



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر بوزعامة خميس مليانة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



العنوان:

الحجر بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون
تخصص: قانون الأسرة

إشراف الأستاذ:

* أ / محمودي رشيد

إعداد الطلبة:

- بودينار محمد
- نتار فاطمة الزهراء

أعضاء لجنة المناقشة:

- عبادة احمد رئيسا
- محمودي رشيد مشرفا
- فيساح جلول عضو مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

عملا بقوله ﷺ: " من صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه به فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه".

أخص بشكري وتقديري وبالغ امتناني للدكتور محمودي رشيد على حسن تأطيره ورحابة صدره ومرونة تعامله وثمان توجيهاته ونصائحه.

فقد كان لنا نعم الموجه المرشد ونعم المشرف.

كما نتقدم بأسمى معاني الشكر وعرفان من قدم لنا يد المساعدة

من قريب أو بعيد لإتمام هذا العمل

ونسأل الله العليم الكريم النفع العميم لنا ولكافة القراء من بعدنا في هذه الدراسة.

✽ الحمد لله وما توفيقى إلا به سبحانه ✽

الإهداء

إلى التي أفنت عمرها لإسعادي ... حملتني وربتني دهرًا ... إلى التي تذكرتني في صلاتها بالدعاء وكانت عيناها البريق الذي أثار دربي ... إلى أعذب كلمة يلفظها اللسان وأرق نعمة تسمعها الأذان ... إلى اعز مخلوق في الوجود ... إلى التي جرح السهر عيناها أدمى الفراق ... إلى امرأة حبّها أكبر من أن تحتويه قلوب البشر ...

أمي أمي ثم أمي.

إلى من كان وقودا لمشعلي وأعترف في صمتي كي لا أتعث بصخور الجمل ... إلى من علّمني كيف أبتغي للعلا ... إلى من غرس في نفسي جذور البحث عن خائعتي إلى من كان مثلي الأعلى الذي افتخر به في هذه الدنيا.. إلى الملك العادل الناصح أعطى دون حساب ...

والدي العزيز رحمه الله

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى من كانوا مطرا لينمو زرعي ويفوح عطر أزهاره، إلى سندي في الحياة...زوجتي العزيزة أولادي "مروى - يوسف - هشام" برعم العائلة حفيدي "أمير بهاء الدين" إلى من سرنا سويًا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح والإبداع إلى من تكاتفنا يدًا بيد ونحن نقطف زهرة وتعلمنا إلى جميع أبنائي كل باسمه "أخواتي" إلى من علّمونا حروفًا من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسنى وأجلى عبارات في العلم إلى من صاغوا لنا علمهم حروفًا ومن فكرهم منارة تنير سيرة العلم والنجاح إلى سر نجاحنا وسلاح نصرنا.

أساتذتي الكرام.

الإهداء

ففي البداية الشكر والحمد لله جلا في علاه فالله ينس الفضل كله فربعد الحمد لله

فإني أتوجه بالشكر والعرفان :

إلى أجمل من احمل اسمه بكل اعتزاز

إلى من دفعني إلى العلم وبه ازداد افتخارا أبي العزيز أطل الله في عمره

إلى من منحني الحياة إلى من شاركته كل خطوة في حياتي إلى أيقونة الحب

والحنان أمي رحمها الله

إلى سدي في هذه الحياة زوجي العزيز "مراد"

إلى كل اخواني واخواتي خاصة أخي العزيز "كريم"

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه العمل وأخص بالذكر فيصل

-فاطمة الزهراء-

مقدمة

إن الطبيعة الاجتماعية لحياة الإنسان تقتضي أن يكون في تواصل مستمر ودائم مع أفراد المجتمع في شتى مجالات الحياة الاقتصادية كانت او اجتماعية، وهذا التواصل ينجز مجموعة من السلوكيات و التصرفات حتى يتمكن من خلالها على تحقيق رغباته و مصالحه، وحتى تكون هذه التصرفات صحيحة و منتجة و يجب أن تصدر من شخص مؤهل لإبرامها والإلتزام بها، فهي تبرز قدرة الفرد على القيام بمجموعة من الوظائف تؤكد درجة وعيه و إدراكه وتمييزه بين مختلف الأمور، ولا يمكن ذلك أن يتحقق إلا إذا كان لهذا الشخص أهلية كاملة، ويقصد بذلك حسب التعريف الشرعي صلاحية الإنسان التعلق بالحقوق المشروعة له، بينما في القانون ترد في كون الشخص له صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ويمكنه بذلك مباشرة التصرفات التي ترتب أثرا قانونيا، وتنقسم هذه الأخيرة إلى نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

فقد يبلغ الإنسان سن الرشد القانوني و تعترض أهليته عارض من عوارض الأهلية بحيث يكون صاحبها غير مؤهل لمباشرة حقوقه المالية فتصيب هذه العوارض شخصية الإنسان قبل بلوغه سن الرشد فتتأثر أهليته لهذه العوارض، و لم يحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه هذا السن القانوني عارض يعدم تمييزه وإرادته كالجنون والعتة فيعتبره القانون عديم الأهلية، أو يطرأ على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره و تبصره لأموال كالفقه والغفلة فيعتبره القانون ناقص الأهلية. ويتم الحجر عليه على كل من المجنون و المعتوه والسفيه وذي الغفلة بمقتضى حكم قضائي، مما يصح معه أن يعرف بأنه تصرف قانوني يبرم على كل شخص بلغ سن الرشد به أحد العوارض، وقد نظمها المشرع في الكثير من الأحكام و لاسيما التقنين المدني من المادة 40 إلى غاية المادة 44 وفي تقنين الأسرة من المادة 101 إلى غاية المادة 108 .

فالمشرع الجزائري اشترط لتمام الأهلية أن يكون الشخص متمتعا بقواه العقلية وبالغا من العمر 19 سنة كاملة ، لكنه لم يقتصر عن ذلك فحسب بل أضاف شرطا آخر وهو "أن لا يكون محجورا عليه"، لأن قد يبلغ الإنسان سن الرشد القانوني ويعترض إلى إحدى عوارض الأهلية كالجنون أو العتو أو السفه أو الغفلة، فيصبح من أصابته إحدى هذه العوارض يحتاج إلى غيره

كي تصح تصرفاته ولا يكون ذلك إلا بتوقيع الحجر عليه. فموضوع الحجر يظهر بصفة جلية واضحة في قانون الأسرة الجزائري.

فموضوع الحجر يتجلى وبوضوح في قانون الأسرة الجزائري في مرحلة إكمال الأهلية، مع ضرورة إصابة هذه الأخيرة بعارض من عوارضها سواء كانت معدمة لها أو منقصة لها. ويبقى ثمة وضع قانوني يشبه الحجر القضائي؛ حيث يحرم الشخص رغم كمال أهليته، أي دون أن يقوم به سبب من أسباب الحجر إذ ما حكم عليه بعقوبة جنائية من إدارة أشغاله الخاصة و أملاكه مدة اعتقاله و يعين له مقدما لإدارة أمواله، حيث نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون العقوبات.

فيتم رفع دعوى الحجر طبقا للإجراءات المقررة في رفع الدعاوى بحيث يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة وبما أن الحجر لا يكون إلا بحكم قضائي فإن قاضي المختص هو قاضي شؤون الأسرة بحيث يلعب دورا هاما في سير دعوى الحجر. فمن أهم الآثار القانونية للحجر القضائي هي أن المحجور عليه يصبح غير قادر في التصرف في أمواله و يحتاج إلى غيره و هذا الغير هو المقدم النائب الشرعي عن المحجور عليه، بالإضافة إلى أن التصرفات التي يجريها المحجور عليه لا ترتب نفس الآثار القانونية في مواجهته أو في مواجهة الغير، كما أن الحجر يدور وجوده أو عدمه مع وجود العلة الداعية فإذا زالت أسباب الحجر وجب رفعه على المحجور عليه.

و لأجل دراسة هذا الموضوع و تمحيصه و معالجة جميع المسائل المتعلقة به يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى اي مدى وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام الحجر ومدى توافقها مع الشريعة الإسلامية؟

أسباب إختيار الموضوع :

أسباب اختيار الموضوع للموضوع أسباب ذاتية و أخرى موضوعية :

أسباب موضوعية :

لاحظت أن التشريعات المقارنة، عربية أو غربية، قد أولت عديمي الأهلية وناقصها اهتماما كبيرا وصل إلى حد سن قوانين خاصة به بغرض حمايته، وخاصة على صعيد المعاملات المتعلقة بأمواله، و الجانب الإجرائي، بينما لا نجد ذلك في القانون الجزائري، و ما نجده لا يتعدى بضعة نصوص تضمنها التقنين المدني و تقنين الأسرة، فأردت دراسة مدى تحقيق المشرع الجزائري للحماية المطلوبة لهذه الفئة من خلال هذه النصوص.

-سباب ذاتية:

من أسباب اختياري لهذا الموضوع الحجر هو رغبتي الشديدة في التعمق في موضوع قانون الأحوال الشخصية، لأنه يدخل ضمن اختصاصي - قلة الدراسة في الموضوع و خاصة على مستوى الكلية، ذلك ما جعلني أهتم به، و ذلك لتدعيم مكتبة الكلية.

أهمية الدراسة:

و تكمن أهمية دراسة موضوع الحجر، أنها من المواضيع المهمة حيث له علاقة مع أهلية الأشخاص، إذ يحد من أهليتهم ويمنعهم من التصرف في أموالهم، كما أنو يثير العديد من الإشكالات في التطبيق بحكم شح نصوص قانون الأسرة الجزائري المنظمة لأحكام الحجر.

ويعود سبب اختيارنا لهذا الموضوع نظرا لما ينطوي عليه من أهمية بالغة، لأنه يتعمق بالمعاملات المالية لفئة متواجدة بكثرة في المجتمع ، وهي فئة القصر والمحجور عليهم وهو موضوع عملي يلامس حياة الناس ، فكانت الحاجة ماسة إلى بيان أحكامه في التشريع الجزائري وتوضيح الإجراءات القضائية المتبعة.

أهداف الدراسة:

تكمن أهداف الدراسة في بيان مواطن القوة و مواطن الضعف التي ينطوي عليها نظام الحماية، الذي يوفره القانون الجزائري لهذه الفئة العاجزة عن حماية أموالها بنفسها و كذلك توضيح

الإجراءات القضائية لهذه المسائل . مع بيان أحكام الحجر في التشريع الجزائري التي غفل عنها الكثير و بيان أحكام هذه المسائل في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري - توضيح الإجراءات القضائية لهذه المسائل.

وعلى هذا الأساس تم تقسيم موضوعنا إلى فصلين رئيسيين:

الفصل الأول تضمن ماهية الحجر، وقد شمل مبحثين: المبحث الأول تناول مفهوم

الحجر، والمبحث الثاني تضمن أسباب الحجر.

أما الفصل الثاني فتمت دراسة الأحكام المتعلقة بالحجر، ففي المبحث الأول كان

موضوعه حول إجراءات الحجر القانوني، و المبحث الثاني الآثار المترتبة عن الحكم بالحجر.

الفصل الأول:

ماهية الجبر

تمهيد:

ماهية الحجر نظرا لأهمية الحجر البالغة من الجانبين القانوني والواقعي، فإنه يجب على رجل القانون أن يكون على دراية كاملة بأحكامه، كون موضوع الحجر يرتبط بأهلية الأشخاص، لهذا نجد المادة 86 من قانون الأسرة الجزائرية تنص على أن: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"، وعليه فيجب فهم حقيقته وماهيته فهما دقيقا، ومنه فقد تم تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:¹

المبحث الأول: مفهوم الحجر

المطلب الأول: تعريف الحجر وبيان مشروعيته.

المطلب الثاني: أنواع الحجر وخصائصه

المبحث الثاني: أسباب الحجر

المطلب الأول: أسباب الحجر المعدمة الأهلية

المطلب الثاني: أسباب الحجر المنقصة الأهلية

¹ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24، مؤرخة في: 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو عام 1984.

المبحث الأول: مفهوم الحجر

لتحديد مفهوم الحجر فإنه يجب الوقوف على تعريفه وبيان مشروعيته والحكمة منه، وكذا بيان أنواعه وخصائصه.

المطلب الأول: تعريف الحجر وبيان مشروعيته

الفرع الأول: تعريف الحجر

أولاً/ تعريف الحجر لغة:

الْحَجْرُ وَالْحَجْرُ لُغَتَانِ، وَهُوَ الْحَجُّ أَوْ رَمٌّ، وَكَانَ الرَّجُلُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَلْقَى رَجُلًا يَخَافُهُ فِي

الْأَشْهُرِ

الْحُرْمِ¹، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾²، أَي حَرَامًا مُحَرَّمًا عَلَيْكَ فِي هَذَا الشَّهْرِ، فَلْيُنْذَاهُ بِشَيْءٍ، فَإِذَا كَانَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، وَ أَرَى الْمُشْرِكُونَ الْمَلَائِكَةَ، قَالُوا: حِجْرًا مَّحْجُورًا، وَظَنُّوا أَنَّ ذَلِكَ يَنْفَعُهُمْ عِنْدَهَا كَفَعَلِهِمْ فِي الدُّنْيَا، وَقَالَ الشَّاعِرُ:

حَتَّى دَعَوْنَا بِأَرْحَامٍ لَهُمْ سَلَفَتْ ... وَقَالَ قَائِلُهُمْ إِنِّي بِحَاجُورٍ³

والحاجور على وزن فاعول من المنع، يعني بمعاذٍ. يقول: إني مُ تم سكت بما يعيدني منك ويحببك عني، وعلى قياسه العائور وهو المتلف⁴، وكذلك المحجز أيضا، وهو الحرام يفتح الميم والجيم⁵. الثوب والحضن، والمصدر بالفتح لا غير. ابن سيده: الحجر المنع، حجر عليه يحجر حجرا وحجرا وحجرا وحجرانا وحجرانا منع منه. ولا حجر عنه أي لا دفع ولا منع. والعرب تقول عند

¹ - السرقصطي: قاسم بن ثابت بن حزم العوفي، الدلائل في غريب الحديث، حققه: محمد بن عبد الله القناص، مكتبة العبيكان، الرياض، ط3، 2001م، ج3، ص1098-1099.

² - سورة الفرقان، الآية 22.

³ - السرقصطي، المرجع نفسه، ج3، ص1098-1099.

⁴ - الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم، كتاب العين، حققه: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دبن، دت ن، ج3، ص74.

⁵ - السرقصطي، المرجع نفسه، ص1099.

الأمر تنكره: حجرا له، بالضم، أي دفعا، وهو استعارة من الأمر، ومنه قول الراجز: قالت وَفِيهَا حَيْدَةٌ وَدُعْرُ: عَوْذُ بِرَبِّي مِنْكُمْ وَحُجْرٌ¹

الحج، مثلثة: المنع، كالجبران، بالضم والكسر، والإنسان، والحرام، كالمجر والحاجور، وبالفتح: نقا الرملي، ومحجر العين، وقصبة باليمامة.²

ثانيا/ تعريف الحجر اصطلاحا:

01- تعريف الحجر شرعا:

لقد تعددت التعاريف الفقهية للحجر، حيث ورد عند الحنفية بأنه: "المنع عن أشياء مخصوصة بأوصاف مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى، (وأسابيه: الصغير والجنون والرق) لأن الصغير والمجنون لا يهتديان إلى المصالح ويعرفانها فناسب الحجر عليهما، والعبء تصرفه تأتي على مولاه فلا يتم إلا بإذنيه.³

وعرف بأنه المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية. فإذا باشر المحجور عليه عقدة أو تصرفا قولية كالبيع أو الهبة لا ينفذ أي لا يلزم، ولا يترتب عليه حكمه، فلا يملك بالقبض، وكون الحجر من التصرفات القولية؛ لأنها هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها، أما الأفعال فلا يتصور الحجر فيها؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه، بخلاف القول، فإنه يمكن رفعه بمنع انعقاده شرعا أو منع نفاذه.⁴

¹ - ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج4، ص 167.

² - مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، حققه: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط8، 1426هـ-2005م، ص 371.

³ - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، وعليه تعليقات للشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937م، ج2، ص94.

⁴ - وهبة بن مصطفى الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلة (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظرات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، دار الفكر، دمشق، سوريا، طه، دت ن، ج 6، ص 4461.

وعليه فالحجر عند الحنفية هو عبارة عن منع مخصوص متعلق بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذ ذلك التصرف. فالحجر منع للصغير والمجنون ونحوهما عن التصرف في القول إن كان ضررا محضا¹.

وأما الحجر على الأفعال، فلا يفيد، ويكون كل من الصبي والمجنون ضامنا لما يتلفه من مال غيره، ويؤخذ ثمنه من ماله إن كان له مال، ويطالب بالأداء وليه أو وصيه؛ لأن الضمان من خطاب الوضع، وهو لا يشترط فيه التكليف أو التمييز، لكن لا يطبق عليهما العقاب البدني كالحدود والقصاص، لعدم توافر القصد الصحيح، وإنما تجب عليهما الدية في حال القتل، لأنه يعتبر منهما خطأ.

في حين عرفه المالكية بأنه: "وعرف المالكية الحجر بأنه صفة حكمية² توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو من نفوذ تبرّعه بزائد على ثلث ماله³، أي توجب منعه من نفوذ تصرفه فيما زاد على ثلث ماله، فدخل بالأول الحجر على الصبي والمجنون والسفيه والمفلس، ودخل بالثاني الحجر على المريض والزوجة.⁴

أما الشافعية فعرفوه بأنه: "المنع من التصرفات المالية⁵، فخرج بقولهم "منع التصرف في المال" التصرف في غير المال فلا حجر فيه وعلى هذا يصح للسفيه والمفلس والمريض أن يتصرفوا في أمور أخرى، كالخلع والطلاق والظهار.⁶

¹ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دت ن، ص 16.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4461.

³ - يقصد بصفة حكمية أن الشارع يحكم بها، جمعة سمحان الهلباوي، المرجع نفسه، ص 18.

⁴ - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، د بن، 1992م، ج 5، ص 57.

⁵ - جمعة سمحان الهلباوي، المرجع نفسه، ص 18.

⁶ - زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، د بن، 1414هـ - 1994م، ج 1، ص

وقال الحنابلة فيه بأنه: "منع مالك من تصرفه في ماله غالبا، سواء كان المنع من قبل الشرع كالصغير والسفيه والمجنون، أو الحاكم كمنعه المشتري من التصرف في ماله؛ حتى يقضى الثمن الحال على ما تقدم".¹

وعليه فقد ورد الحجر عند كل من الشافعية والحنابلة بمعنى واحد وهو المنع من التصرفات المالية، سواء أكان المنع من الشرع كمنع الصغير والمجنون والسفيه، أم من الحاكم كمنع المشتري من التصرف في ماله حتى يؤدي الثمن الحال الذي عليه. ولا يمنع المحجور (السفيه والمفلس والمريض من التصرفات غير المالية، كالتصرف بالطلاق والإقرار بما يوجب العقوبة وكالعبادة البدنية واجبة أو مندوبة، وتنفيذ منه العبادة المالية الواجبة كالحج، دون المندوبة. لكن الصبي والمجنون لا يصح تصرفهما في شيء مطلقا من الأموال والذمم والأحوال الشخصية من زواج وطلاق.²

02- تعريف الحجر قانونا:

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر تاركا ذلك للفقهاء، حيث اكتفى بذكر أحكامه في المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة الجزائري، وكذا المادة 09 والمادة 09 مكرر من قانون العقوبات الجزائرية.³

ومما جاء في تعريف الحجر أنه: "حالة شخص يمنع من الانتفاع بحقوقه ومن مباشرتها"⁴.

¹ - مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، المكتب الإسلامي، دين، ط2، 1415هـ - 1994، ج3، ص 366.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4462.

³ - قانون رقم 06-23 مؤرخ في: 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 84، مؤرخة في: 04 ذو الحجة عام 1427 الموافق 24 ديسمبر سنة 2006.

⁴ - ابتسام الفلام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري (قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، قصر الكتاب، البلديّة، دت ن، ص 161.

كما عرف بأنه: "منع شخص من التصرف بأمواله بحكم القانون أو بموجب حكم قضائي"¹. و ورد الحجر على أنه: "عدم أهلية الأداء في العقود وباقي الأعمال القانونية وتستعمل هذه الكلمة لمنع إنسان ما من التصرف المحدث ضررا به وبالمجتمع ويسمى الممنوع من التصرف على هذا النحو المحجور عليه"².

وعرف أيضا بأنه: "منع التصرف الفعلي في سائر الأمور وخاصة المادية ومرد ذلك ضعف في تقدير المحجور عليه إما لسفه وإما لكونه صبي إما لعته وإما لجنون"³. وما يعاب على هذا التعريف أنه اعتبر الصغر سببا من أسباب الحجر، في حين لم يعتبره المشرع الجزائري في قانون الأسرة كذلك، حيث يكون الصغر سببا للحجر في الفقه الإسلامي فقط ولا يكون كذلك في أحكام القانون، وهو ما سيأتي بيانه لاحقا عند التكلم عن أسباب الحجر. كما يعاب على هذا التعريف أنه حصر الحجر في نوعه القضائي فقط، في حين أن الحجر نوعان: الأول قضائي والثاني قانوني، ويكون هذا الأخير في حالة وجود عقوبة جنائية سالبة للحرية، وهو ما سيأتي بيانه لاحقا، وعليه فالحجر أشمل من ذلك فهو يشمل كلا النوعين.

الفرع الثاني: مشروعية الحجر

الحجر مشروع بالقرآن والسنة. أولا من القرآن: ورد في القرآن الكريم آيات ثلاث تدل على مشروعية الحجر من حيث المبدأ⁴.

أولها قوله تعالى: « وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا »⁵.

¹ - يشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، دار وائل للنشر، الأردن، ط1، 2008م، عدد 8، ص 80.

² - أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008م، ص 243.

³ - يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011م، ص 152-153.

⁴ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4462.

⁵ - سورة النساء، الآية 05.

أي: أموالهم، لكن أضيف إلى الأولياء¹ لأنها بأيديهم، وهم الناظرون فيها²، فالمال قيام للناس؛ تقوم به مصالح دينهم ودنياهم، فإذا بذله الإنسان في غير ذلك فهذا إضاعة له.³

وثانيها قوله عز وجل: "ابْتَلُوا 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".⁴

فقد أمر الله تعالى باختبار اليتامى في حفظ أموالهم، بأن يدفع لهم شيء من أموالهم، المعرفة خبرتهم في التصرفات، فإن آنس منهم الرشد قبل البلوغ، سلموا أموالهم، فدل النص على منع دفع أموالهم إليهم، قبل الرشد، وحجرهم عنها، حتى لا يتصرفوا فيها⁵.

وفي هذه الآية دلالة على أنه يصح للوصي الفقير أن يأخذ أجر عمله من مال القاصر بما هو معروف بين الناس، فحذر الله الأوصياء في الآية الأولى بما هو ممكن قريب الوقوع، ورجبهم في معاملة القاصر، فإن الوصي الذي له أولاد صغار ضعاف قد يموت ويتركهم، فليُنظر على أي وجه يحب أن يعامل الناس أولاده فيعامل به من أقامه الله وصية عليه، ليعلم أنه إذا اتقى الله تعالى في قوله وفعله كان قدوة حسنة لأبنائه فينقلون عنه الفضيلة، فضلا عما في ذلك من ترك

¹ نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، دار ابن حزم، مصر، 2010م، ص 230.

² أبو محمد المكي بن أبي طالب حموش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه، مجموعة بحوث الكتاب والسنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، ط1، 1429هـ - 2008م، ج2، ص1226.

³ محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح رياض الصالحين، دار الوطن للنشر، الرياض، 1426هـ، ج3، ص212.

⁴ - سورة النساء، الآية 06.

* شرح: (ابتلوا) اختبروا. (بلغوا النكاح) صاروا أهلا له بالاحتلام أو بالسن. (آنستم) أبصرتم وشعرتم. (رشدًا) صلاحًا في دينهم وحفظًا لأموالهم. (إسرافًا) مسرفين بمالهم من غير حاجة ضرورية. (بدارًا) مبادرين إلى إنفاقها. (أن يكبروا) حذرًا من أن يبلغوا ويلزمكم تسليم أموالهم إليهم. (بالمعروف) بقدر أجرة عمله المتعارف عليها، ذكره: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه = صحيح البخاري، حققه: محمد زهير بن ناصر الناصر، مع الكتاب: شرح وتعليق الدكتور مصطفى ديب البغا، دار طوق النجاة، دبن، ط1، 1422هـ، ج4، ص9.

⁵ -- وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4462.

حسن الذكرى وطيب الأثر ولذلك في قلوب الناس منزلة رفيعة تحبب إليهم مودة ذريته الضعيفة، ويسهل عليهم خدمتهم.¹

وثالثها فهي قوله تعالى: " إِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِكْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ "2.

وفسر الشافعي السفية بالمبذر، والضعيف بالصبي والكبير المختل، والذي لا يستطيع أن يمل بالمغلوب على عقله، فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فدل على ثبوت الحجر عليهم.³

فدلت هذه الآيات على جواز الحجر على السفية واليتيم ومن في معناهما - كالمجنون والصغير - في أموالهم، لئلا تتعرض للضياع والفساد ولا تدفع إليهم، إلا إذا تحقق رشدهم، وللولي أن يتصرف في أموالهم إذا دعت المصلحة لذلك.⁴

ثانيا/ من السنة: ما جاء عن ابن كعب بن مالك عن أبيه رضي الله عنهما: « أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله، وباعه في دين كان عليه⁵ » وقيل حتى لم يبقى لمعاذ شيء⁶ وما جاء عن عائشة عن النبي ﷺ قال: « رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل » وقد قال حماد: أيضا وعن المعتوه حتى يعقل.¹

¹ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ/2003م، ج2، ص312.

² - سورة البقرة، الآية 282.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، من 1410هـ - 1990 م، ج17، ص 86.

⁴ - نخبة من العلماء، الفقه الميسر ...، مرجع سابق، ص 230.

⁵ - أخرجه الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ - 2004 م، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك. باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، الحديث رقم : 4551، ج5، ص413.

⁶ - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات و معاملات)، دار الكتاب الحديث، الجزائر الكويت القاهرة، ط2، دت ن، ص 391.

المطلب الثاني: أنواع الحجر والحكمة منه

الفرع الأول: أنواع الحجر

أنواع الحجر وردت أنواع الحجر في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، على النحو الآتي: أولاً في الفقه الإسلامي:

المستحق الحجر عليهم ضربان: ضرب يستحق عليهم لحقوقهم، والضرب الآخر لحقوق غيرهم².

- النوع الأول: الحجر لمصلحة المحجور عليه، كالحجر على المجنون والصغير والسفيه المبذر، إذ فائدة الحجر لا تتعداهم، فقد شرع لمصلحتهم أنفسهم³.

- النوع الثاني: الحجر على الإنسان لمصلحة غيره، كالحجر على المفلس، فيمنع من التصرف في ماله لئلا يضر بأصحاب الديون، والحجر على المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث من ماله لحق الورثة، وكذلك العبد يحجر عليه الحق سيده، فلا يصح تصرفه بغير إذن سيده⁴، فقد شرع الحجر لصالح غير المحجور عليه⁵.

غير أن الفقه أتي بتقسيم آخر وهو تقسيم الحجر إلى حجر حكمي وحجر قضائي.

- الحجر الحكمي: وهو كذلك بحكم الشرع، يشمل من كان محجوراً عليه لذاته ومن دون حاجة لقرار قضائي، وأهم أسبابه صغر السن والجنون والعتة، وبناء عليه فلو صدر حكم قضائي بتثبيت الحجر على الصغير أو المجنون أو المعتوه يعتبر الحكم بهذه الحالة إثباتاً للحجر موجوداً شرعاً ولا تكون له صفة الحكم الإنشائي⁶.

¹ - الدارمي: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد، تميمي، سمرقندي، مسند الدارمي المعروف بسند الدارمي، حققه: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412هـ - 2000م، ج3، ص1477.

² - أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424هـ - 2004م، ص177.

³ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4466.

⁴ - نخبة من العلماء، الفقه الميسر...، مرجع سابق، ص230.

⁵ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4466.

⁶ - أحمد المصطفى، المرجع السابق، ص244.

الحجر القضائي: وهو الحجر الذي يحكم به القاضي في بعض الأحوال كالحجر على السفية أو المديون بناء على طلب دائنيه، والحجر بهذه الصفة يكون إنشائياً لأنه جاء نتيجة الحكم قضائي غير ناتج عن حال يتصف بها المحجور لذاته¹.

