



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد خيضر - بسكرة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

# النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق  
تخصص: العقود والمسؤولية

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور عز الدين كيحل

إعداد الطالب:

محمد توفيق قديري

أمام لجنة المناقشة المكونة من:

الأعضاء	الرتبة	الجامعة	الصفة في اللجنة
أ.د/ عبد الرؤوف دبابش	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	رئيسا
أ.د/ عز الدين كيحل	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
أ.د/ أحمد غرابي	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	ممتحنا
د/ سامية بلجراف	أستاذة محاضرة أ	جامعة بسكرة	ممتحنا
د/ سليمان حاج عزام	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	ممتحنا
د/ عبد القادر مهاوات	أستاذ محاضر أ	جامعة الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية 2017/2018

{ وَمَا أُوتِيتُمْ مِّنَ الْعِلْمِ

إِلَّا قَلِيلًا }

(الإسراء، الآية 85)

## شكر وتقدير

الحمد لله والشكر لله ولا منة إلا له سبحانه وتعالى

من لا يشكر الناس لا يشكر الله تعالى، وإن من شيم المروءة أن تشكر  
من أسدى لك معروفًا فما بالك بمن كان له فضل عليك

أشكر أول من أشكر، أستاذي الأستاذ الدكتور عز الدين كيجل على ما  
بذله معي من جهد وما أسداه من نصائح وتوجيهات

وأشكر كذلك أعضاء اللجنة الذين تشرفت بقبولهم مناقشة هذا البحث

ولا أنسى كل من ساهم من قريب أو بعيد في هذا البحث ومن قدم لنا يد  
العون من أصدقاء وزملاء وغيرهم من عمال المكتبات وموظفي الجامعة.

## الإهداء

إلى أبي

وأمي

وأخي الوحيد حسام الدين،

إلى بهجة النفس وعديلة الروح: سمية مهداوي ( سُمَيَّتِي )

إلى جدي وجدتي وكل الأخوال والأعمام وأولادهم،

إلى كل من عرفتهم من أصدقاء وزملاء،

إلى رواد مساجد بلحطاب بحي الهضبة وعبد الحميد بن باديس بأولاد

حميدة وأبي بكر الصديق بحي المجاهد كل باسمه وصفته،

إلى كل شخص يحب البحث ويقدر الباحثين،

إلى جامعتي،

وإلى نفسي.

أهدي هذا العمل والمجهود الذي شهدتموه وعاشتتموه معي طيلة السنوات

السابقة.

بارك الله لي فيكم جميعا.

## قائمة المختصرات

طبعة	ط
طبعة	د.ط
دون سنة نشر	د.س.ن
الجزء	ج
صفحة	ص

# مقدمة

## مقدمة

وضع المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني<sup>1</sup> قاعدة عامة مفادها أن كل من بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه صار كامل الأهلية لممارسة حقوقه المدنية، وحدد سن الرشد بتسعة عشر سنة كاملة. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اشترط لاعتبار الشخص كامل الأهلية أن يبلغ سن الرشد مع ضرورة أن تكون قواه العقلية مكتملة وأن لا يكون محجورا عليه. ويقصد به الحجر بواسطة القضاء.

وفي المادتين 42 و43 من القانون المدني أيضا حدد المشرع الجزائري متى لا يتمتع الشخص بأهليته المدنية أي متى لا يكون كامل الأهلية ومتى يعتبر محجورا عليه، وصنفهم إلى قسمين: فاقدوا الأهلية وهم من لم يبلغ سن التمييز المحددة بثلاثة عشر سنة والمجنون والمعتوه، وناقصو الأهلية وهم من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ومن بلغ سن الرشد وأصيب بالسفه أو الغفلة. وفي المادة 44 بين المشرع الجزائري الأحكام التي يخضع لها هؤلاء حيث جاء فيها: (يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون).

وقد أكد المشرع الجزائري هذه القاعدة العامة وما يخضع له فاقدوا وناقصوا الأهلية من أحكام في المادتين 78 و79 من القانون المدني، حيث جاء في المادة 78 من القانون المدني ( كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون). بينما في المادة 79 نص المشرع الجزائري: (تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة).

---

<sup>1</sup> - القانون المدني الجزائري صدر بموجب الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1975، العدد 78).

وحين النظر في أحكام قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> نجد القواعد التي أشارت إليها المادتان 44 و79 من القانون المدني مذكورة في الكتاب الثاني منه تحت عنوان النيابة الشرعية، حيث أخضعت الأشخاص الذين نصت عليهم المواد 42 و43 و79 من القانون المدني ووفق ما ورد في المادة 44 من القانون المدني لنظام النيابة الشرعية، وذلك في المواد من 87 إلى 125 من قانون الأسرة التي أضاف فيها المشرع أشخاصا آخرين يخضعون لنظام النيابة الشرعية وهما الغائب والمفقود، وإضافة لذلك وطبقا للإشارة الواردة في المادة 78 من القانون المدني حول فقد الأهلية أو نقصها بحكم القانون نجد ما ورد في قانون العقوبات الجزائري<sup>2</sup> من النص على الحجر القانوني لمن حكم عليه بعقوبة جنائية.

ومن خلال النصوص السابقة يتبين أن المشرع الجزائري وضع نظام النيابة الشرعية لمواجهة فقدان الشخص لأهليته أو نقصها، سواء كان ذلك مرده إلى عامل السن بالنسبة للقاصر أو القدرات العقلية والملكات الذهنية وهي عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون والعتة والسفه والغفلة أو بحكم القانون كما في حالة الحجر القانوني، إضافة لغياب الشخص أو فقده. ومقتضى نظام النيابة الشرعية وجود شخص يسمى النائب الشرعي يقوم بإنشاء التصرفات القانونية نيابة عن القاصر أو المحجور عليه أو الغائب والمفقود، حيث تحل إرادة النائب الشرعي محل إرادة الشخص الخاضع للنيابة الشرعية في كافة شؤونه الشخصية والمالية في التصرفات القانونية اللازمة في حفظ نفس المنوب عنه وماله.

وقد عبر المشرع الجزائري في قانون الأسرة وانسجاما مع ما ورد في المادة 44 من القانون المدني عن صور النيابة الشرعية حسب القائم بها فنجد الولاية والوصاية والتقديم والكفالة، والقواعد المادية التي استمد منها المشرع الجزائري هذه الأحكام تعود في الأصل إلى

---

<sup>1</sup> - قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 جوان سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1984، العدد 24).

<sup>2</sup> - قانون العقوبات الجزائري صدر بموجب الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 جوان 1966 المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1966، العدد 49).



أحكام الفقه الإسلامي، والذي في نطاقه يعبر عن نظام النيابة الشرعية تحت مسمى الولاية على الغير، بمعنى إنفاذ التصرف على الغير، وقسمها الفقهاء إلى ولاية على النفس وولاية على المال، الأولى تخص رعاية المولى عليه في شؤونه الشخصية، والثانية تخص رعاية المولى عليه في ماله حفظا واستثمارا وتنمية.

وإنما عبر المشرع الجزائري عن نظام الولاية في الفقه الإسلامي بمسمى النيابة لما فيها من تمثيل الولي والوصي والمقدم والكافل حسب الأحوال للشخص الخاضع للنيابة الشرعية حيث يحل محله، وكذلك تماشيا مع التسمية التي تبنتها كثير من قوانين الدول العربية التي استعان بها واضعو مشروع قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 وعلى رأسها مدونة الأحوال الشخصية المغربية آنذاك<sup>1</sup>.

## 1- إشكالية البحث:

إن نظام النيابة الشرعية مقرر كما سبق لأجل حماية فئة من الأشخاص عاجزين عن القيام بشؤونهم الشخصية والمالية بسبب صغر السن أو عارض أصاب أهليتهم فأعدمها أو أنقصها أو صاروا في حالة لا يستطيعون فيها إنجاز تصرفاتهم، والنيابة الشرعية تستمد أحكامها في الأصل من أحكام الفقه الإسلامي، وقد ورد النص عليها في المواد من 87 إلى 125 من قانون الأسرة وبقي على حاله منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984 ولم يمسهما التعديل سنة 2005 إلا في مادة واحدة نظرا لارتباطها بآثر فك الرابطة الزوجية التي كانت أساس التعديلات، إضافة إلى بعض المواد في أحكام الزواج فيما تعلق بالولاية على الزواج.

هذه القواعد الموضوعية أضيفت لها قواعد إجرائية سنة 2008 بموجب القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/23 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،<sup>2</sup> حين نظم المشرع

---

<sup>1</sup> - مدونة الأحوال الشخصية المغربية القديمة كانت عبارة عن ستة 6 قوانين مستقلة تشكل في مجموعها مدونة الأسرة المغربية، والنيابة الشرعية كانت قد صدرت بموجب الظهير 1.58.019 المؤرخ 1958/01/25 المتعلق بتطبيق الكتاب الخامس من مدونة الأحوال الشخصية المتعلقة بالأهلية والنيابة الشرعية.

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2008، العدد 21.

الجزائري الإجراءات الخاصة أمام بعض الأقسام في المحكمة وأولها قسم شؤون الأسرة في المواد 423 إلى 499 منه.

من خلال ذلك كله تطرح إشكالية كفاية الأحكام الواردة في النصوص القانونية المتعلقة بالنيابة الشرعية في القانون الجزائري لتوفير الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية بالمقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وما جاءت به القوانين العربية محل المقارنة؟ حيث تثير هذه الإشكالية عددا من التساؤلات حول الاختيارات الفقهية للمشرع الجزائري في مسائل النيابة الشرعية؟ وما مرجعيته الفقهية في ذلك؟ وأيضا ما مواطن القوة وما مكامن الضعف في القانون الجزائري فيما تعلق بمسائل النيابة الشرعية؟ وما موقع المشرع الجزائري ضمن القوانين العربية محل المقارنة؟

وللإجابة عن الإشكالية والتساؤلات التي تثيرها ينبغي دراسة الأحكام المتعلقة بنظام النيابة الشرعية في القانون الجزائري بمقارنتها بالأحكام الواردة في الفقه الإسلامي باعتبارها المصدر المادي المباشر لقواعد قانون الأسرة، وأيضا في ضوء القوانين المقارنة وذلك حتى تظهر أوجه القوة والضعف في القانون الجزائري فيما تعلق منه بأحكام النيابة الشرعية وتقديم الاقتراحات الأفضل لمعالجة أوجه القصور التي يمكن أن تظهر.

## 2- أهمية البحث:

- البحث يتطرق لموضوع يمس شريحة لا بأس بها من المجتمع وهي فئة القصر والمحجور عليهم، إضافة إلى تناول الأحكام الخاصة بالمفقود والغائب،
- دراسة موضوع لم يشبع بعد بالدراسات الأكاديمية لا سيما في طور الدكتوراه؛ بدليل تسجيل مواضيع بحث دكتوراه بعناوين مقارنة لعنوان البحث بعد تسجيله بسنتين، مما يؤكد أن الموضوع لا يزال يغري بالبحث،
- أساس البحث هو المقارنة بين القواعد الواردة في القانون الجزائري وأحكام الفقه الإسلامي بما شأنه أن يثري أحكام القانون بما يزيدها رصانة ويسد الخلل حيث وجد،

- مقارنة القانون الجزائري بمجموعة من القوانين العربية قلما تتم المقارنة معها كالقانون الكويتي والقانون الإماراتي والقانون الليبي.

**3- أسباب اختيار الموضوع:** إضافة إلى الدوافع الذاتية لدى كل باحث المتمثلة أساسا

بحب البحث فإن لاختيار هذا الموضوع العديد من الدوافع الموضوعية أهمها:

- مباحث النيابة الشرعية من بين مباحث قانون الأسرة التي لم تلق العناية اللازمة من

شرح القانون الجزائري مما يجعلها مجالا خصبا لمزيد من الدراسات،

- عدم وجود دراسات أكاديمية كثيرة تتناول موضوع النيابة الشرعية بصفة شاملة لكافة

متغيراته وعناصره،

- ارتباط البحث بأحكام الفقه الإسلامي.

**4- أهداف البحث:** تتمثل أهداف هذا البحث فيما يلي:

- تحليل وتوضيح نصوص القانون الجزائري الخاصة بالنيابة الشرعية في ضوء أحكام

الفقه الإسلامي والقوانين العربية محل المقارنة،

- التعرف على الاختيارات الفقهية للمشرع الجزائري مقارنة بالقوانين العربية محل

المقارنة،

- تسليط الضوء على مواطن القوة والضعف في القانون الجزائري فيما تعلق بالنيابة

الشرعية حتى يتم تدعيم الأولى وإصلاح الثانية،

- دراسة قوانين مقارنة لم يتم التطرق إليها بكثرة في البحوث والدراسات الأكاديمية

الجزائرية للاستفادة من تجربة مشرعي الدول العربية الأخرى،

- تقديم دراسة شاملة لكافة متغيرات الموضوع لإفادة الباحثين والمهتمين من محامين

وقضاة في مجال النيابة الشرعية،

- محاولة تقديم إضافة علمية لما سبق تقديمه من دراسات في مجال قانون الأسرة لتكون

لبنة إضافية في صرح الدراسات القانونية المقارنة بالفقه الإسلامي،

**5- الدراسات السابقة:** لا أدعي السبق في مجال البحوث التي تناولت مسائل النيابة الشرعية، فمن خصائص البحث العلمي التراكمية والاستمرارية، ومن أهم الدراسات السابقة التي تطرقت لموضوع النيابة الشرعية نذكر:

**5-1- دراسة:** سيف رجب قزامل، بعنوان "النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون" رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر - مصر، 1985، حيث تناول فيها الباحث كافة صور النيابة في التعاقد عن الغير، سواء كانت نيابة اتفاقية في صورة الوكالة أو نيابة شرعية في صورة الولاية، أو الوصاية أو القوامة، وكانت دراسته مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون المصري، وتم التطرق لصور النيابة الشرعية كفرع عن النيابة عن الغير في التعاقد، بينما ركز دراستنا على جانب النيابة الشرعية مع عدم تناول أحكام القانون المصري.

**5-2- دراسة:** بوشمة خالد، وعنوانها: "نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية بخروبة، جامعة الجزائر 1، وهي دراسة قيمة جدا، تطرق فيها الباحث للأحكام الفقهية لشخصية الإنسان وتناول فيها ثلاث محاور كبرى كانت النيابة الشرعية أحدها، حيث تطرق لأسبابها وصورها وآثارها بتفصيل جيد في الجانب الفقهي مع بيان موقف القانون الجزائري بصورة عارضة، فهو ركز على النيابة الشرعية كإحدى خصائص الشخص الطبيعي، بينما هذا البحث فقد تم التطرق للنيابة الشرعية كنظام لحماية الأشخاص الخاضعين لها في أحوالهم الشخصية والمالية.

**5-3- دراسة:** عقيل بن أحمد بن دخيل العقيلي، وعنوانها "النيابة في الفقه الإسلامي"، رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ، وتناول فيها الباحث بشكل موسع كافة أشكال النيابة وصورها في فروع الفقه الإسلامي في العبادات والمعاملات وتناول أحكام النيابة الشرعية تحت مسمى (النيابة الحكمية) أي التي تكون بحكم الشارع، وكانت دراسة فقهية مقارنة ممتازة، غير أنها أوسع بكثير من موضوع البحث الذي نحن

بصدده كما كانت دراسة فقهية لم تتطرق للقوانين العربية أو حتى الأنظمة السعودية، بينما هذا البحث يعنى بأحكام الفقه الإسلامي المقارنة بالقانون الجزائري وبعض القوانين العربية.

**6- منهجية العمل:** هذا البحث هو دراسة وصفية تحليلية مقارنة، حيث تم القيام بوصف وتحليل النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بالنيابة الشرعية مع تحليل الأحكام القانونية المستنبطة منها، إضافة إلى استخراج الأحكام المتعلقة بالنيابة الشرعية من كتب الفقه الإسلامي في مذاهبه الأربعة، ومقارنتها بما ورد في نصوص القانون الجزائري وبعض قوانين الدول العربية التي تم اختيارها لتكون محل مقارنة.

وفي كل أجزاء البحث يتم التطرق أولاً لأحكام الفقه الإسلامي باعتبارها المصدر المادي الأصلي لأحكام النيابة الشرعية، ومن ثم يتم التطرق لأحكام القانون الجزائري مع بيان موقف القوانين العربية محل المقارنة في كل مسألة.

**7- حدود الدراسة:** بالنسبة للفقه الإسلامي فقد اكتفي بالمذاهب الأربعة المشهورة ( الحنفي، المالكي، الشافعي، الحنبلي) وتم الاعتماد على أهم كتب هذه المذاهب مع استخدام المراجع والدراسات الفقهية الحديثة لما فيها من تبسيط وتقريب وتحقيق لأحكام الفقه الإسلامي وما أضفته عليه من حلة جديدة، وحين كانت تمر مسألة لا يعثر على حكمها في الكتب المشهورة لكل مذهب كان يتم اللجوء إلى كتب أخرى في المذهب بغية التعرف على قول هذا المذهب في المسألة، بدل اللجوء إلى المراجع الفقهية العامة وذلك قدر المستطاع ووفق ما سمحت به قدرات الباحث ووقته.

وبخصوص القوانين العربية محل المقارنة فقد تم اختيار قوانين سبعة دول وهي قوانين المغرب وتونس وموريتانيا وليبيا إضافة إلى قوانين الكويت والإمارات والبحرين، فالأولى هي قوانين دول مجاورة وجمعنا بها اتباع المذهب المالكي، أما الكويت والإمارات والبحرين فإن الدراسات المقارنة معها قليلة، وهو ذات حال الدراسة المقارنة مع القانون الليبي والقانون الموريتاني، إضافة إلى أنها دول المذهب المالكي فيها هو مذهب أهل البلد أو نصت في قوانينها المدنية أو للأسرة على جعل المذهب المالكي المرجع في حالة عدم وجود نص.

8- عرض الخطة: حتى تتم الإجابة على الإشكالية المطروحة والتساؤلات المنبثقة عنها، وبالنظر إلى أن النيابة الشرعية تقوم من حيث الأصل على مجموعة عناصر تتمثل في الأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية والأشخاص القائمين بمهمة النائب الشرعي، وهؤلاء هم أطراف النيابة الشرعية، كما نجد محل النيابة الشرعية وهي التصرفات التي ينوب فيها النائب الشرعي عن الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية والتي ينفذ قوله عليهم فيها، وما هي حدود صلاحياته ومسؤولياته، وكيف تنتهي هذه المهام، وما يترتب على هذا الانتهاء، ولكل من هذه العناصر أحكام فقهية وقانونية تهدف بالأساس لحماية الشخص الخاضع للنيابة الشرعية، من أجل ذلك كله تم تبني خطة مكونة من بابين وفي كل باب فصلان بمبحثين لكل فصل،

الباب الأول خصص لبيان أحكام الأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية والنائبين عنهم، تحت عنوان (أطراف النيابة الشرعية)؛ حيث تم التطرق في الفصل الأول لأحكام الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية من خلال مبحثين: الأول تناول الأحكام المتعلقة بفاقد الأهلية، والمبحث الثاني الغائب والمفقود، وفي الفصل الثاني أحكام الأشخاص القائمين بمهمة النائب الشرعي من خلال مبحثين: الأول فيه أحكام النائب الشرعي في الفقه الإسلامي والثاني أحكام النائب الشرعي في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

أما الباب الثاني فيتناول القواعد المطبقة على النيابة الشرعية بعد قيامها إلى حين انتهائها وجميع ما يترتب على ذلك من آثار تحت عنوان (أحكام النيابة الشرعية)، وتم تناول هذا العنوان من خلال فصلين، الأول حول صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي سواء في الولاية على النفس التي جاءت في المبحث الأول أو الولاية على المال التي جاءت في المبحث الثاني، أما الفصل الثاني فخصص لأحكام انتهاء النيابة الشرعية من خلال مبحثين: الأول حول أسباب انتهاء النيابة الشرعية، والثاني والأخير حول الآثار المترتبة على انتهاء النيابة الشرعية. وأمل أن تكون هذه الدراسة خطوة في طريق الألف ميل في درب العلم الذي لا ينتهي إلا بموت الإنسان، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي أو الشيطان.

والله الموفق.

# الباب الأول

## أطراف النيابة الشرعية

ويتضمن فصلين

### الفصل الأول

الأشخاص الخاضعون لنظام النيابة الشرعية

### الفصل الثاني

الأشخاص القائمون بمهمة النائب

الشرعي

النيابة الشرعية نظام أقرته الشريعة الإسلامية ونظمته القوانين الحديثة يقصد به سلطة أقرها الشرع والقانون لفائدة شخص يطلق عليه اسم النائب الشرعي على أنفس وأموال أشخاص بسبب قصور في أهليتهم أو لظرف حال دون تدبيرهم لشؤونهم والقيام عليها بأنفسهم، فيقع على النائب الشرعي بموجب هذه السلطة واجب الرعاية والحفاظ على مصالح الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، كما يمنح صلاحية التصرف في أموالهم وإدارتها حفظاً وتنمية واستثماراً، حيث تحل إرادة النائب الشرعي محل إرادة الشخص الخاضع لنظام النيابة الشرعية في إنشاء التصرفات والعقود وفي تنفيذها والمطالبة بالحقوق الناتجة عنها والتقاضي بشأنها والدفاع عنها.

ومن خلال هذا يتبين لنا أن النيابة الشرعية تقوم على طرفين، الطرف الأول هم الأشخاص الخاضعون لنظام النيابة الشرعية، وهم تلك الطائفة من الأشخاص الذين يعانون من قصور في أهلية التصرف لديهم أو حل بهم مانع حال دون ممارستهم لأهليتهم ومباشرة التصرفات والعقود المختلفة، هؤلاء الأشخاص أخضعهم الشرع والقانون لنظام النيابة الشرعية لحمايتهم في أنفسهم وأموالهم في إطار المفهوم العام للضروريات الخمس الواجب المحافظة عليها طبقاً للمبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية.

والطرف الثاني للنيابة الشرعية هم الأشخاص القائمين بمهمة النيابة الشرعية، وهم طائفة من الأشخاص كلفهم الشرع بمهمة الحفاظ على أنفس وأموال الخاضعين لنظام النيابة الشرعية بصونهم وتنمية أموالهم، إما مباشرة مثل الأب والجد والحاكم (ويمثله القاضي)، أو بواسطة مثل الوصي ومقدم القاضي (الأول بواسطة الموصي والثاني بواسطة القاضي).

وعليه ولفهم نظام النيابة الشرعية يقتضي الحال التعرف على طرفي النيابة الشرعية، وذلك بدءاً بالطرف الأهم وهم المنوب عنهم أو الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، حيث نبين في الفصل الأول من هذا الباب من هم الأشخاص الذين يكونون خاضعين للنيابة الشرعية ويولى عليهم من يقوم بشأنهم، وذلك سواء كانوا من أصابهم قصور في أهليتهم، أو حل بهم مانع فيها، أما في الفصل الثاني فسننتظر للأحكام المتعلقة بالأشخاص القائمين بمهمة النائب الشرعي، وذلك من خلال مبحثين نتناول في الأول أحكامهم في الفقه الإسلامي وفي



المبحث الثاني أحكامهم في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة. من خلال إظهار طبيعة مهمة النائب الشرعي في أحكام الفقه الإسلامي ومن هم الأشخاص الذين منحهم الشرع والقانون صفة النائب الشرعي وما الشروط المطلوبة فيهم وكيف يتم تنصيبهم على رأس أعمالهم.

وهو ما سيعالج في الصفحات الموالية وفق الخطة التالية:

## **الفصل الأول: الأشخاص الخاضعون لنظام النيابة الشرعية**

**المبحث الأول: فاقدو وناقصو الأهلية**

**المبحث الثاني: الغائب والمفقود**

## **الفصل الثاني: الأشخاص القائمون بمهمة النائب الشرعي**

**المبحث الأول: النائب الشرعي في الفقه الإسلامي**

**المبحث الثاني: النائب الشرعي في القانون الجزائري والقوانين العربية محل**

**المقارنة**

# الفصل الأول

## الأشخاص الخاضعون لنظام

### النيابة الشرعية

ويتضمن مبحثين

#### المبحث الأول

فاقدو وناقصو الأهلية

#### المبحث الثاني

الغائب والمفقود

## الفصل الأول

### الأشخاص الخاضعون لنظام النيابة الشرعية

خضوع الشخص لنظام النيابة الشرعية إما أن يكون بسبب اختلال في أهلية التصرف لديه، والتي تسمى أهلية الأداء، أو يكون بسبب مانع حال دون أن يباشر التصرفات التي تخوله إياها أهلية الأداء. وهذا الاختلال أو ذلك المانع سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون يرجع لمجموعة من الأوصاف أو الظروف التي تصيب الشخص، منها ما هو مرتبط بسنه ومنها ما تعلق بحالته العقلية ومنها ما هو مرتبط بوجوده أو غيابه.

ذلك أن أهلية الأداء مناطها التمييز، والتمييز مرتبط بالعقل، فتبدأ في الإنسان متى بدأ يميز، وتبدأ ناقصة فيسمى قاصراً أو ناقص أهلية، ثم تتم باكتمال قدراته الجسمية والعقلية بعد البلوغ حين يصل إلى الرشد. وإضافة لتأثرها بعامل السن، فإن أهلية الأداء بعد اكتمالها، تتأثر بمجموعة من العوارض التي قد تصيب الإنسان وتؤثر في تمييزه، فتفقد التمييز فيصير فاقداً للأهلية أو تنقص منه فيصير ناقص الأهلية وكلاهما يكون محلاً للحجر.<sup>1</sup>

كما أن الإنسان قد يعجز عن مباشرة شؤونه بنفسه نتيجة غياب أو فقدان تحت أي ظرف كان، مما يجعله في حاجة إلى من ينوب عنه ويتصرف مكانه ويحفظ له حقوقه وأمواله، حاله حال القاصر والمحجور عليهم من فاقدٍ وناقصي الأهلية.

وعليه فإن فئة الأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية تتمثل في فئة فاقدٍ وناقصي الأهلية، سواء الشخص القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد، أو الشخص الذي تجاوز سن الرشد

---

<sup>1</sup> - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط1، ( القاهرة- مصر، دار الفكر العربي، 1996)، ص258؛ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، (جزءان)، ط2، (دمشق- سوريا، دار القلم للنشر والتوزيع، 2004)، ج2، ص786؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، 10 أجزاء، ط2، (بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000)، ج1، ص289.

وأصيب بعارض أفقده أهليته أو أنقص منها وهو ما يتطلب الحجر عليه وإخضاعه لنظام النيابة الشرعية وتعيين من يتصرف عنه، ويسمى بذلك محجورا عليه، وكذا الغائب والمفقود اللذين حصل لهما ما حال دون ممارستهما لما تخوله لهما أهليتهما.

وعليه يتم التطرق في مبحث أول لأحكام فاقدى وناقصى الأهلية، وفي مبحث ثان لأحكام المفقود والغائب.

## المبحث الأول

### فاقدو وناقصو الأهلية

سبق القول إن فاقدو وناقصو الأهلية قسمان، الأول هو القاصر الذي لم يبلغ سن الرشد والثاني هم الشخص الذين تجاوز سن الرشد ولكنه أصيب بعارض يفقده أهليته أو ينقصها فيحجر عليه، وهو ما يتم تناوله من خلال مطلبين الأول خاص بالقاصر والثاني خاص بالمحجور عليه.

### المطلب الأول

#### القاصر

تمر أهلية القاصر حتى يبلغ سن الرشد بمراحل تتدرج فيها أهليته من الانعدام حتى الاكتمال حسب سنه ونمو عقله.<sup>1</sup> وسيتم التطرق لأحكام المتعلقة بالقاصر وأهليته في الفقه الإسلامي ثم في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة وذلك على النحو التالي.

#### الفرع الأول: أحكام القاصر في الفقه الإسلامي

يقسم الفقهاء المراحل العمرية التي يمر بها الإنسان حتى اكتمال أهليته إلى عدة أطوار، الأول هو طور الجنين في بطن أمه، والطور الثاني هو طور الطفولة ويمتد منذ ولادة الإنسان حيا حتى سن التمييز، والطور الثالث هو التمييز الذي يستمر إلى غاية البلوغ الجسمي الذي

---

<sup>1</sup> - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، جزان، ج2، أحكام الأهلية والوصية والموارث، ط6، ( بيروت، لبنان، دمشق، سوريا، عمان، الأردن: منشورات المكتب الإسلامي، 1997)، ص7.

يعد المحطة الضرورية التي يمر بها الإنسان قبل وصوله الرشد، وهو الطور الأخير والذي يعد مع البلوغ طورا واحدا.<sup>1</sup> وهو ما سنتناوله تباعا كآتي:

**أولا: طور الاجتنان (مرحلة الحمل):** نتطرق أولا لموقف الفقهاء من شخصية الجنين وأهليته، وثانيا للحقوق التي قررها الفقهاء للجنين، وذلك على النحو الآتي:

**1- موقف الفقهاء من شخصية الجنين وأهليته:** تبدأ هذه المرحلة منذ علق البويضة المخصبة في جدار الرحم وتنتهي بعملية الولادة. وأثبت الفقهاء للحمل أهلية وجوب ناقصة تخوله أن يكون أهلا لاكتساب مجموعة من الحقوق دون أن يتحمل أي التزامات.<sup>2</sup>

وعلّل الفقهاء هذا الحكم بأن الجنين وإن كان من جهة جزءا من أمه فهو من جهة أخرى مستقل عنها لأن له حياة خاصة ويتهيأ للانفصال عن أمه، ولذلك منح له الشرع ما يناسب هذا الاعتبار نوعا أهلية الوجوب الناقصة، وسبب النقصان يكمن في أن الحقوق التي أقرت للحمل تبقى احتمالية معلقة على شرط ثبوت ولادته حيا.<sup>3</sup>

**2- الحقوق المقررة للجنين في الفقه الإسلامي:** وفق ما سبق فقد أثبت الفقهاء مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها الجنين وهي ثبوت النسب من أبيه، والحق في الإرث ممن يموت من مورثيه، واستحقاق ما يوصى له به وما يوقف عليه.<sup>4</sup>

**2-1- الحق في ثبوت النسب:** يثبت للجنين نسبه من أبيه وهو لا يزال حملا، لأن الأصل في ثبوت النسب هو عقد الزواج، واعتبار المرأة بذلك فراشا للرجل، لقوله ﷺ: (الولد للفراش).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص10.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص791.

<sup>3</sup> - خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، د.ط (مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2011)، ص88.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 8 أجزاء، ط2، (دمشق، سوريا: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1985)، ج4، ص118.

<sup>5</sup> - رواه مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، الحديث رقم1457، مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، 5 أجزاء، ط1، ( مصر: دار الحديث، 1991)، ج2، ص1080؛ محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ط1، (بيروت، لبنان: دار القلم، دمشق - سوريا والدار الشامية، ط1، 1999)، ص138.

**2-2- الحق في الإرث:** اتفق الفقهاء على استحقاق الحمل للإرث متى توافرت الشروط المطلوبة، وهي ثبوت وجوده حيا ساعة موت مورثه بأن يولد في المدة المطلوبة شرعا لاستحقاق الإرث، وأن يولد حيا ولو لثوان، وهو ما يعرف لدى الفقهاء بالاستهلال. هذا ويرى فقهاء الحنفية أنه تثبت حياته بخروج أكثره حيا، لأن الأكثر يأخذ حكم الكل، أما الجمهور فيرى أن لا بد من خروجه كاملا؛ أي أن يولد كله حيا؛ لأن أهلية التملك لا تثبت إلا بالوجود الكامل.<sup>1</sup>

**2-3- الحق في الوصية له:** تصح الوصية للحمل قياسا على الميراث، ولكن الحنفية والشافعية يشترطون وجود الحمل عند عقد الوصية وأن يولد حيا لأقل من 6 أشهر باعتبارها أقل مدة الحمل.<sup>2</sup> بينما المالكية والحنابلة فيرون أنه تصح الوصية حتى للحمل القادم، فالوصية عندهم تصح لكل من يقبل أن يملك والحمل القادم يقبل أن يملك شريطة أن يولد حيا.<sup>3</sup>

**2-4- الحق في ما يوقف عليه:** للفقهاء في مسألة ثبوت الوقف على الحمل قولان:

**2-4-1- صحة الوقف على الحمل:** وهو قول الحنفية والمالكية، على أن الحنفية يرون أن لا يستحق الحمل من غلة الوقف حتى يولد، أما المالكية فيرون أن يحفظ للحمل نصيبه من غلة الوقف حتى يولد، فإن ولد حيا أخذ حقه، وإن ولد ميتا صرفت الغلة لغيره من المستحقين.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، 45 جزء، ط1، ( الكويت، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، مطابع دار الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع، 1992)، ج3، ص65؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص410.

<sup>2</sup> الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 10 أجزاء، ط1، ( بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003)، ج10، ص488؛ الدميري الشافعي، كمال الدين أبو البقاء محمد بن موسى بن عيسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، 10 أجزاء، ط1، (جدة- المملكة العربية السعودية؛ دار المنهاج، 2004)، ج6، ص221.

<sup>3</sup> خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ضبطه وصححه أحمد بن عبد الكريم نجيب، 9 أجزاء، د.ط، ( دبلن، إيرلندا الشمالية؛ منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2008)، ج8، ص483؛ موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي، 15 جزء، ط3، (الرياض، المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، 1997)، ج8، ص458.

<sup>4</sup> الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبالهامش حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، أخرجه ونسقه وخرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالقانون الحديث مصطفى كمال وصفي، 4 أجزاء، د.ط، د.س.ن، ( القاهرة، مصر: دار المعارف)، ج4، ص102؛ ابن مازة، برهان الدين البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، 9 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2004)، ج6، ص156.

2-4-2- عدم صحة الوقف على الحمل: وهو قول الشافعية والحنابلة؛ لأن من شروط

الموقوف عليه عندهم إمكانية التملك في الحال، والحمل ليس له التملك في الحال.<sup>1</sup>

2-5- الهبة للحمل: اختلف الفقهاء حول جواز الهبة للحمل من عدمها على قولين:

2-5-1- عدم الجواز: وهو قول الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأن شرط الهبة

عندهم هو القبض أو الحوز، وهو ما لا يصح في حق الحمل.<sup>2</sup>

2-5-2- جواز الهبة للحمل: وهو قول المالكية، حيث خالفوا الجمهور على اعتبار أن القبول

في الهبة غير ضروري لانعقادها، والأساس المعتبر في الهبة هو التزام الواهب.<sup>3</sup>

وحين النظر في الحقوق التي أقرها الفقهاء للجنين نجد أن القاسم المشترك بينها هو أن

التصرفات المنشئة لهذه الحقوق لا تحتاج إلا لإرادة الموجب فلا تحتاج لقبول من المستفيد، وأن

هذه التصرفات لا تؤدي إلى نشوء التزام على عاتقه، وهو ما يتفق واعتبار الجنين ذا أهلية

وجوب ناقصة لا تؤهله سوى لاكتساب الحقوق دون التحمل بالالتزامات.<sup>4</sup>

ثانيا: طور الطفولة (ما قبل التمييز): يبتدئ هذا الطور من حياة الإنسان بتمام ولادته حيا

فتكتمل أهلية الوجوب لديه، ويمتد هذا الطور حتى يصير له الوعي والإدراك الكافي لفهم

الخطاب التشريعي بصفة مجملة تسمح له بإدراك معاني الأعمال الدينية والمعاملات المدنية

ويفهم نتائجها كفهمة الفرق بين البيع والشراء، فحينذاك تنتهي هذه المرحلة ويصبح مميزا.<sup>5</sup>

وخلال مرحلة ما قبل سن التمييز يكون للشخص أهلية وجوب كاملة تخوله تملك كل ما

يشترى من ماله لفائدته أو ما يوهب له أو يوقف عليه، في حين يقوم النائب الشرعي بإبرام

---

<sup>1</sup> - النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 12 جزء، ط3، (بيروت، لبنان: المكتب

الإسلامي، 1991)، ج5، ص317؛ محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، 15 جزء، ط1 (السعودية، دار ابن الجوزي للطباعة والنشر والتوزيع، 1426)، ج11، ص30.

<sup>2</sup> - محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، جزءان، ط1، (دمشق، سوريا: دار القلم، 1998)، ج2، ص120

<sup>3</sup> - الخطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف، ط1 (بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1984)، ص143.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص119.

<sup>5</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص793 الهامش رقم2.



التصرفات نيابة عنه ويباشر تنفيذها. ولكن لا تكون للشخص خلال هذه الفترة أهلية أداء مطلقاً، فلا أثر لما يصدر عنه من تصرفات ولو كانت نافعة له، ولا تقع عليها إجازة النائب الشرعي أو إذنه.<sup>1</sup>

ويترتب على أهلية الوجوب التامة أن يلتزم القاصر في هذه المرحلة بمجموعة من الالتزامات أهمها العوض المالي المقابل لحق الغير، سواء كان حق الغير ناتجاً عن عقد أبرمه النائب الشرعي، أو بسبب آخر مثل إتلاف القاصر لمال الغير أو التعويض الناجم عن الجريمة التي قد يرتكبها، والتزامه بالتعويض نتيجة ذلك، وكذا الضرائب المطروحة على الأموال العقارية والمنقولة على حد سواء، إضافة إلى المؤونات الاجتماعية من نفقة للأقارب وكذا زكاة الفطر.<sup>2</sup>

أما زكاة المال، فقد اختلف الفقهاء في وجوبها في مال الصغير، وانقسموا إلى فريقين، **الأول: الحنفية:** يرى الأحناف أن الزكاة عبادة مالية تقتضي لأدائها التكليف والصغير قبل البلوغ غير مكلف فلا تجب الزكاة في ماله، وهو قول علي وابن عباس رضي الله عنهم.<sup>3</sup>

**الثاني: الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة:** يرى جمهور الفقهاء وجوب الزكاة في مال اليتيم، فوجد الإمام مالك في موطنه يذكر أنه بلغه أن عمر رضي الله عنه قال: (اتجروا في أموال اليتيم لا تأكلها الزكاة). وعن عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه أنه قال: كانت عائشة تليني وأخا لي يتيمين في حجرها فكانت تخرج من أموالنا الزكاة.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، 10 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، 1994)، ج10، ص271؛ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي، د.ط، (الدار البيضاء، المغرب: مطابع أفريقيا الشرق، 1996)، ص159.

<sup>2</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص798.

<sup>3</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص378.

<sup>4</sup> مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، د.ط ( القاهرة، مصر: دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، 2004)، ص123، كتاب الزكاة، باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها؛ وانظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق عبد المعطي أمين قلجعي، 30 جزءاً، ط1، (دمشق، سوريا: دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، حلب، سوريا، بيروت، لبنان والقاهرة، مصر: دار الوعي، 1993)، ج9، ص80.

وعند الشافعية زكاة مال الصبي غير المميز واجبة، ولكنها لا تدفع كل سنة وإنما تحصى وتجمع حتى يبلغ الصبي فيخبره وليه بوجود الزكاة فيؤديها بنفسه.<sup>1</sup>

والحنابلة يقولون بقول المالكية ويرون أن الولي يدفع الزكاة عن القاصر الذي في ولايته.<sup>2</sup>

وواضح أن قول الجمهور خصوصاً ما ذهب إليه المالكية والحنابلة أصوب لما فيه من تحقيق لمنفعة الناس من مستحقين للزكاة من جهة وحماية لمال القاصر من جهة أخرى؛ لأن الزكاة قد ربطها الشارع الحكيم بنمو المال وزيادته.

**ثالثاً: طور التمييز (ما قبل البلوغ والرشد):** يمتد هذا الطور من حياة الإنسان منذ بلوغه سن التمييز إلى أن يبلغ جسماً وعقلاً، ولفهم حكم الصبي خلال هذا الطور لا بد أن نحدد مفهوم التمييز، ثم نبين أثر اعتبار الشخص مميزاً، سواء من حيث حكم تصرفات القاصر المميز أو من حيث أحكام المسؤولية المدنية والجزائية خلال هذه المرحلة.

**1- مفهوم التمييز:** التمييز لغة مأخوذ من الفعل ماز الشيء يميزه ميّزاً فصله عن غيره ويكون في المشتبهات والمختلطات، وهو أيضاً التقريب بين الأشياء بعد معرفتها.<sup>3</sup>

وتعريف التمييز اصطلاحاً لم يبتعد عن المعنى اللغوي؛ حيث يرى الفقهاء أن التمييز هو السن التي إذا انتهى إليها الإنسان عرف ما يضره وما ينفعه؛ لحدوث قوة في الدماغ يستتبط بها المعاني فيفرق بين البيع والشراء وما يترتب عليهما من أخذ وعطاء. وعليه فالتمييز يتم بأمرين متلازمين؛ بلوغ سن معينة وإدراك معاني العقود بوجه عام.

ولأن التمييز يتطور شيئاً فشيئاً حتى يبلغ الاكتمال عند الرشد، جعله الفقهاء في سن قريبة من طور الطفولة وغير بعيدة عن أوائل مرحلة البلوغ الجسمي، وهي سن سبع (7) سنوات.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - العمراني الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم اليميني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، 14 جزءاً، ط1، (بيروت، لبنان، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، 2000)، ج3، ص 135.

<sup>2</sup> - موفق الدين بن قدامة، المغني، ج4، ص69.

<sup>3</sup> - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، (مصر: دار الشروق الدولية، 2004)، ص893.

<sup>4</sup> - مصطفى السباعي، المرجع السابق، ج2، ص9؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، ص157؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص163؛ مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص802.

واستدل الفقهاء في تحديدهم سن التمييز بسبع سنوات بحديث رواه أبو داود في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال ( مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين، وإذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها )<sup>1</sup>.

2- **حكم تصرفات القاصر خلال طور التمييز:** بما أنه صار للقاصر في هذه المرحلة أهلية أداء ناقصة، فقد أجاز له الفقهاء القيام بمجموعة من التصرفات ومنع من البعض الآخر وجعل بعضها مرتبطاً بإجازة النائب الشرعي. وفق التقسيم التالي:

2-1- **تصرفات نافعة نفعاً محضاً:** وهي التصرفات التي يترتب عليها زيادة في الذمة المالية دون بذل مقابل، مثل قبول الهبة والوصية والوقف. وإنما صحت لأنها خير له ولا ضرر فيها على كل حال. وهذه التصرفات تكون نافذة دون توقف على إجازة من نائبه الشرعي.

2-2- **تصرفات ضارة ضرراً محضاً:** وهي تلك التصرفات التي يترتب عنها افتقار في الذمة المالية للقاصر بخروج شيء من ملكه دون مقابل كالهبة والصدقة والوقف وسائر التبرعات وأيضاً الطلاق والكفالة. وهذه التصرفات لا تصح منه بل تقع باطلة ولا تتعد حتى ولو أجازها وليه أو وصيه؛ لأنه لا يملك من حيث الأصل مباشرتها، فلا يملك بذلك إجازتها.<sup>2</sup>

2-3- **تصرفات دائرة بين النفع والضرر:** اختلف الفقهاء حولها على النحو التالي:

**الفريق الأول: الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة:** يرون أن تصرف الصبي المميز صحيح ولكنه موقوف على إجازة الولي أو الوصي، مع التأكيد على أنه ليس للولي أو الوصي أن يجيز تصرفاً ضاراً، وعليه أن لا يرد التصرفات النافعة.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - رواه أبو داود، حديث حسن صحيح، انظر: أبو داود السجستاني، سنن أبي داود مع حكم الألباني، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، ط2، (الرياض، السعودية: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1417 هجرية)، ص91، الحديث رقم 494.

<sup>2</sup> - محمد بن عبد العزيز النمي، **الولاية على المال**، تحقيق علي بن عبد الله النمي، ط1، (السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنية، 2012)، ص39.

<sup>3</sup> - الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي**، 6 أجزاء، د.ط.، ( مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1313هـ)، ج5، ص191؛ البرزلي، أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي، **فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام**، تقديم وتحقيق: محمد الحبيب الهيلة، 7 أجزاء، ط1 (بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي، 2002)، ج4، ص533؛ ابن مفلح، شمس الدين محمد المقدسي، **الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين**

**الفريق الثاني: الشافعية:** يرون أنه لا تصح عقود المميز مهما كانت نافعة له، ولا يستطيع أن يكون حتى وكيلًا عن غيره، سواء أذن الولي أو الوصي بهذا التصرف أم لم يأذن.<sup>1</sup> ونلاحظ في هذا المقام قوة وجهة نظر الجمهور، وما يؤدي إليه الأخذ بقول الشافعية من عسر في المعاملات، وعدم السماح للقاصر بالأخذ في التدريب على المعاملات، خصوصًا وأنه يكون على أعتاب البلوغ والتكليف فلا يعقل أن يحاسب على العبادات ولا يقبل منه بعض المعاملات المالية لا سيما النافعة له نفعًا محضًا.

**3- المسؤولية المدنية والجزائية للقاصر خلال طور التمييز:** في هذه المرحلة من العمر يتأكد التزام القاصر بالحقوق المالية المترتبة في ذمته تجاه الغير؛ مثل أجره العامل، ونفقة الزوجة والأقارب وكذا تعويض الغير مما أصابهم من ضرر نتيجة أفعاله، ويصح منه أداء هذه الحقوق إذا لم يؤديها النائب الشرعي.<sup>2</sup> أما من الناحية الجزائية فأقوال الفقهاء فيها على النحو الآتي:

- **الجمهور:** من الحنفية والمالكية والحنابلة ويرون عدم مساءلة الصبي المميز عن جنائته فعمده خطأ، إنما تجب الدية، فقال الأحناف أنها تكون في ماله، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الدية تكون على العاقلة.<sup>3</sup>

- **الشافعية:** قالوا في الأظهر عندهم بأن عمد الصبي عمد، وتتخذ الدية من ماله ولا يقتص منه؛ لوجود الشبهة، ولكنه يحرم من الميراث إن قتل مورثه.<sup>4</sup>

---

أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة، د.ط، (عمان، الأردن: طبعة بيت الأفكار الدولية، د.س.ن)، ص586.

<sup>1</sup> - النووي، محيي الدين بن شرف، المجموع، شرح المذهب للشيرازي تكملة التاج الدين السبكي، حققه وعلق عليه وأكمه بعد نقصان محمد نجيب المطيعي، 23 جزء، د.ط، (جدة، السعودية: مكتبة الإرشاد، د.س.ن)، ج9، ص182.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، ص159.

<sup>3</sup> - السرخسي، شمس الدين، المبسوط، 30 جزء، د.ط، (بيروت، لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، 1989)، ج26، ص86؛ عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي،

جزءان، ط1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1998)، ج2، ص255؛ البهوتي، منصور بن يوسف، الروض المربع شرح زاد المستقنع مع حاشية محمد بن صالح العثيمين، د.ط، (السعودية: مؤسسة الرسالة، د.س.ن)، ص646.

<sup>4</sup> - الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، 4 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، 1998)، ج4، ص16.

رابعاً: **طور البلوغ والرشد:** البلوغ مقدمة الرشد وأمانة عليه، وهو مناط التكليف بالأحكام الشرعية والدليل على أن الشخص ذكراً أو أنثى قد بلغ حداً يسمح له بالتصرف في نفسه وماله، لذلك يربط الفقهاء المعاصرون بين المرحلتين واعتبارهما طوراً واحداً، لأن الرشد كما سنراه لاحقاً يختبر عند البلوغ وقد يثبت فيكونان متعاصرين.<sup>1</sup>

ولكن بالرجوع إلى كتب الفقهاء المتقدمين، يتضح جلياً أنهم وإن كانوا يربطون بين البلوغ والرشد على النحو الموضح سابقاً إلا أنهم يفصلون بينهما من حيث الآثار، فالبلوغ وإن ترتب عليه التزام الشخص بالتكاليف الشرعية التزاماً تاماً فإن الولاية عليه لا تنتهي بشكل نهائي، حيث تنتهي فقط في شقها الأول وهو الولاية على النفس بما تتضمنه من حضانة وسلطة على تزويج القاصر، حتى أنه - كما سنراه لاحقاً - يملك خيار البلوغ في عقد الزواج الذي أبرمه عنه أبوه أو من له سلطة التزويج فيكون له نقضه، ويصح طلاقه وخلعه.

أما ما تعلق بالولاية على المال، فإن انتهاءها مرتبط بحصول الرشد مهما مر على البلوغ الجسمي للإنسان، مع تأكيد الفقهاء على وجوب حدوث البلوغ أولاً فمن لا يبلغ لا يسلم له المال، على خلاف بين الفقهاء في مفهوم الرشد الذي يسلم فيه المال إلى القاصر نراه لاحقاً.<sup>2</sup> وبهذا يتبين لنا أن البلوغ والرشد سببان لانتهاء النيابة الشرعية ولأجل ذلك سنكتفي هنا بما ذكرنا على أن نفصل في الأحكام المتعلقة بهما حين الحديث عن أسباب انتهاء النيابة الشرعية في آخر فصل من هذا البحث بعون الله.

وبهذا نكون قد أنهينا الكلام عن أحكام القاصر في الفقه الإسلامي، أين تم توضيح تطور أهلية القاصر عبر المراحل العمرية التي يمر بها منذ ولادته إلى أن يبلغ سن الرشد، وننتقل الآن إلى الفرع الثاني من هذا المطلب لنتطرق لأحكام القاصر في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، ص160؛ محمد الزحيلي؛ المرجع السابق، ص145.

<sup>2</sup> - فريد عبد العزيز الجندي، جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره، 3 أجزاء، ط2، (لبنان، بيروت: دار الكتب العلمية، 2005)، ج2، ص70.

## الفرع الثاني: أحكام القاصر في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

القاصر في القانون الجزائري هو الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد المحدد في القانون المدني<sup>1</sup>، ويمر منذ ولادته وإلى غاية تمتعه بالأهلية التامة لمباشرة حقوقه المدنية بمرحلتين، مرحلة فقد الأهلية (الصبي غير المميز) ومرحلة نقص الأهلية (الصبي المميز) ثم بلوغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية.

ورغم أن شخصية الإنسان حسب المادة 25 من القانون المدني الجزائري تبدأ منذ ولادته حياً إلا أن الفقرة 2 من ذات المادة أكدت على أن للجنين حقوقاً في حدود ما يسمح به القانون. وعليه نتناول فيما يلي الأحكام القانونية المتعلقة بالقاصر في القانون الجزائري انطلاقاً من مرحلة الحمل بالجنين وأهليته، ثم مرحلة الصبي غير المميز، ومن ثم مرحلة الصبي المميز ثم مرحلة الرشد، مع التطرق لموقف القوانين العربية محل المقارنة من كل مسألة.

**أولاً: مرحلة الحمل (الجنين):** نتناول من خلال هذا العنصر أمرين أولهما الطبيعة القانونية للجنين وثانيهما نرى الحقوق المقررة للجنين.

**1- الطبيعة القانونية للجنين والحقوق المقررة له:** نتناول فيما يلي الطبيعة القانونية للجنين وما أثبت له المشرع الجزائري من حقوق يمكن له اكتسابها.

**1-1- الطبيعة القانونية للجنين:** حسب نص الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون المدني الجزائري فإن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته، وجاء في الفقرة الثانية (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً). وبذلك أكد القانون الجزائري المركز القانوني الخاص للجنين.<sup>2</sup>

وهذه المادة إحدى المواد المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 حيث أعيدت صياغة الفقرة الثانية بعد أن كانت صياغتها القديمة كالآتي: (على أن الجنين

<sup>1</sup> - المادة 40 من الأمر 75-58 المؤرخ في 25/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، د.ط، (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002)، ص 216.

يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا). وهذه الفقرة فسرها رجال القانون وشراحه على أنها اعتراف من المشرع الجزائري للجنين بالشخصية القانونية، ولكنها شخصية قانونية احتمالية تصبح يقينية بواقعة ولادته حيا. والدليل الذي استند إليه هؤلاء كان عمومية النص بحيث منح المشرع الجنين الحقوق المدنية دون قيد أو تفرقة بين الحقوق التي لا تحتاج قبولا كالإرث والوصية أو تلك التي تحتاج قبولا، حيث أجاز المشرع الهبة للجنين بشرط أن يولد حيا بموجب المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>1</sup>

فشخصية الإنسان - حسب هذا الرأي - لا تبدأ منذ واقعة الولادة حسبما يفهم من نص الفقرة الأولى للمادة 25 وإنما منذ ثبوت الحمل، إلا أن هذه الشخصية القانونية لا تثبت إلا بعد واقعة الميلاد كما سبق ذكره. وقد أثنى هذا الرأي على المشرع الجزائري هذا التوجه كما عاب على بعض الشراح الآخرين قولهم أن المشرع الجزائري مثل المشرع المصري لم يقر الحقوق جميعا للجنين على اعتبار أن المشرع المصري لم ينص على صحة الهبة للجنين مثل المشرع الجزائري كما أكد انتقاده للمشرع المصري لذات السبب.<sup>2</sup>

ونقدم نموذجين لقضاء المجلس الأعلى سابقا والمحكمة العليا حاليا حول هذه المسألة:

- القرار رقم 35511 الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 10/10/1984: حيث نقض المجلس الأعلى آنذاك قرار مجلس قضاء الجلفة الذي أيد حكم الدرجة الأولى برفض طلب الطاعنة استحقاق ابنها للتعويض عن وفاة أبيه لأن الولد كان وقت وفاة الأب جنينا لا يتمتع بالحقوق التي تثبت للشخصية القانونية، ف جاء قرار المجلس الأعلى ليقر أن الجنين له أهلية الوجوب لاكتساب الحقوق التي تحدث وقائعها وهو حمل وتثبت له هذه الحقوق بولادته حيا، وما دام ابن الطاعنة كان وقت وفاة أبيه حملا وولد حيا فإنه يستحق تعويضا عن وفاة أبيه.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - أبو النجا إبراهيم، "وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، الجزائر: جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1987، العدد الرابع، ص 971.

<sup>2</sup> - نفسه، ص 965.

<sup>3</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1989، العدد الأول، ص 53، نقلا عن موسوعة الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، إشراف سايس جمال، 3 أجزاء، ط 1، (الجزائر: منشورات كليك، 2013)، ج 1، ص 288، رقم تصنيف القرار [146].

- القرار رقم 478174 المؤرخ في 15/04/2009 الصادر عن الغرفة المدنية والذي أقر مبدءا مفاده (يستحق التعويض الجنين المولود حيا بعد وفاة والده في حادث مرور)، حيث استند قضاة المحكمة العليا على نص المادة 25 مدني لنقض وإبطال قرار مجلس قضاء تلمسان بسبب الخطأ في تطبيق القانون، حيث أن قضاة المجلس ألغوا في قرارهم حكما ابتدائيا حكم للجنين بعد ولادته في حقه في التعويض بسبب الضرر اللاحق به لوفاته أبيه نتيجة حادث مرور، حيث استند قضاة المجلس إلى أن الجنين لم يكن موجودا وقت موت أبيه ليصيبه ضرر يعتد به، ولكن المحكمة العليا قالت في قرارها أن الجنين سيصيبه ضرر بعد ولادته حيا بسبب فقده المعيل وبالتالي فهو يستحق التعويض.<sup>1</sup>

وقبل التعديل وجد توجه يعارض هذا التوجه ويقول أنه لا يمكن الحديث عن شخصية قانونية للجنين لأن الشخصية القانونية لا توجد قبل واقعة الميلاد، والغرض من الفقرة 2 من المادة 25 ليس الاعتراف بشخصية قانونية للجنين وإنما إعطاؤه إمكانية اكتساب حقوق عندما يصبح شخصا قانونيا بعد ولادته حيا.<sup>2</sup>

وسنة 2005 قام المشرع الجزائري بتعديل المادة 25 من القانون المدني بموجب القانون 05-10 المذكور أعلاه، وقد قام المشرع بموجب هذا التعديل بإعادة صياغة الفقرة 2 من المادة 25 وجعلها على النحو التالي: (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا).

وبذلك يكون المشرع قد حسم الخلاف السابق وأقر بالطبيعة الاستثنائية للجنين ولكنه مع ذلك لم يعدل قانون الأسرة وبقي على توجهه بمنح الحمل الحق في الهبة الموهوبة له، وهو أمر ينسجم مع الفقرة 2 من المادة 25 من القانون المدني لأنها نصت على منح الجنين الحقوق المقررة له قانونا والهبة من الحقوق المقررة قانونا.

<sup>1</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2009، العدد الثاني، ص159.

<sup>2</sup> - فيلالي علي، "تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء وفاة والده طبقا للمادة 2-25 مدني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر: جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2001، العدد4، ص159.



أما في القوانين العربية محل المقارنة، فلا نجد في القانون المغربي نصا بخصوص الشخصية القانونية للجنين، سواء في قانون الالتزامات والعقود<sup>1</sup>، أو في مدونة الأسرة<sup>2</sup>، ووردت في الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود إحالة على مدونة الأسرة بخصوص أهلية الشخص، ولكن مع عدم وجود النص، تطبق الإحالة على مذهب الإمام مالك طبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة المغربية.<sup>3</sup>

ومع ذلك فقد ورد في مواضع أخرى من مدونة الأسرة ومدونة الحقوق العينية ما يثبت للحمل هذه الشخصية على ما سنتناوله في العنصر الموالي.

وبدوره فإن المشرع التونسي لم يورد نصا بخصوص الشخصية القانونية للجنين في مجلة الالتزامات والعقود<sup>4</sup>، ومجلة الأحوال الشخصية<sup>5</sup>، ولكنه ضمنهما حقوقا للجنين تؤكد اعترافه بشخصيته القانونية.

وخلافا للوضع المقرر في التشريعين المغربي والتونسي، فإن بقية التشريعات العربية محل المقارنة تضمنت مادة ضمن القانون المدني مطابقة أو تكاد مع المادة 25 من القانون المدني

---

<sup>1</sup> - قانون الالتزامات والعقود المغربي صدر بموجب ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913 وتم تعديله أكثر من مرة كان آخرها بموجب القانون 09.15 الصادر بموجب الظهير رقم 1.15.15 المؤرخ 29 ربيع الآخر الموافق 19 فبراير 2015 الجريدة الرسمية عدد 6344 بتاريخ 28 جمادى الأولى 1436 الموافق 19 مارس 2015.

<sup>2</sup> - القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة صدر بموجب الظهير رقم 1.04.22 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 الموافق 05 فبراير 2004، وعدل بالقانون رقم 08.09 الصادر بموجب الظهير رقم 1.10.103 المؤرخ في 13 شعبان 1431 الموافق 16 يوليو 2010، الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 الموافق 26 يوليو 2010، وقبل ذلك كان القانون ساري المفعول هو مدونة الأحوال الشخصية الصادرة سنة 1957 بموجب مجموعة من الظواهر التي أصدرت لتطبيقها حيث طبق كل كتاب من كتبها الست بموجب ظهير مستقل. (انظر المادة 397 من مدونة الأسرة المغربية الحالية)

<sup>3</sup> - نص المادة 400: (كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف).

<sup>4</sup> - مجلة الالتزامات والعقود التونسية صدرت أول مرة سنة 1906 وعدلت مرات عديدة، ولكن أهمها كان التعديل الأخير الذي أعيد بموجبه إصدارها في تنظيم جديدة بموجب القانون رقم 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005.

<sup>5</sup> - مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بموجب الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المنشور بالرائد التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956 وقد تم تعديلها أكثر من مرة سنوات 1958 و1964 و1981 و1992 و1993 و2006.

الجزائري والتي مفادها أن شخصية الإنسان تبدأ بولادته حيا وتنتهي بوفاته وأن الجنين يتمتع بالحقوق التي يقرها له القانون بشرط ولادته حيا.<sup>1</sup>

مع ملاحظة بخصوص المشرع الكويتي الذي كان أكثر دقة ووضوحا حين نص بأن الحمل المستكن أهل لثبوت الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول.<sup>2</sup>

**1-2- الحقوق المقررة للحمل في القانون الجزائري:** وتتمثل أهم هذه الحقوق في الحق في النسب والحق في الميراث والوصية والهبة والوقف.

**1-2-1- الحق في ثبوت النسب:** تناول المشرع الجزائري موضوع النسب في قانون الأسرة، وذلك في المواد من 40 إلى 46، حيث بين أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من نفس القانون والخاصة بالزواج الفاسد والباطل.<sup>3</sup>

وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، والقصد من ذلك هو إقرار القاعدة الشرعية (الولد للفراش) وتأكيد لزوم استخدام الطرق الشرعية في نفي النسب والمقصود بها اللعان.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - في القانون الموريتاني نجد المادة 12 من قانون الالتزامات والعقود(الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14/09/1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود الموريتاني)؛ وفي القانون الليبي نجد المادة 29 من القانون المدني الليبي والمادة الأولى من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم (القانون رقم 17 لسنة 1992) والتي كانت أكثر صراحة ووضوحا حين نصت على أن للحمل المستكن أهلية وجوب؛ وفي القانون الكويتي نجد المادة 9 من القانون المدني الكويتي (القانون رقم 67 لسنة 1980 المؤرخ في الأول من أكتوبر 1980 الموافق 22 ذو القعدة 1400 والصادر بجريدة الكويت اليوم بالعدد 1355 بتاريخ 5 يناير 1981 الموافق 29 صفر 1401 هـ وقد بدأ العمل به ابتداء من 25 فبراير سنة 1981 طبقا للمادة رقم 4 من مرسوم الإصدار)، وفي القانون الإماراتي نجد المادة 71 من قانون المعاملات المدنية الإتحادي (القانون الاتحادي رقم 5 صادر بتاريخ 15/12/1985 الموافق 3 ربيع الثاني 1406 هجرية، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل والمتمم)؛ وفي القانون البحريني نجد المادة 9 من القانون المدني البحريني (القانون رقم 19 لسنة 2001 المتضمن القانون المدني البحريني).

<sup>2</sup> - المادة 10 فقرة 1 من القانون المدني الكويتي.

<sup>3</sup> - المادة 40 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> - المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري

وبخصوص ثبوت النسب للحمل، فإن قانون الأسرة حدد أقل مدة الحمل وأكثرها، فجعل أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر، حيث ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.<sup>1</sup>

وحق الحمل في النسب لأبيه مكرس في جميع القوانين العربية محل المقارنة، فالمشرع المغربي نص عليه في المادة 154 من مدونة الأسرة وفق ذات الشروط الواردة في قانون الأسرة الجزائري مع اختلاف حول أقصى مدة الحمل.<sup>2</sup>

وأثبتته المشرع التونسي في المادة 71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>3</sup>، والمشرع الموريتاني في المواد 59-61 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.<sup>4</sup> والمشرع الليبي في المواد 53-54 من القانون المتعلق بالزواج والطلاق وآثارهما).<sup>5</sup> والمشرع الكويتي في المواد 169-170-171 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.<sup>6</sup>

وهو ما أقره المشرعان الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية<sup>7</sup>، والبحريني في قانون الأسرة.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> - المادتين 42 و 43 من قانون الأسرة الجزائري

<sup>2</sup> - تنص المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية: (يثبت نسب الولد بفراش الزوجية: 1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا، 2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق).

<sup>3</sup> - تنص المادة 71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: (إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج)، وجاء في الفقرة الأخيرة من المادة 35 من ذات المجلة: (... وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة)

<sup>4</sup> - القانون رقم 052-2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>5</sup> - قانون رقم (10) لسنة 1984 يتعلق بالزواج والطلاق وآثارهما.

<sup>6</sup> - القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية المؤرخ في 7 يوليو 1984 الموافق 8 شوال 1404 هـ المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية- الكويت اليوم- العدد 1750 بتاريخ 1984/7/23 الموافق 24 شوال 1404.

<sup>7</sup> - المواد 90-91 من القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 مؤرخ في 19/11/2005 الموافق 17 شوال 1426 هجرية، المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>8</sup> - المادتان 73 و 75 من القانون رقم 19 لسنة 2009 يتضمن قانون الأسرة البحريني، مؤرخ في 27/05/2009 الموافق 3 جمادى الثانية 1430 هجرية، ويتضمن هذا القانون أحكام الزواج والطلاق الخاصة بالطائفة السنية.

**1-2-2- الحق في الميراث:** نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المواد 134، 173 و174، حيث نص المشرع أن الحمل لا يرث إلا إذا ولد حيا، والمعتبر في ولادته حيا هو استهلاله صارخا أو ظهور علامة تدل على حياته، كأن يتحرك أو ينتفض أو يتنفس ولو بصعوبة.<sup>1</sup> وبخصوص تقسيم التركة فإنه يوقف للحمل من التركة الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها. فإن ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من قانون الأسرة والتي تحدد أدنى وأقصى مدة الحمل.<sup>2</sup>

والوضع لا يختلف في القوانين العربية محل المقارنة، فالمشرع المغربي نص عليها في المادتين 300 و301 من مدونة الأسرة، والمشرع التونسي في المواد (147-150) من مجلة الأحوال الشخصية، وتميز المشرع الموريتاني بنصه بعدم قسمة أي تركة يكون فيها حمل طبقا للمادة 306 فقرة 2 من مدونة الأحوال الشخصية خلافا لما أقرته بقية القوانين من قسمة التركة التي فيها حمل ما عدا حين يكون الحمل يحجب جميع الورثة، وفصل المشرع الكويتي في أحكام إرث الحمل في المواد 329-331 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والقانون الإماراتي في المادتين 354 و355 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

أما المشرع الليبي والمشرع البحريني فلم ينظما هذه المسألة فتطبق أحكام الشريعة الإسلامية وبالذات أحكام الفقه المالكي.

**1-2-3- الحق في الوصية له:** جاء في المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري أنه تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد الحمل توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس. وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد اتبع موقف الجمهور من الفقهاء بإمكانية الوصية للحمل. وهو ذاته موقف المشرع المغربي الذي لم يتطرق لمسألة مولد الحمل توأما

<sup>1</sup> - المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - المادة 173 والمادة 174 من قانون الأسرة الجزائري.

وأضاف أحكاماً أخرى لم يوردها المشرع الجزائري أهمها كيفية التصرف في منفعة الشيء الموصى به للحمل ريثما يولد لو توفي الموصي والحمل لم يولد بعد.<sup>1</sup> والمشرع التونسي في المادة 184 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على حق الحمل في ما يوصى له به.<sup>2</sup> والمشرع الموريتاني كذلك في المادة 207 من مدونة الأحوال الشخصية، وهو ما نص عليه المشرع الليبي في المادة 8 من قانون الوصية الليبي.<sup>3</sup> والمشرع الكويتي في المادتين 245 و246 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والذي تميز بنصه على أن غلة الموصى به توقف ونص على تفصيل في مسألة الوصية لحمل ولد توأمًا، والمشرع الإماراتي في المادتين 251 و252 من قانون الأحوال الشخصية والذي حدد الشخص الذي يقبل الوصية نيابة عن الحمل، وأخيراً فإن المشرع البحريني لم يتضمن نصاً بهذا الخصوص حيث تطبق بهذا الخصوص أحكام الفقه المالكي.

**1-2-4- الحق في ما يوهب له:** تبني المشرع الجزائري في قانون الأسرة قول المالكية الذين انفردوا بالقول بصحة الهبة للحمل، حيث نجد المادة 207 من قانون الأسرة تنص على أنه تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً. ويحوز الهبة بالنيابة عنه نائبه الشرعي.<sup>4</sup>

أما القوانين العربية محل المقارنة فقد كانت على موقفين،

- قوانين نصت على حق الحمل فيما يوهب له ( القانون الليبي في المادة 476 من القانون المدني الليبي، والقانون الكويتي في المادة 10 فقرة 2 من القانون المدني الكويتي مع تفصيل جيد للقانون الكويتي مقارنة بالليبي)،

- قوانين لم تتضمن أي حكم بهذا الخصوص وهي قوانين المغرب وتونس وموريتانيا والإمارات والبحرين، والتي تطبق بشأنها أحكام المذهب المالكي للإحالة الواردة عليه في

<sup>1</sup> - المواد 281، 306 و307 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - جاء في المادة 184 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: ( تصح الوصية للحمل بشرط أن يكون موجوداً في تاريخ الإيضاء وأن يوضع حياً في المدة المعينة بالفصل 35).

<sup>3</sup> - قانون رقم 7 لسنة 1423 هجرية المتضمن قانون الوصية الليبي.

<sup>4</sup> - المادة 210 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري

قوانينها، حتى القانون التونسي الذي لم يحل على المذهب المالكي ولكنه يطبق باعتباره مذهب أهل البلد والمصدر المادي لقواعد مجلة الأحوال الشخصية.

**1-2-5- الحق فيما يوقف له:** نظم المشرع الجزائري أحكام الوقف المرة الأولى سنة 1964 بموجب المرسوم 64-283 المؤرخ 10 جمادى الأولى 1384 الموافق 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، والذي لم يتضمن أي نص على الوقف على الحمل ولا حتى الشروط المطلوبة في الواقف والموقوف عليه<sup>1</sup>، وقد ألغي هذا المرسوم بعد إعادة تنظيم أحكام الوقف ضمن قانون الأسرة سنة 1984 في المواد(213-220)، حيث ورد في هذه المواد نص صريح بأنه تطبق أحكام الهبة فيما تعلق بالواهب والموهوب له فيما يتعلق بالواقف والموقوف له.<sup>2</sup>

وعليه المشرع الجزائري كان يجيز الوقف لصالح الجنين دون قيد سوى شرط ولادته حيا، حيث يتولى النائب الشرعي عن المولود تلقي نصيب الموقوف عليه من غلة الوقف.

وفي سنة 1991 نظم المشرع الجزائري أحكام الوقف بنص خاص (القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم)<sup>3</sup>، ملغيا بصفة ضمنية المواد المتعلقة بالوقف في قانون الأسرة، وفيما تعلق بجواز الوقف على الجنين في هذا القانون نميز بين مرحلتين:

- مرحلة ما بعد صدور القانون 91-10 وقبل تعديله سنة 2002 بالقانون 02-10: في هذه المرحلة كان المشرع من خلال قانون الأوقاف ينظم نوعين من الوقف، الوقف العام(الخيري) والوقف الخاص(الذري)، وهذا النوع الثاني من الوقف هو ما يكون على الأشخاص الطبيعيين، وبالرجوع إلى الشروط المتعلقة بالموقوف عليه نجد المادة 13 من

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 35 لسنة 1964.

<sup>2</sup> - المادة 215 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21 لسنة 1991، وقد عدل هذا القانون في مناسبتين، الأولى بموجب القانون 01-07 المؤرخ في 2001/05/22 ( الجريدة الرسمية رقم 29 لسنة 2001) والقانون 02-10 المؤرخ في 2002/12/14 (الجريدة الرسمية رقم 83 لسنة 2002).

القانون 91-10 تنص على أن الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنوياً. والشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله.

ومن خلال لفظ (يتوقف استحقاقه) يمكن أن نستنتج أن الوجود والقبول شرط للاستحقاق لا للإنشاء، فيمكن حين ينشأ الوقف أن يكون أحد الموقوف عليهم حملاً، على أن يحفظ له نصيبه من غلة الوقف حتى يولد حياً ويقبل وليه الوقف ويأخذ ما حجز من غلة الوقف أو يرفض، أو يولد الحمل ميتاً أو يجهض فتوزع الغلة الموقوفة على بقية المستحقين.

- **مرحلة ما بعد القانون 02-10:** بصدر القانون 02-10 ألغي التنظيم القانوني للوقف الخيري، وأصبحت المادة الأولى تنص على أن القانون 91-10 خاص بالأوقاف العامة، وأضيفت الفقرة 2 التي جاء فيها أنه يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.<sup>1</sup> فما هو المقصود بهذه العبارة؟ هل يرجع إلى القواعد الموجودة في قانون الأسرة على عموميتها في تنظيم الوقف الخاص؟ أم نطبق أحكام الشريعة الإسلامية التي ورد النص على الإحالة عليها في كلا القانونين قانون الأسرة وقانون الأوقاف؟ أيا يكن الجواب، فإنه يصب في خانة صحة الوقف على الحمل وهو الذي يهمننا في هذا المقام.

أما في القوانين العربية محل المقارنة، فنجد من القوانين من نصت على ذلك على غرار المشرع المغربي الذي نص في مدونة الأوقاف على جواز الوقف على من سيوجد<sup>2</sup>، والمشرع الموريتاني في المادة 817 من قانون الالتزامات والعقود والمشرع الكويتي من خلال قانون التسجيل العقاري.<sup>3</sup> أما المشرعون التونسي والليبي والإماراتي والبحريني فلم يوردوا نصاً بهذا الخصوص فيطبق بشأنه مذهب الإمام مالك على النحو سابق الذكر في مسألة الهبة.

<sup>1</sup> - المادة الأولى من القانون 91-10 المعدلة والمتممة بموجب القانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002 سالف الذكر.

<sup>2</sup> - المادة 13 من الظهير 1.09.236 المؤرخ في 8 ربيع الأول 1431 الموافق 23 فبراير 2010 المتعلق بمدونة الأوقاف.

<sup>3</sup> - قانون التسجيل العقاري الصادر بموجب المرسوم رقم 5 لسنة 1959 المؤرخ 23/04/1959 الموافق 16 شوال 1386 هجرية.

ثانيا: مرحلة الصبي غير المميز: بمجرد أن يولد الإنسان حيا، تثبت له الشخصية القانونية، وتصبح أهلية الوجوب لديه كاملة، فيستحق نصيبه من الإرث ويتملك كل ما يوهب له أو أوصي له به أو أوقف عليه وينسب لأبيه متى توافرت الشروط سالفة الذكر.

وهذه المرحلة في القانون الجزائري تمتد منذ الولادة حتى بلوغ الصبي سن الثالثة عشر، ويسمى الصبي خلال هذه المرحلة بغير المميز أي أنه فاقد لأهلية الأداء لانعدام التمييز. وورد النص على هذا الحكم بموجب الفقرة 2 المادة 42 من القانون المدني والتي جاء فيها فيما يخص الصبي غير المميز: (يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة).

وقبل تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 كان سن التمييز هو 16 سنة، وهو أمر كان محل انتقاد من شراح القانون المدني على اعتبار أن سن 16 سنة متأخر جدا مقارنة بالسن التي قررها الفقهاء المسلمون وكذلك القوانين المقارنة والطب أيضا، وفرضه التطور التكنولوجي المتسارع ولأجل ذلك كان الأمر محل مراجعة من قبل المشرع الجزائري سنة 2005.<sup>1</sup>

ونتناول فيما يلي حكم تصرفات القاصر في هذه المرحلة وكذا مسؤوليته المدنية والجزائية:

**1- تصرفات القاصر غير المميز:** وطبقا للمادة 42 من القانون المدني الجزائري، فإن القاصر في هذه المرحلة يعتبر فاقد أهلية الأداء ولا أثر لتصرفاته فتعتبر كلها تصرفات باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو كانت نافعة نفعا محضا، وهو ما نص عليه قانون الأسر الجزائري في المادة 82 منه حين نصت على أن كل من لم يبلغ سن التمييز طبقا للمادة 42 من القانون المدني فإن جميع تصرفاته تعد باطلة.<sup>2</sup>

أما القوانين العربية محل المقارنة، فالمشرع المغربي جعل سن التمييز 12 سنة، والمشرع التونسي جعلها 13 سنة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون: النظرية العامة للحق، ط2، (الجزائر: دون ناشر، 2009)، ص133.

<sup>2</sup> - بوضياف عمار، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط1، (الجزائر: دار جسر للنشر والتوزيع، 2010)، ص59.

<sup>3</sup> - المادة 214 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 5 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.



بينما اتفق المشرع في كل من ليبيا والكويت والإمارات والبحرين على سن السابعة كسن التمييز، بينما لم يحدد المشرع الموريتاني سنا معينة للتمييز.<sup>1</sup>

**2- المسؤولية المدنية للقاصر غير المميز:** نجد المواد 124 إلى 133 من القانون المدني تضمنت الأحكام المتعلقة بالمسؤولية عن العمل الشخصي، وطبقا للمادة 125 من القانون المدني الجزائري فإنه يشترط لقيام المسؤولية المدنية توفر التمييز لدى الشخص مرتكب الخطأ، حيث يعتبر الإدراك العنصر الثاني المشكل للخطأ التقصيري بعد عنصر التعدي، ويعتبر بذلك عدم التمييز أهم دفع للمسؤولية المدنية وأول أسباب نفي المسؤولية عن مرتكب الخطأ.<sup>2</sup>

وعليه فإن القاصر عديم التمييز لا يعتبر مسؤولا عن ما يقع منه من أفعال، وعلى الشخص الذي لحقه ضرر من القاصر أن يخاصم النائب الشرعي لإقامة مسؤوليته المدنية الأصلية كمتولي رقابة على القاصر، طبقا للمادة 134 فقرة 1 من القانون المدني. مع الإشارة إلى أن نص المادة 125 قبل تعديله سنة 2005 بموجب القانون 05-10 سالف الذكر كانت تتضمن نصا يجيز للقاضي في حالة ارتكاب عديم التمييز لفعل ضار وعدم وجود مسؤول عنه أن يقيم مسؤولية عديم التمييز في حدود يقدرها القاضي مع مراعاة مركز الخصوم.<sup>3</sup>

وفي هذه المسألة يخالف المشرع الجزائري الفقه الإسلامي الذي يقر بمسؤولية القاصر مهما كان سنه، قبل التمييز أو بعده، على أفعاله الضارة بالغير كما سبق وأن تم التطرق إليه، متفقا في ذلك مع المشرعين المغربي والتونسي والليبي<sup>4</sup>، ومخالفا لكل من المشرع الموريتاني

---

<sup>1</sup> - المادة 45 فقرة 2 من القانون المدني الليبي؛ المادة 86 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 86 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ المادة 72 من القانون المدني البحريني؛ ولا نص في القانون الموريتاني لذلك تطبق أحكام المشهور من مذهب الإمام مالك.

<sup>2</sup> - فيلالي علي، الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، ط2، (الجزائر، موفم للنشر، 2010)، ص 73.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، جزءان، ج2، الواقعة القانونية، (عين مليلة، الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011)، ص 42.

<sup>4</sup> - الفصل 96 من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الفصل 105 فقرة 1 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية؛ المادة 45 فقرة 2 من القانون المدني الليبي.

والكويتي والإمارتي والبحريني الذين نصوا في قوانينهم المدنية على مسؤولية الشخص عن أفعاله ولو كان غير مميز.<sup>1</sup>

**3- المسؤولية الجزائة للقاصر غير المميز:** القانون الجزائري إلى غاية سنة 2014 كان ينص على انعدام المسؤولية الجزائة لمن لم يبلغ سن 13 سنة حيث لا يخضع من هم دون هذا السن سوى لتدابير الحماية والتربية. أما بعد تعديل قانون العقوبات سنة 2014 أصبحت هذه السن 10 سنوات ولكن ليست سن انعدام المسؤولية بل هي السن التي قبلها لا تكون هناك أي متابعة جزائية مهما كان هدفها، وهو ما أكده قانون حماية الطفل سنة 2015.<sup>2</sup>

وهنا تمايزت مواقف القوانين العربية محل المقارنة بين من تبنت موقف المشرع الجزائري القديم باعتبار صغر السن مانعا من موانع المسؤولية ولكنه لا يحول دون المتابعة الجزائة ومن ثم عدم تسليط العقاب، وبين من تبنت الموقف الجديد للمشرع الجزائري بوضع سن لا تحرك قبلها الدعوى الجزائة ضد القاصر،

ف نجد ممن تبناوا الموقف القديم للمشرع الجزائري المشرع المغربي في قانون المسطرة الجنائية حين نص أن القاصر الذي لم يبلغ سن التمييز (12 سنة) يعتبر غير مسؤول جزائيا.<sup>3</sup> بينما رفع المشرع التونسي سن التمييز الجزائري إلى 13 سنة.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 116 من قانون الالتزام والعقود الموريتاني؛ المادة 227 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 303 من القانون المدني الإماراتي؛ المادة 159 من القانون المدني البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 49 من قانون العقوبات الجزائري، (الأمر 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المعدل والمتمم)، والتي عدلت بموجب القانون 14-01 المؤرخ في 04/02/2014 المتضمن تعديل قانون العقوبات؛ قانون حماية الطفل، هو القانون 15-12 المؤرخ في 15/07/2015 ينعلق بحماية الطفل، وقد نص في مادته رقم 56 الفقرة الأولى على أنه لا يكون محلا للمتابعة الجزائة الطفل الذي لم يكمل العشر (10) سنوات.

<sup>3</sup> - المادة 458 فقرة 2 من القانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية المعدل والمتمم، الصادر بموجب ظهير رقم 1.02.255 المؤرخ 25 رجب 1423 الموافق 03 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية رقم 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 الموافق 30 يناير 2003.

<sup>4</sup> - المادة 38 من المجلة الجزائة الصادرة بموجب الأمر المؤرخ في 09/07/1913 يتعلق بإصدار المجلة الجزائة (الرائد الرسمي 79 لسنة 1913)، المعدلة والمتممة بالقانون رقم 46 لسنة 2005 المؤرخ في 06/06/2005 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها (الرائد الرسمي عدد 48 لسنة 2005).

أما المشرع الليبي نص في المادة 80 من قانون العقوبات الليبي على أنه لا مسؤولية جزائية على من لم يبلغ سن الرابعة عشر، إلا أن للقاضي أن يخضعه للتدابير الوقائية الملائمة إذا كان القاصر قد بلغ سن السابعة، وكذلك المشرع البحريني في المادة 40 من قانون العقوبات البحريني الذي حدده المشرع البحريني بسن الخامسة عشر.

والتوجه الجديد للمشرع الجزائري تبناه المشرع الموريتاني حيث كان ينص في المادة 62 من القانون الجنائي أن لا متابعة قبل سن السادسة عشر وارتكاب الجاني للفعل وهو مميز لفعله.<sup>1</sup> وأكدته في قانون الحماية الجنائية للطفل، حيث جاء في المادة 2 من هذا القانون أن الطفل الذي لم يبلغ عمره سبع سنوات يتمتع بقريضة غير قابلة لإثبات العكس على عدم قدرته على خرق القوانين الجزائية.<sup>2</sup>

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الكويتي سواء في قانون الجزاء الكويتي أو قانون الأحداث الكويتي.<sup>3</sup> والمشرع الإماراتي في المادة 6 من القانون المتعلق بالأحداث الجانحين والمشردين.<sup>4</sup> وبذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اتخذ موقفا وسطا من التشريعات العربية المقارنة وإن كان خالف موقف الفقه الإسلامي من مسألة مسؤولية الصبي عن فعله الضار.

**ثالثا: مرحلة الصبي المميز:** يبتدئ التمييز في القانون الجزائري ببلوغ الشخص ثلاثة عشر (13) سنة من العمر، ورأينا أنه في القانون المغربي 12 سنة والتونسي 13 سنة وبقية القوانين العربية 7 سنوات، وتمتد هذه المرحلة إلى غاية بلوغ سن الرشد وخلالها يتمتع القاصر بأهلية أداء ناقصة، وفيما يلي نعرض الآثار المترتبة على التمييز فيما تعلق بتصرفات القاصر وأيضا فيما تعلق بمسؤولية المدنية والجزائية وذلك على النحو التالي:

---

<sup>1</sup> - الأمر القانوني رقم 162-83 بتاريخ 1983/07/09 المتضمن القانون الجنائي.

<sup>2</sup> - الأمر القانوني رقم 015/2005 مؤرخ في 2005/12/05 يتضمن الحماية الجنائية للطفل.

<sup>3</sup> - القانون رقم 16 لسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء الكويتي المعدل والمتمم، و القانون رقم 3 لسنة 1983 في شأن الأحداث الكويتي.

<sup>4</sup> - المادة 6 من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976 يتعلق بالأحداث الجانحين والمشردين.

1- فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يقوم بها الصبي المميز: يكتسب الصبي أهلية أداء ولكنها أهلية أداء ناقصة تخوله بموجب القانون القيام ببعض التصرفات دون البعض الآخر. فله إبرام التصرفات النافعة له نفعا محضا مطلقا فتكون صحيحة نافذة، أما التصرفات الضارة ضررا محضا فتكون باطلة بطلانا مطلقا أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة النفاذ على إجازة النائب الشرعي طبقا لقانون الأسرة.<sup>1</sup>

أما القانون المدني فلم يتبع هذا التقسيم وإنما أعطى لتصرفات القاصر ناقص الأهلية حكما واحدا هو القابلية للإبطال طبقا للمادة 101 منه، وهو ما يخالف قانون الأسرة وظل محل نقاش فقهي من قبل شراح القانون، وسيناقش هذا الأمر حين الحديث عن سلطة النائب الشرعي في مواجهة تصرفات المولى عليهم.

والتوانين العربية محل المقارنة اتفقت على التقسيم الثلاثي لتصرفات ناقص الأهلية واتفقت حول بطلان التصرفات الضارة ضررا محضا وصحة التصرفات النافعة نفعا محضا، إلا أنها اختلفت حول الوصف القانوني للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فالمشعر المغربي وقع في نفس ما وقع فيه المشعر الجزائري حين استخدم في مدونة الأسرة مصطلح التصرف الموقوف وفي مدونة العقود والالتزامات استخدم مصطلح عدم اللزوم مع اختلاف المعنيين.<sup>2</sup>

أما المشرعون التونسي والليبي والكويتي والبحريني فقد تبنا نظام القابلية للإبطال وإن كان القانون التونسي عبر عنها بعدم اللزوم.<sup>3</sup>

بينما اتبع المشرعان الموريتاني والإماراتي نظرية العقد الموقوف بالنسبة لتصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 83 من قانون الأسرة؛ بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية والفصلان 4 و 5 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

<sup>3</sup> - الفصلان 8 و 10 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية؛ المادة 7 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 87 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 74 من القانون المدني البحريني.

<sup>4</sup> - المادة 159 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 165 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 25 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني والمادة 168 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

## 2- المسؤولية المدنية والجزائية للصبي المميز: بلوغ الصبي سن التمييز المحددة بثلاثة

عشر سنة يصبح قابلاً للمساءلة من الناحيتين المدنية والجزائية على حد سواء.<sup>1</sup>

فبخصوص المسؤولية المدنية يصبح القاصر مسؤولاً مسؤولية مدنية كاملة على أفعاله الضارة، إلا أن المتضرر من فعل القاصر له طريقان للمطالبة بالتعويض، الأول أن يطلب إقامة المسؤولية المدنية للقاصر بحضور النائب الشرعي باعتباره ممثله القانوني، وهذه مسؤولية أصلية، والطريق الثاني أن يطلب إقامة مسؤولية النائب الشرعي باعتباره متولي الرقابة على القاصر وهذه مسؤولية احتياطية.<sup>2</sup>

أما بخصوص المسؤولية الجزائية فسبق القول أن سن بدء المسؤولية الجزائية صار عشر (10) سنوات، ومنذ هذه السن إلى غاية بلوغ الشخص سن الثالثة عشر لا تطبق عليه إلا تدابير الحماية أو التهذيب، وما بين سن الثالثة عشر و سن الرشد الجزائي المقدرة بثماني عشرة (18) سنة، فإن القاضي على الخيار بين إخضاع القاصر لتدابير الحماية والتربية أو إخضاعه لعقوبة مخففة على نحو ما حددته المادة 50 من قانون العقوبات، حسب خطورة الواقعة الإجرامية ووصفها القانوني.<sup>3</sup>

وبالنسبة للقوانين العربية محل المقارنة، فإنها أجمعت على اعتبار المميز مسؤولاً مسؤولية مدنية كاملة، فالقوانين التي نصت على مسؤولية الصبي غير المميز، فمن باب أولى اعتبار المميز مسؤولاً وهي قوانين موريتانيا والكويت والإمارات والبحرين، أما القوانين التي رأت أن الصبي غير المميز لا يسأل مدنياً فقد أقرت بمسؤوليته بمجرد التمييز ونقصد هنا قوانين المغرب وتونس وليبيا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المادة 125 من القانون المدني الجزائري والمادة 49 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> المادة 134 من القانون المدني الجزائري؛ فيلالي علي، المرجع السابق، ص122.

<sup>3</sup> إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي الإعدام أو السجن المؤبد يحكم عليه بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وإذا كانت العقوبة هي السجن أو الحبس المؤقت يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان سيحكم بها لو كان راشداً.

<sup>4</sup> جاء في الفصل 96 من قانون الالتزامات والعقود المغربي فقرة 2 منه: (وبالعكس من ذلك-أي عكس الفقرة الأولى- يسأل القاصر عن الضرر الحاصل بفعله إذا كان له من التمييز الدرجة اللازمة لتقدير نتائج أعماله).

جاء في مستهل الفصل 105 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: (لا ضمان على الصغير غير المميز....).

أما بالنسبة للمسؤولية الجزائية فقد أجمعت القوانين العربية محل المقارنة على مساءلة القاصر بعد تجاوزه السن الدنيا للمتابعة الجزائية المحددة حسب قانون كل دولة، حيث نصت على إمكانية تسليط عقوبة على أن تكون مخففة مع إعطاء الأولوية لاستبدال هذه العقوبة بتدابير الحماية والتربية وذلك إمعانا في حماية القاصر وتجنبيه مغبات المتابعة الجزائية.<sup>1</sup>

**3- إمكانية ترشيد القاصر لإدارة أمواله:** إذا بلغ القاصر سن التمييز جاز للقاضي أن يرخص له بإدارة أمواله جزئيا أو كليا، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.<sup>2</sup>

وجاء في المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن قاضي شؤون الأسرة يقوم بترشيد القاصر بأمر ولائي وفق الشروط المنصوص عليها قانونا، حيث يتقدم كل من له مصلحة في ترشيد الصبي المميز بطلب مدعم بالأدلة اللازمة لقاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا، والشخص صاحب المصلحة قد يكون أم الصبي المميز والولاية عند أبيه بعد طلاقهما، أو أحد أقارب الصبي، أو النيابة العامة.<sup>3</sup>

وخلافا لهذا نجد المشرع المغربي يميز بين سن التمييز (12 سنة) وسن الترشيد (16) سنة، وهو ذاته موقف القوانين التونسي والموريتاني والليبي الذين جعلوا سن الترشيد 15 سنة بدل سن التمييز، بينما جعلتها قوانين الكويت والإمارات والبحرين 18 سنة وهي سن بعيدة عن سن التمييز لديها.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - الفقرة 3 من المادة 458 من قانون المسطرة الجزائية المغربي؛ المادة 43 المجلة الجنائية التونسية؛ المواد 2 و4 من قانون الحنية الجنائية للطفل الموريتاني و61 من القانون الجنائي الموريتاني؛ المادة 53 من قانون العقوبات الليبي؛ المادة 5 وما يليها من قانون الأحداث الكويتي؛ المواد 7 إلى 10 من قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي؛ قانون رقم 17 لسنة 1976 بشأن الأحداث البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - سنقوقة سائح، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرح والتعليق عليه، وتطبيقه وما إليه، جزءان، د.ط، (عين مليلة، الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011)، ج1، ص 654.

<sup>4</sup> - المادة 218 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 158 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 169 وما يليها من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 6 وما يليها من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 88

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تبنى سن ترشيد بعيدة عن سن الرشد مخالفا القوانين العربية محل المقارنة التي فرقت بين سن التمييز و سن الترشيح التي يتم فيها تسليم مال القاصر كله وأو جزء منه إليه والإذن بالتصرف فيه وهو أمر كان يستحسن بالمشرع التفتن وله وتداركه لما فيه من خطورة على الذمة المالية للقاصر.

وعليه يُستحسن تعديل سن الترشيح وجعلها 16 سنة بدل سن الترشيح المنصوص عليها في المادة 84 من قانون الأسرة المحددة بسن 13 سنة حيث يصبح نص المادة كالآتي:

**المادة 84:** (للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن 16 سنة في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله..... الباقي دون تغيير).

رابعا: مرحلة الرشد: يقصد بالرشد في القانون الجزائري بلوغ الشخص 19 سنة متمتعا بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني والمادة 86 من قانون الأسرة، مع استثناء واحد يكمن في أن المادة 86 من قانون الأسرة لم تذكر مسألة التمتع بالقوى العقلية ولكن المادة 86 أحالت على المادة 40 من القانون المدني فحكمها بذلك نافذ.

ويظهر من هاتين المادتين أن المشرع بنى الرشد على مرتكز أساسي وهو بلوغ سن التاسعة عشر، ومن بلغ هذه السن فهو راشد كامل الأهلية لممارسة حقوقه المدنية. والظاهر من نص المادة 40 من القانون المدني أن المقصود بعبارة (تمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه) هو الإشارة إلى حالة يكون فيها الشخص قد بلغ سن الرشد وغير محجور عليه ولكنه يعتبر غير كامل الأهلية وذلك في حالة المصاب بأفة عقلية ظاهرة للعيان فيعتبر فاقدا للأهلية أو ناقص الأهلية بمجرد ذلك.

وعليه فإن الأصل في القانون الجزائري أن كل من بلغ سن التاسعة عشر سنة كامل الأهلية، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بصريح

---

وما يليها من القانون المدني الكويتي؛ المادة 160 وما يليها من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 166 وما يليها من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 39 وما يليها من قانون الولاية على المال البحريني.

المادة 78 من القانون المدني بقوله: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون).<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن القانون يعتبر الشخص راشدا بخصوص بعض الحقوق قبل سن الرشد المدني، دونما حاجة إلى حكم قضائي، ومن أهمها:

- **الحق في العمل:** حيث نص المشرع في المادة 15 من قانون العمل الجزائري بأن القاصر يكون أهلا لإبرام عقد العمل بمجرد بلوغه سن ستة عشر (16) سنة كاملة.<sup>2</sup>

- **الحق في الحصول على وظيفة عمومية:** حيث يعتبر الشخص أهلا للوظيفة العمومية ببلوغ سن ثمانية عشر (18) سنة.<sup>3</sup>

وبالنسبة للقوانين العربية محل المقارنة فقد اتفقت مع المشرع الجزائري على اتباع ضابط السن دليلا على الرشد بدل الاختبار، ولكنها لم تتفق على تحديد سن الرشد المدني، حيث نجد سن الرشد هو 18 سنة عند المشرعين المغربي والتونسي والليبي والموريتاني بينما جعلها المشرعين الكويتي والإماراتي والبحريني 21 سنة مع الإشارة إلى أن السن محددة في القانون الإماراتي بالسنة القمرية وليس الميلادية كبقية القوانين.<sup>4</sup>

وبهذا ينتهي المطلب الأول المخصص للقاصر، وننتقل إلى المطلب الثاني لنتطرق لأحكام المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية.

---

<sup>1</sup> - هذه المادة معدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 حيث كانت المادة 78 قبل التعديل تنص: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون).

<sup>2</sup> - القانون 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - المادة 78 من الأمر 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 جويلية سنة 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية التي جاء فيها: (تحدد السن الدنيا للالتحاق بوظيفة عمومية بثمانية عشر (18) سنة كاملة).

<sup>4</sup> - المادتين 209 و210 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 7 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية التونسيين، و سن الرشد المدني وحدت في كافة القوانين التونسية بالقانون رقم 39 لسنة 2010 المؤرخ في 26/07/2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني؛ المادة 15 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني؛ المادة 9 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 95 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 85 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادتين 171 و172 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 13 فقرة 1 من قانون الولاية على المال البحريني.



## المطلب الثاني

### المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية

يقصد بالمحجور عليهم في هذا المقام الأشخاص الذين أصابهم عارض من عوارض الأهلية فأعدمها أو أنقص منها، سواء بلغ سن الرشد وهو مصاب بها، أو أصبح راشدا ولحقته بعد ذلك. وتبعا للتقسيم الوارد في المطلب السابق نتناول في الفرع الأول أحكام المحجور عليهم في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني نتطرق لأحكام المحجور عليهم في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

#### الفرع الأول: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي

عوارض الأهلية مبحث من مباحث أصول الفقه حين التكلم عن المحكوم عليه (أو المكلف بالخطاب الشرعي)، ويقسم علماء الأصول عادة عوارض الأهلية إلى عوارض سماوية (باعتبار أن لا دخل لإرادة المكلف بها)، وتتمثل في الصغر والجنون والعتة والإغماء والمرض والرق والحيض والنفاس والموت. وإما مكتسبة (باعتبار أن للمكلف فيها إرادة سواء وقعت منه في حق نفسه أو على غيره) مثل الجهل والسكر والإكراه.<sup>1</sup>

والعوارض التي تعيننا في بحثنا هذا هي العوارض التي تؤدي إلى تعيين نائب شرعي عن المصاب بهذا العارض يتصرف عنه طيلة إصابته بهذا العارض، ووفق هذا المفهوم فإن عوارض الأهلية التي تعيننا هي الجنون والعتة والسفه والغفلة. أما بقية الأوصاف التي يذكرها الفقهاء عوارضا فهي تخرج عن إطار هذا البحث، وعليه فإن المحجور عليهم الذين سنتناولهم بالبحث هم المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة.

---

<sup>1</sup> - أحمد بن عبد الله الراجحي، عوارض الأهلية السماوية وأثرها في باب المعاملات، دراسة نظرية تطبيقية، رسالة ماجستير في أصول الفقه (مكة المكرمة، السعودية، جامعة أم القرى: كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- قسم أصول الفقه، العام الجامعي 2012/2013، ص26)؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص127؛ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص833.

**أولاً: المجنون:** المجنون هو الشخص المصاب بالجنون، وعليه نقوم بتعريف الجنون، ثم بيان أنواع الجنون، ثم أثر الجنون على الأهلية، ثم التكلم عن الحجر على المجنون.

**1- تعريف الجنون:** الجنون في اللغة الستر والإخفاء وكذا الخلل العقلي، وأصله جنٌّ يَجُنُّ جنًّا وجنونا، ويقال جنٌّ عليه بمعنى ستره بظلمته، ومنه جنٌّ فلان جنونا بمعنى زال عقله.<sup>1</sup> أما في الاصطلاح فقد جاء في تعريفات الجرجاني أن الجنون هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا.<sup>2</sup> وقيل الجنون اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبیحة المدركة للعواقب بأن لا تظهر آثارها وأن تتعطل أفعالها.<sup>3</sup>

وقد صاغ مصطفى السباعي تعريفاً آخر للجنون (الجنون هو اختلال العقل بحيث يخرج صاحبه عن النهج الطبيعي في الأعمال المعتادة).<sup>4</sup> وهذا التعريف الذي جاء به السباعي يشمل كما سيتضح فيما بعد كافة أنواع الجنون، ويشمل أيضاً مفهوم العته.

**2- أنواع الجنون:** قسم الفقهاء الجنون وفق معيارين، الأول هو استمرارية الجنون، فنجد الجنون المطبق وهو الذي لا يفيق المصاب به من الجنون، ونجد الجنون المتقطع أو غير المطبق وهو ما لا يبلغ بصاحبه الحد السابق، إنما يغلبه تارة ويفيق تارة أخرى. والمعيار الثاني لتقسيم الجنون هو وقت الإصابة به قبل الرشد أم بعده، فإذا كان الشخص مصاباً بالجنون قبل الرشد فهو جنون أصلي، أما إن بلغ راشداً عاقلاً ثم أصيب بالجنون سمي جنوناً طارئاً.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - مجمع اللغة العربية، المعجم الكبير، د.ط، 8 أجزاء، (القاهرة، مصر: منشورات مجمع اللغة العربية، د.س.ن، ج4، حرف الجيم، ص 603).

<sup>2</sup> - الجرجاني، محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي، د.ط، (القاهرة، مصر: دار الفضيلة للطباعة والنشر والتصدير، د.س.ن، ص71).

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج16، ص99.

<sup>4</sup> - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج2، ص11.

<sup>5</sup> - عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص 291؛ حسام سهيل عبد الرزاق النوري، أثر الجنون في التصرفات القولية والفعلية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، (نابلس، فلسطين: جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2013، ص 34).

وأَسباب الجنون على أنواعه ترجع إلى عدة أمور منها: نقصان في طبيعة العقل من أصل تكوينه يعود غالباً لفترة الحمل؛ أين يصاب الجنين بخلل ما يؤدي إلى ولادته مصاباً بالجنون، وقد يكون السبب بعد الولادة بسبب مرض يصيب الإنسان سواء كان مرضاً عضوياً أو نفسياً.<sup>1</sup>

**3- أثر الجنون على الأهلية:** لا خلاف بين الفقهاء في أن المجنون محجور عليه؛ لأن الجنون يزيل أهلية الأداء تماماً، ولكنه لا يؤثر على أهلية الوجوب. وكل ما وجب على المجنون من واجبات مالية يؤديها عنه وليه.<sup>2</sup>

ويُفرق الفقهاء في هذا الصدد بين التصرفات القولية (العقود بأنواعها) والتصرفات الفعلية كما نتطرق لمسألة وجوب الزكاة في مال المجنون.

**3-1- أثر الجنون على التصرفات القولية:** الجنون يسلب العقل والعقل مناط التمييز، ومنه فالمجنون غير مميز وتقع جميع تصرفاته باطلة ولا تنفعها إجازة النائب الشرعي، وهو محل اتفاق بين الفقهاء، فالمجنون في ذلك لدى الفقهاء مثله مثل الصبي غير المميز.<sup>3</sup>

هذا فيما تعلق بمن كان جنونه مطبقاً، أما من كان يفوق تارة ويجن تارة أخرى، فهو حين يفوق من جنونه يعتبر كامل الأهلية وتعتبر تصرفاته خلال فترة إفاقة صحیحة.<sup>4</sup>

**3-2- أثر الجنون على التصرفات الفعلية:** المجنون كالصبي عديم التمييز، ونميز هنا بين أثر الجنون على المسؤولية المدنية أو الضمان، والمسؤولية الجزائية.

بخصوص المسؤولية المدنية، يكون المجنون مسؤولاً في ماله عن ما يصيب الغير من ضرر نتيجة أفعاله؛ فالضمان من خطاب الوضع وليس من خطاب التكليف، لذلك لا يحتاج

---

<sup>1</sup> - أحمد بن عبد الله الراجحي، المرجع السابق، ص 61

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج 16، ص 101.

<sup>3</sup> - السرخسي، المبسوط، ج 24، ص 157؛ الحطاب الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، بتعليق محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي، 7 أجزاء، ط 1، (نواكشوط، موريتانيا: دار الرضوان للنشر، 2010)، ج 5، ص 434؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 2، ص 215؛ البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، 5 أجزاء، ط 1، (بيروت، لبنان: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1997)، ج 3، ص 145.

<sup>4</sup> - عبد الكريم زيدان، المفصل، ج 10، ص 293.

إلى عقل، وهو أمر مجمع عليه بين الفقهاء، أما المسؤولية الجنائية أو ما يسميه الفقهاء بجناية المجنون، فهي كجناية الصبي عديم التمييز لا تنفذ عليه العقوبة ولا يقتص منه ولا يحد، ولكن في حالة وجوب الدية نتيجة جنايته على النفس أو دونها فتقع على عاقلته، وهو ما أقرته المذاهب الأربعة؛ لأن جناية المجنون كالصبي حكمها حكم الخطأ وتحتملها العاقلة ولو عمدا؛ لأن كمال القصد لا يتحقق منهما ففني عنهما القصاص وصارت كشبه العمد.<sup>1</sup>

**3-3- الزكاة في مال المجنون:** قال الحنفية بأنه لا زكاة في مال المجنون حاله حال الصبي غير المميز؛ لأنه غير مخاطب بخطاب التكليف<sup>2</sup>، أما المالكية والشافعية والحنابلة فيقولون بوجوب الزكاة على المجنون واستدلوا في ذلك بنفس الأدلة التي ذكرناها في مسألة وجوب الزكاة في مال الصبي غير المميز.<sup>3</sup>

وسبب ربط المجنون بالصبي غير المميز في هذا أنهما يشتركان في علة انعدام التمييز.

**4- الحجر على المجنون:** المجنون محجور عليهم لحظ نفسه، والمسائل التي يتطرق لها الفقهاء في هذا العنصر هي متى يبدأ الحجر على المجنون وهل يحتاج إلى حكم القاضي في ذلك، ومتى ينتهي هذا الحجر هل بمجرد شفائه أم يحتاج إلى إثبات فك الحجر عنه بحكم قضائي؟ وفي هذه المسألة نجد الفقهاء على قولين،

**4-1- القول الأول: قول الجمهور:** وهم فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة؛ بالنسبة للمذهب الحنفي فلا يوجد نص واضح حول هذه المسألة في حدود ما تم الاطلاع عليه، لكن الظاهر

---

<sup>1</sup> - الجصاص، الرازي أبو بكر، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق سائر بكداش وآخرون، 8 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، والمدينة المنورة، السعودية: دار السراج، 2010)، ج5، ص341؛ محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج9، ص149؛ الغرياني الصادق، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 4 أجزاء، ط1 (بيروت، لبنان: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 2002)، ج3، ص654.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، ج2، ص121.

<sup>3</sup> - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، 4 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، 1998)، ج2، ص8؛ مصطفى الخن، مصطفى البغا وعلي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، 8 أجزاء، ط4، (دمشق، سوريا وبيروت، لبنان: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1992)، ج2، ص13؛ موفق الدين ابن قدامة، الكافي، 5 أجزاء، ط1، (الجزيرة- مصر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1997)، ج2، ص94.

من كلام فقهاء الأحناف أنهم يعتبرون المجنون محجورا عليه منذ بدو علامات الجنون عليه  
وفشوها وعلمها عند الناس، وهو ما وافقه عليهم الشافعية والحنابلة في كتبهم.<sup>1</sup>

وبخصوص فك الحجر عن المجنون نجد جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة  
يقولون بانفكاك الحجر عن المجنون لمجرد إفاقته من الجنون دونما حاجة لحكم القاضي سواء  
كان الجنون أصليا أم عرضيا، وهو ما نجده بألفاظ صريحة في كتب المذهبين الشافعي  
والحنبلي، أما الحنفية وإن لم يذكره صراحة فهو يفهم من كتاباتهم.<sup>2</sup>

**4-2- القول الثاني: قول المالكية:** فيما يخص مبتدأ الحجر فإن المالكية يميزون بين  
المجنون الأصلي الذي جن قبل رشده وكان له أب أو وصي، وبين الشخص الذي أصابه  
الجنون قبل رشده وليس له أب أو وصي، وبين من جنَّ بعد رشده؛ فمن جنَّ قبل رشده وله أب  
أو وصي لا يحتاج إلى حكم القاضي بل يحجر عليه أبوه أو وصيه منذ جنونه ويبقى تحت  
الولاية، أما الذي يجن وليس له أب أو وصي والذي جن بعد رشده؛ فلا يعتبر محجورا عليه إلا  
بحكم القاضي.<sup>3</sup>

وفيما تعلق بفك الحجر عن المجنون يفرق فقهاء المالكية كذلك بين من أصابه الجنون  
قبل البلوغ ومن أصابه بعد رشده؛ فأما الأول فلا يفك عنه الحجر إلا بحكم القاضي على  
اعتبار أنه لم يعرف منه رشده فلا يفك عنه الحجر قبل ذلك، وهو أمر يحتاج للتأكد وحكم  
القاضي به، أما من أصابه الجنون بعد الرشد فيفك عنه الحجر بمجرد إفاقته من الجنون دون  
حاجة إلى حكم قضائي؛ لأنه كان قبل ذلك رشيدا.<sup>4</sup>

**ثانيا: المعتوه:** المعتوه هو الشخص المصاب بالعتة، وسنتطرق لهذا العنصر بدءا بتعريف العتة  
والتفرقة بينه وبين الجنون، ثم نرى أثر العتة على الأهلية والحجر على المعتوه.

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص 292؛ الزيلعي، المرجع السابق، ج5، ص 191.

<sup>2</sup> - الخطيب الشربيني؛ المرجع السابق، ج2، ص 216؛ موفق الدين ابن قدامة، الكافي، ج3، ص 256؛ عبد الكريم زيدان،  
نفس المرجع، ج10، ص 292.

<sup>3</sup> - الغرياني الصادق، المرجع السابق، ج3، ص 653.

<sup>4</sup> - نفسه، ج3، ص 654.

1- تعريف العته وتمييزه عن الجنون: العته في اللغة مصدر عَتَى وَعْتَى عتاهة فهو معتوه، بمعنى نقص عقله من غير مس جنون<sup>1</sup>، واصطلاحاً عُرِّفَ العته بأنه (آفة ناشئة عن الذات توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط العقل فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه كلام المجانين)<sup>2</sup>. ويعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه (اختلال في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير). وهذا التعريف مأخوذ من كتب فقهاء الأحناف<sup>3</sup>.

ويميز الفقهاء العته عن الجنون في أن العته لا يفقد صاحبه العقل بالكلية فلا يضرب نفسه ولا يشتم، حيث ذهب ابن عابدين في حاشيته رد المحتار على الدر المختار إلى أن الحجر يكون بسبب الجنون القوي والضعيف، وأنه يقصد بالجنون القوي الجنون المتغلب المطبق وغير المطبق وأما الجنون الضعيف فهو العته، وقال بخصوص المعتوه (... وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون...)<sup>4</sup>.

وقد وصف المالكية العته بضعف العقل وميزوه عن المجنون؛ حيث جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير بشأن موانع الولاية في النكاح (...وصغر وعته ضعف عقل وأولى جنون...)<sup>5</sup>.

