

جامعة البليدة 2 لوئيسي علي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون : الخاص

الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

﴿ أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث - ل.م.د ﴾

تخصص : الأحوال الشخصية

تحت إشراف الدكتور الأستاذ :

خليل عمرو

من إعداد الطالب :

بويندير عبد الجليل

السنة الجامعية : 2021 - 2022

جامعة البليدة 2 لوئيسي علي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون : الخاص

الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

﴿ أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث - ل.م.د ﴾

تخصص : الأحوال الشخصية

تحت إشراف الدكتور الأستاذ :

خليل عمرو

من إعداد الطالب :

بويندير عبد الجليل

أمام اللجنة المشكلة من :

رئيسا	جامعة البليدة 2 - لوئيسي علي	أستاذ التعليم العالي	أ.د / سرير ميلود
مشرفا ومقررا	جامعة البليدة 2 - لوئيسي علي	أستاذ التعليم العالي	أ.د / خليل عمرو
عضوا مناقشا	جامعة البليدة 2 - لوئيسي علي	أستاذة محاضرة (أ)	د / بن شويخ سارة
عضوا مناقشا	جامعة منتوري قسنطينة 1	أستاذ محاضر (أ)	د / بوكريزاة أحمد
عضوا مناقشا	جامعة أم البواقي	أستاذ محاضر (أ)	د / حمزة وهاب
عضوا مناقشا	جامعة خميس مليانة	أستاذ محاضر (أ)	د / طحطاح علال

السنة الجامعية : 2021 - 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿الَّذِي خَلَقَنِي فَهُوَ يَهْدِينِ﴾ 78 ﴿وَالَّذِي هُوَ يُطْعِمُنِي وَيَسْقِينِ﴾ 79 ﴿وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ﴾ 80 ﴿وَالَّذِي يُمَيِّتُنِي ثُمَّ يُحْيِينِ﴾ 81 ﴿وَالَّذِي أَطْمَعُ أَنْ يَغْفِرَ لِي خَطِيئَتِي يَوْمَ الدِّينِ﴾ 82 ﴿رَبِّ هَبْ لِي حُكْمًا وَأَلْحِقْنِي بِالصَّالِحِينَ﴾ 83 ﴿وَاجْعَلْ لِي لِسَانَ صِدْقٍ فِي الْآخِرِينَ﴾ 84 ﴿وَاجْعَلْنِي مِنْ وَرَثَةِ جَنَّةِ النَّعِيمِ﴾ 85 ﴿وَاعْفِرْ لَأَيِّ آتَةٍ كَانَتْ مِنَ الضَّالِّينَ﴾ 86 ﴿وَلَا تُخْزِنِي يَوْمَ يُبْعَثُونَ﴾ 87 ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ﴾ 88 ﴿إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ﴾ 89 ﴿وَأُنْزِلَتْ الْجَنَّةُ لِلْمُتَّقِينَ﴾ 90 ﴿وَبُرِّرَّتِ الْجَحِيمُ لِلْغَاوِينَ﴾ 91 .

بِسْمِ اللَّهِ
الرَّحْمَنِ
الرَّحِيمِ

سورة الشعراء

وعن القاضي الفاضل عبدالرحيم بن علي البيساني العسقلاني في رسالة لعماد الأصفهاني أنه قال :

إِنِّي رَأَيْتُ أَنَّهُ لَا يَكُتَبُ إِنْسَانٌ كِتَابًا فِي يَوْمِهِ إِلَّا قَالَ
فِي غَدِهِ، لَوْ غُيِّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ وَلَوْ زِيدَ لَكَانَ
يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تُرِكَ
لَكَانَ أَجْمَلُ، وَهَذَا مِنْ أَعْظَمِ الْعِبَرِ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى
اسْتِيْلَاءِ النَّقْصِ عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ.

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ
الفاضل الدكتور عمرو خليل ، الذي كان
أحرص مني على إنجاز هذا العمل
والذي منحني ثقته، ولم يبخل عليّ
بنصائحه وتوجيهاته القيمة.

فأدأمه الله ذخرا لهذا الوطن الغالي .

بوندیر عبد الجلیل

شكر وتقدير

إلى الأساتذة الذين سألنا شرف
مناقشتهم لهذا العمل المتواضع الذين قبلوا
تحمل عبء مراجعته وتصويب أفكاره وأخطائه
بما يرونه ملائماً ومناسباً وهم على
التوالي :

الدكتور سرير ميلود
الدكتورة بن شويخ سارة
الدكتور بوكرزازة أحمد
الدكتور حمزة وهاب
الدكتور طحطاح علال

بويندير عبد الجليل

الملخص باللغة العربية

ينظم الحجر القضائي في القانون الجزائري كل من القانون المدني وقانون الأسرة، ويعبر عن الحجر بالمنع الذي يبطال تصرفات الشخص المالية، إذا ما قام به عارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، ينقص أهلية أدائه أو تعدمها وقد تضمن القانون المدني تعدادا لعوارض الأهلية على سبيل الحصر وهي: الجنون والعتة والسفه والغفلة، ولم يدرج قانون الأسرة عارض الغفلة ضمن عوارض الأهلية، والذي يعتبره فقهاء الشريعة الإسلامية صورة لعارض السفه، مما يثير إشكالا أي القانونيين أولى بالتطبيق، وقد درج فقهاء القانون على تسمية الحجر بالمعنى السابق بالحجر القضائي تمييز له عن الحجر القانوني الذي يوقع على الجاني في جناية كعقوبة تكميلية بمناسبة تنفيذ العقوبة الأصلية.

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي فقهاء القانون بوجوب توقيع الحجر ورفعته بحكم قضائي أيا كان سبب توقيعه، وعلى خلاف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية خاصة بالنسبة للمجنون الذي لا يستوجب حكم الحاكم لتوقيع الحجر عليه.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	الملخص باللغة العربية
	فهرس المحتويات
5	مُكْتَمَت
	الباب الأول
10	مفهوم الحجر القضائي وأسبابه
10	الفصل الأول : مفهوم الحجر القضائي ومشروعيته
11	المبحث الأول : مفهوم الحجر القضائي وتمييزه عن الحجر القانوني
11	المطلب الأول : مفهوم الحجر القضائي
11	أولا : المفهوم اللغوي للحجر القضائي
17	ثانيا : المفهوم الإصطلاحي للحجر القضائي
27	المطلب الثاني : تمييز الحجر القضائي عن الحجر غير القضائي
28	أولا : أحكام الأهلية
43	ثانيا : التمييز بين الحجر القضائي والحجر القانوني
48	
48	المبحث الثاني : مشروعية الحجر القضائي والحكمة منه
48	المطلب الأول : مشروعية الحجر القضائي
48	أولا : الكتاب
50	ثانيا : السنة النبوية
54	ثالثا : الإجماع
59	المطلب الثاني : الحكمة من تشريع الحجر القضائي

الصفحة

العنوان

62	الفصل الثاني : أسباب الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
62	المبحث الأول : أسباب الحجر القضائي في الفقه الإسلامي
63	المطلب الأول : أسباب الحجر القضائي المتفق عليها
63	أولا : الصبا (الصغير)
70	ثانيا : الجنون
73	ثالثا : العته
75	رابعا : الرق
77	المطلب الثاني : أسباب الحجر المختلف فيها
77	أولا : أسباب الحجر المختلف فيها وجهة المؤكدين أقوى
96	ثانيا : أسباب الحجر المختلفة فيها وجهة النافين أقوى
101	المبحث الثاني : أسباب الحجر القضائي في القانون الجزائري
102	المطلب الأول : الحجر القضائي لجنون أو عته
102	أولا : الجنون
105	ثانيا : العته
110	المطلب الثاني : الحجر القضائي لسفه أو غفلة
110	أولا : السفه
115	ثانيا : الغفلة

الباب الثاني

121	توقيع الحجر القضائي ورفع و آثاره
-----	----------------------------------

122	الفصل الأول : توقيع الحجر القضائي ورفع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
122	المبحث الأول : توقيع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
123	المطلب الأول : توقيع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي

الصفحة

العنوان

123	أولا : حكم توقيع الحجر القضائي على المجنون والمعتوه
127	ثانيا : حكم توقيع الحجر القضائي على السفیه وذی الغفلة
134	المطلب الثاني : توقيع الحجر القضائي في القانون الجزائري
141	المبحث الثاني : رفع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
141	المطلب الأول : رفع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي
142	أولا : رفع الحجر القضائي عن المجنون والمعتوه
147	ثانيا : رفع الحجر القضائي عن السفیه وذی الغفلة
154	المطلب الثاني : رفع الحجر القضائي في القانون الجزائري
158	الفصل الثاني : آثار الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
159	المبحث الأول : النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
160	المطلب الأول : النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي
160	أولا : متولي النيابة الشرعية
168	ثانيا : سلطات متولي النيابة الشرعية
183	المطلب الثاني : النيابة الشرعية في القانون الجزائري
183	أولا : متولي النيابة الشرعية
196	ثانيا : سلطات متولي النيابة الشرعية
208	المبحث الثاني : حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
208	المطلب الأول : حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه الإسلامي
208	أولا : حكم تصرفات المجنون والمعتوه
212	ثانيا : حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة
220	المطلب الثاني : حكم تصرفات المحجور عليه في القانون الجزائري
221	أولا : حكم تصرفات المجنون والمعتوه
229	ثانيا : حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة
241	الخاتمة
245	قائمة المراجع
253	الملخص باللغة الإنجليزية
254	الملخص باللغة الفرنسية

مقدمة

مُقَدِّمَةٌ

يعتبر العقل من بين أعظم النعم التي أنعم بها الله وَعَزَّ وَجَلَّ على الإنسان، وميزه على سائر المخلوقات مصداقاً لقوله وَعَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ (1).

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن العقل في الإسلام مناط التكليف وأن التكليف بمعناه في الشريعة الإسلامية " خطاب الله وَعَزَّ وَجَلَّ المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو التخيير أو الوضع " (2).

ومن بين الشروط العامة للمكلف في الفقه الإسلامي العقل والبلوغ، ويتحقق البلوغ ببلوغ الإنسان سن الرشد، والعقل ضد الجنون ويراد به وعي الإنسان وإدراكه والتمييز بين النافع والضار، فغير الراشد وغير العاقل لا يكون مكلفاً بالأحكام الشرعية، فقال رسول الله ﷺ : ﴿ إِنَّ الْقَلَمَ رُفِعَ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْرَأَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَعْجَلَ ﴾ (3).

وقد جعل الله وَعَزَّ وَجَلَّ العقل والعقل والرشد معياراً للتصرف في المال لقوله وَعَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَلَا تُوْثِقُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ (4)، وقوله وَعَزَّ وَجَلَّ : ﴿ وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا ﴾ (5)، ولذلك أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية الحجر على الصغير

(1) - سورة الإسراء : الآية 70 .

(2) - الوجيز في أصول التشريع، الطبعة الأولى، الصفحة 99، مؤسسة الرسالة، بيروت ، لبنان ، ص .

(3) - رواه شعيب الأرنؤوط ، في تخريج سنن أبي داود عن علي بن أبي طالب، الصفحة والترقيم 4400 صحيح .

(4) - سورة النساء : الآية 5 .

(5) - سورة النساء : الآية 6 .

والجنون والسفيه على اعتبار أن الصغر والجنون والعتة من بين العوارض التي يرفع بها التكليف الشرعي .

ومثله في التشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري فلا يمكن للإنسان أن يتصرف في أمواله إلا إذا كان يتمتع بأهلية التصرف ولا يتمتع الإنسان بأهلية التصرف إلا إذا كانت له أهلية أداء كاملة، ومناطق أهلية الأداء التمييز والإدراك ولا يكتمل التمييز لدى الإنسان إلا ببلوغه سن الرشد التي يصير بها كامل أهلية الأداء.

وقد حددت المادة 40 من القانون المدني سن الرشد ببلوغ الإنسان التاسعة عشرة سنة كاملة من عمره، وأوجبت بأن يكون الإنسان ببلوغه هذه السن متمتعاً بجميع قواه العقلية ولم يحجر عليه، وأوضحت المادة 86 من قانون الأسرة أن من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني.

ويستفاد من المادة 78 من القانون المدني أن كل إنسان أهل للتصرف في أمواله ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون وقد أورد المشرع تعداد لعوارض الأهلية على سبيل الحصر في المادتين 42 و 43 من القانون المدني، وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، ونص في المادة 101 من قانون الأسرة فإن كل عارض من هذه العوارض وباستثناء عارض الغفلة يعتبر سبباً للحجر .

والمقرر قانوناً طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ويميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين نوعين من عوارض الأهلية العوارض السماوية التي تصيب الإنسان من دون اختيار منه أو بغير إرادته وهي الصغر، والجنون، والعتة، والنسيان، والنوم، والإغماء، والرق، والحيض، والنفاس، ومرض الموت، والعوارض

المكتسبة التي للإنسان دخل في حصولها وتحقيقها، ومنها ماتكون من نفس الإنسان وهي : الجهل، والسكر، والسفه، والأفلاس، والسفر، والخطأ، ومنها ما يكون من غيره، وهي الإكراه .

ويعتبر عارض الغفلة الذي لم تنص المادة 101 من قانون الأسرة على جعله سببا من أسباب الحجر على خلاف المادة 43 من القانون المدني، عند جمهور الفقهاء فرع من السفه، لأن الغفلة تحمل معنى ضياع المال حسب رأيهم، مصداقا لقوله **وَعَجَلٌ** : ﴿... فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ...﴾ (1). والمراد بقوله **وَعَجَلٌ** ضعيفا في هذه الآية هو ذو الغفلة.

وتوجب الماده 103 من قانون الأسرة أن يكون الحجر على الإنسان الذي قام به عارض من عوارض الأهلية بحكم قضائي يستعين القاضي في إصداره بأهل الخبرة في إثبات سبب الحجر، وتجزئ المادة 102 من نفس القانون أن يكون طلب الحجر من أحد الأقارب أو مِنْ مَنْ لَهُ مَصْلَحَةٌ أو من النيابة، وقد درج الفقه على تسمية هذا النوع من الحجر، بالحجر القضائي تمييز له عن الحجر القانوني الذي يعتبر عقوبة تكميلية وجوبية تتمثل في حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، على أن تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي في القانون الأسرة (2).

وتتجلى الأهمية العلمية لدراسة موضوع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في بيان مدى تطابق أحكام الحجر القضائي في كل من القانون المدني وقانون الأسرة مع ما استقر عليه الفقه الإسلامي من الأحكام ذات الصلة من جهة وبيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين أحكام الحجر القضائي بسبب كل عارض مع أحكام وقواعد قانون الأسرة، وأي من هذه الأحكام

(1) - سورة البقرة : الآية 282 .

(2) - المادة 9 مكرر من القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون العقوبات .

واجبة التطبيق في حال تضاربها مسترشدين بأحكام الحجر في الفقه الاسلامي، عملاً بمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة التي توجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم ينص عليه في هذا القانون من جهة أخرى.

بينما تتمثل الأهمية العملية لبحث موضوع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، في الوقوف على التطبيق القضائي لأحكام الحجر القضائي، ومدى انسجام أحكام القضاء مع أحكام الحجر القضائي في كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وكذلك الفقه الإسلامي.

وسوف اعتمد في معالجة موضوع البحث على المنهج التحليلي عن طريق تحليل نصوص القانون المدني وقانون الأسرة المتعلقة بموضوع البحث للوقوف على ما يعترضها من عيوب أو غموض إسترشادا بآراء الفقه وأحكام القضاء، كما اعتمد على المنهج المقارن عن طريق مقارنة أحكام القانون المدني وقانون الأسرة بأحكام القانون المصري عند اللزوم والمتعلقة بموضوع البحث مسترشدا بآراء الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة الكبرى دون سواها.

وعلى اعتبار أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر المصدر الرسمي الاحتياطي لقانون الأسرة عملاً بالمادة 222 منه، فيجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون بخصوص المسائل التي ينظمها، ومنها الحجر القضائي.

ويشير بحث موضوع الحجرة القضائي لعارض من عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري إشكالية مدى تأثير عوارض الأهلية في القانون المدني وقانون الأسرة على تصرفات المحجور عليه المالية في ضوء ما استقر عليه الفقه الإسلامي فيما لم ينص عليه ضمنهما؟.

وللإجابة على الإشكال المطروح، سوف أدرس موضوع الحجر القضائي بعرض أحكامه في الفقه الإسلامي أساساً، ثم في القانون الجزائري مسترشداً

بآراء الفقهاء في المذاهب الأربعة، وبما هو منشور في أحكام القضاء بهذا الخصوص، وعلى هذا الأساس أقسم البحث إلى باين، أخصص الباب الأول لتعريف الحجر القضائي وأسبابه، وأتناول في الباب الثاني آثار الحجر القضائي وتوقيعه ورفعته، وذلك وفق الخطة التالية:

الباب الأول : مفهوم الحجر القضائي وأسبابه.

الباب الثاني : توقيع الحجر القضائي ورفعته وآثاره.

وأنهي البحث بخاتمة أضمنها أهم ما خلصت إليه من نتائج.

الباب الأول

مفهوم الحجر القضائي

وأسبابه

الباب الأول

مفهوم الحجر القضائي وأسبابه

يستوجب تحديد مفهوم الحجر القضائي وأسبابه، إلقاء نظرة أولية حول مختلف المفاهيم التي أتى بها الفقه في هذا الخصوص ثم ندعم ذلك بمشروعية الحجر القضائي، وكذلك تمييزه عن الحجر القانوني بغرض بيان مفهومه بشكل دقيق، لنصل بعد ذلك إلى بيان أسبابه.

ولاً تعرض لكل ذلك ضمن هذا الباب الأول، إخترت تقسيم هذا الأخير إلى فصلين، أتناول في الأول مفهوم الحجر القضائي ومشروعيته، على أن أخصص الثاني لتفصيل أسباب الحجر القضائي في كلا الفقهين الإسلامي والقانوني.

الفصل الأول

مفهوم الحجر القضائي ومشروعيته

يقسم الحجر عموماً إلى حجر قانوني وحجر قضائي، ولقد جرت العادة عند تحديد أي مفهوم قانوني أن يتبعه تمييزه عن ما يشابهه من أنظمة قانونية، كما أنه وفي ذات السياق لطالما ألحقت الحكمة بالمشروعية عند الدراسة فلا يكاد يفترقان هاتين الإثنتين.

وعليه فقد إرتأيت لأجل تضمين كل هاته العناصر إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، أحدد بداية مفهوم الحجر القضائي وتمييزه عن الحجر القانوني في مبحث أول، على أن أتحدث حول مشروعية الحجر القضائي والحكمة منه في مبحث ثان .

المبحث الأول مفهوم الحجر القضائي وتمييزه عن الحجر القانوني

يستتبع تحديد مفهوم الحجر القضائي عادة، التطرق لتمييز هذا الأخير عن الحجر القانوني أي الحجر غير القضائي بمفهوم المخالفة، وإن كان هو أيضا يخرج للتطبيق بمناسبة صدور حكم قضائي كما سنرى لاحقا، كل ذلك بغرض ضبط المفهوم وكذا رفع اللبس عن ذهن القارئ بخصوص المفاهيم المقاربة لمفهوم الحجر القضائي، ولأعرض في الآتي مفهوم الحجر القضائي في مطلب أول، ثم أتحدث بعد ذلك عن تمييز الحجر القضائي عن الحجر القانوني في مطلب ثان.

المطلب الأول مفهوم الحجر القضائي

إن للحجر القضائي معنى لغوي ومعنى إصطلاحي، نعرضهما في الآتي تباعا :

أولا : المفهوم اللغوي للحجر القضائي : من الملاحظ أن مصطلح الحجر القضائي مركب من كلمتين هما : " الحجر " و " القضائي "، وعلى هذا الأساس فإن بحث هذا المصطلح لن يتأتى إلا من خلال الوقوف على المعنى اللغوي لكل كلمة على حدى .

1 - المعنى اللغوي لكلمة الحجر : لقد استعمل العرب منذ القديم كلمة " الحجر " بحسب حرركاتها وتوظيفها للدلالة على عدة معاني، سأذكر أهمها في الآتي :

أ - الحجر : وأصل الحجر - بفتح الحاء - هو المنع، والحجر والحجر والحجر والمحجر كلها تدل على الحرام، وقيل أن الكسر في الحاء هو الأفصح عند

العرب⁽¹⁾، ودليل هذا التعريف قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ وَقَالُوا هَذِهِ أَنْعَامٌ وَحَرْتُ حِجْرًا لَا يَطْعَمُهَا إِلَّا مَنْ نَشَاءُ بَزَعْمِهِمْ وَأَنْعَامٌ حُرِّمَتْ ظُهُورُهَا وَأَنْعَامٌ لَا يَذْكُرُونَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا افْتِرَاءٌ عَلَيْهِ سَيَجْزِيهِمْ بِمَا كَانُوا يَفْتَرُونَ ﴾⁽²⁾ ، ومدلول الآية هنا أن كلمة " حجر " أن المشركين حرّموا بعض الأنعام والحرث في تحريم لم يأمر به **وَعَجَلٌ** وإنما أرادوا به التقرب لآلهمهم⁽³⁾.

وقد جاء في المصحف الشريف أيضا قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ يَوْمَ يَرَوْنَ الْمَلَائِكَةَ لَا بُشْرَى يَوْمَئِذٍ لِلْمُجْرِمِينَ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾⁽⁴⁾ .

وبصدد ذكر عبارة " حجرا محجورا " ، فقد كان العرب في الجاهلية يستعملونها، حيث كان الواحد منهم إذا رأى رجل يخافه يقول له : حجرا محجورا، حتى لا يلحقه منه ضرر⁽⁵⁾، ولعل هذا ما دفع ببعض المفسرين إلى القول بأن مفهوم الآية أن المشركين يتعوذون من الملائكة خوفا منهم حتى لا يلحقهم منهم ضرر، في حين أن باقي المفسرين ذهبوا إلى أن القول هو قول الملائكة للمشركين والكفار، بمعنى حراما محرما عليكم الفلاح اليوم، ولا يبشرون بما بشر به المتقون، وعلى الرغم من أن هذا التفسير الأخير هو الراجح إلا أن صحة هذا القول أو ذاك لا يؤثر في الأمر شيء ما دام مفهوم العبارة في القولين واحدا، وهو : حرامٌ محرمٌ⁽⁶⁾.

(1) - محمد إبراهيم الحفناوي : معجم غريب الفقه والأصول، دار الحديث، القاهرة، مصر 1430هـ، 2009م، ص 190 .

(2) - سورة الأنعام : الآية 138 .

(3) - عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي : تفسير القرآن العظيم ، الطبعة الرابعة، دار الأندلس، بيروت ، لبنان، 1983 ، الجزء الثالث ص ص 107 - 108 .

(4) - سورة الفرقان : الآية 22 .

(5) - ابن منظور : لسان العرب ، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، لبنان، الجزء الرابع ، 1981 ، ص ص 166 - 167 .

(6) - عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي : تفسير القرآن، الجزء الخامس، ص ص 142 - 143 .

ب - الحَجَرُ : ومتى كانت الحجر بكسر الحاء وسكون الجيم دلت على العقل واللب في القول الراجح والغالب رغم وجود قول آخر دال على مفهوم القرابة⁽¹⁾، وقد أخذ بمفهوم العقل واللب استنادا إلى قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾⁽²⁾ .

ج - حَجَرُ الْإِنْسَانِ وَحِجْرُهُ : سواء بفتح الحاء أو كسرهما مع سكون الجيم، تعني طرف الثوب المتقدم دلالة على حضن الإنسان سواء كان رجلا أو امرأة، وتستعمل أيضا للتعبير عن الحفظ والستر، فيقال فلان في حجر فلان أي تحت رعايته وحفظه⁽³⁾، ومنه قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ ... وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ... ﴾⁽⁴⁾ .

د - الْحَجَرُ : بفتح الحاء وفتح الجيم، هو الصخرة ويقبل في الجمع أحجار، وحجار وحجارة⁽⁵⁾، ومثال ذلك في التنزيل قوله **سُبْحَانَ اللَّهِ** : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ ﴾⁽⁶⁾ .

ومنها أيضا " الحجر الأسود " وهو كتلة من الصخر بيضاوي الشكل أسود اللون، موقعه في الركن الجنوبي للكعبة الشريفة، ويدخل في بنائها أصلا، يستن على تقبيله ولمسه باليد من طرف الطائف متى قدر على ذلك⁽⁷⁾.

(1) - أحمد بن فارس بن زكرياء : معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبدالسلام بن محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399 هـ، 1979 م، ص 138 .

(2) - سورة الفجر : الآية 5 .

(3) - ابن منظور : المرجع السابق، ص 167 .

(4) - سورة النساء : الآية 23 .

(5) - حمدي عبدالمنعم شلبي : دليل السالك للمصطلحات والأسماء في فقه الإمام مالك، مكتبة ابن سينا، القاهرة، مصر، 1990 ، ص 69 .

(6) - سورة التحريم : الآية 6 .

(7) - الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ص 104 .

هـ - الحَجَرُ : بكسر الحاء وسكون الجيم، هي عبارة عن منطقة ببلاد الشام عند وادي القرى، سكن بها قوم ثمود الذين بعث فيهم نبي الله صالح⁽¹⁾، وقد ورد ذلك في المصحف الشريف ، مصداقا لقوله **وَعَجَلْ** : ﴿ وَلَقَدْ كَذَّبَ أَصْحَابُ الْحِجْرِ الْمُرْسَلِينَ ﴾⁽²⁾ .

ويتفق مع هذا التعريف أيضا كلمة " حَجَرُ " بمعنى قصبة اليمامة، ويقال بأن هي الأخرى منطقة تتواجد بشبه الجزيرة العربية⁽³⁾.

و - الحُجْرُ : تكون بضم الحاء والجيم، وهي معظم اللحم الذي يحيط بالظفر في الأصبع⁽⁴⁾، ويضاف لهذا التعريف أيضا عبارة " مَحْجِرِ العين " بفتح الميم وكسر الجيم، يستفاد منه ما حول العين من العظم إلى أسفل الجفن، كما يقال " حجر القمر " إذا ما تشكل حوله خط دقيق في شكل دائري عندما نراه في الأفق⁽⁵⁾.

ي - الحَجَرُ : تعني عند العرب أيضا الفرس الأنثى، ولم تضاف الهاء للتأنيث لأن أصل الكلمة تخص للتأنيث، وليس لها استعمال في المذكر، وكان يصطلح بالحجر على الفرس الأنثى المخصصة للنسل دون سواها⁽⁶⁾.

وتأكيدا لما سبق ذكره فقد استعملت كلمة " الحجر " بحسب اختلاف حركاتها للدلالة على عدة معاني، إلا أنها في حقيقة الأمر تحمل مفهوما مشتركا وهو : المنع والإحاطة ، فالحجر على السفينة منعه من التصرف على وجه التبذير، والحجر بمعنى العقل هو مصدر الإدراك فيمنع صاحبه من القيام بالخطأ، وحجر

(1) - ابن منظور : المرجع السابق، ص 170 .

(2) - سورة الحجر : الآية 80 .

(3) - أحمد بن فارس بن زكرياء : المرجع السابق، ص 138 .

(4) - حمدي عبد المنعم شلبي : المرجع السابق، ص 69 .

(5) - ابن منظور : المرجع السابق، ص 169 .

(6) - ابن منظور : المرجع نفسه، ص 170 .

الأب أو الأم هو كنفه الذي يحمي الصغير من الخطر، وهذا هو الأصل في "الحاء" و "الجيم" و "الراء" (1).

2 - المعنى اللغوي لكلمة "القضائي" : إن مصطلح القضائي، مأخوذ نسبة إلى كلمة " القضاء"، وهي مصدر للفعل يقضي، وقضى، وجمعه أقضية، وله عدة معان سأعرض أهم هذه المعاني في الآتي :

أ - القضاء : بمعنى التمام والانتهاء (2)، وأمثلة ذلك في القرآن متعددة نذكر منها قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ مَا دَلَّهُمْ عَلَى مَوْتِهِ إِلَّا دَابَّةُ الْأَرْضِ تَأْكُلُ مِنْسَأَتَهُ فَلَمَّا خَرَّ تَبَيَّنَتِ الْجِنَّ أَنْ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ الْعِيبَ مَا لِيُثُوا فِي الْعَذَابِ الْمُهِينِ ﴾ (3).

وقال أيضا **وَعَجَلٌ** : ﴿ يَا صَاحِبِي السَّجْنُ أَمَّا أَحَدُكُمَا فَيَسْقِي رَبَّهُ خَمْرًا وَأَمَّا الْآخَرُ فَيُصْلَبُ فَتَأْكُلُ الطَّيْرُ مِنْ رَأْسِهِ قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ ﴾ (4).

ومدلول المصطلح في الآيتين الكريميتين هو انتهاء الأمر والفصل فيه بحكم الله **وَعَجَلٌ** (5).

ب - القضاء : بمعنى الإيضاء والعهد (6)، ومن ذلك قوله **سُبْحَانَ اللَّهِ** : ﴿ وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسِدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوقًا كَبِيرًا ﴾ (7).

(1) - أحمد بن فارس بن زكرياء : المرجع السابق، ص 138 .

(2) - ابن منظور : لسان العرب ، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، لبنان، 1981 ، الجزء الخامس عشر ، ص 186 .

(3) - سورة سبأ : الآية 14 .

(4) - سورة يوسف : الآية 41 .

(5) - ابن منظور : لسان العرب، الجزء الخامس عشر، المرجع السابق، ص 187 .

(6) - سورة الإسراء : الآية 4 .

(7) - سورة الإسراء : الآية 23 .

وقال **وَعَجَلٌ** أيضا : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَيَالِ الَّذِينَ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٌ وَلَا تَنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۝ (1) .

والملاحظ في الآيتين أنهما تحملان مفهومين متقاربين، فالأولى تحمل عهدا وتوعدا من الله لبني إسرائيل وأن وعده لهم واقع لا محالة، والثانية جاءت في شبه إيحاء وعهد أخذه الله على عباده الصالحين بقصد الإحسان إلى والديهم.

ج - القضاء : بمعنى العمل والفعل (2)، ومثال ذلك في التنزيل قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ قَالُوا لَنْ نُؤْثِرَكَ عَلَىٰ مَا جَاءَنَا مِنَ الْبَيِّنَاتِ وَالَّذِي فَطَرَنَا فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ إِنَّمَا تَقْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ۝ (3) .

وقد جاء في تفسير هذه الآية الكريمة أن عبارة " فاقضِ ما أنت قاضٍ " تعني إفعل واصنع ما شئت يا فرعون فإنما هذه مجرد حياتنا الدنيا (4). ويتفق مع المفهوم السابق، باعتبار القضاء هو القيام بالفعل والعمل، عبارة قضاء العبادات وهو القيام بها وإيقاعها خارج المدة المقدرة لها شرعا (5).

د - القضاء : بمعنى الصنع والخلق والتقدير (6)، مصداقا لقول **وَعَجَلٌ** : ﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ وَأَوْحَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا وَزَيْنَا السَّمَاءَ الدُّنْيَا بِمَصَابِيحَ وَحِفْظًا ذَلِكَ تَقْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ ۝ (7) .

هـ - القضاء : بمعنى الحكم والفصل فيها قضائي، وهمزة الياء لورودها بعد الألف، والجمع فيها قضايا، مفردها : قضية، ومنها الفصل والقطع في الأمر

-
- (1) - عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي: تفسير القرآن، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 28.
 (2) - ابن منظور : لسان العرب، الجزء الخامس عشر، ص 186 .
 (3) - سورة طه : الآية 72 .
 (4) - عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي : تفسير القرآن، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 526 .
 (5) - محمد إبراهيم الحفناوي : المرجع السابق، ص 490 .
 (6) - أحمد بن فارس بن زكرياء : المرجع السابق، ص 99 .
 (7) - سورة فصلت : الآية 12 .

مثل الحكم⁽¹⁾، وقد جاء في التنزيل قوله **وَعَجَلْ** : ﴿ وَمَا تَفَرَّقُوا إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَعِيًّا بَيْنَهُمْ وَلَوْ لَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الَّذِينَ أُورِثُوا الْكِتَابَ مِنْ بَعْدِهِمْ لَفِي شَكٍّ مِّنْهُ مُّرِيبٌ ﴾⁽²⁾ .

والمعنى المراد من خلال هذه الآية أن الله **وَعَجَلْ** كان ليقضي بين الناس ويحكم عليهم، ويعجل لهم الحساب، لكن الكلمة سبقت منه **سُبْحَانَ اللَّهِ** أنه سوف ينظر العباد إلى يوم المعاد.

واعتمادا على مجموع التعاريف السالف ذكرها، يمكن القول بأن معنى القضاء في كلمة " القضائي "، تدل على معنى الحكم والفصل في الشئ والأمر بشكل تام ونهائي، وهذا ما يتفق مع معظم المفاهيم التي ذكرتها من قبل والمتعلقة بمصطلح القضاء .

وبالرجوع إلى جملة التعاريف اللغوية المعروضة والمتمحورة حول مصطلح "الحجر القضائي"، والمركب من كلمتي " الحجر " و " القضائي "، وبالإضافة إلى التلخيصين والنتيجتين المتعلقتين بكل كلمة على حدى، والمذكورتين بعد ختام كل جملة من التعاريف، يمكن استخلاص مفهوم وتعريف شامل وجامع لمصطلح " الحجر القضائي "، بأنه منع التصرف بقصد الحماية من الوقوع في الخطأ، يكون هذا المنع بصفة تامة ونهائية بموجب حكم صادر من قاضي أو حاكم .

ثانيا . المفهوم الاصطلاحي للحجر القضائي . سأقسم هذا التعريف الإصطلاحي إلى قسمين، أتناول من خلال القسم الأول تعريف الحجر القضائي لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم استتبعه بتعريف الحجر القضائي عند فقهاء القانون .

(1) - ابن منظور : لسان العرب، الجزء الخامس عشر، ص 186 .

(2) - سورة الشورى : الآية 14 .

1 - التعريف الاصطلاحي للحجر القضائي في الفقه الإسلامي : لقد تعددت تعريف الحجر القضائي أو الحجر بصفة أدق في الفقه الإسلامي بتعدد المذاهب الفقهية، ولأعرض فيما يلي، أهم هذه التعاريف حسب المذاهب الأربعة : المذهب الحنفي، والمذهب المالكي، والمذهب الشافعي، والمذهب الحنبلي تباعاً .

أ - تعريف المذهب الحنفي : إن أهم تعريف وأشهرهم في هذا المذهب هو القائل : " منع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي " (1).

والمراد من هذا التعريف هو منع المحجور عليه من نفاذ تصرفه المبرم منه، وليس منع التصرف ذاته، ويقصد بالتصرف القولي هو التصرفات القانونية التي تتجسد بها الإرادة، كالعقود وما شابه ذلك، حتى وإن كان التعبير فيها عن الإرادة بطريقة كتابية، وهذا تمييزاً لها عن التصرفات الفعلية التي يقصد بها الضمان الناتج عن الفعل الضار والجرائم، أي المسؤولية الناجمة عن ممارسة الأفعال غير المشروعة (2).

وقد عرف هذا التعريف عدة تعديلات بدءاً من التعريف القائل بأن الحجر عبارة " عن منع التصرف في حق شخص مخصوص، هو الصغير، والرقيق، والمجنون " (3)، وقد اعترض عليه لسببين أولهما : عدم شموليته لأسباب الحجر جميعاً، وثانيهما هو اعتبار الحجر مطلقاً لكل التصرفات، وهذا ما لا يصح إذ أن الحجر يصدق عن التصرفات القولية دون الفعلية.

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر: رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار ، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415 هـ، 1994 م، ص 197 .

(2) - صبحي محمدي : المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية، دار العلم للملايين، لبنان، 1997، ص 56 .

(3) - البابري : العناية شرح الهداية بهامش شرح فتح القدير، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء التاسع ، ص 245 .

وقد أستجيب لهذا النقد على مرحلتين، استدرك من خلال الأولى النقص المتعلق بأنواع التصرفات التي يمنعها الحجر - أي التصرفات القولية دون الفعلية - فجاء التعريف كالاتي : " منع التصرف قولاً بصغر ورق وجنون " (1).

وبالرغم من أن هذا التعريف تصدى لأحد الاعتراضين إلا أنه حافظ على الآخر، ليعود بعد ذلك، ومن خلال مرحلة ثانية بتعريف آخر مفاده : " الحجر هو المنع من التصرف قولاً لشخص مخصوص - وهو المستحق للحجر - بأي سبب كان " (2)، وبذلك يصبح التعريف الأخير متخلصاً من كلا الاعتراضين الموجهين له، فمن جهة أصبح دقيقاً فيما يخص التصرفات القولية، وشاملاً بالنسبة لأسباب الحجر دون ذكر أي منهما " (3).

وبالرغم من أن التعريف الأخير تصدى لكل الانتقادات، وذلك باتسامه بشئ كبير من الشمولية، إلا أنه يبقى في كل مرة محتاج إلى شرح وتوضيح يصاحبه من أجل بيان أسباب الحجر والأشخاص المستحقين للحجر تبعاً لذلك.

وبالإضافة إلى ذلك فإنني أرى أيضاً بأن التعريف المذكور أولاً، والتعاريف الثلاثة اللاحقة له من حيث الذكر، والسابقة له من حيث الزمن، قد جاءت باختلاف جوهري كان من شأنه أن يكون هو موضوع ومحور الاعتراض والنقاش بدلاً من أسباب الحجر، وهو الاختلاف الموجود على مستوى عبارة "نفاذ التصرف"، فقد جاءت في التعاريف الثلاثة الأخرى بمنع التصرف ككل، وهذا ما لا يستصاغ عقلاً ولا قانونياً فإن كان تصرف المحجور عليه ليس

(1) - الزيلعي : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، الجزء الخامس، ص 190 .

(2) - زادة أفندي : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، تكملة شرح فتح القدير ، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، الجزء التاسع ، ص 254 .

(3) - محمد عبدالرحمن حسوني : أحكام الحجر على المفلس، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الأمير عبدالقادر، قسنطينة، الجزائر 2009، ص 6 .

صحيحاً، فإنه يحدث في الواقع على اعتبار أن القانون وسيلة بعدية، ولا مجال لمنع تصرف المحجور عليه مباشرة، لكون القانون سخر وسائل أخرى، ومنها دعوى منع نفاذ التصرف الصادر من المحجور عليه، وبالتالي يصبح تصرفه هذا غير منشئ لأي أثر قانوني فيكون التصرف في حكم المعدوم بعد أن نشأ صحيحاً.

ب - تعريف المذهب المالكي : للفقهاء المالكي تعريفات ثلاث للحجر، وأول هذه التعريفات أن الحجر عبارة عن (المنع من التصرف في المال)⁽¹⁾، ثم عدل هذا التعريف بتعريف ثان، جاء فيه بأن الحجر هو : (منع المالك من التصرف في ماله لمنفعة نفسه أو غيره)⁽²⁾.

ومن خلال استقراء التعريفين يتبين لنا أن التعريف الثاني لم يحمل إضافة كبيرة وإنما مجرد عبارة " لمنفعة نفسه أو غيره "، والمراد من هذه العبارة الإشارة إلى طبيعة السبب الدافع إلى توقيع الحجر والمنع، فيحدث أن يكون هذا الحجر مقررًا لمصلحة وحق المحجور عليه نفسه إذا كان مجنونًا مثلاً، فيمنع ذلك من تمكين المالك " المحجور عليه " من ماله ككل .

بينما قد يتم الحجر لمصلحة الغير متى كان سببه حق الغير، كحق الدائن في مال المحجور عليه المفلس، فلا يمنع المحجور عليه من تمكينه من ماله وإنما من مجرد التصرف فيه⁽³⁾.

وبالرغم من هذه الإضافة، إلا أن التعريفان لم يسلما من الاعتراض، حيث يرى الكثير بأنهما لم يرتقيا إلى درجة الدقة اللازمة، لأي تعريف فقهي، إذ أنهما لم يضبطا طبيعة التصرف الممنوع كأن يكون تبرعاً، أو تصرفاً بعوض، هذا من

(1) - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : الذخيرة ، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1412 هـ، 1992 م، الجزء الثامن، ص 229 .

(2) - الخطاب الرعيني : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ، 2003 م، الجزء السادس ، ص 632 .

(3) - عبد الله المازري : شرح التلقين، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، تونس، 2008، الجزء الثالث، ص 196 .

جهة، كما أنهما لم يشملا كل الأحكام فلم يذكر إن كان هذا المنع من التصرف يطال كل المال المملوك للمحجور عليه أو جزء منه فقط⁽¹⁾.

وعلى إثر الاعتراض الذي طال التعريفين السابقين، إجتهد فقهاء المذهب المالكي من أجل الوصول إلى تعريف أكثر إتزان من حيث الشمولية والدقة، وهذا ما دفعهم إلى وضع تعريف ثالث للحجر، وهو الأشهر في هذا المذهب، وهو بأن الحجر : " صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله "⁽²⁾.

ولتوضيح مفهوم التعريف الأخير، سأحاول شرح كل عباراته على حدة، وذلك في الآتي :

" صفة حكمية " : ويكون صفة حكمية بأمرين، إما بحكم وقاعدة شرعية مباشرة، وإما بحكم صادر من الحاكم أو القاضي كتأكيد لقاعدة شرعية .

" توجب منع موصوفها " : وجوب المنع مشتق من معنى كلمة الحجر اللغوي، والمنع الواجب بالمفهوم المتقدم يلحق بموصوفه، وهو المحجور عليه لأي سبب يستوجب اكتسابه لهذه الصفة⁽³⁾.

" نفوذ تصرفه " : المقصود بنفاذ التصرف هو تحقيق أثره، أي بالرغم من صدور التصرف، لاسيما أن هناك من الفقه من يركز على تفرقة التصرف القولي عن التصرف الفعلي، ذلك بأنهم يرون بأن الأول يمكن منع نفاذ تصرفه، إلا أن الثاني لا يمكن رد نفاذه أو تحقق أثره بعد وقوعه⁽⁴⁾ صحيحا، إلا أنه لا يحدث أثره

(1) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 632 .

(2) - أسامة عبدالمعطي الشيخ : البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، 2008، ص 86 .

(3) - سلمان نصر : أسباب الحجر المبطل للتصرفات المالية في المذهب المالكي، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، الجزائر، 1426 هـ، 2005 م، العدد 9، ص 135 .

(4) - وقد سبق التحدث حول التصرفات القولية والتصرفات الفعلية، فالعبرة فيهما ليس طريقة صدور التصرف بقول أو فعل، إنما الأولى يقصد بها العقود وما شابهها، والثانية تشمل الفعل الضار الذي يوجب التعويض .

فيمنع نفاذه لسبب يلحق صاحبه فيجعله محجور عليه يمنع بهذا الوصف من تحقق نفاذ تصرفه⁽¹⁾.

" في الزائد على قوته " : يستثنى قوت المحجور عليه من المنع، ويشمل القوت بالأساس : المأكل، المشرب، الملبس، فما زاد عن القوت يمنع كله، حماية للمحجور عليه نفسه أو صاحب الحق عليه، متى كان سبب الحجر يطال كل المال .

" أو تبرعه بماله " : المراد بعبرة " تبرعه بماله " الإشارة إلى صنفين آخرين من أسباب الحجر، هما : المريض والزوجة، فهما يمنعان من التصرفات التبرعية فيما يزيد عن ثلث مالهما حماية لحقوق الورثة بالنسبة للمريض، وحماية لحقوق الزوج بالنسبة للزوجة⁽²⁾.

ج - المذهب الشافعي : لقد اشتهر في المذهب الشافعي أنه عرف الحجر بمفهومين، وسيأتي بيان ذلك في الآتي : أما أول التعريفين وهو الأشهر فقد جاء مفاده أن : " الحجر هو المنع من التصرفات المالية "⁽³⁾.

ولم يسلم هذا التعريف من الاعتراض على أساس أن المنع الحاصل بموجب الحجر لا يشمل كل التصرفات المالية للمحجور عليه، وهذا المنع لا يصح ولا يصدق إلا مع المجنون دون الصبي والسفيه، فهذان الأخيران تصح منهما بعض التصرفات المالية، وهنالك من الفقه من يقول بعدم اقتصار المنع على التصرفات المالية فقط بل تصل حتى إلى التصرفات غير المالية، حسب مفهوم الحجر لدى البعض، وكمثال لذلك عدم صحة قول الصبي والمجنون مطلقاً⁽⁴⁾.

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) منشورات بغداد، الجزائر، ص 90 .

(2) - سلمان نصر : المرجع السابق، ص 153 .

(3) - شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج لشرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404 هـ، 1984 م، الجزء الرابع، ص 353 .

(4) - زكرياء بن محمد الأنصاري : الغرر البهية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ، 1997 م، الجزء الخامس، ص 341 .

وأما ثاني التعريفين فقد جاء فيه أن : " الحجر هو منع من تصرف خاص، بسبب خاص " (1).

وبالرغم من أن هذا التعريف تصدى لما سبقه من اعتراض، إلا أنه سار على منهج التعاريف التي سبقته، إذ أنه يمتاز بعدم الدقة والجمع والشمل اللازم في التعاريف، فهو يبقى دائما بحاجة إلى دروس تكمله وتشرح معناه، ومن ذلك بيان التصرفات الخاصة التي يمنع المحجور عليه من مباشرتها متى حجر عليه، إضافة إلى تبيان أسباب المنع التي أدت إلى اعتباره محجورا عليه.

د - المذهب الحنبلي : بعد استقراء عدد من المراجع المتعلقة بالمذهب الحنبلي والإطلاع على التعاريف الواردة فيها بشأن الحجر لم أجد سوى تعريف وحيد لدى فقهاء هذا المذهب، ومضمونه أن : " الحجر هو منع الإنسان من التصرف في ماله " (2).

والملاحظ من هذا التعريف للوهلة الأولى أنه يتشابه إلى حد بعيد والتعريف الأول لدى فقهاء المذهب الشافعي، وهذا ما يجعله حتما معرضا إلى ذات الانتقادات من عدم بيان نوع التصرفات المالية المقصودة، إلى جانب عدم شموله ودقته في بيان أسباب الحجر .

ويمكن أن نستخلص من مختلف التعريفات السابق عرضها أن فقهاء المذاهب الأربعة، متفقون على نقطة واحدة وهي أن الحجر عبارة عن المنع، وهذا أمر مسلم به، نظرا لأنطبقه مع الأصل اللغوي لمعنى الحجر، إلا أنهم اختلفوا في نقاط ثلاث :

(1) - ابن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج بشرح المنهاج بهامش حواشي الشرواني، وابن قاسم العبادي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 159 .

(2) - ابن قدامي : المغني وبلية الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص 508 .
- عبدالله بن محمد الطيار و عبدالله بن محمد المطلق و محمد بن إبراهيم الموشي : الفقه الميسر (قسم المعاملات) الطبعة الثانية، مدار الوطن للنشر- الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426 هـ، 2005 م، ص 152 .

أول هذه الاختلافات التصرفات التي تمنع بموجب الحجر، هل هي كل التصرفات أم نوعا منها فقط، كالمالية وما إذا كان المنع فيها كلياً أو جزئياً، وثاني هذه الاختلافات متعلق بحجم المنع، فهل يطال كل المال أم جزء منه كالثالث مثلاً؟، وثالث هذه الاختلافات يتمحور حول أسباب الحجر التي هي الأخرى لم تعرف توحيدا لدى فقهاء المذاهب الأربعة.

ولعل ثالث إختلاف هو جوهر كل الاختلافات، فهو يتحكم في الاختلافين السابقين، فمتى تغير سبب الحجر والدافع من المنع تغير حتما حجم المال الممنوع من التصرف فيه، وكذا نوع التصرف الممنوع إتيانه.

2 - التعريف الاصطلاحي للحجر القضائي في القانون . لم يعرف المشرع الجزائري الحجر القضائي عند النص على أحكامه بموجب القانون المدني وقانون الأسرة، واكتفى في كل منهما على بيان أسباب الحجر القضائي وآثاره ومختلف أحكامه دون تحديد مفهوم للحجر القضائي، تاركا أمر تحديد مفهومه للفقهاء .

ولئن كان المشرع الجزائري لم يُعرّف الحجر القضائي في القانون المدني وقانون الأسرة، فقد يكون مفيدا الإشارة إلى تعريفه في قانون العقوبات بمناسبة تعريف الحجر القانوني، لاسيما وأن البعض من الفقه يقارب بين مصطلحي الحجر القضائي والحجر القانوني، وبالتحديد من حيث المعنى اللفظي للحجر، ومن حيث الأثر المترتب عنهما على اعتبار أن المشرع الفرنسي نص على الحجر القضائي والحجر القانوني في نص واحد، وهو نص المادة 489 من قانونه المدني⁽¹⁾، وقد جمع أيضا المشرع الجزائري بين الحجرين فيما يخص الأثر المترتب عنهما، حيث تنص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات على : " في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان

(1) - كمال حمدي : الولاية على المال، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، 2003، ص 227 .

المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي⁽¹⁾.

من خلال قراءة نص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات، يتضح لنا أن مفهوم الحجر القانوني في نظر المشرع الجزائري هو حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية - أي المحجور عليه - من ممارسة حقوقه المالية، وكذا مختلف التصرفات القانونية المالية المترتبة على اكتسابه لأهلية الأداء ما دام في مرحلة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية.

وبالرجوع إلى الفقه، فإن أغلبية فقهاء القانون لم يهتموا بتعريف الحجر القضائي، وتنصب دراستهم على معنى الأهلية دون معنى الحجر، أو الإكتفاء بالمعنى اللغوي، ومن بين أهم التعاريف التي قال بها البعض من فقهاء القانون الآتي :

أ - أن الحجر القضائي عبارة عن " المنع الذي يتم بموجب حكم قضائي يؤدي إلى عدم أهلية أداء الشخص في العقود وباقي الأعمال القانونية "⁽²⁾.

ومفاد هذا التعريف أن الحجر القضائي يهدف بالأساس إلى الحد من أهلية الأداء التي يتمتع بها الشخص الراشد البالغ في إبرام العقود والتصرفات القانونية الأخرى التي يصطلح عليها بالتصرفات القولية، ولكن ما يعاب على هذا التعريف إهماله لأسباب الحجر، أي دوافع هذا الحكم.

ب - أن الحجر القضائي هو : " منع من تصرف قولي مالي أو نفاذه لمالك تعلقت به أسباب خاصة، ولا يثبت ولا يرفع هذا المنع إلا بحكم من القاضي "⁽³⁾.

(1) - الأمر رقم 157/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ، الموافق 08 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، عدد 84، ص 12.

(2) - صبحي محمصاني : المرجع السابق، ص 87 .

(3) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية ، المرجع السابق، ص ص 89 - 92 .

ويرى صاحب هذا التعريف أن المنع لا يكون تاما فقد تصح بعض تصرفات القاصر المميز، كما أن المنع يكون في الزائد عن الثلث فقط، مثل المريض مرض الموت، أو أن هذا المنع يكون للمحجور عليه فيما زاد عن قوته ولباسه، كونه لا يمنع عنها، وهذا المنع يطال التصرفات القولية المالية، ذلك أن التصرفات القولية غير المالية تصح من بعض المحجور عليهم على غرار إقرار المحجور بحد أو قطع، فيقضى بحكم ذلك، ويكون هذا المنع على المالك نفسه دون الغير المتصرف في ملك الغير، ويلحق بهذا المالك سبب خاص يوجب توقيع الحجر عليه⁽¹⁾.

وبالرغم من أن هذا التعريف يمتاز بقدر كبير من الدقة، إلا أنه لا يصلح لأن يكون تعريفا فقهيا للحجر، بل بمفهومه الشرعي وليس بمفهومه القانوني، ذلك أن أغلب مصطلحاته مستمدة من الفقه الإسلامي.

ج - الحجر القضائي، هو : " منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله أو لضعف في بعض ملكاته النفسية الضابطة، ويكون بمقتضى حكم قضائي⁽²⁾."

والملاحظ أن هذا التعريف يتسم بالدقة والشمول، ولهذا يصلح أن يعتمد كتعريف للحجر القضائي لدى فقهاء القانون، مع إشارة إلى عيب وحيد أو نقص يمكن تداركه، وهو المتعلق بأسباب هذا المنع إذ كان يمكن حصرها، ما دام القانون نفسه قد حصرها في أربعة أسباب لا غير.

ويمكن أن نستخلص من التعريفات السابقة عرضها للحجر القضائي، تعريفا للحجر القضائي بأنه عبارة عن : " الحكم بمنع شخص من إبرام أو نفاذ تصرفاته القانونية المالية الإرادية لإصابته بعارض من عوارض الأهلية ".

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية ، المرجع السابق، ص 90 .

(2) - بلقاسم شتوان : النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة المنار، سطيف ، الجزائر، 2011 ، ص 85 .
- كمال حمدي : المرجع السابق ، ص 179 .

المقصود من هذا التعريف أن الحجر القضائي هو المنع الذي لا يتحقق إلا بحكم قضائي، يكون غرضه منع الشخص المحجور عليه من إبرام التصرفات القانونية ككل، أو منع نفاذها متى صدرت صحيحة، سواء كان ذلك بعد الحكم بالحجر، كما هو الحال بالنسبة للسفيه وذو الغفلة، أو كان ذلك قبل الحكم بالحجر، مثل الجنون والمعتوه، وهذين الأخيرين لا ييطل تصرفهما ولا يصبح غير نافذ، إلا بحكم قضائي، ومتى كان الجنون والعتة متفشيان وقت إبرام التصرف المراد إبطاله.

والمقصود بالتصرفات القانونية المالية الإرادية هي التصرفات القانونية التي يكون ركن الرضا فيها واجبا - أي أن اعتبار إرادة الشخص لها دورا فعالا - وهي بالأساس العقود وما شابه ذلك والمتعلقة بالمال، لأن الحجر القضائي يهدف بالأساس إلى حماية أموال المحجور عليه.

أما عن عبارة إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية هي محاولة لخصر أسباب الحجر القضائي، إذ أن أسباب الحجر القضائي هي نفسها عوارض الأهلية، وقد حصرها المشرع الجزائري على غرار مختلف المشرعين العرب في أربعة أسباب هي نفسها التي أخذ بها الفقه وهي : الجنون، والعتة، والسفه والغفلة.

المطلب الثاني تمييز الحجر القضائي عن الحجر غير القضائي

يستخلص من تعريف الحجر القضائي في الفقه القانوني وجود نوعين من الحجر، الحجر القضائي والحجر غير القضائي، ويميز فقهاء القانون بين هذين النوعين من الحجر، وهو تمييز لا يعرفه ولم يقل به فقهاء الشريعة الإسلامية، ويعتمد فقهاء القانون في التمييز بين الحجر القضائي والحجر غير القضائي أساسا

على الأهلية، ولأعرض فيما يلي حكم الأهلية بإيجاز، ثم أهم مواطن التمييز بين الحجر القضائي والحجر غير القضائي.

أولاً : أحكام الأهلية . تعتبر الأهلية السبيل الوحيد للتعبير عن الإرادة التي تعد أهم عنصر لصحة ركن الرضا، وبالتالي صحة مختلف التصرفات القانونية المشروعة، والأهلية نوعان : أهلية وجوب، وأهلية أداء⁽¹⁾، دون العمل المادي الذي ينشأ عادة دون دافع قانوني يلزم الشخص على القيام به، ويكون له أثر قانوني، كأن يقيم الشخص حائطاً لجاره دون وجود سبب يلزمه بذلك، وقد لا يقصد الشخص تحقق الأثر من فعله، كما هو الحال في العمل غير المشروع وطبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، فلا دخل لإرادة الشخص في هذه الأعمال، والمقصود بالتصرفات القانونية هي مجموع التصرفات التي تترجم إرادة الشخص المبرم للتصرف في إحداث أثر قانوني معين ومقصود، فهذه التصرفات تركز على سلطان الإرادة الذي يحدد أحكام التصرف المبرم في غالب الأحيان، وهذا لا يتأتى إلا إذا كانت الأهلية سليمة وكاملة قادرة على التعبير عن إرادة الشخص، والتصرفات القانونية أنواع ثلاثة وهي⁽²⁾:

(1) - وتعني أهلية الوجوب : " صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، في حين أن أهلية الأداء : " هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمله واجباً، وحسب رأي غالبية الفقهاء فإن أهلية الوجوب بهذا المعنى تتفق وتعريف الشخصية القانونية، مما دفع بالفقه إلى اعتبار أن مناط أهلية الوجوب هي الشخصية القانونية، وبمعنى آخر هو ثبوت الحياة، فأهلية الوجوب والشخصية القانونية تدوران مع بعضهما البعض وجوداً وعدماً، كما لا ونقصاناً، فمتى ثبت للفرد شخصية قانونية كانت له أهلية وجوب، والشخصية تتحقق بمجرد ثبوت الحياة، وذلك بإبداء أي سبب للحياة، سواء استهل المولود صارخاً أو باكياً أو متى قام بأي حركة دون صوت، وتنتهي وتنعدم الشخصية ومعها أهلية الوجوب بمجرد موت الفرد موتاً حقيقياً أو حكماً، كما يمكن أن تثبت أهلية وجوب ناقصة للجنين وهو في بطن أمه، على أن تصبح للجنين المستكن أهلية وجوب كاملة بتمام ولادته حياً.

- عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق، مطبعة دار نشر الثقافة، مصر ، ص ص 78 - 79 .

(2) - عبد المنعم فرج الصمد : أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص ص 444 - 445 .

1 - التصرفات النافعة للشخص نفعا محضا : وهي التصرفات القانونية التي تعود على صاحبها بالنفع الخالص، كقبول الهبة والوصية، والإبراء من الدين، ويشترط في الشخص القائم بهذا التصرف تمتعه بأهلية اغتناء كون هذا التصرف يعود على صاحبه بالاغتناء المحض.

2 - التصرفات الضارة بالشخص ضررا محضا : وهي التصرفات القانونية التي تحمل صاحبها خسائر دون تحقيق أرباح، أو حتى اكتساب مقابل لخسارته، كالواهب في الهبة أو كالموصي في الوصية، أو النازل عن دين له لدى الغير، فيؤدي تصرف أحدهم على هذا النحو إلى افتقار ذمته دون مقابل أو نفع، وعليه تسمى الأهلية الواجبة لإبرام هذه التصرفات بأهلية التبرع أو أهلية الافتقار⁽¹⁾.

3 - التصرفات الدائرة بين النفع والضرر : وهي التصرفات القانونية التي قد تنفع أو تضر المتصرف في آن واحد، وهي في العادة تكون في شكل معاوضات كأن يأخذ الشخص المتصرف مقابلا أو عوضا لما قدم، أو أعطى للمتصرف الآخر، ويختلف هذا المقابل بحسب التصرف المراد إبرامه، فيمكن أن يكون المقابل شيئا أو ثمنا أو أي نوع من الأموال فيكون بذلك التصرف المبرم بيعا وشراء أو إيجارا أو غيرها، ويلزم لإجراء هذه التصرفات أن يتمتع الشخص المبرم لهذا التصرف على إحدى أهليتين، إما أهلية التصرف متى ترتب عن التصرف القانوني المبرم فقد الشيء محل التصرف كليا أو جزئيا، ومثال ذلك عقد البيع، إذ تنتقل فيه الملكية للغير، وإما أهلية الإدارة، وذلك إذا كان التصرف القانوني المراد إبرامه يرمي إلى إدارة المال والاستفادة منه دون فقد، كعقد الإيجار الذي يرمي إلى الاستفادة من العين دون انتقال ملكيتها للغير⁽²⁾.

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 85 .

(2) - عبدالرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، 1952، الجزء الأول، ص 268 .

ويعبر عن أهلية الأداء بأهلية التصرف، أي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية من الشخص نفسه ولحسابه الخاص، وهذا هو الفرق الجوهرى بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب، فهاته الأخيرة تعد مجرد صلاحية وقابلية لتمتع الشخص بالحقوق وتحمل الواجبات، ودائما ما يحتاج صاحبها إلى من ينوبه قانونا في التصرفات القانونية المبرمة لصالحه، في حين أن صاحب أهلية الأداء له سلطة وصلاحية مباشرة هذه التصرفات بنفسه ولحسابه، ودون حاجة إلى من ينوبه قانونا، ومن هذا المنطلق يمكن التعبير عن أهلية الأداء بوجه آخر، وهو صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته على وجه يعتد به قانونا⁽¹⁾، والمقصود باعتداد القانون بإرادة الشخص هي صدورها من ذي أهلية بالغ لسن الرشد وهو 19 سنة كاملة، ولم يحجر عليه طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، إضافة إلى سلامة الإرادة من عيوب الرضا وهي : الغلط، التدليس، الإكراه، والاستغلال⁽²⁾، ومن الفقه من يضيف إلى عيوب الرضا الغبن⁽³⁾.

وتبعاً لذلك يرى فريق من الفقه أن مناط أهلية الأداء هو العقل⁽⁴⁾، في حين يرى باقي الفقه وهو الغالب أن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز⁽⁵⁾،

(1) - محمود جمال الدين زكي : المبادئ العامة للقانون، (الجزء الأول : في مقدمة العلوم القانونية) مطبعة ومكتبة الاتحاد بالقازيق، ت 2337، القاهرة، مصر، 1963، ص 332 .

(2) - سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية (ويشمل شرح الباب التمهيدي من التقنين المدني الجديد)، القسم الثاني (في الحقوق)، الطبعة الرابعة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، مصر 1961 ، ص 660 .

(3) - ويرى الدكتور محمد رضا سوار : أن عيوب الرضا ليست سوى ثلاثة أسباب هي : الغلط، التدليس، الإكراه، وهي نفسها التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني دون الاستغلال، وقد استتبع تلك النصوص تناول موضوع الغبن، وذات الأمر معمول به في كلا القانونين الجزائري والفرنسي، مما دفع ببعض شراح القانون للاعتقاد بأن الغبن عيب من عيوب الرضا.

- وحيد رضا سوار : القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (التصرف القانوني) جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، ص 65 - 79 .

(4) - حسين خلف الجبوري : عوارض الأهلية عند علماء أصول الفقه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1428 هـ، ص 114 .

(5) - رمضان محمد أبو السعود و محمد حسين منصور : المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003 ، ص 311 .

ولا أرى فرقا شاسعا بين الرأيين ما دام الإدراك والتمييز مصدره العقل، فالفرق هنا يعتبر اصطلاحيا أكثر منه موضوعيا، ولعل أن الإدراك والتمييز هو المصطلح الأدق، فالعقل موجود لدى مختلف الناس فقد أنعم به المولى **وَعَجَّلَ** على جميع العباد دون سواهم من المخلوقات، وهذا العقل وحده لا يكفي لأن يكون مناطا لأهلية الأداء، فيحدث أن يكون صاحبه غير سليم العقل، فلا بد من البحث في وجود الإدراك والتمييز فهما المعبران عن سلامة العقل من عدم سلامته .

ولا خلاف في أن الإدراك والتمييز لا يولد عليهما الإنسان بالفطرة، بل يكتسبهما في حياته، ولا يكتسبهما دفعة واحدة بل على مراحل زمنية من حياته، فهما مرتبطان بسن الإنسان، فكلما كبر الإنسان نمت إدراكه وتميزه تبعا لنمو ملكاته العقلية.

وقد قسم الفقهاء أهلية الشخص بحسب تدرج سنه إلى ثلاثة مراحل⁽¹⁾، لكل منها اسمها الخاص ومدتها وأحكام التصرف القانوني خلالها، وهذا ما سأقوم بعرضه في الآتي :

المرحلة الأولى : يسمى الشخص في هذه المرحلة بعديم الأهلية، أو القاصر أو الصبي غير المميز، وتبدأ هذه المرحلة من ميلاد الشخص وثبوت الشخصية القانونية له، وبالتالي كونه صاحب أهلية وجوب كاملة دون أهلية أداء، والتي تمنح له أهلية مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ولحسابه دون حاجة لمن ينوبه فيها بقوة القانون، ويبقى الشخص عديم أهلية الأداء على هذا النحو حتى يبلغ سن التمييز، وسن التمييز في القانون المدني الجزائري هو ثلاثة عشر سنة كاملة، بنص المادة 42 منه على اعتبار أنه : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .

يعتبر غير مميز ، من لم يبلغ ثلاث عشر سنة " .

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 85 .

وتضيف المادة 82 من قانون الأسرة أنه : " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " .

