية أو أعمال الإدارة المتعلقة بتجارته، أيضاً يكون القاصر المرشد كامل الأهلية في التقاضي فيما أذن له فيه، لإمكانية قيام النزاع بينه وبين المتعاملين معه، مما قد يلجئه إلى القضاء³.

وعلى هذا فإن القاصر المرشد له أن يبيع ويشترى ويقرض ويقترض ويصالح ويحتكم، ويحرم من القواعد المقررة لمصلحته ويكتسب صفة التاجر ويجوز شهر إفلاسه، فيكون مؤهلاً في الأعمال المأذون له بمباشرتها، وهو ما تقضي به المادة الخامسة 5 من القانون التجاري حيث تنص على أنه: "... كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها من أعمال تجارية:..."، وبمفهوم المخالفة يمكن اعتباره راشداً عند تحقق الشروط المذكورة في المادة وهي: 1- بلوغه ثمانية عشرة (18) سنة. 2- الحصول على إذن مسبق

1 سورة النساء، الآية 6.

2 جابر بن علي الجوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 195.

3 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 140.

من والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة... 3- تقديم الإذن دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري. إلا أن المادة 6 من القانون ذاته تفرض إتباع الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية حماية لأموالهم، أما القانون المصري في المادة 64 من المرسوم بقانون 199 لسنة 1952 المتعلق بالولاية على المال فقد نص على أنه: " يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له وفي التقاضي فيه "، فيصبح القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له، تصرفا وقضاء، مدعيا أو مدعى عليه، وهو ما تقضي به المادة 112 من القانون المدني المصري أيضا¹، وفي حالة تصرف القاصر البالغ من العمر ثمانية عشر سنة دون إذن من الولي أو المحكمة، فإن تصرفاته تكون باطلة بطلانا نسبيا، فيكون له وحدة التمسك بالبطلان، كما أنه يبقى قاصرا أيضا بالنسبة للأعمال والتصرفات التي لم يؤذن له بمباشرتها.

فكل تصرف تجاوز فيه القاصر حدود الإذن، يكون كمن تصرف قبل الإذن، وتطبق عليه أحكام تصرف القاصر المتردد بين النفع والضرر، فيكون موقوفا على إجازة الولي أو قابلا للإبطال لمصلحة القاصر، أما التصرفات المأذون له فيها، فيكون أهلا للقيام بها وتعد منه صحيحة منتجة لكافة آثارها، وهو ما نص عليه القانون المدني اليمني حيث جاء في المادة 62 منه أنه: " يقع صحيحا منتجا لجميع آثاره، تصرف الصبي المميز فيما أذن له به... "، وهو تفصيل مهم لم نجده في التشريع الجزائري الذي اعتبر في المادة 84 من قانون الأسرة أن منح الإذن للقاصر من قبل القاضي للتصرف جزئيا أو كليا في أمواله، يجعل التصرفات التي يبرمها في حدود الإذن صحيحة منتجة لآثارها، كما أن المشرع اليمني انفرد بمسألة تصرف المأذون له بغبن فاحش؛ فإذا كان التصرف ينطوي على غبن فاحش

1 تتص المادة 112 من القانون المدني المصري على أنه: " إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

فيكون قابلا للإبطال، لمصلحة القاصر، وهو ما نصت عليه المادة 62 بقولها: "... ويستثنى من ذلك الغبن الفاحش... فإنه يجوز لولي الصغير أو وصيه وللصغير نفسه رده إلى ما لا غبن فيه أو إبطاله، ما لم يكن هناك عرف محلي يقضي بخلافه نقصا أو زيادة"، وهذا الحكم موافق لرأي جمهور الفقه الإسلامي من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية، بعدم صحة تصرف المأذون له بالغبن الفاحش، فهو من التصرفات الضارة ضررا محضا؛ كالهبة وسائر عقود التبرع والصبي المميز لا يملكها¹، وخالفهم أبو حنيفة النعمان إذ يرى صحة تصرف المأذون له بغبن فاحش؛ لأنه عنده كالبالغ العاقل، ينفذ بيعه بالغبن الفاحش وذلك من عمل التجار، بالربح والخسارة، فكما يتعرضون للربح بأضعاف القيمة، قد يتعرضون للغبن الفاحش، فالإذن عنده يرفع الحجر فيعم سائر أنواع التصرفات وربما كان التصرف بغبن تأملا لحصول فائدة كبيرة².

فالإذن عند أبي حنيفة بالتجارة يعد رفعا للحجر عن القاصر المميز، في مدته وفي حدوده، فيكون في حكم كامل الأهلية يتصرف بولايته لا بالنيابة عن صاحب الولاية، وبالتالي لا يؤثر الغبن الفاحش في صحة التصرفات التي يباشرها فقد تلجئه الضرورة والمصلحة التجارية إلى مثل هذا التصرف³. والأخذ بهذا الرأي فيه مخاطرة واحتمال ضياع أموال القاصر، وهو في مرحلة اختبار رشده.

وأرجح رأي الجمهور تحقيقا لمصلحة القاصر، وحفظا لأمواله من الهلاك والضياع بفاحش الغبن، أما الغبن اليسير فهو مما لا يمكن تجنبه أو دفعه في المعاملات المالية، فيمكن التساهل فيه.

1 السرخسي، المبسوط، ج 25، مرجع سابق، ص 157.

2 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 204.

3 صبري مصطفى حسن السبك، الأهلية التجارية، مرجع سابق، ص 60.

والى هذا ذهب مرشد الحيران¹، مع أن هذه المحاولة في التقنين وضعت على أساس المذهب الحنفي، إلا أنه خالفه في مسألة البيع والشراء بغبن فاحش، وعمل برأي الجمهور وهو رأي صاحبي أبي حنيفة أيضا، إذ يرون عدم جواز البيع والشراء بفاحش الغبن؛ لأنه يجري مجرى التبرع وهو ممنوع منه، إلا أن يكون بغبن يسير فهو معفو عنه ومتسامح فيه بالاتفاق، وهو ما يدخل تحت تقدير أهل الخبرة ما لم يتجاوز الغبن خمس القيمة.

وبالتالي فإن الإذن للقاصر المميز بممارسة بعض الأعمال أو التصرفات المالية، يجعله يتمتع بأهلية أداء كاملة كالبالغين الرشداء فإذا باشرها كانت صحيحة منتجة لآثارها واعتبر القاصر في هذه التصرفات المأذون له فيها شخصا كامل الأهلية، كما تلحق بها وتأخذ حكمها بعض الحالات الخاصة الأخرى كأهلية التصرف في المهر والنفقة عند الإذن بزواجه، والتقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابعة؛ حيث جاء فيها: "... يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات..."، وهو ما جاء في المادة 60 من قانون الولاية على المال المصري²، وكذلك تكون له أهلية التصرف فيما يسلم له من مال لأغراض نفقته المادة 61 من قانون الولاية على المال المصري³، وأهلية التصرف لإبرام عقد العمل والراتب الذي يحصل عليه من جراء عمله عند بلوغه السن المسموح له فيها قانونا بالعمل المادة 62 من قانون الولاية على المال المصري⁴، فقد اعتبره القانون أهلا للتصرف في الأجر والمزايا

1 محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 203-205.
2 تنص المادة 60 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: " إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال كان ذلك إذنا له في التصرف في المهر والنفقة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق".
3 تنص المادة 61 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: " للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط ".
4 تنص المادة 62 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: " للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن إنهاء هذا العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبلة أو لمصلحة أخرى ظاهرة ".

المالية التي قد يحصل عليها القاصر من عمله قبضا وتصرفا عند بلوغه سن السادسة عشرة من عمره، إلا إذا رأت المحكمة إنهاء عقد العمل أو اقتضت الضرورة أو المصلحة، تقييد حق القاصر في التصرف في المال العائد عليه من عمله بناء على طلب ذوي الشأن كأن يضر العمل بصحته أو مستقبله¹.

الفرع الثاني:

تقديم المأذون له حسابا سنويا

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة تقديم المأذون له بالتجارة حسابا سنويا، يبين فيه التصرفات الواردة على المال المأذون له فيه، وهي مسألة مهمة جدا في مراقبة ومتابعة الولي الشرعي للقاصر المميز وتفعيل رقابة الولي أو المحكمة على إدارة المال والإشراف على هذه الإدارة ومطابقتها مع ما ورد في الإذن، وقد تطرق المشرع المصري لهذه المسألة، في المادة 58 من قانون الولاية على المال²، فإذا أخل القاصر في هذا الالتزام أو أساء التصرف في إدارته، فإن المحكمة مخول لها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من له مصلحة أو من النيابة العامة أن تحد من الإذن أو تسلبه منه نهائيا بعد سماع أقوال القاصر وتطرقت المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي إلى وجوب تقديم حساب سنوي عن حركة الأموال التي يديرها المأذون له إذ جاء فيها: " يجب على المأذون له من قبل الوصي أن يقدم للقاضي حسابا دوريا عن تصرفاته"، فالمراقبة بعد الإذن ضرورة تقتضيها مصلحة القاصر المأذون له، فالحساب السنوي الذي يقدمه معيار يبنى عليه فشل أو نجاح

1 تنص المادة 63 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: " يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشر أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر إلزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فالمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقييد حق القاصر في التصرف في كمال المذكور وعندئذ تجري أحكام الولاية والوصاية ."

2 تنص المادة 58 على أنه: " على المأذون له في الإدارة أن يقدم حسابا سنويا... "

اختبار القاصر في تسيير أمواله وبالتالي استمرار الإذن أو إلغاؤه أو الحد منه، وهو ما عبرت عنه المادة 84 من قانون الأسرة بنصها على أنه : "... وله (القاضي) الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك"، ويفهم من هذا النص أن الإذن الممنوح للصبي المميز يمكن أن يسحب منه إذا ما اقتضت ضرورة أو مصلحة، حماية لأمواله، غير أن المشرع لم يتطرق إلى الأسباب التي تستدعي الرجوع في الإذن واكتفى فقط بتقدير القاضي في حالة ثبوت ما يببر ذلك حسب نص المادة 84 من قانون الأسرة، ولم يتطرق أيضا إلى مسألة الحد من الإذن أو تعديله، وقد حدد المشرع المصري في المادة 59 من قانون الولاية على المال أسباب إلغاء الإذن أو الحد منه¹ وهي:

- 1- عدم تقديم تقرير سنوي عن أعمال الإدارة المأذون فيها.
- 2- سوء إدارة الأموال المأذون له فيها على نحو يهدد بزوالها.
- 3- وجود مبررات أخرى يخشى معها على أموال القاصر إن بقيت تحت إدارته.

فإذا ثبت سبب من هذه الأسباب، جاز للمحكمة الرجوع في الإذن أو الحد منه، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب كل ذي مصلحة أو من النيابة العامة، باعتبارها طرفا أصليا في القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة، خاصة ما تعلق منها بالأشخاص وأهليتهم، حسب نص المادة 3 من قانون الأسرة.

والرجوع في الإذن يعني منع القاصر المميز من التصرف في ماله وعودته محجورا عليه، لأن الإذن معناه فك الحجر جزئيا للاختبار والتدريب والتأكد من رشد القاصر، فإذا بدا عدم صلاحه ورشده في المال، فيستأنف الحجر عليه من جديد، لمن كان محجورا له وأذنه في التصرفات المالية، فإن كان الولي الشرعي أو من يقوم مقامه هو الذي أصدر الإذن، فله

1 تتص المادة 59 على أنه: " إذا قصر المأذون له في الإدارة، في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوي الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله".

حق الرجوع في الإذن وتوقيع الحجر، وإن كان الإذن قد صدر من المحكمة فلها وحدها حق سحب الإذن، ويتم توقيع الحجر من جديد أو الرجوع في الإذن، بإتباع الإجراءات نفسها لإصدار الإذن.

المبحث الثاني:

حكم الرفع الكلي للحجر عن القاصر وآثاره

كما ينتهي الحجر بسبب نقص الأهلية أو فقدانها بصورة جزئية، وهو ما بيناه في المبحث السابق، يرتفع بصورة كلية بزوال الأسباب الموجبة له، فيمكن للمحجور عليه ولكل ذي مصلحة أن يطلب رفع الحجر عنه، لاسترجاع حريته في التصرف في أمواله، وتختلف أحكام رفع الحجر باختلاف حالة المحجور عليه، فيفك حجر الصغير بالبلوغ وإيناس الرشد، بأن يعلم الولي بالاختبار حسن تصرفه، والنظر في ماله على وجه المصلحة والسداد، أما من أصيب بعارض من عوارض الأهلية التي تعدمها كالجنون والعتة أو تنقص منها كالفقه والغفلة، فيفك حجر المجنون إذا أفاق من جنونه أو شفي وعاد إليه عقله، ويرتفع الحجر عن المعتوه باكتمال قواه العقلية وزوال تخبطه واختلاط كلامه، كما يفك الحجر عن السفه إذا تغيرت حاله في التصرفات المالية، فعدل عن التبذير إلى حسن التصرف والإصلاح في المال، وأما ذو الغفلة فيأخذ أحكام السفه، فإذا انتفت الأسباب الموجبة للحجر فك حجر من ذكرنا وأطلقت أيديهم في أموالهم للتصرف فيها، ولما كان موضوع هذا المبحث هو الرفع الكلي للحجر عن القاصر والمصاب بعارض الأهلية، فإنني أقسمه إلى مطلبين، أتناول في الأول: أحكام رفع الحجر عن القاصر، وفي المطلب الثاني: أحكام رفع الحجر عن المصاب بعارض الأهلية.

المطلب الأول:

أحكام رفع الحجر عن القاصر

لما كان الصغر مظنة للنقص والعجز وعدم الإدراك، كان سببا في توقيح الحجر عليه، فوجب توضيح وتبيان الحد الذي ينتهي عنده الصغر ليرتفع الحجر الموقع بسببه، والآثار المترتبة عن فك الحجر. مما يؤدي إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول: نهاية طور الصغر، والثاني: رفع الحجر بالبلوغ والرشد.

الفرع الأول:

نهاية طور الصغر

الصغر طور من أطوار حياة الإنسان، يبدأ من حين الولادة إلى البلوغ، وقد أجمع

أهل العلم على وجوب الحجر على الصغير¹، لانعدام أهلية التصرف أو نقصها والتي تتطلب اكتمال الإدراك والعقل والتمييز للنظر في التصرفات المالية²، فإذا بلغ الصغير وأنس منه الرشد فك حجره ودفعت إليه أمواله لقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا

النِّكَاحَ فَإِنِ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَاْكُلُوهَا إِسْرَافًا

وَبِدَارًا أَن يَكْبُرُوا^ع﴾³، دلت هذه الآية على أنه لا يدفع المال إليهم إلا بشرطين: وهما

البلوغ والرشد، إذا وجد أحدهما دون الآخر، لا يجوز تسليم المال للقاصر، وعليه فإنه يبقى تحت الحجر وتستمر الولاية عليه حتى يتبين منه الرشد والصلاح في المال⁴، وهو موضع

1 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، مرجع سابق، ص 275.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 3، مرجع سابق، ص 4467.