فالواضح من كلام الدسوقي أنه يفرق بين المعتوه والمجنون من حيث شدة ضعف العقل وغلبة الفساد عليه؛ فالمجنون أشد فقدا لعقله، مغلوب على أمره أكثر من المعتوه ولأجل ذلك

---

<sup>1</sup> - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 583.

<sup>2</sup> - محمد عميم الإحسان المجددي البركني، التعريفات الفقهية، ط1، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2008)، ص 143؛ الجرجاني، التعريفات، ص 123.

<sup>3</sup> - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط6، (السعودية: مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، د.س.ن)، ص 104.

<sup>4</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، 13 جزءاً، طبعة خاصة، (الرياض، السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 2003)، ج 9، ص 200.

<sup>5</sup> - الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير العلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، 5 أجزاء، د.ط، (بيروت، لبنان، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن)، ج 2، ص 230.

اعتبر نزع الولاية منه من باب أولى مقارنة مع المعتوه. وهو نفس ما نجده عند الشافعية والحنابلة حين حديثهم عن موانع الولاية في النكاح.<sup>1</sup>

**2- أثر العته على الأهلية:** من الفقهاء من يرى بأن العته والجنون جنس واحد وحكهما واحد، لذلك أعطوا المعتوه حكم المجنون، مع القول بإمكانية أن يوجد بعض التمييز مع العته. بينما يرى فقهاء آخرون بأن المعتوه كالصبي المميز في كافة أحواله، فهو ليس فاقدًا لأهلية الأداء، وإنما أصابه خلل في التفكير يحول دون إبرامه للعقود والتصرفات على الوجه الصحيح، واعتبار المعتوه كالصبي المميز يرتب نفس الآثار التي رأيناها حين الحديث عن أهلية الصبي المميز، فتكون تصرفاته النافعة له نفعًا محضًا صحيحة نافذة، وتكون تصرفاته الضارة ضررًا محضًا باطلة، في حين تكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر متوقفة على إجازة الولي أو الوصي أو المقدم حسب الأحوال. وإذا أصاب الغير بضرر في ماله أو نفسه ضمن. ويكون غير مؤاخذ بأفعاله الجنائية، وتضمن عاقلته، وتجب الزكاة في ماله على قول الجمهور إلا الحنفية.<sup>2</sup>

**3- الحجر على المعتوه:** العته في حاجة إلى حكم القاضي لإثباته؛ لأنه ليس كالمجنون في ظهور اضطرابه، لذلك كان في حاجة إلى تبين حاله والوقوف على حقيقة العته وإثباته، وهو ما يتولاه القاضي. وما ثبت بحكم القاضي لا ينفك إلا بحكم القاضي.<sup>3</sup>

**ثالثًا: السفية:** السفية هو الشخص المصاب بالسفه، ونبين الأحكام الفقهية المتعلقة بالسفيه بدءًا بتعريفه، ثم بيان خلاف العلماء حول أثر السفه على الأهلية، ثم نبين الحجر على السفية.

**1- تعريف السفه:** السفه لغة أصل لفعل سَفِهَ سَفَهَا وسفاها وسفاهاة بمعنى خف وطاش وجهل،<sup>4</sup> واصطلاحًا يعرف السفه بأنه (التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل

---

<sup>1</sup> - الشرييني الخطيب، **مغني المحتاج**، ج3، ص207؛ الحجاوي، **شرف الدين موسى بن أحمد، الإقناع لطالب الإنتفاع**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، 4 أجزاء، ط3، (السعودية، دار الملك بن عبد العزيز، 2002)، ج3، ص324.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، **المرجع السابق**، ج29، ص276؛ محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، د.ط ( القاهرة، مصر: دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، د.س.ن)، ص341؛ عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص104.

<sup>3</sup> - عبد الكريم زيدان، **المفصل**، ج10، ص295.

<sup>4</sup> - مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ص434.

مع قيام العقل<sup>1</sup>، وعرفه محمد أبو زهرة بأنه (الشخص الذي لا يحسن القيام على تدبير ماله فينفق في غير موضع الإنفاق).<sup>2</sup> ويختلف السفه عن الجنون والعتة في كونه -وفق ما أقره علماء الأصول- من عوارض الأهلية المكتسبة على اعتبار أن الشخص هو من يضع نفسه بتصرفاته ضمن دائرة السفه؛ فالعقل في السفه موجود وسليم ولا خلل فيه، ولكن الشخص يتصرف في أمواله تصرفات خلاف ما تقتضيه طبيعة التصرفات عادة.<sup>3</sup>

واختلفت المذاهب حول مفهوم السفه كآتي:

**1-1- المذهب الحنفي:** جاء في المبسوط للإمام السرخسي (السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع، وهو اتباع الهوى، وترك ما يدل عليه العقل والحجى، وأصل المسامحة في التصرفات والبر والإحسان مندوب إليه شرعا ولكن بطريق السفه والتبذير مذموم شرعا وعرفا...)<sup>4</sup>.

**1-2- المذهب المالكي:** جاء في نظم أسهل المسالك للشيخ محمد البشار (والسفه التبذير في الأموال = في لذة وشهوة وحلال...) فيحجر على كل من يبذر ماله بصرفه فوق احتياجاته عقلا وعرفا في المذات والشهوات حتى ولو كانت حلالا ما دام الإنفاق عليها فاحشا، ومن باب أولى يكون الحجر لو كان الإنفاق بالتبذير في المحرمات.<sup>5</sup>

**1-3- المذهب الشافعي:** يرى الشافعية في الأصح عندهم خلاف ما يراه الحنفية والمالكية، حيث إن السفه عندهم هو التبذير بتضييع المال وصرفه في المحرمات، أما صرفه في أوجه الخير كبناء المساجد والصدقات عامة فلا يعد سفها، فلا سرف في الخير.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص118.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، (القاهرة، مصر: دار الفكر العربي للطباعة والنشر، د.س.ن)، ص318.

<sup>3</sup> - أبو صالح نبيل كامل حسن، أهلية التكليف عند الأصوليين، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، (نابلس، فلسطين: جامعة النجاح المفتوحة، كلية الدراسات العليا، 2011، ص144).

<sup>4</sup> - السرخسي، المبسوط، ج24، ص157.

<sup>5</sup> - الجعلي، عثمان بن حسين بري المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك للشيخ محمد البشار، جزءان، ط1، (بيروت، لبنان، دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع، 1994)، ج2، ص411.

<sup>6</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج3، ص180.



**1-4- المذهب الحنبلي:** اتخذ الحنابلة توجهها وسطا بين المالكية والشافعية وذلك حين ميزوا بين الإسراف والتبذير، واعتبروا الإسراف صرف الشيء فيما ينبغي فوق ما ينبغي، أما التبذير فهو صرف الشيء فيما لا ينبغي، وأقروا الحجر في الثانية دون الأولى.<sup>1</sup>

وبذلك يتضح لنا أن المالكية وسعوا مع الأحناف من مفهوم السفه وتصورهم له، على خلاف الشافعية وبدرجة أقل الحنابلة، ولعل السبب راجع أساسا إلى أن الشافعية دون الجمهور يرون أن الرشد هو الصلاح في الدين والمال معا، لأجل ذلك لم يعتبروا الإسراف على فعل الخيرات تبذيرا وإتلافا يقتضي الحجر.

**2- أثر السفه على الأهلية:** عرفت هذه المسألة خلافا بين الفقهاء، وانقسموا فيها إلى رأيين:

**1-2- الرأي الراض للحجر على السفه:** وهو للإمام أبي حنيفة دون صاحبيه ووافقه زفر، حيث يريان عدم الحجر على السفه متى بلغ سن الخامسة والعشرين، ففي كتاب الأصل لمجد بن الحسن الشيباني (... وقال أبو حنيفة أيضا إذا بلغ الغلام خمسة وعشرين سنة فأكملها وهو فاسد لم يؤنس منه رشد دفع إليه ماله ولم يحبس عنه...)<sup>2</sup>. واستدل أبو حنيفة في قوله هذا بأدلة هي في حقيقتها رد على من قال بالحجر على السفه، حيث استدل من القرآن بقوله تعالى {...فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمَلِّ وَلِيَّهُ وَبِالْعَدْلِ...}<sup>3</sup>، حيث قال إن المقصود بالسفيه هو الصغير وليس الكبير، كما قال إن في الآية دليلا على صحة عقود السفه ومدايناته، إلا أنه لاختلاط الأمور عليه وعدم معرفته بأمر البيع والشراء وألفاظها، في حاجة إلى من يتكلم عنه وهو ما يظهر من نص الآية. وليس كما يقول الاتجاه المؤيد للحجر على السفه أنه دليل على وجوب التولية على السفه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص147.

<sup>2</sup> - محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، تحقيق محمد بونوكال، 13 جزء، ط1، (قطر: إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 2012)، ج8، ص467.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 282.

<sup>4</sup> - الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق القمحاوي، 5 أجزاء، د.ط، (بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1993)، ج2، ص213.

كما استدل أبو حنيفة بقوله تعالى بقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾<sup>1</sup> حيث قال أن المخاطب هم أصحاب المال وأن المقصود بالأموال في الآية ليس أموال السفهاء بل هي أموالنا، وأن في الآية خطابا لنا بعدم تمكين السفهاء من أموالنا.<sup>2</sup>

ومن السنة النبوية استدل أبو حنيفة بما رواه ابن ماجه في سننه أن رجلا كان في عقده ضعف، وكان يكثر من البيع فيغبن، فأتى أهله رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله، احجر عليه، فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع، فقال: يا رسول الله لا أصبر على البيع، فقال: إذا بايعت فقل: لا خلافة.<sup>3</sup> فلو كان الحجر على السفه جائزا لحجر رسول الله ﷺ على هذه الرجل.

كما قال أبو حنيفة إن الحجر على السفه يذهب آدميته وأن الرجل إذا بلغ الخامسة والعشرين من عمره احتمل أن يكون جدا، فكيف يحجر عليه؟<sup>4</sup>

**2-2- الرأي المؤيد للحجر على السفه: وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ومعهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية؛ ويرون السفه منقضا للأهلية وموجبا للحجر على المصاب به.<sup>5</sup>**

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 5.

<sup>2</sup> - محمود عبدو البزيعي، "الحجر على السفه وجدواه الاقتصادية"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، فلسطين، جامعة القدس المفتوحة، العدد 30، جوان 2013، المجلد 2، ص 197؛ الجصاص، المرجع السابق، ج 2، ص 214.

<sup>3</sup> - رواه ابن ماجه وصححه الألباني، انظر: ابن ماجه، سنن ابن ماجه، جزءان، د.ط، ( لبنان: دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن)، ج 2، ص 877، كتاب الأحكام باب الحجر على من يفسد ماله (الحديث رقم 2354)؛ الألباني محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، 3 أجزاء، ط 1، (الرياض، السعودية: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1997)، ج 2، ص 261، الحديث رقم 2383/1920.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 422.

<sup>5</sup> - لدى الحنفية بخصوص قول أبي يوسف ومحمد انظر: المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي شرح العلامة عبد الله اللكنوي، 8 أجزاء، ط 1، (كراتشي - باكستان: منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، 1417)، ج 6، ص 436؛ ولدى المالكية انظر: العبادي عبد الله، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4 أجزاء، ط 1، (القاهرة، مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط 1، 1995)، ج 4، ص 1922؛ وعند الشافعية انظر: البجيرمي سليمان بن محمد بن عمر، البجيرمي على الخطيب المسمى بتحفة الحبيب على شرح الخطيب، 5 أجزاء، ط 1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1996)، ج 3، ص 385؛ وفي فقه الحنابلة انظر: موفق ابن قدامة، المغني، ج 6، ص 896.

واستدل الجمهور على قولهم بالحجر على السفية بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع، وهي ذات الأدلة التي ذكرت في معرض حجج أبي حنيفة، إلا أنها من زاوية نظر أخرى كما يلي:

فمن القرآن الكريم استدل هذا الرأي بقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا الَّذِينَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴿٦﴾﴾<sup>1</sup>.

فقد شرط الله تعالى لدفع المال البلوغ وإيناس الرشد معاً، ومن كان مبذراً لماله لم يؤنس منه الرشد فلا يدفع له ماله، والأمر ذاته لمن بلغ رشيداً ثم عاوده السفه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾<sup>2</sup>.

ومن السنة النبوية الحديث الذي أوردناه سابقاً؛ حيث قال أنصار هذا الرأي بأن ما قضى به رسول الله ﷺ لذلك الرجل هو استثناء خاص به، وهو أمر مجمع عليه أصحاب السنن ممن رَووا الحديث.<sup>3</sup>

وبالنسبة للآثار عن الصحابة يستدل أصحاب هذا الرأي على ما جاء أن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه باع سبعة بثلاثين ألفاً، وفي رواية بست مئة ألف، فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فقال: لأتينا أمير المؤمنين عثمان وأسأله أن يحجر عليه، فذكر عبد الله بن جعفر للزبير بن العوام فقال: إني شريكك فيها، ثم بلغ عثمان ذلك فقال: كيف أحجر على رجل شريكه

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 6.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية 282؛ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، 8 أجزاء، ط1، (المملكة العربية السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، والقاهرة، مصر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، 2008)، ج3، ص39؛ الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج4، ص411؛ محمد عبد الله سليمان الأشقر، المرجع السابق، ج2، ص114.

<sup>3</sup> - انظر: رائد بن صبري بن أبي علفة، شروح سنن ابن ماجه، جزءان، ط1، (بيروت، لبنان: بيت الأفكار الدولية للطباعة والنشر والتوزيع، 2007)، ج1، ص905؛ المباركفوري، أبو العلا محمد بن عبد الرحمان، تحفة الأحوزي شرح جامع الترمذي تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة، جزءان، د.ط، (عمان، الأردن: بيت الأفكار الدولية للطباعة والنشر والتوزيع، د.س.ن)، ج1، ص1239.

الزبير؟ ويستتج من هذا الأثر أن الحجر على المبذرين ومن يغبنون كان معروفا عند الصحابة رضوان الله عليهم وامتتاع عثمان بن عفان رضي الله عنه عن الحجر على عبدالله بن جعفر هو شراكته للزبير بن العوام المعروف بالضبط في أمور التجارة ووجوه الربح والخسارة.<sup>1</sup>

ويتضح قوة قول الجمهور، فأدلتهم أقوى واعتراضاتهم على أدلة أبي حنيفة أصح وأسلم. والجمهور كذلك مجمعون أن السفية مؤاخذ في جنایاته ومطالب بزكاة ماله وضمان أفعاله. وإن اختلفوا حول التصرفات التي أبرمها قبل طرود السفه عليه كاختلافهم حول متى وكيف ومن يحجر على السفية.

**3- توقيت الحجر على السفية وحاجته لحكم القاضي:** اختلف الفقهاء القائلون بجواز الحجر على السفية، في مسألة توقيت الحجر عليه، وهل يلزم لذلك حكم القاضي، أم أن السفه موجب للحجر لوحده؟ وذلك على النحو الآتي:

**3-1- الحنفية (الصاحبان محمد وأبو يوسف):** اختلف الصاحبان حول هذه المسألة فقال أبو يوسف لا يحجر على السفية إلا بحكم الحاكم، وتصرفه قبل ذلك نافذ، أما محمد فيرى أن السفه موجب للحجر تلقائياً دون حاجة لحكم الحاكم، وتصرفاته غير نافذة منذ بدو السفه عليه.<sup>2</sup>

**3-2- المالكية:** للمالكية في المسألة قولان، سواء كان السفه مرتبطاً بالبلوغ أم طارئاً بعده، القول الأول للإمام مالك وهو أن الحجر على السفية يكون بحكم القاضي ويترتب على ذلك أن تصرفاته قبل ذلك محمولة على الصحة وبعد الحجر عليه لا تصح تصرفاته ولو رُشد إلا بفك القاضي للحجر. والقول الثاني لابن القاسم ويرى أن السفه موجب للحجر في ذاته فيقع الحجر دون حاجة لحكم القاضي، ويترتب على ذلك أن تصرفات السفية قبل الحجر محمولة على البطلان وإن رُشد صحت مباشرة دون حاجة لحكم القاضي، والقول المعتمد هو قول مالك. أي وجوب أن يحجر القاضي على السفية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - الديميري، المرجع السابق، ج4، ص411؛ ابن عابدين، رد المحتار، ج9، ص207، حاشية المحقق في ذات الصفحة.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج9، ص215؛ محمد بن الحسن الشيباني، المرجع السابق، ج8، ص481

<sup>3</sup> - عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب أهل المدينة، ج2، ص161؛ الخرشي، أبوعبد الله محمد، شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية علي العدوي، 5 أجزاء، ط1، (الجمالية، مصر: المطبعة الخيرية، 1307 هجرية)، ج4، ص217.

**3-3- الشافعية:** يفرق الشافعية بين من بلغ سفيها وبين من أصابه السفه بعد البلوغ رشيدا، فالأول محجور عليه دون حاجة لحكم من القاضي لأنه الحجر للصبا لم يرفع عنه أصلا، أما الثاني فقد بلغ رشيدا ويحتاج للحجر عليه إلى إثبات سفهه وهو ما يحتاج لاجتهاد القاضي.<sup>1</sup>

**3-4- الحنابلة:** المعتمد لدى الحنابلة أن الحجر للسفه لا بد فيه من حكم الحاكم (القاضي) لأنه أمر مختلف فيه وموضع اجتهاد، سواء كان أصليا مصاحبا للبلوغ أو طارئا بعد الرشد.<sup>2</sup>

ويظهر أن قول الإمام مالك والذي وافقه فيه أبو يوسف والحنابلة أحسن الأقوال، لأن التفرقة بين السفه المصاحب والطارئ ليس فيه جدوى، فكلاهما يحتاج للإثبات والاجتهاد وهي وظيفة القضاء، فلا يحجر ولا يفك إلا عن طريقه.

**رابعا: ذو الغفلة:** ونتناول أحكامه كما يلي:

**1- تعريف ذي الغفلة:** الغفلة في اللغة تعني غياب الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له والإنسان المغفل (اسم مفعول من التغفل) هو الشخص الذي لا فطنة له. **واصطلاحا:** يعرف ذو الغفلة بأنه من اختل ضبطه وحفظه ولا يهتدي للتصرفات الراجعة فيغبن في البيع لسلامة قلبه وعدم استعماله القوة المنبهة مع وجودها.<sup>3</sup>

وتشترك الغفلة مع السفه في وقوع تبديد للمال، ويختلفان في أن ذا الغفلة لا يقصد تبديد المال مثل السفه وإنما يخدع في المعاملات ويخسر فيها لفساد رأيه وضعف تدبيره.<sup>4</sup>

**2- أثر الغفلة على الأهلية:** للفقهاء في ذي الغفلة نفس الخلاف الورد سابقا حول السفه، حيث نجد جمهور الفقهاء يقول بالحجر على ذي الغفلة صونا لماله من الضياع لدخوله تحت ضابط الحجر وهو عدم المحافظة على المال. وهو ما نجده في كتب الحنفية عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن وفي كتب المالكية والشافعية، على أن الحنابلة لم نعثر في كتبهم على ما يشير

---

<sup>1</sup>- البجيرمي، المرجع السابق، ج3، ص385؛ الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، 20 جزءا، ط1، (جدة، المملكة العربية السعودية: دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2007)، ج6، ص439.

<sup>2</sup>- موفق الدين ابن قدامة، المغني، ج6، ص610.

<sup>3</sup>- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص657؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج31، ص260.

<sup>4</sup>- عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص313.

إلى ذي الغفلة، ولكن يحمل ذو الغفلة عندهم على السفية؛ فحكم الحجر عليه حكم الحجر على السفية. ومن قال بالحجر على ذي الغفلة من الفقهاء أقر له نفس حكم السفية من حيث أهلية التكليف والمسؤولية عن الجنايات التي يرتكبها وضمان ما يتلفه للآخرين.<sup>1</sup>

### 3- الحجر على ذي الغفلة: تنطبق على ذي الغفلة ذات الأحكام المتعلقة بالسفية.

وبهذا نكون قد تطرقنا للمحجور عليهم الذين حددناهم في بداية الفرع، حيث قمنا ببيان الأحكام المتعلقة بهم في الفقه الإسلامي، حيث اتضح لنا سلامة ما ذهب إليه المالكية فيما تعلق بأحكام الحجر على المجنون والمعته وأيضاً فيما خص الحجر على السفية، لا سيما مسألة وجوب الحجر بحكم القاضي ورفع بحكمه.

وننتقل فيما يلي إلى أحكام المحجور عليهم في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

### الفرع الثاني: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

من خلال هذا الفرع نقوم ببيان الأحكام المتعلقة بأصناف المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة وذلك بالتطرق أولاً لأسباب الحجر ثم إجراءاته وأخيراً آثاره على أهلية المحجور عليهم.

أولاً: أسباب الحجر: قسم المشرع الجزائري في القانون المدني عوارض الأهلية إلى قسمين، عوارض تعدم الأهلية وهي الجنون والعتة.<sup>2</sup> وعوارض تنقص الأهلية وهي السفه والغفلة.<sup>3</sup> أما في قانون الأسرة فلم يذكر الغفلة كسبب للحجر، إلا أن ذلك لا يحول دون الأخذ بها ما دام أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق على هذه المسائل. وعليه فإن المحجور عليهم هم

---

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج9، ص208 وحاشية المحقق في نفس الصفحة؛ الخطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص430؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج17، ص98؛ عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص314.

<sup>2</sup> المادة 42 من القانون المدني.

<sup>3</sup> المادة 43 من القانون المدني.

المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، ويضاف إليهم المحجور عليه حجرا قانونيا تنفيذا لعقوبة تكميلية طبقا لما ورد في المادة 9 من قانون العقوبات الجزائري.<sup>1</sup>

أما القوانين العربية محل المقارنة فمنها من حدد أصناف المحجور عليهم بطريقة واضحة مبينا من يعتبر ناقص الأهلية ومن يعتبر فاقد الأهلية، وبين من عرض المحجور عليهم بشكل غير منظم مع استخدام ألفاظ وعبارات غير واضحة.

فالمشرع المغربي سمى المجنون بفاقد العقل واعتبره فاقد الأهلية، بينما جعل المعتوه والسفيه ناقصي أهلية، ولم يذكر ذي الغفلة لا في مدونة الأسرة ولا في مدونة الالتزامات والعقود، كما نجد الحجر القانوني كعقوبة إضافية (تكميلية في الجزائر) في مواد الجنايات.<sup>2</sup>

أما المشرع التونسي فيقسم المحجور عليهم إلى فاقد أهلية وهو مختل الإدراك (المجنون) وناقصي أهلية وهما السفيه وضعيف العقل إضافة إلى المحكوم عليه بعقوبة ناجمة عن جناية تتجاوز في منطوقها 10 سنوات سجنا، والذي يحكم عليه بالحجر وجوبا طيلة مدة العقوبة.<sup>3</sup>

وفي القانون الموريتاني المحجور عليهم هم المجنون وناقص العقل والسفيه، إضافة إلى المحجور عليه قانونا بسبب الحكم عليه بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن طيلة مدة العقوبة.<sup>4</sup>

أما المشرع الليبي ومن خلال قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم صنف المحجور عليهم لفئتين، ناقصي الأهلية كالصبي المميز وهما السفيه وذو الغفلة، والفئة الثانية هي فئة فاقد الأهلية كالصبي عديم التمييز وهما المجنون والمعتوه.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - العقوبات التكميلية هي تلك العقوبات التي لا يحكم بها مستقلة عن العقوبات الأصلية فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة وهي إما إجبارية أو اختيارية. (مادة 4 من قانون العقوبات الجزائري) وقد كانت عقوبة الحجر القانوني عقوبة تبعية قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 الذي ألغى العقوبات التبعية وجعلها عقوبات تكميلية وجوبية إضافة إلى عقوبات تكميلية جوازية.

<sup>2</sup> - المادة 213 وما يليها من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 37 من القانون الجنائي المغربي.

<sup>3</sup> - الفصلان 5 و6 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية؛ الفصل 30 من المجلة الجنائية التونسية.

<sup>4</sup> - المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المواد 23، 24 و 25 من القانون الجنائي الموريتاني.

<sup>5</sup> - المادة الثانية من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ والمادة 10 من ذات القانون أكدت هذا التقسيم حينما بينت أن عوارض الأهلية هي الجنون والعتة والسفه والغفلة.

وهو ذاته موقف المشرعين الإماراتي والبحريني، إلا أن المشرع الإماراتي لم يذكر ذا الغفلة في قانون الأحوال الشخصية واكتفى بذكره في قانون المعاملات المدنية.<sup>1</sup>

ونجد المحكوم عليه بعقوبة الإعدام ( طيلة الفترة السابقة لتنفيذ الحكم) والسجن المؤبد والسجن المؤقت يحكم عليه بعقوبة تبعية بقوة القانون هي عقوبة سميت بفقدان الأهلية القانونية وفق القانون الليبي وسميت الحجر بالنسبة للمشرعين الإماراتي والبحريني.<sup>2</sup>

في حين حصر المشرع الكويتي فئة فاقد الأهلية في المجنون، أما ناقصو الأهلية فهم المعتوه والسفيه وذو الغفلة.<sup>3</sup> ولم ينص المشرع الكويتي على الحجر القانوني كعقوبة تكميلية. ومنه يظهر أن القانون الجزائري لم يبتعد عن ما سارت عليه بقية القوانين العربية محل المقارنة، وكان أقرب للمشرع الإماراتي، ولكن كان من الأفضل لو تطابق ما ورد في قانون الأسرة مع ما ورد في القانون المدني من حيث تقسيم المحجور عليهم لا سيما وأن قانون الأسرة محال عليه بخصوص هذه الأحكام وينبغي أن يكون أكثر دقة وتفصيلاً. وعليه يقترح تعديل المادة 81 من قانون الأسرة بإضافة ذي الغفلة ضمن أصناف المحجور عليهم حيث يصبح نصها كالآتي:

المادة 81: (كل من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه أو غفلة، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون).

وفيما يلي تفصيل في أسباب الحجر على النحو الآتي:

**1- الجنون والعته:** جمع المشرع الجزائري بينهما في المادة 42 من القانون المدني، حيث اعتبرهما سببين لفقد أهلية الأداء، ولم يأخذ بموقف الفقه الإسلامي بالترقية بينهما. موافقاً في ذلك قوانين ليبيا والإمارات والبحرين، ومخالفاً قوانين المغرب وتونس وموريتانيا والكويت.

---

<sup>1</sup> المواد 160، 161 و162 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والمادة 87 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ المادة 77 من القانون المدني البحرين.

<sup>2</sup> المادة 37 من قانون العقوبات الليبي؛ المادتان 74 و76 من قانون العقوبات الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة؛ المادة 58 فقرة 1 والمادة 59 فقرة 2 من قانون العقوبات البحرين.

<sup>3</sup> المادة 98 وما يليها من القانون المدني الكويتي.



وإضافة إلى ذلك لم يعرف المشرع الجزائري الجنون أو العته، ولم يميز بين الجنون الدائم والجنون المنتقطع والعته المعدم للأهلية والعته المنقوص للأهلية، وهو ما استحسنته شرح القانون لأن التفرقة بين العته والجنون دقيقة جدا، خصوصا أن العته نوع من الجنون إلا أنه هادئ.<sup>1</sup> بينما نجد بعض القوانين العربية محل المقارنة قد قامت بتعريف المجنون أو المعتوه، فالمشرع المغربي لم يعرف المجنون ويفرق بينه وبين فاقد العقل تارة، ثم يجمع بينهما في معنى واحد تارة أخرى، بينما قام بتعريف المعتوه بأنه: (الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته)<sup>2</sup>، ونجد المشرع المغربي قد اعتبر المعتوه ناقص أهلية وحسم بذلك الخلاف حول هذه النقطة، مثلما حسمه المشرع الجزائري حين اعتبر المعتوه فاقدا للأهلية. بينما المشرع التونسي عرف المجنون بأنه (الشخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها)، بينما عبر عن المعتوه بلفظ ضعيف العقل وهو: (الشخص غير كامل الوعي سيء التدبير الذي لا يهتدي لتصرفات الرائجة ويغبن في المبايعات).<sup>3</sup> وهو تعريف غير دقيق، لأنه ينطبق على ذي الغفلة أكثر من المعتوه. وهي تقريبا نفس التعريفات التي تبناها المشرع الموريتاني، حيث عرف المجنون بأنه الشخص الذي فقد عقله سواء كان هذا الفقد مستمرا أو منقطعا تعتريه فترات يرجع إليه عقله فيها، وعبر عن المعتوه بلفظ ناقص العقل، وهو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات السليمة ويغبن في المبايعات.<sup>4</sup>

**2- السفه والغفلة:** نص المشرع الجزائري على السفه والغفلة كعارضين منقسين للأهلية في القانون المدني في المادة 43 منه، أما في قانون الأسرة فلم يذكر المشرع الجزائري في المادة 101 الغفلة كسبب للحجر، كما أنه أخلط بين المجنون والمعتوه والسفيه حين اعتبرهم على

---

<sup>1</sup> - جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، ط1، (الجزائر: دار هومة للنشر والنشر والتوزيع، 2011)، ص530.

<sup>2</sup> - المادة 216 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - الفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

<sup>4</sup> - المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية الموريتانية.

صعيد واحد من حيث حكم التصرف بعد الحجر في المادة 85. وعليه يظهر التعارض واضحا بين المادة 43 من القانون المدني والمادة 85 من قانون الأسرة حول أثر الحجر على تصرفات السفهيه وأثرها القانوني.

ومهما يكن من أمر المشرع الجزائري، فإنه باختياره الحجر على السفهيه وذي الغفلة يكون قد اختار مذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) من حيث وجوب الحجر على السفهيه وذي الغفلة. واعتبارهما شيئا واحدا.

هذا ولم يقم المشرع الجزائري بتعريف السفهيه وذي الغفلة، وحسنا ما فعل.

أما القوانين العربية محل المقارنة فإن بعضها قامت بتعريف السفهيه وذي الغفلة، حيث نجد المشرع المغربي يعرف السفهيه: (الشخص المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يعده العقلاء عبثا بشكل يضر به وبأسرته)<sup>1</sup>. وهو بذلك تبنى بشكل واضح قول المالكية حول السفهيه. وهو نفسه موقف المشرع التونسي حين عرف السفهيه بأنه (الشخص الذي الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف)<sup>2</sup>. وهو تعريف مالكي بامتياز على نحو ما سبق تناوله، ومثله في ذلك المشرع الموريتاني بأن السفهيه هو: (من يبذر ماله بصرفه في ما لا نفع فيه ويعتبره الراشدون عبثا)<sup>3</sup>.

ونلاحظ أن المشرعين المغربي والموريتاني وضعوا ضابطين للتبذير حتى يعتبر سفها: أن يكون الإنفاق فيما لا نفع فيه، وأن يعتبره الراشدون عبثا.

بينما اختصر المشرعان الليبي والإماراتي تعريف السفهيه في أنه: (مبذر ماله فيما لا فائدة فيه)<sup>4</sup>، بينما تجنب المشرعان الكويتي والبحريني تعريف السفهيه وذي الغفلة.

ولتقادي الخلط الذي وقع فيه القانون الجزائري مقارنة مع القوانين العربية محل المقارنة، ينبغي تعديل المادة 101 من قانون الأسرة لإضافة ذي الغفلة لقائمة المحجور عليهم حيث

<sup>1</sup> - المادة 215 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - الفصل 164 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

<sup>3</sup> - الفقرة 3 من المادة 172 من قانون الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - المادة 10 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 174 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

يصبح نص المادة كالاتي: ( من بلغ سن الرشد وهو مصاب بجنون أو عته أو سفه أو غفلة، أو أصيب بإحدى هذه العوارض بعد رشده يحجر عليه).

**3- المحكوم عليه بعقوبة تكميلة بالحجر القانوني:** الحجر القانوني كعقوبة تكميلية في القانون الجزائري يكون وجوبيا حين الحكم بعقوبة جنائية، واختياريا حيث تكون العقوبة جنحية. ونص قانون العقوبات على تطبيق إجراءات الحجر القضائي فيما تعلق بالحجر القانوني.<sup>1</sup>

وباستثناء المشرع الكويتي فإن بقية القوانين العربية محل المقارنة نصت على الحجر القانوني كعقوبة إضافية ولكن خلافا للقانون الجزائري الذي اكتفى بالإحالة على قواعد الحجر القضائي الواردة في قانون الأسرة فيما تعلق بآثار النطق بعقوبة الحجر القانوني، فإن القوانين العربية محل المقارنة باستثناء - القانون البحريني - ذكرت في قوانين عقوباتها إجراءات تعيين مقدم على المحكوم عليه بعقوبة الحجر القانوني وكيفية إدارة أمواله والرقابة على المقدم، وكيف يتسلم المحكوم عليه أمواله بعد انقضاء العقوبة وكيف يحاسب المقدم.<sup>2</sup>

مع ملاحظة أن القوانين العربية محل المقارنة حين تبنت نظام الحجر القانوني أكدت على طبيعته الاستثنائية وأنه منع مؤقت من التصرف لا يرقى لمرتبة الحجر القضائي.

**ثانيا: إجراءات الحجر (دعوى الحجر):** الحجر في القانون الجزائري على المصابين بعوارض من عوارض الأهلية هو حجر قضائي، حيث لا يعتبر الشخص محجورا عليه إلا بعد صدور حكم الحجر واعتباره نهائيا. كما لا يزول الحجر إلا بحكم أيضا. ولا فرق في ذلك بين من أصيب بالعوارض قبل سن الرشد واستمر معه، أو من بلغ رشيدا وأصابه بعد ذلك.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 9 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> - المادتان 38 و39 من القانون الجنائي المغربي؛ الفصل 30 من المجلة الجنائية التونسية؛ المواد 23، 24 و 25 من القانون الجنائي الموريتاني؛ المادة 37 من قانون العقوبات الليبي؛ المادتين 74 و76 من قانون العقوبات الإتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة؛ المادتين 58 و58 من قانون العقوبات البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 101 والمادة 103 من قانون الأسرة.

وهو ما اتفقت عليه كل القوانين العربية محل المقارنة ما عدا المشرع الكويتي الذي خالف وقال أن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما دونما حاجة لحكم قضائي.<sup>1</sup>

ومنه فالمشرع الجزائري اختار فيما يخص الحجر على المجنون (ومثله المعتوه) قول المالكية في وجوب الحجر من قبل القاضي، ولكن المشرع الجزائري عمم الأمر على من بلغ مصابا بالجنون وهو عند المالكية محجور عليه من قبل وليه دون حاجة إلى حكم القاضي.

أما السفية ومثله ذو الغفلة فقد اتبع المشرع الجزائري قول الإمام مالك، ومن وافقه من الحنابلة والشافعية وأبي يوسف من الحنفية. حين استوجب حكم القاضي في الحجر وفكه.

وفيما نفضل في دعوى الحجر بدءاً بأطراف الدعوى ثم الفصل فيها:

**1- أطراف دعوى الحجر:** في هذه الدعوى، نجد المدعي من حيث الأصل هو النائب الشرعي إذا بلغ الشخص سن الرشد مصابا بجنون أو عته أو سفه أو غفلة، سواء كان هذا النائب الشرعي أباً أو أمّاً أو وصياً أم مقدماً كما سنرى لاحقاً، يقوم وفق أحكام قانون الأسرة برفع دعوى يطلب فيها الحجر على الشخص الذي تحت ولايته والحكم باستمرار نيابته الشرعية عنه. أما إذا أصيب الشخص بعارض من هذه العوارض بعد بلوغه سن الرشد عاقلاً، فإن رفع الدعوى يكون من كل ذي مصلحة وبالأخص من كانت له النيابة الشرعية قبل سن الرشد. وهو ما يفهم من نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالحجر.<sup>2</sup>

وإضافة إلى هؤلاء أعطى القانون للنياحة العامة باعتبارها ممثلة المجتمع والساخرة على حفظ حقوق القصر وغيرهم من فاقد الأهلية وناقصيها، وكونها طرفاً في الدعاوى الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة منذ 2005، أعطاهما الحق في رفع دعوى الحجر، إن رأيت مقتضى لذلك.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 220 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصول 161، 164، 167 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 174 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادتين 12 و13 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 85 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 177 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 77 من القانون المدني البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 102 من قانون الأسرة.

<sup>3</sup> - المادة 3 مكرر و المادة 102 من قانون الأسرة.

وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية وضح المشرع إجراءات الحجر على فاقدى وناقصي الأهلية تحت مسمى حماية البالغين ناقصي الأهلية، وهي ترجمة خاطئة للمصطلح الفرنسي (incapable) الذي يعني عديم أو فاقد الأهلية.<sup>1</sup>

ورغم الفرق بين عديم الأهلية وناقص الأهلية، فإنه يُردُّ على هذا الاستشكال بأن مصطلح ناقص الأهلية يشمل في معناه عديم أو فاقد الأهلية.

هذا ويتم رفع دعوى الحجر وفق إجراءات رفع الدعوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 13 وما يليها، دون إغفال قواعد الاختصاص الإقليمي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المادة 426 منه، حيث يؤول الاختصاص الإقليمي إلى مكان ممارسة الولاية.

وهذه الدعوى يحدد فيها موعد الجلسة مباشرة وتبلغ النيابة وفق الإجراءات المعروفة، ولكنها لا تبلغ إلى الشخص الذي يطلب الحجر عليه، وإنما تعين المحكمة محاميا عن الشخص المطلوب المحجور عليه احتراماً لحقوق الدفاع.

ويستحسن في هذا المقام تعديل المادتين 103 و 104 من قانون الأسرة لجعلهما أكثر وضوحاً

وانسجاماً مع ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتصبح على النحو التالي:

المادة 103: (يتم الحجر بموجب حكم قضائي ويرفع بنفس الطريقة، ويستعين القاضي بأهل الخبرة لإثبات وجود أو زوال أسباب الحجر.

على القاضي أن يمكن الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن نفسه ويعين له محامياً، وله أن يستمع إليه إذا كان ذلك ممكناً.

إذا حكم القاضي بالحجر، فإنه يعين في ذات الحكم مقداً على المحجور عليه، ما لم يكن للمحجور عليه أب أو أم، حيث يحكم القاضي بعودة الولاية إليه ولو لم يكن هو طالب الحجر).

---

<sup>1</sup> - المادة 481 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المادة 104: (يُقدّم طلب الحجر من الأب أو الأم أو أحد الأقارب أو النيابة العامة وكل ذي مصلحة، ويُقدّم طلب رفع الحجر من المحجور عليه أو النيابة العامة أو النائب الشرعي وكل ذي مصلحة في رفع الحجر).

يتبع في إجراءات الدعوى ما هو وارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

أما القوانين العربية محل المقارنة، نجد القانون المغربي يُقدّم طلب الحجر من كل ذي مصلحة أو من النيابة العامة، ونفس الأمر للمشرع الليبي حيث ترفع دعوى الحجر من أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ولنفس هؤلاء إقامة دعوى رفع الحجر وإضافة لهم للمحجور عليه أن يقيم بنفسه هذه الدعوى.<sup>1</sup>

أما المشرع التونسي فلم يوضح أية أحكام، ولم يبين ممن ترفع الدعوى القضائية، ولذلك تطبق القواعد العامة في الدعوى القضائية، وترفع كل من كل ذي مصلحة لا سيما الأب أو الوصي وكذا النيابة العامة، وهو نفسه حال المشرع الموريتاني.<sup>2</sup>

وفي القانون الكويتي يؤول الاختصاص القضائي في هذه الدعاوى للمحكمة الكلية طبقاً للمادة 34 من قانون المرافعات المدنية والتجارية لتفصل فيها بحكم ابتدائي قابل للاستئناف.<sup>3</sup> وفي القانون الإماراتي ترفع دعوى الحجر أمام المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن الشخص المطلوب الحجر عليه.<sup>4</sup> وتطبق في هذا المجال القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.

---

<sup>1</sup> - المادة 222 من مدونة الأسرة المغربية، هذا وقد كانت دعوى الحجر منظمة في قانون المسطر المدنية المغربي ثم أُلغيت بعد وضع مدونة الأسرة المغربية سنة 2003؛ المادتين 12 و13 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>2</sup> - الفصل 68 وما يليه من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية، القانون 130 لسنة 1959 مؤرخ في 2 ربيع الثاني 1379 الموافق 5 أكتوبر 1959 المعدل والمتمم؛ الكتاب الثاني من القانون رقم 99-035 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية الموريتاني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - القانون رقم 38 لسنة 1980 المتعلق بالمرافعات المدنية والتجارية المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - المادة 9 فقرة 4-ب، من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

أما المشرع البحريني وطبقا للمادة 77 من القانون المدني فالحكم بالحجر من اختصاص المحاكم الشرعية، والتي نظم اختصاصاتها بموجب القانون 26 لسنة 1986 المتعلق بالإجراءات أمام المحاكم الشرعية، والنظر في دعاوى الحجر يؤول للمحاكم الكبرى الشرعية. وقد تضمن قانون الولاية على المال البحريني، نصوصا تلزم أقارب الشخص والمحيطين به وكذا المؤسسات الإدارية والقضائية والاستشفائية التبليغ عن حالات فقدان الأهلية ونقصها التي تصل إلى علمها إلى مجلس إدارة أموال القاصرين حتى يتخذ مجلس الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم الإجراءات اللازمة.<sup>1</sup>

**2- النظر في الدعوى والفصل فيها:** بعد رفع الدعوى وتعيين المحكمة للمحامي الذي يتولى الدفاع عن الشخص المطلوب الحجر عليه، ينظر القاضي في القضية من الناحيتين الشكلية ثم الموضوعية، فيتأكد من الصفة والمصلحة في رافع الدعوى، وتوافر الصفة المدعى عليه. ومن ثم ينظر في موضوع الدعوى وهو الحجر على المدعى عليه، حيث يجب على القاضي أن ينظر في مدى توافر أسباب الحجر المذكورة في العريضة، حيث عادة ما يطلب المدعى في الطلب الأصلي الحجر على المدعى عليه وتعيينه مقدما عليه في شؤونه الشخصية والمالية، واحتياطيا تعيين خبير قضائي لتحديد مدى صحة إصابة المدعى عليه بما يبرر الحجر.

والقاضي ملزم طبقا لقانون الأسرة الجزائري بتمكين الشخص المطلوب الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه وتعيين مساعد له يتمثل عادة في محام في إطار المساعدة القضائية.<sup>2</sup> ووفق قانون الأسرة أيضا فإن للقاضي أن يعين خبيرا طبيا يتأكد من وجود أسباب الحجر، وعدم الإلزامية يعني أن القاضي يمكنه أن يحكم بالحجر مباشرة دون اللجوء إلى الخبرة.<sup>3</sup> وفي حالة إصدار حكم قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير، يقوم المدعي باستصدار الحكم ويسعى لتنفيذ الخبرة، وبعد أن يودع الخبير تقرير الخبرة بأمانة ضبط القسم المختص،

<sup>1</sup> - المادة 59 وما يليها من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 105 من قانون الأسرة.

<sup>3</sup> - المادة 103 من قانون الأسرة والمادة 486 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يطلع عليها المدعي، فإن وافقت طلبه أعاد السير في الخصومة بموجب عريضة ترجيع أمام نفس القسم يطلب فيها إفراغ الحكم الصادر قبل الفصل بالموضوع بتعيين خبير والمصادقة على الخبرة المقدمة والحكم بالحجر على المدعى عليه، وإذا لم كانت الخبرة عكس ما يطلبه المدعي كان له أن يطلب خبرة أخرى بعد إعادة السير في الخصومة.

والخبرة التي يقدمها الخبير القضائي غير ملزمة للقاضي وإنما هي على سبيل الاستئناس والاستدلال فله أن يأخذ بها أو يرفضها، وله الموافقة على طلب خبرة جديدة.<sup>1</sup>

ولضمان أن لا يقع أي ظلم أو تجاوز، فقد قرر المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية من شأنها حماية الشخص المطلوب الحجر عليه، وذلك من خلال تمكينه من الدفاع عن نفسه كما سبق ذكره، حيث إذا عين القاضي أن الشخص المبين في العريضة ليس له محام عين له القاضي تلقائياً، ويجب على القاضي أن يتلقى تصريحات الشخص المطلوب الحجر عليه بحضور محاميه والأشخاص المعنيين، وله أن يتلقى هذه التصريحات بحضور الطبيب المعالج وممثل النيابة العامة، ما لم يكن هذا الاستماع مستحيلاً أو كان فيه إضرار بصحة الشخص المطلوب الحجر عليه.<sup>2</sup>

ومن بين الضمانات الفعالة في حماية الشخص المحجور عليه قابلية الحكم (الذي سماه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالأمر الولائي) للطعن فيه بالاستئناف خلال 15 يوماً من التبليغ الرسمي للأطراف ومن تاريخ النطق بالحكم (الأمر) بالنسبة للنيابة العامة، كما نجد نشر حكم الحجر ضماناً أخرى تحمي المحجور من التعامل مع من يعلم بحالته ويبتز أمواله فتقع تلك التصرفات باطلة لصالحه، وأيضاً إعلام من له مصلحة في إزالة الحجر عنه، وقد استوجب المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التأشير على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق كل حكم أو أمر يصدر بخصوص المحجور عليه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - وهو أمر يتضح بمجرد الاطلاع على المواد الخاصة بالحجر في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - المادتان 483 و 485 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 103 من قانون الأسرة.

<sup>3</sup> - المادتان 488 و 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 106 من قانون الأسرة.



وبالنظر في القوانين العربية محل المقارنة، فنجدها لا تختلف كثيرا من حيث القواعد المتعلقة بالنظر في دعوى الحجر وإجراءاتها في القانون الجزائري ما عدا في بعض المسائل،

فالمشرع المغربي ينص على أن المحكمة تعتمد في إقرار الحجر على خبرة طبية وسائر وسائل الإثبات الشرعية وهو نفس ما جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.<sup>1</sup> في حين لم يرد ذكر للخبرة الطبية ولا لأي وسيلة إثبات في القانون الليبي والقانون الكويتي والقانون الإماراتي والقانون البحريني.

والمشرع المغربي لم يحدد الوسيلة التي ينشر بها حكم الحجر تاركا للمحكمة اختيار الوسيلة التي يشهر بها الحكم، بينما في القانون الكويتي يتم شهر قرار المحكمة القاضي بالحجر، ووفق قانون المعاملات المدنية الإماراتي فإنه يجب أن يتم تبليغ حكم الحجر للمحجور عليه ويعلن للناس سببه دون تحديد طريقة ذلك وهو حكم انفرد به القانون الإماراتي.<sup>2</sup> بينما لم ينص على نشر الحكم في القانون التونسي والقانون الليبي والقانون الموريتاني والقانون البحريني.

ولكن النصوص التي وردت في قانون الأسرة الجزائري لا تتسجم مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولذلك ينبغي تعديل المادتين 105 و106 من قانون الأسرة كما يلي:

**المادة 105 يصبح نصها كما يلي:** (يكون الحكم الصادر بالحجر أو رفضه أو رفعه قابلا للاستئناف خلال 15 يوما من تاريخ النطق به بالنسبة للنيابة العامة ومن تاريخ تبليغه بالنسبة للمحجور عليه وطالب الحجر).

---

<sup>1</sup> - المادة 222 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصول 161، 164، 167 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية وقد أكدت محكمة التعقيب التونسية في القرار التعقيبي رقم 25370 بتاريخ 26 جوان 1992 أن الحجر على المجنون يكون الحسم فيه بناء على الخبرة الطبية دون سواها. انظر: بن محمود فاطمة الزهراء ودولة سامية، **التعليق على مجلة الأحوال الشخصية، قراءة في فقه القضاء**، ط1، (تونس، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، 2015)، ص418؛ المادة 174 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>2</sup> - المادة 223 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 85 فقرة 2 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 168 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

أما المادة 106 فيصبح نصها: ( تكون الأحكام القضائية النهائية المتعلقة بالحجر ورفع محل إشهار في جريدة يومية ويؤشر بها على هامش سجلات الحالة المدنية للمعني بسعي من النيابة العامة).

كما ينبغي تغيير عنوان (الفرع الثالث من القسم الرابع من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية): حيث العنوان الحالي هو (حماية البالغين ناقصي الأهلية) والأفضل هو تغييره إلى (حماية البالغين فاقدني وناقصي الأهلية)، أما من حيث مضمون هذا الفرع فيغير مصطلح (الأمر) بمصطلح (حكم) انسجاما مع حقيقة الحجر وما يتطلبه من اجتهاد من القاضي ونظر في المسألة.

ثالثا: آثار الحجر في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة: يترتب على صدور حكم بالحجر مجموعة من الآثار نوضحها كالاتي:

1- استمرار النيابة الشرعية أو عودتها: سبق القول بأن عوارض الأهلية قد تصيب الشخص في صغره ويبلغ سن الرشد وهو مصاب بها، كما قد تصيبه بعد أن يبلغ سن الرشد عاقلا، وعلى هذا الأساس، في الحالة الأولى يحكم القاضي باستمرار النيابة الشرعية لمن كانت له، وفي الحالة الثانية من المفترض أن يكون الحكم بعودة النيابة الشرعية لمن كانت له قبل بلوغ المحجور عليه سن الرشد، وهو ما يستنتج من مفهوم النص الوارد في قانون الأسرة الجزائري.<sup>1</sup>

وعمليا فإن القضاة يصدرن أحكاما بتعيين رافع دعوى الحجر مقديما. ولا يشيرون إلى مسألة استمرار أو عودة الولاية أو الوصاية لمن كانت له، وأكد هذا الأمر قانون الإجراءات المدنية والإدارية حين نص على دعوى الحجر وأشار إليها أكثر من مرة في صلب النص بمصطلح (التقديم)، ولكن ذلك لا يثير إشكالا على اعتبار أن لا فرق بين نائب شرعي وآخر من حيث الصلاحيات والمسؤوليات والرقابة القضائية في القانون الجزائري.

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 104 من قانون الأسرة: ( إذا لم يكن للمحجور عليه ولي أو وصي وجب على القاضي أن يعين في نفس الحكم مقديما لرعاية المحجور عليه والقيام بشؤونه مع مراعاة أحكام المادة 100 من هذا القانون).

أما في القوانين العربية محل المقارنة، نجد المشرع المغربي ينص أن المحكمة تصدر حكمها بالحجر وتعيين مقدم، ما لم يكن هناك وصي أو ولي شرعي تعود له النيابة الشرعية، فكان المشرع المغربي هنا أكثر دقة وصوابا حين نص على عودة النيابة الشرعية للولي أو الوصي، وهو ذاته موقف المشرع الموريتاني.<sup>1</sup>

أما في القانون التونسي والقانون الإماراتي فلا نص، بينما نص القانون الليبي والقانون الكويتي على تعيين قيم على المحجور عليهم وليس رجوع النيابة الشرعية أو استمرارها.<sup>2</sup> وتميز المشرع البحريني فيما تعلق بالحجر على من أصابهم عارض أهلية بنص يجعل الأولوية في القوامة على المحجور عليه لصالح الأب.<sup>3</sup>

**2- الحجر على تصرفات فاقد الأهلية:** إن الأثر الثاني والأهم لصدور الحكم بالحجر هو الأثر الخاص بتصرفات المحجور عليه، وطبقا للمادتين 42 و43 من القانون المدني والمادتين 82 و83 من قانون الأسرة فإنه من المفترض أن تكون تصرفات المحجور عليه للجنون أو العته باطلة، وتصرفات المحجور عليه لسفه أو غفلة إما أن تكون باطلة إن كانت ضارة ضررا محضا أو صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وإما موقوفة النفاذ حين تكون دائرة بين النفع والضرر.<sup>4</sup>

إلا أن نص المادتين 85 و107 من قانون الأسرة يقلبان هذه القاعدة، حيث نصت المادة 85 من قانون الأسرة أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت عنه في حالة الجنون والعته والسفه، في حين جاءت المادة 107 لتتنص على أن تصرفات المحجور عليه تعد بعد الحكم باطلة، وتكون كذلك باطلة قبل الحكم إن كانت أسباب الحجر فاشية.

---

<sup>1</sup> - المادة 223 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 197 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>2</sup> - المادة 14 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 138 من القانون المدني الكويتي.

<sup>3</sup> - المادة 47 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>4</sup> - نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، ط1، (الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2016)، ص238.

وهو أمر يقتضي التوقف عنده لما بين هذه النصوص من تناقض أو على الأقل عدم انسجام، خصوصا في معرفة النص واجب التطبيق على تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحكم بالحجر؟ وما مدى اعتبار الحكم بالحجر معيارا فاصلا بين مرحلة تمام الأهلية وفقدانها أو نقصها، وهل نعامل المحجور عليهم من حيث حكم التصرف بعد الحجر نفس المعاملة، كما جاء في المادة 107 أم نطبق المادتين 82 و83 من قانون الأسرة؟ أم نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتفسير النصوص وحل التناقض بينها؟ قد يكون الأقرب للصواب هو الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية لتفسير الغموض، ليس تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة نظرا لأن النص موجود، وإنما هو رجوع إلى المصدر المادي للنص. وعلى هذا الأساس وبالرجوع إلى الأحكام الواردة بهذا الخصوص في الفقه الإسلامي واتباعا للخيار الفقهي للمشرع الجزائري في مسألة الحجر وكيفيته لا سيما إلزامية الحكم القضائي، المتمثل في المذهب المالكي، نستطيع القول:

- إن الشخص ما لم يحجر عليه من طرف القاضي فهو كامل الأهلية، فكل ما يبرمه من عقود وتصرفات صحيح، ما لم يكن وقت إبرام التصرف في وضع ظاهر جنونه وعته، أما السفه والغفلة فمن الصعب اكتشافهما، لذلك فإن ما أبرمه السفه وذو الغفلة نافذ ما لم يحجر عليهما قضاء،

- بعد الحجر، تصرفات المجنون والمعتوه باطلة، والسفيه وذو الغفلة موقوفة النفاذ أو نافذة أو باطلة حسب طبيعة التصرف.

أما في القوانين العربية محل المقارنة، فقد عرضنا سابقا اختلافها حول المحجور عليهم من حيث عددهم ووصفهم، وهو ما يمتد للأثر المترتب على الحجر عليهم، فالمشرع المغربي نص على أن لا حجر قبل الحكم، واعتبر المجنون كالصبي غير المميز كل تصرفاته بعد الحجر باطلة بطلانا مطلقا ولا تنتج أي أثر لأنه عديم الأهلية.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> المادة 224 من مدونة الأسرة المغربية.

أما السفية والمعتوه فهما كالصبي المميز تصرفاتهما الضارة ضررا محضا باطلة بطلانا مطلقا والنافعة نفعا محضا صحيحة، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر موقوفة النفاذ على إجازة النائب الشرعي.<sup>1</sup>

أما المشرع التونسي فيفرق بين التصرفات قبل الحجر والتصرفات بعد الحجر: بالنسبة لتصرفات المجنون قبل الحجر عليه فلعدم وجود النص فقد عرفت في الفقه القانوني التونسي اتجاهين:

التوجه الأول: يرى أن تصرفات المجنون باطلة بطلانا مطلقا لعموم النص، التوجه الثاني: يذهب إلى أن تصرفات المجنون قبل الحكم بالحجر لا تبطل إلا إذا كان الجنون ظاهرا وباديا عليه، هو ما جاء في عدد من قرارات محكمة التعقيب التونسية ومن بينها القرار التعقيبي المدني رقم 257712 المؤرخ في 1993/02/09 والذي جاء فيه: (... إن المجنون من تاريخ حكم الحجر عليه يعتبر عديم الأهلية وما قام به قبل ذلك التاريخ من تصرفات يمكن إبطالها إذا كان مشتتها بضعف العقل وقت إبرامه العقد).<sup>2</sup>

أما بعد الحجر فإن تصرفات المجنون حسب نص الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية تعتبر غير نافذة، ولكن المقصود بعدم النفاذ هنا هو البطلان وهو ما يؤيده نص المادة باللغة الفرنسية الذي يترجم عبارة غير نافذة ب(nuls) ومعناها باطلة، إضافة إلى أن مجلة الالتزامات والعقود نصت على ذلك حين اعتبرت المجنون فاقد الإدراك غير أهل ومحجورا عليه مثل الصبي عديم التمييز.<sup>3</sup> وهو الأقرب للصواب والمتفق مع الاختيار الفقهي للمشرع التونسي للمذهب المالكي في هذه المسألة، وهو يوافق موقف المشرع الجزائري.

أما ضعيف العقل، وطبقا لما جاء في مجلة الالتزامات والعقود مع ما ورد في الفصل 162 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإن تصرفاته بعد الحجر مثل تصرفات الصبي

<sup>1</sup> المادتان 225 و 228 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - نشرة محكمة التعقيب، 1993، ص 308 ذكره الضاوي الصالح، مجلة الالتزامات والعقود، شرح وتحيين وتعليق مع فقه القضاء، ط3، (تونس: منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، 2015)، ص 15.

<sup>3</sup> - الفصل 5 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

المميز، ما كان منها ضارا به يكون باطلا وما كان نافعا صح ونفذ، وما كان منها دائرا بين النفع والضرر لم يصح دون إجازة الولي.<sup>1</sup> وتكون تصرفاته قبل الحجر نافذة.

أما السفية، فإن التصرفات التي باشرها قبل الحكم بالحجر صحيحة نافذة، أما ما أبرم بعد الحجر فإنه يتوقف على إجازة الولي.<sup>2</sup> ولا يخفى أن المقصود بالتصرفات المبرمة بعد قرار الحجر هي التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

والمشرع الموريتاني اعتبر تصرفات المجنون بعد الحجر كتصرفات الصبي عديم التمييز باطلة بطلانا مطلقا عديمة الأثر، أما تصرفات السفية فتعتبر مثل تصرفات الصبي المميز.<sup>3</sup> أما تصرفاتهم قبل حكم الحجر فقد جاء في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية أن تصرفات المجنون ونقص العقل والسفيه لا تعتبر نافذة متى صدرت منهم في حال الجنون أو نقص العقل أو السفه.<sup>4</sup>

ويظهر أن المقصود بهذا النص هو التصرفات التي تمت قبل الحكم بالحجر لأن المشرع الموريتاني وضع عبارة (.. متى صدرت منهم وفي حالة ..) وهو ما يشير إلى مرحلة ما قبل الحجر لأنه بعد الحكم بالحجر لا يهم هل تظهر عليهم حالة الجنون ونقص العقل والسفه أم لا. أما في القانون الليبي فتصرفات المجنون أو المعتوه، تقع باطلة إذا أبرمت بعد رفع دعوى الحجر، أما قبل رفع الدعوى فلا يبطل التصرف إلا حين يكون الجنون والعتة شائعين وقت التصرف أو معلومة لدى الطرف الآخر.<sup>5</sup> وهذا الحكم الأخير تميز واضح من المشرع الليبي لأنه مدد مدة تقادم البطلان حيث جعلها تسري ابتداء من تاريخ رفع الدعوى لا من تاريخ الحكم، كما أن اشتراط الشيوخ والعلم لإبطال تصرفات غير الظهور وفيه حماية أكبر للمحجور عليه.

---

<sup>1</sup> - الفصول 6، 8 و 9 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

<sup>2</sup> - الفصل 165 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

<sup>3</sup> - المادة 167 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 26 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

<sup>4</sup> - المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>5</sup> - المادة 15 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

أما بالسفيه وذو الغفلة فلا يبطل تصرفهما قبل رفع دعوى الحجر إلا إذا صدر منهما نتيجة تواطؤ أو استغلال من أحد، وأما بعد رفع دعوى الحجر فإن تصرفاتهما تصبح مثل تصرفات الصبي المميز.<sup>1</sup>

أما المشرع الكويتي فاعتبر المجنون والمعتوه محجورين لذاتهما دون حاجة إلى حكم قضائي، وبذلك فإن ما يبرمانه من تصرفات سواء قبل تعيين القيم أو بعده يخضع لنفس الحكم، فتكون تصرفات المجنون باطلة بطلانا مطلقا، وتصرفات المعتوه حسب حالها إما باطلة بطلانا مطلقا في حالة كونها ضارة ضررا محضا أو صحيحة حال كونها نافعة له نفعا محضا، أو قابلة للإبطال فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.<sup>2</sup>

ونص المشرع الكويتي في المادة 100 من القانون المدني أن جنون الشخص وعته إذا كان شائعا أو كانت المحكمة قد عينت له مقدما فيفترض أن تصرفاته تمت حال جنون وعته، وإلا اعتبرت بأنها انعقدت حال صحته، ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك في كلتا الحالتين.

وفي هذا يتماشى المشرع الكويتي مع الأصل الغالب أن فترات إفاقة المجنون والمعتوه قليلة وغالبا ما يقعان في تصرفات خاطئة نتيجة استغلال الغير لهم، لذلك اعتبر المشرع كل ما يبرمانه حال شيوخ العته والجنون خاضعا لأحكام العته والجنون.<sup>3</sup>

أما السفيه وذو الغفلة فلا يحجر على تصرفاتهما قبل شهر حكم الحجر القضائي، فجميع تصرفاتهما المبرمة قبل الحجر صحيحة نافذة ما لم تبرم نتيجة استغلال من طرف ما أو تمت بتواطؤ توكيا للحجر وهروبا من أحكامه.<sup>4</sup>

وفي القانون الإماراتي، تكون تصرفات المجنون قبل الحجر عليه صحيحة إذا أبرمها حال إفاقته وباطلة إذا أبرمها وعلامات الجنون بادية عليه لأنه محجور عليه لذاته، أما بعد الحجر عليه بموجب حكم القاضي فإن جميع تصرفاته باطلة سواء كان في حالة إفاقة أم جنون.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - المادة 16 من قانون تنظيم شؤون القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>2</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 98؛ المادتان 98 و99 من القانون المدني الكويتي.

<sup>3</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 99.

<sup>4</sup> - المادة 101 من القانون المدني الكويتي؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 100.

أما السفية وذو الغفلة فإنهما قبل الحجر عليهما بحكم القاضي فإن تصرفاتهما صحيحة نافذة ما لم تكن قد وقعت نتيجة استغلال أو تواطئ، أما بعد الحكم بالحجر فإن تصرفاتهما تسري عليها أحكام تصرفات الصبي المميز.<sup>2</sup>

وفي القانون البحريني يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر، أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها.<sup>3</sup>

وقد تميز المشرع البحريني بأمرين، الأول هو اشتراط تسجيل قرار الحجر حتى يسري أثره، بينما بقية القوانين الأخرى تتحدث عن صدور الحكم، والثاني هو اشتراط شيوع الجنون ومعرفة الطرف الآخر، وهو له تعبير أدق من حيث الصياغة وأفضل من الناحية العملية وأصلح للمجنون أو المعتوه.

أما تصرفات السفية ذي الغفلة، فإذا كانت بعد تسجيل قرار الحجر سري عليها ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام. أما التصرفات الواقعة قبل تسجيل قرار الحجر فهي محمولة على الصحة ما لم يثبت أنها أبرمت نتيجة استغلال أو تواطؤ.<sup>4</sup>

ويتضح أن المشرع الجزائري كان أبسط ولكنه أقل تفصيلا، إضافة إلى أن نصوصه جاءت غامضة وعمامة وفيها تداخل وعدم انسجام كما أشير إليه في موضعه، وعليه فلا بد من تدارك هذا النقص من خلال تعديل المادة 83 من قانون الأسرة بما يجعلها متوافقة مع أحكام نظرية البطلان في القانون المدني (المادتين 100-101 من القانون المدني)، حيث تصح صياغة المادة 83 من قانون الأسرة كآتي: (من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد..... وتكون قابلة للإبطال من طرف النائب الشرعي فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر.

---

<sup>1</sup> - المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص299؛ المادة 168 فقرة 1 والمادة 169 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المادة 175 فقرة 2 و3 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>3</sup> - المادة 78 من القانون المدني البحريني.

<sup>4</sup> - المادة 79 من القانون المدني البحريني.



يسقط الحق في طلب إبطال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بإجازتها من قبل النائب الشرعي، أو القاصر بعد رشده والسفيه وذي الغفلة بعد فك الحجر عنهما أو بمرور 5 سنوات من الرشد أو فك الحجر).

- إلغاء المادة 85 من قانون الأسرة: التي تنص: (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة جنون أو عته أو سفه)، وذلك حتى يصبح قانون الأسرة متفقا مع القانون المدني ويزول اللبس.

- تعديل المادة 107 من قانون الأسرة لجعلها تتوافق مع المادتين 82 و83 من ذات القانون: حيث يصبح نصها كالآتي:

المادة 107: ( من حجر عليه لجنون أو عته تعتبر جميع تصرفاته بعد صدور حكم الحجر باطلة بطلانا مطلقا، أما التصرفات الصادرة قبل صدور الحكم فتكون صحيحة ما لم تكون علامات الجنون والعته ظاهرة وقت إنشاء التصرف.

من حجر عليه لسفه أو غفلة تكون تصرفاته بعد صدور الحكم بالحجر كتصرفات الصبي المميز، أما التصرفات المبرمة قبل الحكم بالحجر فتعتبر صحيحة نافذة).

حيث يتفق هذا النص والمذهب المالكي ويعتبر أكثر انسجاما مع القانون المدني، وكذا يعوض إلغاء المادة 85 من قانون الأسرة.

3- المسؤولية المدنية والجزائية للمحجور عليه: بالنسبة للمسؤولية المدنية فإنه وباعتبار المجنون والمعتوه فاقدين للأهلية طبقا للمادة 42 من القانون المدني فيعتبران عديمي التمييز ولا تقوم بحقهما مسؤولية مدنية طبقا للمادة 125 من القانون المدني، وتقوم هنا مسؤولية متولي الرقابة.<sup>1</sup>

أما السفيه وذو الغفلة فهما ناقصا أهلية وبالتالي مميزين، قابلان للمساءلة في أموالهما عن الأضرار التي يلحقانها بالغير إلا أن التقاضي عنهما يكون من بين مهام النائب الشرعي.

---

<sup>1</sup> - المادة 134 من القانون المدني.

وبخصوص المسؤولية الجزائية، فإن الجنون هو إحدى موانع المسؤولية الجزائية بحيث لا عقوبة على من ارتكب الجريمة وهو في حالة جنون، حيث تحرك ضده كافة الإجراءات ويتم النظر في مدى ثبوت الوقائع ويتخذ ضده تدبير أمن يتمثل في الحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية.<sup>1</sup> والعته من المفروض أن يأخذ حكم الجنون.

أما السفه وذو الغفلة فلا أثر للحجر عليهما في مسؤوليتهما الجزائية لأن عقلهما مكتمل والحجر عليهما ينصب على أموالهما فقط، ولا يوجد نص في قانون العقوبات ينص على تخفيف المسؤولية الجزائية عنهما.

وبالنسبة للقوانين العربية محل المقارنة نجد بأن القانون المغربي والقانون التونسي والقانون الليبي فقط من ميزوا بين المحجور عليهم في المسؤولية المدنية حيث قررت هذه القوانين عدم مسؤولية المجنون (والمعتوه بالنسبة للمشرع الليبي) عن أفعاله الضارة، بينما تقوم المسؤولية المدنية للسفيه وذو الغفلة.<sup>2</sup> بينما نجد القانون الموريتاني والقانون الكويتي والقانون الإماراتي والقانون البحريني أقروا المسؤولية المدنية للمحجور عليهم.<sup>3</sup>

وبالنسبة للمسؤولية الجزائية للمحجور عليهم فجميع القوانين العربية محل المقارنة نحت منحى المشرع الجزائي من حيث عدم مسؤولية الشخص عن أفعاله الإجرامية إذا ثبت جنونه وقت ارتكاب الجريمة، أما المحجور عليهم ناقصوا الأهلية فلا تخفف عنهم المسؤولية الجزائية.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادتين 49 و 21 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> - المادة 233 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 106 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية؛ المادة 167 من القانون المدني الليبي.

<sup>3</sup> - المادة 116 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني؛ المادة 101 من القانون المدني الكويتي؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، ص 100؛ المادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي؛ المادة 159 من القانون المدني.

<sup>4</sup> - الفصل 78 من القانون الجنائي المغربي؛ الفصل 38 من المجلة الجزائية التونسية؛ المادة 58 من القانون الجنائي الموريتاني؛ المواد 79 و 83 و 84 من قانون العقوبات الليبي؛ المادة 22 من قانون الجزاء الكويتي؛ المادة 60 من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات؛ المواد 31، 33، و 78 من قانون العقوبات البحريني.

وعليه فإنه لا بد من تعديل المادة 125 من القانون المدني الجزائري وذلك بجعل أي شخص مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بغض النظر عن تمييزه، مع إقرار مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية احتياطية حماية للطرف المتضرر.

رابعاً: نطاق النيابة الشرعية على المحجور عليهم: ويقصد بذلك حدود الولاية التي يمنحها القانون للحاجر على المحجور عليه هل تشمل الولاية على المال والولاية على النفس أم تشمل فقط الولاية على المال؟

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يورد نصاً صريحاً بهذا الخصوص، والنصوص الواردة في قانون الأسرة تحت عنوان النيابة الشرعية في معظمها تتناول الولاية على المال، والولاية على النفس التي تظهر النيابة الشرعية فيها من خلال أحكام الزواج جاءت بنص عام استخدم لفظ القصر وهو لفظ يمكن أن يشمل المحجور عليهم، وما يعضده هو ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص دعوى الطلاق أنه في حالة الزوج ناقص الأهلية يرفع الدعوى نيابة عنه الولي أو الوصي.<sup>1</sup>

وإضافة إلى ذلك فالمادة 95 من قانون الأسرة الجزائري جعلت للوصي نفس صلاحيات الولي (الأب والأم) والمادة 100 أعطت للمقدم نفس صلاحيات الوصي، وبالتالي فإن المقدم كالوصي يملك ما يملكه الأب من صلاحيات والأب ولايته تشمل النفس والمال معاً.

وهذا المعنى يصح دون إشكال بخصوص المجنون والمعتوه، ولكنه مستشكل فيما تعلق بالسفيه وذو الغفلة والمحجور عليه قانوناً بعقوبة تكميلية، اللذين يتمتعون بتمام عقولهم ولا يحجر عليهم إلا فيما تعلق بإدارة أموالهم، ولا يوجد نص على خضوعهم للولاية على النفس، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة وبالنظر في النصوص القانونية الموجودة، فإنه لا ولاية على السفيه وذو الغفلة والمحجور عليه قانوناً بعقوبة تكميلية فيما تعلق بالزواج من حيث أهلية إنشائه وإنما يقع الحجر عليهم فيما تعلق

---

<sup>1</sup> - المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بالصداق والمنازعات الناشئة عن عقد الزواج وآثاره، وينوب عنه نائبه الشرعي فيما تعلق بالتقاضي في الزواج والطلاق وآثارهما.

وقد اختلفت القوانين العربية محل المقارنة حول نطاق النيابة الشرعية، فمنها من سلك مسلك المشرع الجزائري ولم يحدد نطاق النيابة الشرعية على المحجور عليهم بصفة صريحة مكتفياً بنصوص موزعة بين أحكام الولاية على المال وأحكام الولاية على النفس، مع وجود نصوص توشي باستمرار الولاية على السفية في نفسه حين النص على أن زواج السفية معلق على إذن وليه، وهو موقف كل من المشرع التونسي والموريتاني والبحريني.<sup>1</sup>

وبالمقابل نجد بقية القوانين العربية محل المقارنة حددت بصفة صريحة نطاق النيابة الشرعية، فنجد المشرع المغربي نص على أن الحجر على المجنون يشمل نفسه وماله بينما السفية وذا الغفلة فيحجر عليهما في مالهما فقط، وهو نفس ما نحا إليه المشرع الليبي، والمشرع الكويتي، والمشرع الإماراتي.<sup>2</sup>

وبذلك فإن على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص وتصحيحه عن طريق تعديل المادة 108 من قانون الأسرة بجعلها تنص على نطاق النيابة الشرعية على المحجور عليه قضائياً: حيث يصبح نصها كآتي:

المادة 108: (إضافة إلى ما ورد في الكتاب الأول من هذا القانون ، فإن الحجر على المجنون والمعتهو يشمل شؤونها الشخصية والمالية، أما السفية وذو الغفلة فيحجر عليها في مالهما فقط). وذلك حتى تتسجم النصوص المتعلقة بالزواج وانحلاله الواردة في الكتاب الأول من قانون الأسرة.

<sup>1</sup> - الفصل 7 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المواد 6، 7 و8 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 20 من قانون الأسرة البحرين.

<sup>2</sup> - المادة 233 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادتان 31 و43 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادتان 33 و208 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادتان 28 و29 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

وبهذا ينتهي المبحث الأول الذي خصص لأحكام القاصر والمحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية، حيث تبيّن لنا أن المشرع الجزائري كان فيما تعلق بأحكام الجنين دقيقا وواضحا وبين الطبيعة القانونية لشخصية الجنين والحقوق المقررة له، وهو ما تفوق فيه على بقية القوانين العربية محل المقارنة، كما اختار المشرع الجزائري سن تمييز مرتفعة مقارنة مع سن التمييز في الفقه الإسلامي التي اختارتها معظم القوانين العربية محل المقارنة، وقد توافقت القوانين العربية مع القانون الجزائري في عدم الاعتراف بالبلوغ وعدم ترتيب أثر عليه فيما تعلق بالنيابة الشرعية، كما اتفق القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة على مبدأ الأخذ بالسن وسلامة العقل معيارا للرشد بدلا عن الاختبار الذي يلي البلوغ لدى الفقهاء.

كما خالف المشرع الجزائري أحكام الفقه الإسلامي وكثير من القوانين العربية محل المقارنة بخصوص المسؤولية المدنية لعدم التمييز.

وفيما تعلق بالمحجور عليهم اتفق القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة على أصناف المحجور عليهم وعلى لزوم الحكم بالحجر عليهم من طرف القاضي، مع اختلاف بينها فيما تعلق بنطاق النيابة الشرعية.

وننتقل للمبحث الثاني لنرى الصنف الثاني من الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية وهما الغائب والمفقود.

## المبحث الثاني

### الغائب والمفقود

من خلال المبحث السابق كنا قد تطرقنا لأحكام الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية بسبب فقدانهم لأهلية الأداء أو لنقصانها، بعامل السن، أو لعارض من العوارض المعدمة للأهلية أو المنقصة لها، ومن خلال هذا المبحث نتطرق للقسم الثاني من الأشخاص الذين يخضعون لنظام النيابة الشرعية، وهم الذين أصبحوا في ظرف لا يسمح لهم بممارسة ما تخوله لهم أهليتهم من تصرفات بسبب الغياب والفقدان، وهو ما سنتناوله من خلال مطلبين، نخصص الأول لأحكام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي، والثاني نرى فيه أحكام الغائب والمفقود في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

### المطلب الأول

#### الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي

حين النظر في مؤلفات الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه نجد اختلافا بينها في كيفية التطرق لأحكام الغائب والمفقود، حيث تميز المذهب الحنفي عن بقية المذاهب بتخصيص باب مستقل للشخص المفقود (ويضمون إليه الغائب) وبيان الأحكام المتعلقة به من حيث تحديد مفهوم المفقود أو الغائب والأثر المترتب على واقعة الاختفاء على أموال الشخص، وذلك إضافة إلى الأحكام الأخرى المتعلقة بالغياب والفقدان في أبواب الفقه المختلفة لا سيما ما تعلق بأثر الغياب على الرابطة الزوجية والنفقة الواجبة للزوجة والأولاد، بينما نجد بقية المذاهب اكتفت بالأحكام المتناثرة للغائب والمفقود في مباحث الفقه المختلفة، مع الإشارة إلى الأحكام المتعلقة بإدارة أمواله حين التطرق لأثر الغياب والفقدان على الزواج ونفقة الزوجة والأبناء والأقرباء لاسيما في كتب الشروح على المتون، وهو ما سيتم توضيحه من خلال هذا المطلب من خلال تحديد مفهوم الغائب والمفقود في الفرع الأول ثم آثار الغياب والفقدان في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي: من خلال هذا الفرع سنرى أولاً تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما ثم نرى ثانياً أنواعهما.

أولاً: تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما: نتطرق أولاً لتعريف كل منهما ثم التمييز بينهما:

**1- تعريف الغائب:** الغائب لغة اسم فاعل لفعل غاب يغيب غيبة وغياباً، خلاف شهد وحضر، يقال غاب فلان بمعنى بَعُدَ، وغابت الشمس أي استتارت واختفت.<sup>1</sup>

وإصطلاحاً، اعتمد الفقهاء على التعريف اللغوي في تعريفهم الاصطلاحي للغائب، حيث اتفقوا من حيث المبدأ على أنه كل من غاب عن النظر.<sup>2</sup>

واختلف الفقهاء في معنى الغائب وما هو الضابط لتحديده، حيث يلاحظ أن الأحناف والحنابلة لا يفرقون بين الغائب والمفقود، خلاف المالكية الذين ميزوا بينهما حيث نجد الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدريير، وبعد كلامه عن الغائب الذي تزوج من تحت ولايته تطرق لمفهوم المفقود قائلاً: (...أو فُقِدَ بأن لم يعلم موضعه) وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن الغائب معلوم الموضع، إضافة إلى جعلهم الجهل بحياة الشخص أو موته فارقاً آخر للتمييز بين الغائب والمفقود.<sup>3</sup>

وهو نفس ما نجده لدى الشافعية حين الحديث عن عدة زوجة المفقود فالغائب عندهم هو من ابتعد عن بيته وزوجه دون أن ينقطع أثره أو يخفى خبره.<sup>4</sup>

**2- تعريف المفقود:** نعرض فيما يلي أقوال المذاهب في تعريف المفقود كالاتي:

<sup>1</sup> - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 697.

<sup>2</sup> - عبد المنعم فارس سقاً، أحكام الغائب والمفقود، ط2، (سورية، لبنان، الكويت: دار النوادر، 2011)، ص22؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج31، ص321.

<sup>3</sup> - بوشمة خالد، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي، د.ط، (الجزائر: دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، د.س.ن)، ص212؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص230؛ عبد المنعم فارس السقاً، نفس المرجع، ص 22.

<sup>4</sup> - الشافعي، الأم، دراسة وتحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، 11 أجزاء، ط1 (المنصورة، مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2001)، ج6، ص608؛ الشيرازي، المهذب في فقه الشافعية، تحقيق وبيان الراجح من المذهب محمد الزحيلي، 6 أجزاء، ط1، (دمشق، سوريا: دار القلم وبيروت، لبنان: الدار الشامية، 1996)، ج4، ص545.

**2-1- في المذهب الحنفي:** المفقود هو: "غائب لم يدر موضعه وحياته وموته".<sup>1</sup> وحكمه أن يعتبر حيا في حق نفسه وميتا في حق غيره، فباعتبار الأولى لا تقسم تركته ولا تتزوج امرأته حتى يحكم بموته، وباعتبار الثانية لا يملك شيئا من تركته من يحق له وراثتهم بل يوقف نصيبه حتى يتبين حاله فإن عاد حيا أخذ نصيبه وإن حكم بموته قسم نصيبه الموقوف على شركائه في التركة وقت وفاة مورثه.<sup>2</sup>

**2-2- في المذهب المالكي:** المفقود هو الغائب الذي انقطع خبره وأمكن الكشف عنه، فلا يعتبر مفقودا الأسير الذي علم خبره، والمحبوس الذي لا يمكن الكشف عنه.<sup>3</sup>

**2-3- في المذهب الشافعي:** لم أقف في كتب الشافعية على تعريف مباشر ولكن بالرجوع إلى كتاباتهم حول عدة امرأة المفقود، نستطيع استخراج تعريف للمفقود بأنه الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثره وغلب على الظن موته.<sup>4</sup>

**2-4- في المذهب الحنبلي:** عرف الحنابلة المفقود بأنه الشخص الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك.<sup>5</sup> وطرح فقهاء الحنابلة أمثلة على المفقود الشخص الذي يفقد بين أهله ليلا أو نهارا، ومن يخرج للصلاة أو لقضاء حاجة له ولا يرجع، أو من يفقد في سفر في أماكن نائية (ومثلوا لها بالسفر للحجاز) والشخص الذي يفقد في قتال أو غرق مركب.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> - النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد، كنز الدقائق، تحقيق وتعليق سائد بكداش، ط1، (المدينة المنورة، السعودية: دار السراج، وبيروت، لبنان: شركة البشائر للطباعة والنشر والتوزيع، 2011)، ص386.

<sup>2</sup> - ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج5، ص455.

<sup>3</sup> - الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، ط1، (بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1993)، ص314؛ ميارة الفاسي، محمد بن أحمد، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الأندلسي وبهامشها حاشية المعداني تحقيق مصطفى شتات، جزءان، د.ط، (القاهرة، مصر، المكتبة التوفيقية، د. س. ن)، ج1، ص465.

<sup>4</sup> - الجويني، نهاية المطالب في دراسة المذهب، ج15، ص286؛ الشيرازي، المهذب بتحقيق محمد الزحيلي، ج4، ص545.

<sup>5</sup> - الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، ج4، ص12.

<sup>6</sup> - البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص367.



3- التمييز بين الغائب والمفقود: يفرق الفقهاء بين المفقود والغائب، على أساس أن المفقود أخص من الغائب، حيث فقدان فرع من الغياب ونوع منه، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقوداً، فالغياب هو الحالة العامة والفقدان هو الحالة الخاصة، ففي الغياب يكون الشخص معلوم الحياة والمكان ولكنه غير موجود في موطنه وأما المفقود فهو غائب غير معلوم حياته من موته مع ملاحظة أن الشخص قد يصبح مباشرة مفقوداً.<sup>1</sup>

وأحسن تعريف وجدته يجمع بين الغائب والمفقود ما ذكره عبد المنعم فارس سقاً حين عرف الغائب بتعريف يشمل المفقود حين قال: (الغائب هو من غادر موطنه وأهله أو ترك مكان إقامته وعمله لأي سبب كان ولم يعد إليه بحيث تعذر عليه تدبير شؤونه أو إدارة أمواله والإشراف عليها سواء كانت حياته أو أخباره معلومة أم مجهولة).<sup>2</sup>

ثانياً: أقسام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي: نتطرق أولاً لأقسام الغائب ثم أقسام المفقود:

1- أقسام الغائب: سبق وأن قلنا إن الفقهاء لم يوردوا للغائب أحكاماً خاصة به وإنما أوردوا أحكامه متفرقة في ثنايا مباحث الفقه المختلفة، والتي أبرزها مسألة غيبة الولي عن من في ولايته في الزواج وغيبة الزوج عن زوجته التي تبرر طلبها للتفريق القضائي بينهما، والتي من خلالها استخرج الفقهاء والباحثون المعاصرون أنواعاً كالاتي:

1-1- أقسام الغائب في المذهب الحنفي: تطرق الأحناف لأقسام الغائب في عدة مواضع في الفروع الفقهية أهمها مسألة غياب الولي في زواج القاصر حيث يفرقون في هذه المسألة بين الولي الذي يغيب غيبة منقطعة، والولي الذي يغيب غيبة غير منقطعة، والغيبة المنقطعة في الراجح عندهم هي المسافة التي يستغرق التوصل إلى الولي لمعرفة رأيه مدة يفوت بها الخاطب الكفاء، والغيبة غير المنقطعة هي ما كانت دون ذلك، أي إمكانية الاتصال السريع بالولي ومعرفة رأيه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عابد فايد عبد الفتاح فايد، غياب الشخص عن موطنه، دراسة مقارنة في بعض النظم القانونية المعاصرة، د.ط، (الأسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2014)، ص13.

<sup>2</sup> - عبد المنعم فارس سقاً، المرجع السابق، ص24.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص381؛ عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع السابق، ج6، ص380.

## 1-2- أقسام الغائب في المذهب المالكي: حين الرجوع إلى أحكام التفرقة بين الزوجين بسبب

غيبة الزوج نجد المالكية يقسمون الغائب إلى عدة أصناف هي:

- الغائب الذي لم يترك نفقة ولا مالا وليس لزوجته شرط يسمح لها بالطلاق لو غاب عنها،
- الغائب الذي لم يترك نفقة ولا مالا ولزوجته شرط يسمح لها بالطلاق حين الغياب عنها،
- غائب ترك نفقة أو مالا ولزوجته شرط يسمح لها بالطلاق حال الغياب عنها، وفي الحالات الثلاث هذه لا يهم هل هو معلوم المكان أم مجهول المكان،
- غائب ترك نفقة أو مالا وليس لزوجته عليه شرط ومكانه معلوم،
- غائب ترك نفقة أو مالا وليس لزوجته شرط ولكن مكانه غير معلوم وهو هنا يعتبر مفقوداً.<sup>1</sup>

أما حين النظر في الأحكام المتعلقة بغياب الولي عن موليته، فنجد المالكية يفرقون بين الولي الغائب غيبة انقطاع وبين الولي الغائب غيبة غير منقطعة.<sup>2</sup>

## 1-3- أقسام الغائب في المذهب الشافعي: يتحدث الشافعية عن أقسام الغائب حين الحديث

عن غيبة الولي في زواج من تحت ولايته، حيث يقسمون الغائب في هته المسألة إلى: غائب غيبة قريبة مع أو دون ترك وكيل وغائب غيبة بعيدة مع أو دون ترك وكيل.<sup>3</sup>

## 1-4- أقسام الغائب في المذهب الحنبلي: بالنظر في أحكام غيبة الولي في الزواج نجد

الحنابلة يقسمون الغائب هنا إلى غائب غيبة منقطعة وغائب غيبة غير منقطعة، ومعيار الغيبة المنقطعة عند الحنابلة هو مسافة القصر، أو انقطاع الخبر أو عدم التمكن من التواصل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل، ج8، ص 642؛ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، المرجع السابق، ج4، ص551.

<sup>2</sup> ابن يونس، محمد بن عبد الله التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، تحقيق مجموعة من الباحثين في إطار رسائل دكتوراه بقسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية، 24 جزءاً، ط1، (السعودية: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 2013)، ج9، ص48.

<sup>3</sup> الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق و تدقيق علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، 18 جزءاً، ط1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1994، ج9)، ص72.

<sup>4</sup> الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرق في فقه الإمام أحمد بن حنبل، 7 أجزاء، ط1، (الرياض، السعودية: منشورات مكتبة العبيكان، 1993)، ج5، ص57.

2- أقسام المفقود: وفيما يلي نذكر أصناف المفقود وفق تقسيمات الفقهاء، وقد حقق عبد المنعم فارس سقا وغيره أن الحنفية والشافعية لم يقسموا المفقود خلاف المالكية والحنابلة الذين فعلوا ذلك، وهو ما يظهر أيضا من خلال كتب الأحناف والشافعية.<sup>1</sup> وعليه نتناول تقسيم المالكية والحنابلة للمفقود كالتالي:

2-1 أقسام المفقود في المذهب المالكي: المفقود لدى المالكية إما أن يكون مفقودا في بلاد الإسلام أو في دار الحرب، وفي كلا المكانين إما أن يكون مفقودا في حال السلم أو حال الحرب، ولذلك نجد بعض المالكية يقولون بتقسيم المفقود إلى ثلاثة: مفقود في دار الإسلام ومفقود في دار الحرب، ومفقود بين الصفين (في القتال) سواء بين المسلمين أو بين المسلمين والكفار.<sup>2</sup>

وهناك من المالكية من جعل أصناف المفقود خمسة: مفقود في بلاد الإسلام في غير زمن الوباء، ومفقود في بلاد الإسلام حال زمن الوباء، ومفقود في بلاد الشرك، ومفقود في قتال وقع بين المسلمين، ومفقود في قتال وقع بين المسلمين والكفار.<sup>3</sup>

2-2 أقسام المفقود في المذهب الحنبلي: يقسم الحنابلة المفقود إلى قسمين: مفقود في غيبة ظاهرها السلامة كمن سافر للتجارة أو طلب العلم، وألحق به الحنابلة الأسير لتأكد عدم قدرته على القدوم، والقسم الثاني هو المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك كالحرب والزلازل... إلخ.<sup>4</sup> الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الغياب والفقدان: نميز في هذا الصدد بين عدة مسائل: أولها أثر الغياب والفقدان على الأحوال الشخصية للشخص بما تحتويه من رابطة زوجية وميراث، وثاني هته المسائل ما تعلق منها بأموال الغائب والمفقود.

<sup>1</sup> - عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص50؛ يوسف عطا مجد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، ( نابلس، فلسطين: رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2003)، ص25.

<sup>2</sup> - اللخمي، أبو الحسين علي بن محمد، التبصرة، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، 11 جزءا، ط2، (القاهرة، مصر: منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2012)، ج4، ص2244.

<sup>3</sup> - الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج2، ص360.

<sup>4</sup> - موفق الدين بن قدامة، المغني، ج11، ص247.

أولاً: أثر الغياب والفقدان على الرابط الزوجية للغائب والمفقود: نميز بين الأحكام المتعلقة بالغائب وبين الأحكام المتعلقة بالمفقود في هته المسألة كالاتي:

**1- أثر الغياب على الرابطة الزوجية:** بالنسبة للآثار المتعلقة بإمكانية إبرام الغائب لعقد زواجه من مكانه أو طلاقه لزوجته حيث هو غائب، أو بواسطة وكيل، أو بواسطة نائبه الشرعي، وغياب الولي عن من تحت ولايته في تزويجها، فسيكون موضع الحديث عنها هو الباب الثاني في الفصل المتعلق بصلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي، أما ما نتطرق إليه في هذا العنصر فهو مسألة تأثير الغياب على بقاء الرابطة الزوجية، حيث نرى أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين للغيبة، على النحو التالي:

**1-1- المذهب الحنفي:** الحنفية لا يجيزون للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها للغيبة، لأنهم لم يجيزوا ذلك لزوجة المفقود، فالغائب بذلك أولى بمنع زوجته من طلب التفرقة.<sup>1</sup>

**1-2- المذهب المالكي:** أجاز المالكية لزوجة الغائب أن ترفع أمرها للقضاء وأن تطلب التفريق بينها وبين زوجها بشروط هي:

- أن تطول غيبته لمدة أكثر من سنة،
- أن تخشى الزوجة على نفسها الزنا،
- أن يكتب القاضي للغائب إذا علم مكانه ويخيره بين العودة لزوجته، أو ضمها إليه حيث هو، أو يطلقها، وإلا طلق القاضي عليه.<sup>2</sup>

**1-3- المذهب الشافعي:** عند الشافعية لا يحق للمرأة طلب تطليقها من زوجها ما دام غائباً لم يصل لدرجة المفقود، فإذا كان زوجها قد ترك مالا أنفق القاضي عليها من هذا، وإذا لم يكن الزوج قد ترك مالا فللقاضي أن يكتب إليه بذلك في الموضع الذي هو فيه.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - ابن الهمام، كمال الدين، فتح القدير شرح الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي، 10 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003)، ج6، ص186؛ عبد الكريم زيدان، المفصل، ج8، ص464؛ يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص86.

<sup>2</sup> - الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص431؛ الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص623.

<sup>3</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج8، ص400.

**1-4- المذهب الحنبلي:** الحنابلة كالمالكية في تقرير حق زوجة الغائب في طلب الطلاق، ولكنهم اشترطوا أن لا يكون قد ترك لها نفقة، أما مسألة الوطء فلا تصلح عذرا لطلب الطلاق للغيبة مالم يثبت قصد الزوج الغائب الإضرار بزوجته، برفضه العودة أو نقلها إليه بعد مراسلته؛ حيث يحكم القاضي في هذه الحالة للزوجة بالطلاق بمرور 4 أشهر قياسا على الإيلاء.<sup>1</sup> وقول المالكية أقرب إذ لم يشترطوا للفرقة عدم ترك الغائب مالا لزوجته، لأن عدم وجود النفقة مبرر في حد ذاته لطلب التفرقة بينها وبين زوجها، كما أن الزوجة ليست في حاجة المال فقط، وإنما حقها في الوطء ثابت، إضافة إلى الإحساس بالأمن والرعاية والحماية.

**2- أثر فقدان على الرابطة الزوجية:** نتناول أقوال الفقهاء في هذه المسألة كالاتي:

**1-2- المذهب الحنفي:** سبق القول إن الأحناف لا يرون التفرقة بين الزوجين لفقدان الزوج، ذلك أن الزواج ثابت، وموت الزوج مشكوك فيه، فلا يزول يقين بشك.<sup>2</sup>

**2-2- المذهب المالكي:** لم يتحدث المالكية عن حق الزوجة في طلب التفريق بسبب الفقد بصفة صريحة مثلما فعلوا مع زوجة الغائب، وإنما بينوا حكمها في مدة انتظاره قبل أن تعدد عدة الوفاة؛ ذلك أن المفقود مجهول المكان والحياة وليس كالغائب معلوم الحياة والمكان، وبالتالي نجدهم ينصون على حكم خاص بزوجة كل نوع من أنواع المفقود سألفة الذكر، فزوجة المفقود في بلاد المسلمين ترفع أمرها للقاضي وبعد البحث عنه يضرب لها أجل 4 سنوات، وبعد انتهاء الأجل تعدد عدة الوفاة.<sup>3</sup>

أما المفقود في بلاد الشرك فلا تعدد زوجته إلا بعد أن يبلغ سنا يموت فيها أقرانه وهو ما يسمى بالتعمير، والمفقود في قتال مع الكفار تعدد زوجته بعد سنة من افتراق الصفيين وأما المفقود في قتال بين المسلمين فتعد مباشرة بعد انتهاء القتال إذا ثبت حضوره المعركة.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، ج4، ص13؛ موفق الدين بن قدامة، المغني، ج11، ص247

<sup>2</sup> - كمال الدين ابن الهمام، المرجع السابق، ج6، ص186.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج1، ص550.

<sup>4</sup> - الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج4، ص557.

وبالتالي فإن المالكية لم ينصوا بصراحة على أن الفقدان يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة؛ لأن المفقود فرع عن الغائب، وما دام لزوجة الغائب أن تطلب التفريق فالأولى بزوجة المفقود أن تطلب ذلك.

**2-3- المذهب الشافعي:** في القول القديم قالوا بأن امرأة المفقود تتربص 4 سنوات ومن ثم تعدد عدة الوفاة، وأما في القول الجديد فلا بد لها أن تنتظر التعمير، أي لا تعدد عدة الوفاة حتى يبلغ السن التي يموت فيها أقرانه.<sup>1</sup>

**2-4- المذهب الحنبلي:** يفرق الحنابلة بين الفقد الذي يكون في ظروف ظاهرها الهلاك، والفقد في ظروف تغلب فيها السلامة؛ ففي الحالة الأولى الراجح عندهم هو تربص المرأة أربع سنوات ومن ثم تعدد عدة الوفاة، وفي الحالة الثانية فإن الزوجية لا تزول، وإذا أرادت الفراق فعليها أن تتربص حتى يبلغ سن 90 سنة ثم تعدد عدة الوفاة.<sup>2</sup>

ويظهر أن تفصيل المالكية أوفى من بقية المذاهب ولكن تقسيم الحنابلة أبسط وأسهل.

**ثانياً: أثر الغياب والفقدان على أحكام الميراث:** هذا من أهم المسائل التي تحدث فيها الفقهاء، ذلك أن من شروط الإرث المقررة تحقق حياة الوارث حين موت المورث، وعليه وبما أن حياة الغائب محققة فإن ميراثه من غيره ثابت له ولا يمكن أن يرثه غيره، أما المفقود فإن موته محتمل وحياته محتملة أيضاً، لذلك فإنه يعتبر حياً في ماله فلا يورث، أما في مال غيره فلا يعتبر حياً ولكن يحفظ له حقه من تركة مورثه ولا يتصرف فيه حتى يتبين حاله، فإما عاد حياً أخذه، وإن ثبت موته فيرد على من كان معه في التركة، إلا إذا ثبت أنه مات بعد موت المورث فساعتها يقسم نصيبه على ورثته؛ لأنه صار ماله.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج8، ص400.

<sup>2</sup> - الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، ج4، ص13؛ موفق الدين بن قدامة، المغني، ج11، ص255.

<sup>3</sup> - ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج5، ص455؛ القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، 14 جزءاً، ط1، (بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1994)، ج13، ص23؛ مصطفى الخن، مصطفى البغا وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج5، ص131؛ يوسف عطا محمد حلو، المرجع السابق، ص150؛ موفق الدين بن قدامة، الكافي، ص131.

ثالثاً: أثر الغياب والفقدان على أموال الغائب والمفقود: بالنسبة لأثر الغياب والفقدان على أموال الغائب والمفقود فإنها تتمثل في تعيين القاضي لمن يقوم مقامه في حفظ ماله وبذل النفقة لمن يستحقها عليه حتى تبين حاله، ونرجئ التفصيل في الكلام بشأن صلاحيات الشخص المعين من قبل القاضي للفصل الأول من الباب الثاني حين الحديث عن صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي.

وبهذا نكون قد تناولنا أحكام المفقود والغائب في الفقه الإسلامي؛ وننتقل الآن لنتناولها وفق أحكام القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

## المطلب الثاني

### الغائب والمفقود في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

من خلال هذا المطلب نتولى بيان أحكام المفقود والغائب من خلال القانون الجزائري مع مقارنة أحكامه بما ورد في القوانين العربية محل المقارنة، وهو ما نتناوله من خلال أربع فروع، الأول يخص لمفهوم الغائب والمفقود، والثاني لأقسام الغائب والمفقود والثالث لبيان شروط إثبات الغياب والفقدان، وفي الفرع الرابع والأخير نتناول الآثار المترتبة على الغياب والفقدان، وذلك على النحو التالي:

#### الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود:

نقوم من خلال هذا الفرع ببيان تعريف الغائب والمفقود وتمييزهما عن ما يلتبس بهما من أحوال كالأسير والسجين والمحبوس.

**أولاً: تعريف الغائب والمفقود:** قام المشرع الجزائري بتعريف المفقود وبيان شروطه وبين الحالة التي يعد فيها الشخص مفقوداً حتى ولو في حالة عدم توفر الشروط، في حين لم يعرف الغائب مباشرة وإنما يمكن استنتاج تعريفه من خلال النصوص.

فالمادة 109 من قانون الأسرة تنص: (المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم) أما المادة 110 من نفس القانون فنصت: (الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة وكيل)<sup>1</sup> مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود).

ومنه يمكن القول أن تعريف الغائب وفق القانون الجزائري: (الشخص الذي غادر محل إقامته ولم يرجع إليه ولكن حياته معلومة ومكانه معلوم ومنعته ظروف قاهرة من الرجوع لمحل إقامته ويعامل كالمفقود).

وقد عيب على المشرع الجزائري اعتباره الغائب كالمفقود رغم عدم توفر الشرطين اللذين أقرهما في تعريف المفقود، لذلك اقترح بعض شراح القانون الجزائري تعديل المادة 110 من قانون الأسرة بحيث تصبح تعريفا للغائب وذلك بإضافة إسم الإشارة (هو) بعد كلمة الغائب وحذف آخر المادة (يعتبر كالمفقود) مع إضافة فقرة تنص على تعيين القاضي لشخص يدير أموال الغائب أو تثبيت الوكيل الذي تركه الغائب، وبالتالي يعتبر غائبا وتسري عليه أحكام النيابة الشرعية حتى ولو ترك وكيل حيث تنقلب الوكالة من نيابة اتفاقية إلى نيابة شرعية.<sup>2</sup>

وعليه فالمشرع الجزائري يميز بين المفقود والغائب من خلال نقطتين؛ العلم بالمكان والعلم بالحياة، فالغائب معلوم المكان بينما المفقود مجهول المكان، ومن حيث العلم بالحياة فالغائب معلوم الحياة أما المفقود فلا تعرف حياته. وما يؤكد ذلك هو ما ورد في المادة 110 سالف الذكر التي جعلت الغائب مفقودا ولو كانت حياته معلومة ومكانه معروفا ما دام شرط الظروف القاهرة وعدم القدرة على إدارة أمواله ولم يكن له وكيل. وأكد المشرع الجزائري أن الشخص لا يعتبر مفقودا- وبالضرورة لا يعد غائبا- إلا بموجب حكم قضائي يثبت صفة المفقود.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>- في النص العربي للمادة لا وجود لكلمة وكيل، ولكن الكلمة موجودة في النص الفرنسي للمادة وهو عيب شكلي في المادة لا يمس بمعناها أو حكمها لأنه حتى ولو نزعنا كلمة وكيل يبقى المعنى صحيحا.

<sup>2</sup>- جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، ج2، ص 326.

<sup>3</sup>- نوي عبد العزيز، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، (الجزائر: جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2012/2013)، ص 29.



وإضافة إلى التعريف الذي أورده المشرع في قانون الأسرة كقاعدة عامة، نجده أورد تعريفات في قوانين خاصة صدرت في مواجهة ظروف معينة و يتعلق الأمر بثلاثة حالات هي حالة المفقودين في فيضانات باب الوادي 2001 والذين صدر بشأنهم الأمر (02-03) المؤرخ في 25 فبراير 2002<sup>1</sup>، وحالة المفقودين في زلزال بومرداس 2003 والذين صدر في حقهم القانون 03-06 المؤرخ في 14 جوان 2003<sup>2</sup>، وأخيرا المفقودين ضحايا المأساة الوطنية الذين صدر بشأنهم الأمر 01-06 المؤرخ في 27 فبراير 2006<sup>3</sup>، حيث نص فيها على حالات يتم فيها إعلان الوفاة مباشرة إذا ثبتت للشخص صفة المفقود في تلك الأحداث، حيث أعطى للغائب مباشرة صفة المفقود واعتبره ميتا لفقده بسبب تلك الكوارث أو خلال تلك الأحداث، وعليه اعتبر المفقود كل شخص كان موجودا في أماكن حدوث الفيضان أو الزلزال ولم يظهر له أثر بعدها ونفس الأمر بالنسبة لمن اختفى أثناء فترة الأزمة الوطنية.<sup>4</sup>

ويلاحظ من خلال المواد المتعلقة بالغاء والمفقود الواردة في قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لا يرتب أثرا على الغياب العادي الذي يعلم فيه مكان الشخص وحياته ولا يوجد ما يمنعه من العودة لتسيير أمواله، حيث لا يعتبر لذلك أي أثر، حتى ولو لم يعد، ما لم يتوفر فيه مستقبلا شروط المفقود وصدر حكم بفقده، وسبق بيان النقد الموجه للمشرع في هذه المسألة. وكان المشرع الجزائري وضع صورتين للمفقود، المفقود الحقيقي وهو الغائب الذي جهل مكانه ولم تعلم حياته والثاني هو المفقود حكما وهو الغائب الذي حالت دون عودته ظروف قاهرة مع العلم بحياته ومعرفة مكانه. وأضاف لهاتين الصورتين التقليديتين صورة المفقود في الحالات الخاصة وهي حالات لا بد لها من نص خاص.

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، سنة 2002

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37، سنة 2003

<sup>3</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، سنة 2006.

<sup>4</sup> - انظر المادة الأولى والثانية من كل من الأمر 03-02 والأمر 06-03 المذكورين أعلاه والمادة 27 من القانون 01-06 المذكور أعلاه أيضا.

أما في القوانين العربية محل المقارنة فنجد منها من عرف الغائب والمفقود معا، ومنها من عرفت المفقود فقط، ومنها من عرفت المفقود والغائب عرضا حين الحديث عن زوجة الغائب أو المفقود وحقها في طلب التفريق بينها وبين زوجها.

فالقانون المغربي لم يعرف لا المفقود ولا الغائب وأشار إليهما عرضا حين الحديث عن أحكام طلاق زوجة الغائب وميراث المفقود، ومن خلالها يمكن أن نستشف تعريفا للغائب بأنه من غادر محل إقامته وعلمت حياته ومكانه، والمفقود هو الغائب الذي انقطع خبره.<sup>1</sup> وهو ذاته موقف القانون الموريتاني والقانون البحريني.<sup>2</sup>

أما في القانون التونسي فلا نجد تعريفا للغائب ولكن نجد تعريفا دقيقا للمفقود بأنه كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا، وهو تعريف مالكي بامتياز.<sup>3</sup>

أما المشرع الليبي فقد عرف الغائب والمفقود معا، حيث عرف الغائب بأنه الشخص الذي لا يعرف موطنه ولا محل إقامته، والمفقود هو الشخص الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته، وهو نفس التعريف الذي تبناه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.<sup>4</sup>

أما المشرع الكويتي فإنه عرف المفقود والغائب بصفة عرضية حين الحديث عن حكم أموالهما حيث يستشف تعريف الغائب بأنه الشخص الذي غادر محل إقامته وكان مكانه معلوما وحياته معلومة ولكن حالت ظروف دون إدارته أمواله. بينما المفقود هو الشخص الذي غاب ولا تعرف حياته من مماته.<sup>5</sup>

وعليه يحسن بالمشرع الجزائري بتعديل المادة 110 من قانون الأسرة بوضع تعريف

**خاص بالغائب وتحديد مركزه القانوني بدقة:** حيث تصبح صياغة المادة على النحو التالي:

( الغائب هو الشخص الذي غادر محل إقامته ولم يرجع إليه ولكن حياته محققة ومكانه معلوم.

<sup>1</sup> - المادة 104 والمادة 325 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - المادتان 106-107 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادتان 110 و111 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 81 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

<sup>4</sup> - المادة 21 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 233 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>5</sup> - المادة 141 من القانون المدني الكويتي.

إذا تجاوزت مدة الغياب سنة أو وقعت ظروف تحول بينه وبين عودته لمحل إقامته أو إدارة شؤونه حيث هو ولم يكن قد عين وكيلًا، عين له القاضي بناء على طلب من له مصلحة أو النيابة العامة مقدما لإدارة شؤونه).

**ثانياً: تمييز الغائب والمفقود عن الأسير والسجين والمحبوس:** هذه المسألة من المسائل التي اختلف حولها الفقهاء قديماً، وقد بينا حين تناول أحكام الفقه الإسلامي، الخلاف بين الفقهاء في المسألة وثمره ذلك الخلاف، ونبين فيما يلي موقف القانون من هذه المسألة:

**1- تمييز الغائب والمفقود عن الأسير:** الأسير هو الشخص الذي يقع في قبضة العدو<sup>1</sup>، ويختلف عن المفقود في الوقت الحالي بأمور عدة أهمها أنه معلوم المكان والحياة، ولكن يمنعه ظرف قاهر من العودة، وهو بهذا يتفق وتعريف الغائب، فهو طبقاً للقانون غائب وليس مفقوداً، ولكن حين النظر في حقوق الأسرى نجد أنه مكفول لهم حق الاتصال بأهلهم والاطلاع على حالهم، ولكن يبقون في خانة الغائب وإن خرجوا من حكم المفقود، فإذا حدث وانقطعت أخبار الأسير ولم يعلم أحي أو أم ميت ولم يعلم أين صار مأسوراً ساعتها فقط يرقى لمرتبة المفقود.<sup>2</sup>

**2- تمييز الغائب والمفقود عن السجين والمحبوس:** السجين والمحبوس كلاهما نزيل المؤسسات العقابية، والفرق بين المسميين هو في نوع العقوبة المحكوم بها نتيجة الجريمة المرتكبة، فالسجين نسبة لعقوبة السجن التي تكون في الجنايات ويخضع في إجراءات الاحتباس لأحكام خاصة، أما الحبس فهو العقوبة المقررة عادة للجرح، وأحياناً حين الاستفادة من ظروف التخفيف تطبق عقوبة الحبس فيما تعلق بالجنايات أيضاً.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر المادة 4 من اتفاقية جنيف لمعاملة أسرى الحرب 1949، نقلاً عن نوي عبد النور، المرجع السابق، ص 56.

<sup>2</sup> - شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، (الجزائر: كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014/2015)، ص 22.

<sup>3</sup> - انظر: القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذو الحجة عام 1425 الموافق 06 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، سنة 2005، العدد 12)، والمادة 5 من قانون العقوبات الجزائري.

هذا وقد تطرق قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (القانون 05-04)، لأصناف نزلاء المؤسسات العقابية حيث نص في المادة 7 منه حيث فرق بين المحبوسين مؤقتا (الأشخاص المتابعون جزائيا في انتظار صدور حكم أو قرار جزائي نهائي بخصوصهم)، والمحبوسين مؤقتا (من صدر بحقهم حكم أو قرار قضائي نهائي تم تنفيذه)، وأخيرا المحبوسين في إطار الإكراه البدني.

وإذا كان المحكوم عليه جراء جناية، سواء حكم عليه بالسجن أو الحبس نتيجة ظروف التخفيف، يحكم عليه وجوبا بعقوبة تكميلية هي الحجر القانوني كما سبق ذكره في المبحث السابق، فإن المحكوم عليه بعقوبة الحبس لجنحة لا يحكم عليه بعقوبة الحجر القانوني، وبالتالي فلا يمكن تطبيق أحكام المفقود ولا الغائب عليه لانعدام الشروط.

أما المحبوس الذي لم يحكم عليه بالحجر القانوني، فإنه يحتفظ بأهليته القانونية ولكن يكون محجوزا غير قادر على التصرف لمدة قد تفوق السنة وهو ما يجعله في مرتبة الغائب على الأقل، ولكن المشرع الجزائري نفى هذا الاحتمال حينما أكد في المادة 78 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين أن المحبوس يحتفظ بحقه في التصرف في حدود أهاليته القانونية وبترخيص من القاضي المختص، حيث يبرم المحبوس التصرف داخل المؤسسة العقابية وجوبا وبحضور موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل قانونا يدخلون لزيارته موجب رخصة زيارة، وذلك تحت طائلة بطلان التصرف.<sup>1</sup>

وبعد بيان مفهوم المفقود ننتقل إلى الفرع الموالي وذلك لتبيان أقسام الغائب والمفقود.