وهناك من قسم الحجر إلى حجر عام وحجر خاص، فالحجر العام: يتناول جميع تصرفات المحجور عليه المالية والغير مالية كالحجر على الصبي غير المميز، والحجر الخاص يتناول مال المحجور عليه فقط كالحجر على السفية².

في حين أن هناك من قسم الحجر إلى حجر كلي وحجر جزئي، وهذا النوع يثبت الحجر فيه بشكل جزئي على المحجور عليه، وذلك مثل الحجر على الزوجة وعلى المريض حيث أنه لا يستطيع التصرف فيما يزيد على ثلث ماله³.

ثانياً في القانون الجزائري:

يقسم الحجر في القانون الجزائري إلى نوعين: حجر قضائي كما جاء في قانون الأسرة، وحجر قانوني كما جاء في قانون العقوبات، وبما أن النوع الأول سيأتي بيان أحكامه لاحقاً بنوع من التفصيل، فسندكره باختصار ونحاول التركيز على النوع الثاني وهو الحجر القانوني.

01- الحجر القضائي:

أ- تعريف الحجر القضائي: يعرف الحجر القضائي بأنه منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله أو لضعف في بعض ملكاته النفسية الضابطة¹.

¹ - أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في الحقوق وفي الشريعة الإسلامية، مصر، 1964م، ص 118

² - ذكره: ريمة شيكر، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2013م/2014م، ص 12.

³ - عاهد أحمد أبو العطاء المرجع السابق، ص 24.

أما عن أسباب الحجر القضائي فهي نفسها عوارض الأهلية التي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني²، سواء أكانت المعدمة لها كالجنون والعتة أو المنقصة لها كالفقه والغفلة، وعليه فالحجر للجنون والعتة³ والفقه والغفلة هو حجر قضائي، وهذا هو الحجر الذي يهدف إلى حماية عديمي الأهلية وناقصيها⁴.

وهناك من يرى أن الحجر يتم توقيعه على من تعذر عليه التعبير عن إرادته كمن اجتمعت فيه عاهتان، فمن كان أصم أخرس، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، فلا يستطيع التعبير عن إرادته⁵، إذ قد يكون الإنسان الراشد أهلاً لمباشرة كافة التصرفات القانونية إذا لم يوجد عارض يصيب أهليته، ومع ذلك قد توجد موانع تحول بين كمال أهليته وحقه في مباشرة التصرفات القانونية⁶، وهي ما يسمى بموانع الأهلية، وتعرف هذه الأخيرة بأنها "أحداث تطرأ على حياة الإنسان تمنعه من التصرف المباشر والشخصي في أمواله"⁷.

وموانع الأهلية قد ترجع لأسباب مادية كأن يكون الشخص غائبا، وقد ترجع لأسباب قانونية كأن يحكم على الشخص بعقوبة جنائية وهو ما سيأتي بيانه في النوع الثاني للحجر أي الحجر القانوني، وقد ترجع إلى أسباب طبيعية⁸ وهو ما يسمى بالموانع الطبيعي، وهذه الأخيرة تنصب على كل شخص مصاب بإعاقة جسدية تمنعه من التعبير عن إرادته مما يتطلب تعيين

¹ - كمال حمدي، المرجع السابق، ص 179.

² - قانون رقم 05-10، مؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، مؤرخة في: 19 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 26 يونيو سنة 2005.

³ - تنص المادة 42/01 من القانون المدني الجزائري على: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون".

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

⁵ - كمال حمدي، المرجع السابق، ص 227.

⁶ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 153.

⁷ - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم، عنابة، الجزائر، دت ن، ص 156.

⁸ - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 153.

مساعد قضائي له يباشر التصرفات القانونية المتعلقة به¹، والمساعدة القضائية تنقرر للإنسان بشرط أن يجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث، وهي الصمم والعمى والبكم، وكذلك يلزم أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته، فإذا أمكن للشخص برغم اجتماع عاهتين لديه، أن يتقهم ظروف التصرف الذي يجريه، وأن يعبر عما يريده بشأنه، فلا يحق إخضاعه لنظام المساعدة القضائية، وقاضي الموضوع هو الذي يقرر ذلك²، وعليه فموانع الأهلية تختلف عن عوارضها.

وحسب رأبي فإن سبب الحجر هو ضعف في العقل، وبالتالي ضعف تقدير المحجور عليه، غير أن الشخص الذي اجتمعت فيه عاهتان يكون سليم العقل وإنما لا يستطيع التعبير عن إرادته بسبب ذلك العجز، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 80 من القانون المدني على أنه في هذه الحالة تعين المحكمة مساعدا قضائيا لهذا الشخص لكي يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، فتنص المادة 80 من القانون المدني على ما يلي:

إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

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

وبما أن المشرع الجزائري وضع لمثل هذه الحالة نظام المساعدة القضائية وليس نظام الحجر، فلا يمكن القول أن الشخص المصاب بمانع طبيعي يحجر عليه، إذ بهذا القول نعطي للمانع الطبيعي نفس أحكام الحجر التي وضعها المشرع بالنسبة لعوارض الأهلية، وهذا غير صائب، فالأحكام التي وضعها المشرع الجزائري لنظام المساعدة القضائية تختلف عن الأحكام التي وضعها للحجر، والمشرع حين ذكر أسباب الحجر في المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري لم يعتبر المانع الطبيعي ضمنها، وكذا بالنسبة لحكم تصرفات المحجور عليه فهي تختلف عن

¹ - الجليلي عجة، المرجع السابق، ص 161.

² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام التصرف والإرادة المنفردة (العقد القانوني)، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004م، ج 1، ص 163.

حكم تصرفات الشخص المصاب بمانع طبيعي إذ يترتب عن عوارض الأهلية بطلان التصرف والذي قد يكون بطلانا مطلقا كما في حالة الجنون والعتة ، وقد يكون البطلان نسبيا كما في حالة السفه والغفلة وهو ما سيأتي بيانه لاحقا، بينما نجد أن التصرفات المبرم مع وجود مانع من موانع الأهلية تكون صحيحة قبل تعيين مساعد قانوني للشخص الممنوع من مباشرة حقوقه أما بعد تعيين المساعد القانوني فتكون قابلة للإبطال¹.

ب- ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه:

ذلك أن الهدف من توقيع الحجر هو المحافظة على مال عديم الأهلية "المجنون والمعته" أو ناقص الأهلية "السفيه وذو الغفلة"، فحيث لا يوجد مال للشخص المطلوب الحجر عليه فلا محل لتوقيع الحجر لانتهاء العلة الداعية إليه.

غير أن المشرع الجزائري في تنظيمه لأحكام الحجر لم يشترط ضرورة وجود مال للمطلوب الحجر عليه، على خلاف المشرع المصري الذي اشترط ذلك في المادة 35 من القانون رقم 01 السنة 22000.²

02- الحجر القانوني:

تعرف العقوبة بأنها إنقاص أو حرمان من كل أو بعض الحقوق الشخصية، يتضمن إيلا ما يصيب مرتكب السلوك الإجرامي كنتيجة قانونية، ويتم توقيعها بمعرفة جهة قضائية جزائية وفق إجراءات خاصة³، ويمكن تصنيف العقوبة كجزاء جنائي يقرره القانون على ارتكاب فعل ينهي عنه، أو عدم إتيان ما يأمر المخاطب بالقاعدة للقيام به، فيعاقب عليهما كجريمة، إلى نوعين: عقوبة أصلية وأخرى تكميلية⁴، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بتقسيم العقوبات إلى أصلية وعقوبات تكميلية، والعقوبات الأصلية وفقا للمادة 04 من قانون العقوبات هي تلك العقوبات التي

¹ - الجبالي عجة، المرجع السابق، ص 160.

² - كمال حمدي، المرجع السابق، ص 180.

³ - عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام (نظرية الجريمة -نظرية الجزاء العام)، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 283.

⁴ - عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، موفم للنشر، الجزائر، دت ن، ص 369.

يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى¹، أما العقوبات التكميلية فهي عقوبات إضافية أو ثانوية، تتضمن الانتقاص من الحقوق المدنية والسياسية أو الوطنية وبعض الحقوق الأخرى التي يقدر المشرع مدى ضرورة القضاء بها على المحكوم عليه²، ومن بين العقوبات التكميلية الحجر القانوني.

أ- تعريف الحجر القانوني: تنص المادة 09 من قانون العقوبات

على: "العقوبات التكميلية هي: 1- الحجر القانوني،..."، ومنه فالحجر القانوني هو عقوبة تكميلية كانت موجودة في قانون العقوبات تحت عنوان العقوبات التبعية³، حيث مفاده حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية من مباشرة حقوقه المالية، وتكون إدارة أمواله طبقاً للأوضاع المقررة في الحجر القضائي، فلا يمكنه التصرف في أمواله بأي نوع من التصرفات، كالبيع أو الهبة أو الرهن وغير ذلك⁴.

ويكون الحجر القانوني إلزامياً في حالة الحكم بعقوبة جنائية، فتنص المادة 09 مكرر ق.ع. ج على أنه: في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.

تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي". ولا تطبق هذه العقوبة على المحكوم عليه بعقوبة جنائية⁵ بقوة القانون، كما كان الحال سابقاً عندما كان الحجر القانوني عقوبة تبعية، بل يتعين أن يأمر به الحكم القاضي بعقوبة جنائية، ومن ثم لا مجال لتطبيقها في الجنايات التي لا يحكم فيها بعقوبة جنائية وإنما بالحبس لتوافر سبب من أسباب تخفيف العقوبة⁶، ولم يشر المشرع إلى الحالات التي يكون فيها الحجر القانوني اختيارياً، ومع ذلك فليس ثمة ما

¹ - عبد القادر عدو، المرجع نفسه، ص 282.

² - عبد الله أوهابية، المرجع نفسه، ص 375.

³ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة، الجزائر، ط1، 2012م، ص 292.

⁴ - الحسين بن شيخ، مبادئ القانون الجزائي العام (النظرية العامة للجريمة، العقوبات وتدابير الأمن، أعمال تطبيقية، القانون العرفي الجزائري لقرية تاسلنت منطقة أقبو)، دار هومة، الجزائر، 2005م، ص 153.

⁵ - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 293.

⁶ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 301.

يمنع الحكم به في حالة الحكم بعقوبة جنحية ما دامت هذه العقوبة مقررة في المادة 09 ق.ع. ج ولم يعلق المشرع تطبيقها على شرط أن ينص عليها القانون صراحة، كما فعل مثلاً بالنسبة لعقوبة المصادرة عند الإدانة من أجل جنحة أو مخالفة.¹

ب - مدة الحجر القانوني:

يقصد بمدة الحجر أو الحرمان من مباشرة المحكوم عليه لحقوقه المالية: مدة تنفيذ العقوبة الأصلية، فإذا انقضت تلك العقوبة بتنفيذها، رفع الحظر عن المحكوم عليه وعاد لممارسة حقوقه المالية كاملة.

وقد يستفيد المحكوم عليه من عفو ينقص أو يزيل العقوبة، وهنا فالأصل أن الحجر القانوني يستمر باستمرار العقوبة الأصلية وينقضي بانقضائها، وفي حالة العفو الكلي أو الجزئي عن العقوبة تتأثر العقوبة التكميلية المتعلقة بالعقوبة الجنائية الأصلية، فتتقصر أو تنقضي معها.² وفي حالة أخرى، قد يستفيد المحكوم عليه من الإفراج المشروط³، فبما أنه إفراج مؤقت لا ينهي العقوبة إلا إذا نجح المحكوم عليه بتنفيذ التزاماته وأصبح الإفراج نهائياً فإنه لا يزيل العقوبة التكميلية إلا عندما تنتهي العقوبة الأصلية ويصبح الإفراج نهائياً، أما قبل هذا التاريخ أي قبل أن يصبح الإفراج نهائياً فالعقوبة التكميلية لا تنتهي بمجرد الإفراج المشروط.

¹ - أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص 293-294.

² - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام (الجزء الجنائي)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005م، ج2، ص473.

³ - الإفراج المشروط نظام يسمح بإخلاء سبيل المحكوم عليه الموقوف قبل انقضاء العقوبة المحكوم بها عليه، وذلك تحت شروط، وهو نظام قديم ظهر في أواخر القرن الثامن عشر في الإمبراطورية النمساوية ثم انتشر ليشمل معظم التشريعات على اختلاف مذاهبها العقائدية وأنظمتها السياسية، ولقد أخذ به المشرع الجزائري منذ صدور أول قانون متعلق بتنظيم السجون في 10 فبراير 1972م، وهو ليس حقاً مكتسباً وإنما منحة أجازها المشرع وجعلها مكافأة تأديبية يجازي بها السجين الذي تتوافر فيه شروط معينة حددها القانون، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 399.

وترد للمحكوم عليه أمواله بعد انقضاء عقوبته، وعلى من تولى إدارة أعماله أن يقدم كشفا حسابيا بمختلف الأعمال التي قام بها، تحت طائلة المسؤولية عما يلحق أموال المحجور عليه من ضرر بسبب تقصيره.¹

ج - الحكمة من الحجر القانوني:

يمكن إيراد الحكمة من الحجر القانوني على ثلاث أوجه هي:

- **الوجه الأول:** الحيلولة بين المحكوم عليه وبين إساءة استخدام أمواله أثناء تنفيذ العقوبة خاصة أنه أثبت بارتكاب الجريمة وإدانته بعقوبة جنائية أنه غير جدير بإدارة ذمته المالية.²
- **الوجه الثاني:** غل يد المحكوم عليه عن أمواله حتى لا يستخدمها في التأثير على الحراسة لتحسين حالته في السجن، أو للاستعانة بها على الفرار من تنفيذ العقوبة، فضلا عن أن المحكوم عليه لا يكون في حالة تمكنه من إدارة أمواله، فهو إجراء مقرر لمصلحته من هذا الوجه.³
- **الوجه الثالث:** حماية الغير الذين تتعلق حقوقهم المالية بذمة المحكوم عليه خاصة المضرور من الجريمة، إذ قد يتحصل هذا الأخير على حكم بتعويض الضرر الناجم عن الجريمة، وتصرف المحكوم عليه بأمواله يهدد مصلحة المضرور في الحصول على مبلغ التعويض المحكوم به.⁴

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعيته

الحكمة من الحجر إن الناظر إلى جميع الأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى، يرى أنها جاءت لتحقيق مصالح العباد وتدفع عنهم الفساد، وأنها ما شرعت إلا لتخفيف الأعباء عنهم،

¹ - عبد الله سليمان، المرجع نفسه، ص 473.

² - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 301

³ - مال حمدي، المرجع السابق، ص 230. 3- عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص 301.

⁴ - شرى خليل وفاطمة بوقفة وليندة أمناش، الحجر في الفقه والقانون، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، الجزائر، 2001م، ص 07.

ولتيسير أمورهم بما يتوافق مع مصالحهم العليا في هذه الدنيا، والحجر جزء من منظومة الأحكام الشرعية التي ما شرعت إلا لتحقيق المصالح ودفع المفسد¹.

فليس في الحجر إهدار حقيقي لكرامة الإنسان، وإنما هو رحمة ومصالحة وصون وتعاون، فهو رحمة بالمحجور عليه حتى يوفر له ماله في وقت تكثر فيه مسؤولياته، وتتعدد واجباته، فلا يواجه الحياة بوجه عبوس مقطب، ولا تتراكم عليه الهموم والمشكلات، ولا تصادمه الصعاب والمشاق، وإنما يجد في ماله سبيلا للنجاة، والعيش الكريم، وشق طريق الحياة، وهو صون لماله من عبث العابثين، وحد لهوى النفس بالإنفاق في وجوه غير صحيحة².

ولا شك أن الأشخاص تتفاوت في قدراتهم وكمال عقولهم وصفاتهم وملكاتهم وحسن تقديرهم للأمور، فمن أصابته آفة في العقل تذهب بكماله، ومن يتبع الهوى ويكابر العقل، ومن يختل ميزان التقدير لديه لضعف في بعض ملكاته الضابطة، كل هؤلاء لا يؤتمنون على أموالهم، فكان على المشرع أن يتدخل لمنع إطلاق أيديهم فيما يملكونه من مال، وليس قصده من ذلك توقيع عقوبة عليهم، وإنما حمايتهم بأن يحفظ لهم مالهم³.

إن: فالحجر مصلحة الفرد والمجتمع ودفع للضرر عنهما، بتدريب المحجور وتوفير الخدمة اللازمة له بالتصرفات وممارسة شؤون التجارات، حتى لا يصبح عالة على المجتمع، وكي لا تبدد الأموال، وهو عون ضروري من الكبير الراشد لليتيم قاصر مثلاً للأخذ بيده في سفينة الحياة، ولتثمير ماله، والإنفاق منه على الأمور الضرورية له، والبعد عن الأوجه المتنوعة للصرف فيما لا يحق النفع والخير له، فالمحجور عليه إن كان صغيرة أو مجنونة أو معتوهة هو ناقص

¹ - عاهد حامد أبو العطا، الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008م، ص 26.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع السابق، ج 6، ص 4463.

³ - كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية - الوصاية - الحجر - الغيبة - المساعدة القضائية) الاختصاص والإجراءات والقرارات، دار المعارف، الإسكندرية، 2003م، ص 179.

العقل ليس أهلاً لتقدير المصلحة، ولا يتصور منه الرضا الصحيح، ولا القصد والاختيار، فالحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لماله عليه¹.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن في الحجر محافظة على المجتمع فالسفيه والمبذر لا ينفق ماله بما فيه خير للناس والمجتمع، وكذلك المحافظة على حقوق الدائنين وحفظ مصالحهم وأموالهم من أن تضيع بسبب سوء تصرف المدين، وكذا المحافظة على حقوق الأولاد من الضياع فبعض الناس لا ينظر إلى أولاده وإنما يعيش لنفسه، والمحافظة على حقوق الورثة حيث إن المريض مرض الموت لا يؤمن ولا يترك له الأمر في التصرف في أمواله كيفما شاء فالحجر شرع من أجل حماية الورثة من ضياع أموالهم وحقوقهم².

وقد أوصى الله الأولياء والأوصياء عن اليتامى والمساكين بضرورة الإشراف على شؤونهم بالحق والعدل والمعروف، إذ أنه ربما ترك الإنسان ذرية ضعافاً يحتاجون لمعاونة غيرهم لهم³، لذلك قال سبحانه وتعالى: **وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا (9) إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلُونَ سَعِيرًا**⁴.

وعليه فالحجر ليس إهدار للأدمية الشخص بمنعه من التصرف في ماله، فذلك المنع والذي يحصل بتوقيع الحجر لا يقوم إلا إذا قام موجبه وتدعو إليه في الواقع ضرورة ملحة ملجنة⁵.

¹ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4464.

² - عاهد حامد أبو العطاء المرجع السابق، ص 26.

³ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4464-4465.

⁴ - سورة النساء، الآية 9/10 .

⁵ - كمال حمدي، المرجع السابق، ص 179.

المبحث الثاني: أسباب الحجر بين الشريعة و القانون.

إن الهدف من توقيع الحجر في الشريعة الإسلامية و القانون، هو حماية المحجور عليهم، و إن كانت الإختلافات بينهما ليست جوهرية، كون الحجر و مهما اختلفت أنواعه، فهو يؤدي إلى إظهار أداء و تمييز الأشخاص لمصلحتهم و دفع الضرر عنهم، و هو يقوم على عدة أسباب متعلقة بعوارض الأهلية من جنون، عته سفه و غفلة، أي كل ما يطرأ على الفرد من تغير اتجاه أمواله، و كحماية لهذا الشخص و أخذا بالأسباب الضرورية، يتم توقيع الحجر و هو ما تتم دراسته من خلال تحديد أسباب الحجر في الشريعة الإسلامية كمطلب أول، و أسباب الحجر في القانون كمطلب ثاني.

المطلب الأول: أسباب الحجر شرعا

للحجر أسباب كثيرة، منها ما هو متفق عليه كالحجر بسبب الصغر والجنون والعتة، أو فقد الأهلية أو نقصها. ومنها ما هو مختلف فيه كالحجر بسبب الغفلة والسفه والدين¹، واثنان خاصان بما زاد على الثلث، رعاية لحق الورثة، وهو المرض الخوف والنكاح بزوجة²، وتذكر بعض كتب الفقه حجه على ثلاثة غير هؤلاء، وهم الطيبب الجاهل، والمفتي الماجن، والمكاري المفلس³.

¹ - وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص416.

² - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، ص 410، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 1430هـ - 2009 م

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص438.

الفرع الأول: أسباب الحجر المتفق عليها

أولاً: الحجر على الصغير:

1) الصغر لغة: الصغر ضد الكبر¹، أصغر وأصغرون وهي صغرى، وصغريات وفي المثل: " المرء بأصغريه: قلبه ولسانه " والصغيرة: الذنب القليل²، والتصغير للإسم والنعته يكون تحقيراً، ويكون شفقة، ويكون تخصيصاً، كقول الحباب ابن المنذر: أنا جذيلها المحكك وعذيقها المرجب³، وأرض مصغرة: تبثها صغير لم يطل ويقال: صاغرون؛ أي أذلاء مقهورون ومغلوبون، وقيل: خاضعون⁴.

الصغر في الإصطلاح: عدم البلوغ أو عدم الاحتلام⁵، والصغر وصفت في الانسان من حيث ولادته إلى أن يبلغ الحلم⁶، والصغر إما مميز أو غير مميز، وغير المميز: هو الذي لم يتم سن السابعة من العمر⁷، وهو الذي لا يفهم ما يترتب على العقود والتصرفات، ولا يعي الفرق بين الغبن الفاحش واليسير، وهو فاقد الأهلية⁸.

والمميز هو الذي أكمل سن السابعة لقوله صلى الله عليه وسلم - ((امروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين))⁹ واستطاع أن يدرك الفرق بين الغبن الفاحش واليسير، وما يترتب

¹ - إسماعيل الجوهري، الصحاح، ص 646

² - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 415،، مكتبة الشروق الدولية، مصر ط2، 1425 هـ - 2004 م

³ - الحسن بن محمد بن الحسن الصعاني، التكملة والذيل والصلة لكتاب تاج اللغة وصحاح العربية، ج 3، مطبعة دار الكتب، 1973، ص 68.

⁴ - المعجم الوسيط، المصدر نفسه، ص 515، الجدل: عود ينصب للإبل الجري تحتك به فتشفي، والمحكك: الذي كثر به الإحتكاك حتى صار مملاً، والعنق: بالفتح: النخلة، والمرجب: المدعوم بالرجبة؛ وهي خشبة ذات شعبتين، وذلك إذا طال وكثر حملة.

⁵ - د الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، ج 3، مؤسسة الريان للطباعة و النشر والتوزيع، ص 656.

⁶ - عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، ص 313.

⁷ - وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ج 5، ص 417.

⁸ - بلقاسم شتوان، المصدر السابق، ص 89 الطبيب الجاهل: هو الذي يشقي الناس دواء مهلكة أو إذا قوي عليهم الدواء لا يقدر على إزالة ضرره ويمنع عن تعاطي الطب المكارى المفلس: هو الذي يكرى للناس جمالا ونحوها ويجحد أجرتها وليس عنده شيء منها. حتى إذا جاؤوا ليأخذوها هربا منهم وأضاع عليهم أموالهم. المفتي الماجن: هو الذي يتعرض للإفتاء، وهو جاهل للحقيقة.

⁹ - وهبة الزحيلي، المصدر نفسه، ج 5، ص 416

على العقود والتصرفات، وهو بذلك يختلف عن الصبي غير المميز ؛ كونه ليس فاقدا للأهلية بالكلية، بل ناقصها فقط¹.

ويقطع الصبا بالبلوغ والرشد بعد الاختبار² لقوله تعالى ((وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم.)). حيث علقت الآية دفع المال على أمرين هما: البلوغ، والرشد.

1) البلوغ: انتهاء فترة الصغر والدخول في حد الكبر³، وله خمس علامات: ثلاثة منها مشتركة بين الذكر والأنثى وهي: إثبات شعر العانة والمراد به الخشن، لا مجرد الزغب، ولا يتقيد بشعر الإبط أو اللحية، لأنه يتأخر عادة عن البلوغ.

والاحتلام بخروج المني باللذة في النوم، أو اليقظة⁴، قال تعالى: ((وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم.))⁵ إكمال خمسة عشرة سنة، لحديث - ابن عمر قال: ((عرضني رسول الله -صلى الله عليه و سلم- يوم أحد في القتال وأنا ابن الرابعة عشرة سنة فلم يجزني، فلما كان يوم الخندق وأنا ابن الخامسة عشرة فأجازني.))⁶، وقيل سبعة عشرة، وقيل ثمانية ثمانية عشرة⁷، وقد ر الفقهاء أن أقل سنا للبلوغ هو اثنا عشر سنة للغلام لأنه أقل سن للاحتلام وتسع سنوات للبنات لأنها أقل سن للحيض⁸، وما يزيد به الإناث على الذكور شيئان: الحيض، والحمل⁹.

¹ - بلقاسم شتوان، المصدر نفسه، ص 89، 90

² - خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 5، ص 226.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، ج 17، ص 87.

⁴ - الصادق الغرياني، المصدر السابق، ج 3، ص 657.

⁵ - سورة النور، الآية 59

⁶ - البيهقي، السنن الكبرى، ج 6، ص 91، كتاب (الحجر - باب البلوغ بالسن).

⁷ - خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح، ج 5، ص 232

⁸ - الحسني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية، والوقف، ص 9

⁹ - القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي، ج 1، ص 423.

(2) **الرشد:** أن يكون حافظا لماله عارف بوجوب أخذه، وإعطائه¹، وهذا قول الجمهور من "الحنفية" "الحنفية" و"المالكية" و"الحنابلة" وهو واجب عند الشافعية².

ثانيا: الحجر على المجنون

المجنون لغة: المجنون: المغطى العقل، جن: ذهب عقله ؛ أي أعجب بنفسه إعجابا حتى صار كالمجنون³، أرض مجنئة: كثيرة الجن والمجننة: الجنون، وجن الرجل جنونا، وأجنه الله فهو مجنون، مجنون، وهم مجانين⁴، وفي حديث الحسن: أنه رأى قوما مجتمعين على إنسان فقال: ما هذا ؟ فقالوا: مجنون، قال: هذا مصاب، إنما المجنون الذي يضر بمنكبيه، وينظر في عطفى، ويتمطى في مشيته⁵.

المجنون اصطلاحا: اختلال بالعقل، يمنع جريان الأقوال والأفعال على نهج العقل إلا نادرا⁶، وعرفه الدكتور " محمد مصطفى شلبي " " المجنون بأنه: عديم العقل فيأخذ حكم الصغير قبل سن التمييز إذا كان جنونه مطبقا أو متقطعا في حال الجنون، أما في حال الإفاقة فهو كالعاقل⁷ تعريف " الجنون" لدى الأطباء العقليين: آفة تعترى العقل فتصيب الإدراك وتذهب به، وهو يفسد العقل بالكلية وتزيله⁸.

والحجر على المجنون، لقوله تعالى: ((فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل.))⁹. ودلالة الآية على الحجر، أن يكون المجنون

¹ - خليل بن اسحاق المالكي، المصدر نفسه، ج6، ص233.

² - الموسوعة الفقهية، المصدر نفسه، ج17، ص88.

³ - د. أحمد رضا، متن اللغة العربية، ج 1، ص 584،

⁴ - الفراهيدي، كتاب العين، 6، ص 21.

⁵ - ابن منظور، لسان العرب، ج 13، ص 97

⁶ - بلقاسم شتوان، المصدر نفسه، ص 101.

⁷ - فطيمة زهرة عبد العزيز، المحجور عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، 2015-2016، ص28.

⁸ - العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص165.

⁹ - سورة البقرة، الآية:282.

ضعيف، مسلوب الإرادة، لا يستطيع أن يمل، فيكون "محجورًا عليه"، ويستمر الحجر باستمرار الجنون¹.

أنواع الجنون: ينقسم الجنون إلى

* جنون أصلي: وهو أن يبلغ الشخص مجنوناً .

* جنون طارئ: وهو أن يبلغ الشخص عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون بعد البلوغ .

* جنون مطبق: وهو الذي يفقد فيه المجنون عقله فقداناً تاماً يستوعب كل الأوقات وصاحبه عديم الأهلية وتصرفاته غير منعقدة .