من خلال استقراء المادتين السابقتين نخلص إلى أن سن التمييز في الجزائر هو ثلاثة عشرة سنة كاملة، بعد أن كان ستة عشرة سنة كاملة قبل تعديل 2005، خلافا للعديد من القوانين العربية التي حددت سن التمييز بسبعة سنوات⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى تحديد سن التمييز فقد أوضحت المادة 42 من القانون المدني، والمادة 82 من قانون الأسرة حكم تصرف عديم الأهلية وهو البطلان المطلق للتصرفات القانونية الصادرة عن القاصر أو الصبي غير المميز سواء كان التصرف ضارا له ضررا محضا، أو دائرا بين النفع والضرر، أو نافعا له نفعا محضا، ففي جميع الأحوال يبقى عديم الأهلية ممنوع عن التصرف، وينوبه قانونا وليه أو وصيه أو المقدم بحسب الأوضاع التي ينص عليها القانون، عملا بنص المادة 81 من قانون الأسرة والتي جاء فيها : " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام القانون " .

المرحلة الثانية : يسمى الشخص في هذه المرحلة بناقص الأهلية، أو بالقاصر أو الصبي المميز، وتمتد هذه المرحلة من بلوغ الشخص سن التمييز وهو ثلاثة عشرة سنة كاملة إلى غاية بلوغه سن الرشد وهو تسعة عشر سنة كاملة، وهذا عملا بالمادة 40 الفقرة 02 من القانون المدني والتي تنص على أنه : " وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة (19) " .

وتنص المادة 43 من ذات القانون على أن : " 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 " .

(1) - رمضان محمد أبو السعود و محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص ص 311 - 312 .

وتنص المادة 83 من قانون الأسرة على أنه : " 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 دائرة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء ".

ويتضح من المواد سابقة الذكر، الحدود الزمنية لمرحلة نقص أهلية الأداء، وهي من ثلاثة عشر سنة كاملة إلى تسعة عشر سنة كاملة، أي منذ بلوغه سن التمييز إلى غاية بلوغه سن الرشد، وقد أوضحت أيضا المواد حكم التصرفات القانونية الصادرة عن القاصر أو الصبي المميز، وهو البطلان المطلق للتصرفات القانونية الصادرة عنه والضارة به ضررا محضا، وصحة تصرفاته القانونية النافعة نفعا محضا بالنسبة إليه، وتتوقف التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر على إجازة الولي أو الوصي بحسب الأحوال، وهذا تأكيدا بأن القاصر المميز هو الآخر يخضع لأحكام الولاية والوصاية، والتقديم شأنه في ذلك شأن القاصر غير المميز، وذلك بموجب المادة 81 من قانون الأسرة سالفه الذكر.

ويرى الفقهاء أن الصبي ومنذ بلوغه سن التمييز يبدأ في التطور تدريجيا من حيث الإدراك والتمييز، فيصبح بذلك مميزا، ولكن ليس بالقدر الكافي لمباشرة جل التصرفات القانونية، فيعتبر مميزا وله درجة معينة من الإدراك والتمييز تخوله لإبرام بعض التصرفات دون الأخرى، ويزداد تدريجيا الإدراك والتمييز عنده حتى إذا بلغ سن الرشد اكتمل الإدراك والتمييز لديه، وبالتالي اكتملت أهلية أدائه⁽¹⁾.

ويكون للقاصر المميز أهلية أداء ناقصة يحق له التصرف بموجبها إذا كان التصرف القانوني نافعا له نفعا محضا، ولا يصح له إبرام التصرفات الضارة به ضررا محضا ويكون هذا المنع مطلقا، بينما يؤكد الفقه بدقة متناهية أن التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر لا يصح في الأصل أن تصدر من القاصر أو

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 87 .

الصبي المميز، وإذا حصل وصدرت عُذَّتْ قابلة للإبطال لصالح القاصر المميز، ويعتبر ذلك بطلانا نسبيا لا بطلان مطلقاً⁽¹⁾، ويفهم من نص المادة 83 من قانون الأسرة أن عدم إجازة الولي أو الوصي للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر الصادرة عن القاصر المميز، أن تبقى هذه التصرفات معتبرة قابلة للإبطال لمصلحته، وبالتالي يمكن للقاصر المميز الذي قرر حق الإبطال لمصلحته طلب إبطالها أو إجازتها ضمنا أو صراحة بعد بلوغ سن الرشد، ويسقط حق القاصر المميز في إبطالها إذا لم يطلب ذلك خلال خمس سنوات إعتبارا من تاريخ بلوغه سن الرشد، وذلك بنص المواد 99 و 100 و 101 من القانون المدني.

وقد أورد المشرع الجزائري على القاعدة العامة بخصوص حكم تصرفات ناقص الأهلية، القاصر أو الصبي المميز بعض الاستثناءات تقتصر على عرض أهمها والمتمثلة في الإستثناء المنصوص عليه في المادة 84 من قانون الأسرة بأن : " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك " .

ويتضح من مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للقاضي السلطة في أن يأذن للقاصر المميز لإجراء بعض أو كل التصرفات القانونية المتعلقة بأمواله، وذلك متى رأى في القاصر المميز القدرة والصلاحية لمباشرة تلك التصرفات، ويعتبر هذا الحكم استثناء من القاعدة العامة، إذ أن القاصر أو الصبي المميز المأذون له بالتصرف يعتبر كامل الأهلية ولكن في حدود ما أذن له به، فإن كان الإذن جزئيا عد الشخص راشدا في القيام بالتصرفات القانونية التي أذن له بها دون سواها من التصرفات، بينما إذا كان الإذن كليا أصبح في مرتبة كامل أهلية الأداء بالنسبة إلى كل التصرفات القانونية.

(1) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص ص 384 - 335 .

كما أجاز المشرع للقاضي أن يأذن للقاصر المميز بالتصرف في ماله جزئيا أو كلياً، وهذا الإذن يكون ابتداء من بلوغ الشخص سن التمييز، وسن التمييز في القانون الجزائري ثلاثة عشر سنة كاملة، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن مدى قدرة الشخص البالغ لهذا السن على مباشرة التصرفات القانونية بمفرده، خاصة وأن هنالك من الفقه، وكذلك القوانين المقارنة العربية من تدارك هذا الأمر واشترط أن يبلغ القاصر المميز سن الثامنة عشرة، حتى يؤذن له في بعض أو كل التصرفات القانوني⁽¹⁾، متى رأى القاضي فيه من الإدراك والتمييز ما يؤهلانه للقيام بذلك، ويبقى للقاضي أيضا الحق في الرجوع في هذا الإذن إذا رأى من الأسباب ما يبرر له هذا الرجوع.

المرحلة الثالثة : يسمى الشخص في هذه المرحلة بكامل الأهلية، أو البالغ والراشد، أو البالغ الرشيد، ويبلغ الشخص سن الرشد بتمام التاسعة عشرة سنة كاملة، شريطة أن يكون عند بلوغه هذه السن متمتعا بجميع قواه العقلية بأن لا يصيبه أي عارض من عوارض الأهلية، وتكون جميع تصرفاته تصرفات صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية طبقا للمادة 40 من القانون المدني التي تنص على أن : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة ".

وتنص المادة 86 من قانون الأسرة الجزائري على أن : " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني ".

ويتضح من هاتين المادتين أن كل من بلغ سن التاسعة عشرة سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية أعتبر كامل الأهلية صالحا لمباشرة كل التصرفات القانونية، ولو كانت ضارة به ضررا محضا.

(1) - عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 91 .

ويرى البعض من الفقه أنه يمكن أن يكون الشخص كامل الأهلية، وسليم العقل متمتعاً بكل قواه العقلية، إلا أنه تحدث أن توجد ظروف تحول دون تمكنه من مباشرة تصرفاته القانونية وهي موانع الأهلية⁽¹⁾، في حين يرى الفقيه السنهوري أن موانع الأهلية ليست لها علاقة بالأهلية إلا أنها تشترك معها في الآثار من حجر ونيابة ولا تمس أبداً بالإدراك والتمييز اللذان يعدان مناط أهلية الأداء⁽²⁾.

ويمكن أن نستخلص من هذين الرأيين للفقه أنه وبالإضافة إلى تأثير الأهلية بالسن، فأهلية الأداء تتأثر بعوارض الأهلية بصفة مباشرة، وتتأثر بموانع الأهلية بصفة غير مباشرة بحكم كمال أهلية الشخص فيها، إلا أنها تلحق بالأهلية تحت حتمية الآثار المشتركة، وعلى هذا الأساس سوف أعرض فيما يلي كل من عوارض الأهلية وموانع الأهلية تباعاً.

1 - عوارض الأهلية : تعتبر عوارض الأهلية من بين الأمور التي تعترض الإدراك والتمييز لدى الشخص، وبالتالي تؤثر على مدى أهلية الأداء لديه، وقد تظهر هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه، كما قد تطرأ عليه بعد بلوغه سن الرشد، وهذه الأعراض قد تصيب الشخص في عقله، وهي الجنون والعتة، وقد تصيب الشخص في تدبيره وهي السفه والغفلة⁽³⁾.

وقد تناول المشرع الجزائري عوارض الأهلية في كل من القانون المدني وقانون الأسرة.

(1) - مصطفى الجمال و نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق) منشورات

الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 568 .

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 279 .

(3) - عبد المنعم فرج الصمد : المرجع السابق، ص 457 .

- مصطفى السباعي و عبد الرحمن الصابوني : الأحوال الشخصية (في الأهلية والوصية والتركات)

الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1396/1397 هـ، 1978/1977 م، ص 35 .

فنص بموجب المادة 42 من القانون المدني على أنه : " لا يكون الشخص أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية متى كان فاقداً للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون .

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة " .

ونص في المادة 43 من نفس القانون على أن : " كل من لم يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون " .

ونص في المادة 81 من قانون الأسرة على 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 " .

وأوضح في المادة 85 من نفس القانون بأنه : " تعتبر تصرفات الجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه " .

وما تجب ملاحظته أن المشرع الجزائري نظم عوارض الأهلية تنظيماً يعترفه نقص دقة، فقد أورد في القانون المدني أربعة عوارض هي نفسها التي قال بها معظم الفقه، وقسمها إلى قسمين " يضم القسم الأول الجنون والعته وهما عارضان يصيبان العقل فيجعلان صاحبهما في مركز عديم الأهلية، الذي لم يبلغ سن التمييز، بينما يضم النوع الثاني السفه والغفلة، وهما عارضان يصيبان الشخص في تدبيره فيجعلان صاحبهما في مركز ناقص الأهلية، بالغ سن التمييز وغير بالغ سن الرشد، في حين أورد في قانون الأسرة ثلاثة عوارض هي : الجنون، العته، والسفه، وتغاضى عن ذكر عارض الغفلة، وجعل أصحابهم جميعاً في نفس المركز القانوني، مركز عديم الأهلية، بالنص في المادة 85 من قانون الأسرة على أن تصرفات الجنون والمعتوه والسفيه تعتبر تصرفات غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه .

2 - موانع الأهلية: تعتبر موانع الأهلية مجموع الظروف التي تحول دون تمكن الشخص البالغ الراشد سليم العقل من مباشرة تصرفاته القانونية بنفسه دون حاجة إلى من يساعده في مباشرتها، فقد يحدث أن يكون الشخص بالغ سن الرشد كامل الأهلية متمتعا بكل قواه العقلية ولم يحجر عليه، إلا أنه لا يستطيع مباشرة حقوقه المدنية بنفسه، فهو يحتاج دائما إلى من يساعده في إبرام تصرفاته القانونية، وذلك راجع إلى ظروف معينة حصرها الفقه في موانع ثلاثة وهي : مانع مادي كالغيبية، ومانع طبيعي كالعاهة المزدوجة، ومانع قانوني كالحكم بعقوبة جنائية⁽¹⁾، أعرضها في الآتي :

أ - الغيبة : تعتبر الغيبة المانع المادي الذي يحول دون تمكن الشخص من مباشرة التصرفات القانونية، شأنه في ذلك شأن المفقود الذي يشترك معه في عديد من الأحكام⁽²⁾، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام المفقود والغائب في قانون الأسرة الجزائري، فقد جاء في المادة 109 من قانون الأسرة : "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

وجاء في المادة 110 من قانون الأسرة بأن : " الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود ".

وتنص المادة 111 من ذات القانون على أنه : " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع، مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون ".

(1) - مصطفى الجمال و نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق، ص 568 .

(2) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 74 .

ويتضح من هذه المواد أن المشرع الجزائري عرّف كل من المفقود والغائب بأن اعتبر المفقود غائبا لاتعرف حياته من مماته ولايعرف حتى مكانه ولايعد مفقودا إلا بحكم، واعتبر الغائب هو الشخص الذي منعت ظروف معينة وصفها المشرع بالقاهرة من الرجوع إلى مقر إقامته ليدبر شؤونه بنفسه أو بإشرافه، واشترط المشرع لاعتبار الغياب قائما استمرار الحال على ما هي عليه لمدة سنة يتحقق معه الضرر حتما ويصبح في نفس مركز المفقود، وهذا الشرط الأخير يمهّد للنص الذي أتى من بعده والذي ينص على تعيين مقدم يقوم على شؤون هذا المفقود، والغائب الذي هو في حكمه بالرغم من أن نص المادة 111 من قانون الأسرة لم يتعرض إلا لمصطلح المفقود دون الغائب، ولكن غالب الظن أن المشرع يقصد الاثنين، ما دام أنه ألحق الغائب بالمفقود .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد وافق بتعريف الغائب والمفقود على نحو ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد وافق جمهور الفقهاء الأربعة في عمومهم، والأحناف بخصوص تعريف المفقود، أما تعريف الغائب فيوافق مفهوم " الغائب في حالة السلامة " متى عرف مكانه وحياته كما قال بذلك المشرع الجزائري، عندما ميز بين المفقود والغائب بكون أن الأول لايعلم مكانه ولا حياته، فالغائب حتما تعلم حياته ومكانه ولكن ظروفه تمنعه من العودة، ومع ذلك يبقى هذا المفهوم مجرد مقاربة، ما دام التعريف المباشر للغيبه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية لم يذكر صراحة⁽¹⁾.

وبالرغم من أن التعريف من صنع الفقه وليس التشريع عادة إلا أن المشرع قد أحسن صنعا عندما وضع تعريفين دقيقين للمفقود والغائب لسببين : أولهما عدم استقرار الفقه الإسلامي على تعريف موحد للغيبه من شأنه توضيح الرأي

(1) - خالد بوشمة : نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي (مع الإشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي) منشورات البغدادى، الجزائر ، ص ص 211 - 212 .

وضبط المفهوم حتى لا يحدث خلط بين الفقد والغيبة، وثانيهما أن بعض فقهاء القانون، وبعض القوانين المقارنة يخلطون أحيانا بين مصطلحي الفقد والغيبة فمثلا القانون المصري لم يستعمل إلا مصطلح الغيبة للتعبير عن الفقد والغيبة. بموجب نص المادة 50 من قانون المحاكم الحسبية والتي جاء فيها أن : " الغائب هو كل شخص كامل الأهلية لاتعرف حياته أو مماته، وتكون حياته محققة ولكنه هجر وطنه راضيا أو مرغما، وحالت ظروف قاهرة دون إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة، وترتب على ذلك أن تعطل مصالحه أو مصالح غيره " (1) .

ب - العاهة المزدوجة : يقصد بالعاهة المزدوجة أن تشترك في الشخص الواحد الممنوع من التصرف عاهتين على الأقل من ثلاث عاهات في آن واحد وهي : الصمم، البكم، والعمى، فالعاهة الواحدة لاتكفي لتحقيق مانع الأهلية فلا بد من اجتماع عاهتين على الأقل، كأن يكون الشخص : أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم (2)، ومن الفقه والقوانين المقارنة من يضيف حالة العجز الجسماني الشديد، كالشلل النصفى وذلك كونه يشترك معه في العلة وهي عدم قدرة صاحبه على القيام على شؤونه بنفسه (3).

ويعتبر الصمم المرض الذي يصيب الشخص في أذنيه، فيسمى أصم وصفته أنه لا يسمع، أما البكم فيسمى صاحبه أبكم وهو كذلك الأخرس وهو الشخص الذي لا يقدر على النطق ولا يتكلم، بينما العمى فهو الشخص الأعمى الذي لا يبصر ولا يرى (4).

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 284 - 285 .

(2) - عبد المنعم فرج الصمد : المرجع السابق، ص 467 .

(3) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 76 .

(4) - خالد بوشمة : نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق، ص 206 .

فإذا توافرت بالشخص عاهتين مزدوجتين في آن واحد تحقق فيه مانع من موانع الأهلية، وذلك راجع لعدم قدرته على التعبير عن إرادته لأجل إبرام تصرفاته القانونية، فهو شخص كامل الأهلية مكتمل الإدراك والتمييز، متمتعاً بكل قدراته العقلية، إلا أنه يعاني من عجز طبيعي يحول دون مباشرته لتصرفاته القانونية بمفرده⁽¹⁾، فعمل القانون على حماية مصالحه بأن قرر له مساعداً قضائياً يشترك معه في مباشرة هذه التصرفات فلا ينفرد أحدهما بالتصرف دون الآخر، وكأن المساعد القضائي يقوم بدور الإعانة على التعبير لا غير فلا يتصرف بمفرده، مثل ما هو الحال عليه في النيابة في التعاقد⁽²⁾، ويترتب على تصرف المساعد القضائي بمفرده عدم نفاذ هذا التصرف القانوني المبرم في مواجهة من قام به المانع، فلا يترتب على ذمته أي أثر، ويترتب على تصرف هذا الأخير بمفرده أن يكون التصرف قابلاً للإبطال لمصلحته⁽³⁾.

وقد تناول المشرع الجزائري مانع العاهة المزدوجة في المادة 80 من القانون المدني التي تنص على أنه : "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بتلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته .

ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

وفيه نص المادة 80 من القانون المدني أن المشرع الجزائري أخذ بالعاهة المزدوجة كمانع من موانع الأهلية دون الإشارة إلى العجز الجسماني الشديد، وأخذ أيضاً بفكرة المساعد القضائي وليس النائب في التصرف عن من قام به

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهاوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 287 .

(2) - عبد المنعم فرج الصمد : المرجع السابق، ص 468 .

(3) - مصطفى الجمال و نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق، ص 570 .

المانع وبقابلية إبطال التصرفات التي ينفرد بها هذا الأخير، دون المساعد القضائي، ويتطابق مضمون المادة 80 من القانون المدني الجزائري تماما مع مضمون المادة 117 من التقنين المدني المصري (1).

ج - الحكم بعقوبة جنائية : تعتبر العقوبة الجنائية مانع من موانع الأهلية والذي يحول دون مباشرة الشخص لتصرفاته القانونية، ويعد هذا المانع قانوني تمييزا له عن المانع المادي المتمثل في الغيبة والفقد، فرغم الاشتراك في العلة وهي تعذر مباشرة التصرفات بالنفس، إلا أن الحكم بعقوبة جنائية مؤسس قانونا وليس مجرد غيبة مادية من دون سبب قانوني، إضافة إلى أن هذا المنع يفرضه القانون كعقوبة تبعية للعقوبة الأصلية في الجنائية، تعين بموجبها محكمة الجنايات في حكمها نائبا عن الشخص المسجون طيلة مدة تنفيذ العقوبة، ويخضع هذا النائب لنفس أحكام النيابة الشرعية المطبقة والمعمول بها في الحجر القضائي، ويصطلح على هذا المانع لدى الفقه بالحجر القانوني، فالقانون رتب هذا الحرمان من التصرف كعقوبة تبعية للعقوبة المقضي بها بسبب ارتكاب جنائية وليس لنقص في إدراك أو تمييز الشخص لأي سبب كان مثل الحجر القضائي، فالشخص راشد بالغ عاقل، ولكن غلت يده في التصرف نتيجة الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية مشرعة بنص جنائي (2).

وقد أدرج المشرع الجزائري الحجر القانوني ضمن العقوبات التبعية. بموجب المادة 6 من قانون العقوبات، وأوضح المقصود منه في المادة 7 من نفس القانون قبل إلغائها بالقانون رقم 23/6 المعدل والمتمم لقانون العقوبات (3).

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 286 .

(2) - عصام أنور سليم : نظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2010، ص ص 265 - 266.

(3) - أمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم .

وقد غير المشرع الجزائري وصف الحجر القانوني من عقوبة تبعية إلى عقوبة تكميلية. بموجب المادة 9 من القانون رقم 23/6 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، وأوضحت المادة 9 مكرر من هذا القانون بأنه في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القضائي الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتتم إدارة أمواله طبقا لإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي.

والفرق بين العقوبة التبعية والعقوبة التكميلية، أن العقوبة التبعية تلحق بالعقوبة الأصلية بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم يقضي بها، فتطبق حتى ولو سكت الحكم عن ذكرها، في حين أن العقوبة التكميلية يجب النص عليها في الحكم وإلا كان مشوبا بقصور في التسبب متى كان توقيعها وجوبي، فإذا كان توقيعها اختياري جاز للقاضي الإمتناع عن توقيعها⁽¹⁾.

ثانيا : التمييز بين الحجر القضائي والحجر القانوني . عرّف المشرع الجزائري الحجر القانوني في المادة 9 مكرر من قانون العقوبات بأنه : " حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية، وتتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي " .

وعلى الرغم من وضوح تعريف المادة 9 من قانون العقوبات للحجر القانوني فقد حاول البعض من الفقه تعريفه وبيان مضمونه وآثاره، ومن بين تعريفات الفقهاء للحجر القانوني الآتي :

* الحجر القانوني هو عقوبة تفرض على الجاني الذي عوقب بالسجن المؤبد أو المؤقت، تعتبر هذه العقوبة بمثابة مانع من ممارسة أهلية الأداء، ويعد أي تصرف يصدر من المحكوم عليه بحكم التصرف الباطل بطلانا مطلقا، وهذا

(1) - عبدالله سليمان : شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام (الجزء الجنائي) طبعة 1996، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر 1996 ، الجزء الثاني ، ص 430 .

الحكم يلحق التصرفات المتعلقة بأموال الشخص دون تلك الحقوق اللازمة كالزواج والطلاق وغيرها⁽¹⁾.

* الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية " جنائية " من إدارة أملاكه والتصرف فيها، وبالرغم من أن الحجر القانوني في الواقع يتفق والمفهوم اللغوي للحجر إلا أنه غير راجع لنقص أو انعدام الأهلية، فهو لا يلامس أهلية الشخص لاضطرابات، بل راجع إلى عجز الشخص عن القيام بأموره نتيجة سحب حريته بمناسبة تنفيذ عقوبة جنائية⁽²⁾.

* الحجر القانوني هو عقوبة تبعية تهدف للحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية من خلال حرمانه من مباشرة أعماله وتصرفاته القانونية، وتعد هذه القاعدة مقررة لمصلحة المجتمع لا لمصلحة المحكوم عليه كما هو الحال في سائر أحوال نقص الأهلية أو انعدامها، ويكون للمحكوم عليه حق تعيين قيم، وإلا كان للقاضي سلطة اختيار القيم الذي يباشر مهامه طيلة مدة تنفيذ العقوبة⁽³⁾.

ويقتضى التمييز بين الحجر القضائي والحجر القانوني بيان نقاط الاتفاق ونقاط الاختلاف، اعتماداً على التذكير بتعريف الحجر القانوني بأنه الحكم الذي يُمنع الشخص بموجبه من إبرام تصرفاته المالية الإرادية.

ولنعرض فيما يلي أهم نقط الاتفاق ونقاط الاختلاف بين الحجر القضائي والحجر القانوني.

وقد عرفت الحجر القضائي بأنه الحكم الذي يمنع الشخص بموجبه من إبرام أو نفاذ تصرفاته القانونية المالية الإرادية لإصابته بعارض من عوارض الأهلية.

(1) - وحيد رضا سوار : المرجع السابق، ص 93 .

(2) - كمال حمدي : المرجع السابق، ص 227 .

(3) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 184 .

الآن وبعد عرض كل هذه التعاريف المتعلقة بالحجر القانوني والحجر القضائي جاء الدور للتمييز بين المصطلحين، وذلك من خلال الوقوف على نقاط الاتفاق ونقاط الاختلاف بين الحجرين وهذا وفق الآتي :

1 - نقاط الاتفاق: يتفق الحجر القانوني والحجر القضائي في نقطتين هما:

أ - أن كل من الحجر القانوني والحجر القضائي يتفقان في مفهوم الحجر في كليهما، وهما بذلك يوافقان المعنى اللغوي لذات الكلمة وهي المنع والحرمان، إذ يمنع المحكوم عليه سواء كان الحجر قانونيا أو قضائيا من مباشرة تصرفاته القانونية، فلا تكون هاته الأخيرة صحيحة منه إذا صدرت بعد الحكم عليه حكما نهائيا بالعقوبة الجنائية متى كان الحجر قانونيا، كما لا تصح متى صدر الحكم بالحجر كنتيجة لثبوت أي عارض من عوارض الأهلية.

ب - أن الحجر القانوني يخضع لنفس إجراءات الحجر القضائي بنص المادة 9 مكرر من قانون العقوبات .

ووفقا لمضمون هذا النص نلاحظ أن المشرع يقصد أمرين : أولهما خضوع المحكوم عليه وهو المحجور عليه قانونيا بفعل العقوبة الجنائية، إلى نظام النيابة الشرعية، شأنه في ذلك شأن المحكوم عليه حجرا قضائيا، وثانيهما هو كيفية إدارة أموال الشخص المحكوم عليه أي حكم تصرفاته قبل وبعد توقيع كلا الحجرين عليه، فهذا الأمر يكون نتيجة حتمية للأمر الأول فخضوع المحجور عليه لنظام النيابة الشرعية من ولاية أو وصاية أو تقديم يستتبع حتما تنظيم إدارة الأموال الموضوعة تحت هذا النظام بقصد حمايتها واستثمارها وبذلك يتحد ويتوافق كل من الحجر القضائي والحجر القانوني في أثر الخضوع للنيابة الشرعية ولأحكامها كقواعد إدارة الأموال من طرف النائب سواء كان وليا، أو وصيا أو مقدا .

2 - نقاط الاختلاف : يختلف الحجر القضائي والحجر القانوني في نقاط أربعة وهي :

أ - إذا كان الحجر القانوني يتفق والمفهوم اللغوي للحجر وهو المنع والحرمان الذي يحول بين الشخص المحجور عليه وتصرفاته القانونية، فإن الباعث أو السبب من هذا المنع والحرمان يختلف بين الحجر القانوني والحجر القضائي، فالحجر القضائي مثلاً يكون نتيجة ضعف يصيب عقل الشخص أو ملكاته الإدراكية والتي تؤدي حتماً إلى إنقاص أو إعدام أهليته وإرادته بحسب الأحوال، عملاً بأحكام عوارض الأهلية بينما الباعث أو السبب من المنع في الحجر القانوني هو تنفيذ العقوبة التكميلية التي تقيد حرية الشخص المحكوم عليه بجناية، ويتعذر عليه مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم كمال أهليته وسلامة عقله وإدراكه، ذلك بسبب مانع الأهلية المتمثل في العقوبة الجنائية.

ب - يختلف الحجر القانوني عن الحجر القضائي من حيث الهدف والدافع من توقيع كلا الحجرين ، فالحجر القضائي قرر لمصلحة المحجور عليه نفسه، فهو يهدف بالأساس لحماية أموال ناقصي وعديمي الأهلية متى تحقق فيهم العارض الموجب للحجر وحكم به، في حين أن المحجور عليه في الحجر القانوني يكون في الأصل كامل أهلية الأداء، ولكن عوقب بحرمانه من التصرف في أمواله كعقوبة تكميلية لعقوبة أصلية قد حكم عليه بها نتيجة لارتكابه جريمة جنائية ، فالهدف من الحجر القانوني هو مقرر لحماية المجتمع، فمن جهة هو يستهدف استكمال العقوبة الأصلية، ومن جهة أخرى يهدف إلى غل يد المحجور عليه من استخدام أمواله بنية الخلاص من السجن أو تحسين وضعيته داخل السجن من خلال التأثير على الحراس⁽¹⁾.

(1) - عصام أنور سليم : المرجع السابق، ص 265 .

ج - يختلف الحجر القانوني عن الحجر القضائي أيضا من خلال استمرار مدة الحجر، فالحجر القانوني راجع لتحقيق مانع من موانع الأهلية، وهو تنفيذ العقوبة الجنائية تحديدا، وبالتالي فمدة الحجر القانوني متعلقة حتما بمدة تنفيذ العقوبة الأصلية، فالعقوبة التكميلية تتزامن وتنفيذ العقوبة الجنائية وجودا وعدما بدءاً من النص على العقوبة التكميلية في حكم توقيع العقوبة الأصلية إلى غاية تنفيذ العقوبة الأصلية أو الإغفاء منها، في حين تمتد مدة الحجر القضائي طيلة تحقق أسبابه إلى غاية زوالها بزوال عوارض الأهلية، فتكون هذه المدة مرتبطة بوجود عوارض الأهلية من عدمها، ولكن بصفة أدق فهي تمتد من تاريخ توقيع الحجر القضائي بحكم، إلى غاية رفعه وزواله بحكم قضائي.

د - يختلف الحجر القانوني عن الحجر القضائي في مسألة الحاجة إلى الحكم في الحجر القضائي إذ أنه لا يتم إلا بحكم قضائي يتأكد من خلاله القاضي من توافر عوارض الأهلية في الشخص المراد الحجر عليه، ويبقى هذا الحجر ساريا ولا يرفع عن الشخص ولا يزول عنه بمجرد زوال العارض فلا بد لحكم قضائي آخر يقضي برفع الحجر عن المحجور عليه، ولا دخل لسلطة القاضي في توقيع الحجر القانوني، فالقانون وحده هو الذي يقرر وجوده من عدمه، فبالرغم من أن الحجر القانوني يوقع على الشخص بمناسبة صدور حكم قضائي إلا أنه في الأصل حكم متعلق بعقوبة جنائية، والحجر بقوة القانون، فالقوانين التي تأخذ باعتبار الحجر القانوني عقوبة تبعية نجد أن الحكم فيها قد لا يذكر تماما توقيع هذا الحجر ولكن حكمه معمول به قانونا، بينما القانون الجزائي والذي اعتبره عقوبة تكميلية إجبارية إستوجب ذكر توقيع الحجر القانوني في حكم العقوبة الأصلية، ولكن هذا الشرط لصحة الحكم ذاته وليس لصحة الحجر القانوني، فيكون رفع الحجر القانوني تلقائيا بانتهاء مدة العقوبة الأصلية المحكوم بها دون الحاجة لحكم قضائي يقضي برفع الحجر القانوني عن المحجور عليه.

المبحث الثاني مشروعية الحجر القضائي والحكمة منه

لا خلاف في أن الحجر القضائي المنصوص عليه قانونا يجد مشروعيته وحكمته في الفقه الاسلامي، ولو أن الفقه الإسلامي لا يعرف التمييز بين الحجر القضائي والحجر القانوني، إلا أن مشروعية وحكمة الحجر في الفقه الإسلامي تعتبران أساس الحجر القضائي في القانون، ذلك أن هذا الأخير يجد أصله في الفقه الإسلامي حتى وإن كانت التفاصيل تختلف نوعاً ما، ولكن ما دام المشرع إستفاد من الفقه الإسلامي، فحتماً يمكن القول بأن المشروعية والحكمة واحدة، ولأعرض فيما يلي مشروعية الحجر القضائي في مطلب أول، والحكمة من الحجر القضائي في مطلب ثان.

المطلب الأول مشروعية الحجر القضائي

جرت العادة أن يستدل فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية أي أمر أو موضوع، بالاعتماد على القرآن الكريم وسنة النبي ﷺ، وإجماع الفقه الإسلامي، وعلى هذا الأساس سوف أعرض مشروعية الحجر القضائي بدءاً بالكتاب ومروراً بالسنة وانتهاءً بالإجماع.

أولاً : الكتاب : لقد ورد في المصحف الكريم عدة آيات تدل على مشروعية الحجر القضائي، سأقوم بعرض أهمها :

1 - قال وَعَجَلَ فِي مُحْكَمِ تَنْزِيلِهِ : ﴿ ... فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ... ﴾ (1) .

وقد جاء في تفسير الآية الكريمة أن المقصود بالسفيه ذلك الشخص الذي حجر عليه بسبب تبذيره وسوء تصرفه في ماله، أما بالنسبة للضعيف فهو حسب

(1) - سورة البقرة : الآية 282 .

المفسرين يحتمل معنيين هما : الصغر والجنون، والذي لا يستطيع أن يمل فليل أنه الجاهل بموضوع الصواب، وعليه فالآية تتحدث عن حالة ما إذا كان الذي عليه الحق أي المدين عاجز لأحد الأسباب الثلاثة، ولا يمكنه أن يمل بنفسه خلفه في ذلك وليه الذي وجب عليه الإملاء بالعدل⁽¹⁾.

ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة هو اعتماد فكرة النيابة من الولي في استخلاف من عليه الحق متى كان عاجزاً، وقد جاء في الآية مصطلح " يمل " وهي دليل على إبرام التصرف القانوني نيابة عنه وهي بذلك توافق معنى الحجر القضائي الذي يهدف بالأساس إلى منع الشخص من إبرام تصرفاته القانونية المالية وتوكيلها إلى غيره كالولي إعمالاً لقواعد النيابة الشرعية متى ثبت للقاضي أسباب ذلك وحكم بتوقيع الحجر القضائي عليه⁽²⁾.

2 - قال ﷺ : ﴿ وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾⁽³⁾.

وقال المفسرون في معنى هذه الآية أن عبارة ابتلوا اليتامى، أي اختبروهم حتى إذا بلغوا النكاح بمعنى الحلم والبلوغ، وأما مقصود ما بعدها من إيناس الرشد ودفع المال إليهم أي دفع المال المملوك لليتيم القاصر بعد بلوغه واختباره، كما يرى المفسرون أن الرشد في الآية الكريمة يقصد به صلاح الدين وحفظ المال، فإذا ما ثبت ذلك فك الحجر عن الغلام وسلم له ماله الذي كان تحت يد وليه⁽⁴⁾.

(1) - عماد الدين أبي الفداء بن كثير القرشي : تفسير القرآن، الجزء الأول، ص 595 .

(2) - كمال حمدي : المرجع السابق، ص 183 .

(3) - سورة النساء : الآية 6 .

(4) - عماد الدين أبي الفداء بن كثير القرشي : تفسير القرآن، الجزء الثاني، ص ص 203 - 204 .

تدل هذه الآية الكريمة على مشروعية الحجر القضائي على الصغير حتى يبلغ سن الرشد وهو مصلح لدينه وماله فيرفع عليه الحجر بذلك وتسلم إليه أمواله، أما قبل ذلك فالأمر لمن ينوبه ويتصرف نيابة عنه حتى يبلغ الحلم والرشد.

3 - قال المولى عجل في كتابه الكريم : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ (1).

وفسرت هذه الآيات الكريمات على أن الله ﷻ ينهى الناس عن تمكين أموالهم المخصصة للعيش كالتجارات وغيرها للسفهاء، أي أن لا يسلموا أموالهم تلك ويجعلوها في يد السفهاء، وعبارة السفهاء اختلف الفقهاء على معناها والمراد بها في الآية، فمنهم من قال أنها تعود على الخدم، وكذلك شياطين الإنس، وهناك أيضا من قال أنها تقصد المرأة، وقال رأي آخر أنها تشير إلى اليتامى والصبيان، أما أشهر رأي وهو الراجح أنها تعني كل من النساء والصبيان.

ووجه الدلالة في هذه الآية أنها نهت الشخص عن تسليم أمواله لمن وصف بسفه، فهذا إن كان يدل على أمر فإنه يدل على جواز الحجر على السفهاء، ويرى المفسرون أن السفه أقسام والحاكم يصح له أن يقضي بالحجر متى سئل عن ذلك ممن تضرر وكانت له مصلحة في ذلك (2).

ثانيا . السنة النبوية . تصلح السنة للإستدلال بها على مشروعية الحجر القضائي من خلال التعرض لمواقف النبي ﷺ في حياته، إضافة إلى الأحاديث الشريفة التي قالها، وسأعرض بعضها للإستدلال على جواز الحجر :

1 - لقد روى عن سيدنا محمد ﷺ أنه حجر على معاذ بن جبل رضي الله عنه في ماله لقضاء دين كان عليه، فباع المال لسداد الديون (3).

(1) - سورة النساء : الآية 5 .

(2) - عماد الدين أبي الفداء بن كثير القرشي : تفسير القرآن، الجزء الثاني، ص 203.

(3) - رواه الحاكم في المستدرك على أنه حديث صحيح على شرط الشيخين .

مشار إليه في : خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 20 .

وتفاصيل هذه الحادثة أن معاذ كان شابا يشتهر بسخاءه، فكان لا يمسك عن غيره شيئا، ولأجل ذلك بقي يدان للناس حتى أغرق كل ماله بالديون، فدعاه النبي ﷺ لأن يكلم غرماءه، حتى لا يترك هؤلاء الغرماء حقهم عند معاذ لأجل رضا الرسول ﷺ، فباع النبي أموال معاذ بن جبل للغرماء بقصد سداد ديونه لديهم⁽¹⁾.

وقد استدل بهذا الموقف والحديث الشريف للدلالة على جواز الحجر على المدين متى طلب ذلك من الغرماء أو بعضهم فقط، ويجوز بذلك للحاكم بيع المال لتسديد ديون المحجور عليه، وما يؤكد هذا الاستدلال ما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : ﴿ مَنْ أَدْرَكَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ - أَوْ إِنْسَانٍ - قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ﴾⁽²⁾ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

2 - عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : ﴿ رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ : عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ ﴾⁽³⁾.

(1) - السيد سابق : فقه السنة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى " المعاملات"، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان 1391 هـ، 1971 م، (الجزء الثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر)، ص 568.

(2) - صحيح البخاري : الجامع المسند الصحيح، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1423 هـ، 2002 م، ص 578.

- صحيح مسلم : للإمام الحافظ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الطبعة الأولى، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ، 2006 م، ص 733.

(3) - المسند : للإمام أحمد بن محمد بن حنبل، الطبعة الأولى، طبع ونشر وتوزيع دار الحديث، القاهرة 1416 هـ، 1995 م، الجزء الثاني، ص 11.

- سنن أبي داود : للإمام الحافظ أبي داود سلمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، الطبعة الأولى، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، نشر دار الرسالة العالمية دمشق، الجمهورية العربية السورية، 1430 هـ 2009م، الجزء السادس، ص 454.

- المستدرک علی الصحیحین : للإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري أبو عبد الله، الطبعة الثانية، دراسة وتحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422 هـ، 2002 م، الجزء الرابع، ص 439.

والملاحظ على هذا الحديث الشريف أنه ذكر سببين موجبين للحجر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وهما الصبي والمجنون، والصبي لا يجري عليه القلم حتى يبلغ أو يحتلم، والمجنون لا يجري عليه القلم حتى يفيق .

ووجه الاستدلال في هذا الحديث يشمل صنفان من المحجور عليهم وهما : المحجور عليه بسبب الجنون، والمحجور عليهم لصغر السن، ويدل هذا الحديث عن رفع التكليف على كل مجنون حتى يفيق بمعنى يرجع إليه عقله ويبرأ من جنونه، وعلى كل صغير حتى يحتلم، أي بمعنى يبلغ ويصبح راشداً.

ويرى الفقهاء أن الصغير والمجنون وإن كانا غير مكلفين شرعاً بالنسبة للعبادات، فهما بذلك يشبهان غير المميز فلا تصح تصرفاتهما ما دام الصغير والمجنون قائمان، فلا يعتد بشرائهما وبيعهما حتى يزول سبب الحجر الموجب لتوقيعه عليهما⁽¹⁾.

3 - روي عن سيدنا محمد ﷺ أنه جعل مكنة لحبان بن منقذ، وقد قبل أيضاً أنه منقذ نفسه، حيث جعل لهذا الرجل الخيار في بيعه لثلاث أيام، فإن أراد أمسك وتم بيعه، وإن أراد رد البيع ولم يتم بيعه⁽²⁾.

وقد اشتهر على هذا الرجل أنه يغبن في البيوع فيشتري بالثمن الكثير ما لا يشتريه غيره بالثمن القليل، كما قد عُرِفَ عليه أنه رجل ضعيف لا يرى لمرض في بصره، وبه أيضاً أذى برأسه، إلى جانب ثقل في لسانه حتى جاء على لسان الراوي أنه سمعه يقول : لاخذابة لا خذابة، بدلا من لا خلابة لا خلابة، فأتى أهله الرسول ﷺ يسألونه الحجر عليه بسبب ضعف عقله وتبذير ماله، فلما دعاه النبي ﷺ ونهاه عن البيع، أجابه : إني يارسول الله

(1) - أسامة عبدالعليم الشيخ : المرجع السابق، ص 89 .

(2) - سلمان نصر : أسباب الحجر المبطله للتصرفات المالية في المذهب المالكي، مجلة الإحياء، العدد التاسع، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1426 هـ، 2005 م، ص 161 .

لا أصبر على البيع ساعة، فقال ﷺ : " إن كنت غير تارك البيع فقل هاء وهاء ولا خلافة " (1).

وقد اختلف الفقهاء حول مدلول الحديث، وموقف النبي ﷺ ، فيرى الإمام أبو حنيفة أن هذا السبب غير كاف لتوقيع الحجر حيث يعتبر أن هذا الحديث يكاد يكون دليلاً صريحاً لعدم جواز الحجر، ذلك أن الرسول ﷺ جعل للرجل حلاً آخر، وهو خيار الثلاث لئالٍ لإيجاز البيع أو إبطاله، وهذا خروج عن القاعدة الأصلية، وهي اعتبار البيوع من العقود الباتة التي لا رجوع فيها إعمالاً لمبدأ استقرار المعاملات، كما أن الإمام يرى أن الحجر إن كان مشروعاً لكان النبي ﷺ قد وقعه على هذا الرجل لما طلب أهله ذلك منه، إلا أن النبي قد أقر له حلاً آخر مكان الحجر، فدل ذلك حسب رأيه أنه لا يجوز الحجر.

أما رأي الجمهور فكان على خلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة، فالأئمة الثلاثة يرون بوجوب الحجر على من يغبن في البيوع، فهو يبذر دون أن يشعر ودليلهم لجواز الحجر على الرجل لهذا السبب أنه إن لم يكن مشروعاً لما طلبه أهل الرجل، وأكثر من ذلك فإن طلبه وهو غير مشروع لأنكره الرسول، ولكنه لم يفعل ذلك ﷺ ، وبهذا نقل إلينا، وبالرغم من أن الرسول ﷺ لم يوقع فعلاً الحجر وأعطى الرجل خيار الثلاث أيام إلا أن هذا الأمر غير كاف لإثبات عدم جواز الحجر، ذلك أن الجمهور أرجع هذا الخيار بدل الحجر إلى خصوصية الواقعة، أي دون تعميم ذلك أنه نهى الرجل عن البيع، إلا أن هذا الأخير أجابه بأنه لا يستطيع ولا يصبر عن البيع ساعة كتعبير عن كثرة بيعه، فجعل له الرسول ﷺ الخيار ثلاثاً ما دام أنه غير تارك البيع، فهذا الحكم مخصوص له لطبعه دون سواه، مما اشتركا معه في السبب (2).

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415 هـ، 2005 م، الجزء التاسع، ص 208 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 209 .

ثالثاً، الإجماع، ويعني الإجماع أن يجتمع فريق من الصحابة أو الفقهاء أو العلماء على رأي معين ولا يعرف لهم مخالف في ذلك الأمر، فيكون بذلك إجماعاً باتفاق أغلبهم، ومن أمثلة هذا الإجماع الآتي :

1 - لقد أجمع العلماء على مشروعية الحجر - الحجر القضائي وفق المصطلح القانوني - على كل من الصبي الذي لم يبلغ، وكذلك المجنون والمعتوه، وبذلك فلا تصح منهم التصرفات القولية أي القانونية متى صدرت والصبي لم يبلغ والمجنون والمعتوه لم يشفيا من مرضهما، فلا يرفع عنهما الحجر، وبالتالي وجب تعيين من ينوب عن المحجور عليه في إبرام التصرفات والعقود ما دام الأصل ممنوع بتوقيع الحجر عليه، وبهذا قال ابن حزم على إجماع مختلف العلماء والفقهاء على توقيع الحجر ومشروعيته بالمفهوم السابق ولم يعرف مخالف لذلك⁽¹⁾.

2 - الإجماع في رأي الصحابة رضي الله عنهم في قضية عثمان لما مر بأرض سبخة كان عبدالله بن جعفر قد اشتراها بستين ألف درهم فقال : ما يسرني أن تكون لي بنعل، كناية على أنه لن يرضى بشرائها مقابل نعل، مشيراً إلى أن بن جعفر قد غبن فيها، فلما لقي علياً قال له : أما تقبض على يد ابن أخيك؟ اشترى أرضاً ما يسرني أن أتملكها بنعلي، فقال عليٌ بحميا عليه : لأحجرن عليه، فلما سمع عبدالله بن جعفر الخبر هرع إلى الزبير ابن العوام وأخبره بذلك، فقال له الزبير : لا تبالي وأنا شريكك، ثم جاء بعدها علي إلى عثمان وسأله أن يحجر على عبدالله بن جعفر فرد عثمان قائلاً : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير؟⁽²⁾.

(1) - ابن حزم : مراتب الإجماع، 58/01 .

مشار إليه في ، خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 21 .

(2) - محمد بن إدريس الشافعي : الأم، الطبعة الثالثة، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، 1426هـ، 2005 م، الجزء الرابع، ص 461 .

وقد قال صاحب الذخيرة بشأن هذا الأمر : أنه لم ينكره أحد من الصحابة، فأصبح بذلك إجماعاً، فالعادة عند الصحابة إذا انتشر فعل في السلف والخلف ولم يوجد من ينكره صار بذلك إجماعاً⁽¹⁾.

وأكد هذا الإجماع صاحب شرح التلقين حيث اعتبر هذا الحادث "كالإجماع الذي لا ينبغي أن يخالف"، فالأصوليين حسب رأيه متى عرفوا تصرفاً لدى الصحابة لم يعرف له مخالف عُدَّ حجة، ذات إجماع لايسوغ خلافها⁽²⁾.

ويدل إجماع الصحابة والعلماء على مشروعية الحجر في الفقه الإسلامي ووجه الاستدلال في هذه الحادثة المذكورة أعلاه يظهر من خلال تعامل الصحابة رضي الله عنهم مع فكرة الحجر وعدم إنكار الفكرة من أحد منهم ، ففي المثال السابق لو كان الحجر غير مشروع وغير معروف لأنكره غالبيتهم، فترى مثلاً عثمان ينصح علي بالحجر على ابن أخيه عبدالله بن جعفر، كما أن علي وافقه الرأي وفكر في أن يحجر عليه، ثم أن عبدالله بن جعفر لما لجأ إلى الزبير أخبره بأنه سيشاركه ولم يخبره بأنه لا يمكن الحجر عليه، وما يؤكد ذلك أيضاً أن علي لما سأل عثمان الحجر على ابن أخيه أجابه أنه لا يمكن ما دام الزبير شريكه، ولم يقل له لا يجوز الحجر على البالغ، فدل ذلك على خصوصية السبب في عدم توقيع الحجر وليس أن الحجر لا يصح، فمن كلاهما يظهر أن الحجر كان معمولاً به عند الصحابة.

3 - رُوِيَ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهَا قَالَتْ إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسَقَا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ وَاللَّهِ يَأْبُنِي مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنِيَّ بَعْدِي مِنْكَ

(1) - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : المرجع السابق، ص 226 .

(2) - عبدالله المازري : المرجع السابق، ص 205 .

وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادًّا عِشْرِينَ وَسَقًّا فَلَوْ كُنْتُ جَدِّتِيهِ وَاحْتَزَّتِيهِ كَانَ لَكَ وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكَ وَأُخْتَاكَ فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ ... " (1).

ويقصد بالنحل العطايا والهبات ابتداء من غير عوض، ومفردتها نحلة (2)، ومفاد الواقعة أن أبا بكر وهب ابنته وزوجة النبي ﷺ عائشة رضي الله عنها ولكنها لم تقبض الهبة، فلما أوشك على الموت حدثها بأنها تدخلها في الميراث ما دامت لم تقبضها.

وقد روى هذه الحادثة عروة بن الزبير، وعلي بن أبي طالب وإبن مسعود رضي الله عنهم ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة، وقد قالوا أنهم قاسوه عن الوصية، فاعتبر ذلك إجماعاً على الحجر على الشخص إذا أوشك على الموت (3)، ويكون هذا الحجر متعلقاً بما زاد عن الثلث إذ يعتبر ذلك المال حقاً للورثة، لم يجز للمورث التصرف فيه.

قد سبقت الإشارة إلى أن مشروعية الحجر القضائي في القانون هي نفسها المشروعية التي تناولها فقهاء الشريعة الإسلامية ذلك أن القانون أخذ بالحجر القضائي من الفقه الإسلامي، والمشروعية هي الدليل الذي يثبت لنا جواز أو عدم جواز فكرة قانونية كالحجر القضائي، فهي بالتالي الشكل الظاهري لحكم الحجر القضائي في القانون الجزائري من مجموع القواعد القانونية التي تجيزه أو تمنعه، ولأعرض فيما يلي مشروعية الحجر القضائي في كل من القانون المدني وقانون الأسرة :

(1) - جاد الدين عبدالرحمن السيوطي الشافعي : تنوير الحوالك، شرح على موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص ص 222 - 223 .

(2) - محمد إبراهيم الحفناوي : المرجع السابق، ص 615 .

(3) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلس : المحلى بالآثار، الجزء السابع، تحقيق : عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ص 615 .

1 - مشروعية الحجر القضائي في القانون المدني الجزائري : لقد أورد

المشرع الجزائري بعض أحكام الحجر القضائي في المواد 38، 40، 42، 44 من القانون المدني وذلك بمناسبة حديثه عن الأهلية، وسوف أكتفي بعرض مواد القانون المدني الأكثر دلالة على مشروعية الحجر القضائي بنص القانون.

ولعل أن أهم مواد القانون المدني دلالة على مشروعية الحجر القضائي المادة 40 منه التي تنص : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة ".

وتحدد هذه المادة السن القانونية لبلوغ الرشد، وهي تسعة عشر سنة كاملة، فمتى بلغ الشخص الطبيعي هذه السن اعتبر كامل أهلية الأداء لمباشرة حقوقه المدنية ولكن بشرط أن لا يحجر عليه، فإن كان الشخص غير متمتع بقواه العقلية وتم توقيع الحجر عليه عد غير كامل الأهلية ولا تصح تصرفاته القانونية، وما يؤكد هذا الكلام بشكل واضح هو مضمون المادتين 42 و 43 من القانون المدني، إذ تنص المادة 42 على أنه : " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون . يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة ".

وتضيف المادة 43 من القانون المدني بأن : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون ".

ويتضح من مضمون المادتين 42 و 43 من القانون المدني أن الشخص الطبيعي قبل بلوغه سن الرشد يعتبر غير كامل أهلية الأداء، ولا يصح أن تصدر منه مختلف التصرفات القانونية، وإذا بلغ هذا الشخص سن الرشد وكان غير متمتع بقواه العقلية بأن أصابه عارض من عوارض الأهلية فيكون قابلاً لتوقيع الحجر عليه.

ب - مشروعية الحجر القضائي في قانون الأسرة الجزائري : لقد أورد المشرع الجزائري أحكام الحجر في المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة، وذلك في الفصل الخامس من الكتاب الثاني تحت عنوان : " النيابة الشرعية " .

وأشارت المادة 86 من قانون الأسرة إلى فكرة الحجر القضائي باشتراطها عدم توقيعه لاعتبار الشخص كامل الأهلية إذا بلغ سن الرشد، وقد ورد هذا النص في الفصل الأول المعنون بـ : " أحكام عامة " من الكتاب سالف الذكر .

ويعتبر التقسيم السابق ذكره وبما فيه من تخصيص لفصل يتناول الحجر القضائي بمثابة حجية على مشروعية الحجر القضائي، ولكن هذا لا يمنع من ذكر بعض المواد من قانون الأسرة التي من شأنها إعطاء دلالة شافية على مشروعية الحجر القضائي.

أ - المادة 101 والتي تنص على أنه : " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " .

ب - المادة 103 التي تنص على أنه : " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر " .

ج - المادة 108 التي تنص على أنه : " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه " .

ويتجلى من إستقراء المواد 101، و 103، و 108 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري قد نص على جواز توقيع الحجر، ثم حدد كيفية توقيع هذا الحجر وهو الحكم القضائي مع إمكانية الاستعانة بالأطباء للوقوف على مدى توافر أسباب الحجر من عدمها، وأشار إلى إمكانية رفع الحجر متى زالت الأسباب الموجبة لتوقيعه .

المطلب الثاني

الحكمة من تشريع الحجر القضائي

إن مشروعية الحجر القضائي في الفقه الإسلامي وفي القانون الجزائري، تقتضي أن تكون الحكمة منه موحدة فقها وقانونا أصالة عن الفقه الإسلامي وتتبعاً قانوناً على اعتبار أن القانون الجزائري يجد أصل أحكامه في الفقه الإسلامي.

والمعلوم أن الدين الإسلامي يهدي لما هو أقوم وأصح لمصلحة الأفراد والمجتمع، فهو طوق النجاة الذي لن يهلك متبعه أبداً، فكل شئ شرعه الله يهدف بالأساس إلى جلب مصلحة، أو دفع مفسدة، وتأكيداً لذلك، سنحاول جمع أهم الحُكَم التي توضح الغاية من تشريع الحجر القضائي، والفائدة التي تعود على الناس أفراداً وجماعات أو دول بأسرها، في الآتي :

1 - إن الحجر القضائي شُرِعَ أصلاً لحفظ المال ومصالح أصحابه، فالمال لدى الفقه الإسلامي يعتبر مملوكاً بداية إلى الجماعة ثم إلى الأفراد بقصد استثماره ثم نفع النفس والغير من ذلك المال، فالحكمة من الحجر القضائي هي حفظ مال الشخص المحجور عليه من نفسه حتى لا يتلفه، فقد شرع هذا الحجر لمصلحة المحجور عليه، لأنه لو تصرف لأفسد أكثر مما نفع، ولذلك وجب منعه حماية له وصيانة لماله بجعله تحت يد من ينوبه في استثمار وحفظ ماله، وهذا لتحصيل المنافع ودرء المضار⁽¹⁾.

2 - أن الحجر القضائي شُرِعَ أيضاً لحماية أموال المتعامل مع المحجور عليه من جهة، وحماية أموال المحجور عليه نفسه من جهة أخرى، مع الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا حول حكمة الحجر على السفیه، فمنهم من يرى أن الحجر شرع لحماية أموال السفیه، شأنه في ذلك شأن الصبي والمجنون والمعتوه، ويرى

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 23 .

الغالب في الفقه أن الآية الكريمة فصلت في الأمر بأنها نهت المتعاملين مع السفية⁽¹⁾.

3 - أن الحجر القضائي، شرع لحماية الغير المتعامل مع المحجور وهذا راجع إلى بعض تقسيمات الحجر لدى الفقهاء في الفقه الإسلامي وبالتحديد المتعلقة بالتقسيم المبني على المصلحة المرجوة من توقيع الحجر، فالعلماء قد ميزوا بين نوعين من الحجر، أولهما الحجر لمصلحة المحجور عليهم أنفسهم، وثانيهما الحجر لمصلحة الغير، أو لحق الغير المتعامل مع المحجور عليه أو صاحب الحق عليه⁽²⁾، وهذا التقسيم الأخير هو الذي يعنينا في هذا المثال، إذ أن الشخص إذا كان لديه حق على شخص عاجز عن سداد ذلك الحق فقد شرع المولى **وَعَجَّلَ الحجر القضائي لحماية حقوق هذا الشخص لدى المحجور عليه فيمنع من التصرف حتى يتسنى للغير إستيفاء حقوقه دون إلحاق الضرر والخسائر به، ومثال ذلك الحجر على المدين المفلس متى عجز عن سداد ديونه، **وَعُدَّ** كنتيجة لذلك أنه مفلس⁽³⁾.**

4 - أن الحجر القضائي شرع صيانة لمصالح الغير ولكن غير المتعاملين مع المحجور عليه ولكن من ذوي الحقوق عليه، ونقصد بهذا الخلف العام للشخص الطبيعي أي ورثته، حيث يمنع الشخص من التصرف في أمواله وتبطل إذا تمت فعلا متى كان في مرض الموت، وهذا الحجر لا يكون شاملا لكل أموال المريض مرض الموت، ولكن يتعلق بما زاد عن الثلث من ماله، فيصح بذلك تصرفه في حدود الثلث، ويبطل فيما دون ذلك رعاية لحقوق الورثة لقرب أجل المريض مرض الموت الذي يعتبر من بين أسباب الحجر في الفقه الإسلامي⁽⁴⁾.

(1) - كمال حمدي : المرجع السابق، ص 203 - 204 .

(2) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 93 .

(3) - السيد سابق : المرجع السابق، ص 574 .

(4) - حمدي عبد المنعم شلبي : المرجع السابق، ص 69 .

- محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته)

دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1987 م ، ص 339 .

5 - أن الحجر القضائي شرع فيما يتعلق بالزائد عن الثلث وليس كل المال، وتختلف هذه الحكمة مع سابقتها في الفئة المحمية إن صح القول أو بتعبير آخر الجهة التي قرر لمصلحتها الحجر القضائي، ففي الحكمة السابقة الحجر شرع لمصلحة الورثة، وهذه الأخيرة قرر لصالح الزوج فلا يصح التصرف للمرأة المتزوجة فيما زاد عن الثلث من مالها إلا بإذن زوجها لما له من سلطة عليها تدعوا لتشريع مثل هذا الحجر لصالح الزوج على زوجته⁽¹⁾.

ويضيف البعض من الفقهاء المعاصرين حكمة أخرى تبعا لتبنيهم نوع جديد من الحجر أصطلح عليه بالحجر الصحي يتفق دائما والمعنى اللغوي لكلمة الحجر وهو المنع، وقد وضعت الموسوعة العربية العالمية تعريفا للحجر الصحي بأنه : " عزل أشخاص بعينهم، أو أماكن، أو حيوانات، قد تحمل خطر العدوى، تتوقف مدته على الوقت الضروري لتوفير الحماية في مواجهة خطر انتشار أمراض بعينها "⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يرى هذا الفريق من الفقه أن الحكمة من توقيع هذا الحجر الصحي هي صيانة البيئة حيث يؤدي ذلك حتما للمحافظة على النفس والمحافظة على الأجيال من خلال التصدي لمختلف الأمراض وكذلك معالجة أسباب العدوى والوقاية بشتى طرقها، وهذا المظهر الخارجي لممارسة الحجر الصحي يهدف بالأساس إلى طرح الأمان والبعث بالاطمئنان في نفوس الأفراد والمجتمع ككل، وهذا أحد أسمى أهداف الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

(1) - سلمان نصر : المرجع السابق، ص ص 162 - 163 .

- أحمد الدردير : الشرح الصغير، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، الجزء الثالث، ص ص 160 - 161 .

(2) - رمزي بن ضيف الله : موحبات الحجر الصحي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة حمّة لخضر، الوادي، الجزائر، العدد 22، السنة 13، 1437 هـ، 2016 م، ص 47 .

(3) - رمزي بن ضيف الله : المرجع نفسه، ص ص 52 - 53 .

الفصل الثاني

أسباب الحجر القضائي

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تختلف أسباب الحجر القضائي باختلاف آراء الفقهاء بخصوصها، ولو كان الحجر القضائي في الفقه القانوني، ومن حدى حده من قوانين كالقانون الجزائري، يتفق في معناه مع معنى الحجر في الفقه الإسلامي، مما يستتبع وجود بعض الأسباب مشتركة بينهما، والتي تصلح لتوقيع الحجر على المحجور عليه، وإن كانت غير متطابقة في عددها وفي شروطها، إذ نجد أن الفقه الإسلامي أخذ بعدد أكبر مقارنة بنظيره القانوني، حتى أن تلك الأسباب المشتركة تختلف في بعض شروطها وجزئياتها، فلا نجد السبب المشترك حكما واحدا في القانون والفقه الإسلامي، ولذلك وجب عرض أسباب الحجر القضائي في الفقه الإسلامي في مبحث أول، وأسباب الحجر القضائي في القانون الجزائري في مبحث ثان.

المبحث الأول

أسباب الحجر القضائي في الفقه الإسلامي

تناول الفقه الإسلامي أسباب الحجر على طريقتين، أما الطريقة الأولى فتتمثل في ذكر أسباب الحجر مكررة وموزعة نسبة لكل مذهب من المذاهب الفقهية الأربعة المعتمدة⁽¹⁾، وأما الطريقة الثانية فتتمثل في عرض أسباب الحجر متتابعة مع الوقوف على أهم الاختلافات الفقهية المتعلقة بالسبب المذكور متى وجدت، ولعل أن الطريقة الثانية هي المثلى على أساس تفادي كثرة التكرار وكذا تباعد الأفكار المترابطة من جهة، بالإضافة إلى تشتت ذهن القارئ وصعوبة التركيز لتذكر مختلف التفاصيل المتعلقة بالسبب الواحد، وتصنف أسباب

(1) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة، طبعة جديدة، دار الغد الجديدة، المنصورة، مصر، 1426 هـ، 2005 م، ص 601 و 605.

الحجر وفقا للطريقة الثانية إلى أسباب متفق عليها وأسباب مختلف فيها⁽¹⁾، ولأعرض فيما يلي أسباب الحجر القضائي المتفق عليها في مطلب أول، وأسباب الحجر القضائي المختلف عليها في مطلب ثاني.

المطلب الأول

أسباب الحجر القضائي المتفق عليها

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية في المذاهب الأربعة، إلا على ثلاث أسباب من شأنها أن توجب الحجر القضائي، وما دون ذلك من الأسباب لم يعرف له تعميم عندهم، فمنهم من يقول بصلاحياتها لتوقيع الحجر، ومنهم من يرى عدم جواز الحجر على من تحققت به تلك الأسباب.

ولأعرض فيما يلي أسباب الحجر القضائي المتفق عليها لدى فقهاء المذاهب الأربعة وهي : الصبا، الجنون، العته، ومن الفقه من يضيف الرق⁽²⁾.

أولا : الصبا (الصغير) . يعتبر الصبا أو الصغر - بصحة الاصطلاحين - الوصف الذي يتخذه الإنسان منذ ولادته إلى حين أن يبلغ الحلم، ويسمى الإنسان في هذه المرحلة بالصبي أو الصغير، وذلك راجع إلى نقص يشوب تكامله في القوى البشرية الطبيعية، سواء كانت جسمانية أو عقلية⁽³⁾.

وقد اتفق العلماء على الحجر على الصبي أو الصغير ولهذا السبب لا يدفع إليهما أموالهما حتى يتحقق فيهما خصلتين، وهما : البلوغ والرشد، ويوجب الفقهاء في المذاهب الأربعة اجتماع الخصلتين حتى ينتهي الحجر ويدفع المال إلى صاحبه، فلا يصح الاكتفاء بالبلوغ دون الرشد أو العكس⁽⁴⁾، وهذا مصداقا

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 95 .

- بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 94 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 199 .

(3) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 602 .

(4) - أسامة عبدالعليم الشيخ : المرجع السابق، ص 95 .

لقوله **وَعَجَلٌ** : ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾ (1).

وتدل هذه الآية على عدم جواز الاكتفاء بالبلوغ، وإنما تشترط الآية الكريمة على اختبار وتجريب الصبي أو الصغير حتى يتحقق من رشده، فإن كان كذلك دفعت له أمواله كونه صار بذلك أهلاً للتصرف (2).

والبلوغ هو الاحتلام، فيقال بلغ الحلم وبذلك ينتقل الصغير من مرحلة الطفولة إلى مرحلة الرجولة، فهي بهذا المفهوم تعني انتهاء فترة ومرحلة الصغر فيصير الشخص مكلفاً شرعاً بالعبادات (3).

ويعلم البلوغ بإحدى الأمارتين، إما علامات البلوغ وإما سن البلوغ متى لم تظهر هذه العلامات عند الصغير أو الصغيرة، وعلامات البلوغ منها ما هو مشترك بين الذكر والأنثى، ومنها ما تختص به الأنثى دون الذكر.

أما العلامات المشتركة فهي نبات الشعر الخشن حول قبل الذكر والأنثى، وبهذا قال الجمهور وخالفهم في ذلك أبو حنيفة الذي يرى أن نبات شعر القبل شأنه شأن نبات سائر الشعر في الجسد، أما ثاني العلامات فقد قال بها المالكية دون باقي المذاهب وهو نتف الإبط، وفرق أرنبه الأنف وغلظ الصوت، وثالث هذه العلامات هو خروج المني، فإن كان في اليقظة فقد سماه الفقه بالإنزال، في حين إن كان في منام ونوم، فقد سماه الفقهاء بالإحتلام، وهذه العلامة متفق عليها، أما العلامات التي تختص بها الإناث دون الذكور، فهما الحيض والحمل، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة.

(1) - سورة النساء : الآية 6 .

(2) - محمد بن إدريس الشافعي : المرجع السابق، ص 451 .