#### الفرع الثاني: أقسام الغائب والمفقود

حين نريد أن نضع تقسيما للغائب والمفقود في القانون الجزائري فإننا نجد أن الغائب ينقسم إلى غائب عادي وغائب فيظروف خاصة يعد كالمفقود وهذا الأخير هو وحده من يخضع للنيابة الشرعية لكونه يعتبر مفقودا أما في الحالة العادية فلا يخضع للنيابة الشرعية، وعليه

---

<sup>1</sup> - الأثر المترتب على مخالفة هذه الأحكام (رغم عدم تصور ذلك)، هو البطلان المطلق، لأن المشرع كان صريحا في نص المادة 78 من قانون تنظيم السجون أعلاه حينما نص على عدم صحة أي تصرف مبرم خلاف ما ورد في المادة من شروط.

يمكن الاكتفاء بأنواع المفقود والتي جعلها المشرع الجزائري ثلاثة، المفقود حقيقية، والمفقود حكما (وهو الغائب الذي يعتبر كالمفقود) والمفقود في الحالات الخاصة، علما أن المفقود حقيقة ينقسم إلى قسمين المفقود في حالة يغلب فيها السلامة والمفقود في حالة يغلب فيها الهلاك، وهو ما نراه كالاتي:

**أولا: المفقود حقيقة:** هو الذي عرفته المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري سالفه الذكر، ويتوفر فيه شرطا الجهل بالمكان والجهل بالحياة، وكما قلنا أعلاه ينقسم إلى قسمين حسب الظروف التي فقد فيها إلى:

**1- المفقود في ظروف تغلب فيها السلامة:** هي الحالة التي يختفي فيها الشخص في ظروف عادية حيث لا لوجود ظرف خاص أو حالة خاصة أو توحى أو تنبئ بأنه قد هلك ومات. وهو القاعدة العامة التي نص عليها المشرع في المادة 109 من قانون الأسرة، وتمت الإشارة إليه في مسألة الحكم بوفاة المفقود في القسم الثاني من المادة 113 من قانون الأسرة.<sup>1</sup>

**2- المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك:** وهي التي عبر عنها المشرع الجزائري بحالات الحرب والحالات الاستثنائية في بداية المادة 113 من قانون الأسرة، والفرق الأساسي بين الحالتين يظهر بالنسبة للمدة التي يجب انتظارها بين تاريخ الحكم الفقد وتاريخ الحكم بالوفاة، حيث في الحالة الأولى يفوض الأمر للقاضي عد مرور 4 سنوات بينما في الحالة الثانية حيث بمجرد مرور الأربع سنوات تعلن الوفاة بحكم.<sup>2</sup>

**ثانيا: المفقود حكما:** هو الغائب الذي أعطاه المشرع الجزائري حكم المفقود طبقا للمادة 110 من قانون الأسرة وعرفته بأنه الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالغير.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص16.

<sup>2</sup> - نوي عبد الحكيم، المرجع السابق، ص37.

<sup>3</sup> - يرى نوي عبد الحكيم ومثله شبايكي نزهة في بحثيهما الاقتصار على التقسيم الثنائي ولم يريا الأخذ بفكرة المفقود حكما التي ذكرناها في المتن، حيث عابا على المشرع الجزائري ذلك التصنيف ولا أخالفهما الرأي، إنما رأيت أن أورد هذا التقسيم لأنه هو ما تدل عليه النصوص سارية المفعول.

**ثالثاً: المفقود في حالة خاصة:** نظراً للظروف الخاصة التي مرت بها الجزائر في عدة مناسبات ترتب عنها فقدان مئات الأشخاص في ظروف ذات طبيعة خاصة لا تستوعبها قواعد قانون الأسرة، واجه المشرع الجزائري هته الظروف بقوانين عاجلة سبق ذكرها، واجهت بها الجزائر حالات الفقدان التي حصلت بسبب فيضانات باب الوادي (2001/11/10) وزلزال بومرداس (2003/05/21) ومفقودي العشرية السوداء التي صدر بشأنها قانون تطبيق ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، حيث يعتبر مفقوداً كل من ثبت وجوده في أماكن الكارثتين واختفى من تاريخهما بالنسبة لفيضانات باب الوادي وزلزال بومرداس، وكل من اختفى بسبب الأزمة الأمنية ولم يظهر له أثر، وثبت كل ذلك بموجب محضر تعده الضبطية القضائية.<sup>1</sup>

ويظهر من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد أخذ بتقسيم الحنابلة للمفقود، ولم يتبع مذهب المالكية في هته المسألة، وإن كانت النصوص الخاصة بالمفقودين في الكوارث الطبيعية والأزمة الوطنية توحى بأخذه بقول المالكية في من فقد في معركة وتأكد حضوره بين الصفين. أما في القوانين العربية محل المقارنة فنجدتها اتفقت على تقسيم المفقود إلى مفقود في حالة تغلب فيها السلامة وحالة تغلب فيها الهلاك.<sup>2</sup> ما عدا القانون الليبي الذي لم نقف له على تقسيم للمفقود.

وننتقل في الفرع الموالي لبيان أحكام الدعوى التي بموجبها يتم إثبات حالة الغياب والفقدان.

#### الفرع الثالث: دعوى إثبات الفقدان

نص المشرع الجزائري بوضوح على أن المفقود لا يعتبر مفقوداً بغير حكم وبالضرورة فإن إعلان الشخص مفقوداً يعني بالضرورة اعتباره غائباً، وهو في ذلك موافق لما جرى عليه الفقه

<sup>1</sup> - نوي عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> - المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 240 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 112 من قانون الأسرة البحريني.

الإسلامي من لزوم حكم القاضي باعتبار الشخص مفقودا، والدعوى ترفع أمام قسم شؤون الأسرة باعتباره المختص طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية،

**أولا: أطراف دعوى إثبات فقدان:** مثل أي دعوى قضائية لا بد لمن يرفعها أن يتمتع بالصفة والمصلحة وأن تكون ضد من له صفة في الدعوى، وهو ما نراه كما يلي:

**1- المدعي في دعوى إثبات فقدان:** نقصد بذلك الشخص الذي يملك الصفة والمصلحة في رفع دعوى قضائية يثبت بها صفة الغائب والمفقود، وورد النص على ذلك في المادة 114 من قانون الأسرة حيث جاء فيها أنه يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة،

**1-1- الورثة:** وعبرة الورثة عامة تشمل ورثته المحتملين فهم كل وارث طبقا للمادة 126 من قانون الأسرة أي بالزوجية أو القرابة.<sup>1</sup>

**1-2- من له مصلحة:** هي عبارة عامة استخدمها المشرع لتمكين كل من لا يعتبر وارثا للشخص المراد الحكم بفقده، والمراد بمن له مصلحة كل شخص تكون له فائدة من الحكم بالفقدان، ومن أمثال هؤلاء الدائنون الذين حلت آجال ديونهم ومن مصلحتهم تعيين مقدم على المفقود حتى يوجهوا ضده الطلب القضائي وينفذوا في مواجهته، وكذلك شركاء المفقود في التركة التي يكون وارثا فيها حيث يطلبون تثبيت فقدان لقسمة التركة.

**1-3- النيابة العامة:** النيابة العامة طرف في جميع الدعاوى الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة وذلك بموجب المادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فإن للنيابة لعامة الحق حين ينتهي لعلمها وجود غائب أو مفقود في حاجة إلى من يتولى أمره، لا سيما حين تتداخل أحكام الفقد والغياب مع بعض الأحكام الأخرى مثل طلب الزوجة التطليق للغيبة.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - شرايين ابتسام، المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، (بومرداس: جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2009/2010)، ص43.

<sup>2</sup> - عمر زودة، "طبيعة دور النيابة العامة في ظل المادة 3 مكرر من قانون الأسرة: الأمر 05-02"، المجلة القضائية، للمحكمة العليا، 2005، العدد 2، ص35.

2- المدعى عليه في دعوى الفقدان: طبقا للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة الجزائري فإن النيابة العامة هي الطرف المدعى عليه في دعاوى إثبات الغياب والفقدان، لأنها تتولى الدفاع عن مصالح الشخص الغائب، فإذا كانت النيابة العامة هي من رفعت دعوى إثبات الفقدان فإن القاضي يلجأ إلى إدخال أقرباء الشخص الغائب المطلوب الحكم بفقده في الخصومة.<sup>1</sup>

ثانيا: إجراءات رفع دعوى الفقد والفصل فيها: تخضع دعوى إثبات الفقد إلى القواعد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة طبقا للمادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>2</sup> وذلك في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها آخر موطن للشخص المطلوب الحكم بفقده، رغم أنه ليس المدعى عليه.<sup>3</sup>

وعليه طبقا للقواعد العامة فإنه تودع عريضة افتتاح دعوى أمام قسم شؤون الأسرة الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان إقامة الشخص الغائب وذلك من قبل أحد أو جميع الورثة أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة، يكون موضوعها هو طلب الحكم باعتبار الشخص مفقودا وتعيين المدعي أو شخص آخر مقدا عليه لإدارة أمواله. ويتم تبليغ الأطراف بواسطة المحضر القضائي بموعد الجلسة، حيث ينظر القاضي في ملف الدعوى، وغالبا ما يتطلب الأمر أكثر من جلسة وذلك حتى يضمن القاضي حضور كافة الأفراد ويستمع لكل الشهود.<sup>4</sup>

ويجب على القاضي أن يتأكد من ثبوت شروط الحكم بالفقد، وله في سبيل ذلك البحث والتحري بواسطة النيابة العامة التي تكلف ضباط الشرطة القضائية بالتحري عن الشخص المدعى بفقده، حيث يعتمد القضاة في هذه القضايا على محاضر البحث والتحري التي تقوم بها عناصر الضبطية القضائية وأيضا على شهادة الشهود كما سبق ذكره.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - نوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 74-77.

<sup>2</sup> - جاء في المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: ( ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: ... 5- الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم).

<sup>3</sup> - نوي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 77.

<sup>4</sup> - شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 48.

<sup>5</sup> - نوي عبد العزيز، نفس المرجع، ص 84.



فإذا ثبت له صحة الادعاءات وتوفر الشروط التي ذكرناها في مفهوم المفقود والغائب أصدر حكماً باعتبار الشخص مفقوداً، وألزم قانون الأسرة القاضي حين النطق بحكم فقدان أن يحصر أموال المفقود ويعين مقدماً، حتى وإن كان المدعي قد قدم جرداً لهته الأموال، حيث غالباً ما يلجأ القضاة إلى الحكم باعتبار الشخص مفقوداً وبتعيين المدعي مقدماً وبالأمر بتعيين خبير عادة ما يكون موثقاً لحصر أموال المحكوم عليه بالفقد وتبليغ المحكمة بنتيجة عمله خلال مدة يحددها القاضي والتي عادة لا تتجاوز الشهر.<sup>1</sup>

وحيث النظر في القوانين العربية محل المقارنة، نجد مواقفها متباينة من حيث الجانب الإجرائي لإثبات الغياب والفقدان، فالقانون المغربي حاله حال المشرع الجزائري جعل لكل ذي مصلحة والنيابة العامة تقديم عريضة لإثبات الغياب، وجعل الاختصاص الإقليمي فيها لمحكمة آخر موطن أو آخر محل إقامة للمدعى بغيابه أو المحكمة التي تقع في دائرتها أمواله.<sup>2</sup>

أما القانون التونسي، فمجلة المرافعات المدنية والتجارية لم تتضمن أي نص بهذا الخصوص، وبالتالي فالقضية المرفوعة بشأن إثبات الغيبة والفقدان تخضع لنفس الإجراءات المنصوص عليها في القواعد العامة، وحتى في مجلة الأحوال الشخصية لم يرد نص بهذا الخصوص، ونفس الأمر في القانون الموريتاني حيث لا نجد قواعد إجرائية، إلا أن مدونة الأحوال الشخصية أشارت إلى أن القاضي قبل الحكم بموت المفقود سواء في حالة غلبة الهلاك أو في الحالة العادية عليه أن يبذل الوسائل الممكنة في البحث والتحري عن المفقود.<sup>3</sup>

بينما لم يرد في قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي إشارة لإجراءات التقاضي بشأن دعوى الغيبة والفقدان ولا لسلطة القاضي وما يجب عليه من بحث وتحرر عن المفقود وهو ما يحيل القانون الليبي بشأنه على مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر مواءمة.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - شبايكي نزهة، المرجع السابق، ص 28؛ شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 49.

<sup>2</sup> - الفصل 263 من قانون المسطرة المدنية المغربية ( القانون رقم 1.74.447 المؤرخ في 28/09/1974 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3230 مكرر بتاريخ 30/09/1974).

<sup>3</sup> - المادة 240 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - المادة 38 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

وفي القانون الكويتي لم يرد نص على إجراءات إثبات الغياب والفقدان، بينما نص المشرع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية على أن القاضي يجب عليه قبل الحكم بالفقد أن يبحث عن الشخص المطلوب الحكم بفقده مع إشارة إلى أصحاب الحق في رفع الدعوى حين استخدم القانون الإماراتي مصطلح ( ذوي الشأن) دون تفصيل آخر.<sup>1</sup>

أما في القانون البحريني فإن قانون الولاية على المال ينص على أن غيبة الشخص تثبت بحكم من المحكمة المختصة والتي تقوم بإبلاغ إدارة أموال القصر لتعيين قيم ما لم يكن الشخص قد ترك وكيلا فتقوم إدارة شؤون القصر بتثبيته إذا كانت الشروط المطلوبة في الوصي متوفرة فيه.<sup>2</sup>

الفرع الرابع: الآثار المترتبة على الحكم بالغياب أو الفقدان: يترتب على الحكم بالفقدان آثار تتعلق بالرابطة الزوجية للمفقود وأخرى بميراثه وثالثة تتعلق بأمواله وهو ما نتناوله كالاتي:

**أولاً: أثر الغياب والفقدان على الرابطة الزوجية للغائب والمفقود:** لقد كان المشرع الجزائري واضحا وصريحا حين نص في المادة 112 من قانون الأسرة بأن لزوجة الغائب والمفقود أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة، والتي نصت على الأسباب التي تسمح للمرأة بطلب التطلاق ومن بينها الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.<sup>3</sup> والواضح من النص أن المشرع الجزائري اتخذ موقفا أقرب إلى المذهب الحنبلي منه إلى المذهب المالكي وهما المذهبان اللذان أقر بحق المرأة في طلب التفريق للغيبة، حيث أن المذهب الحنبلي هو الذي اشترط عدم وجود النفقة، أما العذر فقد نص عليه الحنابلة والمالكية معا كما سبق ذكره، وهو أمر سليم جدا.

وجميع القوانين العربية محل المقارنة أقرت بغياب الزوج وفقدانه سببا لفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، بنفس الشروط تقريبا مع بعض الاختلافات الطفيفة،

---

<sup>1</sup> - المادة 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المادة 49 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 53 بند 5 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث نجد المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية يؤكد على حق الزوجة التي غاب عنها زوجها مدة سنة أن ترفع طلب التطلق وعلى القاضي التأكد بكل الوسائل وإذا علم مكان الزوج تم تبليغه بصحيفة الدعوى وإنذاره بأنه إذا لم يعد أو يدعو زوجته إليه فسيطلقها القاضي عليه، وفي حالة عدم معرفة مكان الزوج تبذل المحكمة وسعها للعثور عليه وحتى تعيين قيم لرفع الدعوى ضده، وفي حالة عدم العثور عليه يطلقها القاضي.<sup>1</sup>

وهو نفس ما جاء به المشرع الكويتي مع اختلاف في أن المشرع الكويتي نص على منح الغائب الذي تم إعداره أجلا، أما الشخص الذي لا يمكن تبليغه بعريضة الدعوى فالتطبيق يقع مباشرة دون ضرب أجل.<sup>2</sup>

وهي نفس الأحكام التي نص عليها المشرع الموريتاني ولكنه أضاف نصا تحدث فيه عن زوجة المفقود واشترط لقبول طلبها أن تخشى على نفسها الفساد وأن تمر 4 سنوات من تاريخ رفع أمرها للقضاء وتعد عدة الوفاة لا عدة الطلاق، كما نص المشرع الموريتاني على أن زوجة المفقود في أرض العدو لا تعد حتى تمر مدة التعمير إلا أن تخشى على نفسها الفساد أو الضياع.<sup>3</sup>

وقد تضمن قانون الزواج والطلاق الليبي أحكاما مقاربة ولكن بنوع من التفصيل وحصرها بالغائب دون المفقود، حيث إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول وتضررت زوجته جاز لها أن تطلب التطلاق ولو كان لها مال تتفق منه على نفسها.<sup>4</sup>

إذا كان الغائب معلوم الإقامة وأمكن إعلانه ضربت له المحكمة أجلا أما أن يحضر إلى زوجته وإما أن ينقلها إليه وإما أن يطلقها، فإذا انتهى الأجل ولم يبد الزوج عذرا مقبولا فرقت المحكمة بينهما بدون إعدار أو ضرب أجل، ويعتبر هذا التفريق طلاقا رجعيا.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - المادتان 104 و 105 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - المادتان 136-137 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>3</sup> - المادتين 106-107 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - المادة 41 فقرة أ من قانون الزواج والطلاق الليبي.

<sup>5</sup> - المادة 41 فقرة ب و ج من قانون الزواج والطلاق الليبي.

ورغم أن المشرع الليبي لم يتطرق لأحكام المفقود وحق زوجته في طلب التفرقة إلا أنه يمكن القول به على اعتبار أن الضرر في فقدان أشد منه في الغياب.

وقد تضمن المشرع الإماراتي ذات الأحكام ولكنه حدد مدة الأجل الذي يعطيه القاضي للغائب ليعود أو يضم زوجته بسنة على أقصى تقدير، أما زوجة المفقود والشخص الذي لا يعرف مكانه فلها طلب الفرقة ولا يحكم لها بذلك قبل البحث والتحري ومرور سنة.<sup>1</sup>

أما المشرع البحريني فقد فرق بدوره بين التطلق على الغائب والتطلق على المفقود، واختلف عن المشرع الإماراتي من حيث مدة التبرص، حيث بخصوص الغائب حدد الحد الأدنى بـ 4 أشهر والحد الأقصى سنة، يقبل بعدها طلب الزوجة التطلق مع ضرورة إعدار الزوج وإنذاره بالعودة أو ضم زوجته له، أما المفقود والغائب الذي لا يعرف مكانه فلا تطلق عليه زوجته إلا إذا مرت 4 سنوات من الغياب أو الفقد.<sup>2</sup>

أما القانون التونسي لا نجد نصوصاً تتعلق بحق الزوجة بفك الرابطة الزوجية للغيب أو الفقدان، وإن كان يمكن القول بذلك في إطار النص العام الوارد بشأن حق المرأة في طلب التطلق في حالة الضرر المعتبر شرعاً والغياب والفقد يترتب عنهما لا شك ضرر بالغ.<sup>3</sup> وبالمقابل نجد المشرع التونسي حين الحديث عن العدة يتكلم عن عدة زوجة المفقود ولكنه جاء بحكم خالف فيه القانون الجزائري والمغربي وظاهر أحكام الفقه الإسلامي حين نص على أن زوجة المفقود تعدد عدة الوفاة بعد صدور الحكم بالفقد مباشرة، ومن المفروض أن العدة تبدأ بعد الحكم بالوفاة، ولعل السبب في ذلك هو الخلط الذي وقع فيه المشرع التونسي بين الحكم بالفقد والحكم بالوفاة وبين مدة انتظار المفقود ومدة البحث عنه قبل الحكم بفقده.<sup>4</sup> وفي العنصر الموالي نرى أثر الغياب والفقدان على أحكام الميراث.

---

<sup>1</sup> - المادتان 129 و 130 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المادتان 110 أو 111 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 31 فقرة 3 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

<sup>4</sup> - الفصل 36 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والفصل 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

ثانياً: أثر الغياب والفقدان على الميراث: تطرق المشرع الجزائري لأحكام ميراث المفقود في المادة 133 من قانون الأسرة ضمن الأحكام العامة للميراث، حيث نص على أن الوارث إذا كان مفقوداً ولم يحكم بموته يعتبر حياً وفق أحكام المادة 113 من قانون الأسرة.

وباستثناء هذه المادة لم يشر قانون الأسرة الجزائري لحق المفقود في الميراث، مما يجعلنا ملزمين بتطبيق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نجد الفقهاء المسلمين قد وضعوا القواعد الخاصة بميراث المفقود وقد سبق بيانها في المطلب السابق. وهو ما ينبغي تداركه من خلال وضع أحكام تخص حق المفقود ووضعه كوارث محتمل وكيفية حفظ حقه في التركة وكيف يصرف لمستحقه بعد الحكم بموته.

وفي القوانين العربية محل المقارنة، نجد أن المشرع المغربي كان أوضح في تحديد المركز القانوني للمفقود في أحكام الموارث حيث نصت المادة 326 من مدونة الأسرة المغربية أنه: (المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم ورثته، إلا بعد الحكم بتمويلته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يثبت في أمره)، وهو نص مطابق لما ورد في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.<sup>1</sup>

وفي القانون التونسي، نجد الفصل 151 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية تنص على أنه: (يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حياً أخذه، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة من وقت موت مورثه، فإن ظهر حياً بعد الحكم بموته أخذ ما بقي من نصيبه من أيدي الورثة). وهو ما يوافق ما جاء في قانون الموارث الليبي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 239 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>2</sup> - المادة 45 من قانون الموارث الليبي؛ المادتين 332 و 333 من قانون الأحوال الشخصية؛ المادة 353 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

أما في القانون البحريني وفي غياب نص قانوني ينظم أحكام المواريث تبقى الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمواريث سارية المفعول طبقا لنص المادة 909 من القانون المدني البحريني.<sup>1</sup>

وبذلك فإن المشرع الجزائري بحاجة إلى تدارك النقص الحاصل فيه ووضع أحكام تنظم ميراث المفقود بدقة وإحكام ضمن الكتاب المتعلق بالمواريث، يماثل ما جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي أو الإماراتي أو المغربي لحسن الصياغة. وذلك من خلال:

- تعديل عنوان الفصل الثامن (الحمل) من الكتاب الثاني (الميراث) لقانون الأسرة ليصبح كالاتي (الفصل الثامن: الحمل والمفقود).

إضافة المادة 174 مكرر لقانون الأسرة لتبیین أحكام ميراث المفقود: ويصبح نصها كالاتي: المادة 174 مكرر: (يوقف للمفقود نصيبه من تركة مورثه، فإن ظهر حيا أخذه وإذا حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته أخذ ما تبقى من نصيبه بيد الورثة).

وفي العنصر الموالي نتطرق للأثر المترتب على الغياب والفقدان فيما تعلق بأموال الغائب والمفقود

**ثالثا: أثر الغياب والفقدان على أموال الغائب والمفقود:** سبق القول بأن المشرع الجزائري لم ينص على أي أثر على أموال الغائب ما لم تنطبق عليه الشروط التي تجعله مثل المفقود وهو ما ضمناه في مقترح تعديل نص المادة 110 من قانون الأسرة.

وأهم أثر يترتب على الحكم بفقدان الشخص تعيين مقدم يتولى شؤونه الشخصية والمالية بحث تدار أمواله وفق القواعد الموجودة في الكتاب الثاني من قانون الأسرة (النيابة الشرعية).

وفي القوانين العربية محل المقارنة، نجد المشرع المغربي لم يضع أحكاما خاصة بإدارة أموال الغائب والمفقود وهو ذاته حال المشرع الموريتاني،

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 909 من القانون المدني البحريني: (تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية).

أما المشرع التونسي فقد نص على تعيين مقدم حالة عدم وجود وكيل وفي حالة وجود وكيل فإنه يبقى على حاله حتى يصدر الحكم بالفقد، ونص المشرع الليبي كذلك على تعيين قيم على الغائب والمفقود في حال عدم وجود وكيل عنهما وهو تميز في التشريع الليبي الذي ساوى بين الغائب والمفقود، ووافقه في ذلك المشرع الكويتي، والمشرع الإماراتي غير أن المشرع الإماراتي سمى القيم بالوكيل القضائي، وهو ذات ما نص عليه المشرع البحريني بشأن الغائب.<sup>1</sup> وبهذا ننهي هذا المبحث الذي تبين من خلاله أن المشرع الجزائري ورغم اقتضابه في تناول المسائل المتعلقة بالغائب والمفقود إلا أنه يبقى أفضل بكثير من بعض قوانين الدول العربية، إلا أنه لم يفصل في الأحكام ولم ينص على اعتبار الغائب والمفقود في حكم القاصر كما فعل المشرع الإماراتي كما أنه مزج بين عدة أقوال فقهية ولم يتبع مذهباً محدداً. وبانتهاء هذا المبحث الثاني، ينتهي الفصل الأول من هذا الباب والذي تضمن الأحكام المتعلقة بالأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، وننتقل فيما يلي لنرى الأحكام المتعلقة بالطرف الثاني للنيابة الشرعية، أي الأشخاص القائمون بمهمة النيابة الشرعية.

---

<sup>1</sup> - الفصلان 83 و84 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 22 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المواد 141-142-143 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 234 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 49 من قانون الولاية على المال البحريني.

# الفصل الثاني

## الأشخاص القائمون

### بمهمة النائب الشرعي

ويتضمن مبحثين:

#### المبحث الأول

#### النائب الشرعي في الفقه الإسلامي

#### المبحث الثاني

#### النائب الشرعي في القانون الجزائري

#### والقوانين العربية محل المقارنة



## الفصل الثاني

### الأشخاص القائمون بمهمة النائب الشرعي

بعد أن تناولنا في الفصل الأول تحديد الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، نتولى في هذا الفصل تبين الأحكام المتعلقة بالطرف الثاني من أطراف النيابة الشرعية وهو النائب الشرعي؛ حيث نتطرق لأحكام الأشخاص القائمين بمهمة النائب الشرعي، وهم طائفة الأشخاص الذي أناط بهم الشرع والقانون القيام بمهام النيابة الشرعية من حيث تولي شؤون القصر والمحجور عليهم، وكذا الغائب والمفقود.

وسيتم تناول الأحكام المتعلقة بالنائب الشرعي في مبحثين نخصص الأول منهما لأحكام النائب الشرعي في الفقه الإسلامي، في حين نتطرق لأحكام القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة في المبحث الثاني.

حيث نفضل في المبحث الأول صفة الشرعية في هذا النوع من النيابة من خلال طرح مسألة طبيعة مهمة النائب الشرعي وخصائصها، فالشرعية تؤدي إلى الإلزامية، كما أن اعتبار صفة الشرعية من حيث اختيار النائب الشرعي من الشرع مباشرة أو بواسطة النائب الشرعي الأول المعين من قبل الشرع، كذلك تمتد صفة الشرعية إلى ما تعلق بترتيب أصحاب الحق في النيابة الشرعية وشروطهم.

أما في المبحث الثاني فننتطرق للأحكام المتعلقة بالنائب الشرعي في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة، من حيث أصحاب الحق في النيابة الشرعية وترتيبهم، وأيضا الأحكام الخاصة المتعلقة بكل واحد منهم، لا سيما من حيث شروطهم وكيفية توليهم لمهامهم.

## المبحث الأول

### النائب الشرعي في الفقه الإسلامي

في هذا المبحث نتطرق لأحكام الفقه الإسلامي في ما يخص النائب الشرعي، من حيث بيان اختلاف الفقهاء فيمن يتولى هذه المهمة وترتيبهم من حيث الأولوية، ومن ثم تفصل في الأحكام الخاصة بكل نائب شرعي على حدة. على أن نقدم لذلك كله ببيان طبيعة مهمة النائب الشرعي وخصائص النيابة الشرعية، وهل هي حق للنائب الشرعي، أم التزام عليه؟ وهل هي حق من حقوق العباد أم من حقوق الله أم من الحقوق المشتركة؟ وذلك كالآتي:

### المطلب الأول

#### طبيعة النيابة الشرعية وخصائصها

نقصد بطبيعة مهمة النائب الشرعي أن نعرف هل النيابة الشرعية هي حق للقائم بها أم التزام يقع على عاتقه؟ وأيضا هل هي حق من حقوق الله أم من حقوق العباد أم من الحقوق المشتركة؟ وهو ما نتناوله في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نتناول الخصائص التي تتميز بها النيابة الشرعية.

#### الفرع الأول: طبيعة النيابة الشرعية

على الصعيد الأول (هل النيابة الشرعية حق للنائب الشرعي أم للخاضع لنظام النيابة الشرعية) نجد أن النيابة الشرعية تحتمل كلا الأمرين، فهي التزام أو واجب فرضته قواعد الشريعة الإسلامية على أشخاص معينين منحتهم صفة النائب الشرعي. ويظهر ذلك من أنه متى ثبتت للنائب الشرعي السلطة والولاية على شؤون فاقد الأهلية فلا يجوز له التحي دون سبب، فهي صفة لازمة له. كما تعتبر النيابة الشرعية حقا للنائب الشرعي لا يجوز انتزاعها منه ما لم يختل أحد الشروط، أو يقع ما يوجب نزع صفة النيابة عنه، كما أنها حق

ثابت للقاصر والمحجور عليهم من فاقدى وناقصي الأهلية، وكذا من حل به مانع الغياب والفقدان.<sup>1</sup>

وعلى الصعيد الثاني (هل النيابة الشرعية حق من حقوق الله أم من حقوق العباد)، نجد أن النيابة الشرعية حين النظر إليها باعتبارها سلطة يمنحها الشرع لأشخاص معينين وفق ترتيب محدد يصبح لهم بموجبها ولاية التصرف في شؤون القاصر والمحجور عليهم الشخصية والمالية، فإنها تدخل في صميم الأحكام الفقهية المتعلقة بالأسرة والتي صنفها الفقهاء في باب المعاملات، مما يوحي بدخولها تحت نطاق حقوق العباد<sup>2</sup>، باعتبارها حقا للقاصر والمحجور عليهم وللنائب عنهم أيضا، ولكن مع ذلك فإن أحكامها لها صلة بحقوق الله سبحانه وتعالى<sup>3</sup>؛ وذلك لأنها تهدف إلى صيانة القاصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود في أنفسهم وأموالهم في الوقت الذي يكونون في حالة لا تسمح لهم بالقيام بشؤونهم بأنفسهم والدفاع عن مصالحهم، وأيضا يظهر حق الله في النيابة الشرعية من خلال حرص الشريعة الإسلامية على النفس والمال، واعتبارهما من الكليات الخمس التي لا غنى عنها، وسعت للحفاظ عليهما من التلف والضياع؛ تحقيقا للمصلحة العامة التي تعد أهم مميز لحقوق الله تعالى.<sup>4</sup>

وهناك نوع ثالث من الحقوق يسمى الحقوق المشتركة بين الله والعباد، وهو ما اجتمع فيه الحقان معا، وأبرز مثال لهذه الطائفة من الحقوق هو الحق في القصاص، فهو حق لله لما فيه

---

<sup>1</sup> - أحمد نصر الجندي، النفقات والحضانة والولاية في الفقه المالكي، د.ط، ( المحلة الكبرى، مصر: دار الكتب القانونية، 2006)، ص213؛ سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، ط1، ( القاهرة، مصر، دار الفكر الجامعي، 2008)، ص98.

<sup>2</sup> - حقوق العباد هي الحقوق المتعلقة بالأفراد وليس للنظام العام فيها أي دخل، فهي حقوق تتعلق بخالص المصلحة الخاصة للفرد، وتشمل كل ما شُرِّعَ من أجل الفرد وحده دون الجماعة، وهو ما يدخل اليوم في نطاق القانون الخاص؛ انظر: بلحاج العربي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د.ط، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2001)، ص24.

<sup>3</sup> - حقوق الله يقصد بها تلك الحقوق التي يتعلق بها النفع العام للمجتمع وحمانيته دون مراعاة فرد أو أفراد معينين، فهي تشمل تلك الطائفة من الحقوق التي يقصد بها التقرب إلى الله تعالى بصفة مباشرة، أو بصفة غير مباشرة عن طريق حماية المجتمع دون اختصاص بشخص معين، وهي حقوق لا يجوز إسقاطها ولا تغييرها، وهي بذلك تشبه لحد كبير ما يسمى بمسائل النظام العام في القانون؛ انظر: محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته ونظرياته الفقهية، ط2، (القاهرة، مصر: دار الكتاب الحديث، 1996)، ص 429.

<sup>4</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 40.

من تطبيق لشرع الله وما يؤدي إليه من صيانة لحق الجماعة، وهو أيضا حق للعبد من حيث تحقيقه مصلحة خاصة كما أن لصاحبه يسقطه بأن يعفو عن الجاني. وحكم هذا النوع من الحقوق هو حكم الحق الغالب فيه، فإن غلب حق الله لم يكن للإنسان التصرف فيه بحرية، أما إن غلب حق العبد فإن له إسقاط هذا الحق والتصرف فيه.<sup>1</sup>

وبالنظر لما سبق نصل إلى أن النيابة الشرعية هي من الحقوق المشتركة، إلا أن حق الله فيها غالب، وهو ما يظهر بجلاء في كونها مستمدة من الشرع، ولا يجوز تعديل أحكامها باتفاق خاص، وليس لأحد التهاون فيها أو أن يسقطها، كما أنها لا تورث؛ لأنها من الحقوق التي راعى فيها الشرع صفة القائم بها.

#### الفرع الثاني: خصائص النيابة الشرعية

لقد سبق لنا القول إن النيابة الشرعية عن القصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود هي سلطة ممنوحة من الشرع للنايب الشرعي سواء بصفة مباشرة أو بواسطة الوصاية أو بواسطة القضاء تسمح له بالحلول محل القاصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود في التصرف عنهم في شؤونهم الشخصية والمالية، وليس للنايب الشرعي متى أسندت إليه هذه المهمة أن يتملص منها إلا بعذر مشروع، وبذلك فإن أهم خصائص النيابة الشرعية تتجلى في كونها ذات طبيعة شرعية وفي أنها إلزامية.

**أولا: النيابة الشرعية ذات طبيعة شرعية:** يقصد بالطبيعة الشرعية للنيابة عن القاصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود أن قواعد الشريعة الإسلامية نظمتها تنظيما كاملا من حيث منشؤها وآثارها، وذلك حتى لا تتلاعب بها النفوس، حيث لم تتركها لمحض مشيئة الأفراد، فحددت الأشخاص الذين ينوبون عن القاصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود وفق ترتيب معين على اختلاف بين المذاهب، وكلهم يستمد سلطته من الشرع، بعضهم بصفة مباشرة كالأب والجد عن من يراه من المذاهب ولها مباشرة، والبعض الآخر بواسطة الأب وهو الوصي أو

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 27.

بواسطة القاضي وهو وصي القاضي أو المقدم على المحجور عليهم والغائب والمفقود كما سنراه في موضعه من البحث.<sup>1</sup>

**ثانيا: النيابة الشرعية إلزامية:** لقد سبق وأن قررنا أن النيابة الشرعية تعتبر من الحقوق المشتركة بين الله والعباد إلا أن حق الله فيها غالب، فهي إذ تهدف إلى حماية القاصر والمحجور عليهم العاجزين عن الدفاع عن أنفسهم وحماية مصالحهم، فإنها تعتبر بذلك من المصلحة العامة بمكان، فيجب أن يحرص المجتمع على رعايتها، وعلى ذلك فهي تعتبر وظيفة إلزامية وجوبية في حق من كلفهم الشارع الحكيم بالقيام بها. فالنيابة الشرعية لا تنشأ باتفاق بين النائب الشرعي وبين القاصر والمحجور عليهم، وإنما بموجب الشرع الذي تولى تنظيم أحكامها وتحديد الآثار المترتبة عليها. و على ذلك فإن النائب القانوني ليس له رفض هذه المهمة التي أوكلت إليه ولا يجوز له التنازل أو التخلي عنها ما دامت الشروط متوفرة فيهم.<sup>2</sup>

وبهذا تتجلى لنا أهمية النيابة الشرعية والحكمة من تشريعها، فهي مقررّة لحماية الأشخاص العاجزين عن التصرف في أنفسهم وفي مالهم وهي بذلك تحمي المصلحة العامة في النهاية.

وبهذا ينتهي المطب الأول من هذا المبحث الذي خصص لأجل عرض طبيعة وخصائص مهام النائب الشرعي، وننتقل فيما يلي إلى المطب الثاني لنتطرق لأصحاب الحق في النيابة الشرعية والأحكام الخاصة بكل واحد منهم.

---

<sup>1</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> - بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط2 ( الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008)، ص205

## المطلب الثاني

### أصحاب الحق في النيابة الشرعية وأحكامهم الخاصة

يتكلم الفقهاء عن النائب الشرعي تبعا لنوع نيابته، هل هي من باب الولاية على النفس أم من باب الولاية على المال، فهم بذلك يقرون بوجود ولي على النفس وولي على المال وولي على النفس والمال معا، وقد اتفقوا على مجموعة من النواب الشرعيين واختلفوا في بعضهم سواء من حيث حقهم في تولي النيابة الشرعية أو من حيث نوع النيابة الشرعية المنوط بهم.

وبما أن موضوع البحث هو تدخل النائب الشرعي في إنشاء التصرفات القولية وتنفيذها فإنه يخرج من الولاية على النفس، وفق هذا البحث، كل من ليس له ولاية التزويج عند الفقهاء. وعليه نرى في الفرع الأول من هم أصحاب الحق في النيابة الشرعية وفي الفرع الثاني الشروط العامة المطلوبة في النائب الشرعي ومن ثم الأحكام الخاصة بكل نائب شرعي على حدة في الفرع الثالث.

#### الفرع الأول: أصحاب الحق في النيابة الشرعية

نرى أولا النائب الشرعي في الولاية على النفس، ثم نراه في الولاية على المال، كما يلي:  
**أولا: النائب الشرعي فيما يتعلق بالولاية على النفس:** اختلف الفقهاء حول من يكون لهم الولاية على النفس وترتيبهم على النحو الآتي:

**1- المذهب الحنفي:** قال الحنفية بثبوت الولاية على النفس للعصبة من الذكور بدءا بالبنوة فجهة الأبوة أي الأب والجد وإن علا وذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف أما محمد بن الحسن فيرى تقدم الأب على الابن، ومن بعدهم يأتي الأقارب من العصبة حسب درجات الإرث، فتأتي جهة الأخوة ثم جهة العمومة، ويقدم من كان شقيقا على من كان لأب، فإن حدث وتعددوا وتساووا في الدرجة وقوة القرابة تثبت لهم جميعا ويختار منهم القاضي أصلحهم.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - ابن الهمام كمال الدين، فتح القدير، ج3، ص268؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة الإسلامية، دراسة مقارنة، ط2، (بيروت، لبنان: دارالنهضة العربية، 1977)، ص 770.

أما في حالة عدم وجود عصبية، فإن للأحناف قولين في المسألة:

**القول الأول: لأبي حنيفة:** حيث يرى ثبوت الولاية على النفس لبقية الأقارب وذوي الأرحام دون فرق بين الرجال والنساء، فتنتقل بذلك الولاية على النفس للأم ثم الجدة للأم ثم الأخت الشقيقة فالأخت لأب ثم الإخوة والأخوات للأم، ثم الأخوال والخالات ثم بنات الأعمام والعمات وأبنائهم فإن عُدَّ الأولياء فالقاضي ولي من لا ولي له.

**القول الثاني: لأبي يوسف ومحمد:** حيث قالوا بأن الولاية على النفس بعد العصابات تنتقل إلى القاضي. والقول المفتى به وفق ما حققه الشيخ محمد أبو زهرة هو قول أبي حنيفة.<sup>1</sup>

**2- المذهب المالكي:** تكون الولاية على النفس لدى المالكية للإبن وابنه ثم الأب ثم الوصي المختار ثم الأخ الشقيق وابنه ثم الأخ لأب وابنه، ثم الجد لأب ثم العم وابنه ويقدم الشقيق فيهم على غير الشقيق، ثم يأتي بعد ذلك القاضي.<sup>2</sup>

ويضاف إلى هؤلاء الكافل بشرطين أساسيين أولهما أن تكون دنئية لا شريفة والثاني أن يكون قد كفلها زمنا لا بأس به. وفي حال انعدام أي أحد من هؤلاء وفقد الحاكم أو قاضيه كانت الولاية لعامة المسلمين.<sup>3</sup>

فجد أن المالكية قدموا وصي الأب على الجد على اعتبار أن الأب أوفر شفقة والأقدر على اختيار من ينوبه.

**3- المذهب الشافعي:** الولاية على النفس عند الشافعية تثبت للأب ثم الجد ثم العصبية على ترتيب الميراث ثم الحاكم (القاضي) فعامة المسلمين، وليس للوصي ولاية على النفس عند الشافعية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن الهمام كمال الدين، المرجع السابق، ج3، ص 276؛ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس د.ط، (بيروت، لبنان: دار الرائد العربي، 1980)، ص 83.

<sup>2</sup> بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج3، ص 219؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص 747

<sup>3</sup> الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج4، ص 242؛ بن طاهر الحبيب، نفس المرجع، ج3، ص 219

<sup>4</sup> الجويني، نهاية المطلب في دراسة المذهب، ج 12، ص 42

4- **المذهب الحنبلي:** تكون الولاية على النفس لدى الحنابلة للأب ثم أبوه وإن علا، ثم الابن وإن سفل، ثم الأخ الشقيق فالأخ لأب، ثم العم الشقيق فالعم لأب ثم بنوهم على نفس الترتيب وإن نزلوا، ثم بقية العصابة على ترتيب الميراث ثم السلطان أي الحاكم ومن ينوب منابه وهم الآن القضاة.<sup>1</sup> ولكن ليس جميع الأولياء سواء من حيث قوة الولاية لا سيما في مسألة الإيجاب على ما سيتضح لنا في الباب الثاني بحول الله.

**ثانيا: النائب الشرعي فيما تعلق بالولاية على المال:** مثل النيابة الشرعية على النفس، عرفت النيابة الشرعية على المال اختلافا بين الفقهاء فيمن له الحق في توليها كآلآتي:

1- **المذهب الحنفي:** قال الحنفية أن الولاية على المال تكون أولا للأب ثم لوصيه ثم الجد الصحيح وإن علا، ثم وصيه، ثم القاضي ووصيه. وقد قدم وصي الأب على الجد لأن الأب أدرى من غيره بمن يصلح لتولي المهمة بعده.<sup>2</sup>

2- **المذهب المالكي:** تكون الولاية على المال للأب، فوصي الأب فوصي الوصي، فإن لم يوجد كانت الولاية على المال للقاضي وهو يقدم من عنده من يقوم بهذه المهمة.<sup>3</sup> فالمالكية لا يرون للجد حقا في الولاية على المال إلا إن اختاره الأب وصيا أو القاضي مقدا.

هذا فيما يخص الصبي ومن بلغ وهو مصاب بالجنون والسفه، أما من بلغ رشيدا ثم عاوده السفه أو الجنون فإن وليه هو الحاكم.<sup>4</sup>

3- **المذهب الشافعي:** تكون الولاية على المال عند الشافعية بعد الأب للجد ثم لمن يوصي إليه الموجود منهما ثم للقاضي ووصيه، فالشافعية قدموا الجد على وصي الأب لاعتبارهم الجد كالأب في جميع الأحكام.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الإنتفاع، ج3، ص322.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج7، ص15؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص784

<sup>3</sup> - القرافي، النخيرة، ج8، ص240؛ الحطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص449.

<sup>4</sup> - الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص391؛ محمد بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني، تبين المسالك شرح تدريب السالك

إلى أقرب المسالك، 4 أجزاء، ط2، (بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1995)، ج3، ص525.

<sup>5</sup> - العمراني الشافعي، البيان، ج6، ص207.



هذا بخصوص الصبي، أما المجنون (ومعه المعتوه) والسفيه (ومثله ذو الغفلة) فتحديد الولي عنهما يختلف حسب الحال كالآتي:

- إذا بلغ الصبي مجنوناً أو سفيهاً استدعى عليه الحجر وينظر في ماله من كان ينظر فيه حال الصغر، لأنه حجر يثبت على الأصح عند الشافعية دون قضاء.<sup>1</sup>

- إذا بلغ الصبي عاقلاً راشداً ثم جُنَّ أو سَفِهَ، فإن الولاية تعود لمن كانت له قبل الرشد بالنسبة للمجنون وتؤول للقاضي فيما يخص السفيه.<sup>2</sup>

**4- المذهب الحنبلي:** يرى الحنابلة أن الولاية على مال الصبي تكون للأب ثم وصي الأب ثم للقاضي ومن يختاره ليقوم مقامه، فالجد والأم وسائر العصابات لا ولاية له عند الحنابلة وهم في ذلك يوافقون المالكية.<sup>3</sup>

أما المجنون والسفيه، فيفرق الحنابلة بين حالتين:

- إذا كان الجنون مصاحباً للصبي واستمر بعد البلوغ فالولاية تبقى قائمة لمن كانت له، ونفس الحكم بالنسبة لمن لم يكن مجنوناً وبلغ سفيهاً.

- إن طرأ الجنون أو السفه على الشخص بعد بلوغه ورشده، فإن النظر في مالهما يعود للحاكم (القاضي) وحده.<sup>4</sup>

ومنه نجد أن الفقهاء مجمعون على أن النيابة الشرعية في صورتها (الولاية على النفس والولاية على المال) تكون أولاً للأب لأنه أقرب الناس صلة بابنه والأصل فيه أنه الأكثر رعاية لمصالح أولاده وإشفاقاً عليهم وتكون بذلك ولايته هي الأقوى على الإطلاق. كما اتفقوا على أن ولاية الأقارب العصابات محصورة في الولاية على النفس حين لا يوجد أب ولا جد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - محيي الدين النووي، المجموع، ج13، ص30؛ الجويني، المرجع السابق، ج6، ص441.

<sup>2</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، ص182.

<sup>3</sup> - محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، ج2، ص201.

<sup>4</sup> - الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج2، ص411.

<sup>5</sup> - محمد سلام مذکور، المرجع السابق، ص477؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص747؛ مصطفى أحمد الزرقا،

المرجع السابق، ج2، ص846.

وبعد هؤلاء نجد القاضي كولي لمن لا ولي له، والذي يستطيع أن يعين من قبله من يراه مناسباً ليقوم بشؤون القاصر والمحجور عليهم في النفس والمال معا ويسمى حينئذ وصي القاضي وهو عند المالكية يسمى بالمقدم وهذا الأخير يعينه القاضي بما له من ولاية ليقوم مقامه ويظهر بالخصوص فيما تعلق بالولاية على المال.<sup>1</sup>

في حين اختلف الفقهاء حول الجد، فالحنفية والشافعية جعلوا له مكاناً متميزاً في الولاية وخالفهم المالكية والحنابلة في هذه النقطة خصوصاً في الولاية على المال. كما انفرد الأحناف في الولاية على النفس بمنح الأم وذوي الأرحام الولاية حين عدم وجود العصابات، وانفرد المالكية بمنح الكافل صفة الولي على النفس في حالات خاصة.

**ثالثاً: النائب الشرعي عن الغائب والمفقود:** إضافة إلى القاصر والمحجور عليهم نجد الغائب والمفقود، حيث تناول الفقهاء مسألة من يتولى شؤون الغائب والمفقود في إدارة شؤونهما كآلاتي:

**1- المذهب الحنفي:** جاء في بدائع الصنائع للكاساني حول ما يصنع في مال المفقود: (... القاضي يحفظ ماله يقيم من ينصبه للحفظ، لأنه مال لا حافظ له، لعجز صاحبه عن الحفظ، فيحفظ عليه القاضي نظراً له، كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما...)<sup>2</sup>. والذي يظهر من كلام الحنفية أن من يتولى مال المفقود هو القاضي ولكنه يقيم من عنده قيماً أو مقدماً على المفقود ليدير شؤونه، ويبقى للقاضي الإشراف على تصرفات القيم.<sup>3</sup>

**2- المذهب المالكي:** جاء في التبصرة للخمّي حول هذه المسألة: (.. وينظر السلطان فيما يخلفه المفقود من ربايع وأموال ومتاجر وديون وودائع وعوار...)<sup>4</sup>.

وعليه فإن الذي يتولى النيابة الشرعية عن الغائب والمفقود في المذهب المالكي هو السلطان وينوب عنه القاضي والذي له أن يعين من قبله من يحفظ أموال الغائب والمفقود.

---

<sup>1</sup> - نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة، ط1، (دمشق، سوريا: دار القلم للنشر والتوزيع، 1994، ص 61)؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 268.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، ص314.

<sup>3</sup> - الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص310.

<sup>4</sup> - اللخمي، التبصرة، ج4، ص 2245.

3- **المذهب الشافعي:** يرى الشافعية أن الغائب ومثله المفقود بطبيعة الحال ينظر في ماله الحاكم بواسطة القاضي، ولكنهم شرطوا ذلك بأن لا يكون هذا الغائب قد ترك نائبا عنه.<sup>1</sup>

4- **المذهب الحنبلي:** جاء في كتب الحنابلة فيما تعلق بالنفقة على الزوجة ما يستفاد منه أن الحاكم بواسطة القاضي يتسلط على مال الغائب والمفقود فينفق منه على زوجته وهو ما يعني أن القاضي هو من يصبح الولي على مال الغائب والمفقود.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الشروط العامة في من يتولى النيابة الشرعية

هي الشروط التي سشترك فيها كل النائبين الشرعيين ولا اختلاف بين الفقهاء حولها وهي:  
**أولاً: أن يكون كامل الأهلية:** سبب النيابة الشرعية هو نقص أهلية المولى عليه أو فقدانها، ولأجل ذلك فإن من ينوب عنه لا بد أن يكون شخصاً كامل الأهلية لممارسة التصرفات حتى يستطيع أن ينوب عن القاصر والمحجور عليهم. فلا يقبل أن يكون النائب الشرعي صغيراً أو محجوراً عليه، فالنائب الشرعي إنما تم تعيينه حتى يعوض ما فُقدَ ويتم ما نُقصَ من أهلية القاصر والمحجور عليهم. فلا يعقل بحال أن يكون هذا النائب عديم أو ناقص الأهلية، فمن لا يملك ولاية التصرف على نفسه لا ولاية له للتصرف عن غيره.<sup>3</sup>

**ثانياً: الإسلام:** لا بد لمن يتولى شأن مسلم أن يكون مسلماً، فلا ولاية لكافر على مسلم ولا لمسلم على كافر، كما أن تولي أمر القصر والمحجور عليهم سبيل للتسلط على أنفس المسلمين وأموالهم، والله تعالى يقول: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً }<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - الرملي، شمس الدين بن محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج مع حاشيتي أبي الضياء الشبراملي وأحمد بن عبد الرزاق المغربي الرشدي، 8 أجزاء، ط3، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2003)، ج7، ص244.

<sup>2</sup> - موفق الدين بن قدامة، المغني، ج11، ص364.

<sup>3</sup> - أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، د.ط (المحلة الكبرى، مصر: دار الكتب القانونية، 2004)، ص18؛ علي رمضان الشرنباصي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، د.ط، (الأسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003)، ص175.

<sup>4</sup> - سورة النساء، الآية 141؛ عبد الله محمد رباحة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط1، (عمان، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2009)، ص140؛ عبله محمد الكحلوي، البنوة والأبوة في ضوء القرآن الكريم والسنة، ط1، (بيروت، لبنان، دار المعرفة، 2005)، ص175.

وعليه فقد قرر الفقهاء أن اختلاف الدين من موانع الولاية، وذلك حتى لا تكون نفس ومال القاصر والمحجور عليهم تحت رحمة كافر يعيب بها.

**ثالثا: القدرة والكفاءة:** يقصد بها مقدرة النائب الشرعي بدنيا وعقليا ومعرفيا على القيام بما تقتضيه مهمته من أعمال بكل ما فيها من مشقات ومتاعب، لأن غاية النيابة الشرعية هي حفظ المنوب عنه وصيانتته وتحقيق مصلحته على الصعيدين الشخصي والمالي نظرا لعجزه، فلا يمكن لعاجز أن يقوم مقام عاجز.<sup>1</sup>

**رابعا: العدالة:** ويقصد بها الأمانة والثقة، فهي صفة تكسب صاحبها درجة من الثقة به وائتمانه على مصالح الغير فلا ولاية لفاسق لأن النيابة الشرعية ولاية والولاية أمانة، ولا يعقل أن نخاطر بالأمانة لشخص غير أمين وإلا ضيعها وضاع كل شيء.<sup>2</sup> وللفقهاء في اشتراط العدالة قولان؛ **القول الأول:** يرى اشتراطها ووجوب توافرها: وهو قول الشافعية والحنابلة والمالكية، على اختلاف بينهم، حيث يرى الشافعية والحنابلة وجوب أن يكون الولي تقيا ونزيها بينما يرى المالكية وجوب الاكتفاء بالعدالة الظاهرة وعدم البحث في حقيقة حال النائب الشرعي.<sup>3</sup>

**القول الثاني:** لا يرى وجوب اشتراطها: وهو لأبي حنيفة وأصحابه فلا يرون وجوب توافر العدالة في النائب الشرعي ما دام مدركا واعيا وفاهما لمقتضيات مهمته، كما أنه لا يوجد تصريح من الرسول ﷺ باشتراط العدالة.<sup>4</sup>

ولا يخفى في أيامنا لزوم اشتراط العدالة في النائب الشرعي لما فيه من مزيد حرص واطمئنان، لأن النائب الشرعي إذا لم يكن ثقة أمينا أو على الأقل غير معروف بخيانة أو سرقة، فإنه قد يعرض فاقد الأهلية أو ناقصها لمخاطر كبيرة وكثيرة هو في غنى عنها. وفي الفرع الآتي نفضل في الأحكام الخاصة بكل نائب شرعي على حدة وذلك كالاتي.

<sup>1</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة الإسلامية، ص 722؛ علي رمضان الشرنباصي، المرجع السابق، ص 97.

<sup>2</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 246.

<sup>3</sup> - عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص325؛ عبد السلام الرفعي، نفس المرجع، ص246.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص114؛ عبد الله محمد رابعة، المرجع السابق، ص142؛ عبله محمد الكحلوي، المرجع السابق، ص 176.

## الفرع الثالث: الأحكام الخاصة بكل نائب شرعي

سنتطرق في هذا الفرع للأحكام الفقهية الخاصة بكل نائب شرعي وفق الترتيب الذي اتفق عليه الفقهاء، مع ذكر الأحكام المتعلقة أيضا بالأشخاص الذين لم يرد حولهم اتفاق. كالاتي:

**أولاً: الأب:** هو أول نائب شرعي لدى الفقهاء بلا خلاف ونيابته أصلية مباشرة، وله الولاية على أولاده في النفس والمال وولايته هي أقوى الولايات على الإطلاق، وقد راعى الفقهاء في هذا مقدار الشفقة والحنان اللذين للأب نحو أبنائه، فالأب أقرب الناس لأبنائه وأوفرهم شفقة وحنانا وأحرص على مصالحهم من أي أحد غيره. وهو ما جعل الفقهاء لا يختلفون أن للأب ولاية الإيجار لمن تحت ولايته على الزواج حين فقد الأهلية أو نقصها.<sup>1</sup>

وفي نطاق الولاية على المال، اختلف الفقهاء حول سلطة الأب هل هي واحدة مهما كانت عدالة الأب ومقدرته على إدارة المال أم أنها تتغير حسب الحال، وهم في ذلك فريقان:

**1- الفريق الأول: الحنفية:** جعل الأحناف الأب ثلاثة مراتب، الأولى أن يكون الأب معروفا بالعدالة أو مستور الحال، فتكون ولايته على المال مطلقة حفظا وتنمية، فيباشر كل التصرفات النافعة والدائرة بين النفع والضرر. أما التصرفات الضارة ضررا محضا فليس له مباشرتها.<sup>2</sup>

والمرتبة الثانية أن يكون الأب سيء التدبير فاسد الرأي ولكن دون تبذير، فلا تكون ولايته مطلقة كما في المرتبة الأولى وإنما تكون مشروطة بالخيرية الظاهرة، واختلف في المقصود بالخيرية، فقال البعض أنها تكون بأن يبيع الأب بزيادة الثلث في المنقول وبزيادة الضعف في العقار، وذهب آخرون إلى أن الخيرية مجرد النفع الظاهر دونما تقييد بمقدار معين.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص 249؛ نزيه حماد، المرجع السابق، ص81؛ الأحرش عبد الحميد، "الولاية على المال بين الثبات والتجديد"، المجلة الجامعة، (البيبا: كلية القانون جامعة السابع من أبريل بالزاوية، 2008، العدد العاشر)، ص99؛ محمد رأفت سعيد، مسؤولية الولي والوصي نحو القاصر، ط1، (المنصورة، مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2002)، ص16.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 585؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، (الصفاء، الكويت: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1990)، ص223.

<sup>3</sup> - محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، 3 أجزاء، د.ط، (بيروت، لبنان وبغداد، العراق: منشورات مكتبة النهضة، د.س.ن)، ج2، ص122.

والمرتبة الثالثة أن يكون الأب مبذرا متلغا للمال غير أمين في تصرفاته، وفي هذه الحالة ليس له أن يتصرف في أموال القاصر والمحجور عليهم من حيث الأصل حيث ينزع القاضي منه التصرف ويسلم المال إلى من يراه مناسبا.<sup>1</sup>

**2- الفريق الثاني: الجمهور:** جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية لا يفرقون بين الأب المعروف بحسن الرأي والتدبير وبين سيء التدبير أو المبذر المتلف، فعندهم أن كل أب توفرت فيه الشروط المطلوبة من أهلية كاملة وإسلام وأمانة وقدرة وكفاءة منحت له الولاية دون أي اعتبار آخر.<sup>2</sup>

**ثانيا: الجد:** المقصود بالجد هنا هو الجد الصحيح أي أب الأب وإن علا، وولاية الجد معتبرة بصفته هذه -كما سبق ذكره- عند فقهاء الحنفية والشافعية فقط دون المالكية والحنابلة، حيث جعله الأحناف في المرتبة الثالثة بعد الأب ووصي الأب، بينما جعله الشافعية في المرتبة الثانية بعد الأب مباشرة باعتباره أبا هو الآخر.<sup>3</sup>

وقد اختلف فقهاء الحنفية في تحديد نطاق تصرفات الجد على قولين،

**القول الأول: لأبي حنيفة وأبي يوسف:** يريان أن الجد تقتصر ولايته على ما يملكه وصي الأب لأنه متأخر عنه في المرتبة ولو كان أفضل منه لكان بعد الأب مباشرة.<sup>4</sup>

**القول الثاني: لمحمد بن الحسن:** يرى أن الجد مثل الأب، لأن ولايته تثبتت من الشارع مباشرة وليس بواسطة مثل الوصي، كما أن الجد أب حين فقد الأب، وتأخره عن الوصي في المرتبة هو احترام لإرادة الأب ليس إلا. والمفتى به لدى فقهاء الحنفية هو القول الأول.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> حسن خالد وعدنان نجا، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، (بيروت، لبنان: دار الفكر، 1972)، ص309.

<sup>2</sup> عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 250

<sup>3</sup> حسن خالد وعدنان نجا، نفس المرجع، ص 316؛ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، 4 أجزاء، ط1، (عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009)، ج3، ص 212.

<sup>4</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، (القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، 1994)، ص 212.

<sup>5</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة الإسلامية، ص 798.

ورغم قول الحنفية بالمساواة بين الجد والوصي في التصرفات إلا أنهم لا يلبثون أن يفرقوا بينهما في مسألتين، الأولى أن الجد يمكن له التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنهم من قصر ومحجور عليهم بشرط عدم الغبن الفاحش والوصي لا يستطيع ذلك، والثانية أن الوصي يستطيع بيع شيء من التركة لسداد ديون الموصي وتنفيذ وصيته، بينما لا يستطيع الجد ذلك وإنما له سداد ديون القصر أو المحجور عليهم الذين أصبحوا في ولايته.<sup>1</sup>

**ثالثاً: الوصي:** الوصي في اللغة هو الشخص الموصى له للقيام بأمر معين ويقصد به عادة الشخص الموصى له بالقيام بشؤون الصغار.<sup>2</sup>

أما الوصاية فيقصد بها إقامة الشخص غيره مقامه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته وما يتعلق بها من ديون أو وصايا وكذا شؤون أبنائه القصر.<sup>3</sup>

والوصي اصطلاحاً هو الشخص الذي يقوم مقام الولي الشرعي، وهم من يختاره الأب أو الجد ليحل محلها ويتولى بعدهما أمر النيابة الشرعية، وإن كان هذا غالباً في الأمور المالية أكثر منه في شؤون الأحوال الشخصية.<sup>4</sup>

ويتناول الفقهاء أحكام الوصاية في كتبهم ضمن مبحث الوصية، على اعتبار الوصاية فرعاً عن الوصية، فالوصاية كالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. ويدور الكلام في الوصي حين التطرق لعناصر الوصاية وهي الوصي والموصى عليه والموصى به والصيغة.<sup>5</sup> ونحن سنتطرق للأحكام الفقهية المتعلقة الوصي باعتباره نائباً شرعياً لذلك نتناول من هذه المسائل مسألة تعيين الوصي واختياره والشروط المطلوبة فيه والوقت الذي يجب أن تتوفر فيه هذه الشروط، وكذا أنواع الأوصياء أو ما يعرف بتقسيمات الوصاية، وأخيراً نتطرق لنطاق الوصاية، لا سيما ما تعلق بسلطة الوصي في مسائل الزواج وانحلاله.

<sup>1</sup> - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 228؛ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج3، ص 215.

<sup>2</sup> - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ص 1038.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، ص 205؛ نزيه حماد، المرجع السابق، ص 13.

<sup>4</sup> - عبد الوهاب خلاف، نفس المرجع، ص 224.

<sup>5</sup> - محمد عبد الله رابعة، المرجع السابق، ص 114.

**1- تعيين الوصي:** أسند الفقهاء مسألة اختيار الوصي للأب مطلقاً، وللجد من بعده عند من يعتبرون الجد نائباً شرعياً بعد الأب. حيث يكون لكل منهما أن يوصي للشخص الذي يراه مناسباً برعاية من تحت ولايته، مما جعل الفقهاء يفرقون بين وصي الأب ووصي الجد. وليس لغير الأب والجد اختيار وصي ما عدا القاضي بحكم ولايته العامة، ويسمى وصيه عند المالكية بالمقدم.<sup>1</sup>

وتظهر في مسألة تعيين الوصي واختياره مسألتان هامتان هما صيغة الوصاية (أي شكلها) ومسألة قبول الوصي للوصاية وهو ما نتطرق إليه تباعاً كالاتي:

**1-1-1 صيغة الوصاية (شكل الوصاية):** لم يشترط الفقهاء شكلاً معيناً، حيث تنعقد الوصاية حسبهم بكل ما يدل على إرادة الشخص في الإيصال سواء باللفظ أو الكتابة، أما بخصوص القبول فهو كما سبق قد يكون صريحاً أو ضمناً بتصرف ما يدل على قبوله كمباشرة إجراءات حصر التركة وتسديد الديون وهكذا.<sup>2</sup>

**1-2-1 قبول الوصي للوصاية:** نذكر فيما يلي أقوال الفقهاء في مسألة قبول الوصي أو رفضه الوصاية وذلك على النحو الآتي:

**1-2-1-1 المذهب الحنفي:** يميز الفقهاء الأحناف بين حالات ثلاثة،

**1-2-1-1-1 الحالة الأولى:** وتكون بأن يقبل الوصي الوصاية عند إنشائها بعلم الموصي، فهنا ليس للوصي أن يرد الوصاية إلا في مواجهة الموصي، أي بإعلامه برفضه وتراجع، فإذا لم يخبر الوصي الموصي بتراجع عن قبول الوصاية ولم يعلم الموصي بهذا التراجع حتى مات، فلا يعتد بهذا التراجع ويكون الوصي ملزماً بالوصاية وذلك لأن قبوله الأول جعل الموصي يركن إليه ولا يبحث على موصى إليه آخر، فيكون بهذا التراجع قد أضر بمصلحة الموصى عليه وهو ما لا يجوز شرعاً.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ج2، ص 135؛ عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 119

<sup>2</sup> - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 801؛ محمد زيد الأبياني، نفس المرجع، ج2، ص 137

<sup>3</sup> - العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، مع تعليقات المولوي محمد عمر الشهر بناصر الإسلام الرامفوري، 12 جزءاً، ط2، (بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1990)، ج12، ص626.



1-2-1-2- الحالة الثانية: هي رفض الوصي للوصاية وعلم الموصي بهذا الرفض، فلا يلزم الوصي هنا بشيء لأن الموصي هنا يكون قادرا على تدبير شأنه.<sup>1</sup>

1-2-1-3- الحالة الثالثة: تكون حينما لا يبدي الموصى إليه أي إجابة تجاه الوصاية حال حياة الموصي، وتدخل ضمن هذه الحالة حالة الرفض ابتداء وعدم علم الموصي بذلك، وحكم هذه الحالة أن الشخص المختار للوصاية يكون على الخيار بين الرفض والقبول، فإن قبل لزمته، وإن رفض فله ذلك لانتفاء التغيرير بالموصي. هذا وقد يكون القبول صريحا أو ضمنيا بأن يبادر إلى عمل من أعمال الوصاية كحصر التركة وتسديد الديون..الخ.<sup>2</sup>

1-2-2- المذهب المالكي: قال الإمام مالك أن الوصي إن قبل الوصية ومات الموصي فقد لزمه القبول وليس له التراجع عنها بعد ذلك، وقال أشهب أن الوصي يقدر على التراجع ما لم يمت الموصي لأنه في هذه الحالة لا يكون قد غرَّ به لامكانية استبداله، وإن لم يبدر منه شيء حتى مات الموصي فله أن يقبل أو يرفض على أنه إن قبل بالوصاية صراحة أو ضمنا بمباشرة أعمال الوصاية لزمته ولم يكن له أن يرجع عنها. أما إن رفض الوصي سواء قبل موت الموصي أو بعده فليس له أن يعود ويقبلها. وهو نفس ما قال به ابن عبد البر.<sup>3</sup>

والموصي لدى المالكية هو الأب أو الأم بشرط أن يكون ذلك في مالها وأن يكون المال قليلا وإلا لم يجز، وللوصي أن يوصي إن كان منفردا أما إن تعدد الأوصياء فعليهم استشارة القاضي قبل تعيين وصي بدل الوصي المنعزل أو الميت.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - ابن نجيم المصري الحنفي، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع تكملة الشرح لمحمد بن حسين بن علي القادري الطوري، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، 9 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997)، ج9 ص305.

<sup>2</sup> - محمد بن الحسن الشيباني، الأصل، ج5، ص494؛ العيني، المرجع السابق، ج12، ص627

<sup>3</sup> - ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج19، تحقيق فؤاد بن أحمد بن عبد الغني خياط، ص707؛ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1992)، ص548.

<sup>4</sup> - ابن بزيّة، أبو محمد عبد العزيز بن إبراهيم التونسي، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، تحقيق عبد اللطيف زكاغ، جزآن، ط1، (الجزائر: مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث، وبيروت، لبنان: دار ابن حزم، 2010)، ج2، ص1427؛ ابن يونس، المرجع السابق، ج19، ص705.

**1-2-3- المذهب الشافعي:** يرى الشافعية في الأصح عندهم عدم جواز قبول أو رد الوصاية حال حياة الموصي، وإن حصل فلا يعتد به، لأن الوصاية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت لا يدخل وقتها إلا بوفاة الموصي، وحينها فقط يكون للوصي قبولها أو ردها، ولا يجوز له ردها إن قبلها أو قام بعمل يدل على ذلك أو غلب على ظنه أنه لو رفض الوصاية فسيلحق بالموصى عليهم ضرر كبير بتسلط غير كفاء عليهم.<sup>1</sup>

والموصي هو الأب والجد فقط، فلا تصح من غيرهما، إلا الوصي إن أجزئ له ذلك من الموصي فتصح.<sup>2</sup>

**1-2-4- المذهب الحنبلي:** في المذهب الحنبلي للوصي أن يقبل الوصاية حال حياة الموصي أو بعد موته، وفي حالة قبوله حال حياة الموصي فله أن يردّها ما لم يمّت الموصي فإن مات فليس له ردها لشبهة تغريبه بالموصي.<sup>3</sup>

أما من له حق الوصاية، فإنه لم نعثر بشأنه على حكم خاص في باب الوصاية في كتب الفقه الحنبلي، وواضح أنهم يقولون بقول المالكية في هذه المسألة، خصوصا وأن الحنابلة كما سبق وأن رأينا يوافقون المالكية في عدة مسائل وأهمها عدم اعتبار الجد نائبا شرعيا.

**2- الشروط المطلوبة في الوصي ووقت توافرها:** إضافة إلى الشروط التي ذكرناها آنفا وهي كمال الأهلية والإسلام والعدالة والقدرة والكفاءة<sup>4</sup>، نجد الفقهاء في باب الوصاية يتحدثون عن شروط أخرى يختص بها الوصي دون غيره، كما يتطرقون لمسألة التوقيت الذي يجب أن تتوافر فيه هته الشروط، وهو ما سنتناوله في العنصرين المواليين كالآتي:

---

<sup>1</sup> - الشيرازي، المذهب بتحقيق محمد الزحيلي، ج3، ص758؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، ص206.  
<sup>2</sup> - الكهوجي، عبد الله بن حسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه وراجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، 4 أجزاء، ط1، قطر، طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، (1982)، ج3، ص111؛ محيي الدين النووي، المجموع، ج16، ص505 والترجيح بالصحة أكده محمد الزحيلي في تحقيقه لكتاب المذهب للشيرازي المذكور في الهامش السابق.  
<sup>3</sup> - ابن المنجي، زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التتوخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، 4 أجزاء، ط3، (مكة المكرمة، السعودية: مكتبة الأسد، 2003)، ج3، ص299؛ الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص175.

<sup>4</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7؛ حسن خالد وعدنان نجا، المرجع السابق، ص312.

2-1- الشروط الخاصة المطلوبة في الوصي: هي مجموعة من الشروط نجد الفقهاء يتحدثون عنها في كتاب الوصاية على أنها شروط مخصوص بها الوصي واختلفوا حولها وتمثل في مسألتين، الأولى تتعلق بمدى جواز الوصاية للأعمى والثانية تتعلق بمدى جواز الوصاية للمرأة، أي يناقشون شرطي البصر والذكورة، وهو ما نتناوله كآلاتي:

2-1-1- الوصاية للأعمى (شرط البصر)، ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وقول للشافعية في الأصح عندهم، إلى القول بصحة الوصية للأعمى نظرا لأن فقدان البصر لا يخل بشروط الوصاية من حيث الكفاءة والقدرة وهو لا يمنع ولاية الأب على أبنائه، كما أن الأعمى يكون شاهدا على عقد النكاح وغيره وتقبل شهادته على ما سمعه، في حين خالف بعض الشافعية هذا ولم يجيزوا الوصاية للأعمى ولكن قولهم هذا متروك.<sup>1</sup>

2-1-2- الوصاية للمرأة (شرط الذكورة)، أجمع الفقهاء على جواز الوصاية للمرأة وأم الأولاد أولى رغم أنهم لا يجعلون للأم ولاية التصرف في أموال أبنائها.<sup>2</sup>

حيث جاء في المبسوط للسرخسي في فقه الحنفية بخصوص هذين الشرطين(.. ولو أوصى إلى رجل مسلم أو إلى امرأة أو أعمى...فهو جائز لأن هؤلاء من أهل الولاية و الخلافة إرثا وتصرفا..)<sup>3</sup>.

وعند المالكية نجدهم بخصوص شرط الذكورة يقولون بصحة الوصاية للمرأة في كل أمر ولكن إذا أوصى لها بولاية التزويج فلا تتولى هي العقد .. ( ... وتجاوز الوصية إلى المرأة فإن أولاهها على بناته لم تل عقد النكاح...)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص 134؛ عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 146.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، ج28، ص25؛ ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص 548؛ الكهوجي، المرجع السابق، ج3، ص 110؛ ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج11، ص186؛ ابن المنجي التتوخي، المرجع السابق، ج3، ص297.

<sup>3</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج28، ص25.

<sup>4</sup> - ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ص 548.

وجاء في كتاب الحاوي في الفقه الشافعي للماوردي بخصوص الوصاية للمرأة (..وحكي عن عطاء أن الوصية إلى المرأة لا تصح لأن فيها ولاية يعجز النساء عنها، وهذا فاسد لأنها وإن كانت ولاية فالمغلب فيها الأمانة وجواز الشهادة وقد تجوز شهادة المرأة ...)، وجاء فيه حول الوصاية للأعمى (.. ولكن اختلف أصحابنا في جواز الوصية إلى الأعمى على وجهين، أحدهما: تجوز لأنه من أهل الشهادة، والوجه الثاني: لا تجوز لأنه قد يفتقر في الوصايا إلى عقود لا تصح من الأعمى وفضل نظر لا يدرك إلا بالمعينة..)<sup>1</sup>.

وعند الحنابلة جاء في الشرح الممتع على زاد المستقنع لابن عثيمين.. (.. وظاهر كلامه أنه تصح وصاية الرجل إلى المرأة لأنها بالغة عاقلة فإذا أوصى إليها بثالث ماله تصرفه للفقراء أو أي مشروع خيري فهذا يجوز، لأنها يصح تصرفها في مال نفسها فيصح تصرفها في مال غيرها...)<sup>2</sup>. وجاء في متن الإقناع (... وتصح وصية المسلم إلى كل مسلم مكلف رشيد عدل ولو مستورا أو أعمى أو امرأة أو أم ولد..)<sup>3</sup>.

**2-2- وقت توفر الشروط اللازمة في الوصي:** يقصد بهذه المسألة أن نعرف هل يجب أن تتوفر الشروط المطلوبة في الوصي عند إنشاء الوصاية أم يمكن أن توجد فقط وقت تنفيذها بعد وفاة الموصي؟ هنا نجد الفقهاء منقسمين على قولين:

**2-2-1- القول الأول: الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح عندهم وأحد الوجهين عند الحنابلة):** ووقت توفر الشروط لديهم هو وقت نفاذ الوصاية بعد وفاة الموصي.<sup>4</sup> ففي كتب الأحناف والمالكية وإن لم توجد إشارة صريحة حول هذه النقطة، إلا أنها تقاس على مسألة تاريخ اعتبار مقدار التركة هل يتجاوز الثلث أم لا وهل للموصى له صفة الوارث أم

---

<sup>1</sup> - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق و تدقيق علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، 18 جزءاً، ط1، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1994)، ج8، ص331.

<sup>2</sup> - ابن عثيمين، المرجع السابق، ج11، ص186.

<sup>3</sup> - الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص173.

<sup>4</sup> - عبد الله محمد رابعة، المرجع السابق، ص148.

لا، حيث ينص الأحناف والمالكية في هذه المسألة أن مقدار الوصية وصفة الوارث التي تحول دون صحة الوصية له إنما يتحقق منهما حين وفاة الموصي أي وقت تقسيم التركة وثبوت الوصية، وعليه فإنه يمكن القول قياساً على ذلك أن الحنفية والمالكية يرون ذات الأمر بالنسبة للشروط الواجب توفرها في الوصي، حيث لا ينظر في توفرها من عدم توفرها إلا بعد وفاة الموصي لأنه هو الوقت الذي تنفذ فيه الوصية والذي تظهر فيه الفائدة من توفر هذه الشروط.<sup>1</sup> وعند الشافعية قرر الإمام النووي في روضة الطالبين وعمدة المفتين بأن أصح الوجوه في اعتبار وقت توفر الشروط هو وقت وفاة الموصي، وعند الحنابلة نجدهم يقررون في إحدى الروايتين عندهم أن الوقت الذي يعتبر في تحديد توافر الشروط من عدمها هو وقت وفاة الموصي وتنفيذ الوصاية لأن هذه الشروط مرتبطة بقيام الوصي بمهامه والتسلط على أموال الموصى عليه وهذا لا يكون إلا بعد وفاة الموصي.<sup>2</sup>

**2-2-2- القول الثاني: أحد الوجهين للحنابلة ومقابل الأصح عند الشافعية:** ويقولون بوجود توفر الوصي على هذه الشروط وقت الإيصاء ووقت التنفيذ معاً، لأنه في وقت الإيصاء لا بد من الشروط حتى يكون التصرف صحيحاً ووقت التنفيذ يجب وجود الشروط حتى يكون التنفيذ صحيحاً.<sup>3</sup>

**3- أنواع الأوصياء:** يوجد عدة تقسيمات لأنواع الأوصياء على النحو الآتي:

**3-1- الوصي الواحد والوصي المتعدد:** الأصل أن يكون الوصي شخصاً واحداً، ولكن قد يوصي الأب إلى أكثر من شخص ليقوموا بتولي شؤون أبنائه المحجور عليهم، وهنا يطرح الفقهاء مسألة انفراد أحد الأوصياء بالتصرف دون الرجوع إلى رأي الوصي و/أو الأوصياء الآخرين. ونعرض فيما يلي آراء الفقهاء كالتالي:

<sup>1</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، 212؛ عند الحنفية: العيني، المرجع السابق، ج12، ص492؛ عند المالكية: الدردير، المرجع السابق، ج4، ص485؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص427.

<sup>2</sup> محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج6، ص311؛ التتوخي الحنبلي، المرجع السابق، ج3، 298.

<sup>3</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، 212؛ محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج6، ص311؛ الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص173؛ التتوخي الحنبلي، المرجع السابق، ج3، 298.

**3-1-1-1- المذهب الحنفي:** لا خلاف بين الحنفية في أن الموصي إذا أوصى لكل وصي بوصية خاصة منفردا، فإنه يكون لكل من الأوصياء التصرف مطلقا منفردا، وإنما الخلاف بين الحنفية في مسألة الإيصاء لعدة أوصياء بعقد واحد، ففي هذه الحالة يرى أبو حنيفة ومحمد أنه لا يجوز لأحدهم الانفراد بالتصرف ما عدا في الأمور المستعجلة الضرورية التي لا تحتل انتظار اجتماع الأوصياء، مثل نفقات الموصى عليه من طعام وكساء أو رد وديعة وتنفيذ وصية. في حين يرى أبو يوسف أن لكل منهما التصرف منفردا لأن الوصاية لا تتجزأ.<sup>1</sup>

**3-1-2- المذهب المالكي:** قال الإمام مالك أنه لا يجوز أن يتصرف وصي دون اتفاق مع من معه من وصي أو أوصياء، فإن اختلفوا احتكموا للقاضي وهو من يحدد التصرف الذي يصح. مع الإشارة إلى أن مالك قال بعدم تقسيم المال بين الأوصياء وإنما يبقى عند أعدلهم والعدالة يقدرها القاضي فإن تساوا في العدالة وضع القاضي المال عند الأكفأ والأقدر على تنمية المال. وبمثل هذا قال ابن القاسم وخالف أشهب في قسمة المال فقال بجواز القسمة إن اتفقا بينهما في كيفية القسمة وهو ما يفهم من كلام المالكية في كتبهم.<sup>2</sup>

**3-1-3- المذهب الشافعي:** الأصل أن الموصي إن أوصى لرجلين لم يكن لأحدهما الانفراد ما لم يخصص كل منهما بعمل معين فيقوم كل بما خصص له، أما إذا لم يتم التخصيص، فيمكن أن ينفرد كل منهما بما يمكن الانفراد به والمعيار هو هل العمل مما يتطلب الاجتهاد أم لا؟ فإن كان مما يقتضي الاجتهاد لم يكن لأحدهما الانفراد، أما إن كان مما لا يقتضي الاجتهاد مثل رد الودائع أو تنفيذ الوصايا أو تسديد الديون فلا داعي للاجتماع على ذلك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - القدوري، أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي، الموسوعة الفقهية التجريد، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، 12 جزءا، ط1، (القاهرة، مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، 2004)، ج8، ص 4040.

<sup>2</sup> - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1994، ج4، ص355)؛ القيرواني، ابن أبي زيد، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق محمد عبد العزيز الدباغ، 15 جزءا، ط1، (بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1999)، ج11، ص289.

<sup>3</sup> - الدميري، المرجع السابق، ج6، ص335.

**3-1-4- المذهب الحنبلي:** إذا أوصى الموصي إلى وصيين ولم يعط لكل منهما حق التصرف، لم يكن لأحدهما الانفراد، أما إذا أعطى لكل منهما حق التصرف جاز. ويظهر أثر ذلك في حال وفاة أحدهما، حيث إن مات أحدهما ولم يكن لهما حق التصرف منفردا كان على القاضي تعيين أمين بدلا عنه، أما إن كان لكل منهما حق التصرف ومات أحدهما جاز للقاضي الاكتفاء بمن بقي حيا منهما. وفي حالة اختلاف الوصيين حول حفظ المال أين يكون لم يقسم بينهما ويحفظ في مكان تحت يدهما معا.<sup>1</sup>

ويظهر اتفاق الفقهاء على احترام إرادة الموصي وإنفاذها، فله أن يعدد الأوصياء ويخص كل وصي بمهمة، ولكن اختلفوا في حالة التعدد دون تخصيص؛ فرأى الحنفية والشافعية وجوب الاتفاق بين الأوصياء، وانفق المالكية والحنابلة على تفويض الأمر للقاضي عند الخلاف.

**3-2- الوصي العام والوصي الخاص:** الوصي العام هو الوصي الذي يخول له الموصي التصرف دونما تقييد أو تحديد لتصرفه بموضوع معين أو نوع معين من التصرفات، والوصي الخاص هو الوصي الذي حدد له الموصي حدود وصايته وخصه بتصرفات معينة دون غيرها كشؤون التجارة مثلا. وتخصيص اختلف حوله الفقهاء وانقسموا إلى قولين كالآتي:

**القول الأول: صحة تخصيص الوصاية:** هو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية، حيث لو أوصى شخص لآخر بالوصاية على أولاده وحدد له موضوع الوصاية كأن يقول له أنت وصيي على تجارتي وثم أوصى لآخر بالوصاية على مزرعته ونشاطه الفلاحي لجاز هذا التخصيص ومنع على كل من الوصيين التدخل في أعمال الآخر.<sup>2</sup> فقال المالكية أنه يجوز للموصي أن يعين النوع الذي يوصي فيه، ولا يكون للوصي أن ينظر في غيره، وله أن يطلق الوصاية فيكون الوصي وصيا في كل شيء، فالوصي مثل الوكيل؛ والوكالة تقبل التخصيص بأمر معين أو تصرف محدد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص175.

<sup>2</sup> - عبد الله محمد رابعة، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني، د.ط، (بيروت، لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2010)، ص555؛ ابن بزيمة التونسي، المرجع السابق، ج2، ص1426.

وفي فقه الشافعية قال الغزالي في الوجيز: ((..ولو أوصى إليه في بعض التصرفات لم يتعد ما رسمه لأنه متصرف بالإذن...)).<sup>1</sup> فهو متصرف بالإذن كالوكيل، كما أنه الوصي أمين ولا تثبت أمانته في غير ما أؤتمن فيه.<sup>2</sup>

وعند الحنابلة جاء في الإقناع لطالب الانتفاع: (( وإذا أوصى إليه-أي إلى الوصي- في شيء لم يصر وصيا في غيره؛ مثل أن يوصي إليه بتقريب ثلثه دون غيره أو بقضاء ديونه أو بالنظر في أمر أطفاله، ولو جعل لكل واحدة من هذه الخصال وصيا، جاز، ويتصرف كل واحد منهم فيما جعل إليه)).<sup>3</sup>

**القول الثاني: عدم صحة تخصيص الوصاية:** خالف الأحناف الجمهور وقالوا بعدم جواز تخصيص الوصاية بالنسبة للوصي المختار، على أساس أن الوصاية تعطي للوصي سلطة شرعية وولاية على القاصر غير قابلة للتجزئة فتكون كاملة وإلا لما أمكن اعتبارها ولاية.<sup>4</sup> و يتضح لنا أن رأي الجمهور هو الأنسب حيث يسمح وجود عدة أوصياء وكل فيما يتقنه من الأمور، عدا عن أنه احترام لإرادة الموصي ورغبته قبل وفاته.

**3-3- الوصي المختار والوصي المعين:** الوصي المختار عند الفقهاء هو وصي الأب و/أو الجد، أي الشخص الذي يختاره الأب أو الجد ليكون وصيا على من هم في ولايته بعد وفاته، أما الوصي المعين فهو وصي القاضي والذي يختاره القاضي ويعينه حين تعدد الموصى إليهم واختلافهم أو حين عدم وجود وصي مختار من الأب أو الجد وكذلك في حالات يوجد فيها وصي ويحتاج القاضي لتنصيب وصي ليخاصمه .الخ، وعلى العموم كلما اقتضى الحال ذلك.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - الغزالي، أبو حامد، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، قدم له وضبطه طارق فتحي السيد، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 2004)، ص263.

<sup>2</sup> - الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، 13 جزءاً، ط1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997)، ج7، ص 278.

<sup>3</sup> - الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص177.

<sup>4</sup> - القدوري، التجريد، ج8، ص 4043.

<sup>5</sup> - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص 151.



وهنا يطرح الفقهاء مسألة حق الوصي في اختيار وصي بعده؟ أي هل للوصي إيصاء؟ في هذه المسألة اتفق الفقهاء أن الموصي إذا نص في وصيته أنه ليس للوصي أن يوصي فلا يصح من الوصي إيصاء، ولكن يظهر الخلاف بين الفقهاء حين لا يوجد مثل هذا المنع في وصية الموصي الأولى.<sup>1</sup> وعليه نعرض أقوال الفقهاء في هته المسألة كالاتي:

**3-3-1- المذهب الحنفي:** لا يرى الأحناف بأسا في أن يختار الوصي وصيا بعده، ويكون له أن يجعله وصيا على من كان وصيا عليهم فقط أو يجعله وصيا على أولاده أيضا، وذلك حسب الصيغة التي يضعها الوصي الأول، لأنه إما أن يقول له أن وصيي على هؤلاء الأولاد من بعدي فهنا تكون الوصاية واضحة، وإما أن يقول له أنت وصيي من بعدي دون تحديد أو يقول له أنت وصيي على من أنا وصي عليهم وعلى أولادي في هذه الحالة يعتبر الوصي الثاني وصيا عليهما معا، أما إذا قال له أن وصيي في تركتي ولم يذكر أبناء الميت الأول، اختلف هل تشملهم هذه الوصاية أم لا، فيه قولان، وأبو حنيفة في ظاهر الرواية عنه أنها تشملهم لأن تركة الموصي الأول هي جزء ضمن تركة الوصي.<sup>2</sup>

**3-3-2- المذهب المالكي:** قرر الدردير في الشرح الصغير أن للوصي أن يختار وصيا من قبله على من هو وصي عليهم وجاء في حاشية الصاوي تقييدا على ذلك أن الوصي يختار الوصي ما لم يمنعه الأب في الوصاية الأولى من أن يختار وصيا.<sup>3</sup>

**3-3-3- المذهب الشافعي:** الأصل في المذهب الشافعي أن الوصي ليس له أن يوصي، ولكن إذا أجاز الموصي له ذلك في الوصاية أي نص على أن للوصي أن يوصي لآخر بعده، ففي المذهب أقوال، أظهرها أنه يجوز للوصي أن يوصي، والثاني لا يجوز والقول الثالث يشترط أن يحدد له الموصي الأول لمن يوصي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 10، ص 418.

<sup>3</sup> - الدردير، المرجع السابق، ج 4، ص 604.

<sup>4</sup> - المحلي، جمال الدين محمد بن أحمد بن محمد، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، تحقيق: محمود صالح أحمد حسن الحديدي، جزءان، ط 2، (جدة، المملكة العربية السعودية: دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، 2013)، ج 2، ص 178.

**3-3-4- المذهب الحنبلي:** ليس للوصي لدى الحنابلة أن يوصي لغيره بالوصاية، إلا إذا أجاز له الموصي الأول ذلك، بنص في الوصاية كأن يقول له أجزت لك أن توصي لمن تشاء بعدك أو كل من وصيته بعدك فهو وصيي.<sup>1</sup>

وعليه يتضح لنا أن الراجح لدى الفقهاء هو جواز إيصاء الوصي، ويظهر لنا صواب رأي المالكية، من خلال إبقاء الأمر على إطلاقه ما لم يقيد الموصي الأول، وهو احترام لإرادة الموصي الذي ارتضى بذلك الشخص وصيا وبالتالي يقبل منه الإيصاء لغيره، ولو شاء الموصي أن يمنعه لكان منعه.

**3-4- الوصي الدائم والوصي المؤقت:** الأصل في الوصي أن تكون مهمته دائمة ما دام الموصى عليه قاصرا أو محجورا عليه، وما بقي الوصي متوفرا على الشروط المطلوبة فيه، وهو حال الوصي المختار من الأب أو الجد، ولكن يمكن تصور الحاجة إلى وصي مؤقت يعين من قبل القاضي للقيام بأمر معين في حالة غيبة الولي الشرعي أو غيبة الوصي، ويخضع الوصي المؤقت لنفس أحكام الوصي الدائم إلا أن مهمته محدودة زمنيا.<sup>2</sup>

**4- نطاق سلطة الوصي:** يقصد بذلك هل للوصي التصرف في كل شؤون الموصى عليه الشخصية والمالية، أم أن سلطته تقتصر على مجال الولاية على المال، وفي الولاية على المال هل الوصي كالأب والجد (عند من يرى الجد وليا) أم أن مرتبته أقل منهما ولا يملك ما يملكه من تصرفات.

**4-1- في الولاية على النفس:** في الجانب الأول الخاص بالولاية على النفس والتي بيّنا أن النيابة الشرعية تظهر فيها أساسا في الولاية على الزواج، نجد الفقهاء انقسموا فيها إلى فريقين: الأول: **الحنفية والشافعية:** وقالوا إن الوصي ليس له ولاية التزويج على الذين تحت ولايته، إلا إذا انعدم كل الأولياء وعينه القاضي بمقتضى السلطة المفوضة إليه من الحاكم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص175.

<sup>2</sup> - عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص91.

<sup>3</sup> - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، 4 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 2003)، ج4، ص31؛ ابن نجيم المصري الحنفي، المرجع السابق، ج2، ص208؛ أبو حامد الغزالي، المرجع السابق، ص279

**الثاني: المالكية والحنابلة:** وقالوا بأن للوصي تزويج من في ولايته من أبناء الموصي، لأن الولاية كانت ثابتة للأب وله نقلها لمن يشاء بعد وفاته قياساً على الولاية على المال.<sup>1</sup> واستدل كل فريق بأدلة فصلها في الفصل الأول من الباب الثاني من هذا البحث.

**رابعاً: الأقارب العصبات:** من حيث الأصل فإن ولاية الأقارب العصبات للتزويج إنما تظهر فيما يخص المرأة وأما القصر والمحجور عليهم ممن يخضعون لولاية الإجماع لا الاختيار فلا يظهر دون العصابة إلا ما ندر، وعند مذاهب دون أخرى، وهو ما نعرضه فيما يلي، حيث نبين من هم الأقارب العصبات الذين لهم حق في النيابة الشرعية.

**1- المذهب الحنفي:** في المذهب الحنفي للأقارب العصبات ولاية تزويج القصر والمحجور عليهم خصوصاً والوصي عندهم في المذهب ليس له ولاية التزويج كما سبق وأن ذكرنا. فتكون ولاية التزويج للابن وابنه وإن نزل (بالنسبة لمن حجر عليهم بعد إنجابهم) ثم الأب فالجد أب الأب وإن علا، ومن ثم يأتي الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ثم أبناء الإخوة الأشقاء ثم أبناء الإخوة لأب، ومن بعدهم الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب، ومن ثم أبناء الأعمام الأشقاء ثم أبناء الأعمام لأب، ثم أعمام الأب الأشقاء وأبنائهم ثم أعمام الأب لأب وأبنائهم.<sup>2</sup>

**2- المذهب المالكي:** ليس للأقارب العصبات ما عدا ابن المجنونة ولاية تزويج وتسمى ولاية الإجماع عند المالكية، فبعد الأب يأتي الوصي ومن ثم لا إجماع. إلا في حالة اليتيمة وفق شروط يسهر عليها القاضي.<sup>3</sup>

أما في ولاية الاختيار فيكون ترتيب العصابة كالتالي: الابن وابنه وإن نزل، ثم الأب، فالإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ثم أبناء الإخوة الأشقاء ثم أبناء الإخوة لأب، ثم الجد أب الأب،

---

<sup>1</sup> - محمد عبد الله رابعة، المرجع السابق، ص205؛ عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج3، ص193؛ موفق الدين ابن قدامة، الكافي، ج4، ص12.

<sup>2</sup> - عقيل بن أحمد بن دخيل العقيلي، النيابة في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، (مكة المكرمة، السعودية: جامعة أم القرى، 1423 هجرية)، ص 295؛ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 82 و ص 85.

<sup>3</sup> - الدردير، المرجع السابق، ج2، ص356.

ثم الأعمام الأشقاء ثم لأب ثم أبنائهم على الترتيب، ثم أب الجد، ثم عم الأب فابنه، ثم عم الجد فابنه، ويقدم الأفضل عند التساوي في الرتبة.<sup>1</sup>

**3- المذهب الشافعي:** وعندهم كذلك ليس للأقارب العصابات ولاية الإيجار، وإنما ولاية الاختيار ويكونون على الترتيب التالي، حيث يأتي الأب والجد (أب الأب وإن علا)، فالإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب ومن بعدهم أبنائهم على الترتيب، ثم الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب ثم أبنائهم على الترتيب وإن نزلوا ويقدم الشقيق على الذي لأب.<sup>2</sup>

**4- المذهب الحنبلي:** لم يجعل الحنابلة أيضا للأقارب العصابات ولاية الإيجار، فليس لهم إلا ولاية الاختيار، ويكونون عندهم بالترتيب التالي، حيث يكون الجد أبو الأب وإن علا أولا، ثم ابنها وابن ابن وإن نزل الإخوة الأشقاء ثم الإخوة لأب، ثم أبنائهم على الترتيب وإن نزلوا، ثم الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب ثم أبنائهم وإن نزلوا ثم أعمام الأب وأبنائهم.<sup>3</sup>

**خامسا: الأم وذوو الأرحام:** بالنسبة للأم وذوي الأرحام فلا سلطة لهم ولا ولاية بصفتهم هذه من حيث الأصل، إلا إن أوصى لهم الأب أو الجد عند من يرى أن للجد أن يوصي، أو إذا عين القاضي أحدهم من عنده مقدا على القاصر أو المحجور عليهم.

ولم يخالف عن هذا الرأي إلا أبو حنيفة فيما تعلق بالولاية على النفس حيث قال بانتقال الولاية على النفس بعد الأب والجد والأقارب العصابات، إلى الأم وبعدها ذوي الأرحام، فتكون الأم ثم أم الأب، ثم أم الأم، ثم الجد لأم، ثم الأخت الشقيقة فالأخت للأب، ثم الإخوة والأخوات لأم، ثم للعمات مطلقا ثم الأعمام لأم، ثم الأخوال والخالات ثم بنات الأعمام وأولادهم.<sup>4</sup>

و بخصوص الأم، فإن الفقهاء وبرغم إقرارهم لها بوفور شفقتها على أولادها وأنها في ذلك تفوق الأب، إلا أنهم لم يجعلوا لها ولاية على أموال أولادها على اعتبار أنها وإن كانت تملك

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 204.

<sup>2</sup> - العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج9، ص 210؛ عقيل بن أحمد بن دخيل العقيلي، المرجع السابق، ص297.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج7، ص 207؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج41، ص279.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 83؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 271.

الشفقة والحرص، إلا أنها لا تملك قدرة الأب في إدارة الأموال والمتاجرة بها وما إلى ذلك على أساس أنه ينقصها كمال العقل وسداد الرأي.<sup>1</sup>

إلا أن هذا الرأي الذي لا يجعل للأم بهذه الصفة سلطة على شؤون أولادها القصر في أموالهم يحتاج إعادة النظر فيه، فالعلة التي بنى عليها الفقهاء قديما حرمان الأم من الولاية على مال أولادها قد زالت مع تمكن النساء في هذه الأيام من العلم والمعرفة والخبرة بالتجارة والأسواق، كما يعضد ذلك عدم اعتراض الفقهاء قديما على كونها وصيا.<sup>2</sup>

**سادسا: القاضي:** للقاضي الولاية العامة على شؤون فاقد الأهلية وناقصيها وهو يستمدّها من ولاية الحاكم فهو نائب عنه، وتسمى عند الفقهاء بولاية السلطان، وأصلها ما جاء في الحديث عن أن النبي ﷺ قال: (السلطان ولي من لا ولي له).<sup>3</sup>

وتختلف سلطة القاضي في الولاية على النفس عن سلطته في الولاية على المال، ففي الولاية على النفس تظهر سلطة القاضي أساسا في تزويج فاقد الأهلية وناقصي الأهلية بإجماع الفقهاء حين عدم وجود ولي مجبر، أو عضل الولي لمن تحت ولايته، أو تشاجر الأولياء فيما بينهم.<sup>4</sup> أما بخصوص الولاية على المال فإن القاضي تكون له مهمتان أساسيتان، أولها مراقبة تصرفات الأشخاص المكلفين بالنيابة الشرعية والتدخل عند اللزوم، وثانيهما اختيار مقدم من قبله، حين لا يوجد أب أو جد أو وصي، حيث يختار شخصا يراه قادرا على تحمل مسؤولية القيام بشؤون فاقد الأهلية أو ناقصها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 227.

<sup>2</sup> - فراس وائل طلب أبو شلخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، (فلسطين: جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا، 2008/2007)، ص 98.

<sup>3</sup> - رواه ابن ماجه في كتاب النكاح باب لا نكاح إلا بولي (حديث رقم 1879) عن حديث عائشة رضي الله عنها، وصححه الألباني، سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص 605؛ وانظر: الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ج 2، ص 129.

<sup>4</sup> - نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، الأهلية أقسامها، أطوارها، عوارضها وعلاقتها بقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 م، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، ( فلسطين: جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا بجامعة الخليل - فلسطين، 2008، ص 203).

<sup>5</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 264.

**سابعا:المقدم:** المقدم من التقديم، وهو من يفوضه القاضي السلطة على القاصر أو المحجور عليه، ويعينه بأمر منه، وذلك في الحالة التي لا يوجد فيها ولي ولا وصي يقوم بشؤون النيابة عن القاصر ويدعى أيضا بالقيم.<sup>1</sup> ووفق ما سبق تناوله في الفرع الأول فإن المقدم يتولى كذلك حفظ أموال الغائب والمفقود.

ويشترط في المقدم نفس الشروط المطلوبة في الوصي وتكون له نفس سلطاته، إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن المقدم تكون له سلطة على أموال القاصر دون شؤونه الشخصية فلا يتولى أمرا من أموره الشخصية، واعتبر آخرون أن المقدم لا يكون إلا في حالة الحجر على المجنون أو المعتوه أو السفیه الذين تطراً عليهم هذه العوارض بعد بلوغهم راشدين، وذلك حين لا يكون لهم ولي شرعي أو وصي تعود له الولاية.<sup>2</sup>

**ثامنا: الكافل:** قرر فقهاء المالكية لمن يتولى شؤون اليتيم تبرعا منه من حيث رعايته والحفاظ عليه نوعا من الولاية، وذلك على صعيد الولاية على النفس والولاية على المال معا؛ حيث قالوا بأن للكافل ولاية تزويج اليتيمة التي في كفالته، وفي الولاية على المال جعلت له ولاية التصرف أيضا على خلاف بين من قال بأن له فقط التصرفات البسيطة وأن التصرفات الأخرى لا تكون له دون إذن الحاكم (القاضي) والرأي الثاني هو أن له التصرف في الصغيرة والكبيرة والقول الثاني وهو قول الإمام مالك من أن الكافل كوصي الأب مراعاة للعرف.<sup>3</sup>

وبهذا نكون قد أنهينا المبحث الأول والذي عرضنا فيه الأشخاص الذين يحوزون صفة النائب الشرعي عن فاقدني وناقصي الأهلية في الفقه الإسلامي، ومنتقل في المبحث الثاني للنائب الشرعي وفق أحكام القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

---

<sup>1</sup> - نزيه حماد، المرجع السابق، ص13؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء 43، ص26؛ عبد السلام الرفعي، نفس المرجع، ص 240.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 464.

<sup>3</sup> - الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص 301؛ حيث قال المالكية أن كثيرا من الناس وخاصة البدو يهلون بالإيضاء، وكثيرا ما يموت الأب دون أن يترك وصيا وأن العرف أن يتولى شؤون أولاده الجد أو العم أو الخال من حيث حضانتهم، فاستوجب العمل بالعرف واعتباره بمثابة الإيضاء، وهو من بديع انفرادات المالكية.

## المبحث الثاني:

### النائب الشرعي في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

نتناول هذا المبحث من خلال نقطتين أساسيتين، الأولى هي أصحاب الحق في النيابة الشرعية وترتيبهم، والثانية هي الأحكام التفصيلية الخاصة بكل نائب شرعي، وذلك ببيانها في أحكام القانون الجزائري ومقارنتها بما جاء في القوانين العربية محل المقارنة.

#### المطلب الأول

##### أصحاب الحق في النيابة الشرعية عن القاصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري

نميز في هذا المقام بين أصحاب الحق في النيابة الشرعية في الولاية على النفس، وأصحاب الحق في النيابة الشرعية في الولاية على المال، وذلك كآلاتي:

**الفرع الأول: أصحاب الحق في النيابة الشرعية في الولاية على النفس:**

سبق وأن بينا أن الولاية على النفس تتجسد في إنشاء التصرفات وتنفيذها فيما تعلق بالزواج وإنحلاله، وفي هذا المجال نجد المشرع الجزائري يميز من ينوب عن القاصر والمحجور عليهم في مسألة إنشاء الرابطة الزوجية وبين من ينوب عنهم حين إنهاء الرابطة الزوجية، ففي الولاية على الزواج جعل المشرع الجزائري طبقاً لنص المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة النيابة الشرعية للأب ومن بعده لأحد الأقرباء الأقرب فالأقرب، والقاضي ولي من لا ولي له.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> جاء في المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة على ما يلي: ( ... يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له). وهذه المادة من المواد التي تم تعديلها بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة حيث كانت تتكلم على الولاية على المرأة بصفة عامة وتنص أنه: ( يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له)، وقد عدلت هذه المادة حين ألغيت ولاية الإيجابار على المرأة وصارت الولاية تعني القصر وحدهم، في حين صارت المرأة الراشدة- طبقاً لنص الفقرة 1 من المادة 11- هي التي تتولى عقد زواجها بنفسها مع قيد شكلي هو حضور وليها والذي وسع القانون في مفهومه فجعله أباًها أو أحد أقاربها أو أي رجل آخر تختاره.

وحيث النظر في هذا الاختيار الفقهي نجده اختيارا أقرب ما يكون لمذهب الشافعية في ترتيب الأولياء على النفس وفق ما ذكرناه في موضعه من البحث. وبذلك لم يحترم المشرع الجزائري في هذه المسألة المرجعية الفقهية المالكية.

أما فيما تعلق بالولاية على مسائل انحلال الرابطة الزوجية نص المشرع الجزائري على أن يتولى النائب الشرعي وبالذات الولي أو المقدم رفع دعوى فك الرابطة الزوجية، ولكنه لم يصرح إطلاقا بمسألة إيقاع النائب الشرعي للطلاق، تاركا الأمر للقواعد الموضوعية في قانون الأسرة. وهو ما سنراه لاحقا في الباب الثاني من هذا البحث)، وذلك طبقا لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا النص وإن ورد في ما يتعلق بدعوى الطلاق فإنه لا شك ينسحب على بقية صور فك الرابطة الزوجية.

وفي القوانين العربية محل المقارنة، نجد المشرع المغربي وافق المشرع الجزائري في عدم تخصيص نص يحدد فيه الأولياء على النفس، حيث حين العودة لأحكام الولاية على الزواج باعتبارها المثال الأبرز على النيابة الشرعية في مسائل الولاية على النفس نجد المشرع المغربي لم يضع ترتيبا خاصا للولاية على النفس في الزواج وإنما كان يورد عبارة الولي أو النائب الشرعي مما يؤكد أنه يعتبر النائب الشرعي في الولاية على النفس هو ذاته النائب الشرعي في الولاية على المال.<sup>1</sup>

ونفس الموقف اتبعه المشرع التونسي الذي اتبع قول المالكية حين قرر أن ولي القاصر في الزواج هو أبوه أو من ينيبه (وهو ما ينطبق على الوصي) ثم الحاكم. كما قرر أن زواج المحجور عليه يخضع لموافقة المحجور له (القيم).<sup>2</sup>

أما في القانون الموريتاني فهو بدوره لم ينص على أولياء النفس بصورة مباشرة إلا أنه في أحكام الزواج حدد الأولياء على الزواج دون تحديد هل هو قاصر أم غير ذلك، حيث نص على أن الأولياء في الزواج هم: الابن فابنه، ثم الأب أو وصيه، ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد

<sup>1</sup> - المواد 19-22 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - الفصلين 7 و 8 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.



لأب ثم العم ثم أبناء العم بالترتيب ويقدم الشقيق فيهم على غيره، ثم الكافل ثم القاضي وأخيرا ولاية عامة مسلم.<sup>1</sup> وفي هذا اتباع للمذهب المالكي وفق ما رأيناه سابقا.

وخلافا لذلك نجد في القانون الليبي نصا خاصا في قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم ينص على أن الأولياء على النفس هم: الوالدان ثم العصابة بالنفس (أي الذكور) حسب ترتيب الإرث والقربة وعند التساوي تختار المحكمة أصلحهم، فإن لم يوجد عينت المحكمة من عندها.<sup>2</sup>

وهو ذات موقف المشرع الكويتي مع فارق بسيط أن المشرع الكويتي لم يجعل يوحد بين الوالدين ولم يجعل بالتالي للأب مكانا في الولاية على النفس حيث جعل المشرع الكويتي الولاية على النفس للأب ثم للجد العاصب ثم العاصب بنفسه حسب ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما، فإذا تعدد المستحقون وتساووا في المرتبة اختارت المحكمة أصلحهم، وإذا لم يوجد مستحق للولاية عينت المحكمة من قبلها وليا.<sup>3</sup>

والمشرع الإماراتي بدوره وضع نصا خاصا بالأولياء على النفس، وجعلها للأب ومن بعده العصابة بالنفس على ترتيب الميراث، وإن تساوى الأولياء في المرتبة والدرجة والرشاد اختير أكبرهم سنا، وإن لم يوجد ولي على النفس من هؤلاء تقوم المحكمة بتعيين أحد أقرباء القاصر وليا على النفس.<sup>4</sup>

وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي المقصود من العصابة بالنفس وما هو ترتيبهم في الولاية على النفس، فالعصابة بنفسه هو القريب الذكر الذي لم يدل بأنتى قط، وله خمس جهات مرتبة في تقديم بعضها على بعض، وترتيب العصابة بالنفس في ما تعلق بالولاية كما يلي:

## 01- الأب،

<sup>1</sup> - المادة 11 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

<sup>2</sup> - المادة 32 قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>3</sup> - المادة 209 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>4</sup> - المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

02- البنوة وتشمل الابن ثم ابن الابن وهكذا،

03- الجد العصبي أي أب الأب وإن علا،

04- الإخوة، وتشمل الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم

أبناء هؤلاء،

05- العمومة، وتشمل العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب،

والتقديم بين هؤلاء يكون بالجهة، فجهة الأب مقدمة على البنوة والبنوة مقدمة على الجد، وفي الجهة الواحدة يقدم الأقرب فالابن أقرب من ابن الابن، والأخ مقدم على ابن الأخ، وحين يتحد العاصبان في الجهة والقرب يقدم الأقوى فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب والعم الشقيق مقدم على العم لأب، وإذا تعددت العصابات وكانوا متماثلين في الجهة والقرب واستوائهم في الرشد فالولاية لأكبرهم سناً، فإذا اختلفوا اختارت المحكمة أصلحهم وإذا لم يوجد مستحق للولاية عينت المحكمة ولياً على النفس من أقارب القاصر إذا وجد فيهم من يصلح للولاية وإلا فمن غيرهم.<sup>1</sup>

أما المشرع البحريني فقد مائل موقف المشرع الجزائري في عدم تخصيص نص للولاية على النفس والاكتفاء بالنص على الولاية على الزواج بخصوص الولاية على النفس حيث جعلها تكون للعصبة بالنفس على الترتيب التالي: الأب، الجد من الأب، الإبن وإن نزل، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب. ومن بعدهم يكون القاضي ولي من لا ولي له.<sup>2</sup>

وعليه فإن المشرع الجزائري بحاجة إلى مزيد من التوضيح في أحكام أصحاب الحق في الولاية على النفس، إزاء بالقوانين العربية محل المقارنة وذلك درءاً للتنازع والاختلاف بين أفراد الأسرة بحيث يوضح من هم الأقارب المقصودين.

وننتقل للفرع الموالي لنرى أصحاب الحق في النيابة الشرعية في الولاية على المال.

<sup>1</sup> - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص 309.

<sup>2</sup> - المادة 12 و14 من قانون الأسرة البحريني.