* جنون غير مطبق (الجنون المتقطع): وهو الذي يذهب بعقل صاحبه في بعض الأوقات ثم يعود إليه عقله في بعض الأوقات الأخرى؟²

ثالثاً: الحجر للعتة

العتة لغة: من غيره وغيثها وعيه: نقص عقله أو فقده أو دهش من غير مس جنون، فهو معتوه³، واله: التجني والرعونة قال الأخفش: رجل عتاهية، وهو الأحمق⁴، والعتة والله: الخفة والجنون. العتة الشلي: مرض زهري في المخ مصحوب بارتعاش واضطراب في النطق وضعف عقلي متزايد.

العتاه الباكر: الفصام، وهو ضعف عقلي يصيب المراهقين⁵

العتة اصطلاحاً: هو آفة تعتري العقل فتوجب خللاً فيه، ومن ثم قصه، وتجعل المصاب به تخلف عقلية، أو ضعيف الملكات العقلية، بحيث يستطيع الإدراك والتمييز إلى حد ما. ولكن ذلك لا يرقى إلى تدبير الأمور بيرة سليمة، والمحكم عليها حكماً صحيحاً⁶.

¹ - الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج 3، ص 654

² - فطيمة زهرة عبد العزيز، المصدر السابق، ص 28

³ - أحمد رضا، معجم متن اللغة العربية، ص 25

⁴ - اسماعيل الجوهري، الصحاح، ص 732

⁵ - المعجم الوسيط، ص 583

⁶ - العربي بختي، المصدر السابق، ص 167.

و العته من الجنون ولكن الأستاذ الزرقا فرق بينهما فقال: " والفرق بين العته والجنون أن العته ضعف في العقل ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، أما الجنون فهو اختلال في العقل ينشأ اضطراب أو هيجان¹، ويذهب هذان المرضان بسلامة الإدراك وتقدير الأمور تقديرا صحيحا. ولكن العته قد يكون معه تمييز، فيكون المعتوه مميزا وقد يكون غير مميز، أما المجنون فإنه لا يكون مميزا².

الفرع الثاني: أسباب الحجر المختلف فيها

أولا: الحجر للسفه

السفه لغة: سنية سفها، وسفاها، وسفاهة: خف وطاش وجهل³ وسنية: حق ونقص عقله قال تعالى: ((ومن يرغب عن ملة إبراهيم إلا من سفه نفسه)) ومعنى سفه نفسه: امتنها وحملها على السفه والطيش⁴، والسفاهة: نقيض اللحم وسه الرجل: صار سفيها⁵ هو السافه: الأحمق⁶ السفه اصطلاحا: غلب استعمال لفظ "السفه" في الاصطلاح الفقهي على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والحكمة⁷.

السفه: هو الخفة والطيش بتبذير المال، ووضع الأمور في غير موضعها، فالتبذير من علامات السفه وآثاره⁸.

السفيه: هو المبذر لماله، إما بإنفاقه في اتباع شهوته، وإما لعدم معرفته بمصالحه، وإن كان صالحا في دينه⁹.

1- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، دمشق، ط1425، 2 هـ -2004 م، ص 834

2- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، د ط، دت ن، ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، ص 339.

3- المعجم الوسيط، ص 434

4- عمر أحمد المختار، المعجم الموسوعي لألفاظ القرآن الكريم وقراءاته، ص 239.

5- الفراهيدي، كتاب العين، ج 4، ص 9

6- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، ص 173

7- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ص 51.

8- الغرياني، المصدر السابق، ص 655.

9- ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبية على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي، ص 485.

والدليل على مشروعية الحجر على السفیه قوله تعالى: (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً).¹

وللسفه حالتان:

- استمرار السفه بعد بلوغ الإنسان أو إستفاقته من الجنون، وهذا النوع من السفه يعقب الصبا، وذلك بأن يبلغ سفيهاً.

- طروئه بعد البلوغ والرشد، وهذا النوع من السفه يطرأ بعد بلوغ الصبي رشده.²

ثانياً: الحجر للغفلة

الغفلة لغة: قل يغفل غفلة وغفوة، واللغافل: العمد وأغفلت الشيء: تركته فلا وأنت له ذاكراً، والمغل: من لا فطنة له³، وغافلون: ساهون لاهون⁴، ورجل غفل: لم يجرب الأمور⁵

والغفلة: هي غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، وقد استعمل فيمن تركه إهمالاً وإعراضاً كما في قوله تعالى (وهم في غفلة معرضون)⁶

الغفلة اصطلاحاً: الغفلة في الإصطلاح الفقهي هي: " عدم الإهتمام إلى التصرفات الرباحة بسبب البساطة وسلامة القلب⁷ .

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الغفلة بأنها " ضعف بعض الملكات الظابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير، ويترتب على قيامها بالشخص أن يغيب في معاملاته مع الغير"⁸.

¹ - سورة النساء، الآية: 05.

² - الموسوعة الفقهية، المصدر السابق، ج25، ص 48- 52.

³ - الفراهيدي، كتاب العين، ص419.

⁴ - أحمد المختار، المعجم الموسوعي، ص 338

⁵ - اسماعيل الجوهري، الصحاح، ص 853

⁶ - أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، د ط، مكتبة لبنان 1987 م، ص 171

⁷ - محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النقع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبع في 2002، ص 23.

⁸ - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، طبع في 2002، ص53.

وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الرابح فيها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأيسر الإندفاع على نحو يهدد المال بخطر الضياع¹.
 وذا الغفلة "هو من يكون طيب القلب إلى حد السذاجة، بحيث تجره طبيته وسلامة قلبه إلى سهولة خدعه وغبنه في معاملاته مع غيره"، وذا الغفلة كامل الأهلية، إذ العلة ليست في غفلة؛ بل في سذاجته وفرط طبيته²، ويختلف عن السفه بأنه ليس بمفسد لماله، ولا بمتابع هواه، ولا يقصد الإفساد، وهو المعتوه؛ لأن المعتوه السفه عكسه، مفسدا قصدا لماله، متابع لهواه، والمغفل ليس يخطئ في كلامه³.

الحجر للإفلاس: تعريف الفلاس: الفاء واللام والسين كلمة واحدة، وهي "الفلاس" معروف، والجمع فلوس"، ويقولون: أفلس الرجل، قالوا معناه صار "ذا فلوس" بعد أن كان "ذا دراهم"⁴.
 بمعنى خلا من الشيء، وعدم المال، وأفلس الرجل، إذا فقد ماله، فلم يبق له شيء كأنما صار بحيث يقال: ليس معه فلس"، وفلس "القاضي" فلانا: حكم بإفلاسه والإفلاس: حالة المدين الناتجة عن عجزه عن "الوفاء" بديونه، والمفلس "في مقياس الدنيا: من لا درهم له، ولا دينار"⁵.
 والمفلس في عرف الفقهاء: من دينه أكثر من ماله، وخروجه أكثر من دخوله. وسموه مفلسا وإن كان ذا مال⁶، لأن ماله مستحق عليه لوفاء دينه، فهو معدوم الحكم⁷، أو باعتبار ما يؤول من عدم ماله بعد وفاء دينه، أو لأنه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها⁸.

¹ - حمدي، الولاية عن المال، ص 203.

² - محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر، ص 24.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 6.

⁴ - معجم المقاييس اللغة، الجزء 4، العين - الفاء، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ص 451.

⁵ - الغرياني، المصدر السابق، ص 677.

⁶ - ابن قدامة، المصدر السابق، ج 6، ص 537.

⁷ - محمد سجالي، المصدر السابق، ج 2، ص 605.

⁸ - البهوتي، كشاف القناع، ج 5، ص 1648.

و الأصل في مشروعية حجر الحاكم على المفلس في ماله لغرمائه، ما رواه كعب عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - " أن رجلا من جهينة كان يشتري الرواحل فيغلي بها، ثم يسرع السير فيسبق الحاج فأفلس. فقام عمر : أما بعد فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته أن يقال سبق الحاج وإنه دان معرضا فأصبح وقد درين به فمن كان له دين فليأتنا حتى نقسم ماله بين غرمائه بالغد¹.

إن الهدف من "الحجر" على الفلاس"، هو حماية "الدائنين" من تصرفات المفلس" الذي اضطربت أحواله المالية، وذلك يمنعه من الإصرار بهم، وكذلك حماية "الدائنين" بعضهم من بعض وذلك لأنه من الطبيعي أن يسعى كل دائن منهم لاستيفاء حقوقه، حتى ولو أدى ذلك الأمر إلى الإضرار بالدائنين الآخرين، فالهدف من الإشهار" و"إعلان إفلاس المدين"، والحجر عليه هو تمكين الدائنين" من الحصول على حقوقهم أو إدارة الممكن منها، وذلك برفع يد "المدين" العاجز عن دفع وسداد ثبونه عن إدارة أمواله والتصرف فيها².

الحجر على المدين المفلس:

اختلف الفقهاء في الحجر عليه على قولين:

أ) القول الأول: لا يحجر على المدينين فإن طلب غرمائه حبسه، حتى يبيع ويوفي الدين³، وهو ما ذهب إليه الإمام أبي حنيفة.

¹- شهاب الدين أحمد إدريس القرافي، الذخيرة، ج8، تحقيق محمد حجي، ط1، 1994، دار الغرب الإسلامي، ص 157. الأسيفع: من السفح هو التغير ومنه قوله تعالى " لنسفعا بالناصية " أي لنغيرنها بالنار. دان معرضا: اشترى بدين ولم يبال بقضائه.

رين به: أحاط الدين بماله

²- زلماطي سميرة، أحكام الحجر بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة، ص40.

³- فطيمة الزهرة عبد العزيز، المحجور عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة تخرج شهادة الماستر سنة 2016/2015، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة ، تخصص: أحوال شخصية، ص55.

المقصود من القول: أن في الحجر إهدار لأهلية الإنسان، وإحاقه له بالبهايم، وفي ذلك ضرر خطير محقق الوقوع، يفوق الضرر الذي يلحق الدائنين في مالهم بسبب عدم سداد الديون، فلا يرتب الضرر الأشد ليدفع الضرر الأخف.

أن الحجر على المدين يستلزم من القاضي بيع ماله بدون رضا منه فيكون منهي¹ القول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه).

(ب) القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الصحابة وباقي الأئمة² بجواز الحجر عليه³ إذا كانت ديونه الحالية زائدة على ماله، وطلب الغرماء من القاضي ذلك⁴. المقصود من القول: ما رواه الدارقطني"، أن النبي -صلى الله عليه وسلم- حجر على معاذ في ماله وباعه في دين عليه. ولا يحكم القاضي بتفليس المدين إلا بثلاثة شروط:

- أن يطلب الغرماء أو من ينوب عنهم أو يخلفهم الحجر عليه. فلو طالبوا بديونهم ولم يطلبوا الحجر لم يحجر عليه، ولا يشترط أن يطلبه جميع الغرماء، بل لو طلبه واحد منهم لزم، وإن أبي بقية الغرماء، ذلك أو سكتوا، أو طلبوا تركه ليسعى. وإذا إذا أفلس الطلب بعضهم وكان الباقيين المحاصة⁵.

- أن يكون أجل الدين الذي طلب تفليسه من أجله - حالاً - فإن كان الدين آجلاً فليس للغرماء الحق في طلب التفليس، لأنه قد يأتيه مال عند الأجل⁶.

- أن يزيد الدين الحال على ماله الذي بيده⁷.

¹ - نفس المصدر، ص 56.

² - ابن قدامة، المغنى، المصدر السابق، ص 593.

³ - محمد سالم مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين (تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة)، طه، ص 460.

⁴ - رمضان علي الشرباصي. محمد كمال الدين امام عبد الهادي سالم الشافعي.

⁵ - الموسوعة الفقهية، المصدر السابق، ج 5، ص 301.

⁶ - الصادق الغرياني، المدونة، ج 3، ص 688.

⁷ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، ط 1، 1430 هـ - 2009 م، مؤسسة المعارف، بيروت، ص 382.

ثالثا: الحجر لمرض الموت: والمراد به المرض الذي يخاف منه "الموت"، ويجر على المريض الموت لمصلحة وورثته، ولكن الجزاء هنا جزئية حيث له أن يوصي بثلاث ماله لا أكثر¹، وقد عد العلماء، أمراضا كانت من الأمراض التي يكثر بها الموت، كالحمى والحمل، ولم تعد الآن كذلك، فلا يعد "المريض" بها محجورا عليه، واكتشفت أمراض أخرى قاتلة، تعد من أمراض الموت، كأمراض الدم، والأورام، وانسداد الشرايين، وفشل الكلى ومرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز)، إذا أقعدت هذه الأمراض "المريض" عن ممارسة حياته المعتادة، فيعد المريض "بها محجورا عليه" إذا لازم الفراش، واستمر مرضه متصلا بالموت. وعد علماءنا منه من كان محكوما عليه بالقتل، وحاضر صف القتال، و"المرض" الذي لا يقعد صاحبه في الفراش تصرف صاحبه كتصرف "الصحيح".

و"الحجر" على المريض إنما هو لحق الورثة، حتى لا يتحايل عليهم "المريض" بتبديد المال، فيحرمهم حقوقهم، أو يدخل عليهم وارثا جديدا².

دليل الحجر على المريض مرض الموت: فقد اتفق الفقهاء بالحجر عليه لاحق الورثة وقد استدلوها لما ذهبوا إليه بالسنة و"المعقول"، ويمكن بيان ذلك على النحو التالي:

(1) السنة: عن عامر بن سعد - عن أبيه - رضي الله عنه - قال: ((مرضت فقادني النبي - صلى الله عليه و سلم - فقلت: يا رسول الله أدع الله لي أن لا يرديني على عقبي، قال: ((لعل الله يرفعك وينفع بك الناس))). قلت أريد أن أوصي وإنما لي ابنة قلت أوصي بالنصف؟، قال: ((النصف كثير.))، قلت بالثلث؟، قال: ((الثلث والثلث كثير أو كبير))³.

إن توجيه النبي ﷺ - لسعد - رضي الله عنه - بعدم التصديق بنصف ماله إنما هو دليل على عدم إطلاق العنان أمام المريض للتصرف في ماله فلا بد من التقيد بشرع الله في استخدام

¹ - عمر علي أبو بكر، مصطفى أبو بكر مصطفى، الحجر وأثره في التشريع الإسلامي، ص 10.

² - الغرياني، المصدر السابق، ص 673.

³ - أخرجه البخاري في صحيحه: (كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث)، ص 528.

الأموال، كذلك هو دليل على أن المريض مرض الموت لا يستطيع التصرف في ماله، كيف شاء لأن هذا فيه تضييع لحقوق الآخرين¹.

من المعقول: إن المريض مرض الموت " يتوقع موته في أي لحظة وبالتالي فقد يعمد إلى الانتقام من الورثة لسبب أو لآخر وذلك من خلال التبرع بأمواله وقد يقوم بمحابة بعضهم على حساب البعض الآخر، وهذه التصرفات فيها إضرار بالورثة فيمنع عنها حماية لهم من ضياع أموالهم وذلك بأن يحجر عليه لجزئية، وذلك بمنعه عن إجراء الإقرارات وعقود التبرع².

الإجماع: قل "ابن رشد" في كتابه "بداية المجتهد" الإجماع للعلماء بالحجر على الصغير والمجنون والرقيق لكل مضيع لماله³.

رابعاً: الحجر على الزوجة: إن المدقق في آراء الفقهاء في هذه المسألة يجد أنهم قد اختلفوا في مدى جواز حجر "الزوج" على زوجته إن تصرفت بما يزيد عن ثلث مالها، بدون إذنه، وذلك على قولين:

القول الأول: ذهب "الجمهور" من (الحنفية والشافعية والحنابلة) في الرواية الراجحة عندهم إلى أن المرأة الرشيدة " المتزوجة" لا يجبر عليها في مالها، ولها أن تتصرف في جميع مالها بالتبرع والمعاوضة⁴.

القول الثاني: هذا القول ينسب إلى المالكية فالحجر على المرأة المتزوجة فقط لصالح زوجها، في التصرف بغير عوض، "كالهبة" و"الكفالة"، فيما زاد على ثلث مالها⁵.

تبرع المرأة بمالها مقيد بالثلث:

إذا كان تصرف الزوجة في مالها بعقود التبرعات، التي من غير عوض، مقيد بثلث مالها، دفعة واحدة، كان من حق "الزوج" أن يعترض عليها، ويمنعها من الرائد، فيوقعه إن شاء أو يمضيه،

¹ - عاهد أحمد أبو العطاء المصدر السابق، ص14.

² - عاهد أحمد أبو العطاء، المصدر السابق، ص14.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 5، ص 256.

⁴ - ابن قدامة، المغنى، ج6، ص 604.

⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ص 729.

فالحجر عليها وعلى المريض في الزائد على الثلث حجز إيقاف وليس حجر إبطال للزوج والورثة إمضاؤه وتصريحه، لذا لو لم يعلم بتبرع الزوجة، أو يتبرع المريض حتى صح من المرض كان تبرع كل منهما .

والأصل في الحجر على الوجه بالتبرع بأكثر من ثلث مالها، حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رسول صلى الله عليه و سلم - قال: (لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها)¹.

المطلب الثاني: أسباب الحجر قانونا

إن بلوغ سن الرشد ليس كافيا لاعتبار الشخص الطبيعي كامل الأهلية، بل يجب أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية، والتي يقصد منها أن لا يكون الشخص مصابا بعارض من عوارض الأهلية، والمتمثلة في الجنون والعتة والسفه والغفلة².

وتختلف عوارض الأهلية حسب طبيعتها، فهناك عوارض تصيب الشخص في عقله كالجنون والعتة، وأخرى تصيبه في تدبيره كالسفه والغفلة³، والنوع الأول من عوارض الأهلية يعدم أهلية الشخص، والمصاب بها يعتبر عديم الأهلية وحكمه حكم الصبي غير المميز، أما النوع الثاني فينقص من أهلية الشخص والمصاب بها يعتبر ناقص الأهلية حكمه حكم الصبي المميز، وفي كلتا الحالتين فإن عوارض الأهلية تعتبر أسبابا للحجر على الشخص المصاب بها.

وعليه فقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: الأول عن أسباب الحجر المتعلقة بعوارض ، أما الثاني فهو عن أسباب الحجر المنقصة للأهلية.

¹ - الغرياني، المصدر السابق، ص675.

² - الجليلي عجة، المرجع السابق، ص 151.

³ - عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور، الجزائر، ط1، 1432هـ - 2010م، ص 60.

الفرع الأول: أسباب الحجر المعدمة للأهلية

هنالك نوعين من أسباب الحجر المتعلقة بعوارض ، وهي الجنون والعتة كما سبق بيانه، حيث سنخصصهم بالدراسة كأسباب للحجر في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في القانون، على النحو الآتي:

أولاً في الفقه الإسلامي:

01- الجنون:

أ- تعريف الجنون:

- الجنون لغة:

لجين الرجل، وأنه الله فهو مجنون وهم مجانين. ويقال به: جنة وجنون ومئة. وأرض مكة: كثيرة الجنى. والجنان: ثوغ القلب، يقال: ما يستقر جناته من القرع. وأجي الحامل الجنين، أي الولد في بطنها، وجمعه أجنة وقد كن الولد يجث فيه جناً، قال: حتى إذا ما كث في ماء الروما.

جُنَّ الرجلُ، وأَجَنَّهُ اللهُ فهو مَجْنُونٌ وهم مَجَانِينُ. ويقال به: جِنَّةٌ وِجْنُونٌ وَمَجَنَّةٌ. وأرض مَجَنَّةٌ: كثيرة الجن. والجَنَانُ: رُوعُ القَلْبِ، يقال: ما يَسْتَقِرُّ جِنَانُهُ مِنَ القَرَعِ. وَأَجَنَّتِ الحَامِلُ الجنينَ، أي الولد في بطنها، وجمعه أَجِنَّةٌ وقد جَنَّ الولدَ يَجِنُّ فيه جَنًّا، قال: حتى إذا ما جَنَّ في ماء الرِّحْمِ¹

جن الشيء يجنه جناً: ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك، وجنه الليل يجنه جناً وحنونا وجن عليه يحن بالضم جنونا وأجنه ستره²، واستجنَّ فلانٌ إذا استتر بشيء. والمَجَنُّ: التُّرْسُ

¹ - الفراهيدي، كتاب العين، مرجع سابق، ج 6، ص 21.

² - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 13، ص 92.

وَالْجَنَجْنُ وَالْجَنَاجِنُ: أطراف الأضلاع مما يلي الصِّدْرِ وَعَظْمَ الْقَلْبِ. وَالْجَنَّةُ: الحديقة، وهي بُسْتَانٌ ذاتُ شَجَرٍ وَنُزْهَةٍ، وَجَمْعُهُ جَنَاتٌ. وَالْجُنَّةُ: الدرع، وكل ما وقاك فهو جُنَّتُكَ. وَالْجَنُّ: القبر، وقيل لِلْكَفَّنِ أَيْضاً لَأَنَّهُ يُجَنُّ فِيهِ الْمَيِّتُ أَي يُكْفَنُ.¹

الجنون اصطلاحاً:

هو آفة تصيب الإنسان فتحدث خلا في القوة المميزة بين الأمور الحسنة، والقبیحة المدركة للعواقب، وهذا العارض بما أنه يزيل العقل، فتزول معه أهلية الأداء بنوعيتها ويصبح المجنون في حكم الطفل.²

وعرف بأنه: "اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل الا نادراً.³ كما عرف بأنه اختلال في العقل، أو بتعبير أدق في وظائفه يقطع التكليف ويسقط أهلية الأداء"⁴. وعرف الدكتور "محمد مصطفى شلبي" المجنون بأنه: "عديم العقل فيأخذ حكم الصغير قبل سن التمييز إذا كان جنونه مطبقاً أو متقطعاً في حال الجنون، أما في حال الإفاقة فهو كالعاقل".⁵

ب- أنواع الجنون: ينقسم الجنون إلى:

- جنون أصلي: وهو أن يبلغ الشخص مجنوناً.⁶
- جنون طارئ: وهو أن يبلغ الشخص عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون بعد البلوغ.¹

¹ - الفراهيدي، كتاب العين، مرجع سابق، ج6، ص 21-22.

² - رمضان على السيد الشرباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة (النشأة - التطور - المعاصرة)، ددن، دين، 1423هـ - 2002 م، ص 352.

³ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص 31.

⁴ - محمد كمال الدين إمام، أصول الأحكام الشرعية الفقه الإسلامي (مفاهيم ومدارس وأصول)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2005م، ص 106.

⁵ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 803.

⁶ - جمعة سمحان الهلباوي، علم أصول الفقه، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، دت ن، ص 82.

- جنون مطبق: وهو الذي يفقد فيه المجنون عقله فقداً تاماً يستوعب كل الأوقات وصاحبه عديم الأهلية تصرفاته غير منعقدة.²

- جنون غير مطبق (الجنون المتقطع): وهو الذي يذهب بعقل صاحبه في بعض الأوقات ثم يعود إليه عقله في بعض الأوقات الأخرى.³

ج- مشروعية الحجر على المجنون:

لا خلاف بين الفقهاء في الحجر على المجنون سواء أكان الجنون أصلياً أم طارئاً، وسواء أكان قوياً أم ضعيفاً، والقوي: المطبق، والضعيف: غيره.

وقد اتفق الفقهاء على أن الجنون من عوارض الأهلية فهو يزيل أهلية الأداء إن كان مطبقاً فلا تترتب على تصرفاته آثارها الشرعية.

أما إذا كان الجنون متقطعاً فإنه لا يمنع التكليف في حال الإفاقة ولا ينفي أصل الوجوب.⁴

02- العته:

أ- تعريف العته:

- تعريف العته لغة: العه: التين

التَّعْتَةُ: التَّجْنُنُ والرُّعُونَةُ؛ وَقِيلَ: التَّعْتَةُ الدَّهْشُ⁵، وَعُتِيَ بِهِ: أُوْلِعَ بِهِ وَتَعْتَهُ فِي كَذَا: أَسْرَفَ فِيهِ. وَكُلُّ مَنْ حَاكَى غَيْرَهُ فِيمَا قَدْ عَنَّهُ فَهُوَ عَتِيٌّ بِمَعْنَى مَعْتُوهُ. وَالْقَوْمُ عُنْتُهُ فِي هَذَا. وَاشْتَقَّاقُ الْعَتَاهِيَّةِ . وَالْعَتَاهَةُ مِنْ عُنْتِهِ، مِثْلُ كَرَاهِيَّةٍ وَكَرَاهَةٍ، وَفَرَاهِيَّةٍ وَفَرَاهَةٍ.⁶

وَقَدْ عُنِيَ الرَّجُلُ عُنْتَهَا وَعُنْتَهَا وَعُنْتَاهَا. وَالْمَعْتُوهُ: الْمَدْهُوشُ مِنْ غَيْرِ مَسِّ جُنُونٍ. وَالْمَعْتُوهُ وَالْمَحْفُوقُ: الْمَجْنُونُ، وَقِيلَ: الْمَعْتُوهُ النَّاكِصُ الْعَقْلُ⁷.

¹ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها ...، مرجع سابق، ص 31.

² - جمعة سمحان الهلباوي، علم أصول الفقه، المرجع نفسه، ص 83.

³ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضه...، مرجع سابق، ص 32.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 17، ص 93.

⁵ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 13، ص 512.

⁶ - الفراهيدي، كتاب العين، مرجع سابق، ج 1، ص 104.

⁷ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج 13، ص 512.

- العته اصطلاحاً:

اختلف الحنفية في تفسير المعتوه، وأحسن ما قيل فيه: هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون¹.

وعند المالكية، ذو العته هو ضعيف العقلي وناقص التمييز².

وعند الشافعية فآلعتة نوعٌ من الجنون، فالمعتوه الناقص العقل، وَقَدْ عَتِيَ فَهُوَ مَعْتُوهُ بَيْنَ الْعَتَةِ، وَعَلَيْهِ فَيُمْكِنُ حَمْلُ الْمَجْنُونِ عَلَى مَنَازِلِ عَقْلِهِ بِأَلْكَ لِيَّةٍ وَالْمَعْتُوهُ عَلَى مَنْ عِنْدَهُ أَصْلُ الْعَقْلِ لَا كَمَالُهُ فَيَكُونُ مُبَاطِنًا لِلْمَجْنُونِ.³

أما بالنسبة للفقهاء المعاصرين فقد عرفوه بعدة تعريفات منها:

العته: " آفة توجب خللاً في العقل يجعل صاحبها متردداً في أقواله وأفعاله بين العقلاء ومن لا عقل لهم فيتصرف تصرف العقلاء حيناً، وتصرف المجانين حيناً⁴.

وعرف بأنه: "اختلاط القول والفعل، فهو يشبه العقلاء حيناً، والمجانين أحياناً⁵.

وهناك من عرفه بأنه: "نقصان العقل واختلاله لا زواله بالكلية كالجنون⁶.

وعرف الدكتور محمد مصطفى شلبي المعتوه بأنه: " شخص قليل الفهم فاسد التدبير مختلط الكلام فيأخذ حكم الصغير بعد سن التمييز⁷.

¹ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، ج 6، ص 144.

² محمد بن أحمد بن محمد عيش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م، ج3، ص288.

³ الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م، ج5، ص19.

⁴ محمد سلام مذکور، المدخل للفقہ الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، طه، 1389هـ - 1969م، ص 456.

⁵ محمد كمال الدين إمام، أصول الأحكام الشرعية...، مرجع السابق، ص 106.

⁶ عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ - 2000م، ص378.

⁷ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 803.

ب- أنواع العته:

العته نوعان:

- النوع الأول: ما يذهب بالإدراك والتمييز وصاحبه كالمجنون له أهلية وجوب وليس له أهلية أداء.

- النوع الثاني: ما لا يذهب بالإدراك والتمييز¹ ولكن إدراكه وتمييزه لا يصل إلى درجة الإدراك في الراشدين العاديين²، وحكمه حكم الصبي المميز³.