(3) - أسامة عبدالمعطي الشيخ : المرجع السابق، ص 9 .

وقد أورد الفقهاء حلا ثانيا للإستدلال على البلوغ متى لم تظهر علامات البلوغ السابق ذكرها، وهذا الحل يعتمد بالأساس على السن الذي اعتبره كل مذهب كاف كحد أقصى لبلوغ الصغير والصغيرة.

فقد اعتبر أبو حنيفة أن بلوغ الذكر يكون عند بلوغ الثامنة عشر، والأنثى تبلغ بتمام السابعة عشر حتى ولو غابت العلامات، وقد ذهب المالكية إلى اعتبار الثامنة عشرة هي السن التي تحدد البلوغ للذكر والأنثى على حد سواء، ومنهم من قال بأن البلوغ يتحقق بمجرد الدخول في السنة الثامنة عشر لكليهما، وقد إتفق المذهبان الأخيران وهما الشافعية والحنابلة على اعتبار أن سن البلوغ واحدة عند الذكر والأنثى وهي سن الخامسة عشر مستندين في ذلك لحديث عبدالله ابن عمر رضي الله عنهما حيث عرض على النبي صلى الله عليه وسلم للجهاد، وكان يبلغ أربعة عشر سنة فلم يجزه ثم عرض عليه بعد ذلك بعام وهو في الخامسة عشرة من عمره فأجازه، فاعتبروا ذلك دليل كاف على البلوغ، وإلا فما كان النبي صلى الله عليه وسلم ليحيزه⁽¹⁾.

ويتضح مما سبق أن البلوغ وحده لا يكفي لانتهاه ورفع الحجر عن الصبي أو الصغير فلا بد من إيناس الرشد عملا بقول وَعَجَلٌ في الآية التي تتحدث عن ابتلاء اليتامى، بمعنى اختبارهم كما جاء في التفسير .

والرشد هو البصيرة ورجحان العقل في المعاملات المالية، فيكون حسن التصرف في المال ظاهرا على الشخص الرشيد، وبهذا قال جمهور الفقهاء، في حين ذهب الإمام الشافعي إلى اعتبار الرشد هو الصلاح في الدين والمال⁽²⁾، فمتى تحقق هذا الرشد أعتبر ذلك سببا لرفع الحجر عن الصغير والصغيرة والصبي والصبية، ورفع الحجر وانتهائه يكون بدفع أموال المحجور عليهم بعد التأكد من رشدهم واختبارهم على اتفاق المذاهب الفقهية الأربعة وذلك لأجل التحقيق

(1) - عبدالله بن محمد الطيار : المرجع السابق، ص ص 154 - 155 .

(2) - أسامة عبدالعليم الشيخ : المرجع السابق، ص ص 96 - 97 .

من صلاح الرشد بقصد حفظ مال القاصر والصغير من الضياع، وهو ذات الغرض من الحجر الذي شرع لحفظ مال المحجور عليهم من الضياع حتى يبلغ ويكون رشيدا.

ولما كان الأمر كذلك، فإن الحجر على الصغير يكون منذ الولادة ويستمر إلى غاية البلوغ وإيناس الرشد فلا يكفي البلوغ وحده بل وجب تحقق الرشد كذلك، فمتى تأكد رشد القاصر أو الصبي رفع عنه الحجر وسلمت له أمواله، فيرى فقهاء المذهب الحنفي أن الرشد لا يتحقق إلا ببلوغ سن الخامسة والعشرين، وهذا قول أبي حنيفة، بينما يرى أصحابه أن الرشد هو الموجب لدفع المال فلا يستحق ذلك الدفع ولو بلغ مئة سنة، أما الشافعية فإنهم يعتبرون الصغير أو الصبي قد رشد إذا تحقق صلاحه في ماله ودينه، فصلاح المال يكون بعدم تبذير المال في الشهوات والمحرمات، وكذلك عدم تضييعه للمال بغبن فاحش في البيوع أو الشراء، وصلاح الدين يكون بعدم الإصرار على ارتكاب صفائر الذنوب، وقد إتفق المالكية والحنابلة على أن الرشد لا يتحقق في الصغير أو الصبي إلا بصلاح حفظه لماله، إذ أن المذهبين لا يشترطان صلاح الدين، وعليه فالمال يسلم للمحجور عليه ببلوغه ورشده أي حسن تصرفه في ماله، وينفرد المالكية بأمر آخر وهو اشتراط الزواج للصغيرة والصبية من أجل دفع مالها إليها، إذ أن البلوغ والرشد لا يكفيان الأنثى لتسلم مالها إذ لا بد من زواجها ودخولها⁽¹⁾.

والقاعدة الأصلية في انتهاء أو رفع الحجر أنه يتحقق دون الحاجة إلى حكم الحاكم أو القاضي إذ أن المولى **وَعَجَلَ** أمر بدفع المال حال زوال الحجر، بمجرد إيناس الرشد، فما دام الحجر على الصغير يوقع دون الحاجة إلى حكم الحاكم فزواله يجب أن يكون كذلك، لكن استثناءا أجاز اشتراط حكم القاضي، إذ يعتبر في هذه الحالة زيادة تمنع الدفع عند وجوبه من غير حكم القاضي وخلافا

(1) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 603 - 604 .

للنص ولكن لمصلحة الصبي أو الصغير حتى يكون الحاكم أو القاضي هو المشرف على بيان رشده من عدمه⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد لم تتفق آراء الفقهاء في المذاهب الأربعة على قول واحد، ففقهاء المذهب الحنفي قالوا بوجوب اختبار القاصر لبيان الرشد من عدمه، فإن تبين دفع له ماله دون الحاجة لحكم الحاكم، ولو تبين عدم رشده منع عنه ماله حتى الخامسة والعشرين عند أبي حنيفة، أما أصحابه، فقد قالوا باستمرار الحجر عليه إلى غاية رشده حتى ولو بلغ المائة سنة، وذلك على أساس السفه وليس الصغر، ولهذا يرى أبو حنيفة بوجوب الحجر إلى غاية الخامسة والعشرين فقط، إذ أن السفه غير موجب للحجر على رأيه فيبلوغ هذه السن تدفع الأموال لصاحبها لانتهاء الصبا ولو كان سفيها⁽²⁾.

وقد وضع المالكية عديد الحلول بحسب مختلف الحالات الممكنة، ومن أهم هذه الحلول أنهم يميزون بين لو كان الصبي أو الصغير مؤلّى عليه أو غير مؤلّى عليه، ففي هذه الحالة لو كان تحت ولاية الأب خرج منها بمجرد تحقق الرشد، أما إذا كان تحت ولاية الوصي أو المقدم فيحتاج إلى فك من الحاكم أو القاضي، ذلك أنهم يرون أن الصبي إذا دخل في ولاية الوصي أو المقدم كأنه حجر عليه، وهذا الحكم معمول به متى بلغ الشخص معلوم الرشد، فلو بلغ مجهول الحال فأشهر رأي يقول بعدم إخراج الصغير من الحجر بمجرد البلوغ، أما إذا كان القاصر أو الصبي غير مؤلّى عليه - بأن مات أباه أو غاب من دون إيضاء عليه كما لم يقدم عليه الحاكم - فإن كان بلغ معلوم الرشد فأفعاله كلها صحيحة بعد رشده، مراعاة ليطمه وحفظا لماله، أما إذا بلغ مجهول الحال فإن أفعاله جائزة صحيحة، وهذا قول فقهاء المذهب المالكي دون اختلاف، أما ما تعلق ببلوغ

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 96 .

(2) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 602 .

الصغير معلوم الرشد فهو قول مالك وكبار أصحابه على اختلاف أربعة أقوال ذكرنا أشهرها.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن فك الحجر في المذهب المالكي لا يكون دائما بحكم الحاكم بل يكفي فقط اشهاد الشهود على إطلاق التصرف لمن هو تحت ولايته⁽¹⁾.

ويرى الشافعية أن الحجر على الصغير أو الصبي يكون للأب والجد دون الحاجة إلى القاضي أو الحاكم ونفس الشيء بالنسبة إلى رشد الصغير أو الصبي وهذا عملا بمبدأ أن ما ثبت بلا قاض فزواله لا يحتاج إلى قاض، كما أنهم ميزوا بين الصغير والصبي الذي هو تحت ولاية الأب والجد، وبين من كان له وصي أو مقدم، فاختلفوا في هذه الحالة على قولان : أولهما يتفق مع ما سبق ذكره، أما ثانيهما مفاده أن فك الحجر في هذه الحالة يكون للقاضي أو الحاكم، لأن الرشد هنا مسألة اجتهاد كلف بها القاضي دون سواه فلو بلغ الصغير أو الصبي رشيدا فك عنه الحجر وإن بلغ سفيها أو فاسقا استمر عليه الحجر، فهذان العارضان يمثلان إن صح القول نواقض الرشد حسب مفهوم الرشد في المذهب الشافعي، فالأول وهو " السفه " يلحق بصلاح التصرف في المال فيعدمه، أما الثاني فهو " الفسق " فيلحق هو الآخر بالصلاح في الدين فيعدمه، ومن إلحاق به أحد هذين الأمرين عد غير رشيد، إلا أن أصحاب هذا المذهب اشترطوا أن يكون الفسق مضيعا للمال، كالقمار والزنا والخمر، فإن كان غير مضيع للمال، كالشح وعدم الزكاة والصلاة فلا يعتبر سببا للحجر⁽²⁾.

وقد اتفق فقهاء المذهب الحنبلي على أن الصغير أو الصبي إذا رشد وبلغ زال عنه الحجر من غير حاجة إلى القاضي ودفع إليه ماله، ويستحب الفقهاء أن

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 96 - 97 .

(2) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 604 .

يكون إيناس الرشد ودفع المال ببينة، ومنهم من يذهب إلى أكثر من ذلك وهذا باستحباب أن يكون الدفع بإذن القاضي، ولا يؤثر الفسق على الرشد لدى فقهاء هذا المذهب، فلو صلح تصرف الصبي بعد البلوغ في ماله دفع له وعد راشداً حتى ولو كان فاسقاً، ثم أنه لو عاد إلى التبذير بعد رشد، رفع الأمر إلى الحاكم أو القاضي للحجر عليه، ذلك أن التبذير لو حصل ثانية يحتاج إلى نظر واجتهاد وهذا من صلاحية الحاكم دون سواه⁽¹⁾.

ويتضح مما سبق الحد الفاصل بين قيام الحجر وزواله فقبل إيناس الرشد ودفع المال يعتبر الصغير ممنوع ومحجور عليه، أما بعد الرشد ودفع المال يزول الحجر ويعتبر الشخص كامل الأهلية بالغاً عاقلاً يصح منه أي تصرف ما دام حراً عاقلاً، ولكن في هذه الوضعية يبقى أمر وحيد وجب توضيحه وهو حكم التصرف وقت الاختبار للوقوف على رشد القاصر، أي الصبي أو الصغير من عدمه.

ويسمى التصرف وقت الاختبار ببيع الاختبار، وهو التصرف أو البيع الذي يمتحن فيه الولي الصبي للوقوف على مدى رشده أو ليستبين إن كان الصبي قد أصبح راشداً أم لا وذلك عند سن البلوغ.

وقد اختلف الفقهاء حول حكم هذا التصرف أو البيع على قولين : أما القول الأول فجاء على لسان بعض الشافعية ومفاده عدم صحة وانعقاد بيع الاختبار فلا ينعقد انتهاء إلا بأمر الولي، ودليلهم في ذلك حديث الرسول ﷺ بأن الصبي مرفوع عنه القلم حتى يبلغ أو يحتلم، إضافة إلى أن هذا البيع إن صح على رأيهم وجب معه تسليم المال للصبي.

وأما القول الثاني فقال به الجمهور من حنفية، ومالكية، وحنابلة، إلى جانب المتبقي في المذهب الشافعي، وهو اعتبار هذا البيع صحيحاً مرتباً لكل

(1) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 604 .

آثاره، وقد استدلووا في ذلك بالآية الكريمة التي تتحدث عن ابتلاء اليتامى متى بلغوا فاشتترط الآية إيناس الرشد لأجل دفع المال مؤيدين ذلك بحديث يفسر معنى اليتيم في الآية، وهو حسب رأيهم عكس البلوغ، ذلك أن الحديث الشريف يقول : " لا يتم بعد احتلام "(1)، فدل ذلك أن معنى اليتيم هو عدم البلوغ، كما أن الآية تدعوا إلى اختبار وامتحان البالغ للتأكد من وجود الرشد، فإن تحقق هذا الأخير دفع المال لصاحبه(2).

ولعل أن قول الجمهور بصحة بيع الإختبار هو الأرجح على اعتماد مناقشة دلائل الرأيين، فقد إستدل القول الأول بعدم صحة تصرف الإختبار بحديث الرسول ﷺ بأن الصبي مرفوع عنه القلم حتى يحتلم أو يبلغ، وهذا الدليل مأخوذ عليهم وليس لهم إذ أنه يتفق مع مفهوم بيع الاختبار من جهة ومع معنى الآية الكريمة من جهة أخرى، لأن الاختبار أو الامتحان يناهز الحلم والبلوغ بأن يكون مصاحبا له أو بعده بقصد استبيان الرشد، وحديث الرسول يختص ما قبل البلوغ وليس بعده، وهو ما يتفق تماما ومعنى الآية الكريمة التي تشترط بلوغ النكاح، ثم يليه وجوب إيناس الرشد حتى يجب في الأخير الدفع، وهذا ما يجب عن الاستدلال الثاني لأصحاب نفس الرأي بأن صحة بيع الاختبار تستوجب الدفع، ولكن الآية أجابت في طياتها عن وجوب النجاح لأجل ثبوت المستحق للدفع، كما أن عدم صحة وانعقاد هذا البيع يجعل غرض التجربة لاغيا، ذلك أن هذا البطلان يجعل صاحبه في حماية تمنعه من تعلم تحمل كل آثار تصرفاته، فلا معنى للاختبار والامتحان إن كان لا يتطابق مع الحقيقة والواقع .

ثانياً : الجنون . ويسمى الشخص مجنوناً إذا سلب عقله نتيجة اختلال العقل بحيث يمنعه ذلك من القيام بالأفعال والأقوال على مقتضى المنطق إلا

(1) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 163 .

(2) - أسامة عبدالعليم الشيخ : المرجع السابق، ص ص 93 - 94 .

نادرا⁽¹⁾، ويميز الفقهاء بين بعض أحوال المجانين، أولا من حيث الإمتداد فيقولون بوجود جنون مطبق لا يفيق صاحبه منه إلا إذا عقل، وجنون غير مطبق أي متقطع يتصرف صاحبه أحيانا كمجنون، ويكون عاقلا مرة أخرى إذا حدثت الإفاقة⁽²⁾، أما التمييز الثاني فأساسه بداية الجنون، ففي هذه الحالة يكون الجنون أصلي متى لحق بالشخص منذ ميلاده أو بعده لكن قبل بلوغه ورشده، وقد يكون الجنون طارئا متى لحق الاختلال بصاحبه وهو بالغ راشد وبالتحديد بعد صلاحه ودفع ماله إليه، فيحجر على الصغير بسبب الصبا، ثم يبلغ ويرشد فيزول عنه الحجر ويدفع له ماله، ثم يصبه جنون طارئ، يؤدي للحجر عليه بسبب الجنون وليس بسبب الصبا⁽³⁾.

وقد تحدث فقهاء المذاهب الأربعة عن بداية ونهاية الحجر، فجاء عن بداية الحجر على المجنون، أن الأحناف والشافعية اتفقوا على أن الحجر على المجنون يتحقق من دون حاجة إلى حكم حاكم أو قاضي، ذلك أن الجنون لا يحتاج إلى اجتهاد أو تبين ولم يفرق كذلك أصحاب هذا الرأي بين ما إذا كان الجنون أصليا أو طارئا فهم يعتمدون على قاعدة واحدة أساسها تحقق الجنون فمتى ثبت الجنون لديهم وجب الحجر على صاحبه⁽⁴⁾.

وقد خالف الحنابلة هذا الرأي بأن قالوا أن الصبي إذا بلغ مجنونا أو إذا بلغ رشيدا ثم أصابه الجنون أو عاوده بحسب الأحوال كان الأمر للحاكم من أجل توقيع الحجر عليه من عدمه، فلا يمكن توقيع الحجر على المجنون إلا بحكم حاكم أو قاضي⁽⁵⁾.

(1) - عبدالله بن محمد الطيار : المرجع السابق، ص 156 .

(2) - محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص 327 .

(3) - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : المرجع السابق، ص 244 .

(4) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

(5) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 108 .

وقد جاء المالكية بحل وسط، فبالرغم من أنهم يساوون بين الجنون بسبب الصرع والجنون بسبب الوسواس - إذا خيل له القيام وفعل ما لم يفعله حقيقة - كما أنهم لم يفرقوا بين الجنون المطبق والمتقطع، إلا أنهم ميزوا بين الجنون الأصلي والجنون الطارئ، فإذا كان الجنون أصليا مصاحبا للصبأ بأن تزامن منذ الصغر إلى البلوغ فإن الفقهاء أقرروا بأن الحجر للأب والوصي دون الحاجة لحكم الحاكم، شأنه شأن الصغير والصبي الذي كان أمره موكل إلى صاحب الولاية عليه، بينما إذا رشد الصغير سليم العقل وصار شأنه لنفسه ولم يحجر عليه ثم طرأ عليه جنون مفاجئ استوجب الحجر عليه هنا تدخل سلطة القاضي فلا بد من حكم الحاكم المقرر للحجر لأنه لا ولاية عليه لأبيه أو وصيه فلا يمكن لهم الحجر عليه⁽¹⁾.

أما بخصوص نهاية الحجر على الجنون فنجد أن الأحناف والشافعية قالوا بزوال الحجر عن الجنون بمجرد إفاقته دون الحاجة إلى حكم الحاكم، وهو في ذلك يتفق وبداية الحجر، فمتى تحقق هذا الأخير دون حاجة إلى نظر الحاكم كان زواله ونهايته دون حاجة إلى الحاكم أو القاضي، وعملا بهذه القاعدة أقر الحنابلة بوجوب تدخل إرادة القاضي أو الحاكم بما له من سلطة لأجل إنهاء الحجر على الجنون ما دام هو نفسه من أقام الحجر عليه منذ البداية، في حين نجد أن المالكية لم يفرقوا في نهاية الحجر أو زواله بين الجنون الأصلي والجنون الطارئ، فلو أخذنا بالقاعدة السابقة أمكن القول أن الجنون الطارئ لا يزول إلا بحكم، وإلا فإن الحكم واحد للحالتين وهو عدم الحاجة إلى حكم حاكم⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء وإن اختلفوا في من له الحق في الحجر على الجنون وكيفية ذلك الحجر إن كان بحكم حاكم أو قاضي أو من غير حكمهما، إلا أنهم متفقون حول الحاجة الموضوعية لتوقيع الحجر ولزواله حيث أنهم

(1) - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 108 .

معترفون بأن بداية الحجر على المجنون لا تتحقق إلا بحصول الاختلال العقلي السالب للإدراك والتمييز فيكون بذلك المجنون في نفس مقام الصغير والصبي غير المميز، أما نهاية الحجر فتكون إما بإحدى الأمرين : أحدهما الإفاقة والرشد إذا كان سبب الحجر جنون أصلي، وثانيهما الإفاقة فقط إذا كان سبب الحجر جنون طارئ والعلة في ذلك أن هذا الأخير لم يصب الشخص إلا بعد تحقق الرشد من قبله فلا فائدة من ثبوت الرشد مرة أخرى بل يكفي تحقق الإفاقة فقط.

ثالثا. العته. لم يتحدث جميع الفقهاء عن العته كسبب من أسباب الحجر، ومعظم من ذكره لم يذكره منفردا وإنما ألحقه بالجنون، ولربما هذا ما يفسر عدم تحدث جميع الفقهاء عن هذا السبب إذ أنهم لا يميزون بينه وبين الجنون، ولكن من تناوله من الفقه أبرز عكس ذلك من حيث التعريف، أو من حيث حكم تصرفاته، فالمعتوه يعرف بأنه المختل عقليا طبيعيا أحيانا، فيشبهه في بعض تصرفاته العقلاء، ويشبهه في بعضها الآخر المجانين⁽¹⁾، وقد قيل أن أحسن تعريف وصف به المعتوه اعتباره " مختلط الكلام فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون "⁽²⁾.

ويختلف المعتوه عن المجنون أيضا من حيث مركزه بالنسبة للتصرفات القانونية أو القولية كما يصطلح عليها في الفقه الإسلامي، فرغم أن كليهما يخضع للولاية إلا أن غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة اتفقوا أن المعتوه يأخذ حكم الصبي مع العقل، أي أنه ناقص الفهم والأهلية لا عديمها كالمجنون، فالمعتوه كالصبي المميز يأخذ حكمه وحكم تصرفاته⁽³⁾.

(1) - محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص 328 .

(2) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 25 .

(3) - صبحي محمضاني : المرجع السابق، ص 119 .

ومن الفقه - وإن كانوا قلة قليلة - من عارض فكرة أن يكون المعتوه في حكم الصبي المميز والأصح أن يكون حكم المعتوه بحسب درجة إدراكه، فإن كان منعدم الإدراك أخذ حكم الصبي غير المميز كالمجنون، وإذا كان ناقص الإدراك فقط ألحق بالصبي المميز⁽¹⁾.

وقد سبقت الإشارة إلى أن جل الفقهاء قد ألحقوا دراسة المعتوه أو العته بدراسة الجنون، فهم لا يفرقون بين الحالتين إلا فيما يخص التعريف وحكم المعتوه على اعتبار أنه في مركز الصبي المميز في الراجح على خلاف المجنون الذي يأخذ حكم الصبي غير المميز، وبذلك يشترك العته والجنون في باقي الأحكام المتعلقة ببداية الحجر ونهايته وفقاً لما ذكر آنفاً .

ففيما يتعلق ببداية الحجر على المعتوه فإنه يتحقق متى عرف على صاحبه نقص عقله وإدراكه دون الحاجة إلى حكم حاكم أو قاضي، فalcته كان يعرف عند العامة من غير اجتهاد أو تبين، وقد قال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من المذهب الحنفي، والمذهب الشافعي، وكذلك المذهب الحنبلي، إلا أن المذهب المالكي قد ميز بين حالتين فإن كان الشخص قد بلغ وهو معتوه تم الحجر عليه من غير حكم حاكم، أما إن كان قد بلغ رشيداً وسلم له ماله ثم أصابه العته بعد ذلك فلا بد من حكم الحاكم أو القاضي لأجل توقيع الحجر عليه لأن الولاية السابقة عليه زالت بتحقيق الرشد فلا سلطة عليه إلا للحاكم.

وفيما يتعلق بانتهاء أو زوال الحجر على المعتوه فهو لا يتحقق إلا باكتمال عقله ما دام سبب الحجر عليه هو نقصانه، فمتى تحقق إكتمال العقل زال الحجر ولا حاجة إلى حكم الحاكم أو القاضي كقاعدة عامة، إلا أنه يوجد هناك رأي واحد قال به بعض الفقهاء وهو المتعلق بنهاية الحجر على المعتوه الذي حجر

(1) - إلياس ناصيف : موسوعة العقود المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010 ، ص 333 .

- محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص 328 .

عليه بعد رشد فهم يرون أن هذا الحجر وإن تحقق بحكم الحاكم فمن باب أولى أن لا ينتهي ولا يزول إلا بحكم الحاكم، وهذا ما يشترطه العقل والمنطق، كما ننوه في الأخير أن سبب زوال الحجر على المعتوه هو كمال العقل فقط ما دام الحجر وقع عليه بعد رشده فإن كان العته أصليا بأن أصيب به المحجور عليه قبل أن يبلغ ويرشد وجب التأكيد من كمال العقل وكذلك تمام الرشد⁽¹⁾.

رابعاً : الرق : يعني الرق بكسر الراء الملك والعبودية، فهو بذلك عجز حكمي لأحد الناس لصالح الآخر⁽²⁾، ويقال استرق فلان فلانا، إذا جعله رقيقاً، وجمعه أرقاء⁽³⁾. وقد جاء في الفقه أيضاً أن الرق سبب يحول دون استحقاق صاحبه للإرث، فهو مانع من موانع الميراث، ذلك أن العبد وما ملكت يمينه لسيده، فالهدف من هذا المنع حسب الفقه منع السيد من أخذ مال الرقيق الذي يملكه⁽⁴⁾.

وترى غالبية الفقه الإسلامي أن الحجر على الرقيق هو حجر مطلق إلا بإذن عادة ما يكون في التجارة⁽⁵⁾، فيكون بذلك للسيد أن يمنع الرقيق الذي يملكه من التصرف في المال إطلاقاً سواء بمعاوضة أو غيرها، قل المال أو كثر، ولا يغير في الأمر شيء من سيرة العبد بأن كان حافظاً للمال أو مضيعاً له، وكل هذا كنتيجة

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 108 - 109 .

(2) - محمد إبراهيم الحفناوي : المرجع السابق، ص 274 .

(3) - سميح عاطف الزين : مجمع البيان الحديث (تفسير مفردات ألفاظ القرآن الكريم)، الطبعة الثانية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1404 هـ - 1984 م ، ص 369 .

(4) - بن حملة سامي : المختصر في التركات والموارث، نو ميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2010، ص 24 .

- أحمد بن عبد الله الراجحي : عوارض الأهلية السماوية وأثرها في باب المعاملات، دراسة نظرية تطبيقية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية ، 2013/2012، ص 97 .

(5) - أحمد الدردير : المرجع السابق، ص 157 .

حتمية لتعلق حق السيد على الرقيق في نفسه وماله⁽¹⁾، ولا يستثنى من هذا الحكم إلا الرقيق المأذون له في التجارة، فتصرفاته تصح في حدود إذنه في الراجح من الفقه، على أن يجيز المتخلف من الفقه أن تكون كل تصرفاته صحيحة متى أذن له بنوع واحد من التجارة، فيأخذ الكل حكم الجزء، وهذا الرأي يبدو غريباً نوعاً ما في نظر بعض الفقه⁽²⁾.

وذهب جمع كبير من الفقه إلى اعتبار أن الرق عجز حكمي لا عجز عقلي كما هو الحال في المجنون والمعتوه والصغير⁽³⁾، بل أن الرقيق سليم العقل كامل الرأي شأنه في ذلك شأن الحر، إلا أنه يحجر عليه لحق مولاه عليه فالحجر حسب أصحاب هذا الرأي شرع لحفظ مال المحجور عليه فيصير بأن يكون الحجر من الملك، ونعلم جميع أن العبد لا يملك كذلك، فهو وماله ملك لسيده، واستناداً إلى ما تقدم استقر أصحاب هذا الرأي على اعتبار أن الرق ليس بسبب حقيقي للحجر، وإنما هو منع أُخِرَ فيه نفاذ التصرف إلى غاية عتق العبد لتعلق حق المولى به⁽⁴⁾.

وبالرغم من قوة حجة أصحاب هذا الرأي، فإن الدافع إلى إدراج الرق كسبب من أسباب الحجر إلى جانب الأسباب المتفق عليها، أن المنع الموقع على الرقيق يتفق ومفهوم الحجر اللغوي والاصطلاحي رغم اختلافهما في العلة والغاية من توقيعهما وهما الحجر الحكمي والعقلي، إلا أنهما يشتركان في باقي الأحكام كأن يكون لصاحب المصلحة الحق في توقيع الحجر كالولي والسيد، كما أن الحجر أو المنع الموقع على العبد يكون منذ صار رقيقاً إلى غاية عتقه، كما هو الحال في المجنون فهو الآخر يحجر عليه منذ جنونه إلى غاية إفاخته، وبالإضافة إلى

(1) - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : المرجع السابق، ص 251 .

(2) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 157 .

(3) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 197 .

(4) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع نفسه، ص 138 .

ذلك فلا يوجد من الفقه من أنكر وجوب منع العبد من التصرف فصار بذلك اتفاقاً.

المطلب الثاني أسباب الحجر القضائي المختلف فيها

يقسم الفقه الإسلامي أسباب الحجر المختلف فيها باعتبارها سبباً موجباً لتوقيع الحجر إلى أسباب حجر مختلف فيها وجهة المؤكدين تغلب وتزيد على جهة النافين، فتكون هذه الأسباب أقرب إلى الأسباب المتفق عليها، وأسباب مختلف فيها وجهة النافين تغلب جهة المؤكدين، وبذلك تكون هذه الأسباب أقل قوة من حيث درجة الاتفاق لدى الفقهاء، ولنعرض فيما يلي أسباب الحجر المختلف فيها وجهة المؤكدين أقوى وأسباب الحجر المختلف فيها وجهة النافين أقوى.

أولاً : أسباب الحجر المختلف فيها وجهة المؤكدين أقوى . تتمثل أسباب الحجر المختلف فيها، والتي ترى أغلبية الفقه أنها موجبة للحجر في الآتي :

1 - السفه . في اللغة هو الخفة كأن يقال: خفة في البدن بمعنى هزل وضعف، كما يقال : خفة في النفس لنقصان العقل وسوء التدبير مصداقاً لقوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّاهُمْ عَنْ قِبَلَتِهِمْ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا ﴾ (1). فدلّت الآية الكريمة على أن السفه هنا بمعنى خفة النفس والعقل جعلت أصحابها لا يذكرون الأسباب والدوافع لضعف في عقلهم (2).

وقد عرف السفه اصطلاحاً بأنه التبذير، فيكون بذلك السفه هو الشخص الذي لا يحسن التصرف في المال وإدارته وهذا التعريف متفق عليه لدى فقهاء المذاهب الأربعة (3).

(1) - سورة البقرة : الآية 142 .

(2) - سميح عاطف الزين : المرجع السابق، ص 138 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 612 - 613 .

ولعل أحسن تعريف للسفيه، هو صرف المال في غير مقتضى الشرع، ويندرج ضمن هذا التعريف المعصية، والمعاملة بلا مصلحة، والشهوات على غير العادة والإتلاف هدرًا، والمعصية فهي الخمر والقمار، كلعب الورق والشطرنج بالدراهم، والمعاملة بلا مصلحة هي التصرف في المال ببيع أو شراء بغبن فاحش لا مصلحة للسفيه فيه، والشهوات على غير العادة هي كثرة المأكّل والمشرب والملبس لإرضاء الرغبات النفسانية دون مراعاة لمبالغها، والإتلاف هدرًا يكون بطريقة مباشرة كأن يطرح المال على الأرض أو يرمى به في البحر أو المرحاض سواء كان نقودًا مباشرة أو أطعمة كما يحدث مع عدد من السفهاء⁽¹⁾.

وبالرغم من اتفاق المذاهب الأربعة حول مفهوم السفه إلا أن ذلك لم يمنعهم من أن يختلفوا حول جواز توقيع الحجر لهذا السبب من عدمه، فالجمهور متمثلًا في المذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي إتفقوا على أن السفه سبب موجب للحجر سواء إستمر بعد الصبا أو كان عارضًا بعد البلوغ والرشد⁽²⁾، إلا أن المذهب الحنفي وبالتحديد الإمام أبو حنيفة قال بخلاف ذلك، فقد ميز أصحاب المذهب الحنفي في بداية الأمر بين السفه المستمر مع الصبا وبين السفه العارض بعد البلوغ والرشد، ففيما يتعلق بالسفه المستمر مع الصبا، إتفق أبو حنيفة وصاحباؤه - أبو يوسف ومحمد بن الحسن - على استمرار الحجر على السفيه بعدم دفع ماله إليه لعدم إيناس الرشد منه، ولكنهما يختلفان حول مدة إستمرار الحجر، فيرى الصاحبان أن المدة أبدية إلى زوال السفه، في حين يرى أبو حنيفة أنها لا تتعدى سن الخامسة والعشرين إقامة لسبب الرشد الظاهر⁽³⁾، وبهذا نجد أن الصاحبان يتفقان وما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو المفتى به كذلك في المذهب الحنفي.

(1) - أحمد الدردير : المرجع السابق، ص 156 .

(2) - صبحي الحمصاني : المرجع السابق، ص 122 .

(3) - محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص 333 .

وفيما يتعلق بالسفه العارض بعد البلوغ وهو أن يكون السفه عارضا بعد البلوغ وإيناس الرشد ودفع المال لصاحبه، فيرى الإمام أبو حنيفة أن الحجر على السفه لا يجوز مطلقا، وهذا عكس ما يراه أصحابه اللذان يجيزان الحجر على السفه وهذا الرأي هو المفتى به في المذهب الحنفي، ويرى أصحاب أبو حنيفة أن هذا الحجر مقرر لمصلحة السفه نفسه بقصد حماية ماله من الضياع، فهو لا يحسن إدارة ماله فوجب أن يكون غير قائم عليه، بينما يبرر أبو حنيفة رأيه بأن أهلية السفه كاملة عند بلوغه عاقلا، ثم أنه حر في تصرفاته أصلا، والحجر هو عكس الحرية، ولذلك إذا وقع عليه فهو إهدار لآدميته وإنسانيته، وهذا الإهدار أكثر خطرا من إهدار ماله أو جزءا منه، ويضيف بأن ما يخشى عند عدم الحجر على السفه هو ضياع ماله الذي هو حسب رأيه لا يضيع إنما يذهب إلى من يحسن التصرف فيه خير من أن يبقى تحت يد السفهاء بواسطة الحجر⁽¹⁾، ولكن وإن كان رأي أبي حنيفة فيه شيء من الصواب وحماية لمصلحة الجماعة عند عدم الحجر على السفه، إلا أن ذلك ليس هو الأصوب فلو حجر على السفه وأقيم عليه من ينوبه لم يمنع المال من التصرف وإنما حفظ حق السفه وحق الجماعة، كذلك وهو الأشمل والأكمل.

ولم يعارض الإمام أبو حنيفة بطرحه هذا صاحبه فقط وإنما عارض جمهور الفقهاء في المذاهب الثلاثة الأخرى وفيما يلي سأقوم بعرض حجج جمهور المذاهب الثلاثة من المالكية، الشافعية والحنابلة وما استدلوا به وردود أبو حنيفة ومن هم على رأيه، وهذا لمناقشة بسيطة تساهم في تبيان الاختلاف القائم حول جواز تسبيب الحجر بالسفه من عدمه.

ولقد ذهب الجمهور عند استدلالهم على جواز الحجر على السفه بالاعتماد على الكتاب والسنة والقياس، على النحو الآتي :

(1) - محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص ص 334 - 335 .

* أ - الكتاب : لقد اعتمد الجمهور وأنصارهم على ثلاث آيات من القرآن الكريم وهي :

• الآية الأولى قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿... فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ...﴾⁽¹⁾.

ووفقا للآية الكريمة يرى أصحاب هذا الاستدلال أن الله **وَعَجَلٌ** قد جعل من عليه الحق على أربعة أصناف وهي : أولها المستقل بنفسه وهو البالغ الراشد القادر، وثانيهما السفيه وهو من كان بالغا وغير رشيد، ثم ثالثهما الضعيف وهو يشمل ثلاثا وهم الصغير والمجنون والشيخ الهرم، ويليهما في الأخير الذي لا يستطيع أن يمل، وهو إما أخرس أو جاهل بالحساب فلا يهتدي ولا يعلم ما له وما عليه .

ويرى بعض الفقه أنه لا بد أن لا تحمل الأصناف الأربعة ذات المعنى تفاديا للتكرار فيجب الجزم بأن الأصناف الأربعة المذكورة أعلاه تحمل معاني متقابلة كل واحدة غير الأخرى، كما أن حرف " أو " يدل على أن المصطلحات متغايرة فلا يتفق صنف منها والآخر وهذا هو الأصوب⁽²⁾.

ويتضح مما سبق أن السفه يندرج تحت مفهوم الآية وما دام ولي السفيه يمل عنه دل ذلك على قيامه مقامه فيما يعجز عنه من أمور إدارة ماله، وهذا وجه من أوجه الحجر وسببه السفه إلى جانب الصبا والمجنون متمثلا في "الضعف".

وقد رد على هذا الاستدلال بأن مفهوم مصطلح السفه في لغة القرآن غير الذي فسرت به الآية، فيرى المعاصرون أن السفه تحمل ثلاث معان لا رابع لها وهي : أولها يعني البذاء والسب باللسان، وهذا الصنف حسب رأيهم لا علاقة له بحفظ المال فلا حجر على صاحبه.

(1) - سورة البقرة : الآية 282 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق ، ص 204 .

وثاني هذه المعاني هو الكفر مصداقا لقوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ آمِنُوا كَمَا آمَنَ النَّاسُ قَالُوا أَنُؤْمِنُ كَمَا آمَنَ السُّفَهَاءُ أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ السُّفَهَاءُ وَلَكِن لَّا يَعْلَمُونَ ﴾ (1). وقال **وَعَجَلٌ** : ﴿ وَأَنَّهُ كَانَ يَقُولُ سَفِيهُنَا عَلَى اللَّهِ شَطَطًا ﴾ (2). وقال أيضا **وَعَجَلٌ** : ﴿ وَمَنْ يَرْغَبُ عَنْ مِلَّةِ إِبْرَاهِيمَ إِلَّا مَنْ سَفِهَ نَفْسَهُ وَلَقَدِ اصْطَفَيْنَاهُ فِي الدُّنْيَا وَإِنَّهُ فِي الْآخِرَةِ لَمِنَ الصَّالِحِينَ ﴾ (3).

فدلت الآيات الكريمات السابقة على معنى واحد للسفه وهو الكفر، وهذا المعنى هو الآخر لا علاقة له بالحجر كون الكفار يتاجرون ويتعاملون في أموالهم فالأمر متعلق بالعقيدة لا بالمال.

وثالث المعاني فهو المذكور بالآية المستدل بها، فهم يرون أن المقصود بها هو عدم العقل الرافع للمخاطبة ويشمل المجنون والصبي فقط دون البالغ غير الرشيد (4).

وقد دعم أبو حنيفة هذا الرأي بأن رد على الاستدلال الأول بأنه ليس حتما أن يكون معنى السفه ما ذكر، لو كان مثلا هو الصغير أو المجنون بطل الدليل .

ولكن أجيب على قول أبي حنيفة هذا بأن السفه يضاد الرشد، ولا ينافي البلوغ ولا العقل، فلا يعتبر عديم العقل سفيها إنما مجنون، وأبو حنيفة نفسه قال : إن السفيه يكابر عقله ويتبع هواه، فهو بهذا غير المجنون الذي لا عقل له، كما أن السفيه بذلك يخالف معنى الصغير، وحينئذ لم يبق لمعنى السفه في الآية الكريمة إلا الشخص البالغ غير الرشيد (5).

(1) - سورة البقرة : الآية 14 .

(2) - سورة الجن : الآية 4 .

(3) - سورة البقرة : الآية 130 .

(4) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 151 .

(5) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 204 .

وقد اعترض على هذا الاستدلال أيضا بأن الآية الكريمة دلت على جواز الإملال عن الذي عليه الحق متى لم يكن قادرا على ذلك وهذا يدل على أن دور النائب يقتصر على الإملال دون القيام على شؤون غير القادر في ماله كله وحفظه له كما هو الحال في الحجر⁽¹⁾، وهذا يتشابه إلى حد بعيد وما نسميه اليوم بالمساعدة القانونية، كما هو الحال بالنسبة لمن اجتمعت به عاهتين مزدوجتين وهذا حقيقة لا يتطابق ومفهوم الحجر.

• الآية الثانية قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾⁽²⁾.

ووجه الاستدلال في الآية أن الخطاب وجه للأولياء عملا بالآية التي قبلها والتي جاء فيها ﴿ وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا ﴾⁽³⁾، فكان الأصل إيتاء اليتامى أموالهم بالبلوغ والرشد ولما كان ذلك مشروطا جعل الله الآية الثانية إستثناء للأولى، وهي عند البلوغ مع السفه لا مع الرشد فدل ذلك على جواز الحجر على البالغ بالسفه.

وقد اعترض على هذا الرأي على أساس أن الخطاب في الآية موجه للآباء، كما أن الأموال أموال الآباء لأنها مضافة للمخاطبين، فمعنى الآية حسب قول أصحاب هذا الرأي هو أن الله **وَعَجَلٌ** نهى الآباء على أن يؤتوا أموالهم للسفهاء، وهم الصغار لأنهم لا يجيدون حفظه .

وقد أجيب على هذا الاعتراض أن الآية جاءت في سياق الكلام عن اليتامى وحفظ أموالهم، إضافة أن لاحق الآية جاء بعبارة " أرزقوهم فيها واكسوهم "

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 205 .

(2) - سورة النساء : الآية 5 .

(3) - سورة النساء : الآية 2 .

فلو كان المراد بها اموال الآباء لكانت العبارة " أرزقوهم منها "، ولعل السبب من وراء إلحاق الأموال بالمخاطبين راجع إلى أن الإنسان حفيظ على المال، فهذا رفع لمسؤوليته على مال اليتيم، كما أنها صيغت لإجراء الوحدة بالنوع مجرى الوحدة بالشخص⁽¹⁾، قياسا لقوله **وَعَجَلٌ**: ﴿لَقَدْ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مِّنْ أَنْفُسِكُمْ عَزِيزٌ عَلَيْهِ مَا عَنِتُّمْ حَرِيصٌ عَلَيْكُمْ بِالْمُؤْمِنِينَ رَؤُوفٌ رَّحِيمٌ﴾⁽²⁾.

• الآية الثالثة قوله **وَعَجَلٌ**: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾⁽³⁾.

ووجه الاستدلال في الآية الكريمة أنه **وَعَجَلٌ** علق دفع الأموال للصغار على شرطين متلازمين هما : بلوغ النكاح وإيناس الرشد، فلا يتحقق الدفع بالبلوغ دون الرشد، كما لا يدفع المال للصغير الذي يحسن التصرف ما دام لم يبلغ بعد. وقد نوقش هذا الاستدلال على أساس أن تعليق الحكم على شرط لا يستدعي انعدام الحكم، فقد ينعدم الشرط ويبقى الحكم قائما حسب أنصار هذا الرأي .

وقد رد على هذا النقاش بأن العرب لم يعرفوا بمثل هذا المجرى في الكلام بل كان التعليق عندهم يعتمد على الوجود عند الوجود والعدم عند العدم، فلا يصح الدفع إلا بتحقيق الشرطين معا أي البلوغ والرشد، فليس من الصواب أن يغنينا أحد الشرطين عن الآخر.

وقد اعترض على ذات الاستدلال بالآية السابقة بالقول أن شرط إيناس الرشد جاء نكرة في الآية الكريمة، فيرى أصحاب هذا الرأي أن الرشد إن تحقق

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 205 .

(2) - سورة التوبة : الآية 128 .

(3) - سورة النساء : الآية 6 .

بأي وجه من الوجوه عد حكم وجوب الدفع قائما لاحالة، فالصبا عادة ما يخالطه السفه ثم يبدأ الشخص في اكتساب الخبرات بالتدرج والتجربة، وقد استندوا في ذلك على ما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ﴿ يَنْتَهِي لُبُّ الرَّجُلِ إِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ ﴾، وقد قال أهل الطباع أيضا : من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ أشده.

وقد أوجب على هذا الاعتراض على أساس أن إيناس الرشد في الآية شرط صريح، وهو بمعنى صلاح المال وحفظه باتفاق مختلف التعاريف، فلا يصح أن يتحقق بالسن، فبلوغ الخامسة والعشرين أو أكثر ليس بديلا يغنينا عن التثبت في صلاح الشخص للتصرف وحفظ المال وهو الدافع من وراء دفع المال إلى صاحبه⁽¹⁾، فقد يثبت الرشد لدى الشخص بعد البلوغ ودون سن الخامسة والعشرين، كما قد يبلغ الشخص تلك السن أو حتى الثلاثين ولا يصير قادرا على حفظ المال وهذا مفهوم السفه.

* ب - السنة : وقد استدل القائلون بوجوب الحجر بالسفه على بعض مواقف النبي صلى الله عليه وسلم، إضافة إلى بعض آثار الصحابة رضي الله عنهم.

• فمن مواقف الرسول صلى الله عليه وسلم أنه رد بعض تصرفات من عاشوا معه في ذلك الزمن ومن أمثلة ذلك :

– أن الرسول صلى الله عليه وسلم رد صدقة الرجل الذي قدم بيضة ولم يكن له سواها ولا غيرها من المال .

– أن الرسول صلى الله عليه وسلم رد عتق الرجل الذي أعتق عبدا ولم يكن له أي مال آخر .

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 206 .

– أن النبي ﷺ رد صدقة الرجل الذي تصدق بأحد ثوبيه ، وقد ورد ذلك عند أصحاب السنن وصححه الترمذي .

والشاهد في المواقف الثلاثة السابقة أن الرسول ﷺ قد رد تلك التصرفات منعاً للإسراف والتبذير إذ أن أصحابها لم يكن لهم مال دون الذي تصدقوا به ، ولم يعلم مبرر لرد النبي ﷺ إلا ذلك السبب (1).

ومن آثار الصحابة رضي الله عنهم المستدل بها لجواز توقيع الحجر بسبب السفه الآتي:

– ما روى عن عروة بن الزبير أن علي رضي الله عنه سأل عثمان أن يحجر على عبدالله بن جعفر لبيع كان قد إبتاعه، فلما لجأ عبدالله بن جعفر الى الزبير شاركه في بيعه، فلما علم عثمان رضي الله عنه بذلك قرر عدم الحجر على عبدالله بن جعفر بحجة أن شريكه الزبير، وقال في ذلك كيف أحجر على رجل شريكه الزبير.

وقد تضاربت الآراء حول هذا الدليل، فمن أنصار هذا الرأي من يرون أنه يصلح ليكون دليلاً، ذلك أن عثمان لم ينكر على علي طلبه وكان سيحييه عليه لو لم يصير الزبير شريكاً لعبدالله بن جعفر، بينما يرى المعارضون لهذا الدليل بأنه لا يصلح للاستدلال ، كون الحجر لم يتحقق بل يعتبرونه حجة عكسية على هذا الفريق، لأن الحجر لو كان واجبا لهذا السبب ما استطاع عثمان رضي الله عنه تركه وعدم توقيعهم، كما يضيفون بأن عمر وسن عبدالله بن جعفر ليس ثابتة عند الواقعة فلو كان دون الخامسة والعشرين صح عليه، كذلك قول أبو حنيفة ومن هم على رأيه (2).

- ما روى عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ أنها باعت رباعها لتصدق بثمنه، فلما سمع عبدالله بن الزبير بذلك قال : " لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 207 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية ، المرجع السابق، ص 115 .

لأحجرن عليها"، فلما بلغها قوله لم يرق لها وحلفت ألا تكلمه أبداً، وليس ذلك إلا عزة بالنفس لأنها كانت ذو علم ودين .

ووجه الدلالة هنا أن التبذير الذي مرده إلى السفه كان معروفاً عند الصحابة، وإلا فما كان الزبير قد هدد به، ويرى المعارضون من الحنفية عكس ذلك نتيجة لردة فعل عائشة رضي الله عنها خاصة أنها أعلم فقها وديناً من الزبير نفسه، فهي كانت تعلم الدين وتفتي به، فحاشى الله أن توصف بالسفه⁽¹⁾.

* ج - القياس : ويرى أنصاره وجوب الحجر بسبب السفه عن طريق قياس السفه بالصبي، فيقاس منع المال عن الصبي بالحجر إلى وجوب منعه عن السفه، ويرون أن هذا الأخير أولى بالحجر من الأول لأن الصبي منع لتوهم التبذير فيه وهو مبني على الشك مخافة التضییع، وهذا التبذير متحقق في السفه، فالضرورة توجب وضع السفه موضع الصبي.

ويرى أبو حنيفة ومن سار على خطاه أن هذا القياس مجانب للصواب، كون السفه حر مكلف ومخاطب عكس الصبي الغير مكلف والغير مخاطب، وعليه فهما غير متساويين ولا يصح قياسهما، كما أن الحجر غير المنع من المال، إذ أن الأول ينجر عنه عقوبة بطلان تصرف المحجور، في حين أن منع المال ليس له نفس الأثر.

وقد أجيب الإمام أبو حنيفة بأن النظر إلى مقصد الحجر يحقق القياس، فالغاية من الحجر هي حفظ المال من التلف فهو نظر لحال المحجور عليه ومصلحته وليس مجرد عقوبة بطلان التصرف، فالشريعة جاءت بمقصد حفظ المال، كنتيجة حتمية لتشريع التصرفات المالية، فكيف يمكن أن يتحقق المقصد ما دام الشخص الذي لايهتدي إلى وجوه النفع وهو السفه غير ممنوع من التصرف، فذلك يؤدي لامحالة إلى إتلاف ماله⁽²⁾.

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 207 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع نفسه، ص ص 207 - 208 .

ويظهر مما تقدم رجحان رأي الجمهور من مالكية وشفاعية وحنابلة، إضافة إلى فئة من الحنفية متمثلة في الصحابان ومن سار على نهجهم، وذلك اعتماداً على الأدلة السابقة والتي كانت أغلبها وأقواها حجة لصالح الرأي القائل بوجوب الحجر بسبب السفه، كما أن هذا الرجحان وقوة الأدلة ما جعل عدداً كبيراً ممن هم على مذهب الإمام أبو حنيفة يختارون رأي الجمهور ليصير ذلك الرأي هو المفتي به لدى المذهب.

وبالرجوع إلى بداية الحجر ونهايته، فإن الجمهور اتفق على رأي واحد، وهو أن بداية الحجر على السفه تكون ثابتة من تاريخ حجر القاضي لأن جمهور الفقهاء اشترط وجوب توقيع الحجر بسبب السفه بعد الرشد بحكم الحاكم أو القاضي ذلك أنها مسألة اجتهادية لإختلاف نوع السفه من شخص لآخر أو لإختلاف درجة السفه في الشخص الواحد فيقدر القاضي متى يجب الحجر من عدمه، وبالرغم من اتفاق الصحابان على وجوب الحجر بسبب السفه إلا أنهما اختلفا في بدايته، فنجد أن أبا يوسف انضم إلى رأي الجمهور، بينما انفرد محمد بن الحسن وغيره بالقول أن السفه يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره دون الحاجة لحكم الحاكم أو القاضي، ويظهر الإختلاف في الرأيين في حالة ما إذا تصرف السفه قبل صدور حكم الحاكم أو القاضي، فيعد التصرف صحيحاً على رأي الجمهور وأبو يوسف، في حين لا يصح على رأي محمد بن الحسن.

وأما بخصوص نهاية الحجر فنجد أن الفريق الأول من جمهور المذاهب الثلاثة المذكورة سابقاً إلى جانب أبي يوسف من الأحناف يشترطون وجود حكم الحاكم أو القاضي لإنهاء الحجر على السفه وهذا أمر بديهي ما دام الحجر على السفه كان بذات الحكم، كما أن ثبوت الرشد هو الآخر يحتاج إلى اجتهاد لمعرفة تحققه من عدمه، بينما يرى الفريق الثاني متمثلاً في محمد بن الحسن وأنصاره أن نهاية الحجر على السفه تتحقق بمجرد رشده من دون حاجة لحكم حاكم أو قاضي، فمتى تصرف بإصلاح أطلق حجره⁽¹⁾.

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية ، المرجع السابق، ص ص 118 - 119 .

ويبدو واضحاً رجحان رأي الجمهور وأبي يوسف وهذا لسببان أولهما ترك الأمر في التأكد والإجتهاد بخصوص وجود السفه وإنعدامه لجهة مختصة أو على الأقل جهة موحدة لدى الجميع وليس بإجتهاد أي كان، أما السبب الثاني هو الحكم الفاصل الذي يكون بمثابة حد فاصل ذو حجية مطلقة تسري في مواجهة الجميع وتكون ذات علنية لدى المتعاملين رغم اختلافهم.

2 - الغفلة : يقال ذو غفلة، فإذا أغفل فهو غافل، والغافل من به سهو يعتريه من قلة التحفظ والתיقظ⁽¹⁾، ومن أمثلة ذلك قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿لَقَدْ كُنْتَ فِي غَفْلَةٍ مِّنْ هَذَا فَكَشَفْنَا عَنْكَ غِطَاءَكَ فَبَصَرُكَ الْيَوْمَ حَدِيدٌ﴾⁽²⁾، وقولك **﴿اَقْتَرَبَ لِلنَّاسِ حِسَابُهُمْ وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مَّعْرُضُونَ﴾**⁽³⁾، وقوله أيضاً **﴿وَدَخَلَ الْمَدِينَةَ عَلَى حِينٍ غَفْلَةٍ مِّنْ أَهْلِهَا ...﴾**⁽⁴⁾.

ومفهوم الغفلة إصطلاحاً هو الغبن في البيوع لسلامة نية ذو الغفلة من دون إتلاف مال أو تبذير كما هو حال السفه، فيعبر عن الغفلة بعدم الإهتمام إلى التصرفات الراجعة والخاسرة بسبب السهو والنية الطيبة⁽⁵⁾.

وبالرغم من هذه التفرقة إلا أن عدد كبيراً من الفقهاء يلحقون الغفلة بالسفه، ذلك أنهم يرون بأن السفه مفهوم واسع له أوصاف تشمل كل من المبذر، المسرف والمغفل، فالأول هو الذي يجهل مواقع الحقوق فيقوم بصرف ماله في غير موضعه كإقتناء الكماليات قبل الضروريات، أما المسرف فيجهل مقادير الحقوق لا مواضعها فيصرف ماله في الموضع الصحيح ولكن على وجه غير ملائم أي بزيادة لا ينبغي أن تكون، وثالث الأوصاف وهو المغفل الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجعة والخاسرة منها لبساطة عقله وحسن

(1) - سميح عاطف الزين : المرجع السابق، ص 634 .

(2) - سورة ق : الآية 22 .

(3) - سورة الأنبياء : الآية 1 .

(4) - سورة القصص : الآية 15 .

(5) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 208 .

نيتته⁽¹⁾، ومن هنا يتضح لنا الارتباط الموجود بين الغفلة والسفه من حيث المعنى والمفهوم، فالغفلة تندرج تحتها وتعد صورة من صورها، فالسفه مفهوم واسع يأخذ أوصافاً ثلاثاً، تعد الغفلة إحدى تلك الأوصاف.

والفقه من يلحق الغفلة بالسفه من حيث العلة هذه المرة وليس من حيث المفهوم، فيرى هذا الفريق أن السفه والغفلة يشتركان في العلة وهي عدم الصلاح في المال وهي العلة الموجبة للحجر عند القائلين بوجوب الحجر على السفه والغافل، فيعتبر الإثنان غير راشدين لعدم صلاحهما في ماليهما بالرغم من أن السبب وراء عدم الصلاح يختلف بينهما، فالسفه راجع إلى تبذير المال وإتلافه، في حين يرجع عدم صلاح الغافل في ماله إلى بساطة عقله وحسن نيته⁽²⁾.

وما يؤكد على هذا الارتباط بين مصطلحي السفه والغفلة - بحيث يدمج ويلحق هذا الأخير بالسفه - ما ذهب له معظم الفقهاء إذ يلحقون أيضاً الغفلة بالسفه من حيث الأثر فيعتبر الفقه أن حكم تصرفات ذي الغفلة لها نفس الحكم المطبق على تصرفات السفه⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول جواز توقيع الحجر القضائي على ذي الغفلة، وفقاً لما اختلفوا فيه حول جواز توقيع الحجر على السفه وذلك لإلحاق الأول بهذا الأخير.

وتأكيداً لما سبق يرى أصحاب المذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي، بالإضافة إلى أصحاباً أبو حنيفة أن الغفلة سبب يستوجب توقيع الحجر على صاحبه ما دامت العلة واحدة بينه وبين السفه وهي عدم الرشd وتضييع المال، وقد خالف في ذلك أبو حنيفة إذ أنه لا يرى أن السفه سبب موجب

(1) - صبحي الحمصاني : المرجع السابق، ص 123 .

(2) - محمد يوسف مرسي : المرجع السابق، ص 136 .

(3) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 209 .

- خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية ، المرجع السابق، ص 125 .

للحجر، فيرفض بذلك أن تكون الغفلة هي الأخرى سبب للحجر على صاحبها⁽¹⁾.

وقد استدل الفريقان على جواز توقيع الحجر على ذي الغفلة من عدمه على أساس حديث حبان بن منقذ الأنصاري، الذي روى على لسان الدارقطني، وخلصا إلى نفس الاستنتاجات التي إحتجوا بها عند الإستدلال بذات الحديث للتأسيس على جواز الحجر على السفية⁽²⁾.

وفيما يخص بداية الحجر على ذي الغفلة، فلم يتعرض لها الفقهاء صراحة، وأشاروا إليها من خلال قولهم بأن الغفلة تلحق بالسفه من حيث توقيع الحجر وزواله، وبذلك يبدأ الحجر على ذي الغفلة حسب رأي الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة إضافة إلى أبي سفيان من الحنفية من تاريخ حكم الحاكم، وهذا لإعتبار الغفلة مسألة اجتهادية، وقد خالف في ذلك محمد بن الحسن الذي يرى أن الحجر يثبت بمجرد تحقق الغفلة من دون حاجة لحكم الحاكم، وبخصوص نهاية الحجر فمن قال من الفقهاء بإشتراط حكم الحاكم بداية فقد ألزمه نهاية، وأما بن الحسن فاكتمى بزوال العلة ما دامت هي المقررة للحجر.

3 - الإفلاس : ومن الفقه أيضا من يصطلح على هذا السبب بالدين، ويسمى صاحبه بالمدين المفلس، أي الشخص الذي لافلوس له، أو الذي صار صاحب فلوس بعد أن كان صاحب دراهم من فضة وذهب⁽³⁾.

ولعل أهم تعريف إصطلاحي للإفلاس هو الذي قال به بعض المالكية بأنه " إلتماس الغرماء أو بعضهم الحجر في الديون الحالة الزائدة على قدر مال المدين"⁽⁴⁾، ويظهر من خلال هذا التعريف أنه يجمع بين وصف شخص المفلس

(1) - محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص 336 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 208 .

(3) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع نفسه، ص 222 .

(4) - سلمان نصر : المرجع السابق، ص 165 .

وشروط إعتبار إفلاسه، وهذه الشروط على حسب غالبية الفقهاء تتمثل بداية في طلب الغرماء أي الدائنين من الحاكم توقيع حكم الحجر على أساس الإفلاس الذي لحق بمدينهم وذلك متى تحقق شرطان آخران هما : أن يزيد مال الدائنين عن المال المملوك للمدين، فلو كان مال المدين كافيا لسداد ديونه لما عد مفلسا، كما يشترط أن يكون الدين حالا، أي ديون الغرماء تكون واجبة السداد، فلا يعتد بالديون المؤجلة أي التي لم يحن أجل سدادها بعد⁽¹⁾، ويضيف بعض الفقهاء شرطان آخران : أول الشرطين أن يكون الدين ثابتا ولآدمي، ومعناه أن يكون الدين غير متنازع فيه بأن أثبت بطريق شرعي، وأنه لآدمي إذ ديون الله **وَعَزَل** لا يعتد بها للحجر بسبب الإفلاس، وثاني الشرطين علم المحجور عليه بالحجر، وهذا الشرط قال به الأحناف إذ اعتبروا أنه في حالة تصرف المحجور عليه في ماله من دون علمه وقع تصرفه صحيحا حتى ولو تم بعد حكم القاضي، ولا يعتد المالكية بهذا الشرط، فهم يرون بوجوب التأكد فقط من حال المحجور عليه المادية وقت حكم القاضي حتى وإن كان غائبا فلو تم مثلا التعدي على شرط زيادة ديون المحجور عليه على ماله المملوك له وقت الحجر، فقد تكون الغيبة خروج في تجارة مربحة كفيلة بإسقاط الشرط⁽²⁾.

وذهب أبو حنيفة إلى القول بعدم جواز الحجر بسبب الإفلاس مهما كان دين المدين مستغرقا لماله، ذلك أن الدين أمر عارض لا ينال من حرية وإنسانية المدين حفاظا على أهليته خاصة ما دام عقله سليما، وقد خالفه في ذلك كل من أصحابه إضافة إلى الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة، إذ أنهم يرون بجواز الحجر على المدين متى أفلس إذا طلب غرماؤه ذلك وكان الدين قد إستغرق ماله وهذا رعاية لحقوق دائنيه⁽³⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 616 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 132 .

(3) - محمد موسى : المرجع السابق، ص 336 .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بحديث عبدالرحمان بن كعب فيما رواه أن معاذ بن جبل رضي الله عنه كان شابا سخيا، وكان الناس يداينونه فلم يزل على تلك الحال حتى إستغرق الدين كل ماله، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله أن يكلم غرماءه فكان يعلم لو تركوا لأحد لتركوا لمعاذ لأجل رسول الله فباع الرسول صلى الله عليه وسلم غرماء معاذ ماله، حتى قام معاذ بغير شيء⁽¹⁾.

ووجه الإستدلال في الحديث والواقعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع معاذ من التصرف في ماله، فباعه لأجل سداد ديونه، وهذا الشاهد يتفق ومفهوم الحجر، وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقوم به إلا لكون الحجر على المفلس جائز.

وفيما يتعلق ببداية الحجر على المفلس المدين ونهايتها نجد أن جمهور الفقهاء القائل بجواز الحجر لهذا السبب وهم المالكية والشافعية والحنابلة وصاحباً أبو حنيفة قد إتفقوا على أن توقيع الحجر لا يكون إلا بحكم القاضي لما فيه من اجتهاد لاستغراق المال بالديون، إضافة إلى تحقق الشروط الواجب توافرها لتوقيع الحجر⁽²⁾، وللمذهب المالكي قول إضافي وهو في حالة قيام كل الغرماء بالإحاطة بمال مدينهم ومنعه من التصرف في ماله بأي تصرف قد يضر بهم، ففي هذه الحالة يرى الإمام مالك جواز الحجر من الغرماء من دون حاجة لحكم القاضي وذلك رعاية لحق الدائنين⁽³⁾.

وفيما يتعلق بنهاية الحجر على المدين المفلس نجد أن الشافعية وغالبية الحنابلة، بالإضافة إلى بعض المالكية يقرون بأن نهاية الحجر لا تتحقق إلى بحكم القاضي، فهو الوحيد المخول لبحث تحقق الدفع وسداد الدين، وحصول كل الغرماء على أموالهم دون تخلف أحدهم أو ظهور دائن جديد، فالأمر كذلك يحتاج إلى اجتهاد وتتبع، إلا أن هذا الرأي لا يعتبر الوحيد، فنجد أيضا أن

(1) - سلمان نصر: المرجع السابق، ص 165 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 129 .

(3) - محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص 336 .

الأحناف وغالبية المالكية، إلى جانب بعض الحنابلة يعتبرون أن الحجر يُرْفَعُ عن صاحبه دون حاجة إلى حكم القاضي، إذ يرون أن الدين سبب الحجر وبزوال الدين يزول السبب، وزوال هذا السبب يؤدي حتما لزوال الحجر ككل⁽¹⁾.

ولعل أن القول بأن نهاية الحجر لا تتحقق إلا بحكم القاضي هو القول الأحوط والأدق والأقرب للصحة، فمن جهة يحافظ على مبدأ أنه ما تم بحكم لا يزول إلا به، إضافة إلى اعتماد الإجتهد للتحقق من انتهاء شروط قيام الحجر وسداد ديون الغرماء.

4 - مرض الموت . ويقصد بمرض الموت المرض الذي يبعث في نفس صاحبه الخوف من الموت، ما دام الطب يحكم بكثرة الموت به، فيوصف بالمرض المميت ويصير صاحبه في غير طبعه المعتاد، فبالرغم من سلامة عقله إلى أن غلبة الظن بالهلاك تجعله لا يحسن التصرف فيلحق الضرر بدائنيه وورثته، فكان من باب أولى الحجر عليه بما يزيد عن حاجته من المأكل والملبس والمسكن والدواء إلى حين وفاته أو شفاؤه، كما يحجر عليه من التصديق بما زاد عن ثلث ماله، وهذا لحفظ ماله فيتصور على المريض في هذه الحالة إما الزهد بالذهاب إلى التبرع والتصدق بكل ماله، وهذا ما يضر بورثته ودائنيه عن حسن خاطر، وإما أن يقصد المريض التحايل بأن يتصدق بكل ماله على ورثته أو أحدهم قصد حرمان الدائنين وكذلك باقي الورثة⁽²⁾.

وقد اشترط الفقهاء لتحقق مرض الموت أمران : الأمر الأول غلبة الظن بالهلاك والموت جراء هذا المرض الذي يكون بطبعه مميت في العادة، ويضيف جمع من الفقه عجز المريض عن القيام بأعماله المعتادة نتيجة هذا المرض، ولا يعتدون بالعجز السابق ما دام المرض المميت هو المسبب له .

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 134 .

(2) - عبد الحميد ناجاشي الزهيري : شرح قانون المعاملات المدنية (آثار الحق وانقضاؤه) الطبعة الأولى، إثراء النشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 167 .