3 سورة النساء، الآية 6.

4 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، مرجع سابق، ج 5، ص 38.

اتفاق بين العلماء، فقد علق الله سبحانه وتعالى في هذه الآية تسليم المال على شرطين هما: البلوغ والرشد، والحكم المعلق على شرط لا يثبت إلا بتمامه، فإذا بلغ الصبي رشيدا مصلحا لماله، دل ذلك على انتهاء الحجر بالبلوغ أصالة، وإيناس الرشد بانتظام الأفعال والتصرفات في حفظ المال وحسن التدبير¹.

ويكون البلوغ إما بعلامات تدل عليه أو تقديريا في حالة تأخر ظهور علاماته إلى حد لا تتأخر بعده عادة، وعلامات البلوغ كثيرة، منها المتفق عليها ومنها المختلف فيها فالمتفق عليها بالنسبة للذكر والأنثى هي الاحتلام²، ومن علامات البلوغ الأخرى المختلف فيها الإنبات للذكر والأنثى والاحبال للذكر والحمل والحيض للأنثى³.

وأما البلوغ التقديري بالسن فقد اختلف فيه الفقهاء؛ فيرى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والزيدية والصاحبان من الحنفية وفي رواية لأبي حنيفة، أن من استكمل خمس عشرة سنة من الذكور والإناث يعتبر بالغا⁴، فالبلوغ الطبيعي لا يتأخر عادة وغالبا عن هذه السن، إلا أن يكون الولد مصابا بعاهة أو آفة عارضة، وبهذا الرأي قال الأوزاعي وابن الماجشون المالكي وابن وهب من المالكية واختاره ابن العربي⁵، وأخذت به مجلة الأحكام

1 لحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، مرجع سابق، ص 414. عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج3، مرجع سابق، ص 661.

2 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، مرجع سابق، ص 34.

3 والحقيقة أن الإحبال من الرجل والحمل من المرأة ليستا من علامات البلوغ، وإنما يدلان على الاحتلام، الذي يكون به البلوغ، فمتى تحقق الحمل دل على الإنزال، الذي يكون منه الولد، فيتكون الجنين من مائهما، لقوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ

الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴿٥﴾ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾ تَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴿٧﴾ سورة الطارق، الآيات 5،

6، 7. فيكون البلوغ بالاحتلام وخروج الماء. ابن قدامة، المغني، ج 6، مرجع سابق، ص 413.

4 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص (4472 - 4474).

5 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، مرجع سابق، ص 35.

العدلية في المادة 986 إذ تناولت بدء سن البلوغ وهو اثنتا عشرة سنة في الصغير وسبع سنين في الصغيرة ومنتهاه خمس عشرة سنة في كليهما¹، وقد تناولنا سابقا علامات البلوغ.

وفي رواية أخرى لأبي حنيفة أن نهاية سن البلوغ هو ثمانية عشر عاما للذكر وسبعة عشر عاما للأنتى²، ويرى أغلب فقهاء المالكية أن منتهى البلوغ هو ثماني عشرة سنة للذكر والأنتى على حد سواء³، فمن أدرك منتهى سن البلوغ يعد بالغا ولو لم تظهر عليه علاماته، كما أن من ظهرت علامات البلوغ عليه يعد بالغا وهو ما نصت عليه المادتان 985 و987 من مجلة الأحكام العدلية⁴، وقد تضمنت المادة 495 من الأحكام الشرعية لمحمد قنديل باشا الحكم بالبلوغ وعلاماته وهي العلامات نفسها مع تمييز الخاصة بالذكر عن الأنتى⁵.

ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية في الأرجح عندهم والحنابلة بأن الحجر على الصبي يرتفع لبلوغه رشيدا، مصلحا لماله، دون توقف على حكم حاكم، فهو حجر تلقائي لا يفتقر عند توقيعه وثبوته إلى الحاكم، كذلك رفضه لا يحتاج إلى حكم حاكم⁶، ويرى بعض أصحاب الشافعي، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة أنه لا يفك الحجر الصبي إلا بحكم حاكم، لأن فك الحجر يحتاج إلى اجتهاد ونظر في معرفة البلوغ والرشد والصلاح

1 تنص المادة 986 من مجلة الأحكام العدلية على أن: " مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفي المرأة تسع سنوات ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة. وإذا أنهى الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له (مراهق) وإذا أكملت المرأة تسعا ولم تبلغ يقال لها (مراهقة) إلى أن يبلغا " .

2 السرخسي، المبسوط، ج 14، مرجع سابق، ص 162.

3 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، مرجع سابق، ص 476.

4 تنص المادة 985 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض والحبل "، أما المادة 987 فجاء فيها: " من أدرك سن البلوغ ولم تظهر عليه آثار البلوغ يغد بالغا حكما " .

5 تنص المادة 495 من الأحكام الشرعية لقنديل باشا على أن: " بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال، وبلوغ البنت بالحيض والحبل والاحتلام مع الانزال، فإن لم تظهر هذه العلامات يحكم ببلوغها إذا بلغا من السن خمس عشرة سنة " .

6 ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 506.

في المال كزوال الحجر عن السفية¹. وأما المالكية فلهم تفصيل في ذلك: فإما أن يكون المحجور عليه لصغر ذكرا وإما أن يكون أنثى، فإن كان ذكرا فهو إما محجورا عليه لأبيه أو وصيه أو مهملًا فتتغير أحكام فك الحجر عليه حسب كل حالة.

الحالة الأولى: إذا كان حاجر الصغير أباه يفك حجره تلقائيا عند بلوغه رشيدا، ولا يحتاج إلى إشهاد لأنه حجر أصالة².

الحالة الثانية: إذا كان الحاجر غير الأب كالوصي، فلا يفك حجره إلا بالترشيد من قبل الوصي، فإن كان وصي الأب وهو الوصي المختار فله ترشيده من غير إذن القاضي، لأن الحجر ثبت له من الأب أصالة من غير تعيين أو تنصيب من أحد، فلا يحتاج رفعه إلى حكم³، وإن كان الوصي منصبا من القاضي، فليس له ترشيده وفك الحجر عنه إلا بإذن القاضي، فهو مخول بالترشيد ورفع الحجر مطلقا عند ثبوت الرشد في المال.

الحالة الثالثة: الصغير المهمل من غير أب ولا وصي فيخرج من الحجر بالبلوغ إلا أن يتبين سفهه⁴.

وأما فك الحجر عن الأنثى الصغيرة: فيختلف الأمر فيما إذا كانت محجورة لأبيها أو لوصيها أو مهملة لم يوص عليها. فأما إذا كانت محجورة لأبيها، فتبقى على الحجر إذا لم يرشدها أبوها، وتخرج من الحجر بأربعة شروط هي: - بلوغها بظهور علامات البلوغ أو بمنتهى سن البلوغ حكما.. حسن تدبيرها وتصرفها في مالها. - شهادة العدول على صلاحها

1 ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 506.

2 الغرنازي عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي، ج 3، مرجع سابق، ص 662. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6، مرجع سابق، ص 4470.

3 وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 4471.

4 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 3، مرجع سابق، ص 703.

في المال. - دخول الزوج بها. وترشيد الأب لها بقوله: رشدتك ورفعت الحجر عنك، يجعل كل تصرفاتها في مالها صحيحة منتجة لآثارها، إلا أن تكون معلومة السفه¹.

وأما المحجورة للوصي سواء كان وصي الأب أو المعين من قبل القاضي، فيرتفع حجرها بتوفر الشروط السابقة مع فك الحجر عنها من وصيها بترشيدها، دون توقف على إذن حاكم، بقول الوصي أمام العدول: اشهدوا أنني فككت الحجر عنها، وأما اليتيمة المهملة فأفعالها وتصرفاتها في مالها غير نافذة، فلا ينفك حجرها إلا بالزواج ومضي سنة على ذلك أو بالولادة، ويحتاج ترشيدها إلى حكم المحكمة²، فاليتيمة التي لا أب لها ولا وصي أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور من مذهب المالكية³، وروي عن الإمام مالك خلاف ما تقدم في شأن الأنثى وأنها مثل الذكر فإذا بلغت سن النكاح وبدا رشدها وصلاحتها في المال، دفع إليها مالها وفك الحجر عنها مثل الذكور بدليل عدم تفريق الآية بين الذكر والأنثى، فعلمت تسليم المال على البلوغ وإيناس الرشد⁴ وإلى هذا ذهب ابن عاشور بقوله: " وحكم الآية شامل للذكور والإناث بطريق التغليب: فالأنثى اليتيمة إذا بلغت رشيدة دفع مالها إليها"⁵. فيتضح أن الحجر الموقع بسبب الصغر يرتفع بالبلوغ بلا خلاف، وإنما الخلاف يثور في حالة استمرار الحجر على من بلغ غير رشيد؛ لأن حجر الصغر ينتهي بالبلوغ،

1 الغزباني عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي، ج 3، مرجع سابق، ص 662. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، مرجع سابق، ص 4471.

2 الغزباني، مدونة الفقه المالكي، ج 3، المرجع السابق، ص 663. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، المرجع السابق، ص 442.

3 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 4، مرجع سابق، ص68.

4 ابن رشد، المرجع نفسه، ص 67.

5 محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير، ج4، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984هـ، ص243.

فإذا صاحب البلوغ عدم رشد، فيكون الحجر في هذه الحالة حجر العارض، لعدم الصلاح في المال، كمن بلغ سفيها أو ذا غفلة أو مختل العقل أو معتوها.

وأما القوانين فقد حددت سنا معينة للرشد يرتفع بها الحجر عن الصغير لزوال سببه، وقدرت أن يكون هذا السن كاف لحصول الرشد، ومسألة تحديد السن تجعل الأحكام منضبطة والتعاملات مستقرة، فلا يقبل إدعاء الرشد قبل هذه السن ولو كان الشخص رشيدا، كما أن من بلغها يكون كامل الأهلية، فيرتفع عنه الحجر ويتحرر من الولاية دون حاجة لإثبات رشده. إلا أن القوانين اختلفت في تحديد سن الرشد باختلاف الدول، وقد كان المشرع الجزائري موفقا في تحديد سن الرشد بتسعة عشر سنة (19) وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ". فإذا بلغ الشخص هذه السن فك حجره، ويمكنه التصرف في أمواله لأن الحجر الموقع تلقائيا بحكم الصغر يرتفع بحكم القانون ببلوغ سن الرشد، إلا أنه وحسب نص المادة 40 من القانون المدني لا يعترف للشخص البالغ سن الرشد بأهلية كاملة، ما لم يكن متمتعا بكامل قواه العقلية رشيدا في تصرفاته، فإذا بلغها مصابا بعارض من عوارض الأهلية بسفه أو جنون أو عته أو غفلة، فإنه يكون محجورا عليه في بعض القوانين التي تأخذ بالحجر التلقائي في حالة الإصابة بعارض مصاحب للصغر، إلا أن القانون الجزائري طبقا للمادة 103 من قانون الأسرة يوجب أن يكون الحجر بحكم: " يجب أن يكون الحجر بحكم... ".

وأرجح ما ذهبت إليه بعض القوانين من أن الحجر يكون تلقائيا، دون حاجة لصدور حكم من المحكمة بذلك في حالة بلوغ الصغير مجنونا أو معتوها، أما بخصوص السفه أو الغفلة، فإني أؤيد فكرة الحجر القضائي على من بلغ سفيها أو ذا غفلة، لصعوبة تحديد الحالة، وأنها تحتاج إلى نظر واجتهاد، فقد يتعرض فيها الشخص البالغ إلى الظلم، ويتضرر من الحجر عليه، ومنعه من التصرف في أمواله التي جمعها بعمله وسعيه.

الفرع الثاني:

رفع الحجر بالبلوغ والرشد

الحجر على القاصر بسبب الصغر حد من حرите، وانتقاص من أهليته، ومنع له من التصرف بأمواله، فإذا زال سبب الحجر بالبلوغ والرشد، انفك حجره، وسلمت إليه أمواله للتصرف فيها، سأطرق في هذا الفرع إلى كيفية رفع الحجر عن الباغ الرشيد، والآثار المترتبة عنه.

أولاً: كيفية رفع الحجر عن البالغ سن الرشد

الأصل أن الحجر للصغر يزول متى زال سببه وهو الصغر، ولا يحتاج في فكه إلى أحد، سواء كان الصغير تحت الولاية أو الوصاية أو التقديم؛ لأنه ثبت من غير حكم فكذلك يزول، وهو رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة¹. ويرى الشافعية أن الحجر لا ينفك عن الصغير إذا بلغ رشيداً إلا بحكم قضائي، لأن معرفة البلوغ والرشد يفتقر إلى اجتهاد ونظر، وهو من عمل القضاء². فيتوقف رفع الحجر عن الصبي على صدور حكم قضائي، ويبدو أن هذا الرأي خاص بمن بلغ سفيهاً، بأن كان سفهه مرافقاً للبلوغ، فيحتاج إلى حكم قضائي لرفع الحجر عنه، أما إن كان الصبي وقت بلوغه رشيداً، فإن الحجر يرتفع عنه بالبلوغ.

أما المالكية فيرون أن الولد ذو الأب، تزول ولاية الأب عنه ببلوغه رشيداً، من غير حاجة لفك الحجر عنه بالإشهاد إن كان نكراً³. أما الأثنى فلا يفك حجرها بمجرد البلوغ؛

1 ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 410.

2 السيوطي جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1990، ص 460.

3 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 296. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، مرجع سابق، ص 419.

وإنما يفك حجرها بالبلوغ، وحسن التصرف في المال، وشهادة العدول بذلك، ودخول الزوج بها، ويرى بعض المالكية أن تمضي سنة بعد دخول الزوج بها، وقيل أكثر من سنة وأن تـلد¹، أما إن كان الولد مشمولاً بالوصاية أو التقديم؛ فينكح حجره بقول الوصي أو المقدم أمام العدول: اشهدوا أنني فككت الحجر عن فلان وأطلقت له التصرف، لما قام عندي من رشده وحسن تصرفه. فإن مات الوصي قبل رفع الحجر عن الصغير ولم يوص عليه، فلا بد من فك الحاكم²، فمن أقامه الأب أو القاضي لا يقبل قوله بترشيده القاصر المحجور عليه، إلا بعد الكشف والاجتهاد، لفساد أخلاق الناس ومعاملاتهم، وخاصة منها المالية، فلا يؤمن تواطئهم مع الصغار لترشيدهم قبل البلوغ والرشد³.