ج - مشروعية الحجر على المعتوه:

لم يورد الفقهاء (غير الحنفية) وصف العته بكلام خاص تحت عنوان الحجر، واعتبره سببا من أسبابه، غير أن الذي يستنبط من كلامهم أنهم اعتبروه كذلك، فقد تطرقوا إلى هذا المصطلح في عدة مواضع وأبواب فقهية غير الحجر، من ذلك:

وجد المالكية تطرقوا إليه في باب النكاح، فجاء في كتاب منح الجليل شرح مختصر خليل: وَشَبَّهَ فِي تَرْوِيحِ الْأَبْعَدِ فَقَالَ (ك) وَلِي (ذِي رِق) (أَي رَقِيقٍ) وَ (ذِي صَغَرٍ) (أَي صَغِيرٍ) (وَ ذِي) (عَتِهِ) (بِفَتْحِ الْعَيْنِ الْمُهْمَلَةِ وَالْمُثَنَّةِ أَيْ ضَعِيفِ الْعَقْلِ وَنَا قَصِ التَّمْيِيزِ) وَ (ذِي) (أَثْوَةِ) (أَي أَنْتَى). الشَّارِحُ يَعْنِي أَنَّ الْأَقْرَبَ إِذَا كَانَ مُتَّصِفًا بِوَصْفٍ مِّنْ هَذِهِ الْأَوْصَافِ انْتَقَلَتِ الْوَلَايَةُ لِلْأَبْعَدِ عَنْهُ.⁴

وما يفهم من هذا الكلام هو أنه إذا كان الولي القريب في النكاح معتوها انتقلت الولاية للولي الأبعد، لأنه يعتبر غير مميز فحكمه حكم الصبي والمجنون. كما جاء ذكر العته في كتاب المدونة في موضوع الديات: قُلْتُ: أَرَيْتَ الْمَجْنُونَ الَّذِي يُجْنُ وَيُقِيقُ إِذَا قَطَعَ يَدَ الرَّجُلِ عَمْدًا، أَوْ افْتَرَى عَلَى رَجُلٍ أَوْ فَقَأَ عَيْنَهُ وَذَلِكَ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ، ثُمَّ انْتَهَرَ بِهَ بَارِعَ الْجَارِحِ؛ فَلَمَّا بَرَّتْ الْجِجَارَةُ

¹ - جمعة سمحان الهلباوي، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 84.

² - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 353.

³ - جمعة سمحان الهلباوي، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص 84.

⁴ - محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ص 288.

قَدِمَ إِلَى السُّلْطَانِ وَهُوَ مَعْتُوهُ فِي حَالِ جُنُونِهِ - وَهُوَ يُجَنُّ فِي أَرْسِ كُلِّ شَهْرٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ - أَنْقِيْمُ عَلَيْهِ جَارِيْرُهُ هَذِهِ، أَمْ .تَنْتَظِرُ بِهِ حَتَّى يُفِيْقَ ثُمَّ تُفِيْمُ عَلَيْهِ مَا جَنَى؟ قَالَ: أَرَى أَنْ يُؤَخَّرَ حَتَّى يُفِيْقَ وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ¹

وما يستنبط من هذا الكلام من خلال عبارة "معتوه في حال الجنون" أن المالكية لا يفرقون بين المعتوه والمجنون، فهم يعتبرون العته نوع من أنواع الجنون، وعلى هذا يحجر على المعتوه كالمجنون وفقا للمذهب المالكي.

أما الشافعية فقد ذكروا العته في أبواب عدة من بينها باب الوكالة، فجاء في كتاب نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: " العتة نوع من الجنون .

وَفِي الْمُخْتَارِ: الْمَعْتُوهُ النَّاقِصُ الْعَقْلِ، وَقَدْ عَتَهُ فَهُوَ مَعْتُوهُ بَ يَنْ الْعَتَةَ . وَعَلَيْهِ فَيُمْكِنُ حَمْلُ الْمَجْنُونِ عَلَى مَنْ أَزَلَ عَقْلَهُ بِأَلِكِ لَيْتَةٍ وَالْمَعْتُوهُ عَلَى مَنْ عِنْدَهُ أَصْلُ الْعَقْلِ لَا كَمَالُهُ فَ يَكُونُ مُبَايِنًا لِلْمَجْنُونِ.²

وعلى هذا يعتبر الشافعية العته نوع من أنواع الجنون فيحجر عليه. أما عند الحنابلة فذكر العته في باب الحضانة على النحو الآتي:

(وَالْمَعْتُوهُ وَلَوْ أَنَّى) يَكُونُ (عِنْدَ أُمِّهِ مُطْلَقًا) صَغِي أَرْكَانَ أَوْ كَبِيرًا لِحَاجَتِهِ إِلَى مَنْ يَخْدُمُهُ وَيَقُومُ بِأَمْرِهِ .وَال نِسَاءٌ أَعْرَفَ بِذَلِكَ وَأُمُّهُ أَشْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِهَا، فَإِنْ عَدِمَتْ أُمُّهُ فَأُمَّهَاتُهَا الْقُرْبَى فَالْقُرْبَى عَلَى مَا تَقَدَّمَ (وَلَا يَقْرَأُ مَنْ يُحْضَنُ) أَي تَجِبُ حَضَانَتُهُ لِصِغَرِ أَوْ جُنُونِ أَوْ عَتِهِ (بَيِّدَ مَنْ لَا يَصُونُهُ وَيُصْلِحُهُ) لِأَنَّ وُجُودَ ذَلِكَ كَعَدَمِهِ فَتَنْتَقِلُ عَنْهُ إِلَى مَنْ يَلِيهِ.³

وما يفهم من هذا الكلام أن المعتوه صغيرا كان أو كبيرا، تبقى حضانته لأمه لكونه بحاجة إلى من يخدمه، فإذا بلغ الشخص معتوها تستمر حضانته لأمه، وإذا لم تكن أمه موجودة تنتقل

¹ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، ط2، 1415هـ - 1994م، ج4، ص 630.

² - الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج5، ص19.

³ - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، دبن، ط1، 1414هـ - 1993م، ج3، ص252.

الحضانة إلى أمهاتها القربى فالقربى، غير أنه إذا كانت أم الأم القربى ليست أهلاً لذلك انتقلت الحضانة للأم الأبعد.

ومنه فالمعتوه عند الحنابلة حكمه حكم الصغير لاشتراكهما في علة أنهما بحاجة إلى من يخدمهما، وبالتالي فالمعتوه يحجر عليه عندهم.

03- الفرق بين الجنون والعتة: فرق العلماء بين الجنون والعتة في عدة أمور كما يلي:

أ- أن المعتوه قد يكون مميزاً أو غير مميز، فهو بهذا كالصبي المميز وغير المميز، أما المجنون فإنه لا يكون مميزاً وهو بهذا كالصبي غير المميز.

ب- المجنون مصاب بالضعف العقلي، أما المجنون فإنه لا عقل له.

ج- المعتوه لا يصاحبه في حالة العتة تهيج واضطراب، بينما المجنون قد يصاحبه في الغالب تهيج واضطراب¹.

فالفرق بين الجنون والعتة، أن المعتوه قليل الفهم مختلط الكلام، فاسد التدبير، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون.²

ثانياً في القانون:

اعتبر المشرع الجزائري كل من المجنون والمعتوه عديمي الأهلية، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 42 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على الآتي: "لا يكون أهلاً المباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن، أو عتاه، أو جنون".

01-الجنون:

¹ - أحمد بن عبد الله الراجحي، عوارض الأهلية السماوية وأثرها في باب المعاملات (دراسة نظرية تطبيقية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه، قسم أصول الفقه، عمادة الدراسات العليا الشرعية والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1433هـ-1434هـ/2012-2013، ص64.

² - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1409هـ - 1989م، ج16، ص 99.

يعتبر الجنون سببا من أسباب الحجر في التشريع الجزائري، وهو ما جاء في المادة 101 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

أ- تعريف الجنون قانونا:

لم يعرف المشرع الجزائري الجنون، وعليه فسنى بعض تعاريف فقهاء القانون له: عرف الجنون بأنه: "مرض يصيب الإنسان فيعطل إرادته وإدراكه بحيث يمتنع عليه التمييز بين الخير والشر، والصالح والطالح، في كثير من الأحيان¹.

كما عرف بأنه: "اضطراب يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز².

وهناك من عرفه بأنه: "اختلال في العقل يترتب عنه هيجان، مما يجعل الشخص معدوم أهلية الأداء لأن المجنون فاقد العقل والتمييز"³.

وعرفه الدكتور "خليل أحمد حسن قداد" بأنه: "آفة تصيب عقل الإنسان تجعله كعدم الأهلية، لا يقدر على التمييز، وبالتالي، لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية سواء التي في صالحه والتي في غير صالحه⁴.

ب- أنواع الجنون:

الجنون إما أن يكون مطبقا بحيث أن المجنون في هذه الحالة لا يفيق من جنونه أبدا، وإما أن يكون جنونا غير مطبق بحيث أن الإنسان يفيق من جنونه تارة ويجن تارة أخرى¹.

¹ - عباس الصراف وجورج حزيون ، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق)، دار الثقافة، الأردن، ط11، 1432هـ - 2011م ، ص168.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 162.

³ - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص153.

⁴ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 47-48.

ويترتب عن التفرقة بين الجنون المطبق والجنون المتقطع ما يلي:

- انعدام أهلية الشخص المصاب بجنون مطبق.
- تمتع الشخص المصاب بجنون متقطع بالأهلية الكاملة وقت الإفاقة وفقده للأهلية وقت الجنون².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتبنى هذا التقسيم، وحسنا فعل عندما لم يفرق بين الجنون المطبق والجنون المتقطع، إذ تبني هذا التمييز قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات كما قد يتسبب في إحداث الكثير من المنازعات بالإضافة إلى أنه من الصعب إثبات ذلك³.

ج - خصائص الجنون:

الجنون خصائص أساسية تتمثل فيما يلي:

- أ- خاصية المرض العقلي ومثل هذه الخاصية تجعل المجنون في مرتبة الإنسان المصاب بمرض معين وليس في مرتبة الحيوان أو في مرتبة المنبوذ كما كان سائدا في النظم القانونية القديمة.
- ب- خاصية فقدان التمييز والإدراك وتتجلى هذه الخاصية في عدم قدرة المجنون على التمييز بين الخير والشر بين الحق والالتزام بين الجانب المادي للأشياء وبين الجانب المعنوي لها. ما استقر عليه المجتمع من قوانين.
- ج- خاصية الخروج عن المألوف ويقصد بالمألوف وأعراف وعادات وقيم ومثل ومبادئ⁴.

02- العته:

اعتبر المشرع الجزائري العته سببا من أسباب الحجر، إذ ينص في المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفیه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

¹ - عباس الصراف وجورج حزيون، المرجع السابق، ص 168.

² - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 153.

³ - فريدة محبي زواوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002م، ص 80.

⁴ - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 153.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اضطرب بشأن الوضعية القانونية للمعتوه قبل تعديل 2005، فالمادة 42 من القانون المدني في صياغتها القديمة وصفت المعتوه والصغير والمجنون منعدم التمييز بقولها: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، وعاد المشرع في المادة 43 واعتبر المعتوه مميزا بقوله: كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية"، وهكذا اضطرب المشرع في تنظيم المسألة الواحدة والمركز القانوني الواحد فتارة يصف المعتوه أنه منعدم التمييز المادة 42 وتارة أخرى يصفه بأنه ناقص التمييز (المادة 43)¹.

ب- خصائص العته:

يتميز العته بالخصائص التالية:

- **خاصية كون العته اختلال عقلي:** وهو بذلك يلتقي مع حالة الجنون من حيث إصابة العقل لكنهما يختلفان من حيث الدرجة الجنون يؤدي إلى فقدان الكلي للعقل بينما العته يؤدي إلى إضعاف العقل وليس فقده².
- **خاصية الخلط في الكلام والفساد في التدبير وقلة الفهم:** ومثل هذه الخاصية تميز المعتوه عن المجنون من حيث أن المجنون لا يحكم على تدبيره بالفساد أو بالإصلاح، بل ينظر إليه كشخص منعدم الإدراك، في حين أن المعتوه قد يكون له إدراك ولو كان محدودا كما يمكن أن يكون منعدم الإدراك³.

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 62.

² - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 156.

³ - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 154.

الفرع الثاني: أسباب الحجر المنقصة للأهلية

هنالك نوعين من أسباب الحجر المنقصة للأهلية وهي السفه والغفلة كما سبق بيانه، وفي هذا سنرى السفه والغفلة كأسباب للحجر في الفقه الإسلامي أولاً، ثم في القانون، على النحو الآتي:

أولاً في الفقه:

01- السفه:

أ- تعريف السفه:

- السفه لغة:

السَّفَهُ والسَّفَاهُ وال سَفَاهَةٌ: نَقِيضُ الْحِلْمِ. وَسَفَّهْتَ أَحْلَامَهُمْ. وَسَفَهُ الرَّجُلُ: صَارَ سَفِيهاً. وسفه حلمه، ورأيه ونفسه، إذا حملها على أمر خطأ¹.

وَالسَّفِيهُ الْخَفِيفُ الْعَقْلُ مِّنْ قَوْلِهِمْ نَسَفَهَتِ الرِّيحُ الشَّيْءَ إِذَا اسْتَحَفَّتْهُ فَحَرَكَتْهُ. وَقَالَ مُجَاهِدٌ: السَّفِيهُ الْجَاهِلُ وَالضَّعِيفُ الْأَحْمَقُ، وَسَفَهُ عَلَيْنَا، بِالضَّمِّ، سَفَاهاً وَسَفَاهَةً وَسَفَهُ، بِالْكَسْرِ، سَفَهَاً، لُعْتَانٍ، أَي صَارَ سَفِيهاً، فَإِذَا قَالُوا سَفِيهَ نَفْسَهُ وَسَفِيهَ أَرِيهَ لَمْ يَقُولُوهُ إِلَّا بِالْكَسْرِ، لِأَنَّ فَعَلَ لَا يَكُونُ مُتَعَدِّياً².

¹ - الفراهيدي، كتاب العين، مرجع سابق، ج4، ص9.

² - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج13، ص499.

- السفه اصطلاحاً: يعرف الحنفية السفه بأنه: "الْعَمَلُ بِخِلَافِ مُوجِبِ الشَّرْعِ، وَهُوَ اتِّبَاعُ الْهَوَى، وَتَرْكُ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ الْعَقْلُ، وَأَصْلُ الْمُسَامَحَةِ فِي التَّصَرُّفَاتِ، وَالْبِرِّ وَالْإِحْسَانِ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ شَرْعًا، وَلَكِنْ بَطْرِيْقٍ. السَّفَهَ وَالتَّبَذِيرَ مَذْمُومٌ شَرْعًا وَعُرْفًا¹.

وعرف المالكية السفه بأنه: "المبذر لماله إما لإنفاقه باتباعه لشهوته وإما لعدم معرفته بمصالحه وإن كان صالحاً في دينه"².

في حين عرف الشافعية السفه بأنه: "إضاعة المال إما بالتبذير وإما بقلة الضبط"³.

أما الحنابلة فقد عرفوا السفه بأنه: "الذي لا يحسن التصرف في المال، فهو بالغ عاقل لكن لا يحسن التصرف في المال، فيذهب يشتري به ما لا نفع فيه ولا فائدة"⁴.

وقد عرف الفقهاء المعاصرين السفه بعدة تعريفات منها:

السفه: هو خفة تعتري الشخص فتحمله على العمل باختياره على خلاف موجب العقل رغم وجوده، وقد اصطلح الفقهاء على تعريفه بعدم الإحسان في تدبير المال وتبذيره على خلاف مقتضى الشرع والعقل.⁵

والسفيه: هو الشخص العاقل البالغ الذي ساء تقديره وفسد تدبيره فيهدر أمواله فيما لا مصلحة له فيه، ويصرف في أهوائه على حساب نفسه وثروته أسرته⁶، سواء أكان التبذير في وجوه الشر كالقمار وشرب الخمر، أم كان في وجوه الخير والبر كبناء المدارس والمساجد، والسفه لا يؤثر في

¹ - السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1993م، ج24، ص157.

² - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ددن، دين، دت ن، ص 212.

³ - الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الإقناع في الفقه الشافعي، ددن، دين، دت ن، ص 104.

⁴ - محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، دين، ط1، 1422 - 1428 هـ، ج9، ص 291.

⁵ - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 457.

⁶ - محمد كمال الدين إمام، أصول الأحكام الشرعية...، مرجع سابق، ص 103.

هي من لا يهتدي صاحبها إلى التصرفات الربحة أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته¹، بسبب البساطة وسلامة القلب مما يؤدي إلى غبنه في المعاملات المالية².

وذو الغفلة (المغفل) هو: من اختل ضبطه وحفظه، ولا يهتدي إلى التصرفات الربحة، فيغبن في البياعات لسلامة قلبه، وعدم استعماله القوة المنبهة مع وجودها.

وعرف الدكتور محمد مصطفى شلبي "ذو الغفلة بأنه: "الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة ويغبن في البياعات لضعف إدراكه فيأخذ حكم السفه"³.

ب- تمييز الغفلة عن السفه والعتة:

تختلف الغفلة عن السفه، كون السفه هو المفسد لماله بالقصد والاختيار لتغلب الشهوات الفاسدة عليه وإتباعه الغي والهوى أما ذو الغفلة "المغفل" فهو لا يفسد ماله قصدا ولا ينقاد لشهواته، ولكنه يخدع بسهولة فيستطيع الناس أن يغبنوه في ماله.

وذو الغفلة ليس هو المعتوه، لأن المعتوه يخلط في كلامه⁴.

03- مشروعية الحجر على السفه وذو الغفلة:

اختلفت كلمة الفقهاء حول جواز الحجر على السفه أي منعه من ماله⁵، فذهب أبو حنيفة رضي الله عنه بمنع الحجر على السفه، لأن الحجر يعد إهدارا محققا لإنسانيته من أجل المحافظة على ماله، وحفظ النفس مقدم على حفظ المال، وبناء على هذا المنع فعقود السفه وذو الغفلة عنده وتصرفاته كعقود الرشيد وتصرفاته⁶، وذهب الصحابان «أبو يوسف» و «محمد» إلى القول

¹ - عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 378-379.

² - محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلامي...، مرجع سابق، ص 457.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة، مصر، ط1، 1414هـ 1994م، ج 31، ص 260.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 803. 3- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج 2، ص 335.

⁵ - محمد كمال الدين إمام، أصول الأحكام الشرعية...، مرجع سابق، ص 103.

⁶ - رمضان علي السيد الشرباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 353-354.

بجوازه في المذهب الحنفي¹، وهو ما ذهب إليه الجمهور فقالوا بجواز توقيع الحجر على السفية مراعاة لمصلحته وإعانة له ومحافظة على ثروته²، وكذا ذي الغفلة فشأنه

شأن السفية فهو لا يحجر عليه عند الإمام أبي حنيفة ويحجر عليه عند باقي الأئمة وعند الصاحبين³، فلا فرق بينه وبين السفية في الحكم.

ويكمن الخلاف في وجهين الأول: كون الصبي يبلغ رشيدا ثم يصيبه السفه أو الغفلة، والثاني هو: أن يبلغ الصبي سفيا أو ذا غفلة، ففي الحالة الأخيرة لا خلاف في منع ماله عنه حتى يثبت له الرشد، غير أن الإمام أبا حنيفة يرى أنه إذا بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يثبت رشده دفع إليه ماله ولو كان سفيا ما دامت أهليته كاملة، لأنه يرى أن مال السفية يمنع عنه تأديبا له وزجرا، وبعد الخامسة والعشرين لا يصلح معه التأديب إذ يصعب تغيير العادات والطباع، ويرى الصاحبان وباقي الفقهاء أن مال السفية لا يسلم إليه حتى يثبت رشده مهما بلغ عمره، وخوفا على المال من الضياع⁴.

أما إذا بلغ رشيدا وتولى أمر نفسه ثم أصابه السفه أو الغفلة بعد ذلك، فأبو حنيفة وإن كان يرى منع المال وإبعاده عنه إلا أنه لا يبطل تصرفاته ولا يحجر عليه لأنه إنسان كامل الأهلية صحيح العبارة، فهو حر في تصرفاته والحجر فيه إهدار لأهليته الكاملة وكل ما ارتكبه السفية أنه مكابر في ترك الواجب في الاعتدال في الإنفاق⁵.

ثانيا في القانون: من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 43 من القانون المدني والتي جاء فيها: كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيا

¹ - محمد كمال الدين إمام، أصول الأحكام الشرعية...، مرجع سابق، ص 103.

² - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 354، 355.

³ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص 45.

⁴ - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 457-458.

⁵ - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 458.

أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، فإن أسباب الحجر المنقصة للأهلية هي السفه والغفلة.

وهذه العوارض لا تصيب الإنسان في عقله من الناحية الطبية، ولكنها تصيبه في نفسه، فتضعف بعض ملكاتها¹، فكل من فكرتي السفه والغفلة ليست من قبيل الأفكار المقيدة أو عليه الناس في المنضبطة، بل هي فكرة معيارية ترجع إلى التجارب الاجتماعية وما يتعارف حياتهم².

01- السفه:

أ- تعريف السفه قانونا:

لم يتناول المشرع الجزائري تعريف السفه وإنما اكتفى بذكر أحكامه على خلاف بعض التشريعات العربية التي عرفته. فعرفه المشرع المغربي في المادة 215 منه، والتي تنص على الآتي: "السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته".

في حين عرفه المشرع الأردني من خلال المادة 206 الفقرة (ب) بأنه: "الذي ينفق ماله في غير موضعه، ويبذر في نفقاته، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف خلافا لما يقتضيه الشرع والعقل"³.

ومن بين تعاريف رجال القانون للسفيه أنه: "من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع، سواء أكان ذلك في وجوه الخير أو الشر"⁴.

¹ - فريدة محيي زواوي، المرجع السابق، ص 80.

² - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دار هومة، دبن، د ت ن، ص 54.

³ - أحمد علي الجرادات، المرجع السابق، ص 58.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 162.

وقيل بأن السفه ليس خلافاً في عقل السفيه بل أنه عبارة عن تصرف يضيع فيه الشخص ماله على غير مقتضى العقل¹، ومن مظاهر الشخص المصاب بالسفه هو الطيش والانحراف مقارنة مع السلوك العادي للشخص الحريص كتبذير المال على غير مقتضى العقل والشرع والتصرف بدون حكمة، وتقدير الأمور على غير علم شرعاً².

ب- مميزات السفه:

استناداً إلى التعاريف السابقة يتميز السفه بخاصيتين هما:

- خاصية وجود الإدراك ولو كان إدراك ناقص.
- خاصية أن ينصرف السفه إلى إحداث تبذير في المال³.

02- الغفلة:

أ- تعريف الغفلة قانوناً:

الم يتناول المشرع الجزائري تعريف الغفلة وإنما اكتفى بذكر أحكامها على خلاف القانوني الأردني الذي عرف ذي الغفلة من خلال الفقرة (ج) من المادة 206 بأنه: "الذي لا يهتدي إلى التصرفات النافعة فيغيب في المعاملات لبله فيه"⁴.

ومن بين تعريفات رجال القانون للغفلة بأنها: "السذاجة التي لا يعرف صاحبها ما ينفعه وما يضره، فيغيب في المعاملات شأنه شأن السفيه والمعتوه والمجنون"⁵.

وعرف الدكتور محمد الصغير بعلي "ذي الغفلة بأنه: " من لا يعرف التصرف الرابع من الخاسر، حيث يخدع بسبب البساطة وسلامة القلب"⁶.

¹ - عباس الصراف وجورج حزيون، المرجع السابق، ص 169.

² - أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية الطلبة السنة أولى / حقوق، دار هومة، الجزائر، 2010م، ص 106.

³ - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 157.

⁴ - أحمد علي جرادات، المرجع السابق، ص 64.

⁵ - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 106.

⁶ - محمد صغير بعلي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 153.

وعرفها الدكتور "خليل أحمد حسن قداد" بأنها: "عدم الخبرة والمعرفة اللازمة للتصرفات المالية"¹. وذهب آخرون إلى أن الغفلة ابتداء للسفه، وهي على أي حال تعد صورة من صور ضعف الملكات النفسية².

ب- تمييز الغفلة عن السفه:

إن السفه والغفلة وإن اشتركا في معنى واحد وهو ضعف بعض الملكات النفسية، إلا أن السفه يكون عادة مبصرا بعواقب تصرفاته غير المعقولة ولكنه يتعمدها. أما ذو الغفلة فهو يسير في فساده عن سلامة طوية وحسن نية³.

03- الحجر على السفه وذي الغفلة:

تنص المادة 101 من القانون الجزائري على ما يلي: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".
وعليه فالمشرع ذكر السفه كسبب من أسباب الحجر، ولكنه لم ينص على ذي الغفلة ولم يعتبر الغفلة سببا من أسباب الحجر، بالرغم من أنه اعتبر كل من السفه وذي الغفلة ناقصي الأهلية في نصوص القانون المدني كما سبق ذكره، إذ تنص المادة 43 من القانون المدني السالفة الذكر على: "... وكل من بلغ سن الرشد وكان سفهيا أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

وهنا يظهر الاختلاف والتعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، فعندما لا يذكر المشرع الجزائري في قانون الأسرة الغفلة كسبب من أسباب الحجر، فهذا يعني أن ذي الغفلة هو كامل الأهلية بالنسبة لهذا القانون، ولكنه في القانون المدني اعتبر ذي الغفلة ناقص الأهلية، ومنه يستوجب الحجر عليه مثله مثل السفه والمجنون والمعتوه.

¹ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 48.

² - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 138.

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 138.

الفصل الثاني:

أحكام الجبر

تمهيد:

بما أن الحجر وصف ينتج أثره على المحجور عليه وفق إجراءات خاصة، فإنه لا يكفي العلم بمفهومه وبيان حقيقته، بل يجب التطرق لأحكامه بداية بالاختصاص في دعوى الحجر وبإجراءات توقيعه من رفع دعوى الحجر والنطق بالحكم، إلى الآثار المترتبة عليه، سواء من حيث النيابة الشرعية أو من حيث حكم تصرفات المحجور عليه، ومنه فقد تم تقسيم هذا الفصل على النحو الآتي:

المبحث الأول: إجراءات الحجر القانوني

المطلب الأول: الاختصاص في دعوى الحجر

المطلب الثاني: دعوى الحجر وشروطها ودور القاضي فيها

المبحث الثاني الآثار المترتبة عن الحكم بالحجر

المطلب الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه

المطلب الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه

المطلب الثالث: إجراءات رفع الحجر عن المحجور عليه

المبحث الأول: إجراءات الحجر القانوني

المطلب الأول: الاختصاص في دعوى الحجر

لكي تقبل الجهة القضائية البت في موضوع المطالبة القضائية يجب أن يكون الاختصاص منعقدا لها¹، ويقصد به ولاية القضاء بالفصل بالقضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي²، بحيث إذا تجاوزت المحكمة حدود الاختصاص يكون حكمها مشوبا بعيب عدم الاختصاص ويكون عرضة للإلغاء³.

ويقع على المتقاضى أن يدرك تماما الجهة التي خولها القانون النظر في دعواه نوعيا وإقليميا، إما بموجب القواعد العامة أو بموجب نص خاص، إذ الكثير من القضايا تنتهي دون الفصل في الموضوع، ويعود عدم قبولها من حيث الشكل، إلى عدم اختصاص الجهة المرفوعة أمامها الدعوى⁴.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها، بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، فالاختصاص النوعي هو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، وبعبارة أخرى نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لنوع الدعوى، ولقد وزع المشرع الاختصاص بين مختلف الوحدات القضائية من محاكم ومجالس قضائية والمحكمة العليا، بحيث حدد لكل جهة اختصاصها النوعية.

ويعتمد التنظيم القضائي في الجزائر على وحدة الجهة القضائية الأساسية المتمثلة في المحكمة بحيث لا وجود للتعدد المادي للمحاكم، إنما هناك محكمة تتشكل من أقسام مكلفة بالنظر في مختلف القضايا المطروحة أمامها بحسب طبيعة النزاع.

¹ - سليمان بارش، المرجع السابق، ص 66.

² - عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص 74.

³ - سليمان بارش، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص 74.

01- الأقسام المشكلة للمحكمة والإحالة ما بينهم:

حدد المشرع عدد الأقسام المشكلة للمحكمة ونوعها وذكرها في ستة (6) أقسام هي: القسم المدني والتجاري والبحري والاجتماعي والعقاري وقسم شؤون الأسرة¹ (المادة 32 الفقرة 03 ق. م.)، وأساس هذا التقسيم المعتمد قانونا بالنسبة للمحاكم المدنية هو لحسن سير مرفق العدالة وحتى يتم الفصل في الدعاوى على أكمل وجه ومن قبل قضاة متخصصين².

وتتم جدولة هذه الأقسام بحسب طبيعة النزاع عملا بأحكام المواد 423 إلى 536 من ق... التي وردت تحت عنوان الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، أما المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام على النحو المبين أعلاه، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية³.

ولحسن سير مرفق العدالة نص المشرع على أنه إذا جدولت قضية أمام قسم غير القسم المعني فإن القاضي المعروضة عليه القضية يقوم بإحالتها أمام القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا⁴.