والأمر الثاني إتصال الموت بالمرض، ومفاد هذا الأمر أن لا ينقطع المرض عن الميت فلا يبرأ منه إلى حين تحقق الموت حتى لو كان هذا الموت بسبب آخر غير المرض نفسه، كالحريق مثلاً⁽¹⁾.

ويذهب جمع من الفقهاء إلى إضافة أمر ثالث لتحقيق مرض الموت وهو ما قال به الحنفية وهو مدة مرض الموت التي حددها بسنة تشترط من تاريخ تحقق المرض إلى غاية وفاة المريض، فلو لم يتحقق المرض ولم يشتد على صاحبه عدت تصرفاته صحيحة ولم تعتبر المرحلة مرض موت، فإن إشتد المرض بصاحبه عدلت تلك المدة من تاريخ إشتداد المرض إلى غاية تحقق الوفاة بشرط أن لا تتعدى مدة السنة دائماً⁽²⁾، ولعل مدة السنة مأخوذة من المذهب الحنفي، إلا أن باقي التفاصيل المتعلقة باشتداد المرض ربما مردها إلى تبني هذا الرأي من طرف المشرع المصري وسير معظم الشراح على نفس السياق.

وبالرغم من أخذ الشراح بهذا الرأي إلا أنهم يعيرون على هذا الشرط أنه لم يعد صالحاً للعمل به، إذ أن تطور العلم أصبح يؤكد على إمكانية استمرار المرض المميت لأكثر من سنة نتيجة تطور العلاج⁽³⁾.

كما أن عيب السنة لا يتعلق فقط بتطور العلم والعلاج وامتداد فترة المرض المميت، بل أنه قد يلحقه عيباً قانونياً عند تطبيق الحجر القضائي على المريض نفسه، ومثال ذلك في حالة إشتداد المرض في الستة أشهر الأخيرة بعد مضي عام من بداية المرض فيحكم بعد تحقق الوفاة بفترة المرض المميت أنها ستة أشهر بدل عام وستة أشهر، فلو تصرف هذا المريض قبل ثمانية أشهر من موته عدت تصرفاته صحيحة قانوناً بالرغم أنه كان في حالة مرض الموت فعلاً وواقعاً.

(1) - أحمد الدردير : المرجع السابق، ص 159 .

- محمد يوسف موسى : المرجع السابق، ص ص 338 - 339 .

(2) - صبحي الحمصاني : المرجع السابق، ص ص 130 - 131 .

(3) - خالد بوشمة : نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 183 .

وقد اختلف الفقهاء حول جواز توقيع الحجر القضائي على المريض مرض الموت، فقال جمهور الفقهاء باعتبار مرض الموت سبب من أسباب الحجر على المريض شرط تحقق الموت، وذلك حماية لحقوق الورثة والغرماء.

وعارض أبو حنيفة هذا الرأي وتبعه في ذلك بعض الفقهاء، بحيث يرى أنصار هذا الفريق أن المريض مرض الموت ليس محجوراً عليه حقيقة، وإنما مسموح وجائز له سائر أنواع التصرف، ولكن في حالة الوفاة يعدل منها ما زاد عن الثلث لتعلق حقوق الغير به من ورثة وغرماء⁽¹⁾.

وروي عن أصحاب مالك أنه قال من يحضر الزحف أو يحبس للقتل فهو كالمريض، فهذا الكلام يدل على إلحاق أصحاب هذا الوصف بالمريض مرض الموت شريطة أن يتحقق الموت أو أن يصاحبه فعلاً خوف شديد وظن بتحقيق الهلاك لا محالة⁽²⁾.

وفيما يتعلق ببداية الحجر على المريض مرض الموت ونهايته نجد أن الفقه يتفق على أن بداية الحجر على المريض تكون بمجرد تحقق الإصابة بالمرض من دون حاجة إلى حكم الحاكم، ذلك أن هذا الحجر يثبت بحكم الشرع متى تحققت أماراته، أما إذا كانت تلك الأمارات غير واضحة بأن صار المرض مشكوك فيه ذهب الشافعية إلى اشتراط شهادة طبيين من الأطباء العدول، هذا فيما يخص بداية الحجر.

وفيما يتعلق بنهاية الحجر على المريض مرض الموت نجد أن الحجر عليه ينتهي إما بوفاته وتحقق وجود مرض الموت، وإما بشفاء المريض وزوال مرض الموت ككل، وفي هذه الحالة يعد الشخص في حالة السليم منذ البداية فزوال

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 148 .

(2) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 664 .

المرض يستتبعه حتما زوال مرض الموت، ويكون هذا الزوال من غير حاجة لحكم الحاكم، ذلك أن توقيعه نفسه لم يحتاج لحكم حاكم⁽¹⁾.

ثانيا : أسباب الحجر المختلفة فيها وجهة النافين أقوى . وتتمثل هذه الأسباب في :

1 - النكاح . يقصد بالنكاح الزواج، والحجر المراد توقيعه بسبب النكاح يلحق المرأة المتزوجة دون الزوج، ويرى الفقه أن الحجر على الزوجة دون الزوج، وتفصيل ذلك يكون بغل يد الزوجة عن التصديق فيما زاد عن ثلث مالها، فإن لزمته كان لها ما تشاء وإن جاوزته رد جميعه وليس إلى الثلث فقط⁽²⁾.

وقد إستدل أصحاب الرأي القائل بالحجر على الزوجة من الكتاب والسنة والقياس، فمن الكتاب أخذوا قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁽³⁾.

وعن إستدلالهم من السنة فقد جاء عن ابن ماجة أن زوجة كعب بن مالك ذهبت بجليها لرسول الله **ﷺ** فقال لها : ﴿لا يجوز للمرأة عطية حتى تستأذن زوجها، فهل إستأذنت ؟ فقالت : نعم، فبعث **ﷺ** إلى كعب يسأله : هل أذنت لها أن تتصدق بجليها ؟ فقال : نعم، وقيل بأن إسناده هذا الحديث ضعيف، إلا

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 149 - 150 .

(2) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 181 .

(3) - سورة النساء : الآية 34 .

أنه جاء في رواية أخرى عن أبي داود أن رسول الله ﷺ قال : ﴿لا يجوز لإمرأة عطية إلا بإذن زوجها﴾⁽¹⁾.

وذهب هذا الفريق من الفقهاء في الأخير إلى قياس المرأة المتزوجة بالمرضى مرض الموت فحجروا عليها فيما زاد عن الثلث متى كان التصرف هبة أو صدقة⁽²⁾.

ومفاد ما تقدم أن الزوجة وبالرغم من رشدتها فهي محجور عليها لمصلحة زوجها، وهذا قول غالبية المذهب المالكي، ويكون هذا الحجر فيما زاد عن الثلث من مالها رغم إستقلال ذمتها، وقد عارض جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة هذا الرأي، وانظم إليهم جزء من المالكية، إذ يرى أصحاب هذا الإتجاه بأن الزوجة ما دامت مستقلة الذمة المالية فلها حرية التصرف كالزوج، ما بقيت ذات رشد فهو أساس حسن التصرف ولا أثر للنكاح على ذلك⁽³⁾.

وقد رد أنصار هذا الرأي على استدلال أصحاب المذهب المالكي بداية على الآية الكريمة التي تتحدث عن قوامة الرجل اتجاه زوجته ونفقتة عليها فليس لها أي مدلول على منع الزوجة من التصرف في مالها الخاص⁽⁴⁾، فما دامت ذمتها مستقلة عن ذمة زوجها المالية فهي حرة تتصرف فيه كيفما تشاء، ثم أجاب أنصار هذا الرأي على الإستدلال المأخوذ من السنة الشريفة وهو حديث الرسول ﷺ المتعلق باستئذان الزوجة من زوجها إن أعطت من مالها، فيرون أن هذا

(1) - سنن أبي داود : كتاب البيوع بغير إذن زوجها، عن عبدالله بن عمرو بن العاص، وإسناده حسن، والنسائي في الزكات : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، مشار إليه في شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ص 251 .

(2) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 186 .

(3) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 157 - 158 .

(4) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 185 .

الحديث لا يصلح للاستدلال به، فمن جهة هو لا يدل على منع الزوجة بنفس المعنى المعروف للحجر، كما أنه لا يوجد في الحديث ما يدل على أن المنع أو الإذن بصفة أدق يكون في ما زاد عن الثلث⁽¹⁾، ثم في الأخير أجابوا كذلك على بطلان القياس الذي قال به المالكية، فالزوجة والمريض مرض الموت يختلفان عن بعضهما، فالزوجة ليست مريضة وهي سليمة البدن وكذلك سليمة العقل فلا تشترك مع المريض في الخوف من الهلاك الذي يجعله يتصرف على غير العادة، وهذا الأمر هو الدافع إلى الحجر على المريض كما سبق ذكر ذلك، كما أن الزوجة حسب غالبية فقهاء المذهب المالكي أقروا ببطلان تصرفها مطلقا إذا جاوز الثلث، في حين أن المريض مرض الموت إذا تصرف فيما يجاوز الثلث رد وبطل تصرفه إلى حد الثلث، فيصح عند ذلك تصرفه في ثلث ماله ويبتل ما زاد عن الثلث⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن جمع من الفقهاء ذهب إلى اعتبار أن الأنوثة في حد ذاتها سببا موجبا للحجر، ويتشكل هذا الفريق من نفس فقهاء المالكية الذين قالوا بالحجر على الزوجة، فكان مرادهم واحد وفكرتهم واحدة مفادها نقص حيلة المرأة في المعاملات المالية، فيسعون إلى الحجر عليها ومنعها من التصرف حماية لما لها حسب نظرهم، وقد إستدلوا هذه المرة بقوله **وَعَجَلٌ** : ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾⁽³⁾، ومدلول هذه الآية الكريمة لدى أنصار هذا الرأي أن عبارة " السفهاء " تضم في مفهومها معنى الأنثى الصغير والمرأة التي لا تجارب لها في التجارة⁽⁴⁾، وقد أجاب جمهور الفقهاء وهو نفسه الذي عارض الحجر على

(1) - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : المرجع السابق، ص 252 .

(2) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 186 .

(3) - سورة النساء : الآية 5 .

(4) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 156 .

الزوجة كما سبق بيان ذلك على هذا الاستدلال بآية كريمة من قوله **وَعَجَلٌ** : ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾⁽¹⁾، وتدل الآية الكريمة على أن المولى **وَعَجَلٌ** جعل المرأة والرجل في درجة واحدة فمتى علم رشدهم دفعت إليهم أموالهم ولا تمييز بين الذكر والأنثى في هذا الخصوص، كما تمسك أنصار هذا الرأي بحججهم السابقة السالفة الذكر بشأن الحجر على الزوجة فهم يقولون بأن الأدلة تجعل تصرفات الرجل والأنثى في نفس درجة الصحة متى أونس رشدهم واستقلت ذمتهم المالية، سواء كانت الأنثى زوجة أو امرأة ذات أب أو غير ذات أب⁽²⁾، وبهذه الأدلة يظهر لنا جليا أن الحجر على الأنثى يتبع الحجر على الزوجة متى تم نكاحها، ولهذا اخترت أن أضم الحجر على الأنثى إلى الحجر على الزوجة ولم أفرد له جزءا خاصا به، ذلك أن الاختلاف واحد حيث نجد أنصار الفريقين هم أنفسهم بالنسبة للحجران سواء كانوا مؤيدين لتوقيع الحجر أو معارضين له، ثم إن حججهم تتداخل وتتقارب وهذا راجع لوحدة الموضوع.

2 - الأسباب المجازية عند أبي حنيفة : سميت بالأسباب المجازية لكونها

لا تتفق والمعنى الشرعي أو الإصطلاحي للحجر، ولكنها تتفق والمعنى الحسي واللغوي للحجر وهو المنع في حد ذاته، والمنع هنا ينصب على الفعل العادي لا على التصرف المتعلق بالأموال الذي يعد أصلا موضوع توقيع الحجر القضائي⁽³⁾.

(1) - سورة النساء : الآية 6 .

(2) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 181 .

(3) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 214 .

ومرد ربط الأسباب المجازية بالمذهب الحنفي دون سواه لأن الإمام أبو حنيفة فقط من قال بهذه الأسباب، ويرى أبو حنيفة أن الحجر لا يجوز على الحر العاقل إطلاقاً ما دام ضرره لا يلحق بالغير، فإن تعدى ضرره نفسه بأن وصل إلى غيره وجب عندئذ الحجر عليه ولهذا فهو لا يرى بجواز الحجر إلا على الطبيب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس، ويأخذ تلك الأوصاف بحسب الترتيب كل طبيب لا يحسن العلاج ويصف للناس دواء لا يفيدهم وإن زادهم ضراً لا يجد لهم ما يخفف عنهم وهذا لجهله بعمله، أما المفتي فإما أن يكون جاهلاً فيظل ويضل مع الناس، وإما أن يكون ماجناً بأن يفتي للناس بالحيل الباطلة قصد التحايل على الأحكام الشرعية إرضاء لنفسه أو لنفوس من يقصدونه، في حين أن المكاري المفلس فهو ذلك الشخص الذي يكره ويؤجر للناس جهالاً أو دواباً ويقبض أجرتها وهو في الحقيقة لا يملك عنده ما يؤجره، فإن جاء وقت الكراء هرب واختفى من الناس وأضاع عليهم أموالهم وسلبهم إياها⁽¹⁾.

وقد اعترف فقهاء المذهب الحنفي أن الأسباب المجازية ليس المراد منها حقيقة الحجر، وإنما الدافع وراء ذلك هو القيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دفعا للضرر عن الغير، وليس لمنع المحجور عليه من التصرف لحماية أمواله، فنجد أن الطبيب الجاهل يفسد أبدان الناس، والمفتي الماجن يفسد أديان الناس، بينما المكاري المفلس يفسد أموال الناس ويفوت عليهم أرباحها، ولهذا نجد أن الطبيب إذا وصف بعد ذلك الدواء الصحيح بيع دواءه وقبل، وأن المفتي إذا أفتى وأصاب قبل فعله ما دام الضرر غير محقق في تلكم الأفعال عكس ما هو عليه الحجر بالنسبة للمنع الذي يلحق كل تصرفات المحجور عليه المالية وقت قيام الحجر الموقع عليه⁽²⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 601 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 162 .

وتجدر الإشارة إلى سبب آخر قال به الشافعية دون باقي جمهور الفقهاء وهو الفسق، وهو سبب حسي غير حقيقي يلحق بالأسباب المجازية إذ أن الاختلاف قائم على تضارب المفاهيم بشأن مصطلح الرشد، فالجمهور يعرفه بصلاح الشخص في ماله، فيما يربطه الشافعية بصلاح المال والدين، فنجد أن فسق المال مندرج تحت مفهوم السفه، وقد اتفق غالبية الفقه على جواز توقيع الحجر به، بينما انفرد الشافعية بالإعتداد بفسق الدين دون سواهم من الجمهور، ذلك أن الجمهور يعتبر الحجر من المسائل المنصبة على المال وفسق الدين لا يمنع صلاح المال⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أسباب الحجر القضائي في القانون الجزائري

لقد حدى المشرع الجزائري حدو أغلب المشرعين في الدول العربية بأن جعل أسباب الحجر القضائي هي نفسها عوارض الأهلية الواردة في القانون المدني على سبيل الحصر وهي : الجنون، والعتة، والسفه، والغفلة، مع مراعاة أن المشرع الجزائري لم يدرج عارض الغفلة ضمن أسباب الحجر القضائي في قانون الأسرة.

وإذا كان المشرع الجزائري قد جعل أسباب الحجر القضائي في القانون المدني تقتصر على الجنون والعتة والسفه والغفلة، وتقتصر في قانون الأسرة على الجنون والعتة والسفه، فهذا لا يعني أنه لا يأخذ بأسباب الحجر القضائي في الفقه الإسلامي، فقد أخذ ببعضها بتسميات وأحكام مختلفة لا تنطبق تماما مع مفهوم الحجر القضائي الذي اعتمده في كل من القانون المدني وقانون الأسرة.

وتقسم عوارض الأهلية بالنظر إلى الأثر الذي يترتب على الحكم بالحجر القضائي على أساسها إلى قسمين: أما القسم الأول فيشمل الجنون والعتة اللذان يعدمان الأهلية، وأما القسم الثاني فيشمل السفه والغفلة، اللذان ينقصان الأهلية

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 159 - 160 .

ولا يعدمانها، وعلى هذا الأساس أعرض فيما يلي الحجر القضائي بسبب الجنون والعتة في مطلب أول، والحجر القضائي بسبب السفه والغفلة في مطلب ثان.

المطلب الأول الحجر القضائي لجنون أو عته

في الغالب ما يربط الفقهاء بين الجنون والعتة باعتبارهما سببين من أسباب الحجر القضائي، وينزلان بالجنون والمعته منزلة القاصر غير المميز عديم أهلية الأداء، ويرى أبو زهرة في هذا الخصوص أن العتة شعبة من شعاب الجنون وليس قسما له⁽¹⁾، ولأعرض فيما يلي الجنون والعتة ببعض من التفصيل.

أولا : الجنون : إن أبرز مواد القانون الجزائري التي تشير بوضوح إلى أن الجنون سبب من أسباب الحجر القضائي، المادة 101 من قانون الأسرة بالنص على أنه : " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معته، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " .

وتنص المادة (82) من نفس القانون على أنه : " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة " ، وجاء في المادة (42) من القانون المدني : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون .

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة " .

ولم يعرف المشرع الجزائري الجنون في القانون المدني وقانون الأسرة، وقد عرف الفقه الجنون بأنه مرض يصيب العقل فيذهب ويعدم تمييزه، فهو اضطراب يؤدي إلى انعدام قوى العقل واختلال انتظامه وتوازنه، ويؤدي عادة إلى إعدام الإدراك والتمييز لدى المجنون فيصير في مقام الصغير عديم أهلية الأداء⁽²⁾،

(1) - محمد أبو زهرة: الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1400 هـ، 1980 م، ص 38.

(2) - محمد حسين منصور : نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2009، ص 381 .

ويضيف البعض من الفقه، وصفا للجنون بأنه مصاحبة الإضطراب والهيجان فالجنون بهذا المعنى يذهب العقل تماما ويجعل صاحبه في حكم من لا عقل له⁽¹⁾. ويترتب على فقدان أهلية الأداء بسبب الجنون توقيع الحجر على صاحبه، ويكون ذلك بحكم القاضي ولا يرفع عنه إلا بحكم قضائي، ويمنع على المحجور عليه حجرا قضائيا مباشرة أي تصرف قانوني بعد توقيع الحجر عليه، تحت طائلة بطلان تصرفاته بطلانا مطلقا باعتباره في حكم الصبي غير المميز .

ولكن هذا الحكم لا يعد مطلقا، بل يرد عليه إستثناء يهدف بالأساس إلى حماية الغير حسن النية، وهو المتعامل مع الجنون وهو يجهل حاله وجنونه سواء بنفسه أو عن طريق غيره، وبأن لا يكون جنون الجنون شائعا وقت التعاقد معه⁽²⁾، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الإستثناء بالنص في المادة (107) من قانون الأسرة على أنه : " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما "، ويستفاد من هذا النص أنه يسمح بامتداد حكم البطلان لتصرفات الجنون إلى ما قبل توقيع حكم الحجر القضائي عليه، بشرط أن تكون حالة الجنون شائعة وقت التعاقد وبشرط عدم ثبوت حسن نية المتعاقد معه وإلا اعتبرت تصرفات الجنون في حال انعدام هذين الشرطين تصرفات صحيحة.

وقد أخذ جمع من فقهاء القانون برأي فقهاء الشريعة الإسلامية، فميزو بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، أما الجنون المطبق فهو الجنون الدائم المستمر الذي لا إفاقة فيه، وأما الجنون المتقطع فهو جنون تصطحبه فترات إفاقة، فيكون صاحبه مجنونا أحيانا وسليم العقل أحيانا أخرى وقت الإفاقة، ويجمع الفقهاء على أن الجنون المطبق لا يثير أي إشكال فيعتبر صاحبه محجورا عليه دائما ما دام

(1) - محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 382 .

(2) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 342 .

الجنون قائما، أما الجنون المتقطع فإن صاحبه يمنع من التصرف وقت الجنون وتصح تصرفاته إذا صدرت عنه وقت الإفاقة⁽¹⁾.

وقد يكون المشرع الجزائري قد أحسن عملا بعدم تمييزه بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، فبالرغم من أن الجنون المطبق لا يثير أي إشكال وتوقيع الحكم بالحجر القضائي على أساسه، فإن الجنون المتقطع يثير الكثير من الإشكالات، فيصعب إبتداء إثبات فترات الإفاقة وفترات الجنون، وأن اشتراط الحكم القضائي للحجر على أساسه قد يكون مستحيلا عمليا، فكيف للقاضي أن يستتبع كل إفاقة بحكم قضائي لرفع الحجر ثم يليه بآخر ليعيد المنع، ولعل أن عدم التمييز بين الجنون المطبق والجنون المتقطع ضمان لاستقرار المعاملات، وأنه يعطي حجية أكبر للحكم القضائي الذي يهدف بالأساس لحماية الجنون نفسه حتى ولو كان المنع يقع في غير محله أحيانا .

وقد أشار المشرع الجزائري لإمكانية الإستعانة بالطبيب المختص لتوقيع الحجر القضائي بسبب الجنون بالنص في المادة 113 من قانون الأسرة على أنه : " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر"، والمراد بأهل الخبرة الأطباء المختصين في الأمراض العقلية، وهذا بقصد التثبت في حالة الجنون.

وقد إستقر الإجتهد القضائي المصري على التفرقة بين الحالة الواقعية وهي مرض الجنون، وبين الوصف القانوني للحالة المرضية المستوجبة لتوقيع الحجر القضائي أو إبطال التصرف السابق للحكم، فيرى الإجتهد أن المهمة الأولى توكل إلى الأطباء بصفتههم أصحاب اختصاص في فحص الحالات الواقعية، أما المهمة الثانية المتعلقة بإعطاء الوصف القانوني فأسند لقضاة الموضوع، وبذلك

(1) - رمضان أبو السعود : النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 125 .

يذهب الإجتهد المصري إلى الإقرار باستقلال سلطة القاضي الذي ينظر في الموضوع، في إعطاء الوصف القانوني للحالة الواقعية، فيكون حرا في طلب الخبرة من عدمها ثم لا يكون بعد ذلك ملزما بإتباعها في حالة الاستعانة بها، فلا يجبر قاضي الموضوع على الأخذ برأي التقارير الطبية، فهو مستقل في تقرير وجود الجنون من عدمه، ويذهب الراجح من شراح القانون المصري إلى اعتبار أن القاضي المقرر لحالة الجنون لا يخضع لرقابة محكمة النقض بخصوص تقريره لحالة الجنون من عدمه، لأن اللجوء إلى الخبر عادة ما تتم الإستعانة به كون المرض عقلي عكس السفه الذي يكون لمحكمة النقض دور رقابي لتفسيره ما دام أمرا تقنيا قانونيا وليس موضوعيا محضا كالجنون⁽¹⁾.

ثانيا . العته . بعد ربط المشرع الجزائري بين العته والجنون باعتبارهما سببين من أسباب الحجر القضائي، وجعل المحجور عليه بسبب العته والمحجور عليه بسبب الجنون في مركز قانوني واحد، مركز القاصر غير المميز، عديم أهلية الأداء، ورتب على تصرفاتهما بعد الحكم بالحجر عليهما البطلان المطلق بنص المادتين 82 و 101 من قانون الأسرة، والمادة 42 من القانون المدني، ولم يعرف المشرع الجزائري العته شأنه في ذلك شأن عدم تعريفه للمجنون.

وقد عرفه البعض من الفقه بأنه اختلال يصيب عقل الشخص فيجعله قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير يتبعه فقد الإدراك والتمييز⁽²⁾، وعرف البعض الآخر من الفقه العته بأنه نقصان عقل تصحبه قلة فهم وخلط كلام ولكن لاتصل حد الجنون⁽³⁾، ولعل هذا الاختلاف بين المجنون والمعتوه راجع إلى بعض خصال المعتوه مثل الهدوء، فلا يتصف المعتوه بالهيجان كالجنون، كما أن العته

(1) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص ص 128 - 129 .

(2) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 59 .

(3) - نبيل إبراهيم سعد : المدخل إلى القانون (نظرية الحق) منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2001، ص 177 .

لايزيل العقل كلياً فقد يشبه المعتوه أحياناً العقلاء، وقد يشبه المجانين أحياناً أخرى⁽¹⁾.

وقد أدى هذا الاختلاف بين الجنون والعتة ببعض الفقه إلى اعتبار العتة شعبتين : شعبة أولى من العتة يبقى معها إدراك وتمييز ناقصين لا يبلغان درجة العقلاء، فيأخذ صاحبه حكم القاصر المميز متمتعاً بأهلية أداء ناقصة، إلى جانب أهلية الوجوب، فلا تنعدم أهليته كلياً كالمجنون.

وشعبة ثانية من العتة لا يبقى معها لا إدراك ولا تمييز، فيصير صاحبه في نفس مقام المجنون، فتعدم أهلية الأداء عنده تماماً ولا يتبقى له سوى أهلية الوجوب، فيصبح في حكم القاصر غير المميز أي عديم الأهلية⁽²⁾.

ويتضح من المادتين 82 و 101 من قانون الأسرة، والمادة 42 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد استقر على اعتبار أن العتة يأخذ وصف الشعبة الثانية، وذلك من خلال جعله للعتة في نفس الحكم القانوني للمجنون، فحسم بذلك الاختلاف الفقهي والثبوت على رأي واحد يمنح الاستقرار لتطبيق النص القانوني، ويتجنب الإشكالات الممكن حدوثها بسبب صعوبة إثبات الفرق بين الشعبتين.

وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري قد سوى بين العتة والمجنون، فقد رتب على اعتبار الشخص معتوها انعدام أهلية أدائه ، فتقع بذلك كل تصرفاته باطلة ولو كانت نافعة نفعا محضاً له، وهذا بعد الحكم بتوقيع الحجر عليه، بينما تبقى التصرفات القانونية السابقة لحكم الحجر صحيحة لاعتبار أن الحجر القضائي لا يكون إلا بحكم القاضي، وكون الحكم يمنع ما بعده فلا يمتد لما قبله، وقد تقرر ذلك حماية للغير حسن النية الذي لا يعلم بعتة المتعاقد الآخر بشرط عدم شيوع

(1) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 126 .

(2) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 59 .

حالة العته وقت التعاقد معه⁽¹⁾، فإن تخلف أحد الشرطين عد التصرف باطلا متى قضى القاضي بذلك، وهذا عملا بالمادة 107 من قانون الأسرة .

ولبعض الفقهاء رأي آخر يهدف إلى إبطال تصرفات المعتوه كلها دون استثناء سواء أكان حسن النية أم سئ النية، وسواء أكان العته شائعا أم لا، فالإرادة في نظر هذا الفقه أساس التصرف ولا يتحقق ركن الرضا إلا بها، كما لا يتأتى ذلك إلا إذا كانت الإرادة سليمة مدركة مميزة، فمتى ثبت تخلف الإدراك والتمييز إختل الركن بسبب الإرادة ولا إعتبار في ذلك لحسن النية ولا لشيوع حالة العته، وأن تحقق سوء النية لدى المتعاقد مع المعتوه أو ثبوت حالة شيوع العته يؤسسان لإبطال التصرف السابق لحكم الحجر القضائي نتيجة انعدام الأهلية بسبب عوارض الأهلية، أما في حالة توافر شرطي حسن النية وعدم شيوع حالة العته فيمكن إبطال التصرف المبرم على أساس انعدام الإرادة لا الأهلية⁽²⁾، ولا يمكن للغير الإحتجاج بشروط نص المادة 107 سالفه الذكر، فمجرد إثبات وجود العته يغنيان عن تلك الشروط ويؤسس لتخلف الإرادة وبطلان ركن الرضا.

وقد يصدق هذا الرأي الفقهي على المجنون شأنه شأن العته، فإن صح قوله على المعتوه، صح قوله على المجنون، ذلك أن المشرع الجزائري وعدد كبير من الفقه يسويان بين المجنون والعته بداية من حيث إنعدام الأهلية، فالمشرع الجزائري وعلى غرار غالبية المشرعين العرب يجعل كل من المجنون والمعتوه في نفس المركز القانوني لعديم الأهلية، أي القاصر أو الصغير غير المميز، فقرر بذلك البطلان القانوني لتصرفاتهما، وهذا البطلان بطلان مطلق يلحق حتى التصرفات النافعة نفعا محضا بعد الحكم بالحجر عليهما، ويطبق ذات الحكم على العته والمجنون في حالة شيوعهما قبل حكم الحجر القضائي .

(1) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 342 .

(2) - عبدالفتاح عبدالباقي : المرجع السابق، ص 107 .

وفيما يتعلق باعتماد الخبرة الطبية واللجوء إليها من طرف القاضي بخصوص الوقوف على مدى إصابة الشخص بالعتة، فهي جوازية غير ملزمة لقاضي الموضوع من حيث نتائجها في نظر الاجتهاد القضائي المصري، وهذا راجع إلى أن تقدير الوصف القانوني يعود لقاضي الموضوع بعد الإطلاع على الحالة الواقعية للمرض والمعدة من طرف الطبيب المختص، وما دام الوصف القانوني من اختصاص القاضي فلا يكون مجبرا بنتائج الحالة المرضية فيطلع عليها، ولا يكون مجبرا بنتائجها، ولا يخضع لرقابة محكمة النقض بخصوص وصفه للحالة المرضية⁽¹⁾، وقد يصدق موقف الاجتهاد القضائي المصري على المعتوه كما هو عليه الحال بالنسبة للمجنون ذلك أن الاجتهاد نفسه استقر على أن للحالتين نفس الحكم بالنسبة للوصف القانوني الممنوح لقاضي الموضوع دون سواه، وهذا ما نصت عليه المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري التي تسوي بين الحالات المرضية، وتمنح قاضي الموضوع سلطة اللجوء للخبرة الطبية للكشف والوقوف على مدى توافر أسباب الحجر من عدمه، وتمتد هاته السلطة إلى كل أسباب الحجر القضائي ولا تقتصر على الجنون فقط.

والظاهر من اجتهاد القضاء الجزائري وجوب إثبات السلامة العقلية للشخص بخير أو طبيب مختص في الأمراض العقلية، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه : " يتم توقيع الحجر، إستنادا إلى خبرة طبية من طبيب مختص في الأمراض العقلية "، مع خضوع قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا حول مدى دقة الوصف القانوني للحالة الواقعية للمرض، فالإجتهاد القضائي الجزائري أجاز بقراره هذا فرض رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع، واشترط إثبات المرض من عدمه بشهادة طبية لطبيب مختص وليس بمجرد شهادة طبيب عام⁽²⁾.

(1) - نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق، ص 126 .

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36522 بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 2، ص 481 .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 لسنة 2005 يخلط بين حكم العته كسبب من أسباب الحجر، فتارة يعتبر المعتوه عديم الأهلية بموجب المادة 42 من القانون المدني عندما يلحقه بالجنون، وتارة يضعه جنبا إلى جنب مع السفية ويعتبره ناقص الأهلية لا عديمها، فيجعل بذلك أثر تصرفات المعتوه تختلف باختلاف أهلية أداء المعتوه، فمرة باطلة بطلانا مطلقا بنص المادة 42، ومرة في نفس حكم تصرفات القاصر المميز عملا بنص المادة 43 من القانون المدني، وقد تدارك المشرع الجزائري الأمر عندما عدل المادة 43 بموجب القانون رقم 10/05 ليضع عبارة " ذا غفلة " مكان عبارة " معتوها "، فيصير عندئذ للعته حكم واحد وهو انعدام الأهلية، ولعل هذا الخلط راجع إلى سهو وقع فيه المشرع، إعتماذا على نصوص المواد 42 و 43 الواردة باللغة الفرنسية، وذلك على سبيل الإستثناس لا الجزم، لأن المبدأ العام في القانون الجزائري يقضي بأنه عند تعارض النصين الفرنسي والعربي، فأولوية التطبيق للنص العربي، فقد ورد مصطلح العته في النصين العربيين للمادتين 42 و 43، في حين ورد في المادة 42 باللغة الفرنسية Faiblesse d'espoir ، وورد في المادة 43 بالفرنسية مصطلح آخر وهو L'imbécillité وهذا ما يظهر أن المشرع لم يقصد ذات المصطلح في النص العربي، خاصة أنه بالعودة للترجمة نجد أن Faiblesse d'espoir تعني العته، في حين أن L'imbécillité يقابلها الغفلة، وما يؤكد ذلك أن المشرع قد صحح السهو الوارد في المادة 43 بوضع ذا الغفلة مكان المعتوه رغم الحفاظ على نفس المصطلحات في النص الفرنسي، حيث أصبحت تتطابق المواد الفرنسية والعربية تماما من حيث المعنى.

المطلب الثاني

الحجر القضائي لسفه أو غفلة

في الغالب ما يلحق السفه بالغفلة كسببين للحجر القضائي كونهما يؤديان إلى إنعدام الإدراك والتمييز، وإنما يؤثران فقط على حسن التدبير، ولذلك يسوي القانون في الأثر المترتب عليهما في حال الحكم بالحجر بسبب أحدهما، فجعلهما سببا لنقص أهلية الأداء وليس لانعدامها فهما عارضان لا يصيبان الشخص في عقله وإنما يصيبانه في تدبيره.

ولئن كان المشرع الجزائري قد ميز في القانون المدني بين السفه والغفلة بأن جعل كل واحد منهما سببا للحجر القضائي، وحدد مركزهما القانوني باعتبارهما ناقصي أهلية الأداء بالنص في المادة 43 من نفس القانون على أنه : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون "، فإن المشرع قد أغفل النص في المادة 101 من قانون الأسرة على اعتبار الغفلة سبباً من أسباب الحجر القضائي، قد جاء في المادة 101 من قانون الأسرة بأن : " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات بعد رشده يحجر عليه "، ولعل السبب في عدم إدراج الغفلة من بين أسباب الحجر القضائي في هذه المادة أن أحكام قانون الأسرة مستمدة أصلاً من أحكام الشريعة الإسلامية، وأن المادة 222 من قانون الأسرة تنص على وجوب الرجوع إلى هذه الأحكام فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون، وأن غالبية الفقه الإسلامي تعتبر الغفلة إحدى صور السفه، ولأعرض فيما يلي هذين السببين تباعاً باعتبار كل منهما يعتبر سبباً للحجر القضائي.

أولاً : السفه : لم يعرف المشرع الجزائري السفه وعرفه الفقه عموماً، بأنه خفة تعترى الشخص فتحمله على العمل على غير مقتضى العقل والشرع⁽¹⁾،

(1) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 343 .

فيعد بذلك تبذيرا أو إسرافا في المال على خلاف متطلبات العقل والشرع، سواء أكان ذلك في وجوه البر أو الشر⁽¹⁾، فالسفيه كامل الإرادة مبصر بعواقب فساد، ورغم ذلك يقدم على التبذير ويتعمده غير معتبر للنتائج بسبب تسلط شهوة الإلتلاف عنده على إرادته⁽²⁾، وهذا الإلتلاف قد يكون في غير مبتغى الشرع كإدمان المقامرة والسهر والسكر، وقد يكون مشروعاً، ولكن يصاحبه إلتباع هوى ومكابرة عقل كالإسراف في التبرعات⁽³⁾.

ويمثل السفه بهذا المعنى ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس⁽⁴⁾، فهو لا يصيب العقل ولا يهدم أهلية أداء صاحبه وإنما يصيب التدبير⁽⁵⁾، فيصير في مركز القاصر أو الصبي المميز، ودليل ذلك هو تكليف السفيه شرعاً ومؤاخذته على جرائمه، ولكن يمنع عنه ماله صونا وخشية عليه من الضياع⁽⁶⁾.

ويعتبر السفيه في حكم ناقص الأهلية وليس عديمها، فهو بذلك يتساوى والقاصر أو الصبي المميز⁽⁷⁾، فتأخذ بذلك تصرفات السفيه أوصافاً ثلاثة، إما عدم النفاذ إذا كان التصرف ضاراً بالسفيه، وإما نفاذ التصرف إذا كان نافعاً له، وإما أن يكون نفاذه موقوف على إجازة الولي أو الوصي إذا كان التصرف الدائر بين النفع والضرر، وذلك بعد الحكم بالحجر عليه عملاً بالمادة 43 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص

(1) - عبدالفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 109 .

(2) - محمد حسين منصور : نظرية الحق، دار الجامعات الجديدة، الأزاريطه، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 388 .

(3) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 572 .

(4) - عصام أنور سليم : المرجع السابق، ص 223 .

(5) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 343 .

(6) - محمد سعيد جعفرور : تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2002، ص 53 .

(7) - عبدالمنعم فرج الصمد : المرجع السابق، ص 460 .

الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، وعملا بالمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه : " 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 إذا كانت متزدة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، ويعبر فقهاء القانون المدني عن حكم تصرفات ناقص الأهلية ببطالان تصرفاته إذا كانت ضارة به ضررا محضا، وصحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا، أو قابله للإبطال لمصلحته إذا كانت دائرة بين النفع والضرر⁽¹⁾.

وما تجب ملاحظته أن المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه : " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"، وقد يفهم من هذه المادة أن حكم التصرفات الصادرة عن السفيه هو نفس حكم التصرفات الصادرة عن المجنون أو المعتوه وهو عدم نفاذها ولو كانت نافعة نفعا محضا بالنسبة للسفيه شأنه في ذلك شأن المجنون والمعتوه على اعتبار أن الجنون والعته يعدمان أهلية الأداء لديهما فيكونان في مركز القاصر غير المميز، وهذا ما يتعارض مع نص المادة 83 من نفس القانون التي تجعل من السفيه بعد الحكم بالحجر عليه في مركز القاصر المميز.

وتبقى تصرفات السفيه قبل الحكم بالحجر عليه معتبرة تصرفات صحيحة ومرد ذلك في نظر بعض الفقه هو طبيعة حكم الحجر القضائي المثبت للسفه والذي يعتبر حكما منشئا لا كاشفا فالحكم بالحجر القضائي على المجنون، حكم كاشف لحالة الجنون وليس منشئا لها فيجوز بذلك إبطال تصرفات المجنون ومن في حكمه، كالمعتوه قبل صدور الحكم ما دام الجنون والعته متوفران فعلا ويمكن إثباتهما، ويفهم من ذلك أن السفه لا يأخذ هذا الحكم لأن القاضي هو من يقرر

(1) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 344 .

وجود هذا العارض، وبالتالي يؤخذ به من تاريخ الحكم بالحجر القضائي، فيطبق بأثر فوري ولا يمتد إلى التصرفات السابقة لحكم القاضي⁽¹⁾، وبالرغم من اتفاق فقهاء القانون وسير معظم التشريعات العربية على نفس السياق من خلال الإقرار بصحة تصرفات السفه قبل صدور الحكم القضائي بتوقيع الحجر القضائي عليه، وذلك لسلامة عقله، فنقص التدبير يقرره القاضي ولا مجال للأخذ به قبل ذلك، فإن المشرع الجزائري قد سار على نهج مغاير بأن ضمن المادة 107 من قانون الأسرة حكما عاما دون تحديد لسبب الحجر بما في ذلك عارض السفه، ومفاد هذا الحكم أن تصرفات المحجور عليه قبل الحكم بالحجر إذا كانت أسباب الحجر ومنها السفه ظاهرة وفاشية وقت صدورهما، وبذلك تكون تصرفات السفه السابقة للحكم باطلة متى كانت حالة السفه ظاهرة وفاشية، وهذا على غرار كل من الجنون والعتة، وهذا خلافا لما أقره الفقه والقوانين العربية المقارنة.

ويرى بعض الفقه أن اعتبار تصرفات السفه قبل الحكم بالحجر عليه صحيحة ونافذة كأصل عام فإنه يرد على هذا الأصل إستثنائين هما : حالتا الإستغلال والتواطؤ، ويتمثل الإستغلال⁽²⁾ في كون المتعاقد مع السفه يعلم حاله فيعتمد إلى الإستفادة من ذلك، فيحصل على ميزات تفوق الحد المعقول عادة من العقد المبرم، ويتمثل التواطؤ في إتفاق المتعاقد مع السفه على إبرام التصرف قبل

(1) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 573 .

(2) - ويمكن هنا إبراز الاختلاف الموجود بين الإستغلال في القواعد العامة والواردة بخصوص عيوب الإرادة بموجب المادة 90 من القانون المدني، والإستغلال المتعلق بحالة السفه، حيث أن الأول يترتب عليه قابلية الإبطال أو إنقاص التزامات المتعاقد الواقع في الغبن نتيجة طيش بين أو هوى جامع والسلطة في ذلك للقاضي، في حين يترتب عن إستغلال السفه، إما بطلان التصرف متى كان ضارا بالسفه أو قابلية التصرف للإبطال إذا كان التصرف دائرا بين النفع والضرر .

- عبدالفتاح عبدالباقي : المرجع السابق، ص 110 .

توقيع الحجر، بنية تجنب أثر توقيع الحكم بالحجر⁽¹⁾، ولا وجود لمثل هذا الحكم في القانون المدني وفي قانون الأسرة الجزائريين بخصوص هذين الاستثنائين⁽²⁾.

وفيما يتعلق باستعانة القاضي بأهل الخبرة لإثبات عارض السفه المنصوص عليها في المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري، فإن الفقه يرى أن السفه ليس فكرة مقيدة منضبطة بل هي فكرة معيارية تخضع للتجارب الاجتماعية في حياة الناس، وذلك من خلال إساءة استعمال الحقوق عامة والمالية خاصة⁽³⁾، ويمكن للقاضي الاستدلال عليها من خلال مناقشة أقوال المحجور عليه أو المراد الحجر عليه والتحقيق في أقواله⁽⁴⁾.

وعلى الرغم من أن الإجتهد القضائي الجزائري حسبما سبق بيانه إشتراط اللجوء إلى الطبيب على أن يكون هذا الطبيب مختصا لا عاما، وأن المشرع لم يميز بين أسباب الحجر في هذا الخصوص، ولعل أن المقصود من هذا الإجتهد القضائي خصوصا الجنون والعتة دون السفه، على اعتبار أن السفه من الأمور الموضوعية الخالصة التي يستقل بها قاضي الموضوع من خلال محادثة الشخص المراد الحجر عليه، والإطلاع على الوقائع والأوراق المتعلقة بتصرفاته لإستنباط الحكم الذي يراه سائغا⁽⁵⁾، بينما يعتبر الجنون والعتة مرضان عقليان يرجع فيهما الإختصاص للخبراء والأطباء في الأمراض العقلية.

ويكاد يكون الإجتهد القضائي المصري مستقرا على أن سلطة إعطاء الوصف القانوني بخصوص الحالة الواقعية للسفيه هي مهمة موكولة لقاضي الموضوع، وله كامل النظر في إستخلاص السفه من عدمه وهو في ذلك لا يخضع

(1) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 344 .

(2) - محمد سعيد جعفرور : تصرفات ناقص الأهلية ...، المرجع السابق، ص 77 .

(3) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 582 .

(4) - عصام أنور سليم : المرجع السابق، ص 224 .

(5) - محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 390 .

لأي تقرير أو خبرة طبية، لكون السفه ليس بمرض يصيب العقل فيذهب إدراكه وتمييزه، وإنما عارض يلحق التقدير وحسن التدبير، وهذا يستشف من المعاملة وسلوك الشخص، فالقاضي يستخلص إذن السفه من التصرف فإذا قضى به، جاز لمحكمة النقض فرض رقابتها على قاضي الموضوع من خلال متابعتها مدى توافق الوصف القانوني المعطى للسفيه مع الحالة الواقعية المستخلصة⁽¹⁾.

ثانياً، الغفلة: لم يعرف المشرع الجزائري الغفلة، وعرفها البعض من الفقه بسهولة التردّي في الغبن والوقوع فيه لبساطة العقل والقلب والنية، فيكون ذو الغفلة غير قادر على الإهتمام والتمييز بين التصرفات إن كانت رابحة أم خاسرة⁽²⁾، فهو ضعيف الإدراك عاجز عن التمييز بين ما هو نافع له وما هو ضار به، فيغبن في معاملاته ويفسد أمواله نتيجة سلامة قلبه وحسن نيته⁽³⁾، على عكس السفه الذي تغلبه شهوته في اتباع هواه ومكابرة عقله.

فالغفلة تعتبر ضعف الملكات الضابطة في النفس والتي تتولد عن حسن الإدراك والتقدير، فهي لا تخل بالعقل كأصل عام وإنما تقتصر على فساد التدبير عند صاحبها، فيعتبر ذو الغفلة مصاب في تدبيره لا عقله⁽⁴⁾، فينزل بذلك منزلة القاصر المميز، أي ناقصي الأهلية، شأنه في ذلك شأن السفه، ولذلك يربط الفقه، والتشريعات العربية بين السفه والغفلة من حيث مركزيهما القانوني ومن حيث حكم تصرفات كل منهما بعد توقيع الحجر عليهما.

وقد إستقر الفقهاء على أن تصرفات ذو الغفلة بعد توقيع الحجر عليه، تأخذ أوصافاً ثلاثاً بحسب الأحوال، فإما أن تكون صحيحة متى كان التصرف نافعا نفعا محضاً بذّي الغفلة، أو تكون باطلة بطلاناً مطلقاً إذا كان التصرف ضاراً

(1) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص ص 128 - 129 .

(2) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 343 .

(3) - محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 388 .

(4) - عصام أنور سليم : المرجع السابق، ص ص 223 - 224 .

ضرراً محضاً بصاحب الغفلة، وإما يكون تصرفه قابلاً للإبطال لصالحه، إذا كان دائراً بين النفع والضرر فتكون الإلتزامات متبادلة بين ذي الغفلة والمتعاقد الآخر فتكون له الأولوية على حساب المتعاقد الآخر نظراً لنقص أهلية الأداء عنده وهي أساس التصرفات القانونية وكمال الرشد والعقل⁽¹⁾.

ويكاد يجمع الفقه على التصرفات القانونية التي تسبق حكم توقيع الحجر القضائي على ذي الغفلة حيث تعد تصرفات صحيحة نافذة بحكم أن نقص الأهلية لا يتقرر إلا من تاريخ توقيع الحجر القضائي على ذي الغفلة، غير أن هذه القاعدة غير مطلقة لدى غالبية الفقه، فنجدهم يعترفون باستثنائين، وهما نفسيهما المعمول بهما في الحجر القضائي على السفیه، ويخصان حالتي الإستغلال والتواطؤ، فمتى ثبت الإستغلال والتواطؤ صار التصرف قابلاً للإبطال أو باطلاً بحسب الظروف⁽²⁾.

ويرجح بعض الفقه فكرة التطبيق الفوري لحكم الحجر القضائي على المستقبل وعدم جواز ابطال التصرفات السابقة للحكم على أساس أن حكم الحجر القضائي بسبب الغفلة يعد حكماً منشئاً لا كاشفاً، كما هو الحال بالنسبة للسفه، فالسفه والغفلة يمثلان مجرد ضعف في الملكات الضابطة بالنفس ويصيبان الشخص في تدبيره فقط فينقصانه، بينما الجنون والعتة عبارة عن إختلال عقلي فالعارضان يصببان الشخص في عقله فيذهبان به ويعدمان عقل صاحبه، فيكون بذلك الجنون والعتة متوافران من وقت المرض وليس من تاريخ حكم القاضي، فيصير بذلك الحكم كاشفاً فقط للعارضين وليس منشئاً لهما كما لو قررهما القاضي بعد إستجواب وتجربة كل من السفیه وذي الغفلة⁽³⁾.

(1) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 344 .

(2) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 149 .

(3) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 573 .

ويرى البعض من الفقه أن الغفلة مثل السفه فهما لايعتبران فكرة دقيقة ومقيدة ومنضبطة بل فكرة معيارية يتسنى اكتشافها من خلال التجارب الاجتماعية، فيظهر على ذي الغفلة سوء التصرف في أمواله، وكذا عدم الإهتمام إلى التصرف الربح والخاسر⁽¹⁾، فمهمة الكشف عن الغفلة أوكلت لقاضي الموضوع دون سواه، فيحول له سماع ومناقشة الشخص المراد الحجر عليه، ومن ثم فالتحقيق هو أبرز وسائل القاضي للكشف عن الغفلة والسفه، على عكس الجنون والعتة اللذان يختص بهما الخبير والطبيب المختص دون سواه⁽²⁾.

والمعمول به في الإجتهد القضائي المصري أن لمحكمة النقض الحق في إضفاء الرقابة على قرار القاضي المتعلق بتوقيع الحجر القضائي على ذي الغفلة من عدمه، لأن إعطاء الوصف القانوني للحالة الواقعية المتمثلة في غفلة الشخص المراد الحجر عليه أو تقرير سلامة تدبيره من نقصه موكولة لقاضي الموضوع يستشفها من التحقيق وتجربة الشخص من خلال إستجوابه ومناقشته، وليس بالإعتماد على تقارير طبية أو خبرات خاصة، وبهذا يبقى له كامل النظر والسلطة لتقدير الغفلة، إلا أن دور محكمة النقض يعد بارزا هو الآخر لما لها من سلطة في مراقبة مدى تسبب القرار وكذا ملائمة الوصف القانوني للحالة الواقعية، فتكون لها بذلك قوة قانونية تسمح لها بمراقبة حكم أو قرار قاضي الموضوع وبالتالي يمكن لها نقض أو تأييد القرار بحسب ما تراه مناسبا⁽³⁾.

ولقد أثار عارض الغفلة كسب من أسباب الحجر القضائي في التشريع الجزائري الكثير من الجدل في الفقه، والسبب في ذلك أن المادة 43 من القانون المدني تعتبر الغفلة أحد أسباب الحجر القضائي بنصها على أن : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة

(1) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 582 .

(2) - عصام انور سليم : المرجع السابق، ص 224 .

(3) - محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 390 .

يكون ناقص الأهلية ووفقا لما يقره القانون"، في حين أن المادة 101 من قانون الأسرة لم تذكر الغفلة ضمن أسباب الحجر بنصها على أن : " كل من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى هذه الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه "، وكذلك لم تفعل المادة 85 من نفس القانون في بيان لحكم تصرف المجنون والمعتوه والسفيه باعتبارها تصرفات غير نافذة بعد الحكم بالحجر عليهم، بنصها على أنه : " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه تصرفات غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه.

ولعل أن إحالة المادة 83 من قانون الأسرة إلى المادة 43 من القانون المدني التي تجعل من الغفلة سببا من أسباب الحجر القضائي يفيد أن المشرع قصد من ذلك الإشارة إلى اعتبار أن الغفلة ولو ضمينا، سببا من أسباب الحجر في قانون الأسرة على الرغم من عدم النص على ذلك صراحة في هذا القانون

ومع ذلك يرى بعض الفقه أن نص المادة 79 من القانون المدني والتي تنص على أنه : " تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة :، يفيد وجود تعارض بين المادة 43 من القانون المدني التي تجعل عارض الغفلة سببا من أسباب الحجر القضائي، وبين المادة 101 من قانون الأسرة التي أغفلت النص على جعل الغفلة عارضا من عوارض الأهلية الموجبة للحجر القضائي، والأولى في نظر هذا الفقه تطبيق أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بالحجر القضائي⁽¹⁾.

ويعلل البعض من الفقه الذي يرى أولوية تطبيق أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بالحجر القضائي أن القانون المدني هو الشريعة العامة، وأن قانون الأسرة هو الحكم الخاص، وبذلك تكون نصوص قانون الأسرة هي الواجبة التطبيق عملا بمبدأ النص الخاص يقيد العام، وعليه يستبعد تطبيق أحكام القانون المدني

(1) - محمد سعيد جعفرور : تصرفات ناقص الأهلية ...، المرجع السابق، ص 390 .

بموجب أحكام قانون الأسرة ذات الصلة بالموضوع المتعارض فيه، وبدليل أن المادة 79 من القانون المدني تحيل إلى تطبيق قواعد قانون الأسرة على المحجور عليهم⁽¹⁾.

وقد يؤخذ على هذا الرأي أن المادة 83 من قانون الأسرة تحيل بدورها إلى المادة 43 من القانون المدني التي تجعل من عارض الغفلة سببا من أسباب الحجر القضائي، وهذا يعني وجود تكامل لا تضارب أو تعارض بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة في هذا الخصوص، ولا مجال لإعمال مبدأ النص الخاص يقيد النص العام.

ويعلل البعض من الفقه الذي يرى أولوية تطبيق أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بالحجر القضائي أن قانون الأسرة والقانون المدني يتساوان في القوة، إلا أنهما يحملان في أحكامهما تعارض يستحيل من خلاله الجمع بين نصوصهما، وبذلك يجب الأخذ بأحدهما دون الآخر - عملا بمبدأ التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة -⁽²⁾ وعملا بذلك فإن المستقر عليه أن مواد قانون الأسرة تلغي مواد القانون المدني التي تعارضها على أساس أن قانون الأسرة صادر سنة 1984، والقانون المدني صدر سنة 1975، والدليل على ذلك أن المادة 223 من قانون الأسرة تنص على أنه : " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون ".

وما يؤاخذ به البعض من الفقه على هذا الرأي أن مواد القانون المدني خاصة بالتصرفات المالية وأن مواد قانون الأسرة ليست كذلك، وإن كانت تعني أحيانا ببعض التصرفات المالية، ومن غير المقبول قانونا أن تلغي مواد قانونية مواد

(1) - محمد سعيد جعفرور : التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون الجزائري ، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2002، ص 168 .

(2) - محمد سعيد جعفرور : المرجع نفسه، ص 167 - 168 .

قانونية أخرى ليست من طبيعة واحدة حتى ولو كانت تتفق في تنظيم نفس الموضوع، إلا أن القانونين يختلفان إجمالاً عن بعضهما⁽¹⁾.

ولئن كانت المادة 223 من قانون الأسرة تنص على إلغاء جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون، فإن المادة 222 من نفس القانون تنص صراحة على أن كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والرأي الغالب في الفقه الإسلامي يعتبر السفه سبباً شاملاً تدرج تحته الغفلة كأحد أوصافه، ولعل أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الرأي بعدم النص في قانون الأسرة على الغفلة باعتبارها سبباً موجبا للحجر القضائي مستقلاً عن السفه.

ولكن الأخذ بهذا الرأي الفقهي وإن كان يصح فيما يتعلق بحكم تصرفات المحجور عليه بسبب السفه وحكم تصرفات المحجور عليه بسبب الغفلة، فحكمها واحد، فإنه لا يصح بالنسبة لوصف الحالة المرضية الخاصة بكل من السفه وذي الغفلة، فلكل منهما مميزات تميزه عن الآخر ولا مجال للخلط بينهما لدى الفقهاء الإسلامي والقانوني والأحسن أن يعمل المشرع الجزائري على تعديل المادة 101 من قانون الأسرة بإدراج الغفلة ضمن أسباب الحجر القضائي ليكون حكمهما منسجماً مع أحكام المادة 43 من القانون المدني درءاً للتأويلات التي من شأنها إثارة إشكالات يصعب حلها في ظل التشريع الحالي .

(1) - محمد سعيد جعفرور: التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 168.

الباب الثاني
توقيع الحجر القضائي
ورفعه وآثاره

الباب الثاني

توقيع الحجر القضائي ورفعه وآثاره

يستفاد من المادة 130 من قانون الأسرة بأن الحجر يجب أن يكون بحكم، وأن توقيع الحجر القضائي ورفعه لا يكون إلا بموجب حكم قضائي بناء على طلب من له الحق في طلب توقيعه أو رفعه، كأحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو النيابة العامة طبقاً للمادة 102 من نفس القانون.

وإذا تقرر توقيع الحجر القضائي على الشخص الذي شاب رضاه عارضا من عوارض الأهلية فإنه يصير إما فاقدا للأهلية إذا كان سبب الحجر الجنون أو العته، وإما ناقص الأهلية إذا كان سبب الحجر السفه أو الغفلة، وبذلك يكون غير قادر على التصرف في أمواله، لذا أوجبت المادة 81 من قانون الأسرة على القاضي عند إصداره للحكم بالحجر أن يعين للشخص المطلوب توقيع الحجر عليه ولي أو وصي أو مقدم يدير أمواله وشؤونه إلى أن يرفع الحجر عنه، لأن الغاية من الحجر هو حماية أموال المحجور عليه من نفسه ومن الغير، ولا خلاف من حيث المبدأ بين فقهاء الشريعة الإسلامية بوجوب تعيين نائب شرعي للمحجور عليه عند توقيع الحجر وتقرير ما هو مناسب بخصوص أي تصرف صادر عنه.

وسأحاول في كل مرة عند دراسة توقيع الحجر ورفعه وكذا آثاره أن أبرز وأقرب بين آراء الفقه الإسلامي وما يقابلها في التشريع الجزائري بغية تقريب الصور من جهة، وكذلك تسهيل المقارنة على القارئ وتبسيط طرح مغزى هذه الدراسة.

ولأعرض فيما يلي توقيعه الحجر القضائي ورفعه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في فصل أول، وآثار الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في فصل ثاني.

الفصل الأول

توقيع الحجر القضائي ورفع

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إن توقيع الحجر القضائي على فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه، أو ناقصي الأهلية كالسفيه وذو الغفلة، ورفع الحجر القضائي عنهم يستوجب صدور حكم من المحكمة المختصة بناء على دعوى يرفعها من له الحق في طلب توقيع الحجر أو رفعه شرعا وقانونا، كأحد الأقارب أو من له مصلحة أو من النيابة العامة، وذلك وفق القواعد العامة المقررة لرفع الدعوى،

والبحث قبل ذلك على الأسلوب والسبل المستعملة والمعروفة قديما والمنقولة عن طريق الفقه الإسلامي في شكل أحكام تحدد لنا كيفية توقيع الحجر ورفع وكذا من يقوم على وضع المراد الحجر عليه تحت هذه الحكم.

ولأعرض فيما يلي توقيع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مبحث أول، ورفع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مبحث ثان.

المبحث الأول

توقيع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

توجب المادة 103 من قانون الأسرة أن يكون الحجر بحكم قضائي بعد الإستعانة بأهل الخبرة لإثبات أسباب الحجر الوارد ذكرها في المادة 101 من نفس القانون على سبيل الحصر، الجنون والعتة والسفه والغفلة، باعتبارها عوارض الأهلية، وأوضحت المادة 102 من ذلك القانون من له الحق في طلب توقيع الحجر، أحد الأقارب، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة.

وبقصد التعرّيج أولا على ما خلص له الفقه الإسلامي بخصوص توقيع الحجر وكذا من له الحق في طلبه وكذلك توقيع، سأختصر البحث فقط على

الأسباب الأربعة المأخوذ بها قانونا والمذكور أعلاه ما دام الفقه يعترف بها جميعا.

وتعتبر أسباب الحجر القضائي الوارد ذكرها على سبيل الحصر في المادة 101 من قانون الأسرة، الجنون والعتة والسفه والغفلة من بين أسباب توقيع الحجر عموما في الفقه الإسلامي، وسوف أقصر على عرض توقيع الحجر القضائي لهذه الأسباب في كل من الفقه الإسلامي في مطلب أول ، وفي القانون الجزائري في مطلب ثان.

المطلب الأول

توقيع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي

تندرج عوارض الأهلية، الجنون والعتة والسفه والغفلة ضمن أسباب توقيع الحجر في الفقه الإسلامي، وعلى اعتبار أن الفقه الإسلامي لا يميز بين حكم الحجر على المجنون والمعتوه، وبين حكم الحجر على السفه وذي الغفلة، وسوف أعرض فيما يلي حكم توقيع الحجر على المجنون والمعتوه، ثم حكم توقيع الحجر على السفه وذي الغفلة.

أولا : حكم توقيع الحجر القضائي على المجنون والمعتوه : إتفق جمهور الفقهاء على أن المعتوه يلحق بالمجنون ولهما نفس الحكم من حيث التصرفات، ويخضعان لنفس الحكم بالنسبة لتوقيع الحجر القضائي عليهما .

ومن الأحناف والمالكية من يميز بين حالة " العته الخفيف " التي يعتبر فيها الشخص المحجور عليه في منزلة القاصر أو الصبي المميز، وحالة " العته الشديد " التي يعد فيها في نفس درجة المجنون وينزل بذلك منزلة القاصر أو الصبي غير المميز أي عديم التمييز⁽¹⁾، ورغم هذا التمييز بين حكم العته الخفيف وحكم

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، 1405 هـ 1985 م ، الجزء الخامس، ص 438 .

الجنون في التصرفات، إلا أن الفقه يجتمع على حكم واحد بخصوص توقيع الحجر سواء على الجنون أو المعتوه ما دامت العلة واحدة وهي أن العارضين أو السببين يصيبان الشخص في عقله وهذا ما يجعل إكتشاف العارض واضح في الحالتين ولا فرق بين المحجور عليه لجنون والمحجور عليه لعته⁽¹⁾.

ولأعرض فيما يلي توقيع الحجر القضائي للجنون والعته في كل مذهب من المذاهب الأربعة.

1 - المذهب الحنفي : لقد ذهب الأحناف إلى التمييز بين مصطلحي الجنون والعته، حيث قالوا بأن الجنون يعم القوي والضعيف، والقوي من كان جنونه مطبقا، أما الضعيف فيقال بأن المراد به هو المعتوه، فيعتبر الأول كالصبي غير المميز ويسمى بالمغلوب، وذلك من غلبة الجنون على عقله، فلا يفيق ولا يزول عنه جنونه وهو يمثل ما عرفناه سابقا بالجنون المطبق، أما الثاني فيكون كالصبي المميز ويشمل المعتوه، أي ما كان الهدوء مصاحبا له، وقد ألحق به كذلك الجنون الذي يفيق أحيانا ثم يعاوده الجنون - أي الجنون جنونا متقطعا -، وسبب تمييز الجنون الضعيف وجعله في منزلة الصبي المميز راجع إلى كون الشخص فيه قادر على أن يعقل البيع ويقصده إذ أن عقله لا يزول تماما، حتى وإن كان لا يفرق ولا يرجح المصلحة على المفسدة⁽²⁾.

وبخصوص الحجر على الجنون يرى الأحناف عموما بأن الجنون بوصفه، ومثله المعتوه يأخذ حكم الصبي غير المميز، فهو ليس أهلا للخطاب، وبالتالي فلا يمكن إختباره، بل وأكثر من ذلك فإن الجنون كالصبا أمر معروف ثابت لا يصعب كشفه ولا يختلف حول وقوعه، وعليه فوقع الجنون محدد الزمان والوقت ولا يختلف عليه إثنان، فلا حاجة هنا إذن لاشتراط حكم الحاكم في

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص ص 200 - 201 .

توقيع الحجر القضائي على المجنون، بل يكفي أن يقوم العارض أي السبب الموجب لتوقيع الحجر القضائي⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الحجر من دون حكم قضائي، أو ما يصطلح عليه أيضا بالحجر الذاتي، يكون الحق في توقيعه عند الأحناف للأب أو وصيه، ثم الجد الصحيح ووصيه، وكذلك للأُم ووصيها، إضافة للأخ والعم ووصي كل واحد منهما⁽²⁾.

2 - المذهب المالكي. لقد سار المالكية على نفس خطى الأحناف حيث ميزوا بين الجنون والعتة، ولكن ليس على نفس طريقة الأحناف، فيعتبرون أن العتة نوعان أحدهما يكون في نفس مقام الجنون سواء أكان الجنون مطبقاً أو متقطعاً، بينما النوع الثاني يكون الشخص قادراً فيه على إدراك بعض الأمور فيكون في منزلة الصبي المميز وليس في منزل عديم التمييز⁽³⁾، وهذا على عكس الأحناف كما رأينا سابقاً، فهم يعتبرون الجنون نوعان أحدهما يلحق ويكون في نفس حكم المعتوه، بينما يبقى الآخر في حكم الصبي غير المميز.

ورغم اختلاف الجنون عن العتة، وتمييزهما من طرف فقها المذهب المالكي، إلا أنهم اتفقوا حول ظهور علامات وأمارات الجنون والعتة على حد سواء، فيكون حكم توقيع الحجر القضائي للسببين السابقين بنفس الكيفية.

ويذهب المالكية بغرض تبيان كيفية توقيع الحجر القضائي على كل من المجنون والمعتوه إلى التمييز بين كون السبب طارئاً أو أصلياً، فإن كان السبب أصلياً فإن الحجر عليه لا يحتاج لحكم حاكم، بل يكفي في ذلك أن يحجر عليه أبيه أو وصيه⁽⁴⁾، فإن لم يكن له أب أو وصي كان الأمر للقاضي، ويستوي الأمر كذلك بعد البلوغ، فإن طرأ عليه سبب الحجر القضائي بعد الرشد كان

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 223 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 92 .

(3) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 438 .

(4) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 632 .

توقيع الحجر القضائي للحاكم بغض النظر عن وجود الأب أو الوصي أم لا، وهذا ما إستقر عليه المالكية⁽¹⁾.