## الفرع الثاني: أصحاب الحق في النيابة الشرعية في الولاية على المال:

تطرق المشرع الجزائري لأصحاب الحق في الولاية على المال في المادة 81 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: (كل من كان فاقدا للأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو لجنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون).<sup>1</sup> ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري حدد صفة النائب الشرعي عن القاصر والمحجور عليهم من فاقدني وناقصي الأهلية في مسائل الولاية على المال بوضوح بأنه إما ولي أو وصي أو مقدم.

وجاء في المادة 87 الفقرة 1 من قانون الأسرة: (يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم قانونا....). ومنه فالمقصود بالولي هما الأب والأم.

أما الوصي حسب المادة 92 منه هو الشخص الذي يعينه الأب أو الجد حين انعدام الأم أو عجزها، والمقدم هو من يعينه القاضي، حسب المادة 99 من نفس القانون، في حالة عدم وجود ولي أو وصي.<sup>2</sup>

ومن خلال هذه النصوص المتعلقة بتحديد النائب الشرعي في الولاية على المال يظهر لنا اختيار المشرع قول المالكية والحنابلة في مسائل منها عدم اعتبار الجد وليا على المال. ولكن المشرع الجزائري عاد وخالف المذهب المالكي حينما نص على تولي الأم بهذه الصفة الولاية على أولادها القصر معتبرا إياها وليا شرعيا.<sup>3</sup>

والمشرع في هذه النقطة يظهر وكأنه قد أخذ بقول أبي حنيفة بجواز ولاية الأم، ولكنه عاد وخالف ترتيب الحنفية للأولياء تماما، وذلك حين جعل الأم وليا بعد الأب مباشرة وبقوة القانون مما يوحي بأنها في مرتبة الأب. وبذلك فإن المشرع الجزائري جمع بين مجموعة من الآراء في مسألة واحدة.

<sup>1</sup> - والذي جعلنا نقول بأن هذه المادة تحدد الولاية على المال فقط دون الولاية على النفس هو تطرق المشرع الجزائري في المواد الموالية لأحكام تصرفات القاصر والمحجور عليهم المالية.

<sup>2</sup> - بن ملحة الغوثي، المرجع السابق، ص 203.

<sup>3</sup> - زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص 147.

وإضافة إلى هؤلاء جميعا، نجد المشرع الجزائري في قانون الأسرة أعطى للكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول وذلك بنص صريح لا يدع مجالا للشك بأن الكافل يعتبر نائبا شرعيا وهو أخذ بقول المالكية من منح الكافل ولاية على من في كفالته، ولكن المشرع وإن وافق المالكية من حيث المبدأ خالفهم من حيث التفصيل حيث مكن الكافل من ولاية كاملة قوية، على عكس ما جرى عليه العمل في الفقه المالكي من اعتبار الكافل ذا ولاية استثنائية بشروط خاصة.

هذا فيما تعلق بالصبي القاصر، أما المحجور عليهم كما سبق تناوله سابقا، فإن المشرع الجزائري حسب النصوص الواردة في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص على أن الحاجر يسمى مقدما، ولكنه إما أن يكون وليا أو وصيا تستمر ولايته أو تعود تحت مسمى التقديم، وبذلك فإن النائب الشرعي الذي يبلغ أثناء نيابته القاصر سن الرشد يكون أولى بالنيابة الشرعية حال الحجر على من كان في ولايته.

وبذلك يكون المشرع قد أخذ بقول المالكية والحنابلة لأنه نص على أن التقديم يكون فقط حال عدم وجود ولي أو وصي.

أما القوانين العربية محل المقارنة، فقد تمايزت أحكامها المتعلقة بتحديد صاحب الحق في الولاية على المال وترتيبهم،

فالمشرع المغربي حدد من هو النائب الشرعي من خلال ما ورد في المواد 229 إلى 232، حيث قرر أن النيابة الشرعية إما ولاية أو وصاية أو تقديم.<sup>1</sup>

ثم بين المشرع المغربي أن المقصود بالولي هو الأب والأم والقاضي، وأن المقصود بالوصي هو وصي الأب ووصي الأم، وأن المقدم هو من يعينه القضاء.<sup>2</sup>

وقد رتب المشرع المغربي أصحاب النيابة الشرعية حسب الترتيب الآتي:

- الأب الراشد،

<sup>1</sup> - المادة 229 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية.

- الأم الراشدة حين عدم وجود الأب أو فقد أهليته،

- وصي الأب،

- وصي الأم،

- القاضي،

- مقدم القاضي.<sup>1</sup>

ونص المشرع المغربي على أن القاصر الذي يكون موضوعا تحت رعاية شخص أو هيئة معينة يكون لهذا الشخص أو تلك الهيئة صفة النائب الشرعي في شؤونه الشخصية حتى تعين المحكمة مقدما.<sup>2</sup> حيث لا تتمتع هذه الهيئة أو هذا الشخص بأية صلاحيات فيما تعلق بأموال القاصر ومثله المحجور عليهم.

ويتبين لنا أن المشرع المغربي قد اتبع المذهب المالكي في تحديده لمن يكون النائب الشرعي، ولكنه على غرار المشرع الجزائري نص على اعتبار الأم نائبا شرعيا بقوة القانون فخالف بذلك أحكام الفقه الإسلامي. ولكن المشرع المغربي تميز عن المشرع الجزائري حين نص على أن للأم أن تختار وصيا، وهو ما يعتبر أمرا منطقيا ومنسجما مع اعتبارها نائبا شرعيا في قوة الأب، وخلافا للمشرع الجزائري لم يتطرق المشرع المغربي لحق الجد في الإيضاء انسجاما مع الخيار الفقهي وعدم اعتبار الجد نائبا شرعيا ولا صلة له بها إطلاقا وبذلك تقادى التناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري حينما حرم الأم من حق الإيضاء في حين أعطى هذا الحق للجد رغم أنه لا يعتبر نائبا شرعيا إطلاقا وفق ما ذكرناه سابقا.

وبخصوص الكافل نلاحظ أن المشرع المغربي لم ينص على اعتبار ولاية الكافل على القاصر في مدونة الأسرة وإنما نص عليها في القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين.<sup>3</sup> والذي

---

<sup>1</sup> - المادة 231 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - المادة 232 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.02.172 المؤرخ في الفاتح من ربيع الثاني 1423 الموافق 13 يونيو 2002، (الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الثانية 1423 الموافق 19 أغسطس 2002، ص2362).

تطرق فيه لشروط اعتبار الطفل مهملا وكيفية إسناد الكفالة وشروطها، حيث يقوم الكافل برعاية القاصر المحتاج للرعاية ويقوم على شأنه، وبموجب أمر إسناد الكفالة يتم تعيين الكافل مقدما على المكفول، وعليه فإنه لا يكون للكافل بصفته كافلا وإنما باعتباره مقدما ويخضع لأحكام المقدم لا سيما من حيث المحاسبة.<sup>1</sup>

ولم يميز المشرع المغربي بين من ينوب عن القاصر وبين من ينوب عن المحجور عليهم لفقد الأهلية أو نقصانها، ولكن يستشف من خلال نصوص المدونة أن النائب الشرعي عن المحجور عليه يسمى مقدما، وهو ما يوافق فيه المشرع المغربي المشرع الجزائري. أما في القانون التونسي مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته، ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية. وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما إذا لم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم.<sup>2</sup>

وعليه فإن ترتيب أصحاب الحق في النيابة الشرعية وفق أحكام القانون التونسي كالاتي:

- الأب،

- الأم،

- وصي الأب،

- مقدم الحاكم (القاضي).

وواضح جدا اتباع المشرع التونسي للمذهب المالكي من حيث استبعاد الجد، ولكنه جعل الأم وليا شرعيا.

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 17 من القانون المتعلق بكفالة الأطفال المهملين: (يصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا بإسناد كفالة الطفل المهمل إلى الشخص أو إلى الجهة التي تقدمت بالطلب، إذا أسفر البحث عن توفر الشروط المطلوبة بمقتضى هذا القانون.

ينص الأمر على تعيين الكافل مقدما عن المكفول.....).

<sup>2</sup> - الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

وفي القانون الموريتاني ووفق أحكام مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية فإن النيابة الشرعية تنحصر في الولاية أو الوصاية أو التقدّم.<sup>1</sup> وقد بينت المادة 176 من نفس القانون الأشخاص القائمين بمهمة النائب الشرعي حين نصت على أن النيابة الشرعية عن القاصر تمارس من طرف الأب أو القاضي أو الوصي أو المقدم. فإن باشرها الأب والقاضي يسمى وليا والوصي هو من يعينه الأب أو وصيه، في حين يسمى مقدا من كان تعيينه من القاضي.<sup>2</sup> وإضافة إلى هؤلاء نص المشرع الموريتاني على اعتبار تصرفات الكافل مثل تصرفات الوصي إذا رأى القاضي أنه يحسن النظر للقاصر الذي تحت كفالتة.<sup>3</sup> وواضح اتباع المشرع الموريتاني للمذهب المالكي، وقد وافق المشرع الجزائري في هته الأحكام وخالفه فقط في نقطتين، الأولى عدم اعتبار الأم وليا والثانية عدم منح الكافل الولاية القانونية الكاملة.

أما في القانون الليبي فإننا نجد الولاية على المال تكون للأب والأم ثم الوصي المختار ثم القيم الذي يختاره القاضي سواء بالنسبة للقاصر الذي لا أب له ولا وصي أو المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية. وتميز المشرع الليبي بنصه على أن القاضي غير ملزم بالترتيب الوارد في القانون وله أن يمنح الولاية على القاصر لأي كان ما دام ذلك يصب في مصلحة القاصر.<sup>4</sup>

أما في الكويت فقد أنشئت هيئة عامة هي الهيئة العامة لشؤون القصر، تسهر على حماية القصر ومن في حكمهم وتكون هي النائب الشرعي في حال عدم وجوده من يتولى شؤونهم حتى تعين المحكمة نائبا شرعيا، وذلك في حالة القاصر والمحجور عليه الكويتي.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 176 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>2</sup> - الفقرة 2 من المادة 177 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>3</sup> - المادة 188 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - المواد 14، 18، 44 و 60 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>5</sup> - نظمت هذه الهيئة بموجب القانون رقم 67 لسنة 1983 في شأن إنشاء الهيئة العامة لشؤون القصر وقد صدر تطبيقا له القرار الوزاري رقم 7 لسنة 1992 بشأن الهيئة العامة لشؤون القصر.

وخارج نطاق النيابة الشرعية للهيئة العامة لشؤون القصر نجد المشرع الكويتي يميز بوضوح بين الولاية على مال الصغير والولاية على مال المحجور عليه، فالصغير ووليّه أبوه فوصي الأب فالجد لأب فالوصي الذي يعينه القاضي، مع مراعاة ما نصت عليه المادة 112 من القانون المدني الكويتي بخصوص ولاية الهيئة العامة لشؤون القصر.<sup>1</sup>

والواضح أخذ المشرع الكويتي بالمذهب الحنفي من جهة اعتبار الجد ولياً ومرتبته، ولكنه خالفه حين لم يورد ذكراً للعصبة وذوي الأرحام في الولاية على المال. وقد أكد المشرع الكويتي بوضوح أن ولاية الأب والجد ولاية أصلية ليس لهما التنحي عنها دون عذر مقبول.<sup>2</sup>

أما النائب الشرعي عن المحجور عليه في ماله فقد جاء في المادة 138 من القانون المدني الكويتي أن المحكمة تعين قيماً على المحجور عليه ممن أصابهم عارض أهلية بناء على طلب الهيئة العامة لشؤون القصر أو كل ذي شأن، في حدود ما يقضي به القانون، وتكون القوامة للهيئة في حالة المحجور عليه الكويتي ما لم تعين المحكمة قيماً، وتراعي المحكمة في تعيين القيم على المحجور عليه أن تعين الأرشد فالأرشد من أبنائه الذكور، ثم أباه ثم جده لأبيه، ثم من ترى فيه مصلحة المحجور عليه.<sup>3</sup>

وفي القانون الإماراتي نجد الولاية على المال تكون للأب ومن بعده لوصيه إن وجد ثم للجد الصحيح ثم لوصيه إن وجد ثم للقاضي، وليس لأحدهم التخلي عن ولايته إلا بإذن المحكمة.<sup>4</sup>

وواضح أن المشرع الإماراتي لم يلتزم المذهب المالكي في هاتين المسألتين وخصوصاً مسألة الولاية على المال، حيث اتبع قول الحنفية.

وفي القانون البحريني ورغم إنشاء قانون الولاية على المال لهيئة إدارة أموال القصر فإنه لم يجعل لها الولاية على الأموال بصفة مباشرة ولم يترك لها سوى الرقابة، أما صفة الولي على

<sup>1</sup> - المادة 110 فقرة 1 من القانون المدني الكويتي.

<sup>2</sup> - المادة 110 فقرة 2 من القانون المدني الكويتي.

<sup>3</sup> - المادة 139 من القانون المدني الكويتي.

<sup>4</sup> - المادة 188 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.



المال فإنها تكون للأب ثم للجد الصحيح أي من جهة الأب، إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا، وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتتحي عنها إلا بإذن مجلس إدارة أموال القاصرين ومن في حكمهم.<sup>1</sup>

ومن خلال هذا النص فإن المشرع البحريني تتبع خطى المشرعين الكويتي والإماراتي، في ترتيب الأولياء على المال مختلفين في ذلك عن المشرع الجزائري في مسألة ولاية الأم وفي مسألة ولاية الجد.

كما أن الاختيارات الفقهية مختلفة فالمشرع الجزائري أقرب للمالكية والحنابلة حال المشرعين المغربي والتونسي والليبي والموريتاني وهذه القوانين باستثناء القانون الموريتاني اتفقت على ولاية الأم على أموال أبنائها.

أما في الكويت والبحرين والإمارات فإن قوانينها كانت أميل للمذهبين الحنفي والشافعي من حيث اعتبار الجد وليا على المال وأجمعت على عدم اعتبار الأم وليا على أموال أبنائها مخالفين بذلك ما ذهب إليه القانون الجزائري.

كذلك فإن كل من الكويت والبحرين والإمارات لم تجعل للكافل أي ولاية على أموال القاصر الذي في رعايته، خلافا للقانون الجزائري الذي أعطاه الولاية الكاملة واقترب منه المشرع الموريتاني وخالفه في ذلك القانون المغربي والقانون التونسي والقانون الليبي.

وفي المطلب التالي نتطرق للأحكام التفصيلية لأصحاب الحق في النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

---

<sup>1</sup> - المادة 14 من قانون الولاية على المال البحريني.

## المطلب الثاني

### الأحكام الخاصة بكل نائب شرعي

نتناول الأحكام الخاصة بالنائبين الشرعيين بالترتيب الوارد في قانون الأسرة الجزائري، كالاتي، الولي ويضم الأب والأم، ثم الوصي ثم المقدم ومن ثم القاضي فالأقارب فالكافل. على أن نورد بالمقابل موقف القوانين العربية محل المقارنة من كل نائب شرعي ورد في القانون الجزائري وذلك وفق الفروع التالية:

**الفرع الأول: الولي:** مفهوم الولي في قانون الأسرة الجزائري يختلف عنه في الفقه الإسلامي، حيث يتسع مفهوم الولي في الفقه الإسلامي ليشمل الأب والجد (عند من يعتبر الجد وليا)، وأيضا الوصي والمقدم والأقارب وكل نائب شرعي، أما في القانون الجزائري فيقتصر مفهوم الولي على الأب والأم فقط، وهو أمر -والله أعلم- عائد إلى الترجمة الفرنسية التي تميز بين الولاية (la tutelle) والوصاية (la tutelle testamentaire) والتقديم (la curatelle)، ولا مشاحة في المصطلح إذا فهم المعنى.<sup>1</sup>

وحسب نص المادة 87 من قانون الأسرة فإن الولي هو الأب ومن بعد وفاته الأم، على أن تنتقل الولاية في حالة الطلاق لمن أسندت له الحضانة منهما.

**أولاً: الأب:** يكون الأب وليا على أولاده القصر بقوة القانون دونما حاجة إلى حكم من القاضي، أي أن الأب يتولى إدارة شؤون أبنائه القصر مباشرة، وتظل له الولاية عليهم إلى غاية بلوغهم سن الرشد. ولم يستلزم قانون الأسرة الجزائري توافر شروط معينة في الأب، حيث افترض فيه المشرع الصلاح والرشد والقابلية للولاية على أولاده ما لم يثبت العكس.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> حين النظر في المصطلحات الفرنسية الولاية (la tutelle) والوصاية (la tutelle testamentaire) والتقديم (la curatelle) نلاحظ أنها تعد يعتبر الوصاية فرعا عن الولاية، فهي ولاية بالإيصاء والتقديم يأتي بعد الوصاية.

<sup>2</sup> انظر المادة 87 من قانون الأسرة التي لم تتضمن شرطا واحدا فيما يخص الأب، مقارنة مع الأم التي ورد بشأنها إشارة لاشتراط الأهلية لممارسة الولاية في المادة 92 من قانون الأسرة، إلا أن عدم النص على شروط الأب لا يعني عدم اشتراط العدالة أو الأمانة في الأب، ذلك أن الأب تنزع منه الولاية والسلطة الأبوية والحقوق المتعلقة بها في حالة الحكم عليه بجناية أو

وبهذا يبدو المشرع الجزائري وكأنه قد أخذ برأي الجمهور حينما لم يميز بين عدة أصناف للأب ولم يجعله مراتب مثلما هو الحال لدى الحنفية، إلا أنه عاد ونص على ما يشير إلى أخذه برأي الحنفية حول ضرورة أن يكون الأب محسنا للتصرف أو على الأقل غير معروف بفساد الرأي، وذلك حين نص في مستهل المادة 88 من قانون الأسرة أن الولي يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، وهو ما من شأنه أن يعني بمفهوم المخالفة أنه لو تصرف بغير ذلك فلا تكون له الولاية ويمنع من التصرف ولو مؤقتا، وما يؤكد هذا القول ما جاء في نص المادة 90 من قانون الأسرة التي نصت على أنه حين تتعارض مصالح الولي ومصالح من تحت ولايته، يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا.<sup>1</sup>

**ثانيا: الأم:** لقد منح المشرع الجزائري للأب الولاية على أولادها القصر بعد وفاة الأب بقوة القانون، فتصبح هي الولي الشرعي، كما جعل لها القانون سلطة الحلول محل الأب حين غيابه أو حصول مانع له، وذلك في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد.<sup>2</sup>

وبذلك فإن المشرع الجزائري قد أعطى للأب حظوة في مجال النيابة الشرعية حين اعتبرها وليا شرعيا بقوة القانون بعد الأب مباشرة دونما حاجة إلى تثبيت من القضاء.<sup>3</sup>

فالأم لها الأولوية في النيابة الشرعية بحيث لا يحل محلها وصي ما دامت موجود قادرة على تولي أمر أولادها القصر والمحجور عليهم.<sup>4</sup>

---

بعض الجرح، والتي يترتب عليها الحكم بعقوبة تكميلية أو أكثر تتضمن الحرمان من بعض الحقوق المدنية وعلى رأس هذه العقوبات التكميلية الحجر القانوني، دون أن ننسى أن السجن أو الحبس يترتب عليه إسقاط الولاية عن الأب المحكوم عليه بناء على طلب الأم أو النيابة العامة أو كل ذي مصلحة.

<sup>1</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، قانون الأسرة مفسرا مادة مادة للمبتدئين و الممارسين، ط1، (القبلة القديمة، الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008)، ص86؛ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، د.ط، (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985)، ص115.

<sup>2</sup> - المادة 87 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحرش، المرجع السابق، ص 101؛ زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص 147.

<sup>4</sup> - تقيّة عبد الفتاح، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، د.ط، (الجزائر: منشورات ثالثة، 2007)، ص250؛ محمد حسنين، نفس المرجع، ص115.

ثالثا: انتقال الولاية عند الطلاق: طبقا لنص الفقرة الثانية للمادة 87 من قانون الأسرة المضافة بموجب الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فإن على القاضي في حالة الطلاق أن يمنح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، بمعنى أن على القاضي حينما ينطق بحكم فك الرابطة الزوجية، وبعد أن يفصل في مسألة الحضانة، يتعين عليه أن ينص في منطوق حكمه على منح الولاية لمن أسندت له الحضانة، وإن لم يفعل في نفس الحكم يكون ذلك بموجب حكم آخر بناء على دعوى يرفعها صاحب المصلحة.<sup>1</sup>

ولكن ماذا لو أسندت الحضانة لغير الأب أو الأم، بمقتضى السلطة الممنوحة للقاضي شؤون الأسرة بعدم مراعاة الترتيب المذكور في المادة 64 المتعلقة بترتيب الحاضنين، حيث للقاضي أن يسند الحضانة لأي منهم حتى ولو كان آخرهم في الترتيب إذا رأى أن مصلحة المحضون تكون معه، على اعتبار أن مصلحة المحضون هي المعيار المعتمد في اختيار الحاضنين.<sup>2</sup> فهل يعني هذا أن الولاية تنتقل مع الحضانة إلى غير الأب والأم؟

بالرجوع إلى نص المادة 87 من قانون الأسرة نستنتج أن ارتباط الولاية على الأبناء بالحضانة يظهر فقط في حالة إسناد الحضانة للأب أو الأم، بمعنى أنه إذا حصل الطلاق فإن الولاية تكون للأب أو الأم تبعا لمن أسندت له الحضانة، فإن أسقطت الحضانة عن أحدهما صارت الولاية لآخر سواء عادت إليه الحضانة أم لا.

أما بعد انتهاء الحضانة ببلوغ الذكر سن عشر (10) سنوات قد تمتد إلى غاية السادسة عشر (16) سنة بحكم من القاضي حينما تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، وبالنسبة للأنثى فتنتهي حضانتها ببلوغ سن الزواج وهو تسع عشرة (19) سنة، وهي سن الرشد القانوني، في هذه الحالة فإن كان الأب موجودا فإن النيابة الشرعية بالنسبة للذكور تعود إليه ما دام قادرا على ممارستها، أما بالنسبة للإناث فإن النيابة الشرعية تكون قد انتهت بقوة القانون ببلوغهن

<sup>1</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ ، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> - نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وتطبيقها، د.ط، (عين مليلة، الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، د.س.ن، ص 247).

سن الرشد المطابق لسن الزواج الذي يخرجن به من الحضانة. فإن كان الأب غير موجود كانت النيابة الشرعية للأم، وإلا تعود للوصي وإما المقدم.<sup>1</sup>

وفي القوانين العربية محل المقارنة، نجدها انقسمت بين من فصل في أحكام الولي ومن لم يفصل فيها وبين من وقف موقفا وسطا،

فالمشرع المغربي وافق المشرع الجزائري في مسألة اعتبار الأم بديلا عن الأب، كما وافقه في مسألة الشروط المطلوبة في الأب والأم من حيث عدم اشتراطه أي فيهما سوى الأهلية. ولكن المشرع المغربي تميز عن المشرع الجزائري حين أعطى للأم حق الإيضاء على أولادها تمام مثل الأب، ولكنه بالمقابل أعطى للأب سلطة تعيين وصي حتى في حال وجود الأم ولكن مهمة الوصي حال وجود الأم تقتصر على مراقبة تسيير الأم ومرافقتها.<sup>2</sup>

وبذلك فإن المشرع المغربي سمح للأب بتعيين من يراقب الأم باعتبارها وليا شرعيا، وهذا تقييد واضح للأم باعتبارها نائبا شرعيا، ولعل السبب وراء هذا يكمن في احتمال أن تتزوج المرأة بعد زوجها ويحتال زوجها الجديد عليها للتلاعب بأموال القاصر الذي في حجره.

كما لم يتطرق المشرع المغربي لمسألة انتقال الولاية في حالة الطلاق، مما يعني بقاءها لصالح الأب وعدم انتقالها للأم بعد الطلاق تبعا للحضانة.

بينما في القانون التونسي لم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية شروطا أو أحكاما تفصيلية حول النائب الشرعي، ما عدا ما نص عليه من أن ولاية الأب والأم ووصي الأب هي ولاية بقوة القانون لا تبطل ولا تنزع عنهم إلا بحكم الحاكم ولأسباب شرعية.<sup>3</sup>

أما المشرع الموريتاني فنص على أن ولاية الأب على القاصر تشمل كل ما يتعلق بشخصه وماله، وتمتد إلى أن تكمل أهليته، ويتحتم على الأب القيام بها.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر المواد 65 و 87 و 92 و 99 من قانون الأسرة.

<sup>2</sup> - المواد 236 إلى 238 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - الفصل 155 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

<sup>4</sup> - المادة 178 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

ومن هنا تظهر خاصية الإلزامية في النيابة الشرعية وربطها بالأب ربطاً مباشراً، حيث لا تنزع منه ولا يحد منها إلا في حالات خاصة.<sup>1</sup>

كما أن المشرع الموريتاني لم ينص على أية شروط في الأب وهو تأكيد من المشرع الموريتاني على أصلية ولاية الأب.

ولم يتضمن القانون الليبي أي تفصيل بخصوص الأب والأم، ولم يبين الشروط المطلوبة فيهما رغم حديثه عن سلب الولاية وعن توقفها في حالة حدوث غياب للولي أو فقدانه أو قام به مانع يحول دون مباشرته لشؤون الولاية أو إذا تسبب في تعريض أموال القاصر للخطر.<sup>2</sup>

وبالمقابل تميز المشرع الكويتي بتحديد الشروط الواجب توافرها في النائب الشرعي بصفة عامة سواء كان أباً أو جداً أو وصياً، ولكنه لم يفصل في أحكام الأب والجد قدر ما فصل في أحكام الوصي، فوجد المادة 111 من القانون المدني الكويتي تنص على الشروط العامة المطلوبة في الولي (أبا كان أو جداً) والوصي وهي:

- أن يكون عدلاً: أي أميناً حسن السيرة،
- أن يكون كفؤاً: أي قادراً على إدارة المال الذي في ولايته والتصرف فيه،
- أن يكون بالغاً رشيداً غير محجور عليه لعارض من عوارض الأهلية،
- أن لا يكون قد أشهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره، لأنه في هذه الحالة يخشى منه على المال الذي يكون تحت ولايته فلا يمكن منه.

وأشارت المادة في الأخير إلى أن احترام الشروط الأخرى المنصوص عليها في القانون والشريعة الإسلامية، مثل شرط اتحاد الدين بين الولي أو الوصي والمولى عليه أو الموصى عليه. والغرض من هذه الشروط هو حماية الصغير وأمواله.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - ومنها ما جاء في المادة 179 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية من أن القاضي مراعاة لمصلحة القاصر أن يمنع الأب من مال ابنه ويعين له عن الضرورة مشرفاً لمراقبته إن خشي منه تفويت مال ابنه.

<sup>2</sup> - المادة 55 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

<sup>3</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص 106.

أما في القانون الإماراتي فقد جاء فيه أن ولاية الأب على أموال أولاده ولاية أصلية أثبتتها الشارع له بسبب الأبوة فهي حق له وبالوقت ذاته واجب عليه.<sup>1</sup> والجد كالأب أب.

أما الشروط المطلوبة في الولي فهي أن يكون بالغا عاقلا رشيدا أمينا قادرا على القيام بمقتضيات الولاية.<sup>2</sup>

أما المشرع البحريني فلم يشترط في الأب سوى الأهلية لإبرام التصرفات.<sup>3</sup> وبذلك نجد أن المشرع الجزائري وقف موقفا وسطا في هذه المسألة لا سيما حين وضع نصا عاما، فلم يقتضب كالمشرعين التونسي والبحريني ولم يفصل كالمشرعين الكويتي والإماراتي.

**الفرع الثاني: الوصي:** الوصي هو النائب الشرعي الذي يلي الأب والأم في حالة عدم وجودهما ومن خلال هذا العنصر سبين أولا كيفية تعيين الوصي ثم شروطه وأنواعه وأخيرا نطاق سلطته وهو ما تناولناه كالاتي:

**أولا: تعيين الوصي:** نص المشرع الجزائري على المبدأ العام في الوصاية في المادة 92 من قانون الأسرة، ويستشف من هذا النص أن المشرع يعتبر الوصاية تصرفا صادرا بإرادة منفردة عن الأب أو الجد اللذين خصهما المشرع بسلطة تعيين الوصي دون غيرهما وتعتبر بالنسبة للأب تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت أما بالنسبة للجد فإنها تعتبر عقدا لأن الجد يتفق مع شخص يختاره أن يكون وصيا وهي نافذة حال حياة الجد.

وقد قيد المشرع الجزائري حق الأب والجد في تعيين الوصي بشرط موضوعي واحد هو عدم وجود الأم أو ثبوت عدم قدرتها على ممارسة الولاية بالطرق القانونية.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص 327.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 307.

<sup>3</sup> - المادة 15 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>4</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 117

والمقصود بعدم القدرة على ممارسة الولاية كل سبب يحول بين الأم وبين ممارسة الولاية، كالهجرة خارج الدولة بعيدا عن القاصر أو زواجها من غير قريب محرم أو الحكم عليها بالسجن أو الحبس ودخولها مؤسسة عقابية.<sup>1</sup> دون أن ننسى الحجر عليها بسبب عوارض الأهلية.

هذا ويلاحظ في هذا المقام التضارب الذي وقع فيه المشرع الجزائري حين جعل الجد صاحب سلطة في تعيين الوصي بعد الأب، على الرغم أنه- أي الجد- لا يعد وليا شرعيا، في حين قام المشرع بحرمان الأم من هذا حق الإيضاء على أبنائها على الرغم من إقرار المشرع لها بصفة الولي الشرعي، وهو ما يعد تضاربا بين النصوص القانونية؛ فكيف تكون الأم وليا شرعيا والوصاية لا تصح بوجودها ومع ذلك لا حق لها في اختيار من يكون وصيا على أبنائها في حين نجد الجد الذي لا صفة له في النيابة الشرعية تمنح له هذه الصلاحية؟ ألم يكن من باب أولى أن ينص المشرع على قبول وصية الأم لأحد ما بالوصاية على أولادها من بعدها؟ مع إعطاء الجد والأقارب وكل ذي مصلحة الحق في اختيار وترشيح الوصي؟

والجدير بالذكر هنا هو الموقف الغريب لقضاء المحكمة العليا في قرارها رقم 363794 الصادر بتاريخ 2006/05/17 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، حين سلكت مسلكا غريبا في تفسير نص المادة 92 من قانون الأسرة حيث اعتبرت الجد وصيا بقوة القانون بعد الأب والأم حيث جاء في حيثيات القرار: (... حيث أن قضاة الموضوع لاحظوا وأن النزاع المعروف عليهم يتعلق بالوصاية بمفهوم المادة 92 من قانون الأسرة على اعتبار أن الولد القاصر ليست له أم ولا أب وبحكم القانون يصبح الجد هو الوصي بحكم المادة المذكورة..)<sup>2</sup>. والواضح أن قضاة المحكمة العليا قد أخطوا بين سلطة تعيين الوصي والوصاية نفسها.

أما بخصوص شكل الوصاية فظاهر نص المادة 92 من قانون الأسرة عدم اشتراط المشرع أن تكون الوصاية مكتوبة، فتصح ويجوز إثباتها بأي طريقة كالكتابة الرسمية أو العرفية أو بشهادة الشهود، غير أن المشرع قيد نفاذ الوصاية بقيد إجرائي وهو وجوب عرضها على

<sup>1</sup> - انظر خلاف ذلك: آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 88.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا، الجزائر، 2006، العدد 2، ص 461.



القضاء لتثبيت الوصي طبقا لنص المادة 94 من قانون الأسرة، وهو ما يتيح للقاضي التأكد من توفر الشروط المطلوبة ولا سيما عدم وجود الأم أو عدم قدرتها على ممارسة الولاية.<sup>1</sup> ولكن من المفروض أن نفرق بين الوصاية التي تكون من الأب أو التي تكون من الجد، فالوصية التي تكن من الأب من المفروض أن تسري عليها أحكام الوصية من حيث الشروط الشكلية، فتثبت من حيث الأصل بتصريح الأب أمام الموثق بموجب عقد رسمي واستثناء يمكن إثباتها بعد وفاة الموصي بموجب شهادة الشهود أمام القضاء.<sup>2</sup>

وقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة تعيين الوصي حيث جاء في المادة 472 من هذا القانون أن على الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمة مصلحة القاصر أن يخطر القاضي لأجل النظر في مسألة تثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب مباشرة، وهو تكريس لنص المادة 94 من قانون الأسرة، وأجاز القانون للقاضي في حالة رفض الوصاية تعيين مقدم مع إمكانية اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية.<sup>3</sup>

وهنا نجد المشرع الجزائري قد وضع قاعدة موضوعية جديدة خاصة بالوصاية من خلال النص الإجرائي، حين نص على إمكانية رفض الوصاية، وهو ذات ما نصت عليه المادة 94 من قانون الأسرة التي جاء فيها أن الوصاية تعرض على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو ورفضها، ولم يبين المشرع الجزائري هل المقصود هو رفض القاضي للموصي أو رفض الوصي للوصاية حين علمه بها، وأيما يكن مقصود المشرع الجزائري فإنه يكون قد وافق بهذا قول الشافعية في مسألة قبول الوصاية والذين لا يعتدون بقول الوصي إلا بعد وفاة الموصي أي وقت تنفيذ الوصاية.

فإذا وجد القاضي أن الشروط المطلوبة قانونا متوفرة في الموصى إليه، فإنه يأمر بتثبيت الوصاية ووضع القاصر تحت وصايته، وعبر عنه المشرع في قانون الإجراءات المدنية

---

<sup>1</sup> - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 257.

<sup>2</sup> - المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - سنقوقة سائح، المرجع السابق، ج1، ص 646.

والإدارية بالوصي المختار، وإن كان سياق النص يوحي بأن الوصي المختار هنا هو غير الوصي الذي عينه الأب أو الجد، حيث ورد النص بعد تناول المشرع لمسألة رفض الوصاية، مما قد يوحي أن القاضي يختار وصياً أو أن صاحب المصلحة يعرض نفسه وصياً فيثبتة القاضي بدلاً من الأول الذي رفض الوصاية أو رأى القاضي عدم صلاحيته للوصاية.<sup>1</sup>

وفي القوانين العربية محل المقارنة، بخصوص تعيين الوصي اتفقت القوانين العربية محل المقارنة على أن الوصاية تعرض على القاضي بمجرد وفاة الأب أو الأم عند من يرى الأم ولياً، ما عدا المشرع البحريني الذي نص على عرض الوصاية على مجلس إدارة أموال القصر، وقد تميزت القوانين العربية محل المقارنة (باستثناء القانون التونسي) عن القانون الجزائري بنصها على اختيار الأب وصياً على الحمل وإلزام القاضي بتعيين وصي على الحمل في حالة عدم قيام الأب بذلك، وهذا للأب أن يتراجع عن وصيته في أي وقت.<sup>2</sup>

وأكد المشرع الموريتاني على أن الوصي لا يمكن له الرجوع عن قبوله أو رفضه للوصاية بعد موت الموصي إلا في حالة الترخيص القضائي بذلك، ووافقه في ذلك القانون الإماراتي.<sup>3</sup>

أما شكل الوصاية فلم يرد النص على شكل الوصاية في القانون المغربي والقانون التونسي والقانون الموريتاني والقانون الليبي، والقانون البحريني، بينما أكد كل من القانون الكويتي والقانون الإماراتي على أنه لا أثر للوصاية إلا إذا ثبتت بوثيقة رسمية.<sup>4</sup>

ومن خلال ما سبق ولتصحيح الخلل الذي سجلناه في تعيين الوصي في قانون الأسرة الجزائري وجب تعديل المادة 92 من قانون الأسرة المتعلقة بتعيين الوصي، وذلك بجعلها تنص على حق الأم في تعيين الوصي وحذف ما تعلق بالجد، حيث تصبح صياغتها كالاتي:

<sup>1</sup> - بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، (الجزائر، منشورات بغدادي، 2009)، ص349.

<sup>2</sup> - المواد 234-237 و238 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 180 فقرة 1 و2 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ الفصل 154 فقرة 1 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 62 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 113 فقرة 3 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 213 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 23 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 184 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 219 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

<sup>4</sup> - المادة 113 فقرة 1 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 213 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

المادة 92: (يجوز للأب أو الأم اختيار وصي على أبنائهما القصر أو المحجور عليهم، فإذا لم يتم ذلك ومات الأب والأم يرفع الأمر للقاضي ليعين مقدما طبقا للمادة 99 من هذا القانون. إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح بينهم).

**ثانيا: الشروط المطلوبة في الوصي:** حددت المادة 91 من قانون الأسرة الشروط المطلوبة في الوصي حيث جاء فيها أنه يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا، بالغا أمينا، وحسن التصرف.

بالنسبة للشروط الأول فهو وهو شرط الإسلام فهو يتوافق وما نص عليه الفقه الإسلامي من أنه لا ولاية على مسلم لغير مسلم، وأما الشرط الثاني فهو شرط بديهي لأن الشخص غير العاقل في القانون الجزائري محجور عليه والمحجور عليه لا يكون أهلا للولاية نفسه فكيف يكون وصيا على أولاد غيره. والشرط الثالث أمر طبيعي أن يكون الوصي بالغا وهو أمر مستمد من الفقه الإسلامي ومرتبب بالعقل، والشرط الرابع وهو الأمانة ولم يبين المشرع الجزائري ما يقصده من خلال عبارة الأمانة ولكن الراجح أن لا يكون ممن حكم عليهم في جريمة من جرائم السرقة أو الاختلاس وخيانة الأمانة والنصب..الخ.

وأعطى المشرع للقاضي في نفس المادة الحق في عزل الوصي عند عدم توفر أحد هذه الشروط، وذلك يكون إما عند نظره في تثبيت الوصاية أو بعد ذلك إن ثبت عنده فقد الوصي لأحد هذه الشروط، ولم يشترط المشرع في الوصي الذكورة فهو بذلك يجيز الوصاية للنساء.<sup>1</sup> وفي هذا اتباع غير مباشر من المشرع الجزائري لما أجمع عليه الفقه على الرغم لأنه لم يورد نصا خاصا وبالتالي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للإحالة الواردة عليها في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

وفي القوانين العربية محل المقارنة فقد اختلفت فيما بينها حول الشروط المطلوبة في الوصي بين من لم ينص على أي شرط وهو حال المشرع التونسي والمشرع الكويتي، بينما ذهبت بقية القوانين العربية محل المقارنة إضافة إلى ذكر شروط الوصي إلى تعداد صفات

<sup>1</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 88.

وحالات لا يجوز أن يتصف بها الشخص المرشح لتولي الوصاية على القصر والمحجور عليهم.

فالمشرع المغربي وضع مجموعة من الشروط حيث يجب أن يكون الوصي ذا أهلية كاملة حازما ضابطا، وللمحكمة اعتبار الملاءة في الوصي.<sup>1</sup>

كما أكد المشرع المغربي على عدم صلاحية أن يكون وصيا المحكوم عليه في جريمة سرقة أو إساءة ائتمان (خيانة الأمانة)، أو تزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق، وأيضا المحكوم عليه بالإفلاس أو الذي في إطار التصفية القضائية، وكذلك كل من كان بينه وبين المحجور نزاع قضائي أو خلاف عائلي يخشى منه على مصلحة المحجور.<sup>2</sup>

وفي القانون الموريتاني يشترط في الوصي أن يكون كامل الأهلية، مسلما عاقلا بالغاً أمينا حسن التصرف، وأجازت المادة ذاتها للقاضي أن يعزل الوصي في حالة ما إذا لم تتوفر هذه الشروط.<sup>3</sup> وهي ذات الشروط التي نص عليها المشرع الليبي مع اختلاف في الألفاظ والعبارات.<sup>4</sup> وأضاف المشرع الإماراتي لهته الشروط أن يكن قادرا على القيام بمقتضيات الوصاية.<sup>5</sup>

ولم يحدد المشرع الموريتاني الحالات التي لا يجوز فيها أن يكون الشخص وصيا، بينما حددها المشرع الليبي في الحالات التالية:

- حكم عليه في جريمة تقتضي سلب ولايته وفقا لذات القانون،
- كل من كان مشهورا بسوء السيرة أو لم تكن له وسيلة مشروعة للعيش،
- من سبق أن سلبت منه ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر،
- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين وصيا أو قيما لأسباب تقتنع بها المحكمة،

---

<sup>1</sup> - المادة 246 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - المادة 247 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - المادة 181 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - المادة 60 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>5</sup> - المادة 215 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

- كل من كان هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه خصما للقاصر في نزاع قضائي أو كانت بينهما عداوة أو خلاف عائلي يخشى معه على مصلحة القاصر.<sup>1</sup>

وقد اعتمد المشرع الإماراتي تقريبا نفس الحالات حين نص على أنه يمنع من الوصاية الأشخاص الذين يكونون في إحدى الحالات التالية:

- حين يكون الأب قد كتب في ورقة رسمية أو عرفية أنه يحرم الشخص من الوصاية لأسباب جدية تتحقق منها المحكمة،

- إن كان بين الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه عداوة مع القاصر يخشى معها على مصالح القاصر،

- المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية في إحدى الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ما لم تفت خمس سنوات ورأت المحكمة التجاوز عن هذا الشرط،

- من ليس له وسيلة مشروعة للعيش، ومن سبق وأن سلبت ولايته أو عزل عن الوصاية على قاصر آخر.<sup>2</sup> وهي ذات الحالات التي نص المشرع البحريني عليها باستثناء حالة الشخص الذي ليس له مورد للعيش فهذه انفرد بها المشرع الإماراتي ولم يوردها غيره.<sup>3</sup>

**ثالثا: أنواع الأوصياء:** لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة، ولكن يمكن استنتاج بعض الأنواع من خلال استقراء النصوص؛ فنجد وصي الأب ووصي الجد(المادة 92 من قانون الأسرة)، أما بقية أنواع الأوصياء فيحال بشأنها على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة، ما عدا وصي القاضي؛ فهذا الأخير هو المقدم في القانون الجزائري.<sup>4</sup>

أما فيما تعلق بمسألة تعدد الأوصياء واحتمال إثارة مسألة انفرد أحدهم بالتصرف، فإن المشرع الجزائري اختار في هذه المسألة الأخذ بقول المالكية الذين يرون حين تعدد الأوصياء أن

<sup>1</sup> - المادة 61 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>2</sup> - المادة 215 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>3</sup> - المادة 25 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>4</sup> - عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 65.

تمنح السلطة لأحدهم وفق ما يراه القاضي حيث حسم المسألة في المادة 92 من قانون الأسرة حينما نص على أنه في حالة تعدد الأوصياء يختار القاضي الأصلاح بينهم.<sup>1</sup>

وحيث النظر في موقف القوانين العربية محل المقارنة من مسألة أنواع الأوصياء وتقسيماتهم، نجد أن المشرع التونسي لم يميز بين هته الأنواع تماما، أما المشرع المغربي فنستنتج من نصوص مدونة الأسرة المغربية عدة تقسيمات، وصي الأب ووصي الأم، وصي القاصر ووصي الحمل، والوصي الدائم والوصي المؤقت.<sup>2</sup>

ونجد في القانون الموريتاني إضافة لوصي الأب وصي الوصي، ولدينا الوصي على القاصر والمحجور عليه والوصي على الحمل، الوصي الدائم والوصي المؤقت.<sup>3</sup>

بينما في القانون الليبي نجد الوصي المختار ويقصد به وصي الأب والوصي المعين من القاضي، وصي القاصر والمحجور عليه ووصي الحمل.<sup>4</sup>

وفي القانون الكويتي نجد وصي الأب ووصي القاضي<sup>5</sup>، كما نجد الوصي العام والوصي الخاص أو المؤقت والذي يعين في حالات محددة وذلك في حالتين اثنتين، الأولى إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعي أو مصلحة زوجه أو مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله، والثانية هي إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصولهما أو فروعهما أو مع مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله.<sup>6</sup>

وفي القانون الإماراتي نجد وصي الأب ووصي الجد، ووصي الحمل المستكن ووصي القاصر والمحجور عليهم، والوصي العام والوصي الخاص أو المؤقت.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص111.

<sup>2</sup> - المادة 231 والمادة 237 والمادة 259 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - المادة 180 والمادة 195 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - المادة 18 والمادة 62 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>5</sup> - المادة 110 فقرة 1 من القانون المدني الكويتي.

<sup>6</sup> - المادة 122 من القانون المدني الكويتي.

<sup>7</sup> - المواد 188 و 213 و 214 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

وفي القانون البحريني نجد وصي القاصر ووصي الحمل المستكن والوصي العام والوصي الخاص ووصي الأب أو الوصي المختار ووصي الهيئة أو الوصي المعين، إضافة إلى الوصي الخاص أو المؤقت الذي تعينه الهيئة المتمثلة في إدارة أموال القصر لمجابهة الحالات التالية:

- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو زوجته أو أحد أصوله أو فروعها أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.

- إبرام عقد من عقود المعارضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين أحد المذكورين في البند السابق.

- إذا آل إلى القاصر مالا بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة هذا المال.

- إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

- إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.<sup>1</sup>

أما فيما تعلق بمسألة تعدد الأوصياء، فنجد المشرع المغربي قد أغفل المسألة حال المشرع التونسي والمشرع الليبي والمشرع البحريني، في حين ذهب المشرع الموريتاني في اتجاه يشبه لحد كبير موقف المشرع الجزائري حين نص على أنه حين تعدد الأوصياء فللقاضي حصر الوصاية في أحدهم إذا اقتضى الأمر.<sup>2</sup>

أما في القانون الكويتي والقانون الإماراتي فإنه في حال تعدد الأوصياء فلا يحق لأحدهم الانفراد بالتصرف إلا إن خصصت الوصاية من الموصي، وإن نص الوصي في الوصاية على وجوب اجتماعهم لا يتصرف أحدهم إلا بموافقة الآخرين، ومع ذلك لكل منهم القيام بالإجراءات الضرورية والمستعجلة أو التي فيها نفع محض للقاصر أو فيما يخشى تلفه وفيما لا اختلاف فيه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - المادة 26 قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 182 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>3</sup> - المادة 120 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 222 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

مع الإشارة إلى أن المشرع الكويتي نص بعد ذلك على أنه حال اختلاف الأوصياء المتعددين المنصوص في الوصاية على وجوب اجتماع كلمتهم فإن المحكمة هي التي تقصل بينهم في هذا الاختلاف وفق ما يحقق مصلحة القاصر الموضوع تحت نظام الوصاية بناء على طلبهم أو طلب إدارة هيئة شؤون القصر أو أي ذي مصلحة، بينما اقتصر المشرع الإماراتي على النص أنه حال اختلاف الأوصياء المتعددين يرفع الأمر للقضاء.<sup>1</sup>

**رابعاً: نطاق سلطة الوصي:** وضح المشرع الجزائري نطاق سلطة الوصي في ما يخص الولاية على مال القاصر فقط، حينما نص في المادة 95 من قانون الأسرة على أن للوصي نفس سلطات الولي، فيكون بذلك مثله مثل الأب والأم تماماً، وعلى الرغم من أن النص يقتصر على سلطة الوصي في مال القاصر دون شؤونه الشخصية إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمديده على الشؤون الشخصية أيضاً.<sup>2</sup>

ولم تتفق القوانين العربية محل المقارنة في هته المسألة حيث مد بعضها سلطة الوصي إلى مسائل الولاية على النفس، وهي قوانين المغرب وموريتانيا.<sup>3</sup>

بينما قصرت البقية وهي قوانين تونس وليبيا والكويت والإمارات والبحرين سلطة القاصر على جانب الولاية على المال. وهي مسألة ترجع إلى مدى التزام المشرع المغربي والموريتاني بأحكام الفقه المالكي التي تجعل للوصي الولاية على النفس والولاية على المال معا.

**الفرع الثالث: المقدم:** عرف المشرع الجزائري المقدم في قانون الأسرة بأنه الشخص الذي تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على القاصر يقوم بشؤونه. ويكون ذلك بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة ومن النيابة العامة، وأعطى له المشرع نفس صلاحيات الوصي وأخضعه لنفس الأحكام.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 121 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 222 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>2</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 89.

<sup>3</sup> - المادة 233 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 11 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - المادتين 99 و 100 من قانون الأسرة الجزائري.



كما يطلق وصف المقدم على من يعينه القاضي بعد دعوى الحجر ليتولى شؤون المحجور عليه، حتى وإن كان وليا أو وصيا تعود له الولاية، وأيضا يطلق وصف المقدم على من يعينه القاضي لإدارة أموال المفقود بعد الحكم بالفقدان كما رأينا في الفصل الأول. ومنه فالمقدم في القانون الجزائري ذو معنى أوسع من الذي عند الفقهاء.

**أولا: تعيين المقدم:** نفرق بين المقدم على القصر والمحجور عليهم والمقدم على المفقود:

**1- بالنسبة للقصر والمحجور عليهم:** جاء في المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن القاضي يعين طبقا لأحكام قانون الأسرة مقدما من بين أقارب القاصر، فإن تعذر ذلك يختار القاضي شخصا آخر، وهو تخصيص لنص المادة 99 من قانون الأسرة التي لم تشترط القرابة في المقدم. وأضاف المشرع في الفقرة الثانية من المادة 469 وجوب أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه، وهي نفسها شروط الوصي.<sup>1</sup>

ووضحت المادة 470 أن تعيين القاضي للمقدم يكون بناء على طلب في شكل عريضة من قبل الأشخاص المؤهلين قانونا لذلك وفق قانون الأسرة، رغم أن هذا الأخير لم يتضمن هذا، أو على شكل طلب تقدمه النيابة العامة، مما يعكس أهمية النيابة الشرعية عن القاصر واتصالها بالنظام العام ومصالح المجتمع. هذا ويعين المقدم بموجب أمر ولائي من القاضي المختص بعد أن يتأكد هذا الأخير برضاء الشخص المكلف بالمهمة.<sup>2</sup>

**2- تعيين المقدم على المفقود:** سبق تناول هذه النقطة في الفصل الأول حين الحديث عن دعوى إثبات الفقدان، حيث يعين القاضي بعد الحكم بالفقد مقدما، يدير أموال المفقود.

**ثانيا: نطاق سلطة المقدم:** يخضع المقدم كما سبق ذكره لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي طبقا للمادة 100 من قانون الأسرة وبالتالي فإن له نفس صلاحيات الوصي والتي هي طبقا لقانون الأسرة الجزائري نفس صلاحيات الوصي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - سنقوقة سائح ، المرجع السابق، ج1، ص 644.

<sup>2</sup> - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 348.

<sup>3</sup> - المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري.

وتقتصر سلطة المقدم كالوصي على جانب الولاية على المال نظرا لعدم ورود اسم المقدم في الأولياء على زواج القصر في المادة 11 فقرة 2 من قانون الأسرة، ما لم يكن المقدم أحد الأقارب الأولين فيتولى عقد الزواج بصفته قريبا لا بصفته مقدما، وعمليا فإنه المقدم خاصة على المحجور عليهم عادة ما يكون هو الأب أي أنه ولي عادت له الولاية.

ولم تختلف القوانين العربية محل المقارنة عن القانون الجزائري في اعتبارها الدور الاستثنائي للمقدم والذي سمته بعضها بالقيم مثل القانون الليبي والقانون الكويتي والقانون البحريني في حين أطلق عليه القانون الإماراتي اسم وصي القاضي، ويخضع المقدم أو القيم أو وصي القاضي لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي.<sup>1</sup>

**الفرع الرابع: القاضي:** لم يخالف المشرع الجزائري أحكام الفقه الإسلامي في عمومها بخصوص ولاية القاضي على القاصر حين جعل له ولاية التزويج حينما لا يوجد نائب شرعي له، كما جعل له في نطاق الولاية على المال سلطة الإشراف على عمل النائب الشرعي وليا كان أو وصيا وكذا تعيين المقدم حسبما ورد أعلاه.<sup>2</sup>

أما القوانين العربية محل المقارنة فقد اختلفت مواقفها من القاضي، فالمشرع المغربي جعله في الولاية على النفس ولي من لا ولي له وفي الولاية على المال في مرتبة الولي الأب والأم، ولكن لا يظهر ذلك إلا من خلال إشرافه ورقابته على تصرفات النائب الشرعي وهو ذاته موقف المشرع الموريتاني والإماراتي.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر: المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 60 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 177 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 110 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 215 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتية؛ المادة 46 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - انظر المواد 88، 11، و 99 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 177 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

والقانون التونسي لم يمنح للقاضي ولاية على مال القاصر والمحجور عليه وإنما اكتفى  
كالمشرع الجزائري بمنحه الولاية على زواج القاصر، وهو ذاته موقف المشرع الليبي والمشرع  
الكويتي والبحريني.<sup>1</sup>

**الفرع الخامس: الأقارب:** لم يرد ذكر للأقارب في ما تعلق بالنيابة الشرعية إلا في ما ورد في  
المادة 111 فقرة 2 من قانون الأسرة بخصوص تولي عقد زواج القاصر حيث جعلهم المشرع في  
المرتبة الثانية بعد الأب، معبرا عنهم بلفظ ( أحد الأقارب الأولين)، دون مزيد من التوضيح.  
واستنادا للإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية الواردة في نص المادة 222 من قانون  
الأسرة، نستطيع القول أنه يقصد بهم جميع الأقارب، العصابات منهم وذوو الأرحام، لأن المشرع  
بذكرة للأقارب كأولياء على القاصر يكون قد اتبع مذهب الحنفية والمفتى به في هذا المذهب  
في هذه المسألة هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف من أن الولاية على النفس تنتقل بعد العصابات  
إلى الأقارب ذوي الأرحام.<sup>2</sup>

ولكن تبقى لصفة القرابة دور مهم في تعيين المقدم وفي قبول الدعاوى الرامية إلى الرقابة  
على تصرفات النائب الشرعي، ونفس الحكم اعتمده القوانين العربية محل المقارنة فيما تعلق  
بالأقارب.

**الفرع السادس: الكافل:** تميز المشرع الجزائري عن بقية القوانين العربية محل المقارنة بمنحه  
الكافل الولاية القانونية الكاملة واعتباره نائبا شرعيا وهو ما نراه كما يلي:

**أولا: تعريف الكفالة:** عرف المشرع الجزائري الكفالة في قانون الأسرة بأنها عبارة عن التزام على  
وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي، وهذا  
يكون أمام القاضي أو الموثق، ويميز المشرع الجزائري بين كفالة الطفل معلوم النسب والطفل  
مجهول النسب، فالطفل معلوم النسب يكفل برضاء والديه ويحتفظ بنسبه أما الطفل المهمل

---

<sup>1</sup> - الفصل 8 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 7 من قانون الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 25 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>2</sup> - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 40؛ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص 83.

مجهول النسب فيخضع للأحكام الواردة ضمن قانون الحالة المدنية<sup>1</sup> الخاصة بإثبات ولادة الطفل المهمل حيث يكون له اسم خاص به مع إمكانية منحه لقب الكافل مع الإشارة إلى ذلك في سجل عقود الميلاد على الهامش.<sup>2</sup>

**ثانياً: شروط الكفالة وإجراءاتها:** لم يبين المشرع الجزائري في قانون الأسرة ما هي الشروط المطلوبة في الكافل، ولم يتطرق إلا لكونها تتم بعقد شرعي أمام الموثق أو بالالتزام أم القاضي. أما في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات فقد تطرق المشرع الجزائري إلى الإجراءات الواجب اتباعها أمام قاضي شؤون الأسرة بخصوص الكفالة التي تتم أمام القضاء، حيث يقدم طلب الكفالة أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن طالب الكفالة، ليفصل فيها قاضي شؤون الأسرة بشكل أمر ولأني، حيث يتخذ القرار في غرفة المشورة بعد أخذ رأي النيابة العامة، وقبل ذلك يجب على القاضي التأكد من توافر الشروط الشرعية في الكافل وبإمكانه في أي وقت بعد منحه للكفالة أن يقوم بإجراء تحقيق اجتماعي حول قدرة الكافل على القيام بتربية القاصر ورعايته.<sup>3</sup>

**ثالثاً: آثار الكفالة ونطاق سلطة الكافل:** تخول الكفالة حال قبولها وطبقاً للمادة 121 من قانون الأسرة للكافل الولاية القانونية على الطفل المكفول، ويستفيد بموجب ذلك من كافة المنح العائلية والدراسية التي تمنح للطفل كما لو كان ولده الأصلي والمقصود بهذا هو المنح التي يمنحها القانون للأب بسبب أبنائه. وكنتيجة طبيعية لتمتع الكافل بالولاية القانونية منحه قانون الأسرة في المادة 122 سلطة إدارة أموال الولد المكفول.

وبالنظر في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن الكافل ينوب شرعاً عن الصبي القاصر ولا تمتد كفالته للمحجور عليهم، ما لم يبلغ الطفل المكفول سن الرشد وهو مصاب بعراض من عوارض الأهلية فساعتها يمكن أن يطلب الكافل استمرار ولايته عليه.

<sup>1</sup> الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> المادة 62 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> المواد 492 إلى 496 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالنسبة للقوانين العربية محل المقارنة فقد سبق أن بينا أن معظمها لم يجعل للكافل ولاية نظرا لعدم اعتماد نظام الكافل في دول كالبحرين والإمارات والكويت وليبيا، ولا نجد للكافل ذكرا سوى في القانون التونسي والقانون المغربي والقانون الموريتاني وذلك باعتبارها ولاية استثنائية<sup>1</sup>، ما عدا ما تطرق إليه المشرع الموريتاني حين نص على اعتبار الكافل وليا على زواج المكفول.<sup>2</sup>

ومنح المشرع الجزائري الكافل هذه الصلاحيات كلها توسع في مذهب المالكية كما سبق ذكره ولعل سبب ذلك هو اعتبار المشرع أن الكفالة عادة ما تكون في حالة اليتيم أو اللقيط وبالتالي لا يكون له أب أو أم ينازعان في الولاية عليه، لذلك منحه المشرع كافة الصلاحيات الناجمة عن الولاية.

وبهذا ينتهي الفصل الثاني المخصص للأشخاص القائمين بمهمة النائب الشرعي، وينتهي الباب الأول من الرسالة الذي خصص لأحكام الأشخاص الخاضعين للنياحة الشرعية والنائبين عنهم، وننتقل إلى الباب الثاني المتعلق بأحكام النياحة الشرعية من حيث أثارها المتمثلة في صلاحيات النائب النائب الشرعي ومسؤولياته وانتهاء النياحة الشرعية.

---

<sup>1</sup> - انظر: المادة 232 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 188 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>2</sup> - المادة 11 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

# الباب الثاني

## أحكام النيابة الشرعية

ويتضمن فصلين

### الفصل الأول

صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته

### الفصل الثاني

انتهاء النيابة الشرعية

مقتضى النيابة الشرعية أن تحل إرادة النائب الشرعي محل إرادة الشخص الخاضع للنيابة الشرعية في إنشاء التصرفات والعقود والقيام بالأعمال والإجراءات اللازمة لتنفيذها، وذلك في ما تعلق بأحواله الشخصية أو معاملاته المالية رعاية وحفظاً؛ تنمية واستثماراً، دون أن يجاوز في ذلك حدود نيابته المحددة له شرعاً وقانوناً.

فحين تنشأ النيابة الشرعية بوجود طرفيها الشخص الخاضع لنظام النيابة الشرعية والشخص القائم بمهام النائب الشرعي، تترتب مجموعة من الأحكام تتعلق أساساً بالصلاحيات الممنوحة للنائب الشرعي في إدارة شؤون القصر والمحجور عليهم والغائب والمفقود المولى عليهم، وما جعل في مقابل تلك الصلاحيات من مسؤوليات عديدة، بما ينسجم والطبيعة الخاصة للنيابة الشرعية على النحو السابق بيانه في الباب الأول.

والنائب الشرعي حين يتولى أمر القاصر والمحجور عليه والغائب والمفقود، فإنه يتولاه في شؤونه الشخصية فيما تعلق بأمر تزويج القصر والمحجور عليهم إنشاء وإجازة وفسخاً ودفعاً للمهر وما تعلق كذلك بحالات غياب النائب الشرعي وتعسفه و، والنيابة عن الغائب والمفقود فيما تعلق بالدعوى التي ترفع من زوجته للفرقة بينهما أو فيما خص النفقة، وكذا في حفظ أمواله وسداد دينه.

كما أنه يتولى إدارة أموال القصر والمحجور عليهم كما يراقب أعمالهم وسشرف على تصرفاتهم ويمنعهم من تبديد أموالهم في إطار مسؤوليته عن حفظها، كما يقوم بالمتاجرة فيها وإنشاء العقود والتصرفات الخاصة بها بغية تنميتها وتزكيته وزيادة الذمة المالية للمولى عليهم.

ولأن لكل أمر أول وآخر فإن النيابة لا بد أن تنتهي للأسباب المقررة شرعاً وقانوناً ما تعلق منها بالنائب الشرعي وما تعلق منها بالشخص الخاضع للنيابة الشرعية، وهذا الانتهاء تترتب عنه مجموعة من الآثار أهمها محاسبة النائب الشرعي عن أعماله ولأن أساس الولاية الناجمة عن النيابة الشرعية هو الحفظ والتنمية فإن النائب الشرعي يجب أن لا يضر بمصالح المولى عليهم لأن في ذلك تجاوزاً لحدود نيابته المحددة شرعاً وقانوناً وهو ما شأنه يقيم مسؤوليته عن تعويض ما نجم عن تقصيره من أضرار.

وعليه فإن المقصود من أحكام النيابة الشرعية مجموع الآثار الشرعية والقانونية لتولي النائب الشرعي لمهامه وانتهائها، بدءاً من الصلاحيات الممنوحة له والمسؤوليات المنبثقة عنها الملقاة على عاتقه، وصولاً إلى انتهاء النيابة الشرعية والنتائج المترتبة على ذلك من حيث المحاسبة وإقامة المسؤولية.

وهو ما سيكون موضوع هذا الباب من خلال فصلين؛ حيث يتم التطرق في الفصل الأول إلى صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي من خلال مبحثين الأول يخصص لصلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي في مسائل الولاية على النفس والثاني يخصص لصلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي في الولاية على المال.

أما الفصل الثاني فيتم فيه التطرق للأحكام المتعلقة بانتهاء النيابة الشرعية، وذلك من خلال مبحثين، يتم في الأول معالجة الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء النيابة الشرعية، بينما يتم الحديث في المبحث الثاني عن آثار انتهاء النيابة الشرعية.



# الفصل الأول

## صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته

ويتضمن مبحثين

### المبحث الأول

صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية

على النفس

### المبحث الثاني

صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية

على المال

## الفصل الأول

### صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته

النيابة الشرعية تنقسم حسب موضوعها لدى الفقهاء والقانون أيضا إلى ولاية على النفس وولاية على المال، والولاية على النفس تظهر في مسائل الزواج وانحلاله، والولاية على المال تظهر في إبرام العقود والتصرفات المالية وتنفيذها، إضافة إلى التقاضي بشأن الحقوق الناجمة عن التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي لصالح القاصر أو المحجور عليهم أو الغائب أو المفقود.<sup>1</sup>

وتتجسد النيابة في حلول إرادة النائب الشرعي محل إرادة القاصر والمحجور عليهم في إبرام العقود والتصرفات وتنفيذها باسمهم ولحسابهم دون رجوع في ذلك إليهم أو اعتداد بإرادتهم.<sup>2</sup> وهو ما يتجسد بدوره في حالة الغائب والمفقود في إدارة أمواله.

وللنائب الشرعي في كل ذلك صلاحيات محددة ومسؤوليات متعددة، ومن خلال هذا الفصل سيتم التطرق لهذه الصلاحيات وتلك المسؤوليات تبعا لموضوعها حيث يتم التطرق في المبحث الأول لصلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على النفس، وفي المبحث الثاني لصلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على المال.

---

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج45، ص156.

<sup>2</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص103 و121.

## المبحث الأول:

### صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على النفس

صلاحيات النائب الشرعي في مجال الولاية على النفس، تظهر أساساً من خلال مسائل الزواج وانحلاله، وسنتناول في المطلب الأول الأحكام المتعلقة بمسائل الزواج وفي المطلب الثاني نتطرق لمسائل فك الرابطة الزوجية.

### المطلب الأول

#### صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الزواج

نتناول أحكام هذه الصلاحيات وما ارتبط بها من مسؤوليات في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي

نتناول تحت هذا العنوان مجموعة من المسائل، بدءاً بالحكم الشرعي لتزويج القاصر والمحجور عليهم ممن له الولاية عليهم، ثم من يملك سلطة التزويج ومن ثم مسألة غياب الولي وعضله وخيار المحجور عليه بعد رشده في عقد الزواج الذي أبرمه نائبه الشرعي.

**أولاً: الحكم الشرعي لتزويج القاصر والمحجور عليهم:** نميز في هذا المجال بين حكم عقد القاصر والمحجور عليه لزوجته بنفسه وبين الحكم المتعلق بإبرام النائب الشرعي لهذا العقد.

**1- حكم إبرام القاصر والمحجور عليهم لعقود زواجهم:** أجمع الفقهاء أنه لا يصح إبرام فاقد الأهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه إن كانت درجة العته تجعله كالمجنون عقد زواجه استقلالاً ولو أذن له النائب الشرعي أو أجازته.<sup>1</sup>

أما الصبي المميز فقد فرق الفقهاء بين الصغير والصغيرة، فالصغيرة اعتبر جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة عقدها لنكاحها عقداً باطلاً حتى ولو كانت مميزة وحتى

<sup>1</sup> عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ط1، (المدينة المنورة، السعودية: مطابع الجامعة الإسلامية، 2002)، ص

لو أذن لها وليها بذلك أو أجاز العقد بعد علمه، بينما قال الحنفية بصحة عقد الصغيرة المميزة نكاحها إن أذن لها وليها أو أجاز العقد بعد ذلك. أما الصغير المميز فإنه إذا تزوج بإذن الولي انعقد زواجه صحيحا نافذا لدى الجمهور من الحنفية والحنابلة والمالكية، أما إذا حصل دون إذن الولي فإنه ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة الولي عند الحنفية والمالكية دون الحنابلة الذين لا يصح عندهم العقد بغير الإذن المسبق، في حين لا يصح لدى الشافعية عقد الصغير المميز لزواجه مطلقا بإذن أو بغير إذن.<sup>1</sup>

أما السفية (ويدخل في حكمه ذو الغفلة والمعتهو إن لم يكن عتهه في درجة تجعله كالمجنون)، فإن الفقهاء مجمعون على صحة عقده لزواجه إذا أذن له وليه، أما إن لم يأذن له الولي فالفقهاء منقسمون في ذلك على أقوال كآتي<sup>2</sup>:

- **القول الأول: المذهب الحنفي:** نكاح السفية عندهم جائز مطلقا، وللولي أن يتدخل لمنع وقوع الغبن في المهر ورده في حالة الزيادة الفاحشة إلى مهر المثل.<sup>3</sup>

وفي مصر أفتى محمد بخيت بخصوص ذي الغفلة أن زواجه صحيح نافذ لأنه من حوائجه الأصلية واستند في فتواه هذه لما ورد في كتاب تنوير الأبصار وشرحه رد المحتار.<sup>4</sup>

- **القول الثاني: المذهب المالكي:** يرى المالكية أن عقد السفية لنكاحه صحيح في أصله ولكنه موقوف على إجازة الولي. فإن رأى نفعه أجازته وإلا رده واعتبرت طليقة بائنة، وإن دخل السفية بالزوجة يجب على الولي أن يدفع لها ربع دينار ذهبيا. أما إن لم يدخل بها فلا شيء لها.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، ص325؛ الخطاب العربي، مواهب الجليل، ج4، ص271؛ العمراني الشافعي، البيان، ج9، ص109؛ الحجاوي المقدسي؛ الإقناع لطالب الانتفاع، ج3، ص320؛ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، المرجع السابق، ص371.

<sup>2</sup> - محسن فرحان الجميلي، "الولاية على السفية في النكاح في الفقه الإسلامي"، مجلة مداد الآداب، (العراق: الجامعة العراقية، 2013، عدد5، ص371)؛ نادي محمد تيسير أبو خلف، المرجع السابق، ص151.

<sup>3</sup> - السرخسي، المبسوط، ج24، ص166؛ الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5، ص193.

<sup>4</sup> - دار الإفتاء المصرية، الفتاوى الإسلامية، 20 جزءا، د.ط، (مصر: منشورات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، وزارة الأوقاف، 1980)، ج1، ص184.

<sup>5</sup> - الدردير، الشرح الصغير، ج2، ص394؛ الجعلي، سراج السالك، ج2، ص294.

- القول الثالث: المذهب الشافعي: زواج السفية يكون فقط حالة حاجته إلى ذلك وليس للولي تزويجه إلا لحاجة نظرا لما يترتب على الزواج من آثار مالية. وفي حالة ثبوت الحاجة ليس للسفيه أن يتزوج إلا بإذن وليه، فإن طلب السفيه الزواج وقبل وليه كان للولي أن يختار بين أن يعقد له أو يأذن له بالعقد، على أن للولي الحق في رد الزائد عن مهر المثل، فإن رفض الولي تزويجه ففي زواجه قولان الأول أنه ليس له أن يتزوج لأنه محجور عليه والثاني أن له الزواج لأنه حق مقرر له طالب به وله أن يستوفيه.<sup>1</sup>

فإن تزوج السفية دون أن يبلغ وليه برغبته في الزواج كان الزواج فاسدا، ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده، وليس عليه شيء قبل الدخول، أما بعد الدخول ففي وجوب مهر المثل قولان، الأول يجب عليه لأنه أتلف بضعها بشبهة فجرى مجرى إتلاف المال، والثاني لا يجب عليه شيء لأنها بذلته باختيارها والمحجور عليه لا يضمن ما يسلم إليه باختيار صاحبه.<sup>2</sup>

2- حكم تزويج النائب الشرعي لفاقد الأهلية وناقصها: نتطرق لهذا العنصر من خلال بيان أقوال الفقهاء حول جواز تزويج النائب الشرعي لمن في ولايته من فاقد الأهلية وناقصيها، بدءا بزواج الصغار ثم بقية المحجور عليهم.

2-1- أقوال الفقهاء حول جواز تزويج الصغار: انقسم الفقهاء حول هذه المسألة كالاتي:

2-1-1- الاتجاه القائل بالجواز: ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن للولي أن يزوج الصغير الذي تحت ولايته ذكرا أو أنثى، شريطة أن لا يتم البناء حتى يصبح لكلا الطرفين القدرة على الوطء تجنبا لأي ضرر.<sup>3</sup>

واستند الجمهور على أدلة من القرآن والسنة وآثار الصحابة والقياس والمصلحة.

<sup>1</sup> - العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج9، ص213.

<sup>2</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير، ج9، ص72؛ العمراني الشافعي، نفس المرجع، ج9، ص214.

<sup>3</sup> - ابن مازة، المحيط البرهاني، ج3، ص48؛ ابن الجلاب البصري، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن، التفرغ، دراسة وتحقيق حسين بن سالم الدهماني، جزءان، ط1، (بيروت، لبنان، دار الغرب الإسلامي، 1987)، ج2، ص30؛ اللخمي، التبصرة، ج4، ص1801؛ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، (عمان، الأردن: دار الفكر ناشرون، 2010)، ص50؛ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج1، ص163.

فمن القرآن الكريم، نجد قوله تعالى: ﴿وَأَلَّتِي يَيْسِّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ<sup>1</sup>﴾، حيث حدد القرآن عدة الطلاق للتي لم تحض وهي الصغيرة غالباً بثلاثة أشهر، والعدة أثر من آثار الطلاق الذي لا يكون إلا بعد زواج صحيح، ومنه فلا بأس في زواج الصغيرة. و قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَّتِي مِنْكُمْ<sup>2</sup> وَالْأَيِّمِ هِيَ الْأُنثَى الَّتِي لَا زَوْجَ لَهَا صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً<sup>3</sup>﴾.

ومن السنة النبوية ما أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بأن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين ودخل بها وهي ابنة تسع سنين، ومنه فالرسول ﷺ تزوجها وهي صغيرة، وزوجها له أبوها أبو بكر الصديق رضي الله عنه.<sup>4</sup> ومن عمل الصحابة رضوان الله عليهم ما يروى عن تزويجهم أولادهم صغاراً ذكوراً وإناثاً، حيث زوج علي ابن أبي طالب رضي الله عنه ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، كما أن عبد الله بن عمر زوج ابنته وهي صغيرة لعروة بن الزبير، والذي بدوره زوج ابنة أخيه من ابن أخته وهما صغيران، كما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير وأجازه في ذلك زيد بن ثابت.<sup>5</sup>

كما أنه قد يكون في تزويج الأولياء للصغار مصلحة ظاهرة، كتثبيت أواصر المحبة بين الأقرباء وضمان عدم تفويت فرصة زواج مناسبة.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - سورة الطلاق، الآية 4.

<sup>2</sup> - سورة النور، الآية 32.

<sup>3</sup> - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، ط2، (القاهرة، مصر: مؤسسة المختار للطباعة والنشر والتوزيع، 2004)، ص 51؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 180.

<sup>4</sup> - رواه البخاري واللفظ له في كتاب النكاح باب إنكاح الرجل ولده الصغار الحديث رقم 5133، انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 13 جزءاً، د.ط، (المطبعة السلفية، د.س.ن)، ج9، ص190؛ كما رواه مسلم في كتاب النكاح باب تزويج الأب البكر الصغيرة، الحديث رقم 1422، انظر: صحيح مسلم، المرجع السابق، ج3، ص1038.

<sup>5</sup> - عوض بن رضاء العوفي، المرجع السابق، ص 430؛ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج1، ص 164.

<sup>6</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص 180؛ أيمن ابراهيم ملص، أحكام اليتيم في الإسلام، ط1، (دمشق، سوريا: دار الرسالة العالمية، 2010)، ص143.

## 2-1-2- الاتجاه القائل بالمنع: وهو ما ذهب إليه مجموعة من فقهاء الحنفية يمثلهم ابن

شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم، واستندوا لأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

فمن القرآن قوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ<sup>1</sup>﴾. فقالوا أنه لو جاز الزواج قبل البلوغ لما صار لهذه الآية معنى، ولقد رد على هذا بأن هذه الآية لا تدل على ما ذهبوا إليه كما أنها وردت في قضية تسليم المال لليتيم وجعل البلوغ علامة على وجوب اختبار الرشد.<sup>2</sup>

ومن السنة قال ابن شبرمة أن زواج الرسول ﷺ من عائشة من خصائص النبوة ولا يجوز لغيره، ورد عليه بأنه استدلال ضعيف، لأن الأصل في أفعال الرسول ﷺ عدم التخصيص إلا بدليل، وهو ما ليس موجودا في أمر زواجه من عائشة رضي الله عنها.<sup>3</sup>

ومن المعقول قال أصحاب هذا الاتجاه أن الولاية إنما تثبت للحاجة ولا حاجة للصغار في الزواج لأن الغرض منه هو قضاء الشهوة والتكاثر والصغر ينافي ذلك، غير أنه يرد على هذا بالقول أن قضاء الشهوة والتكاثر ليسا كل شيء في الزواج، كما أن التزويج لا يعني حصول الوطء، حيث أن العقد إنما يحصل لعدم تقويت الكفاءة.<sup>4</sup>

و يتضح أن الرأي الأول المجيز أقوى دليلا، وهو الأكثر اتفاقا للعقل والمنطق، وهو ما رجحه كثير من الفقهاء والباحثين المعاصرين بعد بحثهم حول هذه المسألة.<sup>5</sup>

## 2-2- حكم تزويج النائب الشرعي للمحجور عليهم: فيما تعلق بالمحجور عليهم فقد فرق

الفقهاء في ذلك بين المجنون والمعتوه الذي يصل حاله حد الجنون، وبين السفیه وذی الغفلة،

## 2-2-1: حكم تزويج النائب الشرعي للمجنون والمعتوه الذي بلغ حد الجنون: نتناول أقوال

الفقهاء كالاتي:

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 6.

<sup>2</sup> - نادي محمد تيسير، المرجع السابق، ص 147؛ أيمن إبراهيم ملص، المرجع السابق، ص 144

<sup>3</sup> - عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ص 382؛ محمود علي السرتاوي، المرجع السابق، ص 51

<sup>4</sup> - أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج 1، ص 167؛ أيمن إبراهيم ملص، نفس المرجع، ص 144

<sup>5</sup> - عوض بن رجاء العوفي، نفس المرجع، ص 429

**2-2-1-1-1- المذهب الحنفي:** يرى الأحناف أن المجنون والمجنونة ومثلهما المعتوه والمعتوهة يزوجهم أولياؤهم تماما مثل الصبي، أي أن المجنون يخضع لولاية الإيجابار. سواء كان جنونه أصليا أم طارئاً، وخالف زفر من الحنفية بشأن من بلغ ثم أصابه الجنون، فقال أن الولاية على النفس تزول بالبلوغ فلا تعود، لكن رد عليه أن سبب الولاية متوفر في زواج المجنون وهو الضعف والعجز والولي موجود فله الولاية.<sup>1</sup>

**2-2-1-2-2- المذهب المالكي:** يرى المالكية جواز تزويج المجنون ممن يلي أمره، حيث له أن يجبره على الزواج إن كان يحتاجه أو خيف عليه الفساد أو كان له فيه شفاء. وقيد المالكية هذا الجواز بالجنون مطبقاً أما صاحب الجنون المتقطع تنتظر إفاقته حتى يزوج.<sup>2</sup>

**2-2-1-2-3- المذهب الشافعي:** يرى الشافعية أن لولي المجنون الكبير أن يزوجه إذا ظهر به حاجة للزواج كاشتدائه للنساء، أو ظن أنه يشفى بالزواج أو احتاج لمن يخدمه. أما المجنون الصغير فلا يجوز تزويجه في الصحيح عند الشافعية، كما أنه لا يجوز أن يزوج الولي المجنون أكثر من واحدة والمخبول (وهو المعتوه) كالمجنون في هذه المسائل.<sup>3</sup>

**2-2-1-2-4- المذهب الحنبلي:** يرى الحنابلة أن للولي تزويج المجنون والمعتوه الذي في حال تشبه الجنون من قبل وليهما إذا بدت منهما شهوة أو رجي تحقق فائدة لهما كالحاجة للخدمة أو الطمع في الشفاء. وفي غير الحاجة ليس للولي تزويج المجنون لأن في ذلك إرهاقا له، ويستوي عند الحنابلة المجنون المستديم أو المتقطع في هذا الشأن.<sup>4</sup>

وفي الوقت الحالي، وضع الفقهاء مجموعة ضوابط لزواج المصابين بإعاقة ذهنية مثل المجنون والمعتوه، مع التأكيد على جوازه شرعا من أجل سد احتياجاتهم العضوية والنفسية.

<sup>1</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص 170؛ الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص357.

<sup>2</sup> - بهرام الدميري، شامل في الفقه المالكي، ضبطه وصححه أحمد بن عبد الكريم نجيب، جزءان، ط1، (دبلن، إيرلندا الشمالية: منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2008)، ج1، ص329؛ بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج3، ص240.

<sup>3</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، ص94.

<sup>4</sup> - موفق الدين بن قدامة، المغني، ج9، ص415.



وتتمثل الضوابط التي وفقها الفقهاء فيما يلي:

- اطلاع الطرف الآخر بحقيقة المجنون أو المجنونة لأن ذلك حق له،

- أن يكون الطرف الآخر سليماً من أي آفة عقلية، ذلك أن اجتماع فاقد العقل يشكل

ضرراً كبيراً والضرر مرفوع شرعاً،

- أن يرضى أولياء المرأة بهذا الزواج.<sup>1</sup>

**2-2-2- تزويج السفية وذو الغفلة:** إن السفية وذو الغفلة لا يعانيان نقصاً أو اختلالاً في

قدراتهما العقلية، ولأجل ذلك لم يتعامل الفقهاء معهما في مسائل الولاية على النفس مثل

المجنون والمعتوه الذي يصل عتبه حد الجنون. ونعرض أقوال الفقهاء كالآتي:

**2-2-2-1- المذهب الحنفي:** سبق القول أن الحنفية يجيزون زواج السفية مطلقاً وليس لوليه

أن يتدخل إلا في حالة وقوع غبن في المهر، ومنه فليس لوليه كلام معه في النكاح وليس له

أن يزوجه دون إرادته.

**2-2-2-2- المذهب المالكي:** جعل المالكية عقد نكاح السفية موقوفاً على إذن وليه، إلا

أنهم لم يجيزوا للولي أن يزوجه السفية دون رضاه. وهو ما رجحه الشيخ خليل في كتاب

التوضيح وقرره الحبيب بن طاهر.<sup>2</sup>

**2-2-2-3- المذهب الشافعي:** الولي لا يزوجه السفية إلا في حال احتياجه للزواج، وله أن

يزوجه بنفسه أو يأذن له فيعقد لنفسه.<sup>3</sup>

**2-2-2-4- المذهب الحنبلي:** للولي أن يزوجه ابنه السفية إذا كان في تزويجه ظاهر

مصلحة، كأن تظهر منه علامات اشتهاؤ النساء، وهو استثناء عن الأصل الذي يقضي بنهاية

الولاية على النفس بالبلوغ والعقل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد الله بن محمد الطيار، وعبد الله بن محمد المطلق، ومحمد بن إبراهيم الموسى، الفقه الميسر النوازل المعاصرة في فقه

الأسرة، ط1، 13 جزءاً، ط1، (الرياض، السعودية، مدار الوطن للنشر والتوزيع، 2012)، ج11، ص54.

<sup>2</sup> بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج3، ص245.

<sup>3</sup> الشربيني الخطيب، المرجع السابق، ج3، ص227؛ محيي الدين النووي، المجموع، ج15، ص292.

<sup>4</sup> البهوتي منصور، كشف القناع، ج4، ص41.

وعليه فالفقهاء مجمعون على أن للسفيه ولاية الزواج وأن تزويج الولي الشرعي له لا يكون دون حاجة أو رغبة تبدو منه، وأن رضاه معتبر في ذلك.

**ثانياً: من له الحق في تولي عقد زواج القصر والمحجور عليهم:**

وفق تقسيم جمهور الفقهاء فإن الولاية إما ولاية إجبار أو ولاية اختيار، وولاية الإجبار هي التي تخص القصر والمحجور عليهم، وهو ما سنتناوله على التوالي على النحو الآتي:

**1- الولاية على الزواج بالنسبة للقاصر:** اختلفت أقوال المذاهب على النحو التالي:

**1-1- المذهب الحنفي:** ولاية تزويج الصغير والصغيرة عند أبي حنيفة للأب ثم الجد ثم العصة بترتيب الإرث، ثم الأم فالأقرب من ذوي الأرحام. أما عند أبي يوسف ومحمد فولاية التزويج لا تثبت للأم وذوي الأرحام لأن مناط الولاية هو العصة، أما مناط الولاية عند أبي حنيفة فهو حسن النظر المبني على الشفقة والحنو وهما لدى الأم وذوي الأرحام أوفر.<sup>1</sup>

**1-2- المذهب المالكي:** جعل المالكية ولاية تزويج القاصر للأب ووصيه ووصي وصيه، وجعلوا للأب جبر من تحت ولايته من الصغار على الزواج، والوصي ينزل منزلة الأب شريطة أن يكون الأب قد أوصى له بولاية التزويج صراحة أو ضمناً أو تكون الوصاية خاصة بالتزويج فقط، أما إذا لم ينص على ذلك ولم يخصص فلا إجبار لوصي.<sup>2</sup>

**1-3- المذهب الشافعي:** يرى الشافعية أنه لا يزوج الصغير والصغيرة إلا الأب والجد وليس للوصي والحاكم (القاضي) ذلك. وبهذا يتفق الشافعية مع المالكية من حيث عدم جعل الأقارب أولياء في زواج القاصر والمحجور عليهم، ومع الحنفية حينما جعلوا للجد الولاية بعد الأب، ولم يجعلوا للوصي ولاية في ذلك.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - المكي الرازي، حسام الدين بن علي، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، تحقيق أبي الفضل الدمياطي وأحمد بن علي، جزءان، ط1، (الرياض- السعودية، مكتبة الرشد ناشرون، 2007)، ج1، ص622؛ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص170؛ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج1، ص166.

<sup>2</sup> - محمد بشير الشفقة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، 6 أجزاء، ط3، (دمشق، سوريا، دار القلم للنشر والتوزيع، 2007)، ج3، ص290؛ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص560.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص181؛ العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج9، ص211.

**1-4- المذهب الحنبلي:** من حيث المبدأ للحنابلة نفس قول المالكية حيث تثبت ولاية تزويج القاصر عند الحنابلة للأب ووصيه فقط، إلا أنهم اشترطوا في الوصي أن يكون الأب قد أوصاه بتزويج بناته وفي الحالة التي لا يكون فيها ولي ولا وصي فإن الحنابلة أقروا بولاية الحاكم والذي يمثله القاضي في تزويج القاصر إن تبين له وجه المصلحة في ذلك.<sup>1</sup>

**2- ولاية تزويج المحجور عليهم:** سيتم التطرق لحكم هذه المسألة في المذاهب كآآتي:

**1-2- ولاية تزويج المحجور عليه لجنون وعته:** تناول الفقهاء المسألة على النحو التالي:

**2-1-1- المذهب الحنفي:** بخصوص المجنون والمجنونة، فحكمهما حكم الصغار، والولاية عليهما تكون لسائر الأولياء دون استثناء فمن كان وليا لهما جاز له تزويجهما، على الترتيب السابق ذكره حين تبيان الأولياء على النفس، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا وجد للمجنون أو المجنونة ابن فهو المقدم على سائر الأولياء على خلاف محمد بن الحسن الذي يرى أولوية الأب دائما. وهو ذات الحكم فيما تعلق بالمعتوه والمعتوهة.<sup>2</sup>

**2-1-2- المذهب المالكي:** يفرق المالكية بين المجنون والمجنونة، فالمجنونة إن كان جنونها مطبقا مستمرا يزوجها أبوها سواء كان جنونا أصليا أم طارئا، وليس لابنها معه أي كلام. ووصي الأب في المجنونة كالأب إن أوصى له بالتزويج أو حدد له الزوج، أما الحاكم فاختلف المالكية بين من أعطاه الولاية على المجنون ومن سلبها منه والأرجح أن له الولاية، أما المجنونة التي جنونها متقطع إن كانت بالغة تنتظر إفاقتها.<sup>3</sup>

أما المجنون، فلا ولاية عليه إن كان بالغا وجنونه متقطعا، حيث تنتظر ساعة إفاقته، أما المجنون المطبق فيفرق المالكية بين الذي بلغ مجنونا وبين الذي أصابه الجنون بعد البلوغ، فالأول يزوجه أبوه ثم وصيه ثم الحاكم، أما الثاني فلا يزوجه إلا الحاكم.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - البهوتي منصور، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص324.

<sup>2</sup> - العوفي عوض بن رجاء، المرجع السابق، ج1، ص445؛ ابن نجيم المصري، المرجع السابق، ج3، ص224.

<sup>3</sup> - بهرام الدميري، المرجع السابق، ج1، ص321؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص222؛ عوض بن رجاء العوفي، المرجع السابق، ج2، ص440.

<sup>4</sup> - بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج3، ص244.

2-1-3- المذهب الشافعي: يقول الشافعية إن المجنونة جنونا مطبقا يزوجها أبوها ثم جدها ثم الحاكم في الأصح، على أن يشاور أهلها، والمجنونة المتقطع جنونها فينتظر إفاقتها. أما المجنون فيزوجه الأب ثم الجد ثم الحاكم إذا كان قد بلغ مجنونا، أما من أصابه الجنون عقب البلوغ ففيه قولان الأول يزوجه الأب ثم الجد ثم الحاكم، والثاني لا يزوجه إلا الحاكم.<sup>1</sup>

2-1-4- المذهب الحنبلي: بالنسبة للمجنونة التي لو كانت عاقلة لكانت مجبرة فوليتها هو الأب أو الوصي ثم الحاكم. أما المجنونة التي لا تجبر لو كانت عاقلة فلا تزوج إلا التي جنونها مستمر ووليها هو الأب والوصي أيضا. أما إذا لم يكن أب ولا وصي فلا تزوج إلا للحاجة، واختلف في الولي هل هم سائر الأولياء أم هو الحاكم، واختار القاضي عند الحنابلة أنه لا يزوجه إلا الحاكم.<sup>2</sup>

أما المجنون فيقاس على الصغير، إذا كان جنونه مطبقا، أما من كان جنونه متقطعا فتنتظر إفاقته. ويزوج المجنون أبوه فوصيه فالحاكم في الأصح عند الحنابلة.<sup>3</sup>

2-2- ولاية تزويج السفية وذو الغفلة: بخصوص السفية ومثله ذو الغفلة، نفرق بين الذكر والأنثى، فالأنثى تخضع للأحكام الخاصة بالولاية على المرأة في الزواج، التي سبق تناولها، أما الذكر، فإذا كان قد بلغ سفيتها فالولاية على زواجه عند المالكية والحنابلة للأب ثم الوصي ثم الحاكم. أما الشافعية فيرون أن ولي السفية في الزواج هو الأب فالجد ثم الحاكم. أما إن كان قد طرأ عليه السفه بعد البلوغ فإن الولاية تكون للحاكم ممثلا في القاضي.<sup>4</sup>

أما المذهب الحنفي فلا حجر على السفية في النكاح كما سبق ذكره. ومنتقل فيما يلي إلى المسائل ذات الصلة بتزويج القصر والمحجور عليهم، وهي عضل الولي وحالة غيابه أو فقدته وأخيرا خيار البلوغ والإفاقة الممنوح للقاصر أو المحجور عليهم.

<sup>1</sup> - الخطيب الشربيني ، المرجع السابق، ج3، ص214؛ الشيرازي، المهذب، ج4، ص 135.

<sup>2</sup> - البهوتي منصور، شرح منتهى الإرادات، ج5، ص125؛ ابن مفلح المقدسي، المرجع السابق، ص1255.

<sup>3</sup> - موفق الدين بن قدامة، الكافي، ج4، ص 242.

<sup>4</sup> - محمد رجا العوفي، المرجع السابق، ج1، ص 461.

ثالثاً: مسائل متصلة بتزويج القاصر والمحجور عليهم: تتمثل هذه المسائل في امتناع النائب الشرعي عن تزويج من تحت ولايته وهو ما يسمى بالعضل، غياب النائب الشرعي وإمكانية استبداله، الخيار الممنوح للقاصر أو المحجور عليه حين الخروج عن نظام النيابة الشرعية في أن يفسخ الزواج. وهو ما سيتم التطرق إليه كالاتي:

**1- مسألة عضل الولي:** يقصد بالعضل في الزواج عند الفقهاء امتناع الولي عن تزويج من تحت ولايته من الكفو حيث يجب عليه هذا التزويج، حيث قد يحصل أن يمتنع النائب الشرعي عن تزويج من تحت ولايته من قصر أو محجور عليهم، إلا أن ذلك يظهر بصورة أكبر مع الفتاة مقارنة مع الصبي، نظراً كون الصبي- عكس الفتاة- ببلوغه يخرج من الولاية على النفس، ويكون له إبرام الزواج أصالة عن نفسه.<sup>1</sup>

إلا أن هذا وإن كان يمكن قبوله في حق الصبي البالغ العاقل، إلا أنه لا يقبل فيما يخص المحجور عليهم لا سيما المجنون والمعتوه الذين لا يصح عقدهم الزواج لأنفسهم حيث سبق وأن رأينا حكم تزويجهم لأنفسهم.

واختلف الفقهاء متى يتحقق العضل ويعتبر الولي عاضلاً، وهم في ذلك فريقان:

**1-1- الجمهور (الحنفية، الشافعية والحنابلة)،** حيث يرون أن العضل يتحقق بمجرد امتناع الولي عن تزويج من تحت ولايته من كفاء.<sup>2</sup>

**1-2- المالكية،** يرى المالكية أن العضل لا يتحقق بمجرد الامتناع، حيث يشترط المالكية لتحقيق معنى العضل أن يترتب عن امتناع الولي حصول ضرر بالمولى عليه وأن يكون هذا الضرر ظاهراً بالفعل، أما مجرد رد الولي للخاطب الكفاء أو صرف النظر عن زوجة معينة فلا يعده المالكية عاضلاً ما لم يعلم من الولي قصد الإضرار.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم زيدان، المفصل، ج6، ص361؛ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص161؛ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، الزواج، ط1، ( القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 1984)، ص90.

<sup>2</sup> الطحاوي، أبو جعفر، مختصر الطحاوي، تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني، د.ط، ( حيدر آباد، الهند: دار إحياء المعارف النعمانية، د.س.ن )، ص171؛ الجويني، المرجع السابق، ج12، ص45؛ ابن عثيمين، المرجع السابق، ج12، ص87.

<sup>3</sup> الصادق الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص567؛ الدردير، المرجع السابق، ج3، ص376.

فإذا ثبت تعنت الولي وظلمه وظهر إضراره فإن الأثر المترتب عن ذلك هو نزع ولاية التزويج عنه، وتظهر هنا مسألة انتقال الولاية، والتي اختلف الفقهاء حولها كالتالي:

- الحنفية والشافعية، والمالكية في الأصح عندهم قالوا بانتقال الولاية للقاضي باعتباره ولي المظالم حيث يقوم بأمر الولي المتعنت بالتزويج فإن رفض عقد القاضي بدلا عنه.<sup>1</sup>

- الحنابلة في الأصح عندهم قالوا بانتقال الولاية للولي الأبعد، وهو اختيار الخري.<sup>2</sup> ورأي الجمهور أقوم وأسلم لأن الولي الأبعد قد يرفض بدوره تزويج الفتاة، فتبقى دون زواج مع وجود الأكفأ، وهو ما أقر به ابن عثيمين في شرحه لمتن زاد المستقنع.<sup>3</sup>

وعليه فإن الفتاة أو الزوج الكفاء يلجأ إلى القاضي ليحل مشكلة العضل، حيث يأمر القاضي الولي بالتزويج إن تأكد لديه تحقق العضل، فإن أبى زوج عليه.

هذا فيما يخص الفتاة والمجنون والمجنونة والصبي الصغير، أما السفية ومعه ذو الغفلة، فقد سبق وأن تطرقنا لمسألة رغبته في الزواج ورفض وليه لتزويجه والحكم في ذلك.

**2- مسألة غياب الولي:** إذا غاب النائب الشرعي كأن يسافر ويطول غيابه أو يقصر، واحتاج من تحت ولايته للزواج، فإن الفقهاء اختلفوا حول من يتولى أمر زواجه كالاتي:

**2-1- المذهب الحنفي:** يرى أبو حنيفة وأصحابه أنه إذا غاب الولي تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد الذي كان سيحل محل الولي الغائب لو مات أو كان غير موجود. وذلك لأن الولاية ثابتة للولي الأبعد كما هي للولي الأقرب كل ما في الأمر أنه تم تقديم الولي الأقرب لأنه أولى، فإن حصل ما يحول بين صاحب الحق في الولاية وبين أداء مهمته فإن أوليته تزول وتنتقل إلى من يليه في المرتبة، ولا تنتقل الولاية للقاضي لعدم وجود ظلم يرفع للقضاء.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د.ط، (القااهرة، مصر: دار الفكر العربي، د.س.ن)، ص161؛ الطحاوي، المرجع السابق، ص170؛ الدردير، المرجع السابق، ج3، ص376؛ الجويني، المرجع السابق، ج12، ص45.

<sup>2</sup> - ابن قدامة موفق الدين، الكافي، ص231.

<sup>3</sup> - ابن عثيمين، المرجع السابق، ج12، ص86.

<sup>4</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص199؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص116؛ بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، (القااهرة، مصر: مطبعة دار التأليف، ط2، 1961)، ص129.

أما مدة الغياب التي تبرر نقل الولاية إلى الولي الأبعد، ففي المذهب قولان، الأول يأخذ بمسافة القصر، والقول الثاني يأخذ بمدة انتظار الزوج الكفاء، فإن قبل الانتظار لا تنتقل الولاية وإن رفض الانتظار أو خشي فواته انتقلت الولاية.<sup>1</sup>

**2-2- المذهب المالكي:** غيبة الولي تنقسم إلى غيبة قريبة وغيبة بعيدة، فالغيبة القريبة لا يجوز فيها تزويج المولى عليه حتى يحضر الولي الغائب، فإذا حدث الزواج كان فاسدا ويفسخ أبدا ولو طالّت المدة، إلا إذا ثبت تعدد الغياب إضرارا بالمولى عليه أو خيف عليه الفساد.<sup>2</sup> وفي الغيبة البعيدة يفرق المالكية بين الغيبة البعيدة التي يعلم فيها مكان وحياتة الغائب والغيبة المنقطعة التي لا يعلم فيها حياته من موته؛ في الحالة الأولى انقسم المالكية على أقوال، حيث قال الإمام مالك أنه يرفع الأمر إلى القاضي ليفصل فيه، وقال عبد الملك بن الماجشون أنه لا تنتقل الولاية بحال، أما ابن وهب فقال أنه تنتقل الولاية فقط حين تنقطع نفقة المولى عليه وتطول غيبة الولي، أما إن كانت النفقة متوفرة فلا تنتقل الولاية بحال، ورجح الدردير قول الإمام مالك، حيث أكد في كتابه أقرب المسالك أن الولي المجرى إذا غاب غيبة بعيدة ولم يرج قدومه فالحاكم هو الذي يزوج دون غيره من الأولياء.<sup>3</sup>

أما في الغيبة المنقطعة البعيدة التي لا يعلم حياة الولي فيها من موته، وهي حالة الفقد، ففي المذهب المالكي قولان، الأول يقضي بانتقال الولاية مباشرة، لأن الولي الغائب أصبح بمثابة الميت، والقول الثاني علق التزويج وانتقال الولاية على مرور أربع سنوات على الفقد.<sup>4</sup> أما الولي الذي تنتقل إليه الولاية في هذه الحالة فنجد قولين، الأول أن تنتقل الولاية للولي التالي في الدرجة، والثاني أن تنتقل الولاية للقاضي قياسا على الغائب غيابا بعيدا.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، ص 200.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج3، ص290؛ محمد بشير الشفقة، المرجع السابق، ج3، ص315.

<sup>3</sup> - الدردير، المرجع السابق، ج2، ص 365؛ عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب أهل المدينة، ج1، ص478.

<sup>4</sup> - عبد الوهاب البغدادي، نفس المرجع، ج1، ص 479.

<sup>5</sup> - الغرياني الصادق، الأسرة أحكام وأدلة، ط10، ( زليتن، ليبيا: دار ومكتبة بن حمودة للنشر والتوزيع، 2013)، ص82؛ ابن رشد، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جزءان، ط6، (بيروت، لبنان، دار المعرفة، 1982)، ج2، ص14.

**2-3- المذهب الشافعي:** في حالة الغيبة البعيدة وهي لدى الشافعية مسافة يوم وليلة يقول الشافعية بانتقال الولاية إلى القاضي وليس إلى الولي التالي للولي الغائب، وذلك أن ولاية الولي الغائب باقية ولم تنزل، إلا أنه غير قادر في هذه الحالة على القيام بمهمته، وإذا احتاج المولى عليه للزواج يتولى ذلك القاضي لأنه المفوض من الحاكم بذلك. أما في حالة الغيبة القريبة فإن القاضي يرسل إليه يخبره فإما يقدم وإما أذن للقاضي بالتزويج.<sup>1</sup>

**2-4- المذهب الحنبلي:** في الغيبة المنقطعة، وهي ما كانت لمسافة لا تقطع إلا بمشقة، وحددها بعضهم بمسافة قصر الصلاة وهو ظاهر قول الإمام أحمد، فتنقل الولاية للولي التالي في المرتبة، لأن صاحب الحق تعذر عليه القيام بمهمته فتنقل الولاية لمن يليه كما لو جنّ أو مات، أما الولي الذي يغيب غيبة قريبة فيجب انتظاره لأنه في حكم الحاضر، إلا إذا تعذرت مراجعته لسبب ما كأسر أو سجن فيصير حكمه حكم الغائب المنقطع.<sup>2</sup>

هذه كانت أقوال الفقهاء في مسألة غياب الولي ومن يحل محله، والذي يظهر في هذه المسألة أن الأمثل هو الجمع بين هذه الأقوال حيث تقول الولاية للولي التالي ولكن بواسطة القاضي، حيث يلجأ الشخص الذي يطلب توليته على القاصر و/أو المحجور عليه لتزويجه إلى القضاء ويطلب تقرير غياب الولي القائم وتعيينه بدلا منه، مع تقديم ما يثبت ادعائه.

**3- خيار البلوغ وخيار الإفاقة:** خيار البلوغ وخيار الإفاقة يقصد به حق المولى عليه من صغير وصغيرة ومجنون ومعتوه ممن يجبرون على النكاح في فسخ النكاح الذي يعقده عنهم أولياؤهم بمقتضى النيابة الشرعية، وخيار البلوغ خاص بالصغير والصغيرة وخيار الإفاقة خاص بالمجنون ومثله المعتوه، أما السفية وذو الغفلة فلا يخصهما ذلك لأن طلاقهما يقع على ما سنراه وبإمكانهما الطلاق حال لم يرضيا بالزواج، كما أن بعض معظم الفقهاء لا يرون إجبارهما. وفيما يلي مواقف المذاهب من هذين الخيارين:

<sup>1</sup> - مصطخى الخن وآخرون، المرجع السابق، ج4، ص68؛ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> - ابن المنجي، المرجع السابق، ج3، ص566؛ موفق الدين بن قدامة، الكافي، ج4، ص232.



**3-1- المذهب الحنفي:** يفرق الحنفية بين الأب أو الجد وبين غيرهما من الأولياء، فالأب أو الجد صنفان، الأول غير معروف بسوء الاختيار، يصح عقدهما وينفذ ويلزم القاصر ولا يكون له نقضه بعد البلوغ، والصنف الثاني يكون معروفًا بسوء الاختيار، فلا يصح عقدهما إلا إذا توافر شرط الكفاءة (بالنسبة للزوجة) وشرط عدم الغبن في المهر (بالنسبة للزوج).<sup>1</sup> وما عدا الأب والجد من سائر الأولياء فإن عقدهم غير لازم بالنسبة للمولى عليه حيث يكون له فسخه بعد البلوغ أو الإفاقة.<sup>2</sup>

وعليه فإن للصغير والصغيرة حين البلوغ والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة عند الإفاقة خيار بين إمضاء العقد أو فسخه، على أن يتم طلب الفسخ أمام القاضي ليحكم به. وقبل صدور الحكم بالفسخ يبقى الزواج قائماً وآثاره نافذة في حق كلا الزوجين فتجب النفقة ولو مات أحدهما ورثه الآخر. والوقت المعتبر في الخيار هو وقت البلوغ مع العلم بالزواج، فإذا لم يكن يعلم قبل البلوغ كان وقت الخيار وقت العلم بالزواج بعد البلوغ.<sup>3</sup>

ويسقط الحق في خيار البلوغ أو الإفاقة بالتصريح بالرضا بالزواج، فالبكر يكفي سكوتها قبولاً لغلبة الحياء عليها، أما الثيب أو التي تزوجت بكراً ودخل بها زوجها والذكر فيشترط التصريح منهما بالقبول أو بما يدل عليه كطلب الزوجة المهر أو الدخول بالزوجة.<sup>4</sup>

**3-2- المذهب المالكي:** يرى المالكية أن عقد الأب ووصيه نافذ على المولى عليهم، ولا خيار بعد البلوغ أو الإفاقة.<sup>5</sup> أما غير الأب ووصيه من الأولياء فقد سبق القول أنه لا إيجاب لهم.

**3-3- المذهب الشافعي:** للشافعية قولان، الأول بطلان تزويج المولى عليه إن كان من غير كفاء، والقول الثاني أن العقد صحيح ويكون للمولى الخيار عند البلوغ أو الإفاقة.<sup>6</sup> وذلك أن

<sup>1</sup> - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ج1، ص 70؛ حسن خالد وعدنان نجا، المرجع السابق، ص67.

<sup>2</sup> - ابن مازة، المرجع السابق، ج3، ص43؛ عبد المجيد محمود مطلوب، المرجع السابق، ص 133.

<sup>3</sup> - علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، (القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، 2008)، ص287؛ السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، 3 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1984)، ج2، ص150.

<sup>4</sup> - محمد زيد الأبياني، نفس المرجع، ج1، ص79؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص170.

<sup>5</sup> - محمد بشير الشفقة، المرجع السابق، ج3، ص277.

<sup>6</sup> - الشيرازي، المهذب بتحقيق محمد الزحيلي، ج4، ص130.

الولي المجر حين يزوج الصغير والصغيرة يجب عليه أن يراعي تحقيق الزواج للنفع وعدم وقوع ضرر، فيجب أن يكون الزوج أو الزوجة أكفاء غير مصابين بالأمراض خالين من أي عارض قد يفسد الزواج، وقد اعتبر الشافعي هذا الزواج لو عقد مفسوخا ولو تم البناء ولا يحق للصغير أو الصغيرة إجازته أو قبوله لأنه في أصل عقده غير صحيح.<sup>1</sup>

أما إن زوج الولي الصغير والصغيرة لأكفاء، ثم عرض ما يوجب اعتبار الزواج مفسوخا فإنه يكون للصغير والصغيرة خيار بعد البلوغ في إمضاء الزواج أو فسخه.<sup>2</sup> والذي يفهم من كلام الشافعي في كتابه الأم أنه لو زوج الولي المجر الصغيرة والصغير بكفاء لا عيب فيه فلا خيار لهما عند البلوغ.<sup>3</sup> والله أعلم.

**3-4- المذهب الحنبلي:** وفق المذهب الحنبلي فإن الولي المجر إذا زوج الصغير والصغيرة ولو بلغت والمجنون والمجنونة من كفاء خال من العيوب التي توجب فسخ النكاح عادة، صح النكاح ولم يكن لهم الخيار، أما إذا زوجهم بمن فيه عيب أو غير كفاء وكان عالما بذلك كان الزواج باطلا ولو فعل ذلك عن جهل كان له الفسخ وقت علمه.<sup>4</sup>

أما حين يزوج القاصر أو المحجور عليه ولي مجر بكفاء أو غير كفاء ففي المسألة قولان، الأول يقضي ببطلان الزواج، والقول الثاني يقتضي صحة الزواج مع وجود الخيار، ولكن هذا يخص فقط الصغيرة البالغة 9 سنوات حسب ما يورده فقهاء المذهب في كتبهم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - زيدان، عبد الكريم، المفصل، ج6، ص403؛ الشربيني الخطيب، المرجع السابق، ج3، ص201.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص202.

<sup>3</sup> - الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق حسان عبد المنان، د.ط، (عمان، الأردن: دار بيت الأفكار الدولية، د.س.ن، ص971) حيث جاء فيه: "... فقلت - أي الربيع بن زياد - له - أي للشافعي -: رأيت الصبية يزوجه أبوها فتبلغ قبل الدخول أو بعده أيكون لها الخيار إذا بلغت؟ قال: لا...".

<sup>4</sup> - الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج3، ص319؛ ابن النجار الفتوح الحنبلي، منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع

التنقيح وزيادات، 5 أجزاء، ط1، (بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1999)، ج4، ص118.

<sup>5</sup> - ابن المنجي التتوخي، الممتع في شرح المقنع، ج3، ص555؛ عبد الله بن صالح الفوزان، فقه الدليل شرح التسهيل، 5 أجزاء، ط2، (الرياض، السعودية: مكتبة الرشد، 2008)، ج4، ص321.

## الفرع الثاني: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في زواج المولى عليه في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

من خلال هذا الفرع سيتم التطرق لصلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته فيما تعلق بتزويج القاصر أو المحجور عليهم في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة، وذلك من خلال تناول أهلية الزواج (أولا) ومن ثم نتناول تزويج القصر والمحجور عليهم (ثانيا) وأخيرا نتطرق لمجموعة المسائل المرتبطة بتزويج القصر والمحجور عليهم (ثالثا)

**أولا: أهلية الزواج:** نصت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري: (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات). وهذه المادة عدلت سنة 2005 بالأمر (05-02) حيث كان سن الزواج قبل التعديل 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة.<sup>1</sup>

ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 7 يظهر أن كل من بلغ 19 سنة ذكرا أو أنثى صار له صلاحية أن يكون طرفا في عقد الزواج، أما الفقرة 2 من هذه المادة فتبين أن زواج القاصر من حيث الأصل غير جائز، وذلك بالنظر لما قد ينجم من مضار كثيرة بسبب الزواج قبل سن الرشد، سواء للفتى أم الفتاة، خصوصا وأنهما لا يكونان على استعداد كاف لتكوين أسرة.<sup>2</sup>

واستثناء عن الأصل المذكور في الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري نجد الفقرة الثانية من نفس المادة على أن للنائب الشرعي تزويج القاصر الذي تحت ولايته ولكن بشرط الحصول على ترخيص من القاضي يأذن فيه بتزويج القاصر، ويتوجب على القاضي بعد أن يتأكد بنفسه رضاء الطرفين أن يتأكد من توفر الشروط الموضوعية وهي وجود مصلحة

<sup>1</sup> آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 13؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، جزآن، ط1، (الجزائر، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، 2008)، ص60.

<sup>2</sup> داودي عبد القادر، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، (الجزائر، دار البصائر للنشر والتوزيع، 2007)، ص96.