02- القسم المختص بنظر دعوى الحجر:

نص المشرع الجزائري على القسم المختص بنظر دعوى الحجر في الفقرة الخامسة (05) من المادة 423 من ق.إ.م.إ، حيث اعتبر قسم شؤون الأسرة هو القسم المختص نوعيا بنظر هذه الدعوى، فجاء النص عليه كآتي: " ينظر قسم شؤون الأسرة، على وجه الخصوص في الدعاوى الآتية: ...الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم "

¹ - عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص76.

² - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الدعوى القضائية (تعريف الدعوى، شروط رفع الدعوى، الاختصاص، وسائل الدفاع، وسائل الإثبات، التحقيق المدني، الاستعجال، أمر الأداء، أمر على عريضة، عوارض الخصومة، الأحكام، طرق الطعن العادية و غير العادية، المصاريف القضائية)، دار هومة، الجزائر، 2008م، ص 39.

³ - عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص76.

⁴ - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة، المرجع السابق، ص40.

وعليه فترفع دعوى الحجر أمام قسم شؤون الأسرة، وتجدر الإشارة إلى أن الدفع¹ بعدم الاختصاص النوعي يعتبر من النظام العام وبالتالي يجوز إثارته في أي مرحلة ويمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه.²

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

يقضي تيسير إجراءات التقاضي تعدد المحاكم لتصبح بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم أو مدخل النزاع ولتمكين القاضي من إجراء المعاينة اللازمة³، ويقصد بالاختصاص الإقليمي الاختصاص المحلي أي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة النظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه والذي يتم تحديده عن طريق تنظيم⁴.

01- مبدأ اختصاص موطن المدعى عليه:

تقضي القواعد العامة في الاختصاص المحلي بضرورة رفع المدعي الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أي المحكمة التي يقع فيها الدين مطلوبا وليس محمولاً بمعنى على الدائن أن يذهب إلى موطن المدعى عليه يطالبه بالدين⁵.. ولقد نص القانون على أن القاعدة في تحديد الاختصاص المحلي هي: الارتكاز على موطن المدعى عليه⁶.

وتعتبر هذه القاعدة المعروفة منذ القانون الروماني كوسيلة إنصاف لأنه على من يبادر بالدعوى تحمل الانتقال إلى محكمة قد تكون بعيدة عن مقر سكنه وليس على المدعى عليه

¹ - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة...، مرجع سابق، ص 39.

² - الدفع هو ما يجيب به الخصم على طلب خصمه قصد تقادي الحكم به أو تأخير هذا الحكم، ويعتبر كقاعدة عامة وسيلة في يد المدعى عليه للرد على المدعي، فضيل العيش، المرجع السابق، ص 72.

³ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري الأعمال التجارية - نظرية التاجر المحل التجاري - الشركات التجارية)، ديوان المطبوعات الجامعية، دبن، 2011، ص 21 ذكره: سمير رازي، الاختصاص المحلي في المواد المدنية، مذكرة مقدمة النيل شهادة الليسانس، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة ورقلة، الجزائر، 2014/2015، ص 3.

⁵ - عمارة بلغيث، الوجيز في الإجراءات المدنية، دار العلوم، دبن، دت ن، ص 48، ذكره: سمير رازي، المرجع نفسه، ص 3.

⁶ - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2012م، ص 123.

الذي من حيث المبدأ هو الذي يتحمل الخصومة، ولقد تم النص على هذا المعيار في المادة 37 من ق.م.م. كما يلي:

" يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

وبما أن المشرع الجزائري لم يورد الاختصاص الإقليمي في دعوى الحجر بنص خاص كما فعل بالنسبة لبعض الدعاوى التي يختص قسم شؤون الأسرة النظر فيها¹، فالاختصاص الإقليمي في هذه الدعوى يخضع للقاعدة العامة والتي هي موطن المدعى عليه. وعليه فالاختصاص الإقليمي في دعوى الحجر يؤول إلى محكمة موطن المدعى عليه، أي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الشخص الذي يراد الحجر عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي يعتبر من الدفوع الشكلية² يجب إثارته قبل أي دفع آخر، كما يجب على الخصم الذي يدفع به أن يسبب طلبه، ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها، ولا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع (المادة 202 ق.م.م.!)³.

02- قواعد تحديد الموطن:

الأصل أن لكل شخص مكان يجد نفسه مشدودا إليه، إما بحكم علاقاته العائلية، أو بسبب أعماله ومصالحه، أو بحكم العادة، وهو يقطن عادة في هذا المكان ولا يتركه إلا إلى

¹ - أنظر المادة 426 من ق.م.م.

² - الدفع الشكلي هو وسيلة دفاع بمقتضاها يدفع الخصم دعوى خصمه بقصد تقادي الحكم عليه مؤكدة بما يدعيه، ويطعن في إجراءات الخصومة المقامة ضده، إما لأنها رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل، فضيل العيش، المرجع السابق، ص73.

³ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص75.

حين وبنية الرجوع إليه، لذلك فإن هذا المكان أو الموطن يمكن أن نعهده مقرا للشخصية القانونية¹.

وعليه فالموطن العام أو المقام، يقوم أصلا على أساس الإقامة الفعلية والاستقرار، والموطن هو الذي يحدد مكان وجود الشخص ومقر إقامته إقامة عادية ومستقرة، ويفترض وجوده في الغالب، وغيابه يكون بصفة مؤقتة².

والموطن ليس هو المكان الذي يجب أن يباشر الشخص فيه أعماله، وإنما هو المكان الذي يفترض فيه أن الشخص يباشر فيه أعماله، فإذا أراد الغير أن يفني له بحق أو كان للغير أن يتحصل منه على حق وجب على هذا الغير أن يتصل به في هذا المكان، فالقانون يجعل الاتصال بالشخص في موطنه منتجا لأثره القانوني، ولو لم يكن هذا الشخص حاضرا فيه بالفعل وقت هذا الاتصال³.

ولقد نص المشرع الجزائري على الأحكام المتعلقة بالموطن في المواد من 36 إلى 39 من القانون المدني، فجاء نص المادة 36 على الآتي: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن. ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت ".

ويوجد عدة أنواع للموطن⁴، وبما أننا في دعوى الحجر فما يهمنا هو الموطن العام الإرادي، ومنه فسنولي الحديث على هذا النوع فقط.

والموطن العام الإرادي هو المكان الذي يختاره الشخص ليقوم فيه وسمي موطنا عاما لأن الشخص يباشر فيه جميع تصرفاته المدنية وكل حقوقه، حيث يحدد في قانوننا على أساس

¹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 198.

² - مصطفى مصباح شليبيك، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون - نظرية الحق)، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط1، 2002م، ص 263، ذكره: سمير رازي، المرجع السابق، ص6.

³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 199.

⁴ - ينقسم الموطن إلى موطن عام وموطن خاص، فنجد في الأول الموطن القانوني أو الإلزامي (38/1) والموطن العام الإرادي، أما النوع الثاني فنجد فيه الموطن التجاري أو الحرفي أو موطن الأعمال (م37) وموطن القاصر المأذون له بالتجاري (م38/2) والموطن المختار (م39)، سمير رازي، المرجع السابق، ص 9-11.

الإقامة الفعلية التي تتحدد بالمكان الذي يوجد فيه سكن الشخص، وعند عدم وجود سكن، يحل محله مكان الإقامة العادي، ويشترط في الإقامة أن تكون إقامة مستقرة ولا يقصد بذلك أن تكون مستمرة بدون انقطاع، وإنما يشترط تحقق الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متفاوتة، ولا يعتبر إقامة فعلية مجرد تواجد شخص في مكان معين لفترة محدودة كالنزل في الفندق مثلا¹.

المطلب الثاني: دعوى الحجر وشروطها ودور القاضي فيها

الفرع الأول: شروط رفع الدعوى

لقبول "دعوى الحجر" لا بد من توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية، وهذه الشروط نص عليها قانون الإجراءات المدنية والشروط الإدارية 08-09 وتتمثل في:

أولاً: الشروط الموضوعية:

خصص "المشرع الجزائري" في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ثلاث شروط لرفع دعوى الحجر ومن ثم لقبولها، وبدونها تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى "حيث نصت على: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ويشير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في " المدعي" أو في "المدعى عليه"، كما يشير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"².

ومن خلال هذه المادة يتبين أن شروط رفع دعوى الحجر هي: الصفة، المصلحة، والإذن في حالة اشتراطه، وهذه الشروط

كان منصوص عليها في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم: ((لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك، ويقرر "القاضي" من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الأهلية، كما يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى إذا كان هذا الإذن لازماً)). وسوف أتطرق إلى هذه الشروط بإيجاز:

¹ - فريدة مجدي، المرجع السابق، ص 93.

² - قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الباب 1: في الدعوى، الفصل 1: في شروط قبول الدعوى، ص 2

1) **الصفة:** إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يقدم تعريفا للصفة، والمقصود بالصفة هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية سواء بنفسه (صفة مكتسبة تلقائيا)، أو عن طريق ممثله القانوني (بموجب نص صريح قانوني)، كصفة تمثيل المؤكل أو القاصر¹، وهذا يعني على وجوب رفع الدعوى أو الطلب أو الطعن أو الدفع أو الدفاع من ذي صفة على ذي صفة، وإلا كان غير مقبول. وهذا نصت عليه **المادة 13** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة...).

2) **المصلحة:** يقال أن: "لا دعوى من غير مصلحة والمصلحة مناط الدعوى".

اشتراط قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه لا يجوز لأي شخص ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، والمصلحة ليست شرطا لقبول الدعوى فقط، وإنما هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو طعن في حكمه²، وللمصلحة معنيان هما:

- الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى مادية كانت أو معنوية فلا تقبل دعوى حين لا تعود بفائدة على رافعها.

- **الحاجة إلى الحماية القضائية:** فإذا اعتدي على حق شخص ما، أو كان حقه مهددا بالاعتداء عليه تهديدا جديا تحققت مصلحته في قبول الدعوى، ولا يكفي مجرد المصلحة بمعنى الفائدة العملية لقبول الدعوى، وإنما يجب أيضا أن تكون المدعي "حاجة مشروعة إلى الحماية القضائية"³، فالدعوى باعتبارها وسيلة تحقيق الحماية القضائية لا تنشأ إلا حيث توجد الحاجة لهذه الحماية لرد الاعتداء، فإذا لم تكن واقعة الاعتداء تحرم صاحب الحق أو المركز القانوني من أحد منافع حقه أو مركزه القانوني فلا يكون بحاجة إلى الحماية القضائية⁴. والمصلحة التي

¹ فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 44.

² فريحة حسين، المبادئ الأساسية في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 37.

³ بويشير محند أمقران، المصدر السابق، ص 36-37.

⁴ عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون المرافعات، الجزء 1، ص 9-11.

اشترطها المشرع هي المصلحة القانونية¹. ويشترط أن تكون شخصية ومباشرة وأن تكون قائمة أو محتملة الوقوع .

(3) الأهلية:

عرف الأستاذ "خلوفي رشيد" الأهلية بأنها "الرمز" أو الخاصية المعترف بها قانونا للشخص الطبيعي أو معنوي) والتي تخول له سلطة التصرف أمام القضاء للدفاع عن حقوقه ومصالحه². وعليه، تعتبر الأهلية شرطا من شروط قبول الدعوى وهي من النظام العام، ودليل ذلك ما جاء في المادة 65 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاءت تحت قسم الدفع بالبطلان حيث نصت على أن: "يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية، ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"³، وبالتالي فإن عدم توفر شرط الأهلية يترتب عليه عدم صحة الإجراءات حسب المادة 65 سابقة الذكر، لكن هذا لا يمنع الشخص فاقد الأهلية من رفع الدعوى بل يجب أن يباشر الدعوى نيابة عنه وليه أو وصية أو المقدم عليه، بمعنى يجوز للخصم الدفع ببطلان الإجراءات لانعدام أهلية خصمه أو ممثله.

إذن إن شرط الإذن لقبول الدعوى ليس شرطا عاما لجميع الدعاوى، بل هو من الشروط الخاصة حيث يجب أن ينص القانون صراحة على وجوب استحضار الإذن لرفع الدعوى، وفي حالة اشتراطه يصبح من النظام العام، إذ يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه⁴، ومثال الدعاوى التي تشترط الحصول على الإذن ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة

¹ - المصلحة القانونية: يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني - المصلحة شخصية ومباشرة: هي الصفة في رفع الدعوى - المصلحة حالة وقائمة أو محتملة الوقوع: وهنا يكون الحق قد اعتدي عليه فعلا وتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء، إضافة إلى الوقاية من الضرر المحتمل لتقاضي وقوعه.

خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية " شروط قبول دعوى تجاوز السلطة"، ص 162

² - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 42

³ - قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الباب 3: في وسائل الدفاع، الفصل 2 في الدفوع الشكلية، القسم 4: في الدفع بالبطلان، ص 9

⁴ - المصدر الأول، ص 51

الجزائري: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- بيع العقار، وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة.
- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.
- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.
- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

ثانياً: الشروط الشكلية:

الشروط الشكلية التي تتم بها دعوى الحجر، هي عريضة الدعوى والتكليف بالحضور.

أ) عريضة افتتاح دعوى:

العريضة هي اصطلاح قانوني يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي، والذي يعرض من خلاله العارض ادعاءاته وطلباته ودفعه من أجل طلب الحصول على حكم في الدعوى، سواء بتقرير حق، أو حماية مركز قانوني أو جبر ضرر ما عن طريق التعويض، فهو إعراب عن رغبة "المعي" في الحصول على حماية قانونية ويعتبر إيداع العريضة أول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى¹.

و لقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية **المادة 19** على أن: "رفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل "المدعي" أو "محاميه"، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"².

و بالتالي يتضح من نص هذه المادة أن "المشرع" ذكر الشروط التي يجب أن تتوفر في عريضة افتتاح الدعوى، حيث يجب أن تكون هذه العريضة على ورقة مكتوبة وموقعة من

¹ - فضيل العيش، مرجع سابق، ص 52

² - قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الكتاب 1: الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الباب 1: في الدعوى، الفصل

1: في شروط قبول الدعوى، ص 2

المتقاضي أو وكيله ومؤرخه ويجب تقديمها إلى أمانة الضبط من أجل تسجيلها وإيداع الرسم بحيث تحدد لها جلسة فوراً¹.

ب) البيانات التي يجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى:

إن هذه البيانات نصت عليها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذه البيانات إجبارية وإغفالها يؤدي إلى عدم قبول العريضة شك، حيث يجب أن تشمل البيانات التالية:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- اسم ولقب "المدعي" وموطنه، وهنا يجب ذكر اسم المدعي"، واسم من يمثله ومهنته وموطنه.
- اسم ولقب ومؤطن "المدعى عليه" فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له، ولو كان موطناً مختاراً.
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
- عرضاً موجزة للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى².

ت) التكليف بالحضور:

أما بالنسبة لمواعيد الحضور، فميعاد الحضور أو ميعاد التكليف بالحضور، هو الحد الأدنى الذي يجب أن يمضي بين تاريخ تسجيل عريضة افتتاح الدعوى وبين تاريخ الجلسة، وهذا الأجل يمنح ل "المدعى عليه" إمكانية إعداد دفاعه قبل حضوره إلى المحكمة، وقد حدد "المشرع" أجل عشرين يوماً بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، وتاريخ أول جلسة المحددة للنظر في القضية، أما إذا كان المدعى عليه مقيمة في الخارج فيمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر، وهذا ما جاءت به المادة 16 فقرة 3-4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

¹ - فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص 17

² - شيكر ريمة، مصدر سابق، ص 50.

³ - فريجة حسين، مرجع سابق، ص 18-19. 22

ويحرر التكليف بالحضور من أصل وعدة صور بقدر عدد المدعى عليهم"، ويرد الأصل إلى المدعي" أو "المعلن" بعد إجراء الإعلان، ليختفظ به كدليل على قيامه بالتكليف بالحضور إلى الجلسة، وتسلم الصور إلى الأشخاص المطلوب إعلانهم بالدعوى.

واشترط المشرع الجزائري "بيانات معينة يجب توافرها في التكليف بالحضور، وذلك في نص المادة 18 من قانون الإجراءات المدنية، وهذه البيانات هي كالتالي:

- اسم ولقب "المحضر القضائي" وعنوانه المهني وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته.

- اسم ولقب "المدعي" وموطنه.

- اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه.

- تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

- تاريخ أول جلسة وانعقادها¹.

الفرع الثاني: دور القاضي في دعوى الحجر

إن الحجر القضائي لا يكون إلا بحكم قضائي، وبالتالي فالقاضي المختص هو قاضي شؤون الأسرة، إذ له دور مهم في سير دعوى الحجر وفي الإجراءات التي تمر بها.

أولاً: وجوب تمكين المطلوب الحجر عليه من الدفاع

قرر المشرع من خلال المادة 105² من قانون الأسرة قاعدة لمصلحة المراد الحجر عليه، وهي وجوب تمكينه من الدفاع عن حقوقه.

من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد كفل للشخص المطلوب الحجر عليه حق الدفاع وهذا راجع لكونه في موقف ضعيف في نظر القانون، ونفس الشيء نصت عليه المادة 483 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " إذا عين القاضي أن الشخص

¹ - شيكر ريمة، مصدر سابق، ص51.

² - المادة (105): " يجب أن يمكن الشخص المراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة .

المين في العريضة ليس له محام عين له محاما تلقائيا" فيصبح من خلال المادتين أن المشرع قد استحدث حقا للمراد الحجر عليه، وهو وجوب حضور محامي إلى جانب الشخص المعني بالعريضة وإذا وجد أن الشخص المعني ليس له محامي يعين له محاميا تلقائيا ضمنا لتوفي سبل الدفاع عن مصالحه¹.

ثانيا: الإستعانة بالخبرة القضائية وإجراء تحقيق.

إن الهدف من دعوى الحجر هو الطعن في أهلية الشخص المطلوب الحجر عليه فالقاضي عند إصداره الحكم بالحجر عليه أن يتحقق من وجوب أسباب الحجر والتمثلة في عوارض الأهلية عن طريق إجراء خبرة وفي هذا الصدد تنص المادة 103 من قانون الأسرة الجزائري " يجب أن يكون الحجر بحكم والقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر" وطبقا لنص المادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص: " يمكن للقاضي تلقي آراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب للمقدم إليه ويمكنه قبل إتخاذ القرار أن يأمر بخبرة طبية لتحديد الحالة الصحية للمعني وذلك بأمر ولائي ".

أيضا نص المادة 487 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . التي تنص "بمجرد إيداع تقرير الخبرة عند الإقتضاء، ينظر ويفصل في القضية بغرفة المشورة".

فقاضي شؤون الأسرة يملك سلطة تقديرية واسعة في دعوى الحجر حسب السبب الذي تقوم عليه الدعوى فإذا قامت دعوى الحجر على أساس موانع الأهلية كالجنون والعتة، فالغالب هو الإستعانة بطبيب مختص الذي يعين بأمر ولائي حسب المادة 486 من القانون المدني ولا يكتفي بشهادة الشهود.

كما يجب عليه أن يتبع في هذا الصدد الإجراءات المنصوص عليها في شأن الخبرة من المادة 125 إلى غاية المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

¹ - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 352.

² - أنظر المواد من 125 إلى غاية 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يمكن للقاضي تلقي آراء أعضاء العائلة قبل الفصل في الطلب المقدم إليه، كما ينظر ويفصل في القضية بغرفة المشورة حفاظا على الطابع الشخصي للقضية¹.

ثالثا: نشر الحكم تنص المادة 106 من قانون الأسرة على أن " الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"

من خلال نص هذه المادة نفهم أن الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن مثله مثل الأحكام الأخرى بما في ذلك الطرق العادية وغير العادية، وأنه لا بد من نشر الحكم القضائي والحكمة من نشر الحكم بالحجر تكمن في تمكين الغير من العلم به لمنع الإدعاء مستقبلا بالجهل بالحجر إن هم تعاملوا مع المحجور عليه والملاحظ أن الحجر لا يسري في حف الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به ووفقا للمبادئ العامة في القانون.

وقد استوجب المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التأشير على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق كل حكم أو أمر يصدر بخصوص المحجور عليه².

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن الحكم بالحجر

يترتب عن الحكم بالحجر مجموعة آثار تتمثل أساسا في النيابة الشرعية عن المحجور عليه، وحكم تصرفاته، وعليه فسندى في المطلب الأول النيابة الشرعية عن المحجور عليه، وسنحاول دراسته وفقا للمنظور الفقهي الإسلامي أولا، ثم دراسته من الناحية القانونية، والأمر ذاته بالنسبة للمطلب الثاني والذي سيكون تحت عنوان حكم تصرفات المحجور عليه.

المطلب الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه

لقد سبق وأن رأينا بأن الحجر هو منع الشخص من التصرف في ماله، حيث يعين له من ينوب عنه في تصرفاته المالية، وهو ما يطلق عليه بالنيابة الشرعية أو الولاية النيابة، وهي تدخل ضمن في نظام الولاية على المال، وتعرف هذه الأخيرة بأنها: "السلطة التي يملك بها

¹ - بربارة عبد الرحمان، المصدر السابق، ص 353

² - المادتان: (488-489) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الولي التصرفات والعقود التي تتعلق بمال المولى عليه من البيع والشراء والإجارة والرهن والإعارة وغيرها".¹

ومن هذا ستكون رؤيتنا إلى النيابة الشرعية عن المحجور عليه انطلاقاً من الفقه الإسلامي ثم القانون.

الفرع الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في الفقه الإسلامي

ينوب عن المحجور عليه في تصرفات المالية إما الولي، أو الوصي، قبل تطرق إليهما سنحاول رؤية من تثبت عليه الولاية على المال ممن تثبت له، وفق ما يلي:

أولاً/ من تثبت عليه الولاية ومن تثبت له:

01- من تثبت عليه الولاية:

سبق وأن رأينا بأن المستحق الحجر عليهم ضربان: ضرب يستحق عليهم لحقوقهم، والضرب الآخر لحقوق غيرهم، والولاية على المال تثبت على النوع الأول، أي على المستحق الحجر عليهم لحقوقهم، فهي تثبت على العاجزين عن تدبير شؤونهم المالية من الصغار والمجانين والمعاتيه باتفاق الفقهاء، كما تثبت على السفهاء وذو الغفلة عند جماهير الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة².

وعليه فالولاية تثبت على: 01- الصغير، 02- المجنون، 03- المعتوه، 04- السفهه، 05- ذو الغفلة³.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام ... ، مرجع سابق، ص 799.

² - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 899.

³ - رمضان على سيد الشرباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 365.

02- من تثبت له الولاية:

أ- الولاية على الصغير:

تثبت الولاية عند الحنفية على الترتيب التالي: الأب، ثم وصي الأب، ثم الجد، ثم القاضي، ثم وصي القاضي: وهو من يعينه القاضي¹.
ويرون أن تقديم الأب على غيره أمر طبيعي لأنه أشفق الناس على أولاده وأحرصهم على مصالحهم، وكان وصي الأب مقدما على الجد لأن اختيار الأب وصيا مع وجود الجد دليل على أنه أولى من الجد، لأنها تعتمد على الأمانة والتجربة والخبرة أكثر من اعتمادها على الشفقة التي يتميز بها الجد عن الوصي، وإرادة الأب في شؤون ولده محترمة في حياته فكذلك تحترم بعد وفاته².

وعند المالكية والحنابلة تكون أو للأب ثم لوصيه، ثم للحاكم، ثم لمن يقيمه أمينا عنه ولا ولاية للجد وغيره من القرابة³، فلم يجعلوها للجد أصالة وإن كان يصح أن يكون وصيا من قبل الأب أو القاضي، قالوا: لأنه لا يدلي إلى الصغير بنفسه وإنما يدلي إليه بالأب فلا تكون له الولاية على مال الصغير كالأخ⁴.

وعند الشافعية: الولاية للأب أولا ثم للجد أبي الأب، ثم لوصيهما ثم القاضي أي العدل الأمين، لأن الجد عندهم ينزل منزلة الأب عند عدمه لوجود الشفقة عنده مثل الأب⁵.

ب- الولاية على المجنون والمعتوه:

إذا بلغ على هذه الحالة، فإنها تكون لمن كان وليه قبل البلوغ من أب أو جد أو وصي، باتفاق المذاهب الأربعة، كما تقدم⁶، لأنها كانت ثابتة بسبب الصغر ولم يوجد ما

¹ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2986.

² - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص804.

³ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2988.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص804.

⁵ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2988.

⁶ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص804.

يقتضي رفعها فتستمر إلى الإفاقة¹ فإن بلغ الشخص رشيدة ثم طراً عليه الجنون أو العته، عادت إليه ولاية من كان وليه قبل البلوغ، على الرأي الراجح عند الحنفية، والشافعية. وقال المالكية والحنابلة في ذلك أن: تكون الولاية عليه حينئذ للقاضي، ولا تعود لمن كانت له من أب أو جد؛ لأن الولاية سقطت ببلوغ الصغير رشيدة، والساقط لا يعود²، ويرى "شليبي" أن هذا غير مقبول، لأنه لا يعقل أن تكون الولاية للقاضي مع وجود الأب والجد وأهليتهما متحققة وشفقتهما متوفرة، والقاضي لا يتولى ذلك بنفسه بل إنه يتولاه بواسطة الوصي، فلا يعقل أن يعين وصياً أجنبياً مع وجود واحد منهما³.

ج- الولاية على السفية وذي الغفلة:

تثبت الولاية على السفية وذي الغفلة أيضاً للأولياء السابقين إذا كان السفه والغفلة متصلين بالصغر، غير أنه عند الصحابان محمد بن الحسين، وأبي يوسف تكون للقاضي ابتداءً. أما إذا بلغ الشخص رشيداً ثم طراً عليه السفه أو الغفلة فإن الولاية تكون للقاضي الذي يعين فيما يتولى سلطات الولاية تحت إشرافه ومراقبته⁴، لأن المقصود بالحجر عليهما هو المحافظة على أموالهما، والقاضي هو المنصوب لمثل هذا الأمر⁵.

¹ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2988.

² - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 804.

³ - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 804.

⁴ - محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 806.

⁵ - رمضان على السيد الشرياصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 368.

ثانيا/ الولي:

وفي هذا سنرى شروط الولي، تصرفاته، ثم نهاية الولاية.

01- شروط الولي:

| اشترط الفقهاء لثبوت الولاية على المال ما يأتي:

أ- أن يكون كامل الأهلية، وكال الأهلية يتحقق بالبلوغ والعقل والحرية، لأن فاقد الأهلية أو ناقصها لا يكون أهلا للولاية على مال نفسه وإذا لم يكن أهلا للولاية على نفسه لا يكون أهلا للولاية على مال غيره¹.

ب- أن يكون متحدا مع الصغير في الدين، فلو كان الأب غير مسلم وأولاده مسلمون (كأن تسلم أمهم وهم صغار وبقي هو على دينه فاعتبروا مسلمين تبعا لها) لا تثبت الولاية له عليهم²، لأن اتحاد الدين باعث غالبا على الشفقة ورعاية المصلحة³، وعلى هذا لا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم، ولا للمسلم على غيره⁴، مصداقا لقوله تعالى: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"⁵، وقوله: "وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"⁶ وهذا الشرط في غير القاضي، لأن ولاية القاضي ولاية عامة فهو ولي من لا ولي له من المسلمين وغير المسلمين⁷.

ج- أن يكون أمينا عدلا حريصا على مصلحة من ولي له، والعدالة أي الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات، فلا ولاية للفاسق؛ لأن فسقه يجعله متهمه في رعاية مصالح غيره⁸،

¹ - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، طه، 1993، ص 654.

² - المرجع نفسه، ص 655.

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

⁴ - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 369.

⁵ - سورة النساء، الآية 141.

⁶ - سورة الأنفال، الآية 73.

⁷ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلامي...، مرجع سابق، ص 808.