ويضاف لهاته الحالة أن المجنون إذا أفاق بعد الحجر عليه بسبب جنون أصلي، فإن ذلك يحدث بقول أبيه أي تقريره فقط لذلك عكس الوصي أو المقدم فإنهما يحتاجان للإشهاد على ذلك⁽²⁾.

3 - المذهب الشافعي : لم يترك علماء المذهب الشافعي الكثير من الأثر حول كيفية توقيع الحجر القضائي على المجنون أو المعتوه، ولعل أبرز ما يمكن التوصل إليه في هذا الخصوص دليل يربط بين جمهور المذاهب الثلاثة باستثناء المذهب المالكي.

فالمذهب الشافعي يأخذ تقريبا بنفس رأي المذهب الحنفي، فهو لا يميز بين كون العارض أو سبب الحجر القضائي أصليا أو طارئا، ففي كلتا الحالتين يوقع الحجر القضائي عند هذا المذهب تبعا لقيام سببه، فإن تحقق الجنون أو العته في شخص ما أعتبر محجورا عليه من وقت ظهور السبب، ولا حاجة في ذلك لحكم الحاكم أو القاضي، وهذا راجع إلى كون الجنون أو العته واضحا المعالم لا حاجة للإجتهد بغية الوصول لقيامهما في الشخص من عدمه، حتى أنهما يظهران للمتعامل مع المحجور عليه بكل بساطة⁽³⁾.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن عدم الحاجة لحكم الحاكم أو القاضي، لا يجعل الحجر القضائي قائما في حق المجنون أو المعتوه من تلقاء نفسه، فرغم كون الحجر القضائي في هاته الحالة ذاتيا، إلا أنه يتم من طرف النائب الشرعي للمحجور عليه، فيتولى بذلك الأب أو الوصي مهمة توقيع الحجر على من تحقق فيه أحد

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

(2) - أحمد الدردير : المرجع السابق، ص 151 .

(3) - خالد بو شمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 108 .

السببين، كما يصح ذلك عن الجد الصحيح ووصيه، وعن الأم ووصيها وفق ما أخذ به المذهب الشافعي⁽¹⁾.

4 - المذهب الحنبلي : لا يفرق الحنابلة بين المجنون والمعتوه، كما هو الحال عند كل من الأحناف والمالكية، وبهذا فإن فقهاء هذا المذهب يتفقون وعلماء المذهب الشافعي، على كون العته له نفس مراتب الجنون ولا فرق بين المجنون والمعتوه لا من حيث حكم التصرفات المبرمة قبل وبعد الحجر القضائي عليهما، ولا من حيث كيفية توقيع الحجر القضائي عليهما⁽²⁾.

ويرى الحنابلة أن توقيع الحجر القضائي على المجنون والمعتوه يتحقق من دون حاجة لحكم الحاكم أو القاضي، ذلك أن المسألة غير اجتهادية، فبحسب رأيهم فإن الجنون والعته سببان ظاهران للغير، إضافة إلى أن صاحباهما عاجزين عن تدبير أمورهما، وعليه وجب الحجر القضائي عليهما بمجرد تحقق العارض من دون انتظار حكم الحاكم، ذلك أن الغاية من هذا الحكم إنما تقررت لحفظ مالهما والتصرف نيابة عنهما، فيكون بذلك للأب ووصيه حسب فقهاء هذا المذهب الحق في الحجر عليهما منذ بداية علامات السبب الموجب لذلك إلى غاية وقت زوال السبب أو العارض الذي حجر عليهما بسببه⁽³⁾.

ثانياً : حكم توقيع الحجر القضائي على السفیه وذی الغفلة : يميز الغافل عن السفیه من حيث الباعث وراء تبذير وإسراف المال في غير موضعه، فيرجع الباعث عند ذي الغفلة إلى عدم الإهتمام وسلامة القلب، ويرجع الباعث عند السفیه إلى إتباع الهوى والشهوات، بالإضافة إلى أن المغفل لا يخلط في كلامه على عكس المعتوه⁽⁴⁾.

(1) - خالد بو شمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 92 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 438 .

(3) - ابن قدامي : المرجع السابق، ص 5101 .

(4) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

وبالرغم من هذا التمييز بين السفه والغفلة فإنهما يعدان سببين لتوقيع الحجر القضائي، ويشتركان في كونهما لا يذهبان العقل وإنما ينقصان الإدراك فقط، فيصير صاحبهما كالصبي المميز ما دامت العلة واحدة وهي تبذير المال وإفساده⁽¹⁾.

ولذلك يخضع السفه والغفلة لنفس الحكم، وخاصة فيما تعلق بكيفية توقيع الحجر القضائي متى تحقق السبب الموجب لذلك في الشخص المراد الحجر عليه، ولأعرض فيما يلي حكم توقيع الحجر للسفه والغفلة في كل مذهب من المذاهب الأربعة.

1 - المذهب الحنفي : لم يتفق فقهاء المذهب الحنفي على قول واحد بخصوص توقيع الحجر القضائي على السفه وذي الغفلة، فنجد أن الإمام أبو حنيفة نفسه يرى بعدم الحجر على البالغ العاقل وبالتالي لا حجر لديه على كل من السفه وذي الغفلة⁽²⁾.

ويقول أبو حنيفة في هذا الشأن أيضا، أنه إذا بلغ الشخص ولم يؤنس رشده، بأن كان سفيها أو ذا غفلة فرغم أنه لا يحجر عليه حفاظا على آدميته إلا أنه لا يدفع له ماله ويحول بينهما ويمنع من التصرف فيه حتى يبلغ الخامسة والعشرين من عمره، ولكن إن تمكن من التصرف في هاته المرحلة في شئ من ماله عد تصرفه صحيحا ونفذ، كون أهليته كاملة، ثم أنه من بلغ الخامسة والعشرين دفع له ماله ولو لم يؤنس رشده⁽³⁾.

وقد ذهب صاحبنا أبو حنيفة، إلى القول بجواز الحجر على السفه وذي الغفلة وهذا القول هو المفتى به في المذهب الحنفي، وإذا كان الإمامين محمد بن

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 615 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 208 .

(3) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 142 .

الحسن وأبو يوسف قد إتفقا على جواز الحجر القضائي على كل من السفية وذي الغفلة، فإنهما إختلفا حول كيفية توقيع الحجر القضائي عليهما.

يرى الإمام محمد بن الحسن أن الحجر على السفية وذي الغفلة يقع بمجرد إفساد المال، فمتى تحقق ذلك وجب الحجر، أما إذا وقع الإصلاح بعد ذلك عد سببا لفك الحجر القضائي عنه، وهذا يحدث بغض النظر عن حكم الحاكم أو القاضي، فلا يشترط الحكم عنده⁽¹⁾.

ويرى الإمام أبو يوسف أن السفية ومن في حكمه كالغافل لا يصير محجورا عليه إلا بحكم الحاكم أو القاضي سواء حدث السفه قبل البلوغ أو بعده، ويذهب الإمام هنا إلى هذا الرأي على أساس النظر في حفظ مال المحجور عليه، وتصرفه قد يتردد بين نفع وضرر لأنه مسرف ومبذر في الغالب، وجب ترجيح أحد الكفتين، وهذا الترجيح لا يقع إلا بنظر الحاكم أو القاضي، حين يقدر درجة تحقق وقيام السبب الموجب للحجر القضائي⁽²⁾.

وقد رجح قول الإمام أبا يوسف على قول الإمام محمد بن الحسن كون الثبوت من قيام السفه أو الغفلة كسبب لتوقيع الحجر القضائي يحتاج إلى إجتهد ونظر ومنح حجية لهذا الإجتهد، وهذا الذي لا يمكن أن يتأتى إلا بحكم الحاكم أو القاضي⁽³⁾.

2 - المذهب المالكي : لقد أجمع المالكية على أن كل من السفية وذي الغفلة مستحقان للحجر القضائي كونهما ييذران المال، والحجر أقر لحفظ هذا المال، وتبعاً لذلك إذا لحق أحد السبيين بشخص واتصف بهما وجب الحجر في حقه

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 215 .

(2) - حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السفناقي : الكافي (شرح البزدوي)، الطبعة الأولى ، تحقيق

: فخر الدين سيد محمد قانت، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1422 هـ، 2001 م ،

الجزء الخامس، ص 2406 .

(3) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

ذكرا كان أم أنثى، وبصرف النظر كذلك عن كون السبب أصلي في الشخص أم طراً عليه بعد البلوغ⁽¹⁾.

وللوقوف على كيفية توقيع الحجر القضائي وفق المذهب المالكي، يوجد رأيان أحدهما لإبن قاسم المالكي، أما الثاني فهو المعتمد في المذهب المالكي.

ولقد وافق إبن قاسم ما ذهب إليه محمد بن الحسن من الأحناف، حيث يعتبر أن الحجر بسبب السفه أو الغفلة يتحقق بتحقيق سببه، وبالتالي فالمنع من التصرف الناتج عن الحجر القضائي يتزامن مع قيام سببه وجوداً وعدماً، فإن ثبت سفه شخص ما أو ثبت أنه مغفل وجب عندها الحجر عليه ومنعه من التصرف من وقت ظهور السبب، ولا ينتظر في ذلك حكم الحاكم أو القاضي⁽²⁾.

والرأي الراجح والمفتي به لدى المالكية، أن الحجر للأب على ابنه قرب بلوغه فإن بعد الحجر عليه عند البلوغ لم يتحقق ذلك إلا بحكم السلطان أو الحاكم⁽³⁾، ويميز أصحاب هذا الرأي بين حالتين :

حالة عندما يلحق السفه أو الغفلة بالمراد الحجر عليه قبل بلوغه أو بعد بلوغه بزمان قريب حسب ما تقدم، وقد حدد هذا الزمان القريب بسنة تحسب من تاريخ البلوغ، وعليه إذا تعرض الشخص لأحد السببين قبل بلوغه أو بعد بلوغه، وقبل مرور سنة عن هذا البلوغ كان الحجر عليه لأبيه بمجرد قيام السبب ومن دون حاجة إلى حكم الحاكم .

وحالة عند تعرض الشخص البالغ للسفه أو الغفلة، ويشترط أن يكون هذا البالغ قد حصل بلوغه قبل سنة أو أكثر من تعرضه للسبب الموجب للحجر

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 612 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

(3) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 642 .

القضائي، ففي هاته الحالة يتم الحجر عليه بحكم الحاكم أو السلطان، كما جاء على حد قولهم⁽¹⁾.

ويذهب المالكية إلى أن الكشف عن السفه والغفلة أصعب من الكشف عن الجنون والعتة، ذلك أن الجنون والعتة يعتبران أمرا محسوما يظهر جليا وبوضوح للعامة، إلا أن السفه والغفلة يعتبران أمرا تقديريا عادة ما يختلف فيه حسب وجهة نظر كل شخص، ولذلك خص الحاكم واشترط حكمه لأجل الإجتهد في تقدير قيام السفه والغفلة وذلك بهدف توحيد الرأي القاضي بتوقيع الحجر القضائي من جهة، ولرد الخلاف من جهة أخرى⁽²⁾.

وأما بخصوص جعل الحجر في يد الأب إذا قارب العارض البلوغ، فهو اعتبار أن المحجور عليه لا يزال في حكم الصبي، وكأن الحجر عليه هنا يتم بنفس كيفية الحجر على الصغير لاستمرار الحال دون انقطاع⁽³⁾.

3 - المذهب الشافعي . يسوي فقهاء المذهب الشافعي بين السفه وذي الغفلة، حيث إعتبرهما في نفس منزلة القاصر أي الصبي المميز وحكمهما واحد. ويميز علماء المذهب الشافعي بخصوص توقيع الحجر القضائي، بين حالتين :

أ - حالة تعرض الشخص للسفه أو الغفلة قبل بلوغه أو وقت بلوغه تماما، وفيها إستقر الفقهاء على أن الحجر عليه يتحقق بقيام السبب ومن دون حاجة لحكم الحاكم ، حيث أن الحجر عليه يستمر، وحجتهم في ذلك أن دفع المال بعد البلوغ لا يستقيم إلا بتحقيق شرطا البلوغ والرشد، وتأخر أحد الشرطين يستوجب حتما عدم دفع المال، وما دام السفه والغفلة ينافيان الرشد، تحقق بذلك تخلف الدفع، فهذا هو الحجر لهذين السببين، ويستوي في الحكم السابق

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 612 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 612 .

النساء والرجال، لأن إسم اليتامى يجمعهم الإثنين، كما أن الإبتلاء يصلهم معا، والمولى وَعَجَلٌ لم يفرق بينهما في أمور أموالهما، وعليه فإن الرجل والمرأة إذا خرجا من الحجر القضائي والولاية جاز للمرأة ما يجوز للرجل، كانت متزوجة أو غير متزوجة، فلها على مالها سلطات تمكنها من التصرف بمثل تصرفاته، فيحق لها بذلك ما يحق للرجل في ماله دون أي تفرقة⁽¹⁾.

والملاحظ في المذهب الشافعي أنه وسع من قائمة الأشخاص الذين يحق لهم توقيع الحجر القضائي في هاته الحالة، أي عند عدم اشتراط حكم الحاكم أو القاضي، فهو يسند مهمة توقيع الحجر على السفية أو ذي الغفلة إلى الأب أو وصيه، إلى جانب كل من الجد الصحيح ووصيه، وكذا الأم ووصيها⁽²⁾.

ب - حالة بلوغ الشخص وثبوت رشده، وبالتالي يدفع له ماله، ويصير في حكم البالغ الراشد أي من لا حجر عليه، ثم إن طرأ عليه سفه أو غفلة بعد ذلك كان لابد من حكم الحاكم أو القاضي لأجل توقيع الحجر القضائي، ويعتبر المحجور عليه سفيا أو ذا غفلة من وقت حكم القاضي لا من وقت قيام السبب، ذلك أن اجتهاد القاضي هو من رفع الاختلاف وأثبت صفة المحجور عليه لسفه أو غفلة⁽³⁾.

ويجمع الشافعية في حالة ثبوت الحجر القضائي بحكم القاضي، أنه يتوجب على هذا الأخير أن يشهد على توقيع الحجر القضائي، حتى يتجنب الناس التعامل مع المحجور عليه⁽⁴⁾.

4 - المذهب الحنبلي : لقد إتفق الحنابلة على غرار عامة المذاهب الفقهية على جعل ذي الغفلة في نفس مرتبة السفية، وهما بذلك ينزلان منزلة الصبي المميز،

(1) - محمد بن إدريس الشافعي : المرجع السابق، ص ص 458 - 459 .

(2) - خالد بو شمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 92 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 613 .

(4) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 442 .

ورغم اختلاف القول حول مفهومهما وخاصة الباعث وراء كل تبذير للمال قد يصدر عنهما إلا أنه تم الاتفاق بالإجماع على أنهما يخضعان لنفس الأحكام الناتجة عن الحجر القضائي من حكم تصرفات وكذا كيفية توقيع الحجر القضائي⁽¹⁾.

ويميز علماء المذهب الحنبلي بخصوص توقيع الحجر القضائي بين حالات ثلاثة بحسب السبب الموجب لقيام الحجر وهي :

أ - حالة يتم توقيع الحجر القضائي فيها بمجرد قيام السبب أو العارض الموجب لاعتبار الشخص محجورا عليه، فلا يشترط لاعتبار الشخص محجورا عليه في هاته الحالة أن يحكم عليه من طرف الحاكم أو القاضي، ومثال ذلك الجنون.

ب - حالة لا يتم ولا يقع فيها الحجر القضائي إلا بحكم الحاكم أو القاضي، فلا اعتبار لتحقيق السبب أو العارض الذي يستوجب جعل الشخص محجورا عليه، بل لابد من تقرير الحاكم مدى قيام هذا العارض لتحقيق السبب الموجب للحجر، ومثال ذلك السفه والغفلة .

ج - حالة حدث فيها خلاف على قولين لدى الحنابلة، حيث يذهب عدد كبير من العلماء وفق هذا المذهب إلى القول بأن الحجر في حالة الصغر أو الصبا لا يحتاج إلى حكم الحاكم أو القاضي، وإنما يتم بمجرد قيام السبب، في حين يذهب فريق من الحنابلة وإن قل عن سابقه إلى اشتراط حكم الحاكم أو القاضي لأجل إتمام الحجر القضائي على الصغير أو الصبي ولا يكفي لتحقيق الحجر القضائي مجرد قيام العارض أو السبب⁽²⁾.

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

(2) - ابن قدامي : المرجع السابق، ص 92 .

ويفيد ما تقدم بتوقيع الحجر القضائي على السفهيه ومن يأخذ حكمه كذي الغفلة، أن حكم الحاكم أو القاضي قد اشترط التبذير - وهو المفهوم المشترك لكل من السفهيه وذي الغفلة - ويختلف في تقديره، وتحديد الحد الموجب لتوقيع الحجر بسببه، وهذا ما يحتاج إلى ترجيح رأي واحد قادر على رفع الاختلاف، وإعطاء حكم ثابت ذا حجية يفصل في هذا الخلاف، ولعل خير شخص مؤهل لذلك هو الحاكم أو القاضي⁽¹⁾.

وقد ذهب الحنابلة إلى القول بأنه يستحب الإشهاد على الحجر القضائي بسبب السفه أو الغفلة، حتى يتسنى للغير العلم به ويتجنب معاملته، فإن حدث ذلك بعدها اعتبر الغير متلفا لماله ولا ضمان له⁽²⁾.

المطلب الثاني

توقيع الحجر القضائي في القانون الجزائري

يعتبر الشخص طبقا للمادة 40 من القانون المدني، والمادة 86 من قانون الأسرة الجزائري كامل أهلية الأداء إذا بلغ سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة، متمتعا بقواه العقلية.

وتنص المادة 78 من القانون المدني على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون، وقد أورد المشرع تعداد لعوارض الأهلية في المادتين 42 و 43 من القانون المدني وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، واقتصر في المادة 101 من قانون الأسرة على ذكر الجنون والعتة والسفه كأسباب للحجر وفقا لما سبق بيانه.

وتحيل المادة 79 من القانون المدني إلى تطبيق قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة على المحجور عليهم، وتنص المادة 103 من قانون الأسرة أن يكون الحجر بحكم، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر.

(1) - خالد بو شمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 118 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 444 .

وفيه نص المادة 103 من قانون الأسرة أن الحجر القضائي في القانون الجزائري لا يتحقق إلا بصدور حكم قضائي يقرر اعتبار الشخص محجورا عليه، بأن يبقى الشخص قبل صدور الحكم بالحجر عليه معتبرا كامل أهلية الأداء، فإذا صدر الحكم بالحجر عليه صار ناقص أهلية الأداء أو عديمها بحسب الأحوال .

والراجح في الفقه أن اشتراط حكم القاضي لأجل توقيع الحجر القضائي يشمل جميع أسباب الحجر القضائي، وهي الجنون، العته، السفه، والغفلة التي لم يرد النص عليها صراحة في المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري عكس معظم التشريعات العربية المقارنة (1).

ويرى البعض من الفقه أن الحجر القضائي قد يقع بسبب الغفلة كما يقع بسبب السفه، اعتمادا على نص المادة 43 من القانون المدني التي تربط على غرار كل التشريعات العربية بين السفه والغفلة، وتجعل حكمها واحد ومركزهما القانوني واحد (2)، فلا يتصور أن يحدث الحجر على أحدهما دون الآخر، وأن ما حدث من سهو عن ذكر مصطلح " الغفلة " في المادة 101 من قانون الأسرة، يجب تداركه بموجب تعديل لاحق، وليس جعله قاعدة بها حكم مستقر عليه فقها من دون أي خلاف.

وتتجلى أهمية أن الحجر القضائي لا يقع إلا بحكم القاضي، وبالنسبة لكل أسبابه عكس ما هو معمول به في الفقه الإسلامي، بأن يكون للحجر القضائي حجية قطعية تسمح باستقرار المعاملات القانونية، حيث أن الحكم يكون هو الحد الفاصل بين اعتبار الشخص محجورا عليه أم لا، وضبط حكم تصرفات المحجور عليه بدقة بالنسبة لما يسبق مرحلة الحجر عليه.

(1) - عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص 279 .

(2) - محمد سعيد جعفرور : التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص ص 119 - 120 .

ويرى البعض من الفقه الجزائري أن حكم الحجر القضائي لا يكون ساري المفعول في حق الغير إلا بعد تسجيله، وبالتالي يسمح هذا التسجيل بإسقاط حق الغير المتعاقد مع المحجور عليه في إجراء احتجاج على أساس عدم علمه بحكم الحجر القضائي، إستنادا إلى نص المادة 106 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"⁽¹⁾.

ويتفق هذا الرأي مع رأي فقهاء القانون المدني المصري، وما تنص عليه المادة 115 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه : " إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام "، ويجمع الفقه عندها على أن سلامة ووضوح النص يجعلان من تسجيل قرار الحجر القضائي وليس القرار نفسه هو الحد الفاصل لقيام الحجر القضائي، وهذا بصراحة النص، كما أن هذا التسجيل يسمح بإشهار نقص أهلية أو انعدام أهلية المحجور عليه لكافة الناس والمتعاملين معه، حتى يتحقق بذلك استقرار المعاملات، وعدم مفاجأة الطرف الآخر المتعاقد مع المحجور عليه⁽²⁾.

ويقابل مصطلح " التسجيل " في القانون المصري مصطلح " الشهر " في القانون الجزائري، أي شهر الأحكام والقرارات القضائية، وما قد يؤخذ على رأي البعض من الفقهاء الجزائريين بوجوب تسجيل حكم الحجر أسوة بما ذهب إليه فقهاء القانون المصري إستنادا إلى المادة 115 من التقنين المدني المصري التي توجب صراحة تسجيل الحكم بالحجر أنه لامقابل لهذه المادة في القانون الجزائري، وأن المادة 106 من قانون الأسرة، والمستدل بها من طرف الأساتذة تشترط وتوجب نشر حكم الحجر القضائي للإعلام، الذي يختلف مفهومه عن

(1) - محمد سعيد جعفرور : التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 26 .

(2) - عصام أنور سليم : المرجع السابق، ص ص 225 - 226 .

مفهوم التسجيل، أي شهر الأحكام والقرارات القضائية، وبذلك تثبت حجية حكم الحجر القضائي بمجرد صدوره، وهذا ما يظهر من نص المادة 107 من قانون الأسرة التي ميزت بين تصرفات المحجور عليه بعد الحكم بالحجر بأن جعلتها تصرفات باطلة، وتصرفاته قبل الحكم بالحجر عليه بأن اشترطت لإعتبارها باطلة أن تكون أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدور هذه التصرفات .

وفيما يتعلق بوجوب نشر الحكم القضائي للإعلام، يرى البعض من فقهاء القانون الجزائري أن المشرع الجزائري قد قصر في تحديد وسيلة النشر وكيفية تحقيق هذا النشر، فالغاية من النشر للإعلام هي إحاطة الغير علما بوجود حكم الحجر على الشخص المحجور عليه لأجل تجنب التعاقد معه، وعليه فهم يشترطون أن يتم النشر على مستوى مكاتب الموثقين، وكذلك على مستوى كل التراب الوطني من خلال التعليق في لوحة الإعلانات لكل محكمة ومجلس قضائي⁽¹⁾.

ويؤخذ على هذا الرأي أن المعمول به في المحاكم الجزائرية أن نشر الحكم بالحجر لا يعدو أن يكون مجرد نشر في جريدة يومية لا يكاد أن يطلع عليها ربع المواطنين، بل وفي غالب الأحيان لا يتم هذا النشر أصلا⁽²⁾، ويرجع ذلك ربما لسكوت النص عن جزاء يضبط تخلف نشر الحجر القضائي وحكمه للإعلام، ولذلك يتعين على المشرع إعادة النظر في هاته الجزئية، ولما لا تقرير كيفية النشر للإعلام، وكذا الجزاء أو الأثر القانوني عن تخلف الإجراء لما له من أهمية.

وقد أوضحت المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري من له الحق في طلب الحجر أو رفع دعوى الحجر القضائي على الشخص المراد الحجر عليه، بالنص

(1) - لحسين بن شيخ آث ملويا : المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015، ص 325 .

(2) - شيكر ريمة : الحجر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع العقود والمسؤولية) كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2013، ص 56 .

على أنه : " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة "، والظاهر من هذا النص أن المشرع قد أعطى أوصافاً ثلاثة لمن يحق لهم رفع دعوى الحجر القضائي، وهم : الأقارب، ومن له مصلحة، والنيابة العامة.

ولم يحدد المشرع بدقة أي جهة من الأقارب يقصد، ويأخذ المشرع الجزائري وعلى غرار الفقه بنوعين من القرابة يندرج تحتها أربعة صور للقرابة، وهما : قرابة النسب التي تقوم عن طريق صلة الدم، وقرابة المصاهرة التي تقوم عن طريق الزواج (1).

ويندرج تحت قرابة النسب صورتان وهما : قرابة نسب مباشرة، وقرابة نسب غير مباشرة، أو قرابة الحواشي، أما الأولى فتكون بين الفروع والأصول بحيث لا مجال لتفرعها، وأما الثانية فتكون بين شخصين لا يعتبر أحدهما فرعاً للآخر، ويجمعهم أصل مشترك تجتمع عنده القرابة لتتفرع بعد ذلك .

ويندرج تحت قرابة المصاهرة صورتان هما : قرابة الزوجية، وهذا تمييزاً لها عن قرابة المصاهرة الثانية، أما قرابة الزوجية فهي المفهوم الأول للمصاهر، وهي قرابة الزوجة من زوجها أو قرابة الزوج من زوجته، وقرابة المصاهرة بمعناها الدقيق وهي: قرابة الزوج من أهل زوجه، ويقصد بها قرابة الزوجة من أهل زوجها أو العكس (2).

والمعمول به قانوناً أن يقصد بالقرابة، صورتا قرابة النسب، إضافة إلى صورة المصاهرة من دون الزوجة كونها هي الوحيدة التي لا تحتسب فيها درجة القرابة، والتي تحدد عادة لإشتراط رد الشهادة أو رد القاضي عند درجة معينة بحسب كل قانون، ولكن لا يوجد في القانون ما يمنع الزوج من طلب الحجر على زوجته

(1) - عبدالفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 74 .

(2) - عبدالفتاح عبد الباقي : المرجع نفسه، ص ص 75 - 76 .

أو العكس، والزوج أولى من أهله إتجاه زوجته، وسكوت المشرع في هاته الحالة قد يحمل على الأخذ بالصور الأربعة من صور القرابة على حد سواء، فيحق لكل قريب بحسب نوعي القرابة، وبحسب صورها الأربعة أن يرفع دعوى توقيع الحجر القضائي على من يراه مستحقا لذلك من أهله.

وأما الوصف الثاني الذي أورده المادة 102 من قانون الأسرة الجزائري، وقد وسع المشرع الجزائري من دائرة الأشخاص الذين يحق لهم طلب توقيع الحجر القضائي، بأن أجاز في المادة 102 من قانون الأسرة لكل ذي مصلحة رفع دعوى الحجر على الشخص، ومن أمثلة أصحاب المصلحة : الدائن لأجل إسترداد ماله وضمن دينه، أو الشريك في الملك أو الشركة بنية حفظ المال من الضياع⁽¹⁾.

وقد أجاز المشرع الجزائري بموجب نص المادة 102 من قانون الأسرة، رفع دعوى الحجر القضائي عن طريق النيابة العامة، بصفتها ممثلة للمجتمع يناط بها حماية الشخص المصاب بعارض يستوجب معه تقرير الحجر القضائي عليه، وتعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في دعاوى الأحوال الشخصية عملا بالمادة 3 مكرر من نفس القانون والتي تنص على أنه : " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية لتطبيق أحكام هذا القانون ".

والظاهر من نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة أنه يمكن للنيابة العامة أن تكون طرفا مدعيا في دعوى الحجر، ولكن المشرع لم يبين كيفية رفع الدعوى من طرف النيابة العامة، ولا يتصور وقوع مثل هذه الحالة إذ أنه من الصعب بل ويبدو من المستحيل أن تعلم النيابة العامة ومن تلقاء نفسها بقيام عارض في شخص ما يؤسس كسبب لتوقيع الحجر القضائي عليه بطلب من وكيل الجمهورية كممثل للنيابة العامة أمام قاضي شؤون الأسرة⁽²⁾.

(1) - لحسين بن شيخ آث ملويا : المرجع السابق، ص 320 .

(2) - شيكر ريمة : المرجع السابق، ص 42 .

وما تجدر الإشارة إليه فيما يتعلق بحجية حكم القاضي في توقيع الحجر القضائي، فقد سبقت الإشارة إلى أن الحكم بالحجر هو الحد الفاصل بين كون الشخص سليم العقل، وبين اعتباره محجورا عليه بصدور الحكم بالحجر عليه، وهذا ما ينجر عنه حتما تغير حكم تصرفاته قبل صدور الحكم وبعد صدوره ما دام الحجر القضائي قائما، أي قبل أن يحكم بزوال الحجر القضائي عنه، فقد اعتبر المشرع الجزائري تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحكم بالحجر عليه تصرفات باطلة متى كان المجنون أو العته ظاهرا أو فاشيا وقت التعاقد معه خلافا لما ذهب إليه الفقه الإسلامي، وكأن المشرع يعترف ضمنا بقيام العارض وليس بثبوتة بحكم القاضي، رغم أن القاعدة تقتضي ضبط الحد الفاصل بتوقيع الحجر بغض النظر عن كلفيته، بمعنى أن المشرع يأخذ أصلا بوجود حكم القاضي، ويعترف إستثناء بوقوع أثر الحجر القضائي بمجرد قيام العارض أو السبب، ويجعله يمتد إلى التصرف في حد ذاته وليس إلى الشخص المحجور عليه، فيلحق عندها بتصرف معين ولا يشمل كل التصرفات المبرمة .

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد طبق نفس الحكم السابق فيما يتعلق بالمجنون أو المعتوه على السفه، وهذا خلافا لما ذهب إليه جميع الفقهاء - فقهاء الشريعة والقانون - وأخذت به التشريعات العربية المقارنة، حيث أن حكم الحجر بسبب السفه يعد منشئا وليس كاشفا، وعليه فلا يمكن اعتبار الشخص سفيها أو ذا غفلة إلا من تاريخ صدور حكم الحجر القضائي في حقه، باستثناء حالتا التواطؤ والإستغلال، وإن كانا يلحقا التصرف بالمرحلة اللاحقة للحكم بتوقيع الحجر القضائي إلى أن ذلك على أساس التحايل على القانون ومعاينة المتحايل، وليس على أساس الإعتراف بقيام العارض أو السبب قبل توقيع الحجر القضائي.

المبحث الثاني رفع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

من المقرر شرعا وقانونا أن الحكم يدور مع سببه وجودا وعدما، وما دام الحجر يكون لسبب عارض من عوارض الأهلية، فإن زوال سبب الحجر يؤدي إلى زوال حكمه الذي بني عليه، وهو الحجر.

وترى أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون أن الحجر القضائي يرفع عن المحجور عليه بزوال سبب توقيع الحجر القضائي ولكن كيفيه رفع الحجر تختلف باختلاف آراء الفقهاء في هذا الخصوص، ولأعرض فيما يلي رفع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي في مطلب أول، ورفع الحجر القضائي في القانون الجزائري في مطلب ثان.

المطلب الأول رفع الحجر القضائي في الفقه الإسلامي

لم يتفق فقهاء المذاهب الأربعة على كيفية رفع الحجر القضائي على المحجور عليه لاختلافهم حول كيفية توقيعه، وقد سار الفقهاء بشأن رفع الحجر القضائي على نفس النهج المتبع عند توقيعه، فميزوا بين الجنون والعتة من جهة، وبين السفه والغفلة من جهة ثانية، فقد اعتبروا في الراجح أن الجنون والعتة سببان أو عارضان محسوسان ذلك أنهما يصيبان العقل مباشرة فيذهبان، فيمكن أن يعلم بهما المتعامل مع الجنون والمعتوه بمجرد التكلم مع الشخص لمدة قصيرة، بينما يعد السفه والغفلة سببان أو عارضان تقديرين، فلا يمكن الإنتباه لهما بمجرد مخاطبة السفه أو ذي الغفلة، بل لابد من الإجتهد للوقوف على مدى قيامهما في الشخص من عدمه⁽¹⁾.

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

وعلى هذا الأساس، سوف أعرض فيما يلي رفع الحجر القضائي عن المجنون والمعتوه، ثم رفع الحجر القضائي بالنسبة للسفيه وذوي الغفلة، تباعا .

أولا : رفع الحجر القضائي عن المجنون والمعتوه : سبقت الإشارة إلى رأي المذاهب الأربعة في التمييز بين مصطلحي "المجنون" و "العتة"، وأن المذهب الشافعي والحنبلي لم يميزا إطلاقا بين أحكام المجنون والمعتوه، فرغم أن المفهوم يختلف عندهم على غرار كافة الفقه، حيث يميز المعتوه عن المجنون بمصاحبة الهدوء للحالة المرضية، إلا أن المذهبين إتفقا على أن حكم تصرفات المجنون والمعتوه وكذا كيفية توقيع الحجر عليه ورفعته هي نفسها.

بينما الأحناف ومثلهم المالكية يميزون بين الجنون والعتة، وأوردوا في سبيل هذا التمييز وصفين وهما : العتة الشديد والعتة الخفيف، حيث يلحقون الأول بالجنون، بينما يبقى الثاني مختلفا عن الجنون بحيث يلحق بمنزلة الصبي المميز عكس الجنون والعتة الشديد اللذان يعتبران في حكم الصبي غير المميز.

ورغم هذا الاختلاف الموجود بين الجنون وحالة العتة الخفيف حسب المذهبين الحنفي والمالكي، وما يترتب عليه من اختلاف من ناحية المفهوم، وكذا حكم منزلة المجنون والمعتوه، وما يفترضه الاختلاف بين حكم تصرفاتهما، فإنه لا يؤثر في أحكام توقيع الحجر القضائي ورفعته، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة⁽¹⁾.

ويشمل إتفاق المذاهب الأربعة إلحاق حكم المعتوه بحكم المجنون من حيث رفع الحجر القضائي، ولا يعني هذا الإتفاق إتحاد الرأي حول كيفية رفعه لدى جميع المذاهب الأربعة، وتبعا لذلك سوف أعرض فيما يلي رأي كل مذهب على حدة.

1 - المذهب الحنفي : إذا كان فقهاء المذهب الحنفي يميزون بين الجنون والعتة، وبين نوعين من الجنون القوي وهو المرض الذي يصيب عقل الشخص

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 438 .

فلا يفيق منه مطلقاً أو ما أٌصطلح على تسميته بالجنون المطبق، والجنون الخفيف أو الضعيف الذي لا يغلب الجنون على عقل صاحبه تماماً، أو ما أٌصطلح على تسميته بالجنون المتقطع، ويشمل الجنون الضعيف أو الخفيف العته، وفقهاء هذا المذهب متفقون على كيفية رفع الحجر القضائي ما دام عارضه الجنون والعته، فهما عارضان يلحقان بالعقل⁽¹⁾.

فقد إتفق فقهاء المذهب الحنفي جميعاً على قول واحد مفاده أن الحجر القضائي يرفع بزوال عارض الجنون، أي الإفاقة من الجنون أو زوال عارض العته شأنهما في ذلك شأن الصغير، فلا حاجة في هاته الحالة لحكم الحاكم أو القاضي لأجل رفع الحجر القضائي في القانون، عن المجنون بوصفيه المطبق والمتقطع.

ويلاحظ أن الأمر كان كذلك بالنسبة لتوقيع الحجر على المجنون، وعليه فمتى وقع الحجر من دون حكم حاكم فهو يزول من غير حاجة إلى حكم حاكم، فتوقيع الحجر على المجنون والمعتوه يكون بقيام السبب وبالتالي يرفع بمجرد زوال سببه، ولا حاجة عندها لمنع التصرف عند حصول الإفاقة⁽²⁾.

وما تجب الإشارة إليه أن رفع الحجر القضائي على المجنون والمعتوه، وإن كان يتحقق بمجرد زوال السبب، إلا أنه يكون تحت إشراف صاحب النيابة عنه وقت قيام الحجر القضائي، وهو بذلك يأخذ إحتتمالات عدة، هي مكفولة بداية للأب ووصيه، ثم الجد الصحيح دون الفاسد ووصيه، تليه الأم ووصيها، كما يمكن أن يباشر ذلك كل من الأخ والعم وكذا أوصياؤهما⁽³⁾.

(1) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 201 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع نفسه، ص 223 .

(3) - خالد بو شمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 92 .

2 - المذهب المالكي : يميز المالكية بين الجنون والعتة، والعتة في نظرهم على نوعين : العتة الشديد والعتة غير الشديد، ويلحق المعتوه عتتها شديدا بالجنون، فيكونا في نفس المقام وينزلان منزلة الصبي غير المميز على حد سواء، ودون تمييز بين الجنون المطبق والجنون المتقطع.

ويكون العتة ليس بشديد، إذ يمكن للمعتوه عندها إدراك بعض الأمور، وتميز بعض مفاهيم التصرفات، ولكن ليس لدرجة التمييز الذي يجعله ليس بمعتوه أصلا، وعليه يرى فقهاء المذهب المالكي أن المعتوه أحق له أن ينزل منزلة الصبي المميز وليس الصبي غير المميز، وعندها يمكن القول بأن المعتوه يفارق تماما الجنون من حيث المفهوم وكذا حكم التصرفات نتيجة لتغير المنزلة في هاته الحالة⁽¹⁾.

ورغم أن الاختلاف قائم بين إحدى صور العتة والجنون من حيث المفهوم، والمنزلة وما يتبعها من حكم تصرفاتهما وقت قيام الحجر القضائي، إلا أن هذا لم يمنع من أنهما يخضعان لنفس الأحكام بخصوص توقيع الحجر ورفعته، كون أن السببين يتفقان من حيث علامات ظهورهما والكشف عن قيامهما.

ويرى فقهاء المالكية أن الحجر على المجنون يكون لأبيه أو وصيه، وذلك في حالتين إذا كان الجنون قد وقع قبل البلوغ، أو وقت البلوغ مباشرة، وهنا يرفع عنه الحجر للإفاقة، وأن كيفية رفع الحجر القضائي هنا تتحقق بزوال السبب أو العارض، أي أن الحجر ينتهي من وقت انتهاء وإفاقة المجنون أو المعتوه، ولا حاجة عندها لحكم الحاكم أو القاضي ما دام الحجر وقع من غير حكم فيزول من دونه أيضا⁽²⁾.

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 438 .

(2) - أحمد الدردير : المرجع السابق، ص 151 .

وإذا كان الجنون أو العته، قد طرأ أحدهما على الشخص بعد البلوغ والرشد، فإن زوال هذا الحجر القضائي في هاته الحالة لا يتحقق بمجرد الإفاقة - أي زوال السبب -، وإنما يشترط لذلك حكم الحاكم أو القاضي، وهذا لأن الحجر نفسه في حالة البلوغ والرشد لم يقع إلا بحكم الحاكم، فكان اشتراطه في الفك لازماً (1).

ويشير المالكية أيضاً لحالة ثانية يشترط فيها توقيع الحجر بحكم الحاكم أو القاضي، وبالتالي ففك الحجر عندها لا يتم بمجرد الإفاقة وإنما يقع بحكم نفس الحاكم أو القاضي، وهي الحالة التي يكون فيها المراد الحجر عليه مهملًا، ويقصد بالإهمال أن لا يكون للشخص أب أو وصي يقومان على أموره، وعدم تعيين قيم عليه من السلطان، فإن كان المجنون أو المعتوه مهملًا وقع الحجر عليه بحكم الحاكم، ثم إن أفاق فلا يفك الحجر عليه إلا بحكم الحاكم أو القاضي، ويستوي في ذلك أن يكون السبب قد طرأ قبل البلوغ أو عنده أو حتى بعد ثبوت الرشد بزمان طويل، ففي كل الأحوال لا يفك ولا يزول الحجر عليه إلا بحكم، وذلك راجع لعدم وجود من يخلف الحاكم، إذا كان الفك يتحقق بالإفاقة وزوال السبب (2)، ولم يتحدث المالكية عن موضوع الإشهاد على فك الحجر مثلما أوضحت ذلك عند التحدث عن توقيع الحجر، بقصد إعلام الغير.

3 - المذهب الشافعي : لقد ساوى فقهاء المذهب الشافعي بين الجنون والعته، ولم يفرقوا بينهما إلا من حيث المفهوم، إذ يتميز المعتوه بالهدوء وعدم الشتم، وبهذا يتفق المجنون والمعتوه في كل الأحكام سواء من حيث المنزلة وحكم التصرفات والأهم من حيث توقيع الحجر ورفعته (3).

(1) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 632 - 633 .

(2) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

(3) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 438 .

وتبعاً لذلك فإن الحجر يقع وفق المذهب الشافعي، بتحقيق سببه من دون اشتراط لحكم الحاكم أو القاضي، سواء كان الجنون أو العته طارئين أو حتى أصليين، وبذلك يكون رفع الحجر بالنسبة لكل من المجنون أو المعتوه من دون حاجة لحكم الحاكم أو القاضي لأن الحجر وقع من دونه، فيرفع الحجر بالإفاقة، وبتعبير بعض الفقهاء : أن فك الحجر على المجنون والمعتوه يحدث بزوال سببه، فتكون بذلك مدة الحجر محددة من تاريخ قيام السبب الموجب للحجر - وهو الجنون والعته -، إلى غاية زوال ذلك السبب، أي إلى غاية حدوث الإفاقة من العارض⁽¹⁾.

وما دام الحجر يزول ويفك من دون حكم حاكم أو قاضي، فلا بد لشخص ما أن يباشر رفع الحجر عن المجنون أو المعتوه وإلا كيف يمكن أن يصدق في إفاقته بعد جنونه، وهذا ما يوكل به من ينوبه ويقوم على شؤونه، وقد منح الفقه الشافعي سلطة مباشرة رفع الحجر لكل من يجوز له أن يتولى أمور المحجور عليه، فيحق بذلك رفع الحجر عنه لكل من أبيه أو وصيه، وكذلك جده الصحيح ووصيه، إضافة إلى الأم ووصيها، وهذا بحسب ما إستقر عليه فقهاء هذا المذهب بشأن توقيع الحجر القضائي ورفعته⁽²⁾.

4 - المذهب الحنبلي : ويذهب فقهاء هذا المذهب وعلى غرار سابقيهم من المذهب الشافعي، إلى القول بأن الجنون والعته لا يختلفان إلا من حيث المعنى والمفهوم، فحكمهما بعد ذلك واحد في كل الشؤون، وما يهمنا نحن في هاته المرحلة أن يتفق الجنون والعته على حسب هذا المذهب، في حكم توقيع ورفع الحجر القضائي لهذين السببين⁽³⁾، ذلك أن رفع الحجر لا يتم إلا بنفس الطريقة التي وقع بها، وهذا ما لاحظناه حتى هاته اللحظة، وما إستخلصناه بالنسبة

(1) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 129 .

(2) - خالد بو شمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 92 .

(3) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 438 .

لأغلب الحالات التي تعرضنا لها سواء في الكتابة أو حتى من خلال القراءة والإطلاع والبحث.

وبخصوص رفع الحجر عن المجنون والمعتوه، فنجد أن كيفية رفع الحجر وفكه تتبع طريقة توقيعه، وقد رأينا فيما سبق أن توقيع الحجر على المجنون والمعتوه يقع من غير حكم حاكم أو قاضي، وإنما يكفي لتمام ذلك الحجر قيام وثبوت سببه.

ولهذا نجد أن الحنابلة اتفقوا من غير خلاف، على أن الحجر بسبب المجنون والعته قد وقعا من غير حكم حاكم فلا بد أن يرفعا بغير حكم الحاكم أو القاضي، وهذا ما نخلص من خلاله إلى القول بأن رفع الحجر عن المجنون يحدث بالإفاقة، وبتعبير آخر نقول أن فك الحجر عن المجنون ومن في حكمه كالمعتوه يحدث بزوال سببه من دون إنتظار حكم الحاكم، لأن مثل هاته الأسباب تكون حسية ولا حاجة لقول الحاكم فيها⁽¹⁾.

ثانياً : رفع الحجر القضائي عن السفه وذو الغفلة : لقد أجمع الفقه بمذاهبه الأربعة إلى أن السفه والغفلة يشتركان بداية في معنى واحد وهو تبذير المال وإفساده، إلا أنهما يختلفان في سبب التبذير والإفساد، فسبب التبذير وإفساد المال عند السفه اتباع الهوى والشهوات ويقصد به التبذير لغلبة نفسه عليه، وسبب إفساد المال وتبذيره عند ذي الغفلة عدم الإهتمام بين الرابح والخاسر من التصرفات، وسلامة قلبه، ولا يقصد تبذير المال وإفساده⁽²⁾.

وسواء قصد الشخص إتلاف ماله بالتبذير وإفساده في غير موضعه، أو لم يقصد ذلك، فإنه يجب وضعه تحت الحجر القضائي لحفظ ماله خاصة وأن علة التبذير وإفساد المال متوفرة فيه، وهي في الأصل الباعث إلى تقرير المنع من التصرف بموجب توقيع الحجر القضائي، وبهذا يمكن القول بوجوب الحجر على

(1) - ابن قدامي : المرجع السابق، ص 510 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

السفيه وذي الغفلة متى تحقق قيام السبب أو العارض فيهما، فينزلان عندها منزلة الصبي المميز، ويرجع دافع توقيع الحجر وتقرير منزلة الصبي المميز إلى كون السفه والغفلة عارضان يلحقان بالإدراك والتمييز ولا يصيبان العقل، فهما ينقصان إدراك العقل، ولا يذهبانه تماما، ولأجل هذا وجب إعتبارهما في حكم الصبي أو الصبيان المميزين، وليس في حكم الصبيان غير المميزين كما هو الشأن بالنسبة للجنون والعتة⁽¹⁾.

ويلاحظ أن السفه والغفلة يخضعان لنفس الأحكام رغم اختلاف الباعث وراء التبذير وإفساد المال، وعليه فيكون لهما نفس منزلة الصبي المميز، ويخضعان لنفس الحكم بخصوص تصرفاتهما وقت الحجر القضائي، ويشتركان في نفس كيفية توقيع الحجر القضائي ورفعته عنهما⁽²⁾، ولأعرض فيما يلي كيفية رفع الحجر القضائي على السفه وذي الغفلة في كل مذهب من المذاهب الأربعة.

1 - المذهب الحنفي : لم يتفق فقهاء المذهب الحنفي أصلا على اعتبار السفه والغفلة من أسباب الحجر القضائي، فالإمام أبو حنيفة نفسه لا يعترف بالحجر على السفه وذي الغفلة، وقد خالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن بالقول بجواز الحجر بسبب هذين العارضين، وهو الرأي المفتى به في هذا المذهب⁽³⁾.

ورغم أن أبو حنيفة لا يعترف بالحجر على العاقل البالغ، إلا أنه اشترط عدم دفع المال إلى الشخص البالغ إذا لم يؤنس رشده، أي أن يكون سفيهها أو مغفلا كونهما ينافيان الرشد وليس العقل، ويعني هذا الشرط أن الإمام وإن كان يقول بصحة التصرف الصادر عن السفه أو ذي الغفلة فإنه يعطي إعتبارا للسبب أو العارض ما دام يقرر عدم دفع المال لصاحبه، وكأنه يقضي باستمرار الحجر

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 615 .

(2) - خالد بو شمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 125 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 611 - 612 .

بسبب الصغر عند الرشد، وهذا يصدق عند قيام السفه أو الغفلة، وإذا كان المنع من دفع المال لصاحبه إذا لم يؤنس رشده لا يسمى حجراً إلا أنه يشبهه ولا يزول ولا يرفع عن الشخص إلا ببلوغ الخامسة والعشرين حتى ولو لم يحدث الرشد على حد قول أبو حنيفة لأن من مثله صاروا أجدادا، فلن يرشد بعد ذلك على اعتبار أن لا يرشد بعد سن الخامسة والعشرين⁽¹⁾.

ويذهب الإمام محمد بن الحسن إلى القول بأن الحجر على السفه ومن هو في حكمه، بمجرد قيام سببه، أي تبذير المال وإفساده، فلا حاجة عندها لحكم الحاكم أو القاضي، ذلك أن حفظ المال يقتضي توقيع الحجر بمجرد قيام السبب، وبالتالي يترتب على ذلك أن مجرد عدم تبذير المال وإفساده ينجر عنه رفع الحجر عن صاحبه، ففك الحجر يتحقق بزوال سببه⁽²⁾.

ويرى الإمام أبو يوسف، وهو الرأي الراجح في المذهب الحنفي، أن رفع الحجر القضائي، لا يحدث إلا بحكم الحاكم فلا يفك الحجر على السفه وذي الغفلة بزوال العارض بل يجب أن يقرر الحاكم رفع الحجر القضائي عنهما، والعلة في ذلك أن الحجر قد وقع بحكم الحاكم أو القاضي، وبالتالي فلا يرفع ولا يفك إلا بحكم الحاكم أو القاضي⁽³⁾.

2 - المذهب المالكي : يجمع علماء المذهب المالكي على أن السفه والغفلة سببان موجبان لتوقيع الحجر القضائي، لتحقيق علة التبذير وإفساد المال فيهما، فوقع الحجر على كل من قام فيه فعلاً وصف السفه أو الغفلة، ذكراً كان أم أنثى، قبل البلوغ أو بعده، لأن الغاية من الحجر حفظ المال عن طريق المنع من التصرف⁽⁴⁾.

(1) - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي : المرجع السابق، ص 142 .

(2) - إبنه عابدين : المرجع السابق، ص 2015 .

(3) - حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السفناقي : المرجع السابق، ص 2406 .

(4) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 612 .

ويوجد رأيان في هذا المذهب المالكي بخصوص كيفية رفع الحجر القضائي في حال توقيعه على السفه أو ذي الغفلة، أعرضها في الآتي :

أ - رأي ابن قاسم من المالكية، الذي وافق ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن من الحنفية بخصوص توقيع الحجر بسبب السفه والغفلة، حيث يعتبران أن الحجر يقع بمجرد قيام السبب من دون حاجة لحكم الحاكم أو القاضي، ذلك أن المنع حسب رأيهما يتحقق وجوداً وعدمًا مع قيام السبب الموجب للحجر القضائي، فمتى وجد السفه مثلاً منع صاحبه من التصرف كأثر لتوقيع الحجر عليه، أما إذا انعدم السفه جاز للشخص التصرف كيفما شاء لأن المنع قد انعدم تبعاً لذلك.

وعلى هذا الأساس فإن رفع الحجر القضائي على السفه وذي الغفلة لا يحتاج لحكم الحاكم أو القاضي، فالحجر القضائي يفك عنهما بمجرد زوال السبب أو العارض الذي حدث بسببه الحجر ابتداءً، وعليه فإن زوال السفه والغفلة يؤدي إلى زوال الحجر، ومدة قيام الحجر على رأي الإمام ابن قاسم تمتد من قيام السبب أو العارض ابتداءً، إلى غاية زوال السفه أو الغفلة إنتهاءً⁽¹⁾.

ب - رأي الإمام مالك بن أنس وأصحابه، وهو الرأي المفتى به، ومجمل هذا الرأي أن المالكية يميزون بين حالتين :

ب1 - حالة حصول السفه أو الغفلة قبل البلوغ أو عنده وليس ببعيد عنه، وفي هذه الحالة يكون توقيع الحجر ورفع له للأب ووصيه من غير حكم حاكم⁽²⁾، وتكون هاتاه الحالة عند تحقق السفه أو الغفلة في الشخص المراد الحجر عليه، إما قبل حدوث البلوغ تماماً، وإما وقت البلوغ أو حتى بعد البلوغ وثبوت الرشد، ولكن خلال مدة لا تزيد عن سنة أو عام، فعندها يكون الحجر للأب كون السفه

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

(2) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 642 .

يكون متصلاً بالصغر، فلا حاجة لحكم الحاكم، وبذلك يحصل رفع الحجر، فيكون الفك من صالح الأب والوصي والقيم، في نفس وقت زوال السبب الموجب للحجر القضائي، ومرد ذلك أن السفه إذا رشد في هاته الحالة يفك عنه الحجر بمجرد سكوت الأب، ولا يكفي ذلك بالنسبة للوصي والقيم، إذ لا بد لهما أن يشهدا على إطلاق التصرف للمحجور عليه بعد ثبوت الرشد لهما وحسن التصرف، ويحدث هذا من غير حاجة لحكم الحاكم ما دام توقيع الحجر نفسه تم من دونه⁽¹⁾.

ب2 - حالة حصول السفه أو الغفلة بعد البلوغ والرشد بزمن بعيد، فلا يتم الحجر فيها إلا بحكم الحاكم أو القاضي، ولا يفك الحجر ولا يرفع إلا بحكم الحاكم، وتكون في حالة ما إذا طرأ السفه أو الغفلة على الشخص بعد البلوغ والرشد، وبالتحديد بعد مرور سنة على الأقل من تاريخ حصول ذلك، ففي هاته الحالة أجمع الفقهاء على أن الحجر لا يتحقق إلا بناء على حكم الحاكم أو القاضي⁽²⁾، ويرجع سبب اشتراط ذلك أن قيام السفه والغفلة مسألة تقديرية تحتاج إلى نظر واجتهاد لأجل الفصل في الاختلاف، وهذا ما يختص به القاضي من دون سائر الناس⁽³⁾.

وذهب جمع من الفقهاء بالقول أن زوال الحجر على السفه أو ذي الغفلة لا يقع إلا بحكم حاكم سواء كان توقيع بحكم أو بغير حكم، وحثهم في ذلك أن إثبات الرشد بعد البلوغ تعد مسألة اجتهادية⁽⁴⁾، وقد يؤخذ بهذا الرأي فيما يتعلق بالحجر القضائي الواقع بحكم القضاء، أما الحجر الواقع من غير حكم الحاكم فالأصوب أن يرفع من غير حاجة لذلك، لأن كيفية رفع الحجر القضائي تتبع كيفية توقيع.

(1) - أحمد الدرديري : المرجع السابق، ص 151 .

(2) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 612 .

(3) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 642 .

(4) - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : المرجع السابق، ص 247 .

3 - المذهب الشافعي : لا يفرق الشافعية بين السفه والغفلة إلا من حيث الدافع وراء حصول التبذير وإفساد المال، وبذلك يشتركان في كل الأحكام، ومنها كيفية رفع الحجر القضائي عن السفه وذي الغفلة.

ويتم رفع الحجر القضائي عن السفه وذي الغفلة في المذهب الشافعي بإحدى الطريقتين حسب حالتي توقيعه، أعرضها في الآتي :

أ - حالة توقيع الحجر القضائي على السفه وذي الغفلة بمجرد قيام السبب الموجب له دون حاجة لحكم القاضي، وهذا عندما يكون سبب الحجر قد طرأ على الشخص قبل البلوغ أو عند البلوغ، ففي هذه الحالة يكون الحجر بمثابة استمرار لنفس الحجر مع تغير سببه، فقد كان الشخص واقعا تحت الحجر بسبب الصغر أو الصبا ثم صار سفيا أو ذا غفلة دون إنقطاع الحجر، فعندها يخضع الحكم اللاحق للحكم السابق، كون أن الحجر على الصبي يقع من غير حكم حاكم، وكذلك الحجر على السفه وذي الغفلة، وكنتيجه لذلك يكون رفع الحجر في هاته الحالة موافقا حتما لكيفية توقيعه، وعليه يتحقق فك الحجر عن السفه وذي الغفلة بمجرد زوال سببه، ولا حاجة لحكم حاكم، ذلك أن الحجر وقع بقيام السبب فقط من دون اشتراط الحكم، ويستوي في هذا الحكم النساء والرجال وسواء تزوجت المرأة أم لا، فالعبرة بالبلوغ والرشد⁽¹⁾.

ويؤول الحق في رفع الحجر عن السفه وذي الغفلة، عند الشافعية إلى من كان قائما على شؤونه، أي الأب ووصيه، والجد الصحيح ووصيه، وتأتي الأم في المرتبة ما قبل الأخيرة قبل وصيها⁽²⁾.

ب - حالة توقيع الحجر القضائي على السفه أو ذي الغفلة بحكم، وهذا في حالة كون الحجر القضائي على السفه وذي الغفلة، قد وقع بعد فترة من ثبوت

(1) - محمد بن إدريس الشافعي : المرجع السابق، ص ص 458 - 459 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 92 .

البلوغ والرشد، وبحكم حاكم، فلا يكفي مجرد قيام وتحقق السبب، ذلك أن السفه والغفلة أمور تقديرية لا بد من الإجتهد للكشف عن وجودهما من عدمه، وهذا ما يختص به القاضي لإنهاء الاختلاف حول كل حالة (1).

ويجمع فقهاء المذهب الشافعي في هذه الحالة على أن رفع الحجر القضائي على السفه أو ذي الغفلة، الذي لحقه السبب بعد ثبوت الرشد لا يتم إلا بفك الحاكم، أي أن زوال السفه أو الغفلة لا يكفي بل لا بد من حكم الحاكم، وحثهم في ذلك أن مثل هذا الحجر لم يقع إلا بحكم الحاكم، فلا يرفع إلا به (2).

4 - المذهب الحنبلي : يسوي فقهاء المذهب الحنبلي بين السفه وذي الغفلة فيما يتعلق بكيفية توقيع الحجر القضائي عليهما، ما يستتبع بالضرورة خضوعهما لنفس الأحكام بخصوص رفع الحجر عنهما (3).

وقد أجمع فقهاء المذهب الحنبلي على التمييز بين حالات ثلاث لتوقيع الحجر القضائي، وأن رفع الحجر يكون بنفس الكيفية التي تم بها توقيعه، أعرضها فيما يلي :

أ - حالة توقيع الحجر بمجرد قيام السبب دون الحاجة لحكم الحاكم، ففي هذه الحالة يرفع الحجر بمجرد زوال سببه، أي أن الحجر يفك بزوال الجنون أو العته الموجب لتوقيعه، ولا حاجة عندئذ لحكم الحاكم أو القاضي، ذلك أن الحجر وقع من غير حكم فهو يزول أيضا بغير اشتراطه.

ب - حالة توقيع الحجر بحكم الحاكم أو القاضي، ففي هذه الحالة لا يكفي لتوقيع الحجر تحقق السبب بل لا بد من تقرير الحاكم للحجر القضائي، ومثال

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 442 .

(2) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 131 .

(3) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

الأسباب الموجبة لهذا الحجر السفه والغفلة، وتبعاً لذلك فإن رفع الحجر في مثل هاته الأحوال يتم بحكم الحاكم وليس بمجرد زوال سببه، وبمعنى آخر إن فك الحجر القضائي عن السفه وذي الغفلة لا يتحقق إلا بحكم الحاكم، وذلك أنه وقع بموجب ذات الحكم، فلا يرفع إلا به .

وتخص هذه الحالة الحجر للسفه أو الغفلة، حيث أن الحجر القضائي لهذين السببين لا يقع ولا يرفع إلا بحكم الحاكم باجماع الفقه الحنبلي، ومرد ذلك إعتبار قيام السفه وزواله مسألة تقديرية يقع الخلاف حولها لدى الناس، ولأجل رفع هذا الخلاف أو كِلَ الأمر للقاضي أو الحاكم لأجل تقرير قيام السبب من عدمه، فإذا ثبت السبب وقع الحجر بواسطة الحاكم، أما إذا تأكد من عدم قيام السبب قضى بعدم توقيع الحجر إن كان الشخص راشداً، أما إذا كان هذا الشخص محجوراً عليه فهذا يعني زوال سببه، وبالتالي يحكم برفع الحجر القضائي عنه⁽¹⁾.

ج - حالة توقيع الحجر بسبب الصغر والصبا : ترى الأقلية من فقهاء المذهب الحنبلي أن توقيع الحجر يتحقق بمجرد قيام السبب من دون حاجة لحكم، وبالتالي يفك الحجر أو يرفع بزوال السبب دون حاجة لحكم، وترى الأغلبية من فقهاء هذا المذهب أن توقيع الحجر لا يكون إلا بحكم، ولا يفك ولا يرفع إلى بحكم، وهو الرأي الراجح⁽²⁾.

المطلب الثاني

رفع الحجر القضائي في القانون الجزائري

يفترض في أسباب الحجر أو عوارض الأهلية الجنون والعتة والسفه والغفلة المنصوص عليها في المادتين 42 و 43 من القانون المدني، والمادة 101 من قانون

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

(2) - ابن قدامي : المرجع السابق، ص 510 .

الأسرة الجزائريين، وحسب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، يفترض فيها أنها أسباب طارئة، فتكون بذلك مؤقتة وليست دائمة، إذ يمكن أن يزول عن الشخص العارض الذي إعترض أهليته، والذي أدى إلى توقيع الحجر عليه، وعلى هذا الأساس تنص المادة 108 من قانون الأسرة على أنه : " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه " .

ولم تنص المادة 108 من قانون الأسرة على وجوب أن يكون رفع الحجر القضائي بحكم، على غرار توقيعه بصريح المادة 103 من نفس القانون التي تنص على أنه : " يجب أن يكون الحجر بحكم قضائي، وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر .

وتفسر عبارة " طلب المحجور عليه " لرفع الحجر عنه، أن يكون طلب رفع الحجر عن طريق دعوى قضائية، وما دام رفع الدعوى محقق فلا بد من صدور حكم يقضي برفع الحجر القضائي، ومن شأن هذا التفسير أن يجسد قاعدة توازي الأشكال أو تطابقها بين حكم توقيع الحجر القضائي وحكم رفعه⁽¹⁾.

ويرى البعض من فقهاء القانون أن زوال الجنون والعتة يوجبان إعادة النظر في الحجر عليهما، وأن ظهور علامات الرشد عند السفه، والإهتمام إلى التصرف الرابع عند ذي الغفلة، يحتمان مراجعة الحجر على صاحبيهما، لكن مجرد زوال السبب الموجب لتوقيع الحجر القضائي، لا يكفي لرفع الحجر عن صاحبه إذ لابد من حكم المحكمة القاضي برفعه⁽²⁾.

ويلاحظ أن إشتراط الحكم لأجل رفع الحجر، أنه حكم قضائي ينصرف أثره إلى المحجور عليه بسبب الجنون والعتة، والسفه، بصريح المادة 101 من قانون الأسرة، إضافة إلى الغفلة حسب الرأي الراجح عند فقهاء القانون، وبذلك

(1) - وحيد رضا سوار : المرجع السابق، ص 92 .

(2) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 130 - 131 .

يشمل الحكم لرفع الحجر القضائي هذه الأسباب الأربعة، كما هو الحال عند توقيعه، ولا يستثنى منها بإقرار الفقه الإسلامي، وما يمكن إستخلاصه من المادتين 103 و 108 من قانون الأسرة أن ما ثبت بحكم لا يزول إلا بحكم حفاظا على إستقرار المعاملات.

ويرى الفقهاء أنه يجوز لقاضي الموضوع الناظر في طلب رفع الحجر على المراد الحجر عليه، أن يستعين بالخبرة الطبية في تقرير زوال العارض، ورفع الحجر من عدمه، وإن كان الظاهر من نص المادة 103 من قانون الأسرة أن الغرض من الإستعانة بالخبرة القضائية إثبات قيام أسباب الحجر لتوقيعه، ومن المنطقي أن يستعان بالخبرة الطبية لإثبات زوال هذه الأسباب لرفع الحجر، والجاري به العمل أن يستعان بالخبرة الطبية في حالي الجنون والعتة، ويكتفي القاضي بالشهود في حالي السفه والغفلة⁽¹⁾.

وذهب فريق من فقهاء القانون إلى أن قرار رفع الحجر القضائي، من النظام العام، فيحق للقاضي رفع الحجر القضائي إذا زالت أسبابه حتى ولو لم يطلبه المحجور عليه، أو يعارض رفع الحجر القضائي عنه، وكذلك الحال بالنسبة لحكم توقيع الحجر، فيجوز للمحكمة رفض توقيع الحجر القضائي في حالة عدم وجود عارض يبرره، رغم موافقة الشخص المراد الحجر عليه ورضاه بتوقيعه عليه.

و لا مانع من الأخذ بهذا الرأي في القانون الجزائري إستنادا إلى المادة 45 من القانون المدني والتي تنص على أنه : " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها "، فالظاهر من صياغة مضمون هذه المادة أنها تتعلق بالنظام العام، وما دام الحجر القضائي يتقرر الحكم بتوقيعه أو رفعه لأسباب تتعلق بعوارض الأهلية، فمن باب أولى إعتبار توقيع الحجر القضائي ورفع من النظام العام شأنه في ذلك شأن الأهلية⁽²⁾.

(1) - شيكر ريمة : المرجع السابق، ص 79 .

(2) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 152 .