وأرجح قول الجمهور في رفع الحجر عن الصغير بالبلوغ والرشد، دون حاجة إلى صدور حكم بذلك من المحكمة المختصة؛ لأن الحجر ثابت ابتداء من غير حكم، فيمكن فكه من غير حكم أيضاً، متى انتفى سببه وهو الصغر، وذلك ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني حيث تنص على أن: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية... "، وقد أحالت عليها المادة 86 من قانون الأسرة باعتباره المختص في القضايا المتعلقة بالأهلية والحجر؛ حيث جاء فيها أن: " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني، فيرتفع الحجر حكماً ببلوغ سن الرشد ويصبح الشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية إذا لم يحجر عليه قبل ذلك لسبب آخر". فحال بلوغه سن التاسع عشرة ترد إليه أمواله للتصرف فيها، لانتهاء الولاية عليه تلقائياً من غير حاجة لصدور حكم بذلك ويستوي في ذلك الذكور والإناث.

1 ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج4، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ط، 2004م، ص63.

2 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص 297.

3 الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص 421.

غير أن رفع الحجر عن القاصر عند بلوغه، إن كان مشمولاً بالوصاية، يوجب على الوصي تسليم أموال القاصر إليه، في مدة لا تتجاوز شهرين حسب نص المادة 97 من قانون الأسرة الجزائري¹، وأن يقدم تقريراً عن حركة الأموال التي كانت في عهده إلى القاصر 1/97 وأن يقدم صورة عن التقرير إلى القضاء 2/97، ويفهم من نص المادة 91 من قانون الأسرة أن الولي إن كان هو الأب أو الأم معفى من تقديم الحساب²، ولم تذكر المادة 91 - التي تضمنت أسباب انتهاء الولاية - بلوغ القاصر سن الرشد كسبب من الأسباب، وبالتالي رفع الحجر عن القاصر، على الرغم من أن المادة 96 من قانون الأسرة ذكرته كسبب من أسباب انتهاء الوصاية في الفقرة 2 فجاء فيها: "تنتهي مهمة الوصي:..." 2 - ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه..."، وكان بالإمكان إضافته كسبب من أسباب انتهاء الولاية أو الاكتفاء بنص المادة 86 من قانون الأسرة التي تنص على أن بلوغ القاصر سن الرشد، يرفع عنه الحجر ويجعله كامل الأهلية للتصرف في أمواله، وبالتالي حذف الفقرة 2 من المادة 96 من قانون الأسرة المتعلقة ببلوغ القاصر سن الرشد كسبب من أسباب انتهاء الوصاية عليه، ما لم يكن الحجر لسبب آخر.

ثانياً: آثار رفع الحجر عن البالغ الرشيد

إن رفع الحجر عن القاصر المميز ببلوغه سن الرشد؛ يعني الاعتراف له بأهلية كاملة لمباشرة حقوقه، وبمقتضاها يمكنه التصرف في أمواله على الوجه الذي يراه، ورفع الحجر عن المميز يترتب عنه: صحة إجازته لتصرفاته التي قام بها قبل الترشيده، والاعتداد بموطنه.

1 تنص المادة 97 على أنه: "على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حساباً بالمستندات إلى ... أو إلى القاصر الذي رشده... وأن يقدم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء..."

2 إعفاء الولي الأب من تقديم الحساب لأن ولايته أصلية، ولما يتوفر عليه من الشفقة والحرص على أموال أولاده.

1 - صحة إجازة البالغ الرشيد لتصرفاته قبل الترشيد

الإجازة: إسقاط حق إبطال العقد الموقوف أو القابل للإبطال، بالنزول عنه صراحة أو ضمناً، لمن خوله القانون ذلك، وهو تصرف إنفرادي يترتب عنه زوال التهديد عن العقد، بأن يصير مؤبداً وباتاً. فيمكن للبالغ الرشيد إجازة تصرفاته المترددة بين النفع والضرر، التي باشرها في طور التمييز، فهذه التصرفات إذا صدرت منه تكون موقوفة على إجازة وليه أو وصيه، غير أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على إجازة القاصر - عند بلوغه سن الرشد - لتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر التي باشرها قبل رفع الحجر عنه، فقد نصت المادة 83 على أن: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته... وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر..."، والأصل أن كل العقود الصادرة عن الصبي المميز، التي يحق للولي أو الوصي إجازتها، يجوز للصبي المميز أيضاً إجازتها بعد بلوغه رشيداً، إن بقيت موقوفة¹، وهو ما جوزه الفقه الإسلامي؛ حيث يمكن للمميز رد تصرفه إن رُشد، إذا باشره ولم يعلم وليه بتصرفه أو علم وسكت أو لم يكن له ولي، أي سواء كان تصرفه بما يجوز للولي رده كالمعاوضة أو بما يجب عليه رده كالعقود والهبة².

ولذا كان من الأنسب أن ينص المشرع في هذه المادة من قانون الأسرة على حالة إجازة القاصر لتصرفاته المترددة بين النفع والضرر السابقة ببلوغه سن الرشد، ولا يترك ذلك للقواعد العامة في السن الرشد.

1 عبد العزيز بن محمد الصغير، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2016م، ص81.

2 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج3، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر، ص294.

2 - الاعتراف بموطنه في التعامل مع الغير

مواطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة على وجه الاستقرار وبصفة فعلية ولو تخللته فترات انقطاع متقاربة أو متباعدة ويزول هذا المواطن بترك الإقامة فيه، ما لم تكن للشخص نية العودة إليه¹، وهو ما نصت عليه المادة 36 من القانون المدني إذ جاء فيها: " مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي... "، ويمكن أن يكون له مواطن خاص يتعلق بممارسته نشاط تجاري أو مهنة أو حرفة أخرى وهو ما نصت عليه المادة 37 من القانون المدني الجزائري: " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنًا خاصًا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة "، والمواطن من الحقوق التي قررها الدستور بنص المادة 44 منه إذ جاء فيها: " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته وأن ينتقل عبر التراب الوطني ".

وبالتالي فإن مخاطبة الشخص في شؤونه القانونية ومعاملاته مع الغير تكون من خلال موطنه المحدد قانونًا، فترسل إليه الإنذارات والإعذارات وكل الأوراق المطلوب إعلامه بها، وتحدد على أساس موطنه المحكمة المختصة بالنزاع الذي يكون هو أحد أطرافه².

والأصل أن موطن القاصر المحجور عليه يتحدد بموطن من ينوب عنه قانونًا وهو الولي أو الوصي أو القيم أو مكان ممارسة الولاية حسب نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في فقرتها التاسعة 9 ونص المادة 38 من القانون المدني الجزائري: " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب

1 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 284.

2 تحدد المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجهة القضائية يعود إليها الاختصاص بنظر الدعاوى المتعلقة بالشخص بموطن المدعى عليه أو آخر موطن له أو المواطن المختار فجاء فيها أنه: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها المواطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

عن هؤلاء قانونا... "، إلا أن موطنه بعد رفع الحجر عنه يتحدد بالمكان الذي يقيم فيه بصورة مستمرة ولو تخلل الاستقرار فترات غياب ظرفية حسب نص المادة 36 من القانون المدني الجزائري السابقة، ويمكن للبالغ الرشيد اختيار موطن للإقامة فيه وقد يتعدد الموطن بتعدد محال الإقامة، فإذا لم يكن له مكان يقيم فيه عادة فيعد عندئذ بلا موطن، وتبقى القاعدة العامة هي حرية اختيار الموطن.

وموطن القاصر المأذون له في التجارة: وهو المكان الذي يتخذه القاصر لمزاولة التجارة المأذون له بممارستها، فيعد القاصر كامل الأهلية في حدود الاذن، ويكون له موطن خاص في المكان الذي يمارس فيه العمل التجاري المؤذون له به، وموطن عام وهو موطن قانوني حكمي وهو موطن من ينوب عنه قانونا. وبالتالي استثنى القانون القاصر الذي بلغ الثامنة عشرة من عمره وهو القاصر المرشد أو المأذون له في التجارة ومن في حكمه، حيث يكون له موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً للقيام بها.

المطلب الثاني:

أحكام رفع الحجر عن المصاب بعارض الأهلية

عوارض الأهلية من الأسباب الموجبة للحجر على الشخص، وهي ليست أبدية فقد تكون مؤقتة، لتمييز حياة الإنسان بصورة عامة بالتغير، فإذا كان الشخص مصابا بعارض من عوارض الأهلية، فقد يزول هذا العارض، فلا يعقل أن يبقى الشخص تحت الحجر؛ يمنع من التصرف في ماله، بعد زوال أسباب الحجر، فيرتفع الحجر عن المجنون متى شفي وعاد إليه عقله، وعن المعتوه متى اكتملت قواه العقلية وزال اختلاط كلامه، وأما السفیه إذا ظهر رشده وحرصه على ماله وحسن تصرفه فيه فيرتفع الحجر عنه ويرفع الحجر أيضا عن المعتوه إذا اهتدى إلى الرابح من التصرفات وظهرت خبرته وحسن تقديره. مما جعلني أقسم

هذا المطلب إلى فرعين الأول: أحكام رفع الحجر عن المجنون والمعتوه وآثاره، والثاني: أحكام رفع الحجر عن السفیه وذی الغفلة وآثاره.

الفرع الأول:

أحكام رفع الحجر عن المجنون والمعتوه وآثاره

تقرير الحجر عن المجنون والمعتوه بسبب زوال العقل، يترتب عليه بطلان التصرفات المالية وعدم اعتبارها، ويزول الحجر عنهما بزوال أسبابه، ولهذا سأتناول أولاً: كيفية رفع الحجر عن المجنون والمعتوه وثانياً: آثار رفع الحجر عن المجنون والمعتوه

أولاً: رفع الحجر عن المجنون والمعتوه

المجنون محجور عليه لفقدان العقل، سواء كان جنونه مطبقاً، ملازماً له سائر الوقت، أو كان غير مطبق أي متقطع، يزول الحجر عنه بزوال موجب، سواء بشفاؤه أو بإفاقته، إن كان الجنون طارئاً عليه بعد البلوغ، فقبل البلوغ لا يرفع الحجر عنه إلا بإفاقته، وعودة العقل إليه، وثبوت رشده بالاختبار، حتى يتبين صلاحه بحسن تصرفه في المال¹، وقد اتفق الفقهاء على أن المجنون والمعتوه البالغين سن الرشد، لا يفك حجرهما إلا بالإفاقة وزوال علتها، فإن أفاق المجنون والمعتوه صغيراً أو سفياً مبذراً لماله استمر الحجر عليه؛ لعله الصغر أو السفه²، إلا أن أبا حنيفة والظاهرية يرون أن الحجر يرتفع بالإفاقة والبلوغ، ولا عبرة بالسفه، فلا يحجر على البالغ العاقل عندهم بسبب السفه³، كما أن الفقهاء متفقون على زوال الحجر عن المجنون والمعتوه لا يفتقر إلى حكم حاكم، بل يرفع تلقائياً عند الإفاقة وعودة العقل؛ لأنه يثبت من غير قضاء فيفك من دونه، فإذا ارتفع الحجر عنهما يكتسبان أهلية أداء كاملة

1 الغرياني عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي، ج 3، مرجع سابق، ص 654.

2 الدسوقي، حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير، ج 4، مرجع سابق، ص 476. ابن قدامة، المغني، ج 4، مرجع سابق، ص 410.

3 الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، مرجع سابق، ص 249.

تمكنهما من مباشرة كل التصرفات منذ زوال العلة التي لأجلها تم الحجر فتكون تصرفاتهما وعقودهما صحيحة منتجة لجميع آثارها، سواء كانت نافعة أم ضارة أو مترددة بين النفع والضرر وعليه فإنه لا ولاية لأحد عليها يعد الرشد وزوال سبب انعدام الأهلية، فيمكن لهما البيع والشراء والهبة والالتهاج والرهن والإقرار بالحقوق، وتكون منهما صحيحة ومعتبرة¹، ومن آثار رفع الحجر عن المجنون عدم صحة تصرفاته السابقة لفك الحجر حال كونه محجورا عليه وكذا إجازته للتصرفات، كونه معدوم الأهلية، فتكون تصرفاته معدومة وغير معتبرة شرعا وقانونا، ولا يترتب عليها أي حكم أو أثر، وعليه فإن الفقهاء رغم اتفاقهم على أن الحجر يرتفع عن المجنون بمجرد الإفاقة، لكنهم اختلفوا في كيفية رفع الحجر على رأيين:

الرأي الأول: للجمهور وهم الحنفية والمالكية في رواية والشافعية والحنابلة في رواية عندهم إذ يرون أن الحجر يرتفع عن المجنون بمجرد رشده²، لأنه يثبت بمجرد ظهور علامات الجنون على الشخص ولا يحتاج إلى حكم القاضي، فمن باب أولى لا يحتاج رفعه إلى حكمه³، وقاسوا المجنون على الصبي لاشتراكهما في فقدان الأهلية، والصبي يرفع عنه الحجر لمجرد بلوغه سن الرشد، فكذلك المجنون يفك حجره بعودة عقله وإفاقة⁴.

الرأي الثاني: ذهب بعض المالكية والحنابلة إلى أن فك الحجر عن المجنون يفتقر إلى حكم القاضي⁵، قالوا أن تمييز الجنون من عدمه والكشف عن حالة الإنسان أمر يخفى على

1 علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 3، مرجع سابق، ص 701.

2 الكساني، بدائع الصنائع، ج 7، مرجع سابق، ص 272.

3 الكساني، المرجع نفسه، ص 272.

4 النووي، روضة الطالبين، ج 4، مرجع سابق، ص 177.

5 الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج 4، تخريج محمد عبد الله الشاهين، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1996، ص 435.

الأشخاص العاديين ولا يتأتى إلا لذوي الذكاء والفتنة والخبرة، ويحتاج إلى اجتهاد ونظر وهو من عمل القاضي للتمييز بين الشخص السليم والمجنون¹.

وأرجح الرأي القائل بأن رفع الحجر عن المجنون والمعته يتم عن طريق حكم قضائي لفساد أخلاق الناس وإمكانية تواطئهم على الإضرار بالقاصر عديم الأهلية وأكل أمواله بالباطل، كما أن صعوبة تحديد حالة الشخص إن كان مجنوناً أو معتهواً أو مصاباً بآفة عقلية أو إعاقة ذهنية، تجعلنا نقول بضرورة إسناد الأمر إلى القضاء للنظر والتحقيق وإصدار الحكم بعد ذلك، على العكس من توقيع الحجر ورفع الحجر عن القاصر عديم الأهلية أخطر من توقيعه.

أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة بفكرة الحجر القضائي، وفق إجراءات محددة لمن أصيب بعارض من عوارض الأهلية، فيكون رفع الحجر أيضاً بحكم قضائي؛ أي أن الحكم بالحجر ورفعها يحتاج إلى صدور حكم من المحكمة المختصة، فهو حكم منشئ لحالة الجنون أو العته لا كاشفاً عنها، وهو ما نصت عليه المادة 103 حيث جاء فيها: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخيرة في إثبات أسباب الحجر". كذلك الأمر بالنسبة لفك الحجر فقد نصت المادة 108 من القانون ذاته على أنه: "يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه...".

أما القوانين المقارنة فقد ذهب بعضها إلى الأخذ بفكرة الرفع التلقائي للحجر، من غير حاجة لصدور حكم بذلك، وهو الرأي الغالب في الفقه الإسلامي فقد جاء في المادة 1/127 من القانون المدني الأردني أن: "الصغير والمجنون والمعته محجورون لذواتهم"، وهو ما نصت عليه المادة 1/161 من القانون المدني الإماراتي وتنص المادة 67 من القانون المدني اليمني على أنه: "يرتفع الحجر عن المجنون بالإفاقة من الجنون..."، وهو ما

1 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، المرجع السابق، ص 435.

أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 957 إذ نصت على أن: " الصغير والمجنون محجورون أصلاً " فإذا كان الحجر لا يفتر إلى حكم فمن باب أولى أن يكون رفعه تلقائياً من غير حاجة لصدور حكم به وهو ما جاء في المادة 85 من القانون المدني الكويتي حيث نصت على أن: " الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم...".

ومقتضى نصوص القوانين التي أخذت بفكرة الحجر التلقائي أن المجنون والمعتوه في حكم الصغير؛ حيث يوقع الحجر عليهما بصورة تلقائية عند قيام موجبه، ويرتفع الحجر عنهما متى انتفى موجبه، غير أن القانون اليمني قسم الجنون إلى مرافق للصغر وطارئ بعده فإذا كان الجنون طارئاً بعد البلوغ والرشد فالحجر يكون من قبل القاضي، وأجاز لمن أفاق من جنونه أو وليه أو وصيه طلب رفع الحجر عنه وتسليمه أمواله، وهذا الإجراء يضع حداً لإشكالية امتناع الولي أو الوصي عن تسليم أمواله إليه حال إفاقته من جنونه، كما أنه من صالح الولي تثبيت واقعة الإفاقة أو الشفاء من الجنون رسمياً لدى المحكمة لإبراء ذمته.

وقد خالفت بعض القوانين الأخرى الرأي السائد في الفقه الإسلامي الذي يرى بأن توقيع الحجر وفكه على المجنون والمعتوه يكون تلقائياً دون حاجة لحكم من القضاء، متى وجد مبرره، وهو تحقق حالة الجنون أو العته، فجعلت رفع الحجر من اختصاص المحكمة، متى تحقق انتفاء موجبه، ذلك أن الحجر عليهما لا يكون إلا بموجب حكم، وما ثبت بحكم لا يرفع إلا بحكم؛ فالحكم لا يلغى إلا بمثله أو بما هو أعلى، ومن القوانين التي قررت أن الحجر ورفعته لا يكون إلا قضائياً: القانون المدني المصري¹، وقانون الولاية على المال

1 إذ نصت المادة 1/113 على أن: " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم...".

المصري¹، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية²، ومدونة الأسرة المغربية³ وهو ما أخذت به وثيقة الكويت للنظام الموحد لرعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم⁴ والقانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين⁵.

وبناء على هذا الاتجاه، الذي يرى بأن رفع الحجر يكون قضائيا، أي عن طريق صدور حكم من المحكمة، يرفع الطلب برفع الحجر من قبل المحجور عليه، باعتباره صاحب المصلحة الحقيقية أو من ذوي الشأن، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة، وهو ما نصت عليه المادة 108 من قانون الأسرة وتتبع بشأن ذلك الإجراءات نفسها المقررة لتوقيع الحجر، وفقا للقواعد العامة في رفع الدعاوى، طبقا للمواد 12 و13 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وترفع أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يقع بدائرتها موطن أو إقامة القاصر الذي يطلب رفع الحجر عنه.

فإذا انتفى السبب الموجب لبقاء القاصر تحت الحجر، يمكن للمحكمة من تلقاء نفسها طلب رفع الحجر، حتى ولو لم يطلب المحجور عليه أو ذوي الشأن ذلك، أو عارضوا فك الحجر عنه، باعتبار الأحكام المتعلقة بالأهلية من النظام العام⁶.

1 تنص المادة 65 على أنه: " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو العته أو لفسفه والغفلة، ولا يرفع الحجر إلا بحكم... ".
2 ينص الفصل 167 على أن: " الحجر الواقع بحكم لا يرفع إلا بحكم... "، وقد بني نص هذه المادة على ما جاء في المادة 161 قبلها من أنه: " ويتعين الحجر في الحالات المبينة في الفصل المتقدم (على المجنون وضعيف العقل حسب نص المادة 160) بحكم من الحاكم... ".

3 تنص المادة 220 على أن: " فاقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة... وترفع عنهم الحجر ابتداء من زوال هذه الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة ".

4 تنص المادة 37 على أنه: "... لا يرفع الحجر إلا بحكم منها [المحكمة] ".

5 تنص المادة 63 على أنه: " يحجر على من أصيب بإحدى العوارض الواردة في الفقرة السابقة [جنون، عته، سفه، غفلة] بمقتضى حكم قضائي... كما يرفع عنه الحجر بحكم قضائي... ".

6 ليس لأحد من الأشخاص التنازل عن أهليته أو التعديل في الأحكام المتعلقة بها، وهو ما نصت عليه المادة 46 من القانون المدني الجزائري: " ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية ".

وبالتالي فإنه عند زوال أسباب الحجر، يمكن للمحجور عليه أن يطلب رفع الحجر عنه، لاستئناف حياته العادية، واسترجاع حريته في التصرف في أمواله، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الحجر ينتهي بالنسبة للمجنون بزوال جنونه وبالتالي فإنه إذا عقل المجنون زال حجره ونفس الشيء بالنسبة للمعتوه فيرفع الحجر عنه إذا اكتملت قواه العقلية فالمشرع الجزائري قرر أن رفع الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي، ويكون ذلك بنفس الإجراءات التي تقرر توقيع الحجر رغم أنه لم يذكر ذلك صراحة في قانون الأسرة ولم يفصل في كيفية مباشرة هذه الإجراءات محيلا على القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة الفصل الثاني في التقديم والحجر.

ثانيا: آثار رفع الحجر عن المجنون والمعتوه

الأصل إطلاق حرية الأشخاص في التصرف بأموالهم بزوال سبب المنع¹، فالحكم بتوقيع الحجر على القاصر ليس له قوة الشيء المقضي به، فإذا تيقنت المحكمة من زوال عارض الجنون أو العته عن الشخص، عليها أن ترفع الحجر عنه. وتترتب عن رفع الحجر عن المجنون والمعتوه آثار منها:

1 - اكتسابهما أهلية أداء كاملة

تتفق بعض القوانين العربية مع ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي، من أن رفع الحجر عن الجنون والمعتوه، يكون تلقائيا بانتفاء السبب الموجب للحجر، فبزوال العارض يرتفع الحجر عنهما، من غير حاجة لحكم قضائي، وأخذت بعض القوانين بالاتجاه الثاني الذي يرى أن رفع الحجر يفتقر إلى حكم قضائي، وقد تطرقنا إلى هذه المسألة.

ويظهر أثر هذا الخلاف واضحا، في حكم التصرفات التي يباشرها المحجور عليه، قبل وبعد صدور الحكم برفع الحجر عنه، حيث أنه وفقا للرأي الأول: فإن المجنون أو

1 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 182.

المعتوه يكون كامل الأهلية بمجرد إفاقة رشيدا، فتصح تصرفاته التي باشرها بمجرد إفاقة وتنتج جميع آثارها، فإذا صدر حكم يقرر ارتفاع الحجر، فإن التصرفات الواقعة قبل الحكم وبعد الإفاقة تكون صحيحة لان الحكم في هذه الحالة يكون كاشفا أو مقررا لحكم موجود شرعا وقانونا، وليس منشئا لحالة جديدة طارئة. أما من يرى أن رفع الحجر لا يكون إلا بصدور حكم من المحكمة؛ كالقانون الجزائري والمصري والتونسي والمغربي ومن سلك مسلكهم، فإن من أفاق من جنونه أو عته، لا يكتسب أهلية أداء كاملة، إلا من تاريخ صدور الحكم برفع الحجر، وعليه تكون تصرفاته التي باشرها قبل صدور الحكم برفع الحجر باطلة ولا عبرة بها.

2 - عدم صحة إجازتهما وإقرارتهما السابقة

إذا باشر المجنون أو المعتوه تصرفا، حال كونه محجورا عليه يكون غير معتبر، لانعدام أهلية الأداء، فتكون تصرفاته في حكم العدم، ولا يترتب عليها أي أثر، فإذا رفع عنه الحجر، يمكنه إنشاء التصرفات دون قيد أو شرط، إلا مراعاة الجوانب القانونية لمباشرتها. إلا أن إقرارته وإجازته للتصرفات التي وقعت منه قبل رفع الحجر عنه لا تصح منه، فلا تصح إقرارات من رفع عنه الحجر لإفاقة، ولا إجازته للتصرفات التي صدرت منه حال كونه مجنونا أو معتوها.

وبالتالي فإن فك الحجر عن المجنون والمعتوه البالغين، يكون بزوال وصف الجنون والعته عنهما بالإفاقة والشفاء، من غير حاجة لصدور حكم بذلك؛ لأن الحجر يثبت من غير حكم، فمتى زال عنهما السبب الموجب للحجر، يرفع حجرهما وتعود إليهما حرية التصرف في المال؛ كالبالغين العقلاء الراشدين، وهو مالم يأخذ به المشرع الجائري ولا القوانين العربية التي سلكت نهجه، وقد بينته سابقا، عند تناول الحجر التلقائي والحجر القضائي.

الفرع الثاني:

أحكام رفع الحجر عن السفية وذو الغفلة وآثاره

وضع الفقه الإسلامي نظاما خاصا يضبط تصرفات القاصر، سواء كان سفيا أو ذا غفلة، يراعي حفظ ماله من الضياع، وتتغير هذه الأحكام بتغير حاله، فلا تبقى ملازمة له طوال حياته، بل تزول بزوال أسبابها، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار السفه سببا من أسباب الحجر كما سبق أن بيننا، وهو رأي الجمهور، إلا أن أبا حنيفة لا يعتبر السفه سببا للحجر. ويمكن تفصيل فكرة الاختلاف بين الجمهور وأبي حنيفة النعمان في مسألة فك الحجر عن السفية على النحو التالي:

أولا: يرى جمهور الفقهاء أن الحجر على السفية لا ينفك مهما بلغ من العمر إلا بإيناس الرشد¹، ودليلهم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّتِي تَمَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا^ج﴾³، فقد أمر الله سبحانه وتعالى الأولياء في الآية الأولى ألا يدفعوا المال إلى السفهاء لألا يضيعوها بالإسراف على غير مقتضى الشرع والعقل، أما الآية الثانية فقد اشترطت البلوغ وإيناس الرشد لتسليم المال فإذا

1 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، مرجع سابق، ص 281. ابن عابدين محمد أمين، حاشية ابن عابدين، ج

6، مرجع سابق، ص 150.

2 سورة النساء، الآية 5.

3 سورة النساء، الآية 6.

وجد الأولياء من السفية رشداً أو صلاحاً في ماله، وجب دفعه إليه ورفع الحجر عنه، وإذا لم يرشد بعد فيستمر الحجر عليه¹.

ثانياً: يرى الإمام أبو حنيفة أنه لا يرفع الحجر عن السفية إذا بلغ غير رشيد إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإذا بلغها ولم يؤنس منه رشداً يعطي إليه ماله ولو لم يرشد²، ودليله قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ^ط وَلَا تَكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا^ج﴾³، أن الله سبحانه وتعالى يوجب دفع المال لليتيم، عندما يكبر أي بعد البلوغ، ومنع المال إلى غاية الخمس والعشرين سنة يكون للتأديب له، فإذا تجاوزها انقطع رجاء التأديب⁴.

وأرجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من أن الحجر لا يرتفع عن السفية حتى يؤنس منه الرشد والصلاح في المال، لأن الحكمة من تشريع الحجر، هو حفظ الأموال التي بها قوام الحياة، والسفيه مبذر لماله مضيع له، كما أن أدلة الجمهور على صحة ما ذهبوا إليه قوية وواضحة. وسأتناول في هذا الفرع أولاً: كيفية رفع الحجر الموقع بسبب السفه أو الغفلة، ثانياً: إجراءات رفع الحجر عن السفية وذو الغفلة وآثاره.

أولاً: رفع الحجر الموقع بسبب السفه أو الغفلة

اختلف الفقهاء في كيفية رفع الحجر الموقع بسبب سوء التصرف للسفه أو الغفلة، هل يحتاج لصدور حكم قضائي؟ أم أنه يرتفع بمجرد زوال أسبابه دون حكم قضائي؟

1 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، مرجع سابق، ص 35.

2 ابن عابدين محمد أمين، حاشية ابن عابدين، ج 6، مرجع سابق، ص 150. السرخسي، المبسوط، ج 24، مرجع سابق، 161.

3 سورة النساء، الآية 6.

4 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج 7، مرجع سابق، ص 170. السرخسي، المبسوط، ج 24، ص 159.

القول الأول: لجمهور الفقه الإسلامي؛ وهم المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية، ذهبوا إلى أن رفع الحجر عن السفية، يتوقف على حكم الحاكم أو القاضي¹؛ لأن الحجر عليه يثبت بحكم، فلا يرتفع إلا بحكم، كما أن الرشد والصلاح في المال يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفته، فيتوجب فيه حكم القاضي لإظهاره والكشف عنه، ليضمن الناس إلى معاملته ويعلموا حاله، ولاستئناف التعامل معه بعد مقاطعته زمناً، وبقاء حاله مجهولاً فيه من الضرر عليه ما لا يخفى².

القول الثاني: ذهب محمد بن حسن من الحنفية، وابن القاسم من المالكية، والشافعية في قول، والحنابلة في قول، إلى أن الرشد والصلاح في المال وحده كاف لفك الحجر عن السفية، دون حكم القاضي³، قالوا بأن الحجر ثبت لوجود معنى التبذير، فإن زال هذا المعنى بالرشد وحسن التدبير، يزول الحجر دون حكم⁴، ومؤدى هذا الخلاف بين الفريقين يظهر في صحة تصرفات السفية، إذا صلح حاله وحسن تصرفه في ماله، فلا يصح تصرفه قبل حكم القاضي بفك الحجر عنه عند الجمهور القائلين بأن فك الحجر عن السفية يفتقر إلى حكم القاضي، ويصح تصرفه لزوال علة الحجر وهي السفه، وصلاحه في تدبير ماله، عند القائلين بفك الحجر تلقائياً من غير حاجة لحكم القاضي.