غيره¹، ومصلحة الصغير ومن في حكمه مقدمة على كل اعتبار²، لقوله تعالى: "وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ"³، وقوله تعالى: "إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا"⁴

د- أن يكون قادرا على التصرفات التي تدخل في ولايته، لأن المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه، وهي لا تتحقق مع العجز وعدم القدرة على التصرف.⁵

هـ - رعاية مصلحة المولى عليه في التصرفات، لقوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"⁶. فليس للولي سلطة في مباشرة التصرفات الضارة بالمولى عليه ضرورة محضة، كالتبرع من مال القاصر بالهبة أو الصدقة، أو البيع أو الشراء بغبن فاحش، أو الطلاق، فإن أمكن تنفيذها على الولي نفسه نفذت والا كانت باطلة.⁷

هذه هي جملة الشروط التي اشترطها الفقهاء وهي ليست خاصة بابتداء الولاية، بل تراعى دائما، فلو تولى وكان مستوفيا لهذه الشروط ثم طرأ ما يفقد هذه الشروط أو أحدها فيعزل من الولاية حتى ولو كان أباً.⁸

02- تصرفات الولي: الأصل في تصرفات الولي أنها غير مطلقة بل مقيدة بما فيه مصلحة المولى عليه⁹، وعلى هذا لا يكون للولي سلطة مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا كهبة شيء من مال المولى عليه أو التصديق به أو البيع والشراء بغبن فاحش، فإذا باشر الولي

¹ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأداته...، مرجع سابق، ج4، ص2993.

² - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص369.

³ - سورة النساء، الآية 09.

⁴ - سورة النساء، الآية 10.

⁵ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأداته...، مرجع سابق، ج4، ص2993.

⁶ - سورة الإسراء، الآية 34.

⁷ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأداته...، مرجع سابق، ج4، ص2993.

⁸ - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص369.

⁹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص809.

تصرفا من هذه التصرفات كان باطلا لا يقبل الإجازة من أحد¹، ويملك التصرفات النافعة نفعا محضا، كقبول الهبة والصدقة والوصية، ومثلها التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجازة والشركة بشرط ألا يكون فيها ضرر، فإن كان فيها ضرر كانت باطلة، هذا إجمال الحكم التصرفات، أما تفصيلها فإنها تختلف باختلاف الشخص الذي يتولاها².

أ- الأب وتصرفاته:

الآباء ليسوا كلهم في حكم واحد بالنسبة للتصرفات في أموال أبنائهم بل هم مختلفون بحسب صفاتهم، وهم بهذا الاعتبار أربعة أنواع³:

- **الصف الأول:** أب معروف بالتبذير والإسراف وعدم الأمانة على المال، وهذا لا يستحق الولاية على أموال أولاده، فلو أعطيت له الولاية ثم ظهر كذلك، سلبت ولايته وأخذ منه المال وسلم إلى من يستحقها إن كان موجودا، وإلا سلم إلى وصي يختاره القاضي ليحقق للصغار ما ينفعهم ويحافظ على مصلحتهم⁴.

- **الصف الثاني:** أب معروف بسوء التدبير وفساد الرأي ولكنه أمين على مال ولده، وهذا تثبت له الولاية على مال أولاده الصغار ومن في حكمهم، لأن فساد الرأي وسوء التدبير لا ينقص شيئا من شفقة الأب وعطفه على أولاده⁵، ولكنه يراقب في تصرفاته فيمنع من كل ما هو هو يضر بمصلحة الصغير، فيشترط لصحة تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر أن تكون فيها منفعة ظاهرة، فإن تحققت نفذت وإن لم تتحقق ألغى التصرف⁶، وفسر بعض العلماء المنفعة الظاهرة في العقار ببيعه بضعف قيمته، وبشرائه بنصف قيمته، وفي المنقول ببيعه بزيادة

¹ - زكي الدين شعبان،، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 655.

² - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 809.

³ - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص 656.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 809.

⁵ - زكي الدين شعبان، ، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 656.

⁶ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، 809.

تساوي نصف قيمته وبشرائه بنقص يساوي ثلث قيمته، وفسرها بعضهم بما لا يكون فيه خير للمولى عليه من غير تقييد بالضعف ولا بالثلث، ولا بالتفرقة بين المنقول والعقار¹.

- **الصف الثالث:** أب مستور الحال لم يعرف عنه فساد ولا تبذير².

- **الصف الرابع:** أب معروف بحسن الرأي والتدبير، وهذا الأب والذي قبله تثبت له الولاية التامة على أموال أولاده الصغار ومن في حكمهم ولو كانوا في حضانة غيره³.

فيملك الواحد منهما كافة التصرفات التي يملكها في ماله، ولا يستثنى منها إلا ما فيه ضرر محض كالتبرع والصدقة وما في معناهما، لأن التبرع إخراج المال الصغير بدون عوض فيكون ضررا محضا.

وعلى هذا يكون له بيع أموال المولى عليهم عقارا كانت أو منقولا ويشترى لهم مادام ذلك البيع والشراء بمثل القيمة أو بغين يسير مما يتعابن فيه الناس عادة، ولا يملك أحد نقض تصرفه حتى الصغير إذا بلغ لا يملك ذلك، لأنه صدر عن ولاية تامة⁴.

وليس للأب أن يقرض مال الصغير للغير، ولا أن يقترض لنفسه؛ لما في إقراضه من تعطيل استثمار المال، ويجوز له في رأي أبي حنيفة ومحمد أن يرهن شيئا من مال ولده في دين نفسه، قياسا على ما له من إيداع مال ولده، ولا يجوز هذا الرهن في رأي أبي يوسف وزفر؛ لأن في الرهن تعطي "لمنفعة المال، إذ يبقى محبوبا إلى سداد الدين"⁵.

ب- الجد وتصرفاته: اختلف أئمة المذهب الحنفي في تحديد نطاق تصرفات الجد على رأيين:
الأول: يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يملك كل ما يملكه الأب من تصرفات، بل تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب - وسيأتي بيانها - لأنه يلي الوصي في المرتبة فلا يكون له

¹ - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 656

² - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 810.

³ - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 657.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 810.

⁵ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 4، ص 7334.

اختصاص أكثر من ذلك الوصي، ولو كان مساويا للأب لتلاه في المرتبة وتقدم على وصي الأب في الولاية على المال¹.

الثاني: يرى محمد صاحب أبا حنيفة أن ولاية الجد في قوة ولاية الأب فيملك كل تصرف يملكه الأب، لأن ولاية الجد ولاية أصلية ليست مستمدة من أحد أثبتها الشارع له بسبب الأبوة فيكون له ما للأب من التصرفات، ولأن الجد أشفق الناس بأولاد ابنه، وأكثرهم رعاية لمصالحهم، بأمرهم بعد أبيهم، وإذا كان هذا شأن الجد مع أحفاده كانت ولايته في المال كولاية الأب فيملك ما يملكه من تصرفات².

ومع وجهة رأي محمد صاحب أبا حنيفة فقد اختار الفقهاء الرأي الأول للفتوى³

4. ثالثا/ الوصي:

وسنوضحه من خلال الوصول إلى من يكون له حق تولية الوصي، والوقوف على شروطه وتصرفاته.

01- من يكون له تولية الوصي:

إن الإيحاء برعاية الأولاد الصغار ومن في حكمهم، كالمجانين والمعتوهين، والنظر في أموالهم بحفظها والتصرف فيها بما ينفعهم، فلا خلاف بين الفقهاء في أن تولية الوصي تكون للأب، لأن للأب - عندهم جميعا - حق الولاية على أولاده الصغار ومن في حكمهم في حال حياته، فيكون له الحق في إقامة خليفة عنه في الولاية عليهم بعد وفاته⁴، فإذا اختار الأب شخصا ليكون خليفة عنه في الولاية على أولاده القصر بعد وفاته فإنه يجب أن تتوفر فيه شروط الوصاية⁵، وهذا الشخص يسمى وصي الأب.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 818.

² - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 270.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 818.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1406 هـ - 1986 م، ج7، ص 203.

⁵ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 820

ومثل الأب في هذا الحكم الجد عند الحنفية والشافعية، فله حق تولية الوصي، لأن الجد له عندهم الولاية على أولاد أولاده وإن نزلوا، فيكون له بذلك حق الإيضاء عليهم لمن شاء بعد موته كالأب، وهذا الشخص يسمى وصي الجد.

وقال المالكية والحنابلة في ذلك: ليس للجد حق تولية وصي عنه على أولاد أولاده، لأن الجد لا ولاية له عندهم على أموال هؤلاء الأولاد¹.

في حين قال الشافعية والحنابلة أنه: ليس للوصي إيضاء لغيره إلا أن يؤذن له فيه، فإن أذن له به، جاز له في الأظهر عند الشافعية²

ولو وصي الأب حق الإيضاء لمن شاء من بعده عند الحنفية، لأن الأب أقامه مقام نفسه، فكان له الإيضاء كالأب، ويوافق الحنفية في ذلك المالكية، إلا أنهم قيدوا حق الوصي في الإيضاء لغيره بما إذا لم يمنعه الأب من الإيضاء إلى غيره، فإن منعه من الإيضاء إلى غيره، كأن قال له: أوصيتك على أولادي، وليس لك أن توصي عليهم، فلا يجوز له³، ويسمى هذا الشخص وصي الوصي.

وأجاز المالكية للأم الإيضاء على أولادها بشروط: هي أن يكون المال قليلا قلة نسبية كستين دينارة، وأن يورث المال عنها بأن كان المال لها وماتت، وألا يكون للموصى عليه ولي من أب أو وصي أب أو وصي قاضي. فإن كثر المال، فليس لها الإيضاء، ولو كان المال للولد من غير الأم كأبيه أو من هبة، فليس لها الإيضاء، بل ترفع الأمر للحاكم. وإن كان للولد ولي آخر من أب أو وصي، فلا وصية لها على أولادها⁴.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 7، ص 208، 203 .

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 10، ص 7578.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 7، ص 209.

⁴ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 10، ص 7578.

وللقاضي إذا لم يوصي الأب والجد أو وصيهما لأحد أن يعسن وصيا من قبله باتفاق الفقهاء، لأنه ولي من لاولي له، والقاضي لا يلي أمور القاصرين بنفسه، ولكنه يكل أمورهم إلى من يعينهم من الأوصياء¹، وهذا الشخص يسمى وصي القاضي. وعليه فالوصي نوعان:

- الوصي المختار: وهو الذي يعينه الأب أو الجد للإشراف على أموال أولاده أو أحفاده.

- وصي القاضي: وهو الذي يعينه القاضي للإشراف على التركة والأولاد².

02- شروط الوصي: اشترط الفقهاء في أهلية الوصي مطلقا مختارا من الأب أو معينا من القاضي، أن يكون كامل الأهلية عدلا أمينا قادرا على إدارة شؤون من له الوصاية عليه، وأن يكون متحدا في الدين مع من جعلت له الوصاية عليه³، فلا يصح الإيصال للصغير، والمجنون، والمعته ومن لا يحسن التصرف، لأنه لا ولاية لواحد من هؤلاء على ماله فلا يكون لهم حق التصرف في مال غيرهم، وكذلك لا يصح الإيصال لمن يكون مخالفا للقاصر في الدين، لأن الاتفاق في الدين باعث على العناية بالقاصر والاهتمام بأمره والاختلاف في الدين باعث في الغالب على ترك النظر في صالح من يخالفه في الدين⁴.

وهذه الشروط معتبرة بعد وفاة الموصي في الوصي المختار، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصاية، فلا اعتبار بالتخلفها قبل ذلك، لأنها شروط لنفاذ الوصاية لا لإنشائها، فإن لم يكن أهلا في هذا الوقت عدل عنه وعين القاضي غيره⁵. أما الذكورة فإنها ليست بشرط في الوصي، فيصح الإيصال إلى المرأة باتفاق الفقهاء⁶.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج7، ص 209.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج10، ص 7337.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 821.

⁴ - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 664-645.

⁵ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 821.

⁶ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 7، ص 211.

- تصرفات الوصي:

أ- تصرفات الوصي المختار: يملك وصي الأب أو الجد ما يملكه الأب إلا فيما يأتي بسبب عدم توافر الشفقة الكائنة عند الأب¹:

- بيع العقار: لا يجوز للوصي المختار بيع العقار إلا إذا كان هناك مسوغ شرعي، لأن العقار محفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع إلا إذا وجد مسوغ شرعي، كأن يكون بيع العقار خيرة للصغير من بقائه²، وذلك فيما يأتي:

أ. بيع العقار بضعف قيمته فأكثر، فيستطيع الوصي شراء عقار أنفع مما باعه.

ب. أن تزيد ضربية العقار ومصاريفه على غلاته.

ج. أن يتعين بيع العقار لصرف ثمنه في نفقة القاصر³.

- بيع الوصي مال نفسه لليتيم أو شراء ماله لنفسه:

لا يجوز للوصي المختار بيع ماله للقاصر أو شراء مال القاصر لنفسه إلا إذا كان في

البيع والشراء منفعة ظاهرة للصغير، وتتحقق المنفعة الظاهرة بأن يبيع للقاصر العقار بنصف

القيمة، ويشتري منه العقار بضعف قيمته. وفي غير العقار أن يبيع له ما يساوي خمسة عشر

ب عشرة، ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر وهذا على القول المفتى به في مذهب الحنفية⁴.

وقال صاحبان والأئمة الآخرون: لا يجوز للوصي أن يبيع أو يشتري من مال الصغير

مطلقاً⁵.

¹ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 10، ص 7339.

² - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 666.

³ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 10، ص 7339.

⁴ - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 667.

⁵ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 10، ص 6340.

- رهن الوصي:

لا يصح رهن الوصي شيئاً من أموال نفسه عند القاصر نظير دين عليه له وارتهانه شيئاً من أموال اليتيم عند نفسه نظير دين له على القاصر¹.

ب- تصرفات وصي القاضي:

يتصرف وصي القاضي كما يتصرف الوصي المختار في كل ما كان نافعة للقاصر، ويعمل على حفظ ماله وتنميته، وهو يختلف عن الوصي المختار في حالات²:
- ليس لوصي القاضي عقد المعارضة في مال القاصر مع نفسه ولا مع من لا تقبل شهادتهم له، لأنه نائب عن القاضي، والقاضي لا يملك ذلك فكذاك نائبه، أما الوصي المختار فله ذلك بشرط أن يكون فيه نفع ظاهرة³.

- الوصي المختار له أن يقيم وصياً بعد وفاته على مال القاصر الذي له عليه وصاية، وليس ذلك لوصي القاضي إلا إذا جعل له القاضي ذلك في قرار تعيينه، والسبب في ذلك أن القاضي الذي يستمد منه الوصي المعين من قبله ولايته موجود دائماً بخلاف الوصي المختار فإن من اختاره غير موجود فلا يمكن الرجوع إليه.

- وصي القاضي قابل للعزل وإن كان عدلاً كفؤاً إذا كانت مصلحة القاصر تقتضي ذلك، لأنه وكيل القاضي وكل موكل يملك عزل وكيله، أما الوصي المختار فلا يجوز للقاضي عزله إذا كان عدلاً كفؤاً، لأنه لم يعينه فلا يملك عزله دون سبب مبرر لذلك العزل⁴.

- للقاضي حق سؤال وصيه عن مقدار التركة، وليس للوصي المختار ذلك، وإذا أوصى وصي القاضي لآخر على تركته، لم يكن وصية على التركتين، بخلاف الوصي المختار.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، 829.

² - شرح قانون الأحوال الشخصية للأستاذ مصطفى السباعي: 62 وما بعدها، ذكره: وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج10، ص7342.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 829.

⁴ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 829.

- ليس لوصي القاضي الموكل بالخصومة في عقار القاصر قبضه إلا بإذن من القاضي، أو بتوكيل سابق فيه، أما الوصي المختار فيملك القبض من غير إذن.

- ليس لوصي القاضي إيجار القاصر، أما الوصي المختار فله ذلك¹.

رابعاً/ انتهاء الولاية على المال (الولاية والوصاية): الولاية على المال تبقى ما بقي سببها وهو سبب الحجر، فإذا زال سببها انتهت الولاية أو الوصاية²، وبالتالي رفع الحجر.

يرتفع الحجر عن السفیه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، ولكن لا بد في الراجح عند الفقهاء، خلافاً لمحمد بن الحسن، من قرار القاضي برفع الحجر؛ لأن ما ثبت بحكم القاضي لا يزول إلا بحكم آخر، كذلك يرفع الحجر عن المغفل إذا ظهرت خبرته، واهتدى إلى حسن التصرف، عن طريق حكم القاضي، على الخلاف السابق في السفیه.

ويرفع الحجر عن المجنون بدون حكم القاضي باتفاق إذا شفي وعاد إليه عقله. ومثله المعتوه إذا اكتملت قواه العقلية وزال تخبطه في الكلام.³ وأما الصغير: فإن كان غير مميز فيرفع الحجر عن بعض تصرفاته عند الحنفية والمالكية بإتمام سن السابعة. وإن كان ممیزة فيرفع الحجر عنه شيئاً:

أحدهما، عند الجمهور غير الشافعية: وهو إذن الولي إياه بالتجارة، والإذن بالتجارة يزول الحجر عن التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع. وعند الشافعية: لا يزول الحجر عن المميز ولو بالإذن بالتجارة. الثاني، بلوغه عاقلاً رشيداً من غير حاجة إلى ترشيد ولي أو حكم من القاضي عند الجمهور غير المالكية. وفي ذلك يري المالكية أن زوال الحجر عن الصغير ذو الأب يكون ببلوغه رشيداً بغير حكم الحاكم. فإن كان عليه وصي من الأب، فيزول حجره بترشيد منه من غير إذن الحاكم، وإن كان وصيه من القاضي، فيزول حجره بترشيده، بإذن القاضي⁴.

¹ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج10، ص7342-7343.

² - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص672.

³ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4533.

⁴ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4533-4534.

الفصل الثاني أحكام الحجر

وأما المفلس إذا قسم ماله بين الغرماء، فهل ينفك عنه الحجر بالقسمة، أو يحتاج إلى حكم القاضي بفك الحجر؟

ذكر الشافعية والحنابلة فيه وجهين:

أحدهما: يزول الحجر، بقسمة مال المفلس، لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه قد زال، فزال الحجر تبعاً له، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه.

والثاني: لا يزول إلا بحكم الحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم، فلم يزل إلا به، كالحجر على المبذر، ويختلف حكمه عن المجنون؛ لأن حجره ثبت بنفسه فزال بزواله.

وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور "وهبة بن مصطفى الزحيلي": " أنه ينبغي أن يتضمن حكم القاضي بحجر المفلس تحديد غاية معينة للحجر، وهي أن يتم تصفية أموال المفلس، فإذا تحقق الهدف، زال أثر الحجر تلقائية بدون حاجة لحكم القاضي"¹.

الفرع الثاني: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في القانون الجزائري

تنص المادة 44 من القانون المدني الجزائري على الآتي: " يخضع فاقدوا الأهلية، وناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصاية، أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون ".

ولقد خصص الكتاب الثاني من قانون الأسرة لأحكام هذا النظام فكان تحت عنوان "النيابة الشرعية"، حيث نص في المادة 81 منه على الآتي:

" من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي، أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون ".

ومنه وبحسب هذه المواد فإن المشرع الجزائري ينص على أن فاقد الأهلية وناقصيها يخضعون لنظام النيابة الشرعية، وتأكيداً على ذلك خص المحجور عليه بنص خاص في المادة 104 ق.أ.ج والتي تنص على الآتي:

¹ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4534.

" إذا لم يكن للمحجور عليه ولي، أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون".

وبقراءة المادة 104 ق.أ.ج أعلاه، يتبين لنا أن القاضي إذا رأى أن المحجور عليه ليس له ولي أو وصي حكم بتعيين مقدم، لوجود من ينوب عنه قانونا ويرعى مصالحه، وعلى هذا القول يتضح لنا أن المشرع الجزائري ميز بين حالتين:

الحالة الأولى: يكون فيها الشخص المحجور عليه لم يبلغ سن الرشد، فالقول بوجود الولاية أو الوصاية يعني أنها لم تسقط بعد، وذلك لا يكون إلا إذا كان الشخص قاصرا لم يبلغ السن القانوني للرشد والذي هو 19 سنة كاملة، فالولاية والوصاية لا تكون إلا على الولد قاصر¹.

الحالة الثانية: يكون فيها الشخص المحجور عليه بالغا سن الرشد القانوني، وبالتالي فإن كل من الولاية والوصاية قد سقطت، ومنه لا يكون للمحجور عليه ولي أو الوصي، وبالتالي يعين القاضي مقدما.

لكن نص المادة 101 ق.أ.ج كان واضحا فالشخص الذي يحجر عليه يجب أن يكون قد بلغ سن الرشد القانوني، فتنص هذه المادة على الآتي:

" من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

وكما سبق بيانه عند الحديث عن أسباب الحجر فإن الصغر لا يعتبر سببا من أسباب الحجر وفي حالة رفع دعوى ضد قاصر للحجر عليه ترفض الدعوى، ويثير القاضي ذلك من تلقاء نفسه²، وهو ما تؤكدته التطبيقات القضائية³.

¹ - تنص المادة 87 ق.أ.ج على: "يكون الأب وليا على أولاده القصر... وتنص المادة 92 ق.أ.ج على: " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر...".

² - راجع الصفحة 51 من هذا البحث.

³ - أنظر الملحق رقم 01.

وبالتالي فإن المشرع لم يوفق في صياغة هذه المادة، ذلك أنها تحتاج إلى ضبط أو تعديل، فحتى بالقول أنه كان يقصد أن القاضي يعين في حكمه ولي أو وصي أو مقدم، أو أنه كان يقصد بلفظ "ولي أو وصي" الشخص الذي كان كذلك قبل بلوغ المحجور عليه سن الرشد، فإن هذا لا يستوي أيضا فقد نص في المادة 481 ق.إ.م. والتي وضعها تحت عنوان "في حماية البالغين ناقصي الأهلية" على أن الشخص الذي يعين يسمى مقدما، فتنص هذه المادة على أن: "يصرح بموجب أمر يصدره قاضي شؤون الأسرة بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم عن ناقصي الأهلية" فالمشرع لم يذكر "بافتتاح أو تعديل أو رفع الولاية أو الوصاية أو التقديم عن ناقصي الأهلية" بل نص على التقديم فقد، وهو ما يؤكد حكم محكمة سيدي عيسى بتاريخ 15/04/2015 والذي قضى بالآتي:

"... ومنه اعتماد تقرير الخبرة المنجز من طرف الخبير الطبي (ع ع)، وبناء عليه الحكم بالحجر على المسمى (ب ن) ابن (بم) و (ب ف)، وبالنتيجة افتتاح التقديم عليه وتعيين والده (بم) مقدما عليه للقيام بكافة التصرفات القانونية المتعلقة بإدارة أملاكه ورعاية شؤونه إلى غاية زوال أسباب الحجر"¹.

وعليه يقدر لو أن المشرع الجزائري يعدل المادة 104 ق.أ.ج فتصبح كالآتي:

يجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون ". وبما أن هذا الشخص الذي ينوب عن المحجور عليه هو المقدم، فسنتحدث عن الأحكام المتعلقة به دون التطرق إلى الولاية والوصاية إلا في الحالات التي يحيلنا إليها القانون.

¹ - أنظر الملحق رقم 03.

أولا/ تعريف المقدم و بيان شروطه:01

- تعريف المقدم:

عرف المشرع الجزائري المقدم من خلال المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تنص على أنه: "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". وعليه فالمقدم هو من يعينه القاضي، وهو نفسه وصي القاضي عند الفقه الإسلامي.

02- شروط المقدم: تنص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري على أن المقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام، وبالتالي فشروط المقدم هي نفسها شروط الوصي، ولقد نص المشرع الجزائري على شروط الوصي في المادة 93 ق.أ.ج بالآتي: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

وبالإضافة إلى الشروط السابقة فإن المشرع الجزائري قد أضفى شرطاً آخر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب نص المادة 469 منه تحت عنوان "في تعيين المقدم والوصي"، وهو أن يكون المقدم من بين أقارب المحجور عليه، فتنص هذه المادة على الآتي: يعين القاضي طبقاً لأحكام قانون الأسرة، مقدماً من بين أقارب القاصر، وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصاً آخر يختاره.

يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلاً للقيام بشؤون القاصر وقادراً على حماية مصالحه" ومنه فالمشرع في هذه المادة أكد على شرطي القدرة والأهلية، حيث عبر على هذه الأخيرة في قانون الأسرة بالعقل والبلوغ، وأضاف شرط جديد وهو أن يكون المقدم من بين أقارب المحجور عليه، وهو ما يؤكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2011 والذي جاء فيه ما يلي:

"حيث أنه وكما هو ثابت من وقائع القضية، أن الطاعن تم الحكم عليه بالسجن لمدة عشرين سنة عن جريمة القتل العمدى، وتبعاً لذلك فهو يخضع لأحكام المادة التاسعة مكرر من

قانون العقوبات، وتبعاً لذلك أصبح هذا الشخص محجوراً عليه بقوة القانون، ومن ثم فهو يخضع لأحكام المادة 101 وما يليها من قانون الأسرة، إذ يجب على قضاة الموضوع إذا ما ثبت لديهم أن الطاعن لم يكن له قيماً، وجب عليهم أن يعينوا له قيماً ليتولى إدارة أمواله أثناء تنفيذ تلك العقوبة، ولا يصح لهم أن يعينوا له محضراً قضائياً والذي يعد من الغير، إلا إذا ثبت لديهم أن المحكوم عليه ليس له قريب.

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى تعيين المحضر قيماً على الطاعن بدلاً من تعيين أحد أقاربه، فإن في ذلك مخالفة للمادة 101 وما يليها من قانون الأسرة، ويعرض قرارهم للنقض...¹.

وعليه فيجب أن يكون الشخص الذي يعينه القاضي مقدماً على المحجور عليه من أقارب المعني، ولا يجوز الحكم لغير الأقارب في حالة وجودهم، لكن الإشكال الذي يثار هنا هو في حالة ما إذا حدث نزاع بين الأقارب حول من يتولى التقديم على المحجور عليه، فكل الطرفين له الحق في أن يكون مقدماً. ويجيبنا على هذا التساؤل قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/07/2001 والذي جاء فيه: "... حيث تبين أن قضا الموضوع بمجلس قضاء البويرة وبعد رجوع القضية بعد النقض أجروا تحقيقاً وافياً إذ استمعوا إلى عشرة شهود عدول يقيمون حيث يقيم المطعون ضده شقيق المحجور عليه وقد أكد جميعهم بأن المدعو (و د) المريض والمحجور عليه من مصلحته بقاءه لدى أخيه المطعون ضده وقرب والدته وإنهما قاما برعايته والإحسان إليه منذ بداية مرضه سنة 1962 وخاصة المطعون ضده.

وحيث تجلّى لدى قضاة الموضوع بمجلس قضاء البويرة بأن إقامة (و د) محل الخلاف لدى المطعون ضده بإحدى قرى البويرة أحسن له من إقامته لدى ابنه الطاعن الذي يقيم بالجزائر العاصمة يكثر الضجيج بل هذه الإقامة قد تكون خطراً يومي على حياته بسبب مرضه.

¹ - ملف رقم 731298، الغرفة المدنية، القسم الثالث، بتاريخ 20 أكتوبر 2011، المجلة القضائية، سنة 2012، عدد 02، ص 146-147، ذكره: الحسين بن شيخ آث ملوياً، المرجع السابق، ص 319-320.

حيث تبين للمحكمة العليا أن ما ذهب وقضى به قضاة الموضوع بمجلس قضاء البويرة في قرارهم المنتقد هو الأصوب والأليق بالمدعو (و د) وقرارهم هذا يتماشى و ق.أ.ج ولا يتعارض معه بما يجعل الأوجه المثارة غير وجيهة مما يستلزم رفضه وتبعاً لذلك رفض الطعن¹.

وعليه فإن القاضي عند تعيينه للمقدم يراعي مصلحة المحجور عليه، فالسلطة التقديرية القاضي الموضوع، وهو الذي يقدر من الشخص الذي يصلح ليكون مقدماً على المحجور عليه، وتراعي مصلحة هذا الأخير قبل كل شيء .

ثانياً/ سلطة المقدم في التصرف:

إن سلطة المقدم في التصرف هي نفسها سلطة الوصي، فهو يخضع إلى نفس الأحكام معه كما سبق بيانه، ولقد نص المشرع الجزائري على سلطة الوصي في التصرف في المادة 95ق.أ.ج، والتي تحيلنا بدورها السلطة الولي في التصرف، حيث تنص على الآتي: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (88 و 89 و 90) من هذا القانون ."

وعليه فلمعرفة سلطة المقدم في التصرف يجب الرجوع إلى المواد المبينة في المادة 95 أعلاه، حيث نص المشرع الجزائري فيهم على الآتي: المادة 88: " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراءات المصالحة
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
- 3- استثمار أموال القاصر، أو الإقراض أو المساهمة في شركة
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

¹ - قضية (ب و ضد (وب)، قرار رقم 262283، بتاريخ 18/07/2001، المجلة القضائية، سنة 2003، العدد 1، ص353، ذكره: جمال سايس، المرجع السابق، ص 1210-1211.