ولا يوجد في التشريع الجزائري نص يوجب شهر أو تسجيل حكم رفع الحجر القضائي على خلاف التشريع المصري، وهذا يفيد أن الحكم لا يخضع لأي عملية شهر، شأنه شأن حكم توقيع الحجر القضائي، وأن الحد الفاصل بين تاريخ قيام الحجر القضائي ورفعته هو نفس تاريخ الحكم وصدوره، فيعتبر الشخص بالغاً راشداً عاقلاً، بمجرد صدور حكم رفع الحجر عنه، أما قبل تاريخ صدور هذا الحكم فيبقى الشخص معتبراً محجوراً عليه.

ما يمكن ملاحظته على المادة 108 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع اكتفى بالنص فيها على إمكانية رفع الحجر القضائي إذا زالت أسبابه بناءً على طلب المحجور عليه ولم يشر إلى مدى جواز الطعن في الحكم القاضي برفع الحجر ونشره، عكس ما فعله فيما يتعلق بالطعن في الحكم القاضي بتوقيع الحجر القضائي ونشره. بموجب المادة 106 من نفس القانون، والراجح فقهاً أن يخضع الحكم برفع الحجر القضائي لنفس أحكام الحكم القاضي بتوقيعه، فيكون الحكم برفع الحجر قابلاً للطعن، ويجب نشره للإعلام⁽¹⁾.

ويتم نشر الحكم برفع الحجر القضائي، شأنه شأن الحكم بتوقيعه أمام مكاتب الموثقين، وبتعلقه في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي أصدرته، مع جواز تعليق الحكم برفع الحجر في أكبر عدد ممكن من لوحات الإعلانات القانونية على مستوى جميع المجالس القضائية ومحاكمها على المستوى الوطني لإعلام الكافة بقيام الحجر القضائي في حق المحجور عليه، ورفعته عنه⁽²⁾.

وإذا كانت المادة 108 من قانون الأسرة الجزائري خولت للمحجور عليه دون غيره الحق في طلب رفع الحجر عنه، فكان من المستحسن أن يجيز المشرع طلب رفع الحجر عن المحجور عليه أيضاً لمن طلب توقيعه عليه سواء أكان من

(1) - لحسين بن شيخ آث ملويا : المرجع السابق، ص 327 .

(2) - شيكر ريمة : المرجع السابق، ص 56 .

الأقارب أو من الغير ممن له مصلحة في ذلك، أو من النيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في دعوى توقيع الحجر القضائي عملاً بمقتضيات المادة 102 من نفس القانون.

الفصل الثاني آثار الحجر القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يترتب عن الحكم بتوقيع الحجر القضائي على الشخص الذي يعتري أهليته عارض من عوارض الأهلية بأن يصير المحجور عليه فاقد الأهلية إذا كان سبب الحكم بتوقيع الحجر عليه، عارض الجنون أو العته، ويصير المحجور عليه ناقص الأهلية إذا كان سبب الحكم بتوقيع الحجر عليه عارض السفه أو الغفلة، وبذلك يكون المحجور عليه لأي سبب من هذه الأسباب غير قادر على التصرف في أمواله فيعين له نائب شرعي تنتقل إليه الولاية على أموال المحجور عليه إلى غاية صدور حكم برفع الحجر عنه، وعلى هذا الأساس تنحصر آثار الحكم بتوقيع الحجر القضائي في أثرين رئيسيين، وهما النيابة الشرعية على أموال المحجور عليه، وحكم تصرفات المحجور عليه بعد الحكم بتوقيع الحجر عليه وقبل الحكم برفع الحجر عنه⁽¹⁾.

ولأعرض فيما يلي النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مبحث أول، وحكم تصرفات المحجور عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مبحث ثان.

(1) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 573 .

المبحث الأول النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

النيابة الشرعية نظام شرعي وقانوني تهدف بالأساس إلى حماية أموال القصر عن طريق شخص ينوب عنهم في مباشرة التصرفات القانونية لصالحهم، ولم يعرف المشرع الجزائري النيابة الشرعية، واكتفى بالنص على وجوبها في المادة 44 من القانون المدني على أنه : " يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون "، وفي المادة 81 من قانون الأسرة نص 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 ".

وقد عرف بعض فقهاء القانون النيابة الشرعية بأنها سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر تجعل تصرفاته المالية نافذة في حقه دون رضاه، أو قيام شخص مقام شخص آخر في التصرف عنه، وتهدف بوجه عام إلى رعاية مصالح القاصر خاصة ما تعلق بأمواله⁽¹⁾.

وعرفه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية النيابة الشرعية بأنها تدبير شخص كبير راشد شؤون القاصر الشخصية والمالية⁽²⁾، أو قيام شخص كبير راشد على شؤون القاصر الشخصية والمالية⁽³⁾.

ولأعرض فيما يلي النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي في مطلب أول، ثم النيابة الشرعية في القانون الجزائري في مطلب ثان.

(1) - الغوتي بن ملح: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص 193 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 746 .

(3) - مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية ، دار القلم، دمشق، سورية، 1425 هـ، 2004م ، الجزء الأول، ص ص 818 و 819 .

المطلب الأول

النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي

تعتبر النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي أول أثر يترتب على اعتبار الشخص محجوراً عليه، فما دام الحجر يهدف لحماية أموال المحجور عليه، فأول شئ يكون عند اعتبار الشخص محجور عليه هو تعيين من ينوبه في التصرف في أمواله حفظاً وحماية لها من التلف.

ولأعرض فيما يلي متولي النيابة الشرعية لبيان من له الحق في تولي النيابة الشرعية على أموال المحجور عليه، وسلطاته في نظر فقهاء المذاهب الأربعة الكبرى.

أولاً : متولي النيابة الشرعية : يقصد بمتولي النيابة ذلك الشخص الذي له الحق في القيام على الشؤون المالية للمحجور عليه طيلة فترة الحجر، أي من تكون له صلاحية التصرف في أموال المحجور عليه، منذ توقيع الحجر القضائي عليه إلى غاية رفع الحجر عنه.

وقد أورد الفقه صوراً ثلاثة لممارسة النيابة الشرعية، وذلك عن طريق الولاية⁽¹⁾ على مال القاصر أو المناب عنه، أو عن طريق وصاية⁽²⁾، من طرف ولي، أو عن طريق قوامة⁽³⁾ تسند من طرف قاض .

(1) - الولاية هي سلطة تمكن صاحبها من مباشرة التصرفات والعقود، بحيث ترتب جميع آثارها دون حاجة لإرادة الغير، وتثبت مباشرة هذه السلطة من الشارع .

- مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق ، ص 40 .

(2) - الوصاية هي نيابة تحول متوليها القدرة على التصرف في أموال عديمي الأهلية وناقصيها، متى تم اختيارهم والاتفاق معهم من قبل أشخاص لهم الحق في الإيصاء على أموال القاصر بحكم الشارع، وعادة ما يكون هؤلاء الأشخاص أنفسهم أصحاب الولاية وفق التعريف السابق.

- محمد صبري الجندي: النيابة في التصرفات القانونية، "دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1433 هـ، 201 م، ص 70.

(3) - القوامة هي سلطة يمنحها القاضي لشخص ما تحوله تدبير شؤون القاصر والتصرف في أمواله نيابة عنه.

- خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 194 .

وقد قسم فريق من الفقه صور النيابة الشرعية إلى قسمين على أساس مصدرها، نيابة شرعية مباشرة ونيابة شرعية غير مباشرة.

أما النيابة الشرعية المباشرة فتشمل الولاية، إضافة إلى القاضي أو الحاكم فهو ولي من لا ولي له، وترجع أسباب تسميتها بالنيابة الشرعية المباشرة لكونها تثبت للنائب مباشرة من الشارع، أي من دون حاجة لتدخل الغير، فهاته النيابة تجد مصدرها في النص سواء كان شريعة أو قانونا.

وأما النيابة الشرعية غير المباشرة فتشمل الوصاية والقوامة، وتعتبر هذه النيابة غير مباشرة لكون النائب فيها لا يستمد سلطته مباشرة من الشارع، وإنما يكون مختارا أو معيناً من طرف الموصي أو القاضي، فهو يحتاج دائما لغيره، هذا الأخير الذي يخول له الشارع سلطة تعيين أو اختيار النائب، فبالرغم من أن هاته السلطة تبقى شرعية أو قانونية ما دام النص هو من يمنح الحق في الاختيار، إلا أن سلطة مباشرة التصرفات يبقى بطريقة غير مباشرة تحتاج دائما لوسيط يحركها⁽¹⁾.

ولقد أجمع الفقهاء أن النيابة تأخذ صورة الولاية بداية وتكون للأب باعتباره الأقرب والأشد حرصا على مصلحة أولاده متى كانوا قسرا، ولكن الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة اختلف فيما دون ذلك، أي لمن يكون الدور بعد غياب الأب⁽²⁾. ولأعرض فيما يلي مراتب متولي النيابة الشرعية بصورها الثلاثة، الولاية والوصاية والقوامة، وفقا لما استقر عليه فقهاء كل مذهب من المذاهب الأربعة.

1 - المذهب الحنفي: يرى فقهاء المذهب الحنفي أن الولاية تكون أصلا للأب وبعد وفاته تنتقل إلى الوصي الذي يختاره، ثم بعد ذلك يأتي الدور على وصي

(1) - محمد صبري الجندي : المرجع السابق، ص 53 .

(2) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 41 .

هذا الوصي أي وصي وصي الأب، وفي حالة وفاة هؤلاء الثلاثة أو وفاة الأب وانعدام الأوصياء يكون الدور على الجد لممارسة الولاية، ويليه بعد ذلك وصيه، ثم وصي وصي الجد كما هو الحال بالنسبة لأوصياء الأب - ويشار أيضا إلى أن الجد هو أب الأب وإن علا، وليس قصرا على الجد الأول أو الأقرب فقط -، ثم في الأخير يأتي القاضي أو الوصي الذي يقيمه القاضي في نفس المرتبة ولا إشكال في أن يتقدم أحدهما على الآخر .

ويضيف الفقهاء بأنه لا يصح لأحد من متولي النيابة أن يتقدم على آخر وارد ضمن هذا الترتيب، فمثلا لا يصح للجد أن يتقدم على أوصياء الأب، ولا للقاضي الحق في التقدم على الجد أو أوصيائه، وهذا لا يعني أن يترك فراغ في حالة الإنعدام، فلو لم يكن هناك أوصياء تماما للأب يجئ الدور مباشرة على الجد، كما أنه في حالة وفاته وعدم إيصائه يكون الحق مباشرة للقاضي، وهذا دائما منصب في مصلحة حفظ أموال القاصر.

ويشير الفقهاء إلى أنه لا ولاية للأُم على مال ابنها القاصر، وليس لها أن توصي أيضا، ولو أوصت كان للوصي بعد موتها السلطة في إدارة مالها لا مال ابنها، فحتى لو ورثها ابنها اقتصر تصرفه إلى حين انتقال الملكية، فمتى صار المال ملكا للإبن زالت سلطته⁽¹⁾.

2 - المذهب المالكي: يرى فقهاء المذهب المالكي أن الولاية تكون أصلا للأب، وعند وفاته تنتقل الولاية لوصيه، ثم بعد ذلك تكون لمن أوصى به وصيه وهكذا، فإن لم يوجد هؤلاء كان الأمر للقاضي أو الحاكم، سواء لتولي السلطة أو تعيين قيم، ثم في الأخير يكون الأمر لجماعة المسلمين متى انعدم الحاكم ووصيه.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 605 .

وقد ميز المالكية بين الولاية عن النفس⁽¹⁾، والولاية عن المال التي نحن بصدد دراستها، وهذا التمييز طال حتى متولي كل ولاية منها⁽²⁾، فالفقهاء لا يجيزون لحاضن اليتيم سواء كان جد أو عم أو أم أو غيرهم، أن يتصرفوا في أموال القاصر من دون إيصاء، فالأصل أنه لا ولاية لهم على مال القاصر، ولكن يصح لهم التصرف إستثناء في حالتين : الأولى هي عندما يوصي لهم الأب بذلك فتصح منهم الوصاية ما دام أبو اليتيم قد اختارهم، ويكونوا بذلك كأوصياء، أما الحالة الثانية فهي عندما يوصي لهم القاضي، فيصح منهم التصرف عندئذ كقيمين على مال القاصر، وبالإضافة إلى الإستثنائين السابقين يرى جمع من فقهاء المالكية أنه يصح تصرف الجد أو العم في مال القاصر متى كان كافلاً له بشرط أن يكون قد جرى العرف على ذلك، إلا أن البعض قد نقل عن الإمام مالك قوله بأن : " كافل اليتيم كالوصي وإن لم يكن العرف على ذلك، فيصح بذلك أن يتصرف العم أو الجد تصرف الولي متى كان حاضناً وكافلاً له من دون أي قيد أو شرط آخر"⁽³⁾.

3 - المذهب الشافعي : يرى فقهاء المذهب الشافعي أن الولاية تكون أصلاً للأب، يليه في المرتبة أبو الأب وإن علا، فمتى إجتمعا كان الأب مقدماً على الجد ثم بعد ذلك يرتب الجد حسب الأقرب، مع مراعاة دائماً عدالة متولي الولاية، فإن اشتهر بالفسق مثلاً، أعتبر غير صالح لممارسة الولاية وبالتالي يزول

(1) - وتعرف الولاية على النفس بأنها سلطة تخول متوليها القيام على شؤون المولى عليه، والمتعلقة بحفظ نفسه، من خلال الرعاية والعناية، فتشمل بذلك التربية وتعليم العلم أو الحرفة، وكذلك التأديب وحسن المعاملة، كما تشمل ولاية التزويج، ويستثنى منها مدة الرضاعة والحضانة التي تكون للأم في العادة.

- صبحي المحمصاني : المرجع السابق، ص ص 66 - 67 .

(2) - وترتيب الأولياء عن النفس متفق عليه في المذاهب الأربعة، وهو للعصبات كما جرى الحال عليه في الميراث، فيكون للأبناء، ثم الآباء، ثم جهة الإحوة، وفي الأخير العمومة وأبنائهم، وتستثنى ولاية الإجبار في التزويج عن ترتيب الولاية عن النفس، إذ يختلف فيها الفقهاء كل حسب ما يرى ولن نفصل فيها حتى لانطيل الكلام خاصة أنها لا تخدم بحثي .

- محمد أبو زهرة : المرجع السابق، ص ص 87 - 88 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 605 - 606 .

حقه في تولي الولاية، وينتقل الحق لمن يليه في المرتبة حتى وإن كان أباً، ثم بعد ذلك يأتي الدور للأوصياء، فيكون وفقاً للمذهب الشافعي لكل من الأب والجد أن يوصيا على مال القاصر، وتكون الأسبقية في تولي النيابة لوصي المتأخر في الموت من الأب والجد، ورغم ذلك يجوز للأب أن يوصي في حياة الجد، فالعبرة بثبوت حياة الأب بعد موت الجد وليس الإيصاء وقت وفاة الجد، كما تصح كذلك ولاية وصي الجد متى توفى الأب قبل الجد، وفي كل الأحوال يشترط في الوصي كذلك أن يكون عدلاً ظاهراً وباطناً في المعتمد حتى يصلح للوصاية، ثم بعد ذلك يكون الترتيب للقاضي إما أن يمارس النيابة بنفسه أو يقيم أميناً على المال، وقد ميز كذلك الشافعية بين ما إذا كان مال القاصر والقاصر نفسه في مكان واحد أو متفرقين، ففي الحالة الأولى لا يشكل ذلك إشكالاً، بينما في حال ما إذا كانا في مكانين متفرقين ولكل منطقة قاض، فننظروا في دور القاضي، فإذا كانت سلطته تشمل حفظ المال وبيعه وإيجارته كان الحكم لقاضي مكان تواجد المال، أما إذا كان من سلطته استثمار المال اعتبر الحكم لقاضي مكان تواجد القاصر.

وبالعودة إلى ولاية الأم في المذهب الشافعي، فالأصل أنه لا ولاية لها على مال ابنها القاصر، ولكن إستثناءً أجاز للأب أو الجد أن ينصبانها وصية على مال ابنها، كما أن للقاضي الحق في تعيينها قيمة على مال ابنها، وفي كل الأحوال متى توافرت فيها الشروط اللازمة، فهي تكون أولى من الأجانب متى اشتهرت بالصلاح، وشأنها في ذلك شأن كل الأقارب من العصابات ممن يجوز لهم تولي الولاية عن النفس في العادة⁽¹⁾.

والملاحظ على المذهب الشافعي أن فقهاءه قد منعوا عن الوصي الحق في ممارسة الإيصاء وهذا هو المتفق عندهم، فهم يرون بأنه لا يحق لوصي الأب أو

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 605 .

الجد أن يوصيا لوصي آخر من بعد المتأخر منهما، وهذا راجع إلى اعتبار أن الوصي يتصرف نيابة عن الأب أو الجد بحسب الأحوال، وأن هذه النيابة تكون غير مطلقة فلا يجوز له عندها تفويض التصرف في المال المملوك للقاصر الذي هو تحت وصايته⁽¹⁾.

4 - المذهب الحنبلي : يرى فقهاء المذهب الحنبلي أن الولاية تكون أصلا للأب حتى وإن كان كافرا، ويكفي أن يكون عدلا لتصح ولايته، ثم يليه في المرتبة وصيه، فيجوز للأب أن يوصي لشخص آخر للتصرف في أموال ابنه بعد موته، ويشترط في الوصي أيضا أن يكون عدلا، كما تصح وصايته ولو بأجر، ويستحقها بوفاء الأب حتى وإن كان موجود من يقوم بها من غير أجر، ثم من بعد الوصي أو في حالة انعدامه أصلا يكون الدور على الحاكم ومن يقيمه⁽²⁾.

وحسب رأي فقهاء الحنابلة فلا ولاية للجد كما لا يصح له أن يوصي لأحد في مال ابن ابنه وهذا عملا بالقاعدة الفقهية القائلة: " أن من له حق الولاية على المال له حق تعيين الوصي "⁽³⁾، ومن منطلق هذه القاعدة نخلص إلى أن الجد إن كان لا يملك الولاية على مال ابن ابنه، فلا يملك حق الإيصاء تبعا لذلك.

كما نجد أن فقهاء المذهب الحنبلي لا يعترفون بولاية الأم على مال ابنها، وكذلك لا يعترفون بولاية باقي العصابات شأنهم جميعا شأن الجد، فلا يجوزون تعيين أحدهم ولي ولا حتى وصي⁽⁴⁾.

وما يجب ملاحظته قبل بيان مراتب متولي النيابة الشرعية، الآتي :

-
- (1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 171 .
 - (2) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 606 .
 - (3) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 170 .
 - (4) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 606 .

أ - فيما يتعلق بمتولي الولاية على المال ومتولي الولاية على النفس، فوفقاً لبعض المذاهب يمكن أن يكون الأشخاص مخولين لممارسة الولايتين معاً، ولكن كقاعدة لا يوجد ما يلزم أن تجتمع الولايتين في شخص واحد كالأب أو الجد مثلاً، فيمكن أن يزاوّل الجد الولاية على نفس القاصر، في حين تكون ولاية المال لوصي الأب دون أي إشكال، كما لا يوجد أي مانع أن تجتمع الولايتين متى دعت الصدفّة أو تطبيق القواعد لذلك حسب قول أي مذهب⁽¹⁾.

ب - فيما يتعلق بولاية الأم، فقد إتفق المذاهب الأربعة على أنه لا ولاية للأم على مال ابنها القاصر، ثم اختلفوا من بعد ذلك حول صلاحيتها لتكون وصية متى أوصى لها الأب، أو أوصى لها الأب أو الجد بحسب الأحوال، ولتكون كذلك قيمة بحكم القاضي، فنجد أن الحنفية والحنابلة لا يجيزون ذلك، بينما يذهب فقهاء المذهب المالكي والشافعي إلى السماح بوصاية وقوامة الأم على مال ابنها، وذلك متى تم تنصيبها من طرف الأب أو الجد، أو تم تعيينها من طرف القاضي، فهؤلاء أدرى بمصلحة القاصر وكذا عدالة الأم وظروف المنطقة، خاصة وأن عدم منحها الولاية، وكذلك حرمانها من الوصاية والقوامة عند القائلين بذلك مرده إلى عدم اختلاط النساء العربيات قديماً، وبذلك نقص خبرتهم في التجارة والمعاملات المالية التي تهدف بالأساس لحفظ المال⁽²⁾.

وبالرجوع إلى مراتب متولي النيابة الشرعية، فإن المذاهب الفقهية الأربعة اتفقوا على أن الولاية أصلاً تكون بداية للولي الأب، وتكون نهاية للقاضي، سواء مارسها بنفسه أو عن طريق القيم - ولا يشترط في القاضي إتحاد الدين مع القاصر، وهذا تمييزاً له عن باقي متولي النيابة على المال باستثناء أب القاصر في المذهب الحنبلي كما تقدمنا به سابقاً⁽³⁾ -، ورغم هذا الإتفاق حول البداية

(1) - صبحي الحمصاني : المرجع السابق، ص 82 .

(2) - صبحي الحمصاني : المرجع نفسه، ص 83 .

(3) - صبحي الحمصاني : المرجع نفسه، ص 82 .

والنهاية إلا أن الفقهاء اختلفوا حول ما بينهما، وكنتيحة لهذا الإختلاف يمكن تقسيم المذاهب الأربعة إلى فريقين :

أما الفريق الأول فيضم كل من المذهب الحنفي والمذهب الشافعي، اللذان يجيزان للجد تولي الولاية على مال ابن ابنه، كما يجيزان له تعيين الوصي على القاصر، وهذا تطبيقاً لقاعدة " أن من له حق الولاية على المال له حق تعيين الوصي "، ومع ذلك فقد اختلف المذهبين حول مرتبة الجد ووصيه، فالأحناف يسبقون وصي الأب، ووصي وصيه على الجد، ثم أوصياء هذا الأخير ثم العودة بعد ذلك للقاضي ومن يقيمه، بينما يرتب الجد عند الشافعية مباشرة بعد الأب، يليه وصي المتأخر في الوفاة بينهما، ثم في الأخير القاضي وقيمه.

وأما الفريق الثاني فيضم كلا من المذهبين المالكي والحنبلي، اللذان لا يعترفان بولاية الجد، ويمنعاه من الإيصاء، فالترتيب عند المالكية والحنابلة يمنح الحق للوصي لتولي النيابة بعد الأب وقبل القاضي وقيمه، وقد انفرد فقهاء المالكية بجواز إيصاء الوصي، ومنحوا حقاً لجماعة المسلمين لتولي النيابة في المال بعد القاضي وقيمه، في حين سكت فقهاء الحنابلة عن ذلك.

ولعل من المفيد التذكير بأن مراتب متولي النيابة على مال القاصر ثابتة حسب قول فقهاء كل مذهب، ولا يجوز تقديم أي متولي نيابة عن الآخر، إلا أن هذا الترتيب ليس مطلق التطبيق إذ تحكمه قاعدتين، تتمثل الأولى في قاعدة الوفاة، فإن توفي أحد أصحاب السلطة أتى الدور على الذي يليه، وإن كان صاحب الدور متوفى من قبل أو لم يعين أصلاً إنتقلنا للذي بعده وهكذا، أما ثاني قاعدة وهي المتعلقة بشروط متولي النيابة بحسب رأي كل مذهب، فمتى كان صاحب الدور ليس أهلاً لممارستها بأن كانت الشروط اللازمة لا تتوفر فيه إنتقل الدور لمن يليه ، ثم إن كان الذي بعده لا يصلح ايضاً نأتي للذي من بعده.

ثانياً : سلطات متولي النيابة الشرعية . لقد عرف الفقه الإسلامي اختلافات حول سلطات كل واحد من من يحق لهم ممارسة النيابة، فكلما اختلفت صور ممارسة النيابة من ولي، ووصي، وقيم، اختلفت تبعاً لذلك السلطات الممنوحة لكل واحد منهم.

ولأعرض فيما يلي سلطات متولي النيابة الشرعية في كل مذهب من المذاهب الأربعة مع محاولة إبراز أهم الاختلافات بخصوص كل صورة من صور ممارسة النيابة الشرعية .

1 - المذهب الحنفي . لقد ذهب الحنفية إلى التفريق بين التصرفات التي تشملها سلطات متولي النيابة، سواء كان ولياً، أو وصياً من الأب أو الجد، أو وصياً من القاضي أي ما يسمى قيماً، فاعتبروا أن التصرفات تكون على سبيل التبرع، كما قد تكون على سبيل الإغتناء، ويمكن أن تكون كذلك على سبيل المعاوضة أي تحمل وصفاً متوازناً ما بين التبرع والإغتناء نظراً لتقابل الحقوق فيها.

وقد إتفق فقهاء هذا المذهب على أن مناط الولاية على المال هو مصلحة القاصر وحفظ ماله، وتبعاً لذلك فهم يقرون بصحة تصرف النائب بصوره الثلاث في مال القاصر ما دام التصرف على سبيل الإغتناء، مثل قبول هبة أو وقف أو وصية، ذلك أن مثل هذه التصرفات تكون نافعة نفعاً محضاً له، كما يصطلح على ذلك فقهاء القانون.

وعلى العكس من ذلك لايجيز ذات الفقهاء أي تصرف للنائب على اختلاف صورته ما دام التصرف على سبيل التبرع لما يحمله من خسارة وإتلاف لمال القاصر، مثل الهبة والتصدق للغير ، وهذا لكون التصرف مضر ضرراً محضاً بالقاصر وفق إصطلاح القانونيين⁽¹⁾.

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 184 .

وبالرغم من اتفاق الفقهاء حول مصير التصرفات بالنسبة للتبرع والإغتناء، فيما يخص كل من الولي والوصي والقيم، إلا أنهم اختلفوا حول مصير بعض أعمال وتصرفات المعاوضة سواء بالنظر إلى التصرف في حد ذاته أو إلى صورة النائب وسلطة تصرفه وحدودها، وهذا على النحو الآتي :

أ - بالنسبة لسلطات الولي : يرى الفقهاء بأن للولي الأب الحق في التصرف على سبيل المعاوضات، كون هذا التصرف يهدف بالأساس إلى إستثمار وتنمية وحفظ مال القاصر، وهو يشمل عددا من أعمال الإدارة والتصرف، فنجد أن الأحناف يجيزون للولي بيع عقار القاصر متى تحققت مصلحته في البيع أو منفعة ظاهرة، ومثالها لزوم توفير نفقات ضرورية للقاصر مع انعدام منقولات تغطي مبيعاتها قيمة سدادها⁽¹⁾، ولكن التصرف في عقار القاصر سواء كان بيع أو شراء لا يصح متى كان فيه غبن فاحش يلحق مصلحة مال القاصر، وذلك عندما تنقص قيمة العقار بشئ كبير عند بيعه، أو تزيد بشئ كبير عن قيمة العقار المعتادة عند الشراء، وقيمة الغبن تحدد من طرف الفقهاء كل حسب أعرافه.

وإذا كان بيع العقار بنفس قيمة العقار أو بغبن يسير فإنه يصح للولي بيعه للغير، ولكن بشرط ان يكون الولي محمود السيرة أو مستور الحال⁽²⁾، فإن كان عكس ذلك واشتهر بسوء السيرة فإن بيعه لا يتحقق إلا بتحقيق الخيرية - فلا يكفي بمثل القيمة أو بغبن يسير أو حتى أكثر بقليل -، ويقصد بالخيرية في العقار أن يباع بضعف قيمته، أما الخيرية في المنقول فتتحقق بزيادة ثلثه، فإن كان ذلك صح البيع وما دون ذلك لا يصح إطلاقا⁽³⁾.

(1) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 58 .

(2) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 606 .

(3) - محمد صبري الجندي : المرجع السابق، ص 60 .

وإذا كان التصرف شراءاً، فإنه يصح بمثل قيمة العقار، أو أكثر، أو حتى بغبن يسير متى كان الولي محمود السيرة، فإن شراءه مال الغير لمصلحة القاصر لا يصح إلا بتحقيق الخيرية، والخيرية في الشراء أن تنقص قيمة العقار إلى النصف، أما في المنقول لا تكون إلا إذا كان الشراء بإنقاص قيمة المنقول بالثلث، وعندها فقط تتحقق الخيرية فيصح الشراء، وإلا فيعتبر التصرف غير نافذ وغير جائز ما دامت الخيرية غير متحققة، وهذا كحماية إضافية لمصلحة مال القاصر⁽¹⁾.

وقد أجاز الحنفية علاوة على ما تقدم للولي من بيع وشراء في مال القاصر للأجنبي، فقد أعطى له الحق في إبرام البيع والشراء لذاته من مال القاصر، فيتولى بذلك طرفي العقد، فيصير موجبا وقابلا في آن واحد وهذا خلافا للأصل الذي يشترط تولي شخصان مختلفان تمثيل طرفي العقد لما يحمل من تعارض بين مصالح المتعاقدين⁽²⁾.

ويرى الأحناف بأن البيع والشراء من مال القاصر للولي نفسه لا يصح متى كان بغبن فاحش، أما إذا كان بنفس قيمة العقار أو بغبن يسير يحدث عادة بين الناس فإنه يجوز، ثم أنهم يقولون بأن هذين التصرفين لا يشترط لتمامهما الإدلاء بالإيجاب والقبول وهذا في الصحيح عندهم، بل يكفي عند البيع أن يقول بعت، وعند الشراء أن يقول اشتريت، ولكن فيما يتعلق بحالة الشراء فيشترط بخصوص التمام دفع المال أي مبلغ الشراء إلى وكيل القاضي ثم يعاود قبضه، فيكون كالوديعة من ابنه، وأما في البيع فيشترط أن يسلم العقار إلى أمين القاضي حتى يعد القاصر قابضا لها، فإن كان الولي موسرا لم يحق له أن يسكنها بعد ذلك هو وأهله وإلا عد غاصبا⁽³⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 606 .

(2) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 59 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 606 .

وبخصوص الرهن فقد ذهب الحنفية لجواز رهن الولي لمال ابنه للغير متى كان القاصر مدينا له، كما يصح له إنشاء رهن لمصلحة القاصر على الغير ما دام القاصر دائنا لهذا الغير، كما ان نفس الشيء يصح لو أن الرهن كان من مال القاصر للولي نفسه أو العكس ما دامت المديونية قائمة، على أن يباشر الولي التصرف بطرفيه كما هو الحال عليه في البيع والشراء⁽¹⁾.

وبالنسبة للإقراض والإقتراض، فإن الغالبية من الأحناف يعتبرون الإقراض كال تبرع كما أنه لا مصلحة فيه، بل هو تعطيل للإستثمار، فلا يجيزونه خاصة لو كان الضمان لاسترجاعه غير كاف، وقد خالف جزء منهم ذلك فقالوا ما دام الإيداع جائز فمن الأولى جواز الإقراض لأفضليته عليه، ليأخذ نفس حكم إقراض القاضي من مال القاصر، كونه لا يخشى عدم إستفائه، ولا إختلاف حول موضوع الإقتراض لمصلحة القاصر، فهو جائز باتفاقهم ما دامت حاجته لهذا القرض متحققة لخدمة مصلحته⁽²⁾.

ويجوز للولي تأجير عقارات ومنقولات القاصر والإستفادة من ريع الإستثمار بغرض تنمية وإستثمار المال المحصل، وهذا باتفاق فقهاء المذهب الحنفي، كما أجازوا للولي إستئجار العقارات وكذلك المنقولات من مال القاصر متى كانت المصلحة تستدعي ذلك⁽³⁾.

ب - بالنسبة لسلطات الوصي : إذا كان المذهب الحنفي يسمح بولاية الأب والجد، ويمنح لكليهما حق الإيصاء، ويتقدم وصي الأب عن الجد في المرتبة، فقد وقع خلاف حول صلاحيات الجد، فيرى محمد بن الحسين أن الجد كأب، وصلاحيات الجد تفوق صلاحيات الوصي، وبالتحديد وصي الأب ولا عبرة لتقدم هذا الأخير عليه في المرتبة، في حين يذهب أبو حنيفة إلى اعتبار

(1) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص ص 62 - 63 .

(2) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع نفسه، ص ص 59 - 60 .

(3) - محمد صبري الجندي : المرجع السابق، ص 59 .

صلاحيات وصي الأب أقوى من صلاحيات الجد باعتباره مقدم عليه في المرتبة، ويمثل لذلك بعدم قدرة الجد على بيع شئ من تركة المتوفي لوفاء الدين أو تنفيذ الوصايا، وهذا مخول لوصي الأب، ويعلل رأيه هذا بقوله أن وصي الأب له تقريرا نفس صلاحيات الأب كونه هو من إختاره فيصير كالوكيل المطلق، بينما الجد لم يختاره الأب وإنما منح الولاية شرعا، والشرع لم يجعله مثله لأنه أبعد منه عن القاصر⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بسلطات الوصي بالنسبة لبعض تصرفات المعاوضة، فبالنسبة للرهن والإقتراض والإيجار والإستئجار فإن الأحناف قد منحوا للوصي نفس صلاحيات الولي ما دامت المصلحة واحدة، وهي حفظ واستثمار مال القاصر الموضوع تحت وصايتهم⁽²⁾.

أما بخصوص البيع والشراء فإن فقهاء المذهب الحنفي فرقوا بين الوصي والولي، فبداية اشترطوا لبيع وشراء الوصي من مال القاصر، وتعاقدا مع الغير أن يتم البيع بالضعف، وعليه فالشراء حتما بالنصف، وأن تكون مصلحة ملحة تدعو لذلك البيع، كأن يحتاج القاصر للمال لسبب معتبر، ويشترط كذلك أن يكون قبض الثمن مضمونا وفي أجل قصير⁽³⁾.

وفي حالة إبرام البيع والشراء من مال القاصر لمصلحة الوصي نفسه، نجد أن الإمام محمد بن الحسن قد قال بعدم جواز بيع مال القاصر لنفسه أو شرائه لأن ذلك محل شك ولو كانت فيه المنفعة خالصة للقاصر، لأنه يبقى متهم بطلب الحظ لنفسه، أما أبو حنيفة ومثله أبو يوسف قالوا بجواز ذلك⁽⁴⁾، مع وجوب تحقق المصلحة الظاهرة للقاصر من هذا التصرف، ويكون ذلك بشرطين، الشرط

(1) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 130 .

(2) - محمد صبري الجندي : المرجع السابق، ص ص 81 - 82 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 607 .

(4) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 123 .

الأول هو تحقق الخير، وذلك بمفهوم الخيرية السابق أي بضعف القيمة في البيع، ونصفها في الشراء بالنسبة للعقار، وكذا زيادة الثلث في البيع وإنقاص الثلث في الشراء بالنسبة للمنقول، وأما الشرط الثاني فهو شمول العقد على الإيجاب والقبول من الوصي، على عكس ما هو الحال عليه بالنسبة للولي⁽¹⁾.

ج - بالنسبة لسلطات وصي القاضي أو القيم : يرى الحنفية أن وصي القاضي كوصي الأب إلا بالإيصاء بالجزء، فلو أوصى القاضي لوصيه بنوع معين فلا يصح له أن يتعداه ويبقى في حدود تلك الوصاية أي في حدود ما أقيم لأجله، وهذا على عكس وصي الأب فحتى لو أوصى له بنوع واحد كان وصيا في كل الأنواع⁽²⁾.

ويضيف محمد بن الحسن من الأحناف إختلافا آخر وهو المتعلق باستقراض مال القاصر سواء للوصي نفسه أو للغير - وقد علمنا سابقا أن محمد قد خالف أصحابه بالمذهب فهو الوحيد الذي يجيز للوصي الإستقراض من مال القاصر -، فبعد أن أجاز له وصي الأب عاد واستثنى وصي القاضي أي القيم من ذلك، فالإستقراض هنا حسب رأي الإمام محمد بن الحسن جائز لوصي الأب وغير جائز للقيم⁽³⁾.

وقد ذهب الإمام أبو حنيفة ذاته إلى التفريق بين القيم والوصي، فقال بأن هذا الأخير وإن كان له الحق في أن يشتري ويبيع لنفسه من مال القاصر، فهو غير جائز للقيم لأنه يكون كالوكيل فلا يصح له أن يعقد لنفسه⁽⁴⁾.

2 - المذهب المالكي . لقد وافق المالكية ما ذهب إليه الأحناف بخصوص التصرف عن طريق التبرع، وكذلك عن طريق الإغتناء، فقد قالوا بعدم جواز

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 606 .

(2) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع نفسه، ص 607 .

(3) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 125 .

(4) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 195 .

التبرع من مال القاصر ما دام التصرف في المال بهذه الطريقة يضر بالقاصر ولا نفع له فيه، كما أجازوا الإغتناء لمصلحة مال القاصر لما تحمله هذه التصرفات من منفعة خالصة، كقبول الهبات والصدقات، وهذا الحكم يصدق تطبيقه على الولي الأب، والوصي، والقاضي والقيم على حد سواء، فكل هذه التصرفات تستمد صفتها من طبيعتها حيث يكون عامل مصلحة مال القاصر واضحا لا شك فيه، وهو مناط حفظ واستثمار المال ولأجله قررت النيابة أصلا، فعندما تتحقق المصلحة يتبعها الجواز في التصرف، وعندما تنتفي المصلحة يقابلها إنعدام الجواز، وتكون صور النائب سواء، فلا فرق بين ولي، ولا وصي، ولا قيم في هذه الحالة⁽¹⁾.

أما بالنسبة لأعمال المعاوضة فإن المالكية يفصلون في بعض تصرفاتها على النحو الآتي :

أ - بالنسبة لسلطات الولي : يرى فقهاء هذا المذهب بخصوص عقدي البيع والشراء من مال القاصر إلى الغير، أن للأب أن يبيع ويشترى في مال ولده القاصر للغير، وهذا التصرف يصح من دون أي قيد أو سبب كمبرر لهذا العقد، ويشترط لتمام هذا التصرف أن يصب في مصلحة ومنفعة القاصر وماله، وإلا كان لهذا الأخير حق الاعتراض بعد الرشد، وعليه فحق الاعتراض يسقط بتحقيق المنفعة، كما يفسخ هذا التصرف متى كان المرجو منه مصلحة الأب لا مصلحة القاصر.

ويجوز وفق المذهب المالكي للأب أن يشتري ويبيع لنفسه من مال القاصر بشرط تحقق المصلحة للقاصر لا للأب، فإن كان التصرف يحقق مصلحة الأب لا مصلحة القاصر يقضى بفسخه ويلزم الأب برد المبيع إن كان في حاله أو حتى ما تبقى منه، وتبعاً لذلك يلزم بتعويض ما ضاع منه في حالة وجود باقي، أو يلتزم

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 184 .

بتعويضه كله متى تم إتلافه عن آخره، ولا إعتبار في ذلك لحال الأب، فمتى تحقق الهلاك يغرم بقيمته سواء كان موسراً أو معسراً⁽¹⁾.

وفيما يخص باقي المعاوضات كالرهن، والإقراض والإقتراض، والإيجار والإستئجار فإن فقهاء المذهب المالكي قد سمحوا للولي الأب أن يباشر مثل هذه التصرفات متى تحققت المصلحة والمنفعة الظاهرة التي تعود على مال القاصر، فإن ترتب على تلك التصرفات ضرر ظاهر، فنبطل تلك التصرفات على اعتبار عدم الصحة، لانعدام المصلحة والمنفعة المرجوة من حفظ واستثمار المال⁽²⁾.

ب - بالنسبة لسلطات الوصي : لقد منح المالكية بالنسبة للتصرفات على سبيل المعاوضة، كالرهن، والإقراض والإقتراض، والإيجار والإستئجار، للوصي ذات السلطات التي يتمتع بها الولي أي الأب ولا خلاف بينهما ما دامت مصلحة القاصر متحققة، فإن تخلفت هاته الأخيرة منع الوصي من التصرف على نفس النحو الذي يمنع به الأب، وفي حالة غياب أحد الأوصياء عند تعددهم فيقيم القاضي نائباً عن الغائب وهذا ما لا يصح للأب⁽³⁾.

وبخصوص تصرف الوصي بالبيع والشراء من مال القاصر، كصنف من أصناف المعاوضات، فقد ميز المالكية بين الولي والوصي، فقالوا بأنه لا يصح للوصي أن يتصرف في مال القاصر بالبيع للغير إلا عند تحقق سبب مقنع يبرر ذلك التصرف، وقد عددوا تلك الأسباب من واحد إلى عشرة ومنها على سبيل المثال أن يحتاج القاصر لنفقة لا تتحقق إلا بتلك البيعة، أو أن تكون الدار أو الأرض حصة فيبيعها ليتخلص من الشراكة، أو أن تكون الأرض من دون ريع أو قليلة الريع، فيبيعها ليشترى غيرها ذات فائدة أكبر .

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 607 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 184 .

(3) - خالد بوشمة : المرجع نفسه، ص 184 .

والملاحظ عن هذه القيود والأسباب أنها تتفق في مجملها في كونها تهدف لحماية القاصر وماله في نفس الوقت، وهي تعطى في صورة محددة لا يجوز مخالفتها أو تصور مصلحة غيرها، كما هو الحال بالنسبة للأب الذي يتصرف من غير قيد أو سبب بشرط واحد وجود مصلحة، بل وأكثر من ذلك فالوصي وعلى خلاف الأب لا يصدق بمجرد القول، فوجب على الوصي إقامة البيئة بخصوص تحقق السبب الذي يسمح له من خلاله بالتصرف عن طريق البيع والشراء⁽¹⁾.

وإذا أراد الوصي الشراء والبيع من مال القاصر إلى نفسه، فإنه يكون ملزماً باللجوء إلى القضاء، فإن وجد القاضي أو الحاكم مصلحة في التصرف أذن به وإن لم يجد مصلحة لم يمنحه الإذن وبذلك لم يصح تصرفه⁽²⁾.

ج - بالنسبة لسلطات وصي القاضي أو القيم : لقد استقر المالكية على اعتبار أن القيم وهو وصي الحاكم يتمتع بنفس سلطات الوصي، باستثناء وحيد يتعلق بالبيع والشراء من مال القاصر لمصلحة الغير، فيقول الفقهاء أن للحاكم ووصيه بيع مال القاصر متى كان مهملاً، ويقصد بالمهمل ذلك الصغير أو القاصر الذي يكون يتيم الأب فلا ولي له، كما أن أبوه لم يعين له وصي، غير أن هذا التصرف لا يصح إلا لسبب واحد وهو حاجة القاصر لنفقة أو سداد دين لا يتحققان إلا بثمن هذا البيع، ويكون هذا البيع بشروط أقرها المالكية وعددها عشرة يصب معظمها في التأكد من اعتبار القاصر مهملاً، والتحقق من كون العقار مملوكاً له فعلاً، وتحقيق المصلحة من البيع، كأن يكون الثمن بمثل قيمة العقار فأكثر، وأي تخلف لوصف الإهمال للقاصر، أو سبب البيع، أو لشروطه الواجب توافرها يؤدي حتماً إلى عدم صحة التصرف، ويقضي بطلانه، ويستوي في ذلك تصرف القيم والحاكم على حد سواء⁽³⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 607 - 608 .

(2) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 124 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 608 .

3 - المذهب الشافعي : لقد ذهب الشافعية على غرار المذهب الحنفي والمالكي، إلى اعتبار مصلحة القاصر وحفظ المال هي مناط النيابة على المال، وبالتالي يقرون بجواز التصرفات التي تكون على سبيل الإغتناء مثل قبول الهبات والوصايا إذ أنها تحمل فائدة خالصة تصب في مصلحة مال القاصر، وتصح هذه التصرفات من النائب أيا كانت الصورة التي يباشر بها حفظ المال سواء كانت ولاية، أو وصاية، أو حتى قوامة، كما يمنع الشافعية ولا يجيزون للنائب بصوره الثلاث الحق في مباشرة التصرفات التبرعية لكونها تضر بمال القاصر ولا تحمل أي منفعة له ولا لماله، ومن أمثلة ذلك وهب مال القاصر والتصدق به⁽¹⁾.

أما بخصوص التصرفات التي تكون على سبيل المعاوضة، أو كما يصطلح عليها القانونيين بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر لما تحمله من تعارض بين مصلحة القاصر أحيانا وانعدام المصلحة أو نقصانها أحيانا أخرى، فيرى المالكية وجوب التمييز بين طبيعة وصنف التصرف من جهة وكذلك تجاوز سلطات النائب حسب صورته الثلاثة من جهة أخرى، حسب التفصيل الآتي :

أ - بالنسبة لسلطات الولي : فبخصوص تصرف الولي وهو الأب أو الجد على قول الشافعية فإن فقهاء المذهب الشافعي يتحدثون بداية على البيع والشراء من مال القاصر، فيجيزون للولي بيع عقار من تحت ولايته متى تحقق أحد الأمرين: أما الأمر الأول ، فيتمثل في وجود حاجة توجب معها بيعه، كنفقة أو كسوة لم يوفها ملكه، وأما الأمر الثاني، فيتمثل في كون البيع صفقة رابحة لا يمكن تفويتها .

وبعدم تحقق أحد الأمرين على الأقل لم يتسن للولي بيع العقار، فإن تحقق أحدهما جاز له بيع العقار إما نقدا أو لأجل، وعقد البيع لأجل وجب أن يكون الثمن أكثر من البيع نقدا وفورا، كما يجب على الولي في هذه الحالة أن يقوم بما

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 184 .

يجب لحفظ مال القاصر كالتوثيق والإشهاد، أو حتى طلب رهان مقبوضة، فإن حصل منه تقصير في هذا الشأن وجب عليه الضمان، كونه مسؤول عن رعاية المال⁽¹⁾، ولا يفرق الفقهاء بين إن كان البيع لنفس الولي أو الغير، وهذا ما يحمل على أنه جائز لكليهما وإلا فقد منع عنه صراحة، كما سنرى بالنسبة للوصي.

وبخصوص باقي التصرفات التي تكون على سبيل المعاوضة، كالرهن، والإقراض، والإقتراض، والإيجار، والإستئجار، فإن الشافعية يعتبرونها جائزة ما دامت المصلحة والمنفعة محققة، وهذا التحقق مبتغى الولاية على المال، والتي تهدف أساسا لحفظ المال وتنميته واستثماره على الوجه الذي يحقق مصلحة المال المملوك للقاصر، وبهذا فإن تلك التصرفات تصح تبعا لتحقيق الهدف والغاية، ويقابل ذلك أنه إذا تخلفت المصلحة والمنفعة زال الحق في مباشرتها وتكون باطلة غير جائزة⁽²⁾.

ب - بالنسبة لسلطات الوصي : لقد استقر فقهاء المذهب الشافعي على أن للوصي نفس سلطات الولي وهذا بخصوص المعاوضات كالرهن والإقراض والإقتراض، والإيجار والإستئجار، فهم يشترطون للوصي نفس شروط الولي وهي تحقق المصلحة والمنفعة، وأن تخلفها يؤدي إلى عدم صحة هذه التصرفات، على أن تعتبر باقي التصرفات صحيحة، ويكون للوصي نفس سلطات الولي.

ويصح أن يبيع الوصي من مال القاصر للغير على نفس القول المعمول به بالنسبة للولي، ويستويان من حيث الشروط والجواز وعدم الجواز، مع وجود اختلاف وحيد بين سلطة الوصي والولي يتعلق ببيع مال القاصر الموضوع تحت الوصاية لمصلحة الوصي نفسه، إذ يرى الشافعية أن مثل هذا البيع لا يصح ولا يجوز إلا بإذن القاضي، الذي ينظر في مصير هذا البيع، فإن رأى فيه مصلحة

(1) - عبدالرحمن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 608 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 184 .

للقاصر إذن بإبرامه، أما إذا لم يقف على مصلحة ظاهرة، فلا يمنح الإذن، وبالتالي فلا يجوز للوصي إبرام هذا البيع⁽¹⁾.

ج - بالنسبة لسلطات وصي القاضي أو القيم : يرى فقهاء هذا المذهب أن للقيم الحق في ممارسة ذات التصرفات التي تكون في شكل معاوضات تحمل مصلحة المال المملوك للقاصر لكي ينتفع منها هذا الأخير، فوصي القاضي أو القيم، كما يصطلح على تسميته بعض الشرعيين يتمتع بذات الصلاحيات الممنوحة للوصي، ولا يختلف عنه في شيء، وهذا على خلاف مذهبي الأحناف والمالكية الذين يميزون بين صلاحيات كل من الوصي والقيم، حيث يمنحون للوصي بعض الإمتيازات عن القيم على أساس أن وصي الولي يكون أقرب مرتبة، ومختار من طرف من هو أشفق وأعلم بحال القاصر⁽²⁾.

4 - المذهب الحنبلي : يذهب فقهاء المذهب الحنبلي على غرار المذاهب الثلاثة السابقة إلى الإقرار بعدم جواز تصرف الولي، والوصي، والقيم في مال القاصر، بأي تصرف يحمل معنى التبرع كونه يضر بمال القاصر، بينما يقصد من النيابة إصلاح المال لا إفساده، فعندما تتحقق المصلحة والمنفعة يصح التصرف، وعليه يتفق ذات الفقهاء مع جمهور المذاهب الثلاثة أنه يجوز للنائب بصوره الثلاثة أن يتصرف في مال القاصر على سبيل الإغتناء ما دامت المنفعة والمصلحة متحققتان كما سبق ذكر ذلك، وهذا على اعتبار أن مثل هذه التصرفات تكون نافعة للقاصر وماله منفعة لا ضرر فيها، أي مصلحة خالصة لا سبب يدعو إلى إبطالها⁽³⁾.

(1) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 124 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 194 .

(3) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 184 .

ويذهب الحنابلة لبيان سلطة النائب بخصوص التصرف على سبيل المعاوضة بتفصيل الصور الثلاث لتولي النيابة، على النحو الآتي :

أ - بالنسبة لسلطات الولي : يجيز الحنابلة للولي، أي الأب البيع والشراء من مال ابنه القاصر أو المجنون سواء للغير أو لنفسه كذلك، شريطة أن يكون التصرف فيه مصلحة ولو لم تحصل زيادة عن ثمن المثل، وقد أعطى الحنابلة بعض صور المصلحة، كالحاجة إلى النفقة وقضاء الدين، أو الخوف من الهلاك والخراب، أو يكون بيعه صفقة رابحة، وكذلك إذا كان العقار في مكان سيء سواء بسبب المحيط الخالي أو القدر، أو بسبب سوء الجيران، وآخر هاته الأسباب وجود عقار يباع بثمن رخيص لا يمكن شراؤه إلا ببيع هذا الأخير⁽¹⁾.

وقد أجاز فقهاء المذهب الحنبلي للولي الأب أن يباشر باقي المعاوضات، مثل الرهن والإيجار والإستئجار وكذلك الإقراض والإقتراض متى كانت مصلحة القاصر متحققة، خاصة وأن مثل هذه التصرفات يحتمل احتمال تحقق النفع كما يحتمل إمكانية لحاق الضرر، ويذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى قياس الإقراض على الإيداع، بل ويعتبر أن الإقراض أولى من الإيداع لما يتوفر عليه الأول من ضمان بخصوص إسترجاع المال وعدم تلفه وضياعه⁽²⁾، أما بخصوص المعاوضات المذكورة في هذا الجزء فهي كما تقدم تجوز من غير ضرر، فلو لحق أو يمكن حتى أن يلحق من خلال مباشرتها ضررا بالقاصر أو ماله فهي لا تصح أصلا، أو تبطل إذا كان الأب قد باشرها فعلا وهذا ينصب دائما في مصلحة حفظ المال واستثماره من دون إتلاف.

ب - بالنسبة لسلطات الوصي : يجوز للوصي عند الحنابلة مباشرة بعض المعاوضات كالإقراض والإقتراض، والإيجار والإستئجار، متى كانت هاته

(1) - عبدالرحمن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 609 .

(2) - محمد صبري الجندي : المرجع السابق، ص 59 .

التصرفات المذكورة مقرونة بمصلحة مال القاصر، فإن تخلفت المصلحة عدت التصرفات باطلة، ثم أنه لا يجوز للوصي أن يرهن شيئاً من مال القاصر، وحسب ما خلص إليه فقهاء المذهب الحنبلي باتفاقهم جميعها.

وبخصوص البيع والشراء فإن الحنابلة ميزوا بين حالتين، تتمثل الحالة الأولى في اعتبار أن هذا التصرف يكون في مال القاصر، وأن يكون الطرف الآخر هو الغير، ففي هذه الحالة يجوز للوصي إبرام البيع بنفس الشروط اللازمة لتحقيق المصلحة والمذكورة بالنسبة للولي الأب، فإن تحقق ذلك صح التصرف، أما في غير ذلك فلا يجوز للوصي إبرام مثل هذا التصرف⁽¹⁾.

وتتمثل الحالة الثانية في كون التصرف في مال القاصر ولمصلحة الولي نفسه، بأن يكون هذا الأخير يمثل طرفي العقد، أي نيابة عن القاصر من جهة، وأصالة عن نفسه من جهة أخرى، ومثل هذا التصرف لم يجزه فقهاء المذهب على إطلاقه، حيث اتفقوا بأنه لا يصح البيع من مال القاصر لنفس الوصي⁽²⁾.

ويلاحظ بأن الأحناف على غير المذاهب الأخرى منعوا الوصي من إبرام بعض التصرفات، كالرهن في مال القاصر، وانفردوا بالقول بأنه ليس للوصي أن يبيع شيئاً من مال القاصر لنفسه، وهذا دفعاً لأي شك حول ممارسات الوصي وما إذا كان يقصد من خلال الشراء طلب الحظ لنفسه من مال يفترض فيه حفظه وصيانته، ويتمتع الوصي فيما دون هاته السلطات المسلوبة عنه بذات صلاحيات الولي، أي الأب بنفس الشروط، ويسري عليه ما يسري على أب القاصر.

(1) - عبدالرحمن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 609 .

(2) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق ، ص 124 .

- عبدالرحمن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 609 .

ج - بالنسبة لسلطات وصي القاضي أو القيم : لقد أجمع فقهاء المذهب الحنبلي على أن لوصي القاضي أو القيم، نفس سلطات وصي الأب ولا فرق بينهما، فبالرغم من تقدم الأب عن القاضي إلا أنهما يمنحان ذات السلطات لوصيهما⁽¹⁾.

ويتجلى من عرض الاختلافات بين فقهاء المذاهب الأربعة حول سلطات متولي النيابة الشرعية أن مرد كل هاته الاختلافات هو مصلحة أموال القاصر والقاصر نفسه، والتي تعتبر مناط ممارسة النيابة الشرعية، فجميع الفقهاء يسعون لتحقيق أكبر مصلحة ممكنة بهدف رعاية هاته المصلحة قدر الإمكان، وهذا تطبيقاً لقوله **وَعَجَلٌ** : ﴿ وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً ﴾⁽²⁾.

ولقول **وَعَجَلٌ** : ﴿ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَبْتَكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾⁽³⁾.

ويستفاد من الآيتين السابقتين أن الله **وَعَجَلٌ** قد أوصى بالإصلاح لليتامى ومن هم في حكمهم، كالصغار والعاجزين قدر المستطاع، وهذا ما يحرص عليه الفقهاء كل الحرص، ثم أن المولى **وَعَجَلٌ** أكد على عدم الإقتراب من مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن، وهذا ما يفسر اجتهاد الفقهاء بأن الولي والوصي، والقيم من خلال ممارستهم للنيابة الشرعية يكونون أحرص ما يمكن لمال القاصر، وعليه وجب عليهم الحذر والعمل باجتهاد كبير حسب ما ذهبت إليه مختلف الآراء بحسب تفاوتها قصد تحقيق رعاية حقيقية وكذا أحسن مصلحة ممكنة.

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 194 .

(2) - سورة الإسراء : الآية 34 .

(3) - سورة البقرة : الآية 220 .

المطلب الثاني

النيابة الشرعية في القانون الجزائري

نظم المشرع الجزائري النيابة الشرعية عن فاقد الأهلية وناقصيها عموما في المادة 42 من القانون المدني، وأضاف إليها النيابة الشرعية عن المحجور عليه بسبب عوارض الأهلية وهي : الجنون، والعتة، والسفه، بنص المادة 81 من قانون الأسرة، بالإضافة إلى الغفلة على اعتبار أن الغفلة في الفقه الإسلامي صورة من صور السفه، وتماشيا مع عوارض الأهلية الوارد ذكرها على سبيل الحصر في المادتين 42 و 43 من القانون المدني وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة، ولأعرض فيما يلي متولي النيابة الشرعية، وسلطاته.

أولا : متولي النيابة الشرعية : لقد أورد المشرع الجزائري متولي النيابة الشرعية ومراتبه في المادة 81 من قانون الأسرة، بدءا بالولي، ثم الوصي، وانتهاء بالمقدم الذي يقابله القيم في الفقه الإسلامي حسب التفصيل الآتي :

أ - الولي : تنص المادة 87 من قانون الأسرة على أنه : " يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا .

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد ."

وفيد نص المادة 81 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري منح الحق في ممارسة الولاية على مال القاصر للأب، ثم في حالة وفاته تكون الولاية للأم، كما ثبت لها الولاية في حالة غياب الأب أو حصول مانع له لمباشرة الأمور المستعجلة، وقد تَضَمَّنَتْ الفقرة الأخيرة من هاته المادة، حكما إستثنائيا في حالة الطلاق بأن تؤول الولاية لمصلحة من يمارس الحضانة، ومفاد هذا الحكم أن تلحق الولاية على المال بالولاية على النفس في يد ممارس واحد يباشرهما في

الوقت نفسه، وما يمكن إستخلاصه من هذا الحكم أن ترتيب الولي في حالة الطلاق يأخذ منحى آخر هو نفسه ترتيب ممارسي الحضانة ويكون كالآتي : الأم، ويليهما الأب، فالجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، والعمة، فالأقربون درجة، وهذا عملاً بنص المادة 64 من قانون الأسرة والتي تنص على أن : " الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ".

غير أن هذا الحكم لا يستساغ عقلاً، فكيف يمكن لكل هؤلاء أن يمتلكوا صفة الولي وهذا بمجرد توليهم فقط الحضانة - أي الولاية على النفس -، خاصة وأن الفقه الإسلامي لم ير داعي للجمع بين الولايتين في يد شخص واحد، ولو حصل ذلك كان من باب الصدفة لا الوجوب، فيحصل ذلك متى كانت مراتب الأب أو الجد حسب الأحوال تلتقيان في الولايتين في نفس الوقت وليس إلحاقاً للواحدة بالأخرى كما هو الحال عليه في قانون الأسرة الجزائري .

ثم أن إقرار المشرع الجزائري بالولاية للأم بصفتها نائبة مباشرة ومن غير إيحاء لم يقل به أحد من الفقه الإسلامي، فقد أجاز لها المالكية والشافعية بأن تكون وصية أو قيمة دون ممارسة الولاية، ومنع عنها الحنفية والحنابلة أن تتولى النيابة الشرعية إطلاقاً⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه أن هذا الرأي غير صواب على أساس أن للأم الحق في ممارسة الولاية بصفة ذاتية من دون إيحاء لدى بعض من الحنابلة والشافعية، وأن الرأي السابق لا ينطبق إلا على المالكية والأحناف⁽²⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 605 و 606 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 40 .

ب - الوصي : تنص المادة 92 من قانون الأسرة على أنه : " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره، أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي إختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون ".

ويستفاد من نص المادة 92 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري قد منح سلطة الإيصاء لكل من الأب والجد على حد سواء، فيمكن وفق ذلك للأب أن يعين وصيا على ابنه القاصر، كما أن للجد الحق في الإيصاء على مال ابن ابنه رغم أنه لا يملك الحق في ممارسة الولاية، وهذا على خلاف القاعدة الفقهية المذكورة سابقا والتي تقر بأن " من له الحق في الولاية، له الحق في تعيين الوصي"، وهذا ما دفع البعض من القانونيين في الجزائر إلى القول بأن للجد الحق في ممارسة الولاية على أساس من يملك الحق في الإيصاء يملك الحق في ممارسة الولاية بنفسه⁽¹⁾.

ولكن هذا الرأي قد يتعارض مع مبدأ لا إجتهاد مع صراحة النص لأن صراحة النص لها حجية أقوى من أي قاعدة فقهية، والمشرع لم يذكر الجد عند الحديث عن الأولياء بل اقتصر على ذكر الأب والأم، وأن المشرع لم يعمل على هاته القاعدة الفقهية في حالتين وليس في حالة واحدة، حالة الجد، وحالة الأم، فقد منح المشرع الأم الحق في تولي الولاية ولم يمنحها الحق في الإيصاء على ابنها القاصر، فبالرغم من أن حالة الأم هاته تختلف عن حالة الجد، فالأم تملك الكل - أي الولاية - ولا تملك الجزء - أي الإيصاء - والعكس بالنسبة للجد فهو يملك الجزء ولا يملك الكل، فكلتا الحالتين لا تتفقان تماما ومدلول القاعدة الفقهية، التي تشترط اجتماع ممارسة الولاية وحق الإيصاء في نفس الوقت وفي الشخص ذاته بغض النظر عن أسبقية الكل أو الجزء، فإما أن يكونا معا أو لا يكون معا.

(1) - محمد سعيد جعفرور : مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق) دار هومة، عين مليلة، الجزائر 2011، ص 602 .

ويلاحظ أن المادة 92 من قانون الأسرة تشترط عند تعيين وصي الأب وكذا وصي الجد أن لا يكون للقاصر أم ترعى شؤونه أو ثبت عدم أهليتها، وهذا ما قد يفهم منه أحد الأمرين: أما الأمر الأول فهو أسبقية الأم بصفتها صاحبة الولاية أصلاً وفق التشريع الجزائري، فهي بذلك تتقدم على الوصي في المرتبة، فالقاصر لا يكون بحاجة لوصي ما دامت الأم موجودة، وأما الأمر الثاني فهو ليس للأب أو الجد ممارسة تلك السلطة في الإيصاء إلا بعد وفاة الأم أو ثبوت عدم أهليتها لمباشرة الولاية، ويكمن الاختلاف بين الأمرين في توقيت إختيار الوصي، ومعنى مصطلح " تعيين " في النص، إذ أنه يمكن إختيار الوصي وقت حياة الأم وتعيينه لا يصح إلا بعد موت الأم أو ثبوت عدم صلاحيتها للولاية، وقد يعني بالتعيين كمصطلح مقابل معنى الإختيار، وبالتالي لا يصح للأب أو الجد تعيين الوصي وقت حياة الأم، بل يصح منهم ذلك إما بعد وفاتها أو ثبوت عدم أهليتها لتولي شؤون إبنها القاصر.

وفي حالة تعدد الأوصياء فإن سلطة الإختيار مكفولة للقاضي بنص المادة 92 من قانون الأسرة، فهو من يقرر أيهم الأصلح، ولا اعتبار لأسبقية أحدهم كونه عين من طرف الأب وليس الجد، أو أنه وصي المتخلف منهم في الوفاة على رأي بعض الفقهاء الإسلاميين، فالقاضي وحده له سلطة الإختيار والمفاضلة بينهم دون قيد أو شرط.

وفيما يتعلق بما جاءت به المادة 94 من ذات القانون، والتي تنص على أنه : " يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتبنيها أو رفضها "، فإن الوصاية لا تكون تلقائية، فلا بد أن نلجأ إلى القضاء للنظر فيها، فالقاضي له سلطة تبنيها أو رفضها، وما قد يعاب على هذا النص عدم الوضوح بشأن عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب، فهل يقصد بذلك أن تبني الوصي يكون بعد وفاة الأب وهذا غير صحيح، لأن الأم تتوسطهما من حيث

المرتبة فكان واجبا ذكرها في النص، وإذا كان المقصود من النص هو النظر في الوصاية كتعهد من دون مباشرتها إلا في وقت لاحق، فلماذا اقتصر الذكر على وفاة الأب من دون الجد، خاصة وأن لكليهما حق الإيصاء، فوجب بذلك النظر في إيصاء كل واحد منهما وقت وفاته، كما أن التثبيت في هذا الوقت غير صحيح لأن الوصي قد تتوفر فيه الشروط وقت وفاة الأب وتتخلف عند توليه الوصاية فعلا، علما وأن دوره يأتي بعد الأم.

وقد يصح تطبيق نص المادتين 92 و 94 من قانون الأسرة معا في حالة كون القاصر يتيم الأم، فيمارس أبوه الولاية ويوصي عليه ما دامت أمه متوفية، ثم بعد وفاة الأب تعرض الوصاية على القاضي للنظر فيها إما بالتثبيت أو الرفض.

وقد ذهب الفقهاء إلى اعتبار أن المشرع لم يمنح الوصي حق التعيين واختيار وصي آخر، ودليلهم في ذلك أن المشرع عند إحالة سلطات الولي إلى الوصي فإنه اكتفى بما جاء في المواد 88، 89، 90 من قانون الأسرة، ولم يأخذ بإحالة ما جاء في نص المادة 92 من نفس القانون، والتي يمكن للولي بموجبها أن يعين وصيا، كما هو حال الجد وإن لم يكن وليا، ويقصد بالولي هنا الأب دون الأم، إذ لا يحق لها الإيصاء، ويفهم من تلك الإحالة أن ليس للوصي حق الإيصاء ما دامت الإحالة لا تشمل المادة 92 من قانون الأسرة، ولم يرد ذكره مباشرة في المادة(1).