وأرجح ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي القائلين بتوقف رفع الحجر على السفية على حكم قضائي لقوة حجتهم ووضوحها، فلا يمكن للشخص العادي تمييز حالة السفه من

1 الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع، ج 7، المرجع السابق، ص 254. ابن قدامة، المغني، ج 4، ص 421. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، ج 4، ص 484.

2 ابن قدامة، المغني، ج 4، المرجع السابق، ص 341.

3 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4، المرجع سابق، ص 484. ابن قدامة، المغني، ج 4، المرجع سابق، ص 410، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 170.

4 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، مرجع سابق، ص 170. السرخسي، المبسوط، ج 24، مرجع سابق، ص 163.

غيرها، وتقدير ما إذا كانت تصرفات الشخص تنطوي على مخالفة لمقتضى العقل والشرع، أو سوء الإدارة والتقدير، وعليه فإن الاجتهاد في كشف حالة الشخص وتقدير قيام السفه أو الغفلة من عدمهما، يحتاج إلى حكم القاضي ويخضع لتقديره.

أخذ القانون الجزائري وغيره من القوانين المقارنة برأي جمهور الفقه الإسلامي في هذه المسألة، وهي أن رفع الحجر عن السفه والمعتوه يكون بصدور حكم قضائي، وهو ما نصت عليه المادة 108 من قانون الأسرة بقولها: " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه... "، فتوقيع الحجر ابتداءً يكون بصدور حكم وجوباً، بنص المادة 103 حيث جاء فيها أنه: " يجب أن يكون الحجر بحكم... "، وبالتالي فإن رفع الحجر يكون بصدور حكم من المحكمة المختصة وجوباً أيضاً، وبناءً على ذلك يكون لها سلطة التحقيق في تصرفات المطلوب فك حجره، وتقدير مدى ملاءمة حاله لرفع الحجر عنه من عدمه.

ومن القوانين التي سلكت النهج نفسه بالاعتداد بالحجر القانوني، وأنه لما كان توقيع الحجر يفنقر إلى حكم القاضي فإن رفعه لا يكون إلا قضائياً: القانون التونسي¹، المغربي²،

1 ينص الفصل 167 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن: " الحجر الواقع بحكم لا يرفع إلا بحكم، ما عدا صورة المحجور عليه للصغر ".

2 تنص المادة 220 على أنه: " فاقد العقل والسفيه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك، ويرفع الحجر عنهم ابتداءً من تاريخ زوال هذه الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة " من مدونة الأسرة.

القانون المصري¹، القانون الكويتي²، والقانون النموذجي العربي الموحد³ والقانون اليمني⁴.

ثانياً: إجراءات رفع الحجر عن السفينة وذي الغفلة وآثاره

عند زوال أسباب الحجر، يمكن للمحجور عليه أن يطلب رفع الحجر عنه، لاستئناف حياته العادية، واسترجاع حريته في التصرف في أمواله، فيرفع الحجر عن السفينة ومن في حكمه إذا رُشد في ماله وحسن تصرفه فيه بالاختبار والتجربة. وقرر المشرع الجزائري أن رفع الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي، ويكون ذلك بنفس الإجراءات التي تقرر توقيع الحجر، رغم أنه لم يذكر ذلك صراحة في قانون الأسرة، ولم يفصل في كيفية مباشرة هذه الإجراءات محيلاً على القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة الفصل الثاني في التقديم والحجر.

فكما يوقع الحجر على من أصيب بعارض من عوارض الأهلية، من قبل المحكمة المختصة، فلا يرفع الحجر إلا بحكم منها، وتتخذ في شأن رفع الحجر قضائياً الإجراءات نفسها المتخذة ابتداءً عند توقيع الحجر، فعند زوال الأسباب الموجبة للحجر على السفينة وذي الغفلة، يمكن للمحجور عليه تقديم دعوى طلب رفع الحجر عنه، فإذا كان الأصل في الدعاوى أن ترفع من صاحب المصلحة وذي الصفة، حسب نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن

1 المادة 113 قانون مدني مصري تنص على أنه: " المجنون والمعته وذو الغفلة والسفينة تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم- وفقاً للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون "، والمادة 65 قانون ولاية على المال المصري تنص على أنه: " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقييم المحكمة على من يحجر عليه فيما لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون ".

2 تنص المادة 2/85 من القانون المدني الكويتي على أنه: " لا يقع الحجر على السفينة وذي الغفلة إلا بحكم من القاضي وتحجر المحكمة عليهما وترفع الحجر عنهما... ".

3 تنص المادة 63 منه على أنه: " يحجر على من أصيب بإحدى العوارض الواردة في الفقرة السابقة... ".

4 إذ تنص المادة 77 من القانون المدني اليمني على أنه: " لا يرفع الحجر عن السفينة إلا بحكم... ".

له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون". فإن دعوى توقيع الحجر ورفعته تتعلق بالنظام العام، والأصل أن المحكمة توقع الحجر وترفعه من تلقاء نفسها، متى وصل إلى علمها وثبت لديها بالدليل القطعي حالة المحجور عليه بسفه أو غفلة، فإذا صلح حاله وزال السبب وثبت بدليل شرعي، وعدل عن تبذير المال، وحسن تصرفه فيه، تبادر المحكمة إلى رفع الحجر عنه؛ لأن الأصل كمال الأهلية، وإطلاق حرية الأشخاص، وكل اتفاق - بالتدليس أو الاستغلال - يخالف القانون بشأنها يقع باطلاً، وهو ما تنص عليه المادة 45 من القانون المدني الجزائري: " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها"، وتتص المادة 46 منه أيضاً على أنه: " ليس لأحد التنازل عن حرمة الشخصية"، فالقضايا المتعلقة بالأهلية وحرية الأشخاص من النظام العام، وهذا يجعل النيابة العامة طرفاً أصلياً فيها، بنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، ولذا فإن لها طلب توقيع الحجر ورفعته، للحفاظ على مصالح القصر، كما أن للأقارب وكل من يهمه أمر المحجور عليه تقديم طلب رفع الحجر، فإذا قدم الطلب إلى المحكمة وجب النظر فيه، فإذا ثبت لها صلاح حال المحجور عليه وحسن تصرفه في ماله، زال سبب الحجر عنه، حكمت برفع الحجر عنه، حتى ولو عارض هو ذلك أو المقدم، كما لها أن تقضي ببقائه قيد الحجر¹.

إلا أن إجراء توقيع الحجر أو رفعه على القاصر - من قبل المحكمة من تلقاء نفسها، دون تقديم طلب من صاحب المصلحة أو من ذوي الشأن - غير معمول به في القضاء الجزائري، فأرى أن تبادر المحكمة إلى توقيع الحجر أو رفعه، متى وصل إلى علمها وثبت لديها حالة الشخص، أو تبين لها بالتحقيق والتحري والدليل، بتعيين مقدم لرعاية شؤونه وحفظ أمواله، أو بفك الحجر عنه، متى صلح حاله، وحسن تصرفه في ماله.

1 كمال حمدي، الولاية على المال، مرجع سابق، ص 181.

وافق **المشروع الجزائري** الرأي السائد في الفقه الإسلامي، الذي يرى أن رفع الحجر عن السفیه لا يكون إلا بحکم قضائي، وفي مسائل الأحوال الشخصية، فجاء الباب الثالث منه متعلقا برفع الدعوى ونظرها أمام المحكمة، وأعطى صلاحيات واسعة للنيابة العامة، في تحريك دعاوى المتعلقة بالقصر لحماية أموالهم، وهو ما نصت عليه المادة 1/36 إذ جاء فيها: " يرفع الطلب [في مسائل الحجر والولاية على المال] إلى المحكمة المختصة من النيابة العامة أو من ذوي الشأن"¹. وقد حدد المشروع المغربي أيضا من لهم حق طلب توقيع الحجر أو رفعه في المادة 221 من مدونة الأسرة إذ تنص على أنه: " يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر أو من النيابة العامة أو ممن له مصلحة في ذلك ". فجمعت المادة من لهم حق طلب توقيع الحجر ورفعه، ووسعت دائرة أصحاب الحق في رفع دعاوى المتعلقة بتوقيع الحجر ورفعه؛ فأعطت النيابة العامة حق طلب رفع الحجر، على عكس ما ذهب إليه المشروع الجزائري، إذ حدد في المادة 102 من لهم حق طلب توقيع الحجر، وفي المادة 108 المتعلقة برفع الحجر، لم يعط حق طلب رفع الحجر إلا للمحجور عليه.

وأرى أنه من الأنسب الجمع بينهما، وإعطاء حق طلب رفع الحجر إلى النيابة العامة، متى ظهر لها ذلك، باعتبارها طرفا أصليا في المسائل المتعلقة بحماية ورعاية مصالح عديمي الأهلية وناقصيها، والمتعلقة بالأحوال الشخصية بنص المادة 03 من قانون الأسرة الجزائري، ونص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي توجب على قاضي شؤون الأسرة حماية مصالح القصر والتكفل بها، ولذا أقترح أن يعطى الحق للمحكمة ممثلة في النيابة العامة أو قاضي شؤون الأسرة في توقيع الحجر ورفعه، متى وصل إلى علمها حالة المحجور عليه، أو ثبت لديها حسن تصرفه وزوال العارض الذي أوجب توقيع الحجر.

1 قانون رقم 1 لسنة 2000 م متعلق بتنظيم بعض اوضاع واجراءات التقاضى في مسائل الاحوال الشخصية المصري.

والأصل نشر الحكم برفع الحجر بعد صدوره، باتباع الإجراءات نفسها عند توقيع الحجر، حماية لمصالحه ومصالح من يتعاملون معه. وهو ما لم يذكره المشرع الجزائري، ربما لاعتباره أمرا منطقيا، تبعا لوجوب نشر الحكم بتوقيع الحجر، حسب نص المادة 106 من قانون الأسرة: " الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام ". فإذا كان نشر الحكم بالحجر واجبا؛ ليعلم الكافة بحالة الشخص المصاب بالمرض، فإن الحكم برفع الحجر عنه لزوال علته وشفائه من مرضه، يجب أن ينشر أيضا ليعلم به الناس، لاستقرار المعاملات حماية للقاصر، ولمن يتعاملون معه، وتتبع في ذلك إجراءات نشر الحكم بتوقيع الحجر.

فإذا باشر المصاب بعراض الأهلية تصرفا، حال كونه محجورا عليه، تكون تصرفاته باطلة فإذا رفع عنه الحجر، يمكنه إنشاء التصرفات دون قيد أو شرط، إلا مراعاة الجوانب القانونية لمباشرتها.

وبالتالي فإن نشر الحكم بالحجر أو رفعه وإعلامه للناس، ليصل خبر الحجر إليهم، هو إجراء مهم، خاصة في الحالات التي يصعب فيها كشف بعض العوارض التي تعتري الشخص؛ كالفه والغفلة، لتفادي التعامل مع من أصيب به. وإجراءات شهر حكم الحجر في القانون الجزائري غير واضحة وغير كافية، ويقتضي الحال أن يكون الإشهار بوسيلة إعلامية مناسبة، تضمن علم الكافة، ولم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة شهر الحكم برفع الحجر، وهذا قصور يؤخذ عليه، وكان بالإمكان الإشارة إليه ضمن المادة التي تقرر رفع الحجر.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وتقضى الحاجات، أشكره سبحانه وتعالى أن وفقني إلى بلوغ نهاية هذا البحث، وقد ظهر لي جليا سبق وارتقاء الفقه الإسلامي في أحكامه، وسموه وتميزه عن جميع ما توصل إليه الفكر القانوني الحديث، واتضح لي من خلال بحثي أن قضية حقوق القاصر وحمايتها، لا تزال مثار بحث وجدل، رغم الجهود التي بذلت، هذا نتيجة للتطورات الهائلة في عالمنا المعاصر، في مختلف جوانبها الاقتصادية والاجتماعية، والتي أفرزت عدة تغيرات وتباينات في نمط التفكير الإنساني؛ كتغليب النظرة المادية النفعية، واستغلال القصر أو إهمالهم وهضم حقوقهم، فاتجهت الجهود لمعالجة الخلل الواقع في هذه الأنظمة القانونية.

يأتي موضوع بحثي: **أحكام الحجر على القاصر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، في سياق هذه الجهود للإسهام في إيجاد حلول تحفظ أموال القصر، وهذه بعض النتائج والاقتراحات أبينها فيما يلي:

أولا : نتائج الدراسة

- 1- **شرح نظام الحجر على فاقد الأهلية وناقصيها، كمسلك هام لصيانة وحماية أموال القاصر والمصاب بعارض الأهلية وحسن إدارتها وتسييرها.**
- 2- **الحجر على فاقد الأهلية أو ناقصها، إما أن يوقع بصفة تلقائية بحكم الشرع وقوة القانون في الولاية الشرعية، بمجرد قيام أسبابه دون حاجة لصدور حكم به، وإما أن يوقع بحكم قضائي، وفيه خلاف فقهي وقانوني حول هذه المسألة، في تحديد نطاق تطبيق الحجر التلقائي والحجر القضائي، حيث يأخذ القانون الجزائري بالحجر القضائي فقط، فلا يكون الحجر على البالغ للجنون والعتة أو السفه والغفلة إلا قضائيا، ولا يكون الحجر التلقائي إلا بالولاية على الصغير وهو محل إجماع.**

3- الحجر على الكبير؛ كالحجر على الأب من قبل أولاده، لمجرد أنه تصرف في ماله، الذي جمعه بسعيه وكده، أمر خطير، من الناحية النفسية والاجتماعية، فقد يكون للأب هدف وغاية من تصرفه، تخفى على أولاده، أو أن ظرفا ما حمله على ذلك، فيكون وقع رفع دعوى الحجر عليه من قبل أولاده خطيرا، وعلى ذلك فإنه من الأنسب أن يتشدد القضاء في هذه المسألة، ليكون على يقين بأن التصرفات المالية غير متزنة، وتهدد بضياع ما يملك، وأن يمكن من الدفاع عن نفسه بكل الوسائل، والقاضي وحده الذي يوازن بين ضرر الحجر، وضرر السفه والغفلة، فيقرر ما إذا كان الشخص سفيها أو ذا غفلة أم لا.

4- الجنون حسب تقسيمات الفقه الإسلامي وبعض القوانين العربية منه المطبق والمتقطع، وأرى أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة انساق وراء ما ورد في التقنين المدني الجزائري والمصري اللذين لم يميزا بين الجنون المطبق والمتقطع، الذي تتخلله فترات إفاقة، مع أن قانون الأوقاف الجزائري أشار إلى ذلك.