في هذا الزواج وضرورته وكذا التحقق من قدرة كلا الطرفين على الزواج وهو حكم أضيف سنة 2005.<sup>1</sup>

وهو ما يعني أن أي زواج مبرم من القاصر أصالة دون الحصول على رخصة من القاضي لا يكون صحيحا، ولكن من الصعب جدا العمل بهذا الحكم، بل يحسن العمل بما استقر عليه الفقه من تقسيم لعقود زواج الصبي إلى باطلة إن كان غير مميز وموقوفة النفاذ إن كان مميزا، لم يبلغ سن الرشد بعد والقيام بتصحيحه لو وقع البناء وتثبيته بموجب حكم قضائي مثله مثل أي زواج شرعي مبرم خارج الجهات المنوط بها توثيق عقد الزواج.

كما لم يبين المشرع الجزائري حكم زواج المجنون والمعتوه والسفيه وذي الغفلة ولكن عملا بالإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية وأخذا بالمادة 82 من قانون الأسرة التي تعتبر المجنون والمعتوه فاقدى الأهلية والسفيه وذو الغفلة ناقصي أهلية، فإننا نأخذ بقول المالكية فيما يخص عقود زواجهم، حيث يبطل إبرام عقد زواج المجنون والمعتوه ويكون عقد زواج السفيه وذي الغفلة موقوفا على إجازة النائب الشرعي إن تم زواجهم بعد صدور حكم الحجر، أما قبله فزواج المجنون والمعتوه لا يبطل إلا إذا كان المجنون والعتة ظاهرا، في حين يكون زواج السفيه وذو الغفلة صحيحا دائما قبل الحجر عليه. وهو ذات ما ذكرناه عندما تحدثنا عن القاصر والمحجور عليه.

وبالنسبة للقوانين العربية محل المقارنة، فإنها لم تتفق حول سن أهلية الزواج حيث نجد القانون المغربي سن الزواج للمرأة والرجل هو 18 سنة مع التمتع بقواهما العقلية، وهو نفس السن في القانون التونسي والقانون الموريتاني.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دط، (الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007)، ص 26؛ محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة والزواج، د.ط، (باتنة، الجزائر: دار الشهاب للطباعة والنشر والتوزيع، د.س.ن)، ص 62.

<sup>2</sup> - الكشور محمد، الواضح في شرح مدونة الأسرة، جزآن، ط3، (الدار البيضاء، المغرب: مطبعة دار النجاح الجديدة، 2015)، ج 1، الزواج، ص 261؛ الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

في حين في ليبيا نجد سن الزواج هي 21 سنة. أما في القانون الكويتي والقانون الإماراتي فنجدهما خلافاً لبقية القوانين العربية محل المقارنة لم يحدد سن أهلية الزواج وإنما حدد السن التي لا يجوز توثيق العقد قبلها وحددها المشرع الكويتي بخمسة عشر (15) سنة بالنسبة للإناث وسبعة عشر (17) سنة بالنسبة للذكور.<sup>1</sup>

وذلك رغماً مما ورد في المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي صرحت أنه يشترط لصحة الزواج العقل والبلوغ، ولعل القصد الذي يرمي إليه المشرع الكويتي هو اعتبار السن التي حددها كافية للبلوغ والعقل. كما أنه قد خص الفتاة البكر بسن معينة للخروج من ولاية الإجماع وهي بلوغ سن الخامسة والعشرين ولم ينص على ذلك فيما يخص الذكور.<sup>2</sup>

أما المشرع الإماراتي فنص بأنه لا يمكن أن يزوج القاصر قبل البلوغ الجسمي إلا إذا كان سنه 18 سنة، وبأن البالغ أو من تجاوز 18 سنة ولم يبلغ 21 سنة لا يتزوج دون إذن وليه.<sup>3</sup> بينما المشرع البحريني تكلم فقط على زواج الصغيرة، حين نص على أنه تزوج الصغيرة التي يقل سنها عن 16 سنة بموافقة المحكمة الشرعية بعد التحقق من ملاءمة الزواج.<sup>4</sup> وبذلك يغيب النص على الفتى، ولكن بتطبيق الإحالة على المشهور من مذهب الإمام مالك الواردة في المادة 3 من مرسوم إصدار قانون الأسرة البحريني، فإن للولي أن يزوج الصبي الصغير الذي ولايته كما يزوج الفتاة.

أما بخصوص الترخيص للقاصر والمحجور عليهم بالزواج، فإن كل القوانين العربية محل المقارنة أخذت بنظام الترخيص القضائي كشرط لتزويج القاصر ما عدا المشرعين الموريتاني والكويتي فلم ينصا على هذا بصريح العبارة.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 6 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>2</sup> - المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

<sup>3</sup> - المادة 30 فقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>4</sup> - المادة 18 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>5</sup> - المادة 6 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 30 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 18 من قانون الأسرة البحريني. المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني؛ والمادة 24 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

أما المحجور عليهم، وبالذات المجنون والمعتوه الذي بلغ حد الجنون، فالمشرع المغربي والمشرع الليبي والمشرع الكويتي والمشرع الإماراتي نص على إمكانية تزويجهم وفق الشروط وطبقا للإجراءات التي نبينها في العنصر الموالي.<sup>1</sup>

بينما لم يرد في القانون التونسي والقانون الموريتاني شيء بهذا الخصوص.

**ثانياً: شروط وإجراءات تزويج القصر والمحجور عليهم:** طبقاً للفقرة 2 للمادة 7 من قانون الأسرة حدد المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 11 من ذات القانون من له الحق في تولي إبرام عقد زواج القاصر أي ولاية الإيجاب، وحصرها في أب القاصر فأحد الأقارب الأولين فإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له.<sup>2</sup>

هذا، ولم يبين المشرع الجزائري المقصود بالأقارب وصلتهم بالقاصر، مما يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نذهب للمذهب الحنفي لأنه الوحيد الذي أقر للأقارب الولاية على زواج القاصر، ومنه فالأقارب يشملون العصبه وذوي الأرحام أيضاً بعد الأم.

ولكن نص الفقرة الثانية من المادة 11 لا يعني انفراد الولي بالعقد، بل لا بد من رضاء القاصر بهذا الزواج وهو ما تؤكد المادة 13 من نفس القانون حيث جاء فيها: (لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها)، واقتصر المشرع على الفتاة دون الفتى وكان حرياً به ذكره.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - الكشور محمد، الواضح في شرح مدونة الأسرة، الزواج، ط3، (الدار البيضاء، المغرب: مطبعة دار النجاح الجديدة، 2015)، ص261؛ المادة 10 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 24 فقرة ب من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتية؛ المادة 19 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>2</sup> - جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة بعد تعديلها سنة 2005 أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها الذي هو أبوها أو أقربائها أو أي شخص آخر تختاره.. معلنا بذلك تبني قول الإمام أبي حنيفة من أن المرأة تتولى عقد زواجها أصالة عن نفسها، على أن المشرع لم يجعل ذلك للبالغة بل جعله للراشدة، أي التي فاق سنها سن التاسعة عشر، وجعل حضور الولي إجراء شكلياً، ولم يدع من ولاية الإيجاب إلا ما كان على القصر والمحجور عليهم.

أما قبل التعديل فقد كان يتولى عقد زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقربائها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له، وهو هنا كان بصدد الولاية على المرأة البكر الراشدة التي كانت لا تستقل بعقد زواجها.

<sup>3</sup> - داودي عبد القادر، المرجع السابق، ص 127.

هذا ولم يتطرق المشرع الجزائري لتزويج المحجور عليهم لجنون وعته وسفه وغفلة، ولم يبين من يتولى عقد زواجهم، ولكن قياسا على زواج صغير السن، وما ورد بخصوص دعوى الحجر وأخذا بعين الاعتبار ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حين التحدث عن اختصاصات قسم شؤون الأسرة فإن الذي يتولى عقد الزواج هو المقدم الذي عينه القاضي في حكم الحجر والذي غالبا ما يكون أباه أو أخاه أو ابنه.

أما الإجراءات الواجب اتباعها بهذا الخصوص، فهي التقدم بطلب الحصول على ترخيص بزواج قاصر أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الولاية، والذي غالبا ما يكون مسكن الأب بالنسبة للقاصر، ويكون الطلب مصحوبا بشهادات ميلاد الزوجين وما يثبت صفة الولي الشرعي ونسخا عن بطاقات التعريف الوطنية مع تقديم شهادات طبية عند اللزوم حين يتعلق الأمر بالمجنون والمعتوه تثبت قابليته و/ أو حاجته للزواج، وللقاضي أن يطلب تعيين خبير عند الضرورة، طبقا لما ورد في نهاية الفقرة 2 من المادة 7 من قانون الأسرة التي تلزم القاضي بالتثبت من قدرة الطرفين على الزواج. وأيضا التأكد من وجود المصلحة والضرورة في تزويج القاصر والمحجور عليهم.<sup>1</sup>

وبعد أن يتأكد القاضي من توافر الشروط القانونية يعقد جلسة في مكتبه يستمع فيها للطرفين كل على حدة للتأكد من هوية الطرفين وعدم وجود تدليس أو إكراه، ومن ثم يصدر أمرا ولائيا يتضمن الترخيص بتزويج القاصر و/أو المحجور عليه، وهو أمر غير قابل لأي طريقة من طرق الطعن.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> - يعتبر الترخيص بزواج القاصر من أكثر الأعمال الولائية التي يقوم بها القضاة، والتي كانت مسندة لرئيس المحكمة وأصبحت بعد دخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيز التطبيق سنة 2009 من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة وتقوم كثير من المحاكم عادة بوضع تحت تصرف المواطنين مطبوعات ومطويات ولوحات إعلانية تبين لهم الوثائق المطلوبة والإجراءات الواجب اتباعها وهو ما تضعه وزارة العدل في موقع الاللكتروني بمطبوعة (دليل المتعامل مع العدالة).

<sup>2</sup> - جدي علي، السن القانوني للزواج- دراسة مقارنة، ( الجزائر، جامعة وادي سوف، مجلة البحوث والدراسات، العدد 16، السنة 10، جوان 2013)، ص167.

ويتوجب بعد ذلك على من حاز الرخصة أن يتوجه بها إلى الموثق أو إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية من أجل إتمام إجراءات العقد، وهنا تحل إرادة النائب الشرعي محل إرادة القاصر و/أو المحجور عليه في إبرام العقد وينبغي أن تحفظ نسخة عن الترخيص القضائي ضمن أرشيف الموثق أو البلدية حسب الحالة مع تدوين موجز بيانات الترخيص على هامش سجل عقود الزواج بالبلدية.<sup>1</sup>

هذا، ولم يرتب المشرع جزاء على من يخالف القواعد المتعلقة بأهلية الزوجين، مما جعل الأولياء يزوجون أبناءهم زواجا شرعيا غير موثق، ومن ثم يلجؤون لإجراءات تثبيت الزواج المغفل طبقا لقواعد قانون الحالة المدنية، بخلاف الحال قبل قانون الأسرة حيث كان القانون 63-224 الذي يحكم سن الزواج حيث كان يعتبر كل زواج تم مخالفا لقواعد الأهلية باطلا بطلانا مطلقا وقابلا للطعن فيه بالبطلان ويعاقب كل موثق أو ضابط حالة مدنية أو القاضي والزوجين وممثليهما وكل من لم يراعي شرط السن بالحبس من 15 يوم إلى 3 أشهر وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك فرنسي جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين.<sup>2</sup>

أما القوانين العربية محل المقارنة نجد المشرع المغربي في مدونة الأسرة في المادة 20 منها ينص على أن زواج القاصر فتى كان أو فتاة يتم بموجب إذن من قاضي الأسرة يصدر في شكل قرار معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.<sup>3</sup>

وإضافة إلى ذلك جعل المشرع المغربي زواج القاصر مشروطا بموافقة نائبه الشرعي، وذلك بالتوقيع إلى جانب القاصر في طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المواد 40، 41 و 42 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - محمد محدة، المرجع السابق، ص 62؛ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 61.

<sup>3</sup> - أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الأسرة المغربية، د.ط، ( مصر، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010)، ص 38.

<sup>4</sup> - المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية.



وحاله حال المشرع الجزائري نص المشرع المغربي على أن مقرر الاستجابة لطلب الإذن القضائي بزواج القاصر حين يصدر يكون غير قابل لأي طعن. وي طرح التساؤل هنا عن إمكانية صدور مقرر برفض الإذن، في هذه الحالة يرى محمد الكشور أنه بالإمكان الطعن في مقرر الرفض ما دام لا يوجد نص يمنع ذلك قياسا على الأوامر الولائية عموما وتلك المبنية على طلب خصوصا.<sup>1</sup>

وهته الإجراءات هي تقريبا نفس الإجراءات التي نصت عليها بقية القوانين العربية محل المقارنة التي قالت بوجود الترخيص القضائي.<sup>2</sup>

وبالنسبة للمحجور عليهم من المجانين والمعاتيه الذي بلغوا درجة الجنون فإن المشرع المغربي فحسب ما هو وارد في مدونة الأسرة المغربية فإن المشرع المغربي يفرق بين المجنون والمعتوه، وبين السفيه وذي الغفلة.

فالمجنون والمعتوه طبقا لنص المادة 23 من مدونة الأسرة المغربية يمكن تزويجهما وعبر عنهما المشرع المغربي بلفظ المصاب بإعاقة ذهنية، حيث يأذن قاضي الأسرة بزواجهما ذكورا أو إناثا، وفق الشروط التالية:

- اطلاع القاضي على تقرير حول الإعاقة معد من طبيب خبير أو أكثر،
- اطلاع القاضي للطرف الآخر محتوى التقرير وينص على ذلك في محضر،
- أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة.

والمشرع الليبي والمشرع الكويتي والمشرع الإماراتي والمشرع البحريني نصوا على ذات القواعد بخصوص تزويج المجنون ومن مثله، مع بعض الاختلاف والإضافات مع الاتفاق من

---

<sup>1</sup> - الكشور محمد، المرجع السابق، ج1، ص 263.

<sup>2</sup> - الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 6 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 30 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 18 من قانون الأسرة البحريني.

حيث المعنى والشروط.<sup>1</sup> في حين سكت المشرع التونسي والموريتاني، ولكن ذلك لا يعني عدم صحة زواج المعتوه ذلك أنه بالإحالة على الفقه الإسلامي لا سيما المشهور من مذهب الإمام مالك كالمشرع الموريتاني فإنه يمكن القول بإمكانية تزويج المجنون والمعتوه.

أما السفیه ومثله ذو الغفلة فإن القوانين العربية محل المقارنة كما سبق ذكره في نطاق النيابة الشرعية فإن القوانين العربية محل المقارنة انقسمت على اتجاهين أحدهما من نظام النيابة الشرعية وجعل لهما الحق في إبرام عقد الزواج وهو موقف المشرعين المغربي والليبي والكويتي والإماراتي.<sup>2</sup>

بينما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى إلى إبقاء الولاية على السفیه وذی الغفلة في الزواج واشترط موافقة النائب الشرعي على هذا العقد، وهو ما ذهب إليه القانون التونسي والقانون الموريتاني والقانون البحريني.<sup>3</sup>

والقوانين العربية محل المقارنة لم تتفق حول الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بزواج القصر والمحجور عليهم، فنجد من لم ينص على الجزاء تماما حالها حال القانون الجزائري، وهي كل من القانون المغربي والقانون الليبي والقانون الكويتي والإمارتي والبحريني. في حين نصت بعض القوانين العربية الأخرى على الجزاء حيث اعتبره القانون التونسي زواجا فاسدا.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 10 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي فقرة أ؛ المادة 24 فقرة ب من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 28 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 19 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 233 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادتان 31 و 43 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادتان 33 و 208 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادتان 28 و 29 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>3</sup> - الفصل 7 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المواد 6، 7 و 8 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 20 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>4</sup> - الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ والأثر المترتب على الزواج الفاسد طبقا للفصل 22 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية هو بطلانه دون أن يعتبر طلاقا وهو ما يسميه الفقهاء بالفسخ، ويقع الفسخ ولو تم البناء، فإن فسخ العقد قبل البناء فلا يترتب أي أثر، أما إذا وقع البناء فترتب الآثار التالية- استحقاق المرأة للمهر المسمى أو المهر الذي يحدده الحاكم (القاضي)، - ثبوت النسب، - وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ من يوم التفريق، - حرمة المصاهرة."

أما المشرع الموريتاني فاعتبر الزواج صحيحا، ولكن إذا ثبت أن هذا الزواج كان في مصلحة الولي فقط طبقت عليه العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى قانون الحماية الجنائية للطفل في موريتانيا نجد أنه ينص على تسليط عقوبة الحبس من 3 إلى 6 أشهر وغرامة مالية من 100.000 إلى 200.000 أوقية على الأقارب أو الأشخاص الذين لهم سلطة على الطفل الذين يسعون إلى تسجيل الزواج والسلطات التي تقوم بهذا التسجيل دون احترام السن القانونية للزواج والرضى.

وتطبق هذه العقوبة كذلك على كل شخص مارس على طفل إكراها بدنيا نجم عنه تشويه أو تعذيب جسدي من أجل أن يقبل الزواج.<sup>2</sup>

وننتقل الآن لآخر عنصر في هذا الفرع وهو المسائل المرتبطة بتزويج القصر والمحجور عليهم.

### ثالثا: المسائل المرتبطة بتزويج القصر والمحجور عليهم

من خلال هذا العنصر تناول مجموعة المسائل التي تتصل بتزويج القصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري على غرار ما أوردها في الفرع السابق، بدءا بمسألة غياب الولي ثم عضله فمسألة الخيار، على أن نضيف هنا مسألة هامة وهي الأثر المترتب على تزويج القصر والمحجور عليهم.

**1- غياب الولي:** لا يوجد نص صريح يتناول المسألة ولكن من خلال نص الفقرة 2 من المادة 11 من قانون الأسرة الذي رتب أولياء القاصر في الزواج يتضح أنه في حالة غياب الأب يتولى الأمر أحد الأقارب فإن لم يوجد يتولى القاضي أمر الزواج.

وعلى من يقدم طلب الترخيص بزواج القاصر حال غياب الولي أن يثبت صفته ويثبت غياب الولي الشرعي وعدم قدرته على القدوم، وبذلك فإن القاضي يمثل ضمانا هامة في مراقبة تزويج القاصر والمحجور عليهم وتوفير الحماية اللازمة لهم.

<sup>1</sup> - المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

<sup>2</sup> - المادة 41 من قانون الحماية الجنائية للطفل الموريتاني.

ولم يرد في القانون المغربي نص بخصوص هته المسألة ولكن عملا بالإحالة على مذهب الإمام مالك فإنه يعمل بقول المالكية بانتقال الولاية للقاضي. وهو نفسه الحال بالنسبة للقانون التونسي والقانون الموريتاني والقانون الكويتي.

في حين نجد المشرع الليبي قد تطرق لمسألة غياب الولي واعتمد فيها قولاً للمالكية يوافق قول الحنفية والشافعية وهو انتقال الولاية للولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب، وهو نفس ما قرره القانون الإماراتي الذي قيد انتقال الولاية بإذن القاضي، بينما خالف المشرع البحريني هذا الحكم وجعل الولاية حال غياب الولي تنتقل للقاضي.<sup>1</sup>

وعلى المشرع الجزائري تدارك النقص، والأفضل في هذه المسألة وانسجاماً مع الفقرة 2 من المادة 11 من قانون الأسرة أن يجعل انتقال الولاية حال الغيبة إلى القاضي.

**2- عضل الولي:** لا يوجد في قانون الأسرة الحالي نص يتعلق بالعضل، خلافاً لما كان منصوصاً عليه قبل سنة 2005 بموجب المادة 12 من قانون الأسرة الملغاة والتي كان نصها: (لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع ابنته من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لل بنت).<sup>2</sup>

وقد ألغيت المادة 12 لأن الولي لم يعد شرط انعقاد وصارت المرأة الراشدة هي التي تعقد زواجها وللولي الحضور فقط.<sup>3</sup>

وعليه فقد ألغي النص المتعلق بالعضل وكأن المشرع يستبعد أن يرغب الفتى أو ترغب الفتاة القاصر في الزواج أو يحتاج المجنون والمعتهو والسفيه وذو الغفلة المحجور عليهم للزواج ويحدث من الولي عضل لهم، وكان على المشرع الإبقاء على المادة وتعديلها بما يشمل القاصر وغيره من المحجور عليهم.

---

<sup>1</sup> - المادة 7 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص73؛ المادة 12 فقرة ج من قانون الأسرة البحريني.

<sup>2</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص69.

<sup>3</sup> - المادة 11 فقرة 1 من قانون الأسرة.

وبالنسبة لمواقف القوانين العربية محل المقارنة فهي جميعها نصت على منع عضل الولي لمن تحت ولايته ونصت جميعها على انتقال الولاية حال العضل للقاضي.<sup>1</sup>

**3- موقف المشرع الجزائري من خيار البلوغ والإفاقة:** لم يتطرق المشرع إلى حق القاصر بعد رشده أو المحجور عليه بعد فك الحجر عنه أن يفسخ عقد الزواج الذي أبرمه عنه ووليه، ولكننا نجد قرارا للمحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 2001/02/21 تحت رقم 2557111 غرفة الأحوال الشخصية والمواريث جاء فيه أن من حق الفتاة التي أبرم عقد زواجها ولم يدخل بها الزوج أن تفسخ عقد الزواج بعد أن تبلغ سن الرشد.<sup>2</sup>

وهو قرار مهم جدا للمحكمة العليا لأنه جاء ليقرر قاعدة فقهية في غياب النص عليها في قانون الأسرة. وبالاطلاع على حيثيات القرار يظهر أن الفتاة زوجت دون اتباع إجراءات الترخيص مما يطرح السؤال هل كان قرار المحكمة العليا سيختلف لو كان زواجها قد تم طبقا للإجراءات المعمول بها؟

على الرغم من عدم وجود نص قانوني بخصوص المسألة إلا أنه وبالنظر للإجراءات التي يتم بها تزويج القاصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري، يظهر أنه لا يمكننا القول بفسخ زواج أبرم وفق هذه الإجراءات بخيار البلوغ أو الإفاقة، ذلك أن المشرع الجزائري أحاط زواج القاصر والمحجور عليهم بضمانات قانونية كافية، هذه الضمانات من شأنها أن تلغي أي جدوى لخيار البلوغ و/أو الإفاقة، إضافة إلى أن القاصر عندنا لا يزوج إلا إذا بلغ، وخيار البلوغ في الفقه الإسلامي خاص بالذين يعقد أولياؤهم عنهم قبل بلوغهم.

إلا أنه واتباعا لما جاءت به المحكمة العليا فإنه إذا توافر الشرط المتمثل في عدم الدخول فإنه يحق للفتاة بعد سن الرشد أن تطلب فسخ عقد الزواج بناء على خيار البلوغ، ويستحسن

---

<sup>1</sup> - المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 13 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 9 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ 30 فقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 15 فقرة ج من قانون الأسرة البحريني.

<sup>2</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2002، العدد 2، ص424.

بالمشرع الجزائري أن يضيف فقرة للمادة 7 من قانون الأسرة تتحدث عن خيار الرشد ونفس الأمر بالنسبة لخيار الإفاقة بخصوص المجنون والمعتوه فهو أمر قابل للأخذ به في قانون الأسرة الجزائري وينبغي إضافة نص بخصوصه.

**4- الأثر المترتب على تزويج القاصر والمحجور عليهم:** جاء في المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما تعلق بآثار الزواج، وعليه فإن القاصر الذي تم تزويجه بموجب ترخيص القاضي يصبح كامل الأهلية فيما يخص الحقوق والواجبات التي تترتب عن عقد الزواج، وبالنتيجة النزاعات التي يمكن أن تنشأ بسببها بدءا بالمهر والنفقة وما يمكن أن يحدث بينهما من نشوز وما إلى ذلك.<sup>1</sup>

ولكن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه على المجنون والمعتوه، لأنهما فاقدان للعقل وغير قادرين أصلا على التصرف، في حين يمكن أن نطبق هذا الحكم بصورة عادية جدا على السفية وذي الغفلة ويعتبر ذلك من باب الاستثناء الوارد على الحكم بالحجر عليهما. وقد رأينا أن جانبا مهما من الفقه الإسلامي لا يحجر على السفية في الزواج مع إجماع على صحة طلاقه على ما سنراه.

ولم تتفق القوانين العربية محل المقارنة جميعها مع القانون الجزائري في هته المسألة، حيث وافقه فيها القانون المغربي والقانون الليبي.<sup>2</sup> وأيضا القانون الإماراتي إلا فيما تعلق بإسقاط الحقوق المالية المترتبة عن الزواج<sup>3</sup>، وسبب إخراج الحقوق المالية المترتبة عن الزواج من أهلية التقاضي المكتسبة بالزواج مرده أن الإسقاط من التصرفات الضارة ضررا محضا ولا يجوز لمن لم يبلغ سن الرشد المدني القيام بمثل هذه التصرفات.<sup>4</sup>

في حين خالف القانون التونسي والقانون الموريتاني والقانون الكويتي والقانون البحريني.

---

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، جزءان، ط6، (الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ج1، أحكام الزواج، ص122.

<sup>2</sup> المادة 22 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 6 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي.

<sup>3</sup> المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>4</sup> المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص70.

وعليه نسجل للمشرع الجزائري امتياز بهذا الحكم الذي وافقه عليه كل من المشرعين المغربي والليبي والإماراتي، مع ملاحظة أنه كان ينبغي الإشارة إلى أن ترشيده هذا لا يمس بحال بأحكام الولاية على المال وأنه يبق خاضعا لأحكام النيابة الشرعية فيما تعلق بماله ومن بينها الأحكام المالية المتعلقة بالزواج وآثاره.

ومن خلال الملاحظات السابقة فإنه يقترح التعديلات التالية على نصوص قانون الأسرة:

- تعديل المادة 7 من قانون الأسرة: بإضافة فقرة حول زواج المحجور عليهم والتأكيد على أهلية الزوج القاصر للتقاضي في الدعاوى الناشئة عن الزواج وانحلاله: فيصبح نصها كالاتي: المادة 7: ( تكتمل أهلية الرجل والمرأة.....متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يرخص القاضي بزواج المحجور عليهم ذكورا وإناثا لجنون أو عته إذا ما ثبت فائدته لهم، وثبت رضاء الطرف الآخر بالزواج وعلمه التام بظروف المحجور عليه.

لا حجر على السفية وذي الغفلة في عقد زواجهما ولوليهما التدخل فيما تعلق بالآثار المالية للزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما تعلق بالزواج وانحلاله وآثارهما، أما المحجور عليهم فينوب عنهم نائبهم الشرعي).

- تعديل المادة 11 من قانون الأسرة: وذلك بإضافة لفظي المجنون والمعتوه كأشخاص خاضعين للولاية في الزواج، والنص على مسألة غياب الولي، وذلك على النحو التالي:

المادة 11: ( - الفقرة الأولى دون تغيير،

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر والمحجور عليهم لجنون أو عته أولياؤهم، وهو الأب فوصيه إن وجد فأقرب العصبه بالنسبة للقصر، والابن فالأب فأقرب العصبه بالنسبة للمحجور عليه، والقاضي ولي من لا ولي له،

إذا غاب الولي غيبة قريبة فلا يزوج القاصر والمحجور عليه غيره ويتم الاتصال به عند الضرورة للحضور فإذا ثبت تعمد الغياب إضرارا بالمولى عليه تنتقل الولاية للقاضي وينظر في التزويج من عدمه، أما إذا غاب الولي غيبة بعيدة أو اعتبر مفقودا انتقلت الولاية للقاضي).

- إضافة المادة 11 مكرر الخاصة بخيار فسخ الزواج بالنسبة للقاصر والمحجور عليهم لجنون وعته: المادة 11 مكرر: ( لا خيار للقاصر بعد رشده والمحجور عليهم لجنون أو عته بعد رفع الحجر، في الزواج الذي تم وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 7 من هذا القانون، فإذا تم الزواج خلافا لتلك الشروط جاز فقط للقاصر طلب فسخ الزواج بعد الرشد إذا لم يقع البناء).

وبذلك ينتهي المطلب الأول المخصص لمسائل الزواج، ويتم التطرق في المطلب الموالي للقسم الثاني من مسائل الولاية على النفس وهو ما تعلق بمسائل فك الرابطة الزوجية.

## المطلب الثاني:

### سلطات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل فك الرابطة الزوجية

الرابطة الزوجية إذا نشأت صحيحة فإنها تفك بالطلاق لأنه يمثل إحدى آثار الزواج الصحيح، وله لدى الفقهاء عدة صور هي الطلاق بإرادة الزوج وهي الصورة الأساسية، وهناك الطلاق بطلب من الزوجة ويسمى خلعا وقد يكون بطلب من الزوجة ولكن يقوم به القاضي فيسمى طلاق القاضي.<sup>1</sup>

ومن خلال هذا المطلب ندرس صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في فك الرابطة الزوجية، ونتبع في ذلك نفس الترتيب الذي تناولناه في المطلب السابق، حيث نتناول المسألة أولا في الفقه الإسلامي ثم القانون الجزائري وأخيرا في القوانين العربية محل المقارنة.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص348.



## الفرع الأول: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل فك الرابطة الزوجية الفقه الإسلامي

سيتم التطرق في نقطة أولى للطلاق والثانية للخلع، وذلك فيما يلي:

**أولاً: في الطلاق:** في هذا الأمر مسألتان، الأولى صحة وقوع الطلاق من القاصر والمحجور عليهم والثانية هي سلطة النائب الشرعي في إيقاع الطلاق على من تحت ولايته،

### 1- حكم وقوع طلاق القاصر والمحجور عليه: بالنسبة للقاصر فالفقهاء على قولين:

**القول الأول: الجمهور:** حيث أجمع الفقهاء على أن طلاق الصبي غير البالغ ولو مميزاً وطلاق المجنون والمعتوه لا يقع، فالعقل والبلوغ شرطان أساسيان في المطلق، وهو ما أقره الحنفية والمالكية والشافعية وقول للحنابلة، واستدلوا بقول رسول الله ﷺ: (رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق).<sup>1</sup>

**القول الثاني: القول الثاني للحنابلة:** يقول بجواز طلاقه إذا كان يفهم الطلاق وما يترتب عليه، وهذا القول اختاره الخراقي وصاحب زاد المستقنع وشارحوه.<sup>2</sup>

أما السفية وذو الغفلة، فالفقهاء مجمعون على وقوع طلاقهما، لأنهما عاقلان بالغان مكلفان بالخطاب الشرعي، فيصح طلاقهما ويقع منهما فلا حجر عليهما إلا في مالهما.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - رواه أصحاب السنن، واللفظ لابن ماجه وصححه الألباني، الألباني ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، ج3، ص177، الحديث رقم 1673، وأصل الحديث في سنن ابن ماجه رقمه 2041 كتاب الطلاق باب طلاق المعتوه والصغير والنائم؛ وانظر: لدى الحنفية: ابن مازة البخاري، المرجع السابق، ج3، ص206؛ ابن مودود الموصلية، عبد الله بن محدود الحنفي، الاختيار لتعليل المختار وعليه تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة، 6 أجزاء، د.ط، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، د.س.ن)، ج3، ص124؛ ولدى المالكية: زيد الخير المبروك بن علي، تلخيص الفوائد وتجميع الفوائد، شرح الألفية الفقهية على مذهب السادة المالكية، ط1، (الجزائر: الشركة الجزائرية اللبنانية، ولبنان: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، 2006)، ص467؛ ابن أبي زيد القيرواني، المرجع السابق، ج5، ص94؛ وعند الشافعية: الراجعي، المرجع السابق، ج8، ص507؛ الديميري الشافعي، المرجع السابق، ج7، ص479.

<sup>2</sup> - عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه، 3 أجزاء، ط2، (الرياض، السعودية: مكتبة الرشد، 1429هـ)، ج3، ص1396؛ موفق الدين بن قدامة، الكافي، ج4، ص433؛ ابن عثيمين، المرجع السابق، ج13، ص15؛ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، جزآن، ط2، (دمشق، سوريا: دار الفكر، 1968)، ج1، ص345.

2- سلطة النائب الشرعي في إيقاع الطلاق: من خلال ما سبق، واعتبارا إلى أن طلاق السفية وذي الغفلة واقع، فإن الكلام على الولاية في الطلاق تقتصر على المجنون والمعتوه فقط. وفي هذه المسألة نجد للفقهاء قولين نتناولهما كالآتي:

**القول الأول:** لا يجوز للنائب الشرعي أن يوقع الطلاق عن القاصر أو المجنون أو المعتوه وقال به الحنفية والشافعية وأحد قولين لدى الحنابلة.<sup>2</sup> واستدل الفقهاء القائلون بهذا بالحديث الذي رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال: {..إنما الطلاق لمن أخذ بالساق}.<sup>3</sup>

**القول الثاني:** يجوز للنائب الشرعي أن يوقع الطلاق وهو قول المالكية والقول الثاني عند الحنابلة، حيث أقروا للولي أن يطلق نيابة عن القاصر والمجنون سواء كان الولي هو الأب أم الوصي، ولكنهم قيدوا ذلك بشرط ثبوت مصلحة في هذا الطلاق.<sup>4</sup>

**ثانيا: في الخلع:** نتطرق إلى هذا الأمر في نقطتين، الأولى هي حكم الخلع الواقع من القاصر والمحجور عليه والثانية هي سلطة النائب الشرعي في الخلع على من تحت ولايته،

**1- حكم الخلع الواقع من القاصر والمحجور عليه:** نميز في هذا الأمر هل القاصر أو المحجور عليه هو الزوج أو الزوجة.

---

<sup>1</sup> - عند الحنفية: المرغيناني برهان الدين، المرجع السابق، ج6، ص441؛ المالكية: زيد الخير المبروك بن علي، المرجع السابق، ص463؛ الشافعية: الكهوجي، المرجع السابق، ج3، ص358؛ ولدى الحنابلة: ابن قدامة، الكافي، ج4، ص435.

<sup>2</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص178؛ العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج10، ص11؛ ابن تيمية، مجد الدين الحراني، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومعه النكت والفوائد السننية على مشكل المحرر للعلامة شمس الدين ابن مفلح المقدسي، جزءان، د.ط، (السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، د.س.ن)، ج2، ص50؛ عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص348؛ زيدان، عبد الكريم، المفصل، ج7، ص389.

<sup>3</sup> - انظر شروح سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص815 الحديث رقم 2081.

<sup>4</sup> - لدى المالكية: الدردير، المرجع السابق، ج2، ص541؛ محمد بشير الشفقة، المرجع السابق، ج4، ص114؛ وعند الحنابلة: أبو الخطاب الكلوناني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، ط1، (الكويت، غراس للنشر والتوزيع، 2004)، ص419.

**1-1- خلع الزوج:** قال جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية إن خلع الصبي والمجنون والمعته لا يقع، فمن لم يصح طلاقه لم يصح خلع، وللحنابلة قول آخر يرى صحة خلع الصبي المميز إن كان يدرك معنى الخلع ويفهمه.<sup>1</sup>

أما السفية- ومثله ذو الغفلة- فيصح الخلع منه، قياساً على صحة طلاقه، كما أنه سيستفيد من الحصول على بدل الخلع فكان بذلك أولى في الصحة من طلاق دون عوض على أن المال الذي تدفعه الزوجة كبذل للخلع لا يسلم للسفيه وذو الغفلة المحجور عليهما لأنهما ليسا أهلاً للتصرف فيه.<sup>2</sup>

## **1-2- خلع الزوجة:** بالنسبة للزوجة، تفصل أقوال الفقهاء كالاتي:

**1-2-1- المذهب الحنفي:** بخصوص المجنونة والصغيرة عديمة التمييز إن اتفقت مع زوجها على خلع فهو باطل، ولا يقع، لأن الخلع معاوضة وهي ليست أهلاً للمعاوضة. أما الصغيرة المميزة التي تفهم معنى الخلع وآثاره إن اتفقت مع زوجها على خلع مقابل عوض معين وقع الطلاق ولم يلزمها العوض، لأن ما ستدفعه من مال دون مقابل أي أنه تبرع وهي ليست من أهل التبرع، والسفيهة- ومثلها ذات الغفلة- حكمها حكم الصغيرة المميزة.<sup>3</sup>

**1-2-2- المذهب المالكي:** الأصل أنه لا يصح خلع الصغيرة والمجنونة، ولكن إذا لم يعلق الزوج الخلع على استحقاق المال فإن الطلاق يقع ويرد المال إن كان قد قبضه. أما إذا لم يعلق الخلع على استحقاق المال فإنه لا يقع طلاق.<sup>4</sup> وتخضع السفية لذات الحكم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص178؛ محمد بشير الشفقة، المرجع السابق، ج4، ص306؛ العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج10، ص621؛ ابن تيمية مجد الدين الحراني، المرجع السابق، ج2، ص44.

<sup>2</sup> - عامر السعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط1، (بيروت، لبنان، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، 1997)، ص102؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص490؛ بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج4، ص15؛ الرافعي، المرجع السابق، ج8، ص411؛ الجبرين، المرجع السابق، ج3، ص1393.

<sup>3</sup> - محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة لعهد قري باشا تحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بمصر، 5 أجزاء، ط2، (القاهرة، مصر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 2009)، ج2، ص711.

<sup>4</sup> - محمد بشير الشفقة، المرجع السابق، ج4، ص298؛ عامر السعيد الزبياري، المرجع السابق، ص115.

<sup>5</sup> - بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج4، ص14.

1-2-3- المذهب الشافعي: خلع الصغيرة غير المميزة والمجنونة لا يصح ولا يقع به طلاق،

أما الصغيرة المميزة والسفيهية فيقع خلعها ويعد طلاقا رجعيا ولا تلتزمان بالمال.<sup>1</sup>

1-2-4- المذهب الحنبلي: لا يصح خلع الصغيرة ولو مميزة، ولا المجنونة ولا السفيهة

بحال.<sup>2</sup> وننتقل لنرى حكم الخلع الذي يوقعه النائب الشرعي.

2- الخلع الذي يقوم به النائب الشرعي: نتناول من خلال هذا العنصر حكم الخلع الذي يقوم

به النائب الشرعي سواء كان نيابة عن الزوج أو الزوجة.

2-1- خلع النائب الشرعي للزوج: انقسم الفقهاء حول هذه المسألة نفس انقسامهم حول مسألة

تطبيق النائب الشرعي على من تحت ولايته ونجد على ذلك قولين:<sup>3</sup>

القول الأول: الحنفية والشافعية والقول المفتى به عند الحنابلة: لا يصح خلع النائب الشرعي

أيا يكن لزوجة المولى عليه، ولا تصح منه إجازة خلع الصبي ولو أجازته فلا يعتد به.<sup>4</sup>

القول الثاني: وهو للمالكية والقول الثاني للحنابلة: حيث أجازوا للنائب الشرعي إذا كان وليا

مجبورا عند المالكية والأب فقط عند الحنابلة أن يخالع زوجة من تحت ولايته نيابة عنه قياسا

على صحة تزويجه له. ولا يستثنى من ذلك إلا السفيه، حيث روى الشيخ خليل في شرحه

للمختصر الفرعي لابن الحاجب الخلاف بشأنه وقال أن المشهور هو عدم جواز خلع النائب

الشرعي لزوجة السفيه المحجور عليه.<sup>5</sup> ولعل ذلك قياس على صحة طلاق المحجور عليه

وعدم جبره على الزواج كما سبق ذكره في عنصر الولاية على زواج السفيه.

2-2- خلع النائب الشرعي للزوجة: نبين مواقف المذاهب حول هذه المسألة كالتالي:

<sup>1</sup> - البجيرمي، المرجع السابق، ج4، ص263؛ الرافعي، المرجع السابق، ج8، ص414.

<sup>2</sup> - ابن تيمية مجد الدين الحراني، المرجع السابق، ج2، ص45.

<sup>3</sup> - عامر السعيد الزبياري، المرجع السابق، ص98.

<sup>4</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج6، ص178؛ الشيرازي، المهذب بشرح محمد الزحيلي، ج4، ص255؛ البهوتي منصور،

كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، ص188.

<sup>5</sup> - خليل ابن إسحاق المالكي، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ج4، ص278؛ ابن المنجي التتوخي،

المرجع السابق، ج3، ص749.

2-2-1- المذهب الحنفي: قال الحنفية أنه لأبي الصغيرة أن يخلعها من زوجها، فإن خلعها بمالها أو بمهرها ولم يضمنه، وقع الطلاق بائنا ولا يلزمها مال ولا يلزم الأب مال، ولا يسقط حقها في المهر، أما إذا تعهد الأب لزوج الصغيرة بأداء مهرها أو بدل الخلع من ماله صح الخلع ووقعت الفرقة ولزم الأب دفع المال، ولكن المهر لا يسقط بل تطالب به المرأة زوجها وهو يرجع به على أبيها إن كان الخلع على المهر.<sup>1</sup>

2-2-2- المذهب المالكي: يجيز المالكية للولي المجرر أن يخالع عن الصغيرة والمجنونة ومن ماثلهما ولو بكامل مهرها قبل الدخول وبعده، وللأب ذلك برضا الزوجة أو دون رضاها بلا خلاف أما الوصي فالبعض قاسه على الأب في الإيجاب والبعض لم يجعله كذلك. أما غير الأب والوصي من الأولياء فليس له الخلع إلا برضا المولى عليها. أما السفينة ففي المذهب خلاف حول جواز خلع الولي المجرر عليها دون رضاها، ونقل الحبيب بن طاهر أن الشيخ خليل رجح في التوضيح لزوم رضاها ولو كان الولي مجبراً.<sup>2</sup>

2-2-3- المذهب الشافعي: ليس للولي أبا كان أو غيره أن يخالع عن الصغيرة أو المجنونة أو السفينة التي في ولايته، وليس له أن يتعهد للزوج بشيء من مالها ولو فعل وقع الطلاق ورُدَّ المال للزوجة، وليس للزوج المخالعة المطالبة بشيء ما لم يكن الولي قد ضمن للزوج العوض، فحينها يرجع الزوج على الولي بما تعهد له به أو بمهر المثل في ذلك خلاف في المذهب.<sup>3</sup>

2-2-4- المذهب الحنبلي: قال الحنابلة أن النائب الشرعي أبا كان أو غيره لا يجوز له أن يخالع من تحت ولايته من صغيرة ومجنونة ومعتوهة وسفيه من مالها ما لم يكن في مخالعتها مصلحة ظاهرة كحمايتها من زوج سيء المعاملة، وبذل المال في هذه الحالة في مصلحة الفتاة، ويصح الخلع لذات الأسباب إذا كان عوض الخلع من ماله.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - الأبياني، محمد زيد، المرجع السابق، طبعة دار السلام، ج2، ص709.

<sup>2</sup> - بن طاهر الحبيب، المرجع السابق، ج4، ص14.

<sup>3</sup> - الشافعي، المرجع السابق، ج6، ص507؛ العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج10، ص12.

<sup>4</sup> - موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة والمرداوي علاء الدين علي بن سليمان، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، 32 جزءاً، ط1، (مصر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1996)، ج22، ص22.

وبذلك انفرد المالكية بمسألة جواز أن يوقع الولي الخلع على ابنته أو موليته بصفة عامة. ومنتقل الآن لنرى كيف عالج المشرع الجزائري وبقية القوانين العربية محل المقارنة المسائل المتعلقة بصلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي فيما تعلق بانحلال الرابطة الزوجية. الفرع الثاني: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة:

في قانون الأسرة الجزائري نصت المادة 48 منه على أن الزواج ينفك بالطلاق الذي يكون بإرادة الزوج أو بالتراضي بين الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 وتتطرق للتطبيق بواسطة القاضي، و54 والتي تتكلم عن الخلع.<sup>1</sup>

لم يرد نص في قانون الأسرة الجزائري فيما يخص مدى صحة الطلاق الذي يوقعه القاصر والمحجور عليهم ولا فيما تعلق بحق النائب الشرعي في توقيع الطلاق، ولم يرد أي شيء بذات الخصوص فيما تعلق بحق الزوجة القاصر في طلب التطلق أو الخلع ولم يرد ذكر لمسألة حق الولي في ذلك، حيث لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري إشارة لشروط صحة الطلاق أو التطلق أو الخلع، وإنما نص على أهلية الزواج كما سبق ذكره.

وفي غياب النص من المفروض أن نلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للإحالة الواردة في نص المادة 222 من قانون الأسرة، وفي هذه الحالة يجب أن نؤكد على صعوبة تطبيق هذه الإحالة، لأن إجراءات فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري متصلة برفع دعوى قضائية لتثبيت الطلاق، سواء كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو كان بالتراضي بين الزوجين، أو من أجل الحصول على حكم بالتطلق أو بالخلع في حالة رفع الدعوى من قبل الزوجة، وهو ما كان غير منصوص عليه في القانون الجزائري إلى غاية 2008 حين نص المشرع الجزائري على إجراءات فك الرابطة الزوجية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبين في المادة 436 أن دعوى الطلاق (ويشمل التطلق) ترفع من طرف أحد الزوجين، وفي المادة 437 نص على أنه إذا كان أحد الزوجين ناقص أهلية (وفق النص العربي) وفاقد الأهلية

<sup>1</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص53؛ بن الشويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 175،

(وفق النص الفرنسي)<sup>1</sup> فإن الدعوى ترفع باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة، وأول ما يلاحظ على هذه المادة الاختلاف بين النص العربي والنص الفرنسي، فمن المقصود بالنص؟ فاقد الأهلية أم ناقص الأهلية؟ علما أن النص الذي يجب تطبيقه هو النص العربي؟ فهل معنى ذلك أن المجنون أوالمعتوه لا يمكنه رفع دعوى للطلاق من زوجته؟ أم أن المشرع يتصور دائما أنه محل لدعوى التطلق التي سنراها في العنصر الموالي؟ أم أن المشرع يقر بطريقة غير مباشرة أنه لا يقع طلاق المجنون والمعتوه ولا يقبل إيقاع الطلاق من وليهما؟ وماذا عن التي جنت أو عتهت؟ أليس لها أو لوليها الحق في التطلق أو الخلع لو أساء الزوج معاملتها؟ أم أن المشرع يتوقع أنها ستطلق فور جنوننها أو عتهها أو أنها أصلا لن تتزوج؟

وهل الدعوى مجرد إطار إجرائي للتعبير عن إرادة الزوج بفك الرابطة الزوجية، بحيث يعتد بطلاق القاصر لو أوقعه ومن ثم يأتي دور الولي في رفع الدعوى نيابة عنه أمام القضاء؟ وإن صح هذا بخصوص الصبي المميز الذي تم ترشيده للزواج طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة فهل يصح هذا على المجنون والمعتوه؟ وماذا عن السفیه وذي الغفلة؟ هل تشملهما هذه الإجراءات أم أنه طلاقهما واقع وكل ما يتدخل فيه النائب الشرعي هو رفع الدعوى والحرص على أن لا تتضرر ذمتها المالية؟ وما حال المرأة هنا؟ أليس لها الحق في الاتفاق مع الزوج قاصرا كان أم لا حول الطلاق بالتراضي؟ وماذا عن إجراء الصلح؟ هل يمكن أن ينوب الولي عن القاصر والمحجور عليهم في حضور الجلسات؟ وإضافة إلى ذلك كله لماذا اقتصر المشرع على الولي والمقدم ولم يذكر الوصي في المادة 437 سالفة الذكر؟ هل هو اختيار فقهي معين؟ أم أن الأمر جاء اعتباطيا؟ أم أن الوصي يقوم مقام الولي طبقا للمادة 95 من قانون الأسرة؟

وفوق ذلك هل يستطيع النائب الشرعي الممثل في الولي أو المقدم أن يطلق زوجة الشخص الموضوع تحت ولايته؟ قاصرا كان أم محجورا عليه دون الرجوع إليه؟ وهل يستطيع إن كان المحجور عليه امرأة أن يطلب وليها تطليقها من زوجها أو أن يخالعه دون الرجوع إليها؟ نحاول أن نجيب على هذه التساؤلات كالاتي:

<sup>1</sup> - (Art. 437:(La demande formée par l'époux **incapable** est présentée en son nom et, selon le cas, par son tuteur ou du curateur.)

- فيما تعلق بحكم طلاق القاصر والمحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري، تؤكد أنه فيما تعلق بالقاصر الذي رشده وليه للزواج، فإن طلاقه واقع إن تلفظ به، وترفع الدعوى باسمه من قبل نائبه الشرعي الممثل في الولي أو المقدم.<sup>1</sup>

أما أما المجنون والمعتوه فطلاقهما غير واقع لأنهما لا يملكان الزواج فلا يعقل أن يملكا الطلاق، ولا يستطيع الولي ولا المقدم رفع دعوى قضائية من أجل فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج المحجور عليه لجنون أو عته، لأنه لا مصلحة في طلاقه ولو كان هناك ضرر لكان أولى بالزوجة المتضررة رفع دعوى تطليق أو خلع.

وبخصوص السفية وذو الغفلة المحجور عليهما فعبارة ناقص الأهلية تشملهما وبالتالي طلاقهما واقع وينوب عنهما في الدعوى المقدم، ولا يمكن بحال اعتبار السفية وذو الغفلة كالمجنون أو المعتوه، والحجر عليهما في طلاقهما.<sup>2</sup>

- فيما يخص الزوجة القاصر والمحجور عليها، بإمكان ولي الزوجة أن يرفع دعوى قضائية باسم ولحساب القاصر التي في ولايته من أجل تطليقها أو خلعها من زوجها على أن يثبت القاضي من رغبة القاصر خلال جلسات الصلح، والولي هنا يعبر فقط عن إرادة القاصر، أما في حالة المجنونة أو المعتوهة، فلا بد أن يثبت الولي المصلحة من تطليقها أو خلعها من زوجها لأنه لو كان هناك ضرر لكان زوجها طلقها بما له من ولاية الطلاق.

- في حالة الطلاق بالتراضي، جاء في المادة 432 أنه لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إن كان أحد الزوجين في وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته، فهل يشمل هذا النص القاصر أم يقتصر على المحجور عليهم؟<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - تقيّة عبد الفتاح، أحكام الطلاق بين أحكام التشريع والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، ( الجزائر، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بين عكنون، السنة الجامعية 2006/2007)، ص 35.

<sup>3</sup> - سنقوقة سائح، المرجع السابق، ج1، ص 593.



الراجح أنه يقصد المحجور عليهم فقط، ولا يمكن بحال أن يشمل الأمر القاصر، لورود النص على المقدم في المادة 437، وعليه فلولي القاصر ذكرا كان أم أنثى أن يرفع دعوى الطلاق بالتراضي باسم ولحساب القاصر.

- فيما يخص جلسات الصلح، جلسات الصلح من الأمور التي لا تصح فيها النيابة وفق قرارات المحكمة العليا<sup>1</sup>، ولا بد من حضور الأطراف المعنية، ولذلك في حالة ما إذا كانت دعوى الطلاق أو الطلاق بالتراضي مرفوعة من أو ضد قاصر فإنه لا بد من حضوره جلسة الصلح بنفسه إلى جانب وليه.

وعليه فالقانون الجزائري لم يكن واضحا في نصوصه، كما أنه خالف المذهب المالكي متبعا قول الجمهور في مسألة تطليق الأب والوصي زوجة القاصر أو المحجور عليه لجنون أو عته، فليس له إلا حق التمثيل أمام القضاء. كما أنه في مسألة الخلع ووفق العمل القضائي لم يدع المشرع الجزائري مجالا لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي التي ذكرناها سابقا حول حالات الخلع الجاري بين الزوجين، وكأن المشرع بذلك يجعل من عملية فك الرابطة الزوجية للقصر والمحجور عليهم عملية عكسية لزوجهم، منوطا بإثبات المصلحة.

أما القوانين العربية محل المقارنة فمنها من فصل في شروط المطلق وأكد على وجوب توفر العقل والبلوغ في المطلق فلا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ولا المعتوه، وهي القانون الموريتاني والقانون الليبي والقانون الكويتي والقانون الإماراتي والقانون البحريني<sup>2</sup>.

ومنها من ساير موقف المشرع الجزائري واكتفى ببيان صور فك الرابطة الزوجية وتناول بعض الجانب الإجرائي وهو ما قام به كل من القانون المغربي والقانون التونسي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - من بينها القرار رقم 417622 المؤرخ في 16/01/2008 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2009، العدد الأول، ص302.

<sup>2</sup> - المادة 85 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 32 من قانن الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 86 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>3</sup> - انظر المواد، 71، 78، 89، 94، 114، و115 من مدونة الأسرة المغربية.

وأضاف المشرع الإماراتي أن الصبي البالغ إذا تم عقد زواجه فقد اكتسب أهلية تخوله تطليق زوجته ولا يمكن لأحد لم ينبه الزوج بالطلاق أن يطلق عليه ولو كان وليا لنفسه، وليا أو وصيا أو قيما طبقا لما ورد في المادة 100 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتية.<sup>1</sup>

وبخصوص الخلع فهناك قوانين أوردت شروط طرفي الخلع وهي قوانين موريتانيا وليبيا والكويت والإمارات.<sup>2</sup> حيث أجمعت على أنه يجب أن يكون كلا طرفي الخلع بالغاً عاقلاً أهلاً لبذل العوض، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي أنه لا حاجة للرشد المالي، بينما خالف القانون الإماراتي ذلك وقال أن الزوجة لا بد أن تكون قد بلغت سن الرشد لأن بدل العوض في حقها تبرع، بينما يكفي في الزوج البلوغ والعقل دون الرشد.<sup>3</sup> وهناك من لم يتطرق لشروط المخالعة وتطرق لأحكام خلع الفتاة مثل القانون المغربي أن المرأة الراشدة تخالع عن نفسها والتي لم تبلغ سن الرشد وقامت بالمخالعة يقع الطلاق ولا تلزم بالمال إلا بموافقة النائب الشرعي.<sup>4</sup>

أما سلطة النائب الشرعي على طلاق وخلع من تحت ولايته، فالقوانين العربية محل المقارنة لم تتطرق لهته المسائل ماعدا القانون الموريتاني الذي تطرق لذلك في ما تعلق بالخلع حين أجاز للأب ووصيه أن يخالع عن الفتاة التي في ولايته إن رأى في ذلك مصلحة.<sup>5</sup> ولكن المشرع الموريتاني لم يبين هل للأب والوصي قبول الخلع للقاصر أو المحجور عليه الذي في ولايته أم لا ولكن العمل بالإحالة على مذهب الإمام مالك تجعل القول بذلك في إطار القانون الموريتاني ممكناً، وهو ذات الحكم بالنسبة لبقية القوانين العربية محل المقارنة.

---

<sup>1</sup> - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص 180.

<sup>2</sup> - المادة 94 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني؛ المادة 48 من قانون الزواج والطلاق الليبي؛ المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>3</sup> - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق، ص 158؛ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص 181.

<sup>4</sup> - المادة 116 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>5</sup> - المادة 94 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

وبهذا ينتهي المطلب الثاني المخصص لمسائل سلطة النائب الشرعي في مسائل فك الرابطة الزوجية، والتي ظهر من خلالها تقصير المشرع الجزائري في تناول أحكام فك الرابطة الزوجية فيما يخص القصر والمحجور عليهم، ولكن عدم وجود قواعد موضوعية عوضه المشرع الجزائري بالقواعد الإجرائية والقواعد العامة وأحكام الشريعة الإسلامية التي تطبق حال عدم وجود نص، وقد سجلنا أن القوانين العربية محل المقارنة كانت أفضل من المشرع الجزائري في مسألة تبيين الشروط المطلوب توفرها في المطلق أو المخالغ والمختلعة، وإن كانت هذه القوانين لم تتطرق لحكم طلاق النائب الشرعي وخلعه لمن تحت ولايته إلا أن اختياراتها الفقهية تؤكد العمل بأحكام المذهب المالكي وبالتالي القول بوقوع طلاق وخلع النائب الشرعي على القاصر والمجنون والمعتوه وعدم وقوعه فيما تعلق بالسفيه وذي الغفلة.

ووفق الملاحظات السابقة فإنه يستحسن إجراء التعديلات التالية:

- إضافة المادة 48 مكرر لقانون الأسرة وتخصيصها لمسألة أهلية الطلاق: يكون نصها: المادة 48 مكرر: (للقاصر الذي تم تزويجه وفق نص المادة 7 من هذا القانون أهلية الطلاق والتقاضي بشأنه).

لا يقع طلاق المجنون والمعتوه ولا يطلق عليهما النائب الشرعي إلا إذا كان الأب ويخضع في ذلك لرقابة القاضي).

- تعديل المادة 54 من قانون الأسرة للحديث عن خلع القصر والمحجور عليهم: حيث تضاف فقرات جديدة للمادة 54 على النحو الآتي:

المادة 54: (- الفقرة 1 و2 دون تعديل).

الزوجة القاصر التي تزوجت طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة والتي بني بها تملك أهلية الخلع، ولها التقاضي بشأنه.

لا يقبل خلع المجنونة والمعتوهة ولا يخالغ بدلا عنها نائبها الشرعي إلا إذا كان أبا، ويخضع في ذلك لرقابة القاضي).

- تعديل المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: وذلك باستبدال مصطلح ناقص الأهلية بمصطلح (فاقد الأهلية) وذلك حتى يتوافق مع نص المادة 7 من قانون الأسرة وفق النص المقترح أعلاه.

وبخصوص الأحكام المتعلقة بفك الرابطة الزوجية للغائب والمفقود فقد سبق بيان أن القاضي هو من يطلق عليه إذا رغبت الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق دعوى التطليق للفقد أو الغيبة وقد بينا حكم القانون فيما تعلق بذلك.

وبهذا ينتهي المبحث المخصص لمسائل الولاية على النفس، وفي المبحث الموالى سيتم التطرق للقسم الثاني من النيابة الشرعية والتي حاز الاهتمام الأكبر لدى الفقهاء والقانونيين على حد سواء وهو الولاية على المال.

## المبحث الثاني:

### صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على المال

تتجلى صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في هذا المجال في سلطته على أموال الشخص الخاضع لنظام النيابة الشرعية من حيث حفظها وتتميتها بإدارتها والتصرف فيها، وكذا سلطته في مواجهة التصرفات التي يعقدها القاصر والمحجور عليهما من حيث إجازتها أو ردها وأيضا النيابة عنه في التقاضي بشأن هذه الحقوق.<sup>1</sup>

ومن خلال هذا المبحث سيتم تناول هذه المسائل على التوالي في الفقه الإسلامي ثم في القانون الجزائري، والقوانين العربية محل المقارنة.

#### المطلب الأول

### صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على المال في الفقه الإسلامي

ضمن هذا المطلب سيتم التطرق أولا لسلطة النائب الشرعي على أموال الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، ومن ثم نرى سلطته في مواجهة تصرفاتهم.

**الفرع الأول: سلطة النائب الشرعي على أموال الأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية**

تتجلى سلطة النائب الشرعي على أموال القاصر والمحجور عليهم في مجموعة من التصرفات التي تهدف إلى حفظ المال وصيانتها أو تتميته واستثماره أو التبرع به، كما تطرح في هذا المقام عدة مسائل مثل حكم أخذ النائب الشرعي من هذا المال لنفسه، وكذا مسألة تعاقد النائب الشرعي مع نفسه باسم القاصر أو المحجور عليه.

وسيتم التطرق لصلاحيات النائب الشرعي فيما يخص القاصر والمحجور عليهم وفق كل نوع من أنواع التصرفات وكذا المسائل التي تثور في هذا الخصوص، على أن يكون ذلك فيما

---

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج45، ص156.

يخص الأب كأصل عام مع إظهار الفرق بينه وبين غيره من النائبين الشرعيين حال وجود اختلاف بينهم في الصلاحيات لا سيما ما تعلق بالوصي. وفي كل عنصر من هته العناصر نتطرق لسلطة النائب الشرعي على أموال الغائب والمفقود.

**أولاً: التصرفات الرامية إلى حفظ المال وصيانتها:** هذا النوع من التصرفات واجب على النائب الشرعي، لذلك أجاز الفقهاء للأب كل التصرفات التي تحفظ مال ابنه وتصونه، فأجيز له استئجار حارس للأموال وتكون الأجرة من مال المولى عليه، فإن قصر النائب الشرعي في واجب الحفظ مما أدى إلى إتلاف المال وجب عليه ضمان التعويض المناسب. حتى أن بعض الفقهاء أجاز للأب أن يقوم بتقديم مال المحجور عليه لشخص أمين على أنه وديعة، بأجر أو من غير أجر، والوديعة وإن كانت تعني تسليط الغير على حفظ المال ولا ضرر فيها إلا أنه لا تجوز حين يخشى من ضياع المال وتلفه عند المودع لديه.<sup>1</sup>

وحفظ مال الغائب والمفقود هو أساساً من عمل القاضي، لأنه هو ولي الغائب ولكنه يعين من قبله قيماً يحفظ المال ويصونه، ومن بين الأعمال التي تدخل في نطاق حفظ مال الغائب والمفقود هي المطالبة بالديون الحالة التي له وسداد الديون التي عليه بشروطها، والتي من بينها النفقات الواجبة عليه لزوجته إذا لم تطلب التفرقة وأقاربه الذين تجب نفقتهم عليه، لأن في أدائها حفظاً للمال من إمكانية تعرضه للحجز عليه وبيعه في سبيل سداد الديون.<sup>2</sup>

**ثانياً: التصرفات الإنمائية والاستثمارية:** تتمثل هذه التصرفات في العقود المعروفة في فقه المعاملات، من بيع وإجارة ورهن.. الخ. ويكون الهدف منها إنماء الأموال وزيادتها أي إعمار الذمة المالية للقاصر أو المحجور عليهم، وتتمثل أهم هذه التصرفات فيما يلي:

### **1- البيع:** ومثله الشراء، وهنا نميز بين أقوال المذاهب في صلاحيات الأب كالاتي:

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج45، ص162.

<sup>2</sup> - لدى الحنفية انظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج8، ص314؛ ولدى المالكية: اللخمي، التبصرة، ج4، ص2245؛ وعند الشافعية: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، ص244؛ ولدى الحنابلة: موفق الدين بن قدامة، المغني، ج11، ص364.

**1-1- المذهب الحنفي:** أعطى الأحناف للأب سلطة أن يبيع مال من في ولايته عقارا كان أم منقولاً ويكون عقده صحيحاً نافذاً ولا خيار للقاصر أو المحجور عليه بعد الرشد أو رفع الحجر إذا كان الأب مصلحاً أو مستور الحال بشرط أن لا يقع البيع بغبن فاحش فلا يعتد بالغبن اليسير الذي يتسامح فيه الناس عادة. أما البيع والشراء من أب مفسد أو بغبن فاحش فإنه إذا انصب على عقار فليس للقاصر أو المحجور عليه نقضه بعد رشده. أما المنقول ففيه روايتان الأولى بالجواز بشرط نزع الثمن من الأب المفسد ليودع لدى شخص أمين، والرواية الثانية أنه لا يجوز البيع إلا بضرورة قصوى مثلها الفقهاء الأحناف بالمتجبر الذي يلزم الناس بالبيع.<sup>1</sup>

أما الجد (الذي لا ولاية له عند المالكية والحنابلة) فقد اختلف فقهاء الأحناف في مدى صلاحياته، هل هو كالأب أم أقل درجة، وهم في ذلك على قولين:

القول الأول لأبي حنيفة وأبي يوسف وهو أن الجد ليس كالأب وإنما أقل درجة، وتصرفاته كتصرفات وصي الأب ما عدا في مسألة التعاقد مع نفسه باسم المولى عليه حيث يتعاقد الجد مع نفسه دون الوصي.<sup>2</sup>

أما القول الثاني فهو لمحمد بن الحسن حيث قال أن الجد مثل الأب في تصرفاته، فهو أب في غياب الأب، وما تأخره عن الوصي في ترتيب أصحاب الحق في الولاية إلا احترام لإرادة الأب، إضافة إلى أن الجد أعطاه الشرع الولاية لأنه جد وليس بتوصية من أحد، كما أن الجد أكثر حناناً وعطفاً وأوفر شفقة من الوصي.<sup>3</sup>

**1-2- المذهب المالكي:** ذهب المالكية إلى أن الأب يبيع ويشترى لابنه مطلقاً، ولا يكون ملزماً بتقديم مبرر ولا تبيين السبب، وذلك لأن تصرفه محمول على السداد دائماً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن مازة، المرجع السابق، ج7، ص35؛ الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص586.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص479.

<sup>3</sup> الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص587.

<sup>4</sup> بهرام الدميري، الدرر في شرح المختصر وهو الشرح الصغير لبرهام على مختصر خليل وبهامشه شفاء العليل في حل مقفل خليل لابن غازي المكناسي، دراسة وتحقيق حافظ بن عبد الرحمن خير وأحمد بن عبد الرحيم نجيب، ط1، (قطر: إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتمويل من الإدارة العامة للأوقاف بدولة قطر، 2014)، ص1639.

**1-3- المذهب الشافعي:** أجاز الشافعية للأب البيع والشراء في المنقول بغبن يسير، أما العقار فقالوا بعدم جواز بيعه إلا في حالات خاصة تعتبر مسوغاً شرعياً، كحاجة المولى عليه للنفقة أو وفاء دين ثابت في ذمته ولا إمكانية للوفاء بالدين بغير بيع العقار، أو يكون في بيع العقار نفع كبير ظاهر. والجد عند الشافعية (وهم ثاني المذاهب التي تقول بحقه في الولاية بصفة الجد)، حسب الظاهر من نصوص كتبهم أنهم يعتبرونه كالأب سواء بسواء بدليل أنهم يجعلونه بعد الأب مباشرة على اعتباره أباً هو الآخر.<sup>1</sup>

**1-4- المذهب الحنبلي:** وافق الحنابلة المالكية فيما ذهبوا إليه في صلاحيات الأب في البيع والشراء، وهو ما يفهم من كتبهم.<sup>2</sup>

هذا كان بخصوص أحكام الأب أما ما تعلق بصلاحيات الوصي في البيع والشراء، فإن الفقهاء جعلوه كالأب ما عدا في مسائل معينة، حيث لا يستطيع الوصي باتفاق الفقهاء أن يبيع عقار من تحت ولايته إلا في حالتين الأولى أن يكون هناك مسوغ شرعي والثانية أن يكون في بيع الوصي للعقار نفع ظاهر.<sup>3</sup>

فأما المسوغات الشرعية فقد حصرها الفقهاء في الحالات التالية:<sup>4</sup>

- حاجة الموصى عليه للنفقة ولا مال لديه غير العقار فيتم البيع على قدر الحاجة،
- وجود دين على الموصي أو الموصى عليه ولا مال لسداد الدين إلا العقار،
- إذا ترك الموصي وصية بمبلغ من النقود ولا يمكن تنفيذها إلا ببيع العقار،
- إذا كان المشتري شخصاً تسلط على العقار ولا سبيل لاستخلاصه منه إلا ببيعه له بشرط عدم وجود غبن فاحش،

<sup>1</sup> - محي الدين النووي، المجموع، ج13، ص7.

<sup>2</sup> - ابن مفلح المقدسي، المرجع السابق، ص1000.

<sup>3</sup> - سلطان بن عبد الله السويلم العنزي، أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، (الرياض، السعودية: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، 2015)، ص98؛ فراس وائل طالب أبو شلخ، المرجع السابق، ص152.

<sup>4</sup> - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة الإسلامية، ص807؛ محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة دارالنهضة العربية، ج2،



- إذا كان العقار خرباً ولا فائدة فيه أو صارت نفقاته تزيد على العائد منه.

أما النفع الظاهر فيقصد به أن يتم بيع العقار بفائدة كبيرة قد تزيد عن نصف قيمته، فإن لم يتوافر النفع الظاهر أو أحد المبررات السابقة فبيع الوصي للعقار باطل.<sup>1</sup>

**2- المضاربة أو القراض (الاتجار):** هي عقد شركة في الربح بمال من الرجل وعمل من الآخر،<sup>2</sup> وأجمع فقهاء المذاهب الأربعة على جواز اتجار النائب الشرعي أبا كان أو غيره بمال ولده مضاربة، هذا ونسبى المضاربة أيضاً قراضاً.<sup>3</sup>

وقد جاء في الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: ( اتجروا في أموال اليتامى لئلا تأكلها الصدقة).<sup>4</sup> ويترتب على ذلك مجموعة من الأحكام قررها الفقهاء كالاتي:

- يجب على النائب الشرعي الاتجار بمال المولى عليه في المواضع الآمنة وله بذلك أن يدفع المال لشخص يتجر فيه مقابل ربح معلوم، على أن يكون هذا الشخص كفواً أميناً.

- لا يأخذ الأب من الربح شيئاً ولو ضارب بنفسه لعدم وجود عقد مضاربة يجيز له ذلك، فإن أراد الحصول على ربح وجب عليه أن يشهد القاضي على ذلك ويثبت أن ما قام به هو مضاربة وأنه قام بها بنفسه وإلا لم يأخذ شيئاً.<sup>5</sup>

**3- الإيجار (الإجارة):** أجاز الفقهاء للنائب الشرعي تأجير أموال المولى عليه من منقولات وعقارات، وله تأجير الصغير أيضاً إن كان في ذلك فائدة كتدريبه على مهنة معينة، فإذا قام

---

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 486.

<sup>2</sup> - الجرجاني، المرجع السابق، ص 183.

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج 6، ص 587؛ القرافي، الذخيرة، ج 8، ص 241؛ الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 2، ص 404؛ البهوتي منصور، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 3، ص 151.

<sup>4</sup> - رواه مالك في الموطأ، كتاب الزكاة باب زكاة أموال اليتامى والتجارة لهم فيها، انظر: مالك ابن أنس الأصبحي، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، ص 123؛ ابن عبد البر، الاستذكار، ج 9، ص 80.

<sup>5</sup> - حميش عبد الحق، أحكام الأب في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي، (السعودية: جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، 1988)، ص 106.

النائب الشرعي بتأجير نفس الصغير فإنه يراعي أن تكون مدته في حدود وصول الصبي سن البلوغ لأنه سيكون له بذلك الولاية على نفسه.<sup>1</sup>

فإن أجره أو أجر أمواله مدة بلغ أثناءها راشداً، أو كان مجنوناً أو معتوهاً وأفاق رشيداً أو سفيهاً ورشد أثناء سريان عقد الإيجار فإن الفقهاء اختلفوا حول جواز فسخ هذا الإيجار كالاتي:

**3-1- المذهب الحنفي:** إذا أجزّر النائب الشرعي نفس الصغير يكون للصغير بعد البلوغ الخيار بين فسخ العقد وبين الاستمرار في تنفيذه، أما إذا أجزّر المال فلا خيار للصغير فيه.<sup>2</sup>

**3-2- المذهب المالكي:** قالوا إن الإجارة تنفسخ برشد الصبي إذا اختار الفسخ، ما لم يظن الأب أو الوصي وقت إبرام العقد عدم بلوغ الصغير قبل انقضاء المدة، فهنا يجب على الصغير الذي رشد أن يتم المدة التي تبقت، هذا فيما يخص نفسه، أما تأجير ماله فالأب أو الوصي إذا أجزّر مال الصغير لسنتين وبلغ بعدها ورشد ولم يكن مظنة بلوغ فلا تنفسخ الإجارة على الأصح مهما كانت المدة المتبقية لأن الولي هنا معذور ولو قيل بغير ذلك لتزعزعت تصرفات الولي.<sup>3</sup>

**3-3- المذهب الشافعي:** قال الشافعية في الأصح عندهم أن الأب أو الوصي إذا أجزّر الصبي أو ماله مدة يعلم فيها أنه سيبلغ فإن الإجارة هنا تبطل مطلقاً، أما إن أبرم عقد الإجارة لمدة لا يبلغ فيها بالسن بلوغه وبلغ أثناءها بالاحتمال، ففي المذهب قولان الأول بقاء العقد والثاني وفسخه، ونقل النووي تصحيح الرافعي للقول الثاني. وما يسري على الصبي يسري على المجنون والمعتوه، والسفيه في تأجير أمواله دون نفسه لأن له ولاية على نفسه.<sup>4</sup>

**3-4- المذهب الحنبلي:** الظاهر من كلام الحنابلة أن الأصل عندهم لزوم عقد الإيجار الذي يبرمه الولي على من تحت ولايته سواء أجزّر الصبي في حد ذاته أو ماله، ومع ذلك نجدهم

---

<sup>1</sup> الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص586؛ الخطاب الرعيني، المرجع السابق، ج6، ص144؛ حميش عبد الحق، نفس المرجع، ص126. العنزي، سلطان بن عبد الله السويلم، المرجع السابق، ص117.

<sup>2</sup> الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص536.

<sup>3</sup> محمد بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني، تبیین المسالك شرح تدريب السالك، ج4، ص217؛ القرافي، المرجع السابق، ج5، ص375.

<sup>4</sup> محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج5، ص250.

يذكرون حالة الولي الذي يبرم عقد الإيجار وهو عالم بأن الصبي قد يبلغ أثناء مدة العقد، حيث وجد فيه قول يقول بانفساخ عقد الإيجار في هته الحالة، ولكن الراجح من كلامهم أن ذلك إنما يطبق على تأجير نفس الصبي لا على تأجير أمواله، لأن تأجير الأموال من التصرفات التي للولي على المال إبرامها وتبقى نافذة ما دامت صحيحة لا غبن فيها ولا ضرر.<sup>1</sup>

**4- الإعارة ( العارية):** العارية من عقود التبرع ولا نفع فيها لأجل ذلك فإن حكمها لدى الفقهاء هو عدم الصحة لأنها إتلاف لمال المولى عليه. ولكن بعض الفقهاء المحدثين قالوا بجوازها ما دام العرف يجري بذلك. وما دام للنائب الشرعي أن يعير فله أن يستعير وهو من باب أولى. ولكن إذا ترتب على إعارة النائب الشرعي لأموال القاصر والمحجور عليهم تعطل التأجير، كما لو كانت العين المعارة آلة معدة للاستغلال الفلاحي ويتم تأجيرها عادة بمبلغ كبير فإن الإعارة هنا من شأنها تضييع الأجر المرتقب فلا تصح.<sup>2</sup>

**5- الرهن:** يميز الفقهاء في الرهن بين صورتين، الأولى هي رهن مال القاصر والمحجور عليه لدين يخصه، والثانية هي رهن مال القاصر والمحجور عليه لدين على الأب، بخصوص الصورة الأولى فقد انقسم حولها الفقهاء إلى قولين، الأول أجازها مطلقا وقال بهذا الفقهاء الأحناف لأن رهن مال القاصر والمحجور عليه لدين عليه فيه مصلحة وإفادة لأنه نوع من الوفاء. والرأي الثاني للجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فيشترطون لصحة الرهن وجود مصلحة في ذلك كحالة ضرورة أو غبطة ظاهرة.<sup>3</sup>

أما عن رهن مال القاصر في دين على الأب ففيه خلاف، بين الفقهاء نبسطه كآلاتي:

**5-1- المذهب الحنفي:** للحنفية قولان، فأبو حنيفة ومحمد أجازا للأب رهن مال القاصر والمحجور عليه، لأنه إن أخذ الدائن المرتهن العين المرهونة أو هلكت عنده فإن الأب ضامن

<sup>1</sup> - ابن قدامة موفق الدين، المغني، ج8، ص46.

<sup>2</sup> - حميش عبد الحق، المرجع السابق، ص111؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 476؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 791.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج10، ص108؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 334؛ النووي، منهاج الطالبين، ص 242؛ البهوتي منصور، كشاف القناع، ج3، ص45.

دائماً، بكل قيمته إن استحق أو هلك تعدياً أو تقصيراً، وبأقل القيمتين الدين أو ثمنه إذا لم يقصر الأب في سداد الدين. أما أبو يوسف وزفر، فقالا بعدم جواز رهن مال القاصر والمحجور عليه لضمان دين على الأب لما فيه من ضياع لجزء من مال المولى عليه في سبيل الوفاء بدين لا صلة له به، وهو ما يعتبر تصرف مضرًا يمنع منه الأب أصلاً.<sup>1</sup>

**5-2- المذهب المالكي:** منع المالكية هذه الصورة من الرهن مطلقاً لما فيها من تقويت لمصلحة القاصر والمحجور عليه من حيث انتقال مالهم المرهون ومنافعه للمرتهن واحتمال ضياعه وتلفه بقوة قاهرة مما يحول دون ضمانه.<sup>2</sup>

**5-3- المذهب الشافعي:** أجاز الشافعية هذه الصورة من الرهن كسابقها حيث لم يفرقوا بين صورتين واشترطوا النفع الظاهر.<sup>3</sup>

**5-4- المذهب الحنبلي:** قال الحنابلة بجواز الرهن بما فيه هذه الصورة بشرط المصلحة الظاهرة وأن يكون المرتهن أميناً ثقة، فلا يرهن مال القاصر والمحجور عليهم لدى فاسق غير عدل يتلفه.<sup>4</sup> والوصي في هذه الأحكام مثل الأب سواء بسواء حسب كلام الفقهاء.

ويتضح سلامة قول المالكية لأنه أضمن لمصلحة القاصر والمحجور عليه، لأن رهن أموالهم لفائدة النائب الشرعي فيه ضرر كبير عليهم وهو ما يتعارض ومبدأ الولاية على المال. وفي جميع التصرفات السابقة، فيما تعلق بالتصرف في أموال الغائب والمفقود، نص الفقهاء أنه ليس للقاضي أو من يعينه لتسيير أموال المفقود أن يبرم تصرفاً إلا في إطار الحفاظ على الذمة المالية للغائب والمفقود، وفي إطار الحفاظ على أمواله من التلف والضياع.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> ابن نجيم المصري، البحر الرائق، ج8، ص453؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 470؛ حسن خالد وعدنان نجا، المرجع السابق، ص 307.

<sup>2</sup> ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج12، ص690؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 335

<sup>3</sup> الجويني، نهاية المطلب في دراسة المذهب، ج6، ص 82

<sup>4</sup> البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3، ص340.

<sup>5</sup> عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص644

ف نجد الأحناف يقولون أنه لا يباع مال المفقود إلا ما خشي عليه التلف، أما ما لم يخشى عليه التلف فلا يباع لأن في بيعه مضره للمفقود، وإذا احتاج أحد الأقارب للنفقة وأراد بيع مال المفقود فإذا كان المال عقارا فلا يباع مطلقا أما المنقول فلا يبيعه غير الأب.<sup>1</sup>

وهو ما أقره عليهم فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.<sup>2</sup>

**6- الشفعة:** لا خلاف بين الفقهاء في استحقاق القاصر والمحجور عليهم الشفعة إن قامت لهم بشرائطها الشرعية، ويجب على النائب الشرعي أيا كان أن يأخذ بالشفعة ولا يتركها إذا كان له فيها حظ وغبطة.<sup>3</sup> فإذا لم يأخذ النائب الشرعي حق الشفعة للمولى عليه، فالفقهاء في حق القاصر أو المحجور عليه في الأخذ بالشفعة بعد رشده على أقوال:

**6-1- المذهب الحنفي:** للحنفية قولان الأول لأبي حنيفة وأبي يوسف ويقولان بسقوط الشفعة لأن للأب والوصي الأخذ بالشفعة أو تركها، والقول الثاني لمحمد بن الحسن وقال بعدم سقوط حق الصبي ومن مثله في الشفعة بشرط أن يثبت أنه كان له في الشفعة حظ.<sup>4</sup>

**6-2- المذهب المالكي:** للنائب الشرعي أيا كان النظر في الشفعة التي ثبتت لمن تحت ولايته، وليس للصبي أو المحجور عليهم بعد الرشد نقض الشفعة التي أخذ بها النائب الشرعي أو المطالبة بشفعة تركها، ما لم يثبت أن في الأخذ بالشفعة ضرر، أو أن تركها محاباة للمشتري.<sup>5</sup>

للمشتري.<sup>5</sup>

**6-3- المذهب الشافعي:** قال الشافعية أن للنائب الشرعي أيا كان له النظر في أمر الشفعة أخذا وتركها بحكم المصلحة، فإن ترك النائب الشرعي الشفعة بحكم المصلحة وأراد الصبي أو

---

<sup>1</sup> ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج5، ص457؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج6، ص458.

<sup>2</sup> لدى المالكية: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج9، ص621؛ لدى الشافعية: الرملي، نهاية المحتاج، ج8، ص278؛ لدى الحنابلة: موفق الدين بن قدامة، المغني، ج11، ص364، علما أن موقف الحنابلة غير واضح في المسألة وإنما يستنتج من خلال كلامهم حول سلطة القاضي على بيع أموال الغائب أو المفقود لصالح زوجته لأجل الإنفاق عليها.

<sup>3</sup> - أيمن إبراهيم ملص، المرجع السابق، ص2

<sup>4</sup> - العيني، البناية في شرح الهداية، ج10، ص471.

<sup>5</sup> - اللخمي، التبصرة، ج6، ص3320.

المحجور عليه بعد رشده أن يطالب بالشفعة ففي المذهب قولان، أحدهما أنه ليس له ذلك، والثاني أن له ذلك والقول الأول هو الأصح عند الشافعية.<sup>1</sup>

**6-4- المذهب الحنبلي:** قال الحنابلة أن النائب الشرعي أيا كان إذا ترك الشفعة التي فيها حظ وغبطة للصبي ومن مثله من المحجور عليهم كان لهم المطالبة بها حين رشدهم ولا تسقط، أما إذا ترك الشفعة لانعدام المصلحة فيها أو لأن المصلحة كانت في تركها، ففي المذهب قولان الأول بسقوطها والثاني عدم السقوط والأول هو الأكثر رجحانا.<sup>2</sup>

ويظهر رجاحة قول المالكية حيث وضعوا قاعدة عامة كأصل ثم وضعوا لها استثناء مناسباً.

**ثالثاً: التبرعات:** ويدخل ضمنها القرض والهبة والصدقة، وقد أجمع الفقهاء على عدم جوازها من مال القاصر والمحجور عليه، ذلك لمحض ضررها به وكونها لا تعد من قبيل أعمال التجارة والاستثمار. والإقرار على القاصر بمال مثل التبرع فلا يجوز للنائب الشرعي أبا كان أو غيره أن يقر على ابنه بدين وإن حصل فهو باطل لأنه ضرر محض وهو ممنوع.<sup>3</sup>

**رابعاً: أخذ النائب الشرعي من مال القاصر والمحجور عليه:** اختلف الفقهاء هل للنائب الشرعي أبا كان أو غيره أن يأخذ من مال القاصر أو المحجور عليهم أم لا، وإن أخذ هل يعتبر ديناً يرد أم أجراً على خدمته في مال المولى عليه، ونعرض أقوال الفقهاء كالاتي:

**1- المذهب الحنفي:** لا خلاف في المذهب الحنفي أن النائب الشرعي أبا كان أو غيره إن كان غنياً فلا يجوز له أخذ شيء من مال القاصر أو المحجور عليهم الذين في ولايته، أما الفقير فله أن يأخذ من مال المولى عليه ولكن اختلف هل يعد أجراً له على رعايته المال فلا يرد شيئاً منه؟ أم أنه قرض لا بد أن يرد بعد أن يتيسر حاله، والمذهب عندهم هو القول الثاني.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، ص189.

<sup>2</sup> - ابن المنجي، المرجع السابق، ج3، ص70.

<sup>3</sup> - حميش عبد الحق، المرجع السابق، ص98.

<sup>4</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص589.

2- **المذهب المالكي:** الأب إذا كان عاملاً في مال ابنه فله أن يأخذ منه، بقدر الحاجة إن كان فقيراً ولا يرد مما أخذ شيئاً، أما إن كان غنياً فله أن يأخذ إن كان المال كثيراً بما لا يجاوز مقدار أجر يقابل عمله، والأجرة لا ترد والوصي والمقدم في ذلك مثل الأب.<sup>1</sup>

3- **المذهب الشافعي:** لم يجز الشافعية للنائب الشرعي الغني بالأخذ من مال ابنه، ولكنهم أجازوا له إن كان فقيراً أن يأخذ من مال ابنه بالمعروف على قدر حاجته، وفيما تعلق برده لما أخذه، فللشافعية قولان، الأول هو أنه لا يرد شيئاً لأن ما أخذه من مال كان بحق الولاية، أما القول الثاني فهو أن يرد النائب الشرعي ما أخذه إذا ما اغتنى لأن ما أخذه من مال ابنه دين عليه والقول الثاني هو الأصح لدى الشافعية.<sup>2</sup>

4- **المذهب الحنبلي:** للنائب الشرعي الأخذ من مال القاصر والمحجور عليهم إذا ما عمل فيه، غنياً كان أم فقيراً إذا كان محتاجاً لذلك، ولكن لا يأخذ إلا بقدر حاجته أو ما يعادل أجره المثل بأقل القيمة بينهما، ولا يلزم برد شيء مما أخذه من مال حتى ولو صار غنياً.<sup>3</sup>

ويظهر مدى حسن رأي المالكية في هذا المجال، حيث بنوا التفرقة على أساس عمل

النائب الشرعي في المال من عدمه، فإن عمل فهو يستحق أجراً وإلا فلا.

**خامساً: تعاقب النائب الشرعي مع نفسه:** هذه من أبرز المسائل التي فرق فيها الفقهاء بين الأب والوصي وغيره من الأولياء على القاصر والمحجور عليهم.

حيث من المتفق عليه بين الفقهاء أن الأصل عدم جواز تولي شخص لطرفي العقد أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الطرف الآخر أو نائباً عن طرفي العقد، حيث لا يسلم في هذين الحالتين من احتمال الميل لطرف على حساب طرف وبالأخص حينما يكون هو الطرف الثاني في العقد إلا أنه استثناء من هذا الأصل قرر الفقهاء أن الأب يجوز له أن يتولى طرفي العقد

---

<sup>1</sup> - القرطبي، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، تحقيق عبد المحسن التركي، 24 جزءاً، ط1، (بيروت، لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006)، ج6، ص76؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 448.

<sup>2</sup> - محي الدين النووي، المجموع، ج13، ص 17.

<sup>3</sup> - محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج2، ص 201.

حين يتعاقد مع ابنه القاصر أو المحجور عليه بحيث يكون له أن يتولى طرفي العقد وتقوم عبارته مقام الإيجاب والقبول. وسبب ذلك هو كمال شفقة الأب على ابنه وانتفاء تهمة محاباته لنفسه، وهل يستطيع القاصر والمحجور عليه بعد الرشد أن ينقض هذا العقد؟ الجمهور على عدم جواز ذلك، وخالف المالكية حيث قالوا أن للقاصر بعد رشده نقض العقد إذا أثبت أن الأب راعى مصلحته الشخصية على حساب مصلحة الابن.<sup>1</sup>

وهل الأب ملزم بذكر الأسباب التي جعلته يتعاقد مع من تحت ولايته؟ نجد قولين:

**القول الأول: للجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة):** الأب غير مجبر على ذكر سبب تعاقد مع نفسه، وللشافعية قول كقول المالكية يجيز للأب أن لا يذكر أمر التعاقد مطلقاً.<sup>2</sup>

**القول الثاني: الحنفية:** يجب أن يقوم الأب إذا أراد أن يتعاقد مع من تحت ولايته برفع الأمر إلى القاضي ليعين متصرفاً خاصاً من عنده يقبض مقابل العقد من الأب ثم يسلمه له مرة أخرى ليدخل ضمن الأموال المشمولة بالولاية وذلك حتى يتحقق دفع التهمة عن الأب.<sup>3</sup>

أما الوصي فلا يملك أن يتعاقد باسم القاصر والمحجور عليه مع نفسه، فلا يبيع له ولا يشتري منه إلا إذا توافرت الخيرية الظاهرة والتي صورها الفقهاء بأن يبيع للقاصر والمحجور عليه بنصف القيمة ويشتري منه بالضعف في العقار، وفي المنقولات يجب على الوصي أن يشتري من القاصر والمحجور عليه بإضافة نصف القيمة ويبيعه بإنقاص نصف القيمة.<sup>4</sup>

وننتقل الآن للفرع الثاني الخاص بسلطة النائب الشرعي في مواجهة الأشخاص

الخاضعين لنظام النيابة الشرعية

---

<sup>1</sup> ابن مازة، المرجع السابق، ج7، ص34؛ محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج2، ص201؛ الصادق الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص681.

<sup>2</sup> الخطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص444؛ النووي، المجموع، ج13، ص16؛ البهوتي، كشف القناع، ج3، ص150

<sup>3</sup> فراس وائل طالب أبو شلخ، المرجع السابق، ص107؛ حسن خالد وعدنان نجا، المرجع السابق، ص308؛ محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة دار النهضة العربية، ج2، ص124.

<sup>4</sup> أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ج3، ص311؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص757.



## الفرع الثاني: سلطة النائب الشرعي في مواجهة تصرفات الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية

حكم التصرفات التي يبرمها القاصر والمحجور عليهم تختلف، كما سبق التطرق إليه، فحكم تصرفات فاقد الأهلية (الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه لدى البعض) هو البطلان وعدم اعتبارها شرعا ولو كان فيها نفع لهم حتى ولو أجازها النائب الشرعي ولا تحتاج لردّها كي تبطل، أما تصرفات ناقصي الأهلية (الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة والمعتوه لدى البعض) فتكون صحيحة نافذة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً ولا تُردُّ ولا تلحقها إجازة، في حين تبطل هذه التصرفات لو كانت ضارة ضرراً محضاً ولا تصححها إجازة النائب الشرعي ولا تحتاج إلى ردّها، في حين تكون التصرفات الدائرة بين النفع والضرر صحيحة متوقفاً نفاذها على رأي النائب عنه شرعاً إما أجازها وإما ردّها.<sup>1</sup>

وعليه فإن سلطة النائب الشرعي إنما تكون في مواجهة تصرفات ناقصي الأهلية، وبالذات تصرفاتهم الدائرة بين النفع والضرر وتتجسد هذه السلطة في الإجازة أو الرد. كذلك نجد الفقهاء يتطرقون لمسألة التصرفات التي أبرمها الغائب أو المفقود قبل اختفائه، وعليه نتناول في العنصر الأول سلطة النائب الشرعي على تصرفات ناقصي الأهلية، وفي العنصر الثاني نحدد سلطة النائب الشرعي على تصرفات الغائب والمفقود.

**أولاً: سلطة النائب الشرعي على تصرفات ناقصي الأهلية:** بما أن سلطة النائب الشرعي على تصرفات ناقصي الأهلية تتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك بإجازتها أو ردّها، نحدد أولاً مفهوم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ثم نتطرق لإجازة التصرف الموقوف ورده.

**1- مفهوم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:** هي تلك التصرفات التي لا تحقق اغتناء محضاً ولا افتقاراً محضاً، وإنما تحتمل الكسب والخسارة، كالبيع والشراء والإيجار وغيرها من عقود المعاوضات المالية، والعبرة في تحديد نوع التصرف إنما في طبيعة العقد دون النظر في

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج7، ص 157؛ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 6 أجزاء، ط2، (بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998)، ج4، ص 180.

نتيجته الواقعية، فالبيع المبرم من ناقص الأهلية يعتبر دائرا بين النفع والضرر سواء وفق فيه فربح ربحا كبيرا أو غبن فيه فخرس خسارة كبيرة، لأن طبيعة العقد تحتل هذا وتحتل ذلك.<sup>1</sup>

وفيما يلي أقوال الفقهاء في حكم تصرفات ناقصي الأهلية الدائرة بين النفع والضرر:

**1-1- المذهب الحنفي:** يرى الحنفية أن تصرفات الصبي المميز صحيحة مع بقائها موقوفة النفاذ حتى يجيزها من له الولاية على ماله، والسفيه لدى الحنفية (ما عدا أبي حنيفة وزفر) حكمه في تصرفاته حكم الصبي المميز.<sup>2</sup>

**1-2- المذهب المالكي:** عقود الصبي المميز والسفيه صحيحة غير لازمة، متوقفة على إجازة الولي.<sup>3</sup>

**1-3- المذهب الشافعي:** يرى الشافعية عدم صحة جميع تصرفات الصبي المميز، فلا يعتد بشيء منها حتى يبلغ ويرشد في ماله ودينه، أما السفيه فتصح منه التصرفات بإذن وليه.<sup>4</sup>

**1-4- المذهب الحنبلي:** للحنابلة عدة أقوال أولها موافق لقول الحنفية والقول الثاني يرى صحة تصرفاتها فقط في حالة الإذن السابق وإلا اعتبرت باطلة، وقول آخر يقول بعدم صحتها واعتبارها باطلة ومن باعها أو اشترى منها كان الضمان عليه.<sup>5</sup>

ويتضح أن الفقهاء مجمعون على أن تصرف الصبي المميز والسفيه صحيح موقوف النفاذ على إجازة النائب الشرعي، الذي يستطيع رد هذا التصرف إذا رأى المصلحة في رده.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، د.ط، (الإسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية، 2006)، ص121؛ جعفر محمد سعيد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، د.ط، (الجزائر: دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، 2002)، ص16.

<sup>2</sup> - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة دار النهضة، ج2، ص209؛ عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص308.

<sup>3</sup> - الدردير، المرجع السابق، ج3، ص18؛ الدميري بهرام، الدرر في شرح المختصر، ص1303.

<sup>4</sup> - البجيرمي، المرجع السابق، ج3، ص384.

<sup>5</sup> - ابن المنجي التتوخي، المرجع السابق، ج2، ص377؛ محمد ناصر الدين الأبياني، التعليقات الرضية على الروضة الندية، تحقيق علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري، 3 أجزاء، ط1، (السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع، مصر:

دار ابن عفان للنشر والتوزيع، 2003)، ج3، ص199؛ ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ج9، ص292.

<sup>6</sup> - عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه (مصر: كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1968)، ص298.

ويعرف التصرف الموقوف بأنه ذلك التصرف الصحيح الذي لا يرتب أثره إلا بإجازة من صاحب الولاية في إبرام العقد، وهو في حالة ناقصي الأهلية ممثلهم الشرعي من ولي أو وصي أو مقدم، ذلك أن شرط الإبرام وهو الأهلية متوفر ولكن شرط النفاذ وهو الولاية على التصرف في محل العقد غير متوفرة في ناقصي الأهلية ولذلك علق الأمر على إجازة النائب الشرعي باعتباره صاحب الولاية. فإما أن يجاز العقد وينفذ وإما أن يرد ويبطل، فالتصرف الموقوف له وجود شرعي إلا أنه لا يظهر إلا بإجازته فإن لم يجز زال تماما.<sup>1</sup>

**2- الإجازة الواردة على التصرف الموقوف، وردّه: نتناول أولا الإجازة ثم ثانيا رد التصرف.**

**2-1- إجازة النائب الشرعي لتصرفات ناقص الأهلية: نتناول تحت هذا العنوان تعريف**

الإجازة ثم صاحب الحق فيها، ثم شروطها وأخيرا الأثر المترتب عليها، وذلك كما يلي:

**2-1-1- تعريف إجازة التصرف الموقوف: تم تعريف الإجازة بأنها تصرف شرعي صادر من**

صاحب الحق فيه ينصب على التصرف الموقوف يقضي بعدم تمسكه بحق إلغائه، ويترتب

عليها نفاذ التصرف وترتيب حكمه عليه، فهي تصرف انفرادي يتضمن تنازلا من قبل النائب

الشرعي عن حقه في رد التصرف.<sup>2</sup>

**2-1-2- صاحب الحق في الإجازة: يبقى تصرف ناقص الأهلية غير نافذ حتى تلحقه إجازة**

النائب الشرعي، والإجازة حق لكل من تولى أمر ناقص الأهلية أبا كان أو وصيا أو مقديما، فإذا

بلغ ناقص الأهلية الرشد صار أن يجيز التصرف ما لم يكن نائبه الشرعي قد رده قبل ذلك.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، المجلد الأول نظرية العقد، القسم الثاني مراتب العقد، ط1، (عمان، الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع، 2002)، ص 259؛ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج5، ص 128؛ محمد سعيد جعفرور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ص 65.

<sup>2</sup>- عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 201؛ جعفرور محمد سعيد، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط2، (الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2009)، ص 25؛ حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، (الجزائر: جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، بن عكنون، ج2، ص 455).

<sup>3</sup>- عجالي بخالد، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص العقود والمسؤولية، (الجزائر، جامعة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005، ص 103)؛ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 274.

هذا وقد يكون لناقص الأهلية أكثر من نائب شرعي كما هو في حالة تعدد الأوصياء، حيث يعمل في هذا بنفس القاعدة التي سبق وأن بسطناها في معرض حديثنا عن حالة تعدد الأوصياء حيث ينظر هل لكل منهما مطلق التصرف فهنا لا بد من اجتماع كلمتهما على الإجازة أو الرد وليس لأي منهما الانفراد، على أن الفقهاء نصوا على أنه لو اختلف الأوصياء حول الأمر بين الإجازة والرد فإن الأولوية تعطى للرد على اعتبار أنه أحوط.<sup>1</sup>

وهنا طرح الفقهاء مسألتين هامتين، الأولى حال وفاة صاحب الحق في الإجازة (النائب الشرعي) قبل أن يجيز العقد أو يرده هل ينتقل الحق في الإجازة للنائب الشرعي الموالي؟ والمسألة الثانية هي حالة وفاة ناقص الأهلية قبل أن تتم إجازة العقد أو رده؟ هل يبقى للنائب الشرعي حق في إجازة العقد الذي أبرمه ناقص الأهلية قبل وفاته؟

فيما تعلق بالمسألة الأولى وهي موت النائب الشرعي (المجيز)، نشير هنا أن الفقهاء لم يتكلموا عن هذه المسألة بخصوص تصرفات ناقص الأهلية وإنما أوردوها بخصوص صور أخرى للعقد الموقوف أبرزها عقد الفضولي، حين ناقشوا مسألة موت المتصرف عنه فضالة قبل أن يجيز العقد، وانقسموا إلى فريقين:

**الأول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة:** ويرون انتقال الحق في الإجازة إلى الورثة على اعتبار أنه حق يتعلق بمال وليس هناك ما يمنع من توريثه، عدا عن أنه أمر تقتضيه مصلحة الورثة.<sup>2</sup>

**الفريق الثاني وهم الحنفية:** فيرون عدم انتقال هذا الحق إلى الورثة، لأن الإجازة ليست من الحقوق المالية لأنها حق لصيق بشخص الإنسان ومشيبته وهو أمر لا يورث.<sup>3</sup> ولكن هل ينطبق هذا على حالة ناقص الأهلية وموت نائبه الشرعي؟ بالتأكيد لا ينطبق هذا على وفاة النائب الشرعي، لأن الإجازة أو رد التصرف مرتبط بناقص الأهلية والنائب

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج1، ص304.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص 194.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 40.

الشرعي مجرد نائب عنه، وبالتالي فإن النائب الشرعي الموالي ينتقل إليه الحق في إجازة التصرف أو رده بمجرد أن يصبح نائباً شرعياً.

وبخصوص المسألة الثانية، وهي وفاة ناقص الأهلية قبل إجازة العقد أو رده، فإنه كما سنراه في الفصل التالي، فإن وفاة القاصر والمحجور عليه تنتهي النيابة الشرعية بصفة نهائية وتنتقل أموال القاصر والمحجور عليه إلى ورثته، وهنا هم من سينظرون هل يجيزون العقد الذي أبرمه المورث أم لا، لأنهم هم من ينتقل إليهم الحق في الإجازة طبقاً لقول الجمهور الذي عرضناه أعلاه.

### 2-1-3- شروط صحة الإجازة: حتى يستطيع النائب الشرعي إجازة التصرف الدائر بين النفع

والضرر الذي أبرمه ناقص الأهلية فإنه لا بد من توافر شرطين هما:

- أن لا يكون النائب الشرعي سبق له وأن رد التصرف، ذلك أنه مخير بين رد التصرف وإجازته فإن سبق ورد التصرف لم يكن له أن يجيزه.

- أن تصدر الإجازة قبل أن يبلغ الصبي ويرشد، ذلك لأنه حين بلوغ الصبي ورشده يصبح له وحده الحق في الإجازة أو الرد لزوال الولاية عنه.<sup>1</sup>

### 2-1-4- صيغة الإجازة: وباعتبار الإجازة تصرفاً فإن للمجيز أن يعبر عنها بكافة الطرق

التي يعبر بها عن الإيجاب والقبول في العقود، أي باللفظ الصريح أو الضمني أو الكتابة أو الإشارة المتعارف عليها أو باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في اتجاه صاحبه نحو إجازة العقد كما لو تصرف الولي في المنقول الذي اشتراه ابنه.<sup>2</sup>

ولكن هل يعتبر سكوت النائب الشرعي إجازة منه للتصرف الذي أبرمه القاصر أو المحجور عليه؟ لم يذكر الفقهاء هذه المسألة وإنما ناقشوها فيما تعلق ببيع الفضولي هل يعتبر صمت المالك الحقيقي إجازة أم لا، حيث قرروا أن الأصل أن السكوت لا يعتبر إجازة إلا أنهم اختلفوا حول السكوت الذي تلبسه ظروف مثل حضور المالك الحقيقي مجلس العقد أو علمه

<sup>1</sup> - عجالي بخالد، المرجع السابق، ص124؛ محمد سعيد جعفر، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ص 118.

<sup>2</sup> - ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 274.

به وصمته، حيث قرر الحنفية أن السكوت لا يعتبر إجازة حتى إن حضر المالك مجلس العقد لأن في اعتبار سكوته إجازة ضررا به يفوق الضرر الحاصل من انتظار موقفه لأن مصلحته باعتباره مالكا أصليا مقدمة على مصلحة الفضولي ومن تعاقد معه.<sup>1</sup>

وأما المالكية فاعتبروا حضور المالك الأصلي مجلس عقد الفضولي وعدم رده للتصرف إجازة منه، أما إذا لم يحضر وعلم وسكت، فهناك قول بأنه لا يعتبر سكوته إجازة مطلقا، والقول الآخر يعتبر سكوته إجازة إذا تجاوز السنة.<sup>2</sup>

في حين لم يعدد الشافعية والحنابلة بسكوت المالك الأصلي تماما، فالشافعية لهم قولان في بيع الفضولي أوله بطلانه والثاني صحته مع توقف نفاذه على إجازة مالك التصرف ولم يشيروا مطلقا لمسألة صمته هل يعدد إجازة أم لا.<sup>3</sup> والحنابلة مثل الشافعية لهم روايان الأولى لم تجز بيع الفضولي أصلا والثانية أجازت ولكن لم تنص على اعتبار السكوت إجازة.<sup>4</sup>

**2-1-5- الأثر المترتب عن الإجازة:** إذا أجاز النائب الشرعي التصرف الموقوف، فإنه ينفذ أي كان نوعه ويفيد حكمه ويرتب آثاره، فلو كان بيعا انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ويصبح للبائع الحق في طلب الثمن، وتترتب بالنتيجة كامل الآثار الأخرى من وجوب تسليم المبيع وضمان العيب الخفي وضمان التعرض والاستحقاق.<sup>5</sup>

واكتفى الفقهاء بخصوص تصرفات ناقص الأهلية ببيان الحكم العام بأنها موقوفة النفاذ على إجازة النائب الشرعي، ولم يبينوا هل لها أثر رجعي فتستند إلى يوم إبرام العقد؟ أم أنها تقتصر أثرها على العقد من تاريخ صدور الإجازة من النائب الشرعي؟ لأنه يترتب على ذلك آثار هامة لا سيما في حالة نماء محل العقد أو تغير حاله... الخ؟ فالذي يفهم من أقوال الفقهاء في كتبهم أن الإجازة تستند إلى تاريخ إبرام ناقص الأهلية للعقد، لأنه لو كان غير ذلك لصرح

<sup>1</sup> - ابن مازة، المحيط البرهاني، ج6، ص431.

<sup>2</sup> - الدردير، الشرح الصغير، ج3، ص26.

<sup>3</sup> - الدميري الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص41.

<sup>4</sup> - الفوزان، المرجع السابق، ج3، ص239.

<sup>5</sup> - ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص292.

به الفقهاء وهو اكتفوا كما سبق بيانه بذكر وجوب الإجازة لصحة التصرف ونفاذه دون تفصيل آخر، لذلك تستند الإجازة إلى يوم إبرام العقد، ولا يمكن بحال من الأحوال أن نطبق ما ورد بشأن إجازة تصرف الفضولي في هذه المسألة.<sup>1</sup>

**2-2- رد التصرف من قبل النائب الشرعي:** إن الرد مثل الإجازة حق للنائب الشرعي إن رأى عدم نفع التصرف الموقوف أو ضرره بالقاصر أو المحجور عليه الذي في ولايته، فله بذلك أن يرد التصرف فيعتبر كأن لم يكن. والرد مثل الإجازة تصرف يجب أن يصدر من صاحب الحق فيه بطرق التعبير عن الإرادة المعروفة شريطة أن لا يكون قد سبق له أن أجاز التصرف وأن لا يكون القاصر أو المحجور عليه قد خرج من النيابة الشرعية بالرشد.<sup>2</sup>

**ثانياً: سلطة النائب الشرعي على التصرفات التي أبرمها الغائب أو المفقود قبل اختفائه:** تتعلق هذه النقطة بصلاحيات النائب الشرعي على التصرفات التي سبقت توليه مهام النيابة الشرعية عن الغائب أو المفقود، حيث يغلب أن يجد النائب الشرعي نفسه في مواجهة عديد من التصرفات التي سبق للغائب أو المفقود أن أبرمها قبل أن يختفي، وقد تطرق الفقهاء لهته المسألة في أثناء تناولهم لكل عقد على حدة وأثر الغياب أو الفقد على العقد.<sup>3</sup>

بالنسبة للبيع فليس للنائب الشرعي نقض بيع صحيح أجره الغائب أو المفقود، لأنه أبرمه وهو كامل الأهلية، ونفس الحكم ينطبق على عقد الإيجار الذي أبرمه سواء مؤجراً كان أم مستأجراً حيث أنها عقد لازم، وفي الوقف كذلك ليس لمن يقدمه القاضي على الغائب أو المفقود قول فيما وقفه قبل غيابه، والقرض الذي قام به المفقود يبقى سارياً ولا يسقط الأجل بفقده دائماً كان أم مديناً وهو ما أجمع عليه الفقهاء، مع تسجيل مخالفة الحنفية للجمهور في عقد الإيجار حين أجازوا فسخه للعذر.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد الزراق حسن فرج، المرجع السابق، ص230؛ الدردير، المرجع السابق، ج3، ص384.

<sup>2</sup> - ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص 299.

<sup>3</sup> - عبد المنعم فارس سقا، المرجع السابق، ص648.

<sup>4</sup> - لدى الحنفية: كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، ج9، ص150؛ ابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص520؛ لدى المالكية: أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ص229؛ لدى الشافعية: الشيرازي، المهذب بتحقيق محمد

بينما نجد اختلافا لدى الفقهاء حول المضاربة والوديعة والعارية، حيث كان فيها للمالكية قول مخالف لقول الجمهور، ففي المضاربة قال الجمهور أنه ليس للقاضي أو لمن ولاه القاضي أمر الغائب أو المفقود أن يرجع عن المضاربة أو يأخذ المال من المضارب لأن المال محفوظ لدى المضارب إلا أن يكون من أجل النفقة على من تجب لهم النفقة، أما المالكية فمنحوا القاضي أو من يقدمه سلطة أوسع تصل حتى حد فسخ العقد.<sup>1</sup>

وفي الوديعة قال الجمهور أيضا بأن القاضي أو مقدمه ليس له أن يسترد الوديعة من المودع لديه لأنها محفوظة عنده ولا حاجة لاستردادها، في حين خالف المالكية وأعطوا للقاضي أن يسترجع الوديعة إذا رأى داعيا لذلك لأن الحفظ من صلاحياته.<sup>2</sup>

أما في العارية فالجمهور يرى للقاضي أو مقدمه أن يرجع عن العارية باعتبارها عقدا غير لازم للأصيل لو كان حاضرا فيكون للقاضي الناظر للغائب أو المفقود فسخها متى شاء، في حين قال المالكية بأن العارية عقد ملزم ولا يمكن للمعير الرجوع فيه قبل انقضاء مدتها المتفق عليها أو المعتادة إذا لم يتفق على مدة الوديعة، ولذلك ليس للقاضي أو المقدم فسخ العارية.<sup>3</sup>

---

الزحيلي، ج3، ص680؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص457؛ الرملي، نهاية المحتاج، ج8، ص278؛ لدى الحنابلة: الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج4، ص227؛ عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، شرح عمدة الفقه، ج3، ص884؛ البهوتي منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج6، ص2031.

<sup>1</sup> - لدى الحنفية: ابن نجيم المصري، المرجع السابق، ج5، ص275؛ لدى المالكية: اللخمي، التبصرة، ج4، ص2245؛ لدى الشافعية: الكهوجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج2، ص353؛ لدى الحنابلة: موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة والمرداوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج14، ص52.

<sup>2</sup> - لدى الحنفية: ابن عابدين، المرجع السابق، ج6، ص457؛ لدى المالكية: الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج4، ص353؛ لدى الشافعية: عبد الحميد الشرواني وابن قاسم العبادي، حواشي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج للهيثمي، د.ط، 10 أجزاء (مصر، المكتبة التجارية الكبرى، د.س.ن)، ج10، ص285؛ لدى الحنابلة: موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة والمرداوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج14، ص52.

<sup>3</sup> - لدى الحنفية: الزيلعي، المرجع السابق، ج3، ص310؛ لدى المالكية: اللخمي، التبصرة، ج4، ص2245؛ لدى الشافعية: عبد الحميد الشرواني وابن قاسم العبادي، نفس المرجع، ج10، ص285؛ لدى الحنابلة: البهوتي منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ص298.