ج - المقدم : يقابل مصطلح المقدم في الفقه الإسلامي والقوانين العربية المقارنة مصطلح القيم .

وتنص 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 " .

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 171 .

ويستفاد من نص المادة 99 و 101 من قانون الأسرة أن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه، وأن تعيين المقدم من طرف القاضي لا يكون إلا في حالة انعدام الولي والوصي، أي أن دور التقديم يأتي من بعد الولاية والوصاية، ويشمل التقديم جمع من الأقارب أو شخص أجنبي متى رأى القاضي حاجة من تعيينه مقدما على الشخص الخاضع للنيابة الشرعية.

وفي ظل هذا الإقتضاب الواقع في نصوص النيابة الشرعية، وخاصة أحكام التقديم، إخترت البحث فيما ذهب إليه شراح القانون الجزائري، بخصوص تحديد النائب الشرعي عن المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية، كل ذلك قبل إعطاء ملخص لمتولي النيابة الشرعية وفق التشريع الجزائري.

وفيما يخص تحديد النائب الشرعي خاصة المقدم عن المحجور عليه لعارض من عوارض الأهلية فيرى بعض الفقهاء أن المقدم هو الشخص المخول له القيام على الشؤون المالية للمحجور عليهم بجنون، أو عته، أو سفه، أو غفلة، مع التمييز بين حالتين : أما الحالة الأولى فهي الحالة التي يطرأ فيها العارض الموجب للحجر على الشخص قبل بلوغه سن الرشد، وفيها تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر من دون حاجة لتوقيع أي حكم عليه ما دام يخضع لنيابة شرعية أصلا، ويستمر هذا النائب في ممارسة نيابته إلى حين انتهاء الولاية أو الوصاية ببلوغ القاصر سن الرشد، وأما الحالة الثانية فهي الحالة التي تكون عند بلوغ الشخص سن الرشد وهو غير سليم العقل أو بلغ سن الرشد سليم العقل ثم طرأ عليه عارض يستوجب الحجر عليه، ففي هذه الحالة ترفع القضية للحجر عليه ومتى تم ثبوت العارض، قضي بتوقيع الحجر عليه، وتعيين مقدم وجوبا ليقوم على شؤون المحجور عليه المالية⁽¹⁾، وعلى هذا الأساس خلص هذا الرأي الفقهي إلى النتائج الآتية :

(1) - شيكر ريمة : المرجع السابق، ص 60 .

1 - إذا طرأ عارض من عوارض الأهلية على الشخص قبل بلوغ سن الرشد، فلا داعي لرفع دعوى الحجر متى كان للقاصر ولي أو وصي يدير شؤونه، ولا تزول عنه تلك النيابة إلا عند بلوغه سن الرشد لأن من أسباب إنتهاء الولاية والوصاية بلوغ القاصر.

2 - إذا بلغ القاصر سن الرشد تسقط عنه الولاية والوصاية، فإذا طرأ عليه سبب موجب للحجر سواء بمجرد بلوغه سن الرشد، أو بعد فترة من ثبوت سلامة عقله، فإن للولي أو الوصي الحق في المطالبة بالحجر عليه وبالتالي يعين أحدهما بحسب الأحوال نائبا عن المحجور عليه حجرا قضائيا، ويكون موضوع النيابة هنا المال وليس النفس، إذ أن هاته الأخيرة تنقضي ببلوغ سن الرشد.

3 - إذا حكم القاضي بالحجر القضائي على من به عارض من عوارض الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، يعين في ذات الحكم مقدما يدير شؤونه المالية، وقد إستقر الفقهاء على أن هذا المقدم قد يكون الولي نفسه أو الوصي، ولكنهما يمارسان النيابة بصفتهم مقدم، وفي حالة عدم وجودهما يوكل الأمر إلى مقدم آخر يختار من الأقارب أو حتى الأجانب، والأهم من كل ذلك أن تكون للقائم على أمور المحجور عليه سلطات الأوصياء وليس الأولياء وإن كان الأب نفسه، ويقصد بسلطات الأوصياء هنا هي نفس سلطات المقدم لأنهما يشتركان في الصلاحيات نفسها، والأصل أن يقال سلطات المقدم لأن حتى الوصي إذا اختير للقيام على شئون المحجور عليهم سمي مقدما أو قيما⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه أن المشرع الجزائري قد وافق ما أقره المالكية والحنابلة الذين ذهبوا إلى اعتبار أن الشخص إذا ثبت عند بلوغه سلامة عقله ثم طرأ عليه عارض يستوجب الحجر القضائي، فإن الأمر يكون للقاضي ولا تصح الولاية عليه لأنها سقطت عنه بالرشد، والساقط لا يعود، فيتولى الأمر مقدما يعينه

(1) - شيكر ريمة : المرجع السابق، ص 61 .

القاضي، والراجح عند الحنفية والشافعية عودة الولاية بعد الرشد، فالحكم بالولاية وفقاً لما ذهبوا إليه يصاحب العلة وجوداً وعدمها، فإذا زالت علة الولاية زالت الولاية، أما إذا وجدت علة الولاية يستتبعها حتماً وجود الولاية⁽¹⁾.

ويراعى أن ما خلص إليه البعض من الفقه الجزائري قد خلصوا إليه تأثراً بما خلص إليه الفقه المصري اعتماداً على النصوص القانونية العديدة المنظمة بدقة للنيابة الشرعية للمقدم، وقد يكون مفيداً عرض رأي الفقه المصري في هذا الخصوص على سبيل المقارنة.

يعرف بعض الفقه المصري القيم الذي يقابل مصطلح المقدم في قانون الأسرة الجزائري بأنه الشخص الذي يعينه القاضي، ويتولى الإشراف على أموال من يقوم به عارض من عوارض الأهلية⁽²⁾.

ويميز هؤلاء الفقهاء عند الحديث عن توقيع الحجر القضائي على من قام به عارض من عوارض الأهلية، بين حالتين هما :

1 - الحالة التي يطرأ فيها العارض على الشخص المراد الحجر عليه قبل بلوغه سن الرشد أو وقت بلوغه سن الرشد : يرى بعض الفقه اعتماداً على المادتين 13 و 30 من قانون المحاكم الحسبية، أن الولاية والوصاية تستمران على القاصر الذي لحقه عارض من العوارض الأربعة على حد سواء، متى كان ذلك قبل بلوغه سن الواحدة والعشرين - أي الرشد -، بشرط أن يكون هذا الاستمرار بحكم من القضاء، أي في حالة البلوغ - أي وقت بلوغ سن الرشد -، فنميز بين إن كان العارض مُذهِباً للعقل، كالجنون والعتة، أو منقصاً للتدبير، كالسفه والغفلة، فبالنسبة للجنون والعتة فيرى باستمرار الولاية أو الوصاية من دون حاجة لحكم قضائي، أما إذا بلغ الرشد وهو سفیه أو ذا غفلة أعتبر كامل الرشد

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سورية، 1405 هـ 1985 م، الجزء السابع، ص 750 .

(2) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 194 .

فإن أريد الحجر عليه بعد ذلك رفعت دعوى وعين له قيم غير الولي والوصي، وتنص المادة 13 على أنه : " تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرون سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية لسبب من أسباب الحجر، إلا إذا بلغها معتوها أو مجنوناً فإن الولاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة "، وتنص المادة 30 على نفس الحكم بالنسبة للوصي وليس الولي (1).

وبعد صدور قانون الولاية على المال سنة 1952 والذي ألغى بموجبه قانون المحاكم الحسبية، يرى بعض الفقه المصري وإعتماداً على المادة 11 الفقرة 1 من القانون المدني بأن : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية "، والمادتين 18 و 47 من قانون الولاية على المال، إذ تنص المادة 18 على أن : " تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه "، وتنص المادة 47 على نفس الحكم بالنسبة للوصي، وقد فسر بعض الفقه مصطلح التمتع بالقوة العقلية، كون الشخص سليم العقل خال من العوارض وقت بلوغ سن الرشد أو يكون به سفه أو غفلة، ذلك أن العارضان ينقصان التدبير والإدراك وليس العقل، وعليه فإن المادتين 18 و 47 تنطبقان على هذين العارضين دون الجنون أو العته، اللذان تستمر فيهما الولاية والوصاية من دون حاجة لحكم يقضي باستمرارهما وهو بذلك يتفق وحكم القانون الملغى الذي كان يميز بكل دقة بين العارضين الأولين مما لا يدع مجالاً للشك ولا للتأويل (2).

ولكن بعض الفقه المصري يرى رأياً آخر، إعتماداً على ذات المواد التي إستدل بها الأستاذ عبدالفتاح عبدالباقي، حيث يرون بأن نص التقنين المدني

(1) - عبدالرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 278 .

(2) - عبدالفتاح عبدالباقي : المرجع السابق، ص 96 .

يشير إلى أصل الرشد وهو السن وسلامة العقل، ثم أن ما يحدث من عارض بعد ذلك هو استثناء يخضع للمادة 18 و 47، وعليه فأصحاب هذا الرأي يعتبرون أن سن الرشد هو الحد الفاصل، فإما أن يقضي باستمرار الولاية أو الوصاية قبل بلوغ القاصر سن الواحدة والعشرين متى طرأ عليه عارض من عوارض الحجر القضائي، وأما إذا بلغ سن الواحدة والعشرين ولم يحجر عليه تسقط وتزول عنه الولاية أو الوصاية لأن بلوغ الرشد أحد أسباب زوالها كما أن القانون قد قرر أن الاستمرار لا يكون إلا بحكم سواء قبل بلوغ سن الرشد أو وقت بلوغها، ولا فرق هنا بين عوارض الأهلية، فنجد أن العوارض الأربعة تستوي من حيث الحكم وهو وجوب توقيع حكم القاضي لأن القانون لم يفرد الجنون والعتة بحكم قانوني خاص، عكس القانون القديم الذي يسمح باستمرار الولاية والوصاية على الجنون والمعتوه وقت بلوغ سن الرشد من دون الحاجة إلى حكم قضائي، وقد إستند أصحاب هذا القول بما ورد في المذكرة الإيضاحية كتعليق على نص المادة 18 سالفة الذكر، فتعتبر هاته المادة قد واجهت حالة انقضاء الولاية إنقضاءً طبيعياً، فهي تزول ببلوغ سن الرشد، فإن لاحظ الأب وجود عارض يدعو لتوقيع الحجر قبل البلوغ وبالتالي استمرار الولاية وجب عليه طلب ذلك قبل سن الواحدة والعشرين أو عند بلوغ تلك السن، فإن لم يحصل ذلك وأتم الشخص السن المقررة قانوناً، فإن الولاية تزول ولا يكون للولي سلطة يباشرها على من أصبح بالغاً، فهذا الأخير يصير راشداً في نظر القانون⁽¹⁾، وهذا الحكم يسري كذلك على الوصاية ما دام نص المادة 47 يتفق ومضمون المادة 18.

2 - الحالة التي يطرأ فيها العارض على الشخص المراد الحجر عليه بعد بلوغه سن الرشد، وهي الواحدة والعشرين حسب القانون المصري، فيرى بعض الفقه المصري أن الشخص البالغ يحجر عليه حجراً قضائياً متى توافر فيه عارض

(1) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص ص 122 - 123 .

من عوارض الأهلية، ولا يكون هذا الحجر إلا بحكم قضائي ولا يزول إلا بحكم، وينصب القاضي على المحجور عليه قيما يباشر عنه تصرفاته المالية دون الولاية عن النفس، وذلك اعتمادا على المادة 42 من قانون المحاكم الحسبية والتي تنص على أنه : " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للغفلة أو للسفه، ولا يرفع الحجر إلا بحكم "، ويشترط هذا الفقه لتمام ذلك عدم الحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية قبل رشده وهذا ما سبق الحديث عليه في الحالة الأولى، وذلك لأن إستمرارها بحكم، لا يزول بعد ذلك إلا بحكم⁽¹⁾.

ويذهب البعض من الفقه إلى الأخذ بنفس هذا الرأي اعتمادا على قانون الولاية على المال وليس على قانون المحاكم الحسبية، فالمادة 65 من قانون الولاية على المال تنص على أن : " يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة، ولا يرفع الحجر إلا بحكم، وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون "⁽²⁾، مع ملاحظة أن مضمون هذه المادة مطابق تماما لمضمون المادة 42 من قانون الأحكام الحسبية الملغاة، وقد أورد القانون المصري ترتيبا خاصا لمن تسند له القوامة، فتنص المادة 68 من قانون الولاية على المال على أن : " تكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة ".

والملاحظ على هذا النص أنه قد رتب من بين أصحاب القوامة الأب والجد، وهما اللذان يتمتعان بحق الولاية، وعليه ذهب بعض الفقه المصري إلى اعتبار أن انتهاء الولاية بالرشد تحول دون رجوعها وبالتالي إذا عين الأب أو الجد في هذه الحالة على أموال المحجور عليه عد قيما وليس وليا⁽³⁾، وكنتيجة

(1) - عبدالرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 279 .

(2) - عصام أنور سليم : المرجع السابق، ص 258 .

(3) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 195 .

حتمية لذلك فإن الأب أو الجد عند توليهم القوامة تكون لهما صلاحيات وسلطات القيم وليس الولي⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقه المصري في تفصيل النتيجة السابقة أن الولاية والوصاية إذا إنتهيتا في الحالة الثانية فلا رجعة لهما، ويشير بأن الغالبية من الشراح سكتوا عن ذكر الوصي، لأن سلطات الوصي والقيم نفسها، وبالتالي فالأمر واحد، ولا يثير بذلك هذا الموضوع أية أهمية عملية تدعوا للفرقة أما فيما يتعلق بالولي فالفرق كبير وشتان بين سلطة الولي وسلطة القيم، وعليه وجب التفريق، وتنص المادة 19 من نفس القانون على أنه : " إذا انتهت الولاية على الشخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر ".

وفيد هذا النص عدم عودة الولاية على الشخص بعد ثبوت رشده سواء كان الرشد طبيعيا في حالة بلوغ سن الرشد وعدم إستمرار الولاية عليه أو كان الرشد بموجب حكم يقضي بزوال الولاية بعد الإقرار بتمديدتها قبل بلوغ سن الرشد، فتحل محلها القوامة إذا حكم بالحجر القضائي بعد تحقق الرشد طالت المدة أو قصرت⁽²⁾.

ولعل أن أهم ما يمكن ملاحظته على رأي الفقه الجزائري فيما يتعلق بالنيابة الشرعية للمقدم أو القيم تأثرا بالفقه المصري في هذا الخصوص الآتي :

1 - أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع المصري، لا يعترف بالحجر القضائي إلا بعد بلوغ المحجور عليه سن الرشد بالنص في المادة 101 من قانون الأسرة على أنه : " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " ، أما قبل بلوغ الشخص سن الرشد فيأخذ حكم الصغير وتستمر الولاية أو الوصاية بالنسبة إليه من غير حكم قضائي.

(1) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 161 .

(2) - عبدالفتاح عبدالباقي : المرجع السابق، ص 94 .

2 - أن الحجر القضائي لعارض من عوارض الأهلية بعد بلوغ المحجور عليه سن الرشد أو بعده تكون الولاية فيه على المال وليس على النفس التي تنقضي ببلوغه سن الرشد، ذلك أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الحضانة كبديل للولاية عن النفس بالنسبة للمحضون بأن نص في المادة 65 من قانون الأسرة على أن مدة الحضانة للذكر تنقضي ببلوغه عشر سنوات، وللقاضي أن يمددها إلى 16 سنة، وأن مدة الحضانة للأنثى تنقضي ببلوغها سن الزواج و الراجح فقها أن سن الزواج للأنثى 19 سنة كاملة، عملا بالمادة 7 من قانون الأسرة⁽¹⁾.

3 - أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع المصري الذي يأخذ بالحجر القضائي قبل بلوغ سن الرشد، فالواضح من المواد 100 و 101 و 104 من قانون الأسرة الجزائري أن الحجر القضائي لعارض من عوارض الأهلية يكون عند بلوغ المحجور عليه سن الرشد أو بعده، وأن المقدم عنه أو القيم هو من يعينه القاضي في نفس الحكم القاضي بتوقيع الحجر عليه، وأن المقدم عن المحجور عليه يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، ومن ثم لا مجال للحديث عن عودة الولاية أو الوصاية بعد الرشد لكون المشرع الجزائري لا يأخذ بالحجر القضائي قبل بلوغ سن الرشد على خلاف المشرع المصري.

4 - أن المشرع الجزائري نص في المادة 99 من قانون الأسرة على أن المقدم هو من يعينه القاضي في حالة عدم وجود ولي أو وصي، وأن المقدم أو القيم في هذه الحالة يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، عملا بالمادة 101 من نفس القانون، وعلى هذا الأساس تستوجب المادة 104 من قانون الأسرة عند تعيين المقدم أو القيم ألا يكون للمحجور عليه وليا أو وصيا لرعايته والقيام على

(1) - شريفي نسرين وكمال بوقرورة : قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر 2013، ص 108 .

شؤونه، وهذا على خلاف القانون المصري الذي يجيز استمرارية الولاية متى تم الحجر على القاصر قبل بلوغه، فيقضي بالقوامة فقط بعد بلوغه شرط عدم استمرار الولاية أو الوصاية، وهذا ما لا يتفق مع حكم الحجر القضائي في القانون الجزائري الذي لا يعرف الحجر قبل بلوغ المحجور عليه سن الرشد.

5 - أن المشرع المصري نص في المادة 19 من قانون الولاية على أنه : " إذا انتهت الولاية على الشخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر"، وأورد في المادة 68 من نفس القانون ترتيباً لمن تسند إليه القوامة بالنص على أن : " تكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة"، ولا مقابل هذين المادتين في القانون الجزائري على اعتبار أن الحجر القضائي طبقاً للمادة 101 من قانون الأسرة لا يكون إلا بعد بلوغ المحجور عليه سن الرشد أو وقته، وأن المشرع الجزائري يجيز عودة الولاية أو الوصاية بالنص في المادة 104 من قانون الأسرة على وجوب أن يعين القاضي في الحكم بالحجر مقدماً لإدارة شؤون المحجور عليهم شريطة انعدام الولي أو الوصي، ولكن دون تحديد من تسند إليه القوامة، والراجح أن النص على الولي أو الوصي في المادة 104 من قانون الأسرة المقصود به وجود شخص متولي الولاية أو الوصاية، وليس كصفة قانونية لممارستها فعلاً بمعنى أن يكون الأب أو الأم على قيد الحياة وقت توقيع الحجر القضائي، وقد يثار التساؤل في حال تعيين الأب أو الأم لتولي شؤون إبنهما المحجور عليه في ذات الحكم هل يعتبران في مركز القيم أو الولي؟، ويفهم من المادة 104 من قانون الأسرة أن الأب أو الأم بصفتهم ولياً عن إبنهما المحجور عليه أنهما يتخذان صفة الولي حتى ولو كان تعيينهما بموجب الحكم بتوقيع الحجر القضائي، ذلك أنهما لا يأخذان صفة القيم أو المقدم لأن المشرع قد اشترط لتعيين المقدم إنعدام كل من الولي والوصي.

ثانياً : سلطات متولي النيابة الشرعية : درج فقهاء القانون على تقسيم الأهلية إلى أهلة إغتناء، والخاصة بالتصرفات القانونية النافعة نفعا محضاً، كقبول

الهبات والوصايا، وأهلية تبرع، والخاصة بالتصرفات الضارة ضررا محضا كعقود التبرع لصالح أو لفائدة الغير، ومنها الهبة والوصية والوقف، وأهلية تصرف وأهلية إدارة الخاصة بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالإيجار والبيع والرهن والقرض.

وقد أوضح المشرع الجزائري صور ممارسة النيابة الشرعية، وهي الولاية، والوصاية والتقديم أو القوامة، وعلى هذا الأساس سوف أعرض فيما يلي سلطات الولي، وسلطات الوصي، وأخيرا سلطات القيم أو المقدم.

1 - سلطات الولي . حدد المشرع الجزائري سلطات الولي بأهلية الإدارة وأهلية التصرف التي تخص التصرفات الدائرة بين النفع والضرر دون غيرها بالنص في المادة 88 من قانون الأسرة على أنه : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

- 1 - بيع العقار وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.
- 2 - بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- 3 - استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإقتراض أو المساهمة في شركة.
- 4 - إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد .

وتوجب المادة 89 من قانون الأسرة على القاضي أن يراعي في الإذن للقيام بالتصرفات الوارد ذكرها في المادة 88 من نفس القانون حالة الضرورة والمصلحة، على أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني، أي تحت رقابة القضاء، إذا تنص المادة 89 على أنه : " على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني .

وفي حالة وجود تعارض بين مصالح الولي ومصالح القاصر، فإن المادة 90 من قانون الأسرة تفرض على القاضي تعيين متصرفا خاصا للقيام مقام الولي بالتصرفات المذكورة في المادة 88 من نفس القانون، وذلك تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك، إذ تنص المادة 90 على أنه : " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة ".

ولم يحدد المشرع الجزائي أثر تخلف الإذن للولي للقيام بالتصرفات المذكورة في المادة 88 من قانون الأسرة، والمستقر عليه في الفقه عدم نفاذ هذه التصرفات في مواجهة القاصر⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/12/29 بأنه : " من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود الإذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون "، وقد ورد هذا القرار في قضية لم تستأذن فيها المطعون ضدها المحكمة لأجل تقسيم عقار القاصر، ولا حتى لأجل رفع الدعوى الرامية لذلك، وقد أيد قضاء المجلس الحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات، هذا ما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه على أساس خرق القانون عملا بالمبدأ المذكور أعلاه⁽²⁾.

والملاحظ على قرار المحكمة العليا المذكور أعلاه أنه يتحدث عن إستئذان القاضي لأجل قسمة عقار القاصر، وهي إحدى الحالات المذكورة في المادة 88 من قانون الأسرة، والتي يشترط فيها الإذن، وما قيل بشأنها يصح لباقي الحالات

(1) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 167 .

- نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق ، ص 189 .

(2) - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1988/12/19، تحت رقم 51282، المشار إليه في : شيكو ريمة : المرجع السابق، ص 64.

المذكورة ذلك أن الإذن واحد بالنسبة للحالات جميعا، وعليه فيكون الأثر واحدا.

وقد إشتراط المشرع بموجب المادة 88 من قانون الأسرة، على الولي الحصول على الإذن من القضاء لأجل مباشرة جملة من التصرفات القانونية، فبالإضافة إلى قسمة عقار القاصر ألزم الولي بطلب الإذن لبيع عقار القاصر ورهنه، وإجراء المصالحة، وبيع منقولات القاصر ذات الأهمية الخاصة، ويفهم من عبارة المنقولات ذات الأهمية الخاصة أن بيع المنقولات الأخرى يكون للولي حق القيام به من دون حاجة إلى إذن ما دام الإشتراط لا يطالهم، وطالما الأمر كذلك وجب تبيان معنى المنقولات ذات الأهمية الخاصة، ويرى البعض من الفقه أن هاته المنقولات وإن كانت تتحرك من مكان إلى آخر إلا أنها ذات قيمة تفوق العديد من العقارات، وهي بذلك تختص بأحكام دون سائر المنقولات كوجوب الرسمية وكذا عدم جواز حيازتها كسند للملكية، والمثال على ذلك السفن والطائرات⁽¹⁾، ويلحق بالتصرفات السابقة، أنه يحق للولي بعد حصوله على الإذن أن يستثمر أموال القاصر بالإقراض والإقتراض أو المساهمة في الشركات، ويكون ذلك في مصلحة أموال القاصر ما دام الهدف من التصرف هو الإستثمار، ولتأجير عقار القاصر، يشترط أن يكون التأجير لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أو تكون مدة التأجير تمتد لما يزيد عن سنة بعد بلوغ القاصر، ويتعين في هذه الحالة التمييز بين إن كان الإيجار له مدة تتداخل وبلوغ القاصر سن الرشد أم لا، ففي حالة ما إذا كان هناك تداخل بين مدة التأجير فإن كانت تزيد عن ثلاث سنوات كان لابد من حصول الولي على الإذن، أما إن كانت لا تزيد عن ثلاث سنوات فينظر للمدة المتبقية من الإيجار بعد بلوغ القاصر الرشد، فإن كانت تمتد لأكثر من سنة عُدَّ الإذن لازما، أما إن كان الإيجار ينتهي في أقل من سنة جاز

(1) - عبدالرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الثامن،

للولي التأجير من دون إذن، ومثال ذلك أن تكون مدة الإيجار الوارد على عقار القاصر تمتد لسنتين وستة أشهر أو حتى ثلاث سنوات فقط ولا تزيد على ذلك، منها ستة أشهر أو ثمانية فقط بعد بلوغ القاصر سن التاسعة عشرة كاملة.

في حين أنه إن لم تكن مدة الإيجار تتداخل و سن بلوغ القاصر الرشد، فنبحث عندها في أمر واحد وهو مدة الإيجار، فإن كانت تزيد على ثلاث سنوات، وجب على الولي الحصول على إذن القاضي لأجل صحة تصرفه وإلا عدَّ غير نافذ، أما إن كانت مدة الإيجار ثلاث سنوات أو أقل فلا يكون الولي بحاجة لأي إذن، وعليه عدَّ إيجاره الوارد على عقار القاصر صحيح حتى من دون إذن.

ويتعين على القاضي عملاً بالمادة 89 من قانون الأسرة التأكد من حالي الضرورة والمصلحة وقت منح الإذن، وهذا الشرط ينصرف إلى منح الإذن بالنسبة لكل التصرفات الوارد ذكرها في المادة 88 من نفس القانون، يضاف إليه شرط آخر فيما يتعلق ببيع عقار القاصر، وهو يتم البيع بالمزاد العلني.

ولئن كان المشرع الجزائري قد أوجب في المادة 89 من قانون الأسرة أن يكون بيع الولي للعقار المملوك للقاصر بعد حصوله على الإذن القضائي بالمزاد العلني للحيلولة دون الطعن بالغبن الفاحش في بيع العقار، فإن البعض من الفقهاء أثاروا مسألة ما إذا كان يجوز للولي المأذون له بيع عقار القاصر بالنسبة لبعض التشريعات التي لا توجب بيعه بالمزاد العلني رفع دعوى تكملة الثمن من طرفه أو من طرف القاصر بعد بلوغه سن الرشد في حالة ما إذا قام الولي ببيع عقار القاصر بغبن فاحش، والراجح فقها جواز رفع الدعوى من الولي نفسه أو من القاصر في غضون ثلاث سنوات بعد بلوغه سن الرشد وإلا سقط عنه الحق في رفعها وتقدر قيمة الغبن بما يزيد عن خمس (1/5) قيمة العقار⁽¹⁾.

(1) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص ص 66 - 67 .

والموضح من نص المادة 90 من قانون الأسرة أنه في حالة تعارض مصالح الولي مع مصلحة القاصر، فيعين متصرف خاص من طرف القاضي، وقد أوضح معظم الفقه المقصود بالتعارض بحالة بيع مال القاصر مثلاً إلى الولي نفسه، وهذا ما أشار له وسمح به العديد من علماء الفقه الإسلامي، والتشريع المصري الذي أجاز للولي إبرام التصرف مع نفسه⁽¹⁾، بينما سكت التشريع الجزائري في قانون الأسرة عن إعطاء حكم صريح لذلك، مما يستوجب الرجوع للقواعد العامة.

وبالعودة إلى أحكام القانون المدني فإن المادة 104 منه تنص على أنه :
 " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى إتفاق أو نص قانوني أو أمراً من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى ".

وتنص المادة 77 من نفس القانون على أنه : " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة ".

ويلاحظ من نص المادتين 77 و 104 من القانون المدني أنه لا يجوز للولي أو النائب أن يتصرف بالبيع أو الشراء لصالحه من مال من ينوب عنه، فلا يحق له التعاقد مع نفسه إلا بإذن من القضاء، أو أن يرخص له الأصيل أو حتى يجيز الأصيل البيع، وهذا مالا يتصور حدوثه لنقص أهلية الأصيل، ومع وجود هذين النصين، وبالإضافة إلى نص المادة 90 من قانون الأسرة، يمكن أن نخلص إلى توافق النصوص الثلاثة، وأنه يجب العمل بما جاء في المادة 90 وهو تعيين متصرف

(1) - محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 103 .

خاص من طرف القاضي، يتولى مع الولي إبرام البيع التام بين القاصر ووليه، وهذا دفعا للتعارض الحاصل بين أي متعاقدين، ولعل هذا الرأي يشبه كثيرا ما ذهب إليه الأحناف من وجوب تعيين وكيل أو أمين القاضي لأجل قبض المال من الولي ثم دفعه له مرة أخرى على أنه مال القاصر، وكذا عند تسلم العقار في حالة الشراء من نفسه، حسبما سبق تفصيله.

وما يجب مراعاته أن المشرع الجزائري اكتفى ببيان سلطات الولي بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر بما خوله القانون من أهلية التصرف والإدارة، دون بيان حكم تصرفات الولي في مال القاصر بخصوص أهلية الإغتناء وأهلية التبرع.

لقد إستقر الفقه عموما على أن للولي أهلية الإغتناء في أموال ابنه القاصر، لكون أهلية الإغتناء تمنح الحق في مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضاً، وتعتبر هذه غاية تقرير الولاية لأجل حفظ المال واستثماره، وهذا هو الحكم الأصلي المعمول به في القانون المصري على سبيل المثال، وذلك بموجب نص المادة 12 من قانون الولاية على المال، ويرد إستثناء على هذا الأصل مفاده عدم جواز تصرف الولي في حالة كون الهبة أو الوصية محملة بالتزامات إلا متى أذن القاضي بذلك، على اعتبار أن التبرع هنا دائر بين النفع والضرر، ما دام يحمل التزامات متقابلة، يقع بعضها على القاصر كشرط، فلا تصح هاته التصرفات إلا متى تحقق الشرط، وبذلك تخرج هاته التصرفات بهذا الوصف عن وصف النفع منفعة محضة، ويدخل وصف الدوران بين النفع والضرر، ولأجل ذلك يأخذ حكم التصرفات المذكورة سابقا، أي إشتراط الإذن لهكذا التصرف⁽¹⁾، كما إستقر كذلك الفقه على أنه ليس للولي أهلية تبرع في مال القاصر، لكون مثل هذه التصرفات تضر ضرراً محضاً، وهذا ما يتعارض وحفظ مال القاصر واستثماره باعتبار أن ذلك

(1) - عصام أنور سليم : المرجع السابق، ص ص 237 - 238 .

هو الهدف الأول من وراء تقرير نظام النيابة الشرعية على مال القاصر، وقد نص التشريع المصري على ذلك صراحة في المادة الخامسة من قانون الولاية على المال، وهذا الحكم ليس مطلقا إذ يجيز الفقه وكذا القانون المصري صراحة للولي واستثناءا عن الأصل أن يبرم بعض التبرعات متى كانت تهدف بالأساس إلى أداء واجب إنساني أو عائلي، ولا يتم ذلك إلا باستئذان القاضي للتأكد من السبب المبرر لهذا التبرع ومدى صحته⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإن المشرع لم يورد أي نص بهذا الشأن، ويمكن أن يكون حكم مثل هذه التصرفات وفق المصلحة المرجوة والعائدة بالنفع على القاصر وأمواله خاصة وأن المادة 90 من قانون الأسرة تنص على وجوب أن يراعي القاضي عند منح الإذن حالة الضرورة والمصلحة، وهذا ما يخول له سلطة الثبوت منه عند التصرف الدائر بين النفع والضرر، حيث يمكن أن تتداخل فيه المصالح، وبالتالي يحتاج الأمر لمن يتحقق من تلك المصلحة والضرورة.

وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون للولي أهلية الإغتناء في مال ابنه القاصر كون التصرف نافع له نفعا محضا، فتكون المصلحة ظاهرة لا غبار عليها عملا برأي الفقه القانوني والإسلامي ما دام على رأي واحد بأن المقصود بأهلية الإغتناء الأهلية الخاصة بالتصرفات النافعة نفعا محضا فقط، ولا يكون للولي أهلية تبرع في مال ابنه القاصر، لأن التبرع يعد تصرفا مضرا بمال القاصر ضرا محضا، فلا فائدة ولا مصلحة للقاصر فيه، ويمكن تقرير ذلك إستنادا لكلا الفقهين القانوني والإسلامي، وخصوصا هذا الأخير باعتباره مصدرا إحتياطيا عند سكوت التشريع، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ذلك، ونشير أن هذا الرأي يشمل الأصل وهو التصرف الضار عن طريق التبرع ولا يشمل الإستثناء الذي قال به القانون المصري والذي يتعلق بأداء واجب إنساني أو عائلي، دائما

(1) - محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 102 .

بعد إستئذان القاضي، ويستبعد ذلك لعدم النص على جوازه صراحة من المشرع، كما أن نص المادة 88 من قانون الأسرة لم تذكر مثل هذا الحكم في مضمونها، ولا يمكن أن تضيفه إلى نصها عن طريق المثل أو القياس.

2 - سلطات الوصي . لا تختلف سلطات الوصي على مال القاصر عن سلطات الولي على هذا المال وهذا بمقتضى المادة 95 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88 و 89 و 90 من هذا القانون ".

وبذلك يكون للوصي أهلية أداء وأهليه تصرف، ويكون له بموجبها سلطة مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والواردة على أموال القاصر، ولكن مباشرة هذه التصرفات يخضع إلى إذن المحكمة لأجل نفاذه وصحته، فمتى أذن القاضي للوصي بإبرام هاته التصرفات، عدت صحيحة، أما إذا لم يأذن القاضي بمثل هذه التصرفات عدت غير نافذة.

وكما هو الشأن بالنسبة للولي فإن للوصي أهلية إغتناء في مال القاصر، فله مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا بالنسبة إليه، وذلك من غير حاجة إلى إذن القاضي، كون المصلحة ظاهرة ولا تحتاج لبسط الرقابة لأجل النظر في شأنها، أو حتى منح الإذن بخصوصها، فمصلحة القاصر متحققة وإن لم تكن هناك ضرورة تستدعيه.

ولا يملك الوصي أهلية التبرع من أموال القاصر، إذ أن مثل هذه التصرفات تكون ضارة ضررا محضا بالنسبة إليه، ولا مصلحة للقاصر فيه، وأنه يتعارض والغاية المرجوة من نظام النيابة الشرعية، لأنه يهدف بالأساس إلى حماية واستثمار وحفظ مال القاصر، ولأجل ذلك عدت مثل هاته التصرفات في حكم التصرفات الباطلة ولا تخضع لأي إذن، ويرى فريق كبير من الفقه أنه حتى ولو

مُنَحَ بشأنها إذن من القضاء، فإنها تقع باطلة، فلا يصح للوصي أن يتبرع من مال القاصر لأي سبب كان.

وأوجب المشرع على الوصي بموجب المادة 97 من قانون الأسرة، تقديم حساب بالمستندات بخصوص ما عقده من تصرفات على مال القاصر، وتكون وقت تسليم المال للمعني بالأمر أو فيما بعد في مدة أقصاها شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته ودفع المال لصاحبه، كما يلزم بتقديم صورة من ذات الحساب إلى المحكمة.

ويعد هذا الإلتزام بمثابة مراقبة قضائية مفروضة على الوصي بمناسبة مباشرة وممارسة الوصاية على أموال القاصر، ولا يخضع الولي لمثل هذا الإلتزام بتقديم الحسابات لما يفترض فيه من شفقة وقرب وحرص على مصلحة القاصر، وهذا ما يعتبره المشرع يقل ويتقلص عند الوصي بحكم عدم القرب للقاصر بنفس درجة الأب أو الأم.

3 - سلطات المقدم أو القيم : يتضح من المادة 100 من قانون الأسرة أن سلطات المقدم أو القيم هي نفسها سلطات الوصي بنصها على أنه : " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفسه الأحكام ".

وتعرف المادة 99 من قانون الأسرة المقدم أو القيم بأنه : " من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو من له مصلحة أو من النيابة العامة.

وما دامت سلطات المقدم أو القيم هي نفسها سلطات الوصي فيكون له أهلية إدارة وأهلية تصرف بشأن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويباشرها بنفسه ونياابة عن القاصر متى حصل على إذن من المحكمة، ويهدف هذا الإذن لفرض رقابة القاضي حول مدى توافر حالي الضرورة والمصلحة بشأن هذا

التصرف، فمتى اقتنع القاضي مَنَحَ الإذن وصح التصرف، أما إذا لم يأذن عد التصرف غير نافذ.

وللمقدم على غرار الوصي أهلية إغتناء مباشر بمقتضاها التصرفات النافعة نفعا محضا بالنسبة للقاصر من دون حاجة إلى إذن من القاضي ما دامت المصلحة ظاهرة.

ولا يتمتع المقدم بأهلية تبرع من مال القاصر، لأن هذه التصرفات تكون عادة ضارة ضررا محضا بمال القاصر، فلا يصح للمقدم مباشرتها، وإن أقدم على ذلك عدت هذه التصرفات غير نافذة.

ويكون المقدم ملزما بتقديم حساب عن الأموال التي كان يديرها بمناسبة التقديم، شأنه في ذلك شأن الوصي، بنص المادة 100 من قانون الأسرة، قصد فرض الرقابة على المقدم وإلزامه بإثبات حسن تصرفه وإدارته لمال القاصر طوال مدة ممارسة هاته المهمة .

وما يمكن إستخلاصه من عرض سلطات كل من الولي والوصي والمقدم أن المشرع الجزائري قد ساوى بين سلطاتهم في مجال النيابة الشرعية على أموال القاصر، وتتجلى المساواة بين سلطات الولي والوصي والمقدم أساسا في حصول كل نائب منهم على أهلية الإدارة وأهلية التصرف، وهذا بخصوص التصرف الدائر بين النفع والضرر، فيجوز للنائب مباشرة مثل هاته التصرفات متى أذن له القاضي بذلك.

وللنائب أهلية الإغتناء وبالتالي مباشرة وقبول الهبات والوصايا النافعة نفعا محضا من دون حاجة إلى إذن من القضاء، ولا يكون للنائب أهلية تبرع في مال القاصر، فليس له الحق في مباشرة التصرف الضار ضررا محضا بمال القاصر.

وبالرغم من أن المشرع قد ساوى بين سلطات متولي النيابة الشرعية بصورها الثلاث، إلا أنه قد ميز بين الولي من جهة والوصي والمقدم من جهة أخرى، فقد ألزم المشرع كلا من الوصي والمقدم بوجوب تقديم حساب بالمستندات يحدد وضعية أموال القاصر منذ تولي مهمة الإشراف عليها إلى غاية إنتهائها، في حين أعفى المشرع الولي من مثل هذا الإجراء، وقد يرجع ذلك بالأساس إلى ما يفترض في الولي من شفقة وحرص على مصلحة القاصر بحكم قرب العلاقة.

ومن الصواب أن يسوى بين سلطات الولي والوصي والمقدم، ما دام التصرف في أموال القاصر يهدف أساسا لحماية أموال القاصر وحفظها واستثمارها، وتقليص هذه السلطات بالنسبة للوصي والمقدم، من شأنه أن يفوت فرصا للإستثمار كنتيجة للقيود التي تحد من تصرفه، وبذلك قد يحدث تمييز ليس فقط بين الولي وغيره من متولي الرقابة، بل بين القاصر الذي له أبوين وغيره من الأيتام، لأن سير النيابة إلى الوصي أو المقدم من شأنها تقليص المهام بالنسبة للنائب وبذلك تقلص فرص الحماية والإستثمار والحفظ، وهذا ما قد يعاب على التقنين المصري عندما إستقر على تفاوت السلطات بين الولي والوصي والقيم، بداعي الشفقة والقرب ورعاية مصلحة القاصر، وتقريره التقديم - أي القوامة - على المحجور عليه حتى وإن كان صاحب الولاية هو من عُيِّنَ بعد حكم الحجر كالأب مثلا، فيكون عندها بصفته مقدما وليس وليا، وله سلطات القيم لا الولي، وعندها يثار التساؤل هل أن شفقة الأب وقربه ورعاية مصلحة ابنه القاصر تتأثر بشخصه أم بصفته ومركزه القانوني للحد من سلطاته بداعي أنه عين كمقدم - أي قيم - وليس وليا، ومما لاشك فيه أن الأب يبقى أبا حريصا على مصلحة ابنه بغض النظر عن صفته ومركزه القانوني، فهل ظُلِمَ الأب بمثل هذه القيود، أم أن تقليص سلطاته لم يمس إلا هو، بل إمتد حتى لتقليص فرص إستثمار أموال القاصر.

المبحث الثاني

حكم تصرفات المحجور عليه

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

للحجر القضائي أثره على تصرفات المحجور عليه قبل وبعد توقيع الحجر عليه متى قام به سبب من أسباب الحجر في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري سواء أكان توقيعه بحكم أو بغير حكم، ولأعرض فيما يلي حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه الإسلامي في مطلب أول، وحكم تصرفات المحجور عليه في القانون الجزائري في مطلب ثان، وذلك بحسب أسباب الحجر المتفق عليها في الفقه الإسلامي، والتي ورد ذكرها على سبيل الحصر في القانون الجزائري وهي : الجنون، والعته، والسفه، والغفلة.

المطلب الأول

حكم تصرفات المحجور عليه

في الفقه الإسلامي

لطالما عمل فقهاء الشريعة الإسلامية على الربط بين مفهومي العته والجنون من جهة وبين مفهومي السفه والغفلة من جهة أخرى وقد جمعوا بين أحكام كل سببين على حدة، وعلى هذا الأساس سوف أعرض حكم تصرفات المجنون والمعتوه في الفقه الإسلامي، ثم أعرض حكم تصرفات السفه والغفلة في الفقه الإسلامي.

أولا : حكم تصرفات المجنون والمعتوه : لعل أن أدق تعريف للمجنون والمعتوه في الفقه الإسلامي تعريف الأحناف بأن المجنون هو من سلب عقله، فصار لا يعقل شيئا، أما الذي يعقل بعض الأمور دون بعضها الآخر، ويكون قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، ومع ذلك لا يشتم ولا يضرب فيعتبر معتوها⁽¹⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

ويميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين العته الشديد، ويكون فيه المعتوه غير مميز، فيأخذ المعتوه حكم المجنون والصبي غير المميز، فيلحق عندها بالمجنون ويكونان على حد سواء، والعته الخفيف، ويكون فيه المعتوه مميزاً فيأخذ حكم الصبي المميز ولا يلحق بالمجنون كسابقه⁽¹⁾.

كما يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الجنون المطبق الذي لا تتخلله فترات إفاقة، والجنون المتقطع الذي يفيق الشخص أحياناً ويكون كالعقلاء ويجن في فترات أخرى ويصير كمن سلب عقله، ولا يثير الجنون المطبق أي إشكال، أما فيما يتعلق بالجنون المتقطع فقد ذهب الفقه إلى اعتباره في حكم ما هو عليه بحسب الفترات، فمتى كانت الفترة جنوناً عد مجنوناً، ومتى كانت الفترة إفاقة عد عاقلاً، ويلحق حكم تصرفاته بحسب حالته⁽²⁾.

ولقد إتفق فقهاء المذاهب الأربعة على حكم تصرفات المجنون، بتمييزهم بين مرحلتين أحدهما الفاصل هو توقيع الحجر، فالمرحلة الأولى تكون قبل توقيع الحجر القضائي، أو بعد زواله تماماً بأن يبرأ المجنون كلية، ويلحق بها حالة الإفاقة في الجنون المتقطع، وتمتاز هاتاه المرحلة بأن الجنون يزول تماماً عن صاحبه، فيصبح سليم العقل، ويأخذ حكم البالغ الراشد، فلا حجر عليه، وتكون كل تصرفاته صحيحة نافذة⁽³⁾.

والمرحلة الثانية تكون بعد توقيع الحجر القضائي وقبل رفعه بـزوال سببه، وتلحق بها فترات الجنون عند من كان مصاباً بجنون متقطع، وفي هاتاه المرحلة يعد المجنون مسلوب العقل فيكون كالصبي غير المميز، فتقع كل تصرفاته باطلة، سواء كانت ضارة به، أو دائرة بين النفع والضرر حتى وإن أجازها

(1) - وهبة الزحيلي : المرجع السابق ، ص 438 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 437 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

الولي فهي تعد غير نافذة، ولا يصح تصرفه بقبول الهبات والوصايا رغم أنها نافعة له⁽¹⁾.

ويذهب جمع من الفقه على إقرار مرحلة ثالثة تتعلق بحكم تصرفات المجنون، وهي كما يصفونها حالة الإفاقة غير التامة، وتميزها لها عن حالة الإفاقة التامة والمشار لها في المرحلة الأولى، والتي يكون الشخص فيها في حكم البالغ الراشد العاقل، فيعتبرون الشخص في حال إفاقته غير تامة يعقل بعض الأشياء دون بعضها الآخر، فينزل بذلك منزلة الصبي المميز، فتكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء وباقي العقود وما شابهها موقوفة على إجازة وليه، في حين تبطل تصرفاته الضارة به، كالقيام بالتبرعات على غرار هبة ماله أو التصديق به، وتكون تصرفاته النافعة له نافذة صحيحة، كقبول الهبات والوصايا، وقد ورد هذا الحكم عند بعض الفقهاء من المذهبين الحنفي والمالكي⁽²⁾.

وقد بسط البعض من الفقه حكم تصرفات المجنون بقولهم أن الشخص قبل حدوث عارض الجنون يؤخذ عليه سلامة عقله وحاله فيكون بذلك في حكم العقلاء، ويبقى كذلك حتى يقوم الدليل على ما يفيد تغير الحال بأن لحقه عارض الجنون، فيكون بذلك في حكم المجانين حتى يقوم دليل آخر يفيد عكس ذلك⁽³⁾، مع ملاحظة أن كلمة توقيع الحجر القضائي قد استبدلت بمصطلح العارض، فيقال قبل العارض وبعد العارض، وقيام الدليل على العارض، وسبب ذلك راجع إلى إتفاق المذاهب الأربعة على أن الحجر على المجنون يثبت بتحقيق العارض وليس حكم القاضي - ويستثنى من هذا القول بعض المالكية والحنابلة ممن يشترطون حكم الحاكم بخصوص الجنون الطارئ⁽⁴⁾ - وقيام الدليل على تحقق

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 437 .

(3) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 111 .

(4) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 611 .

العارض يستفاد منه التأكد من حالة الجنون التي تعد واقعة ثابتة يعرف زمانها ومكانها وليست أمرا تقديريا يختص ببيانه القاضي وحده، ومن ثم فإن العارض يؤدي إلى الحجر على صاحبه متى أقيم دليل على تحققه فعليا في الشخص ومن دون حاجة إلى تثبت القاضي، وكذا حكم المحكمة⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بحكم تصرفات المعتوه، فإن الفقهاء قد ألحقوا حكم العته الشديد، بحكم الجنون، وهو نفس حكم الصبي غير المميز، وبالتالي تكون تصرفات المعتوه على نفس حكم الجنون فتكون تصرفات المعتوه صحيحة قبل توقيع الحجر القضائي أو بعد زواله تبعا للعارض، وتكون باطلة وغير نافذة وقت الحجر القضائي، أي بعد توقيعه وقبل زواله⁽²⁾.

ويرى غالبية الفقه أن تصرفات المعتوه عتها خفيفا تكون موقوفة على إجازة الولي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وتكون صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا، وتكون باطلة وغير نافذة إذا كانت ضارة به ضررا محضا، ومرد هذا الحكم أن المعتوه بهذا الوصف ينزل منزلة القاصر أي الصبي المميز، وهذا على قول الحنفية والمالكية⁽³⁾.

والراجح باتفاق المذاهب الأربعة اعتبار الجنون والمعتوه عته شديد في نفس المرتبة وهي مرتبة الصبي غير المميز، وعليه تأخذ تصرفاتهم نفس حكم تصرفات هذا الصبي، فتكون صحيحة خارج مدة الحجر القضائي أي وقت عدم قيام العارض، وتكون غير نافذة عند قيام الحجر القضائي، أي وقت وجود وقيام العارض.

(1) - محمد أبو زهرة : المرجع السابق، ص 74 - 75 .

(2) - كمال حمدي : المرجع السابق، ص 138 .

(3) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 438 .

ويختلف العته الخفيف عما قيل بخصوص العته الشديد والجنون، إذ ينفرد بحكم خاص وهو اعتباره في نفس درجة الصبي المميز، فحكم تصرفاته عندئذ هي الصحة إطلاقاً خارج مدة الحجر القضائي أو وقت انعدام العارض، أما عند توقيع الحجر القضائي أي وقت قيام العارض فحكم تصرفات المعتوه وفق هذا الوصف إما الصحة والنفاد إذا كان التصرف نافعا نفعا محضاً، أو البطلان وعدم النفاذ إذا كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً، وإما أن يكون التصرف موقوفاً على إجازة الولي متى كان التصرف المبرم دائراً بين النفع والضرر⁽¹⁾.

ثانياً . حكم تصرفات السفه وذي الغفلة . الغالب ما يربط فقهاء الشريعة الإسلامية بين مصطلحي " السفه و الغفلة "، لما يحملانه من ترابط وتداخل في المعنى، إذ يعرف السفه والمغفل بأنهما من ينفقان المال على غير مقتضى الشرع والعقل، ويفرق بينهما على أساس أن السفه يقصد به الإنفاق والإسراف على خلاف الغفلة، وأن السفه يبذر المال لخفة عقله وغلبة شهوة وهوى، في حين يبذر ذو الغفلة المال لسلامة عقله وعدم اهتدائه للرباح من التصرفات⁽²⁾.

وأما بخصوص الربط بين السفه والغفلة، فإن المصطلحين يشتركان في نفس السبب الموجب للحجر، ويجمعان تحت مناط واحد للحجر القضائي وهو إسراف المال، ويتفقان من حيث احتياج كل منهما لحكم الحاكم لأجل توقيع الحجر عليهما⁽³⁾، ويخضعان لنفس الأحكام وبالتالي يكون حكم تصرفهما واحد لافرق بينهما⁽⁴⁾.

ولم يتفق فقهاء المذاهب الأربعة على قول واحد بخصوص حكم تصرفات كل من السفه وذي الغفلة، ولكل مذهب رأي مختلف عن الآخر، ومرد ذلك

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 110 - 111 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 125 - 126 .

(3) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 615 .

(4) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

ربما إختلافهم حول مفهوم السفه ومدى جواز اعتباره سببا موجبا للحجر، حسب التفصيل الآتي :

1 - المذهب الحنفي . لقد اختلف الأحناف بداية حول اعتبار السفه من بين الأسباب الموجبة للحجر القضائي أم لا ، فيرى الإمام أبو حنيفة بعدم جواز الحجر على البالغ رغم تحقق السفه، وبغض النظر عن ذلك، فالمفتى به حسب المذهب هو ما قال به صاحبان، أي جواز الحجر بسبب السفه، إلا أن صاحبان اختلفا حول كيفية توقيع الحجر القضائي، فيقول أبو يوسف بأن الحجر القضائي لا يكون إلا بحكم الحاكم، وهذا هو الراجح والمعمول به لدى غالبية المذهب، أما محمد بن الحسن فيعتبر أن الحجر القضائي واقع بمجرد تحقق العارض فعلا لا حكما، أي أن فساد المال يتبعه الحجر، أما إصلاحه للمال يوجب كذلك رفعه من دون حاجة لحكم الحاكم⁽¹⁾.

ويهدف هذا التمييز إلى الوقوف على وقت حدوث الحجر القضائي والذي عادة ما يكون الحد الفاصل في تحديد حكم تصرفات المحجور عليه، فحسب رأي الإمام فإن حكم تصرفات السفه وذي الغفلة تكون صحيحة دائما ما دام البلوغ حاصل، ويميز الإمام بين حالتين، الحالة الأولى عند البلوغ ووجود عارض، لا يدفع المال لصاحبه ما لم يثبت رشده، ولكن إن تمكن من التصرف رغم ذلك عد التصرف صحيحا، ذلك أن أهليته قائمة ولا يمنع عن التصرف لقول الإمام أن مثل ذلك فيه إهدار لآدميته وهذا أخطر من إتلاف ماله، والحالة الثانية عند دفع المال إليه وهذا ببوغه سن الخامسة والعشرين كون الإمام يرى بأنه لن يرشد بعد ذلك ومن مثله صار جدا، ولا حجر عليه فوجب دفع ماله له، وتصح عندها كل تصرفاته سواء أكانت نافعة له أو دائرة بين النفع والضرر أو حتى ضار به ما دام يعتبر كامل الأهلية ودفع له ماله⁽²⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 611 - 612 .

(2) - ابن عابدين محمد أمين بن عمر : المرجع السابق، ص 206 .

والمفتي به حسب رأي الإمامين أبو يوسف ومحمد بن الحسن فإن المحجور عليه بسبب السفه يأخذ حكم الصبي المميز، وبالتالي تكون تصرفاته إما صحيحة إذا كانت نافعة له، وتبقى موقوفة على إجازة الولي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وتعتبر غير نافذة إذا كانت ضارة به، وهذا الحكم هو المعمول به بعد توقيع الحجر القضائي على السفه أو ذي الغفلة، في حين تعتبر جل تصرفات السفه وذي الغفلة صحيحة قبل توقيع الحجر القضائي عليه⁽¹⁾.

ورغم إتفاق الإمامين حول حكم تصرفات المحجور عليه لسفه أو غفلة، إلا أنهما اختلفا حول تحديد الوقت الفاصل بين الحجر القضائي والسلامة العقلية الموجبة لتمام الرشد، وكان مرد ذلك إلى عدم إتفاقهم على كيفية توقيع الحجر، فيرى أبو يوسف أن توقيع الحجر لا يتم إلا بحكم الحاكم، وبالتالي فتصرف الشخص قبل حكم الحاكم القاضي بالحجر القضائي أو بعد الحكم المقرر لزواله يعتبر صحيحا لأن العارض غير قائم والشخص كامل الأهلية، أما التصرف بعد الحكم بالحجر القضائي وقبل الحكم بزواله يكون له نفس حكم تصرفات الصبي المميز كما تقدم بيان ذلك، وبعبارة أخرى يسري على السفه وذي الغفلة نفس أحكام الصبي المميز عند قيام العارض، أي أثناء توقيع الحجر القضائي عليه، ويذهب الإمام محمد بن الحسن إلى تقرير نفس الحكم ولكن الحد الفاصل بين صحة التصرف المطلق وأخذ حكم الصبي المميز هو قيام العارض الموجب للحجر أي السفه أو الغفلة وذلك بغض النظر عن قيام حكم القاضي أو لا، وهذا راجع إلى كون الإمام محمد يعتبر قيام العارض كاف لتوقيع الحجر القضائي من دون حاجة إلى حكم القاضي، أو الحاكم، وبهذا تكون تصرفات السفه وذي الغفلة قبل وبعد قيام العارض صحيحة، ووقت العارض بنفس حكم تصرفات الصبي المميز المذكورة أعلاه⁽²⁾.

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص ص 611 .

(2) - حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السفناقي : المرجع السابق، ص 2406 .

وحسب المفتي به من قبل الإمامين أبو يوسف ومحمد بن الحسن، خلصنا إلى أن المحجور عليه بسبب السفه وكذلك الغفلة يكونان في منزلة الصبي المميز وحكم تصرفهما يأخذ نفس حكم تصرفات الصبي المميز، إلا أن الفقهاء في المذهب الحنفي أشاروا إلى إختلاف وحيد صب في مصلحة أو لصالح السفه وذي الغفلة، إذ يجوز لهما تمييزا عن الصبي المميز أن يبرما وصية ولكن في حدود ثلث مالهما ما دام لهما وارث، ويشترط لصحة هذه الوصية أن تكون في سبيل الخير، كمساعدة الفقراء وبناء المساجد أو غيرها من أوجه البر، فإن كانت في غير ذلك كبناء النوادي أو الملاعب التي لانفع فيها، فإنها لاتنفذ حتى وإن كانت في حدود ثلث مالهما وقت الموت ذلك أن الوصية تنفذ عند ذلك⁽¹⁾.

2 - المذهب المالكي : لقد ميز المالكية قبل الحديث عن حكم تصرفات السفه ومثله ذي الغفلة، بين كون العارض محقق قبل البلوغ أو قريب من البلوغ، أي في مدة لاتتعدى السنة، فقالوا عندها يكون الحجر القضائي في يد وليه أو وصيه، قياسا بالصبي الذي يتقرر الحجر القضائي عليه لأبيه أو وصيه، وعلى عكس ذلك إذا بلغ الشخص لمدة تفوق السنة فما أكثر ثم عرض له سفها أو غفلة فلا يحجر عليه إلا بحكم قضائي⁽²⁾.

وفيما يتعلق بحكم تصرف السفه وذا الغفلة فقد قسمها فقهاء المذهب المالكي إلى حالتين تبعا لحالة المحجور عليه، وذلك على النحو التالي :

الحالة الأولى : عندما يكون للمحجور عليه ولي أو وصي، أو متى أقيم عليه قيم، فإن أصيب بعارض قبل البلوغ أو بعده في أقل من سنة، أو حكم عليه بالحجر القضائي إن كان العارض قد وقع بعد مضي أكثر من سنة عن البلوغ، فيكون المحجور عليه في منزلة الصبي المميز، وتصير بذلك تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة الولي، بينما تبقى تصرفاته النافعة صحيحة،

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 441 .

(2) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 612 .

وتبطل تلك التصرفات الضارة به، ما عدا الوصية فهي تصح عنه وتنفذ في ماله من دون شروط، وهذا خلافاً عن حكم وصية الصبي المميز، وخارج هاته الحالات لا يعد الشخص محجوراً عليه متى بلغ ولم يستمر الحجر عليه ولو يحكم بالحجر القضائي أيضاً عليه، ومتى تم ذلك فهو كامل الأهلية صحت كل تصرفاته من دون قيد.

الحالة الثانية : عندما يكون الشخص مهملاً⁽¹⁾ فإن كان المراد الحجر عليه قد بلغ ولم يحجر عليه بعد، سواء أكان سفيهاً أم لا فإن تصرفه يعد صحيحاً نافذاً حتى وإن كان التصرف ضاراً به ضرراً محضاً، وذلك بحسب الراجح بالنسبة للسفيه والمتفق عليه بالنسبة لمن لاسفه له⁽²⁾.

وإن كان المهمل صبياً لم يبلغ بعد فإن أصابه سفه لن تنفذ تصرفاته، وترد إلى حين بلوغ الصبي، وهذا ربما راجع إلى سبب آخر موجب للحجر القضائي أصلاً وهو الصغر، وهذا على عكس سفه الشخص البالغ حيث لا يمنع عن التصرف وتبقى تصرفاته صحيحة ما لم يحكم عليه بالحجر القضائي، فلا منع من غير الحجر القضائي⁽³⁾.

وقد ألحق جمع من الفقهاء الأنثى البالغة السفهية المهملة بالحكم السابق ويجعلونها كالذكر الصبي المهمل فلا تنفذ تصرفاتها، وترد إلى غاية سنتين أو ثلاثة بعد زواجها، فإن لم تتزوج لا تنفذ تصرفاتها حتى تصبح غير صالحة لذلك، وذلك ببلوغها سن الأربعين أو الخمسين باختلاف الفقهاء، والهدف من هذين الشرطين هو التأكد من حصول رشدها، وبجانب هذا الرأي يوجد قول آخر لفقهاء المالكية مفاده صحة تصرف البالغة المهملة وإن تحقق سفهها، شأنها في ذلك شأن الذكر السفهيه المهمل⁽⁴⁾.

(1) - المهمل من لا ولي له ولا وصي، كما لم يعين له القاضي فيما يقوم على شؤونه .

(2) - أحمد الدردير : المرجع السابق، ص 154 .

(3) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 442 .

(4) - الخطاب الرعيني : المرجع السابق، ص 46 .

3 - المذهب الشافعي : يمكن اعتبار موقف الشافعية أكثر ثباتاً ووضوحاً من سابقه، حيث نجد أن فقهاء هذا المذهب كانوا أكثر دقة، وبالتالي جاء رأيهم أكثر إختصاراً.

فقد ميز المذهب الشافعي بداية بين كيفية توقيع الحجر القضائي على السفينة ومن في حكمه، كذي الغفلة، فقال فقهاؤه بأن إستمرار الحجر القضائي بسبب السفينة سواء تعرض له المحجور عليه قبل البلوغ أو عند البلوغ مباشرة يكون من غير حكم قضائي، وأما قيام العارض بعد البلوغ لا يتحقق إلا بحكم القاضي، فهو فقط من له حق النظر في مدى توافر العارض.

وعلى هذا الأساس اعتبر فقهاء المذهب الشافعي تصرفات الشخص صحيحة قبل توقيع الحجر القضائي عليه، وهذا عند بلوغه سليماً أو بعد زوال العارض إذا كان قد استمر الحجر القضائي عليه، ويعتبر سليماً قبل الحكم عليه بالحجر القضائي إذا بلغ رشيداً أو بعد صدور الحكم بزوال الحجر عليه، أما في الحالة العكسية أي عند قيام الحجر القضائي عليه وهذا إما بتحقيق العارض الموجب للحجر القضائي قبل البلوغ أو وقته، وإما بتوقيع حكم القاضي عليه بالحجر متى كان العارض قد تحقق بعد بلوغ الشخص، ويشترط هنا عدم حكم القاض بزوال الحجر القضائي، وعندئذ عد الشخص محجوراً عليه، وبالتالي عدت كل تصرفاته باطلة، فإن كانت دائرة بين النفع والضرر لم تنفذها الإجازة، وتعتبر غير نافذة ولو كانت نافعة نفعا محضاً⁽¹⁾، وكأن المذهب الشافعي يلحق السفينة وذو الغفلة بعد توقيع الحجر القضائي بالصبي غير المميز وليس المميز⁽²⁾.

4 - المذهب الحنبلي : تجدر الإشارة بداية إلى أن فقهاء هذا المذهب لم يختلفوا حول كيفية توقيع الحجر القضائي، بل اتفقوا على أن الحجر القضائي

(1) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 613 .

(2) - أبو مالك كمال بن السيد سالم : صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر ، 2003، الجزء الرابع، ص 262 .

لا يتم إلا بحكم الحاكم أو القاضي، سواء أكان العارض قد حصل مباشرة بعد البلوغ أو بعد زمن بعيد عن البلوغ، وذلك لاعتبارهم أن السفه يحتاج إلى تقدير واجتهاد، وخير مؤهل لذلك هو القاضي من أجل الثبوت من قيام العارض من جهة، ولأجل رفع الخلاف الحاصل من كثرة الإجهاد من جهة أخرى⁽¹⁾، وتبعاً لذلك فلا يكون رفع الحجر القضائي إلا بحكم ما دام توقيع كذا⁽²⁾.

ويرى الحنابلة بأنه إذا حجر على السفه ومن في حكمه كذي الغفلة فمن المستحب أن يشهد القاضي عليه لكي يتجنب الناس معاملته، فمنهم من رأى أنه من الأحسن أن يأمر منادياً ينادي في الناس بذلك الفعل، ولكن مثل هذه الأحوال لا تجعل الإشهاد على الحجر شرطاً، ذلك أن الحكم نافذ من غير إشهاد كما أن شهر حكمه قد يقع بحديث الناس من دون إشهاد⁽³⁾.

وفيما يتعلق بحكم تصرفات المحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة، فإن الحنابلة يعتبرون تصرفات المحجور عليه صحيحة وناظفة إذا كانت نافعة له، أما إذا كانت ضارة به بأن كانت على سبيل التبرع اعتبرت غير نافذة وكانت غير صحيحة حتى وإن لحقتها إجازة الولي، كل هذا بخصوص التصرفات اللاحقة بمال المحجور عليه وقت قيام الحجر القضائي، أي بعد حكم الحاكم بتوقيعه وقبل رفعه عنه، أما تصرف الشخص قبل الحكم عليه بالحجر أو بعد رفعه عنه يعد صحيحاً نافذاً ذلك أنه كامل الرشد⁽⁴⁾.

ويستثنى من التصرفات السابقة، التصرف عن طريق التبرع بواسطة الوصية، وذلك وقت قيام الحجر القضائي أي بعد حكم القاضي وقبل رفعه، ويصح عندها للمحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة أن يتصرف ويوصي بماله لأنها

(1) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 447 .

(2) - عبدالرحمن بن محمد عوض الجزيري : المرجع السابق، ص 614 .

(3) - ابن قدامي : المرجع السابق، ص 526 .

(4) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 445 .

تحمل مصلحةً هي التقرب إلى الله **وَعَجَلَ** فجاز له ذلك من ماله حتى لا يحرم الأجر⁽¹⁾.