المادة 89: "على القاضي أن يراعي في الإذن:

حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

المادة 90: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا أو تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

وخلاصة القول فإن المقدم يجب أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا عليها، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات المبينة في المادة 88 أعلاه، والقاضي يجب عليه أن يراعي في الإذن حالة المصلحة والضرورة، ويتم بيع العقار بالمزاد العلني، وفي حالة تعارض مصالح القاصر والمقدم كأن يشتري هذا الأخير من أموال القاصر مثلا، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة. ولقد نصت المادة 38 من القانون المدني الجزائري على أن موطن المحجور عليه هو موطن من ينوب عنه قانونا.

ثالثا/ رفع التقديم:

القول برفع التقديم هو نفسه انتهاء التقديم وبالتالي رفع الحجر، ولقد نص المشرع

الجزائري في المادة 108 ق.أ. ج على الآتي:

"يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه".

ومنه فيمكن للقاضي مراجعة حكمه القاضي بالحجر، وهذا برفعه إذا زالت أسبابه بناء على طلب من المحجور عليه. وللقاضي اتخاذ أي تدبير من تدابير التحقيق لمعرفة مدى زوال أسباب الحجر وكذا الاستعانة بالخبرة، وللقاضي سلطة تقديرية في رفع الحجر من عدمه، ويتم رفع الحجر بحكم قضائي، ويكون هذا الحكم الذي قضى بالحجر قابلا لمخاصمته بجميع طرق الطعن، ويجب أن ينشر للإعلام".¹

¹ - لحسين بن آث ملويا، المرجع السابق، ص 327.

المطلب الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه

سندرس في هذا المطلب حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه أولاً، ثم في القانون على النحو الآتي:

الفرع الأول: حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه الإسلامي

أولاً/ حكم تصرفات الصغير، المجنون والمعتوه:

01- حكم تصرفات الصغير:

لقد سبق لنا القول بأن الصغير يمر بمرحلتين حتى يبلغ، المرحلة الأولى وهي: مرحلة عدم التمييز، وتنتهي عادة ببلوغ سن السابعة، فإذا بلغ سن السابعة تبدأ المرحلة الثانية والتي هي مرحلة التمييز

أ- حكم تصرفات الصبي الغير مميز :

وفي هذه المرحلة تكون الولاية عليه تامة، فجميع تصرفاته لوليه، لأن الصغير فيها لا إدراك له ولا تمييز ومن ثم لا تكون له عبارة معتبرة، فأى تصرف منه يكون بالطلا.

وعليه فلقد اتفق الفقهاء على بطلان تصرفات الصبي غير المميز من بيع وشراء وغير ذلك؛ لأن عبارته ملغاة لا اعتداد بها شرعاً، فلا تصح بها عبادة، ولا تجب بها عقوبة، ولا ينعقد معها بيع أو شراء ، ويستمر هكذا حتى يبلغ السابعة وهو سن التمييز.¹

ب- حكم تصرفات الصبي المميز: لقد قسم الفقهاء تصرفات الصبي في هذه المرحلة إلى ثلاثة تصرفات: - تصرفات نافعة نفعا محضاً: إن التصرفات التي تكون نافعة للصغير، ولا تحتمل الضرر: من تملك مال، أو منفعة دون مقابل، لا تحتاج إلى إذن، ويصح تصرفه عند جمهور الفقهاء غير الشافعية، ورواية عند الحنابلة.

وتفصيل ذلك: أن الحنفية والمالكية قالوا بأن الصبي المميز يصح له أن يقبل الهبة المطلقة، وأن يقبضها، ويملكها بقبضه، وإن لم يأذن له وليه، وهو اختيار بعض الحنابلة. ولما

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية ، مرجع سابق، ج30، ص 246.

كان قبول الهبة وقبضها نفعا محضا لا يشويه ضرر، صح من الصبي من غير إذن الولي، لأجل مصلحته.

وذهب الحنابلة: إلى أن الصغير يصح قبوله الهبة وقبضها، إذا أذن له الولي في ذلك، فإن لم يأذن له لم يصح قبوله ولا قبضه؛ لأن الهبة عقد، ولا بد لمن يقبل أن يكون أهلا لإبرام العقود، والصبي ليس أهلا لذلك إلا بإذن الولي. ولأنه بالقبض يصير مستوليا على المال، وهناك احتمال تضييعه أو التفريط في حفظه، فينبغي أن يحفظ عنه ويمنع من قبضه، أما إذا كان بالإذن، فإن الاحتمال هذا مدفوع.

وذهب الشافعية: إلى أن الصبي لا يصح منه قبول الهبة ولا يقبضها، وإن أذن له وليه، حتى لو قبضها لم يملكها بهذا القبض¹؛ فعندهم لا يصح تصرف الصبي سواء كان مميزة أو غير مميز، فلا تتعد منه عبارة ولا تصح له ولاية لأنه مسلوب العبارة والولاية، إلا أنه يصح تملك الصبي بالاحتطاب ونحوه، فإذا احتطب فقد ملك الحطب الذي جمعه، فليس لغيره أن يأخذه منه، وكذلك إذا اصطاد فإنه يملك الصيد الذي يظفر به².

- **تصرفات ضارة ضررا محضا:** وهي التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الصبي دون مقابل، مثل الهبة والوصية والوقف، وهذه التصرفات إذا وقعت منه تكون باطلة³، وهذا باتفاق الفقهاء؛ لأن الولي لا يملك هذه التصرفات، فلا يملك الإذن بها. أما الوصية، والصلح، والإعارة، فقد اختلف الفقهاء في جوازها نظرا لما رأوه فيها من نفع أو ضرر⁴.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج36، ص 9.

² - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص327.

³ - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 351.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1417هـ - 1996م، ج36، ص 10.

- تصرفات مترددة بين النفع والضرر: وذلك كالبيع والشراء والإجارة وعقود المعاوضات كلها¹، فكل واحد منها يحتمل الربح والخسارة²، فإما أن تكون قبل إذن الولي، أو بعد إذنه، فتصرفه قبل الإذن ينعقد صحيحا، ويكون نفاذه موقوفا على إجازة وليه، إن أجازه لزم، وإن رده فسخ، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، ورواية عند الحنابلة.

وتعليل ذلك: أن عبارة الصغير المميز صحيحة؛ لأنه قاصد لها، فاهم لمعناها، وما يترتب عليها، فلا معنى لإلغائها، ولأن في تصحيح عبارته تعويدا له على التجارة، ومرانا واختبارا المدى ما وصل إليه من إدراك، مما يسهل الحكم برشده، أو عدم رشده بعد البلوغ. وذهب الشافعية والحنابلة - في رواية - إلى عدم صحة تصرفه بدون إذن وليه؛ لأن عبارته ملغاة، فلا تصح بها العقود، ولأنه محجور عليه، فلا يصح تصرفه كالسفيه، ولأن في تصحيح تصرفه ضياعا لماله، وضررا عليه؛ لأنه لا يحسن التصرف، فلا يصح منه³.

أما تصرفاته بعد الإذن، فقد اختلف فيها الفقهاء:

فالحنفية، والمالكية، والحنابلة: يرون أن للولي أن يأذن للصغير المميز في المعاوضات، وأن تصرفه حينئذ صحيح نافذ، لأن الصبي عاقل مميز، فيصح تصرفه بإذن وليه، وذهب الشافعية في الأصح ورواية عن أحمد: إلى أنه ليس للولي أن يأذن للصغير في التجارة، ولو أذن له لم يصح إذنه، فلا يصح تصرفه بعد الإذن، كما لم يصح قبل الإذن. وفي رواية أخرى عند الشافعية يصح من المأذون للحاجة⁴.

¹ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام...، مرجع سابق، ص 800.

² - رمضان علي السيد الشرباصي ومحمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 351.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج36، ص 11.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج36، ص 10.

02- حكم تصرفات المجنون والمعتوه:

أ- حكم تصرفات المجنون: اختلف الفقهاء في حكم تصرفات المجنون على النحو الآتي:
الحنفية: المجنون الذي يفيق أحيانا بحيث يزول ما به بالكلية فإنه في حال إفاقته يكون كالبالغ العاقل فلا يحجر عليه وينفذ تصرفه في هذه الحالة.
وحكم المجنون الذي لا يعقل أصلا هو كحكم الصبي الذي لا يميز في جميع ما تقدم، فكل تصرفاته تقع باطلة، سواء كانت نافعة أو ضارة أو غيرهما¹.
المالكية: المجنون في أحكام الحجر كالصبي سواء كان مسلوب العقل أصلا بحيث لا يفيق غالبا، أو كان مجنون بالصرع، أو كان مجنونا بالوسواس، ولا فرق بين أن يكون المجنون في الأحوال الثلاثة مطبقا أو متقطعا².

الشافعية: قالوا أنه متى جن شخص حجر عليه فلا تنفذ تصرفاته في شيء مطلقا³.

الحنابلة: المجنون كالصغير في أحكام الحجر المتقدمة⁴.

ب- حكم تصرفات المعتوه:

الحنفية: المعتوه كالصبي المميز في تصرفاته، وقد فإن تصرفا نافعة محضة كقبول هبة من الغير نفذ تصرفه بدون توقف على إجازة الولي، وإن تصرفا ضارة محضة كإقراضه ماله، أو هبته لغيره لا ينفذ ولو أجازته الولي، وإن تصرف في شيء يحتمل النفع والضرر عادة كالبيع والشراء فإنه ينعقد موقوفا على إجازة الولي، فللولي أن يجيزه وله أن يردده⁵ أما إذا أفاق فإنه كالبالغ العاقل في تلك الحالة. ولا يوجد عند غير الحنفية تعرضا لتصرفات المعتوه⁶.

¹ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص327.

² - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص33.

³ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص328.

⁴ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص34.

⁵ - عبد الرحمن بن محمد بن عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص327-328.

⁶ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج17، ص94.

03- المسؤولية التقصيرية للصبي والمجنون والمعتوه:

إن ما يقع من الصبي والمجنون والمعتوه من الأعمال الضارة المتعلقة بالغير يكونون مؤاخذين بها مسؤولين عنها، فإذا أتلف واحد منهم مال غيره كان عليه ضمانه في الحال، ويستثنى من هذه القاعدة أمور أربعة:

- أ- إذا أقرض شخص ما لواحد من هؤلاء فأكله لا يكون عليه ضمانه.
- ب - إذا أودع شخص عند واحد من هؤلاء شيئاً فأضاعه أو أتلفه فقد ضاع على صاحبه ولا ضمان على المودع عنده، بخلاف ما إذا أودعها عند الأب أو الوصي فأتلفها واحد من هؤلاء المحجور عليهم فإنه يكون ملزماً بها¹.
- ج - إذا أعار شخص أحد هؤلاء شيئاً فأضاعه فإنه يضيع على صاحبه ولا يكون مسؤولاً عنه.
- د - إذا باع شخص لواحد من هؤلاء شيئاً فأضاعه فقد ضاع على صاحبه، ولا يكون المحجور عليه مسؤولاً عنه.²

ومحل كون المحجور عليه لا يضمن في المسائل الأربعة إذا لم يأذن الولي، أما إذا حصلت الوديعة أو القرض أو الإعارة أو البيع بإذن الولي فأهلكه المحجور عليه فإنه يكون ملزماً به وعليه ضمانه.

وإذا أودع هؤلاء شيئاً لا يملكه عند محجور عليه مثله فأهلكه المودع عنده، كان ماله مخيرة بين أن يلزم به من أودعه أو من أودع عنده مثلاً: إذا أخذ صبي مال زيد بدون علمه وأودعه عند صبي مثله فأهلكه الصبي الثاني، فإن زيدا مخير بين أخذه من الصبي الأول أو من الصبي الثاني³ والفرق بين هذه المسألة وبين المسائل الأربع السابقة:

أن المالك في المسائل الأولى سلط المحجور على ماله باختياره فكان مفرطة، أما المسألة الثانية فإنه لم يسلطه، فكان المحجور عليه مضيعة لمال الرجل بدون علمه.⁴

¹ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص 325.

² - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص 28.

³ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص 326.

⁴ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص 29.

ثانيا/ حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة:

01- حكم تصرفات السفیه: اختلف الفقهاء في تصرفات السفیه المالية كالبيع والشراء والإجارة التي يعقدها.

فذهب جمهور الفقهاء : المالكية وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية وأحمد في رواية إلى أن هذه التصرفات صحيحة وتتعدّد موقوفة على إجازة وليه، فإن أجازها نفذت وإلا بطلت¹.
وذهب الشافعية وأحمد في رواية إلى أن تصرفات السفیه المالية باطلة، وذهب أبو حنيفة إلى أنها صحيحة نافذة؛ لأنه لم ير الحجر على السفیه أصلا، فهو كالرشيد في سائر تصرفاته².
02- حكم تصرفات ذی الغفلة:

تعتبر تصرفات ذی الغفلة كتصرفات الرشيد عند أبو حنيفة لأنه لا يرى بجواز الحجر عليه، بينما عند جمهور الفقهاء فحكم تصرفاته عندهم يكون كحكم تصرفات السفیه³.

03- أثر الاختلاف حول وقت بداية الحجر على السفیه وذی الغفلة:

لقد سبق القول بذهاب البعض إلى أن الحجر يبدأ من وقت الإصابة بالسفه أو الغفلة، ويذهب البعض الآخر إلى أنه لا يبدأ إلا من وقت حكم القاضي بثبوت السفه أو الغفلة. ويظهر أثر هذا الخلاف في العقود التي يبرمها الشخص بعد إصابته وقبل صدور حكم القاضي، أو العقود التي ينشئها بعد زوال السفه أو الغفلة وقبل صدور حكم من القاضي برفع الحجر⁴.
فعلى الرأي الأول: فإن العقود التي يبرمها بعد إصابته وقبل الحكم عليه من القاضي تخضع للأحكام السابقة، أما التي تصدر بعد شفائه وقبل صدور الحكم بزوال السفه أو الغفلة تكون نافذة دون توقف على أمر آخر.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 30، ص 247.

² - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 30، ص 247.

³ - رمضان علي الشرباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 355.

⁴ - رمضان علي الشرباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 354.

وعلى الرأي الثاني: فإن العقود التي يبرمها بعد إصابته وقبل توقيع الحجر عليه تكون نافذة، أما التي يبرمها بعد شفائه وقبل رفع الحجر عنه فتخضع للأحكام السابقة¹.

ثالثاً/ حكم تصرفات المفلس والمريض مرض الموت:

- حكم تصرفات المفلس : تصرفات المفلس ثلاثة أنواع:

أ- تصرفات نافعة للغرماء : كقبوله الهبة والصدقة، فهذه لا يمنع منها.

ب- تصرفات ضارة: كهبته لماله، ووقفه له، وتصدقه به، والإبراء منه، وسائر التبرعات، فهذه يؤثر فيها الحجر عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وعلى الأظهر عند الشافعية، والقول الثاني عند الشافعية: أن التصرف يقع موقوفاً، فإن فضل ذلك عن الدين نفذ وإلا لغا. ومن أجل ذلك قال الحنابلة: لا يكر المفلس بغير الصوم، لئلا يضر بالغرماء، ويستثنى من هذا النوع التصرف بعد الموت، كما لو أوصى بمال. وإنما صح هذا لأن الوصية تخرج من الثلث بعد حق الدائنين، واستثنى الحنابلة أيضاً تصرفه بالصدقة اليسيرة.²

ج- تصرفات دائرة بين النفع والضرر: كالبيع والإجارة، والأصل في هذا النوع أنه باطل على قول بعض الفقهاء، منهم الحنابلة والشافعية في الأظهر، وابن عبد السلام من المالكية.

ومذهب المالكية: أنه يمنع من التصرف المذكور، فإن أوقعه وقع موقوفاً على نظر الحاكم إن اختلف الغرماء، وعلى نظرهم إن اتفقوا، ومذهب الحنفية على قول صاحبين أن للمفلس أن يبيع ماله بثمن مثله، لأنه لا يبطل حق الغرماء، وإن باع بالغبن لا يصح منه، سواء أكان الغبن يسيراً أم فاحشاً، ويخير المشتري بين إزالة الغبن وبين الفسخ.³

ولو باع بعض ماله لغريمه بدينه، فقال الحنابلة: لا يصح، لأنه محجور عليه. وقال الشافعية في الأصح عندهم: لا يصح إلا بإذن القاضي، لأن الحجر يثبت على العموم، ومن الجائز أن يظهر له غريم آخر. ومقابلته عند الشافعية: يصح، ولو بغير إذن القاضي، لأن الأصل عدم

¹ - رمضان علي الشرباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص354-355.

² - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج5، ص306-307.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج5، ص307.

الغريم الآخر. لكن لا يصح إلا بشرط أن يكون البيع للغرماء جميعهم بلفظ واحد، وأن يكون دينهم من نوع واحد.¹

- حكم تصرفات المريض مرض الموت: يمكن إجمال تصرفات المريض مرض الموت فيما يلي:

أ- تصرفات بعوض يقصد بها حاجات المريض نفسه ولا غنى عنها:

إن النفقات الضرورية اللازمة للطعام والكسوة والسكنى له ولمن تلزمه نفقته، أو اللازمة للعلاج كأجر الطبيب وثمان الدواء وأجور عملية جراحية ونحوها تكون نافذة وهي لا تتوقف على إجازة أحد²، ولا يصح لأحد من الدائنين أو الورثة أن يعترض عليها لأنها تصرفات تتعلق بمصلحة المريض، ومصلحة المريض مقدمة على مصلحة الورثة والدائنين³.

ب- تصرفات بدون عوض:

إن تصرفات المريض في التبرع، كالهبة والصدقة والوصية والوقف وبيع المحاباة فيما يزيد عن ثلث ماله، أي أن حكم تبرعاته حكم⁴، وعلى هذا فالمريض مرض الموت لا يخلو حاله عن:

- إذا كان المريض مدين مستغرق لجميع التركة فإنه يحق للدائنين أن يبطلوا جميع هذه التصرفات، ويستوفوا حقهم، لأن حق الدائنين مقدم على حق المتبرع له.

- وأما إذا كان المريض مديناً بدين غير مستغرق لجميع التركة فإنه يحق للدائنين أن ينقضوا من التصرفات بمقدار ديونهم فقط.

¹ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج5، ص307.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج4، ص2979.

³ - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص359-360.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج11، ص215.

- وإن كان المريض غير مدين على الإطلاق، أو كان مدينا واستوفي الدائنون ديونهم، فإن هذه التصرفات تكون نافذة في حدود ثلث التركة كلها إذا لم يكن هناك ديون، أو في حدود الثلث الباقي بعد سداد الديون، إلا إذا أجازها الورثة.¹

ج- تصرفات واردة على المنافع:

سواء أكانت بعوض أم بغير عوض كالإجارة والإعارة والمزارعة والمساقاة ونحوها. للمريض مباشرة هذه العقود ولو كان العقد بأقل من عوض المثل، دون أن يحق لأحد من الورثة أو الدائنين الاعتراض عليه؛ لأن المنافع ليست أموالاً في مذهب الحنفية، فلا يتعلق بها حق لأحد الورثة أو الدائنين، ولأن التصرف في المنافع ينتهي بمجرد موت أحد العاقدين، فلا يكون هناك حاجة لاعتراض الدائنين أو الورثة. وأما غير الحنفية الذين يعدون المنافع أموالاً، فإن التصرف فيها خاضع لإجازة أصحاب الحق.²

د- تصرفات تتعلق بالربح ولا تمس رأس المال:

وذلك كعقد الشركة والمضاربة وهذا النوع من التصرفات صحيح، ولا اعتراض لأحد عليه، لأن حق الورثة والدائنين إنما يتعلق بمالية التركة وأعيانها أما الربح فلا حق لأحد فيه، ولأن الشركة لا ضرر فيها على أحد لأنها تبطل بموت المريض لتضمنها للوكالة، فكل واحد من الشريكين وكيل عن صاحبه، وبموت إحداهما تبطل الوكالة.³

¹ - رمضان علي السيد الشرياصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 360.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 4، ص 2980.

³ - رمضان علي السيد الشرياصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 361.

رابعاً/ حكم تصرفات الرقيق والزوجة:

01- حكم تصرفات الرقيق:

قال ابن حزم: تصرفات الرقيق كالبيع والتجارة موقوفة على إذن سيده، فإن لم يأذن له بالتجارة لم يصح شراؤه بغير إذن السيد فإن تلف في يد العبد فإنه يكون في ذمته يتبع به إذا عتق، لثبوته برضا مالكة ولم يأذن له فيه السيد.

والعبد لا يؤجر نفسه ولا يتبرع لأنه ليس من أهل التبرع ولا يتمكن من عزل نفسه ولا يقبل إقراره بديون المعاملة ولا يملك العبد بتمليك سيده ولا بتمليك غير السيد لأنه ليس أهلاً للملك¹.

أما المالكية فقالوا: أن السادات العبيد منعهم من التصرف في قليل أموالهم وكثيرها بمعاوضة وغيرها، ولسيد العبد أن يأذن له في التجارة ويمنع السيد من انتزاع ماله ويكون دينه في ذمته وفي ماله الذي في يده دون قيمته، ومن استدان من العبد ديناً بغير إذن وليه ثم فك حجره أي عتق لزمه إلا أن يفسخه سيده قبل عتقه².

وعند الشافعية والحنابلة: لا تتعقد تصرفات العبد أصلاً، بل هي باطلة³.

02- حكم تصرفات الزوجة: قال المالكية يحجر على المرأة المتزوجة الحرة الرشيدة لصالح

زوجها في التصرف بغير عوض كالهبة والكفالة فيما زاد على ثلث مالها قياساً على المريض، ويكون تبرعها بزائد عن الثلث نافذة، حتى يرد الزوج جميعه أو ما شاء منه، على المشهور عند المالكية⁴، وبناء على ذلك، ينفذ إن لم يعلم الزوج به حتى بانته منه أو مات أحدهما.

وللزوج رد جميع ما تبرعت به الزوجة إن تبرعت الزوجة بأكثر من الثلث لا إن تبرعت بالثلث فأقل، وله أيضاً رد ما زاد فقط أو بعضه، وله إمضاء الجميع، وهذا في غير عتق عبد يزيد

¹ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص 49-50.

² - أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 168.

³ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج9، ص6575.

⁴ - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج6، ص4507.

على الثلث، فليس له إلا رد الجميع أو إمضائه دون بعضه إذ لو جاز له رد البعض لقوم عليها الباقي ويعتق عليها فرده لبعضه يؤدي إلى عدمه¹.

وليس للزوجة بعد الثلث تبرع إلا أن يبعد ما بين التبرعين بنصف عام على المعتمد عندهم. أما واجبات الزوجة من نفقة أبويها، فلا يحجر عليها فيه، ولو قصدت بالإنتفاق ضرر الزوج عند ابن القاسم، خلافا لما روي عن مالك من رد الثلث إذا قصدت به ضرر الزوج، ولها أن تهب جميع مالها لزوجها، ولا اعتراض عليها في الهبة لأحد. ولها التصرف بعوض في جميع مالها².

الفرع الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه في القانون

تحدث المشرع الجزائري عن تصرفات المحجور عليه في قانون الأسرة من خلال مادتين وهما: المادة 85 ق.أ.ج والتي تنص على الآتي: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

والمادة 107 ق.أ.ج والتي تنص على: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها".

أولا/ حكم تصرفات المجنون والمعتوه:

اعتبر المشرع الجزائري المجنون والمعتوه شخص عديم الأهلية، وقد ورد هذا الحكم في نص المادة 42 الفقرة الأولى من ق.م.ج بقولها: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز ... أو عته، أو جنون"³.

ويترتب عن انعدام أهلية المجنون والمعتوه بطلان تصرفاته بطلانا مطلقا، لكن متى يتقرر هذا البطلان؟ ويجيبنا على التساؤل المادة 107 ق.أ.ج، حيث تفرق بين تصرفات المجنون والمعتوه الصادرة قبل الحكم بالحجر، وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر.

¹ - جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها...، مرجع سابق، ص 52.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج 6، ص 4506.

³ - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 154، 156، 157.

أ- حكم التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجر:

غالبية الناس لا تعلم إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد، بمعنى أن بهذه الحالة، فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الأهلية. أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من هذه الحالة، فإن تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا رغم صدورهما قبل الحكم بالحجر¹.

ب- حكم التصرفات الصادرة بعد الحجر:

تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه بعد صدور الحكم بالحجر باطلة². ويرى الدكتور أحمد سي علي " أن المشرع قد جعل من تصرفات المجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت معاصرة لهذه العاهات حسب النص الأصلي للمادة 85 ق.أ. ج، وهو الذي يخالف النص الفرنسي المترجم³ لا من حيث طبيعة هذه التصرفات ولا من حيث الأشخاص المشمولين بالنص القانوني، فمن حيث طبيعة التصرفات التي يقوم بها المجنون والمعتوه والسفيه تكون وفقا للنص العربي غير نافذة، ومعنى عدم النفاذ شرعا أنها موقوفة الأثر حتى يجيزها صاحب الولاية عليها⁴، في حين أن النص الفرنسي يشير إلى اعتبارها باطلة "Nuls"، أما من حيث الأشخاص المشمولين، فإن النص العربي قد أشار إلى المجنون والمعتوه والسفيه، مستثنيا

¹ - فريدة مجدي زاوي، المرجع السابق، ص 80.

² - الجيالي عجة، المرجع السابق، ص 154، 157.

³ - جاء النص الفرنسي المترجم على النحو التالي:

« Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécillité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls ».

ذكره: أحمد سي علي، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 105.

⁴ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص، الأموال، الإثبات في القانون المدني الجزائري، ص 119،

ذكره: أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 106.

الغافل "L'imbécile"، في حين أن النص الفرنسي قد استثنى المعتوه "La faible d'esprit"، واكتفى بذكر المجنون "Le dément" والغافل "L'imbécile" والسفيه "Le prodigue"¹.

ثانيا/ حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة:

اعتبر المشرع الجزائري السفیه وذو الغفلة في نص المادة 43 من ق.م ناقصي الأهلية ويترتب على هذا الاعتبار أنه في حكم الصبي المميز في التصرفات²، وعلى هذا الأساس يكون حكم تصرفاتهم على النحو الآتي:

أ- قبل توقيع الحجر:

تكون تصرفات السفیه وذی الغفلة قابلة للإبطال، لأن السفه والغفلة لا يذهبان بالإدراك والتمييز. وفي ذلك ترى الدكتورة "فريدة محمي زاوي" أن المشرع سوى بين تصرفات المعتوه والمجنون والسفيه الصادرة قبل توقيع الحجر عليه في المادة 107 ق.أ.ج، مع أنه لا يمكن التسوية بينهم، كما أنه أغفل النص على ذي الغفلة، والمفروض أن تكون تصرفات السفیه وذی الغفلة صحيحة قبل توقيع الحجر إلا إذا أمكن إبطالها نتيجة استغلال أو غش³.

ويتحقق هذا إذا كان المتعاقد مع السفیه أو ذي الغفلة يعلم بحالته ويعتمد الاغتناء مغتتما حالة السفیه أو ذي الغفلة، فيحصل على مزايا لا تتعادل مع التزاماته⁴.

ب- حكم تصرفات السفیه وذی الغفلة بعد توقيع الحجر: للشخص في هذه الحالة أهلية محدودة، إذ ليس في إمكانه إجراء بعض التصرفات فيكون وضعه كالقاصر، ويترتب عن ذلك آثار قانونية أهمها ما يلي:

¹ - أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 106.

² - الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 159 158.

³ - علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ص 269 - 271، ذكره: فريدة محمي زاوي، المرجع السابق، ص 81.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، ص 283، ذكره: فريدة محمي زاوي، المرجع السابق، ص

- التصرفات المالية النافعة نفعا محضا تعتبر صحيحة، مثل التبرع له وقبول الهبة والوصية تكون صحيحة.

- التصرفات الضارة ضررا محضا، كالتبرع والهبة والوصية الصادرة منه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا.