ومن خلال هذا نستنتج أن الفقهاء يركزون على أن معيار تسلط النائب الشرعي على ما قام به الغائب أو المفقود قبل اختفائه مرتبط بمدى إمكانية حفظ المال فيه. وبهذا ينتهي الكلام حول سلطة النائب الشرعي على أموال الخاضعين للنياحة الشرعية في الفقه الإسلامي وفي المطلب الموالي نرى هته المسائل وفق أحكام القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

### المطلب الثاني:

#### صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على المال في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول لأحكام صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي في مسائل الولاية على المال وفق أحكام الفقه الإسلامي، ننتقل الآن في هذا المطلب الثاني لنرى كيف تمت معالجة هذه المسائل طبقاً لأحكام القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة على غرار ما تناولناه وفق أحكام الفقه الإسلامي في المطلب السابق، نرى كيف تناول المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بصلاحيات النائب الشرعي والمسؤوليات الملقاة على عاتقه، وذلك وفق نفس الترتيب المعتمد خلال المطلب الأول حيث نبدأ أولاً بسلطة النائب الشرعي على أموال القاصر والمحجور عليهم ثم صلاحياته في مواجهة تصرفاتهم.

#### الفرع الأول: سلطة النائب الشرعي على أموال الخاضعين لنظام النياحة الشرعية

النائب الشرعي وفق قانون الأسرة الجزائري في ما تعلق بمسائل الولاية على المال إما ولي (ويقصد به الأب والأم) وإما وصي وإما مقدم على القصر أو المحجور عليهم قضائياً أو على أموال المفقود واستثناء قد نجد الكافل.

وقد حددت صلاحيات الولي (الأب والأم) ضمن المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري حيث تضمنت فقرتها الأولى القاعدة العامة التي تحكم سائر تصرفات الولي حين نصت أن

الولي يتصرف في أموال أبنائه القصر تصرف الرجل الحريص وليس الرجل العادي، ويكون مسؤولاً عن ذلك وفقاً لمقتضيات القانون العام، بينما بينت الفقرة 2 من المادة 88 تصرفات الولي التي تحتاج إلى ترخيص من القاضي وهي محددة على سبيل الحصر مما يعني أن الولي خارج هذه التصرفات له مطلق الحرية في إطار تصرفات الرجل الحريص.<sup>1</sup>

ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري ساوى بين النواب الشرعيين جميعاً حينما جعل الوصي والمقدم تماماً مثل الولي من حيث الصلاحيات والمسؤوليات طبقاً للمادتين 95 و100 من قانون الأسرة، وبذلك لا فرق بين ولي ووصي ومقدم، وهو ما نجده أيضاً بالنسبة للكافل حيث أعطاه المشرع الولاية القانونية على الطفل المكفول دون تقييد يذكر.<sup>2</sup>

واعتبر المشرع الجزائري المقدم على أموال المفقود سواء بسواء مع المقدم على أموال المحجور عليهم وهو ما يفهم من نصوص قانون الأسرة المتعلقة بتعيين مقدم على المفقود.<sup>3</sup> ومنه فإنه لا يوجد اختلاف بين إدارة أموال القصر والمحجور عليهم وإدارة أموال المفقود وفق أحكام القانون الجزائري، فإن تصرفات النائب الشرعي إما أن تكون تصرفات مطلقة دون قيد أو إذن من القاضي، وإما أن تكون مقيدة بالحصول على إذن القاضي، وإما أن تكون تصرفات ممنوعة أصلاً. وأحكام هذه التصرفات جميعاً كالتالي:

**أولاً: التصرفات المطلقة:** هي تلك التصرفات التي يستطيع النائب الشرعي القيام بها دون ترخيص من القاضي، ولا يوجد نص يحدد هذه التصرفات، فالمشرع اكتفى بالنص على التصرفات المقيدة فقط، ولكن تم تعريفها فقها بأنها تلك الطائفة من التصرفات التي لا تلحق ضرراً بأصل أموال القاصر والمحجور عليهم والمفقود، ويكون ظاهرها السداد والصالح.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ ، المرجع السابق، ص 85؛ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 116.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 118؛ YOUNCI HADDAD Nadia, *la Kafala en droit*

*Algerien*, (Algerie, Université d'alger, Revue Algerienne Des Science Juridiques Economique et Politique, Volume XXXVII N°4, 1990, p27).

<sup>3</sup> - المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 327.

ويظهر بذلك أن الأصل في كل تصرف غير مقيد بالإذن القضائي أنه مطلق ما لم يثبت إضراره بأموال القصر والمحجور عليهم والمفقود، وبهذا يكون المشرع قد وسع من نطاق صلاحيات الولي في هذا النوع من التصرفات.

وتدخل التصرفات المطلقة في معظمها في نطاق حفظ وصيانة مال القاصر والمحجور عليه والمفقود من التلف، ويضاف إليها أعمال الإدارة.

**1- التصرفات الرامية إلى حفظ وصيانة الأموال:** وتتمثل في كل ما هو ضروري لحماية الذمة المالية للقاصر والمحجور عليه والمفقود، والحفاظ عليها والحيلولة دون الانتقاص منها، بحيث لا يراجع النائب الشرعي إن قام بها ولا يستأذن أحد الأوصياء صاحبه بشأنها، بل قد تقع ضمن خانة التصرفات الواجب القيام بها، ومن هذه التصرفات قيد الرهون لفائدة القاصر والمحجور عليه أو تطهير العقارات المرهونة، القيام بالتصليحات التي تستلزمها المباني القديمة أو السيارات المعطلة والطعن في الأحكام والقرارات القضائية المختلفة.<sup>1</sup>

**2- التصرفات التي تدخل ضمن أعمال الإدارة:** هي إحدى صور التصرفات الدائرة بين النفع والضرر والتي تقوم على استغلال الشيء ومنافعه دون المساس بأصل ملكيته، كما تتضمن المطالبة بالحقوق والتقاضى بشأنها. وقد تتضمن بعض التصرفات التي تنقل ملكية الشيء ولكن في حدود مصلحة القاصر والمحجور عليه والمفقود، مثل بيع المنقولات العادية (بضائع، سلع، ثمار) وتسديد الديون والمطالبة بها، إيجار العقارات لمدة لا تفوق 3 سنوات، وتمثيل القاصر والمحجور عليه والمفقود أمام القضاء وفي إجراءات التنفيذ الجبري.<sup>2</sup>

**3- التصرفات النافعة نفعا محضاً:** وهي التصرفات التي تغني الذمة المالية للقاصر والمحجور عليه والمفقود دون أن تنقص منها أو تتضمن التزاما مقابلا، ومن بين أبرز الأمثلة نجد قبول الهبة وقبول الوصية وإدارة غلة الوقف.

<sup>1</sup> - سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص، (الجزائر، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بين عكنون، 2007/2008)، ص106.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 484؛ سلامي دليلة، نفس المرجع، ص107؛ حيث نجد مثلا المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتكلم عن تمثيل الولي أو الوصي للقاصر في دعوى الطلاق.

**ثانيا: التصرفات المقيدة:** هي التصرفات التي أوجب المشرع فيها على النائب الشرعي أن يحصل على ترخيص من القاضي في شكل أمر ولائي، إضافة إلى إتباع إجراءات خاصة بصدد بعضها، والقاضي يسهر على احترام هذه الإجراءات وتوفير شروط لمنح الإذن.<sup>1</sup>

والقاضي المختص بمنح الإذن هو رئيس قسم شؤون الأسرة بالمحكمة المختصة إقليميا والتي حددت في قضايا الولاية بمكان ممارسة الولاية.<sup>2</sup>

والتصرفات المقيدة حددتها المادة 88 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر على النحو التالي:

**1- بيع العقار ورهنه وإجراء المصالحة:** بالنسبة للبيع فهو يمر بمرحلتين، الأولى هي الحصول على الإذن حيث يتقدم النائب الشرعي إلى قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا، ويطلب منه الترخيص ببيع العقار وعليه أن يقدم للقاضي ما يثبت توفر حالة الضرورة وتبيين المصلحة المرجوة من وراء هذا البيع طبقا للفقرة 2 من المادة 88، وللقاضي أن يقبل أو أن يرفض، فإذا رفض الطلب كان للنائب الشرعي ممارسة إجراءات الطعن باستئناف الأمر بالرفض أمام المجلس القضائي خلال 15 يوما من تاريخ الرفض. والمرحلة الثانية تبدأ بقبول القاضي الطلب، وإصدار الترخيص حيث لا يستطيع النائب الشرعي أن يبيع العقار بصفة عادية وإنما يتم ذلك وفق إجراءات المزاد العلني ويحرص القاضي على ذلك بنفسه.<sup>3</sup>

وقد بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات هذا البيع، حيث ينبغي على الولي أو الوصي أو المقدم حسب الحالة التقدم إلى المحضر القضائي وطلب تحرير قائمة بشروط بيع العقار ليتم إيداعها على مستوى أمانة ضبط المحكمة المختصة إقليميا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 252.

<sup>2</sup> - المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ وقد كان هذا الاختصاص في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى (أمر 66-154) من صلاحيات رئيس المحكمة قبل أن تمنح هذه الصلاحية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة 479 منه) لقاضي شؤون الأسرة، وذلك بموجب أمر على ذيل عريضة.

<sup>3</sup> - تقية عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 251؛ المادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ المادة 89 قانون الأسرة.

<sup>4</sup> - مادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتتضمن قائمة شروط البيع الإذن الصادر من القاضي بالبيع وتعيين العقار أو الحق العيني العقاري تعيينا دقيقا لا سيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، مفرزا أو مشاعا وكل البيانات التي تفيد في تعيينه، وإذا كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات وكذا شروط البيع والتمن الأساسي، وإن كان العقار مجزئا يحدد كل جزء ويبين سعره الأساسي، مع بيان سندات الملكية.<sup>1</sup>

وترفق مع قائمة شروط البيع مجموعة من الوثائق أهمها مستخرج جدول الضريبة العقارية ومستخرج من عقد الملكية والإذن بالبيع والشهادة العقارية. وزيادة في الحماية أوجب القانون التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية والنيابة العامة والذين لهم حق الاعتراض على قائمة شروط البيع.<sup>2</sup>

ويتم بيع عقار القاصر والمحجور عليهم في جلسة خاصة بذلك على مستوى المحكمة، والقاضي المختص هو قاضي شؤون الأسرة الذي منح الإذن بالتصرف.

أما قسمة العقار فهي مثل البيع من حيث وجوب الحصول على إذن من القاضي لأجل القيام بها، وأضاف المشرع الجزائري نصا آخر بخصوص القسمة في أحكام المواريث حين نص على أن التركة التي يكون فيها قاصر (ويشمل المحجور عليهم). لا تقبل القسمة إلا بواسطة القضاء، وذلك دون تحديد نوع المال عقارا كان أو منقولا.<sup>3</sup>

وإن حدثت قسمة دون ذلك فإن مصيرها هو البطلان، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 84551 الصادر بتاريخ 1992/12/22 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث حيث جاء في حيثيات القرار: (.. وحيث أن القسمة المنوه عنها بالتراضي لم تقع تحت إشراف العدالة ودفاع النيابة العامة فإن المادة 181 من قانون الأسرة لم تحترم .. وبالتالي يتعين نقض القرار المطعون فيه).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المادة 784 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - مادة 785 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> - المادة 181 قانون الأسرة.

<sup>4</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1995، العدد الأول، ص 117.

وعليه فهناك فرق بين القسمة العادية للمال المشاع والقسمة التي يكون فيها العقار أو غير العقار جزءا من التركة ففي الحالة الأولى يكفي مجرد الإذن، أما في الحالة الثانية فإن القسمة بعد الحصول على الإذن تكون بواسطة القضاء.

أما المصالحة، فقد قصرها المشرع الجزائري على المصالحة على العقار وكان ينبغي أن يتم تعميم الإذن ليشمل أيضا الصلح في المنقولات. وذلك أن الصلح يعتبر طبقا للقانون المدني عقدا واردا على الملكية ويتضمن تنازلا للحقوق وإسقاطا لها وهو بذلك قد يؤدي إلى خسارة كبيرة للذمة المالية للقاصر والمحجور عليه.<sup>1</sup>

**2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة:** لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالمنقولات ذات الأهمية الخاصة، ولكن يمكن القول أنها تشمل كل تلك المنقولات ذات القيمة المادية الكبيرة و/أو تلك المنقولات التي يتطلب بيعها القيام بإجراءات خاصة مثل المحل التجاري والسفن والأسهم والسندات المصرفية. الخ.<sup>2</sup>

**3- استثمار أموال القاصر بالإقراض والاقتراض والمساهمة في شركة:** القرض المقصود هنا غير ذلك المنصوص عليه في القانون المدني كأحد العقود الناقلة للملكية،<sup>3</sup> لأن القرض الاستهلاكي من التصرفات المفقرة للذمة المالية ويعتبر لدى الفقهاء كما سبق أن تناولناه من عقود التبرع الضارة ضررا محضا بالذمة المالية للقاصر والمحجور عليه لخشية أن ينكل المدين أو يعجز عن السداد، ونفس الشيء حين يكون القاصر والمحجور عليه هو المقترض حيث قد تثقل ذمته المالية بديون قد تؤدي إلى الحجز على ممتلكاته.

وحسب سياق النص واستخدام المشرع للفظ (استثمار) فالراجح أن قصد المشرع هو تقديم النائب الشرعي مال القاصر والمحجور عليه في صيغة مضاربة أو قراض أو قرض سندي أو أن يفترض النائب الشرعي لحساب القاصر والمحجور عليه بهدف الاتجار بالمال لصالحه أو

<sup>1</sup> - المواد 459-466 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> - سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 110

<sup>3</sup> - نصت المادة 450 من القانون المدني الجزائري: (قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم بمقتضاه المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والعدد والصفة).

لبناء منزل ..الخ. ونظرا لخطورة هذا التصرف على الذمة المالية للقاصر والمحجور عليه أوجب المشرع على النائب الشرعي الحصول على ترخيص من القاضي.

هذا فيما يخص القرض، أما بخصوص المساهمة في الشركة، فالمشرع لم يبين نوع الشركات وإنما عممها على كافة أنواع الشركات، وسبب حرص المشرع فيما خص الشركات التجارية هو خطورة النشاط التجاري وإمكانية الخسارة فيه كبيرة، خصوصا في حالة الإفلاس، وتظهر المشكلة بالأخص في حالة شركات الأشخاص وبالذات شركات التضامن أين يتمتع الشركاء بصفة التاجر ويكونون مسؤولين بالتضامن في أموالهم الشخصية.<sup>1</sup>

ولا يمكن أن يكون القاصر شريكا في شركة التضامن ابتداء لأنه لا يملك أهلية الاتجار ما لم يبلغ 18 سنة ويتم ترشيده على نحو ما سنراه في الفصل الموالي، ويستحيل الأمر بخصوص المجنون والمعتوه، أما السفیه وذو الغفلة فيمكن ذلك لتجاوزهما سن الرشد بشرط إذن القاضي ومباشرة النائب الشرعي للإجراءات.

أما إن كان مورث القاصر والمحجور عليهم والمفقود شريكا في شركة التضامن، فإن الأصل أن تنقضي الشركة لوفاة أحد الشركاء ولكن إذا وجد شرط يقضي باستمرار الشركة فإن القاصر والمحجور عليه والمفقود يحلون محل الشريك المتوفى ولا يكونون مسؤولين في أموالهم الشخصية مسؤولية تضامنية طيلة مدة قصور أهليتهم إلا في حدود نصيب مورثهم.<sup>2</sup>

بينما لا تظهر هذه الإشكالية في شركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم وشركات الأموال. ففي شركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم يصح أن يكون القاصر والمحجور عليه والمفقود أحد الشركاء الموصين ما دام لا يسأل إلا في حدود المال المساهم به.<sup>3</sup>

ونفس الشيء بالنسبة لشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة التي يساهم فيها القاصر والمحجور عليه فقط بحصة نقدية، حيث يمكن الإذن من القاضي للنائب الشرعي

---

<sup>1</sup> - المادة 551 من القانون التجاري الجزائري.

<sup>2</sup> - المادة 562 من القانون التجاري الجزائري

<sup>3</sup> - المادة 563 مكرر 1 والمادة 715 ثالثا من القانون التجاري الجزائري.

بالمساهمة فيها، ولكن قد يمنع ذلك في حالة ما إذا رغب النائب الشرعي أن تكون مساهمة القاصر أو المحجور عليه حصة عينية، حيث يرى شراح القانون التجاري عدم قبول هذه المساهمة لأنها ستجعل القاصر أو المحجور عليه مسؤولاً بالتضامن مع بقية الشركاء فيما تعلق بهذه الحصص العينية وهو ما لا يحق في شأن القاصر والمحجور عليه.<sup>1</sup>

**4- إيجار العقار لمدة لا تزيد عن ثلاثة سنوات أو تمتد لأكثر من سنة من بلوغ القاصر سن الرشد:** حيث أن النائب الشرعي فيما تعلق بالإيجار لا يملك غير حق الإدارة طبقاً لما جاء في أحكام عقد الإيجار في القانون المدني، وعليه فإذا قام بتأجير عقار القاصر والمحجور عليهم لمدة تفوق 3 سنوات دون إذن القاضي يتم تخفيض المدة إلى 3 سنوات.<sup>2</sup>

ولكن السؤال المطروح هنا كيف سيصل إلى علم القضاء أن النائب الشرعي قد أبرم عقد إيجار لعقارات من تحت ولايته من قصر أو محجور عليهم حتى وإن تم إبرام العقد في صورة مكتوبة أو أمام موثق؟ خصوصاً وأن معظم المتعاقدين يتهربون من أحكام التسجيل بخصوص عقود الإيجار التي يترتب عنها دفع رسوم. ولعل أبرز صورة يمكن أن يبسط فيها القضاء رقابته هو حينما يتعلق الأمر بتأجير محلات بغرض استخدامها كمحل تجاري للمستأجر، في هذه الحالة العقد التوثيقي سيشكل ضماناً لأن الموثق من حقه الامتناع عن إبرام عقد إيجار عقار القاصر أو المحجور عليه لمدة تتجاوز ثلاثة سنوات أو تفوق سنة بعد بلوغه سن الرشد إلا بعد الحصول على ترخيص من القاضي.

كما يلاحظ هنا عدم ذكر المشرع للمنقولات، وقصره حكم هذه القيد على العقارات، وهو مفهوم تقليدي مرتبط بنظرة المشرع للمنقول على أنه أقل قيمة من العقار، أو أن معظم عقود الإيجار إنما تنصب على العقارات دون المنقولات.

---

<sup>1</sup> - موسوس جميلة، الولاية على أموال القاصر في القانون الجزائري والفقاه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية، (الجزائر، جامعة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2006)، ص 57.

<sup>2</sup> - المادة 468 من القانون المدني مدني تنص: (لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته عن ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك. إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث سنوات).



**ثالثا: التصرفات الممنوعة:** من بين أبرز الصور التي تظهر فيها التصرفات الممنوعة على النائب الشرعي هي تعاقدته مع نفسه باسم من ينوب عنه، والتي نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني سواء في الأحكام العامة في نظرية الالتزام<sup>1</sup>، أو في الأحكام الخاصة بعقد البيع وهو بيع النائب لنفسه، حيث منع المشرع من ينوب عن غيره قانونا أو اتفاقا أو بأمر من القضاء أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ما كلف ببيعه بمقتضى النيابة ما لم يأذن له القضاء أو نص قانوني آخر.<sup>2</sup>

ولعل هذا المنع داخل ضمنا في المبدأ العام الذي نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة حين أكدت وجوب تصرف النائب الشرعي تصرف الرجل الحريص.

إضافة إلى ذلك قد يتدخل القضاء ويمنع النائب الشرعي من إبرام تصرف معين أو تسيير جزء معين من الأموال، بحيث لا يتصرف فيها هو وإنما يتصرف خاص يعينه القاضي، وذلك طبقا لنص المادة 90 من قانون الأسرة في الحالة التي يظهر للقاضي فيها أن هناك تعارضا بين مصالح النائب الشرعي ومصالح القاصر أو المحجور عليه. ويكون ذلك بصفة تلقائية إذا استنتج ذلك من طلب النائب الشرعي، وإما بطلب من له مصلحة في ذلك من أقارب القاصر.<sup>3</sup> وبناء على ما سبق فإننا نستطيع القول أن للنائب الشرعي أن يتصرف كما يشاء ما دام لا يفرط في مصلحة القاصر، في إطار معيار الرجل الحريص.<sup>4</sup>

**أما بالنسبة للقوانين العربية محل المقارنة،** فهي اختلفت بين من وقف موقف المشرع الجزائري من توحيد سلطات النائبين الشرعيين وجعلهم على قدم المساواة، مثل القانون التونسي

---

<sup>1</sup> - حيث جاء في المادة 77 من القانون المدني الجزائري أنه: ( لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون وقواعد التجارة.) وفي مجال النيابة الشرعية لا يمكن تصور إجازة من الأصيل الذي هو القاصر أو المحجور عليه.

<sup>2</sup> - المادة 410 من القانون المدني.

<sup>3</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 83.

<sup>4</sup> - بن ملحة الغوثي، المرجع السابق، ص 207.

وبين اتباع الفقه الإسلامي وفرق بين الأب وغيره، فالمشروع المغربي ميز بوضوح بين الولي (الأب والأم) والوصي والمقدم وذلك من حيث الصلاحيات الممنوحة له ومن حيث الرقابة المفروضة عليه، فالأب غير ملزم بفتح ملف للنيابة الشرعية عند القاضي المكلف بشؤون القصر إلا إذا تجاوزت قيمة أموال القاصر 200.000 درهم مغربي.<sup>1</sup>

كما أعفي الأب من الإذن القضائي للتصرف وكذلك أعفاه من مسألة تسجيل التصرفات في أموال القاصر والمحجور عليه في كناش خاص، ولم يسمح لأحد أن يتدخل في اختصاصاته مثل مجلس العائلة ولم يفرض عليه تقدير نفقة المولى عليه السنوية. وكل ما يلزم به حتى في حال فتح ملف النيابة الشرعية وكل ما يلزم به هو تقديم تقرير سنوي للقاضي المكلف بشؤون القصر يبين فيه كيفية إدارته لأموال القاصر والمحجور عليهم وتنميتها وما بذله في رعاية القاصر وتكوينه، وللمحكمة بعد الاطلاع على التقرير اتخاذ ما تراه مناسباً للمحافظة على أموال المحجور عليه ومصالحه المادية والمعنوية.<sup>2</sup>

في حين قيد المشرع المغربي تصرفات الوصي والمقدم بمجموعة من الالتزامات أهمها:

**01- القيام بإحصاء أموال القاصر والمحجور عليهم:** وذلك في الحالة التي لا يكون فيها الولي قد بين قبل وفاته أموال القاصر والمحجور عليه، حيث يجب على الوصي والمقدم القيام حال توليه مهامه بإحصاء مال المحجور ويرفق هذا الإحصاء بما يلي:

- ملاحظاته على الإحصاء (كيفية، ما شمله من أموال وما لم يشمله.. الخ)،

- اقتراح مبلغ النفقة السنوية للمحجور عليه ومن تجب عليه نفقتهم،

- اقتراحاته بخصوص الإجراءات المستعجلة لحفظ أموال القاصر والمحجور عليه،

---

<sup>1</sup> - جاء في الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود، أن الأب المدير لكسب ابنه الصغير أو السفية والولي وكل مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدة تتجاوز ثلاث أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون إلا بإذن خاص من القاضي المختص، ولا يعطى الإذن إلا عند الضرورة والمصلحة الواضحة للشخص القاصر أو المحجور عليه؛ وزارة العدل المغربية، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، ط3، (الرباط، المغرب، 2007)، ص145.

<sup>2</sup> - المادة 243 من مدونة الأسرة المغربية.

- اقتراحاته وتصوراته حول إدارة أموال المحجور عليه وتميمتها،

- تقديم بيان بالمدخيل الشهرية أو السنوية المعروفة لأموال القاصر والمحجور عليه.<sup>1</sup>

ويودع الإحصاء ومرفقاته بملف النيابة الشرعية ويضمن في كناش التصرف الشهري أو اليومي إن اقتضى الحال. ويمكن لمن يهمله الأمر أن يقدم ملاحظاته بشأن تقدير النفقة اللازمة لقاصر أو المحجور عليه واقتراح ما يراه لازما في تحقيق حسن تكوينه وتوجيهه وإدارة أمواله.<sup>2</sup> وإضافة لهذا يكلف القاضي شخصين عدلين بإعداد إحصاء نهائي للأموال والحقوق والالتزامات وذلك بعد إخبار النيابة العامة وبحضور الورثة والنائب الشرعي والقاصر أو المحجور عليه إذا كان أتم 15 سنة، وله في سبيل ذلك الاستعانة بالخبراء المحاسبين.<sup>3</sup>

**02- مسك كناش تصرف شهري أو يومي:** يلزم الوصي أوالمقدم أن يسجلا في كناش التصرفات الشهري أو اليومي حسب الحال كل التصرفات التي يقوم بها باسم المولى عليه مع بيان تاريخها.<sup>4</sup>

**03- تقديم حساب سنوي تفصيلي مؤيدا بالمستندات:** وذلك على يد محاسبين يعينهما القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ويجب أن يكون الوصي أو المقدم مستعدا للاستجابة في أي وقت لطلب القاضي بتقديم إيضاحات عن إدارة هته الأموال، وفي حالة عدم استجابة الوصي والمقدم لهذين الالتزامين فإنه يمكن أن يتعرضا لحجز أموالهما جزا تحفظيا.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- المادة 249 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup>- شهبون عبد الكريم، الشافي في شرح مدونة الأسرة، جزءين، ط1، (المغرب، مكتبة الرشاد، 2006)، ج2، ص84.

<sup>3</sup>- المادة 252 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>4</sup>- الدليل العملي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص152؛ وقد حدد شكل ومضمون هذا الكناش بموجب قرار وزير العدل رقم 275.04 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004. حيث يجب أن يكون مكونا من 200 صفة قياس (29.7 × 21 سم) ويؤشر على كل صفحة من صفحاته القاضي المكلف بشؤون القاصرين ويضع طابعه (الختم) عليها قبل بدء استعمال الكناش. على أن تحمل كل صفحة أرقاما متتابعة، وتكون كل صفحة مسطرة في شكل جدول يحتوي على 6 أعمدة، الأول خاص بالرقم المتتابع (التسلسلي)، الثاني نوع التصرف، الثالث مضمون التصرف، الرابع تاريخ التصرف، الخامس مراجع الوثائق المثبتة للتصرف، والسادس للملاحظات.(المادة 1 من القرار 275.04).

<sup>5</sup>- المادتين، 255 و 256 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 270 فقرة 1 من مدونة الأسرة المغربية.

#### 04- وجوب الحصول على إذن قضائي في بعض التصرفات: وهذه التصرفات هي:

- بيع عقار أو منقول تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه،
- المساهمة بجزء من مال المحجور في شركة مدنية أو تجارية أو استثماره في تجارة أو مضاربة،

- تنازل عن حق أو دعوى أو إجراء الصلح أو قبول التحكيم بشأنهما،

- عقود الكراء التي يمكن أن يمتد مفعولها إلى ما بعد انتهاء الحجر،

- قبول أو رفض التبرعات المثقلة بحقوق أو شروط،

- أداء ديون لم يصدر بها حكم قابل للتنفيذ،

- الإنفاق على من تجب نفقتهم على المحجور ما لم تكن النفقة مقررة بحكم قابل للتنفيذ،

والإذن الصادر من القاضي يجب أن يكون معللاً.<sup>1</sup>

ويخرج من نطاق هذا الإذن بيع المنقولات والعقارات التي لا تتجاوز قيمتها 5000 درهم،

وكذا المنقولات التي تتجاوز قيمتها 5000 درهم إذا كانت معرضة للتلف، إلا أن المشرع

المغربي قيد هذا الاستثناء بأن لا يكون فيه تحايل للتهرب من الرقابة القضائية.<sup>2</sup>

وهذه الأحكام هي تقريبا نفس الأحكام التي نص عليها المشرع الموريتاني في مدونة

الأحوال الشخصية الموريتانية، مع بعض الاختلافات البسيطة، من حيث عدم اعتماده فكرة

كناش التصرفات وعدم تحديد مبلغ معين كحد أدنى لفتح ملف النيابة الشرعية على مستوى

المحكمة، كما تميز المشرع الموريتاني بالنص على وجوب الإذن القضائي في شراء العقار

وليس فقط في بيعه، كما أضاف مجموعة من التصرفات المقيدة وإن كانت تدخل ضمن

التصرفات التي ذكرنا نص المشرع المغربي عليها، وأهم هته التصرفات ما ورد بشأن تنفيذ

التزامات التركة أو القاصر ما لم تكن مترتبة عن حكم نافذ، وما ينفق في تزويج القاصر.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - المادة 271 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>2</sup> - الدليل العملي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 163.

<sup>3</sup> - انظر المواد: 186، 189، 190، 191، من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

كما منع المشرع الموريتاني الوصي والمقدم من التعاقد مع أنفسهما باسم القاصر أو المحجور عليه، ما لم يأذن القاضي بذلك ويعين شخصا ليتعاقد مع الوصي والمقدم ويستلم مقابل العقد منهما وينقله لذمة القاصر أو المحجور عليه.<sup>1</sup>

في حين نجد المشرعين الليبي والإمارتي أكثر دقة ومتطابقين في الأحكام لحد بعيد حين وضحا صلاحيات الولي الشرعي ولم يجعلها مطلقة، حيث نصا على تصرفات مقيدة بإذن القاضي وتصرفات ممنوعة تماما.<sup>2</sup> كما ألزما الولي بالحفاظ على أموال من تحت ولايته وتقديم قائمة بأموال القاصر خلال شهر من تولي المهام في القانون الليبي وشهرين في القانون الإماراتي، وإلا اعتبر الولي مقصرا وعرض أموال القاصر والمحجور عليهم للخطر.<sup>3</sup>

أما الوصي والقيم فقد ألزمهما القانون الليبي والقانون الإماراتي بإدارة مال القاصر كما لو كان مالهما الخاص وجعلهما تحت الرقابة الدائمة للقاضي. ومن ثم حددا التصرفات المقيدة بإذن القاضي وهي ذاتها المذكورة في مدونة الأسرة المغربية ومدونة الأحوال الشخصية الموريتانية مع بعض الزيادات التي تتدرج ضمن الإطار العام للتصرفات المقيدة المذكورة في هاتين المدونتين ومن بين الإضافات التنازل عن التأمينات وإضعافها والإقرار بحق على القاصر، والقسمة الرضائية أو القضائية للعقار.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادتين 192 و193 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

<sup>2</sup> - المواد 49 إلى 53 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي والمواد 190 إلى 196 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: وتتمثل التصرفات المقيدة أساسا في بيع عقار القاصر بشرط الضرورة أو النفع الظاهر، وبيع المنقولات والأوراق المالية دون اشتراط الضرورة أو النفع الظاهر، وكذا الإقراض والاقتراض وقبول الهبات والوصايا المحملة بالتزامات معينة، أما التصرفات الممنوعة فهي التبرع بمال القاصر أو بمنافع ماله فإذا تبرع أحد بشيء من ذلك كان تبرعه باطلا وموجبا لضمائه ومسؤوليته.

<sup>3</sup> - المادة 54 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>4</sup> - المواد 67، 68، 69 من قانون تنظيم شؤون القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادتين 222 و223 و المادة 225 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

وتتميز المشرع الإماراتي بنصه على التصرفات الممنوعة على الوصي وحصرها في شراء واستتجار الوصي لنفسه أو لزوجه أو لأحد أصولهما أو فروعهما مما يملكه القاصر، وأيضاً أن يبيع الوصي للقاصر شيئاً مما يملكه هو أو لزوجه أو أحد أصولهما أو فروعهما.<sup>1</sup>

أما المشرع الكويتي فلم يبين صلاحيات الولي بصورة واضحة ولم يجمع التصرفات المطلوب الحصول على إذن المحكمة فيها معاً، وإنما تناول كل فئة من التصرفات مبيناً ما هو المطلق منها وما هو بحاجة إلى إذن المحكمة. وللوصي والقيم وإدارة شؤون القصر نفس درجة وحدود الصلاحيات فيما يخص إدارة وتسيير أموال القصر والمحجور عليهم.<sup>2</sup>

ولا يختلفان إلا في مجموعة تصرفات يجوز لمدير إدارة شؤون القصر القيام بها وحده، حيث لا يستطيع الوصي أو القيم أن يجريانها إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 226 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المواد من 127 إلى 136 من القانون المدني الكويتي حيث: بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً فللولي إجراؤها دون قيد أو شرط لا سيما قبول التبرعات، ما عدا التبرعات المقترنة بتكليف فلا تقبل إلا بإذن المحكمة.

- للولي القيام بكل ما يتطلبه حفظ أموال القاصر والمحجور عليه وإدارتها واستثمارها، على أنه لا يجوز له تأجير مال الصغير لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد بأكثر من سنة إلا بعد إذن المحكمة

- للولي أن يبرم التصرفات بمقابل على أموال القاصر، إلا أنه لا يستطيع بيع العقار أو المحل التجاري أو تأجير العقار أو المحل التجاري لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة، إلا بموجب إذن من المحكمة.

- لا يجوز للولي أن يتصرف في أي من أموال الصغير إذا تجاوزت قيمته مئتي ألف (200.000) دينار إلا بإذن المحكمة، وفي حالة ما إذا كان القاصر قد اكتسب المال نتيجة هبة أو وصية واشترط الواهب أو الموصي أن لا يتصرف - الولي فيه لم يكن له أن يتصرف إلا بما تقتضيه الضرورة وبموجب إذن المحكمة

- ليس للولي إقراض مال القاصر ولا الاقتراض له مطلقاً وليس له رهن مال القاصر إلا لدين على القاصر نفسه

- ليس للولي التبرع من مال القاصر ما لم يكن ذلك لغرض عائلي أو إنساني وكان المال كثيراً وكان التبرع بغير باهض مع إذن المحكمة،

ولا يدخل في كل ما سبق ما تبرع به الولي لابنه؛ الفقرة 1 من المادة 137 من القانون المدني الكويتي.

<sup>3</sup> - الفقرة 2 من المادة 137 من القانون المدني الكويتي؛ بالرجوع إلى القانون رقم 67 لسنة 1983 في شأن الهيئة العامة لشؤون القصر نجد المادة 7 منه تنص على قائمة التصرفات التي لا تستطيع الهيئة القيام بها إلا بإذن مجلس إدارة الهيئة وهي: أ- التصرف في العقار متى كان التصرف ناقلاً للملك أو مرتباً لحق عيني أصلي أو تباعي أو تغييره أو نقله.

ب- التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة العادية.

ونص المشرع الكويتي بوضوح أن الوصي في جميع الأحوال لا يمكن أن تكون له  
صلاحيات تتجاوز صلاحيات الولي الشرعي.<sup>1</sup>

أما في القانون البحريني فالقاعدة العامة في تصرفات الولي أنه يقوم برعاية أموال القاصر  
وإدارتها والتصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في قانون الولاية على المال. كما أنه لا  
يدخل ضمن نطاق الولاية ما يؤول للقاصر والمحجور عليهم من مال بطريق التبرع إذا اشترط  
المتبرع ذلك.<sup>2</sup>

وبعد ذلك نص المشرع البحريني على ما ميز به الأب دون الجد وسائر الأولياء حينما  
نص على جواز تعاقدته مع نفسه باسم القاصر، سواء لحسابه أم لحساب غيره.<sup>3</sup>

---

ج- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

د- استثمار الأموال وتصفيتهما.

هـ- القيام بالأعمال التجارية أو الصناعية أو الزراعية أو تصفيتهما.

و- إجارة العقارات لمدة أكثر من ثلاث سنوات أو لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة.

ز- تنفيذ التصرفات التي أبرمها المورث بعد التثبيت من أن المورث ملتزم بها.

ح- الوفاء الاختياري بالالتزامات التي يثبت أنها على التركة أو على المشمولين برعايتها.

ط- تقرير النفقة اللازمة لمن تتولي رعاية شؤونهم ولمن عليهم نفقتهم.

ي- تقرير ما يصرف في إعداد السكن أو في تزويج من تتولي رعاية شؤونهم.

ك- التنازل عن الحقوق أو التأمينات أو إضعافها.

ل- الصلح والتحكيم.

م- قسمة أموال القاصر بالتراضي.

وباستثناء قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها، وإجارة العقارات لمدة أكثر من ثلاث سنوات أو لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغ

القاصر سن الرشد لأكثر من سنة، والتنازل عن الحقوق أو التأمينات أو إضعافها، فإن بقية التصرفات يمكن لمجلس إدارة

الهيئة تفويض مدير الإدارة أو أي موظف آخر بالتصرف فيها.

فإن لم تكن الهيئة هي المكلفة بإدارة أموال القاصر أو المحجور عليه فإن التصرفات السابقة جميعها دون استثناء لا يمكن

للوصي أو القيم إجراؤها إلا بموجب إذن قضائي.

<sup>1</sup> - الفقرة 3 من المادة 137 من القانون المدني الكويتي.

<sup>2</sup> - المادة 16 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 17 من قانون الولاية على المال البحريني.

ثم بين المشرع البحريني التصرفات المقيدة بإذن مجلس إدارة أموال القاصرين وهي:

1 - التصرف في عقار القاصر أو المحل التجاري أو الأوراق المالية، ولا يجوز للمجلس أن يمنح الإذن إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة.

2 - التصرف في الأموال التي ألت للقاصر ميراثا إذا كان المورث قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في هذه الأموال.

3 - إقراض مال القاصر أو اقتراضه.

4 - تأجير عقاب القاصر لمدة تزيد على سنتين.

5 - قبول هبة أو وصية للقاصر محملة بالتزامات معينة أو رفضها.

6 - رهن مال القاصر أو التبرع به.<sup>1</sup>

ومن ثم بين المشرع البحريني صلاحيات الوصي ومثله القيم ومسئولياتهما وهي مطابقة تقريبا لما ورد في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.<sup>2</sup>

ألزمه أن يودع باسم القاصر في المصرف الذي يشير بد المجلس كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذي يقدره المجلس إجماليا لحساب مصروفات مجلس إدارة أموال القاصرين وكذلك ما يرى مجلس الولاية على أموال القاصرين لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها وذلك من خلال 15 يوما من تاريخ تسلمها، وليس له أن يسحب شيئا مما ذكر بغير إذن المجلس.<sup>3</sup>

وأهم التزام فرضه المشرع البحريني على الوصي هو أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عند إدارته قبل أول يناير من كل سنة، ويعفى الوصي من تقديم الحساب السنوي إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على 5 آلاف دينار بحريني ما لم يرى المجلس غير ذلك.

<sup>1</sup> - المادة 18 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - المادتين 29 و30 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 132 من قانون الولاية على المال البحريني.



وهو ما لم يلزم به الولي خلاف الأمر في القانون الكويتي والإماراتي.

وفي جميع الأحوال يجب على الوصي الذي يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته.<sup>1</sup>

وأخيراً فإنه وباستثناء القانون التونسي فإن جميع القوانين العربية محل المقارنة تضمنت نصت على أن الأصل في الوصاية هو التبرع، ولكنها جعلت للوصي الحق في طلب أجر، يحدده القاضي أو الهيئة المختصة بالقصر حسبما ينص عليه القانون في كل دولة، مع الإشارة إلى أن القانون المدني الكويتي عمم الأمر ليشمل كل من تولى شأن القاصروالمحجور عليهم.<sup>2</sup> وبهذا نكون قد أنهينا الفرع الأول المخصص لصلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي في مجال الولاية على المال ومنتقل في الفرع التالي لسلطة النائب الشرعي في على تصرفات الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية من قصر ومحجور عليهم والمفقود.

**الفرع الثاني: سلطة النائب الشرعي في مواجهة تصرفات الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية**

على غرار ما تم تناوله في المطلب السابق حين التطرق لهته النقطة في أحكام الفقه الإسلامي، نرى أولاً سلطة النائب الشرعي على تصرفات القصر والمحجور عليهم ثانياً سلطة النائب الشرعي على التصرفات التي أبرمها الغائب أو المفقود قبل اختفائهما.

**أولاً: سلطة النائب الشرعي على تصرفات القصر والمحجور عليهم:** سلطة النائب الشرعي على تصرفات القصر والمحجور عليهم تكون إما بإجازتها أو ردها، وعليه في العنصر الأول نحدد التصرفات الخاضعة لسلطة النائب الشرعي وفي العنصر الثاني نرى كيفية إجازة هذه التصرفات أو ردها عن طريق طلب إبطالها.

---

<sup>1</sup> - المادة 133 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 73 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 144 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 227 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 134 من قانون الولاية على المال البحريني.

1- التصرفات الخاضعة لسلطة النائب الشرعي بالإجازة أو الإبطال: سبق بيان أن حكم تصرفات القصر والمحجور عليهم في القانون الجزائري، فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه طبقا للمادة 42 من القانون المدني والمادة 81 من قانون الأسرة فاقدوا أهلية، وتصرفاتهم طبقا للمادة 82 من قانون الأسرة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا وعليه لا تلحقها إجازة ولا يصح فيها إذن مسبق من النائب الشرعي.<sup>1</sup> وعليه فإنه لا سلطة للنائب الشرعي على هذه التصرفات أنها تعد لغوا ولا أثر لها من الناحية القانونية.

أما ناقصوا الأهلية أي: الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة فإن تصرفاتهم طبقا للمادة 83 من قانون الأسرة إما أن تكون نافعة نفعا محضا وهنا تكون صحيحة نافذة دون حاجة لإجازة النائب الشرعي أو إذنه، وإما أن تكون ضارة بهم ضررا محضا وتكون بذلك باطلة بطلانا مطلقا ولا ينفعها إجازة أو إذن مسبق من النائب الشرعي. وإما أن تكون دائرة بين النفع والضرر، فتصبح موقوفة النفاذ على إجازة النائب الشرعي، فنطاق تدخل النائب الشرعي هو فقط تصرفات ناقصي الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.<sup>2</sup>

وبالنظر في قواعد القانون المدني نجد أن جميع تصرفات ناقص الأهلية حكمها هو قابليتها للإبطال لصالح ناقص الأهلية خلال أجل 5 سنوات ابتداء من بلوغه سن الرشد المدني، دون حصرها في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.<sup>3</sup>

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد وضع نظامين قانونيين فيما يتعلق بتصرفات ناقص الأهلية وسلطة النائب الشرعي في مواجهتها، فهي بالنسبة للقانون المدني تعتبر جميعها قابلة للإبطال أي صحيحة نافذة إلى أن يطلب القاصر بعد رشده خلال الأجل المحدد قانونا إبطال هذه التصرفات أو إجازتها نهائيا فتزول القابلية للإبطال.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - بوضياف عمار، نظرية الحق، ص 59.

<sup>2</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، المرجع السابق، ص 80؛ جعفر محمد سعيد، إجازة العقد في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ص 83.

<sup>3</sup> - المادة 101 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج 1، ص 160.

وقد حصرت المادة 101 من القانون المدني الحق في الإجازة في ناقص الأهلية بعد رشده، ولم تورد ذكرا للنائب الشرعي، ولم تبين هل له الحق في طلب إبطال هذه التصرفات خلال فترة نقص أهلية من تحت ولايته أم لا؟

أما النظام الثاني فقد اتبع فيه القانون الجزائري الفقه الإسلامي حينما قسم تصرفات ناقص الأهلية في المادة 83 إلى ثلاثة أقسام ضار ضررا محضا وهو باطل ونافع نفعاً محضاً وهو صحيح ودائر ما بين النفع والضرر وهو موقوف على إجازة الولي أو الوصي مع إمكانية اللجوء إلى القاضي حين المنازعة في تصرفات القاصر.<sup>1</sup>

إن هذه الوضعية دفعت بالبعض من شراح القانون المدني الجزائري إلى القول بوجود تطبيق أحكام قانون الأسرة على أساس أن قانون الأسرة لاحق للقانون المدني واللاحق يلغي السابق، ونص المادة 223 من قانون الأسرة التي تنص على إلغاء الأحكام المخالفة له، والحكم الوارد في المادة 101 من القانون المدني مخالف للمادة 83 من قانون الأسرة.<sup>2</sup>

إلا أن تطبيق هذا الحل غير منطقي من عدة نواح، من ناحية أولى القانون المدني هو الشريعة العامة أو النص العام وقانون الأسرة نص خاص نظم جزءاً من قواعد أحيل إليه فيها من القانون المدني لذلك فالأولى أن نطبق قاعدة الخاص يقيد العام وليس اللاحق يلغي السابق. ومن ناحية ثانية فالمادة 101 من القانون المدني الجزائري لا تخالف المادة 83 قانون أسرة، لأن المادة 101 تتحدث عن حق الشخص في إبطال العقد الذي أبرمه وهو ناقص أهلية بعد رشده ولم تتطرق للنائب الشرعي لأن دوره قد انتهى برشد القاصر، بينما المادة 83 من قانون الأسرة تتحدث عن سلطة النائب الشرعي على تصرف ناقص الأهلية أثناء قصره.

ومن ناحية ثالثة فإن المادة 83 من قانون الأسرة أشارت إلى إجازة الولي والوصي ولكنها لم تذكر حق ناقص الأهلية في إجازة التصرف بعد بلوغه سن الرشد، مما يجعلنا نتساءل عن

<sup>1</sup> - بن ملح الغوثي، المرجع السابق، ص 199؛ آث ملويا لحسين بن الشيخ، قانون الأسرة مفسراً مادة بمادة، ص 80.

<sup>2</sup> - جعفر محمد سعيد، "نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة"، (الجزائر، كلية الحقوق بين عكنون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 3، 2001)، ص 42.

مصير العقد الموقوف الذي لم يَزِدْهُ ولم يجزه النائب الشرعي حتى بلغ القاصر سن الرشد وصار كامل أهلية الأداء، هل يبقى العقد موقوفاً أم يجيزه الولي أو الوصي أو المقدم حتى بعد بلوغ القاصر سن الرشد؟

هذه الوضعية تؤكد وجوب تطبيق المادة 101 من القانون المدني على الفترة التي تلي بلوغ القاصر سن الرشد، حيث ينقلب التصرف من موقوف إلى تصرف قابل للإبطال لصالح الشخص الذي كان ناقص الأهلية ورشد. هذا هو المفهوم الأقرب للصواب من حيث الوضعية القانونية الحالية. ونتطرق فيما يلي إلى إجازة العقد من قبل النائب الشرعي أو طلب إبطاله.

وفي القوانين العربية محل المقارنة لا نجدتها تخالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي وما اتبعه القانون الجزائري في قانون الأسرة في أن التصرفات التي يتسلط عليها النائب الشرعي هي تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر، وقد رأينا سالفاً في المبحث الأول من الفصل الأول في الباب الأول من هذا البحث الوصف القانوني الذي أعطته القوانين العربية محل المقارنة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر أين وجدنا بعضها تبنى نظرية العقد الموقوف (القانون الموريتاني والقانون الإماراتي) والبعض الآخر تبنى نظرية القابلية للإبطال (القانون التونسي والقانون الليبي والقانون الكويتي والقانون البحريني)، في حين أن القانون المغربي قد وقع في ذات الخلط الذي وقع فيه القانون الجزائري.<sup>1</sup>

**2- إجازة النائب الشرعي لتصرفات ناقص الأهلية أو طلب إبطالها:** تنطبق على الإجازة في القانون الجزائري من الناحية الموضوعية نفس القواعد التي ذكرناها فيما يخص الإجازة في الفقه الإسلامي، أما من الناحية الإجرائية، فنطرح مجموعة من التساؤلات، أولها ما هي التصرفات

---

<sup>1</sup> - المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية والفصلان 4 و5 من قانون الالتزامات والعقود المغربي؛ الفصلان 8 و10 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية؛ المادة 7 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 87 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 74 من القانون المدني البحريني؛ المادة 159 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة 165 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 25 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني والمادة 168 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

التي من الممكن للصبي المميز والمحجور عليه لسفه أو غفلة إبرامها، ويكون للنائب الشرعي إجازتها؟

بطبيعة الحال لا يمكن أن تكون هته التصرفات واردة على عقار من الناحية النظرية، لأن التصرفات الواردة على عقار تصرفات شكلية ولا بد من رسمية العقد وهو ما يحول دون إبرام القاصر لأي تصرف، ولكن بالنسبة للمحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية يمكن أن تتم هته التصرفات الواردة على عقار خصوصا إن كان المحجور عليه لا يظهر عليه ما يدل على الحجر.

وفي هته الحالة يجب على من ينازع في تصرفات الصبي المميز ومن مثله من المحجور عليهم رفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة الواقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الولاية، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 478 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها أن المنازعات المتعلقة بتصرفات القاصر ترفع أمام قاضي شؤون الأسرة، وعليه فإن القاضي يفصل في طلب النائب الشرعي الخاص بإجازة تصرف ناقص الأهلية أو رده فيحدد طبيعته ثم ينظر أين مصلحة ناقص الأهلية، وذلك حتى يبسط رقابته ويضمن الحماية اللازمة للقاصر والمحجور عليهم.<sup>1</sup>

فهي بذلك ليست دعوى بطلان، لأن القانون ينص على أن دعوى البطلان لا يرفعها إلا الشخص بعد بلوغه سن الرشد، وبالتالي هي دعوى غير مسمأة، موضوعها هو تأييد تصرفات القاصر والمحجور عليه لسفه أو غفلة أو إلغاء التصرف الصادر من القاصر أو المحجور عليهم جميعا عند الاقتضاء.

وعلى هذا الأساس لا يمكن بحال أن يترتب على إلغاء التصرف الصادر عن القاصر والمحجور عليه تعويض للطرف المتعاقد معه حتى ولو كان حسن النية. وكل ما يحصل هو استرداد ما لم يتلف من مال في يد القاصر أو المحجور عليه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - بوضياف عادل، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جزءان، ط1، (الجزائر، منشورات كليك، 2013)، ج1، ص470.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ج1، ص 272.

أما في القوانين العربية محل المقارنة فإننا نجد أن القانون المغربي لم يتضمن تفاصيل حول الإجازة واكتفى بالنص عليها، وهو ذات موقف القانون التونسي والقانون الليبي والقانون الكويتي، بينما تميز المشرع الموريتاني بنصه أن النائب الشرعي يجيز أو يبطل تصرفات ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر بحسب المصلحة الراجحة وقت النظر.<sup>1</sup>

أما المشرع الإماراتي فقد فصل أكثر في مسألة حق النائب الشرعي في الإجازة حينما بين أن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر للمميز تكون موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء.<sup>2</sup>

وعليه يجب على النائب الشرعي إذا أراد الإجازة أن يصرح لها وفق الشكل الذي يتطلبه القانون في التعبير عن الإرادة، أما إن أراد النائب الشرعي رد التصرف وإبطاله فإنه يتوجب عليه رفع دعوى إبطال أمام القضاء، إلا أن الإبطال لا يشمل تصرفات السفه وذي الغفلة الصادرة عنهما قبل حكم الحجر إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ كما سبق ذكره.<sup>3</sup>

وتميز المشرع الإماراتي بنص يتعلق بآثار إبطال العقد في حال استخدام ناقص الأهلية لطرق احتيالية حين نص على التزامه بالتعويض.<sup>4</sup>

وقد وقف القانون البحريني موقفا وسطا حين لم يفصل خلاف المشرع الإماراتي في أحكام الإجازة ولكنه وافقه في أحكام آثار العقد القابل للإبطال خلافا للقانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة، إلا أنه لم يكتف بهذا، وإنما قرر حكما فريدا من نوعه وهو حين أعطى للقاضي الحق في رفض دعوى الإبطال تعويضا عن استعمال الشخص طرقا احتيالية لإخفاء نقص أهليته.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 225 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 8 من مجلة العقود والالتزامات التونسية؛ المادة 5 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادة 183 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

<sup>2</sup> - المادة 159 فقرة 2 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

<sup>3</sup> - المادة 170 فقرة 2 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

<sup>4</sup> - المادة 175 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

<sup>5</sup> - المادة 76 فقرة 2 و3 من القانون المدني البحريني.

وعليه فإن موقف القانون الجزائري لم يختلف كثيرا عن بقية القوانين العربية محل المقارنة ولكنه بحاجة إلى ضبط أكثر لهذه الأحكام، من خلال تبني أحكام موضوعية تبرز سلطة النائب الشرعي على تصرفات القصر والمحجور عليهم وتوضح كيف يستطيع أن يقرر بطلان التصرفات الصادرة من فاقد الأهلية وكيف يبطل التصرفات الصادرة عن ناقصي الأهلية والتي يرى أنها ضارة بهم.

وننتقل الآن لآخر عنصر وهو ما يملكه النائب الشرعي من سلطة على تصرفات الغائب أو المفقود التي أبرمها قبل فقدانه.

**ثانيا: سلطة النائب الشرعي على تصرفات الغائب أو المفقود: هل يا ترى للنائب الشرعي سلطة على ما أبرمه الغائب والمفقود قبل الحكم بفقده؟**

مبدئيا وطبقا للأحكام الواردة في قانون الأسرة فإنه وما دام الشخص لا يعتبر مفقودا إلا بحكم فإنه ما دام كان كامل الأهلية قبل فقدته، فإن ما أبرمه من عقود وتصرفات يبقى ساري المفعول ولا يملك المقدم الذي يعينه القاضي على المفقود إلا أن يستمر في تنفيذ العقود والتصرفات التي سبق إبرامها ويتصرف في ذلك وفق ما جاء في المادة 88 من قانون الأسرة تصرف الرجل الحريص.

أما إذا كان الغائب أو المفقود قبل ذلك قاصرا أو محجورا عليه فإن النيابة الشرعية تبقى هي ذاتها دون أي تغيير من حيث إدارة أمواله ما عدا ما تعلق ببده الحساب للحم بوفاته. ولا يوجد ما يمنع من القول بذات الحكم في القوانين العربية محل المقارنة والتي أسلفنا أنها جعلت للقيم على شؤون الغائب والمفقود ذات الصلاحيات الممنوحة للوصي والقيم على القصر والمحجور عليهم.

وبهذا نكون قد أنهينا الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لآثار النيابة الشرعية، وننتقل الآن للفصل الثاني والأخير من البحث لنتناول فيه انتهاء النيابة الشرعية.

# الفصل الثاني

## انتهاء النيابة الشرعية

ويتضمن بحثين

المبحث الأول

أسباب انتهاء النيابة الشرعية

المبحث الثاني

آثار انتهاء النيابة الشرعية



## الفصل الثاني

### انتهاء النيابة الشرعية

من خلال هذا الفصل، وبعد أن تطرقنا في الفصول والمباحث السابقة إلى أطراف النيابة الشرعية وإلى أهم الآثار المتعلقة بها، نجد أنفسنا الآن أمام آخر عنصر من عناصر الموضوع وهو انتهاء النيابة الشرعية، حيث لا يعود للنائب الشرعي هذه الصفة، ويخرج القاصر أو المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية من حكمها ونفس الأمر بالنسبة للمفقود الذي قد يعود أو يحكم بموته.

وانتهاء النيابة الشرعية حاله حال نشوئها يترتب عليه مجموعة من الآثار لا سيما فيما تعلق بالأعمال والأموال محل النيابة ومحاسبة النائب الشرعي على ما أداه من مهام<sup>1</sup> وعليه من خلال هذا الفصل نعالج في المبحث الأول أسباب انتهاء النيابة الشرعية، وفي المبحث الثاني آثار انتهاء النيابة الشرعية.

---

<sup>1</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 452.

## المبحث الأول

### أسباب انتهاء النيابة الشرعية

أسباب انتهاء النيابة الشرعية إما أن تكون أسبابا متصلة بالشخص الموضوع تحت نظام النيابة الشرعية، وإما بالنائب الشرعي، فالقاصر يبلغ ويرشد أو يتم ترشيده، والغائب والمفقود يحكم بموتهما أو يعودان، والنائب الشرعي يستقيل أو يعزل عن مهامه لدواعي مختلفة.<sup>1</sup> وإضافة إلى هذه الأسباب نجد سببا مشتركا بين النائب الشرعي وهو الوفاة، وعلى غرار ما قمنا به في بقية المباحث السابقة، نتناول في المطلب الأول أسباب انتهاء النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي، ثم في المطلب الثاني نراها في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

## المطلب الأول

### أسباب انتهاء النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي

وفق ما ذكر آنفا، سيتم التطرق في فرع أول لأسباب انقضاء النيابة الشرعية المتصلة بالأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، ثم الأسباب المتصلة بالنائب الشرعي وأخيرا بالسبب المشترك بينهم.

#### الفرع الأول: أسباب الانتهاء المتعلقة بالأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية

نتحدث أولا عن انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للقاصر، وفي العنصر الثاني نتطرق لانتهاء النيابة الشرعية للمحجور عليهم، وثالثا انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود.

---

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحرش، المرجع السابق، ص 107.

أولاً: انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للقاصر: يفرق الفقهاء بالنسبة للقاصر بين خروجه من الولاية على النفس وهو ما يقع بالبلوغ، وخروجه من الولاية على المال وهو ما يقع بالرشد. كما نجد في الولاية على المال نظام الترشيد المعبر عنه في الفقه الإسلامي بالإذن بالاتجار للصبي. وهو ما نتناوله على التوالي كالتالي:

**1- البلوغ:** البلوغ هو مرحلة طبيعية يمر بها الإنسان تظهر فيها علامات الرجولة لدى الصبي وعلامات الأنوثة لدى الفتاة، لذلك عرف البلوغ بأنه انتهاء الصغر بصيرورة الإنسان بحال لو جامع أنزل، فهو قوة تحدث في الشخص تخرجه من حد الطفولة وتعدّه لأداء وظيفته النوعية في التناسل. وعرفه البعض بأثره فقليل البلوغ هو انتهاء حد الصغر في الإنسان ليحكم عليه الشارع بالتكاليف الشرعية.<sup>1</sup>

ويحصل البلوغ بظهور علامة من علاماته الطبيعية، اتفق الفقهاء على بعضها وهي الاحتلام والحيض والحمل، واختلفوا حول إنبات شعر العانة الخشن، في حين انفردت بعض المذاهب بعلامات كزيادة المالكية لنتن الابط وفرق الأرنبة وخشن الصوت، والشافعية الذين أضافوا ثقل الصوت وخشن شعر الشارب ونتوء طرف الحلقوم ونهود الثدي للأنتى.<sup>2</sup> فإذا لم تظهر هذه العلامات، فإن البلوغ يحسب بالسن ذلك أن البلوغ قوة خفية لا بد للكشف عنها من ظهور ما يدل عليها (وهي العلامات الطبيعية) فإن لم يكن يتم الاعتراد بالسن المحددة.<sup>3</sup>

**1-1-1-1 البلوغ بالعلامات الطبيعية:** سبق القول أن هذه العلامات منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه ومنها ما انفردت به بعض المذاهب وهو ما نتناوله تباعاً كالتالي:

**1-1-1-1-1 علامات البلوغ المتفق عليها: وهي:**

**1-1-1-1-1-1 الاحتلام:** الاحتلام لغة: ما يراه النائم، ويقصد به في الاصطلاح خروج المنى في النوم أو اليقظة بجماع أو غيره من الذكر والأنثى على حد سواء. والدليل على أن الاحتلام

<sup>1</sup> - أيمن إبراهيم ملص، المرجع السابق، ص136؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص172؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص186؛ محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية، ص46.

<sup>2</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، نفس المرجع، ج8، ص190.

<sup>3</sup> - فراس وائل طالب أبو شلخ، المرجع السابق، ص165؛ محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ص53.

هو علامة على البلوغ هو قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعِذُوا كَمَا أَسْتَعِذْنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ...﴾<sup>1</sup> فدل قوله تعالى أن البلوغ يتم بالاحتلام.<sup>2</sup>

**1-1-1-2- الحيض:** وهو علامة مختصة بالأنثى، ويعرف شرعا بعدة تعريفات متقاربة في المعنى حيث عرف بأنه الدم الذي ينفضه رحم بالغة سليمة عن الداء والصغر.<sup>3</sup> كما عرف بأنه دم تلقيه رحم معتاد حملها دون ولادة.<sup>4</sup> وجاء دليل اعتبار الحيض علامة على البلوغ قوله صلى الله عليه وسلم: { لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار }.<sup>5</sup>

**1-1-1-3- الحمل،** وهو دليل لا يدع مجالاً للشك في بلوغ الأنثى لأن الولد يخلق من ماء الرجل وماء المرأة معا.<sup>6</sup>

**1-1-2- علامات البلوغ المختلف فيها:** وهذه العلامات هي:

**1-1-2-1- الإنبات:** يقصد بالإنبات ظهور شعر العانة، الذي يحتاج في إزالته إلى الحلق ونحوه.<sup>7</sup> واختلف الفقهاء حوله كالاتي:

**1-1-2-1-1- المذهب الحنفي:** الإنبات ليس بعلامة مطلقاً ولا يستفاد منه حكم.<sup>8</sup>

**1-1-2-1-2- المذهب المالكي:** قرر الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير، بأن المالكية يرون الاعتداد بالإنبات، واختلفوا هل الإنبات يؤدي للبلوغ مطلقاً، أي في حقوق الله وحقوق العباد أم يكون بلوغاً فقط في حقوق الله تعالى، والأصح هو أن الإنبات بلوغ مطلقاً.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> - سورة النور، الآية 59.

<sup>2</sup> - زيدان عبد الكريم، المفصل، ج10، ص280؛ الموسوعة الفقهية الكويتية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص188.

<sup>3</sup> - الجرجاني، التعريفات، ص83.

<sup>4</sup> - الرصاع، شرح حدود بن عرفة، ص102.

<sup>5</sup> - رواه أبو داود، كتاب الصلاة باب المرأة تصلي بغير خمار، الحديث رقم 641، سنن أبي داود، المرجع السابق، ص92، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، المرجع السابق، ج1، ص190.

<sup>6</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص190.

<sup>7</sup> - نفس المرجع، ج8، ص188.

<sup>8</sup> - فريد عبد العزيز الجندي، المرجع السابق، ج2، ص77؛ عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص281.

<sup>9</sup> - الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص293.

**1-1-2-1-3- المذهب الشافعي:** قال الشافعية أن نبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في حق الكافر دون المسلم في الأصح عندهم، لخبر عطية القرظي الذي كان في سبي بني قريظة الذين حكم على مقاتلتهم بالقتل فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل فكشفوا عن عانته فوجدوها لم تنبت فجعلوه في السبي ولم يقتل.<sup>1</sup>

**1-1-2-1-4- المذهب الحنبلي:** الإنبات دليل بلوغ مطلقا لخبر عطية القرظي وقال الحنابلة ( ردا على الشافعية) أن إنبات شعر العانة دليل على البلوغ في حق المسلمين والمشركون على السواء، فما كان دليلا على البلوغ في حق المشركين كان في حق المسلمين أولى.<sup>2</sup> ويتبين أن الإنبات دليل على البلوغ على ما قاله المالكية والحنابلة لقوة الدليل عندهم.

**1-1-3- علامات البلوغ التي انفرد بها مذهب دون آخر:** وتتمثل فيما يلي:

**1-1-3-1- ما انفرد به المالكية:** أضاف المالكية لعلامات البلوغ سالفه الذكر علامات أخرى هي نتن الإبط وفرق الأرنبة وغلظ الصوت.<sup>3</sup>

**1-1-3-2- ما انفرد به الشافعية:** أضاف الشافعية فيما خص الذكر نبات الشعر الخشن للشارب ونتوء الحلقوم وثقل الصوت، والأنتى نهود الثدي، وهذه العلامات في المذهب محل خلاف، ورجح الإمام النووي في روضة الطالبين وعمدة المفتين أن الأصح في المذهب أنها لا تعد شيئا.<sup>4</sup> والراجح أن هذه العلامات يعتد بها فقط إذا لم تظهر العلامات المتفق عليها. وفي غياب العلامات الطبيعية يعمل الفقهاء بضابط السن وهو ما نتناوله كالاتي:

**1-2-2- البلوغ بالسن:** اختلف الفقهاء حول هذه السن كالاتي:

**1-2-1- المذهب الحنفي:** قال أبو حنيفة بأن البلوغ بالنسبة للذكر هو ثماني عشرة سنة وللأنثى سبعة عشر مستدلا بتفسير ابن عباس لقوله تعالى في سورة الإسراء: ﴿رَبُّوْا مَالَ

<sup>1</sup> - الخطيب الشرييني، المرجع السابق، ج2، ص297.

<sup>2</sup> - موفق الدين بن قدامة، الكافي، ج3، ص257؛ موفق الدين بن قدامة، المغني، ج6، ص597.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية الكويتية، المرجع السابق، ج8، ص190؛ الدسوقي، نفس المرجع، ج2، ص290.

<sup>4</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، نفس المرجع، ج8، ص190؛ محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، ص179.

الَّتِي إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣٤﴾<sup>1</sup>، فأشد الصبي ثماني عشرة سنة، ولأن الأنثى تبلغ عادة قبل الذكر أنقص لها عاما فجعل سن بلوغها سبعة عشر.

أما الصحبان أبو يوسف ومحمد بن الحسن فقد قالوا أن البلوغ يكون بتمام سن الخامسة عشر للذكر والأنثى على حد سواء، واستدلوا في ذلك بحديث ابن عمر رضي الله عنهم الذي قال فيه أنه عرض على رسول الله ﷺ يوم غزوة أحد وكان ابن أربعة عشر فلم يجزه فلما عرض عليه يوم غزوة الخندق وهو ابن خمسة عشر أجازته.<sup>2</sup>

**1-2-2- المذهب المالكي:** للمالكية قولان، القول الأول خمسة عشر سنة للذكر والأنثى معا وهو اختيار ابن وهب استنادا إلى حديث ابن عمر المذكور أعلاه، والقول الثاني وهو الأشهر ثمانية عشر سنة للذكر والأنثى على حد سواء.<sup>3</sup>

**1-2-3- في المذهب الشافعي والحنبلي:** اختار كلا المذهبين سن الخامسة عشر كسن للبلوغ الجسمي لمن لم تظهر عليه علامات البلوغ قبل ذلك.<sup>4</sup>

ومن خلال الآراء السابقة نجد أن الرأي الراجح فقها هو اعتبار سن الخامسة عشر السن المحدد للبلوغ الجسمي لمن لم تظهر عليه علامات البلوغ الطبيعية.

**2- الرشد:** اختلف الفقهاء في معنى الرشد، والمعيار الذي يعد على أساسه الشخص راشدا، هل هو الصلاح في المال فقط أم لا بد من الصلاح في الدين أيضا؟

**1-2- معنى الرشد:** قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة بأن الرشد هو حفظ المال وحسن التصرف فيه أو ما يعرف بالصلاح في المال، بغض النظر عن صلاح الإنسان في دينه، ويكون ذلك عندهم بتوافر القدرة لدى الإنسان بعد البلوغ على إدارة المال واستثماره

<sup>1</sup> - سورة الإسراء، الآية 34.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص442، وحديث ابن عمر رواه مسلم، كتاب الإمارة باب بيان سن البلوغ، الحديث رقم 1868، صحيح مسلم، المرجع السابق، ج3، ص1490.

<sup>3</sup> - الخطاب الرعيني، المرجع السابق، ج5، ص430؛ فريد عبد العزيز الجندي، المرجع السابق، ج2، ص69.

<sup>4</sup> - الكهوجي، المرجع السابق، ج2، ص186؛ محمد سليمان عبد الله الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، ج2، ص198.

وحفظه وإصلاحه والتصرف فيه على وجه حسن. أما الشافعية فالرشد عندهم هو إصلاح الدين والمال معا، وإصلاح الدين بأن يكون عدلا وشهادته جائزة، ولم يرتكب ما تسقط به العدالة من معاص. وإصلاح المال يكون بحفظ المال عن التبذير، حيث يقولون أن الرشد هو الحلم والعقل والوقار، وهو ما لا يجتمع إلا لمن كان مصلحا لدينه وماله معا.<sup>1</sup>

والراجح هو قول الجمهور، لأن قول الشافعية يؤدي إلى حرج شديد لاحتمال الحجر على العديد من الناس، وهو ما لا يستقيم معه بحال الحفاظ على الأموال ونشاط تداولها.

**2-2-2- وقت الرشد وكيف يعلم به:** جعل الفقهاء الرشد أساسا لانتهاة الولاية على المال، حيث لا يكفي البلوغ الطبيعي بل لا بد من اجتماع البلوغ مع الرشد، فالأول مقدمة الثاني وعلامة وجوب ترقبه، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَأَبْتَلُوا أَلْيَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... ﴾.<sup>2</sup> والرشد المالي قد يقترن بالبلوغ الجسمي وقد يفترق عنه باختلاف أحوال الأولاد والأوساط التي يتربون فيها.<sup>3</sup> وهو ما سنراه كالاتي:

**2-2-2-1- كيف يعرف الرشد:** يعرف الرشد لدى الفقهاء بالاختبار، وهو تجربة المحجور عليه بما يتبين به رشده وقدرته على حفظ ماله وصونه وحسن التصرف به.<sup>4</sup> ونتطرق لأقوال الفقهاء فيه كالاتي:

**2-2-2-1- المذهب الحنفي:** لم أقف للحنفية في كتبهم التي توفرت لدي على قول بيّن حول اختبار الصبي وكيفية، ما عدا ما ورد في مجلة الأحكام العدلية في المادة 968 والمادة

---

<sup>1</sup>-وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، جزآن، ط3، (دمشق، سوريا: دار الفكر، 2012)، ج2، ص295؛ محمد نعيم محمد هاني ساعي، موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي، جزآن، ط2، (القاهرة، مصر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 2007)، ج2، ص533؛ شهاب الدين القرافي، المرجع السابق، ج8، ص231؛ محمد سليمان عبد الله الأشقر، المرجع السابق، ج2، ص166؛ محي الدين النووي، المجموع، ج13، ص28.

<sup>2</sup>- سورة النساء، الآية6؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص443.

<sup>3</sup>- الموسوعة الفقهية الكويتية الكويتية، المرجع السابق، ج2، ص214؛ فمن البديهي اعتبار هذا الاختلاف، فهناك من تعود على ولوج الأسواق منذ صغره أو مارس التجارة مع أبيه من الصغر وهناك من لم يخبر من ذلك شيئا.

<sup>4</sup>- عبد الكريم زيدان، المفصل، ج10، ص275؛ محمد أبو زهرة، زهرة التفاسير، د.ط، (القاهرة، مصر: دار الفكر العربي، د.س.ن)، ص1595.

981، حيث جاء في المادة 968: (للولي أن يسلم الصبي المميز مقدارا من ماله ويأذن له بالتجارة لأجل التجربة فإذا تحقق رشده دفع وسلم إليه باقي أمواله)، في حين جاء في المادة 981: (لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصغير ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني فإذا تحقق كونه رشيدا تدفع إليه أمواله حينئذ).<sup>1</sup>

**2-2-1-2- المذهب المالكي:** جاء في تفسير ابن العربي وتفسير القرطبي أن الاختبار يكون بأمرين، الأول تأمل الصغير والحديث معه في حاجاته فقد يتبين من خلال ذلك نجابته، فإن رؤي منه ذلك كان الأمر الثاني بتمكينه من بعض ماله والنظر في تصرفاته فإن نماه وأحسن النظر فيه فقد وقع الاختبار ويسلم إليه ماله إن كان بالغا.<sup>2</sup>

**2-2-1-3- المذهب الشافعي:** قال الشافعية أن الولي سواء كان الأب أو غيره يختبر من تحت ولايته بطرق مختلفة باختلاف مراتبهم وهل هو صبي أم صبوية، فيختبر ابن التاجر بتركه يبيع ويشتري ويفاوض التجار في الأسواق، وابن الفلاح والمزارع يختبر بأعمال الفلاحة وتسيير أمور الزراعة وتسويق الثمار والمحاصيل والقيام على شؤون من يعملون معه أو عنده، أما البنت فتختبر في شؤون البيت وتسييره وضربوا مثلا لذلك الغزل والنسيج والطبخ، واشتروا تكرار الاختبار أكثر من مرة.<sup>3</sup>

وفصل الشافعية في كيفية إبرام الصبي للعقد، فإما أن يكتفي بالمماكسة والمساومة، فإن حان وقت إبرام العقد ناب عنه وليه، وإما أن يبرم عقوده منفردا ولا ضمان على الولي حينئذ إذا

---

<sup>1</sup> - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 4 أجزاء، طبعة خاصة (الرياض، السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 2003)، ج2، ص681 وص847.

<sup>2</sup> - ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، 4 أجزاء، ط3 (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003)، ج1، ص418؛ القرطبي، المرجع السابق، ج6، ص60.

<sup>3</sup> - القليوبي وعميرة، شهاب الدين بن أحمد بن أحمد بن سلامة وشهاب الدين أحمد البرنسي، حاشيتان على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلى على منهاج الطالبين للإمام النووي، جزءان، ط3، (مصر، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1956)، ج2، ص301.



أُتلف الصبي المال المدفوع إليه للاختبار، وأضاف الشافعية وجوب اختبار الصبي في دينه، ويكون ذلك من حيث تجنبه للمعاصي ومصاحبة أهل الخير والصالح.<sup>1</sup>

**2-2-1-4- المذهب الحنبلي:** قال الحنابلة أن الاختبار يختلف باختلاف الأشخاص لأن العرف يقتضي ذلك، فابن التاجر يختبر بتكرار البيع والشراء دون غبن، وابن الكاتب يختبر بأن يستوفي على وكيله فيما وكل فيه، وأما الفتاة فتختبر بشراء القطن للغزل ولوازم الحياكة والخياطة، ويضاف إلى هذا حفظ ما في اليد من الضياع.<sup>2</sup>

**2-2-2- وقت الاختبار:** بخصوص وقت الاختبار ففيه التفصيل الآتي:

**2-2-2-1- المذهب الحنفي:** يرى الأحناف أن الاختبار يكون قبيل البلوغ لا بعده.<sup>3</sup>

**2-2-2-2- المذهب المالكي:** للمالكية قولان، الأول يرى أن الاختبار يكون بعد البلوغ، لأنه مرتبط ببايناس الرشد، ولا يمكن التحقق منه إلا بعد البلوغ، لظاهر قوله تعالى: {..فَإِنْ ءَأَنْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ..}، والقول الثاني الذي رجحه اللخمي، فيقول أن الاختبار قبل البلوغ لأن الفاء في قوله تعالى: {..فَإِنْ ءَأَنْتُمْ..} هي للاشتراط لا للتعقيب.<sup>4</sup>

**2-2-2-3- المذهب الشافعي:** للشافعية قولان، الأول يقول بالاختبار بعد البلوغ والثاني يقول بالاختبار قبل البلوغ والأصح عندهم هو القول الثاني.<sup>5</sup>

**2-2-2-4- المذهب الحنبلي:** في المسألة روايتان، الأولى تقول بوجود وقوع الاختبار قبل البلوغ واستمراره حتى إذا حصل البلوغ يكون قد عرف رشد الصبي من سفهه، فإما يسلم ماله إليه أو يستمر الحجر عليه. وذلك لظاهر الآية في قوله تعالى: {وَأَبْتَلُوا أَلْيَسَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَأَنْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشَدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...}. حيث أن الله تعالى مدَّ اختبارهم إلى

<sup>1</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، ص181؛ الكهوجي، المرجع السابق، ج2، ص189.

<sup>2</sup> - ابن المنجي، المرجع السابق، ج2، ص651.

<sup>3</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج24، ص162.

<sup>4</sup> - اللخمي، المرجع السابق، ج10، ص5590.

<sup>5</sup> - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، ص181.

البلوغ بلفظ (حتى) فذلك دليل على أن الاختبار قبله. والرواية الثانية تقول بالاختبار بعد البلوغ، ورجح المرداوي الرواية الأولى وقال بأنها المذهب بلا خلاف.<sup>1</sup>

**2-3- وجوب الإشهاد على الرشد:** اختلف الفقهاء حول هذه المسألة كالتالي:

**2-3-1- المذهب الحنفي:** ذهب الحنفية إلى أن الرشد لا يحتاج إلى إسهاد ولا إلى حكم قاض سواء كان النائب الشرعي هو الأب أو الوصي أو المقدم من قبل القاضي، وذلك لأن الله سبحانه في قوله: { وَأَبْتَلُوا أَلْيَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... }<sup>2</sup>. لم يشترط الإسهاد على ذلك فيما يخص الصبي.<sup>2</sup>

**2-3-2- المذهب المالكي:** بالنسبة للمالكية إذا كان النائب الشرعي هو الأب فالحجر ينفك تلقائياً ولا يحتاج إلى أي إجراء أو إسهاد بفك الحجر، لأنه حجر أصلي لم يقع بتتصيب أو إسهاد من أحد، فلا يحتاج في انتهائه ما لم يحتج في ابتدائه، أما في حالة الوصي أو المقدم فلا بد من إسهاد بفكهما الحجر عن الصبي وإلا تولى القاضي المسألة.<sup>3</sup>

وزاد المالكية بخصوص المرأة أن تتزوج ويمر عليها في بيت زوجها مدة بعد أن يدخل بها مع شهادة عدول لصالحها بحسن التصرف والصلاح في المال.<sup>4</sup>

**2-3-3- المذهب الشافعي:** للشافعية قولان الأول موافق للمالكية، والثاني يميز بين إن كان الولي هو الأب والجد فلا حاجة لحكم من القاضي أما غيرهما فهو محتاج لذلك.<sup>5</sup>

**2-3-4- المذهب الحنبلي:** الحنابلة في المشهور عندهم أن الحجر يزول بزوال سببه دون حاجة إلى حكم القاضي بذلك.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> -موفق الدين بن قدامة وشمس الدين بن قدامة والمرداوي، المرجع السابق، ج3، ص366.

<sup>2</sup> -سورة النساء، الآية6؛ الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص92 وهامش الصفحة 91.

<sup>3</sup> -الصادق الغرياني، المرجع السابق، ج3، ص661؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص479.

<sup>4</sup> -برهام الدميري، الشرح الصغير على مختصر خليل، ص1637.

<sup>5</sup> -العمري الشافعي، البيان، ج6، ص228.

<sup>6</sup> -موفق الدين بن قدامة، المغني، ج6، ص594.

ويتضح من خلال ما سبق أن الفقهاء يكادون يجمعون على أن الحجر على الصغير ينتهي بمجرد إيناس الرشد منه بعد بلوغه، إلا قولاً للمالكية بإلزام حكم القاضي.

**3- ترشيد القاصر:** حرصت الشريعة الإسلامية على حماية المحجور عليه ولذلك سمحت للنائب الشرعي برد التصرفات الصادرة منه التي يتبين له ضررها، ولأن القاصر لا بد أن يكبر وتنتهي سلطة النائب الشرعي عليه كان لا بد من إعداده للخروج من نظام النيابة الشرعية حتى لا يضيع ما ظل النائب الشرعي يحفظه وينميها طيلة مدة نيابته، فقرر الفقهاء مفهوم الإذن بالتجارة قصد تمكين القاصر من الخبرة في إدارة أمواله والاتجار بها.<sup>1</sup> ونتناول مسائل الترشيد أو الإذن بدءاً بالتعريف ثم أقوال الفقهاء فيه وأخيراً آثاره وكيفية سحبه.

**3-1- تعريف الترشيد:** يمكن تعريف الترشيد أنه: "نظام يهدف إلى امتحان القاصر وتمرينه والتوسيع عليه في موارد رزقه وذلك بإمضاء تصرفاته المأذون له فيها من غير توقف على إجازة أحد بعد ذلك" وأسسها الفقهاء على قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾، وغايته أن سعرف الولي حدود قدرة القاصر على التصرف، فإن وجده قد رشد أعطاه بقية ماله وإلا استمرت الولاية ما لم يظهر الرشد.<sup>2</sup>

**3-2- أقوال الفقهاء في الترشيد:** ونتطرق فيما يلي لأقوال الفقهاء في مسألة ترشيد القاصر (ويطبق ذات الحكم على السفية)، وذلك كالاتي:

**3-2-1- المذهب الحنفي:** أجاز الحنفية لمن يتولى أمر الصغير (والسفيه والمعتوه أيضاً) أن يأذن له في ممارسة بعض شؤون التجارة فتصبح تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر نافذة غير موقوفة على إجازة الولي لأن الإذن السابق كالإجازة اللاحقة في تصحيح التصرف.<sup>3</sup>

**3-2-2- المذهب المالكي:** للمالكية في المسألة قولان نقلهما الإمام القرافي في كتاب الذخيرة الأول يقول بعدم تسليم المال للصغير أو الإذن له بالاتجار ولو على سبيل الاختبار لما في

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 440.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 6؛ ليث عبد الأمير محمد رضا صباغ، النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة: دراسة مقارنة، ط1، (بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005)، ص 50؛ الموسوعة الفقهية الكويتية الكويتية، ج11، ص 193.

<sup>3</sup> - علي حيدر، المرجع السابق، ج2، ص 681، ليث عبد الأمير محمد رضا صباغ، نفس المرجع، ص 65

ذلك من إضرار به، وهو رأي مالك في المدونة، أما الرأي الثاني للمتأخرين من المالكية فيرى جواز دفع ماله له للاتجار به لما في ذلك من مصلحة.<sup>1</sup>

**3-2-3- المذهب الشافعي:** قال الشافعية بوجوب اختبار الولي للصغير بدفع المال والإذن له بالاتجار، حتى يعرف رشده من عدمه وهم لا يفرقون بين الترشيد ودفع المال للاختبار.<sup>2</sup>

**3-2-4- المذهب الحنبلي:** قال الحنابلة أن لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة، فينفك الحجر عنه فيما أذن له فيه فقط، ويصح إقراره بقدر ما أذن له.<sup>3</sup>

**3-3- آثار الترشيد والرجوع فيه:** فصل فقهاء الحنفية والحنابلة في أحكام الترشيد والإذن بالتصرف أكثر من فقهاء المالكية والشافعية الذين جعلوا الترشيد والإذن بالتصرف والاختبار الذي يعرف به الرشد شيئاً واحداً.

ويترتب على الترشيد أو الإذن بالتصرف أن يصبح للمأذون له ولاية التصرف على أمواله في ما أذن له فيه، وقال الأحناف أن الإذن لا يقبل التخصيص في حين قال الحنابلة بالزامية تخصيص الإذن وأنه لا يصح الإذن المطلق.<sup>4</sup>

فإذا اتضح إفساد المأذون له وعدم كفاءته فإنه يرجع في الإذن ولا تسلم له أمواله حتى يثبت رشده وهو ما يكون بالاختبار.<sup>5</sup>

**ثانياً: أسباب انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمحجور عليهم:** في هذا العنصر نرى كيف تنتهي النيابة الشرعية فيما يخص المحجور عليهم السابق ذكرهم وذلك على النحو التالي:

**1- المجنون والمعتوه:** المجنون والمعتوه تنتهي النيابة الشرعية عنهما في حال إفاقتهما من الجنون والعتة وهو ما كان محل إجماع من الفقهاء.<sup>6</sup>

<sup>1</sup>- شهاب الدين القرافي، المرجع السابق، ج8، ص 236.

<sup>2</sup>- الجويني، المرجع السابق، ج6، ص 445؛ العمراني الشافعي، المرجع السابق، ج6، ص 225

<sup>3</sup>- الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج2، ص 415.

<sup>4</sup>- الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص 145؛ البهوتي منصور، كشاف القناع، ج3، ص 158.

<sup>5</sup>- عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 432؛ محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة دار النهضة، ج2، ص 206.

<sup>6</sup>- الراجحي أحمد بن عبد الله، المرجع السابق، ص 204.

وبالإفاقة تنتهي الولاية على النفس لثبوت بلوغهما، أما في الولاية على المال فيفرق بين حال الجنون الأصلي وحال الجنون العارض، ففي حالة الجنون الأصلي الناشئ قبل البلوغ فإنه لم يخبر من المجنون رشده في المال فلا تكفي إفاقة من الجنون بل لا بد من التيقن من رشده، أما إذا كان ممن أصابه الجنون بعد البلوغ والرشد فإنه بمجرد إفاقة من الجنون يسلم له ماله ويعتبر رشيدا لسابق رشده.<sup>1</sup>

واختلف الفقهاء حول زوال الحجر على المجنون والمعتوه هل يحتاج إلى حكم من القاضي أم لا؟ على النحو التالي:

- 1-1- في المذهب الحنفي: لا خلاف أن المجنون ينفك الحجر عنه لمجرد الإفاقة.<sup>2</sup>
  - 1-2- في المذهب المالكي: فك الحجر على المجنون والمعتوه يكون فقط بحكم القاضي.<sup>3</sup>
  - 1-3- في المذهب الشافعي: قال الشافعية بأن الحجر على المجنون يفك لمجرد الإفاقة دون حاجة لحكم من القاضي، لأن الحجر لم يتم بحكم القاضي فلا حاجة إليه حين فكه.<sup>4</sup>
  - 1-4- في المذهب الحنبلي: الأصل في المذهب عدم وجوب حكم القاضي لرفع الحجر عن المجنون، فبمجرد الإفاقة يعتبر راشداً، ولكن يستحب استئذان القاضي حين تسليم المال له وإشهاده على رشد المجنون وإفاقة وذلك ليأمن النائب الشرعي أية تبعة.<sup>5</sup>
- 2- السفية وذو الغفلة: تنتهي الولاية على النفس بخصوصهما بمجرد البلوغ، وقد سبق وأن بينا أثر ذلك من حيث حكم الفقه في زواجهما وطلاقهما، أما الولاية على مالهما فلا تنتهي إلا بثبوت رشدهما وفق المعنى المعروف سابقاً. وأما حاجة فك الحجر عنهما لحكم القاضي فأقوال المذاهب فيه كانت كالتالي:

---

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص95؛ الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص293؛ الرافعي، المرجع السابق، ج5، ص67.

<sup>2</sup> - الكاساني، نفس المرجع، ج10، ص95.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، ج2، ص161.

<sup>4</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج4، ص182.

<sup>5</sup> - الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج2، ص405.

**2-1- المذهب الحنفي:** للحنفية قولان، الأول لأبي يوسف ويرى أن الحجر على السفية لا ينفك إلا بحكم القاضي لأنه حجر عليه بحكم القاضي، والقول الثاني لمحمد ويرى أن السفية لا يحتاج لحكم القاضي للحجر عليه، وبالتالي فلا يحتاج لحكم القاضي لفك الحجر.<sup>1</sup>

**2-2- المذهب المالكي:** المشهور في مذهب الإمام مالك أن فك الحجر على السفية وذو الغفلة لا يكون إلا بموجب حكم القاضي.<sup>2</sup>

**2-3- المذهب الشافعي:** للشافعية مثل الحنفية قولان، الأول يقول أن فك الحجر يجب أن يكون بحكم من القاضي لأنه معرفة السفه من عدمه أمر محل اجتهاد، أما القول الثاني وهو ما رجحه الرافعي فيرى أن الحجر ينفك بمجرد الرشد دون حاجة إلى حكم القاضي.<sup>3</sup>

**2-4- المذهب الحنبلي:** يرى الحنابلة أن الحجر على السفية وذو الغفلة ينفك عنهما بمجرد الرشد دونما حاجة إلى حكم القاضي، لأن الحجر ثبت من غير حكم القاضي فيزول بزوال سبب الحجر دون حاجة لحكم القاضي.<sup>4</sup>

ويظهر سلامة قول المالكية في أن الحجر لا يفك عن السفية وذو الغفلة إلا بحكم القاضي تفريعا على اشتراطهم حكم القاضي لصحة الحجر على السفية وذو الغفلة.

### ثالثا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود

تنتهي النيابة الشرعية عن الغائب والمفقود بأمرين متعلقين بهما وهما، الحكم بوفاتهما والثاني عودتهما حين وإن كان هذا قد يكون قبل الحكم بموتهما أو بعده.

**1- الحكم بموت الغائب أو المفقود:** نتناول في هذا العنصر أقوال الفقهاء في الكيفية التي يعتبر فيها المفقود ميتا ومدى حاجة ذلك إلى تدخل القاضي بحكم يعلن فيه المفقود ميتا، وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص96.

<sup>2</sup> - ابن بزيمة التونسي، المرجع السابق، ج2، ص1114.

<sup>3</sup> - الرافعي، المرجع السابق، ج5، ص74.

<sup>4</sup> - صالح الفوزان، المرجع السابق، ج3، ص415.

**1-2 في المذهب الحنفي:** يرى الأحناف أن المفقود يقضى بموته إذا مرت على غيابه فترة لا يبقى بعدها أحد من أقرانه حيا، وهو قول محمد، أما بقية فقهاء الحنفية مثل الطحاوي وأبي بكر الجصاص والحسن بن زياد، فقالوا أن المدة تحسب بالسنين، فقالوا أن يصل عمره 120 سنة وقالوا أن يصبح عمره 90 سنة والفتوى في المذهب على ذلك.<sup>1</sup>

ويترتب على الحكم بموت المفقود اعتباره ميتا من تاريخ الفقد بالنسبة لمال الغير فإذا كان قد حفظ له نصيب في تركة، رد نصيبه لمستحقه، ويعتبر ميتا من تاريخ الحكم بموته بالنسبة لماله فلا تقسم تركته إلا من تاريخ الحكم ولا يرثه إلا من كان حيا وقتها.<sup>2</sup>

**1-2-1 في المذهب المالكي:** لا يعتبر الشخص مفقودا لدى المالكية حتى يرفع أمره إلى القاضي، وفرقوا بين صور المفقود فيما تعلق بمدة تربيص زوجته والحكم بوفاته، كما يلي:

**1-2-1-1-1-1 المفقود في بلاد الإسلام:** يقوم القاضي بالبحث ومحاولة الكشف عنه بإرسال أوصافه وكل ما يفيد في العثور عليه، ويتصل بالقضاة والولاة في الأماكن التي يحتمل أنه مر عليها، وحين الفشل في العثور عليه، يحكم القاضي باعتباره مفقودا وتبدأ الزوجة فترة التربيص المقدره بأربع سنوات، وبانتهائها يعتبر المفقود ميتا وتعد زوجته عدة الوفاة.<sup>3</sup>

**1-2-2-1-2-2-1 المفقود في قتال فيما بين المسلمين:** في المذهب قولان، الأول يرى التربيص سنة واحدة بعد رفع الأمر للقاضي وبعدها تعدد الزوجة عدة الوفاة، ويقسم ماله على الورثة، والقول الثاني أن الزوجة تعدد مباشرة ويقسم ماله ابتداء من يوم المعركة، وقيل بعد المدة التي تكفي للانسحاب بعد انتهاء القتال، وإذا كان القتال في مكان بعيد كما بين القيروان واسبانيا فمدة التربيص سنة تعدد بعدها الزوجة عدة الوفاة وقيل العدة متضمنة في مدة السنة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، ج8، ص436؛ ابن مازة، المرجع السابق، ج5، ص456.

<sup>2</sup> - الجعلي المالكي، المرجع السابق، ج2، ص360؛ ابن مازة، المرجع السابق، ج5، ص456؛ عبد الله بن حمد بن ناصر الغطميل، مدة انتظار المفقود في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية معاصرة، (مكة المكرمة، السعودية، بحث مقدم للدورة الحادية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة المؤتمر الإسلامي)، ص14.

<sup>3</sup> - البغدادي، عبد الوهاب، المعونة على فقه أهل المدينة، ج1، ص550.

<sup>4</sup> - البرزلي، المرجع السابق، ج2، ص481 ابن يونس، المرجع السابق، ج10، ص626.

### 1-2-3- المفقود في قتال بين المسلمين والكفار: مدة التربص سنة من تاريخ رفع الزوجة

أمرها للقاضي، وبعد انقضاء مدة التربص تعدد عدة الوفاة ويقسم ماله على ورثته.<sup>1</sup>

### 1-2-4- المفقود في أرض الشرك (ومثله الأسير في بلاد الشرك): فلا يحكم بموته إلا

بالتعمير، فلا تعدد زوجته (ولها أن تطلب التطليق للغيبة) ولا يقسم ماله على ورثته إلا بعد

مرور مدة التعمير التي اختلف فيها بين السبعين والخامسة والسبعين والثمانين، وإن اختلفت

الشهادة حول سنه وقت اختفائه قضي بالسن الأصغر.<sup>2</sup>

### 1-3- في المذهب الشافعي: في القول القديم للشافعي تتربص المرأة أربعة سنوات من حكم

القاضي بذلك وبعد مرور المدة دون عودة المفقود يحكم القاضي بموته وتعد عدة الوفاة، أما

في القول الجديد للشافعي فإن المرأة لا تعدد حتى يثبت موت المفقود بالتعمير أي يتيقن موته أو

يتأكد طلاقه لها.<sup>3</sup>

### 1-4- في المذهب الحنبلي: يفرق الحنابلة بين من فقد في مهلكة أو كان بين أهله واختفى

وانقطع خبره وغلب ظن هلاكه، فهذا يرفع أمره للقاضي وتربص زوجته أربع سنوات ومن ثم

تعد عدة الوفاة، أما من فقد في غير ذلك كالمسافر في تجارة في حال تغلب فيها السلامة لا

يحكم بموته ولا تعدد زوجته إلا بالتيقن من موته.<sup>4</sup>

ويرى فقهاء الحنابلة المعاصرين أن يترك أمر المدة اللازمة للتربص لتقدير القاضي

حسب حالة كل مفقود، وهو رواية عن أحمد واختيار الشيخ عبد الرحمان السعدي.<sup>5</sup>

وبذلك ننهي أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية

وننتقل إلى أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالنايب الشرعي.

<sup>1</sup> - الجعلي المالكي، المرجع السابق، ج2، ص362.

<sup>2</sup> - الدميري بهرام، الشرح الصغير على مختصر خليل، ص1120.

<sup>3</sup> - الدميري الشافعي، المرجع السابق، ج8، ص155؛ الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص521.

<sup>4</sup> - موفق الدين بن قدامة، عمدة الفقه على مذهب الإمام أحمد، ص106.

<sup>5</sup> - عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، المرجع السابق، ج3، ص1448؛ عبد الله بن صالح الفوزان، المرجع السابق، ج4،

ص237.



## الفرع الثاني: أسباب الانتهاء المتعلقة بالنائب الشرعي

تتمثل الأسباب المتصلة بالنائب الشرعي في تنحيه عن أداء مهامه بمحض إرادته، كما قد يكون خارجا عن إرادته وذلك بتنحيته وعزله من طرف القاضي إذا وقع ما يبرر ذلك.

**أولا: الاستقالة أو التنحي:** وذلك بأن يطلب النائب الشرعي من القاضي إعفاءه من مهامه، فإذا كان النائب الشرعي هو الأب (والجد عند من يرى الجد نائبا شرعيا أصليا) فلا يقبل منه عذر للتنحي ما لم يثبت عجزه، لأن نيابته أصلية وهي حق له وواجب عليه.<sup>1</sup>

أما الوصي والمقدم فالفقهاء متفقون من حيث المبدأ على جواز تنحيهما عن أداء مهامهما، مع اختلاف حول شروط قبول التنحي أو الاستقالة، وذلك تبعا لاختلافهم حول رفض الوصي للوصاية من حيث كفيته وإمكانيته وتوقيته، وذلك على النحو التالي:

**1- المذهب الحنفي:** قال الحنفية أن للوصي (ومثله المقدم وهو لدى الحنفية وصي القاضي) أن يتنحي ولكن عليه أن يخطر القاضي ويستأذنه في ذلك، وذلك فيما تعلق بالوصي الذي قبل الوصاية وبدأ في مهامه ثم بدا له أن يتراجع، حيث رأوا أنه لا يصح منه ذلك لأن الموصي مات وهو معتمد عليه وفي تركه لمهامه تضييع لمصالح الموصى عليه.<sup>2</sup>

**2- المذهب المالكي:** تشدد المالكية في مسألة استقالة الوصي والمقدم حيث أوجبوا وجود عذر مقبول، ولم يجيزوا للقاضي قبول استقالته دون التثبت من العذر، واشتراطوا في العذر أن يكون من شأنه منع الوصي أو المقدم منعا تاما من القيام بمهامه بما يضر بمصالح المولى عليه، وأن يكون هذا العذر طارئا عليه بعد تولي مهامه، أما لو كان هذا العذر موجودا فيه قبل ذلك وقام بمهامه فلا يقبل العذر إلا إذا أثبت أنه لم يعد قادرا على المواصلة بسبب هذا العذر و/أو أنه قبل الوصاية استحياء من الموصي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - بوشمة خالد، نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، (الجزائر، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، خروبة، د.ت)، ص387؛ كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، د.ط، (الأسكندرية، مصر: منشأة المعارف، 2003)، ص38.

<sup>2</sup> - السمرقندي، المرجع السابق، ج3، ص218.

<sup>3</sup> - الخطاب الرعيني، المرجع السابق، ج6، ص621؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص455.

**3- المذهب الشافعي:** قال الشافعية أن الوصي تقبل استقالته إذا ضمن وجود من يخلفه ولم يكن في تخليه عن مهامه إضرار بمال القاصر والمحجور عليه، وهما شرطان متلازمان، فإذا لم يجد من يخلفه، أو أدرك أن تنحيه حتى في حال وجود البديل سيضر بمصلحة الموصى عليه فلا تقبل استقالته.<sup>1</sup>

**4- المذهب الحنبلي:** للحنابلة قولان، الأول يقضي بأن للوصي عزل نفسه متى شاء لأنه كالوكيل، والقول الثاني يرى أنه ليس للوصي عزل نفسه لا سيما بعد وفاة الموصي والبدء في أعمال الوصاية لأنه بذلك يكون قد غرر بالموصي وأضر بمصالح الموصى عليهم.<sup>2</sup>

وقول المالكية أحسن الأقوال خصوصا في الوقت الحالي، حيث لا يليق بحال ترك المجال للوصي والمقدم لترك مهامهما دون أن يكون لهما عذر قوي ولا بد أن يكون هذا العذر حماية مصلحة المولى عليهم لا غير ذلك.

**ثانيا: العزل أو التنحية:** عزل النائب الشرعي هو تنحيته عن مهامه بإسقاط صفة النائب الشرعي عنه بموجب حكم من القاضي إذا ما رأى توافر السبب الموجب لذلك. والعزل أو التنحية خلاف الاستقالة يطال كل نائب شرعي أبا كان أو جدا أو وصيا أو مقدا.<sup>3</sup>

وتتمثل أسباب العزل أساسا في اختلال الشروط الواجب توافرها في النائب الشرعي، حيث إذا فقد النائب الشرعي أحد الشروط اللازمة كأن أصيب بجنون أو عته أو سفه أو غفلة فحجر عليه تسلب منه الولاية، وكذا إذا فقد عدالته بأن صار فاسقا مضيعا لمصالح المولى عليه أو ارتد عن دين الإسلام.<sup>4</sup> وفيما يلي أقوال الفقهاء في مسألة عزل النائب الشرعي:

**1- المذهب الحنفي:** بالنسبة للأب والجد فقد بينا أن الحنفية جعلوهما ثلاث مراتب، الأب العدل والأب مستور حال والأب المضيع وهذا الأخير هو الذي تسلب ولايته على أبنائه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - البجيرمي، المرجع السابق، ج4، ص76.

<sup>2</sup> - ابن المنجي، المرجع السابق، ج3، ص299.

<sup>3</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص458.

<sup>4</sup> - خالد بوشمة، المرجع السابق، ص381.

<sup>5</sup> - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة دار السلام، ج2، ص1049.

أما الوصي فنجد أن الحنفية يميزون بين الوصي المختار ووصي القاضي، فالوصي المختار إذا كان عدلاً كفؤاً فلا يعزل والوصي العدل غير الكفء لا يعزل وإنما يضم إليه غيره ولكن إذا عزل القاضي انعزل، أما الوصي غير العدل والمضيع فيعزله القاضي وجوباً، أما وصي القاضي فإن القاضي يعزله متى رأى لزوم ذلك لأنه هو من عينه.<sup>1</sup>

**2- المذهب المالكي:** لم ينص المالكية هل يعزل الأب أم لا؟ أما الوصي وفي حكمه المقدم فقررُوا أنه يعزل لفسقه، وهو الفسق الطارئ بعد توليه الوصاية أو التقديم.<sup>2</sup>

**3- المذهب الشافعي:** قال الشافعية بأن النائب الشرعي أياً كان، إذا فسق سلبت منه الولاية، وتعود ولاية الأب والجد لو عادت عدالتهما لوفور شفقتهما ولأن ولايتهما أصلية دون تفويض، أما الوصي والمقدم فلا تعود لهما الولاية ولو زال فسقهما لأن ولايتهما مستمدة من تفويض القاضي فلا بد من تفويض جديد. أما في حالة عدم مقدرة النائب الشرعي على القيام بمهامه فإن الشافعية لا يرون عزل الأب والجد ووصيهما بل على القاضي تعيين من يساعدهم، في حين يعزل القاضي مقدمه لمجرد اختلال قدرته على أداء مهامه.<sup>3</sup>

**4- المذهب الحنبلي:** لم يتطرق الحنابلة لعزل الأب، أما الوصي والمقدم، فقالوا بأنه إذا فسق الوصي أو جن أو سفه أو ارتد عزله القاضي وعين أميناً من قبله، أما إن أصابه ضعف واختلال في قدرته أو بدر منه ما يثير الريبة عين القاضي أميناً ليساعده.<sup>4</sup> ولا يوجد ما يمنع من تطبيق ذات الأحكام على الأب ما دام الهدف الأساسي هو حفظ نفس القاصر والمحجور عليه وماله من التلف والضياع.

---

<sup>1</sup> - عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 290؛ السمرقندي، المرجع السابق، ج 3، ص 216.

<sup>2</sup> - الديميري بهرام، الشرح الصغير على مختصر خليل، ص 2531.

<sup>3</sup> - أبو البقاء الديميري، المرجع السابق، ج 6، ص 329؛ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، ص 103.

<sup>4</sup> - موفق الدين بن قدامة، المغني، ج 8، ص 556.

### الفرع الثالث: السبب المشترك بين النائب الشرعي والمولى عليهم

السبب المشترك بين النائب الشرعي والمولى عليهم الذي تنتهي به النيابة الشرعية هو الوفاة. والوفاة إما أن تكون طبيعية بالموت الحقيقي، وإما أن نكون أمام موت اعتباري حكمي وهي حالة المفقود الذي يحكم بموته، كما يعتبر الفقد في حد ذاته سببا منهيًا للنيابة الشرعية. **أولاً: الموت الطبيعي أو الوفاة الحقيقية:** الموت الحقيقي هو أمر مادي محسوس، وهو النهاية الطبيعية لكل إنسان، وقد تم تعريفه عدة تعريفات، ومن أفضلها ما أورده الموسوعة الفقهية الكويتية: (مفارقة الروح للجسد على وجه الحقيقة واليقين ويعرف بالمشاهدة ويثبت بإقامة البيئة عليه أمام القضاء).<sup>1</sup>

والموت ينهي النيابة الشرعية فإذا كان المتوفى هو النائب الشرعي يترتب على موته انتقال الولاية المترتبة عن النيابة الشرعية إلى من يليه في المرتبة.<sup>2</sup>

فحين يموت الأب تنتقل النيابة الشرعية لوصيه (عند الحنفية والمالكية والحنابلة) وإلى الجد (عند الشافعية)، فإن لم يوجد وصي للأب انتقلت الولاية للجد عن الحنفية وإلى الحاكم (القاضي) لدى المالكية والحنابلة، في حين إذا لم يوجد جد بعد الأب عند الشافعية تنتقل لوصي الأب أو الجد فإن لم يوجد فالحاكم (القاضي)، وذلك وفق الترتيب الذي ذكرناه في موضعه في الفصل الثاني من الباب الأول من البحث.

أما حين يموت القاصر أو المحجور عليه فالنيابة الشرعية تنتهي تماماً، وتقسّم أمواله على الورثة المستحقين لها.<sup>3</sup> دون أن يمس ذلك بما يقع من محاسبة بين النائب الشرعي وورثة القاصر أو المحجور عليه.

**ثانياً: فقدان الموت الحكمي:** سبق بيان المقصود بالغائب والمفقود في الباب الأول من البحث، أما المقصود بالموت الحكمي هو أن الشخص لا يكون ميتاً يقيناً وإنما يكون في حكم

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج39، ص254.

<sup>2</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص465.

<sup>3</sup> - عبد السلام الرفعي، نفس المرجع، ص467.

الميت، وذلك بأن تكون قرينة وفاته غالبية على قرينة حياته، وفي أحكام الفقه الإسلامي يصبح الشخص في هذه الوضعية حال فقده.

**3-1- حالة فقد القاصر أو المحجور عليه والحكم بموتهم:** خلال مدة التبرص، تنتقل الولاية على المال للقاضي لأنه هو من يتولى أمر أموال المفقودين، وله أن يعين من قبله من يدير أموال القاصر أو المحجور عليه المفقودين.

ولكن ألا يمكن القول ببقاء النيابة الشرعية على حالها إلى غاية نهاية مدة التبرص وإعلان وفاة المفقود وتقسيم أمواله على ورثته؟ هذا الأمر متعذر جدا، لأن الشخص القاصر أو المحجور عليه إذا فقد لا نعلم حاله، هل رشد أم لم يرشد، خصوصا وأن مدة التبرص في بعض المذاهب طويلة حد التعمير، وبالتالي لا يمكن الإبقاء على النيابة الشرعية وإنما يتولى القاضي أو من يعينه إدارة شؤون أموال المفقود حتى يحكم بوفاته. والذي يؤيد هذا القول كذلك أنه لو رجع المفقود بعد الحكم بموته وتوزيع أمواله، تطبق عليه أحكام المفقود أولا قبل النظر في أهليته ومدى بقائه خاضعا لنظام النيابة الشرعية.

فإذا انتهت مدة التبرص وحكم بموت القاصر أو المحجور عليه المفقود فإنه تقسم تركته بين ورثته فإن عاد حيا فيعود محجورا عليه حتى يتبين رشده.

**3-2- حالة فقد النائب الشرعي:** في هذه الحالة تنتهي النيابة الشرعية بالنسبة للشخص المفقود بمجرد إعلان فقده، فإن كان المفقود هو الأب تنتقل النيابة الشرعية للوصي إن وجد، وإلا فهي للمقدم الذي يعينه القاضي عند المالكية والحنابلة وللجد عند الحنفية والشافعية.

فإن عاد النائب الشرعي المفقود أو المحكوم بموته هل يستعيد ولايته؟ نفرق بين الأب والجد عند من يرى الجد وليا شرعيا، فهذان تعود لهما النيابة الشرعية على من كان تحت ولايتهما إن رجعا ولا يزال المولى عليه قاصرا أو محجورا عليه، وأما الوصي والمقدم فلا تعود إليهما الولاية على القاصر والمحجور عليهما.

وننتقل في المطلب الموالي لنرى أسباب انتهاء النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

## المطلب الثاني:

### أسباب انتهاء النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

وفق التقسيم الذي تناولناه في المطلب السابق سيتم التطرق في هذا المطلب لأسباب انتهاء النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة بدءا بالأسباب الخاصة بالأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية (الفرع الأول)، ومن ثم الأسباب الخاصة بالنائب الشرعي (الفرع الثاني) وأخيرا السبب المشترك بينهما (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية:**

نتناول أولا أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالقصر والمحجور عليهم، ومن ثم أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالغائب والمفقود.

#### أولا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالقاصر والمحجور عليهم:

نتناول في العنصر الأول انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للقاصر وفي العنصر الثاني نتناول انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمحجور عليهم.

**1- انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للقاصر:** لم يتطرق المشرع الجزائري للبلوغ الجسمي ولم يرتب عليه أثرا، حيث تنتهي النيابة الشرعية بالنسبة للقاصر حين يصل سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه، سواء فيما تعلق بالولاية على المال أو بالولاية على النفس المتمثلة في سن أهلية الزواج والتي تم توحيدها مع سن الرشد المدني وجعلها 19 سنة للذكر والأنثى على حد سواء منذ فبراير 2005.<sup>1</sup>

وقد أورد المشرع الجزائري استثناءات عديدة على سن الرشد عبر نظام الترشيح في صوره المختلفة، وعليه نتناول أولا سن الرشد ثم نتناول الاستثناءات الواردة عليه كآتي:

<sup>1</sup> - المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري (القانون 84-11) المعدلة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 20/02/2005.

**1-1- الرشد المدني:** كما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري جعل بلوغ الشخص سن التاسعة عشر نهاية للولاية على النفس والولاية على المال معاً<sup>1</sup>، ولكن حتى يصبح الشخص كامل الأهلية لممارسة حقوقه المدنية، لا بد أن يستوفي شرطين آخرين الأول هو أن يكون الشخص متمتعاً بقواه العقلية والثاني هو أن لا يكون محجوراً عليه.

غير أن المشرع افترض توفر هذين الشرطين في كل شخص أتم التاسعة عشر من عمره ولم يكلفه عناء إثبات لك وإنما على من يدعي خلاف هذا أن يثبته.