5- تختلف طبيعة دعاوى الحجر على القاصر عن باقي الدعاوى المدنية، حيث أنها ليست خصومة حقيقية بالشكل المعهود، فينبغي أن يراعى فيها الطبيعة الخاصة لمثل هذه الدعاوى؛ لأنها ترد على القاصر المصاب بعارض الأهلية، كما أن طالب الحجر ليس خصما له، فغالبا ما تكون الدعوى لمصلحة القاصر.

6- يجمع الفقه الإسلامي والقوانين العربية على اعتبار الصغر من أسباب الحجر، غير أن تحديد سن التمييز محل اختلاف؛ فجمهور الفقه الإسلامي وبعض القوانين التي أخذت به ترى عدم تحديده، وترك الأمر لتقدير القضاء، أما الحنفية وبعض الحنابلة وفقهاء العصر الحديث، وأغلب التشريعات العربية ومنها الجزائري، فإنهم يحددون سنا معينة للتمييز، وهو ما أرجحه لاستقرار المعاملات المالية وضبط الأحكام، فالقانون الجزائري حدده بثلاثة عشر (13) سنة، ومن القوانين من يرفعه إلى أكثر من ذلك، ومنهم من يجعله سبع سنوات، وهو الرأي الغالب في الفقه الإسلامي.

7- أغفل المشرع الجزائري مسألة امتناع الولي أو الوصي أو القيم عن الإذن للصبي المميز بالتصرف في أمواله كلياً أو جزئياً، في حين عالجتها القوانين المقارنة، وأعطت للصبي المميز حق اللجوء إلى القضاء لطلب الإذن، وأرى أن يكون ذلك في حالة تعسف الولي، والتماس القدرة لدى الصبي المميز في التصرف بأمواله.

8- ينعقد الإجماع حول رفع الحجر الموقع بسبب الصغر بالبلوغ والرشد، والخلاف يدور حول من بلغ غير رشيد، فهل يستمر حجره تلقائياً أم أنه يحتاج إلى حكم جديد؟ حيث تعتبر القوانين أن الحجر بسبب الصغر يرتفع تلقائياً ببلوغ الصبي سن الرشد القانوني، فإذا بلغ غير رشيد، يفك حجره ويحل محله حجر جديد بأسباب جديدة، هي اختلال عقله أو سوء تصرفه.

9- إن نشر الحكم بالحجر أو رفعه وإعلامه للناس، ليصل خبر الحجر إليهم، هو إجراء مهم، خاصة في الحالات التي يصعب فيها كشف بعض العوارض التي تعترى الشخص؛ كالفه والغفلة، لتقادي التعامل مع من أصيب به.

10- إجراءات شهر حكم الحجر في القانون الجزائري غير واضحة وغير كافية، ويقضي الحال أن يكون الإشهار بوسيلة إعلامية مناسبة، تضمن علم الكافة، ولم يشر المشرع الجزائري إلى مسألة شهر الحكم برفع الحجر، وهذا قصور يؤاخذ عليه، وكان بالإمكان الإشارة إليه ضمن المادة التي تقرر رفع الحجر.

11- الحجر في القانون الجزائري لا يكون إلا قضائياً، كما أن رفع الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي، والأصل التفرقة بين الحجر على فاقد الأهلية؛ كالمجنون والمعتوه، فيكون توقيعه تلقائياً بتوفر أسبابه ورفع بزوالها، من غير حاجة لصدور حكم قضائي، وهو ما قررتة الشريعة الإسلامية، وبين الحجر على ناقص الأهلية؛ كالفه وذو الغفلة، حيث يفتر لحكم قضائي، وهو الرأي الغالب في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي.

12- إن الجنون والعتة والأمراض النفسية والعصبية لا يمكن تحديدها أو إثباتها، إلا بتقرير الطبيب المختص، المنتدب من قبل المحكمة لإجراء الخبرة الطبية، أما السفه والغفلة فلا يجب انتداب طبيب للكشف عنهما، بل يمكن تبيينهما من واقع التحقيقات التي يجريها قاضي شؤون

الأسرة أو النيابة العامة، وما يظهر من تصرفات المطلوب الحجر عليه، وما تكشف عنه المستندات.

13- للنيابة العامة في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الحق في رفع دعوى الحجر، ولكن لم يوضح القانون الإجراءات المتبعة لرفعه من طرفها، ولا الكيفية التي تعلم بها النيابة العامة بالحالات التي تستوجب الحجر. فالحجر قبل أن يكون قيديا على حرية الشخص فهو حق له، وهذا الحق إذا لم يوجد من يطالب به، فعلى النيابة العامة أن تطالب به.

14- اعتبر المشرع الجزائري في المادة 85 من قانون الأسرة تصرفات المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه، غير نافذة، وهذا مخالف لما جاء في نص المادة 107 من ذات القانون، والتي تجعل من التصرفات باطلة. واعتبر القانون المدني الجزائري تصرفات عديمي الأهلية باطلة، بنص المادة 42، فعدم نفاذ التصرف يختلف عن بطلانه، إذ أن عدم النفاذ: يعني أن التصرف الذي أبرمه الشخص ينعقد صحيحا، ولكنه يكون موقوفا إلى غاية إجازته من صاحب الحق في الإجازة، أما البطلان: فيعني أن كل تصرف يقوم به الشخص يكون باطلا كأن لم يكن، والصحيح هو البطلان في نص المادة 85 وليس عدم النفاذ، مع إخراج السفه من النص باعتباره ناقص الأهلية، وتطبق عليه أحكام الصغير المميز مع ذي الغفلة، الذي لم تشر إليه المادة 85 أيضا.

15- تزويج المجنون ومن في حكمه، مناطه الضرورة والحاجة كتوقع برئه، وتقدر الضرورة بقدرها، وهو إستثناء على الأصل وهو عدم الجواز، إلا لمصلحة ظاهرة أو ضرورة ملحة، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، فيجوز تزويج المصاب بأفة عقلية، متى اقتضى الحال ودعت الضرورة وأمنت العواقب، وكان الزواج مفيدا في علاج المصاب بالجنون أو العته أو المعوق ذهنيا وتحققت الشروط اللازمة.

ثانياً: اقتراحات الدراسة

- 1- أن يكون الحجر على فاقد الأهلية - كالمجنون والمعتوه والمعوق ذهنياً - تلقائياً بمجرد قيام أسبابه، خاصة إذا كان قبل البلوغ واستمر بعده، حماية له ولأمواله، وتخفيفاً على الأولياء من أعباء إجراءات التقاضي، وعلى المحاكم من كثرة القضايا المعروضة عليها.
- 2- تخفيف إجراءات الحجر، فيكون الحجر بأمر ولأئي من قاضي الأسرة، بعد النظر والتحقيق وسماع كل الأطراف، خاصة إذا كان طالب الحجر هو الأب أو الجد أو الأم، لتوفر الشفقة وشدة الحرص، كما في الحجر على الصغير في حالة وفاة الوالدين والجد، حيث يعين القاضي الوصي أو المقدم بأمر ولأئي بنص المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يعين القاضي المقدم بموجب أمر ولأئي بعد التأكد من رضائه".
- 3- تعديل النصوص القانونية المتعلقة بالحجر، وإجراءات توقيعه ورفع، وإلزام النيابة العامة بالقيام بمهامها القانونية تجاه فاقد الأهلية وناقصيها، وخاصة فئة المجانين والمعتوهين والمعوقين ذهنياً، ومتابعة تصرفات الولي أو الوصي أو المقدم ومحاسبتهم.
- 4- تعديل نص المادة 107 لتحديد الأشخاص المقصودين بالحجر وببطلان تصرفهم بعد الحكم بالحجر، وهما في هذه الحالة المجنون والمعتوه؛ لأن المادة جاءت عامة مطلقة تشمل كل المحاجير، والصحيح التمييز بين المجنون والمعتوه من جهة، والسفيه وذو الغفلة من جهة أخرى، باعتبار السفيه وذو الغفلة ناقصي الأهلية، وأما المجنون والمعتوه فعديمي الأهلية، فلا يصح أن يشملهما الحكم نفسه.
- 5- وضع قانون خاص ينظم أحكام الحجر والولاية على المال، وإنشاء هيئة قضائية خاصة بإدارة ومتابعة شؤون القاصرين، توكل لها مهمة النظر في التقارير السنوية المتعلقة بحركة أموال القصر، وتقوم بدور الرقابة على تصرفات الأولياء والأوصياء والمقدمين، وترصد تجاوزاتهم أو سوء تصرفهم في أموال القصر، وتكون لها صلاحية محاسبتهم.

6- وضع قانون إجرائي خاص بقضاء شؤون الأسرة، بما في ذلك نظام الحجر على القاصرين ومن في حكمهم، مراعاة للطبيعة الخاصة للقضايا المتعلقة بهم؛ بحيث لا تطبق عليهم الإجراءات نفسها التي تطبق على بقية الحالات الأخرى، وتسهيلا على القضاة في التطبيق.

7- لم يذكر قانون الأسرة حق إجازة الصبي نفسه لتصرفه المتردد بين النفع والضرر بعد رشده، وحصره في إجازة الولي فقط. أقتراح إضافته إلى نص المادة 83 من قانون الأسرة، ليصبح له حق إجازة تصرفه الذي لم يبت فيه وليه بالإجازة أو الرد .

8- أقتراح تخفيض سن التمييز من ثلاثة عشر 13 سنة إلى عشر 10 سنوات وهو حد معقول مراعاة لمتطلبات الحياة والتطورات الحاصلة فيها؛ لأن اعتبار سن التمييز فوق هذا الحد، مسألة فيها تعسف في حق الصغير، وتعني أن يحرم في هذه السن حتى من التصرفات النافعة له نفعاً محضاً، والتي لا يترتب على مباشرتها أي ضرر في حقه، أو في حق غيره.

9- أرى أن سن التمييز الذي اعتمده المشرع الجزائري، والمقدر بثلاثة عشرة سنة، متدن جدا مقارنة بباقي القوانين العربية، ويجب رفعه إلى حد معقول، وأقتراح أن تكون 16 سنة، فتكون فترة الثلاث سنوات - إلى غاية بلوغه سن الرشد القانوني - كافية للاختبار والتجربة.

10- لم يذكر قانون الأسرة ذا الغفلة في المادة 101 التي عدت الأشخاص الذين يحجر عليهم بسبب انعدام الأهلية أو نقصانها. فأقتراح إضافة ذي الغفلة لنص المادة لتصبح كما يلي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، [أو ذو غفلة،] أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

11- وجوب توحيد جزاء التصرف المتردد بين النفع والضرر بين القانونين؛ قانون الأسرة والقانون المدني حفاظا على وحدة النصوص القانونية وانسجامها.

12- أقتراح تعديل المادة 102 من قانون الأسرة، بإضافة فقرة تلزم فيها بعض فئات المجتمع؛ كالأقارب والأطباء والمؤسسات والهيئات؛ كالمستشفيات والمجالس الشعبية البلدية،

وجمعيات المجتمع المدني المتخصصة، بتبليغ النيابة العامة عن الأشخاص القصر وحالات فقد الأهلية؛ كالمجانين والمعتوهين والمعوقين ذهنياً، لتتمكن من حمايتهم.

13- الأسلوب الذي كتبت به المادة 105 فيه اضطراب وتناقض حيث أنه من جهة تنص على وجوب تمكين الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه، وهو ما دلت عليه عبارة (يجب)، ومن جهة أخرى تنص في فقرتها الثانية على جواز تعيين محام كمساعد قضائي، وهو ما تدل عليه عبارة (وللمحكمة أن تعين له مساعداً) فهذه العبارة لا تفيد الوجوب، كما أن عبارة (إذا رأت في ذلك مصلحة) توحى بأن تعيين مساعد قضائي يخضع لتقدير المحكمة، على سبيل الاختيار وليس الوجوب، وهو مخالف لمبدأ حق الدفاع المكفول قانوناً، فأقترح تعديل نص المادة بضبط العبارات لتتسجم مع هذا الحكم، وإزالة التناقض والتدقيق في المصطلحات المستعملة في التعبير عن وجوب تعيين محام لمساعدة المراد التحجير عليه. وأن تكون المادة كما يلي: "... ويجب على المحكمة أن تعين له مساعداً". وحذف عبارة (إذا رأت في ذلك مصلحة) لعدم جدواها إذا تعلق الأمر بوجوب تعيين محام في إطار المساعدة القضائية.

14- أقترح أن تكون الولاية على الترتيب الآتي: الأب ثم الأم في حالة وفاته أو حصول عارض أو مانع له يستدعي سلب ولايته، ثم الجد الصحيح، ثم الوصي ثم وصي القاضي، ويكون ذلك في مادة واحدة، فتكون الولاية الطبيعية للأب ثم للأم في حالة وفاة الأب أو إصابته بعارض من عوارض الأهلية أو حصول مانع له، وتكون للجد الصحيح في حالة وفاتهما، أو في حالة الحجر عليهما أو على أحدهما عند وفاة الثاني. وأن لا تسند الولاية للأم على أموال أولادها القصر ومن في حكمهم، إلا بعد وفاة الأب أو حصول مانع له أو فقد أهليته، عند تحقق شروط الولاية، وأن تكون ولايتها مؤقتة في حالتها حصول المانع وفقد الأهلية، فتستقل الولاية عن الحضانة.

15- ضرورة تعديل نص المادة 85 لتتسجم وتتناسب مع ما هو مقرر في المواد 42 و 43 من القانون المدني الجزائري. بإخراج السفية من حكم المادة 85، واعتبار تصرفات المجنون

والمعتوه باطلة، إذا ثبتت حالة الجنون أو العته بالخبرة الطبية، وهو ما يعني رفع دعوى، وصدور حكم يقضي بالحجر، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات كحالة الشيوخ، مع صعوبة إثباتها وإثبات العلم بها، وطول إجراءات السير في الدعوى.

16- إجراء توقيع الحجر على القاصر أو رفعه - من قبل المحكمة من تلقاء نفسها، دون تقديم طلب من ذوي الشأن - غير معمول به في القضاء الجزائري، فأرى أن تبادر المحكمة إلى توقيع الحجر أو رفعه، متى وصل إلى علمها وثبت لديها حالة القاصر أو المصاب بعارض الأهلية، أو تبين لها بالتحقيق والتحري؛ وذلك بتعيين ولي أو وصي أو مقدم لرعاية شؤونه وحفظ أمواله، أو بفك الحجر عنه، متى صلح حاله، وحسن تصرفه في ماله.

وفي النهاية أقول أنه وبالنظر للنقائص التي بينها، في المواد القانونية المنظمة للحجر والولاية على المال في قانون الأسرة، فإن أحكام الحجر على القاصر والمصاب بعارض الأهلية في القانون الجزائري بدت مضطربة وفيها قصور، بسبب توزع المواد المنظمة للحجر والولاية على المال بين قانونين - قانون الأسرة والقانون المدني - مختلفين في المرجعية، بالإضافة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإن كان المشرع قد أصاب في تنظيم بعض المسائل المتعلقة بهما، إلا أن هذا يظل غير كاف، ولا يحقق حماية أكبر لأموال القصر، لذا نأمل أن يسد المشرع هذا الفراغ ويعدل أحكام الولاية على المال.