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار وعقود المعاوضة تكون غير نافذة، إلا إذا أقرها المقدم.¹

وهنا يظهر التعارض بين قانون الأسرة والقانون المدني، فالمشرع الجزائري نص في المادة 107 ق.أ.ج على أن تصرفات المحجور عليه بعد صدور الحكم بالحجر باطلة، سواء أكان الحجر قد تم بسبب الجنون أو العته أو السفه، فيكون بذلك قد أعطى لهم حكم تصرفات الصبي الغير مميز أي اعتبرهما عديمي الأهلية، بينما نص صراحة في القانون المدني في المادة 43 منه على أن السفه وذي الغفلة ناقصي الأهلية وأنهم في حكم الصبي المميز، بالإضافة إلى أنه كما سبق بيانه لم ينص على ذي الغفلة ولا على تصرفاته.

والإشكال الذي يثار هنا هو عند حدوث نزاع بشأن تصرف قام به ناقص الأهلية المحجور عليه، فهل يطبق القاضي أحكام نصوص القانون المدني، وبالتالي يعتبر أن حكم تصرفاته هي حكم تصرفات الصبي المميز، أم يطبق نص المادة 107 وبالتالي يعتبر أن حكم تصرفاته هي حكم تصرفات الصبي الغير مميز وبالتالي تكون باطلة؟

وخلاصة القول فإن المشرع الجزائري اعتبر تصرفات المحجور عليه باطلة بعد صدور الحكم بالحجر، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17/03/1989 من المقرر قانونا أن (التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة بطلانا مطلقا) ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام وقصور الأسباب ليس في محله.

¹- أحمد سي علي، المرجع السابق، ص 108.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بإبطال عقد الشهرة على اعتبار أن الواهب كان محجورا عليه ولا يجوز له إبرام التصرفات القانونية فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

ثالثا/ حكم تصرفات المحكوم عليه بعقوبة جنائية: لقد سبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري نص في قانون العقوبات الجزائري على أن الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية يحجر عليه، وتطبق عليه أحكام الحجر القضائي، وعلى هذا القول فإن تصرفات هذا الشخص أثناء فترة العقوبة تخضع لأحكام المادة 107 ق.أ. ج فتكون باطلة بطلانا مطلقا، وهو ما يؤكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/06/29 والذي جاء فيه ما يلي:

" من المقرر قانونا أن المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الطاعن محكوم عليه بعقوبة جنائية، فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعواه الرامية إلى إبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذ العقوبة الجنائية يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه².

رابعا/ المسؤولية التقصيرية للمحجور عليه:

قبل تعديل المادة 125 من القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 كان يمكن للمحجور عليه أن يسأل في حالة خاصة ولو لم يكن هو المتسبب في فقدته للتمييز وذلك في حالة ما إذا لم يتمكن المضرور من الحصول على التعويض من الشخص المكلف بالرقابة على عديم التمييز، حيث كانت تنص المادة 125 من ق.م.ج³ -

¹ - قضية (ب ع) ضد (فريق ب)، ملف رقم 181889، بتاريخ 17/03/1989، م ق، 98/02، ص 82، يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 02-05 (مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والموارث)، دار هومة، الجزائر، 2014م، ص 212.

² - قرار رقم 43476 مؤرخ في 29/06/1989، م ق 1993، عدد 01، ص 14، عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 31.

³ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، مؤرخة في: 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975.

في فقرتها الثانية على هذه المسؤولية بقولها: "غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم"¹.
فهذه المسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ، لأن عديم التمييز يكون فاقد الإدراك، وإنما تقوم على أساس تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعي أو مقتضيات العدالة، ولهذا كانت مسؤولية استثنائية، واحتياطية، وجوازية، ومخففة².

غير أنه بعد تعديل المادة 125 ق.م السالفة الذكر بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، حيث ألغيت الفقرة الثانية التي كانت تجيز مساءلة الشخص الغير مميز، وعلى هذا فبتطبيق هذه المادة بعد التعديل والتي تنص على أن:
"لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدث بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً" فإنه لا يمكن مساءلة الشخص الغير مميز عن أفعاله الضارة، حيث يكون من يجب عليه رقابته هو الملمزم بتعويض الضرر الذي يحدثه للغير بفعله الضار، إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، ففي هذه الحالة لا يكون ملزماً بتعويض الضرر³، وإذا لم يستطع الشخص المضرور الحصول على التعويض من المسؤول عنه، فإنه لا يمكن مساءلة المحجور عليه على ذلك.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م، ج2، ص 79.

² - السنهوري، الوسيط، ج1، فقرة 539 و 540، اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، 1968، ص 426، ذكره: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 79.

³ - تنص المادة 134 من القانون المدني الجزائري على الآتي:

"كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.
ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

المطلب الثالث: إجراءات رفع الحجر عن المحجور عليه

ولقد نصت المادة 108 من قانون الأسرة الجزائري، على أن: " يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه " ومن خلال استقراء هذه المادة يتبين أن الحجر لا ينقضي إلا إذا زالت أسبابه، ولا يتم رفعه إلا إذا طلبه المحجور عليه .

الفرع الأول: إجراءات رفع الحجر عن المحجور عليهم في الشريعة الإسلامية.

أولاً: رفع الحجر عن الصغير: اتفق علماء المذاهب الأربعة على أن الصغير لا يزول عنه الحجر إلا بتحقق البلوغ والرشد الذي يظهر في حفظ المال وحسن التصرف فيه لأن السبب في الحجر على الصغير هو مخافة تضييع المال. فمتى وجد الخوف وجد الحجر، ومتى انتفى الخوف انتهى الحجر¹.

ثانياً: رفع الحجر عن المجنون والمعتوه: رفع الحجر عن المجنون والمعتوه إذا رُشد، وزال عنهما وصف الجنون والعتة، ويكون ذلك بالإفاقة، من غير احتياج حكم حاكم بالفك، لأن الحجر ثبت بلا حاكم، فمتى زال عنهما السبب الموجب للحجر عنهما، عادت لهما حرية التصرف في أموالهما كما يتصرف العاقل².

ثالثاً: رفع الحجر عن السفیه وذي الغفلة

جمهور الفقهاء: لا يثبت الحجر على السفیه وذي الغفلة، ولا يرفع إلا بقرار القاضي بثبوته أو رفعه ؛ لأن كلا من السفه والغفلة ليس أمراً محسوساً كالجنون والعتة، وإنما يستدل عليه بالتصرفات الحاصلة من السفیه والمغفل، وهذه أمور تقديرية اجتهادية، تختلف باختلاف وجهات النظر، فلا بد من حكم القاضي للثبوت من الأمر ورفع الخلاف، من تغيير المتعاملين معهما، وعدم إضرارهم بهما ؛ لأنهم لا يعلمون حقيقة أمرهما إلا بقرار الحجر عليهما³.

¹ - د. العربي بختي، المصدر السابق، ص 165

² - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستتقع، ج 9، ص 192

³ - وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص 447، 448 .

رابعاً: رفع الحجر عن المفلس: الإشكالية تتمثل في تقسيم مال المفلس بين الغرماء أو الدائنين. و السؤال المطروح هو: هل يرفع الحجر عنه أم يشترط لرفعه حكم الحاكم؟ ذكر فقهاء الشافعية والحنابلة في المسألة رأيين:

- إن الحجر يزول بمجرد قسمة مال المفلس؛ لأن السبب الذي لأجله حجر عليه قد زال، فيزال الحجر تبعاً له، كزوال حجر المجنون لزوال جنونه.

- عدم الزوال إلا بحكم الحاكم لأنه حجر ثبت بحكم فلا يزول إلا بحكم¹.

الفرع الثاني: رفع الحجر في القانون الجزائري

أولاً: رفع الحجر عن الصغير

يرى رجال القانون أن الحجر يرفع عن الصغير جزئياً إذا كان مميزاً² وذلك وفقاً للمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أن: (للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك)، وقد يرفع الحجر نهائياً عن الصغير إذا بلغ سن الرشد حين تكتمل أهليته، وهذا ما نصت عليه المادة 86 من نفس القانون أن: (من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني)³.

ثانياً: رفع الحجر عن المجنون والمعتوه

نصت المادة 108 من قانون الأسرة على أنه (يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه) ومنه فإذا زال الجنون فإنه يمكن رفع الحجر وإنهائه بناء على طلب المحجور عليه الذي يقدمه للمحكمة للبت فيه.

¹ - بلقاسم شتوان، المصدر السابق، ص 120 .

² - علماً أن القانون المدني الجزائري نص على سن التمييز بستة عشر " 16 " كاملة .

³ - بلقاسم شتوان، المصدر نفسه، ص 116، 117 .

كما يرفع الحجر عن المعتوه بحكم قضائي، وذلك إذا زال سببه عليه وهو العته وفقا للمادة 108 من قانون الأسرة الجزائري بناء على طلبه¹.

ثالثا: رفع الحجر عن السفیه وذي الغفلة

نصت المادة 108 من قانون الأسرة على أنه (يمكن رفع الحجر إذا زالت أسبابه بناء على طلب المحجور عليه) ومنه يرفع الحجر قانوناً عن السفیه ويشترط فيه حكم القاضي، وذلك بعد التأكد من زوال السفه، فمتى ظهرت عليه علامات الرشد وحسن التصرف في أمواله يرفع عنه الحجر. وذو الغفلة قانوناً يلحق بالسفیه فمتى زال سبب الحجر عليه من غفلته فإن الحجر يرفع عنه بحكم قضائي، ومتى اهتدى إلى التصرفات الرابحة من غيرها رفع الحجر عنه وفقا للمادة 108 من نفس القانون².

أوجه الإختلاف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري فيما يخص أحكام الحجر:

- إن القانون الجزائري اشترط إجراءات جوهرية لتوقيع الحجر تتمثل في الأشخاص المخول لهم رفع دعوى الحجر وهم الأقارب و من لهم مصلحة حسب نص المادة 33 من القانون المدني الجزائري بالإضافة إلى النيابة العامة حسب نص المادتين 102 - 114 من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى الشروط الموضوعية المتعلقة برفع دعوى الحجر والمتمثلة في صفة المدعي لرفع الحجر والأهلية بالإضافة إلى الشروط الشكلية من عريضة افتتاح الدعوى والبيانات الخاصة بها وتكليف المدعى عليه بالحضور وتمكينه من الدفاع عن حقوقه والإستعانة بالخبرة الطبية للحكم عللا المدعى عليه بالحجر و التي تنتهي بصدور حكم بالحجر على المحجور عليه والذي بدوره له الحق في رفع دعوة رفع الحجر عليه حسب نفس الشروط المذكورة سابقا. أما الشريعة الإسلامية فلا توجد إجراءات شكلية لتوقيع الحجر بل تطرقت مباشرة إلى الآثار التي تقع بعد الحجر التي ينتج عنها تعيين ولي أو وصي لتسيير مال المحجور عليه كما حدد شروط الولي و حدود تصرفاته و كيفية أنتهاء الولاية أو الوصاية.

¹ - بلقاسم شتوان، المصدر نفسه، ص 117، 118

² - بلقاسم شتوان، المصدر نفسه، ص 119، 120

خاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة التي كانت بعنوان "الحجر بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، أن الأحكام الموضوعية المتعلقة بهذا الموضوع تتوزع بين كل من القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري؛ حيث نص التقنين المدني لتحديد سن التمييز وسن الرشد وعوارض الأهلية، وهو ما يسمى أيضا أسباب الحجر، ثم الإحالة بتفصيل كل ما يتعلق بأهلية هذا الآخر إلى نصوص تقنين الأسرة، الذي جعله المشرع المختص في ذلك، لأن هذه الأحكام الموضوعية تحتاج لتوضيح إجراءات تطبيقها، خاصة ما يتعلق بدور القاضي في موضوع الحماية، فقد خصص نصوص عديدة من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ليتدارك هذا النقص.

وبالرغم من المجهودات التي بذلها المشرع الجزائري نجد أن النصوص القانونية التي تعالج موضوع الحجر تبقى قليلة و لم تشمل الموضوع كله الشيء الذي يدفع إلى القول أن الحماية المالية للمحجور عليهم تبقى ضعيفة مقارنة بالشرعية الإسلامية وهو ما تم استخلاصه من المواد المنظمة للحجر حيث نجد أن المشرع الجزائري إعتبر المجنون والمعتوه من عديمي الأهلية حسب نص المادة 42 من القانون المدني الجزائري و السفيه ناقص الأهلية حسب المادة 43 من نفس القانون، وأن الأشخاص الذين يحملون عاهات سابقة كالجنون و العته و السفه إذا ما بلغوا سن الرشد و هم على هذه الحالة يحجر عليهم و هذا ما جاء في نص المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري و بالإضافة إلى الحجر القضائي أضاف المشرع الجزائري في نص المادتين 9 و 9 مكرر من قانون العقوبات من خلال العقوبة الجنائية التي تحيل الشخص إلى تطبيق المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة الجزائري .

وبناء على هذا توصلنا إلى النتائج التالية:

- أن المشرع إعتبر الشخص كامل الأهلية متى بلغ سن الرشد 19 سنة كاملة ولم يحجر عليه حسب المادة 86 قانون الأسرة.

- أن المشرع ذكر أسباب الحجر في المادة 101 من قانون الأسرة. وجعلها نفس عوارض الأهلية المنصوص عليها في القانون المدني، حيث إعتبر المجنون والمعتوه كالصبي الغير

مميز في نص المادة 42 من القانون المدني، أما السفه وذا الغفلة فهما في حكم الصبي المميز وهذا ما جاءت به المادة 42 من القانون المدني، إلا أنه في المادة 101 من قانون الأسرة لم يجعل الغفلة من الأسباب الموجبة للحجر، واكتفى بذكر الجنون والعتة والسفه على الرغم من أن السفه والغفلة مقترنان في فقه الشريعة الإسلامية.

- إن تصرفات السفه وذا الغفلة النافعة نفعا محضا صحيحة وهي كقبول الهبة أو الصدقة أو الهدية، و ذلك يشترط إجازة الولي لهذه الأمور.

- أن الحجر يتم توقيعه على المحجور عليهم بحكم قضائي، و يتم رفعه بحكم قضائي.

- لم يأخذ المشرع بفكرة التمييز بين الجنون المطبق و الجنون المنقطع لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة، ولكنه أخذ بهذه التفرقة في نص المادة 31 من قانون الأوقاف وجعل وقف المجنون صحيحا إذا صدر منه في حالة الإفاقة .

و على ضوء النتائج المذكورة نوصي و نقترح ما يلي:

- اعتبار ذي الغفلة سببا من أسباب الحجر، وإضافة ضمن أحكام المادة (101) ق.أ.ج

ليكون نص المادة كالتالي : "من بلغ سن الرشد و هو مجنون ، أو معتوه ، أو سفه ، أو ذا غفلة ، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه. "

- تعديل المادة (104) ق.أ.ج و حذف عبارة " ولي أو وصي " ، لتصبح نص المادة " يجب

على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقدما لرعاية المحجور عليه و القيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة (100) من هذا القانون " .

- عدم التسوية بين تصرفات السفه و ذي الغفلة - ناقصي الأهلية - و تصرفات المجنون والمعتة - عديمي الأهلية - وذلك بتعديل المادة (107) ق.أ.ج.

قائمة المراجع والمصادر

الكتب:

1. ابن جزري المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتبنيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، تحقيق: محمد بن سيدي محمد مولاي.
2. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م، ج 6.
3. أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزري الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ددن، دين، دت ن.
4. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات و معاملات)، دار الكتاب الحديث، الجزائر الكويت القاهرة، ط2، دت ن.
5. أبو محمد المكي بن أبي طالب حموش بن محمد بن مختار القيسي القيرواني ثم الأندلسي القرطبي المالكي، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، وأحكامه، وجمل من فنون علومه ، مجموعة بحوث الكتاب والسنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، ط1، 1429هـ - 2008م، ج2.
6. أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424هـ - 2004م.
7. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط1، 2012م.
8. أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2008م.
9. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية الطلبة السنة أولى / حقوق)، دار هومة، الجزائر، 2010م.
10. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج 5، ص 410، مؤسسة المعارف، بيروت، ط1، 1430هـ - 2009م
11. الحسن بن محمد بن الحسن الصعاني، التكملة والذيل والصلة لكتاب تاج اللغة وصحاح العربية، ج 3، مطبعة دار الكتب، 1973.

قائمة المراجع والمصادر

12. الحسني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية، والوقف.
13. الحسين بن شيخ، مبادئ القانون الجزائري العام (النظرية العامة للجريمة، العقوبات وتدابير الأمن، أعمال تطبيقية، القانون العرفي الجزائري لقرية تاسلنت منطقة أقبو)، دار هومة، الجزائر، 2005م.
14. د الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي و أدلته، ج 3، مؤسسة الريان للطباعة و النشر و التوزيع.
15. د. أحمد رضا، متن اللغة العربية، ج 1.
16. الدارمي: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد ، تميمي، سمرقندي، مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي، حققه: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412هـ - 2000م، ج3.
17. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
18. رمضان علي السيد الشرباصي ومحمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العامة (النشأة - التطور - المعاصرة)، ددن، دبن، 1423هـ - 2002م.
19. رمضان علي الشرباصي. محمد كمال الدين امام عبد الهادي سالم الشافعي.
20. الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م، ج5.
21. زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الفكر، دبن، 1414هـ -1994م، ج1.
22. زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، طه، 1993.
23. السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة ، المبسوط، دار المعرفة ، بيروت، 1414هـ-1993م، ج24.

قائمة المراجع والمصادر

24. السرقصطي: قاسم بن ثابت بن حزم العوفي ، الدلائل في غريب الحديث، حققه: محمد بن عبد الله القناص، مكتبة العبيكان، الرياض، ط3، 2001م، ج3، ص1098-1099
25. شهاب الدين أحمد إدريس القرافي، الذخيرة، ج8، تحقيق محمد حجي، ط1، 1994، دار الغرب الإسلامي.
26. الصادق الغرياني، المدونة، ج3.
27. الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، ج3، ص654
28. عاهد حامد أبو العطا، الحجر على الصغير والمجنون والسفيه وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008م.
29. عباس الصراف وجورج حزبون ، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق)، دار الثقافة، الأردن، ط11، 1432هـ - 2011م¹
30. عبد الحميد الشواربي، التعليق على قانون المرافعات، الجزء 1.
31. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج .
32. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1424هـ 2003م، ج2.
33. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2012م.
34. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام (نظرية الجريمة -نظرية الجزاء العام)، دار هومة، الجزائر، 2010.
35. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1401هـ - 2000م.
36. عبد الله أوهابية، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، موفم للنشر، الجزائر، دت ن.

قائمة المراجع والمصادر

37. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، وعليه تعليقات للشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937م، ج2.
38. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام (الجزء الجنائي)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005م، ج2.
39. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
40. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - والقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م، ج2.
41. علما أن القانون المدني الجزائري نص على سن التمييز بستة عشر " 16 " كاملة .
42. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسر، الجزائر، ط1، 1432هـ - 2010م.
43. فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
44. فريدة محمدي زاوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002م.
45. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
1. كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية - الوصاية - الحجر - الغيبة - المساعدة القضائية) الاختصاص والإجراءات والقرارات، دار المعارف، الإسكندرية، 2003م.
2. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، ط2، 1415هـ - 1994م، ج4.
3. الماوردي : أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الإقناع في الفقه الشافعي، د دن، دين، د ت ن.

قائمة المراجع والمصادر

4. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، حققه: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط8، 1426هـ-2005م.
46. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، د ط، دت ن، ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي.
47. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم، عنابة، الجزائر، دت ن.
48. محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1409هـ-1989م، ج3.
49. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، دبن، ط1، 1422 - 1428 هـ، ج9.
50. محمد بن صالح بن محمد العثيمين، شرح رياض الصالحين، دار الوطن للنشر، الرياض، 1426 هـ، ج3.
51. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، شرح زاد المستقنع، ج 9.
52. محمد سالم مذکور، المدخل للفقہ الإسلامي (تاريخه، ومصادره، ونظرياته العامة)، طه.
53. محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، طبع في 2002.
54. محمد سلام مذکور، المدخل للفقہ الإسلامي (تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)، دار النهضة العربية، القاهرة، طه، 1389 هـ - 1969م.
55. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام التصرف والإرادة المنفردة(العقد القانوني)، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004م، ج 1.
56. محمد كمال الدين إمام، أصول الأحكام الشرعية الفقه الإسلامي (مفاهيم ومدارس وأصول)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2005م.

57. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، دمشق، ط1425، 2 هـ - 2004 م.
58. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي، المكتب الإسلامي، دبن، ط2، 1415 هـ-1994، ج3، .
59. مصطفى مصباح شليبيك، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون - نظرية الحق)، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط1، 2002م.
60. ملف رقم 731298، الغرفة المدنية، القسم الثالث، بتاريخ 20 أكتوبر 2011، المجلة القضائية، سنة 2012، عدد 02.
61. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولى النهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، عالم الكتب، دبن، ط1، 1414 هـ - 1993م، ج3.
62. نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، دار ابن حزم، مصر، 2010م.
63. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5.
64. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر.
65. وهبة بن مصطفى الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلة (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظرات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، دار الفكر، دمشق، سوريا، طه، دت ن، ج 6.
66. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته...، مرجع سابق، ج10.
67. يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011م.
68. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الدعوى القضائية (تعريف الدعوى، شروط رفع الدعوى، الاختصاص، وسائل الدفاع، وسائل الإثبات، التحقيق المدني، الاستعجال، أمر الأداء، أمر على

قائمة المراجع والمصادر

- عريضة، عوارض الخصومة، الأحكام، طرق الطعن العادية ووجبر العادية، المصاريف القضائية)، دار هومة، الجزائر، 2008م.
69. أحمد بن محمد المقرئ، المصباح المنير، د ط، مكتبة لبنان 1987 م.
70. أخرجه الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، سنن الدارقطني، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ - 2004 م، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك. باب في المرأة تقتل إذا ارتدت، الحديث رقم : 4551، ج5.
71. إسماعيل الجوهري، الصحاح.البهوتي، كشاف القناع، ج 5.
72. البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص91، كتاب (الحجر - باب البلوغ بالسن).
73. خليل بن إسحاق الجندي المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج 74. أخرجه البخاري في صحيحه: (كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث).
75. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، د بن، 1992م، ج5.
76. عمر أحمد المختار، المعجم الموسوعي لألفاظ القرآن الكريم وقراءاته.
77. عمر علي أبو بكر، مصطفى أبو بكر مصطفى، الحجر وأثره في التشريع الإسلامي.
78. الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم، كتاب العين، حققه: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دبن، دت ن، ج3.
79. القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، التلقين في الفقه المالكي.

الأوامر:

1. قضية (ب ع) ضد (فريق ب)، ملف رقم 181889، بتاريخ 17/03/1989، م ق، 98/02، ص 82، يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم: 05-02 (مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث)، دار هومة، الجزائر، 2014م.

2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، مؤرخة في: 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975.

القوانين:

3. قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الباب 1: في الدعوى، الفصل 1: في شروط قبول الدعوى.
4. قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الباب 3: في وسائل الدفاع، الفصل 2 في الدفع الشكلية، القسم 4: في الدفع بالبطلان.

5. قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الكتاب 1: الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الباب 1: في الدعوى، الفصل 1: في شروط قبول الدعوى.

6. قانون رقم 05-10، مؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58-75، المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، مؤرخة في: 19 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 26 يونيو سنة 2005.

7. قانون رقم 06-23 مؤرخ في: 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66156 المؤرخ في: 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 84، مؤرخة في: 04 ذو الحجة عام 1427 الموافق 24 ديسمبر سنة 2006.

قائمة المراجع والمصادر

8. قانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24، مؤرخة في: 12 رمضان عام 1404 الموافق 12 يونيو عام 1984.

المواد:

2. تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على: "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"

3. تنص المادة 87 ق.أ.ج على: "يكون الأب وليا على أولاده القصر.... وتنص المادة 92 ق.أ.ج على: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر...".

4. تنص المادة 134 من القانون المدني الجزائري على الآتي:
جمعة سمحان الهلباوي، الأهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دت ن.

5. المادة (105): " يجب أن يمكن الشخص المراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة

6. المادتان: (488-489) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أنظر المواد من 125 إلى غاية 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

9. تنص المادة 42/01 من القانون المدني الجزائري على: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون."

القواميس والمعاجم:

7. ابتسام الفلام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري (قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، قصر الكتاب، البلدة، دت ن.

8. ابن الرشد، بداية المجتهد، ج 5.

9. ابن قدامة، المغنى، ج 6.

قائمة المراجع والمصادر

10. ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج4.
 11. ابن منظور، لسان العرب، ج 13.
 12. أحمد المختار، المعجم الموسوعي.
 13. أحمد رضا، معجم متن اللغة العربية، ص 25
 14. سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي.
 15. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 415، مكتبة الشروق الدولية، مصر ط2، 1425 هـ - 2004 م.
 16. معجم المقاييس اللغة، الجزء4، العين - الفاء، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا.
 17. بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، دار وائل للنشر، الأردن، ط1، 2008م، عدد 8.
- الموسوعات:**
18. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1409هـ - 1989م، ج16، ص 99.
 19. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1406 هـ - 1986 م، ج7.
 20. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، ج17.
- الرسائل الجامعية:**
21. أحمد بن عبد الله الراجحي، عوارض الأهلية السماوية وأثرها في باب المعاملات (دراسة نظرية تطبيقية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه، قسم أصول الفقه، عمادة الدراسات العليا الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1433هـ-1434هـ/2012-2013.

22. مذكروه: ريمة شيكر، الحجر في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2013م/2014م.
1. زلماطي سميرة، أحكام الحجر بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأسرة.
1. بشرى خليل وفاطمة بوقفة وليندة أمناش، الحجر في الفقه والقانون، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، الجزائر، 2001م.
1. عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري الأعمال التجارية - نظرية التاجر المحل التجاري - الشركات التجارية)، ديوان المطبوعات الجامعية، دبن، 2011، ص 21 ذكره: سمير رازي، الاختصاص المحلي في المواد المدنية، مذكرة مقدمة النيل شهادة الليسانس، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، شعبة الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة ورقلة، الجزائر، 2014/2015.
23. فطيمة الزهرة عبد العزيز، المحجور عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة تخرج شهادة الماستر سنة 2015/2016، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد بوضياف المسيلة، تخصص: أحوال شخصية.
24. فطيمة زهرة عبد العزيز، المحجور عليه بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، 2015-2016.
25. أحمد علي الخطيب، الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه في الحقوق وفي الشريعة الإسلامية، مصر، 1964م.

القصص

الرقم	العنوان
	البسمة
	شكر
	إهداء
أ - د	المقدمة
الفصل الأول: ماهية الحجر	
08	تمهيد
08	المبحث الأول: مفهوم الحجر
08	المطلب الأول: تعريف الحجر وبيان مشروعيته
08	الفرع الأول: تعريف الحجر
12	الفرع الثاني: مشروعية الحجر
15	المطلب الثاني: أنواع الحجر والحكمة منه
15	الفرع الأول: أنواع الحجر
22	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعيته
25	المبحث الثاني: أسباب الحجر بين الشريعة و القانون.
25	المطلب الأول: أسباب الحجر شرعا
25	الفرع الأول: أسباب الحجر المتفق عليها
30	الفرع الثاني: أسباب الحجر المختلف فيها
37	المطلب الثاني: أسباب الحجر قانونا
37	الفرع الأول: أسباب الحجر المعدمة للأهلية
48	الفرع الثاني: أسباب الحجر المنقصة للأهلية
الفصل الثاني: أحكام الحجر	

57	المبحث الأول: إجراءات الحجر القانوني
57	المطلب الأول: الاختصاص في دعوى الحجر
57	الفرع الأول: الاختصاص النوعي
59	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي
62	المطلب الثاني: دعوى الحجر وشروطها ودور القاضي فيها
62	الفرع الأول: شروط رفع الدعوى
68	الفرع الثاني: دور القاضي في دعوى الحجر
70	المبحث الثاني الآثار المترتبة عن الحكم بالحجر
70	المطلب الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه
70	الفرع الأول: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في الفقه الإسلامي
83	الفرع الثاني: النيابة الشرعية عن المحجور عليه في القانون الجزائري
90	المطلب الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه
90	الفرع الأول: حكم تصرفات المحجور عليه في الفقه الإسلامي
100	الفرع الثاني: حكم تصرفات المحجور عليه في القانون
106	المطلب الثالث: إجراءات رفع الحجر عن المحجور عليه
106	الفرع الأول: إجراءات رفع الحجر عن المحجور عليهم في الشريعة الإسلامية.
107	الفرع الثاني: رفع الحجر في القانون الجزائري
111	خاتمة
	قائمة المراجع
	فهرس الموضوعات