وهو ما نصت عليه المادة 78 من القانون المدني بقولها أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته ما يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها.<sup>2</sup>

وبهذا فإن النائب الشرعي الذي يجد القاصر الذي في ولايته مصاباً بإحدى عوارض الأهلية يطلب من قاضي شؤون الأسرة الحكم بالحجر على القاصر واستمرار النيابة الشرعية. ولكن إذا بلغ القاصر سن الرشد عاقلاً ثم أصيب بالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، فإن الطلب يقدم من أحد الأقارب أو كل ذي مصلحة، أو من النيابة العامة على النحو الذي فصلناه في موضعه من هذا البحث.<sup>3</sup>

أما القوانين العربية محل المقارنة فنجد سن الرشد 18 سنة ميلادية في القانون المغربي، التونسي، الموريتاني، والليبي.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - هذا الأمر لم يتجسد حقيقة إلا منذ تعديل سنة 2005 لقانون الأسرة حين جعل المشرع الجزائري سن اكتمال أهلية الزواج هو بلوغ الرجل والمرأة 19 سنة، لأنه قبل ذلك كانت لا تكتمل أهلية الرجل للزواج إلا ببلوغ 21 سنة والفتاة 18 سنة، وبذلك فقد كان المشرع يفرق بين الولاية على المال والولاية على النفس من حيث سن الرشد والخروج من الولاية.

<sup>2</sup> - زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص 127.

<sup>3</sup> - المادة 102 من قانون الأسرة؛ بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 63.

<sup>4</sup> - المادتين 209 و 210 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 7 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 15 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني؛ المادة 9 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي؛ المادتين 209 و 210 من مدونة الأسرة المغربية؛ الفصل 7 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 153 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 15 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني؛ المادة 9 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

بينما نجده في القانون الكويتي والقانون البحريني 21 سنة ميلادية والقانون الإماراتي جعلها 21 سنة قمرية.<sup>1</sup>

**1-2- الاستثناءات الواردة على سن الرشد في القانون الجزائري:** تأخذ هذه الاستثناءات صورا عديدة، بدءا من ترشيد القاصر للتصرف في أمواله وترشيده للتقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج، مروراً بترشيده لممارسة الأعمال التجارية وصولاً إلى ترشيده لإبرام عقد عمل فردي.

**1-2-1- ترشيد القاصر للتصرف في أمواله طبقاً لقانون الأسرة:** الهدف من ترشيد القاصر هو إعطاؤه الفرصة كي يتدرب على كيفية إدارة أمواله والتصرف فيها ريثما يبلغ سن الرشد عاقلاً. وقد نص المشرع الجزائري على الترشيح في قانون الأسرة حيث جاء في المادة 84 من قانون الأسرة أن للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف في أمواله جزئياً أو كلياً بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبطل ذلك.<sup>2</sup>

ومقتضى هذه المادة أن كل قاصر صار مميزاً طبقاً لأحكام القانون المدني ببلوغ 13 سنة يجوز أن يؤذن له بتسليم أمواله كلها أو جزء منها، ويتم ذلك بناء على طلب مدعم بالأدلة يقدمه من له مصلحة في أن يتولى القاصر إدارة أمواله، مثل أم القاصر إذا كانت الولاية عند أبيه بعد طلاقها والعكس صحيح، أو أحد أقارب القاصر لنزع الولاية عن أمه أو النيابة العامة إن بلغها تقرير النائب الشرعي وقدرة القاصر على تولي شؤونه، وإذا اقتنع القاضي بطلب الترشيح يصدر أمراً ولائياً بذلك يبين فيه حدود الترشيح.<sup>3</sup>

فإذا تم الترشيح فإنه يترتب عليه اعتبار القاصر راشداً في جميع التصرفات التي يبرمها في الأموال المسموح له بالتصرف فيها فلا يرد تصرفه من قبل الولي أو الوصي أو المقدم ولو كان ضاراً ضرراً محضاً، ورغم أن الأمر منطقي من الناحية القانونية إلا أنه لا يخلو من خطورة

---

<sup>1</sup> - المادة 95 من القانون المدني الكويتي؛ المادة 85 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادتين 171 و172 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 13 فقرة 1 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - سنقوقة سائح، المرجع السابق، ج1، ص 654

<sup>3</sup> - بن ملحّة الغوثي، المرجع السابق، ص 200؛ سنقوقة سائح، نفس المرجع، ج1، ص 654؛ المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



على القاصر وحمايته التي أولاها المشرع أهمية كبيرة، لأن القاصر يكون في سن حرجة قد تؤدي به إلى تصرفات طائشة تضر بأمواله ضررا كبيرا.<sup>1</sup>

ورغم أن المشرع لم يبين هل تبقى للنائب الشرعي سلطة على أموال القاصر المرشد، ولكن تحليل نص المادة 84 من قانون الأسرة يظهر أنه إذا كان الإذن على جميع الأموال فلا يبقى للنائب الشرعي سلطة، أما الإذن الجزئي فيبقى سلطة في حدود ما لم يؤذن فيه.

ولضمان حماية القاصر نص المشرع الجزائري على إمكانية أن يقوم القاضي بإلغاء الترشيد إذا تبين له ما يبزر ذلك كما لو تأكد تصرفات القاصر المرشد يترتب عنها خسائر فادحة أو أنها تتم بتواطؤ لصالح طرف خفي، ولكن المشرع لم يبين كيف يتم إخطار القاضي بذلك حتى يرجع في الإذن، والغالب أن الأمر يتم بطلب ممن له مصلحة أو النيابة العامة. وذلك بنفس الإجراءات التي منح بها الإذن.<sup>2</sup>

ويتضح بذلك أن الترشيد المقصود منه تكوين القاصر وإعداده لإدارة أمواله بعد الرشد، فهو يحمي أموال القاصر بطريقة وقائية حيث يضمن عدم تبديد هذه الأموال بعد الرشد نتيجة عدم اكتساب القاصر لسابق خبرة، على شريط أن يطبق هذا النظام بصورة جيدة، ولا يكون وسيلة تصفية حسابات بين من طلب الترشيد والنائب الشرعي أو طريقة للتحايل على أحكام النيابة الشرعية والوصول إلى أموال القاصر عن طريق القاصر نفسه.

أما القوانين العربية محل المقارنة؛ في القانون المغربي تنص المادة 218 فقرة 3 من مدونة الأسرة المغربية على ترشيد يسمح للقاصر الذي بلغ 16 سنة باكتساب الأهلية الكاملة على أمواله في إدارتها والتصرف فيها، ولكن تبقى الولاية على النفس قائمة، ويقدم طلب الترشيد من طرف القاصر نفسه بعد بلوغه 16 سنة أو من طرف النائب الشرعي إن أنس رشد القاصر، والمحكمة لا تستجيب للطلب إلا إذا ثبت لها رشد القاصر بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المرجع السابق، ص 39.

<sup>2</sup> - المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - شهبون عبد الكريم، المرجع السابق، ج2، ص34

أما القانون التونسي فلم يفصل كالقانونين الجزائري والمغربي ولكنه نص عرضا على إمكانية الإذن بالتجارة للمميز ونص على أن تصرفات المأذون له لا يمكن له أن يفسخها بعد رشده لأنها صحيحة، والإذن قابل للتخصيص ليشمل فقط ما يتصل بما اختص فيه.<sup>1</sup>

والقانون الموريتاني نص على الترشيد في موضعين، الأول: مدونة الأحوال الشخصية حين أجاز تسليم الصبي المميز الذي بلغ 15 سنة جزءا من أمواله لإدارتها بغية تجربته إذا أنس منه حسن التصرف، بطلب يقدمه النائب الشرعي للقاضي، وفي حال امتناع النائب الشرعي عن الإذن للقاصر أن يصدر الإذن من تلقاء القاضي وله إلغاء الإذن أيضا.<sup>2</sup>

ويعتبر المأذون له بالتصرف في حالة أهلية كاملة في حدود الإذن وله أهلية التقاضي في ذلك، وللنائب الشرعي أن يسحب الإذن بنفس الطريقة التي منح بها.<sup>3</sup>

والموضع الثاني في قانون الالتزامات والعقود، حين نص على الإذن للصبي بالاتجار، واعتبر تصرفات الصبي المأذون له إذنا صحيحا تصرفات صحيحة في حدود الإذن، ويجوز في أي وقت بإذن من المحكمة، وبعد سماع أقوال القاصر إلغاء الإذن، ولا يكون لهذا الإلغاء أثر بالنسبة إلى الصفقات التي شرع فيها القاصر قبل حصول الإلغاء.<sup>4</sup>

كما نص القانون الليبي على الإذن للقاصر الذي بلغ من العمر 15 سنة بالتصرف في أمواله إننا مطلقا أو مقيدا بإذن من المحكمة المختصة بطلب من الولي أو الوصي إذا أنسا من القاصر حسن التصرف، ويكون للقاصر أهلية كاملة فيما أذنه فيه ويلتزم بتقديم حساب سنوي عن تصرفاته مع الأخذ برأي الولي أو الوصي عند الاقتضاء. وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من النيابة العامة وكل ذي مصلحة إلغاء الإذن أو الحد منه، إذا حدث ما تستدعي ذلك كتقصير القاصر المرشد في تقديم الحساب أو قيامه بالإضرار بذمته المالية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - الفصل 11 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

<sup>2</sup> - المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

<sup>3</sup> - المادتين 170 و 171 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

<sup>4</sup> - المادتين 29 و 30 من القانون المدني الموريتاني.

<sup>5</sup> - المواد 6 و 7 و 8 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

وفي القانون الليبي يجوز الإذن للقاصر الذي بلغ 15 سنة للتصرف في أمواله إننا مطلقا أو مقيدا من المحكمة المختصة بطلب من الولي أو الوصي إذا أنسا من القاصر حسن التصرف، ويصبح للقاصر أهلية كاملة فيما أذن له، ويلتزم بتقديم حساب سنوي عن تصرفاته مع الأخذ برأي الولي أو الوصي عند الاقتضاء. وللمحكمة تلقائيا أو بطلب من النيابة العامة وكل ذي مصلحة أن تلغي الإذن أو تحد منه وذلك في حالة قيام أسباب تستدعي ذلك كتقصير القاصر المرشد في تقديم الحساب أو قيامه بتصرفات من شأنها الإضرار بذمته المالية.<sup>1</sup>

بالمقابل نص القانون الكويتي أن الترشيح إذن يقدمه الولي أو الوصي للقاصر الذي بلغ 18 سنة وأنس منه حسن التصرف، يكسب المأذون أهلية كاملة في حدود الإذن، ولكن هذه الأهلية لا تسمح له بإبرام عقد تأجير ماله لمدة تتجاوز سنة. ويتم الإذن بموجب إسهاد لم يحدد القانون شكله أو من ينشؤه، وغالبا ما يتم أمام المحكمة، وللولي أو الوصي سحب الإذن إذا ما رأى داعيا لذلك، كما أن للقاصر إذا رفض وليه أو وصيه الإذن له بإدارة أمواله رفع الأمر للمحكمة لمنحه الإذن، فإن رفضت المحكمة فإنه لا يجدد الطلب قبل سنة من تاريخه رفضه.<sup>2</sup>

بينما يفرق القانون الإماراتي بين الولي والوصي فيما تعلق بالإذن، فالولي يأذن مباشرة لكل من بلغ 18 سنة، ولا تقبل المحكمة طلب القاصر حين يكون له ولي. أما الوصي فيقدم طلب الإذن إلى المحكمة. والمحكمة تقبل طلب القاصر الذي تجاوز 18 سنة لترشيده حين يكون نائبه الشرعي هو الوصي وامتنع عن الإذن له بشرط إيناس حسن التصرف.<sup>3</sup>

ويترتب عن الإذن أن يصبح القاصر كامل الأهلية فيما أذن له فيه، ولكن القاصر الذي أذن له الوصي ملزم بتقديم حساب دوري للمحكمة، وللمحكمة أو الوصي إلغاء الإذن أو تقييده وفق ما تقتضيه مصلحة القاصر المأذون له.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المواد 6 و7 و8 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>2</sup> - المواد 88-92 من القانون المدني الكويتي.

<sup>3</sup> - المادتان 166 و168 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>4</sup> - المادتان 167 و169 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

وتتميز المشرع الإماراتي بنصه في قانون المعاملات المدنية أن للمحكمة أن تسلم للسفيه وذي الغفلة أموالهما أو جزء منها لإدارتها، ونص على أن يحدد القانون ذلك. ولأن قانون الأحوال الشخصية لم ينظم ذلك فيسري عليهما حكم القاصر المميز الذي بلغ 18 عشر.<sup>1</sup>

أما القانون البحريني فيؤذن للقاصر الذي بلغ 18 سنة بالتصرف جزئياً أو كلياً في أمواله من طرف مجلس إدارة هيئة أموال القصر بعد سماع أقوال الولي أو الوصي ونفس الشيء بالنسبة للإذن بالاتجار، وللقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة، وأن يفى ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال. ولكن لا يجوز له أن يؤجر العقارات لمدة تزيد عن سنة ولا يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المجلس أو الولي أو الوصي فيما يملكه من ذلك. وللقاصر المأذون له في الاتجار أن يباشر تجارته وفقاً للحدود الصادر بها الإذن. وفي جميع الأحوال لا يجوز للقاصر المأذون له أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم شرعاً.<sup>2</sup>

وعلى القاصر المأذون له في الإدارة أو الاتجار أن يقدم حساباً سنوياً عن إدارته أو تجارته ما لم يحدد المجلس ميعاداً آخر لتقديم هذا الحساب. ويجوز للمجلس أن يأمر بإيداع المتوفر من دخله أحد المصارف ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منه.<sup>3</sup>

وإذا قصر المأذون له في الإدارة أو الاتجار في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده أو استمراره في الاتجار جاز للمجلس من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الإدارة أو أحد ذوي الشأن أن يحد من الإذن أو يسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 171 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المادتان 39 و40 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>3</sup> - المادة 41 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>4</sup> - المادة 42 من قانون الولاية على المال البحريني.

وللقاصر المأذون له أهلية التصرف فيما يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط، كما يكون القاصر المأذون له من قبل المجلس أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه.<sup>1</sup>

ويظهر الاتفاق بين القوانين العربية محل المقارنة في مسألة الترشيد، وأن الاختلاف يظهر في مسائل بسيطة لا تؤثر في معناه، والقانون الإماراتي أدق وأفضل مقارنة ببقية القوانين، ولعل القانون الجزائري كان أبسط لوضعه قواعد عامة تمنح القاضي سلطة أوسع.

### 1-2-2- الترشيح لأجل الزواج والتقاضي فيما يتعلق بحقوق عقد الزواج:

سبق وأن بينا حين التطرق لمسألة تزويج القاصر أن زواجه بترخيص القاضي يكسبه أهلية التقاضي فيما تعلق بحقوق الزوجية من حقوق والتزامات.<sup>2</sup>

ولكن ما هو المقصود بآثار عقد الزواج؟ هل هي فقط تلك الآثار المباشرة لانعقاد الزواج من نزاع حول الصداق أو النفقة كما يرى البعض أم يمتد إلى ما عداها من آثار أخرى كالطلاق وتوابعه على اعتبار الحق في الطلاق نتيجة لعقد زواج صحيح كما يرى البعض الآخر؟<sup>3</sup> بالنسبة للآثار المباشرة للزواج يشملها النص دون مناقشة، أما بالنسبة لفك الرابطة الزوجية فالمشروع حسم المسألة من خلال المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تستوجب رفع دعوى الطلاق من قبل الولي أو المقدم نيابة عن الزوج ناقص الأهلية. ونفس الحكم بالنسبة للحضانة والنفقة المترتبة عنها لأنها حقوق مترتبة عن الطلاق فيسري عليها ما يسري عليه، لأن أهلية التقاضي الممنوحة للقاصر بسبب الزواج تنتهي بانتهائه.

وفي هذه المسألة اختلفت القوانين العربية محل المقارنة، وقد سبق بيان الحكم الخاص بها في الفصل السابق، فمن القوانين من سار على نهج المشرع الجزائري ومنح للقاصر الذي تم تزويجه أهلية التقاضي في ما تعلق بآثار الزواج، وتمثلت في القانون المغربي والقانون الليبي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المادة 43 والمادة 45 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 61.

<sup>3</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، قانون الأسرة مفسرا مادة بمادة، ص 14؛ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 26.

<sup>4</sup> - المادة 22 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 6 من قانون أحكام الزواج والطلاق الليبي.

في حين خالف القانون التونسي والقانون الموريتاني والقانون الكويتي والقانون البحريني ولم ينصوا على هته المسألة، بينما نجد القانون الإماراتي ذهب لتفصيل أدق حين قال باكتساب الزوج لأهلية التقاضي في آثار الزواج ما عدا ما تعلق منها بالآثار المالية.<sup>1</sup>

**1-2-3- الترشيد لإبرام عقد العمل:** هذا النوع من الترشيد جاء بموجب نص قانوني ويسري بقوة القانون دونما حاجة إلى إذن من القاضي، حيث اعتبر المشرع الجزائري القاصر الذي بلغ أو تجاوز سن السادسة عشر أهلا لإبرام عقد العمل.<sup>2</sup>

ونجد نفس الحكم في القانون المغربي لكل من بلغ 15 سنة، بينما لم يتضمن النظام الأساسي للوظيفة العمومية المغربي سنا أدنى للالتحاق بالوظيفة العمومية، حيث يبقى الالتحاق بالوظيفة العمومية مرتبطا بسن الرشد المدني بدليل أنه وضع من بين الشروط الأساسية للالتحاق بالوظيفة العمومية التمتع بالحقوق الوطنية وهو ما يتضمن بلا شك الأهلية المدنية.<sup>3</sup>

واتخذ المشرع الكويتي نفس موقف القانون المغربي حين نص على أهلية القاصر الذي بلغ 15 سنة لإبرام عقد عمل غير محدد المدة، أما عقد العمل محدد المدة فيجب أن لا تتجاوز مدته سنة واحدة، وله ببلوغ الخامسة عشر التصرف في أجره وما كسبه من عمله وتبقى مسؤوليته في حدود هذه الأموال. ويمكن للنائب الشرعي أو كل ذي مصلحة أن يطلب من المحكمة نزع هذه الأموال من يد القاصر وإخضاعها لنظام النيابة الشرعية.<sup>4</sup>

أما القانون البحريني فجعل أهلية إبرام عقد العمل 16 سنة بشرط إذن إدارة أموال القصر، وله بناء على طلب الإدارة أو إحدى ذوى الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله

---

<sup>1</sup> - المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المادة 15 من القانون 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل والعمل، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - المادة 149 من مدونة الشغل المغربية، القانون رقم 99-65 المتعلق بمدونة الشغل الصادر بموجب الظهير رقم 1.03.194 صادر في 11/09/2003؛ الفصل 21 من النظام الأساسي للوظيفة العمومية الصادر بموجب الظهير 1.58.008 المؤرخ في 25/02/1958 المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - المادة 94 من القانون المدني الكويتي.

أو لمصلحة ظاهرة. ويكون القاصر في هذه الحالة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود هذا المال الذي يكسبه من عمله.<sup>1</sup> بينما لم يرد في القانون الموريتاني والقانون الإماراتي شيء بهذا الخصوص، وكذلك القانون الليبي ما لم يكن في عمله تعليم له.<sup>2</sup>

**1-2-4- الترشيح لممارسة الأعمال التجارية في القانون التجاري:**<sup>3</sup> هذا الترشيح ورد النص عليه في القانون التجاري الجزائري، تحت مسمى الإذن في المادة 5 منه يسمح للقاصر باكتساب صفة التاجر، وذلك بأن يأذن القاضي له بممارسة الأعمال التجارية.<sup>4</sup>

ولكن ليس أي قاصر يستفيد من هذا الإذن وإنما لا بد له من شروط وهي أن يبلغ من العمر 18 سنة وأن يكون سبق ترشيحه من قبل قاضي شؤون الأسرة، وأخيرا أن يحصل على إذن من أبيه أو مجلس العائلة، ليعرض الأمر على القاضي ليصدق على الإذن بعد التأكد من الشروط، وهو ما ينجم عنه تكامل بين نصوص القانونين التجاري والأسرة، فالقاصر حين بلوغ 13 سنة يرشد للتصرف في أمواله ولكن لا يُمكن من اكتساب صفة التاجر إلا من بلغ 18 سنة وأذن له من قبل القاضي بناء على إذن أبيه أو أمه أو مجلس العائلة حال وفاة الأب أو غيابه أو إسقاط السلطة الأبوية عنه، ولكن مجلس العائلة ألغي مع إلغاء القانون 57-778 الذي كان ينظم أحكام الأهلية والولاية إبان العهد الاستعماري.<sup>5</sup>

وعليه فإن من يمنح الإذن للقاصر المرشد البالغ من العمر 18 سنة لممارسة الأعمال التجارية واكتساب صفة التاجر هو الأب فإن لم يوجد فالأم، ومن بعدهما الوصي والمقدم.

---

<sup>1</sup> - المادة 44 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - المادة 27 من قانون علاقات العمل الليبي (القانون رقم 12 لسنة 2010).

<sup>3</sup> - الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - انظر المادة 05 من القانون التجاري الجزائري.

<sup>5</sup> - تم إلغاء العمل بالقوانين الفرنسية بموجب الأمر رقم 73-29 مؤرخ في 5 جمادى الثانية عام 1393 الموافق ل 5 جويلية سنة 1973 يتضمن إلغاء القانون 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 والرامي إلى تمديد العمل بالتشريع النافذ إلى غاية 1962/12/31 ويقصد به القوانين الفرنسية التي كانت مطبقة خلال الاستعمار، على أنه لم يسر مفعول الأمر 73-29 إلا ابتداء من 05 جويلية 1975؛ زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص 144.

ويترتب على حصول القاصر المرشد على الإذن بالتجارة اكتسابه صفة التاجر إذا احترف الأعمال التجارية، فيستفيد من الحقوق ويتحمل الالتزامات المرتبطة بصفة التاجر، كالالتزام بالتسجيل في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية والامتناع عن المنافسة غير المشروعة. ونصت المادة 6 من القانون التجاري الجزائري أن للتجار القصر المرخص لهم طبقا للمادة 5 أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم وذلك في إطار ممارساتهم التجارية. إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة نصت على أن التصرف في هذه العقارات سواء كان اختيارا أو جبريا لا يمكن أن يكون إلا بإتباع إجراءات بيع عقارات القصر وعديمي الأهلية.

**2- انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمحجور عليه:** المحجور عليه كما سبق بيانه في الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث، هو المجنون والمعتهو والسفيه وذو الغفلة. كما بينا أن للمحجور عليه وكل ذي مصلحة أن يطلب رفع الحجر واستعادة المحجور عليه أهليته الكاملة بنفس الإجراءات التي اتبعت للحجر عليه؛ حيث تسجل الدعوى القضائية ويفصل فيها طبقا لقواعد قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإذا تبين للقاضي - لا سيما بموجب الخبرة الطبية- أن المحجور عليه قد أفاق من جنونه أو عتفه أو تخلص من سفهه وغفلته أصدر حكمه برفع الحجر، ويتم نشره في الجريدة اليومية.<sup>1</sup>

وكما سبق ذكره في ذات المبحث فإن القوانين العربية محل المقارنة جميعها أكدت أن المحجور عليهم قضاء لا يرفع عنهم الحجر إلا بحكم قضائي.

**ثانيا: انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود:** تنتهي النيابة الشرعية عن المفقود والغائب الذي في حكمه بأمرين، عودته حيا وهو ما تدرس آثاره في المبحث الموالي، أو الحكم بموته وهو ما سنراه في العنصر الموالي، حيث لا يعتبر الشخص الغائب أو المفقود ميتا إلا بعد صدور حكم من القاضي بذلك، وهو حكم قضائي ثان غير ذلك الحكم القضائي الذي قرر الفقدان.<sup>2</sup> وذلك في حالتين في قانون الأسرة، وحالات وردت في نصوص خاصة.

<sup>1</sup> - المواد 101-108 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - المواد 109-115 من قانون الأسرة الجزائري.



## 1- حالات وشروط الحكم بموت المفقود في قانون الأسرة: نجد فرضين أو حالتين:

1-1- الحالة التي يغلب فيها الهلاك: ذكر منها المشرع الجزائري في المادة 113 من قانون الأسرة حالات الحروب والحالات الاستثنائية دون مزيد من التوضيح، وفي هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد مرور 4 سنوات من الحكم بالفقد الذي تم في حال يغلب فيها الهلاك. هذا والحالات التي ذكرت في المادة 113 ذكرت على سبيل المثال لا الحصر.

1-2- الحالة العادية التي تغلب فيها السلامة: هنا يفوض الأمر للقاضي لتحديد المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود بعد مرور 4 سنوات، ويظهر اتباع المشرع الجزائري قول الحنابلة فهم من قال بتقسيم حالات الفقدان إلى حالة تغلب فيها السلامة وحالة يغلب فيها الهلاك.

أما القوانين العربية محل المقارنة، فقد اتفقت مع المشرع الجزائري من حيث تقسيم الحالات التي يحكم فيها بموت المفقود (حالة غلبة الهلاك وحالة غلبة السلامة)، ولكنها خالفت القانون الجزائري في مدة التبرص بعد إعلان الفقد للحكم بموته، فالمفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك نجد القانون المغربي جعل مدة التبرص سنة واحدة من تاريخ الحكم بالفقد وهو نفس اختيار القانون الموريتاني والقانون الإماراتي، وجعلها القانون التونسي سنتين كحد أقصى، بينما جعلها القانون الكويتي والقانون البحريني كالقانون الجزائري 4 سنوات.<sup>1</sup>

أما في الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك فإن القوانين العربية محل المقارنة أعطت للقاضي سلطة تقدير المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود بعد المدة التي نصت عليها في الحالة التي يغلب فيها الهلاك.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>- المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 240 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 146 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 237 فقرة 3 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 112 فقرة أ من قانون الأسرة البحريني.

<sup>2</sup>- المادة 327 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 82 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ المادة 240 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية؛ المادة 146 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 237 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 112 من قانون الأسرة البحريني.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الليبي لم يتطرق للمدة التي يحكم فيها بموت المفقود. ومنتقل فيما يلي إلى الحالات الخاصة التي وضعها المشرع الجزائري لاعتبار المفقود ميتا، والتي أصدر المشرع بشأنها نصوصا قانونية خاصة واجه بها ظروفا معينة للفقد.

**2-2-2- الحالات المنصوص عليها في نصوص خاصة:** ذكرنا أنه صدرت قوانين استثنائية تتعلق بثلاثة حالات هي: المفقودين في فيضانات باب الوادي 2001 صدر بشأنهم الأمر (03-02) المؤرخ في 25 فبراير 2002<sup>1</sup>، المفقودين في زلزال بومرداس 2003 و صدر بشأنهم القانون 06-03 المؤرخ في 14 جوان 2003<sup>2</sup>، وأخيرا المفقودين ضحايا المأساة الوطنية و صدر بشأنهم الأمر 01-06 المؤرخ في 27 فبراير 2006<sup>3</sup>. والأحكام الواردة في هذه القوانين تكاد تكون متطابقة مع بعض الاختلاف تبعا للظرف محل التقنين:

- التعاضي على أحكام قانون الأسرة، حيث لجئ إلى هذه الأحكام استثناء على أحكام قانون الأسرة نظرا لثقل الإجراءات الواردة فيه مقارنة مع الظروف التي أتت لتعالجها هذه النصوص الخاصة والتي تتطلب استعجالا في الإجراءات.<sup>4</sup>

- يتم الحكم بموت المفقود مباشرة بعد الحصول على محضر المعاينة الذي تعده الضبطية القضائية ويثبت أن الشخص محل التقرير ثبت وجوده مكان وقوع فياضانات 10 نوفمبر 2002، أو زلزال 21 ماي 2003 أو انقطعت أخباره أثناء أزمة المأساة الوطنية، ولم يعثر على جثته بعد التحري بكافة الوسائل والطرق القانونية، ويسلم المحضر لذوي حقوق المفقود أو كلي ذي مصلحة.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، سنة 2002

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 37، سنة 2003

<sup>3</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، سنة 2006.

<sup>4</sup> - زعلاني عبد المجيد، المرجع السابق، ص 96.

<sup>5</sup> - المادة 2 فقرة 1 و 2 من الأمر 01-02؛ المادة 2 فقرة 1 و 2 من القانون 06-03؛ المادة 30 من الأمر 01-06.

- إعداد المحضر سالف الذكر كان يتم خلال 4 أشهر من تاريخ الأحداث بالنسبة لفياضانات باب الوادي، و 8 أشهر من الأحداث بالنسبة لزلزال بومرداس، وخلال أجل سنة من تاريخ سريان مفعول الأمر 06-01 بالنسبة للمفقودين في المأساة الوطنية.<sup>1</sup>

- يجب على ذوي حقوق المفقود أو كل ذي مصلحة يرغب في استصدار حكم بموت المفقود أن يرفع دعوى قضائية بمجرد الحصول على محضر الضبطية القضائية ويجب على القاضي الفصل في القضية خلال أجل شهر واحد من تاريخ رفع الدعوى (بالنسبة لضحايا الفياضانات والزلزال) و خلال أجل شهرين من رفع الدعوى بالنسبة لمفقودي الأزمة الوطنية.<sup>2</sup> وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بخصوص مفقودي المأساة الوطنية اشترط رفع الدعوى خلال أجل 6 أشهر من تاريخ الحصول على المحضر.<sup>3</sup>

- الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا قابل للطعن بالنقض دون غيره من طرق الطعن، وذلك خلال أجل شهر واحد، على أن تفصل فيه المحكمة العليا خلال أجل أقصاه 3 أشهر بالنسبة لمفقودي الفيضانات والزلزال وأجل أقصاه 6 أشهر فيما تعلق بمفقودي المأساة الوطنية.<sup>4</sup>

- المساعدة القضائية في الدعاوى المتعلقة بهته النصوص الخاصة تمنح بقوة القانون وتتولى النيابة العامة تسجيل الأحكام الفاصلة في هذه القضايا.<sup>5</sup>

فإذا صدر حكم قضائي باعتبار المفقود ميتا فإن النيابة الشرعية تنتهي وتقسم أموال المفقود على ورثته، وإذا كانت له زوجة اعتدت عدة الوفاة.

ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد تبنى قولاً للمالكية بخصوص الشخص الذي يفقد في ظروف تغلب فيها هلكته، حيث يوجد قول باعتبار الزوجة من تاريخ ثبوت فقد الرجل.

---

<sup>1</sup> - المادة 2 فقرة 2 من الأمر 02-01؛ المادة 2 فقرة 2 من القانون 03-06؛ المادة 30 فقرة 2 من الأمر 06-01.

<sup>2</sup> - المادة 2 فقرة 3 من الأمر 02-01؛ المادة 2 فقرة 3 من القانون 03-06؛ المادة 32 من الأمر 06-01.

<sup>3</sup> - المادة 31 من الأمر 06-01.

<sup>4</sup> - المادة 2 فقرة 4 من الأمر 02-01؛ المادة 2 فقرة 4 من القانون 03-06؛ المادة 33 من الأمر 06-01.

<sup>5</sup> - المادة 2 فقرة 5 من الأمر 02-01؛ المادة 2 فقرة 5 و 6 من القانون 03-06؛ المادتين 34 و 36 من الأمر 06-01.

وبعد أن فرغنا من الأسباب الخاصة بالأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية ننقل للأسباب المتعلقة بالنائب الشرعي.

### الفرع الثاني: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالنائب الشرعي:

النائب الشرعي في القانون الجزائري إما أن يكون وليا (أب أو أم) أو وصيا أو مقوما أو كافلا، وقد ميز المشرع في أسباب انتهاء النيابة الشرعية بين هؤلاء على النحو الآتي:

**أولاً: أسباب انتهاء النيابة الشرعية للولي:** نصت المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري أن مهام الولي (الأب أو الأم) تنتهي بعجزه، بموته (وهو سبب مشترك مع القاصر والمحجور عليهم نتناوله فيما بعد) وبالحرر عليه قضائياً أو قانونياً وأخيراً بإسقاط الولاية عنه.

وأول ما يلاحظ هو أن المشرع لم يورد ذكراً لاستقالة الولي أو طلبه التخلي عن مهامه، وإن كان أشار إلى حالة العجز، مما يجعلنا نقول بأن المشرع قد تبنى الرأي الفقهي القائل بأن الولي الأب والأم لا تقبل استقالته من أداء مهامه إلا أن يصبح عاجزاً عن القيام بها. وعليه نتناول هذه الأسباب (ما عدا الموت لكونه سبباً مشتركاً نتناوله فيما بعد) كالآتي:

**1- العجز:** لم يبين المشرع الجزائري المقصود بالعجز، وحسن ما فعله، فالعجز حالة واقعية تختلف من شخص لآخر ويترك تقديرها للقاضي، ولكن بالتأكيد لا يقصد به الجنون أو العته وغيرها من عوارض الأهلية لأنه في هذه الحالة سيكون محجوراً عليه وهو سبب منكور في المادة 91 سابقة الذكر، وإنما يقصد بها الظروف المادية والمعنوية التي تجعل قيام الولي بمهامه مستحيلاً، كإصابته بمرض عضال أو حاجته للسفر لمدة طويلة أو العمل في مكان بعيد عن أموال أبنائه.. الخ.<sup>1</sup>

**2- الحرر عليه قضائياً أو قانونياً:** الحرر القضائي يكون نتيجة إصابة الولي بعوارض أهلية والحكم عليه بالحرر، أما الحرر القانوني فهو عقوبة تكميلية تكون في حال ارتكاب المحكوم

---

<sup>1</sup> - آيث ملويا لحسين بن الشيخ، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، د.ط، (عين مليلة، الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2014)، ص96.

عليه جناية يطبق عليه بموجبها عقوبة تكميلية وجوبية بالحجر القانوني والتي تتضمن حرمان المحكوم عليه من التصرف في ماله فلا يكون له التصرف في مال ابنه.

وفي الجرائم التي لا يحكم فيها بالحجر القانوني بل نكون أمام حالة إسقاط الولاية.

**3- إسقاط الولاية:** ويكون ذلك وفق صورتين الأولى هي حالة إسقاط صفة الولاية عنه بموجب عقوبة تكميلية تتضمن حرمانه من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية ومن بينها الولاية، وإذا كان المحكوم عليه بسقوط الولاية أبا انتقلت الولاية للأُم إن كانت حية بقوة القانون ودونما حاجة إلى حكم قضائي بذلك لأن الأُم ولي شرعي وأصلي.<sup>1</sup>

والصورة الثانية حين يتم إسقاط الولاية عن الولي (الأب أو الأُم) بطلب من الطرف الآخر الذي ليست له الولاية (الأب أو الأُم) أو كل من له مصلحة في ذلك أو من النيابة العامة إذا قدم ما يثبت عدم صلاحية الولي لأداء مهامه، ويكون ذلك أمام قسم شؤون الأسرة، كأن تثبت الأُم عدم صلاحية الأب للولاية نتيجة صدور حكم جزائي ضده في قضية تمس بالشرف والاعتبار أو من جرائم خيانة الأمانة..الخ.

وفي القوانين العربية محل المقارنة، نجد القانون المغربي لم ينص على أسباب لانتهاء مهام الولي (الأب والأُم) بصفة صريحة ولكنه نص على من ولايته بحكم قضائي، وفي حالة فقدان الأهلية.<sup>2</sup> وهو ما ورد في القانون التونسي الذي لم يورد سوى سببين هما فقد الأهلية والوفاة، وهو ذاته موقف القانون الموريتاني الذي لم يذكر سببا لانتهاء ولاية الأب إلا الوفاة. أما القانون الليبي فقد كان أكثر تدقيقا بخصوص الولي، حيث فرق بين الولاية على النفس والولاية على المال، وفرق في الولاية على النفس بين حالات السلب الوجوبية وهي:

- فقد أحد الشروط المطلوبة في ولي النفس،<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - انظر المادة 5 من قانون العقوبات وكذا المادة 9 والمادة 9 مكرر 1 من نفس القانون، والمادة 87 من قانون الأسرة.

<sup>2</sup> - المادة 236 والمادة 238 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>3</sup> - تنص المادة 34 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي أنه (يشترط في ولي النفس أن يكون رشيدا عاقلا أمينا متحدا في الدين مع القاصر قادرا على القيام بمقتضيات الولاية، ولم يسبق الحكم عليه في جريمة من الجرائم الموجبة لسلب الولاية وفقا لأحكام هذا القانون).

- إذا ثبت ارتكابه جنائية أو جنحة ضد المولى عليه،

إذا حكم عليه بصفته أحد الوالدين أكثر من مرة وبالنسبة لغيره من العصابة مرة واحدة بارتكابه جريمة من الجرائم المنصوص عليها.<sup>1</sup>

وحالات السلب الاختيارية للقاضي وهي:

- إذا قيدت حرية الولي وكان من شأن ذلك الإضرار بمصلحة القاصر،

- إذا أساء الولي معاملة المولى عليه أو قصر في رعايته أو كان قدوة سيئة له على نحو يعرض سلامته أو تعليمه للخطر.<sup>2</sup>

أما الولاية على المال فإما يتم وقفها حال قيام مانع حال دون مباشرة الولي لمهامه كفقد أهليته، أو تسبب الولي في تعريض أموال القاصر للخطر، وغياب الولي وفقدانه، وإما أن يتم سلبها وذلك حين الحكم بسلب الولاية على نفس القاصر أو وقفها أو الحد منها، ولا تعود الولاية التي سلبت أو أوقفت إلا بموجب حكم قضائي بعد التثبت من زوال الأسباب التي أدت لذلك.<sup>3</sup> وفي القانون الكويتي لا يقبل تنحي الأب والجد إلا إذا بعذر مقبول، أو في حالة الغياب أو فقدان.<sup>4</sup>

أما القانون الإماراتي فقد سار على نهج القانون الليبي حين فرق بين أسباب سلب الولاية على النفس وأسباب سلب الولاية على المال مع دقة واختصار، حيث نجد الأسباب التي توجب سلب الولاية على النفس (اختلال بعض شرائط الولاية المنصوص عليها في القانون، إذا ارتكب

<sup>1</sup> - والتي حددها المشرع الليبي في 15 جريمة كالتالي:

- التقصير في الواجبات العائلية، - سوء استعمال وسائل الإصلاح والتربية، - إساءة استعمال معاملة أفراد الأسرة، - إيداع طفل شرعي معترف به في ملجأ اللقطاء أو ما في حكمه، - الزنا أو المواقعة بالقوة أو التهديد أو الخداع، - هتك العرض، - تحريض الصغار على الفسق والفجور، - الخطف لإتيان أفعال شهوانية، - الخطف لمن هو دون الرابعة عشرة أو مختل العقل دون إكراه، - التحريض على الدعارة، - الإرغام على الدعارة، - استغلال المومسات، - اتخاذ الدعارة وسيلة للعيش أو التكسب، - الاتجار بالنساء على نطاق دولي، - تسهيل الاتجار بالنساء.

<sup>2</sup> - المادة 37 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>3</sup> - المواد 55، 56 و 57 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>4</sup> - المادتان 110 فقرة 2 و 115 من القانون المدني الكويتي

الولي مع المولى عليه أو مع غيره جريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو قاده في طريق الدعارة أو ما في حكمها، إذا صدر على الولي حكم بات في جنائية أو جنحة عمدية، إذا حكم على الولي بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيد عن سنة).<sup>1</sup> أما الحالات الجوازية لسلب الولاية على النفس فهي (الحكم على الولي بعقوبة مقيدة للحرية مدة سنة فأقل، وإذا أصبح المولى عليه عرضة للخطر الجسيم).<sup>2</sup>

وللمحكمة بدلا من سلب الولاية أن تعهد بالقاصر إلى مؤسسة اجتماعية متخصصة مع بقاء الولاية للولي، كما لها وحفاظا على مصلحة القاصر أثناء نظر الدعوى المتعلقة بسلب الولاية أن تعهد بالقاصر بصفة مؤقتة إلى شخص مؤتمن إلى مؤسسة اجتماعية متخصصة إلى غاية الفصل في الدعوى.<sup>3</sup>

ويترتب على سلب الولاية على أحد المولى عليهم سلبها فيما تعلق ببقية المولى عليهم، كما يترتب على سلب الولاية النائب الشرعي انتقالها لمن يليه في الرتبة فإن اعتذر أو لم يكن مؤهلا لذاك فالمحكمة اختيار أي شخص آخر ولو من خارج الأشخاص المعنيين بالولاية أو إلى إحدى المؤسسات الاجتماعية المتخصصة.<sup>4</sup>

هذا ويمكن أن يسترد ولي النفس ولايته المسلوبة فقط في حالات السلب الجوازية وذلك بموجب حكم المحكمة بناء على طلبه بعد مرور 6 أشهر من زوال سبب سلب الولاية.<sup>5</sup> أما الولاية على المال فتنتهي إذا: (إذا أصبحت أموال القاصر في خطر، غياب الولي أو حبسه تنفيذًا لحكم بعقوبة مقيدة للحرية سنة فأقل، سلب الولاية على النفس).<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 182 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المادة 183 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>3</sup> - المادة 183 فقرة 2 والمادة 184 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>4</sup> - المادتان 185 و186 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>5</sup> - المادة 187 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>6</sup> - المواد 198-200 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

وإذا سلبت الولاية على المال أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بموجب حكم قضائي بعد التأكد من زوال أسباب سلبها أو الحد منها أو وقفها، وإذا لم يقبل طلب استرداد الولاية فإنه لا يمكن تجديد الطلب إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ الحكم البات بالرفض.<sup>1</sup>

وقد تطابقت أحكام القانون البحريني مع أحكام القانون الإماراتي في مجال انتهاء الولاية على المال بينما لم يرد شيء في القانون البحريني بخصوص الولاية على النفس.<sup>2</sup>

**ثانياً: أسباب انتهاء النيابة الشرعية للوصي والمقدم:** بالنسبة للوصي الذي يخضع المقدم لنفس الأحكام الخاصة به، فإن المادة 96 حددت أسباب إنهاء مهامه سواء ما تعلق منها بالقاصر والمحجور عليهم أو بالوصي أو بالأسباب المشتركة، وحين النظر في الأسباب الخاصة بالوصي نجد أنها تتمثل فيما يلي:<sup>3</sup>

**1- زوال أهلية الوصي:** هنا نطرح السؤال عن المقصود بزوال أهلية الوصي؟ هل يقصد به مجرد الحجر عليه كما هو وارد بخصوص الولي الشرعي (الأب والأم) في المادة 91 من قانون الأسرة أم له معنى أخص؟ إن مصطلح زوال الأهلية يقترب من معنى فقد الأهلية أكثر من قربه من معنى نقص الأهلية، وبالرجوع إلى نص المادة 96 من قانون الأسرة باللغة الفرنسية نجد مصطلح (la cessation) والتي تعني القطع والتعطيل والتوقيف.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - المادتان 201 و202 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>2</sup> - المادتان 19 و20 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>3</sup> - تنص المادة 96 من قانون الأسرة الجزائري: "تنتهي مهمة الوصي:

1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته،

2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،

3- بانتهاء المهام التي عين الوصي من أجلها،

4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته،

5- بعزله بناء على طلب شخص له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي

ما يهدد مصالح القاصر."

<sup>4</sup> - مكتب الدراسات والبحوث بدار الكتب العلمية، القاموس: فرنسي- عربي، ط2، (بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية،

2004)؛ ص145.



لأجل ذلك وضعت مقابل كلمة زوال، ومقصود المشرع حسب ظاهر النص من مصطلح زوال الأهلية هو الأثر المترتب على الحجر، وليس هناك معنى أكثر قربا، من جهتين، الجهة الأولى هي قياسا على الولي والجهة الثانية هي أنه لا يمكن أن يكون ناقص الأهلية وصيا لأنه يوصى عليه فلا يعقل بحال القول أن فاقد الأهلية فقط هو من تسقط عنه الوصاية.

**2- انتهاء المهام التي عين الوصي من أجلها:** فالوصاية قد تكون دائمة أو مؤقتة، حيث للقاضي أن يعين وصيا خاصا لأداء مهمة معينة، وبانتهاء هذه المهمة تنتهي الوصاية.

**3- قبول عذره في التخلي عن مهامه:** خلافا للولي الذي لم ينص قانون الأسرة على إمكانية استقالته فإن المشرع نص صراحة على أن مهام الوصي تنتهي بقبول عذره في التخلي عنها ويخضع الأمر لسلطة القاضي.<sup>1</sup>

**4- عزله:** وذلك بناء على طلب من له مصلحة، إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصالح القاصر. والمقدم يخضع لهذه الأحكام طبقا للمادة 100 من قانون الأسرة الجزائري.<sup>2</sup>

وإضافة لهذا فقد أورد قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوصا إجرائية تتعلق بمسألة إنهاء وظيفة الولي وهو ما ينطبق كذلك على الوصي والمقدم، حينما نص في المادة 453 أن طلب إنهاء ممارسة الولاية أو سحبها المؤقت يقدم من طرف أحد الوالدين أو النيابة العامة أو كل من يهمه الأمر بموجب دعوى استعجالية أمام محكمة مقر ممارسة الولاية يتم النظر فيها في غرفة المشورة بعد سماع النيابة ومحامي الخصوم.<sup>3</sup>

وللقاضي أن يلجأ إلى الاستماع للأب والأم وكل من يرى فائدة في سماعه وأيضا القاصر ما لم يكن في سماعه ضرر عليه، وللقاضي أن يأمر بإجراء تحقيق اجتماعي أو فحص طبي أو عقلي يخضع له القاصر إذا ما رأى ضرورة تدعوا لذلك.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - انظر المواد 91 و96 و100 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - تنص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري: "تكون للمقدم نفس صلاحيات الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

<sup>3</sup> - بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 343.

<sup>4</sup> - المادة 454 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد أوجب المشرع تبليغ الأمر المتعلق بإنهاء الولاية من طرف الخصم الذي يهيمه التعجيل تبليغا رسميا خلال أجل 30 يوما من الأمر به تحت طائلة السقوط، مع إمكانية استصداره مرة أخرى. ويكون هذا الأمر قابلا للاستئناف في أجل 15 يوما، تسري ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي بالنسبة للخصوم، ومن تاريخ صدور الأمر بالنسبة للنيابة، ويفصل في الاستئناف في غرفة المشورة على مستوى المجلس القضائي وذلك في آجال معقولة.<sup>1</sup>

وجميع هذه الإجراءات قابلة للإلغاء من قبل القاضي الذي أمر بها وذلك بصفة كلية أو جزئية بناء على طلب والد القاصر المسقطه عنه الولاية. وتكون هذه الإجراءات من حيث السرية وإمكانية الطعن فيها تماما مثل الإجراءات المتخذة حين سلب الولاية أو الحد منها.<sup>2</sup>

أما في القوانين العربية المقارنة فنجد القانون المغربي جعل مهام الوصي والمقدم تنتهي حين انتهاء المهمة التي عينا لأجلها، انتهاء المدة المحددة للوصي أو المقدم المؤقتين، بقبول عذرهما في التخلي عن مهامهما، زوال أهليتهما، إعفائهما من مهامهما أو عزلهما.<sup>3</sup>

وليس في القانون التونسي نص حول هذا الخصوص. أما القانون الموريتاني فقد تبنى نفس الأسباب التي ذكرها القانون المغربي ولكنه وضح حالات عزل الوصي:

- إذا اختلف فيه شرط من الشروط المذكورة في المادة 181 من هذه المدونة (الشروط الواجب توافرها في الوصي والمقدم) أو طرأ عليه مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 185 من هذه المدونة ( الأمور التي لا يجب أن يتصف بها المقدم).

- إذا ثبت عند القاضي وجود تقصير أو إهمال من طرف الوصي أو المقدم يشكل خطورة على مصلحة القاصر أو بدا في حساب تسيير أحدهما شك يخل بالأمانة.<sup>4</sup>

وهي ذات الأسباب التي نص عليها القانون الليبي.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> - انظر المادتين 456 و 457 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - بربارة عبد الرحمان، نفس المرجع، ص 346.

<sup>3</sup> - المادة 258 من مدونة الأسرة المغربية.

<sup>4</sup> - المادتان 159 و 198 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>5</sup> - المواد 66، 75 و 77 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

أما المشرع الكويتي فلم يفصل وأورد فقط مسألة عزل الوصي والقيم من قبل المحكمة ويضاف لذلك مسألة غيابه.<sup>1</sup>

ونجد القانون الإماراتي ينص على أسباب انتهاء مهام الوصي وهي:

- وفاته أو فقد أهليته أو نقصانها، - ثبوت فقدانه أو غيابه، - قبول طلبه بالتخلي عن مهمته أو عزله، - تعذر قيامه بواجبات الوصاية، - استرداد أبي القاصر أهليته، - انتهاء العمل الذي أقيم الوصي لمباشرته أو المدة التي أقت لها تعيينه.<sup>2</sup>

أما أسباب عزل الوصي فهي: - إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية، ولو كان هذا السبب قائماً وقت تعيينه، - إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقاءه خطورة على مصلحة القاصر.<sup>3</sup>

وهذه الأحكام هي ذاتها التي وردت في قانون الولاية على المال البحريني.<sup>4</sup> ونلاحظ أن القانون الجزائري كان أقل تفصيلاً والقانون الإماراتي جمع بين التفصيل والإيجاز.

وفي النقطة الموالية نرى أسباب انتهاء مهمة الكافل، مع التذكير أن الكافل هو نائب شرعي كامل الصلاحية في القانون الجزائري.

**ثالثاً: أسباب انتهاء النيابة الشرعية للكافل:** جاء في المادتين 124 و125 من قانون الأسرة الجزائري أن الكافل تنتهي مهمته بطلب من أبوي الولد المكفول أو بتخلي الكافل عن الكفالة أو موته،

**1- انتهاء الكفالة بطلب الأبوين أو أحدهما عودة الولد المكفول إلى ولايتهما:** ويكون هذا في الكفالة الاتفاقية التي يتنازل فيها الأبوان لشخص ما ليكفل لهما ولدهما، حيث يحق للأبوين معا

---

<sup>1</sup> - المادتين 114 و115 من القانون المدني الكويتي.

<sup>2</sup> - المادة 228 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>3</sup> - المادة 230 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>4</sup> - المادتين 35 و36 من قانون الولاية على المال البحريني.

أو أحدهما أن يطلب استرجاع الولاية على ابنتها وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 124 من قانون الأسرة، وفي الفقرة الثانية من ذات المادة نجد المشرع الجزائري يميز بين حالة الصبي المميز وحالة الصبي غير المميز، فالصبي المميز يمنح الخيار بين البقاء عند الكافل أو الالتحاق بأبويه، أما الصبي غير المميز فإن القاضي هو من ينظر في إعادته لأبويه أو إبقائه لدى الكافل. وفي كلتا الحالتين يكون الرجوع بموجب حكم قضائي قابل للطعن فيه بالطرق العادية وغير العادية.<sup>1</sup>

**2- التخلي عن الكفالة:** الكفالة هي التزام تبرعي، وعلى هذا الأساس لا يلزم المشرع الجزائري الكافل بالبقاء على كفالته، ومن ثم أجاز له في المادة 125 التخلي عن الكفالة ولكنه قيده بلزوم اللجوء إلى الجهة القضائية التي أقرتها بعد إبلاغ النيابة العامة، ويحكم القاضي بإرجاع المكفول لوالديه، أما اللقيط ویتيم الأبوين ومن رأى القاضي مصلحته في عدم رجوعه لأبويه يتم إسناد الكفالة لمؤسسة رعاية خاصة.<sup>2</sup>

وتطرح هنا مسألة وقوع الطلاق بين الزوجين اللذين يكفلان الطفل، هل يعتبر ذلك سببا منهيًا للكفالة أم لا؟ لا يوجد نص في القانون يتحدث عن المسألة إلا أن القاضي حين الفصل في توابع فك العصمة الزوجية ينظر في كفالة الطفل ويرى موقف الزوجين فإن عرض أحدهما الاستمرار في كفالة الطفل منحه إياه ما لم يكن في ذلك ضرر على القاصر المكفول، وهو ما يمكن القول به قياسًا على حالة التخلي عن الكفالة.

**3- موت الكافل:** إذا مات الكافل أو فقد أو حكم بموته فإن الكفالة تنتضي بذلك، وهو ما نصت عليه المادة 125 من قانون الأسرة، وتنتقل الكفالة إلى ورثة الكافل كأصل عام فإذا لم يقبل بها أحد منهم يسند القاضي أمر المكفول إلى الجهة المختصة بالرعاية.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - آيت ملويا الشيخ الحسين، قانون الأسرة نصا وشرحا، ص 112.

<sup>2</sup> - YOUNCI HADDAD Nadia, opcit, p37

<sup>3</sup> - آيت ملويا الشيخ الحسين، قانون الأسرة نصا وشرحا، ص 112؛ YOUNCI HADDAD Nadia, opcit, p38

وكما سبق الذكر فإن الكافل هو نائب شرعي بصفة كاملة فقط في القانون الجزائري لذلك لم تنظم القوانين العربية محل المقارنة أحكامه.

وننتقل في العنصر الموالي لنرى أسباب انتهاء النيابة الشرعية التي يشترك فيها النائب الشرعي والأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية.

**الفرع الثالث: الأسباب المشتركة بين النائب الشرعي والأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية:** الأسباب المشتركة كما قدمنا هي الموت الحقيقي والفقدان والموت الحكمي.

**أولاً: الموت الحقيقي (الوفاة الطبيعية):** ونتناول هذا العنصر في نقطتين:

**1- مفهوم الموت الحقيقي:** أو ما يعرف بالموت الطبيعي وقد اختلف حول معيار تحديد لحظة الوفاة نظراً لما لذلك من أهمية لا سيما ما تعلق بالإرث والنسب، فظهر في ذلك اتجاهان، الأول يقول بحدوث الوفاة بتوقف القلب عن العمل وبتوقف التنفس، وأخذ على هذا الرأي عدم دقته لأن العلامات التي يذكرها تدل فقط على الموت الظاهري وليس الحقيقي لأن القلب قد يتوقف لساعتين ثم يعود للنض وتعود الحياة، والاتجاه الثاني يرى أن لحظة الوفاة تتحدد بتوقف خلايا المخ عن العمل وهو ما يثبت عن طريق جهاز الرسم الكهربائي للمخ.<sup>1</sup>

هذا ولم يعرف المشرع الجزائري الموت الحقيقي، وهو نفسه موقف القانون المغربي والقانون التونسي والقانون الموريتاني والقانون الليبي والقانون الكويتي، بينما عرف كل من القانون الإماراتي (في القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 2009 في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات)، والقانون البحريني (في المرسوم رقم 6 لسنة 1970 بقانون تنظيم تسجيل المواليد والوفيات) عرفا الوفاة بأنها: "التوقف الدائم لجميع الوظائف الحيوية"<sup>2</sup>. وأضاف المشرع البحريني عبارة لهذا التعريف هي "بعد أية فترة من الحياة"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، ج2، نظرية الحق، ص310؛ عامر القيسي، "تحديد لحظة موت الإنسان، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني"، (البيضاء، ليبيا: المختار للعلوم الإنسانية، مجلة علمية محكمة صادرة عن جامعة عمر المختار، العدد2، 2004)، ص 62-92.

<sup>2</sup> - المادة الأولى من القانون 18 لسنة 2009، في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات.

<sup>3</sup> - المادة الأولى من المرسوم رقم 6 لسنة 1970 بقانون تنظيم تسجيل المواليد والوفيات.

وهي إضافة حتى يشمل التعريف المولود الذي يموت بعد ولادته بلحظات.

## 2- إثبات واقعة الوفاة في القانون الجزائري: الموت واقعة مادية واشترط المشرع لإثباتها

وجوب تسجيلها في سجلات الحالة المدنية، وذلك بواسطة التبليغ عن واقعة الوفاة طبقا لقانون الحالة المدنية من طرف الأشخاص الملزمين بذلك خلال أجل محدد بأربع وعشرين (24) ساعة من حدوث الوفاة سواء وقعت الوفاة في المستشفى أو خارجه، سواء في بلدية إقامة المعني أو خارجها، حيث جعل المشرع لكل حالة حكمها الخاص.<sup>1</sup>

ويتم التعبير عن محتوى سجلات الحالة المدنية في شكل مستخرج من السجلات يسمى شهادة الوفاة والتي يحررها من حيث الأصل فور تلقيه واقعة الوفاة وبعد تسجيلها في السجلات ضابط الحالة المدنية المختص، ونظرا لكونها واقعة مادية فإنه يمكن لكل ذي مصلحة أن يثبت عكس ما هو وارد في سجلات الحالة المدنية.<sup>2</sup>

وهي تقريبا نفس الأحكام ما جاء في القوانين العربية محل المقارنة، منها من تطرق له في قانون الحالة المدنية مثلما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي والمشرع التونسي والمشرع الليبي والمشرع الموريتاني، في حين نجد المشرع الكويتي والمشرع الإماراتي والمشرع البحريني قد وضعوا نصوصا خاصة بالمواليد والوفيات وهو ما فعله.<sup>3</sup>

**ثانيا: الموت الحكمي:** وهو يكون في حالة الحكم بموت الغائب أو المفقود، وإنما سمي بالموت الحكمي مقابلة لمصطلح الحقيقي، ولأنه لا يكون يقينيا وإنما قائما على قرينة تقوم على الظروف المحيطة بواقعة الغياب أو فقدان.

---

<sup>1</sup> - المواد من 78 إلى 80 من قانون الحالة المدنية الجزائري.

<sup>2</sup> - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، ج2، نظرية الحق، ص321.

<sup>3</sup> - انظر: القانون رقم 37.99 النافذ بموجب الظهير رقم 1.02.239 الصادر في 03/10/2002 المتضمن قانون الحالة المدنية المغربي؛ القانون رقم 3 لسنة 1957 المؤرخ في 01/08/1957 يتعلق بتنظيم الحالة المدنية التونسي؛ قانون رقم 96-019 المؤرخ في 19/06/1996 يتضمن قانون الحالة المدنية الموريتاني؛ القانون رقم 36 لسنة 1968 بشأن الأحوال المدنية الليبي؛ للقانون رقم 36 لسنة 1969 في شأن تنظيم المواليد والوفيات الكويتي؛ القانون الاتحادي رقم 18 لسنة 2009 في شأن تنظيم قيد المواليد والوفيات الإماراتي؛ المرسوم رقم 6 لسنة 1970 بقانون تنظيم تسجيل المواليد والوفيات البحريني.

وقد سبق تفصيل الأحكام الخاصة بالغياب والفقدان وكذا أسباب وشروط الحكم بموت المفقود فيما سبق حين التطرق لانتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود سواء في القانون الجزائري أو القوانين العربية محل المقارنة.

وهنا يطرح السؤال هل إذا عاد المحكوم بموته هل له الحق في أن يستعيد النيابة الشرعية كما يستعيد ما لم يستهلك من أمواله؟ وإذا عاد القاصر أو المحجور عليه بعد الحكم بموتهما هل يرجعان لنظام النيابة الشرعية؟

بالنسبة للنائب الشرعي فالقول الأنسب للتطبيق هنا هو النظر هل النائب الشرعي هو الولي الشرعي (الأب أو الأم) أم غيرهما من وصي أو مقدم، ففي الحالة الأولى يستعيد النائب الشرعي ولايته ما لم يكن قد خرج القاصر أو المحجور عليه من نظام النيابة الشرعية، أما الوصي والمقدم فلا يستعيان شيئاً من ذلك.

أما بالنسبة للشخص الخاضع للنيابة الشرعية، فإنه إن كان قاصراً وعاد قبل بلوغه سن الرشد، فهو يعود خاضعاً للنيابة الشرعية أما المحجور عليهم لعارض أهلية فإن المجنون والمعتوه تجرى عليهما خبرة طبية لإثبات حالتها العقلية للتأكد من زوال العارض من بقاءه، أما السفیه وذو الغفلة فيبقيان على الحجر حتى يثبت فيما بعد أنهما قد تخلصا مما في قدراتهما من نقص.

وبهذا نختم هذا المبحث وننتقل لآخر مبحث في هذا البحث والمتعلق بالآثار المترتبة على انتهاء النيابة الشرعية.

## المبحث الثاني:

### آثار انتهاء النيابة الشرعية

يترتب على انتهاء النيابة الشرعية، بموجب الأسباب السالف ذكرها في المبحث السابق، مجموعة من الآثار الهامة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون، ولعل أهمها تسليم الأموال والمحاسبة بين النائب الشرعي وبين الشخص الذي خرج من نظام النيابة الشرعية أو النائب الشرعي الذي سيليه في المهام، والأثر الآخر الذي لا يقل أهمية هو إمكانية مساءلة النائب الشرعي من الناحيتين المدنية والجزائية عن تقصيره في أداء مهامه.

كما أنه فيما تعلق بالنيابة الشرعية عن الغائب والمفقود، وإضافة إلى الآثار التي تتفق فيها مع انتهاء النيابة الشرعية للقصر والمحجور عليهم فإنه تترتب آثار أخرى على الرابطة الزوجية للمفقود والغائب سواء انتهت النيابة الشرعية بالحكم بموته أو بعودته حيا.

ومن خلال هذا المبحث نتناول هذه المسائل من خلال مطلبين الأول يخصص أحكام الفقه الإسلامي والمطلب الثاني أحكام القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

### المطلب الأول:

#### آثار انتهاء النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي

نتناول في هذا المطلب آثار انتهاء النيابة الشرعية ونفرق بين الآثار المتعلقة بانتهاء النيابة الشرعية عن القصر والمحجور عليهم (الفرع الأول) وبين الآثار المتعلقة بانتهاء النيابة الشرعية عن الغائب والمفقود (الفرع الثاني).



## الفرع الأول: آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للقصر والمحجور عليهم

نقتصر في هذا الصدد على ما تعلق بالآثار المرتبطة بانتهاء الولاية على المال، والتي تتمثل في تسليم النائب الشرعي للأموال التي في حوزته لمن يليه أو للمحجور عليه الذي رشد، وهو ما نتطرق أولاً، ومن ثم نتطرق ثانياً لمحاسبة النائب الشرعي ومدى إمكانية مساءلته مدنياً وجزائياً.<sup>1</sup>

### أولاً: تسليم النائب الشرعي للأموال عند انتهاء مهامه

قبل أن تتم عملية المحاسبة لا بد أولاً من أن يقوم النائب الشرعي بالتزام هام وهو دفع المال للمحجور عليه الذي فك الحجر عنه والأصل في هذا الالتزام هو قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلَيْتَمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾.<sup>2</sup>

حيث أجمع الفقهاء على مبدأ تسليم المال للمحجور عليهم من فاقدٍ وناقصي الأهلية إن تم إيناس الرشد منهم، وينبغي التذكير هنا بما سبق ذكره حين التطرق لمسألة الرشد أنه لا يسلم المال إلا بالبلوغ مع الرشد، وأما أحدهما فلا.<sup>3</sup>

وفي ما تعلق بتسليم المال يطرح الفقهاء ثلاثة مسائل:

**1- وجوب الاختبار قبل دفع المال:** وقد سبق تناولها حين التطرق لعنصر انتهاء النيابة الشرعية بالرشد.

**2- الإشهاد على دفع المال:** اختلف الفقهاء حول وجوب الإشهاد ولهم في أقوال كالتالي:

<sup>1</sup> بالنسبة لآثار انتهاء الولاية على النفس فقد بينا أهم أثر لها حين الحديث عن خيار البلوغ والإفاقة في الزواج، بينما نركز هنا على الأثر المترتب على انتهاء مهام النائب الشرعي وأضفنا مسألة عودة المفقود باعتبار أن لها أثراً على الرابطة الزوجية وكذا أمواله.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية (5-6).

<sup>3</sup> - عون الدين البغدادي، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم، جزءان، ط1، (القاهرة، مصر: دار العلاء للنشر والتوزيع، 2009)، ج2، ص14؛ الجصاص، أحكام القرآن، ج2، ص357؛ القرطبي، المرجع السابق، ج6، ص68.

**2-1- المذهب الحنفي:** ذهب الحنفية إلى أن الإشهاد على دفع المال لمن رشد مستحب وليس واجبا، حيث جاء في كتاب مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى: {.. وسُنَّ إعطاؤه ماله بإذن قاض وإشهاد بينة برشد ودفع ليامن التبعة، ولا يعطى ماله قبل ذلك بحال..}، وقصد بلفظة ( وسُنَّ ) تفيد الاستحباب والندب لا الوجوب.<sup>1</sup>

**2-2- المذهب المالكي:** للمالكية في هذه المسألة قولان، الأول هو عدم وجوب الإشهاد لأن الله أمر الأولياء بدفع المال لمجرد إيناس الرد، والثاني وجوب الإشهاد لظاهر الآية التي تأمر بالإشهاد. والقول الثاني حسب أبو الحسن اللخمي هو الأفضل لفساد الذم هذه الأيام.<sup>2</sup>

**2-3- المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي:** يقول الشافعية والحنابلة بوجوب الإشهاد لنفي التهمة وطمأنة المحجور عليه وزيادة في الحرص على حفظ ماله.<sup>3</sup>

وتتضح قوة الرأي القائل بلزوم الإشهاد حين تسليم النائب الشرعي الأموال التي في حوزته سواء للقاصر والمحجور عليه حين رشدهم أو للنائب الشرعي وذلك حتى يدفع عن نفسه شبهة التفريط والاختلاس ويحول دون تضمينه بما فقد من أموال.

**3- تعيين مال المحجور عليه حين وفاة النائب الشرعي:** بعد وفاة النائب الشرعي، ينظر هل بين قبل وفاته مال المحجور عليه أم لم يبينه، وهل هذا المال موجود أم لا؟

فإن كان النائب الشرعي قبل وفاته قد بين مال المحجور عليه الذي عنده وأفرزه عن ماله الخاص وكان هذا المال موجودا استلمه مستحقه سواء كان نائبا آخر أم المحجور عليه عند رشده نفسه، فإن كان المال مبينا لكنه غير موجود فإنه يؤخذ قدره من تركة النائب الشرعي قبل أن تقسم على ورثته، فهو في ذلك مثل الدين.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> - الرحيباني، مصطفى السيوطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ومعها تجريد زوائد الغاية والشرح لحسن الشطي، 6 أجزاء، ط1، (دمشق، سوريا: منشورات المكتب الإسلامي، 1969)، ج3، ص402.

<sup>2</sup> - اللخمي، التبصرة، ج10، ص5588.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج5، ص36؛ الحجاوي المقدسي، المرجع السابق، ج2، ص405.

<sup>4</sup> - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة مكتبة النهضة، ج2، ص131.

أما إذا لم يبين النائب الشرعي قبل وفاته مال المحجور عليه، فإن وجد بين أمواله ما هو معروف بأنه مال للمحجور عليه تسلمه هذا الأخير إن كان رشد أو من ينوب عنه حال استمرار الحجر عليه، أما إذا لم يوجد، فلا يؤخذ شيء من تركة النائب الشرعي لأنه كانت له ولاية التصرف وربما يكون قد تصرف في المال تصرفاً مشروعاً وذهب المال نتیجته.<sup>1</sup>

ذلك أن الأب والوصي والمقدم أمناء على ما تحت أيديهم من أموال، فلا يضمنون ما هلك منها بغير تعد منهم أو تقصير، لأن تجهيلهم لأموال المحجور عليهم التي تحت أيديهم لا يمكن اعتباره استهلاكاً غير مشروع يوجب الضمان، كما هو الحال لدى المودع لديه أو المستعير اللذين يعتبر استهلاكهما لما تحت أيديهم تقصيراً يوجب الضمان، حيث أن الأب والوصي والمقدم لهم ولاية التصرف عكس المودع لديه أو المستعير.<sup>2</sup>

**ثانياً: محاسبة النائب الشرعي وإقامة مسؤوليته:** وهو ما نتناوله كالاتي:

**1- محاسبة النائب الشرعي:** إن النائب الشرعي خلال فترة ولايته يكون له ولاية التصرف على أموال القاصر والمحجور عليهم الموضوعين تحت ولايته، ويعتبر كما سبق ذكره من الأمناء الذين لا يسألون إلا بالتعدي، ولأجل ذلك اختلف الفقهاء حول مدى جواز محاسبة النائب الشرعي من ولي ووصي ومقدم حين انتهاء النيابة الشرعية ومطالبته بتقديم حساب حول ما قام به من أعمال وعدم الاكتفاء منه بتسليم المال.<sup>3</sup>

وهم في ذلك على قولين، الأول للجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة، ويرون أن للقاضي والقاصر والمحجور عليهم بعد الرشد أن يطالبوا النائب الشرعي أبا كان أم غيره ببيان وتقديم حساب على أعماله، والقول الثاني للشافعية ويرون أن الولي والوصي لا يطالب بتقديم حساب وإن كذبه القاضي أو المحجور عليهم بعد الرشد حلف والقول قوله.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - حسن خالد وعدنان نجا، المرجع السابق، ص302.

<sup>2</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص488.

<sup>3</sup> - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص305.

<sup>4</sup> - نفسه، ص 303.

كما أن الفقهاء يفرقون دائماً بين النائب الشرعي الأب وغيره من وصي ومقدم قاض من حيث المساءلة والضمان، على اعتبار الأب أكثر شفقة وحرصاً على أبنائه ويعتبر الجد مثله عند الحنفية والشافعية باعتباره بمثابة الأب أيضاً.

وعليه نتطرق لمواقف المذاهب من مسألة محاسبة النائب الشرعي على النحو الآتي:

**1-1- المذهب الحنفي:** يميز الحنفية بين الأب وبين الوصي المختار ووصي القاضي

(المقدم) في مسائل المحاسبة على النحو التالي:

**1-1-1- محاسبة الأب:** الأب مصدق في كل ما ادعاه من إنفاق على شؤون ولده وتسيير

أموره، فتحسب النفقات من مال القاصر بشرط أن يصدق القاصر الأب في قوله، فإن كذبه أو نازع في الأمر وكان ظاهر الحال لا يكذب الأب فإنه يصدق بيمينه.<sup>1</sup>

وإن كذب ظاهر الحال الأب ولكنه قدم سبباً معقولاً فيصدق بيمينه ما لم تقم دلائل على كذبه، فإن لم يكن له سبب معقول وظاهر الحال يكذبه فتحسب على القاصر نفقة المثل ويضمن الأب الفارق. فإن قال الأب أنه قد ضيع مال ولده فيصدق بيمينه، على أنه يجب على القاضي أن يتحرى جيداً قبل ذلك.<sup>2</sup>

**1-1-2- محاسبة الوصي المختار ووصي القاضي (المقدم):** نص الفقهاء الأحناف أن

للصغار إذا كبروا (ومثله المحجور عليهم إذا فك الحجر عنهم) محاسبة الوصي فيما أنفقه عليهم وما أنفقه من مالهم في إطار ولايته عليهم، فإن كان الوصي معروفاً بالأمانة فيكتفى منه بالإجمال في ذكر ما أنفقه طيلة مدة الوصاية فيما هو مسلط عليه بموجب الوصاية، أما إذا كان الوصي غير معروف بالأمانة فنفرق بين حالتين، إن كان ظاهر الحال لا يكذبه صدق بيمينه فيما هو مسلط عليه من تصرفات، أما إن كان ظاهر الحال يكذبه أو فيما هو غير مسلط عليه فلا يقبل منه اليمين مع التفصيل والبيان.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - حسن خالد وعدنان نجا، المرجع السابق، ص308.

<sup>2</sup> - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة دار النهضة العربية، ج2، ص131.

<sup>3</sup> - محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، طبعة دار السلام، ج3، ص1153.

ونقل ابن عابدين أن الوصي (المعروف بالأمانة) يقبل قوله دون بينة في كل تصرفاته إلا اثنا عشرة تصرفا لا يقبل منه قوله إلا ببينة، وهذه التصرفات هي ادعاء قضاء دين على الميت، وادعاء قضاء دين على الميت من تركته، ادعاء دفعه ضمان مال استهلكه القاصر أو المحجور عليه، وادعاؤه قضاء دين على الصغير المأذون له بالتجارة، وأداء خراج الأرض في وقت غير وقت الزراعة، ادعاؤه الإنفاق من ماله على الصغير أو أحد من تجب عليه نفقتهم، ادعاؤه تزويج القاصر أو المحجور عليه ودفع مهره من ماله، وآخر هته المسائل متاجرته في مال القاصر والمحجور عليه وربحه ثم ادعى أنه كان مضاربا.<sup>1</sup>

### 1-2-1- في المذهب المالكي: نتناول أولا محاسبة الأب ثم محاسبة الوصي والمقدم:

1-2-1- محاسبة الأب: سبق القول حين التطرق لصلاحيات النائب الشرعي في مجال الولاية على المال أن ولاية الأب عند المالكية هي الولاية الأقوى وأنه يبيع ويشترى على أبنائه القصر والمحجور عليهم في المنقولات والعقارات دون حاجة لبيان نكر السبب في ذلك، وعلّة ذلك كله أن جميع أفعاله محمولة على السداد عندهم.<sup>2</sup>

ولذلك فهم يتحفظون في ذلك ولا تجد لهم قولاً واضحاً في مساءلته بعد انتهاء النيابة الشرعية، إلا أنهم يقرون أنه يضمن بالتقصير، إلا أن على من يدعي التقصير أن يثبته.<sup>3</sup>

1-2-2- محاسبة الوصي والمقدم: خلاف الأب، نص المالكية فيما يخص الوصي على مبدأ المحاسبة والقواعد التي تسري في ذلك، فقرروا أن الصبي متى رشد ونازع الوصي في النفقة فالقول قول الوصي وذلك بقيد أن يكون في حجره وأن لا يكون قد أسرف في نفقته عليه، واختلف هل تجب عليه اليمين مع قوله والأصح أنها تجب.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج 10، ص 435.

<sup>2</sup> خليل بن إسحاق المالكي، التوضيح، ج 6، ص 243.

<sup>3</sup> الخطاب الرعيني، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، ج 5، ص 446.

<sup>4</sup> الورغمي، محمد بن عرفة التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق حافظ عبد الرحمان محمد خير، 10 أجزاء، ط1، (دبي، الإمارات: مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب، 2014)، ج 10، ص 516؛ خليل بن إسحاق المالكي، نفس المرجع، ج 8، ص 566.

فإن لم يكن الموصى عليهم مقيمين مع الوصي أو كان في إنفاقه شبهة قوية على الإسراف فلا بد له من بينة.<sup>1</sup>

أما إن كانت المنازعة في تاريخ موت الأب ومتى تولى الوصاية، أو كانت المنازعة في تسليم المال للقاصر والمحجور عليه حين الرشد فالقول قول القاصر والمحجور عليه لا قول الوصي، ولا بد له من بينة. واستثنى المالكية من ذلك في المشهور عندهم أن تمر مدة طويلة بعد الرشد دون أن ينازع القاصر والمحجور عليهم الذين خرجوا من نظام النيابة الشرعية في مسألة دفع المال إليهم.<sup>2</sup> وما خضع له الوصي يخضع له مقدم القاضي.

### 1-3-1 - في المذهب الشافعي: نفرق كذلك بين الأب وغيره على النحو التالي:

1-3-1-1 - محاسبة الأب والجد: الشافعية يعبرون الجد نائباً شرعياً أصلياً بعد الأب مباشرة وهو مثل الأب، لذلك جعلوه في المحاسبة مثله، حيث أن الأصل في تصرفات الأب والجد السداد، وهما وإن نازعهما القاصر أو المحجور عليه بعد الرشد في تصرف قاما به لا سيما ما تعلق بالبيع والشراء، فإن القول قولهما لوفور شفقتهم ولأن التهمة لا تلحقهما.<sup>3</sup>

1-3-1-2 - محاسبة الوصي: المنازعة التي قد تنشأ بين القاصر أو المحجور عليه بعد رشدهم والوصي عند الشافعية تكون حول النفقة أو حول دفع المال.

بخصوص النزاع حول النفقة فإنه إما أن يكون حول وجود النفقة من عدم وجودها أي أن يقول الوصي أنفق ويقول القاصر أو المحجور عليه لم ينفق، فالقول هنا قول الوصي مع يمينه على الأصح، وإما أن يكون النزاع حول مقدار النفقة فالقول قول الوصي ما لم يسرف فإنه يضمن الفارق، وإما أن يكون النزاع حول مدة النفقة كأن يقول الوصي أنفق لعشرة سنوات ويقول القاصر بمدة أقل فالقول قول القاصر ولا يقبل قول الوصي إلا ببينة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - الورغمي، المرجع السابق، ج10، ص517.

<sup>2</sup> - خليل بن إسحاق المالكي، المرجع السابق، ج8، ص567.

<sup>3</sup> - الشيرازي، المهذب بتحقيق محمد الزحيلي، ج3، ص247.

<sup>4</sup> - الشيرازي، نفس المرجع، ج3، ص758؛ القليوبي وعميرة، المرجع السابق، ج3، ص178.

أما إذا تنازعا حول دفع المال، ففيه قولان، الأول أن القول قول الصبي لأنه لم يأت من الوصي على المال فلا يقبل قول الوصي في مواجهته، والقول الثاني أن القول قول الوصي والقول الأول هو القول الأصح عند الشافعية وقرره محمد الزحيلي.<sup>1</sup>

**1-4- في المذهب الحنبلي:** نص فقهاء الحنابلة أن الأب مطالب بالتصرف وفق ما فيه مصلحة، ونصوا على ترتيب الضمان في حالة تجاوز حدود التصرف، كما بينوا وفق ما سبق تناوله الفرق بين صلاحيات الأب وصلاحيات والوصي والمقدم، وأكدوا أن أساس التفرقة بينهما هو اعتبار الأب أكثر شفقة على بنيه لذلك فهو غير متهم عكس الوصي.<sup>2</sup>

ولكن حين الكلام عن منازعة القاصر والمحجور عليهم حين رشدهم مع النائب الشرعي حول ما قام به من تصرفات، فإننا نجد فقهاء الحنابلة يساؤون بين الأب وغيره، حيث يعتبرون أمنا على ما في أيديهم مصدقين فيما قالوا، حيث أكد صاحب الإنصاف أنه حين زوال الحجر لو نوزع الولي وادعي عليه بالتعدي وما يوجب ضمانه فالقول قوله دون نزاع، سواء في النفقة أو مدى وجود حظ وغبطة في التصرفات المبرمة من طرفه، والقول قوله أيضا فيما تعلق بدفع المال إلى القاصر والمحجور عليهم عند رشدهم، ولم يستثنى من ذلك إلا الوصي فيما تعلق بتاريخ وفاة الأب وتاريخ بدأ إنفاقه على اليتيم فالقول قول الصبي.<sup>3</sup>

وبذلك يتضح لنا أن الجمهور متفق على تصديق الأب دون بينة ولا يمين، وأن الوصي والمقدم ملزمان باليمين وبالبينه إن قامت حولهم شبهات، ولم يخرج عن هذا سوى الشافعية والحنابلة في بعض المسائل، ويظهر أن قول المالكية هو الأسلم والأقسط.

وفي العنصر الموالي نتناول مسؤولية النائب الشرعي حال ثبوت تقصيره في أداء مهامه سواء من حيث الضمان المالي أو تسليط العقوبة الجزائية عليه.

<sup>1</sup> - الشيرازي، المرجع السابق، ج3، ص759.

<sup>2</sup> - البهوتي منصور، كشاف القناع، ج3، ص150.

<sup>3</sup> - المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، 12 جزء، ط1، (السعودية: مطبعة السنة المحمدية، 1956)، ج5، ص341.

2- مسؤولية النائب الشرعي عن تقصيره في أعمال النيابة: تطرقنا في العنصر السابق إلى محاسبة النائب الشرعي عن ما قام به أثناء فترة نيابته، أما من خلال هذا العنصر فنتطرق إلى الأثر المترتب على إثبات تقصير النائب الشرعي في أداء مهامه أيا كان شكل هذا التقصير، وإن كان في غالب الأحيان يتم التركيز على الجانب المتعلق بالولاية على المال نظرا لكون الولاية على النفس تنتهي مبكرا مقارنة مع الولاية على المال.

وقد بينا أن الفقهاء المسلمون يقيمون الولاية على المال الممنوحة للنائب الشرعي على أساس الجمع بين قاعدتين، القاعدة الأولى أن النظر في أموال القاصر والمحجور عليهم إنما يكون وفق ما يحقق الربح والفائدة كأساس الولاية على المال هو المصلحة فكل ما خالفها يعد تقصيرا يسأل النائب الشرعي عنه، والقاعدة الثانية هي أن النائب الشرعي يعتبر أمينا على ما في يده من أموال فلا يسأل إلا في حدود معينة بينها أنفا.<sup>1</sup>

وقيام المسؤولية يعني لزوم توقيع جزاء معين على النائب الشرعي، وقد بينا في تقديم المطالب أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقرروا عقوبة جزائية على النائب الشرعي بسبب تقصيره في مهام النيابة الشرعية، لذلك سنتطرق فقط فيما تعلق بالجزء المدني المتمثل في عزل النائب الشرعي واعتبار تصرفاته باطلة والتعويض والذي يسميه الفقهاء بالضمان.

وعليه نتناول في عنصر أول أساس المسؤولية ونطاقها وفي عنصر ثان نتطرق للجزء المترتب على ثبوت تقصير النائب الشرعي في أداء مهامه.

**2-1-1 أساس المسؤولية ونطاقها:** نقصد بأساس المسؤولية النصوص التي يؤصل عليها الفقهاء مسؤولية النائب الشرعي، أما النطاق فهي المسائل التي تقوم فيها مسؤوليته وحدود ذلك.

**2-1-1-1 أساس مسؤولية النائب الشرعي:** استدل الفقهاء على قيام مسؤولية النائب الشرعي بنصوص من القرآن والسنة، فمن القرآن نجد قوله تعالى في سورة النساء: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 488؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 486.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 5.



كما نجد قوله تعالى في نفس السورة: ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴾ {١٠} <sup>1</sup>.

فهذه الآيات تدل على عظم مسؤولية الأولياء من خلال أمر الله تعالى لهم بالحفاظ على أموال القصر فلا تسلم لهم ما دام لم يرشد، وشدد على ذلك بحيث جعل أموال القاصر كأموالهم، وحذرهم في المقابل من التعدي على هذه الأموال وتوعدهم بالعذاب الأليم <sup>2</sup>.

ومن السنة النبوية توجد أحاديث عديدة من أهمها الحديث الذي قال فيه الرسول ﷺ: (اجتنبوا السبع الموبقات..)<sup>3</sup> وعد من بينها أكل مال اليتيم <sup>4</sup>.

حيث قرر الفقهاء من خلال هذه النصوص مبدأ قبول قيام المسؤولية في حق من يتولى شؤون القصر والمحجور عليهم والضعفاء عموماً، وإن كانت هذه النصوص يغلب عليها التحذير والوعيد من المسؤولية الأخروية، إلا أنها تصلح مع ذلك أساساً لإقامة المسؤولية الدنيوية من باب أولى.

**2-1-2- نطاق المسؤولية:** إن تصرفات النائب الشرعي مبنية على أساس جلب المصلحة ودرء المفسدة والحفاظ على أموال القاصر والمحجور عليهم، وفي سبيل ذلك فقد تم منح النائب الشرعي صلاحيات واسعة وتمت حمايته من تعطيله حين قرر الفقهاء قواعد محاسبة مخففة حين اعتبر النائب الشرعي أميناً لا يسأل إلا في نطاق محدود وذلك حتى يطمئن في عمله ولا يخشى من مغبة الخطأ، ومع ذلك تتم مساءلته إذا أضر بأموال القاصر بخروجه عن الحدود المسموح له بها أو بنهبها.

ومنه فمسؤولية النائب الشرعي في الفقه الإسلامي محددة في الإضرار بأموال المولى عليهم، إما لتجاوزه حدود نيابته أو بالفعل الضار. ويتم التمييز في الفعل الضار بين الأب وبين

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 10.

<sup>2</sup> - محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج1، ص 309؛ عبلة محمد الكحلوي، المرجع السابق، ص 188.

<sup>3</sup> - حديث اجتنبوا السبع الموبقات رواه البخاري في صحيحه كتاب الحدود باب رمي المحصنات، انظر العسقلاني، ابن حجر،

فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج11، ص 181، حديث رقم 6857.

<sup>4</sup> - محمد رأفت سعيد، المرجع السابق، ص 09.

الوصي والمقدم، فالأب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم فمسئوليته مخففة مقارنة مع الوصي والمقدم اللذين تقوم مسؤوليتهما لمجرد الخطأ البسيط.<sup>1</sup> وفيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسألة: **2-1-2-1- في المذهب الحنفي:** تطرق فقهاء الحنفية لمجموعة من الأمثلة على الحالات التي تقيم مسؤولية النائب الشرعي أبا كان أم وصيا في تصرفاته، ومن بين هذه الحالات نجد مثلا إقراض الوصي لمال اليتيم فهو غير جائز وإن حصل منه ذلك كان ضامنا، وأيضا إذا رهن الأب والوصي مال القاصر أو المحجور عليه في دين عليهما وهلك الشيء المرهون ضمنا قيمته. وهكذا...<sup>2</sup>

**2-2-1-2- في المذهب المالكي:** عند المالكية النائب الشرعي لا يضمن ما تلف من مال القاصر والمحجور عليهم دون تدخل منه، فإذا بدر من النائب الشرعي ما أدى إلى إتلاف أموال القاصر والمحجور عليهم قامت مسؤوليته وضمن ومن بين الأمثلة التي يضعها المالكية لهذا تسليم النائب الشرعي المال للقاصر دون إيناس الرشد منه فأهلكه.<sup>3</sup>

**2-3-1-2- في المذهب الشافعي:** أكد الشافعية مسؤولية النائب الشرعي عن تقصيره في أعمال الولاية على القاصر والمحجور عليهم، حيث أقرروا في كتبهم على أن النائب الشرعي يمكن أن يقع في تبديد لأموال القاصر والمحجور عليه بالأخص حين يخط ماله بماله.<sup>4</sup>

**2-4-1-2- في المذهب الحنبلي:** قالوا بأن النائب الشرعي أبا كان أو وصيا إذا تبرع من مال المولى عليهم كأن وهب أو تصدق، أو إذا أسرف في النفقة عليهم فإنه يضمن الفارق.<sup>5</sup>

**2-2- الجزاء المترتب عن قيام المسؤولية:** إذا قصر النائب الشرعي في أعمال نيابته بالشكل الذي أدى إلى الإضرار بالقاصر، فقد قررت له أحكام الشريعة الإسلامية عدة صور للجزاء

<sup>1</sup> - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص 489.

<sup>2</sup> - البغدادي، أبو محمد غانم بن محمد، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، تحقيق أحمد محمد سراج وعلي جمعة، جزءان، ط1، (القاهرة، مصر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 1999)، ج2، ص829.

<sup>3</sup> - ميارة الفاسي، المرجع السابق، ج2، ص350؛ عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص491.

<sup>4</sup> - الرفاعي، المرجع السابق، ج5، ص80؛ الدميري الشافعي، المرجع السابق، ج4، ص423.

<sup>5</sup> - البهوتي منصور، كشاف القناع عن متن الإقناع، ص150

المرتتب على هذا التقصير، فأيا كان نوع التقصير فإن الجزء الأول هو عزل النائب الشرعي عن مهامه، حيث للقاضي أن ينهي مهام الولاية أو الوصاية أو التقديم إن تبين له خروج الولي أو الوصي أو المقدم عن حدود النيابة أو إضراره بالقاصر.<sup>1</sup>

والجزء الثاني المتصور هو الضمان أو التعويض، حيث يعرض النائب الشرعي للقاصر الضرر اللاحق به أو بأمواله جراء تقصيره في أداء مهام النيابة، سواء بتجاوز حدود نيابته أو بالإضرار المباشر، وقد تناثرت أمثلة هذا النوع من الجزء في كتب الفقه حين التطرق لمختلف تصرفات الأب والوصي والمقدم.<sup>2</sup>

وعليه نصل إلى أن الفقه الإسلامي عمل على حماية مصالح وأموال القاصر والمحجور عليهم حتى عند انتهاء النيابة الشرعية وعودة أموالهم إليهم، حيث أتاح لهم محاسبة من كان يتولى أمرهم وفق قواعد تضمن حق كلا الجانبين فلا ضرر ولا ضرار. وفي الفرع الموالي نرى الآثار المترتبة على انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود.

### الفرع الثاني: آثار انتهاء النيابة الشرعية للغائب والمفقود

إضافة إلى الآثار الواردة في الفرع السابق والتي تطبق على النائب الشرعي عن المفقود والغائب من حيث محاسبته، فإنه توجد آثار أخرى مهمة تترتب عن انتهاء النيابة الشرعية عن المفقود والغائب ترتبط به هو، سواء انتهت النيابة الشرعية بالحكم بموته أو عودته حيا، ونفرق بين الآثار المتعلقة بأحواله الشخصية وبالذات رابطة الزوجية وبين الآثار الخاصة بأمواله. **أولا: الآثار المتعلقة بالرابطة الزوجية للغائب والمفقود:** إذا حكم بموت الغائب والمفقود وفق الأحكام التي رأيناها في المبحث السابق، فإن زوجته إذا لم تكن طلبت التفريق لعدم الإنفاق أو للغيبة فإنها تعدد عدة الوفاة وتحل بعدها للأزواج، أما إن عاد حيا بعد الحكم بموته فللفقهاء في حكم زوجته أقوال كالاتي:

<sup>1</sup> - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص 307.

<sup>2</sup> - حسن خالد وعدنان نجا، المرجع السابق، ص 307.

**1- المذهب الحنفي:** الأصل عندهم أن المرأة ليس لها طلب الفرقة بسبب الفقد فلا يمكن لها أن تتزوج إلا بعد ثبوت موت زوجها أو بالتعمير أو ينعي لها بموته. فإذا نعي للمرأة موت زوجها فاعتدت وتزوجت ثم ظهر زوجها الأول حيا فالقول عندهم أنها زوجته لأنه لم يحدث سبب من أسباب فسخ النكاح بينهما فتعود لزوجها الأول على أن ينتظر انقضاء عدتها.<sup>1</sup>

**2- المذهب المالكي:** يرى المالكية أن المفقود إذا عاد وقد تزوجت زوجته، فينظر: إذا دخل بها الزوج الثاني أم لا، فإذا كان دخل بها فلا حظ له فيها، أما إذا أدركه قبل دخوله بها فهي زوجته ويفسخ العقد الثاني، وعلل المالكية ذلك، أنه في الحالة الأولى تكون الزوجة فاتته بالحكم لها بالعدة وبالوطئ، أما في الحالة الثانية فإن النكاح الأول أقوى من الثاني، لأن الأول صحيح ثابت قديم والثاني مختلف فيه متأخر.<sup>2</sup>

**3- المذهب الشافعي:** للشافعية كما سبق قوله في زوجة المفقود قولان، قديم يجيز لها طلب الفرقة للفقدان وتعد عدة الوفاة، والجديد لا يجيز لها ذلك، فإذا قلنا بالقول الأول فإنها إذا تزوجت وعاد زوجها الأول حيا نكون أمام قولين الأول تعود له لأن الحكم نافذ ظاهرا لا باطنا، والثاني لا تعود له لأنه نافذ ظاهرا وباطنا وفي القديم القول بعودته إليه هو الأصح. أما إذا قلنا بالقول الجديد للشافعية بأن زوجة المفقود ليس لها طلب التفرقة، فإن زواجها الثاني باطل، وإذا وجدت قاضيا حكم لها بالفرقة فإن الراجح حسب القول الجديد أن ينقض حكم القاضي ويبطل العقد الثاني وتعود للزوج الأول.<sup>3</sup>

**4- المذهب الحنبلي:** قالوا بأنه إذا عاد الزوج المفقود بعد زواج زوجته، فإنه ينظر، إذا كان الزوج الثاني لم يطأها فالمرأة لزوجها الأول ويلزم بأخذها لأنها لا تزال زوجته، أما إذا وطأها الزوج الثاني فالزوج الأول على الخيار، إما أن يتمسك بها فيأخذها بلا عقد جديد ولا يطؤها

<sup>1</sup> - القدوري، الموسوعة الفقهية التجريد، ج10، ص5330؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص490.

<sup>2</sup> - ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ج10، ص612.

<sup>3</sup> - الشيرازي، المهذب بتحقيق محمد الزحيلي، ج4، ص547.

حتى تتقضي عدتها من الزوج الثاني. وإما أن يتركها للزوج الثاني مقابل أن يأخذ منه قيمة المهر الذي كان دفعه حين زواجه، على أن يعود الزوج الثاني بما دفعه على الزوجة.<sup>1</sup> ويتبين قوة قول المالكية والحنابلة لأنه أقرب للمنطق وأكثر انسجاماً مع الأحكام الشرعية.

**ثانياً: الآثار المتعلقة بأموال الغائب والمفقود:** إذا عاد الغائب أو المفقود حياً فأقوال المذاهب في حقه على أمواله كالاتي:

**1- المذهب الحنفي:** قالوا بأن المفقود إذا رجع حياً أخذ من أمواله ما بقي عينا، ولا يرجع على ورثته بما استهلكه لنفقتهم أو ما أنفقه القاضي في ذلك، أو في حفظ أمواله أثناء غيابه، وأما ما بيع من أمواله فإذا كان من باع هو القاضي خوفاً من التلف أو لأمر اقتضاه فللمفقود الثمن، ما لم يكن بغبن فاحش فله فسخ البيع، أما ما باعه الورثة بعد الحكم بموت المفقود وتقسيم التركة فإن له بعد عودته أن يسترجعه أو يطالب بثمنه إضافة لما بقي من أعيان تركته.<sup>2</sup>

**2- المذهب المالكي:** رغم عدم وجود قول ظاهر للمالكية في المسألة إلا أنه وحسب ما يوجد في أقوالهم حول إدارة أموال المفقود وحكم زواجه بعد رجوعه حياً، فإن الراجح أن يكون قولهم كقول الحنفية من أن المفقود يسترجع ماله عينا وقيمة ما بيع منه وما تلف إلا ما استهلك منه في نفقتهم على أنفسهم.<sup>3</sup>

**3- المذهب الشافعي:** للشافعية ذات قول الحنفية والمالكية في هته المسألة من خلال ما يظهر من كتبهم، قياساً على قولهم في مسألة حكم زوجة المفقود إذا عاد.<sup>4</sup>

**4- المذهب الحنبلي:** في المذهب روايتان، الأولى وهي الأصح تقضي أن المفقود إذا عاد حياً بعد تقسيم أمواله استعاد ما بقي منها على أصل حاله، وضمن ورثته قيمة ما أتلّف منها، والرواية الثانية المرجوحة تقضي أن لا يعود على ورثته بما أتلّف واستهلك.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج13، ص377.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج6، ص459؛ السرخسي، المبسوط، ج11، ص42.

<sup>3</sup> - الخطاب الرعيني، مواهب الجليل، ج4، ص552.

<sup>4</sup> - محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج8، ص401 وما يليها.

<sup>5</sup> - ابن مفلح، الفروع ومعه تصحيح الفروع، ص1199.

وننتقل للمطلب الثاني لنرى هذه الأحكام في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

### المطلب الثاني:

#### آثار انتهاء النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

ندرس من خلال هذا المطلب آثار انتهاء النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة، حيث نميز كالمطلب السابق بين آثار انتهاء النيابة الشرعية عن القصر والمحجور عليهم وآثار انتهاء النيابة الشرعية عن الغائب والمفقود.

#### الفرع الأول: آثار انتهاء النيابة الشرعية عن القصر والمحجور عليهم

نفرق بين الالتزامات الملقاة على النائب الشرعي المنتهية ولايته ومحاسبته وبين تقرير مسؤوليته عن أعمال نيابته، وهو ما نتناوله تباعا كآلاتي:

**أولاً: الالتزامات الملقاة على النائب الشرعي عند انتهاء مهامه ومحاسبته:** لم ينص المشرع الجزائري على أحكام موحدة بخصوص النواب الشرعيين، فهو حدد ما يلتزم به الوصي (وفي حكمه المقدم) حين نهاية النيابة الشرعية وأيضاً ما تعلق بالكفالة. أما الولي الشرعي الأب والأم فلم يبين المشرع الجزائري بخصوصهما أي التزام يقع على عاتقهما عند انتهاء النيابة الشرعية.<sup>1</sup> ولا نفهم لماذا التمييز بين الولي والوصي في هذه النقطة؟ خصوصاً وأن هذا لا يوافق أي مذهب من المذاهب الفقهية، وهو أمر لا معنى له وكان حرياً بالمشرع الجزائري أن ينص عليه، وإذا أراد تمييز الأب والأم عن غيرهما من النواب الشرعيين كان له تجسيد ذلك من خلال قواعد المحاسبة مثلما نص عليه الفقهاء.

ونتناول فيما يلي الالتزامات الملقاة على عاتق الوصي (ومثله المقدم) أو ورثته ومن ثم نبين الالتزامات الملقاة على عاتق الكافل أو ورثته، على أن نبين بعد ذلك ما هي الالتزامات التي يجب أن يقوم بها الولي الأب أو الأم عند انتهاء النيابة الشرعية.

<sup>1</sup> - تقيّة عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 259.

## 1- الالتزامات الملقاة على عاتق الوصي (والمقدم) ومحاسبته: طبقا للمادة 97 من قانون

الأسرة الجزائري فإن على الوصي الذي انتهت مهمته أن يقوم بما يلي:

- أن يسلم الأموال التي في عهده ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ انتهاء مهمته.
- أن يقدم صورة من الحساب المذكور إلى القضاء.
- في حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر.<sup>1</sup>

ويظهر حرص المشرع على تسريع إجراءات تسليم أموال القاصر وعرض المستندات المرفقة بحساب على القضاء، وذلك لجعل الوصي أو ورثته في معرض المساءلة أو المحاسبة على ما قام به الوصي من تصرفات. فالمشرع الجزائري لم ينص على تقديم الحساب أثناء أداء المهام كبقية القوانين العربية محل المقارنة التي رتبت على عدم ذلك قرينة سوء إدارة لأموال القاصر والمحجور عليهم، لذلك ألزم المشرع الوصي بتقديم الحساب حين انتهاء مهامه تمهيدا للقيام بمحاسبته وفق ما يسمى بدعاوى المحاسبة. هذا ولم يلزم المشرع الوصي بتسليم الأموال مع الحساب للمحكمة في حين ألزم ورثة الوصي حال موته بذلك، فهل تقديم الوصي الحساب يعني عن ذلك؟ أم أنه يحزر محضر تسليم بواسطة محضر قضائي؟.

أما إجراءات المحاسبة فقد وضع المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن الكتاب الثالث المخصص للتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية بابا ثالثا سماه ( في دعاوى المحاسبة) المواد 590 إلى 599، ونظم فيها إجراءات محاسبة الوصي وكل شخص يجعله القضاء محلا للمحاسبة. حيث يتم تقديم الحساب بموجب أمر قضائي بتصفية حسابات أموال القاصر وينتدب لأجل ذلك قاض، ويتم تحديد أجل معين لتقديم الحساب ويقوم القاضي المنتدب بتحرير محضر عن أعماله.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - جعفر محمد سعيد، المدخل للعلوم القانونية، ج2، ص618.

<sup>2</sup> - المادة 590 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتتبعي الإشارة هنا إلى نص المادة 590 الذي تضمن تقرير مبدأ المحاسبة نص بوضوح أنه لا بد أن تتم المحاسبة بموجب أمر قضائي ولكنه لم يبين ما الوسيلة للحصول عليه وبعبارة أخرى من يحرك هذا الإجراء؟<sup>1</sup>

كما أن نص المادة تكلم فقط عن القاصر ولم يشر إلى المحجور عليهم لعوارض الأهلية؟ فهل هؤلاء خارج النص؟ أم أن لفظ القاصر يشملهم على الرغم من أن المشرع نفسه يميز من حيث المصطلح بين القاصر وبين المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية.

ومن المفروض في شأن الوصي أن الحسابات قد قدمت للمحكمة سلفاً، والتي يكون قد سلم نسخة منها إلى القاصر الذي رشد أو النائب الشرعي الموالي ولكن لعل المشرع يقصد هنا إما حالة إخلال الوصي أو ورثته بالتزامه سابق الذكر أو الحالة التي يقدم فيها الوصي الحسابات ولكن يطلب منه بعد الطعن فيه تقديم حسابات أخرى أو أية وثائق ذات صلة.

وعليه فإن مهمة القاضي المنتدب تتمثل في تلقي الحسابات من الوصي، وتميز قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتحديد ما يجب أن تتضمنه هذه الحسابات حيث يجب أن تتضمن بيان الإيرادات والمصروفات والموازنة بينهما مع تخصيص باب خاص بالأموال المطلوب تحصيلها، ويرفق كل ذلك بالمستندات المثبتة، ويقوم بذلك الوصي نفسه أو بواسطة وكيل خاص. فإذا انقضى الأجل ولم يقدّم الوصي بتقديم الحساب فإنه يجوز للمحكمة الحجز على أمواله وبيعها حتى تستوفي المبلغ الذي تقدره المحكمة نفسها.<sup>2</sup>

وإذا تبين للقاضي المنتدب من خلال الحسابات أن الإيرادات تتجاوز المصروفات جاز له بناء على طلب القاصر الذي أصبح راشداً أو ورثته أن يصدر أمراً تنفيذياً يسترد به الفائض دون انتظار المصادقة على الحساب.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - سنقوة سائح، المرجع السابق، ج2، ص784.

<sup>2</sup> - المادتان 591 و592 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> - المادة 593 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



ويحدد القاضي المنتدب تاريخا لاجتماع الخصوم ويعرض عليهم المحضر النهائي ليقدموا ملاحظاتهم عليه، فإن تخلف أحد الخصوم عن الحضور أو حضروا ولم يتفقوا بخصوص المحضر تحال القضية إلى الجلسة ويكون الحكم الفاصل فيها متضمنا بيان حساب الإيرادات والمصروفات وتحديد مبلغ الرصيد الباقي عند الاقتضاء.<sup>1</sup>

وهذا الحكم قابل للاستئناف سواء قبل الحسابات أو رفضها، فإن أيد المجلس الحكم فلا مشكلة، أما إن ألغى المجلس الحكم المستأنف فإن كان الاستئناف ضد الحكم برفض الحسابات فإن المجلس لا يتصدى للفصل في الحساب من جديد وإنما يرجع الملف لجهة الحكم أو لمحكمة أخرى، أما إذا ألغى الحكم بقبول الحسابات فإن المجلس يمكنه الفصل بنفسه أو إحالة الملف لجهة أخرى غير الجهة التي فصلت في الحساب أول مرة.<sup>2</sup>

وبهذا نكون قد عرفنا ما هي الالتزامات الملقاة على عاتق الوصي حين انتهاء النيابة الشرعية وكيف تتم محاسبته، وهي نفسها الالتزامات الواقعة على المقدم طبقا لقانون الأسرة الجزائري.<sup>3</sup> وننتقل الآن لنرى الالتزامات المترتبة على الكافل وكيفية محاسبته.

**2- الالتزامات المترتبة على الكافل عند انتهاء الكفالة وكيفية محاسبته:** لم يحدد المشرع الجزائري أية آثار قانونية على انتهاء الكفالة فيما يخص الكافل، على الرغم من نصه على أن الكافل له الولاية القانونية على القاصر المكفول وله إدارة أمواله المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة التي يتبرع بها للولد المكفول.<sup>4</sup>

ولكن ذلك لا يعني عدم إلزامه بما ألزم به الوصي والمقدم وكذلك لا يمنع من مساءلة الكافل عند انتهاء كفالته وإخضاعه للمحاسبة، وذلك نظير ما منح له من مسؤوليات، وحتى مع تطبيق الإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة والتي تؤدي بنا إلى إعمال المذهب المالكي لأنه هو من اعتبر الكافل ذا ولاية على من في كفالته.

<sup>1</sup> - المادتان 594 و595 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - المادة 598 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> - المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> - المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري.

وبهذا نكون قد بينا حكم الالتزامات المترتبة على انتهاء مهمة الوصي والمقدم والكافل، ونطرح السؤال حول مدى جواز تطبيق نفس الأحكام والزام الولي الشرعي (الأب أو الأم) بنفس الالتزامات ووضعه تحت المحاسبة رغم وجود نص يبين ما هي هذه الالتزامات؟

نستطيع أن نجيب بنعم، لأن المادة 88 من قانون الأسرة نصت على أن الولي يكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام، بمعنى القواعد العامة، وبذلك يمكن إخضاع الولي الأب أو الأم لهذه القواعد المتعلقة بالمحاسبة.<sup>1</sup>

ومع ذلك فقد كان أولى بالمشرع أن ينظم أحكام محاسبة الولي الأب والولي الأم ثم يخضع الوصي والمقدم لنفس الأحكام مع تخصيصهما بأحكام أخرى إن أراد التشديد عليهما، ذلك أن نيابة الأب والأم عن القاصر هي الأصل ونيابة الوصي والمقدم هي الاستثناء.

وفي القوانين العربية محل المقارنة نص المشرع المغربي على الالتزامات الملقاة على عاتق النائب الشرعي، وأولها تسليم الأموال التي في عهده للقاصر أو المحجور عليه حسن رشدتهما، كما نص على التزام يخص الولي (الأب أو الأم) أنه في حالة انتهاء النيابة الشرعية إشعار القاضي المكلف بشؤون القاصرين بوضعية ومصير أموال المحجور في تقرير مفصل للمصادقة عليه.<sup>2</sup>

ونفس الأمر بالنسبة للوصي والمقدم وإن لم يوجد نص صريح بهذا إلا أنه يستشف من بقية النصوص ومن الإحالة على مذهب الإمام مالك.

بينما لم يرد في القانون التونسي سواء مجلة الأحوال الشخصية أو مجلة الالتزامات والعقود نص على الالتزامات المترتبة على النائب الشرعي، ولا على مساءلته بعد انتهاء مهامه. وهو ما يعني أن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي وبالذات المذهب المالكي باعتباره مذهب الدولة.

أما المشرع الموريتاني فقد سار على نهج المشرع الجزائري حين فرق بين الولي والوصي والمقدم فيما يخص آثار انتهاء النيابة الشرعية حيث لم يتطرق إلى ما يجب على الولي من

<sup>1</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ، قانون الأسرة مفسراً مادة مادة، ص85.

<sup>2</sup> - المادة 242 من مدونة الأسرة المغربية.

التزامات عند انتهاء مهامه ولم ينص على إخضاعه لأية محاسبة، وذلك خلافا للوصي والمقدم اللذين فصل فيما يترتب عليهما من التزامات حيث أوجب عليهما عند انتهاء مهامهما بتسليم ممتلكات القاصر مع حساب عنها إلى من يعنيه الأمر في أجل 30 يوما مع تقديم صورة عن الحساب للقضاء، كما أكد أنه في حالة وفاة أو فقدان الوصي أو المقدم فعلى من تقع تحت يده ممتلكات القاصر أن يسلمها إلى من يعنيه الأمر.<sup>1</sup>

وعبارة من يعنيه الأمر يقصد بها النائب الشرعي التالي أو القاصر الذي رشد أو المحجور عليهم إن فك الحجر عنهم.

أما المشرع الليبي فقد ميز بين انتهاء الولاية وانتهاء الوصاية والتقديم، حيث نص على أنه ترد إلى القاصر أمواله حين بلوغه سن الرشد أو عند رفع الحجر عنه، ونص كذلك على أن الولي يسأل أو ورثته عن قيمة ما تم التصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف.<sup>2</sup>

أما الوصي أو القيم، فقد ألزمهما المشرع الليبي عند انتهاء مهامهما أن يسلما - خلال الثلاثين يوما التالية لانتهاء مهامهما الأموال التي في عهدتهما بموجب محضر إلى القاصر إذا بلغ سن الرشد أو المحجور عليه إذا فك عن الحجر، أو إلى ورثته أو إلى الولي (حالة استعادة الولاية المسلوقة) أو إلى الوصي أو القيم الجديد، بحسب الأحوال، ويكون هذا المحضر مرفقا بكشف بالحساب، ويتم إيداع صورة عن المحضر وكشف الحساب لدى قلم كتاب المحكمة المختصة خلال نفس الأجل. فإذا مات الوصي أو القيم أو حجر عليهما انتقل الالتزام بتسليم المال وتقديم الحساب إلى ورثتهما أو من ينوب عنهما حسب الأحوال.<sup>3</sup>

وفي الجانب الإجرائي تميز المشرع الليبي بنصه على آجال سقوط الدعوى التي يمكن أن يرفعها القاصر بعد رشده على وصيه أو القيم تسقط بمضي 5 سنوات من تاريخ بلوغ سن

---

<sup>1</sup> - المادة 199 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني.