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم برواية حفص

ثانياً : المصادر

1- كتب التفسير

- 1- ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج8، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ.
- 2- الجصاص أحمد بن علي أبو بكر الرازي الحنفي، أحكام القرآن، ج 2، المحقق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ-1994م.
- 3- السعدي عبد الرحمان بن ناصر، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مج1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، الدمام، السعودية، ط1، 1422 هـ.
- 4- السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين، الإكليل في استنباط التنزيل، تحقيق: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1401 هـ - 1981 م.
- 5- الطبري محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1422 هـ - 2001 م.
- 6- فخر الدين الرازي أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي، مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1420هـ.

- 7- الفراء أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي، معاني القرآن، ج2، تحقيق: أحمد يوسف النجاتي ومحمد علي النجار وعبد الفتاح إسماعيل الشلبي، دار المصرية للتأليف والترجمة ، مصر، ط1، د س ن.
- 8- القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط2، 1384هـ - 1964م.
- 9- محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، التحرير والتنوير، ج4، دار التونسية للنشر، تونس، 1984 هـ.

2 - كتب الحديث

- 10- ابن حجر أحمد بن علي أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ،
- 11- ابن ماجة أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، اعتنى به مشهور حسن سلمان، دار المعارف، الرياض، السعودية، ط1، د س ن.
- 12- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ج4، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت، لبنان.
- 13- الألباني محمد ناصر الدين، صحيح سنن أبي داود باختصار السند، ج1، مكتبة التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى، 1989 .
- 14- البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، صحيح البخاري، ج3، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة ، ط1، 1422هـ.
- 15- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، ج6، تحقيق: محمد عبد القادر عطار، دار الباز، مكة المكرمة، 1994.
- 16- الترمذي محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، ج1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، ط1، د س ن.

17- الدار قطني أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي، سنن الدار قطني، ج3، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 2004.

18- المباركفوري أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.

3- كتب الفقه

19- ابن القيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين، تحفة المودود بأحكام المولود، تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة دار البيان، دمشق، سوريا، ط1، 1971.

20- ابن المنذر محمد بن إبراهيم النيسابوري، الإجماع، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد دار الدعوة، الإسكندرية، مصر، ط3، 1402 هـ.

21- ابن جزى أبو القاسم محمد بن احمد بن محمد بن عبد الله الكلبى الغرناطى، القوانين الفقهية، عارض كتب الشاملة، موافق للمطبوع.

22- ابن حجر العسقلاني، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، شرح محمد بن صالح العثيمين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.

23- ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى بالآثار، ج9، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون طبعة ودون تاريخ.

24- ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2003.

25- ابن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج5، ط1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2002.

26- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج6، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1412 هـ - 1992 م.

- 27- ابن قدامه أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998.
- 28- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 07، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، سنة 1997.
- 29- اطفيش محمد بن يوسف بن عيسى، النيل وشفاء العليل، ج5، مكتبة الارشاد، جدة، السعودية، ط3، 1985.
- 30- أفندي عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة ودون تاريخ.
- 31- الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج6، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، ط1، 1332هـ
- 32- البعلي علي بن عباس الحنبلي أبي الحسن علاء الدين، القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، 1956.
- 33- البلخي أبو معشر جعفر بن محمد بن عمر، الفتاوى الهندية، ج6، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1310هـ.
- 34- البهوتي منصور بن إدريس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، تحقيق هلال هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
- 35- الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424 هـ - 2003 م.
- 36- الحطاب شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، ط1، 1412هـ - 1992.
- 37- الخرشي أبو محمد عبد الله، شرح مختصر خليل، ج5، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
- 38- الدردير أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الشرح الكبير لمختصر خليل، ج 3، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.

- 39- الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج4، تخريج محمد عبد الله الشاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1996.
- 40- الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ/1984م.
- 41- الزركشي شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي، شرح الزركشي، ج4، دار العبيكان للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1413 هـ - 1993 م.
- 42- الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج5، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، مصر، ط1، 1313 هـ.
- 43- السبكي تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، ج2، دار المعارف، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
- 44- السرخسي شمس الدين أبو بكر بن أبي سهل، المبسوط، ج4، تحقيق الميس خليل محي الدين، دار الفكر، بيروت، سنة 2000.
- 45- السنيكي زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري زين الدين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، دون طبعة، ودون تاريخ.
- 46- السيوطي جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1990.
- 47- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي، الأم، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دون طبعة، 1410هـ/1990م.
- 48- الشربيني شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.

- 49- الشقصي خميس بن سعيد بن علي العماني، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ج17، تحقيق سالم بن حمد بن سليمان الحارثي، وزارة التراث والثقافة العمانية، مسقط، عمان، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
- 50- الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني، فتح القدير، دار الكلم الطيب، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ
- 51- الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج5، دون رقم الطبعة، تحقيق واصل نصر فريد، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر.
- 52- الشيرازي أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج1، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.
- 53- الطحاوي أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري، شرح معاني الآثار، ج4، تحقيق: محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: يوسف عبد الرحمن المرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، ط1، 1414 هـ، 1994م، ص353.
- 54- علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، ج3، مطبعة الأستانة، القاهرة، مصر، د ط، 1980.
- 55- الغرياني، الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2002.
- 56- الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق معوض على وعبد الموجود عادل، دار الكتب العلمية، ط2، 1997.
- 57- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر.
- 58- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، مصر، د ط، دون سنة النشر.
- 59- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج6، تحقيق: الشيخ

علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419 هـ - 1999 م.

60- المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، دون تاريخ، ص343.

61- المواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1416هـ-1994م.

62- النجدي عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ج5، دون ناشر، ط1، 1397 هـ.

63- النووي أبو زكريا محي الدين شرف، المجموع، ج13، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، د س ن.

64- النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1412 هـ / 1991 م.

ثالثا : المراجع

65- إبراهيم محمد الشرفي، شرح قانون الرافعات المدنية والتجارية، دار الآفاق للطباعة والنشر، صنعاء، اليمن، ط1، 1994.

66- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، دون سنة النشر.

67- أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، د س ن.

68- أبو زهرة محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، دون رقم الطبعة، دون سنة الطبع.

- 69- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها وأحكام التصرف عن الغير، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، د ط، 2016.
- 70- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، دار حنين النشر والتوزيع عمان، الأردن، د ط، 2010.
- 71- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بقلم ابنه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2012.
- 72- أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج2، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، د ط، د س ن.
- 73- أحمد فوزي أبو عقيلين، عوارض الأهلية، دراسة موازنة في القانون الفلسطيني والمصري، السلطة الوطنية الفلسطينية، النيابة العامة، سنة 2012 م.
- 74- أحمد محمد أحمد أبو طه، عوارض الأهلية وأثرها على العلاقة الزوجية دراسة تأصيلية من منظور الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 75- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية فقه الأحوال الشخصية المقارن، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 76- أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أمام محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية ومطابع شتات، المجلة الكبرى، القاهرة، مصر، 2009.
- 77- أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة ودورها على محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.
- 78- أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية على المال في الفقه المالكي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، د ط، 2006.
- 79- الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفائس، عمان، الأردن، سنة 1997.
- 80- إقروفة زبيدة، الإنابة في أحكام النيابة، دار الأمل، الجزائر، 2014.
- 81- أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط1، 1987.

- 82- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال من بين المذاهب الأربعة والذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
- 83- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، دار بغداد للطباعة والنشر، 2009.
- 84- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2010.
- 85- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 86- بن ملحّة الغوثي، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2009.
- 87- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مكتبة مكابي، القاهرة، مصر، دون رقم الطبعة، 1975.
- 88- جابر بن علي الجوسني، مال القاصر ومن في حكمه في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون، دار المحجة للنشر والتوزيع، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2008.
- 89- جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1972.
- 90- جهاد محمود الأشقر، نكاح المعاق ذهنيا في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 91- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ.
- 92- الحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقي في الأحوال الشخصية، ج1، ط1، دار هومة، الجزائر، ط1، 2006.
- 93- حسن كبيرة، المدخل في القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 1990.

- 94- حسين النوري، عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1954.
- 95- خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، مصر، دون رقم الطبعة، 2003.
- 96- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الولاد، في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 97- الزرقا مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ج2، دار القلم، دمشق، سوريا، ط3، 2012.
- 98- زكي حسين زيدان، الإعسار والإفلاس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الكتاب القانوني، طنطا، مصر، ط1، 2009.
- 99- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام الأسرة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، سنة 2000.
- 100- زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1987.
- 101- سالم بن حميد بن محمد الصوافي، الولاية على مال القاصر مقارنة بقانون الأحوال الشخصية العماني والفقه، مركز الغندور، القاهرة، مصر، 2009.
- 102- السباعي مصطفى والصابوني عبد الرحمان، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1978.
- 103- السبك صبري مصطفى حسن، الأهلية التجارية دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2011.
- 104- سعاد إبراهيم صالح، أحكام تصرفات السفه في الشريعة الإسلامية، دار تهامة للنشر، السعودية، ط1، 1984.
- 105- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3، دون سنة النشر.

- 106- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر.
- 107- السنهوري عبد الرزاق أحمد، نظرية العقد، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط1، 1934.
- 108- الشافعي محمد، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب، 2009.
- 109- شتوان بلقاسم، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 110- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977.
- 111- صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط7، 1981.
- 112- طلبة أنور، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية خلال خمسين عاما 1931 حتى 1981 الدائرة المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، الجزء الخامس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1984.
- 113- عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون المرافعات المصري، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 114- عبد الحميد محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 115- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، الطلاق وآثاره، كلية الشريعة، جامعة حلب، دون رقم الطبعة، دون سنة نشر.
- 116- عبد العزيز بن محمد الصغير، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2016م.
- 117- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، دار الكاتب العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.

- 118- عبد الكريم الطالب، الوجيز في المبادئ الأساسية للقانون والحق، مكتبة المعرفة للنشر والتوزيع، ط 1، 2005.
- 119- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج2، ط 2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، 1967 م.
- 120- عبد المنعم البدرأوى، النظرية العامة في الالتزامات في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، د ط، دون دار نشر، 1980.
- 121- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 1978.
- 122- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- 123- عبد الوهاب بوضرسة، الشروط العامة والخاصة لقبول دعوى بين النظري والتطبيقي، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 124- عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.
- 125- علم الدين محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- 126- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د ط، 2008.
- 127- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، د ط، 2003.
- 128- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1992.
- 129- العيادي سامي، الولاية على المال، ط1، دار محمد علي للنشر، صفاقس، تونس، 2006.
- 130- قزامل سيف رجب، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

- 131- كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 132- كمال صالح البنا، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982.
- 133- كيره حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط5، دون سنة الطبع.
- 134- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 135- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الطاهر الميساوي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، عمان، 2001.
- 136- محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، منشورات مكتبة اقرأ، قسنطينة، الجزائر، ط2، 2011.
- 137- محمد بن حسن الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 138- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج2، مطبعة الشعب، القاهرة، مصر، ط1، 1321هـ - 1903م.
- 139- محمد سعيد جعفر وأسعد فاطمة، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط3، 2009.
- 140- محمد سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دون رقم الطبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 141- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ط2، 1996.
- 142- محمد عبد الرحيم، القرابة والميراث في المجتمع، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، د ط، 1993.

- 143- محمد عبد القادر أبو فارس، الأحوال الشخصية الأهلية، الولاية الوصاية الوصية الإرث، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، د ط، د س ن.
- 144- محمد كسحال المجاجي، المهذب من الفقه المالكي وأدلته، دار القلم دمشق، سوريا، د ط، 2010.
- 145- محمد كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2003.
- 146- محمد ماجد عتر وأحمد الحجى الكردي، المفصل في الفقه الحنفي الأموال والمعاملات المالية، وفق معطيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، مكتبة دار المستقبل، حلب، سوريا، ط1، 2005.
- 147- محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.
- 148- محمد مصطفى شحاته الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية، الوصية، الوقف، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، د ط، 1976.
- 149- منير محمد أحمد الصلوي، نظام الحجر على فاقد الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، ط1، 2003.
- 150- نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية التاجر المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 151- نبيل صقر وقمراوي عز الدين، قانون الأسرة نسا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 152- النمي محمد بن عبد العزيز، الولاية على المال، مطبعة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2012.
- 153- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1، 1986.
- 154- وهبة الزحيلي، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والأردني، دار الفكر، د ط، دون سنة النشر.
- 155- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج6، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، ط4، 1997.

رابعاً : المقالات والرسائل الجامعية

- 156- إبراهيم عنتر، السفه في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، السنة 1، العدد 2.
- 157- أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على مجال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، عدد 1، 2009.
- 158- بوكرزاة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2014.
- 159- حمليل صالح وصديقي لخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28، سنة 2014.
- 160- عبد الله محمد رابعة، أحكام انتهاء الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية العربية، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون المجلد 36، العدد 02 ، 1009.
- 161- علي عبد الله العون وعبد الله الكيلاني، السياسة الشرعية في رعاية أموال القاصرين ومن في حكمهم، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، العدد 2، د ط، 2016.
- 162- عمر زودة ، مقال حول طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من الأمر 02 /05 المتضمن قانون الأسرة، منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، 2005 عدد 02 .
- 163- عيسى أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على مجال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، عدد 1، 2009.
- 164- فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014/2015.

- 165- قديري محمد توفيق، حماية الذمة المالية للقاصر في القانون الجزائري، مجلة الفكر، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 166- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق بن عكنون، العدد 3، سنة 2012.
- 167- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1982.

خامسا : النصوص القانونية

- 168- جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم - 323 ج 24 - 2002/3/4م.
- 169- جامعة الدول العربية، الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب، وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، اعتمد بالقرار رقم 105/6، بتاريخ 1988/04/04م.
- 170- الجمهورية التونسية، وزارة العدل وحقوق الإنسان، مجلة الالتزامات والعقود، الصادرة بالقانون 05/87 المؤرخ في 15 أوت 2005، الرائد الرسمي عدد 68.
- 171- الجمهورية التونسية، أمر مؤرخ في 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، نقح بالقانون عدد 74، لسنة 1993، المؤرخ في 12 جويلية 1993، الرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1956.
- 172- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المعدل بالقانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، دار بلقيس للنشر، الدر البيضاء، الجزائر.
- 173- قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 26، لسنة 2010.
- 174- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم 28، لسنة 2005.