وفيما يخص التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كالبيع والشراء فلم يتفق فقهاء الحنابلة على قول واحد بخصوصها، وإنما إنقسموا إلى رأيين إعتقاداً على دور إذن الولي أي ما يقابل إجازة الولي، أعرضها في الآتي :

الرأي الأول : يقضي بصحة عقد المعاوضة متى وجد إذن الولي وذلك على نحو عقد النكاح، كما أن المعاوضة تحمل الربح والخسارة وليست ضارة تماماً، كما أن المحجور عليه عاقل وبالتالي حكمه كالصبي المميز، تصح مثل تصرفاته هذه بإجازة الولي، وهذا القول هو الأرجح⁽²⁾.

الرأي الثاني : يقول بعدم صحة عقد المعاوضة، ذلك أن الحجر القضائي قرر لتفادي التبذير وسوء التصرف، فحتى وإن أذن له فالمصلحة غير محققة، وعليه لم تنفذ مثل هاته التصرفات في حق المحجور عليه حماية له ولماله حتى وإن إنجر عن ذلك تفويت مصلحة⁽³⁾، والملاحظ هنا كأن السفیه وذی الغفلة أخذوا حكم الصبي غير المميز .

ويمكن إجمال ما قال به فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص حكم تصرفات السفیه ومن هو في مقامه كالمغفل أي ذي الغفلة، أن فقهاء المذاهب الأربعة اتفقوا بداية على صحة تصرفات السفیه خارج مدة الحجر القضائي، وقد اختلف الفقهاء حول كيفية توقيع الحجر القضائي سواء بحكم قاض أو حاكم، وإما بمجرد تحقق العارض فقط، وتكون كل تصرفات الشخص هنا صحيحة نافذة لأن الشخص يعد راشداً جازت له كل التصرفات وإن كانت ضارة به.

(1) - ابن قدامي : المرجع السابق، ص 529 .

(2) - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 446 .

(3) - ابن قدامي : المرجع السابق، ص 537 .

وفيما يتعلق بفترة قيام الحجر القضائي، وذلك عند توقيعه وقبل رفعه، فيرى جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية، وكذا الراجح من المذهب الحنبلي، أن المحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة ينزلان منزلة القاصر المميز، فتكون بذلك تصرفاتهم، إما صحيحة متى كانت نافعة لهم، كقبول الهبات والصدقات، وتبطل ولا تنفذ التصرفات الضارة بأموال السفه إذا كان قد باشرها هذا الأخير بنفسه، ومثال هاته التصرفات إبرام الهبات والأوقاف، إلا أنه يستثنى من هذه التبرعات الضارة، الوصية حيث تصح من طرف المحجور عليه كونها تحمل مصلحة السفه إتجاه الله، رغم إضرارها للمال وكذا مصلحته المالية، وأما بخصوص التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتصح متى وجد إذن وإجازة الولي.

وعلى عكس ما ذهب إليه الجمهور، فإن فقهاء المذهب الشافعي، وبعض فقهاء المذهب الحنبلي، يعتبرون الحجر على السفه وذي الغفلة يجعلانهما في نفس حكم الصبي غير المميز، فلا يصح منهما أي تصرف بعد توقيع الحجر عليهما وقبل رفعه، وإن باشره عُدَّ باطلاً وغير نافذ، حتى وإن أجاز الولي ذلك، وحتى وإن كان التصرف نافعا نفعاً محضاً بالنسبة للمحجور عليه.

المطلب الثاني حكم تصرفات المحجور عليه في القانون الجزائري

الغالب ما يلحق فقهاء القانون الجنون بالعتة، ويلحقون السفه بالغفلة أسوة بالتشريعات الوضعية ومنها التشريع الجزائري سواء باعتبارهم من عوارض الأهلية أو من أسباب الحجر القضائي، وعلى هذا الأساس سأعرض حكم تصرفات الجنون والمعتوه معاً ثم حكم تصرفات السفه وذي الغفلة في كل من قانون الأسرة والقانون المدني الجزائري.

أولاً : حكم تصرفات المجنون والمعتوه : لم يعرف المشرع الجزائري الجنون والعتة، ويميز فقهاء القانون بينهما، فيعتبرون الجنون اضطراب يصيب العقل فيفقد صاحبه العقل، ويكون هذا الإضطراب مصحوباً بحالة من الهيجان في غالب الأحيان، بينما يعتبر العتة خللاً يصيب العقل فيجعل صاحبه مختلط الكلام وقليل الفهم، ورغم ذلك يمتاز المعتوه بحالة من الهدوء وعدم الهيجان⁽¹⁾، ولا يبلغ درجة الجنون، ولذلك يرى فريق من الفقه أن العتة ينقص من أهلية الأداء ولا يعدمها، في حين يرى فريق آخر وهو الراجح بأن المعتوه معدوم الأهلية، شأنه في ذلك شأن المجنون ويأخذان حكم فاقد الأهلية وليس ناقصها⁽²⁾.

وقد ذهب المشرع الجزائري مذهب الرأي الراجح في الفقه بأن جعل المعتوه في حكم المجنون وأنزلهما منزلة القاصر أو الصبي غير المميز الذي لم يبلغ بعد سن الثالثة عشر من عمره، وهو سن التمييز طبقاً للمادة 42 من القانون المدني الجزائري.

وأما بالرجوع إلى حكم تصرفات المجنون والمعتوه، نجد أن المشرع قد أورد لنا أربعة مواد لتنظيم هذا الأمر، واحدة منها تضمنها القانون المدني، في حين وردت الثلاثة الأخرى في قانون الأسرة، وسأعرض بداية كل هاته النصوص، لنخلص بعدها لحكم تصرفات كل من المجنون والمعتوه.

تنص المادة 42 من القانون المدني على أنه : " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون . يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة " .

(1) - محمدي فريدة زواوي : المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 2000، ص 79 .

(2) - رمضان أبو السعود : المرجع السابق، ص 126 .

وتنص المادة 82 من قانون الأسرة على أنه : " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

وتنص المادة 85 من ذات القانون : " تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

وتنص المادة 107 من قانون الأسرة على أنه : " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

وكتعليق أولي على مضمون المواد المذكورة أعلاه نجد بداية أن المادة 42 من القانون المدني تحدد لنا المركز القانوني لكل من المجنون والمعتوه، بحيث جعلتهما في منزلة القاصر غير المميز، أي ما دون الثالثة عشرة سنة كاملة، فيعتبران فاقدان للأهلية لا ناقصيها .

ثم بعد ذلك نجد المادة 82 من قانون الأسرة تقرر حكم البطلان المطلق بالنسبة لتصرفات المجنون والمعتوه قياسا بالقاصر غير المميز، وذلك في إشارة واضحة إلى مضمون نص المادة 42 من القانون المدني.

ثم بعد ذلك أورد لنا المشرع بموجب المادة 85 من قانون الأسرة، تأكيدا على حكم تصرفات المجنون والمعتوه، إذ إعتبرها غير نافذة متى كانت حالتي الجنون والعته قائمتين، ونخلص من هذا النص بحسب مفهوم المخالفة أن إنتفاء حالتي الجنون أو العته يجعلان تصرفات المجنون والمعتوه نافذة، ولا إشارة في ذلك لحكم القاضي.

وقد تدارك المشرع الجزائري ذلك النص اعتمادا على نص المادة 107 من ذات القانون، والتي أوضح فيها حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد حكم القاضي، ويقصد هنا حكم توقيع الحجر القضائي، فاعتبرها عندها باطلة، كما

اعتبرها كذلك قبل حكم القاضي إذا كانت حالتي الجنون والعتة ظاهرة وفاشية وقت إبرام التصرف، ويفهم من ذلك أنه لو تم التصرف من طرف الشخص قبل الحكم عليه بالحجر القضائي بسبب الجنون أو العتة، وكذلك لم يثبت ظهور وشيوع العارض وقت التصرف عدت تصرفاته صحيحة نافذة.

وفيما يتعلق بحكم تصرفات المجنون المعتوه فإن المادة 42 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته، أو جنون "، وتنص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها ".

وفهم من نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري أن المشرع جعل من المجنون والمعتوه في مركز القاصر أو الصبي غير المميز غير مؤهلين لمباشرة حقوقهما المدنية، ويفهم من نص المادة 107 من قانون الأسرة، أن المشرع يميز بين حكم تصرفات المجنون والمعتوه بعد صدور الحكم بتوقيع الحجر على أحدهما، وحكم تصرفاتهما قبل الحكم بتوقيع الحجر، وعلى هذا الأساس سوف أعرض حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر القضائي، وحكم تصرفاتهما بعد الحكم بتوقيع الحجر.

1 - حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحكم بتوقيع الحجر : الأصل أن

الشخص وقبل صدور الحكم بالحجر يعتبر راشدا أهلا لمباشرة جميع التصرفات القانونية بنفسه، الضارة ضررا محضا، أو النافعة نفعا محضا أو الدائرة بين النفع والضرر، عملا بالمادة 40 من القانون المدني التي تنص على أن : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ".

والملاحظ أن هذا الأصل هو المعمول به لدى علماء الفقه الإسلامي إلا أن الاختلاف بين ما أقره التشريع الجزائري والفقه الإسلامي يتمثل في الزمن المحدد للأخذ بالأصل، فنجد أن الفقه يعمل الأصل وقت قيام العارض بدءاً من ظهوره إلى غاية زواله، على عكس التشريع الذي يعتمد على حكم القاضي الذي قد لا يتزامن وقيام العارض فعلاً، فيحدث بذلك أن يعتبر الشخص راشداً قانوناً وقضاءً، بينما يكون مجنوناً أو معتوهاً فعلاً.

ويعتبر هذا الأصل غير مطلق التطبيق إذا ورد عليه إستثناء يتعلق بالتصرفات التي تسبق الحجر القضائي ويكون الشخص الذي قام بها يعاني فعلاً من جنون أو عته، وعندها أقر المشرع الجزائري ببطالان تصرف المجنون والمعتوه، إذا أبرمه ويكون فيها عارضه ظاهراً وشائعاً عند الناس، ويفهم من ظهور الجنون أو العته وشيوعهما، أن تكون علامات العارض ظاهرة بائنة لمن تعامل أو تعاقد مع المجنون والمعتوه، أو أن تكون حالة العارض شائعة عند العامة، وبذلك يكون الطرف الآخر المتعاقد مع المجنون أو المعتوه عالماً حتماً بحاله أو يفترض فيه أن يكون عالماً⁽¹⁾.

وقد أخذ المشرع المصري على سبيل المثال بذات الحكم، ولكن تحت اصطلاح آخر وهو شيوع حالة الجنون أو العته، أو أن يكون الطرف الآخر عالماً به، والملاحظ أن هذا الإصطلاح ما هو إلا نتيجة حتمية لظهور العارض، فهي تفيد علم الطرف الآخر أو إمكانية علمه، وقت إبرام التعاقد، وبالتالي جاز إبطال التصرف لسوء النية⁽²⁾.

وكنتيجة لهذا الإستثناء، فإن الحكم بالبطالان لا ينصرف إلى جميع تصرفات المجنون أو المعتوه، وإنما يقتصر على تصرف دون سواه، لكون هذا التصرف

(1) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص ص 112 - 113 .

(2) - عبدالرزاق أحمد السنهوري : المرجع السابق، ص 280 .

مقترن بإثبات حالة الجنون أو العته، ثم إثبات ظهورها وشيوعها في نفس وقت إبرام التصرف، مع بقاء ما يليه من التصرفات صحيحة حتى وإن كان أقرب لفترة الحجر القضائي⁽¹⁾.

ويرى فريق من الفقهاء أن هذا الإستثناء لا يعد السبيل الوحيد الذي يسمح بإبطال تصرفات المجنون أو المعتوه قبل اعتباره محجورا عليه بحكم القاضي، وإنما يمكن فعل ذلك بناء على القواعد العامة، ويرى بعضهم أن إشتراط إثبات حالي العارض الشائع أو علم الطرف الآخر، لا يسمحان بتغطية كل حالات الجنون أو العته، إذ يتصور أن يكون الشخص مجنونا فعلا، ولكن لم تشع حالته ولم ينتبه الطرف الآخر لحاله، وبالتالي لا يمكن أن نقرر بطلان تصرفه على أساس إنعدام الأهلية لعدم تحقق شرطها، فهل يبقى تصرفه عندها صحيحا⁽²⁾، وقد أجاب البعض من الفقه على هذا التساؤل بأن مجرد إثبات العارض يكفي لعدم الإرادة وبالتالي إنعدام ركن الرضا وتحقيق البطلان المطلق⁽³⁾.

ولا خلاف بين فقهاء القانون في أن إثبات قيام العارض وقت إبرام التصرف إلى جانب إثبات شيوع العارض أو علم الطرف الآخر إن كان العارض ظاهرا، يجعلان من التصرف باطلا على أساس إنعدام الأهلية كإمتداد لحكم الحجر القضائي إلى ما قبله في إستثناء عن الأصل العام، أما تعذر إثبات حالي الشيوع وعلم الطرف الآخر بظهور العارض، قد يسمح بإبطال التصرف المبرم ولكن على أساس إنعدام الإرادة - أي ركن الرضا -، وليس إنعدام الأهلية، ويكفي عندئذ إثبات قيام العارض وقت التصرف من دون إثبات أي شئ آخر⁽⁴⁾.

(1) - مصطفى الجمال و نبيل إبراهيم سعد : المرجع السابق، ص 566 .

(2) - عبدالفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 105 .

(3) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 571 .

(4) - عبدالفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 107 .

وقد علق البعض من الفقه على خروج المشرع الجزائري عن الأصل المتعلق بصحة تصرفات المجنون والمعتوه قبل توقيع الحجر القضائي عليهما، بأن الإستثناء الوارد على التصرفات المبرمة قبل الحكم بتوقيع الحجر القضائي، وعند كون سبب الحجر ظاهرا وشائعا وقت التصرف، إنما أقر لحماية من يبلغون مجانين أصلا، فغالبا ما يسهوا أوليائهم عن رفع دعوى الحجر القضائي عليهم، فيخلق ذلك عدة مشاكل خاصة بتقرير حكم صحة تصرفهم خارج فترة قيام الحجر عليهم، وكان بإمكان المشرع الأخذ برأي المالكية حول إستمرار الحجر القضائي إذا كان متصلا بسن البلوغ فيوقع عليه الحجر من دون حاجة إلى حكم القاضي، وإنما بمجرد قول الولي، ويصح ذلك بالنسبة للمجنون المتصل أو الأصلي من دون الطارئ الذي لا بد فيه من حكم⁽¹⁾.

ولعل أن الحل المقترح في هذا الخصوص يصلح لوضع حد للإشكال المطروح بخصوص سهو الأولياء عن توقيع الحجر القضائي، إلا أنني أرجح ما ذهب إليه المشرع كونه أكثر شمولية لما قد يحدث عمليا، فمثلا لو بلغ الشخص عاقلا ثم جن بعد ذلك بفترة ولم يحجر عليه إلا بمرور زمن طويل فما مصير تصرفاته خلال تلك المدة الممتدة من قيام العارض إلى تاريخ الحكم عليه بالحجر القضائي، ويبدو الأمر أوضح في حالة زوال الحجر القضائي على شخص ما به جنون أو عته، ثم عاوده من بعدها العارض المسبب لتوقيع الحجر القضائي عليه من جديد، إلا أن ذلك لم يحدث فعليا، وأبرم خلالها هذا المجنون أو المعتوه تصرفات قانونية.

وقد خلص البعض من فقهاء القانون المصريين إلى أن المشرع عندما نص على الإستثناء إنما أراد توسيع حماية المجنون والمعتوه قدر المستطاع، فيمكن إبطال التصرف على أساس إنعدام الأهلية إذا ثبت قيام العارض وقت التصرف وكذا ثبوت شيوع حالة الجنون أو حتى علم الطرف المتعاقد معه بذلك، وكما يمكن

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص 111 .

إبطال تصرف المجنون والمعتوه إستنادا إلى القواعد العامة. بمجرد إثبات وجود العارض فقط وقت إبرام التصرف، بغض النظر عن حالتي الشيوخ وعلم الطرف الآخر، وهذا يتم أساسا على انعدام الإرادة وركن الرضا وليس الأهلية، وبالتالي الأصل أن تكون تصرفات الشخص قبل الحجر عليه صحيحة، لا تنطبق في الواقع إلا على من كان فعلا سليم العقل لا يعاني لا جنون ولا عته، أما من كان به أحد العارضين فإن كل تصرف صادر منه يعد باطلا على نفس قول الفقه الإسلامي، وذلك متى إستطاع إثبات قيام العارض وقت إبرام التصرف المراد إبطاله بطلانا مطلقا⁽¹⁾.

2 - حكم تصرفات المجنون والمعتوه أثناء الحجر القضائي : تعتبر تصرفات

المجنون والمعتوه بعد صدور الحكم بتوقيع الحجر عليهما وقبل رفع الحجر عنهما بحكم قضائي تصرفات باطلة بطلانا مطلقا بنص المادة 107 من قانون الأسرة، إذ يعتبر المجنون والمعتوه في هذه الفترة في حكم القاصر غير المميز، فاقد الأهلية ولا يمكنه إبرام التصرفات القانونية بنفسه أيا كان نوع هذه التصرفات بالنسبة إليه، تصرفات نافعة نفعا محضا، أو ضارة ضررا محضا أو دائرة بين النفع والضرر⁽²⁾ ولا أهمية أن يكون جنون من صدر حكم بالحجر عليه لهذا السبب مطبقا أو متقطعا على اعتبار أن المشرع الجزائري لم يفرق بينهما⁽³⁾.

ويرى فريق من فقهاء القانون أن البطلان المنصوص عليه في المادة 107 من قانون الأسرة، المقصود به البطلان النسبي وليس البطلان المطلق، ومرد ذلك ربما عدم صراحة النص من جهة، وعدم اقتصار نص المادة 85 من قانون الأسرة على الجنون والعتة، وأضاف إليهما السفه، وجعل تصرفات جميعهم تصرفات غير نافذة في مواجعتهم، وعدم نفاذ التصرف يعني قانونا أنه تصرف صحيح ولكنه

(1) - مصطفى السباعي و عبدالرحمن الصابوني : المرجع السابق، ص 144 .

(2) - بلقاسم شتوان : المرجع السابق، ص 112 .

(3) - بلقاسم شتوان : المرجع نفسه، ص 112 - 113 .

غير نافذ في مواجعتهم، ولكن الراجح في الفقه أن البطلان المنصوص عليه في المادة 107 هو البطلان المطلق⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/03/17 تحت رقم 181889 بقولها : " من المقرر قانونا أن التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا "، وكان موضوع القضية إبطال عقد شهرة أبرم من طرف شخص محجور عليه⁽²⁾، واعتبر ذلك التطبيق صحيحا، إذ لا يجوز للمحجور عليه إبرام أي تصرف قانوني.

ويميز بعض فقهاء القانون بين البطلان المطلق وعدم النفاذ، فيعتبرون أن البطلان المطلق هو إنعدام آثار التصرف أو العقد بالنسبة للغير، وكذلك بالنسبة للمتعاقدين أنفسهم، فيعد العقد كله في حكم المعدوم، وبالتالي يقال أن العقد " كأن لم يكن "، ويحدث ذلك عند تخلف ركن من أركانه، بينما يعتبر العقد غير النافذ عقدا صحيح المنشأ إلا أنه لا ينفذ ولا يسري في مواجهة الغير ولا يحتج به عليهم أيضا، في حين أنه يصح الاحتجاج به وكذا ينتج آثاره أو بعضها فيما بين المتعاقدين، ومن أمثلته أن يكون العقد غير مسجل - أي لم يشهر - فهو صحيح بين المتعاقدين لا يحتج به على الغير، وكذلك عقود وتصرفات المدين المعسر، فهي صحيحة بينه وبين المتعاقد معه لكنها لا تسري في مواجهة دائنيه⁽³⁾.

ولقد كان لزاما على المشرع الجزائري أن يحافظ على استعمال مصطلح واحد لتقرير حكم تصرفات المجنون والمعتوه أثناء قيام الحجر القضائي، ومع استخدامه لمصطلحي " البطلان، وعدم النفاذ " وبالنظر للتمييز المذكور آنفا، أرى بأن عدم النفاذ هو الوصف الأقرب لحالة التصرف الذي يبرمه المجنون أو

(1) - الحسين بن شيخ آث ملويا : المرجع السابق، ص 326 .

- شيكر ريمة : المرجع السابق، ص 70 .

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 181889، قرار بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، 1998، العدد 2، ص 82 .

(3) - عبدالرزاق أحمد السنهوري : المرجع السابق، ص 488 .

المعتوه قبل قيام الحجر القضائي في حقه، ذلك أنه يعتبر بالغاً راشداً فيصح تصرفه بداية ثم يجوز القضاء بعدم نفاذه متى أثبت علامات العارض الفاشية والظاهرة، أما البطلان المطلق فيصدق أكثر على الحالة التي يكون فيها المجنون أو المعتوه قد حجر عليه فعلاً، فتكون أهليته معدومة وعليه لا يصح عقده أصلاً منذ النشأة، ولكن لأجل توحيد الإصطلاح فأفضل مصطلح البطلان المطلق ذلك أنه يتفق والحالتين، فعند قيام الحجر القضائي يمنع المحجور عليه أصلاً من إبرام العقود، أما ما يسبق توقيع الحجر القضائي أو ما يليه، فإن البطلان المطلق يمنح حماية أكبر للمجنون أو المعتوه إذ يمكنهما من إسترجاع حقوقهما ما دام البطلان هنا يجعل من العقد كأن لم يكن، وبالتالي يعتبر التصرف في حكم المعدوم، ويرد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها وبأثر رجعي يسري من تاريخ إبرام العقد الباطل، وهذا أحسن من إنعدام النفاذ الذي قد يسمح بتحقيق بعض آثاره بين المتعاقدين، ويضاف لما سبق أن البطلان المطلق أقرب من عدم النفاذ بالنسبة لحكم تصرفات المجنون والمعتوه ذلك أن أسباب البطلان المطلق حسب فقهاء القانون، تتفق أكثر والحالة المذكورة، لأن تخلف الأهلية المعبرة عن الإرادة يؤدي حتماً لإنعدام ركن الرضا وبالتالي يترتب على ذلك أن يقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، خلافاً لعدم النفاذ الذي يسمح بالاحتجاج به على الأقل بين المتعاقدين وبالتالي فأركانها قائمة حتماً.

ثانياً : حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة : يكاد يجمع فقهاء القانون على اعتبار حكم السفیه والغفلة واحد لتقارب معناهما كونهما يلحقان تدبير الشخص مع بقاء عقله⁽¹⁾ فالسفة عبارة عن تبديد المال على غير مقتضى العقل⁽²⁾، والغفلة سهولة التردّي في الغبن لطية القلب والنية⁽³⁾، فالعلة واحدة

(1) - عبد المنعم فرج الصمد : المرجع السابق، ص 460 .

(2) - محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق، ص 346 .

(3) - عبد الباقي عبدالفتاح : المرجع السابق، ص 109 .

بينهما وهي تضييع المال وإنفاقه من غير مقتضى العقل، ولا فرق أن يحدث ذلك بقصد أو بغير قصد، ولا أهمية إن كان ذلك لحفة العقل وغلبة الهوى أو لسلامة أو طيبة القلب وعدم الإهتمام إلى مصير التصرف بين الربح والخسارة⁽¹⁾.

ويرى بعض الفقهاء أن الغفلة تدرج ضمن مفهوم السفه ولا تنفصل عنه، فهي بذلك صورة من صورته، وهذا الرأي مأخوذ به عند علماء الفقه الإسلامي، وفي بعض التشريعات الوضعية ومنها القانون اللبناني، إذ يعد ذو الغفلة من السفهاء بنص المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وإن كان قد أدرج الغفلة ضمن عوارض الأهلية في المادة 43 من القانون المدني، ولكنه لم يذكر الغفلة من بين أسباب الحجر في المادة 101 من قانون الأسرة، إما سهوا منه، أو أخذا برأي البعض من الفقه الإسلامي الذي يرى في الغفلة صورة من صور السفه، وعلى اعتبار أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون.

ويرى بعض فقهاء القانون أنه يجب على المشرع الجزائري أن يعدل المادة 101 من قانون الأسرة بإدراج الغفلة ضمن أسباب الحجر، وذلك لسببين : أما السبب الأول فهو إعطاء الأساس القانوني لتوقيع الحجر القضائي على ذي الغفلة لأن الفقه جميعا يفرق بين مفهوم الغفلة والسفه، ولا وجود في التشريع الجزائري ما يفيد أن الغفلة صورة من صور السفه، وأما السبب الثاني فيتمثل في أن المادة 101 من قانون الأسرة حددت أسباب الحجر على سبيل الحصر وهي الجنون والعته والسفه، ولا يمكن للقاضي أن يوقع الحجر على غيرها، ولا يوجد ما يمنع

(1) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 125 - 126 .

- رمضان محمد أبو السعود و محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 25 .

(2) - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص ص 125 - 126 .

- محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 387 .

المشرع الجزائري من النص على أن الغفلة تعتبر صراحه صورة من السفه على غرار المشرع اللبناني، ولا سيما وأن القانون المدني الجزائري جعل الغفلة من عوارض الأهلية في المادة 43 منه.

وفيما يتعلق بحكم تصرفات السفه وذي الغفلة فإن المادة 43 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه : " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلوغ سن الرشد وكان سفيهها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، وتنص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه"، وتنص المادة 107 من نفس القانون على أنه : " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشيه ".

وفيه نص المادة 43 من القانون المدني الجزائري أن المشرع قد جعل السفه وذي الغفلة في حكم القاصر أو الصبي المميز، وبذلك تكون لهما أهلية أداء ناقصة، على اعتبار أن القاصر المميز هو من بلغ سن التمييز سن الثالثة عشرة من عمره ولم يبلغ بعد سن التاسعة عشر سن الرشد.

وعلى اعتبار أن السفه وذي الغفلة يأخذان حكم القاصر أو الصبي المميز بنص المادة 83 من قانون الأسرة، فحكم التصرفات الصادرة منهما تكون نافذة إذا كانت نافعة لهما، وتكون باطلة إذا كانت ضارة بهما، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء.

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد بين حكم تصرفات السفه وذي الغفلة في المادة 83 من قانون الأسرة اعتمادا على المادة 43 من القانون المدني، وذلك بالتمييز بين التصرف الضار ضررا محضاً، والتصرف النافع نفع محضاً،

والتصرف الدائر بين النفع والضرر، فقد اعتبر بموجب المادة 85 من قانون الأسرة جميع تصرفات السفية تصرفات غير نافذة في مواجهته دون تمييز بينهما.

وهذا ما يتعارض مع ما جاء في نص المادة 83 من قانون الأسرة بأن التصرف النافع نفعا محضا للسفيه يعتبر تصرفا نافذا في مواجهته.

وإذا كانت المادة 107 من قانون الأسرة تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم بتوقيع الحجر باطلة، وقبل الحكم بتوقيع الحجر إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاقية، فإن التقيد بما تنص عليه المادة 101 من نفس القانون في تحديدها لأسباب الحجر وهي الجنون والعتة والسفه، يعني إستبعاد تطبيق المادة 107 من ذات القانون على الغفلة كعارض من عوارض الأهلية عملا بالمادة 43 من القانون المدني.

وتمشيا مع ما إستقر عليه الفقه والقضاء بأن الغفلة شأنها شأن السفه يعتبران من بين أسباب الحجر القضائي، فسأعرض فيما يلي حكم تصرفات السفية وذي الغفلة قبل الحكم بتوقيع الحجر عليهما، وحكم تصرفاتهما بعد الحكم بالحجر⁽¹⁾.

1 - حكم تصرفات السفية وذي الغفلة خارج الحجر القضائي : الأصل

أن يعتبر الشخص طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري راشدا أهلا لمباشرة جميع التصرفات القانونية أيا كان نوعها الضارة ضررا محضا، والنافعة نفعا محضا، والدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي تعتبر تصرفات السفية وذي الغفلة قبل الحكم بالحجر عليهما تصرفات صحيحة باعتبارها صادرة عن بالغ رشيد أي كامل أهلية الأداء في نظر القانون⁽²⁾.

(1) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 572 .

(2) - رمضان محمد أبو السعود و محمد حسين منصور : المرجع السابق، ص 327 .

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذا الأصل بنص المادة 40 من القانون المدني، فقد أورد عليه إستثناء بموجب المادة 107 من قانون الأسرة بأن اعتبر تصرفات السفه قبل توقيع الحجر عليه تصرفات باطلة متى كانت حالة السفه شائعة، أو معلومة لدى المتعاقد معه وقت التعاقد.

وما يعاب على مثل هذا الإستثناء بالنسبة لحكم تصرفات السفه قبل الحكم بتوقيع الحجر عليه في نظر بعض الفقه أنه يسوي بين تصرفاته وتصرفات المجنون والمعتوه قبل الحكم بالحجر عليهما في حال شيوعهما، بالإضافة إلى اختلاف طبيعة الحكم بالحجر على السفه، فالحكم بالحجر على المجنون والمعتوه يعتبر حكما كاشفا فقط للعارض، وبالتالي يمكن الاعتداد بما سبقه من مرض في حين أن الحكم بالحجر على السفه هو حكم منشئ فلا يمكن اعتبار الشخص سفيها إلا بعد اجتهد القاضي والحكم بالحجر القضائي عليه⁽¹⁾.

ولا خلاف في الفقه ومن حدا حدوه من التشريعات، ومنها التشريع المصري أن الأصل في تصرفات السفه وذي الغفلة قبل الحجر عليهما تعتبر تصرفات صحيحة، كون الشخص لا يعتبر سفيها أو ذي غفلة الا بعد صدور حكم بتوقيع الحجر عليه.

ويرد على هذا الأصل إستثناءان، أما الإستثناء الأول فيخص الحالة التي يكون فيها التصرف قد أبرم بقصد إستغلال من قام به العارض من طرف المتعاقد معه، وأما الإستثناء الثاني فيخص الحالة التي يكون فيها التصرف قد أبرم بقصد التواطؤ والتحايل على القانون من طرف السفه أو ذي الغفلة والمتعاقد معه، وفي هاتين الحالتين يأخذ السفه وذي الغفلة حكم المحجور عليه وبالتالي تأخذ تصرفاته المبرمة وفق الإستثنائين حكم البطلان، وقابلية البطلان بحسب

(1) - سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 573 .

الأحوال، فتكون تبعا لذلك تصرفاته بنفس حكم التصرفات الصادرة منه أثناء قيام الحجر القضائي عليه أي بصفته قاصرا مميزا وليس بالغارشا(1).

وكمقارنة بين موقف المشرع الجزائري وما أقره الفقه، وأخذ به التشريع المصري، يلاحظ أن الأصل في حكم تصرفات السفه وذو الغفلة واحد، فيصح من المحجور عليه هذين السببين إبرام أي تصرف ما دام يملك جميع أنواع الأهلية، أهلية الإدارة والتصرف، وأهلية الإغتناء، وأهلية التبرع، ولكن الإستثناءات تختلف بين الفقه والتشريع المصري من جهة والتشريع الجزائري من جهة أخرى، حيث أخذ الفقه والمشرع المصري بحالتي الاستغلال والتواطؤ، لتقرير البطلان المطلق أو النسبي على تصرفات السفه أو ذي الغفلة بحسب أحكام التصرف عند القاصر المميز(2)، بينما لم ينص المشرع الجزائري على ما يقابل هذين الإستثناءين، بل حافظ على الإستثناءين الخاصين بحالة الجنون والعتة، حيث اعتبر تصرفات السفه وقت حالة السفه الفاشية والظاهرة تصرفات باطلة بطلانا مطلقا.

وما يجب التذكير به أن موقف المشرع الجزائري أهمل الحديث عن "الغفلة"، في قانون الأسرة كسبب من أسباب الحجر القضائي وذلك على الرغم من أنه ربط بين السفه والغفلة بموجب المادة 43 من القانون المدني، ونص صراحة في المادة 79 من نفس القانون على أن المحجور عليهم والقصر يخضعون لقواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة.

2 - حكم تصرفات السفه وذو الغفلة أثناء قيام الحجر القضائي :

تأخذ تصرفات السفه وذو الغفلة بعد الحكم بتوقيع الحجر عليهما حكم تصرفات ناقص الأهلية أو القاصر المميز بسبب صغر السن، وعليه يكون حكم تصرفات السفه وذو الغفلة على النحو الآتي :

(1) - عبدالفتاح عبد الباقي : المرجع السابق، ص 110 .

(2) - عبدالرزاق أحمد السنهاوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 282 .

أ - تكون تصرفات السفیه وذی الغفلة المحجور علیهما، تصرفات صحیحة إذا كانت نافعة نفعا محضا بالنسبة إلیه، فهو بذلك یملك أهلیة الإغتناء.

ب - تكون تصرفات السفیه وذی الغفلة المحجور علیهما باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت هاته التصرفات ضارة ضررا محضا بالنسبة إلیه، وهو عندها لا یملك أهلیة التبرع.

ج - تكون تصرفات السفیه وذی الغفلة المحجور علیهما قابلة للإبطال لمصلحته إذا كانت هاته التصرفات دائرة بین النفع والضرر، ويعبر عن هذا الشخص بأنه لا یملك أهلیة التصرف والإدارة، ولكنه إذا باشر مثل هذه التصرفات جاز له ذلك إلا أنها تبقى قابلة للإبطال لصالحه⁽¹⁾.

وقد أورد الفقه، وأغلب القوانين المقارنة العربیة إستثنائین بخصوص الأحكام الواردة أعلاه، وتمیيزا للمحجور علیه لسفه أو غفلة عن القاصر المميز عموما.

أما الإستثناء الأول فیخص أهلیة التبرع، التي تكون التصرفات فیها ضارة ضررا محضا بالمحجور علیه فالأصل أنها تكون باطلة بطلانا مطلقا، ومع ذلك يجوز إستثناءا للسفیه وذی الغفلة بعد توقيع الحجر القضائي علیه وقبل رفعه، أن یرم تصرفین قانونیین هما : الوقف والوصیة، ویصح منه ذلك متى أذن له بإبرامهما رغم قیام الحجر القضائي فی حقه .

وأما الإستثناء الثاني فیخص الأهلیة عموما، سواء أكانت أهلیة تصرف وإدارة، أم أهلیة تبرع، أم أهلیة إغتناء، فیزوز للسفیه وذی الغفلة وقت الحجر أن یتسلما أموالهما کلها أو جزء منها، ویحدث ذلك بناء على صدور إذن من المحكمة یقضي بذلك التسلیم، وتكون حدود التصرف فی المال وفق ما یقرره الإذن، ویكون عندها المحجور علیه فی نفس حکم القاصر المأذون له بعد سن الثامنة عشرة، وتسري علیه ذات أحكام القاصر المأذون له⁽²⁾.

(1) - عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط فی شرح القانون المدني، الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 275.

(2) - مصطفى الجمال و نبیل إبراهیم سعد : المرجع السابق، ص 568 .

وما يلاحظ من استقراء النصوص المنظمة لحكم تصرفات السفية وذي الغفلة وقت قيام الحجر عليهما أن المشرع الجزائري اعتبرهما في منزلة القاصر المميز ناقص الأهلية بأن نص في المادة 79 من القانون المدني على سريان قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة على القاصر وعلى المحجور عليه وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها، وأن المادة 83 من قانون الأسرة أوضحت حكم تصرفات السفية وذي الغفلة بحكم أنهما ينزلان منزلة القاصر المميز بإحالتهم على المادة 43 من القانون المدني بأن تصرفات السفية وذي الغفلة تكون نافذة أي صحيحة إذا كانت نافعة نفعا محضا له، وتكون باطلة بطلانا مطلقا إذا كان ضارة ضررا محضا له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة أي دائرة بين النفع والضرر، ولا يختلف هذا الحكم عما أقره الفقه وأخذت به بعض التشريعات بخصوص تصرفات المحجور عليه لسفه أو غفلة حسب ما سبق بيانه.

ولكن الظاهر من نص المادتين 85 و 107 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع قد ضمنها حكما مغايرا لحكم المادة 83 من نفس القانون، فيما يتعلق بتصرفات السفية وذي الغفلة بأن اعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة المجنون أو العته أو السفه بنص المادة 85 ، واعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم بالحجر باطلة، وقبل الحكم بالحجر إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما، وهذا يعني أن تصرفات السفية وذي الغفلة بعد الحكم بالحجر عليهما إذا كان السفه أو كانت الغفلة ظاهرة وفاشية وقت صدور هذه التصرفات، تعتبر تصرفات باطلة بطلانا مطلقا لأن طريقة صياغة مضمون المادتين 85 و 107 من قانون الأسرة تفيد أن هذا الحكم ينطبق على تصرفات السفية وذي الغفلة كما ينطبق على تصرفات المجنون والمعتوه بعد الحكم بالحجر عليهم، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة

وفاشية وقت صدور هذه التصرفات من أي منهم، وبذلك ينزل السفية وذي الغفلة منزلة المجنون والمعتوه، والصحيح أن السفية وذي الغفلة ينزلان منزلة القاصر المميز ناقص أهلية الأداء، وتخضع تصرفاتهما بعد الحجر عليهما لأحكام المادة 83 من قانون الأسرة تمييزا عن تصرفات المجنون والمعتوه المحجور عليهما باعتبارهما ينزلان منزلة القاصر غير المميز عديم أهلية الأداء.

وقد يكون مفيدا الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة التصرف الموقوف في المادة 83 من قانون الأسرة بالنص على أن تصرفات القاصر المميز ومن في حكمه كالسفيه وذي الغفلة، والدائرة بين النفع والضرر بالنسبة إليهم تتوقف على إجازة الولي أو الوصي وهذا خلاف القانون المدني الذي يأخذ فيه المشرع بفكرة قابلية هذه التصرفات للإبطال، وإذا كان التصرف أو العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة بنص المادة 100 من القانون المدني، شأنه في ذلك شأن التصرف الموقوف، فإن التصرف القابل للإبطال يختلف عن التصرف الموقوف⁽¹⁾، من نواحي عدة أهمها الآتي:

أولا : أن العقد القابل للإبطال أي كما يصطلح عليه أيضا بالبطلان النسبي، فهو يعرف بأنه عقد صحيح منتج لكل آثاره، إلا أنه يبقى مهدد بالزوال إذا مارس من تقرر لمصلحته حق الإبطال⁽²⁾، وبعبارة أخرى أن التصرف القابل للإبطال صحيح قبل ممارسة الحق في إبطاله، كونه منتج لكل آثاره من تاريخ إبرامه، إلا أنه يقع باطلا بعد ممارسة الإبطال، فيصير كأن لم يكن، فتزول آثاره بأثر رجعي من تاريخ إبرامه⁽³⁾.

(1) - محمد سعيد جعفرور : تصرفات ناقص الأهلية المرجع السابق ، ص 18 .

(2) - محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 236 .

(3) - محمد سعيد جعفرور : التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 44 .

أما العقد الموقوف فهو رغم صحته حسب الراجح لدى الفقه إلا أنه لا ينفذ ولا ينتج آثاره إلا من تاريخ إجازته، فالعقد هنا يحتمل النفاذ أو الزوال، فإن أجاز نفذ، وإن لم تتم إجازته أبطل⁽¹⁾.

ثانيا : أن العقد القابل للإبطال قد تلحقه إما المطالبة بالإبطال أو الإجازة، من طرف نفس الشخص، أي الطرف المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته، ويشترط لممارسة هذا الحق أن يصير القاصر أهلا للتصرف، ويترتب عن المطالبة بالإبطال أن يعتبر العقد باطلا من تاريخ إبرامه وليس من وقت المطالبة، فيبطل بأثر رجعي شأنه في ذلك شأن البطلان المطلق⁽²⁾، وتتم ممارسة حق إبطال العقد أو إجازته من طرف القاصر أو من هو في مقامه كالسفيه أو ذي الغفلة، بعد تمام رشدهم⁽³⁾.

وأما بخصوص العقد الموقوف فلا تلحقه إلا الإجازة، وتصدر الإجازة عن الولي أو الوصي قبل رشد القاصر، كما يصح أن تصدر عن القاصر بعد رشده، باتفاق الفقه والتشريعات المقارنة، إلا أن المشرع الجزائري منح الحق في ممارسة الإجازة للولي أو الوصي دون القاصر بعد البلوغ طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة، ويترتب على هذه الإجازة أن يصير العقد أو التصرف منتجا لآثاره بأثر رجعي، أي من تاريخ إبرام التصرف وليس من تاريخ الإجازة⁽⁴⁾، في حين أن الإجازة اللاحقة بالتصرف القابل للإبطال تصح عن القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد وقبل مضي خمس سنوات اعتبارا من تاريخ بلوغ سن الرشد طبقا للمادة 100 من القانون المدني وأن الإجازة تزيل الحق في إبطال العقد لمن تقرر هذا الحق

(1) - محمد سعيد جعفرور : التصرف الدائر بين النفع والضرر ...، المرجع السابق، ص 138 .

(2) - محمد صبري السعدي : المرجع السابق، ص 249 .

(3) - محمد سعيد جعفرور : نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، ص 142 .

(4) - محمد سعيد جعفرور : تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 46 .

لمصلحته، وأنها تجعل التصرف غير مهدد بالزوال، فيصير بذلك باتا، وبأثر رجعي، والإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، وتكون ضمنية إذا سكت القاصر في طلب الإبطال خلال المدة المحددة قانونا، ولكن هذا يبدو غير صائب قانونا في نظر بعض الفقه لأن الإجازة ما هي إلا إستمرارية لكون العقد القابل للإبطال منشئا لآثاره فهو صحيح نافذ منذ البداية، ويبقى مهددا بالزوال إلى غاية إجازته⁽¹⁾، على عكس إجازة العقد الموقوف الذي وإن كان صحيحا إلا أنه غير منتج لآثاره إلا بإجازته التي تسمح بنفاذه من تاريخ إبرام التصرف وهذا ما يتفق ومدلول الأثر الرجعي.

و يمكن أن تنطبق فكرة العقد القابل للإبطال على تصرفات السفه وذي الغفلة أثناء الحجر القضائي، ذلك أن القانون المدني ينص على نقص الأهلية كسبب لإبطال التصرف أو العقد وأن فكرة العقد الموقوف هي الأخرى تصلح لهاته الحالة، ورغم أن الفكرتين تسمحان بنفاذ التصرف من تاريخ إبرامه سواء أصلا أو إجازة، إلا أنه يبدو أن فكرة العقد الموقوف أكثر أمانا لصيانة حقوق المحجور عليه علاوة على أنها المستخدمة في الفقه الإسلامي غالبا، كما أنها مرجحة للتطبيق عملا بنص المادة 79 من القانون المدني، والتي تمنح الأولوية لمواد قانون الأسرة لأجل تطبيقها على المحجور عليهم وناقصي الأهلية.

وإذا كان بالإمكان التسليم بأن فكرة التصرف الموقوف كحل أمثل، فيعاب على المشرع الجزائري أنه لم يمنح الصبي المميز أو القاصر المميز، أو من هم في مقامهم، كالمحجور عليهم بسفه أو غفلة الحق في إجازة تصرفاتهم الموقوفة بعد زوال نقص أهليتهم، وأنه لم ينظم الإجازة بشكل واضح وتحديد مصير التصرف الموقوف إذا لم تلحقه الإجازة وقت بلوغ القاصر ورشده.

(1) - محمد سعيد جعفرور : التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون الجزائري، المرجع السابق،

الختام

الخاتمة

أود بداية أن أذكر بفضل الله، أن من عليّ ووفقني وهداني لإنجاز هذه المذكرة، كما أذكر بأن ما لحقني من توفيق فمن الله وحده، وما أصابني من نقص ولغو فمن نفسي والشيطان، أعاذني الله وإياكم من الشيطان الرجيم.

وبناء على ما تقدم من دراسة ضمن بحث هذه المذكرة، واعتمادا على أحكام القانون الجزائري، - سواء قانون الأسرة أو القانون المدني -، وكذلك آراء الفقه الإسلامي باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المرجع فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة، عملا بنص المادة 222 منه.

وفي ظل ما سبق تمكنت من إستخلاص جملة من النتائج، أخصها في الآتي:

1 - فيما يتعلق بأن الغفلة صورة من صور السفه : لقد رأينا أن الراجح في الفقه الإسلامي يعتبر أن الغفلة تندرج تحت المفهوم الواسع للسفه، فحتى وإن اختلفت الدوافع، إلا أن التبذير وإسراف المال حاصل في العارضين، وعليه فقد جعلنا الإثنان في مركز واحد ويخضعان لنفس أحكام القاصر المميز دون تفرقة بينهما.

وهذا الموقف قد أخذ به المشرع الجزائري الذي ميز من خلال القانون المدني بين المصطلحين من حيث المفهوم، ولكن أشركهما في الأحكام، بينما رأينا أن المشرع اللبناني مثلا وإن كان يلحق الغفلة بالسفه، كما أنه اعتبر أن العارض الأول إحدى صور العارض الثاني، إلا أنه نص على ذلك صراحة، والملاحظ على القانون الجزائري أنه لم يصرح بأي شيء بهذا الخصوص ولم يذكر إطلاقا الغفلة ضمن قانون الأسرة، إلا أنه اكتفى بذكرها مرة واحدة في القانون المدني حيث سواها بالسفه، واعتبرها في حكم القاصر المميز.

2 - فيما يتعلق بحكم تصرفات السفية : لم يجمع الفقه الإسلامي على قول واحد بخصوص حكم تصرفات السفية بعد توقيع الحجر عليه، فنجد أن جمهور الفقهاء من حنفية، ومالكية وحنابلة يعتبرون أن حكم تصرفات السفية هي نفسها حكم تصرفات القاصر المميز، وهذا يتفق مع ما أقره المشرع الجزائري بموجب المادة 43 من القانون المدني، والمادة 83 من قانون الأسرة، أما الرأي الثاني فقال به الشافعية، حيث يعتبرون بأن السفية تكون تصرفاته في حكم تصرفات القاصر غير المميز، أي أنها تبطل على إطلاقها، وهذا موقف المشرع الجزائري أيضا بموجب المادة 107 من قانون الأسرة وهذا ما يجعلنا أمام حكمين متعارضين بشأن مسألة واحدة إستحال الجمع فيها بين الحكمين.

3 - فيما يتعلق بحكم تصرفات السفية وذوي الغفلة : وأقصد هنا ما إستقرت عليه المادتين 83 و 43 من قانون الأسرة والقانون المدني على الترتيب، حيث أنهما جعلتا من السفية وذوي الغفلة في حكم الصبي المميز وليس عديم الأهلية أي فاقدتها، كما رأينا بخصوص الحجر القضائي على السفية حيث اعتبر كالمجنون.

والملاحظ على نص المادة 83، أنه أخذ بفكرة التصرف والعقد الموقوف عكس ما هو معمول به عادة في القانون المدني وهي فكرة البطلان النسبي، أي التصرف أو العقد القابل للإبطال، كما رأينا أن المعمول به في الفقه الإسلامي هو فكرة التصرف الموقوف، وغالب الظن أن المشرع قد إستقاه منه.

4 - فيما يتعلق بأسباب الحجر القضائي المعتمدة : لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية حول حصر أو قول واحد بشأن أسباب الحجر القضائي، وقد عددوا الكثير منها بحسب كل مذهب، ورغم ذلك نجد أن جمهور الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة أجمع على أن الجنون والعته، والسفه والغفلة، أسبابا توجب الحجر على صاحبها، ويصطلح على هذه الأسباب أيضا بعوارض الأهلية، وهي

ما يهمننا ما دامت تعتمد كأسباب للحجر القضائي وفق التشريعات القانونية، وقد رأينا أن المشرع الجزائري وإن أخذ بهاته العوارض الأربعة ضمن القانون المدني، إلا أنه أهمل ذكر الغفلة من منطلق مواد قانون الأسرة، وذلك عندما تناول موضوع الحجر القضائي، وهاته الأخيرة هي التي تؤسس لتوقيع الحجر القضائي ورفعته كما نعلم.

5 - فيما يتعلق بالإشهاد على حكم توقيع الحجر القضائي ورفعته : لقد

رأينا أن الراجح في الفقه الإسلامي يشترط الإشهاد لأجل إعلام الغير بحصول العارض المسبب للحجر، وتجنب إبرام التصرفات معه، ومن ثم المحافظة على إستقرار المعاملات وعدم الإحتجاج بعد العلم بوقوع الحجر القضائي، وهذا نفس موقف المشرع المصري الذي يشترط تسجيل حكم الحجر القضائي لجعله ساريا في مواجهة الغير، وبهذا الخصوص نجد أن المشرع الجزائري لم يقل بوجوب أي شهر، بل إكتفى بالقول بنشر الحكم للإعلام، ولم يبين كيفية إتمام ذلك ولا حتى أثر تخلف هذا الإجراء.

6 - فيما يتعلق بالحجر على المجنون : لقد إتفق الفقه الإسلامي على أن

توقيع الحجر القضائي على المجنون يتم بمجرد قيام السبب الموجب للحجر أي من غير حاجة لحكم القاضي، وقد خالفهم في ذلك المالكية بخصوص الجنون الطارئ فقط دون الأصلي، ويتفق هذا الأخير مع الحجر القضائي في القانون الوضعي الجزائري، كون المشرع لا يعتد بالحجر القضائي إلا بعد بلوغ سن الرشد، ويستوجب لتوقيعه ورفعته صدور حكم المحكمة، ولكن المشرع وإن كان يشترط ذلك إلا أنه أقر إستثناء يقضي بامتداد أثر الحجر القضائي إلى ما يسبق تاريخ الحكم، وكأنه إشتراط الحكم شكلا لتوقيع الحجر القضائي غير أنه يأخذ بقيام العارض وزواله موضوعا فيما يخص التصرفات السابقة على توقيع الحجر

القضائي، كما أن المشرع لم يجعل هذا الحكم مقتصرًا على الجنون والعتة بل معمولًا به حتى بشأن السفه، وهذا ما يبدو غريبًا بعض الشيء. وعلى ضوء النتائج السابقة، أخلص إلى الإقتراحات التالية :

1 - فيما يتعلق باعتبار الغفلة من صور السفه أخلص إلى وجوب تعديل نصوص قانون الأسرة تماشيًا مع ما أقره القانون المدني، إذ يعتبر الأصح وفق ما رأيناه في الفقهاء الإسلامي والقانوني، وكذلك مختلف التشريعات المقارنة، وعليه وجب النص صراحة على " الغفلة " كأحد أسباب الحجر القضائي، سواء جعلها في نفس مفهوم السفه، أو حتى يجعلها في حكمها رغم اختلاف المفهوم.

2 - فيما يتعلق بحكم تصرفات السفه وذي الغفلة، أرى وجوب تعديل نصوص قانون الأسرة أولاً بضبط حكم السفه وذي الغفلة على قول واحد، وهو جعله في حكم القاصر المميز بخلاف ما جاء في المادة 107 منه، ثم ثانياً توحيد الحكم بالنسبة لتصرفات السفه وذي الغفلة الدائرة بين النفع والضرر وقت قيام الحجر القضائي في حقهما، وذلك يجعلها إما تصرفات موقوفة كما جاء في قانون الأسرة، أو جعلها تصرفات قابلة للإبطال على حد قول القانون المدني.

3 - فيما يتعلق بأسباب الحجر القضائي المعتمدة أستخلص وجوب تضمين " الغفلة " كسبب من أسباب الحجر القضائي، وذلك في جميع مواد قانون الأسرة المتعلقة بذكر أسباب الحجر القضائي، وذلك لإعطاء التأسيس القانوني الذي يمكن من توقيع الحجر القضائي، متى قام العارض بالشخص، خاصة وأن الأسباب قد ذكرت على سبيل الحصر لا المثال.

4 - فيما يتعلق بالإشهاد على حكم توقيع الحجر القضائي ورفعته، وفي ضوء التطبيقات القضائية لنص المادة 106 من قانون الأسرة، أرى بوجوب تعديل

نص المادة أو إضافة نص آخر يسمح بتبيان كيفية إجراء النشر المنصوص عليه، كما يجب تبيان أثر عدم القيام بالنشر ومصير حكم توقيع الحجر القضائي في حالة تخلف النشر.

5 - فيما يتعلق بالحجر على المجنون، أرى أن المشرع أحسن صنعا عندما أقر بوجوب حكم القاضي لأجل توقيع الحجر القضائي وذلك لأجل إستقرار المعاملات، ولكنه جانب الصواب بشأن الإستثناء، وعليه أرى بوجوب تعديل نص المادة 107 خاصة وأنها تشمل كذلك "السفه" وترك إمكانية إبطال تصرفات المجنون والمعتوه على أساس إنعدام الإرادة وفق القواعد العامة متى أثبت قيام العارض وقت التصرف المراد إبطاله.

بسم الله

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : المصادر الإسلامية

01. - القرآن الكريم

02. - **المستدرک علی الصحیحین** : للإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري أبو عبد الله، الطبعة الثانية ، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الرابع ، 1422 هـ، 2002 م.

03. - **المسند** : للإمام أحمد بن محمد بن حنبل، الطبعة الأولى ، طبع ونشر وتوزيع دار الحديث، القاهرة 1416 هـ، 1995 م، الجزء الثاني.

04. - **السيد سابق** : فقه السنة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى " المعاملات"، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان، (الجزء الثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر) 1391 هـ، 1971 م.

05. - **صحيح البخاري** : الجامع المسند الصحيح، للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الطبعة الأولى ، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 1423 هـ، 2002 م.

06. - **صحيح مسلم** : للإمام الحافظ أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الطبعة الأولى، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427 هـ، 2006 م.

07. - **سنن أبي داود** : الإمام الحافظ أبي داود سلمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، الطبعة الأولى ، تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرون، نشر دار الرسالة العالمية دمشق، الجمهورية العربية السورية، الجزء السادس ، 1430 هـ 2009 م.

ثانيا : الكتب

08. - **ابن عابدين محمد أمين بن عمر** : رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء التاسع ، 1415 هـ، 1994 م.

09. - **ابن حجر الهيتمي** : تحفة المحتاج بشرح المنهاج بهامش حواشي الشرواني، وابن قاسم العبادي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الخامس ، (د. ت).

10. - **إبن قدامي** : المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت ، لبنان، (د. ت).

11. - **ابن منظور** : لسان العرب ، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، لبنان، الجزء الرابع ، 1981.

12. - **إبن منظور** : لسان العرب، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت، لبنان، الجزء الخامس عشر، 1981.
13. - **أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلس** : المحلى بالآثار ، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء السابع ، (د. ت).
14. - **أبو مالك كمال بن السيد سالم** : صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر ، الجزء الرابع، 2003 .
15. - **أحمد الدردير** : الشرح الصغير ، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، الجزء الثالث، (د. ت).
16. - **أحمد بن فارس بن زكرياء** : معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبدالسلام بن محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399 هـ، 1979 م.
17. - **البابري** : العناية شرح الهداية بهامش شرح فتح القدير ، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء التاسع ، (د. ت).
18. - **الخطاب الرعيني** : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الجزء السادس ، 1423 هـ، 2003 م.
19. - **الزيلي** : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، الجزء الخامس ، (د. ت).
20. - **إلياس ناصيف** : موسوعة العقود المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.
21. - **الغوتي بن ملح** : قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
22. - **الموسوعة الفقهية** : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، (د. ت).
23. - **أسامة عبد العليم الشيخ** : البلوغ وأثره في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ، 2008.
24. - **بلقاسم شتوان** : النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، الطبعة الأولى، مطبعة المنار، سطيف ، الجزائر، 2011.

25. - بن حملة سامي : المختصر في التركات والموارث، نوميديا للطباعة والنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2010.
26. - جاد الدين عبدالرحمن السيوطي الشافعي : تنوير الحوالك، شرح على موطأ مالك ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني ، (د. ت).
27. - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق ، سورية، الجزء الخامس ، 1405 هـ، 1985 م.
28. - وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سورية، الجزء السابع ، 1405 هـ 1985 م.
29. - زكرياء بن محمد الأنصاري : الغرر البهية ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الخامس ، 1418 هـ، 1997 م.
30. - زادة أفندي : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، تكملة شرح فتح القدير، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، الجزء التاسع ، (د. ت).
31. - حمدي عبدالمنعم شلبي : دليل السالك للمصطلحات والأسماء في فقه الإمام مالك، مكتبة ابن سينا، القاهرة، مصر، 1990.
32. - حسين خلف الجبوري : عوارض الأهلية عند علماء أصول الفقه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1428 هـ.
33. - حسام الدين حسين بن علي بن حجاج السفناقي : الكافي (شرح البزدوي)، الطبعة الأولى، تحقيق فخر الدين سيد محمد قانت، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الجزء الخامس ، 1422 هـ 2001 م.
34. - كمال حمدي : الولاية على المال، منشأة المعارف، جلال حزي وشركاه، 2003.
35. - حسين بن شيخ آث ملويا : المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2015.
36. - محمد إبراهيم الحفناوي : معجم غريب الفقه والأصول، دار الحديث، القاهرة، مصر 1430 هـ، 2009 م.
37. - محمد أبو زهرة : الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، 1400 هـ، 1980 م.

38. - محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1950.
39. - محمد بن إدريس الشافعي : الأم ، الطبعة الثالثة، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، الجزء الرابع ، 1426 هـ، 2005 م.
40. - محمد وحيد رضا سوار : القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني) جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، الجزء الأول ، 1970.
41. - محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي (مع مدخل لدراسة الفقه وفلسفته) دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1987 م.
42. - محمد حسين منصور : نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2009.
43. - محمد سعيد جعفرور : مدخل إلى العلوم القانونية (دروس في نظرية الحق)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2011.
44. - محمد سعيد جعفرور : التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون الجزائري ، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2002 .
45. - محمد سعيد جعفرور : نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، (د. ت).
46. - محمد سعيد جعفرور : تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2002.
47. - محمد صبري الجندي: النيابة في التصرفات القانونية، "دراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1433 هـ، 2011 م.
48. - محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، 2012.
49. - محمدي فريدة زواوي : المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ، 2000.

50. - محمود جمال الدين زكي : المبادئ العامة للقانون، مطبعة ومكتبة الاتحاد بالزقازيق، ت 2337، القاهرة، مصر، (الجزء الأول : في مقدمة العلوم القانونية) ، 1963.
51. - مصطفى أحمد الزرقاء : المدخل الفقهي العام ، الطبعة الثانية ، دار القلم، دمشق، سورية، الجزء الأول ، 1425 هـ، 2004م.
52. - مصطفى الجمال و نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للقانون (القاعدة القانونية - الحق) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
53. - مصطفى السباعي و عبد الرحمن الصابوني : الأحوال الشخصية (في الأهلية والوصية والتركات) الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1396/1397 هـ، 1977/1978م.
54. - نبيل إبراهيم سعد : المدخل إلى القانون (نظرية الحق) منشأة المعارف، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2001.
55. - سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية (ويشمل شرح الباب التمهيدي من التقنين المدني الجديد (في الحقوق)، الطبعة الرابعة، مطابع دار النشر للجامعات المصرية)، القسم الثاني ، مصر 1961.
56. - سميح عاطف الزين : مجمع البيان الحديث (تفسير مفردات ألفاظ القرآن الكريم)، الطبعة الثانية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، 1404 هـ، 1984 م.
57. - عبدالرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، (مصادر الالتزام) دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الأول ، 1952.
58. - عبدالرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثامن ، 1952.
59. - عبدالمنعم فرج الصمد : أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978.
60. - عبد الله المازري : شرح التلقين ، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، تونس، الجزء الثالث ، 2008.
61. - عبد الله سليمان : شرح قانون العقوبات الجزائي، القسم العام (الجزء الجنائي) طبعة 1996، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، الجزء الثاني 1996.

62. - عبدالله بن محمد الطيار و عبدالله بن محمد المطلق و محمد بن إبراهيم الموشي : الفقه الميسر (قسم المعاملات) الطبعة الثانية، مدار الوطن للنشر- الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426 هـ، 2005 م.
63. - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري : الفقه على المذاهب الأربعة، طبعة جديدة، دار الغد الجديدة، المنصورة ، مصر، 1426 هـ، 2005 م.
64. - عبد الحميد ناجاشي الزهيري : شرح قانون المعاملات المدنية (آثار الحق وانقضاؤه) الطبعة الأولى، إثراء النشر والتوزيع، الأردن، 2009.
65. - عبدالفتاح عبدالباقي : نظرية الحق، مطبعة دار نشر الثقافة، مصر، (د. ت).
66. - عماد الدين أبي الفداء بن كثير القرشي : تفسير القرآن، الطبعة الرابعة، دار الأندلس، بيروت ، لبنان، الجزء 1، 2، 3، 4، 5، 1983.
67. - عصام أنور سليم : نظرية الحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2010.
68. - صبحي محمصاني : المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، دار العلم للملايين، لبنان، 1997.
69. - رمضان محمد أبو السعود و محمد حسين منصور : المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية - نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
70. - رمضان أبو السعود : النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية ، 2005.
71. - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي : الذخيرة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الجزء الثامن ، 1412 هـ، 1992 م.
72. - شمس الدين الرملي : نهاية المحتاج لشرح المنهاج ، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الرابع، 1404 هـ، 1984 م.
73. - شريف نسرين و كمال بوقرورة : قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.
74. - خالد بوشمة : نظرية النيابة الشرعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات بغداددي، الجزائر، (د. ت).

75. - خالد بوشمة : نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي (مع الإشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي) منشورات البغداد، الجزائر، (د. ت).

ثالثا ، الرسائل الجامعية

76. - أحمد بن عبدالله الراجحي : عوارض الأهلية السماوية وأثرها في باب المعاملات، دراسة نظرية تطبيقية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية ، 2013/2012.

77. - محمد عبدالرحمن حسوني : أحكام الحجر على المفلس، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الأمير عبدالقادر، قسنطينة، الجزائر 2009.

78. - قدير محمد توفيق : النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018/2017.

79. - شيكر ريمة : الحجر في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع العقود والمسؤولية) كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر 2014/2013.

رابعا ، النصوص القانونية

80. - أمر رقم 157/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ، الموافق 08 يونيو سنة 1966م، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، الجريدة الرسمية، عدد 84.

81. - أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 ، الصادر بتاريخ 2005/06/26.

82. - أمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 09 فبراير 2005، الجريدة الرسمية ، عدد 11 المؤرخة في 2005/02/09.

83. - قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ، الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 15 .

خامسا ، الإجتهااد القضائي

84. - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36522 بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية لسنة 2006، العدد 2.

85. - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 181889، قرار بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، 1998، العدد 2.

سادسا ، المجالات القانونية

86. - سلمان نصر : أسباب الحجر المبطلة للتصرفات المالية في المذهب المالكي، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، الجزائر، 1426 هـ، 2005 م، العدد 9.

87. - رمزي بن ضيف الله : موحبات الحجر الصحي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، جامعة حمّة لخضر، الوادي، الجزائر، العدد 22، السنة 13، 1437 هـ، 2016 م.

الملخصات

...this...

The judicial quarantine in the Algerian law regulates both of the civil law and the family law, and expresses the prohibition of the quarantine for the one who affects the person's financial actions if he performs one of the eligibility symptoms after reaching adulthood, the eligibility of his performance will be executed, and the civil law may include listing the eligibility symptoms restrictions : insanity, dementia, foolishness and negligence are among the symptoms of eligibility, which islamic jurists consider as a picture of the foolish exhibitor, that raises a confusing problematic of which laws must be applied, and jurists have used the practice of naming the quarantine in the previous sense as a judicial quarantine, in order to distinguish it from the legal quarantine that is signed on the perpetrator in a felony as a complementary punishment on the occasion of the enforcement of the original punishment.

The Algerian legislator has taken the opinion of jurists that the quarantine should be signed and lifted by a judicial ruling, whatever the reason for signing it, and unlike the majority of islamic jurists, especially for the madman who does not require the ruling of the ruler to sign the quarantine.

Résumé

L'interdiction judiciaire est régie selon la législation algérienne autant par le droit civil que par le droit de la famille, elle consiste dans l'empêchement qui affecte les actes financiers de la personne majeur , la capacité se trouve alors réduite ou annulée, le code civil a énuméré exclusivement les causes d'incapacité: la démence ; l'imbécilité ; la prodigalité et la sujette, le code de la famille n'y a pas intégré l'état d'imbécilité qui est considéré comme une variante de la prodigalité chez la doctrine musulmane, ce qui soulève une difficulté pour savoir quelle loi doit être appliquée en premier.

La jurisprudence s'est habituée avec l'appellation d'interdiction au sens d'interdiction judiciaire en distinction de l'interdiction, légale prononcée à l'égard de l'auteur d'un crime en tant que peine accessoire en exécution de la peine principale.

Le législateur algérien a consacré l'opinion de la jurisprudence qui exige que la prononcée de l'interdiction et sa levée interviennent en vertu d'une décision de justice quelque soit la cause du prononcé, contrairement à la doctrine musulmane surtout par rapport à la démence qui n'exige pas la décision de juge pour interdire la personne.