<sup>2</sup> - المادة 59 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>3</sup> - المادتين 78 و 79 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

الرشد أو رفع الحجر عنه، وإذا انتهت الوصاية أو القوامة بالعزل أو الاستقالة أو الموت فلا تسري مدة التقادم إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة.<sup>1</sup>

وتضمن القانون المدني الكويتي مادتين تتعلقان بآثار انتهاء النيابة الشرعية، حيث نصت المادة 145 أنه إذا زالت الولاية أو الوصاية أو القوامة عن من يتولاها وجب عليه تسليم أموال المولى عليه لذي الصفة في تسلمها، وذلك فور زوال ولايته إلا ما يقتضيه التسليم من زمن. كما يجب عليه أن يقدم حسابا دقيقا عن ولايته خلال مدة لا تتجاوز 3 أشهر من انتهائها، سواء كان انتهاء النيابة الشرعية عاديا أو بسبب عزل النائب الشرعي.<sup>2</sup>

وبالنسبة للقصر والمحجور عليهم الموضوعين تحت وصاية أو قوامة الهيئة العامة لشؤون القصر فإنه بانتهاء النيابة الشرعية عنهم تقوم الهيئة بتسليم الأموال التي في عهدها إلى المعنيين بالأمر سواء كان القاصر الذي بلغ سن الرشد أو المحجور عليهم الذي فك عنهم الحجر أو الأب الذي عادت له الولاية الشرعية بعد سلبها منه وذلك في أجل أقصاه 6 أشهر من تاريخ انتهاء النيابة الشرعية، بموجب محضر يوقعه مدير الهيئة أو من ينيبه، فإذا مرت الأشهر الستة ولم يتقدم ذوو الشأن لاستلام الأموال بعد استدعائهم، فإن الهيئة تخطر المحكمة لتعين حارسا على الأموال.<sup>3</sup>

أما المشرع الإماراتي فقد نص أن على الولي أو ورثته أن يردوا أموال القاصر إليه عند انتهاء الولاية عن طريق المحكمة المختصة. وهو ذات الالتزام الذي يقع على الوصي أو ورثته حين انتهاء مهمته، وكل من يكون مال القاصر بين يديه بعد موت الوصي. ولكن الفرق بين الولي والوصي والقيم أن المشرع الإماراتي لم يحدد للولي المنتهية مهامه أجلا لتسليم الأموال وإيداع الحسابات، عكس الوصي الذي حدد له المشرع الإماراتي 30 يوما من انتهاء الوصاية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - المادة 81 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>2</sup> - المادة 145 من القانون المدني الكويتي.

<sup>3</sup> - المادة 21 من القانون رقم 67 لسنة 1983 بشأن الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتية.

<sup>4</sup> - المادة 212 والمادة 231 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ومذكرته الإيضاحية، المرجع السابق، ص 337

ونص المشرع البحريني على الواجب الملقى على عاتق الولي أو ورثته أن يرد أموال القاصر إليه عند بلوغ سن الرشد ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف.<sup>1</sup>

وأضاف المشرع البحريني فقرة هامة تتكلم حول العائد المالي الناجم عن استثمار أموال القاصر حيث لا يحاسب الولي عن ما تصرف فيه من هذا المال، ولكن المال الذي يوهب للقاصر لأجل غرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة فيحاسب عليه.<sup>2</sup>

أما الوصي والقيم، فنجد المشرع البحريني ينص بأن الوصي الذي تنتهي مهمته باستبداله أو لأي سبب آخر يسلم أموال القاصر التي في عهده إلى الوصي الذي يليه أو القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولي الذي عادت ولايته أو إلى الوصي المؤقت، ويودع معه حساباً عن فترة نيابته، ويتم ذلك بموجب محضر تحت إشراف مجلس إدارة شؤون القصر خلال أجل 30 يوماً من انتهاء مهامه، ويتوجب على مجلس إدارة شؤون القصر عرض الحساب ومحضر التسليم على مجلس الولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم وذلك بغرض فحصه والتصديق عليه، وفي حالة وفاة أو فقدان الوصي أو القيم أو الحجر عليهما ينتقل الالتزام بتسليم الأموال وتقديم الحساب إلى الورثة أو النائب الشرعي.<sup>3</sup>

كما نص المشرع البحريني في قانون الولاية على المال على سقوط الدعاوى المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة تسقط بمضي 5 سنوات من بلوغ سن الرشد بالنسبة للقاصر ومن تاريخ الحكم بفك الحجر بالنسبة للمحجور عليهم. وإذا انتهت النيابة الشرعية بالعزل أو الموت أو بالاستقالة (بالنسبة للوصي والقيم) فإن مدة التقادم لا تسري إلا من تاريخ تقديم الحساب.<sup>4</sup> فوافق بذلك المشرع الموريتاني وخالف القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

<sup>1</sup> - الفقرة 2 من المادة 22 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>2</sup> - الفقرتين 3 و4 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>3</sup> - المواد 33، 37 و38 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>4</sup> - المادة 58 من قانون الولاية على المال البحريني.

وبذلك نلاحظ أن معظم القوانين العربية محل المقارنة فصلت جيدا أحكام الالتزامات الملقاة على عاتق النائب الشرعي حال انتهاء نيابته ولم تغفلها كما فعل القانون الجزائري والذي ينبغي عليه تدارك هذا النقص بتفصيل أحكام المحاسبة، وما نسجله في هذا المقام هو تميز المشرع الجزائري بدعوى المحاسبة وتفصيلها تفصيلا دقيقا مقارنة مع بقية القوانين العربية محل المقارنة. وننتقل الآن لنرى إقامة مسؤولية النائب الشرعي عن أعمال نيابته.

**ثانيا: مسؤولية النائب الشرعي عن أعمال نيابته:** إن النائب الشرعي سواء كان وليا أو وصيا أو مقدا وحتى كافلا يجب أن تظل تصرفاته منوطة بالمصلحة، وألزمه المشرع الجزائري بسلوك الرجل الحريص طبقا للمادة 88 التي تسري في حق الوصي والمقدم طبقا للمادتين 96 و100 من قانون الأسرة، وإضافة لذلك فقد ألزمه باستئذان القاضي في مجموعة من التصرفات.

وكل مخالفة لهذه القواعد يقابلها جزاء ملائم، فالتصرف المخالف للمصلحة والتصرف دون إذن القاضي حيث يجب الاستئذان ينجم عنه بطلان هذه التصرفات وإذا حدث نتيجة التقصير إضرار بأموال القاصر والمحجور عليهم تقوم المسؤولية المدنية للنائب الشرعي والتزم بالتعويض، وربما قامت مسؤوليته الجزائية. وهو ما سنراه تباعا كالاتي:

**1- بطلان التصرفات المخالفة لأحكام النيابة الشرعية:** على الرغم من أن القانون لم يحدد ما هو الجزاء أو الأثر المترتب على مخالفة النائب الشرعي لسلوك الرجل الحريص كما لو باع منقولا بغبن فاحش أو هبة، كما لم يتطرق للجزاء المترتب على مخالفة إلزامية استئذان القاضي في التصرفات المحددة في المادة 88. إلا أنه وفي غياب النص وبتطبيق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية فإن الجزاء سيكون هو اعتبار التصرفات التي تمت خارج مصلحة القاصر أو دون استئذان القاضي تصرفات باطلة بطلانا مطلقا.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - بن ملحة الغوثي، المرجع السابق، ص 211.

وبغض النظر عن ذلك، وخاصة بالنسبة للتصرفات التي تتم دون استئذان القضاء حال وجوب الإذن، فإن الإذن واتباع الإجراءات الشكلية هو ركن في التصرف وليس شرط نفاذ وعليه فإن يعتبر تصرفا باطلا بطلانا مطلقا.

وهو ما يؤيده قرار المحكمة العليا رقم 51282 الصادر بتاريخ 19/12/1988 عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والذي قضى بنقض وإبطال قرار المجلس القضائي الذي أيد صحة قيام الأم بقسمة عقار ابنها دون استئذان القاضي، حيث جاء في حثيات القرار: (.. كما أنها (أي الأم) قامت بقسمة العقار دون أن تأخذ إذنا من المحكمة وبالتالي فإن الإجراءات التي قامت بها كلها باطلة).<sup>1</sup>

وجميع القوانين العربية محل المقارنة باستثناء القانون الإماراتي لم تتضمن نصا حول هذه النقطة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق ذات الأحكام التي ذكرناها أعلاه، لتطابق الأحكام العامة بين القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة.

أما القانون الإماراتي فقد تضمن نصوصا صريحة حول هته المسألة، حيث نجده نص على أن تبرعات الولي أو إقراضه للغير من مال القاصر أو المحجور عليه هو تصرف باطل، وموجبا للمسؤولية والضمان أب التعويض.<sup>2</sup> وهو ما يقاس عليه كل التصرفات الممنوعة إلا ما نص عليه بمادة صريحة.

وما يؤكد ذلك وجود نص عام ينص فيه المشرع الإماراتي على أن كل تصرفات الأب تعتبر باطلة إذا ثبت أنه أساء التصرف، وعدم وجود مصلحة فيه للقاصر.<sup>3</sup>

**2- قيام المسؤوليتين المدنية والجزائية للنائب الشرعي:** تضمن قانون الأسرة الجزائري بعض النصوص التي تجعل النائب الشرعي مسؤولا مسؤولية المدنية عن الإضرار بمال القاصر والمحجور عليهم، فكيف ذلك؟ وهل يمكن أن تقوم أيضا المسؤولية الجزائية للنائب الشرعي؟.

---

<sup>1</sup> - المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1991، العدد الثاني، ص 63.

<sup>2</sup> - المادة 191 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

<sup>3</sup> - المادة 207 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

2-1- المسؤولية المدنية للنائب الشرعي: في المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، وبعد أن ألزمت الولي (الأب أو الأم) بالتصرف في أموال أبنائه القصر (وكذا المحجور عليهم) تصرف الرجل الحريص، نصت على قيام مسؤوليته وفقا لمقتضيات القانون العام، أي وفق الشريعة العامة المرتبة للمسؤولية المدنية الواردة في القانون المدني، مما يعني إمكانية قيام مسؤولية الأب والأم المدنية عن تفريطهم في أموال أبنائهما. ويشمل النص الكافل لأن له الولاية القانونية وهي تقتضي تحمل نفس الالتزامات.<sup>1</sup>

أما الوصي وفي حكمه المقدم طبقا للمادة 100، فإن المادة 98 صرحت بقيام مسؤوليته عن ما يلحق أموال القاصر والمحجور عليهم من ضرر بسبب تقصيره. ومسؤولية الولي والوصي والمقدم هي مسؤولية تقصيرية، وهي كذلك مسؤولية مغلظة إذا جاز التعبير، لأن المشرع جعله مسؤولا عن التصرف في أموال القاصر والمحجور عليهم وألزمه بالالتزام الرجل الحريص فلا يقبل منه أقل الأخطاء هفاوة، ولا يعتد في هذا بمعيار الرجل العادي.<sup>2</sup>

وتطبق فيما تعلق بتقدير حجم الضرر وقيمة التعويض وكيفية دفعه والتنفيذ على المحكوم عليه نفس القواعد المطبقة في نظرية الالتزام وطرق التنفيذ.<sup>3</sup> وفي القوانين العربية محل المقارنة، نجدها تختلف فيما بينها حول مساءلة النائب الشرعي مسؤولية مدنية، فالمشرع المغربي لم ينص بصريح العبارة على مسؤولية الأب والأم وإنما اكتفى بشأنهما بنصوص عامة حاله حال المشرع الجزائري، أما بخصوص الوصي ومثله المقدم فقد كان المشرع المغربي صريحا حين نص على الوصي أو المقدم يسأل عن الإخلال بالتزاماته في إدارة شؤون المحجور وتطبق عليه مسؤولية الوكيل بأجر ولو مارس مهمته بالمجان.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - آث ملويا لحسين بن الشيخ ، قانون الأسرة مفسرا مادة مادة، ص 85.

<sup>2</sup> - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص71.

<sup>3</sup> - وتتمثل في المواد (160-323) من القانون المدني والمواد (587-799) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>4</sup> - المادتين 242، 243 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 257 من مدونة الأسرة المغربية.



وهو موقف المشرع الموريتاني، وإن لم يطبق عليهما أحكام الوكالة بأجر إلا أنه أكد على ضمانهما لما يحدث من ضرر بأموال القصر والمحجور عليهم بسبب تقصيرهما، خصوصا ما نتج عن تأخرهما في تسليم الأموال بعد انتهاء المهام، مع تمكينهما من الحصول على براءة ذمة قبل المحاسبة، بشرط أن يعرض ذلك على المحكمة لتتظر فيه.<sup>1</sup>

وخلافا لما سبق نص المشرع الليبي على أن الولي يسأل أو ورثته عن قيمة ما تم التصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف.<sup>2</sup> في حين طبقت نفس الأحكام بخصوص الوصي والمقدم الواردة في القانون الموريتاني وبخصوص وثيقة براءة الذمة فإن المشرع الليبي جعلها قابلة للإبطال لصالح القاصر أو المحجور عليهم بعد الرشد.<sup>3</sup>

وفي القانون الكويتي نجد المادة 146 من القانون المدني الكويتي درجة المحاسبة والتفرقة في المسؤولية بين الولي والوصي والقيم، حيث قرر المشرع الكويتي أن الأب والأم والجد لا يسألون إلا عن الخطأ الجسيم حتى وإن تقاضوا أجرا على مهامهم، أما غير الأب والأم والجد فإنه يسأل مسؤولية الوكيل بأجر ولو لم يأخذ أجرا. وقد أصر المشرع الكويتي على هذه التفرقة ولكنه لم يميز بين الأب والجد والأم وجعلهم على صعيد واحد باعتبار صلة الأم بالابن وثيقة كالأب والجد أب بنص القرآن، وهو ما أخذ به أيضا المشرع البحريني.<sup>4</sup>

أما المشرع الإماراتي فقد نص على مسؤولية الأب نص حين أكد أنه وبغض النظر عن طبيعة التصرف، فإن أي ضرر يصيب أموال القاصر يسأل عنه الأب في ماله الخاص ولكن شريطة أن يكون ذلك نتيجة خطئه الجسيم، كما بين أن التبرع من مال القاصر والمحجور عليه أو الإقراض موجب للضمان إضافة لبطلانه كما مر سابقا.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - المواد 200، 201 و202 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>2</sup> - المادة 59 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>3</sup> - المادة 80 من قانون تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم الليبي.

<sup>4</sup> - المادة 146 من القانون المدني الكويتي؛ المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، المرجع السابق، ص120؛ المادة

22 فقرة 1 من قانون الولاية على المال البحريني.

<sup>5</sup> - المادتان 191 و207 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

بينما لم يضع المشرع التونسي أي نص بخصوص المسؤولية المدنية للنائب الشرعي.

**2-2- المسؤولية الجزائية للنائب الشرعي:** إذا كان مقبولا أن تقوم المسؤولية المدنية للنائب الشرعي، فهل يمكن القول بقيام المسؤولية الجزائية عند مخالفة أحكام النيابة من حيث حسن التصرف والرعاية أو الإضرار بالمصالح المعنوية أو المالية للقاصر أو المحجور عليه؟ حين النظر في نصوص قانون العقوبات بهذا الخصوص، فإننا نلاحظ أن صفة النائب الشرعي قد تغلظ من العقوبة المسلطة عليه حال إدانته وقلما وجدت جريمة خاصة به لا يرتكبها غيره وتكون صفة النائب الشرعي شرطا لقيام الركن المادي للجريمة ما عدا ما نص عليه في جرائم ترك الأسرة والتي كانت موضوع تعديل سنة 2015 بموجب القانون 15-19 المؤرخ في 2015/12/30 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري.<sup>1</sup> وما تم نص عليه بشأن الاستغلال الاقتصادي للقاصر في قانون حماية الطفل (القانون 15-12) السابق ذكره.

**2-2-1- تغليظ العقوبة بسبب صفة النائب الشرعي:** نفرق بين جرائم الأشخاص وجرائم الأموال.

**2-2-1-1- في جرائم الأشخاص:** نقصد بها الجرائم التي تقع على السلامة الجسمية والنفسية والأخلاقية والعائلية للشخص وهي عديدة، وما نذكره هو أمثلة لهذه الجرائم على أساس أنها أكثرها اتصالا بموضوع البحث.

**2-2-1-1-1- جريمة الضرب والجرح العمدي للقاصر الذي لم يتجاوز سنه 16 سنة:** المنصوص عليها في المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري، ومن صورها منع الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للخطر والتي عقوبتها الأصلية هي الحبس من سنة إلى 5 سنوات+ غرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج، ثم بين المشرع في المواد الموالية صورا مشددة للجريمة بسبب تغير النتيجة أو القصد الإجرامي، وفي المادة 272 من بين المشرع الجزائري أنه إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فإن العقوبة تصبح كالتالي:

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2015، العدد 71.

- الحبس من 3 إلى 10 سنوات+ الغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج في حالة ارتكاب الصورة الأصلية للجريمة المنصوص عليها في المادة 269 المذكورة سابقا.

- السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات إذا أدت الجريمة إلى حدوث مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من 15 يوما أو وجد سبق إصرار أو ترصد.

- السجن المؤبد إذا أدت الجريمة إلى فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار أحد العينين أو أي عاهة مستديمة أخرى، أو إذا نتج عن الجريمة وفاة دون قصد إحداثها.

- الإعدام إذا أدت الجريمة إلى حدوث وفاة دون قصد إحداثها ولكنها حدثت نتيجة طرق علاجية معتادة، أو إذا ارتكبت الجريمة بقصد إحداث الوفاة.<sup>1</sup>

**2-2-1-1-2-2- جرائم العرض:** نص عليها المشرع في المواد من 333 إلى 349 مكرر من قانون العقوبات، ونظرا لكثرتها وعدتها ولعدم الخروج عن الموضوع نبين فيما يلي صور الجريمة التي تتصل بالنائب الشرعي وتتمثل أساس في الاعتداء على القاصر بهتك عرضه والفعل المخل بالحياء، وتغلظ العقوبة وتتراوح بين السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات أو من 10 إلى 20 سنة وقد تصل إلى السجن المؤبد في بعض الصور.<sup>2</sup>

**2-2-1-2-2- في جرائم الأموال:** أبرز مثال نجده هو نص المادة 380 من قانون العقوبات الذي يتحدث عن جريمة استغلال حاجة القاصر أو ميلا فيه أو هوى أو عدم خبرة القيام باختلاس التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات تشغل ذمة القاصر المالية بنية الإضرار به، وتغلظ العقوبة إذا كان القاصر موضوعا تحت رعاية الجاني أو ورقابته أو سلطته وهو ما ينطبق على النائب الشرعي.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جزءين، ط14،(الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014)، ج1، ص64؛ المواد 269- 272 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>2</sup> - المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري.

<sup>3</sup> - انظر المادة 380 من قانون العقوبات.

كما أورد قانون حماية الطفل (القانون 15-12) المذكور سابقا جريمة الاستغلال الاقتصادي للطفل وجعل عقوبتها الحبس من سنة إلى 3 سنوات + الغرامة من 50.000 إلى 100.000 د.ج، وتضاعف العقوبة في الحالة التي يكون فيها الجاني أحد أصول الطفل أو المسؤول عنه.<sup>1</sup> وهو ما ينطبق على النائب الشرعي.

**2-2-2- الجرائم التي تتصل مباشرة بالنائب الشرعي:** ونقصد بها الجرائم التي تعتبر صفة النائب الشرعي شرطا لقيام ركنها المادي، ونميز بين جرائم الأشخاص وجرائم الأموال.

**2-2-2-1- في جرائم الأشخاص:** وتتمثل في الجرائم التي تتصل بالالتزامات الأسرية، وأهمها ما جاء في المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري والتي تتجسد في ترك أحد الأبوين مقر الأسرة لمدة شهرين متوالين دون سبب جدي متخليا عن كافة الالتزامات الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية والتي أصبحت عقوبتها تتمثل في الحبس من 6 أشهر إلى سنتين + الغرامة من 50.000 إلى 200.000 د.ج.<sup>2</sup>

**2-2-2-2- في جرائم الأموال:** لا توجد في قانون العقوبات جريمة أموال خاصة بالنائب الشرعي في حد ذاته، ولا يمكن أن نعتبره سارقا (المادة 350 من قانون العقوبات) ولا خائن أمانة (طبقا للمادة 376 من قانون العقوبات) لعدم توافر شروط تطبيق هذه المواد عليه.

وحول المسؤولية الجزائية للنائب الشرعي اختلفت قوانين الدول العربية محل المقارنة، حيث نجد المشرع المغربي كان أكثر وضوحا من المشرع الجزائري حين اعتبر الوصي والمقدم بمثابة وكيل بأجر، وهو ما شأنه أن يجعله تحت طائلة الفصول 547 و 549 و 550 من مجموعة القانون الجنائي المغربي وتعرضه لعقوبة الحبس من سنة إلى 5 سنوات + الغرامة من 200 إلى 5000 درهم مغربي وقد تضاعف.

---

<sup>1</sup> - المادة 139 من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

<sup>2</sup> - كانت العقوبة قبل تعديل قانون العقوبات بالقانون 15-19 المؤرخ في 2015/12/30 تتمثل في الحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25.000 إلى 100.000 د.ج.

وإضافة لهذا، نص المشرع المغربي على جريمة استغلال الحاجة المالية للقاصر ولكنه كان أكثر توسعا حين ضم إلى القاصر فاقد الأهلية من البالغين والمحجور عليهم حيث تصل العقوبة من 6 أشهر إلى 3 سنوات + غرامة من 200 إلى 250 د.هم.<sup>1</sup>

ونجد المشرع التونسي، رغم سكوته عن المسؤولية المدنية للنائب الشرعي، يعاقب في المجلة الجزائية التونسية على ارتكاب الولي أو الوصي لجريمة الخيانة والاستيلاء غير المشروع بالسجن مدة عشرة أعوام، بينما تكون عقوبة هذه الجريمة حين لا يكون الجاني وليا أو وصيا هي السجن مدة ثلاثة أعوام وبخطية قدرها مائتان وأربعون دينارا.<sup>2</sup>

أما المشرع الموريتاني فلا ينص على أية جريمة لها صلة بالنائب الشرعي سوى ما سبق ذكره بخصوص مخالفة النائب الشرعي قواعد تزويج القاصر مثلما ذكر في موضعه في البحث. أما المشرع الليبي فقد نص في قانون العقوبات في المادة 396 على جريمة التقصير في القيام بالواجبات العائلية: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تزيد على 50 جنيها كل من تخلص من القيام بواجبات الإعانة المترتبة على مكانته الأبوية أو على واجبه كوصي أو على كونه زوجاً بالتخلي عن منزل الأسرة أو باتباع مسلك يتنافى مع نظامها السليم أو أخلاقها. وتزداد العقوبة إلى النصف إذا ارتكب الفاعل أحد الأفعال الآتية:

- إذا سلب أو بذر أموال ابنه القاصر أو أموال من له وصاية عليه أو أموال زوجه.
- إذا جرد من وسائل العيش فروعه القاصرين أو العاجزين عن العمل أو أصوله أو زوجه مالم يكن قد انفصل عنه قانونا دون خطأ منه).<sup>3</sup>

أما المشرع الكويتي فلم يورد نصا بهذا الخصوص في قانون الجزاء الكويتي، ولكن في القانون رقم 67 لسنة 1983 بشأن الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتية، نجد نصا على الحكم بغرامة مالية لا تتجاوز 500 دينار كويتي على كل من يخالف أحكام المادة 13 من هذا

<sup>1</sup> - الفصل 552 من المجموعة الجنائية المغربية.

<sup>2</sup> - الفصل 297 من المجلة الجزائية التونسية.

<sup>3</sup> - المادة 396 من قانون العقوبات الليبي.

القانون ( المتعلقة بوجوب الإخطار بوفاة كل شخص توفي عن قصر أو محجور عليهم أو حمل مستكن) والمادة 17 من ذات القانون (المتعلقة بتسليم أموال القاصر أو المحجور عليه حال انتهاء النيابة الشرعية بالعزل).<sup>1</sup>

أما المشرع الإماراتي فقد نص في قانون العقوبات الإماراتي على جريمة انتهاز حاجة القاصر أو المحكوم باستمرار الوصاية أو الولاية عليه واعتبر صفة الولي أو الوصي أو القيم ظرفا مشددا في حالة ارتكابهم لهته الجريمة، علما أن المشرع الإماراتي حدد نوع العقوبة أي الحبس والغرامة ولكنه لم يحدد مقدارها تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.<sup>2</sup>

وفيما يلي ننتقل للفرع الثاني لنرى آثار انتهاء النيابة الشرعية فيما تعلق بالغايب والمفقود.

### الفرع الثاني: آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغايب والمفقود

حين تنتهي النيابة الشرعية بالنسبة للغايب والمفقود بصدور الحكم القاضي باعتباره ميتا، فإنه يترتب على ذلك تقسيم أمواله بين ورثته واعتداد زوجته عدة الوفاة ما لم تكن قد طلبت التطبيق للغيبة على النحو السابق ذكره، كما يتم رد النصيب المحفوظ له من أي تركة كان فيها من ضمن الورثة. أما إذا انتهت النيابة الشرعية عن الغائب أو المفقود بعودته حيا، فإن كان هذه العودة قبل الحكم بموته فلا تثور أي مشكلة وتطبق قواعد المحاسبة بينه وبين نائبه الشرعي وفق القواعد سالفة الذكر، أما إذا كانت عودته حيا بعد صدور الحكم القضائي بموته فنفرق بين أثر ذلك على الرابطة الزوجية وأثر ذلك على أمواله.

**أولاً: الأثر المترتب على الرابطة الزوجية:** لم ينص المشرع الجزائري على الحكم في هذه الحالة، وبذلك يجد القاضي نفسه ملزما بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية ويبقى له الاختيار بين المذاهب وإن كان قول المالكية الأولى بالتطبيق.

وخلافا لهذا نجد القوانين العربية محل المقارنة قد تناولت الموضوع، فالمشرع المغربي ينص أنه إذا عاد المفقود بعد الحكم بوفاته حيا فإن للنيابة العامة أو كل ذي مصلحة أن يطلب

<sup>1</sup> المادة 24 من القانون رقم 67 لسنة 1983 بشأن الهيئة العامة لشؤون القصر الكويتية.

<sup>2</sup> المادة 400 من قانون العقوبات الإماراتي.

إصدار حكم باعتباره حيا يبطل به الحكم الأول القاضي بوفاته، وبخصوص الزوجة فإنها ترجع إليه ما لم يكن قد بنى بها الزوج الثاني، وهو ذاته موقف المشرع الموريتاني.<sup>1</sup>

وفي القانون الكويتي نجد بعض التفصيل حيث نص أن المفقود إذا جاء حيا أو تبين أنه حي فزوجته له ما لم يدخل بها الزوج الثاني غير عالم بحياة الأول، وإلا فإن المرأة تكون للزوج الثاني ما لم يكن العقد تم في عدتها فحينها يبطل الزواج وتعود للأول، وهو ما يطابق موقف المشرع الإماراتي والبحريني وإن كان هذا الأخير لم يشر لمسألة زواجها في العدة.<sup>2</sup> بينما لا نص في القانون التونسي والقانون الليبي، فيطبق المذهب المالكي.

وعليه فإنه بخصوص القانون الجزائري يقترح إضافة المادة 59 مكرر لقانون الأسرة لتناول مسألة أثر عودة المفقود حيا على زوجته حال زواجها ويكون نصها كالتالي:

المادة 59 مكرر: (إذا انقضت عدة زوجة المفقود المحكوم بموته وتزوجت ثم رجع المفقود حيا فإنه إن كان قد بنى بها الزوج الثاني فلا تعود للأول، أما إذا لم يبن بها الزوج الثاني بعد فإنها تعود للأول دون مهر أو عقد جديدين).

ثانيا: الأثر المترتب على الأموال: جاء في المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري بخصوص عودة المفقود بعد تقسيم ماله (... وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها)، ويظهر من النص أن المشرع الجزائري أخذ بقول الجمهور من أن المفقود إذا عاد يسترجع ما بقي من أمواله عينا وما بيع منها يسترجع ثمنه، وأنه ليس له أن يسترجع ما أتلّف منها أو استهلك.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> - المادة 75 من مدونة الأسرة المغربية؛ المادة 107 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية

<sup>2</sup> - المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 39 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ المادة 113 من قانون الأسرة البحريني.

<sup>3</sup> - نوي عبد النور، المرجع السابق، ص355.

وفي القوانين العربية محل المقارنة لا نجد أثرا في القانون المغربي حول هذه المسألة مما يحيلنا للمذهب المالكي، وهو نفس الوضع في القانون التونسي والقانون الموريتاني والقانون الليبي والقانون البحريني، مما يحيلنا على المذهب المالكي.

بينما نجد القانون الكويتي والقانون الإماراتي أورد كل منهما نصا يتعلق بهذ المسألة ينص أنه إذا عاد المفقود الذي قسمت تركته بعد الحكم بموته أو تبين أنه حي، فإنه يرجع على ورثته فقط بما تبقى في أيديهم من تركته ولا يحق له شيء مما استهلك.<sup>1</sup>

ونلاحظ هنا أن المشرعين الكويتي والإماراتي لم ينصا على استرجاع المفقود العائد قيمة ما بيع من ممتلكاته مثلما نص عليه المشرع الجزائري، وقد علل المشرعان الكويتي والإماراتي ذلك بأنه لا ضمان إلا بعقد أو تعد، ولا يوجد عقد في هذه الحالة ولا يوجد تعد كذلك لأن الورثة تصرفوا في المال بموجب حكم قضائي أي بسند صحيح.<sup>2</sup>

وبهذا نكون قد أنهينا المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الثاني، وبذلك ننهي هذا البحث.

تم بحمد الله.

---

<sup>1</sup> - المادة 333 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي؛ المادة 39 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ .

<sup>2</sup> - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق، ص274؛ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق، ص374.



الخطاتمة

## الخاتمة

من خلال هذا البحث تم التطرق إلى نظام النيابة الشرعية الذي أقرته الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة لأجل حماية مصالح طائفة من الأشخاص بسبب عجزهم عن القيام بأمرهم سواء كان هذا العجز صغرا في السن أم لعارض أصاب الأهلية أم مانع حال بين الشخص وبين مزاوله حقوقه الناجمة عن أهليته.

وقد تم تناول الموضوع ببيان أحكام النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مقارنة بمجموعة من قوانين الدول العربية وتم التطرق لذلك ببيان أحكام الفقه الإسلامي بمذاهبه الأربعة ثم القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة، بدءا ببيان الأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية ثم الأشخاص القائمين بها ثم الآثار المترتبة على قيام النيابة الشرعية من صلاحيات ومسؤوليات النائب الشرعي وأخيرا انتهاء النيابة الشرعية وآثار ذلك.

وقد انطلق البحث من إشكالية مدى كفاية الأحكام الواردة في النصوص القانونية المتعلقة بالنيابة الشرعية في القانون الجزائري في توفير الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية مقارنة مع الأحكام الواردة في الفقه الإسلامي بهذا الخصوص وبعض القوانين العربية؟ وانبثقت عنها مجموعة من التساؤلات حول الاختيارات الفقهية للمشرع الجزائري في مسائل النيابة الشرعية؟ ومرجعيتها الفقهية؟ ومواطن القوة ومكامن الضعف في القانون الجزائري فيما تعلق بمسائل النيابة الشرعية؟ وعن موقع المشرع الجزائري ضمن القوانين العربية محل المقارنة؟

حيث ظهر من خلال البحث قصور القانون الجزائري عن المعالجة المحكمة لنظام النيابة الشرعية، وعدم كفاية النصوص القانونية الحالية، وهو ما ظهر في عديد من المسائل، حيث اتخذ هذا القصور ثلاثة أشكال:

**1- عدم وجود النص القانوني، والاكتفاء بالإحالة على الشريعة الإسلامية دون تحديد مذهب للقاضي يسهل عليه ويخفف عليه عناء البحث ويمنع وقوع تضارب في الأحكام القضائية، ومن أمثلة غياب النص حالة غياب الولي في زواج القاصر، عدم النص على زواج المحجور**

عليهم، وعدم النص على حكم طلاق القاصر والمحجور عليهم، عدم تحديد نطاق النيابة الشرعية.

**2- الاقتضاب والغموض وعدم التفصيل، وهي الصورة الأبرز، والسمة الغالبة على المشرع الجزائري في الأحكام المتعلقة بالنيابة الشرعية، حيث سجلنا غياب التفصيل الكافي في عدد المسائل، على رأسها أحكام الحجر القضائي، والمشرف على الوصي، ومفهوم الغائب وإدارة أموال الغائب والمفقود وإقامة مسؤولية النائب الشرعي عن التصيير في مهامه.**

**3- عدم الانسجام وتضارب الأحكام بين المواد والنصوص القانونية، وهو ما تم تسجيله في الاختلاف بين القانون المدني وقانون الأسرة فيما تعلق بأصناف المحجور عليهم، وحكم تصرفات ناقصي الأهلية، وعدم الانسجام بين مواد قانون الأسرة فيما تعلق بمخالفة المادة 107 للمادتين 82 و83 فيما يخص أثر الحجر.**

**وفيما تعلق بمرجعية المشرع الجزائري واختياراته الفقهية في مسائل النيابة الشرعية، فقد لوحظ تعدد هذه الاختيارات وعدم انضباطه في مذهب معين خلافا لبعض القوانين العربية محل المقارنة؛ فالمشرع المغربي والمشرع التونسي والمشرع الموريتاني والمشرع الليبي التزموا المذهب المالكي وأحالوا عليه حال عدم وجود النص باستثناء المشرع التونسي الذي لم ينص على الإحالة على المذهب المالكي، بينما كان المشرع الكويتي والمشرع الإماراتي والمشرع البحريني أقرب للمشرع الجزائري من حيث تنوع الاختيارات الفقهية ولكن وردت الإحالة على المذهب المالكي. وعليه فإن المشرع الجزائري لم يلتزم بالمرجعية الفقهية المالكية.**

**وبالنسبة لنقاط القوة ومكامن الضعف في القانون الجزائري في مسائل النيابة الشرعية، فمن حيث نقاط القوة فإن المشرع الجزائري تميز بالضبط الدقيق للمركز القانوني للجنين والحقوق المقررة له، كما أنه تجنب وضع تعريفات للمحجور عليهم، وقام بضبط أصنافهم، واستخدم ألفاظا موحدة متجنباً الخلط الذي وقعت فيه بعض القوانين العربية محل المقارنة، إضافة إلى توحيد بين الولي والوصي والمقدم في الصلاحيات والفرقة بينهم في المحاسبة، كما تميز عن كل القوانين العربية المقارنة بما منحه للكافل من ولاية قانونية تامة.**

أما من حيث مواضع الضعف، فتظهر من خلال الصياغة غير الدقيقة لعدد المواد وتناقضها فيما بينها على النحو الذي تم توضيحه في البحث، إضافة إلى إهمال الكثير من المسائل وعدم التفصيل في الأخرى كما سبق ذكره في مظاهر عدم الكفاية.

وفيما تعلق بموقعه ضمن القوانين العربية محل المقارنة، فالمشعر الجزائري بحاجة للاستفادة من التطورات التي حصلت في تلك القوانين والاستفادة منها لا سيما فيما تعلق بالأخذ من أحكام الفقه الإسلامي وتبني مرجعية فقهية ثابتة، والتفصيل في الأحكام المتعلقة بالنيابة الشرعية بشكل جيد بدل الاقتضاب والتداخل الحاصل، مع ملاحظة أن القانون الجزائري يتفق مع القانون المغربي والموريتاني والإماراتي في استخدام تعبير النيابة الشرعية في حين يستخدم كل من القانون الليبي والكويتي والبحريني تعبير الولاية على النفس والولاية على المال، بينما جمع القانون التونسي هذه الأحكام تحت عنوان الحجر.

هذا، والمشعر الجزائري لم يخالف الفقه الإسلامي في مسائل النيابة الشرعية إلا في مسألتين انعدام المسؤولية المدنية لعدم التمييز وولاية الأم ولاية أصلية على أبنائها، وفيما عدا هذين المسألتين لم يخرج المشعر الجزائري عن نطاق أحكام الفقه الإسلامي إلا أنه لم يستمد منها كافة الأحكام المتعلقة بالنيابة الشرعية مما جعله يقع في القصور المشار إليه أعلاه، ويتفق المشعر الجزائري في توجهه العام مع أساس نظام الولاية على النفس والولاية على المال المقرر في الفقه الإسلامي وهو حفظ نفس المولى عليه وماله مع تنمية المال، غير أن القانون الجزائري تضمن قيودا أكثر على تصرفات النائب الشرعي لم تتضمنها أحكام الفقه الإسلامي.

وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها ومن خلال النظر في أحكام الفقه الإسلامي والنصوص القانونية المقارنة المستمدة أصلا من الفقه الإسلامي وبالنظر إلى الملاحظات التي أبدت في متن البحث، وإضافة إلى الاقتراحات التفصيلية التي وضعت في المتن في صيغة اقتراح تعديل وتميم لمواد النصوص القانونية المتعلقة بالنيابة الشرعية، فإنه وفي سبيل جعل هذه النصوص كفيلة أكثر بتحقيق الحماية اللازمة للأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية، نرى محلا لتقديم الاقتراحات التالية:

## أولاً: تحديد المرجعية الفقهية لقانون الأسرة:

تحديد المرجعية الفقهية يظهر من خلال فكرتين، المصدر المادي الذي تستمد منه أحكام قانون الأسرة، والثاني هو المرجع في حال عدم وجود نص يحكم مسألة معينة في قانون الأسرة، وكلا الفكرتين ينبغي على المشرع الجزائري أن يبينهما على أساس المذهب المالكي باعتباره المرجعية الفقهية للجزائر، فمن باب أولى أن يتم ذلك في قانون الأسرة باعتباره أول القوانين المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وفقهها، وذلك أسوة بالقوانين العربية محل المقارنة لا سيما القانون المغربي والقانون الموريتاني اللذين اتبعا أقوال المذهب المالكي في أحكام مدونة الأسرة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الموريتاني، وهو ما اتبع بشكل أقل من قبل بقية القوانين العربية محل المقارنة.

فمن حيث الفكرة الأولى فإن على المشرع استمداد أحكام قانون الأسرة أساساً من الفقه المالكي كأصل وفي حالة عدم وجود قول للمالكية في المسألة تتم الاستعانة بأقرب الأقوال إلى المالكية في المذاهب الثلاثة الأخرى مثلما فعل المشرعان الإماراتي والكويتي، وبخصوص الفكرة الثانية المتعلقة بمرجع القاضي حال عدم وجود نص في قانون الأسرة فإنه من الأحسن الاقتداء بالمشرع الموريتاني والنص على الرجوع إلى المشهور من مذهب الإمام مالك حال عدم وجود نص في قانون الأسرة، وهنا تتبني إضافة فقرة أخرى تنص أنه إذا لم يوجد قول مشهور في المذهب المالكي فإن القاضي يختار قول الجمهور في المسألة، فإذا لم يوجد حكم وفق المبادئ العامة التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية.

## ثانياً: جمع الأحكام المبعثرة:

لقد تمت الإشارة في عدة مواطن من هذا البحث إلى أن المشرع الجزائري لم يضع كل الأحكام الخاصة بالنيابة الشرعية في الكتاب الثاني، لا سيما الأحكام المتعلقة بالولاية على النفس وما ترتب عنها من مسائل التزويج، إضافة إلى ما ورد من بضع مسائل في كتاب المواريث وكتاب التبرعات، وإذا كانت تلك مواطن تلك النصوص ومظانها إلا أن ذلك لا يمنع

من وضع نصوص تخص هذه المسائل ولو من باب الإشارة إليها والإحالة على ما ورد في شأنها من أحكام.

كما أن الأمر ينطبق على المسائل الواردة في الكتاب الثاني بخصوص حكم تصرفات فاقدى وناقصي الأهلية وأحكام الحجر حيث كان الأولى هو جمعها تحت فصل واحد، لأن الحجر إنما هو قيد على الأهلية وكان ينبغي التطرق إليه بعد التطرق لأحكام عوارض الأهلية. وهو نفسه ما ينطبق بخصوص أصحاب الحق في النيابة الشرعية حيث كان بالإمكان جمعهم في مادة واحدة تحدد ترتيبهم مثلما فعلت معظم القوانين العربية محل المقارنة، حيث يستحسن البدء بمادة تبين مضمون الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية ثم تبين أصحاب الحق فيها على الترتيب الذي ارتضاه المشرع الجزائري.

وهو عين ما يجب القيام به بخصوص الجانب الإجرائي المتعلق بالنيابة الشرعية، أسوة بالمشرع المغربي الذي نقل من قانون المسطرة المدنية إلى مدونة الأسرة جميع ما تعلق بالأسرة من إجراءات التقاضي، ومنه فإن من الأفضل للمشرع الجزائري لو نقل الجانب الإجرائي المتعلق بالنيابة الشرعية إلى موقعه في قانون الأسرة لا سيما ما تعلق بإجراءات دعوى الحجر ودعوى محاسبة الوصي وإجراءات البيع بالمزاد العلني لعقارات القصر والمحجور عليهم.

### ثالثا: إزالة التضارب بين النصوص وضبط المصطلحات والصيغ القانونية:

يواجه المشرع الجزائري مشكلة كبيرة في مسألة التضارب بين النصوص وحتى مواد القانون نفسه، وعدم ضبط المصطلحات والصيغ القانونية، حيث تم تسجيل عدد من الملاحظات حول ذلك مثل الاختلاف بين القانون المدني وقانون الأسرة في شأن المحجور عليهم وتصنيفهم، وأيضا ما تعلق بمصطلح القابلية للإبطال والعقد الموقوف، حيث يتعين إزالة هذا التضارب بين هذه النصوص، إضافة إلى وجوب ضبط المصطلحات مثلما سجلناه بخصوص لفظ (الحكم) أو (الأمر) بخصوص الأثر المترتب عن دعوى الحجر حيث لا بد من استخدام لفظ الحكم، ومصطلح البالغين ناقصي الأهلية الوارد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي لا بد أن يستبدل بمصطلح (المحجور عليهم)...الخ.

وعليه فإن من الواجب على المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر وضبط المصطلحات القانونية وإزالة التضارب بين النصوص.

#### رابعاً: تعديل وتتميم النصوص المعمول بها لاستحداث أحكام جديدة:

إن أحكام النيابة الشرعية في القانون الجزائري كما سبق ذكره أعلاه تعاني الكثير من النقص، ومن أوجه معالجة هذا القصور تعديل مواد النصوص القانونية الحالية وتتميمها بمواد جديدة وهو ما يخص المواد 7 و 11 في أحكام الزواج بإضافة أحكام تتعلق بزواج المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية والنص على حكم خيار البلوغ، مع ضرورة وضع نص قانوني يتكلم عن أهلية المطلق وحكم طلاق المحجور عليهم، وهو ما من شأنه أن يمس المادة 54 من قانون الأسرة بخصوص أحكام خلع القاصر والمحجور عليهم، إضافة إلى المواد 82 و 83 و 84 و 101 و 107 من قانون الأسرة والمادة 5 من القانون التجاري بخصوص توحيد سن الترشيح وجعلها 16 سنة وضبط قائمة الأشخاص الخاضعين للحجر القضائي وحكم تصرفات القاصر والمحجور عليهم بعد الحجر. والمواد 103 و 104 و 105 و 106 فيما تعلق بدعوى الحجر وأطرافها والفصل فيها وطرق الطعن في الحكم، والمادة 92 بخصوص تعيين الوصي والمادة 110 بخصوص تعريف الغائب تعريفاً دقيقاً، والمادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما تعلق بالشخص المنوب عنه في دعوى فك الرابطة الزوجية.

إضافة إلى وضع نص يحدد أثر عودة المفقود المحكوم بموته على زواج من كانت زوجته، وإضافة حكم تقسيم تركة المفقود أسوة بالحمل.

أما تعلق بالسلطات الممنوحة للنائب الشرعي فهي مقبولة ولا تستدعي تعديلات بشأنها ونفس الشأن فيما يخص المسؤولية المدنية والجزائية لا ينبغي التوسع فيها نظراً للطابع الخاص للنيابة الشرعية خصوصاً ولاية الأب والأم وفق ما تم إبرازه في البحث.

على أنه لا بد من التنبيه على ضرورة العمل الجاد على وضع قانون أسرة جديد تماماً مستمد من المذهب المالكي كما سبق ذكره في المقترح الأول يراعي آخر التطورات العلمية، وينبغي له أهل الاختصاص وغيرهم من فقهاء وأساتذة وباحثين في القانون مع الاستفادة مما

وصلت إليه القوانين العربية محل المقارنة وما قررتة المحكمة العليا الجزائرية طيلة السنوات الماضية في عملها القضائي.

وبهذا ننهي بفضل الله تعالى جميع هذا البحث والحمد لله رب العالمين.



# قائمة المراجع

## قائمة المراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن قراءة عاصم.

### أولاً: القواميس والمعاجم:

1- الجرجاني. محمد السيد الشريف. **معجم التعريفات**. تحقيق: محمد صديق المنشاوي. دون طبعة. القاهرة، مصر: دار الفضيلة للطباعة والنشر والتصدير، دون سنة نشر.

2- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي. **التعريفات الفقهية**. ط1. بيروت. لبنان. دار الكتب العلمية، 2008

3- مجمع اللغة العربية. **المعجم الوسيط**. ط4. مصر: دار الشروق الدولية، 2004

4- \_\_\_\_\_ . **المعجم الكبير**. دون طبعة. 8 أجزاء. القاهرة. مصر: منشورات مجمع اللغة العربية، دون سنة نشر.

5- مكتب الدراسات والبحوث بدار الكتب العلمية. **القاموس: فرنسي- عربي**. ط2. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 2004

### ثانياً: كتب التفسير:

6- الجصاص. أبو بكر أحمد بن علي الرازي. **أحكام القرآن**. تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، 5أجزاء. دون طبعة. بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، 1993.

7- ابن العربي. أبو بكر محمد بن عبد الله. **أحكام القرآن**. تحقيق: محمد عبد القادر عطا. 4 أجزاء. ط3. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 2003

8- القرطبي. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن أبي بكر. **الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان**. تحقيق عبد المحسن التركي. 24 جزءا. ط1. بيروت. لبنان: مؤسسة

الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006

9- محمد أبو زهرة. **زهرة التفاسير**. دون طبعة. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي، دون سنة نشر.

### ثالثاً: كتب الحديث وشروحه:

- 10- ابن عبد البر. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار. تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي. 30 جزءاً. ط1. دمشق. سوريا: دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، حلب. سوريا وبيروت. لبنان والقاهرة. مصر: دار الوعي، 1993
- 11- ابن حجر العسقلاني. فتح الباري بشرح صحيح البخاري. 13 جزءاً. دون طبعة. المطبعة السلفية، دون سنة نشر.
- 12- أبو داود السجستاني. سنن أبي داود مع حكم الألباني. تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان. ط2. الرياض. السعودية: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع. 1417 هجرية.
- 13- رائد بن صبري بن أبي علفة. شروح سنن ابن ماجه. جزءان. ط1. بيروت. لبنان: بيت الأفكار الدولية للطباعة والنشر والتوزيع، 2007
- 14- مالك بن أنس الأصبحي. الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي. دون طبعة. القاهرة. مصر: دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، 2004
- 15- ابن ماجه. سنن ابن ماجه. جزءان. دون طبعة. لبنان: دار إحياء الكتب العربية، دون سنة نشر.
- 16- المباركفوري. أبو العلا محمد بن عبد الرحمان. تحفة الأحوزي شرح جامع الترمذي. تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة. جزءان. دون طبعة. عمان. الأردن: بيت الأفكار الدولية للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- 17- الألباني محمد ناصر الدين. صحيح سنن ابن ماجه. 3 أجزاء. ط1. الرياض. السعودية: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، 1997
- 18- مسلم بن الحجاج النيسابوري. صحيح مسلم. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. 5 أجزاء. ط1. القاهرة. مصر: دار الحديث، 1991

## رابعاً: النصوص القانونية:

### أ- النصوص القانونية الجزائرية:

19- الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1966، العدد 49).

20- الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية. المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1970، العدد 21).

21- الأمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني. المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1975، العدد 78).

22- الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري. المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1975، العدد 101).

23- القانون 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1984، العدد 24).

24- القانون 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل والعمل. المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1990، العدد 17).

25- الأمر 02-03 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1422 الموافق 25 فبراير سنة 2002 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر سنة 2001. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2002، العدد 15).

26- القانون 03-06 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1424 الموافق 14 يونيو سنة 2003 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2003، العدد 37).

27- القانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 ذو الحجة عام 1425 الموافق 06 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين. القانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 ذو الحجة عام 1425 الموافق 06 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2005، العدد 12).

28- الأمر 01-06 المؤرخ في 28 محرم عام 1427 الموافق 27 فبراير سنة 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2006، العدد 11).

29- الأمر 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 جويلية سنة 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2006، العدد 46).

30- القانون 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 2008، العدد 21).

31- المرسوم 283-64 المؤرخ 10 جمادى الأولى 1384 الموافق 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة. (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، 1964، العدد 35).

#### ب- النصوص القانونية المغربية:

32- ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 أغسطس 1913 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي المعدل والمتمم لا سيما بالقانون 09.15 الصادر بموجب الظهير رقم 1.15.15 المؤرخ 29 ربيع الآخر الموافق 19 فبراير 2015 الجريدة الرسمية عدد 6344 بتاريخ 28 جمادى الأولى 1436 الموافق 2015/03/19.

- 33- القانون رقم 1.74.447 المؤرخ في 28/09/1974 المتضمن قانون المسطرة المدنية المغربية المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 3230 مكرر بتاريخ 1974/09/30.
- 34- الظهير 1.58.008 المؤرخ في 25/02/1958 المتضمن النظام الأساسي للوظيفة العمومية المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية عدد 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 الموافق 1958/04/11.
- 35- القانون رقم 37.99 المتضمن قانون الحالة المدنية المغربي النافذ بموجب الظهير رقم 1.02.239 الصادر في 03/10/2002. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية. عدد 5054. بتاريخ 2002/11/7.
- 36- القانون رقم 65-99 المتعلق بمدونة الشغل الصادر بموجب الظهير رقم 1.03.194 صادر في 11/09/2003، الجريدة الرسمية رقم 5167 المؤرخ في 08/12/2003.
- 37- القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين بالصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.02.172 المؤرخ في الفاتح من ربيع الثاني 1423 الموافق 13 يونيو 2002. الجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19/08/2002.
- 38- القانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية المعدل والمتمم. الصادر بموجب ظهير رقم 1.02.255 المؤرخ في 25 رجب 1423 الموافق 03 أكتوبر 2002. الجريدة الرسمية رقم 5078 بتاريخ 30/01/2003.
- 39- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة صدر بموجب الظهير رقم 1.04.22 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004. الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 05/02/2004 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08.09 الصادر بموجب الظهير رقم 1.10.103 المؤرخ في 13 شعبان 1431 الموافق 16 يوليو 2010. الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 26/07/2010.

40- القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق 22 نوفمبر 2011 الجريدة الرسمية 5998 بتاريخ 2011/11/24. المعدل والمتمم بالقانون 22.13، الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 2013/11/28.

41- قرار وزير العدل رقم 275.04 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1424 الموافق 03 فبراير 2004. الجريدة الرسمية العدد 5186 بتاريخ 2004/02/12.

### ج- النصوص القانونية التونسية:

42- الأمر المؤرخ في 1913/07/09 يتعلق بإصدار المجلة الجزائية، الرائد الرسمي 79 لسنة 1913، المعدلة والمتممة بالقانون رقم 46 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/06 يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وصياغتها، الرائد الرسمي عدد 48 لسنة 2005.

43- الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة والمتممة (الرائد التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956).

44- القانون رقم 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1957/08/01 يتعلق بتنظيم الحالة المدنية. (الرائد الرسمي بتاريخ 1957/07/30).

45- الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906 المتضمن مجلة الالتزامات والعقود (الرائد الرسمي عدد 100 بتاريخ 1906/12/15) المعدلة والمتممة لا سيما بالقانون رقم 87 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتضمن إعادة أوضاع وترتيب مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

46- القانون 112 لسنة 1983 المؤرخ في 1983/12/12 يتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية. (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 82 بتاريخ 16 ديسمبر 1983).

### د- النصوص القانونية الموريتانية:

47- الأمر القانوني رقم 83-162 بتاريخ 1983/07/09 المتضمن القانون الجنائي.

48- الأمر القانوني رقم 89-126 الصادر بتاريخ 14/09/1989 المتضمن قانون الالتزامات والعقود الموريتاني.

49- القانون رقم 2001-052 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

50- الأمر القانوني رقم 2005-015 مؤرخ في 05/12/2005 يتضمن الحماية الجنائية للطفل.

51- القانون رقم 99-035 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والتجارية والإدارية الموريتاني المعدل والمتمم.

52- قانون الحالة المدنية الموريتاني قانون رقم 019-96 المؤرخ في 19/06/1996 يتضمن قانون الحالة المدنية.

53- القانون 93-09 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين للدولة بتاريخ 18/01/1993.

#### هـ - النصوص القانونية الليبية:

54- القانون رقم 36 لسنة 1968 بشأن الأحوال المدنية.

55- القانون رقم 3 لسنة 1983 في شأن الأحداث.

56- قانون رقم 10 لسنة 1984 يتعلق بالزواج والطلاق وآثارهما المعدل والمتمم.

57- القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم.

58- قانون رقم 7 لسنة 1423 هجرية المتضمن قانون الوصية الليبي.

#### و - النصوص القانونية الكويتية:

59- المرسوم رقم 5 لسنة 1959 المتضمن قانون التسجيل العقاري.

60- القانون رقم 16 لسنة 1960 بإصدار قانون الجزاء الكويتي المعدل والمتمم.

61- القانون رقم 38 لسنة 1980 المتعلق بالمرافعات المدنية والتجارية المعدل والمتمم.

62- القانون رقم 67 لسنة 1980 المتضمن القانون المدني مع مذكرته الإيضاحية.



63- القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية المعدل والمتمم مع مذكرته الإيضاحية.

#### ز - النصوص القانونية الإماراتية:

64- القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976 يتعلق بالأحداث الجانحين والمشردين.

65- القانون الاتحادي رقم 5 صادر بتاريخ 15/12/1985 الموافق 3 ربيع الثاني 1406 هجرية. بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة المعدل والمتمم.

66- القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 مؤرخ في 19/11/2005 الموافق 17 شوال 1426 هجرية. المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة مع مذكرته الإيضاحية.

#### ح - النصوص القانونية البحرينية:

67- القانون رقم 7 لسنة 1986 يتضمن قانون الولاية على المال مؤرخ في 27/03/1986.

68- القانون رقم 19 لسنة 2001 المتضمن القانون المدني البحريني.

69- القانون رقم 19 لسنة 2009 يتضمن قانون الأسرة. مؤرخ في 27/05/2009.

#### خامسا: كتب الفقه الإسلامي:

##### أ - كتب المذاهب:

##### \* - كتب المذهب الحنفي:

70- البغدادي. أبو محمد غانم بن محمد. مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان. تحقيق: أحمد محمد سراج وعلي جمعة. جزآن. ط1. القاهرة. مصر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 1999

71- الجصاص. الرازي أبو بكر. شرح مختصر الطحاوي. تحقيق: سائر بكداش وآخرون، 8 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: شركة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع. والمدينة المنورة. السعودية: دار السراج، 2010

- 72- الرحيباني. مصطفى السيوطي. مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ومعها تجريد زوائد الغاية والشرح لحسن الشطي. 6 أجزاء. ط1. دمشق. سوريا: منشورات المكتب الإسلامي، 1969
- 73- الزياعي. فخر الدين عثمان بن علي. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي. 6 أجزاء، دون طبعة. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، 1313 هجرية.
- 74- السرخسي. شمس الدين. المبسوط. 30 جزءا. دون طبعة. بيروت. لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع. 1989
- 75- السمرقندي. علاء الدين. تحفة الفقهاء. 3 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 1984
- 76- ابن عابدين. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف. تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. 13 جزءا. طبعة خاصة. الرياض. السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 2003
- 77- علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. 4 أجزاء. طبعة خاصة. الرياض. السعودية: دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 2003
- 78- العيني. أبو محمد محمود بن أحمد. البناءة في شرح الهداية. مع تعليقات المولوي محمد عمر الشهر بناصر الإسلام الرامفوري. 12 جزءا. ط2. بيروت. لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1990
- 79- الطحاوي. أبو جعفر. مختصر الطحاوي. تحقيق: أبو الوفاء الأفغاني. دون طبعة. حيدر آباد. الهند: دار إحياء المعارف النعمانية، دون سنة نشر.
- 80- محمد زيد الأبياني. شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. 3 أجزاء. دون طبعة. بيروت. لبنان وبغداد. العراق: منشورات مكتبة النهضة، دون سنة نشر.

- 81- \_\_\_\_\_ . شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة لمحمد قذافي باشا تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية بمصر. 5 أجزاء. ط2. القاهرة، مصر. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع. ط2، 2009
- 82- الكاساني. علاء الدين أبو بكر بن مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. 10 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 2003
- 83- القنوري. أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي. الموسوعة الفقهية التجريد، تحقيق مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية. 12 أجزاء. ط1. القاهرة، مصر. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، 2004
- 84- ابن مازة. برهان الدين البخاري الحنفي. المحيط البرهاني في الفقه النعماني. تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي. 9 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 2004
- 85- محمد بن الحسن الشيباني. الأصل. تحقيق: محمد بونوكالن. 13 جزءا. ط1. قطر: إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. 2012
- 86- المرغيناني. برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر. الهداية شرح بداية المبتدي شرح العلامة عبد الله اللكنوي. 8 أجزاء. ط1. كراتشي. باكستان: منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، 1417 هجرية.
- 87- المكي الرازي. حسام الدين بن علي. خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل. تحقيق: أبي الفضل الدمياطي وأحمد بن علي. جزءان. ط1. الرياض. السعودية. مكتبة الرشد ناشرون، 2007
- 88- ابن مودود الموصللي. عبد الله بن محدود الحنفي. الاختيار لتعليل المختار وعليه تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة. 6 أجزاء. دون طبعة. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، دون سنة نشر.

89- ابن نجيم المصري الحنفي. زين الدين بن إبراهيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع تكملة الشرح لمحمد بن حسين بن علي القادري الطوري. ضبطه وخرج آياته وأحاديثه: زكريا

عميرات. 9 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 1997

90- النسفي. أبو البركات عبد الله بن أحمد. كنز الدقائق. تحقيق وتعليق: سائد بكداش. ط1.

المدينة المنورة. السعودية: دار السراج. وبيروت. لبنان: شركة البشائر للطباعة والنشر والتوزيع،

2011

91- ابن الهمام. كمال الدين. فتح القدير شرح الهداية شرح بداية المبتدي. تحقيق: عبد

الرزاق غالب المهدي. 10 أجزاء. ط1. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 2003

\*- كتب المذهب المالكي:

92- ابن عبد البر. أبو عمر يوسف بن عبد الله. الكافي في فقه أهل المدينة. ط2. بيروت.

لبنان: دار الكتب العلمية، 1992

93- البرزلي. أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي. فتاوى البرزلي جامع مسائل الأحكام لما

نزل من القضايا بالمفتين والحكام. تقديم وتحقيق: محمد الحبيب الهيلة. 7 أجزاء. ط1. بيروت.

لبنان: دار الغرب الإسلامي، 2002

94- ابن بزيمة. أبو محمد عبد العزيز بن إبراهيم التونسي. روضة المستبين في شرح كتاب

التلقين. تحقيق: عبد اللطيف زكاغ. جزءان. ط1. الجزائر: مركز الإمام الثعالبي للدراسات

ونشر التراث. وبيروت. لبنان: دار ابن حزم، 2010

95- بهرام الدميري. الشامل في الفقه المالكي. ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب،

جزءان. ط1. دبلن. إيرلندا الشمالية: منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث،

2008

96- \_\_\_\_\_ . الدرر في شرح المختصر وهو الشرح الصغير لبرهام على مختصر خليل

وبهامشه شفاء العليل في حل مقفل خليل لابن غازي المكناسي. دراسة وتحقيق: حافظ بن

- عبد الرحمان خير وأحمد بن عبد الرحيم نجيب. ط1. قطر: إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتمويل من الإدارة العامة للأوقاف بدولة قطر، 2014
- 97- الجعلي. عثمان بن حسين بري المالكي. سراج السالك شرح أسهل المسالك للشيخ محمد البشار. جزان. ط1. بيروت. لبنان. دار صادر للطباعة والنشر والتوزيع. 1994
- 98- ابن الجلاب البصري. أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن. التفریع. دراسة وتحقيق: حسين بن سالم الدهماني. جزان. ط1. بيروت. لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1987
- 99- الحبيب بن طاهر. الفقه المالكي وأدلته. 4 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، 1998
- 100- الخطاب. أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المالكي. تحرير الكلام في مسائل الالتزام. تحقيق عبد السلام محمد الشريف. ط1. بيروت. لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1984
- 101- \_\_\_\_\_ . مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل. بتعليق: محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي. 7 أجزاء. ط1. نواكشوط. موريتانيا: دار الرضوان للنشر. 2010
- 102- الخرشي. أبو عبد الله محمد. شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية علي العدوي. 5 أجزاء. ط1. الجمالية. مصر: المطبعة الخيرية، 1307 هجرية.
- 103- خليل بن إسحاق المالكي. التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب. ضبطه وصححه أحمد بن عبد الكريم نجيب. 9 أجزاء. دون طبعة. دبلن. إيرلندا الشمالية: منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2008
- 104- الدردير. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبالهامش حاشية الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي. أخرجه ونسقه وخرج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالقانون الحديث: مصطفى كمال وصفي. 4 أجزاء، دون طبعة. القاهرة. مصر: دار المعارف، دون سنة نشر.

- 105- الدسوقي. شمس الدين محمد عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير وبهامشه الشرح المذكور مع تقارير العلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عlish. 5 أجزاء. دون طبعة. بيروت. لبنان، دار إحياء الكتب العربية، دون سنة نشر.
- 106- ابن رشد الحفيد. أبو الوليد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. جزءان. ط6. بيروت. لبنان: دار المعرفة، 1982
- 107- الرصاع. أبو عبد الله محمد الأنصاري. شرح حدود ابن عرفة. تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري. ط1. بيروت، لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1993
- 108- زيد الخير المبروك بن علي. تلخيص الفوائد وتجميع الفرائد. شرح الألفية الفقهية على مذهب السادة المالكية. ط1. الجزائر: الشركة الجزائرية اللبنانية. ولبنان: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، 2006
- 109- العبادي عبد الله. شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد. 4 أجزاء، ط1. القاهرة. مصر. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة. ط1، 1995
- 110- الغرياني الصادق. مدونة الفقه المالكي وأدلته. 4 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 2002
- 111- عبد الوهاب البغدادي(القاضي). التلقين في الفقه المالكي. تحقيق ودراسة: محمد ثالث سعيد الغاني. دون طبعة. بيروت. لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2010
- 112- \_\_\_\_\_ . المعونة على مذهب عالم المدينة. تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي. جزءان. ط1. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. 1998
- 113- \_\_\_\_\_ . الإشراف على نكت مسائل الخلاف. تحقيق وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. 8 أجزاء. ط1. المملكة العربية السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع. والقاهرة. مصر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، 2008
- 114- القيرواني. ابن أبي زيد. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات. تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ. 15 جزءا. ط1. بيروت. لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1999

- 115- اللخمي. أبو الحسين علي بن محمد. التبصرة. تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب. 11جزءا. ط2. القاهرة. مصر: منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 2012
- 116- مالك بن أنس الأصبحي. المدونة. رواية الإمام سحنون عن ابن القاسم. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. ط1، 1994
- 117- محمد بشير الشقفة. الفقه المالكي في ثوبه الجديد. 6 أجزاء. ط3. دمشق. سوريا: دار القلم للنشر والتوزيع، 2007
- 118- محمد بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني. تبیین المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك. 4 أجزاء. ط2. بيروت. لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1995
- 119- ميارة الفاسي. محمد بن أحمد. شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الأندلسي وبهامشها حاشية المعداني. تحقيق: مصطفى شتات. جزءان. دون طبعة. القاهرة. مصر: المكتبة التوفيقية، دون سنة نشر.
- 120- الورغمي. محمد بن عرفة التونسي. المختصر الفقهي. تحقيق: حافظ عبد الرحمان محمد خير. 10 أجزاء. ط1. دبي. دولة الإمارات: مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب، 2014
- 121- ابن يونس. محمد بن عبد الله التميمي الصقلي. الجامع لمسائل المدونة. تحقيق: مجموعة من الباحثين في إطار رسائل دكتوراه بقسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه وأصوله. كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. جامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية. 24 جزءا. ط1. السعودية: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي. 2013
- \*- كتب المذهب الشافعي:
- 122- البجيرمي. سليمان بن محمد بن عمر. البجيرمي على الخطيب المسمى بتحفة الحبيب على شرح الخطيب. 5 أجزاء. ط1. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1996
- 123- الجويني. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف. نهاية المطب في دراية المذهب. تحقيق: عبد العظيم محمود الديب. 20 جزءا. ط1. جدة. المملكة العربية السعودية: دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2007

- 124- الديميري الشافعي. كمال الدين أبو البقاء محمد بن موسى بن عيسى. النجم الوهاج في شرح المنهاج. 10 أجزاء. ط1. جدة. المملكة العربية السعودية: دار المنهاج، 2004
- 125- الرافعي. أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الشافعي. العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير. 13 جزءا. ط1. بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية، 1997
- 126- الرملي. شمس الدين بن محمد. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج مع حاشيتي أبي الضياء الشبراملي وأحمد بن عبد الرزاق المغربي الرشدي. 8 أجزاء. ط3. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 2003
- 127- الشافعي. محمد بن إدريس. الأم. دراسة وتحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب. 11 أجزاء. ط1. المنصورة. مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2001
- 128- \_\_\_\_ . الأم. تحقيق: حسان عبد المنان. دون طبعة. عمان. الأردن: دار بيت الأفكار الدولية. دون سنة نشر.
- 129- الشربيني. شمس الدين محمد ابن الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. 4 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، 1998
- 130- الشيرازي. إبراهيم بن علي، المذهب في فقه الشافعية. تحقيق وبيان الراجح من المذهب: محمد الزحيلي. 6 أجزاء. ط1. دمشق. سوريا: دار القلم وبيروت. لبنان: الدار الشامية، 1996
- 131- العمراني الشافعي. أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم اليمني. البيان في مذهب الإمام الشافعي. اعتنى به: قاسم محمد النوري. 14 جزءا. ط1. بيروت. لبنان: دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، 2000
- 132- الغزالي. أبو حامد. الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي. قدم له وضبطه: طارق فتحي السيد. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية. ط1، 2004



- 133- القليوبي وعميرة. شهاب الدين بن أحمد بن أحمد بن سلامة وشهاب الدين أحمد البرنسي. حاشيتان على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلى على منهاج الطالبين للإمام النووي. جزءان. ط3. مصر: مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1956
- 134- الكهوجي. عبد الله بن حسن. زاد المحتاج بشرح المنهاج. حققه وراجعاه: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري. 4 أجزاء. ط1. قطر: طبع على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر، 1982
- 135- الماوردي. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني. تحقيق و تدقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود. 18 جزءا. ط1. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 1994
- 136- المحلى، جمال الدين محمد بن أحمد بن محمد، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، تحقيق محمود صالح أحمد حسن الحديدي، جزءان، ط2، (جدة، المملكة العربية السعودية: دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، 2013
- 137- مصطفى الخن. مصطفى البغا وعلي الشرجي. الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي. 8 أجزاء. ط4. دمشق. سوريا وبيروت. لبنان: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1992
- 138- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف. روضة الطالبين وعمدة المفتين. 12 جزءا. ط3. بيروت، لبنان: المكتب الإسلامي، 1991
- 139- \_\_\_\_\_ . المجموع. شرح المذهب للشيرازي تكملة التاج الدين السبكي. حققه وعلق عليه وأكماله بعد نقصان: محمد نجيب المطيعي. 23 جزءا. دون طبعة. جدة. السعودية: مكتبة الإرشاد، دون سنة نشر.
- \*- كتب المذهب الحنبلي:
- 140- البهوتي. منصور بن يوسف. الروض المربع شرح زاد المستقنع مع حاشية محمد بن صالح العثيمين. دون طبعة. السعودية: مؤسسة الرسالة، دون سنة نشر.

141- \_\_\_\_\_ . كشاف القناع عن متن الإقناع. 5 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان:

دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، 1997

142- ابن تيمية. مجد الدين الحراني. المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ومعه النكت والفوائد السنية على مشكل المحرر للعلامة شمس الدين ابن مفلح المقدسي. جزءان. دون طبعة. السعودية: وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، دون سنة نشر.

143- الحجاوي. شرف الدين موسى بن أحمد. الإقناع لطالب الانتفاع. تحقيق: عبد الله بن

عبد المحسن التركي. 4 أجزاء. ط3. السعودية. دار الملك بن عبد العزيز، 2002

144- أبو الخطاب الكلوزاني. محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني. تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل. ط1.

الكويت. غراس للنشر والتوزيع، 2004

145- الزركشي. شمس الدين محمد بن عبد الله. شرح الزركشي على مختصر الخرقى في فقه

الإمام أحمد بن حنبل. 7 أجزاء. ط1. الرياض. السعودية: منشورات مكتبة العبيكان، 1993.

146- عبد الله بن عبد العزيز الجبرين. شرح عمدة الفقه. 3 أجزاء. ط2. الرياض. السعودية: مكتبة الرشد، 1429هـ.

147- عبد الله بن صالح الفوزان. فقه الدليل شرح التسهيل. 5 أجزاء. ط2. الرياض.

السعودية: مكتبة الرشد، 2008

148- المرادوي. علي بن سليمان. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. تحقيق: محمد

حامد الفقي. 12 جزءا. ط1. السعودية: مطبعة السنة المحمدية، 1956

149- ابن مفلح. شمس الدين محمد المقدسي. الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين أبي

الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي. تحقيق: رائد بن صبري بن أبي علفة. دون طبعة. عمان. الأردن: طبعة بيت الأفكار الدولية، دون سنة نشر.

150- ابن المنجي. زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التتوخي الحنبلي. **المتع في شرح المقنع**، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش. 4 أجزاء. ط3. مكة المكرمة. السعودية: مكتبة الأسد، 2003

151- موفق الدين ابن قدامة المقدسي. **المغني شرح مختصر الخرقى**. 15 جزءا. ط 3. الرياض. المملكة العربية السعودية: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، 1997

152- \_\_\_\_\_ . **الكافي**. 5 أجزاء. ط1. الجيزة. مصر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1997.

153- موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة والمرداوي علاء الدين علي بن سليمان. **المقنع والشرح الكبير والإنصاف**. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي. 32 جزءا. ط1. مصر: دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، 1996

154- محمد بن صالح العثيمين. **الشرح الممتع على زاد المستقنع**. 15 أجزاء، ط1. السعودية: دار ابن الجوزي للطباعة والنشر والتوزيع، 1426هـ.

155- محمد سليمان عبد الله الأشقر. **المجلى في الفقه الحنبلي**. جزءان. ط1. دمشق. سوريا: دار القلم، 1998

156- محمد ناصر الدين الألباني. **التعليقات الرضية على الروضة الندية**. تحقيق: علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبي الأثري. 3 أجزاء. ط1. السعودية: دار ابن القيم للنشر والتوزيع. مصر: دار ابن عفان للنشر والتوزيع، 2003.

157- ابن النجار الفتوحى الحنبلي. **منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات**. 5 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1999  
ب- **الكتب الفقهية المتخصصة:**

158- أيمن إبراهيم ملص. **أحكام اليتيم في الإسلام**. ط1. دمشق. سوريا: دار الرسالة العالمية، 2010.

- 159- بوشمة خالد. نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي مع الإشارة إلى ما يقابلها في القانون الوضعي. دون طبعة. الجزائر: دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع. دون سنة نشر
- 160- خالد محمد صالح. أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية. دون طبعة. مصر: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2011
- 161- عبد الرحمان الصابوني. مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية. جزءان. ط2. دمشق. سوريا: دار الفكر، 1968
- 162- عبد السلام الرفعي. الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي. دون طبعة. الدار البيضاء. المغرب: مطابع أفريقيا الشرق، 1996
- 163- عامر السعيد الزبياري. أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية. ط1. بيروت. لبنان. دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، 1997
- 164- عوض بن رجاء العوفي. الولاية في النكاح. ط1. المدينة المنورة. السعودية: مطابع الجامعة الإسلامية، 2002
- 165- عبد الله محمد رابعة. الوصاية في الفقه الإسلامي. دراسة فقهية قانونية مقارنة. ط1. عمان. الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2009
- 166- عبد المنعم فارس سقًا. أحكام الغائب والمفقود. ط2. سورية. لبنان. الكويت: دار النوادر، 2011
- 167- محمد بن عبد العزيز النمي. الولاية على المال. تحقيق: علي بن عبد الله النمي. ط1. السعودية: مكتبة الملك فهد الوطنية، 2012
- 168- نزيه حماد. نظرية الولاية في الشريعة. ط1. دمشق، سوريا: دار القلم للنشر والتوزيع، 1994

ج- كتب الفقه العام:

- 169- أحمد محمد علي داود. الأحوال الشخصية. 4 أجزاء. ط1. عمان. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009
- 170- بدران أبو العينين بدران. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. ط2. القاهرة. مصر: مطبعة دار التأليف، 1961
- 171- دار الإفتاء المصرية. الفتاوى الإسلامية. 20 جزءا. دون طبعة. مصر: منشورات المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية. وزارة الأوقاف، 1980
- 172- حسن خالد وعدنان نجا. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. ط2. بيروت، لبنان: دار الفكر، 1972
- 173- عبد الرحمان الجزيري. الفقه على المذاهب الأربعة. 4 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: دار الكتب العلمية، 2003
- 174- السنهوري. عبد الرزاق أحمد. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. 6 أجزاء. ط2. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998
- 175- عبله محمد الكحلوي. البنية والأبوة في ضوء القرآن الكريم والسنة. ط1. بيروت. لبنان: دار المعرفة، 2005
- 176- علي الخفيف. أحكام المعاملات الشرعية. ط1. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي، 1996
- 177- \_\_\_\_\_ . فرق الزواج في المذاهب الإسلامية. ط1. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي، 2008
- 178- علي رمضان الشرنباصي. النظريات العامة في الفقه الإسلامي. دون طبعة. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003
- 179- عبد العزيز عامر. الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء. الزواج. ط1. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي، 1984

- 180- عون الدين البغدادي، إجماع الأئمة الأربعة واختلافهم. جزءان. ط1. القاهرة. مصر:  
دار العلاء للنشر والتوزيع، 2009
- 181- الغرياني الصادق. الأسرة أحكام وأدلة. ط10. زيتن. ليبيا: دار ومكتبة بن حمودة  
للنشر والتوزيع، 2013
- 182- عبد الكريم زيدان. المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية.  
10 أجزاء. ط1. بيروت. لبنان: مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، 1994
- 183- \_\_\_\_\_ . الوجيز في أصول الفقه. ط6. السعودية: مؤسسة قرطبة للطباعة  
والنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- 184- عبد الله بن محمد الطيار. وعبد الله بن محمد المطلق. ومحمد بن إبراهيم موسى. الفقه  
الميسر النوازل المعاصرة في فقه الأسرة. 13 جزءا. ط1. الرياض. السعودية: مدار الوطن  
للنشر والتوزيع، 2012
- 185- محمد الزحيلي. النظريات الفقهية. ط1. بيروت. لبنان: دار القلم، ودمشق. سوريا: الدار  
الشامية، 1999
- 186- محمد أبو زهرة. أصول الفقه. دون طبعة. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي للطباعة  
والنشر والتوزيع. دون سنة نشر.
- 187- \_\_\_\_\_ . الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية. دون طبعة. القاهرة.  
مصر: دار الفكر العربي للطباعة والنشر، دون سنة نشر.
- 188- \_\_\_\_\_ . الولاية على النفس دون طبعة. بيروت. لبنان: دار الرائد العربي،  
1980
- 189- \_\_\_\_\_ . الأحوال الشخصية. دون طبعة. القاهرة. مصر: دار الفكر العربي،  
1994
- 190- \_\_\_\_\_ . محاضرات في عقد الزواج وآثاره. دون طبعة. القاهرة. مصر: دار  
الفكر العربي، دون سنة نشر.

- 191- محمد رأفت سعيد. مسؤولية الولي والوصي نحو القاصر. ط1. المنصورة. مصر: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 2002
- 192- محمد سلام مذكور. المدخل للفقهاء الإسلاميين، تاريخه ومصادره ونظرياته ونظرياته الفقهية. ط2. القاهرة. مصر: دار الكتاب الحديث، 1996
- 193- محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة الإسلامية دراسة مقارنة. ط2. بيروت، لبنان: دار النهضة العربية، 1977
- 194- محمد هاني ساعي. موسوعة مسائل الجمهور في الفقه الإسلامي. جزءان. ط2. القاهرة. مصر: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 2007
- 195- مصطفى أحمد الزرقا. المدخل الفقهي العام (جزءان). ط2. دمشق. سوريا: دار القلم للنشر والتوزيع، 2004
- 196- عبد المجيد محمود مطلوب. الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية. ط2. القاهرة. مصر: مؤسسة المختار للطباعة والنشر والتوزيع، 2004
- 197- الموسوعة الفقهية الكويتية. 45 جزءا. ط1. الكويت: منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت. مطابع دار الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع، 1992
- 198- عبد الوهاب خلاف. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. ط2. الصفاة، الكويت: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1990
- 199- وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. 8 أجزاء. ط2. دمشق، سوريا: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1985
- 200- \_\_\_\_\_ . قضايا الفقه والفكر المعاصر. جزءان. ط3. دمشق. سوريا: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2012
- سادسا: كتب القانون:
- 201- أحمد نصر الجندي. النفقات والحضانة والولاية في الفقه المالكي. دون طبعة. المحلة الكبرى. مصر: دار الكتب القانونية، 2006.

- 202- \_\_\_\_\_ . التعليق على قانون الولاية على المال. دون طبعة. المحلة الكبرى. مصر: دار الكتب القانونية، 2004
- 203- \_\_\_\_\_ . شرح مدونة الأسرة المغربية. دون طبعة. مصر. دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2010
- 204- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية. دون طبعة. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2002
- 205- بربارة عبد الرحمان. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ط1. الجزائر: منشورات بغدادي، 2009
- 206- بلحاج العربي. النظريات العامة في الفقه الإسلامي. دون طبعة. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2001
- 207- \_\_\_\_\_ . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. جزءان. ط6. الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية، 2010
- 208- بوسقيعة أحسن. الوجيز في القانون الجنائي الخاص. جزءين. ط14. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2014
- 209- بوضياف عمار. النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري. ط1. الجزائر: دار جسور للنشر والتوزيع، 2010
- 210- بوضياف عادل. قانون الإجراءات المدنية والإدارية. جزءان. ط1. الجزائر: منشورات كليك، 2013
- 211- تقيّة عبد الفتاح. محاضرات في مادة الأحوال الشخصية. دون طبعة. الجزائر: منشورات ثالة، 2007
- 212- جعفر محمد سعيد. مدخل إلى العلوم القانونية. ج2. دروس في نظرية الحق. ط1. الجزائر: دار هومة للنشر والنشر والتوزيع، 2011



- 213- \_\_\_\_\_ . التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري. دون طبعة. الجزائر: دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، 2002
- 214- \_\_\_\_\_ . إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي. ط2. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2009
- 215- داودي عبد القادر. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. ط1. الجزائر: دار البصائر للنشر والتوزيع، 2007
- 216- رمضان أبو السعود. شرح مقدمة القانون المدني. النظرية العامة للحق. دون طبعة. الإسكندرية. مصر: دار المطبوعات الجامعية، 2006
- 217- زعلاني عبد المجيد. المدخل لدراسة القانون: النظرية العامة للحق. ط2. الجزائر: دون ناشر، 2009
- 218- سنقوقة سائح. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرح والتعليق عليه وتطبيقه وما إليه. جزءان. دون طبعة. عين مليلة. الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011
- 219- سيف رجب قزامل. النيابة عن الغير في التصرفات المالية. ط1. القاهرة. مصر. دار الفكر الجامعي، 2008
- 220- شهبون عبد الكريم. الشافي في شرح مدونة الأسرة. جزءين. ط1. المغرب: مكتبة الرشاد، 2006
- 221- بن شويخ الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية. جزءان. ط1. الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008
- 222- عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. 10 أجزاء. ط2. بيروت. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2000
- 223- الضاوي الصالح. مجلة الالتزامات والعقود. شرح وتحيين وتعليق مع فقہ القضاء. ط3. تونس: منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، 2015

- 224- عابد فايد عبد الفتاح فايد. غياب الشخص عن موطنه. دراسة مقارنة في بعض النظم القانونية المعاصرة. دون طبعة. الإسكندرية. مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2014
- 225- عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل. دون طبعة. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007
- 226- فيلاي علي. الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض. ط2. الجزائر: موفم للنشر، 2010
- 227- الكشور محمد. الواضح في شرح مدونة الأسرة. جزءان. ط3. الدار البيضاء. المغرب: مطبعة دار النجاح الجديدة، 2015
- 228- كمال حمدي. الولاية على المال الأحكام الموضوعية. دون طبعة. الإسكندرية. مصر: منشأة المعارف، 2003
- 229- محمد صبري السعدي. النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام. جزءان. ج2. الواقعة القانونية. عين مليلة. الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011
- 230- محمد حسنين. الوجيز في نظرية الحق بوجه عام. دون طبعة. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985
- 231- محمد محدة. الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية. الخطبة والزواج. دون طبعة. باتنة. الجزائر: دار الشهاب للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- 232- بن محمود فاطمة الزهراء ودولة سامية. التعليق على مجلة الأحوال الشخصية. قراءة في فقه القضاء. ط1. تونس. منشورات مجمع الأطرش للكتاب المتخصص، 2015
- 233- مصطفى السباعي. شرح قانون الأحوال الشخصية. جزءان. الجزء الثاني: أحكام الأهلية والوصية والمواريث. ط6. بيروت. لبنان ودمشق. سوريا وعمان. الأردن: منشورات المكتب الإسلامي، 1997
- 234- بن ملح الغوثي. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. ط2. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008

- 235- آث ملويا لحسين بن الشيخ. قانون الأسرة مفسرا مادة مادة للمبتدئين والممارسين. ط1. القبة القديمة. الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2008
- 236- \_\_\_\_\_ . قانون الأسرة دراسة تفسيرية. دون طبعة. عين مليلة. الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2014
- 237- ليث عبد الأمير محمد رضا صباغ. النظام القانوني للصبي المأذون له في التجارة: دراسة مقارنة. ط1. بيروت. لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية، 2005
- 238- نبيل صقر. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا. دون طبعة. عين مليلة. الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- 239- نجيمي جمال. قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي. ط1. الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2016
- 240- وزارة العدل المغربية. دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية. ط3. الرباط. المغرب، 2007
- 241- ياسين محمد الجبوري. المبسوط في شرح القانون المدني. الجزء الأول مصادر الالتزام، المجلد الأول نظرية العقد. القسم الثاني مراتب العقد. ط1. عمان. الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع، 2002
- سابعا: المقالات والمدخلات العلمية:**
- 242- الأحرش عبد الحميد. " الولاية على المال بين الثبات والتجديد ". المجلة الجامعة. ليبيا: كلية القانون جامعة السابع من أبريل بالزاوية. العدد10، 2008
- 243- جداي علي. السن القانوني للزواج. دراسة مقارنة. الجزائر. جامعة الوادي. مجلة البحوث والدراسات. العدد 16. السنة 10، جوان 2013

244- جعفر محمد سعيد. "نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة". الجزائر: كلية الحقوق بين عكنون. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية. العدد 3، 2001

245- عامر القيسي. "تحديد لحظة موت الإنسان. دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني". البيضاء. ليبيا: المختار للعلوم الإنسانية. مجلة علمية محكمة صادرة عن جامعة عمر المختار. العدد 2، 2004

246- عمر زودة. "طبيعة دور النيابة العامة في ظل المادة 3 مكرر من قانون الأسرة: الأمر 05-02". المجلة القضائية للمحكمة العليا. العدد 2، 2005

247- فيلالي علي، "تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء وفاة والده طبقا للمادة 25-2 مدني"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر: جامعة الجزائر. كلية الحقوق. العدد 4، 2001

248- محمود عبدو البزيعي. "الحجر على السفية وجدواه الاقتصادية". مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات. فلسطين. جامعة القدس المفتوحة. العدد 30. المجلد 2، جوان، 2013

249- محسن فرحان الجميلي. "الولاية على السفية في النكاح في الفقه الإسلامي". مجلة مداد الآداب. العراق: الجامعة العراقية. 2013، عدد 5

250- عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيل. مدة انتظار المفقود في الفقه الإسلامي. دراسة فقهية معاصرة. مكة المكرمة. السعودية: بحث مقدم للدورة الحادية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة المؤتمر الإسلامي، ديسمبر 2012

251- أبو النجا إبراهيم. "وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري". المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية. الجزائر: جامعة الجزائر. كلية الحقوق. 1987، العدد 4

252- YOUNCI HADDAD Nadia. *la Kafala en droit Algerien*. Algerie. Université d'alger. Revue Algerienne Des Science Juridiques Economique et Politique. Volume XXXVII. N°4, 1990.

ثامنا: رسائل الماجستير والدكتوراه:

أ/ رسائل الدكتوراه:

253- بوشمة خالد. نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي. رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه. الجزائر: جامعة الجزائر. كلية العلوم الإسلامية. خروبة، دون تاريخ.

254- تقيّة عبد الفتاح. أحكام الطلاق بين أحكام التشريع والاجتهاد القضائي. رسالة دكتوراه دولة في القانون. الجزائر. جامعة الجزائر: كلية الحقوق بين عكنون، السنة الجامعية 2007/2006

255- حبار محمد. نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي. دراسة مقارنة. رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص. الجزائر: جامعة الجزائر. معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية. بن عكنون. ج2.

256- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه ( مصر: كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1968

257- عقيل بن أحمد بن دخيل العقبلي. النيابة في الفقه الإسلامي. رسالة دكتوراه. مكة المكرمة. السعودية: جامعة أم القرى، 1423 هـ.

258- نوي عبد العزيز. أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري. رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص. الجزائر: جامعة الجزائر1. كلية الحقوق، 2013/2012

ب/ رسائل الماجستير:

259- أحمد بن عبد الله الراجحي. عوارض الأهلية السماوية وأثرها في باب المعاملات، دراسة نظرية تطبيقية. رسالة ماجستير في أصول الفقه. مكة المكرمة. السعودية. جامعة أم

القرى: كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. قسم أصول الفقه، العام الجامعي 2013/2012

- 260- حسام سهيل عبد الرزاق النوري. أثر الجنون في التصرفات القولية والفعلية في الشريعة الإسلامية. رسالة ماجستير في الفقه والتشريع. نابلس. فلسطين: جامعة النجاح الوطنية. كلية الدراسات العليا، 2013
- 261- حميش عبد الحق. أحكام الأب في الفقه الإسلامي. رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي. السعودية: جامعة أم القرى. كلية الشريعة والدراسات الإسلامية. قسم الدراسات العليا الشرعية فرع الفقه والأصول، 1988
- 262- سلامي دليلة. حماية الطفل في قانون الأسرة. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص. الجزائر: جامعة الجزائر. كلية الحقوق بين عكنون، 2008/2007
- 263- سلطان بن عبد الله السويلم العنزي. أحكام الوصاية على القاصرين في النظام السعودي دراسة تأصيلية مقارنة. رسالة ماجستير في الشريعة والقانون. الرياض. السعودية: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. كلية العدالة الجنائية. قسم الشريعة والقانون، 2015
- 264- شبايكي نزهة. أحكام المفقود في القانون الجزائري. مذكرة ماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية. الجزائر: كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014
- 265- شراين ابتسام. المفقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه في الحقوق فرع العقود والمسؤولية. بومرداس: جامعة محمد بوقرة. كلية الحقوق. السنة الجامعية، 2010/2009
- 266- أبو صالح نبيل كامل حسن. أهلية التكليف عند الأصوليين. رسالة ماجستير في الفقه والتشريع. نابلس. فلسطين: جامعة النجاح المفتوحة. كلية الدراسات العليا، 2011
- 267- فراس وائل طلب أبو شلخ. الولاية على المال في الفقه الإسلامي. رسالة ماجستير في القضاء الشرعي. فلسطين: جامعة الخليل. كلية الدراسات العليا، 2008/2007

268- عجالي بخالد. نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري. دراسة مقارنة. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص العقود والمسؤولية. الجزائر: جامعة بومرداس. كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005

269- موسوس جميلة. الولاية على أموال القاصر في القانون الجزائري والفقه الإسلامي. مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية. الجزائر: جامعة بومرداس. كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2006

270- نادي محمد تيسير سمور أبو خلف. الأهلية أقسامها، أطوارها، عوارضها وعلاقتها بقانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 م. رسالة ماجستير في القضاء الشرعي. فلسطين: جامعة الخليل، كلية الدراسات العليا بجامعة الخليل - فلسطين، 2008

271- يوسف عطا محمد حلو. أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية. نابلس. فلسطين: رسالة ماجستير في الفقه والتشريع. كلية الدراسات العليا. جامعة النجاح الوطنية، 2003  
تاسعا: المجالات القضائية:

272- المجلة القضائية للمحكمة العليا. 1991، العدد الثاني

273- المجلة القضائية للمحكمة العليا. 1995، العدد الأول

274- المجلة القضائية للمحكمة العليا. 2002، العدد الثاني

275- المجلة القضائية للمحكمة العليا. 2005، العدد الثاني

276- المجلة القضائية للمحكمة العليا. 2006، العدد الثاني

277- المجلة القضائية للمحكمة العليا، 2009، العدد الأول

278- المجلة القضائية للمحكمة العليا. 2009، العدد الثاني

عاشرا: القرارات القضائية:

279- موسوعة الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، إشراف سايس جمال. 3 أجزاء. ط1. الجزائر: منشورات كليك، 2013.

# الفهارس

1- فهرس الآيات

2- فهرس الأحاديث

3- الفهرس الإجمالي البحث



## 1- فهرس الآيات

الصفحة	رقمها	الآية	السورة	
/ 53 / 51	282	[فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا....]	البقرة	.1
/ 307 / 52 314	05	[وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا...]	النساء	.2
315	10	[..إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا..]	النساء	.3
/177/ 53 /268 /265 /307 /269	06	[وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا.....]	النساء	.4
117	141	[وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا...]	النساء	.5
264	34	[.. وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...]	الإسراء	.6
261/176	32	[وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ....]	النور	.7
176	04	[وَأَلَّتِي يَبِيسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْنَ]	الطلاق	.8

## 2- فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث	
16	قوله ﷺ: (الولد للفراش)	.1
21	رسول الله ﷺ قال: { مروا الصبي بالصلاة ..... }	.2
54 /52	أن رجلا كان في عقدته ضعف، وكان يكثر من البيع فيغبن، فأتى أهله رسول الله ﷺ	.3
135	أن النبي ﷺ قال: (السلطان ولي من لا ولي له)	.4
176	عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها بأن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين	.5
203	قال رسول الله ﷺ: (رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق)	.6
204	أن رسول الله ﷺ قال: {..إنما الطلاق لمن أخذ بالساق}	.7
262	قوله ﷺ: { لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار }	.8
264	حديث ابن عمر رضي الله عنهم الذي قال فيه أنه عرض على رسول الله ﷺ يوم غزوة أحد وكان ابن أربعة عشر	.9
315	قال فيه الرسول ﷺ: (اجتنبوا السبع الموبقات..)	.10

### 3- الفهرس الإجمالي للبحث

شكر

إهداء

مختصرات

مقدمة

أ-ح

#### الباب الأول

10

#### أطراف النيابة الشرعية

##### الفصل الأول

13

#### الأشخاص الخاضعون للنيابة الشرعية

15

#### المبحث الأول

##### فاقدو وناقصو الأهلية

15

#### المطلب الأول

##### القاصر

15

الفرع الأول: أحكام القاصر في الفقه الإسلامي

16

أولاً: طور الاجتتان (مرحلة الحمل)

18

ثانياً: طور الطفولة (ما قبل التمييز)

20

ثالثاً: طور التمييز (ما قبل البلوغ والرشد)

23

رابعاً: طور البلوغ والرشد

24

الفرع الثاني: أحكام القاصر في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

24

أولاً: مرحلة الحمل (الجنين)

34

ثانياً: مرحلة الصبي غير المميز

37

ثالثاً: مرحلة الصبي المميز

41	رابعاً: مرحلة الرشد
	<b>المطلب الثاني</b>
43	<b>المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية</b>
43	الفرع الأول: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي
44	أولاً: المجنون
47	ثانياً: المعتوه
49	ثالثاً: السفية
55	رابعاً: ذو الغفلة
56	الفرع الثاني: المحجور عليهم لعارض من عوارض الأهلية في القانون الجزائري والقوانين العربية
	<b>محل المقارنة</b>
56	أولاً: أسباب الحجر
61	ثانياً: إجراءات الحجر (دعوى الحجر)
68	ثالثاً: آثار الحجر في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة
77	رابعاً: نطاق النيابة الشرعية على المحجور عليهم
	<b>المبحث الثاني</b>
80	<b>الغائب والمفقود</b>
	<b>المطلب الأول</b>
80	<b>الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي</b>
81	الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي
81	أولاً: تعريف الغائب والمفقود والتمييز بينهما
83	ثانياً: أقسام الغائب والمفقود في الفقه الإسلامي
85	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الغياب والفقدان
86	أولاً: أثر الغياب والفقدان على الرابطة الزوجية للمفقود

88	ثانيا: أثر الغياب والفقدان على أحكام الميراث
89	ثالثا: أثر الغياب والفقدان على أموال الغائب والمفقود
	<b>المطلب الثاني</b>
89	<b>الغائب والمفقود في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة</b>
89	الفرع الأول: مفهوم الغائب والمفقود
89	أولا: تعريف الغائب والمفقود
93	ثانيا: تمييز الغائب والمفقود عن الأسير والسجين والمحبوس
94	الفرع الثاني: أقسام الغائب والمفقود
95	أولا: المفقود حقيقة
95	ثانيا: المفقود حكما
96	ثالثا: المفقود في حالة خاصة
96	الفرع الثالث: دعوى إثبات الفقدان
97	أولا: أطراف دعوى إثبات الفقدان
98	ثانيا: إجراءات رفع دعوى الفقد والفصل فيها
100	الفرع الرابع: الآثار المترتبة على الحكم بالغياب أو الفقدان
100	أولا: أثر الغياب والفقدان على الرابطة الزوجية للغائب والمفقود
103	ثانيا: أثر الغياب والفقدان على الميراث
104	ثالثا: أثر الفقدان على أموال الغائب والمفقود
	<b>الفصل الثاني</b>
107	<b>الأشخاص القائمون بمهمة النائب الشرعي</b>
	<b>المبحث الأول</b>
108	<b>النائب الشرعي في الفقه الإسلامي</b>

## المطلب الأول

- 108 طبيعة النيابة الشرعية وخصائصها
- 108 الفرع الأول: طبيعة النيابة الشرعية
- 110 الفرع الثاني: خصائص النيابة الشرعية
- 110 أولاً: النيابة الشرعية ذات طبيعة شرعية
- 111 ثانياً: النيابة الشرعية إلزامية

## المطلب الثاني

- 112 أصحاب الحق في النيابة الشرعية وأحكامهم الخاصة
- 112 الفرع الأول: أصحاب الحق في النيابة الشرعية
- 112 أولاً: النائب الشرعي فيما يتعلق بالولاية على النفس
- 114 ثانياً: النائب الشرعي فيما يتعلق بالولاية على المال
- 116 ثالثاً: النائب الشرعي عن الغائب والمفقود
- 117 الفرع الثاني: الشروط العامة في من يتولى النيابة الشرعية
- 117 أولاً: أن يكون كامل الأهلية
- 117 ثانياً: الإسلام
- 118 ثالثاً: القدرة والكفاءة
- 118 رابعاً: العدالة
- 119 الفرع الثالث: الأحكام الخاصة بكل نائب شرعي
- 119 أولاً: الأب
- 120 ثانياً: الجد
- 121 ثالثاً: الوصي
- 133 رابعاً: الأقارب العصبات

134	خامسا: الأم وذوي الأرحام
135	سادسا: القاضي
136	سابعا: المقدم
136	ثامنا: الكافل

### المبحث الثاني

137	النائب الشرعي في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة
-----	--

### المطلب الأول

137	أصحاب الحق في النيابة الشرعية عن القاصر والمحجور عليهم في
-----	---

### القانون الجزائري

137	الفرع الأول: أصحاب الحق في النيابة الشرعية في الولاية على النفس
-----	---

141	الفرع الثاني: أصحاب الحق في النيابة الشرعية في الولاية على المال
-----	--

### المطلب الثاني

148	الأحكام الخاصة بكل نائب شرعي
-----	------------------------------

148	الفرع الأول: الولي
-----	--------------------

148	أولا: الأب
-----	------------

149	ثانيا: الأم
-----	-------------

150	ثالثا: انتقال الولاية عند الطلاق
-----	----------------------------------

153	الفرع الثاني: الوصي
-----	---------------------

153	أولا: تعيين الوصي
-----	-------------------

157	ثانيا: الشروط المطلوبة في الوصي
-----	---------------------------------

159	ثالثا: أنواع الأوصياء
-----	-----------------------

162	رابعا: نطاق سلطة الوصي
-----	------------------------

162	الفرع الثالث: المقدم
163	أولاً: تعيين المقدم
163	ثانياً: نطاق سلطة المقدم
164	الفرع الرابع: القاضي
165	الفرع الخامس: الأقارب
165	الفرع السادس: الكافل
165	أولاً: تعريف الكفالة
166	ثانياً: شروط الكفالة وإجراءاتها
166	ثالثاً: آثار الكفالة ونطاق سلطة الكافل

## الباب الثاني

### 169 أحكام النيابة الشرعية

#### الفصل الأول

#### 172 صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته

##### المبحث الأول

#### 173 صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على النفس

##### المطلب الأول

#### 173 صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الزواج

#### 173 الفرع الأول: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الزواج في الفقه الإسلامي

#### 173 أولاً: الحكم الشرعي لتزويج القاصر والمحجور عليهم

#### 180 ثانياً: من له الحق في تولي عقد زواج القصر والمحجور عليهم

#### 183 ثالثاً: مسائل متصلة بتزويج القاصر والمحجور عليهم

#### 189 الفرع الثاني: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في زواج المولى عليه في القانون الجزائري

##### والقوانين العربية محل المقارنة



- 189 أولاً: أهلية الزواج
- 192 ثانياً: شروط وإجراءات تزويج القصر والمحجور عليهم
- 197 ثالثاً: المسائل المرتبطة بتزويج القصر والمحجور عليهم
- المطلب الثاني
- 202 سلطات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل فك الرابطة الزوجية
- 203 الفرع الأول: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي
- 203 أولاً: في الطلاق
- 204 ثانياً: في الخلع
- 208 الفرع الثاني: صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة
- المبحث الثاني
- 215 صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على المال
- المطلب الأول
- 215 صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على المال
- في الفقه الإسلامي
- 215 الفرع الأول: سلطة النائب الشرعي على أموال الأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية
- 216 أولاً: التصرفات الرامية إلى حفظ المال وصيانتها
- 216 ثانياً: التصرفات الإنمائية والاستثمارية
- 219 ثالثاً: التبرعات
- 224 رابعاً: أخذ النائب الشرعي من مال القاصر والمحجور عليه
- 225 خامساً: تعاقد النائب الشرعي مع نفسه
- 227 الفرع الثاني: سلطة النائب الشرعي في مواجهة تصرفات القاصر والمحجور عليهم
- 227 أولاً: سلطة النائب الشرعي على تصرفات ناقصي الأهلية

233 ثانيا: سلطة النائب الشرعي على التصرفات التي أبرمها الغائب أو المفقود قبل اختفائه

## المطلب الثاني

235 صلاحيات النائب الشرعي ومسؤولياته في مسائل الولاية على المال

في القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة

235 الفرع الأول: سلطة النائب الشرعي على أموال الخاضعين لنظام النيابة الشرعية

236 أولا: التصرفات المطلقة

238 ثانيا: التصرفات المقيدة

243 ثالثا: التصرفات الممنوعة

251 الفرع الثاني: سلطة النائب الشرعي في مواجهة تصرفات الخاضعين لنظام النيابة الشرعية

251 أولا: سلطة النائب الشرعي على تصرفات القصر والمحجور عليهم

257 ثانيا: سلطة النائب الشرعي على تصرفات الغائب أو المفقود

## الفصل الثاني

259 انتهاء النيابة الشرعية

### المبحث الأول

260 أسباب انتهاء النيابة الشرعية

### المطلب الأول

260 أسباب انتهاء النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي

260 الفرع الأول: أسباب الانتهاء المتعلقة بالأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية

261 أولا: انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للقاصر

270 ثانيا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للمحجور عليهم

272 ثالثا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود

275 الفرع الثاني: أسباب الانتهاء المتعلقة بالنائب الشرعي

- 275 أولًا: الاستقالة أو التنحي
- 276 ثانيًا: العزل أو التنحية
- 277 الفرع الثالث: السبب المشترك بين النائب الشرعي والخاضعين للنيابة الشرعية
- 278 أولًا: الموت الطبيعي أو الوفاة الحقيقية
- 278 ثانيًا: فقدان والموت الحكمي
- 280 **المطلب الثاني**
- أسباب انتهاء النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية**
- محل المقارنة**
- 280 الفرع الأول: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية
- 280 أولًا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالقاصر والمحجور عليهم
- 291 ثانيًا: انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود
- 294 الفرع الثاني: أسباب انتهاء النيابة الشرعية الخاصة بالنائب الشرعي
- 294 أولًا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية للولي
- 298 ثانيًا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية للوصي والمقدم
- 302 ثالثًا: أسباب انتهاء النيابة الشرعية للكافل
- 303 الفرع الثالث: الأسباب المشتركة بين النائب الشرعي والأشخاص الخاضعين لنظام النيابة الشرعية
- 303 أولًا: الموت الحقيقي (الوفاة الطبيعية)
- 305 ثانيًا: الموت الحكمي
- 306 **المبحث الثاني**
- آثار انتهاء النيابة الشرعية**
- 306 **المطلب الأول**
- آثار انتهاء النيابة الشرعية في الفقه الإسلامي**
- 307 الفرع الأول: آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للقصر والمحجور عليهم

307	أولاً: تسليم النائب الشرعي للأموال عند انتهاء مهامه
309	ثانياً: محاسبة النائب الشرعي وإقامة مسؤوليته
317	الفرع الثاني: آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود
317	أولاً: الآثار المتعلقة بالرابطة الزوجية للغائب والمفقود
319	ثانياً: الآثار المتعلقة بأموال الغائب والمفقود
320	<b>المطلب الثاني</b>
	<b>آثار انتهاء النيابة الشرعية في القانون الجزائري والقوانين العربية</b>
	<b>محل المقارنة</b>
320	الفرع الأول: آثار انتهاء النيابة الشرعية عن القصر والمحجور عليهم
320	أولاً: الالتزامات الملقاة على النائب الشرعي عند انتهاء مهامه ومحاسبته
328	ثانياً: مسؤولية النائب الشرعي عن أعمال نيابته
336	الفرع الثاني: آثار انتهاء النيابة الشرعية بالنسبة للغائب والمفقود
336	أولاً: الأثر المترتب على الرابطة الزوجية
337	ثانياً: الأثر المترتب على الأموال
340	<b>الخاتمة</b>
348	<b>قائمة المراجع</b>
379	<b>فهرس الآيات</b>
380	<b>فهرس الأحاديث</b>
381	<b>الفهرس الإجمالي للبحث</b>
391	<b>ملخص باللغة العربية</b>
392	<b>ملخص بلغة أجنبية</b>

## ملخص

النيابة الشرعية نظام قانوني وضعه المشرع الجزائري لحماية فئة من الأشخاص العاجزين عن التصرف. ووضع أحكامه الموضوعية في قانون الأسرة في الكتاب الثاني منه، مع بعض المواد ذات الصلة في القانون المدني، بينما وضعت القواعد الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

واستمد المشرع الجزائري هذه الأحكام من الفقه الإسلامي الذي يعبر عن نظام النيابة الشرعية بمسمى الولاية، والتي تعني سلطة على شخص المولى عليه وماله، وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة. وهو ذات موقف القوانين العربية محل المقارنة.

ويخضع لنظام النيابة الشرعية القصر والمحجور عليهم بحكم قضائي من فاقد الأهلية (المجنون والمعته) وناقصي الأهلية (السفيه وذو الغفلة) إضافة للمحجور عليه قانونا، وكذا الغائب والمفقود اللذين يصدر حكم قضائي باعتبارهما كذلك. والقائمون بمهمة النائب الشرعي هم الولي الشرعي ومن بعده الوصي ومن ثم المقدم إضافة إلى الولاية التي تمنح للقاضي والأقارب العصبات في بعض الحالات.

ومحل النيابة الشرعية هو إنشاء التصرفات وتنفيذها ويكون فيما تعلق بالأحوال الشخصية أو المالية للشخص الخاضع للنيابة الشرعية؛ ففي الجانب الأول الذي يسمى الولاية على النفس تظهر مسائل الزواج والطلاق وآثارهما. وفي الجانب المالي المسمى الولاية على المال؛ بالنسبة للقصر والمحجور عليهم للنائب الشرعي ولاية الحفظ والتنمية والاستثمار، أما فيما تعلق بأموال الغائب والمفقود فإن الأصل هو الحفظ واستثناء التنمية، رغم أن القانون الجزائري والقوانين العربية محل المقارنة لم تنص على ذلك، وساوت بين إدارة أموال القصر والمحجور عليهم وإدارة أموال الغائب والمفقود.

وتنتهي النيابة الشرعية لعدة أسباب: أسباب متصلة بالأشخاص الخاضعين للنيابة الشرعية؛ فالقاصر تنتهي الولاية عليه بالرشد والترشيد، والمحجور عليه بفك الحجر عنه بحكم القاضي، وبصدور حكم باعتبار المفقود ميتا أو عودته حيا، وأسباب تتصل بالنائب الشرعي وهي عزله أو استقالته أو عجزه أو انتهاء المهام الموكلة له إن كان وصيا مؤقتا، إضافة إلى الوفاة الحقيقية أو الحكمية والفقد، وهي أسباب مشتركة بين النائب الشرعي والقصر والمحجور عليهم.

وانتهاء النيابة الشرعية يرتب مجموعة من الآثار، أهمها تسليم الأموال للقاصر والمحجور عليهم بعد الرشد، واسترجاع المفقود المحكوم بموته لأمواله إذا عاد حيا، وأيضا محاسبة النائب الشرعي وإمكانية إقامة مسؤوليته.

## Abstract

The Legal Representation is a legal regime was set by the Algerian legislator to protect a group of persons who are unable to act, where its substantive provisions were put in the Family Code in its second book, with some relevant articles of the Civil Code, while the rules of procedure were laid in the Code of Civil and Administrative Procedure.

The Algerian legislator derived these provisions from the Islamic jurisprudence, which called the regime of the Legal Representation by the name of the tutelle, which means authority over the person and her money. The same meaning adopted by the Algerian legislator and the Arab comparative laws.

Persons subject to the regime of the Legal Representation are the minors and the prohibited persons by a judicial judgment, the incompetent (the folie and the blind) and limit capacity (the foolish and the negligent), in addition of the absent and the missing by a judicial judgment as such. The functionaries of the legal representative are the legal guardian, the testamentary guardian and then curator, in addition the mandate given to the judge and relatives in some cases.

the subject of the Legal Representation is the creation and execution of acts in the personal or financial status of the person under the regime of the Legal Representation. In the first side, which is called (alwilaya ala annafs) the matters of marriage and divorce and their effects.

And in the financial side called (alwilaya ala almal) the legal representative for the minors and the prohibited persons has the mandate of conservation and development and investment. As for the funds of the absent and missing persons, the original is the preservation and exception of development, although the Algerian law and Arab comparative laws did not provide for this and equalized between the management of funds of minors and prohibited persons and the management of funds absent and missing persons.

The Legal Representation ends for several reasons, the reasons for the persons who are subject to the Legal Representation: The minor when amount to age of majority or by a judicial majority, prohibited persons by a judicial judgment remove the interdiction, the absent and the missing persons also by a judicial judgment considered them dead or by ther returns alive. Reasons related to the legal representative is his dismissal, demission, inability or end of the tasks if he was a temporary testamentary guardian, in addition to the death of truth or by judgment and loss, which are common causes between the legal representative and minors and the prohibited persons.

The end of the Legal Representation arranges a range of effects: The transmission of money to the minor and the prohibited persons after the majority, and recover the money of missing person if he returned alive, and also the accountability of the legitimate Attorney and the possibility of establishing his responsibility.

Nom du document : رسالة الدكتوراه النسخة النهائية 1  
Répertoire : C:\Users\M\Documents  
Modèle : C:\Users\M\AppData\Roaming\Microsoft\Templates\Normal.dotm  
Titre : الفصل الأول: ماهية النيابة القانونية عن القاصر و بيان عناصرها  
Sujet :  
Auteur : SWEET  
Mots clés :  
Commentaires :  
Date de création : 04/05/2018 09:51:00  
N° de révision : 14  
Dernier enregistr. le : 04/05/2018 14:20:00  
Dernier enregistrement par : M  
Temps total d'édition : 172 Minutes  
Dernière impression sur : 04/05/2018 14:21:00  
Tel qu'à la dernière impression  
Nombre de pages : 398  
Nombre de mots : 79 314 (approx.)  
Nombre de caractères : 436 230 (approx.)