- 175- قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59، في 10 سبتمبر 1953، المعدل بالقانون رقم 34، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975.
- 176- قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188، لسنة 1959.
- 177- قانون الأحوال الشخصية العماني، رقم 32، لسنة 1997.
- 178- قانون الأحوال الشخصية اليمني، رقم 20، لسنة 1992.
- 179- قانون الأسرة الجزائري، رقم 11/84، المؤرخ في 9 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر 02 / 05، المؤرخ في 27 فبراير 2005م، منشورات دار الأستاذ، ط1، باب الوادي، الجزائر، 2006م.
- 180- القانون التجاري الجزائري الصادر بالأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون رقم 02 / 05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 .
- 181- قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم .
- 182- القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل بالقانون رقم 05/ 07 المؤرخ في 13 مايو 2007، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، ص 11.
- 183- قانون رقم 40 لعام 2004 ، بشأن الولاية على أموال القاصرين القطري، مطبوعات هيئة شؤون القاصرين.
- 184- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22.
- 185- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون، العدد 26، أبريل 2006.
- 186- مرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952، بشأن أحكام الولاية على المال المصري، الصادر بتاريخ 1952/07/30.

187- المملكة المغربية ظهير شريف رقم 01 /04 /22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 07/03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184، الصادرة في 5 فبراير 2004.

سادسا : القرارات القضائية

188- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، قرارات المحكمة العليا، ج1، منشورات كلبيك، المحمدية، الجزائر، ط1، 2013.

189- المحكمة العليا، المجلة القضائية، ملف رقم 577743، قرار بتاريخ 2010/10/14، العدد 2، ص25.

190- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 2، 2003، ص28.

191- المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2005، ص234.

192- المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2005، ص331.

193- مجموعة أحكام النقض المدني المصري، في 28 ماي 1970، لسنة 21، رقم 147، ص 920.

194- مجموعة أحكام النقض المدني المصري، في 20 أبريل 1971، لسنة 22، رقم 78، ص 506.

195- المحكمة العليا، بتاريخ 19/12/1988، ملف رقم 51282، المجلة القضائية، العدد2، 1991.

196- المحكمة العليا، المجلة القضائية، بتاريخ 05/02/1990، ملف رقم 58220، العدد3، 1993.

197- المحكمة العليا، بتاريخ 14/01/2009، ملف رقم 476515، مجلة المحكمة العليا، العدد1، 2009، ص267.

198- المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2005، ص234.

199- المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2005، ص234.

- 200- المحكمة العليا، ملف رقم 139123، قرار بتاريخ 1996/7/9، المجلة القضائية، العدد 2، سنة 1996، ص(80-82).
- 201- نقض مدني مصري، بتاريخ: 1967/05/18، السنة 18، ص 501
- 202- نقض مدني مصري، بتاريخ: 1964 /01 /23، طعن رقم 190، السنة 29، ص15، 16، 17.
- 203- نقض مدني مصري، بتاريخ: 1964 /01 /23، طعن رقم 190، السنة 29.
- 204- نقض مدني مصري، في 20 أبريل 1971، السنة 22، رقم 78.
- 205- نقض مدني مصري، بتاريخ: 1957/06/20، السنة 8، رقم 69، ص 619.
- 206- مجموعة أحكام النقض المدني المصري، بتاريخ: 1957 /05 /14، السنة 26، ص 1002.

سابعا : المعاجم

- 207- إبراهيم مصطفى وغيره، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د ط، دون سنة النشر.
- 208- ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3، 1414 هـ.
- 209- أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1429 هـ - 2008 م.
- 210- أنيس إبراهيم، المعجم الوسيط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، دون سنة النشر.
- 211- الجرجاني علي بن محمد بن علي، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1405 هـ.
- 212- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة البيان، بيروت، لبنان، د ط، 1989.

- 213- الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ساحة رياض الصلح، بيروت، لبنان، د ط، 1989.
- 214- عبد الغني أبو العزم، معجم الغني، موقع معاجم صخر، دون رقم الطبعة، دون سنة النشر.
- 215- الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، دار الجيل بيروت، لبنان، د ط، دون سنة النشر.
- 216- قلعجي محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1988.
- 217- المقرئ أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د ط، د س ن.
- 218- المناوي زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط1، 1990.

الفهرس

الصفحة	المحتويات
01	مقدمة
10	الباب الأول: الحجر على القاصر والولاية على أمواله
11	الفصل الأول: الحجر على القاصر وإجراءات توقيعه
12	المبحث الأول: مفهوم الحجر وأسباب توقيعه
12	المطلب الأول: التعريف بالحجر ودليل مشروعيته
13	الفرع الأول: التعريف بالحجر لغة واصطلاحاً
13	أولاً: التعريف بالحجر في اللغة
14	ثانياً: التعريف بالحجر في الاصطلاح
18	الفرع الثاني: مشروعية الحجر والحكمة من تشريعه
18	أولاً: مشروعية الحجر على القاصر
21	ثانياً: الحكمة من تشريع الحجر على القاصر
22	المطلب الثاني: أسباب الحجر على القاصر وأنواعه
22	الفرع الأول: أسباب الحجر على القاصر
23	أولاً: أسباب الحجر المتفق عليها
45	ثانياً: أسباب الحجر المختلف فيها
59	الفرع الثاني: أنواع الحجر على القاصر
59	أولاً: الحجر التلقائي على فاقد الأهلية
65	ثانياً: الحجر القضائي على ناقص الأهلية
70	المبحث الثاني: توقيع الحجر على القاصر
71	المطلب الأول: إجراءات سير دعوى الحجر على القاصر

71 الفرع الأول: الأشخاص المخولون رفع دعوى الحجر
71 أولاً: الأقارب
73 ثانياً: صاحب المصلحة
75 ثالثاً: النيابة العامة
81 الفرع الثاني: المحكمة المختصة ومراحل سير دعوى الحجر
81 أولاً: المحكمة المختصة بنظر دعوى الحجر
83 ثانياً: مراحل سير دعوى الحجر
86 المطلب الثاني: دور القضاء في دعوى الحجر
87 الفرع الأول: تمكين المحجور عليه من الدفاع
90 الفرع الثاني: اللجوء الى الخبرة الطبية والتحقيق
91 أولاً: حالة انعدام الأهلية للجنون والعتة
95 ثانياً: حالة نقصان الأهلية للسفه والغفلة
97 الفرع الثالث: إشهار حكم الحجر
102 الفصل الثاني: الولاية على القاصر والمحجور عليه
103 المبحث الأول: تعريف الولاية وأقسامها وشروطها
104 المطلب الأول: تعريف الولاية وأقسامها
104 الفرع الأول: تعريف الولاية
104 أولاً: الولاية لغة
105 ثانياً: الولاية في الاصطلاح الشرعي
106 ثالثاً: الولاية في الاصطلاح القانوني
106 الفرع الثاني: أقسام الولاية
107 أولاً: أقسام الولاية من حيث موضوعها
107 ثانياً: أقسام الولاية من حيث مصدرها

108	ثالثا: أقسام الولاية من حيث تأثيرها ومداهها.....
108	رابعا: أقسام الولاية من حيث العموم والخصوص
109	الفرع الثالث: شروط الولاية وترتيب الأولياء
109	أولا: شروط الولي
115	ثانيا: الأولياء على القاصر ومن في حكمه وترتيب الولاية
131	المطلب الثاني: وقف الولاية على القاصر والمحجور عليه وانتهائها.....
131	الفرع الأول: وقف الولاية على القاصر والمحجور عليه
132	أولا: وقف الولاية لتعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر.....
132	ثانيا: وقف الولاية لغياب الولي أو الحكم عليه غيابيا.....
136	الفرع الثاني: انتهاء الولاية على القاصر والمحجور عليه
136	أولا: انتهاء الولاية بحكم القانون
143	ثانيا: انتهاء الولاية بحكم القضاء
145	المبحث الثاني: سلطة الولي وتصرفاته في الحجر المالي
145	المطلب الأول: تصرف الولي في عقود التبرعات والمنافع
145	الفرع الأول: تصرف الولي في عقود التبرعات
146	أولا: الهبة من مال المحجور عليه
148	ثانيا: الوصية من مال المحجور عليه
150	ثالثا: الوقف من مال المحجور عليه
150	الفرع الثاني: تصرف الولي في عقود المنافع
151	أولا: إقراض مال المحجور عليه وإعارته
156	ثانيا: الإقرار والإبراء من مال المحجور عليه
160	المطلب الثاني: تصرف الولي في عقود المعاوضات
161	الفرع الأول: التصرف في عقار المحجور عليه

164 الفرع الثاني: استثمار أموال المحجور عليه
167 الباب الثاني: أحكام الحجر ورفعها في تصرفات القاصر
167 الفصل الأول: أحكام الحجر في تصرفات القاصر
168 المبحث الأول: أثر الإذن في تصرفات الصغير
168 المطلب الأول: حكم تصرفات الصغير
169 الفرع الأول: حكم تصرفات الصغير غير المميز
174 الفرع الثاني: أثر الحجر في تصرفات الصغير المميز
174 أولاً: أثر الحجر في التصرفات الضارة
178 ثانياً: أثر الحجر في التصرفات النافعة
180 ثالثاً: أثر الحجر في التصرفات المترددة بين النفع والضرر
188 المطلب الثاني: أثر إذن الولي في تصرفات القاصر المميز
189 الفرع الأول: أثر إذن الولي في تصرف الصغير المميز قانوناً
196 الفرع الثاني: أثر إذن الولي في تصرف الصغير المميز فقهاً
202 المبحث الثاني: أحكام تصرفات المصاب بعارض الأهلية
202 المطلب الأول: أحكام تصرفات المجنون والمعتوه
212 الفرع الأول: حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل قرار الحجر
212 الفرع الثاني: حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد قرار الحجر
215 الفرع الثالث: حكم زواج فاقد الأهلية
215 أولاً: زواج المجنون ومن في حكمه
221 ثانياً: طلاق المجنون ومن في حكمه
223 المطلب الثاني: حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة
224 الفرع الأول: حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة قبل الحجر

226 أولاً: استغلال حالة السفه أو الغفلة
227 ثانياً: التواطؤ مع السفه أو ذي الغفلة
229 الفرع الثاني: حكم تصرفات السفه وذي الغفلة بعد الحجر
230 أولاً: حكم التصرفات النافعة للسفه وذي الغفلة
230 ثانياً: حكم التصرفات الضارة للسفه وذي الغفلة
233 ثالثاً: حكم التصرفات المترددة بين النفع والضرر
235 الفرع الثالث: أثر الحجر على السفه وذي الغفلة في أحوالهما الشخصية
243 الفصل الثاني: رفع الحجر عن القاصر
244 المبحث الأول: أحكام الرفع الجزئي للحجر عن القاصر
244 المطلب الأول: الإذن للقاصر المميز في التصرف المالي وحالاته وشروطه ...
245 الفرع الأول: تعريف الإذن ومشروعيته
245 أولاً: تعريف الإذن
247 ثانياً: مشروعية الإذن للقاصر المميز
248 الفرع الثاني: حالات الإذن للقاصر المميز
248 أولاً: الإذن للقاصر المميز بالإدارة
253 ثانياً: الإذن للقاصر المميز بالتجارة
257 ثالثاً: وقت الإذن لاختبار القاصر المميز
261 الفرع الثالث: شروط الإذن للقاصر المميز
261 أولاً: أن يكون المأذون له مميزاً
262 ثانياً: صدور الإذن من الولي الشرعي
265 ثالثاً: أن يكون المأذون فيه من عقود المعاوضات
266 رابعاً: إشهار الإذن وسحبه

267	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الإذن للقاصر المميز
268	الفرع الأول: الأهلية المكتسبة بالإذن
272	الفرع الثاني: تقديم المأذون حسابا سنويا
274	المبحث الثاني: حكم الرفع الكلي للحجر عن القاصر وآثاره
275	المطلب الأول: أحكام رفع الحجر عن القاصر
275	الفرع الأول: نهاية طور الصغر
281	الفرع الثاني: رفع الحجر بالبلوغ والرشد
281	أولا: كيفية رفع الحجر عن البالغ سن الرشد
283	ثانيا: آثار رفع الحجر عن البالغ الرشيد
286	المطلب الثاني: أحكام رفع الحجر عن المصاب بعارض الأهلية
287	الفرع الأول: أحكام عن المجنون والمعتوه وآثاره
287	أولا: رفع الحجر عن المجنون والمعتوه
292	ثانيا: آثار رفع الحجر عن المجنون والمعتوه
294	الفرع الثاني: أحكام رفع الحجر عن السفه وذو الغفلة وآثاره
295	أولا: رفع الحجر الموقع بسبب السفه أو الغفلة
298	ثانيا: إجراءات رفع الحجر عن السفه وذو الغفلة وآثاره
302	خاتمة
310	المصادر والمراجع
330	الفهرس

الملخص:

نظام الحجر على القاصر ومن في حكمه، من أقوى أساليب حفظ المال، وأصله منع المالك من التصرف في ماله، لا لوضع قيود على حريته أو امتهان كرامته، وإنما تقرر الحجر لحفظ أمواله وصيانتها.

وقد قسمت موضوع البحث إلى بابين تناولت في الأول: الحجر على القاصر والولاية على أمواله، سلطت الضوء في فصله الأول على مفهوم الحجر على القاصر وطرق توقيعه. أما فصله الثاني فخصصته لمسألة الولاية المالية على المحجور عليه.

وجاء الباب الثاني بعنوان: أثر الحجر ورفع في تصرفات المحجور عليه، والذي اشتمل على فصلين، تناولت في الأول منه أثر الحجر والإذن في تصرفات المحجور عليه. وتناولت في الثاني كيفية رفع الحجر عن القاصر والآثار المترتبة عنه. وختمت الدراسة بالآفاق النظرية والتطبيقية للبحث، والاستنتاجات والاقتراحات.

Résumé :

Le régime de l'interdiction sur le mineur et de ceux qui sont à sa disposition, c'est l'un des plus forts moyens servant à protéger l'argent du propriétaire mineur, il n'était jamais choisi pour restreindre la liberté des personnes de disposer de leurs biens, ni de leur dignité, mais pour éviter les conflits et les abus, et réaliser justice.

Cette étude est divisée en deux chapitres, dont le premier traite de l'interdiction et de la tutelle sur les biens du mineur. Dans la première section. La deuxième section est consacrée à la tutelle sur les biens de la personne mise en interdiction.

Le deuxième chapitre, intitulé: L'influence de la tutelle sur l'attitude du mineur, qui comprend deux sections traitant dans la première l'effet de l'interdiction et de la permission des actions des mineurs. La deuxième section traite de la façon de retirer l'interdiction sur le mineur et de ses conséquences. L'étude s'est terminée par des perspectives théoriques et appliquées de la recherche, des résultats et des suggestions.